

Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 113 (1994)

Artikel: Gläubigerschutz und Vertrauensschutz : zur Sorgfaltspflicht der Bank im öffentlichen Recht der Schweiz

Autor: Zulauf, Urs

DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-896066>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

Download PDF: 10.12.2025

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

Gläubigerschutz und Vertrauensschutz – zur Sorgfaltspflicht der Bank im öffentlichen Recht der Schweiz

von Fürsprecher URS ZULAUF

Mitarbeiter im Rechtsdienst des Sekretariates der Eidg. Bankenkommission

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungen	365
Einleitung	369
1. Teil: Grundlagen der Sorgfalt	371
I. Sorgfalt, Sorgfaltsinteresse und ihre öffentlich- rechtliche Relevanz	371
II. Direkte Rechtsgrundlagen der Sorgfalt	374
1. Präventive staatliche Aufsicht als Unterscheidungs- kriterium	374
2. Bankengesetz	374
a) Grundzüge und Stand der Gesetzgebung	374
b) Sorgfaltsrelevante unbestimmte Rechtsbegriffe	376
c) Gläubigerschutz und Vertrauensschutz als Gesetzeszwecke	378
3. Zukünftiges Börsengesetz des Bundes	383
a) Grundzüge und Stand der Gesetzgebung	383
b) Verhältnis zum Bankengesetz	385
c) Sorgfaltsrelevante Normen	386
d) Rechtsnatur und Konkretisierung der Verhaltensregeln	387
III. Indirekte Rechtsgrundlagen der Sorgfalt	389
1. Strafrecht	389
2. Zivilrecht	391
a) “Aufsichtsrechtliche Verstärkung” zivilrechtlicher Pflichten	391
b) Sittenwidrigkeit als Rechtsverletzung	392
3. Normen privater Selbstregulierung	394
a) Standesregeln	394
b) Bankinterne Statuten und Reglemente	396
c) Allgemeine Geschäftsbedingungen?	397
4. Übriges schweizerisches Verwaltungsrecht	397
5. Ausländisches öffentliches Recht	399
6. Völkerrecht und internationales “soft law”	401
IV. Verwaltungspraxis als Rechtsgrundlage?	404
1. Rundschreiben der Bankenkommission	404
2. Zur Bindung der EBK an das Straf-, Zivil- und Standesrecht	405
V. Ausstrahlung aufsichtsrechtlicher Sorgfaltsregeln	408

1. Ausgangslage	408
2. Auslegungshilfe	408
3. Sorgfaltsmassstab und andere Reflexwirkungen	409
4. Eingriff in Privatrechtsbeziehungen	411
5. Bankenrechtliche Interdependenzen – ein interdisziplinäres Programm	412
VI. Träger der Sorgfalt	413
1. Bankorgane als direkt Verpflichtete	413
2. Bankorgane als Garanten	415
3. Bankaktionäre	419
4. Bankangestellte (und die Strafanzeigespflicht der EBK)	421
5. Banken als Gesellschaften	422
VII. Durchsetzung der Sorgfalt	426
1. Private Revisoren mit öffentlichen Aufgaben	426
2. Eidg. Bankenkommission	428
3. Bundesgericht als Beschwerdeinstanz in Sach- und Haftungsfragen	431
4. Straf- und Zivilrichter	433
5. Aufsichtskommission über die Sorgfaltspflichtvereinbarung	434
6. Zusammenwirken der Behörden und Informationsaustausch	436
VIII. Sorgfalt und internationale Geschäftstätigkeit	439
1. Internationale Zuständigkeit und konsolidierte Überwachung	439
2. Schweizer Banken im Ausland	442
3. Ausländische Banken in der Schweiz und Probleme des Bankgeheimnisses	442
2. Teil: Sorgfalt und Gläubigerschutz	445
IX. Allgemeine Anforderungen an Bankorgane	445
1. Fachtechnische Anforderungen	445
2. Charakterliche Anforderungen	447
3. Bindung an die Rechtsordnung	448
X. Sorgfältige Organisation	448
1. Personelle Gewaltentrennung	448
2. Genehmigungspflicht für Organisationsgrundlagen	450
3. Anforderungen an die Organisationsgrundlagen	450
4. Funktionale Gewaltentrennung	453

XI.	Sorgfältige Geschäftsführung	455
	1. Aufsichtsrechtliche Bedeutung einer sorgfältigen Geschäftsführung	455
	2. Strukturelle Ertragsschwäche und Eigenmittelmanko . . .	456
	3. Risikoverteilung	458
	4. Organgeschäfte	461
XII.	Sorgfältige Überwachung	462
	1. Überwachung als Aufgabe des Verwaltungsrates	462
	2. Interne Kontrolle und “controlling” als Aufgabe der Geschäftsführung	464
XIII.	Sorgfalt im Kreditgeschäft	465
	1. Kreditbeschränkende Wirkung des Aufsichtsrechts	465
	2. Kreditgewährung	466
	3. Kreditüberwachung und -bewertung	469
3. Teil: Sorgfalt und Vertrauensschutz		473
XIV.	Eigeninteresse der Banken am Vertrauensschutz und dessen Grenzen	473
XV.	Sorgfältige Kundenidentifizierung	474
	1. Ziele	474
	2. Überlappende Grundlagen	476
	3. Identifizierung des Vertragspartners	480
	4. Feststellung des “wirtschaftlich Berechtigten” (I)	482
	5. Feststellung des “wirtschaftlich Berechtigten” (II)	485
	6. Verpflichtete Personen	490
	7. Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten bei Krediten der Bank	491
	8. Rechtsfolgen unsorgfältiger Identifizierung	492
XVI.	Sorgfältige Abklärung der “wirtschaftlichen Hintergründe” .	493
	1. Begrenzte Wirkung der Kundenidentifizierung und der VSB	493
	2. Abklärung der “wirtschaftlichen Hintergründe” ins- besondere bei Kredit- und Treuhandgeschäften	494
	3. Zusätzliche Abklärungen über Bankkunden und die Herkunft von Geldern im Anlage- und Vermögens- verwaltungsgeschäft	500
	4. Rechtsfolgen unterlassener Abklärungen	505
XVII.	Keine Mitwirkung an rechts- oder sittenwidrigen Geschäften .	506
	1. Grundsatz	506

2. Keine Annahme und Anlage von Vermögenswerten krimineller Herkunft	508
3. Keine aktive Beihilfe bei der Täuschung von Dritten und insbesondere von Steuer- und anderen Behörden . . .	512
4. Keine aktive Beihilfe zur Kapitalflucht	517
XVIII. Verhalten bei Verdacht auf strafbare Handlungen von Kunden	519
1. Verweigerung der Geschäftsbeziehung	519
2. Abbruch der Geschäftsbeziehung oder interne Sperre? . .	520
3. Melderecht und Meldepflicht	524
Literatur	529

Abkürzungen

a.a.O.	am angegebenen Ort
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
ABV	Verordnung der EBK vom 22. März 1984 über die ausländischen Banken in der Schweiz (Auslandbankenverordnung, SR 952.111).
AFG	Bundesgesetz vom 18. März 1994 über die Anlagefonds (Anlagefondsgesetz, SR 951.31), vgl. BBl 1993 I 217-321 (Botschaft des Bundesrates), BBl 1994 II 297 (Referendumsvorlage)
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
AS	Amtliche Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen
ASA	Archiv für schweizerisches Abgaberecht
BankG	Bundesgesetz vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen (Bankengesetz, SR 952.0)
BankV	Verordnung vom 17. Mai 1972 zum BankG (Bankenverordnung, SR 952.02)
BBl	Bundesblatt
BGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	Schweizerisches Bundesgericht
BGHZ	Entscheidungen des (deutschen) Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BKR	Zweite Richtlinie des Rates, 89/646/EWG, vom 15. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften über die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit der Kreditinstitute und zur Änderung der Richtlinie 77/780/EWG, ABl. Nr. L 386/1 vom 30. Dezember 1989)
BZP	Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess vom 4. Dezember 1947 (Bundeszivilprozess, SR 273)
CLYIB	The Comparative Law Yearbook of International Business
DBG	Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer, SR 642.11
DSG	Bundesgesetz über den Datenschutz vom 19. Juni 1992 (Datenschutzgesetz, SR 235.1)
E	Entwurf
EBEHG	Entwurf zu einem Bundesgesetz über die Börsen- und den Effektenhandel (Börsengesetz, BEHG), Entwurf des Bundesrates vom 24. Februar 1993, BBl 1993 I 1369-1465, Stand: 13. Dezember 1993, nach Beratung durch den StR als Erstrat
EBK	Eidgenössische Bankenkommission
EBK-RS	Rundscheiben der Eidgenössischen Bankenkommission (innerhalb eines Jahres chronologisch numeriert, z.B. EBK-RS 91/3)
EFD	Eidgenössisches Finanzdepartement

EGwG	Entwurf eines Bundesgesetzes zur Bekämpfung der Geldwäscherei im Finanzsektor (Geldwäschereigesetz, GwG), Vernehmlassungsentwurf des EFD vom 12. Januar 1994
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
GAO	General Accounting Office (USA)
GWR	Richtlinie des Rates vom 10. Juni 1991 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche (91/308/EWG), ABl. Nr. L 166/77 vom 28. Juni 1991
IFAC	International Federation of Accountants
IOSCO	The International Organisation of Securities Commissions
JdT	Journal des Tribunaux
KWG	(Deutsches) Gesetz über das Kreditwesen vom 10. Juli 1961
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
ÖBA	Bankarchiv, Zeitschrift für das gesamte Bank- und Börsenwesen, (Hrsg.: österreichische Bankwissenschaftliche Gesellschaft)
RHB	Revisionshandbuch der Schweiz 1992. Hrsg. von der Treuhand-Kammer, Schweizerische Kammer der Bücher-, Steuer- und Treuhandexperten, Zürich 1992
recht	rech. Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis
SBVer	Schweizerische Bankiervereinigung
SIB	The Securities and Investments Board (brit.)
SJ	La Semaine judiciaire
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
SNB	Schweizerische Nationalbank
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
ST	Der Schweizer Treuhänder
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937, SR 311.0
StHG	Bundesgesetz vom 14. Dezember 1990 über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden, SR 642.14
StR	Ständerat
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
VAS	Vereinigung der amtlichen Schätzer des Kantons Bern
VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden
VSB	Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken vom 1. Juli 1992
VStrR	Bundesgesetz vom 22. März 1974 über das Verwaltungsstrafrecht, SR 313.0.
VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968, SR 172.021
WDR	Richtlinie 93/22/EWG des Rates vom 10. Mai 1993 über Wertpapierdienstleistungen, ABl. Nr. L 141/27 vom 11. Juni 1993.)

ZBJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
ZStrR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht

*Ein Gesetz darf nicht absolut sein.
Es muss spezifiziert werden können.**

Einleitung

Die Sorgfaltspflicht der Banken wird regelmässig in den verschiedensten Zusammenhängen beschworen oder ihre angebliche Verletzung beklagt. Damit droht sie, zum Allerweltsbegriff ohne fassbare Konturen zu werden. Ob die nachfolgende Untersuchung aus der Sicht des öffentlichen Bankenrechts daran etwas zu ändern vermag, oder ob gar das Gegenteil zutrifft, möge der Leser beurteilen.

In einem ersten Teil werden die materiellen und institutionellen Grundlagen der Sorgfaltspflicht der Bank im öffentlichen Recht und die Rolle der verschiedenen Akteure bei der Durchsetzung dargestellt. Dabei wird versucht, die Interdependenzen der verschiedenen am Bankrecht interessierten Disziplinen zu beleuchten. Um mehr als eine Annäherung kann es sich keinesfalls handeln. Im zweiten Teil werden die Regeln beleuchtet, mit welchen das Bankenaufsichtsrecht versucht, Verluste für die Bankgläubiger zu vermeiden. Es geht um das solide Grundhandwerk, welches aus der Nähe betrachtet delikat genug ist. Der letzte Teil schliesslich behandelt die Frage, wie ein Missbrauch der Banken- und des Bankensystems durch seine Kunden für unlautere Zwecke verhindert oder, realistischer, zumindest behindert werden kann. Dabei geht es um das Vertrauen der Kundschaft und der Öffentlichkeit in die Seriosität der Banken und des Bankensystem.

In der (zu langen) Arbeit kommen (mindestens) zwei Punkte zu kurz. Zum einen ist es oberstes Ziel und Eigeninteresse einer Bank, die regelmässigen Bedürfnisse ihrer Kunden sorgfältig und gewissenhaft auf der Grundlage von fair ausgestalteten vertraglichen Grundlagen zu befriedigen. Dazu gehört heute wie früher die Wahrung der Geheimhaltungsinteressen der Kunden. Schwere und erst recht strafbare Verstösse gegen diese Pflichten sind ebenso geeignet, das Vertrauen in die Bank zu erschüttern, wie Verstösse gegen Sorgfaltspflichten, welche den Banken in den letzten Jahren zunehmend im öffentlichen Interesse auferlegt wurden. Entsprechend können solche Verletzungen der Sorgfaltspflicht aufsichtsrechtlich relevant werden. Es ist dies eine Selbstverständlichkeit. Sie sei aber hier wiederholt, weil dieser Aspekt gerade wegen seiner Offensichtlichkeit in der Arbeit weniger betont wird.

*FRIEDRICH DÜRRENMATT, Gedankenfuge, in: Die Dinosaurier und das Gesetz, Zürich, Diogenes 1992.

Zum andern wirft die Tätigkeit der in der Schweiz vorherrschenden Universalbanken auf dem Gebiet des Effektenhandels und der Vermögensverwaltung vielfältige Fragen des Anlegerschutzes und des Kapitalmarktrechtes auf. Zu ihrer Regelung ist zweifellos einmal das Zivilrecht berufen. Auch sie sind aber teilweise schon heute von öffentlich-rechtlicher Bedeutung. Diese Tendenz dürfte sich in Zukunft noch verstärken. Sie werden nachfolgend nur am Rande insbesondere im Zusammenhang mit der Vorstellung des geplanten Börsengesetzes gestreift. Raum- und Zeitnot verhinderten eine vertiefte Behandlung. Zudem sollte den auf diesem Gebiet im Zusammenhang mit der Umsetzung des Börsengesetzes anstehenden Entscheiden nicht vorgegriffen werden.

Einige Helfer haben das zweifelhafte Vergnügen auf sich genommen, einzelne Teile dieser Arbeit mit kritischem Blick durchzusehen. Ich nenne Frau Dr. CHRISTINE BREINING-KAUFMANN, Zürich, Herrn Fürsprecher GEORG FRIEDLI, Bern, und meine Arbeitskollegen Dr. MARCEL AELLEN und Fürsprecher DANIEL ZUBERBÜHLER. Meine Kollegin DINA BALLEYGUIER hat mir bei einer mühseligen statistischen Recherche und bei Kontrollarbeiten geholfen. Ihnen allen danke ich sehr für die Hilfe. Zu danken habe ich auch meinen Vorgesetzten, den Herren Dr. KURT HAURI und DANIEL ZUBERBÜHLER, für das Wohlwollen, das sie diesem Vorhaben entgegengebracht haben, und die Zeit, welche sie mir dafür liessen. Dank schulde ich schliesslich den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern des Verlags Helbing & Lichtenhahn. Ihre Nerven wurden unzumutbar strapaziert. Anzumerken bleibt: es kommen im folgenden meine persönlichen Ansichten zum Ausdruck, welche mit denjenigen der Eidg. Bankenkommission nicht übereinzustimmen brauchen.

1. Teil: Grundlagen der Sorgfalt

I. Sorgfalt, Sorgfaltsinteresse und ihre öffentlich-rechtliche Relevanz

1. "Sorgfalt ist Können, Kunst; Unsorgfalt ist mangelndes Können, Kunstfehler"¹. Die auftragsrechtliche Treuepflicht appelliert demgegenüber mehr an den Charakter des Beauftragten². Im folgenden wird beides in Betracht stehen, wie überhaupt eine genaue Unterscheidung von Treue und Sorgfalt schwierig ist. Unter Sorgfalt des Bankiers wird deshalb hier die Pflicht verstanden, die Bankgeschäfte entsprechend den Vorgaben der Rechtsordnung, nach bester Bankenpraxis und den legitimen Erwartungen ihrer Kunden abzuwickeln. Die Bank bewegt sich dabei in einem Spannungsfeld privater und öffentlicher Interessen an ihrer Sorgfalt. Zum Teil decken sich diese Interessen oder überlappen sich zumindest, zum Teil sind sie gegensätzlich.

2. An ihrer Sorgfalt haben allen voran die Bank selbst und ihre Eigentümer ein manifestes Eigeninteresse. Gewissenhafte Sorgfalt ist eine Voraussetzung für langfristigen Geschäftserfolg. Die sorgfältige Abwicklung der Bankgeschäfte ist nicht alles, aber ohne sie ist alles nichts. Nur die sorgfältige Bank wird sich auf die Dauer im hartumkämpften Markt mit Erfolg behaupten können.

3. Zum Eigeninteresse der Bank tritt das Interesse der verschiedenen Gruppen von Bankkunden. Als Einzelne haben sie ein privates Interesse an der sorgfältigen Erfüllung ihrer mit der Bank abgeschlossenen Verträge und an einer sorgfältigen Geschäftsführung überhaupt. Dabei können die Interessen der verschiedenen Kundengruppen durchaus gegensätzlich sein. Erhöht sich das allgemeine Zinsniveau, so ist den Gläubigern der Bank an einer möglichst raschen, den Schuldern an einer möglichst verzögerten Anpassung der Zinssätze durch die Bank gelegen. Bei sinkenden Zinsen vertauschen sich naturgemäss die Rollen. Die Interessen eines kommerziellen Kreditschuldners an einer günstigen Finanzierung am Kapitalmarkt können im Widerspruch zu denjenigen der von der Bank beratenen Kapitalanleger an umfassender und wahrheitsgetreuer Information stehen.

4. Wendet man den Blick von der individuellen Geschäftsbeziehung zwischen den einzelnen Kunden und der Bank ab und blickt auf die Gesamtheit der Bankkunden, beginnen öffentliche Interessen diese Indi-

¹ BGE 62 II 276; BGE 70 II 210.

² GEORG GAUTSCHI, Auftrag und Geschäftsführung in der Schweiz, Zürich 1953, 147.

vidual- und Gruppeninteressen zu ergänzen und zu überlagern. Sie sind gerade in der Schweiz angesichts der hohen binnen- und aussenwirtschaftlichen Bedeutung des Bankwesens bedeutsam. Die *Wirtschaftsunternehmen* sind an einer wettbewerbsfähigen und sorgfältigen Kreditwirtschaft, einer ausreichenden Versorgung mit möglichst günstigen Krediten sowie effizienten und transparenten Kapitalmärkten interessiert. Die *Gläubiger der Banken* wollen ihre Einlagen gesichert und vor Verlusten geschützt wissen. Die *Kapitalanleger* legen Wert auf sorgfältige und getreue Kapitalanlage und Beratung. Die *privaten Bankkonsumenten* wünschen eine gute und preisgünstige Betreuung durch ihre Bank.

5. Die als öffentliche Interessen verstandenen Gruppeninteressen an der Tätigkeit der Banken reichen jedoch über die direkten Kunden der Banken hinaus. Noch unmittelbar mit den Banken verbunden sind die *Bankangestellten*. Angesichts ihrer hohen Zahl sind ihre Beziehungen zu den Banken nicht mehr reine Privatsache. Weitere gesellschaftliche Gruppen sind nicht notwendigerweise vertraglich mit einer Bank verbunden, aber dennoch wirtschaftlich an deren Tätigkeit interessiert. Zu nennen sind etwa die *Mieter*. Ihr Mietzins hängt angesichts seiner (diskutablen) rechtlichen Verknüpfung wesentlich vom Hypothekarzins ab, den die Banken entsprechend der Marktverhältnisse verlangen. Entscheide grösserer Banken, den Hypothekarzinssatz zu ändern oder beizubehalten, stehen deshalb regelmässig im Zentrum des öffentlichen Interesses. Die *Geschäftspartner von Kreditnehmern der Banken* können sehr an der Kreditentscheidung der Banken interessiert sein, von welcher zum Beispiel die Zahlungsmöglichkeit oder die Sanierung eines Schuldners abhängen kann.

6. Der Staat hat es sich in seiner Gesetzgebung zur Aufgabe gemacht, einzelne (nicht alle!) dieser kollektiven Gruppeninteressen als öffentliche Interessen zu schützen. Daneben ist er zum Teil in gegensätzlicher Weise direkt an der Sorgfalt der Banken interessiert. Sorgfältige und erfolgreiche Banken schaffen *wirtschaftlichen Wohlstand* und damit auch *Steuererträge*. Sie sind Zeugnis der *internationalen Wettbewerbsfähigkeit* des Landes. Ihre international ausgerichtete Tätigkeit bestimmt die Vertrauenswürdigkeit der Banken und angesichts ihrer wirtschaftlichen Bedeutung auch das *Ansehen und den Ruf der Schweiz im Ausland*. Unmittelbar *aussenpolitische Interessen* sind damit berührt. Ohne Banken können keine grösseren und komplexeren finanziellen Transaktionen abgewickelt werden. Ihre Dienste sind deshalb auch für Wirtschaftskriminelle attraktiv, bei deren Verfolgung das Verhalten und die Stellung der Banken für die Strafverfolgungsbehörden und mithin die *Verbrechensbekämpfung* von Interesse ist.

7. Weder Medien noch einzelne unzufriedene Bankkunden geizen mit dem Vorwurf der Sorgfaltspflichtverletzung gegenüber einzelnen Banken

oder diesen als Gesamtheit. Wann immer in einer Bank nach dem Urteil der jeweiligen Kommentatoren etwas schief läuft, muss eine Sorgfaltpflicht verletzt worden sein. Der Vorwurf erfolgt zuweilen pauschal. Nach dem Inhalt der verletzten Sorgfaltsregel wird nicht immer gefragt, ebenso wenig nach ihrer rechtlichen Relevanz und in wessen Interesse die Regel besteht, wenn sie besteht. Gegenstand dieser Untersuchung soll es demgegenüber sein, in ausgewählten Bereichen des Bankgeschäfts Sorgfaltsregeln der Bank zu beleuchten, soweit sie öffentlich-rechtliche Pflichten der Banken beinhalten und mithin öffentliche Interessen wahren. Sie können mit den Mitteln des öffentlichen Rechts durchgesetzt und bei Verstößen sanktioniert werden. Nicht jede Sorgfalt ist jedoch rechtlich relevant und nicht jede rechtlich relevante Sorgfalt ist von öffentlich-rechtlicher Bedeutung.

8. Diese Unterscheidung wirkt sich insbesondere wegen der unterschiedlichen Durchsetzung allfälliger Pflichten aus. Die Beziehung einer Bank zu ihren Kunden unterliegt in erster Linie dem auf das einzelne Bankgeschäft anwendbaren Zivilrecht. Dieses bezweckt einen angemessenen Ausgleich der privaten Interessen der Bankkunden und der Banken. Es geht dabei gedanklich von der grundsätzlichen Gleichordnung von Kunde und Bank aus³. Allfällige Ansprüche aus der Verletzung einer zivilrechtlichen Sorgfaltpflicht der Bank hat der Kunde nötigenfalls auf dem Zivilweg durchzusetzen⁴. Demgegenüber werden öffentlich-rechtliche Sorgfaltpflichten der Banken im wesentlichen von Verwaltungs- und Strafbehörden durchgesetzt. Daran mögen im Einzelfall auch Private ein Interesse haben, die Behörden haben aber unabhängig von einem Antrag von Amtes wegen tätig zu werden.

9. Wie noch näher ausgeführt wird, ändert diese subordinations- und modaltheoretische Unterscheidung nichts an mannigfaltigen Wechselbeziehungen zwischen privatem und öffentlichem Bankrecht. Dies erstaunt nicht. So ist insbesondere die klare Trennung von privaten und öffentlichen Interessen und, daran teilweise anknüpfend, zwischen privatem und

³ Auf die Problematik dieser Annahme in der wirtschaftlichen Realität wegen durchgehender Verwendung einseitig formulierter und nicht aushandelbarer Allgemeiner Vertragsbedingungen kann im Rahmen dieser Arbeit nur am Rande eingegangen werden, vgl. hinten Rz. 34 ff. Zu zivilrechtlichen Fragestellungen in bezug auf AGB allgemein und der Banken im besonderen vgl. zuletzt: WIEGAND, (1994) Rechtsbeziehung Bank-Kunde.

⁴ Seit dem 1. April 1993 vermittelt ein Bankenombudsman auf Anfrage von Bankkunden kostenlos bei Auseinandersetzungen zwischen diesen und ihrer Bank, sofern die Bank Mitglied der Schweizerischen Bankiervereinigung ist. Er hat (auch in Fällen mit sehr geringem Streitwert) keine Entscheidungsbefugnisse und ist nicht zuständig, wenn ein Fall bereits Gegenstand eines behördlichen Verfahrens ist, vgl. Zirkular der Schweizerischen Bankiervereinigung Nr. 1052D vom 15.12.1992.

öffentlichem Recht anerkanntermassen schwierig⁵. Dies gilt ausgesprochen für das öffentliche Bankrecht⁶, welches zur Wahrung öffentlicher Interessen vorfrageweise zivilrechtliche Fragen zu beurteilen hat, umgekehrt aber wieder auf das Privatrecht zurückwirkt.

II. Direkte Rechtsgrundlagen der Sorgfalt

1. *Präventive staatliche Aufsicht als Unterscheidungskriterium*

10. Im folgenden werden direkte und indirekte Rechtsgrundlagen der öffentlich-rechtlichen Sorgfaltspflichten einer Bank unterschieden. Grundlage der Unterscheidung bildet die öffentliche Aufsicht des Bundes über die Banken und, nach dem Inkrafttreten des geplanten Börsengesetzes, die Effekthändler⁷. Als direkte Rechtsgrundlagen gelten die Normen, welche diese Aufsicht unmittelbar begründen. Indirekt setzt das öffentliche Aufsichtsrecht jedoch auch andere Normen um.

11. Der Erkenntniswert der Unterscheidung sei nicht überbewertet. So sind Sorgfaltsnormen des Strafrechts auch gegenüber Bankangestellten direkt anwendbar. Die Anwendung erfolgt aber der Natur des Strafrechts entsprechend repressiv durch die Strafverfolgungsbehörden. Demgegenüber hat die Bankenaufsicht und auch die zukünftige Bundesaufsicht über die Effekthändler klar präventiven Charakter. Es ist nicht ihre Aufgabe, Verletzungen der Sorgfaltspflicht nachträglich zu ahnden und an den handelnden Personen zu vergelten. Aufsichtsrechtliche Massnahmen sind nur (aber immer dann) zu treffen, wenn und soweit sie nötig sind, um eine Gefährdung der durch die Aufsicht verfolgten Ziele für die Zukunft zu vermeiden. In der Vergangenheit liegende Sachverhalte sind für die Aufsicht nur insoweit von Bedeutung, als sie, die Vertrauenswürdigkeit der für die Bank auch in Zukunft tätigen Personen in Frage stellen.

2. *Bankengesetz*

a) Grundzüge und Stand der Gesetzgebung

12. Zentraler Anknüpfungspunkt öffentlich-rechtlicher Sorgfaltspflichten für Banken bildet das Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen

⁵ Vgl. BLAISE KNAPP, in: Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Basel/Zürich/Bern, Loseblattsammlung, Stand April 1986, Rz. 20 zu Art. 64 BV.

⁶ Vgl. den "Treuhänder-Fall", BGE 109 Ib 146 (149 ff.).

⁷ Welche angesichts der im schweizerischen Bankensystem vorherrschenden universellen Geschäftstätigkeit in ihrer Mehrheit Banken sein werden.

vom 8. November 1934⁸. Es macht den rechtmässigen⁹ Betrieb einer Bank in der Schweiz von einer Bewilligung abhängig. Es regelt die Voraussetzungen für die Bewilligung und sieht Geschäftsführungsvorschriften vor. Es unterstellt die Banken einer Aufsicht durch die staatliche EBK¹⁰ und die privaten bankengesetzlichen Revisionsstellen. Die Bankenaufsicht ist eine polizeiliche, hoheitliche und mithin der Eingriffsverwaltung¹¹ zuzurechnende staatliche Tätigkeit. Bisher herrscht keine Klarheit, was Wirtschaftsrecht genau ist¹², jedenfalls aber gehört das Bankenaufsichtsrecht dazu.

13. Das Bankengesetz 1934 wurde erstaunlicherweise seit seiner Schaffung vor bald 60 Jahren¹³ bisher nur einmal im Jahre 1971¹⁴ teilweise revidiert. Eine zweite Teilrevision im Rahmen der Eurolex- beziehungsweise Swisslex-Gesetzgebung wurde im März 1994 abgeschlossen¹⁵. Im Rahmen des GATS-Vertrages über die Liberalisierung der internationalen Dienstleistungen¹⁶ und der Revision des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes¹⁷ werden sich Änderungen des Bankengesetzes ergeben, welche hier nicht von Interesse sind. In den 80er Jahren wurden Projekte

⁸ Bankengesetz, BankG, SR 952.0.

⁹ Zu den Folgen und dem Vorgehen der EBK bei unbewilligter Banktätigkeit vgl. ZULAUF, WuR 42 (1990), 146 (154 ff.) sowie EBK Bulletin 20 (1990), 16; 23 (1993), 9, 13.

¹⁰ Im folgenden wird, wo nicht anders angegeben, mit EBK die (nebenamtliche) Bankenkommision zusammen mit ihrem (vollamtlichen) Sekretariat verstanden. Zur Organisation der EBK vgl. MÜLLER (1987), 65 f. und ANDRÉ GRISEL, La Commission fédérale des banques sous le regard du juriste, in: Eidg. Bankenkommision (Hrsg.), 50 Jahre eidgenössische Bankenaufsicht, Zürich 1985, 151-165.

¹¹ Zu diesen verwaltungsrechtlichen Kategorien vgl. KNAPP (1992), Rz. 108 ff.

¹² Dazu SCHNYDER (1990), Rz. 18 ff.

¹³ Vgl. die Botschaft des Bundesrates BBl 1934 I 171-201. Zur Entstehungsgeschichte mit Darstellung des wirtschaftlichen und politischen Umfelds BÄNZIGER (1986), 102 ff.

¹⁴ Vgl. die Botschaft des Bundesrates BBl 1970 I 1144-1203 und die Beratungen in den Räten StR 1970, 296-312 und NR 1970, 741-781.

¹⁵ Vgl. BBl 1992 V 693-719, StR 1992, 944-947, NR 1992, 1402-1417; BBl 1993 I 970-974 (Botschaft), BBl 1994 I 85-99 (Zusatzbericht EFD für WAK Ständerat), StR 1993, 762-775, NR 1993, 2491-2497, Schlussabstimmung 18.3.1994, Referendumsvorlage BBl 1994 II 229; sowie ZULAUF (1993), internationale Zusammenarbeit und HAURI (1994), Swisslex. Der verabschiedete Text wurde im EBK Bulletin 24 publiziert. Die Gesetzesänderung dürfte am 1.1.1995 in Kraft treten.

¹⁶ Der Vertrag wird voraussichtlich im Dezember 1994/Januar 1995 im Parlament behandelt. Die Änderungen des BankG betreffen nur die ausländischen und ausländisch beherrschten Banken (Fakultative Gegenrechtsbestimmung wie in Art. 35 EBEHG, gesetzliche Verankerung der konsolidierten Aufsicht auch für Tochtergesellschaften analog Art. 10 Abs. 5 EBEHG).

¹⁷ Dazu URS ZULAUF, Schutz für Bankeinlagen in der Schweiz – eine Fata Morgana?, in: NOBEL (Hrsg.), Aktuelle Rechtsprobleme des Finanz- und Börsenplatzes Schweiz, Bern 1994, 79-94 mit den relevanten Materialien im Anhang.

sowohl für eine Totalrevision (1982)¹⁸ und anschliessend für eine Teilrevision (1984)¹⁹ ausgearbeitet, aber schliesslich nicht weiterverfolgt²⁰.

14. Diese Stabilität auf der Ebene der Gesetzgebung ist im internationalen Vergleich absolut erstaunlich. Als Grund wird immer wieder angeführt, die Regelung habe sich bewährt. Das trifft durchaus zu. Wichtig dürften aber auch andere Gründe sein. Als Folge des schweizerischen politischen und verfassungsrechtlichen Systems ist in der Schweiz jede Gesetzgebung langwierig und beschwerlich. Ohne relativ grossen (politischen) Leidensdruck wird sie kaum in Bewegung gesetzt. Zum ändern überlässt das Bankengesetz dem Bundesrat als Verordnungsgeber einerseits, der EBK und dem Bundesgericht als rechtsanwendenden Behörden andererseits einen grossen Spielraum und damit eine grosse Verantwortung. Dadurch wurden teilweise wesentliche neue Fragen durch die Verordnung²¹ oder die Verwaltungs- und Gerichtspraxis²² geregelt.

b) Sorgfaltsrelevante unbestimmte Rechtsbegriffe

15. Das Bankengesetz enthält verschiedene auslegungsbedürftige unbestimmte Rechtsbegriffe, aus welchen die Praxis Anforderungen an die Sorgfalt der Banken abgeleitet hat. So darf eine Bank nur bewilligt werden, wenn sie “in ihren Statuten, Gesellschaftsverträgen und Reglementen ... die ihrer Geschäftstätigkeit entsprechende Verwaltungsorganisation vorsieht”²³. Zudem müssen “die mit der Verwaltung und Geschäftsführung der Bank betrauten Personen einen guten Ruf geniessen und Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten” (sogenannter “Gewährsarti-

¹⁸ Vorentwurf und Bericht der Studiengruppe zur Überprüfung des Bankengesetzes vom August 1982, Bern EDMZ sowie HAURI (1985), Ausblick.

¹⁹ Ein verwaltungsinterner Entwurf wurde nie publiziert, ist aber teilweise vorgestellt und besprochen bei SCHMID, ZSR 104 (1985), II, 135 (273 f.).

²⁰ Zu den Gründen Geschäftsbericht des Bundesrates 1986, 289; EBK Jahresberichte 1984, 14, und 1985, 14.

²¹ Die geltende Verordnung über die Banken und Sparkassen (Bankenverordnung, BankV, SR 952.02) stammt vom 17. Mai 1972 und wurde seither fünfmal teilrevidiert: 1976 (Ausbau des Sekretariates der EBK), 1980 und 1989 (Eigenmittelvorschriften), 1988 (Liquiditätsvorschriften), 1989 (Geltungsbereich, Definition der Bank). Zur Zeit sind Teilrevisionen zur Umsetzung der Bankenverordnung an das am 18.3.1994 geänderte Bankengesetz und zur Anpassung der Eigenmittel sowie der Bilanzierungsvorschriften hängig, vgl. EBK Jahresbericht 1993, 22 f. Im Jahr 1995 sollen die Risikoverteilungs- und erneut die Eigenmittelvorschriften (Erfassung von Marktrisiken) geändert werden.

²² Die von der EBK in Einzelfällen getroffenen Verfügungen waren von teilweise weitreichender Bedeutung über den Einzelfall hinaus, vgl. z.B. den Entscheid SKA/CS-Holding in EBK Bulletin 21 (1990), 39 (= BGE 116 Ib 331), dazu die Kontroverse zwischen BEAT KLEINER/BENNO LUTZ, Das Eigenkapital im Bankkonzern, SZW 63 (1991), 141-154 und GÉRARD HERTIG, Considérations supplémentaires à propos de la décision CS, ebenda, 155-159.

²³ Art. 3 Abs. 2 Bst. a BankG. Dazu hinten Rz. 182 ff.

kel")²⁴. Diese weite Umschreibung der Bewilligungsvoraussetzungen für eine Bank bewirkt einen entsprechenden Beurteilungsspielraum der EBK, wenn sie die Notwendigkeit von verwaltungsrechtlichen Massnahmen zu beurteilen hat²⁵. Die EBK hat die nötigen Verfügungen zu erlassen, wenn sie von Gesetzesverletzungen oder "sonstigen Missständen" erfährt²⁶.

16. Die Bedeutung dieser unbestimmten Rechtssätze darf nicht unterschätzt werden. Zahlreiche der im folgenden dargestellten Sorgfaltspflichten sind durch die Verwaltungs- und Gerichtspraxis aus ihnen abgeleitet worden. Auch dienen sie als Einfallstore für die vorfrageweise Anwendung von Bestimmungen aus anderen Rechtsgebieten und von privaten Selbstregulierungen und Usanzen durch die EBK und das Bundesgericht. Gelegentlich wurden Vorbehalte gegen eine derart unbestimmte Bankengesetzgebung geäussert. Insbesondere die dargestellte Schwierigkeit einer raschen Gesetzgebung lässt es aber wohl als klug erscheinen, zur Regelung des sich sehr rasch entwickelnden Bankgeschäfts auf Gesetzesstufe Generalklauseln zu verwenden²⁷. Diese Erfahrung zeigte sich auch im Börsengeschäft²⁸.

17. Im Ausland wird teilweise versucht, Generalklauseln zu vermeiden. Ob das Ergebnis besser ist, bleibe dahingestellt. Jedenfalls wird die Gesetzgebung dadurch kaum transparenter²⁹. Mitunter bleibt trotz aller Bemühungen um Detailregelung letzten Endes dennoch ein grosses Tor für Entscheidungsspielraum offen³⁰. In anderem Zusammenhang sind die Befugnisse einzelner ausländischer Aufsichtsbehörden im übrigen beacht-

²⁴ Art. 3 Abs. 2 Bst. c BankG.

²⁵ Art. 23^{quinquies} BankG.

²⁶ Art. 23^{ter} Abs. 1 BankG.

²⁷ BGE 109 Ia 273 (284). Gl.M. wohl auch RHINOW/BAYERDÖRFER (1990), Rz. 40 ff., ebenso BORCHI (1992), dall'antonomia alla vigilanza, I (7).

²⁸ Erinnert sei hier an die guten alten "reellen kaufmännischen Grundsätze", deren Einhaltung durch Zürcher Wertpapierhändler das Zürcher Börsenkommissariat seit 1912 zu prüfen hat, Paragraph 4 des Zürcher Wertpapiergesetzes vom 22.12.1912 (in der Fassung vom 27.9.92, in Kraft seit dem 1.1.1993). Zum EBEHG als Rahmengesetz, hinten Rz. 26 ff.

²⁹ So hat die britische Banking Coordination (Second Council Directive) Regulations 1992 (HMSO SI 1992/3218) zur Umsetzung der 2. Bankenrichtlinie der EG von 1989 (89/646 EG, ABl. Nr. L 386/1 vom 30.12.1989) einen Umfang von 60 Druckseiten. Im Eurolex-Verfahren versuchte der Schweizer Gesetzgeber, die gleiche Aufgabe auf 5 Seiten wahrzunehmen (BBl 1992 V 715-719).

³⁰ Als Beispiel sei hier der "Gewährsartikel" des britischen Banking Act 1987 angeführt. Die Bank of England hat bei der Beurteilung, ob eine Person "fit and proper" zur Führung einer Bank sei, u.a. zu berücksichtigen: "that he has ... (c) engaged in any business practices appearing to the Bank to be deceitful or oppressive or otherwise improper (*whether unlawful or not*) or which otherwise reflect discredit on his method of conducting business;" (Schedule 3 section 3 (b) zum Banking Act 1987, HMSO SI 1987/1664, Hervorhebung durch den Verfasser). Wie hier AELLEN (1990), 205 ff., welcher die entsprechenden Fundstellen wiedergibt.

lich grösser als diejenigen der EBK. So stellt zum Beispiel die Bank of England im Rahmen des EG-Rechts selbst Regeln auf über Eigenmittel und Liquidität der Banken³¹.

18. Ebenso wie mit der Ermächtigung zur Rechtsetzung überträgt der Gesetzgeber durch die Schaffung eines unbestimmten Rechtssatzes den rechtsanwendenden Instanzen Regelungsbefugnisse. Sie haben den Sinn der Normen durch Auslegung zu ermitteln. Weder die EBK noch das Bundesgericht bedienen sich bei der Auslegung des Bankengesetzes einer einheitlichen Methode³². Jede Auslegung muss sich jedoch innerhalb der vom Gesetz verfolgten Ziele bewegen. Das Bankengesetz enthält aber keine Zweckbestimmung. Im Zusammenhang mit der Praxis der EBK und des Bundesgerichts zur vorne erwähnten “Gewährsbestimmung” des Bankengesetzes³³ hat der Zweck des Bankengesetzes denn auch zu Kontroversen Anlass gegeben.

c) Gläubigerschutz und Vertrauensschutz als Gesetzeszwecke

19. Durch das Bankengesetz sollen in erster Linie, als “Hauptzweck”, die Gesamtheit der Bankgläubiger geschützt werden. Soweit besteht Einigkeit³⁴. Wo ein “Hauptzweck” besteht, muss es “Nebenzwecke” geben. Auch dies wird noch allgemein anerkannt³⁵. Im Entscheid betreffend den Bewilligungsentzug der Spar- und Leihkasse Thun³⁶ fasste das Bundesgericht im Jahre 1991 die Ziele des Gesetzes wie folgt zusammen: “Das Bankengesetz verfolgt mehrere Ziele. Seine Bestimmungen sollen dem Schutz der Bankgläubiger und insbesondere der Sparer dienen, der Gesamtwirtschaft notwendige Kredite zu vertretbaren Bedingungen sichern und eine übermässige Kapitalausfuhr verhindern, der Nationalbank das für ihre währungs- und kreditpolitischen Aufgaben nötige Instrumentarium zur Verfügung stellen sowie die Banken selber vor massiven Kapital-

³¹ Schedule 3 zum Banking Act 1987. Die Eigenmittelanforderungen werden nach gemeinsamen Grundsätzen und unter Einhaltung der vom EU-Recht verlangten Mindestsätze, aber für jede Bank individuell bestimmt, vgl. Bank of England, Banking Act 1987 Section 16: Statement of Principles, Ziff. 2.4 ff.

³² Dazu statt vieler und mit bemerkenswerter Klarheit GYGI (1986), Verwaltungsrecht, 133 ff.

³³ Art. 3 Abs. 2 Bst. c BankG.

³⁴ BBl 1934 I 171 (175), 1970 I 1144 (1145); BGer, II. Öffentl.-rechtl. Abteilung, 20.11.1991 i.S. Spar- und Leihkasse Thun, EBK Bulletin 22 (1992), 9 (15); BGE 117 II 315 (318); BGE 111 Ib 126 (127); BGE 108 Ib 78 (81); BGE 108 Ib 513 (522); BGE 106 Ib 357 (363); BRÜHLMANN (1935), 22 f.; HIRSCH (1985), objectifs, 269 (271); JUNOD (1987), activité irréprochable, 91 (93); RHINOW/BAYERDÖRFER (1990), Rz. 6 ff. KLEINER (1991/1993), Kommentar, N. 7 zu Art. 1 und N. 27 zu Art 3-3^{ter}.

³⁵ Vgl. z.B. RHINOW/BAYERDÖRFER (1990), Rz. 10 ff.

³⁶ BGer, II. Öffentl.-rechtl. Abteilung, 20.11.1991 i.S. Spar- und Leihkasse Thun, EBK Bulletin 22 (1992), 9 (15).

rückzügen schützen (...).” Auch dieser Umschreibung dürfte mit Blick auf die geltende Gesetzgebung kaum Opposition erwachsen.

20. Weniger gefiel dagegen, was die EBK mit nicht einheitlicher Terminologie als Schutz des Vertrauens, des guten Funktionierens und des guten Rufes der Schweizer Banken oder des Schweizer Finanzplatzes bezeichnet (“Vertrauens-, Funktions- oder Rufschutz”)³⁷. Die EBK benutzte diese Begründung unter anderem³⁸ zur Auslegung des “Gewährsartikels” des Bankengesetzes³⁹ und traf Verfügungen betreffend Banken, welche an rechts- oder sittenwidrigen Geschäften ihrer Kunden mitwirkten⁴⁰. Das Bundesgericht schützte diese Praxis und formulierte den Gesetzeszweck 1985 im “Schiffshypothekenfall”⁴¹ folgendermassen: “Auch wenn das Bankengesetz hauptsächlich bezweckt, die Bankgläubiger vor Verlusten zu bewahren (...), so bezieht sich die Bankenaufsicht nicht allein auf die Solidität und Sicherheit der Banken, sondern insgesamt auf deren Vertrauenswürdigkeit (...). Die Verwicklung in rechts- oder sittenwidrige Geschäfte kann das Vertrauen nicht nur in die betroffene Bank, sondern in die Schweizer Banken ganz allgemein beeinträchtigen”⁴².

21. Dieses Verständnis des Gesetzeszweckes hat überwiegend Zustimmung gefunden⁴³, aber auch Kritik vor allem seitens der Banken⁴⁴. Die

³⁷ Vgl. die Zusammenfassung der Praxis bei RHINOW/BAYERDÖRFER (1990), Rz. 9 ff., unter dem Titel “Der Schutz des Schweizerischen Bankwesens”, bei AELLEN (1990), 85 ff. und bei ZULAUF, recht 7 (1989), 79 (81 f.).

³⁸ Hier nicht relevant ist die ausdehnende Interpretation des Geltungsbereiches des Gesetzes in der Verordnungsrevision vom 23.8.1989 (AS 1989 1772), dazu Urs ZULAUF, Banken und Parabanken – Zum Geltungsbereich des Bankengesetzes, Der Schweizer Treuhänder 62 (1988), 430-439.

³⁹ Art. 3 Abs. 2 Bst. c BankG.

⁴⁰ Vgl. im einzelnen hinten Rz. 305 ff.

⁴¹ BGE 111 Ib 126 (127). Die (bemerkenswerte) Differenz zur Umschreibung des Gesetzeszweckes im Bundesgerichtsentscheid in Sachen SLT (vgl. vorne Rz. 19) erklärt sich durch den völlig unterschiedlichen Hintergrund der zu entscheidenden Fälle.

⁴² Bereits in früheren Entscheidungen finden sich ähnliche Formulierungen, vgl. BGE 97 I 84 (88) und insbesondere den unveröffentlichten Entscheid vom 16.6.1978 i.S. Banque Commerciale SA, Delémont: “D’autre part, la loi sur les banques vise également d’autres buts que la protection des créanciers; elle a notamment pour objectif de conforter la confiance du public dans les institutions bancaires suisses. Or il ne paraît nullement exclu que, suivant les circonstances, cette confiance ne puisse plus être rétablie, même si les irrégularités commises n’ont pas lésé de manière grave ou n’ont pas sérieusement mis en péril les droits des créanciers.” (S. 31).

⁴³ Vgl. insbesondere AELLEN (1990), 87 ff. m.w.H.; nachzutragen wären SCHÜRMAN (1994), Oberaufsicht, 113 (119), ZOBL (1990), Interessenkonflikte, 438 (450), NOBEL (1989), Zivil- und Aufsichtsrecht, 235 (237, 253), LUSSE, Quartalsheft SNB 1988, 236 (237) sowie (allerdings in anderem Zusammenhang) KLAUSER, WuR 37 (1986), 369 (375) und HOPT, WuR 38 (1986), 101 (123).

⁴⁴ Insbesondere RHINOW/BAYERDÖRFER (1990), Rz. 122 ff. und ihnen folgend KLEINER (1993), Kommentar, N. 27a zu Art. 3-3^{ter}, sowie (moderater) JUNOD (1987), activité irréprochable, 91 (115 ff.). Vgl. die Kontroverse über die als Gutachten für die Schweizerische Bankier-

Kritiker wenden insbesondere ein, die Zielsetzung des Vertrauens-, Funktions- beziehungsweise Rufschutzes sei wenn nicht verfassungs-, so doch gesetzeswidrig. Beide Kritiken basieren auf einem zu engen Verständnis der bankengesetzlichen Bestimmungen. Eine unvoreingenommene Betrachtung der einzelnen Gesetzesbestimmungen bringt eine Vielzahl von Vorschriften zu Tage, welche nicht oder zumindest nicht direkt den Gläubigerschutz bezwecken, sondern: Aussenwirtschaftspolitik zur Öffnung fremder Märkte für Schweizer Banken⁴⁵, die wirtschaftspolitische Zinssteuerung⁴⁶, die Vermeidung von Anfeindungen des Schweizer Bankgeheimnisses in der Öffentlichkeit und durch staatliche Stellen des Auslandes⁴⁷, den Schutz des Vertrauens und des guten Rufes einer Bank⁴⁸, den Schutz der Bankgenossenschafter vor angeblich riskanten kommerziellen Bankgeschäften⁴⁹ oder der Pfandschuldner der Banken vor unüberlegter Zustimmung zur Weiterverpfändung⁵⁰ oder aller Bankkunden vor Verletzung des Bankgeheimnisses und damit ihrer Privatsphäre⁵¹ beziehungsweise ausländischer Kunden vor ungesetzlichen Übergriffen ausländischer Behörden⁵².

22. Diese Beispiele zeigen, wie der Gesetzgeber 1934 und 1971 ein eklektisches und nicht auf den Gläubigerschutz fixiertes Verständnis des Gesetzeszweckes besass⁵³. Dazu gehört auch der Schutz des Ansehens der

vereinigung erstattete Studie von RHINOW/BAYERDÖRFER zwischen einem Mitarbeiter des Sekretariates der EBK (AELLEN) und dem Vorsitzenden der juristischen Kommission der Bankiervereinigung (W. DE CAPITANI) in SZW 64 (1992), 182 ff., 187 ff.

⁴⁵ Art. 3^{bis} Abs. 1 Bst. a BankG (Gegenrecht).

⁴⁶ Art. 7-10 BankG. Im Zuge der hängigen "Swisslex-Revision" des BankG sollen die heute angesichts der (nicht mehr kontroversen) liberalen Praxis der Schweizerischen Nationalbank weitgehend bedeutungslosen Bestimmungen über Kapitalexpert (Art. 8) und Zinssteuerung (Art. 10) modifiziert (Art. 8), beziehungsweise ganz aufgehoben (Art. 10) werden. Bei der Schaffung des BankG im Jahre 1934 wurden diese Bestimmungen jedoch als absolut zentral erachtet, vgl. BÄNZIGER (1986), 106 ff., 112 ff.

⁴⁷ Art. 4^{quater} BankG, der 1969 zuerst beschränkt für ausländisch beherrschte Banken und 1971 für alle Banken eingeführt wurde, vgl. KLEINER (1987), 49 f. Für RHINOW/BAYERDÖRFER (1990), Rz. 137, folgt daraus aber kein grundsätzlicher Sinneswandel des Gesetzgebers. Dies überzeugt angesichts der dargestellten Zielvielfalt und Äusserungen von Bundesrat und Parlament in anderem Zusammenhang nicht.

⁴⁸ Art. 48 BankG (Kreditschädigung), vgl. MÜLLER (1976), Kommentar, N. 1 zu Art. 48.

⁴⁹ Art. 12 BankG, vgl. Urs ZULAUF (1987), "Genossenschaftsbank", in: Handbuch..., 327.

⁵⁰ Art. 17 BankG.

⁵¹ Art. 47 BankG.

⁵² Wie BÄNZIGER (1986), 114 ff. nachweist, hatte der strafrechtliche Schutz des Bankgeheimnisses wie der später geschaffene Art. 273 StGB Staatsschutzcharakter.

⁵³ Nicht weiter erläutert, aber ebenso unzutreffend ist der Zweifel an der Verfassungsmässigkeit der Praxis der EBK, vgl. JUNOD (1987), *activité irréprochable*, 91 (116 ff.) und RHINOW/BAYERDÖRFER (1990), Rz. 124 ff. Verfügungen der EBK sind als Präjudiz für alle Banken gleichermassen von Bedeutung. Es ist schwer einsichtlich, worin der von der Handels- und Gewerbefreiheit verpönte Eingriff in den Marktmechanismus liegt.

Schweizer Banken in der Öffentlichkeit, was neben dem Bundesgericht⁵⁴ auch der Bundesrat in verschiedenen Zusammenhängen vom Parlament unwidersprochen bestätigte⁵⁵. Im Grunde anerkennen dies sogar die Kritiker, indem sie beispielsweise die Sorgfaltspflichtvereinbarung⁵⁶ als für die Aufsichtspraxis massgebende Auslegungshilfe ansehen⁵⁷. Sie tun dies, obschon die Sorgfaltspflichtvereinbarung klar und zu Recht keinen Gläubigerschutz zu betreiben vorgibt. Sie will vielmehr “das Ansehen des schweizerischen Bankgewerbes im In- und Ausland wahren”, “in der Absicht, die bei der Entgegennahme von Geldern und im Zusammenhang mit dem Bankgeheimnis geltenden Regeln einer einwandfreien Geschäftstätigkeit zu umschreiben”⁵⁸.

23. Eine gegenüber dem Gläubigerschutz erweiterte Zielsetzung der Bankenaufsicht ist keine schweizerische Spezialität. Sie findet sich unter Titeln wie “Bankensicherheit”, “Funktionenschutz”, “protection of the integrity of the banking system” auch in andern Ländern⁵⁹. Teilweise verlief die Entwicklung im Ausland jedoch gerade umgekehrt zur Schweiz

⁵⁴ Vgl. vorne Rz. 20

⁵⁵ Vgl. z.B. folgende Stellungnahmen des Bundesrates: vom 11.11.92 auf Motion Carobbio (Zentrales Kundenregister, 92.3253), vom 30.12.90 auf Motion Ziegler (Anonyme Bankkonten, 90.843), vom 16.12.88 auf Motion SP (Sorgfaltspflicht der Banken, 88.804), vom 16.3.87 auf Motion Magnin (Finanzplatz Schweiz. Gesundheit, 86.990) und vom 1.12.86 auf Motion Leuenberger (Bankengesetz. Priorität für Teilrevision, 86.956). In der erwähnten Antwort auf die Motion Magnin führte der Bundesrat aus: “Die Bankenkommision hat die Aufgabe, darüber zu wachen, dass die Banken verantwortungsbewusst handeln, mit dem Ziel, die Gläubigerinteressen zu schützen und den guten Ruf des Finanzplatzes zu wahren”.

⁵⁶ Dazu hinten Rz. 50 ff., 118 ff., 144 ff., 243 ff.

⁵⁷ KLEINER (1993), Kommentar, N. 35 zu Art. 3-3^{ter}; RHINOW/BAYERDÖRFER (1990), Rz. 193. FÜGLISTER (1993), Standesregeln, 229 (247 f.). RHINOW/BAYERDÖRFER glauben offenbar selbst nicht in letzter Konsequenz an die von ihnen postulierte Fixierung auf den Gläubigerschutzzweck. Sonst müssten sie nicht nur die Begründungen einzelner Entscheide wie des Schiffshypothekenfalls (BGE 111 Ib 126), sondern auch das Resultat der Entscheide ablehnen. Die Entscheide lassen sich nun einmal nicht mit dem Gläubigerschutz begründen, was RHINOW/BAYERDÖRFER, Rz. 186 f., im Grunde selbst zugestehen. Die von RHINOW/BAYERDÖRFER postulierte Beschränkung auf den Gläubigerschutz soll zudem offenbar nicht gelten, wenn durch die Untersuchung der EBK der gute Ruf einer Bank wieder hergestellt werden kann, vgl., a.a.O., Rz. 222. Eine solche “Persilschein-Optik” ist abzulehnen.

⁵⁸ Art. 1 VSB 1992. Die in den Versionen von 1977 und 1982 noch enthaltenen Absichten “Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität”, zur “Wahrung des guten Rufes des Finanzplatzes Schweiz” und zur Umschreibung “der geltenden Regeln einer den guten Sitten entsprechenden Bankführung” sind ab 1987 nicht mehr in der VSB enthalten. Vgl. hinten Rz. 275 ff.

⁵⁹ Vgl. die Übersicht bei WERNHARD MÖSCHEL, Eine Systematik von Bankregulierungszielen, in: LUTTER/MARTENS/ULMER (Hrsg.), Festschrift für WALTER STIMPEL, Berlin/New York 1985, 1064-1085 (1070 ff.) sowie die Interventionen von HOPT (D), RUYNEEL (B) und COOKE (UK) auf das Referat von GYGI (1984), in: Colloque, 173 ff. Für Frankreich: BRUNO HOUIS, Das Recht der Bankenaufsicht in Frankreich, Berlin 1991, 21 f.

und auch nicht immer geradlinig⁶⁰. Auch ist die Bedeutung all dieser Begriffe im einzelnen nach wie vor unklar. Zumeist wird mit dem Funktionsschutz das Bemühen ausgedrückt, durch die Regulierung der Banken die Stabilität des Banken- und Finanzsystems nicht nur im Interesse der Bankgläubiger, sondern der gesamten Volkswirtschaft zu erreichen⁶¹. Der Begriff "Funktionsschutz"⁶² wird im folgenden nur in diesem Sinne verwendet⁶³.

24. Der Schutz des Vertrauens in die Banken und des Rufes und Ansehens des Finanzplatzes mit dem oben beschriebenen Inhalt stellte wohl lange Zeit eine schweizerische Besonderheit dar. Diese ist nur vor dem Hintergrund jahrzehntelanger Diskussionen in der in- und ausländischen Öffentlichkeit um Ausgestaltung und (behauptete oder wahre) Missbräuche des Bankgeheimnisses zu verstehen. Mit der weltweiten Inpflichtnahme nicht nur der Banken, sondern auch der Bankenaufsichtsbehörden für die Zwecke der Geldwäschereibekämpfung und Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, besteht diese Sonderstellung grundsätzlich nicht mehr⁶⁴. In diesem Sinne bildet trotz der dagegen erhobenen Kritik auch die Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität ein Nebenziel der Bankenaufsicht⁶⁵.

25. Unter Berücksichtigung der neuesten Gesetzesänderung von 1994⁶⁶ kann der Zweck des Bankengesetzes und der Bankenaufsicht somit fol-

⁶⁰ So in Deutschland. Vor der Revision des KWG von 1984 war der Schutz individueller Einleger nicht eindeutig ausgeschlossen. Der deutsche Bundesgerichtshof bejahte deshalb in den "Wetterstein"- und "Herstatt"-Urteilen (BGHZ 74,144 und 75,120) eine grundsätzliche Staatshaftung für die Bankenaufsicht. Als Reaktion des Gesetzgebers auf diese Urteile wird die Aufsicht seit 1984 wiederum "nur im öffentlichen Interesse" wahrgenommen (Para. 6 Abs. 3 KWG).

⁶¹ In diesem Sinne auch ERNST BALTENSPERGER, *The Economic Theory of Banking Regulation*, in: FURUBOTN/RICHTER (Hrsg.), *The Economics and Law of Banking Regulation*, Center for the Study of the New Institutional Economics, Universität des Saarlandes, Occasional Papers Vol. 2, Saarbrücken 1989/90, 1 ff. Im gleichen Sinne wurde der Funktionsschutz als Begründung zur Revision der BankV von 1989 betreffend den Geltungsbereich des BankG verwendet.

⁶² Zu Geschichte und Begriff des Funktionsschutzes im Kapitalmarktrecht ZUFFEREY (1994), 150 ff.

⁶³ Anders AELLEN (1990), 85 ff., der Vertrauens- und Funktionsschutz synonym verwendet. Wie hier ZUFFEREY (1994), 150 ff.

⁶⁴ Vgl. den Bericht der FATF vom 7.2.1990 mit Hinweis insbesondere auf die Erklärung des Basler Ausschusses für Bankenaufsicht vom 12.12.1988, EBK Bulletin 20 (1990), 33 (46 ff.); eine klare Mitverantwortung der Aufsichtsbehörden für die Geldwäschereibekämpfung anerkennt auch die EG-Geldwäschereirichtlinie (vgl. Art. 1, letzter Satz, und Art. 10 GWR).

⁶⁵ Vgl. ZULAUF, recht 7 (1989), 79 (83) und die Kritik bei RHINOW/BAYERDÖRFER (1990), Rz. 222 f. Wie hier LUSSER, SNB Quartalsheft 3/1988, 236 (246). Die Differenz liegt wohl mehr in der Formulierung, machen doch auch RHINOW/BAYERDÖRFER zu Recht nicht geltend, die EBK solle strafbare Handlungen nur in Fällen einer konkreten Gefahr für die Bankgläubiger anzeigen.

⁶⁶ Welche durch die Revision von Art. 8 (Kapitalexport) und die Aufhebung von Art. 10

gendermassen zusammengefasst werden: Das Gesetz will zum einen die Bankgläubiger schützen ("Gläubigerschutz") und dadurch zur Stabilität des Bankensystems beitragen ("Funktionsschutz") und andererseits das Vertrauen der Kunden und der in- und ausländischen Öffentlichkeit in ein korrektes Bankensystem bewahren ("Vertrauens- oder Rufschutz"). Hinzu kommen andere vorne genannte Aspekte wie die wirtschaftspolitische Wahrung der Bankeninteressen im Ausland⁶⁷ oder der Schutz der Banken selbst in Krisensituationen⁶⁸.

3. *Zukünftiges Börsengesetz des Bundes*

a) Grundzüge und Stand der Gesetzgebung

26. Das geplante Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel⁶⁹ wird einen zweiten Angelpunkt zur Regelung und Anknüpfung öffentlich-rechtlicher Sorgfaltspflichten für Banken und Effektenhändler bilden. Setzt sich das von den Räten 1993 und 1994 vorgelegte Beratungstempo⁷⁰ fort, wird die Gesetzgebung in sehr unschweizerischer Geschwindigkeit vollendet werden können⁷¹. Das Bundesgesetz wird die in den Börsenkantonen bestehenden kantonalen Regelungen der Börsen aufheben⁷².

27. Anders als das Bankengesetz bringt das Börsengesetz nicht nur eine Aufsicht über einzelne Marktteilnehmer, sondern auch über den Sekundärmarkt in Effekten. Mehr als das Bankengesetz beruht es auf weitgehender Selbstregulierung⁷³. Das Gesetz enthält eine Zweckbestimmung.

(Möglichkeit, Zinserhöhungen bei Kassenobligationen zu beschränken) insbesondere die (auf das BankG gestützten) wirtschaftspolitischen Eingriffsbefugnisse der SNB erheblich einschränkt, was der Politik der SNB der letzten Jahre entspricht, vgl. die Fundstellen vorne in FN 15.

⁶⁷ Vgl. die Gegenrechtsbestimmung von Art. 3^{bis} Abs. 1 Bst. a BankG.

⁶⁸ Vgl. Art. 25 ff. BankG über Fälligkeitsaufschub und Bankenstundung.

⁶⁹ Börsengesetz, BEHG; Botschaft des Bundesrates vom 24.2.1993, BBl 1993 I 1369-1465; Stand nach den Beratungen im StR vom 13.12.1993 (Amtl Bull StR 1993, 998-1014). Vgl. die Übersicht bei WATTER, AJP 1994, 294 ff.

⁷⁰ Die Beratungen im StR dauerten rund 2 Stunden, wobei der Rat allen Anträgen seiner vorbereitenden Kommission folgte. Das Gleiche geschah am 15. Juni 1989 im Nationalrat.

⁷¹ Der eigentliche Anstoss zum Börsengesetz erfolgte am 5.9.1988 durch das EFD mit der Einsetzung einer Studiengruppe über das Börsenwesen unter dem Vorsitz von Daniel Kaeser, ehemals EFD (5.9.1988). Gestützt auf deren Bericht vom 21.12.1989 (Bern, EDMZ) erarbeitete eine Expertengruppe unter Vorsitz von Prof. ALAIN HIRSCH im März 1991 einen Vorentwurf (Bern, EDMZ, in frz., dt. und engl. publiziert in: Kolloquium, 1992, Börsen, 291 ff.), der Gegenstand eines Vernehmlassungsverfahrens bildete.

⁷² Art. 47 EBEHG.

⁷³ Augenfälligster Ausdruck davon wären die Aufgaben der (privaten) Börsen (Art. 4 ff.) und die vom StR vorgeschlagenen privaten Überwachungsorgane: private Beschwerde-

Nach der vom Ständerat im Dezember 1993 beschlossenen Fassung soll das Gesetz “für den Anleger Transparenz und Gleichbehandlung sicherstellen” und den Rahmen schaffen, “um die Funktionsfähigkeit der Effektenmärkte zu gewährleisten”⁷⁴.

28. Das Börsengesetz macht den Betrieb einer Börse⁷⁵ und die Tätigkeit als Effektenhändler⁷⁶ von einer Bewilligung durch die EBK abhängig. Wie im Bankengesetz hat Anspruch auf die gewerbepolizeiliche Bewilligung, wer die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt. Allen Effektenhändlern werden ähnliche Pflichten auferlegt, wie sie für die Banken nach Bankengesetz bereits bisher galten: adäquate Organisation, Mindestkapital (oder Sicherheitsleistung), Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit⁷⁷, ausreichende Eigenmittel⁷⁸, angemessene Risikoverteilung⁷⁹, öffentliche Rechnungslegung⁸⁰, Spezialrevision⁸¹ und Geheimhaltungspflichten⁸². Hinzu kommen noch Journalführungs- und Meldepflichten⁸³, sowie die noch näher darzustellenden Verhaltenspflichten (Sorgfalts-, Treue- und Informationspflichten)⁸⁴. Bemerkenswerterweise fehlt eine Vorschrift über die Liquiditätshaltung der Effektenhändler.

29. Das Gesetz verlangt die Offenlegung von Beteiligungen von mehr als 5% an in der Schweiz kotierten Gesellschaften, sowie massgebender Beteiligungsveränderungen⁸⁵. Es regelt die Pflichten von Anbietern und Ziel-

instanz gegen Entscheide der Börse (Art. 9 EBEHG, Fassung StR) und private Übernahmekommission zur Überwachung der öffentlichen Kaufangebote (Art. 22^{bis} EBEHG, Fassung StR).

⁷⁴ Art. 1 EBEHG, Fassung Ständerat vom 13.12.1993. Demgegenüber erklärte der Entwurf des Bundesrates den Anlegerschutz generell als Ziel des Gesetzes.

⁷⁵ Art. 3 EBEHG. Zur Definition der Börse Art. 2 Bst. b EBEHG.

⁷⁶ Art. 10 EBEHG. Zur Definition des Effektenhändlers Art. 2 Bst. a und c EBEHG. Sie deckt sich nicht mit derjenigen im Stempelsteuergesetz, SR 641.10, Art. 13 Abs. 3. Die unterschiedliche Definition des gleichen Begriffs in zwei Bundesgesetzen macht, nach dem Diktum von MERZ, die Rechtsordnung bunter, aber nicht reicher. Immerhin fügte der StR zur Vermeidung von Täuschungen des Publikums die Bestimmung ein, wonach sich nur nach BEHG bewilligte Effektenhändler öffentlich so nennen dürfen, Art. 10 Abs. 7 EBEHG, Fassung Ständerat.

⁷⁷ So die Bewilligungsvoraussetzungen in Art. 10 EBEHG.

⁷⁸ Art. 12 EBEHG.

⁷⁹ Art. 13 EBEHG.

⁸⁰ Art. 16 EBEHG.

⁸¹ Art. 17-19 EBEHG.

⁸² Art. 41 EBEHG, Fassung StR, würde analog zum Bankgeheimnis die Geheimnisverletzung durch Vertreter von Börsen- und Effektenhändlern mit Gefängnis bedrohen. Dies dürfte dem Effektenhändlerstatus zusätzliche Attraktivität verleihen. Immerhin wäre die fahrlässige Begehung anders als beim Bankgeheimnis (Art. 47 Ziff. 2 BankG) nicht strafbar. Die Vorsatztat wäre dagegen merkwürdigerweise nicht bloss mit 6 Monaten, sondern mit bis zu 3 Jahren Gefängnis bedroht.

⁸³ Art. 15 EBEHG.

⁸⁴ Art. 11 EBEHG, dazu hinten Rz. 34 ff.

⁸⁵ Art. 20 f. EBEHG. Vgl. die Übersicht bei ROLF H. WEBER, Offenlegungspflichten im

gesellschaften von öffentlichen Übernahmeangeboten⁸⁶. Wer einen Drittel der Stimmrechte einer in der Schweiz kotierten Gesellschaft erwirbt, wird, Ausnahmen vorbehalten, zu einem Zwangsangebot an die übrigen Aktionäre verpflichtet⁸⁷, sofern sich die Gesellschaft statutarisch dieser Regel unterworfen hat⁸⁸. Schliesslich wird ein spezieller Straftatbestand der "Kursmanipulation" als Art. 161^{bis} ins Strafgesetzbuch eingeführt⁸⁹.

b) Verhältnis zum Bankengesetz

30. Das Verhältnis des zukünftigen Börsengesetzes zum Bankengesetz ist nicht vollständig klar. Der Verordnung und der Praxis harren noch Aufgaben. Nach dem geltenden Bankengesetz erfasst die Beaufsichtigung durch die EBK und die Revisionsstellen alle Geschäfte einer Universalbank, welche als Banktypus in der Schweiz vorherrschend ist. Überwacht wird somit auch das Effektengeschäft der Banken⁹⁰. Dies ist durchaus nicht selbstverständlich⁹¹. Durch das Börsengesetz wird nun das Effektengeschäft der Banken als Teil des Universalbankgeschäftes spezialgesetzlich geregelt und damit aus der Bankenaufsicht formell aber nicht institutionell ausgelagert. Eine Bankbewilligung wird nicht automatisch wie bisher das Recht einschliessen, Effektengeschäfte zu tätigen. Gerade um deswegen Friktionen zu vermeiden, wurde die EBK auch mit der Aufsicht über die Effektenhändler betraut⁹².

31. Nach dem Stand der Beratungen im Erstrat vom Dezember 1993 benötigt jede Bank, welche das Effektengeschäft betreibt, in gleicher Weise eine förmliche Bewilligung der EBK wie ein Effektenhändler, welcher bisher keiner Aufsicht unterstand. Das Börsengesetz sieht gewisse Sondervorschriften für Banken vor⁹³. Es wird sich zeigen müssen, ob angesichts der bereits bestehenden Überwachung nach Bankengesetz nicht gewisse kleine Banken von der Bewilligungspflicht als Effektenhändler befreit werden können, wenn ihr Eigengeschäft minim ist und sie

neuen Börsengesetz und im EG-Recht, AJP 1994, H. 3, 301-307.

⁸⁶ Art. 22 ff. EBEHG. Vgl. die Übersicht und kritischen Bemerkungen bei RUDOLF TSCHÄNI, AJP 1994, H. 3, 308-318.

⁸⁷ Art. 30 EBEHG.

⁸⁸ Art. 22 EBEHG, Fassung StR.

⁸⁹ Art. 44 EBEHG, Fassung StR.

⁹⁰ Vgl. z.B. Art. 44 Bst. o und p BankV sowie die EBK Rundschreiben 93/4 (Eigenmittelunterlegung Wertpapierleihe), 92/3 (Ausserbilanzklumpenrisiken), 91/2 (Optionen und Financial Futures).

⁹¹ So wird das Effektengeschäft britischer Banken nicht von der Bank of England als Bankenaufsichtsbehörde, sondern durch eine Selbstüberwachungsbehörde unter dem Financial Services Act 1986 überwacht.

⁹² Botschaft des Bundesrates, BBl 1993 I 1369 (1419 f.).

⁹³ Art. 12 Abs. 2 (Eigenmittel), Art. 13 Abs. 2 (Risikoverteilung), Art. 16 Abs. 3 (Rechnungslegung) EBEHG; Art. 34 Abs. 2 EBEHG, Fassung StR (Bewilligungsentzug).

Kundengeschäfte nur über Drittbanken abwickeln. Abgesehen von diesem (möglichen) Vorbehalt wird das Börsengesetz aber auf die meisten Banken anwendbar sein. Stehen Aspekte des Effektingeschäftes der Banken zur Beurteilung, wird die Aufsichtsbehörde die besonderen Regeln des Börsengesetzes anwenden. Die Normen des Börsengesetzes wurden absichtlich in Anlehnung an diejenigen des Bankengesetzes verfasst. Im einzelnen ergeben sich aber nicht unwesentliche Differenzen, welche der Abstimmung bedürfen⁹⁴.

c) Sorgfaltsrelevante Normen

32. Ebenso wie das Bankengesetz für Banken stellt das Börsengesetz Anforderungen an die Fachkunde und Integrität der Effektenhändler und ihrer Mitarbeiter⁹⁵. Der Grundsatz ist nicht kontrovers, wohl dagegen der genaue Wortlaut dieser "Gewährsbestimmung". Die Bemühungen der Banken und Börsen gehen dahin, den Beurteilungsspielraum der Aufsichtsbehörde zu beschränken. Als Interpretationshilfen zugelassen wären nach diesen Vorstellungen neben der gesetzlichen Ordnung nur noch Grundlagen, welche die Betroffenen selbst ausarbeiten können, wie Statuten und Reglemente der Effektenhändler sowie allfällige Standesregeln.

33. Entsprechend internationaler Vorbilder⁹⁶ formuliert auch das Börsengesetz allgemeine Verhaltensregeln für Effektenhändler⁹⁷. Danach hat ein Effektenhändler gegenüber seinen Kunden eine Sorgfalts-, eine Treue- und eine Informationspflicht. Je nach Geschäftserfahrung der Kunden gehen diese Pflichten unterschiedlich weit. über diese Grundsätze an sich besteht (weitgehende⁹⁸) Einigkeit. Unklar ist dagegen die Rechtsnatur

⁹⁴ Vgl. zum Beispiel die Gegenrechtsbestimmung für ausländische Banken (Art. 3^{bis} Abs. 2 Bst. a BankG, Art. 5 BankV: zwingende Zulassungsverweigerung bei fehlendem Marktzutritt *oder* ungenügenden Wettbewerbsmöglichkeiten) und für ausländische Effektenhändler (Art. 35 EBEHG: fakultative Zulassungsverweigerung bei fehlendem Marktzutritt *und* ungenügenden Wettbewerbsmöglichkeiten). Die in Art. 3^{ter} BankG vorgesehene Bewilligungspflicht bei Erwerb einer bestehenden Bank in der Schweiz fehlt im BEHG. Wahrscheinlich ohne Absicht erheblich anders auch der räumliche Geltungsbereich der Gesetze, wo der EBEHG auch grenzüberschreitende Tätigkeiten ausländischer Börsen und Effektenhändler ohne physische Präsenz in der Schweiz dem Gesetz unterstellen will, vgl. Art. 3 Abs. 4, 10 Abs. 4 EBEHG. Weitere Unterschiede vgl. hinten Rz. 95 und 186 f.

⁹⁵ Art. 10 Abs. 2 Bst. c EBEHG.

⁹⁶ Z.B. IOSCO, International conduct of business principles (9.7.1990); SIB, "The Principles", SIB, Report of the Securities and Investments Board for 1991/92, London 1992, S. 7; SIB, The Core Conduct of Business Rules, Rulebook, Amendment and Additions, Release 94; für die EU: Art. 11 WDR. Zur Entwicklung der Verhaltensregeln in Grossbritannien, vgl. LANGHART (1993), 237 ff.

⁹⁷ Art. 11 EBEHG.

⁹⁸ So bestehen gegen die Informationspflicht grundsätzliche Vorbehalte.

dieser Bestimmungen und (damit zusammenhängend) ob, wo, wie und durch wen sie konkretisiert werden sollen.

d) Rechtsnatur und Konkretisierung der Verhaltensregeln

34. Die im Börsengesetz vorgesehenen Verhaltensregeln bestimmen einerseits das Verhalten der Effekthändler gegenüber ihren Kunden. In dieser Hinsicht handelt es sich um zivilrechtliche Vorschriften. Sie geben den Kunden einen einklagbaren Anspruch. Die Verhaltensregeln erschöpfen sich auch nicht darin, im geltenden Zivilrecht bereits Bekanntes zu wiederholen. So gelten sie beispielsweise auch für die in der Praxis sehr wichtigen Effektengeschäfte mit Selbsteintritt⁹⁹. Hier findet nach geltendem Zivilrecht nicht das Auftragsrecht mit den bekannten Sorgfalts-, Treue- und Abrechnungspflichten¹⁰⁰ ergänzend Anwendung¹⁰¹, sondern das Kaufvertragsrecht¹⁰², welchem solche Regeln grundsätzlich fremd sind¹⁰³. Die im Börsengesetz vorgesehenen Verhaltenspflichten bilden somit durchaus eine eigenständige Regelung des materiellen Zivilrechts¹⁰⁴.

35. Andererseits bildet das Börsengesetz einen Erlass des Bundesverwaltungsrechts. Verwaltungs- und Verwaltungsgerichtsbehörden sind gehalten, seine Normen mit den Mitteln des Verwaltungsrechts anzuwenden. Dabei werden sie sich mit Vorteil auch und insbesondere an Regeln orientieren, welche die Zivilgerichte und die Marktteilnehmer mit oder ohne Mitarbeit der Behörden selber formuliert haben. Die Verhaltensregeln des Börsengesetzes sind deshalb sinnvollerweise als Doppelnormen zu bezeichnen, welche privat- und öffentlich-rechtliche Folgen zugleich umschliessen¹⁰⁵. Dies bedeutet nun nicht, dass die Verwaltungsbehörde an Stelle des Zivilrichters über behauptete Ansprüche einzelner Anleger

⁹⁹ Art. 436 OR, vgl. BGE 119 II 344.

¹⁰⁰ Vgl. z.B. für den Vermögensverwaltungsvertrag statt vieler BIZZOZERO (1993), 100 ff., 129 ff. und 143 ff.

¹⁰¹ Art. 425 Abs. 2 OR.

¹⁰² Art. 436 Abs. 3 OR.

¹⁰³ "Zwischen wem dann welche Rechtsbeziehungen bestehen, ist nicht so einfach zu sagen...", NOBEL (1989), Kursschnitt, 527 (534). In einem Entscheid vom 23.3.1993 (NZZ vom 24.9.1993, vgl. AJP 2 [1993], 1518 mit Anmerkung WATTER) lehnte das Bundesgericht eine allgemeine Aufklärungspflicht bei punktuellen Geschäften für den Kunden ab. Der Entscheid lässt jedoch vermuten, das Bundesgericht werde den Umfang der Aufklärungspflicht nicht aufgrund der Geschäftsart, sondern der dieser zu Grunde liegenden Risiken und der Erfahrung des Kunden bestimmen. Für das Effektengeschäft würde Art. 11 BEHG diesbezüglich jeden Zweifel beseitigen.

¹⁰⁴ Etwas undifferenziert deshalb LANGHART (1993), 349 ff., welcher die Verhaltenspflichten als Konkretisierung zivilrechtlicher Pflichten aber trotzdem begrüsst (356), auf die Problematik der Allgemeinen Geschäftsbedingungen jedoch nicht eingeht (367).

¹⁰⁵ Zum Begriff der Doppelnorm GYGI (1986), 42; HÄFELIN/MÜLLER (1993), Rz. 214 ff.

gegen einen Effektenhändler entscheiden kann. Sie wäre aber gehalten, den Verhaltensregeln im allgemeinen Interesse der Kunden Nachachtung zu verschaffen.

36. Aus diesem Verständnis der Verhaltensregeln folgt zweierlei. Zum einen erschiene es nicht sinnvoll, die Effektenhändler im Gesetz zu verpflichten und zu ermächtigen, die Verhaltensregeln in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) abschliessend zu umschreiben, ohne eine (präventive oder nachträgliche) Kontrolle dieser Geschäftsbedingungen durch eine Behörde vorzusehen¹⁰⁶. Die Versuchung wäre für die Verpflichteten gross, ihre Pflichten einseitig und einschränkend zu Lasten der Anleger zu formulieren.

37. Zum andern wirft die Regelung der Verhaltenspflichten in den AGB und ihre Kontrolle durch die Aufsichtsbehörde grundsätzliche und schwierige Fragen auf. Die Einhaltung der Verhaltenspflichten bedingt auch organisatorische Massnahmen der Effektenhändler. Diese sind nicht sinnvoller Inhalt von Verträgen mit Kunden. Weiter wäre unklar, wieweit noch Raum bliebe für individuell ausgehandelte Verträge, ebenso das Schicksal von Verträgen gestützt auf nicht genehmigte AGB¹⁰⁷. Allfällige Anpassungen an neue Entwicklungen wären schwierig und kostspielig¹⁰⁸. Es ergäbe sich ein Druck zu gleichförmigen AGB, was einen effektiven Wettbewerb behindern könnte¹⁰⁹. Die Gerichtspraxis würde noch vermehrt in Versuchung geraten, analog zum Anlagefondsrecht¹¹⁰ einzelnen Anlegern Parteistellung in Verfahren der Aufsichtsbehörde zu gewähren. Dies könnte zu schwierigen Abgrenzungsproblemen zwischen Verwaltungsbehörden und der Ziviljustiz führen¹¹¹. Das Börsengesetz gäbe der Aufsichtsbehörde auch keinen konkreten Kontrollmassstab in die Hand,

¹⁰⁶ So der Vorschlag des Ständerates vom 13.12.1993.

¹⁰⁷ Der Bundesrat schlug in seiner Botschaft vor, die "Gültigkeit" der AGB von der Genehmigung der Aufsichtsbehörde abhängig zu machen, Art. 11 Abs. 3 EBEHG, was viel weiter ginge als im Versicherungsaufsichtsrecht.

¹⁰⁸ So sieht der EBEHG insbesondere kein geregeltes Verfahren zur Änderung der AGB vor, vgl. demgegenüber für die Anlagefonds Art. 8 AFG, welcher die Publikation der geplanten Änderungen der Fondsreglemente durch die Fondsleitungen vorschreibt, und wo die Anleger jedenfalls vor dem Zivilrichter Parteistellung besitzen.

¹⁰⁹ U.a. aus diesem Grund wurde die präventive Kontrolle der AGB von Versicherungen durch die Versicherungsaufsicht per 1.10.1993 für einen Grossteil der Schadenversicherungen aufgehoben, womit bloss eine nachträgliche Kontrolle bleibt, vgl. Art. 26 der Schadensversicherungsverordnung vom 8.9.1993, AS 1993 2620, SR 961.711.

¹¹⁰ BGE 98 Ib 53; unveröffentlichter Entscheid des BGer vom 19.3.1990 i.S. F.

¹¹¹ Einen Vorgeschmack gibt die Bemerkung von PIERRE-LOUIS MANFRINI, in: Kolloquium 1992, Börsen, 57 f.

an dem es die AGB messen könnte¹¹². Schliesslich bliebe unklar, ob die Prüfung der AGB durch die EBK nur die Verhaltenspflichten oder auch eine generelle Inhaltskontrolle der AGB umfassen soll.

38. In diesem Sinne wäre es wohl besser, die Effektenhändler nicht zu verpflichten, die Verhaltenspflichten in ihren AGB festzulegen, seien diese nun behördlich kontrolliert oder nicht. Auch eine Pflicht zur Konkretisierung in§ internen Reglementen bringt ähnliche Schwierigkeiten. Am flexibelsten und dem Rahmencharakter des Börsengesetzes am meisten entsprechend wäre eine Konkretisierung der Verhaltenspflichten durch Selbstregulierungen und allenfalls durch die Aufsichtsbehörde im Einzelfall oder mittels Rundschreiben sowie durch die Zivilrichter. Die Richter wären an die Auffassungen der Aufsichtsbehörde nicht gebunden. Sie würden diese aber wahrscheinlich in ihren Überlegungen mitberücksichtigen, ebenso wohl allfällige Selbstregulierungen als Ausdruck von Branchenusanzen, welche mit oder ohne Mitwirkung der Behörden für spezielle Fragen ausgearbeitet werden könnten¹¹³.

III. Indirekte Rechtsgrundlagen der Sorgfalt

1. Strafrecht

39. Das materielle Strafrecht ist für die Organe und Angestellten der Banken in zweifacher Weise von Bedeutung. Zum einen würdigt die EBK als Aufsichtsbehörde das Verhalten von Geschäftsführern und Verwaltungsräten von Banken vorfrageweise auch unter strafrechtlichen Aspekten, wenn sie die charakterliche Eignung einer Person zur Führung einer Bank unter dem Gesichtspunkt der Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit¹¹⁴ zu prüfen hat¹¹⁵. Dabei stehen strafrechtliche Tatbestände im Vordergrund, welche mit der Banktätigkeit in engem Zusammenhang stehen. Zwar kann auch ein Fehlverhalten ausserhalb des eigentlichen Bankgeschäfts relevant sein¹¹⁶. Es muss sich aber auf die berufliche Tätigkeit beziehen. Das Privatleben von Direktoren und Ver-

¹¹² Anders bei der Versicherungsaufsicht, welche die Allgemeinen Versicherungsbedingungen u.a. auf ihre Übereinstimmung mit den zwingenden Bestimmungen des Versicherungsvertragsgesetzes, SR 221.229.1, prüft.

¹¹³ Am 15. Juni 1994 beschloss der Nationalrat eine Fassung von Art. 11 BEHG, welche dieses Vorgehen ermöglichen würde. Im Gesetz wären nur noch die 3 Grundsätze enthalten (= Art. 11 Abs. 1 EBEHG, Fassung BR, leicht modifiziert).

¹¹⁴ Art. 3 Abs. 2 Bst. c BankG.

¹¹⁵ Vgl. z.B. EBK Bulletin 22 (1992), 27 (31); BGE 111 Ib 126 (128); KLEINER (1993), Kommentar, N. 35 zu Art. 3-3^{ter}; sowie die Übersichten über die Praxis bei RHINOW/BAYERDÖRFER (1990), Rz. 66 ff. und bei AELLEN (1990), 172 ff.

¹¹⁶ EBK Bulletin 11 (1982), 5 (9), BGE 108 Ib 196 (201).

waltungsräten der Banken ist (grundsätzlich)¹¹⁷ nicht von aufsichtsrechtlichem Interesse¹¹⁸.

40. Zum andern werden die für eine Bank tätigen Personen¹¹⁹ durch das Strafrecht auch direkt verpflichtet und bei nachgewiesener und schuldhafter Verletzung durch die Strafgerichte bestraft. Das schweizerische Strafrecht kennt, soweit ersichtlich, nur einen Tatbestand, welcher ausdrücklich im Sinne eines echten Sonderdeliktes die Strafbarkeit auf Personen beschränkt, die für eine Bank tätig sind. Es handelt sich um Art. 47 BankG, welcher die Verletzung des Bankgeheimnisses mit Strafe bedroht¹²⁰. Als Zwischenstufe wurde mit der Bestimmung über die “mangelnde Sorgfalt bei Finanzgeschäften”¹²¹ ein Sonderdelikt geschaffen, welches Bankorgane und -angestellte umfasst, den Kreis der möglichen Täter aber auf alle im oder für den Finanzsektor tätigen Personen¹²² ausdehnt. Schliesslich unterstehen Bankorgane und -angestellte einer verschärften Strafdrohung, wenn sie sich der Veruntreuung¹²³ schuldig machen, sofern sie betriebsintern für die Vermögensverwaltung zuständig sind¹²⁴.

41. Es ist weder möglich noch sinnvoll, alle Strafrechtsnormen näher darzustellen, welche für Bankorgane und -angestellte von besonderer Bedeutung sind und für die sie als Täter oder Gehilfen in Frage kommen können¹²⁵. Es ist freilich zu beachten, wie fliessend die Übergänge zwischen Opfer- und Täterschaft sind¹²⁶. In erster Linie sind es alle Bestimmungen, die zur Wirtschaftstätigkeit in engstem Bezug stehen, nämlich die Normen über Vermögens- und Urkundendelikte¹²⁷. Verschiedene neue oder für die nächste Zukunft geplante Änderungen der Strafgesetzgebung

¹¹⁷ Vorbehalt bleibt die Aufmerksamkeit, mit welcher interne Inspektorate und Revisionsstellen Hinweisen auf den Lebensstil eines Bankangestellten, der aus seinen beruflichen Einkünften offensichtlich nicht zu finanzieren ist, nachgehen sollten.

¹¹⁸ Wie hier KLEINER (1993), Kommentar, N. 35 zu Art. 3-3^{ter}; anders, etwas weitgehend, AELLEN (1990), 178.

¹¹⁹ Und in geringerem Umfang auch die Bank als juristische Person selbst, vgl. dazu hinten Rz. 115 ff.

¹²⁰ Der Sache nach können allerdings verschiedene Straftatbestände von Art. 46 und 49 BankG nur von Bankorganen und -angestellten begangen werden. Im Grunde wohl nicht anders ZANGA (1992), 65.

¹²¹ Art. 305^{ter} StGB, dazu hinten Rz. 244 ff.

¹²² In dieser Weise ersetzt ACKERMANN (1992), 98 f. die unbestimmte Umschreibung im Gesetz durch eine andere.

¹²³ Art. 140 Ziff. 2 StGB.

¹²⁴ Bestätigt in BGE 110 IV 15.

¹²⁵ Vgl. SCHMID (1980), 162 ff. und 175 ff. sowie die interessanten theoretischen Überlegungen aus strafrechtlicher Sicht von ARZT (1994), Sanierungsentscheid, im Zusammenhang mit Sanierungsentscheiden von Banken.

¹²⁶ Eindringlich ARZT (1994), Sanierungsentscheid.

¹²⁷ Im Vordergrund stehen Veruntreuung (Art. 140 StGB), ungetreue Geschäftsführung (Art. 159 StGB), Betrug (Art. 148 StGB), unwahre Angaben über Handelsgesellschaften (Art. 152 StGB) und Falschbeurkundung (Art. 251 Ziff. 1 Abs. 2, 2. Halbsatz StGB).

schaffen zwar nicht ein eigentliches Sonderstrafrecht für Banken. Aufgrund der wirtschaftlichen Tätigkeit der Banken sind diese Normen aber in besonderem Masse für die Banken von Bedeutung. Zu nennen sind die Bestimmungen über Geldwäscherei¹²⁸ und die Bekämpfung des organisierten Verbrechens¹²⁹ einerseits und zum Schutze eines lauterer Kapitalmarktes (Verbot des Insiderhandels¹³⁰ und der Kursmanipulation¹³¹) anderseits.

2. Zivilrecht

a) "Aufsichtsrechtliche Verstärkung" zivilrechtlicher Pflichten

42. Das Zusammenspiel zwischen Zivilrecht und Bankenaufsichtsrecht ist ähnlich, wie vorne für das Strafrecht geschildert. Eine Verletzung zivilrechtlicher Pflichten durch Bankorgane oder -angestellte kann die EBK als Aufsichtsbehörde veranlassen zu prüfen, ob die verantwortlichen Personen noch eine einwandfreie Geschäftstätigkeit gewährleisten¹³². Dabei kann es sich um Pflichten gegenüber Kunden oder von Angestellten oder Organen gegenüber der Bank selbst handeln. Das Zivilrecht erfährt in diesem Sinne eine aufsichts- und damit öffentlich-rechtliche "Verstärkung". Diese Aussage bedarf aber verschiedener Vorbehalte.

43. Als erstes bildet nicht jede Verletzung zivilrechtlicher Pflichten durch eine Bank Anlass zu Untersuchungen durch die Aufsichtsbehörde oder gar aufsichtsrechtlichen Massnahmen. Die Pflichtverletzung muss schwerwiegend sein¹³³. Zudem muss innerhalb der Bank die Verantwortung für den Vorfall auf Stufe der Geschäftsführung (Direktion) oder sogar des Verwaltungsrates angesiedelt sein. Letzteres kann aber auch zutreffen, wenn die Verletzung zivilrechtlicher Normen auf eine ungenügende Organisation oder Überwachung der Bank hinweist.

¹²⁸ Art. 305^{bis} und 305^{ter} StGB, in Kraft seit dem 1.8.1990.

¹²⁹ Art. 260^{ter} StGB, welcher u.a. die vorsätzliche Unterstützung der verbrecherischen Tätigkeit einer kriminellen Organisation z.B. durch die Verwaltung ihrer Gelder mit Gefängnis oder Zuchthaus bedroht, wurde am 18. 3. 1994 vom Parlament verabschiedet und wird am 1.8.1994 in Kraft treten, vgl. BBl 1993 III 277-333 (Botschaft) und BBl 1994 II 274 (Referendumsvorlage).

¹³⁰ Art. 161 StGB, in Kraft seit dem 1.7.1988.

¹³¹ Vorschlag für einen Art. 161^{bis} StGB im Rahmen des Börsengesetzes, vgl. vorne Rz. 26 ff.

¹³² Art. 3 Abs. 2 Bst. c BankG. Vgl. die bei KLEINER (1993), Kommentar, N. 36 zu Art. 3-3^{ter}; RHINOW/BAYERDÖRFER (1990), Rz. 61 ff. und AELLEN (1990), 179 ff. geschilderten Beispiele sowie (exemplarisch) die Verfügung vom 25.8.1993 i.S. Bank Z. (zur Publikation in EBK Bulletin 25, 1994 vorgesehen): schwere Verletzung der Sorgfalts- und Treuepflicht gegenüber Vermögensverwaltungskunden.

¹³³ Zu allgemein wohl die Entscheidungszusammenfassung in EBK Bulletin 18 (1988), 11. Im Entscheid selbst werden "schwere" Vertragsverletzungen verlangt (16). Wie hier NOBEL (1989), Kursschnitt, 527 (544).

44. Weiter ist auf das Ziel einer allfälligen Intervention der Aufsichtsbehörde hinzuweisen. Eine solche bezweckt nicht, einem Kunden allenfalls zur Durchsetzung der von ihm geltend gemachten zivilrechtlichen Ansprüche zu verhelfen. Dies bleibt dem Zivilrichter vorbehalten. Entsprechend dem präventiven Charakter der Bankenaufsicht zielen ihre Interventionen darauf ab, einen “ordnungsgemässen Zustand”¹³⁴ wiederherzustellen und so eine Wiederholung des Vorfalls zu vermeiden. Entsprechend kommt Kunden, welche bei der Aufsichtsbehörde eine Verletzung zivilrechtlicher Pflichten einer Bank rügen, in einem allfälligen Verwaltungsverfahren gegen die Bank auch keine Parteistellung zu¹³⁵.

b) Sittenwidrigkeit als Rechtsverletzung

45. Die EBK hat seit Ende der 70er-Jahre verschiedentlich Geschäfte von Banken (meist unter anderem) mit der Begründung beanstandet, sie oder die Umstände ihrer Abwicklung würden gegen die guten Sitten verstossen¹³⁶. Damit sie solche Geschäfte vermeiden, verlangt die EBK überdies von den Banken, dass sie unter gewissen Umständen die “wirtschaftlichen Hintergründe” eines Geschäftes in Erfahrung bringen und dokumentieren¹³⁷. Das Bundesgericht hat diese Praxis bestätigt und im “Schiffshypothekenfall” ausgeführt, die Banken hätten sich einer Mitwirkung an “unrechtmässigen oder sittenwidrigen Geschäften eines Kunden zu enthalten”¹³⁸.

46. Diese Praxis blieb nicht ohne Kritik aus Bankkreisen. Sie richtete sich weniger gegen die Entscheide im Einzelfall, deren Umstände vielfach als stossend betrachtet wurden¹³⁹. Unbehagen bereiten zum einen mehr die Begründungen, denen unnötige Allgemeinheit oder fehlende Substantiierung vorgeworfen wird¹⁴⁰. Am meisten stört aber im Grunde wohl die den

¹³⁴ Art. 23^{ter} Abs. 1 BankG.

¹³⁵ Vgl. MÜLLER (1987), 67f. m.w.H.; (unpublizierte) Verfügung der EBK vom 30.11.1990 i.S. C. AG und G. Holding AG: die EBK trat darin auf ein Begehren von Bankkunden nicht ein, welche festgestellt haben wollten, ein bestimmtes zwischen der Bank und ihnen getätigtes Geschäft der Bank sei mit der Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit nicht zu vereinbaren gewesen.

¹³⁶ So die Annahme von erkennbar aus Bestechung von (in- oder ausländischen) Beamten oder Politikern stammenden Vermögenswerten (EBK Jahresbericht 1993, 32, vgl. hinten 314 f.); (im Grunde ebenso aber ohne ausdrückliche Bezugnahme auf die Sittenwidrigkeit) die Finanzierung von Liegenschaftskäufen, bei denen (rechtswidrige) Schwarzgelder bezahlt wurden (EBK Jahresbericht 1993, 31 f., sowie EBK Bulletin 22 [1992], 27, 31); sowie EBK Bulletin 15 (1985), 5 und daran anschliessend BGE 111 Ib 126 unter Bezugnahme auf mögliche strafrechtliche Implikationen (Schiffshypothekenfall, fiktive Kredite zur Täuschung ausländischer Steuerbehörden).

¹³⁷ Vgl. hinten Rz. 274 ff.

¹³⁸ BGE 111 Ib 126 (128).

¹³⁹ So z.B. in bezug auf den Schiffshypothekenfall KLEINER (1993), Kommentar, N. 36a zu Art. 3-3^{ter} und auch RHINOW/BAYERDÖRFER (1990), Rz. 185 f.

¹⁴⁰ KLEINER, a.a.O.

Entscheiden zu Grunde liegende Tendenz, moralische Überlegungen in die Entscheide einer Bankenaufsichtsbehörde einfließen zu lassen. Am deutlichsten ist wohl KLEINER: “Es kann aber nicht die Meinung haben, dass der Banquier Polizeifunktion gegenüber seinen Kunden ausübt, oder dass ihm gar eine Prüfungspflicht bezüglich garantierter Grundgeschäfte in dem Sinne auferlegt wird, dass er solche Geschäfte verhindert, die mit einem im freien Ermessen der Verwaltungsbehörde aufgestellten Moral-kodex nicht vereinbar, aber weder gesetzwidrig noch nach BGE 76 II 41ff. als unsittlich zu betrachten oder gar ortsüblich sind ...”¹⁴¹.

47. Dem ist insoweit zuzustimmen, als die Sittenwidrigkeit oder Unsittlichkeit ein Rechtsbegriff ist und nicht ausserhalb der Rechtsordnung steht. Das Bundesgericht erachtet Verträge als sittenwidrig im Sinne von Art. 20 OR, wenn sie “gegen die herrschende Moral, d.h. gegen das allgemeine Anstandsgefühl oder gegen die der Gesamtrechtsordnung immanenten ethischen Prinzipien und Wertmassstäbe verstossen ...”¹⁴². Das Zitat zeigt, wie schwer es ist, allgemeine und zugleich konkrete Kriterien zu formulieren¹⁴³. Sittenwidrig kann jedenfalls auch der von den Parteien mittelbar angestrebte Zweck eines Vertrags sein¹⁴⁴. Dies entschied das Bundesgericht unter anderem schon 1922 bezüglich einer Bank, welche einem Kunden beim Steuerbetrug behilflich war¹⁴⁵. In diesem Rahmen ist auch die EBK als Bankenaufsichtsbehörde wie jede andere Behörde gehalten, zivilrechtliche Vorfragen nach “Recht und Sitte”, d.h. Recht einschliesslich Sitte, zu prüfen¹⁴⁶. Die Nagelprobe einer solchen Prüfung erfolgt im Zusammenhang mit Beihilfen einer Bank zur Verletzung ausländischen Rechts durch Kunden, welche eine Sittenwidrigkeit nach schweizerischem Recht begründen können¹⁴⁷.

48. Die Frage nach der Sittenwidrigkeit eines Geschäftes und das Verbot an die Banken, an rechts- und sittenwidrigen Geschäften mitzuwirken, wurden verschiedentlich mit den solchen Geschäften inhärenten zivilrechtlichen Haftungsrisiken begründet¹⁴⁸. Hintergrund dieser Überlegun-

¹⁴¹ KLEINER (1993), Kommentar, N. 18 b zu Art. 3-3^{ter}. Im Grunde und mit Nuancen ebenso NOBEL (1989), Zivil- und Aufsichtsrecht, 235 (253 f.).

¹⁴² BGE 115 II 232 (235). In concreto erachtete das Bundesgericht die Verabredung einer Vergütung für den Rückzug eines nicht aussichtslosen Baurekurses nicht für sittenwidrig.

¹⁴³ Was auch RHINOW/BAYERDÖRFER (1990), Rz. 165, zugestehen.

¹⁴⁴ ZUFFEREY-WERRO (1988), Rz. 993 ff., 1297 ff.

¹⁴⁵ BGE 48 II 270. Der Sachverhalt erscheint zeitlos: vgl. BGE 96 I 737 (Rechtshilfe an die USA wegen Steuerbetrug, Darlehen an Bankkunden gedeckt durch unversteuerte bei der Bank hinterlegte Vermögenswerte des Kunden); 111 Ib 126 (Schiffshypothekenfall); ASA 56 (1987/88), 67; EBK Bulletin 23 (1993), 31.

¹⁴⁶ Auf einen ähnlichen, noch weitergehenden Beurteilungsspielraum beispielsweise der Bank of England wurde schon hingewiesen, vgl. vorne Rz. 17, FN 30.

¹⁴⁷ Dazu hinten Rz. 62 ff.

¹⁴⁸ Vgl. die Nachweise bei ZULAUF, recht 7 (1989), 79 (82, FN 35).

gen war zum Teil der – zu Unrecht¹⁴⁹ – auf den Gläubigerschutz als einzigen Zweck des Bankengesetzes fixierte Blick. Solche Haftungsrisiken mögen zwar in Einzelfällen durchaus bestehen. Die wahre Treibkraft dieser Aufsichtspraxis war aber eine andere. Sie ist nur verständlich vor dem Hintergrund der beständigen öffentlichen Diskussion um die (behauptete oder wirkliche) Rolle einzelner Schweizer Banken und des Bankgeheimnisses als Helfer bei der Umgehung ausländischen Rechts¹⁵⁰. Diese waren eingebettet in weltweite Bemühungen um neue ethische Grundlagen für das Wirtschaftsleben. Sie haben auch vor den Banken und Bankenaufsichtsbehörden und den Kapitalmärkten nicht haltgemacht¹⁵¹.

49. Immerhin kann die Teilnahme an rechts- oder sittenwidrigen Geschäften durchaus finanzielle Schäden für die betroffene Bank bewirken, welche weit über die unmittelbaren Folgen des Vorfalls hinausgehen¹⁵². Ausgangspunkt sind wieder Ruf und Vertrauen einer Bank beim Publikum. In extremen Fällen können diese durch ein einzelnes Geschäft und entsprechender Berichterstattung in den Medien derart angeschlagen werden, dass an und für sich nicht betroffene Kunden der Bank ihre Geschäfte mit dieser abbrechen. Interbanklinien werden nicht erneuert, da andere Banken zu einem in der Öffentlichkeit umstrittenen Institut keine Beziehungen unterhalten wollen.

3. Normen privater Selbstregulierung

a) Standesregeln

50. Die Selbstregulierung hat im schweizerischen Finanz-, Bank- und Börsenwesen eine lange Tradition. Die insbesondere im Zusammenhang mit der laufenden Börsengesetzgebung geführte Diskussion über Vor- und Nachteile sowie das richtige Mass von Selbstregulierungen im Finanzbereich kann hier nicht weitergeführt werden¹⁵³. Insbesondere die Schweizerische Bankiervereinigung als Berufsorganisation der Schweizer Banken hat eine ganze Anzahl solcher Regelwerke ausgearbeitet, welche ganz unter-

¹⁴⁹ Vgl. vorne Rz. 19 ff.

¹⁵⁰ Vgl. die Hinweise bei ZULAUF, recht 7 (1989), 79 (82).

¹⁵¹ Vgl. hinten Rz. 68 ff.

¹⁵² Vgl. hinten Rz. 234 ff.

¹⁵³ Vgl. z.B. NIKLAUS BLATTNER (Hrsg.), Ein schweizerisches Börsengesetz im europäischen Kontext, Tagung des Europainstitutes Basel (erscheint 1994); PETER KLAUSER, Ein schweizerisches Börsengesetz – Selbstregulierung versus staatliche Regulierung, SNB Quartalsheft 1/1994, 61-64; ZUFFEREY (1994), 305 ff.; LANGHART (1993), 85 ff.; BELLANGER (1991), règles de déontologie; NOBEL (1987), Selbstregulierung; ROLF H. WEBER, Bedeutung, Möglichkeiten und Grenzen der Selbstregulierung, in: Schweiz. Treuhand- und Revisionskammer, Empfehlungen zur Rechnungslegung und zur Revision, Zürich 1987 (Bd. 75 der Schriftenreihe), 22 ff.

schiedliche Fragen betreffen¹⁵⁴. Andere Branchenverbände zum Beispiel der Vermögensverwalter¹⁵⁵ und der Börsen¹⁵⁶ standen nicht nach. Im folgenden ist nur noch von den Standesregeln der Banken die Rede.

51. Der Ausdruck Standesregeln hat einen etwas korporatistischen Beigeschmack. Er hat sich jedoch eingebürgert und soll deshalb auch hier verwendet werden. Nicht von Interesse sind im vorliegenden Zusammenhang jedoch Absprachen, welche vorwiegend der Beschränkung des Wettbewerbs dienen. Zugegeben können auch andere Regulierungen kartellistische Nebeneffekte haben¹⁵⁷. Wichtig sind hier vielmehr Standesregeln, welche die Banken nicht ausschliesslich im eigenen, sondern auch oder vor allem im Interesse ihrer Kunden oder der Öffentlichkeit geschaffen haben¹⁵⁸. Im einzelnen mögen sie "Vereinbarungen", "Richtlinien" oder "Empfehlungen" heissen.

52. Selbstregulierungen werden nicht durch staatliche Behörden, sondern durch Private erlassen. Angesichts der betroffenen Kunden- oder öffentlichen Interessen war die EBK als Aufsichtsbehörde aber bei der Schaffung oder Umgestaltung verschiedener Standesregeln in unterschiedlichem Masse mitbeteiligt. Der Fächer reicht von interessiertem Abseitsstehen¹⁵⁹ über die verborgene oder offene¹⁶⁰ Einflussnahme bis zur Anregung des Erlasses von neuen Standesregeln¹⁶¹. Die EBK kennt dabei weder Berührungängste noch Kompetenzneid: grundsätzlich ist sie glücklich über alle Fragen, welche in befriedigender Weise von den Banken selbst gelöst werden können.

¹⁵⁴ Vgl. die Übersicht bei FÜGLISTER (1993), Standesregeln, passim; sowie (nicht vollständig deckungsgleich) das EBK Rundschreiben 93/3, Revisionsbericht, Anhang I.

¹⁵⁵ Vgl. ZULAUF, WuR 42 (1990), 140 (152 ff.).

¹⁵⁶ Nach der Aufhebung der (insbesondere kartellistischen) Courtagekonvention im Jahre 1990, dazu ZULAUF, WuR 42 (1990), 140 (153), ist besonders auf den Übernahmekodex der Vereinigung Schweizer Börsen vom 1.9.1989/1.5.1991 hinzuweisen, dazu zuletzt URS PULVER, Zur Regelung öffentlicher Übernahmeangebote, in: SCHLUEP/ISLER (Hrsg.), Neues zum Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht, FS Peter Forstmoser, Zürich 1993, 239-261, mit Literaturhinweisen.

¹⁵⁷ Vgl. zur Sorgfaltspflichtvereinbarung den Treuhänder-Fall, BGE 109 Ib 146.

¹⁵⁸ Anders FÜGLISTER (1993), Standesregeln, 229 (235 f.).

¹⁵⁹ So in den Anfangsjahren der Sorgfaltspflichtvereinbarung, zutreffend BELLANGER (1991), règles de déontologie, 177 (194 ff.).

¹⁶⁰ So verbot die EBK in ihrem Rundschreiben 91/1 die Verwendung der in der VSB von 1987 noch vorgesehenen Formularerklärungen durch Anwälte und Treuhänder (sogenanntes Formular B), wonach sie die wirtschaftlich Berechtigten an den von ihnen bei einer Bank eingebrachten Vermögenswerte kennen, vgl. EBK Jahresberichte 1990, 22 f. und 1991, 17 f. Heute kann die EBK tatsächlich als "stille Gesellschafterin" der VSB betrachtet werden, vgl. CHAPUIS, ZBJV 128 (1992), 148 (159).

¹⁶¹ Verschiedene der in Anhang I zum Rundschreiben 93/3 der EBK genannten Standesregeln gehen auf einen Wunsch der EBK nach Selbstregulierung zurück.

53. Die enge Verbindung von Standesregeln und staatlicher Aufsicht zeigt sich auch in der Aufsichtspraxis. Die EBK betrachtet eine ganze Anzahl von Standesregeln gewissermassen als Minimalstandard einer einwandfreien Geschäftstätigkeit und angemessenen Organisation einer Bank¹⁶². So wurde die Sorgfaltspflichtvereinbarung (VSB) sogar als "Rechtsquelle für das Wohlverhalten nach Art. 3 Abs. 2 Bst. c BankG" bezeichnet¹⁶³. Sie wird in ihrer Entscheidungsfreiheit dadurch allerdings nicht gebunden¹⁶⁴. Dadurch werden die Standesregeln faktisch verwaltungsrechtlich durchgesetzt. Dies gilt auch gegenüber Aussenseitern, welche nicht Mitglied der Bankiervereinigung sind, allerdings nur in der Substanz, nicht formell. Keine Bank darf beispielsweise zur Unterzeichnung einer Vereinbarung gezwungen werden. Allerdings ist jede noch so freiwillige Selbstregulierung mit vertraglichen Verpflichtungen¹⁶⁵ nur bei einem gewissen Organisationsgrad lebensfähig. Wird er nicht erreicht, ist der Staat gefordert, wenn die Frage wirklich einer Regelung bedarf.

b) Bankinterne Statuten und Reglemente

54. Das Bankengesetz verpflichtet die Banken unter anderem, in ihren Statuten und Reglementen¹⁶⁶ den Geschäftskreis zu umschreiben und die ihrer besonderen Geschäftstätigkeit entsprechende Organisation vorzusehen¹⁶⁷. Änderungen dieser Geschäftsgrundlagen müssen von der EBK genehmigt werden. Sie sind damit einerseits Resultat der Gesetzesanwendung, wirken aber andererseits auch wieder auf diese zurück. Die Bestimmungen in den Statuten und Reglementen sind nur sinnvoll, wenn sie auch beachtet werden. Ist dies nicht möglich, weil sich die Verhältnisse geändert haben, so sind sie bei nächster Gelegenheit anzupassen.

55. Die Bankorgane haben ein vehementes Interesse an einer Kongruenz zwischen reglementarischem Schein und Sein, besonders was die internen Kompetenzregeln betrifft. Sie riskieren nämlich insbesondere bei Verlustfällen, von der EBK (und allenfalls einem Straf- oder Zivilrichter) den

¹⁶² Zustimmend das Bundesgericht im Treuhändefall, BGE 109 Ib 145 (153). Die EBK trägt den bankengesetzlichen Revisionsstellen auf, die Einhaltung einer ganzen Anzahl von Standesregeln zu prüfen, vgl. EBK-Rundschreiben 93/3, Revisionsbericht, Rz. 20 und Anhang I.

¹⁶³ KLEINER, Kommentar (Ausgabe 1986), N. 35 zu Art. 3-3^{ter}. Seit der Ausgabe 1990 bildet die VSB noch "Grundlage korrekten Geschäftsverhaltens". Materiell dürfte nichts anderes gemeint sein.

¹⁶⁴ So ausdrücklich für die VSB das Bundesgericht im Schiffshypothekenfall, BGE 111 Ib 126 (128).

¹⁶⁵ Wie z.B. die VSB. Bei Richtlinien und Empfehlungen, welche keine zivilrechtlich direkt vollstreckbaren Verpflichtungen enthalten, stellt sich das Problem weniger.

¹⁶⁶ Dazu gehören das Geschäftsreglement, nicht aber alle Weisungen des bankinternen Weisungswesens.

¹⁶⁷ Art. 3 Abs. 2 Bst. a BankG. Dazu hinten Rz. 182 ff.

reglementarischen Spiegel vorgehalten zu erhalten. So berücksichtigt die EBK Reglementsverletzungen, wenn sie prüft, ob ein Bankleiter eine einwandfreie Geschäftstätigkeit gewährleistet¹⁶⁸.

c) Allgemeine Geschäftsbedingungen?

56. Ob die AGB der Banken ähnlich wie ihre Standesregeln auf dem Wege einer "verwaltungsrechtlichen Verstärkung" die Praxis der Aufsichtsbehörde beeinflussen, gewinnt angesichts der Vorschläge zur Börsengesetzgebung neue Aktualität¹⁶⁹. Bis jetzt widerstand die EBK im Rahmen der Bankenaufsicht aber (fast)¹⁷⁰ jeder Versuchung, den Inhalt einzelner AGB kontrollieren zu wollen. Die EBK nahm auch nicht Stellung zu den von der Bankiervereinigung ausgearbeiteten Muster-AGB¹⁷¹. Die AGB der Banken waren somit für die Aufsichtspraxis der EBK bisher nicht relevant. Sie beschäftigt sich grundsätzlich nur mit einzelnen Geschäftsvorfällen, wenn sie von ihrer Grösse oder Natur Auswirkungen auf die finanzielle Position der Bank haben können oder Zweifel hervorrufen, ob die Leitung der Bank vertrauenswürdig oder ihre Organisation angemessen ist.

4. *Übriges schweizerisches Verwaltungsrecht*

57. Das übrige schweizerische Verwaltungsrecht kann für die Banken aufsichtsrechtlich in zweierlei Hinsicht relevant werden. Zum einen sind sie, ihre Organe und Angestellten wie jedermann gehalten, die schweizerische Rechtsordnung zu beachten. Zum andern sollen sie sich auch nicht wissentlich und aktiv an widerrechtlichen Handlungen ihrer Kunden beteiligen¹⁷². Eine Missachtung dieser Regeln kann das korrekte Geschäftsverhalten eines Bankiers in Zweifel bringen¹⁷³.

58. Damit wird die Bankenaufsichtsbehörde nicht zur Vollstreckerin beliebiger verwaltungsrechtlicher Vorschriften des Bundes oder der Kantone. Bei (strafbaren) Verletzungen von Bundesverwaltungsrecht obliegt ihr zwar eine Anzeigepflicht gegenüber der zuständigen Behörde¹⁷⁴. Sie hat

¹⁶⁸ Vgl. letztmals EBK Bulletin 22 (1992), 27 (29 f.): Reglementsverletzung durch unsorgfältige Ermittlung des Belehnungswertes von Grundpfändern.

¹⁶⁹ Vgl. vorne Rz. 34 ff.

¹⁷⁰ So mag ein subalternen Beamter des Sekretariates der EBK einmal auf die Idee kommen, eine Bank (unverbindlich) anzufragen, ob sich nach ihren AGB ein Einleger wirklich allen zukünftigen Änderungen der Rückzugsbedingungen unterwerfen müsse, welche ihm nur auf Anfrage mitgeteilt werden.

¹⁷¹ Abgedruckt und kommentiert bei ISA HARDEGGER. Über die allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken, Diss. BE, Bern 1991.

¹⁷² Vgl. hinten 305 ff.

¹⁷³ Vgl. KLEINER (1993), Kommentar, N. 36 zu Art. 3-3^{ter}.

¹⁷⁴ Art. 19 Abs. 2 VStrR.

jedoch nicht nach allen möglichen Widerhandlungen zu fahnden und gewissermassen Detektivarbeit zum Beispiel für die Steuerbehörden des Bundes zu leisten¹⁷⁵. Auch ein direktes aufsichtsrechtliches Einschreiten, welches sich meist in Ermahnungen erschöpfte, war in der Vergangenheit nicht allzu häufig und betraf vor allem die aktive Unterstützung von Widerhandlungen durch Kunden¹⁷⁶.

59. Es seien im folgenden einige Beispiele von verwaltungsrechtlichen Vorschriften genannt, welche für die Banken von Bedeutung sein können. Vielfach (aber nicht immer) handelt es sich um Erlasse mit beschränkter Geltungsdauer, welche zum Teil auch weniger bekannt sind. Die Pflichten aus einem allfälligen Geldwäschereigesetz¹⁷⁷ werden an anderer Stelle erläutert¹⁷⁸.

60. Das Bundesgesetz vom 16. Dezember 1983 über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland¹⁷⁹ betrifft die schweizerisch beherrschten Banken für das Eigengeschäft nicht. Hingegen dürfen auch sie nicht bei täuschenden Manövern von Kunden zur Umgehung dieses Erlasses, über dessen Sinn man allerdings geteilter Meinung sein kann, wesentlich mithelfen¹⁸⁰. Ausländisch beherrschte Banken sind dagegen beim Erwerb von Grundstücken in der Schweiz und, vor allem, auch bei der Gewährung von "Finanzierungen" eingeschränkt, welche durch ein Pfandrecht auf einem schweizerischen Grundstück gesichert sind¹⁸¹.

61. Der keineswegs neue¹⁸², aber neuerdings fast routinemässig und unverzüglich erfolgende "autonome Nachvollzug" der Schweiz von Sanktionen der UNO hat uns in den letzten Jahren einige auf Art. 102 Ziff. 8

¹⁷⁵ VPB 43 Nr. 38. Zumindest in den letzten 10 Jahren gab es keine solche Anzeigen.

¹⁷⁶ Vgl. EBK Bulletin 23 (1993), 19 (fiktiver Kredit und falsche Erklärung gegenüber Grundbuchbehörden zur Umgehung der Bewilligungspflicht zum Erwerb von Liegenschaften durch Personen im Ausland durch einen Kunden), 31 (Ausstellung unrichtiger Bescheinigungen zur Täuschung von Steuerbehörden); 22 (1992), 27 (Finanzierung von Schwarzgeldgeschäften), 1 (1977), 14 (Bankdirektor wegen Verletzung der Vorschriften über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland durch Strafrichter verurteilt).

¹⁷⁷ Im Januar 1994 eröffnete das EFD ein Vernehmlassungsverfahren zu einem "Bundesgesetz zur Bekämpfung der Geldwäscherei im Finanzsektor (Geldwäschereigesetz, GwG)" mit Frist bis Ende April 1994. Die Reaktionen waren mehrheitlich kritisch. Prognosen über das Schicksal des Projekts lassen sich im Juni keine machen.

¹⁷⁸ Vgl. hinten Rz. 274 ff.

¹⁷⁹ BewG, SR 211.412.41, "Lex Friedrich".

¹⁸⁰ Vgl. die in FN 176 genannten Entscheide, vgl. hinten Rz. 283 ff., 319 ff.

¹⁸¹ Verbot sogenannter "Würgehypothecken", vgl. MARC BERNHEIM, Die Finanzierung von Grundstückkäufen durch Personen im Ausland unter besonderer Berücksichtigung der Stellung von Auslandsbanken, Diss. ZH, Zürich 1993.

¹⁸² Vgl. DIETRICH SCHINDLER, in: Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Loseblattsammlung, Basel/Zürich/Bern, Ausgabe 1989, Rz. 110 zu Art. 102 BV.

BV der Bundesverfassung gestützte Verordnungen beschert. Sie richten sich (zur Zeit) gegen die Republik Irak (1990)¹⁸³, Libyen (1992)¹⁸⁴, Jugoslawien (1992)¹⁸⁵ und Haiti (1993)¹⁸⁶. Die Verordnungen enthalten regelmässig auch Beschränkungen des Zahlungsverkehrs und (zum Teil) Sperren von Konten von "Behördenmitgliedern" und der von ihnen beherrschten Gesellschaften. Weder die verantwortlichen Behörden noch die Banken sind um den Vollzug dieser Bestimmungen zu beneiden.

5. *Ausländisches öffentliches Recht*

62. Nach dem Grundsatz der Territorialität ist ausländisches öffentliches Recht in der Schweiz nicht anwendbar¹⁸⁷. Dieser Grundsatz gilt indes nicht absolut. So kann ein schweizerischer Zivilrichter kraft inländischer Kollisionsnorm gehalten sein, ausländisches Recht anzuwenden¹⁸⁸. Bekanntlich schliesst dies nach dem Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (IPRG) auch das öffentliche Recht des Auslandes ein¹⁸⁹, wenn dessen Anwendung nicht zu einem mit dem schweizerischen *ordre public* unvereinbaren Ergebnis führt¹⁹⁰. Darüber hinaus ist die "extraterritoriale Wirkung" (nicht Geltung) von öffentlich-rechtlichen Normen im Interesse einer einheitlichen landesinternen Rechtsanwendung unvermeidlich und nichts Aussergewöhnliches¹⁹¹.

63. Auswirkungen ausländischen öffentlichen Rechts zeigen sich auch im Bankenaufsichtsrecht. Verletzt eine schweizerische Bank oder ein Verwaltungsrat oder ein Direktor einer schweizerischen Bank ausländisches öffentliches Recht, kann dies bei der Beurteilung der Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit von Bedeutung sein¹⁹². Auch dies ist keine schweizerische Eigenheit, sondern entspricht einer allgemeinen

¹⁸³ Verordnung vom 7.8.1990 über Wirtschaftsmassnahmen gegenüber der Republik Irak, SR 946.206, AS 1990 1316; und die darauf gestützte Verordnung des EVD vom 8.8.1990, SR 946.206.1, AS 1990 1319.

¹⁸⁴ Verordnung vom 15.4.1992 über Massnahmen gegenüber Libyen, SR 946.208, AS 1992 958, total revidiert am 12.1.1994, AS 1994 108.

¹⁸⁵ Verordnung vom 3.6.1992 über Wirtschaftsmassnahmen gegenüber Jugoslawien (Serbien und Montenegro), SR 946.209, AS 1992 1203.

¹⁸⁶ Verordnung vom 30.6.1993 über Wirtschaftsmassnahmen gegenüber Haiti, SR 946.205, AS 1993 2053; sistiert vom 9.9. bis am 20.10.1993, AS 1993 2581 und 2953; geändert am 22.6.1994, AS 1994 1453.

¹⁸⁷ MÜLLER/HÄFELIN (1992), Rz. 289.

¹⁸⁸ Vgl. BÄR (1988), extraterritoriale Wirkung, 3 (4 ff.).

¹⁸⁹ Art. 13 IPRG.

¹⁹⁰ Art. 17 IPRG.

¹⁹¹ Vgl. BÄR (1988), extraterritoriale Wirkung, 3 (6 ff.).

¹⁹² Ähnlich die Praxis zum Entzug von Führerausweisen als Folge von im Ausland begangenen Verletzungen von Verkehrsregeln, BGE 108 Ib 69, 109 Ib 304.

Praxis von Bankenaufsichtsbehörden¹⁹³. Dabei beurteilt die EBK den Sachverhalt, nicht die Rechtsfrage.

64. Die EBK ist nicht an eine allfällige Beurteilung des gleichen Sachverhalts durch eine ausländische Behörde gebunden und braucht auch das Ende eines Verfahrens nicht abzuwarten. Liegen ausländische Entscheide vor, wird sie diese aber bei ihrem Entscheid beachten. Ebenso ist den Besonderheiten des ausländischen Rechts und allfälligen Mängeln eines ausländischen Verfahrens Rechnung zu tragen¹⁹⁴. Der verletzten ausländischen Rechtsvorschrift braucht nicht unbedingt eine spiegelbildliche schweizerische Vorschrift zu entsprechen¹⁹⁵. Je fremder die ausländische Vorschrift der schweizerischen Rechtsordnung jedoch ist, desto zurückhaltender wird die EBK den Sachverhalt beurteilen¹⁹⁶.

65. Die Praxis der EBK in dieser Frage zeigte bisher noch wenig Konturen. Nur seltene und keine publizierten Fälle betrafen ausländische Verfahren gegen Organe schweizerischer Banken. Die EBK traf bisher keine diesbezüglichen Verfügungen. Alle andern Anwendungsfälle betrafen Verwicklungen und aktive Hilfeleistungen von Schweizer Banken bei Verletzungen ausländischen Rechts durch einzelne Kunden¹⁹⁷.

66. Durch diese Praxis der (zurückhaltenden und einzelfallweisen) Beachtung ausländischen Rechts bei der Sachverhaltsbeurteilung wird die EBK nicht zur Vollstreckungsgehilfin ausländischer Behörden. Sie pflegt auch einzig zu ausländischen Bank- und Finanzmarktaufsichtsbehörden direkte Kontakte. Eine gewisse Schutzwirkung für das ausländische Recht ist aber nicht abzustreiten und zur Erhaltung des Rufs des Finanzplatzes¹⁹⁸ auch beabsichtigt.

67. Dies zeigt sich beispielsweise an der standes- und aufsichtsrechtlich formulierten Anweisung an die Banken, nicht "aktiv" an Kapitalfluchtgeschäften oder Steuerhinterziehungen ihrer Kunden mitzuwirken¹⁹⁹. In

¹⁹³ So haben z.B. in Grossbritannien die Direktoren, Verwaltungsräte, massgebenden Aktionäre sowie die Generaldirektoren, Verwaltungsratspräsidenten und massgebenden Aktionäre von Muttergesellschaften gegenüber der Bank of England schriftlich anzugeben, ob sie irgendwo auf der Welt strafrechtlich verurteilt wurden oder in ein Verfahren durch irgendwelche Regierungsstellen oder berufsständischen Organisationen verwickelt waren, Bank of England, Banking Supervision Guide, Form 2 and 3, September 1987.

¹⁹⁴ Vgl. BGE 108 Ib 69. Zur sehr wichtigen Frage der Verfahrenskoordination, vgl. hinten Rz. 148 ff.

¹⁹⁵ So bezüglich Insidergeschäften vor Inkrafttreten der Verbotsnorm von Art. 161 StGB, EBK Jahresbericht 1981, 27.

¹⁹⁶ Ähnlich RHINOW/BAYERDÖRFER (1990), Rz. 160.

¹⁹⁷ Vgl. dazu hinten Rz. 305 ff.

¹⁹⁸ Dazu vorne Rz. 19 ff.

¹⁹⁹ Vgl. hinten Rz. 318 ff. Ebenso im Zusammenhang mit dem Verbot der "aktiven Beihilfe zur Kapitalflucht" (Art. 7 VSB), JUNOD (1987), *activité irréprochable*, 91 (104 ff.).

diesem Zusammenhang wird etwa eingewendet, ein solches normalerweise verpönte Verhalten könne im Einzelfall geradezu geboten sein. Vielfach wird, allerdings historisch nicht völlig exakt²⁰⁰, auf die Ursprünge des strafrechtlichen Schutzes des Bankgeheimnisses zum Schutz jüdischen Vermögens vor nationalsozialistischer Verfolgung hingewiesen. Auch das Bundesgericht liess im Schiffshypothekenfall offen, ob "in einzelnen Fällen der Schutz höherer Interessen" ausnahmsweise Geschäfte zur Täuschung ausländischer Behörden rechtfertigen könnten²⁰¹. All diese Fragen sind heikel und die Rechtsprechung nicht frei von Wertungswidersprüchen²⁰².

6. Völkerrecht und internationales "soft law"

68. Wegen oder (je nach Standpunkt) dank der Ablehnung des Beitritts der Schweiz zum Vertrag mit der Europäischen Gemeinschaft über einen Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) durch Volk und Stände vom 6. Dezember 1992 existiert bisher kein für die Schweiz verbindliches Völkerrecht, welches die Bankenaufsicht und öffentlich-rechtliche Sorgfaltspflichten der Banken zum Inhalt hat. Es gilt hier aber wie anderswo. Dem Sog einer Rechtsanpassung durch die EG kann sich die Schweiz aus Wettbewerbsgründen nicht generell entziehen. Auch wird sie die einschlägigen Regelungen der EG konsultieren, um nicht selbst das Rad wieder zu erfinden. Immerhin ist auch die EG nicht davor gefeit, nicht zwingend nötige oder unangepasste und zu komplizierte Regeln zu schaffen. Hier erlaubt der status quo der schweizerischen Integration in Europa abweichende Lösungen.

69. Über den Begriff und die rechtliche Bedeutung eines internationalen "soft law" herrscht keine Klarheit²⁰³. Man kann darunter im Rahmen internationaler Beziehungen Normen verstehen, "denen zwar keine Rechtsverbindlichkeit zukommt, die aber trotzdem gewisse Rechtswirkungen erzeugen oder eine besondere Rechtsnähe aufweisen"²⁰⁴. Hier relevant sind die Rechtswirkungen von "soft law" als Auslegungshilfe,

²⁰⁰ Vgl. BÄNZIGER (1986), 118: "Anlass zur Aufnahme einer Strafnorm war die deutsche Bankspionage der 1931-1933. Die jüdischen Flüchtlinge waren lediglich die ersten Nutzniesser der neuen Strafnorm zum Schutz des Bankgeheimnisses".

²⁰¹ BGE 111 Ib 126 (128).

²⁰² Vgl. BENEDIKT MAURENBRECHER/URS ZULAUF, Bankgeheimnisverletzung/Busse generell kein ersatzfähiger Schaden? Besprechung von BGE 115 II 72, SZW 63 (1991), 36 (41).

²⁰³ Vgl. z.B. DANIEL THÜRER, "Soft Law" – eine neue Form von Völkerrecht, ZSR NF 104 (1985) I, 429-453; JULIAN I. MAHARI, Codes of Conduct für multinationale Unternehmen, Diss. SG, Wilmington, Delaware USA, 1985, 441 ff.

²⁰⁴ THÜRER (FN 203), 429 (433 f.). Vgl. den Umschreibungsversuch von MAHARI (FN 203), 446.

insbesondere zur Ausfüllung privatrechtlicher Sittenwidrigkeitsklauseln²⁰⁵, und als Vorbild und Vorreiter für das innerstaatliche Recht²⁰⁶.

70. Beide Phänomene lassen sich auch im Bankenaufsichtsrecht feststellen. So beeinflussen die Bestrebungen des "Basler Ausschusses für Bankenaufsicht"²⁰⁷ zur Harmonisierung der internationalen Bankenaufsicht die schweizerische Aufsichtspraxis und vor allem die Rechtsetzung wesentlich. Die bisher wohl wichtigsten der vom Basler Ausschuss geschaffenen Grundlagen sind das sogenannte "Basler Konkordat" über die Beaufsichtigung internationaler Banken²⁰⁸ und das "Basler Eigenkapital-Modell" von 1988²⁰⁹. Beide Dokumente beeinflussten vor allem die Rechtsetzung²¹⁰ aber auch, in geringerem Ausmass, die Praxis²¹¹.

71. In unserem Zusammenhang von grösserer Bedeutung als die erwähnten Grundlagen des Basler Ausschusses für Bankenaufsicht sind die Empfehlungen der "Financial Action Task Force on Money Laundering (FATF)" vom 7. Februar 1990 zur Verhinderung des Missbrauchs des Finanzsystems durch Geldwäscher²¹². Sie wurden als völkerrechtlich nicht verbindliche Standards und politische Absichtserklärung der an ihrer Ausarbeitung beteiligten Regierungen bezeichnet²¹³. Gerade wegen ihrer Unverbindlichkeit geben sie nicht den kleinsten gemeinsamen Nenner der beteiligten Regierungen wieder²¹⁴. Sie richten sich primär an die Regie-

²⁰⁵ Für THÜRER (FN 203), 429 (447 f.), die wahrscheinlich bedeutsamste Funktion von "soft law". Die privatrechtlichen Sittenwidrigkeitsklauseln könnten so zu einem "eigentlichen Einfallstor" internationaler Verhaltenskodices in die nationale Rechtsordnung werden. MAHARI (FN 203), 482 f., akzeptiert dieses Verfahren nur, wenn "pro libertate" eingesetzt, d.h. nicht zur Lückenfüllung privater Sittenwidrigkeitsklauseln, anders der deutsche BGH in BGHZ 59, 82.

²⁰⁶ THÜRER (FN 203), 429 (450); MAHARI (FN 203), 483 ff.

²⁰⁷ Früher unter der Bezeichnung "Cooke-Committee" bekannt, vgl. NADIG (1991), 20 und passim.

²⁰⁸ "Grundsätze für die Beaufsichtigung der ausländischen Niederlassungen von Banken" von 1983, ergänzt 1990 (abgedruckt z.B. bei NADIG, 1991, 240) und 1992 (vgl. EBK Bulletin 23, 1993, 44), vgl. ZULAUF (1993), internationale Zusammenarbeit, 26 (40 ff.).

²⁰⁹ "Internationale Konvergenz der Eigenkapitalmessung und Eigenkapitalanforderungen" vom 11. Juli 1988, vgl. EBK Bulletin 19 (1990), 22 ff. und NADIG (1991), 128 ff.

²¹⁰ So das Basler Konkordat die Auslandsbankenverordnung vom 22.3.1984, SR 952.111, und das Eigenkapital-Modell die Revision der Eigenmittelvorschriften der Bankenverordnung von 1990, vgl. EBK Bulletin 19 (1990). Gegenwärtig ist eine neue Revision im Gange, welche eine Anpassung an das Berechnungssystem nach den Basler Empfehlungen bringen wird, vgl. EBK Jahresbericht 1993, 37 ff.

²¹¹ Vgl. die ausdrückliche Bezugnahme auf das Basler Konkordat in EBK Bulletin 21 (1991), 35 (Konsolidierte Aufsicht der für die Muttergesellschaft einer schweizerischen Banktochtergesellschaft verantwortlichen ausländischen Bankenaufsichtsbehörde als Organisations- und damit Bewilligungserfordernis für die Banktochtergesellschaft).

²¹² Abgedruckt in EBK Bulletin 20 (1990), 33 ff. Zu den Folgearbeiten der FATF insbesondere durch gegenseitige Länderprüfungen vgl. EBK Jahresberichte 1990, 24 f.; 1991, 67 f.; 1992, 68 f. und 1993, 71 ff.

²¹³ ZUBERBÜHLER (1991), Pflichten der Banken, 65 (68).

²¹⁴ ZUBERBÜHLER (1991), Pflichten der Banken, 65 (68).

rungen, enthalten aber auch Verhaltensregeln für Finanzinstitute, für deren Einhaltung die Regierungen besorgt sein sollen. Zur Durchsetzung der Empfehlung werden "Länderexamen" durchgeführt, durch die ein gewisser Druck auf die Länder ausgeht ("peer pressure")²¹⁵.

72. Die Empfehlungen waren Grundlage verbindlicher internationaler Rechtsvereinheitlichung im Rahmen der EG²¹⁶. In der Schweiz setzte sie die EBK in ihren "Geldwäschereirichtlinien" von 1991²¹⁷ für die Banken um, welche der Auslegung der "Gewährsbestimmung" des Bankengesetzes²¹⁸ dienen. Die EBK nimmt aber auch direkt in Einzelfallentscheiden auf die FATF-Empfehlungen Bezug²¹⁹.

73. Es gibt weitere Beispiele internationaler Absprachen mit "soft law" Charakter, welche für die schweizerische Bankenaufsicht wichtig und für die Sorgfalt der Banken relevant sind. Die Bedeutung dieser Regelungen ist nicht zu unterschätzen und dürfte in Zukunft noch zunehmen²²⁰. Das Geschäft der Banken ist zunehmend international ausgerichtet und wird stark aus dem angelsächsischen Raum beeinflusst. Die Führungsebene schweizerischer Grossbanken ist Ausländern nicht mehr verschlossen, was zu begrüssen ist. In einzelnen Tochtergesellschaften schweizerischer Banken im Ausland arbeiten Angestellte aus über 20 Nationen. Es herrscht im Bank- und Börsengeschäft ein internationales Klima, welches sich auch auf die Aufsichtsbehörden auswirkt und die Ausarbeitung informeller Regelungen auf internationaler Ebene begünstigt. Die Vertreter der verschiedenen Bank- und Börsenaufsichtsbehörden treffen sich regelmässig in verschiedenen Foren, was das gegenseitige Vertrauen und Verständnis fördert²²¹. Die zunehmende Angleichung der verschiedenen Rechtsordnungen im Bereich der Bankenaufsicht fördert zudem die gegenseitige Beachtung von Eingriffen²²².

²¹⁵ Zum Länderexamen der Schweiz, vgl. EBK Jahresbericht 1993, 71 ff.

²¹⁶ Vgl. die Richtlinie des Rates vom 10.6.1991 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche, ABl. Nr. L 166/77, abgedruckt bei ZUBERBÜHLER (1993) Geldwäschereibekämpfung, 126 (147 ff.).

²¹⁷ EBK Rundschreiben 91/3.

²¹⁸ Art. 3 Abs. 2 Bst. c BankG.

²¹⁹ EBK Bulletin 23 (1993), 25 (28).

²²⁰ Hinzuweisen ist auf die Codes of Conduct für das Effktengeschäft, vgl. vorne Rz. 33. Zur Zeit führen Bankenaufsichtsbehörden einzelner Länder unter der Ägide der Bank of England eine gegenseitige Überprüfung der Aufsichtssysteme und der Organisation der Bankenaufsicht anhand von gemeinsam erarbeiteten Prüfungskriterien durch ("peer review"). Ob und wie sich das Projekt entwickeln wird, kann noch nicht abgeschätzt werden. Vgl. GAO, International Banking Strengthening the Framework for Supervising International Banks, March 1994 (GAO/GGD-94-68), 48 f.

²²¹ Vgl. die kurze Übersicht über die Institutionen der internationalen Banken- und Finanzmarktaufsicht bei NADIG (1991), 19 ff. Zu den Plänen eines "Securities Committee" der EU, HERTIG (1994), Entwicklung des Richtlinienrechts, 63 (76).

²²² SCHNYDER (199), Rz. 67.

IV. Verwaltungspraxis als Rechtsgrundlage?

1. Rundschreiben der Bankenkommission

74. Ende 1993 erachtete die EBK 26 Rundschreiben an die Banken und Revisionsstellen für ihre Aufsichtspraxis als verbindlich. Es fragt sich, ob die Rundschreiben eine selbständige Rechtsgrundlage für Sorgfaltspflichten der Banken bilden. Die Frage ist zu verneinen. Die EBK hat, von Ausnahmen abgesehen²²³, keine Befugnis, abstrakte Rechtssätze zu erlassen²²⁴. Die Rundschreiben sind sogenannte "Auslegungsverordnungen"²²⁵, in denen die EBK darlegt, wie sie die vielfach unbestimmten Gesetzesbestimmungen anzuwenden gedenkt. Sie haben damit indirekt "Aussenwirkung" auf Nichtverwaltungsstellen, ja sie richten sich einzig an solche²²⁶. Die Rundschreiben werden in einer von der EBK herausgegebenen Sammlung publiziert. Dadurch soll die Praxis der EBK transparent gemacht und die rechtsgleiche Anwendung gefördert werden. Die Rundschreiben folgen zuweilen der Praxis im Einzelfall nach²²⁷. Andere Rundschreiben wurden an Stelle einer Einzelfallverfügung geschaffen. Dabei spielte zum Teil auch die Überlegung mit, nicht Rechtsauffassungen der Aufsichtsbehörde an einem von dieser ausgewählten "Versuchskaninchen" vor Gerichten auszutesten²²⁸.

75. Die Rundschreiben sind rechtlich nicht verbindlich. Eine Bank, welche die darin geäußerte Rechtsauffassung für rechtswidrig hält, kann den Erlass einer vor Bundesgericht anfechtbaren Einzelverfügung bewirken, wenn sie sich nicht an das Rundschreiben hält. Rechtlich unverbindlich bedeutet aber nicht rechtlich wirkungslos. So binden die Rundschreiben einmal die EBK selbst²²⁹. Die Betroffenen dürfen nach Treu und Glauben darauf vertrauen, dass sich die EBK auch im Einzelfall an die in den Rundschreiben erläuterte Rechtsauffassung halten wird. Das Bundesgericht ist an die Rundschreiben nicht gebunden²³⁰, wird sie aber berücksichtigen, wenn sie "eine richtige und billige Auslegung gesetzlicher Bestimmungen ermöglichen"²³¹. Von den Banken zu verlangen, sie hätten

²²³ Vgl. Art. 2 Abs. 2 BankG als Grundlage der Auslandsbankenverordnung, SR 952.111.

²²⁴ MÜLLER (1987), 71 f. m.w.H.

²²⁵ Zum Begriff KNAPP (1992), Rz. 362 ff.

²²⁶ Missverständnis LUTZ (1991), Kommentar, N. 59 zu Art. 18-22.

²²⁷ Vgl. z.B. das Rundschreiben 83/1 (Meldung von Klumpenrisiken des Bankkonzerns) als Folge von BGE 108 Ib 78 = EBK Bulletin 10 (1982), 15.

²²⁸ Vgl. im Zusammenhang mit dem Verbot der sogenannten "Formulare B" ZUBERBÜHLER (1991), Pflichten der Banken, 65 (85 f.).

²²⁹ ANDRÉ GRISEL, La Commission fédérale des banques sous le regard du juriste, in: Eidg. Bankenkommission (Hrsg.), 50 Jahre eidgenössische Bankenaufsicht, Zürich 1985, 151 (157).

²³⁰ BGE 108 Ib 513 (516), 103 Ib 350 (355), 99 Ib 306 (310).

²³¹ KNAPP (1992), Rz. 371; RHINOW/KRÄHENMANN (1990), 22 f., m.H. auf die Rechtsprechung.

die EBK zu benachrichtigen, wenn sie ein Rundschreiben nicht anzuwenden gedenken²³², geht etwas weit. Jedenfalls aber können sie sich in einem gemäss Rundschreiben entschiedenen Einzelfall nicht darauf berufen, sie hätten die Auffassung der Aufsichtsbehörde nicht gekannt²³³.

76. Praktisch ist der Grenzbereich zwischen einem Rundschreiben und einer Rechtsverordnung schmal. Die Praktiker in den Banken kümmern sich wenig um juristische Feinheiten und betrachten die Rundschreiben als für sie verbindlich. Die Revisionsstellen sind gehalten, ihre Einhaltung durch die Banken zu überprüfen und zu bestätigen²³⁴. Rundschreiben dienten auch schon als Vorläufer formellrechtlicher Regeln²³⁵. Zudem werden Rundschreiben auf ähnliche Weise wie Rechtsverordnungen vorbereitet. Teilweise werden Expertenkommissionen eingesetzt²³⁶, immer wurde in den letzten Jahren ein Vernehmlassungsverfahren durchgeführt. Die Initiative zu Rundschreiben geht durchaus nicht immer von der Aufsichtsbehörde aus, welche zuweilen von den Betroffenen um die Regelung einer Materie in einem Rundschreiben ersucht wird²³⁷.

2. Zur Bindung der EBK an das Straf-, Zivil- und Standesrecht

77. Nicht nur die Banken haben sich an die Rechtsordnung zu halten. Der Grundsatz gilt auch und erst recht für die Aufsichtsbehörde. Nun hat die EBK verschiedentlich Verhaltensweisen der Banken beanstandet, welche nicht strafbar sind und auch nicht gegen Standesregeln verstossen. So betrachtete sie die in der Sorgfaltspflichtvereinbarung geregelten Tatbestände schon vor deren ersten Fassung vom Dezember 1977 als aufsichtsrechtlich unzulässig²³⁸. Auch äusserte sie bereits vor Inkrafttreten der Insiderstrafnorm die Meinung, "dass die Vornahme von Insider-Geschäften für eigene Rechnung einer Bank oder ihre wissentliche Mitwirkung

²³² So MÜLLER (1987), 71 (FN 173).

²³³ So ALAIN HIRSCH, La pratique de la Commission fédérale des banques, SAG 48 (1976), 200 (200 f.).

²³⁴ EBK Rundschreiben 93/3 (Revisionsbericht: Form und Inhalt), Rz. 20.

²³⁵ So das EBK Rundschreiben 78/1 (Konsolidierungsrichtlinien) als Vorläufer der Revision der BankV von 1980, vgl. EBK Bulletin 8 (1981), 14. Ein ähnliches Phänomen wäre mit dem geplanten Geldwäschereigesetz (dazu hinten Rz. 245 ff.) zu beobachten, welches gewissermassen die Wirkung der Geldwäschereirichtlinien der EBK (Rundschreiben 91/3) über die Banken hinaus auf den übrigen Finanzsektor ausdehnen würde.

²³⁶ Zwei aufeinanderfolgende waren es im Falle der Geldwäschereirichtlinien (EBK Rundschreiben 91/3) vgl. EBK Jahresbericht 1991, 33 f.

²³⁷ So wenn neue Geschäftsarten (z.B. EBK Rundschreiben 92/3 oder 93/4) oder, wenig erfreulich, eine unklare neue gesetzliche Regelung (EBK Rundschreiben 93/1, Verhältnis zwischen Bankengesetz und revidiertem Aktienrecht) solches erfordern.

²³⁸ EBK Jahresbericht 1976, 17.

an derartigen Geschäften von Kunden mit der Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit der leitenden Bankorgane unvereinbar ist”²³⁹.

78. Regelmässig findet sich die auch vom Bundesgericht bestätigte²⁴⁰ Aussage, bei der Sorgfaltspflichtvereinbarung handle es sich um einen Mindeststandard, der jedoch die EBK bei der Anwendung des Bankengesetzes nicht binden könne. Auch gab die EBK bekannt, nicht jedes straflose Verhalten sei auch aufsichtsrechtlich nicht zu beanstanden. So kann nach Ansicht der EBK die (straflose) fahrlässige Annahme von Vermögenswerten verbrecherischer Herkunft der vom Bankengesetz geforderten einwandfreien Geschäftstätigkeit zuwiderlaufen²⁴¹. Ebenso unzulässig ist danach die “Beteiligung” an Immobiliengeschäften mit Schwarzgeldzahlungen und die Annahme von Geldern, welche aus der Bestechung eines ausländischen Beamten oder Politikers stammen, was beides (wahrscheinlich) ebenfalls straflos ist²⁴².

79. Besonders die Stellungnahme der EBK zur fahrlässigen Geldwäscherei ist kritisiert worden. Die EBK dürfe keinesfalls strengere Massstäbe anlegen als der Strafrichter²⁴³. Dieses Postulat einer Sperrwirkung des Strafrechts auf das Aufsichtsrecht verkennt die selbständige und präventive Natur der Aufsicht. Ihre Massnahmen haben nicht die Bestrafung von Fehlbaren zum Ziel, sondern einzig die zukünftige Verhinderung von Missständen nach der Zwecksetzung der Aufsicht. Dabei ist mit Vorteil jeder Schematismus abzulehnen. Weder ist ein strafloses Verhalten aufsichtsrechtlich zwingend unbedenklich, noch umgekehrt eine strafrechtliche Verurteilung notwendigerweise aufsichtsrechtlich zu beanstanden. Zu denken ist etwa an bloss formale Verstösse gegen die (sehr weitgehende) Regel von Art. 305^{ter} des Strafgesetzbuches. Auch können Zeitablauf und Bewährung eines strafrechtlich Verurteilten aufsichtsrechtliche Massnahmen erübrigen.

80. Zur Beurteilung der rein fachlichen Anforderungen von Bankorganen ist bisher (wohl zu Recht) keine Bindung der EBK an irgendwelche festen Regeln über Ausbildung und Berufserfahrung gefordert worden. Eine wertende Beurteilung, welche im Einzelfall auch über strafrechtliche

²³⁹ EBK Jahresbericht 1981, 27.

²⁴⁰ BGE 109 Ib 146 (153), 111 Ib 126 (128). In diesem Punkt sind sogar RHINOW/BAYERDÖRFER (1990), Rz. 193, einverstanden.

²⁴¹ EBK Rundschreiben 91/3 (Geldwäscherei), Rz. 6. So auch der Bundesrat in der Botschaft zur Geldwäschereinorm, BBl 1989 II 1061 (1087 f.). Vgl. hinten Rz. 310 ff.

²⁴² EBK Jahresbericht 1993, 31 ff; vgl. hinten Rz. 314 f. Denkbar wäre auch eine Missbilligung von Insiderhandlungen, welche nicht unter den (engen) Insiderstraftatbestand von Art. 161 StGB fallen, durch die EBK.

²⁴³ RHINOW/BAYERDÖRFER (1990), Rz. 220, 222; DE CAPITANI, SJZ 89 (1993), 21 (23). Zu der von RHINOW/BAYERDÖRFER ebenfalls postulierten Priorität der Strafuntersuchungen hinten Rz. 148 ff.

Anforderungen hinausgehen kann, scheint aber auch im Bereich der charakterlichen Prüfung angebracht. Dies sind auch die Erfahrungen des Auslandes. Bemerkenswert ist in dieser Hinsicht ein zur Veröffentlichung bestimmtes Urteil des britischen Banking Appeal Tribunal²⁴⁴. In ihrem minutiös begründeten über 50seitigen Urteil untersuchen die britischen Richter im Detail die von der Aufsichtsbehörde beanstandeten Handlungen der Bankorgane und Besitzer der Bank. Dabei wird nie auf eine Rechtsverletzung Bezug genommen, sondern wertend Kompetenz und Urteilsvermögen beurteilt²⁴⁵.

81. Muss sie entscheiden, ob ein Bankorgan²⁴⁶ oder eine Bank²⁴⁷ noch Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten, steht die EBK im übrigen vor einer ähnlichen Situation wie der Zivilrichter, welcher im Rahmen einer Verantwortlichkeitsklage zu beurteilen hat, ob eine Handlung oder Unterlassung eines Organs pflichtwidrig und verschuldet ist. Hier wie dort ist der Sorgfaltsmassstab eher ungewiss. Zwar enthält das neue Aktienrecht für den Verwaltungsrat bekanntlich einen neuen Pflichtenkatalog²⁴⁸, der sich im übrigen sowohl haftungsverschärfend als auch vermindernd auswirken kann²⁴⁹. Daneben bleibt es aber bei der alten Regel: die Organe haben die Geschäfte mit "aller Sorgfalt zu führen"²⁵⁰. Entsprechend hat sich die Praxis der EBK im Bankenaufsichtsrecht wie diejenige der Zivilgerichte im Verantwortlichkeitsrecht einzelfallweise vorgetastet und so die Grundlage zur Bildung von Fallgruppen geschaffen²⁵¹.

²⁴⁴ Urteil vom 13.12.1993 i.S. M. Banking Corporation.

²⁴⁵ Zur anwendbaren gesetzlichen Bestimmung s. vorne Rz. 17, FN 30. Beanstandet wird im Urteil unter anderem, der Bankaktionär habe sich über die Hemmungen eines leitenden Angestellten hinweggesetzt, welcher eine für das Konto eines dem Bankbesitzer persönlich bekannten Kunden hohe Bareinzahlung von 140'000 US-Dollar nicht habe akzeptieren wollen. Das Geld stammte nach (ungeprüfter) Kenntnis des Bankbesitzers aus Textilverkäufen.

²⁴⁶ Vgl. hinten Rz. 93 ff.

²⁴⁷ Vgl. hinten Rz. 115 ff.

²⁴⁸ Art. 716a Abs. 1 OR.

²⁴⁹ PETER BÖCKLI, Neuerungen im Verantwortlichkeitsrecht für den Verwaltungsrat, SZW 65 (1993), 261 (264 f., 272 f.).

²⁵⁰ Art. 717 Abs. 1 OR, Art. 722 Abs. 1 aOR.

²⁵¹ Vgl. für das Bankenaufsichtsrecht den Versuch einer Systematik bei AELLEN (1990), 189 ff., die Fallgruppen im Verantwortlichkeitsrecht beschreibt FORSTMOSER (1987), Rz. 781 ff.

V. Ausstrahlung aufsichtsrechtlicher Sorgfaltsregeln

1. Ausgangslage

82. Es wurde dargestellt, auf welch vielfältige Weise andere Normen das Bankenaufsichtsrecht beeinflussen, indem sie durch die “Einfallstore” unbestimmter Rechtsbegriffe zur Auslegung des Bankenaufsichtsrechts herangezogen werden. Nun ist aber auch das Umgekehrte zu beobachten, nämlich die Ausstrahlung der Bankenaufsichtspraxis und insbesondere auch der Selbstregulierung auf die Rechtsanwendung in anderen Rechtsgebieten. Hier soll vorwiegend die materiellrechtliche Seite angesprochen werden²⁵². Auch wird die Vorbildfunktion einzelner Regelungen ausgeklammert, welche zu deren Übernahme im formellen Recht führen kann²⁵³. Darüber hinaus kann sich aber die Praxis der Bankenaufsicht in noch weitgehend ungeklärter Weise²⁵⁴ auf das materielle Zivil- oder Strafrecht auswirken.

2. Auslegungshilfe

83. Zum einen kann die Aufsichtspraxis als Auslegungshilfe dienen. So sind zwar Entscheide über zivilrechtliche Vorfragen durch die Bankkommission für den Zivilrichter nicht verbindlich, wenn er den gleichen oder einen ähnlichen Sachverhalt zu beurteilen hat. Er wird den Entscheid der Bankenaufsichtsbehörde aber wohl in seine Erwägungen einbeziehen, besonders wenn die sonstige Gerichtspraxis wenig ergiebig ist²⁵⁵. Hält die Aufsichtsbehörde ein bestimmtes Verhalten für strafbar²⁵⁶ oder nicht strafbar²⁵⁷, wird der Strafrichter diese Ansichtsäusserung wahrscheinlich in Betracht ziehen, auch wenn sie ihn nicht zu binden vermag. Die “Geldwäschereirichtlinien” erliess die EBK sogar mit dem ausgesprochenen Nebenzweck, den Strafverfolgungsbehörden und den Bankangestellten eine Auslegungshilfe zur Anwendung der unbestimmten Geldwäscherei-

²⁵² Zur verfahrensmässigen Koordination, vgl. nachfolgend Rz. 148 ff.

²⁵³ Als prominentes Beispiel sei der “wirtschaftlich an fremden Vermögenswerten Berechtigte” genannt, welcher über die Sorgfaltspflichtvereinbarung Eingang ins materielle Strafrecht (Art. 305^{ter} StGB) gefunden hat, so ausdrücklich die Botschaft des Bundesrates, BBl 1989 II 1061 (1089).

²⁵⁴ Vgl. immerhin NOBEL (1989), Zivil- und Aufsichtsrecht.

²⁵⁵ Als Beispiel seien die Entscheide der EBK zur Frage unerlaubter Kursschnitte im Effektengeschäft genannt, EBK Bulletin 18 (1988), 11; 20 (1990), 23.

²⁵⁶ So ein Abstellen auf die Feststellung der wirtschaftlich an den der Bank anvertrauten Vermögenswerten Berechtigten durch (nicht von der Bank beauftragte) Dritte wie Anwälte und Treuhänder, vgl. EBK Jahresbericht 1991, 17 f. und ZUBERBÜHLER (1991), Pflichten der Banken, 65 (81 ff.) und (aufgehobenes) EBK Rundschreiben vom 25.4.1991 (Verbot der Formulare B).

²⁵⁷ So die Meldung an die Strafbehörden bei Verdacht auf Geldwäscherei durch einen Kunden, vgl. EBK Rundschreiben 91/3 (Geldwäschereirichtlinien), Rz. 23.

normen des Strafgesetzbuches anzubieten²⁵⁸. Von einer “authentischen Interpretation” des Strafrechts durch das Verwaltungsrechts zu sprechen²⁵⁹, geht aber zu weit.

3. *Sorgfaltsmassstab und andere Reflexwirkungen*

84. Nur graduell nicht grundsätzlich von der Auslegungshilfe verschieden sind weitergehende indirekte Reflexwirkungen auf das Zivil- und Strafrecht. So können aufsichtsrechtliche Pflichten als Massstab zivil- oder strafrechtlicher Sorgfalt dienen. Diese Wirkung haben zum Beispiel die (aufsichtsrechtlich verstärkten) Vermögensverwaltungsrichtlinien der Bankiervereinigung²⁶⁰. Auch interne Reglemente mit Limiten zum Beispiel für eigene Devisengeschäfte können einer Bank vom Richter bei der Prüfung der *diligentia quam in suis* vorgehalten werden, wenn sie ohne vertragliche Abrede für einen Vermögensverwaltungskunden darüber hinausgeht²⁶¹. Banken berufen sich mitunter vor dem Arbeitsrichter auf die Aufsichtspraxis zur Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit, wenn ein entlassener Geschäftsführer das Vorliegen eines wichtigen Grundes für eine fristlose Entlassung²⁶² bestreitet.

85. Die Regeln der Sorgfaltspflichtvereinbarung wurden sogar vom Gesetzgeber als Massstab zur Bestimmung der “nach den Umständen gebotenen Sorgfalt” zur Kundenidentifikation vorgesehen²⁶³. Unterlässt eine Bank die von der Aufsichtspraxis bei möglicherweise rechts- oder sittenwidrigen Geschäften geforderten Abklärungen und wird deswegen vom Geschäftspartner getäuscht, erhöht dies ihre “Opfermitverantwortung” und kann zur Verneinung einer arglistigen Täuschung durch den Täter und eines strafrechtlichen Betrugs durch den Strafrichter führen²⁶⁴. Unterlässt

²⁵⁸ EBK Rundschreiben 91/3 (Geldwäschereirichtlinien), Rz. 2.

²⁵⁹ So PIETH (1992), Geldwäscherei und ihre Bekämpfung, I (23).

²⁶⁰ Richtlinien für die Ausübung von Verwaltungsaufträgen an die Bank vom 7.9.1979/30.4.1986/15.8.1990. Die dargestellte Wirkung der Richtlinien ist völlig unbestritten, vgl. zuletzt BIZZOZERO (1992), 61 f. m.w.H. sowie allgemein BGE 115 II 62 (64). Ähnlich zu den normativen Wirkungen österreichischer Standesregeln, FRIEDRICH FILZMOSER, Haben Verhaltensregeln von Wirtschaftskammern Veränderungscharakter? Am Beispiel Compliance-Code und Sorgfaltserklärung des österreichischen Bankwesens, ÖBA 42 (1994), H. 6, 437.

²⁶¹ Jedenfalls wenn bei einer Vielzahl von Banken gleichlautende Weisungen bestehen, wodurch sie den Charakter einer Branchenusanz erhalten, vgl. BGE 108 II 314 (318).

²⁶² Art. 337 OR.

²⁶³ Art. 305^{ter} StGB, BBl 1989 II 1061 (1089): “Die VSB und die Praxis der Aufsichtskommission sind sinngemäss bei der Auslegung beizuziehen”.

²⁶⁴ BGE 119 IV 28 (38 ff.). Zustimmend die Besprechung von MARCEL NIGGLI, AJP 2 (1993), 1275 ff. Konkret ging es um einen (angeblich) zur Umgehung der “Lex Friedrich” durch einen Dritten bestimmten Kredit, welcher vom Schuldner für andere Zwecke verwendet und nicht zurückbezahlt wurde. Eine Bank muss also prüfen, nicht hingegen

ein Bankangestellter eine sorgfältige Kundenidentifikation oder zusätzliche geforderte Abklärungen, kann dies einem Richter unter Umständen (nur, aber immerhin) als Indiz für den Eventualvorsatz zur Geldwäscherei²⁶⁵, gegen die Zulässigkeit eines Sachverhaltsirrtums²⁶⁶ oder zur Fahrlässigkeit bei der (strafbaren) fahrlässigen Finanzierung des unrechtmässigen Betäubungsmittelhandels²⁶⁷ dienen.

86. Die aufsichtsrechtlich geforderten Abklärungspflichten können wichtig sein, wenn es darum geht, die Aufmerksamkeit zu ermitteln, welche von einer Bank für die Inanspruchnahme des Gutgläubensschutzes gefordert wird²⁶⁸. Nicht ausgelotet sind auch die trotz allen Abmahnungen²⁶⁹ wahrscheinlich bestehenden zivilrechtlichen Reflexwirkungen der Sorgfaltspflichtvereinbarung²⁷⁰. Dabei ist insbesondere auch an das Schuldbeitreibungs-²⁷¹ und Verfahrensrecht²⁷² zu denken. Die Gerichte können das

wer illegale und zudem übermässig "gestreckte" Drogen kauft vgl. BGE 117 IV 139 (141), 111 IV 55 (58 f.).

²⁶⁵ ACKERMANN (1992), 270, 281. Die Abklärungspflichten der Geldwäschereirichtlinien der EBK führen entgegen HANS BAUMGARTNER/FRIDOLIN TRIET, Problematische Geldwäscherei-Richtlinien, NZZ vom 13.5.1992, 39 f. aber nicht zu einer Umkehr der Beweislast bezüglich des Eventualvorsatzes. Eine Verletzung dieser Pflichten mag ein Indiz für den Eventualvorsatz sein, nicht mehr. Wie hier DE CAPITANI/DANIEL ZUBERBÜHLER, Realistische Geldwäschereirichtlinie, NZZ vom 14.7.1993, 27.

²⁶⁶ GRABER (1990), 147; ACKERMANN (1992), 279 f.

²⁶⁷ Vgl. BGE 118 IV 412, Pra 82 (1993), Nr. 173. Der Kassationshof hiess die Beschwerde des von der Vorinstanz verurteilten Geldschmugglers ohne konkretes Wissen um die Herkunft der Gelder aus dem Drogenhandel gut und wies die Sache zurück u.a. zur Prüfung der Frage, ob der Angeklagte "als Inhaber von bankähnlichen Geschäften" die VSB hätte beachten müssen.

²⁶⁸ Art. 3 Abs. 2 ZGB, vgl. z.B. den Mövenpick-Fall BGE 119 II 23 (27). Relevant auch im Wertpapierrecht, Art. 976 OR, vgl. BGE 116 II 459 (461). Zur Verrechnungsmöglichkeit mit Treuhandanlagen bei fehlendem gutem Glauben, 20.3.1992, GE, Cour de Justice, kommentiert durch ANDRÉ CUENDET, Der Schweizer Treuhänder 1993, 100-102 und RAPP (1994), fiducie. Wie hier auch NOBEL, 1989, Zivil- und Aufsichtsrecht, 235 (248 ff.). Zum objektiven Sorgfaltsmassstab PETER JÄGGI, Berner Kommentar, Bd. I., 1966, N. 119 ff. zu Art. 3 ZGB.

²⁶⁹ Vgl. Ziff. 2 VSB sowie hinten Rz. 255.

²⁷⁰ Vgl. NOBEL (1989), Zivil- und Aufsichtsrecht, 235 (252) und in WuR 39 (1987), 149 (158 ff.) im Anschluss an die dort angegebene Kontroverse zwischen GUGGENHEIM und REICHWEIN über den möglichen Ausschluss einer befreienden Zahlung an den Vertragspartner, wenn die Bank einen anderen "wirtschaftlich Berechtigten" kennt.

²⁷¹ In einem Entscheid vom 8.4.1992 verarrestierte die Genfer Arrestbehörde allerdings Vermögenswerte nicht, an denen der Arrestschuldner nach Angaben des Arrestgläubigers wirtschaftlich berechtigt war, SJ 115 (1993), 125. Ebenso das Bundesgericht in BGE 106 III 86 und 105 III 107. Nach BGE 113 III 26 (31) verbieten nur (aber immerhin) ganz besondere Umstände die Verarrestierung einer Sache, welche dem Arrestschuldner nur fiduziarisch zusteht.

²⁷² In einem (unpublizierten) Rechtshilfeentscheid vom 27.10.1993 (1A. 133/1993/adc) erachtete die erste öffentliche Abteilung des Bundesgerichtes nur den wirtschaftlich Berechtigten, nicht aber den von diesem als Kontoinhaber und Vertragspartner der Bank vorgeschobenen Strohhalm als beschwerdelegitimiert.

Standes- und Aufsichtsrecht auch als Wertungshilfe bei der Bestimmung des schweizerischen *ordre public* benützen²⁷³.

87. Grundsätzlich bewirken alle aufsichtsrechtlichen Identifizierungs- und Abklärungspflichten ein zusätzliches Wissen oder ein pflichtwidriges Nichtwissen der Bank²⁷⁴. Dieses Wissen oder Nichtwissen wird rechtlich immer dort relevant, wo das Recht Rechtsfolgen an die Kenntnis oder das Kennenmüssen eines Sachverhalts knüpft²⁷⁵. Wissen birgt Verantwortlichkeit²⁷⁶, pflichtwidriges Nichtwissen ebenso.

88. Schliesslich können die Vorschriften des Banken- und des zukünftigen Börsengesetzes und die Praxis der Aufsichtsbehörde auch in gesellschaftsrechtlichen Verantwortlichkeitsprozessen Bedeutung erlangen²⁷⁷. Sie sind sicher nicht der einzige aber ein nicht unwesentlicher Massstab, um zu beurteilen, ob eine Pflichtverletzung eines Organs vorliegt. Dies gilt jedenfalls für Banken oder Effektenhändler²⁷⁸, unter Umständen aber sogar auch für andere Gesellschaften²⁷⁹.

4. Eingriff in Privatrechtsbeziehungen

89. Schliesslich greift die Aufsichtspraxis mitunter auch direkt oder indirekt in vertragliche oder organschaftliche Beziehungen der Banken ein. So hat die EBK Banken bei Vorliegen einer unmittelbaren Überschuldungsgefahr zusammen oder im Vorfeld eines Bewilligungsentzugs Zahlungsverbote auferlegt, um eine Bevorzugung einzelner Gläubiger zu vermeiden²⁸⁰. Dadurch ändert sich zwar nichts am Inhalt der vertraglichen

²⁷³ Vgl. BGE 115 II 72 (76): Mit Hinweis auf die VSB erachtete das Bundesgericht die (seinerzeitige) französische Zollordnung als mit dem schweizerischen *ordre public* vereinbar. Der gestützt darauf gebüsste Bankkunde konnte die Busse nicht auf seine (angeblich) das Bankgeheimnis verletzende Bank überwälzen. Vgl. die Besprechung dieses Entscheids durch BENEDIKT MAURENBRECHER/URS ZULAUF, SZW 63 (1991), 36 (41).

²⁷⁴ Und ordnen dieses Wissen oder Nichtwissen bankintern zu, so wenn gewisse Entscheide bestimmten Organen zwingend zugeordnet werden wie z.B. über Klumpenrisiken im aufsichtsrechtlichen Sinn dem Verwaltungsrat (Art. 21 BankV) oder über Geschäftsbeziehungen mit Notenhändlern der Generaldirektion (der Grossbanken, vgl. "Notenhändlersrichtlinien", EBK Bulletin 20, 1990, 101).

²⁷⁵ Vgl. zu aufsichts- und strafrechtlichen Garantienpflichten hinten Ez. 98 ff.

²⁷⁶ Vgl. JEAN NICOLAS DRUEY, Die Information des Outsiders in der Aktiengesellschaft, in: VON BÜREN/WIEGAND/HAUSHEER (Hrsg.), Grundfragen des neuen Aktienrechts, Bern 1993, 69 ff. (78), der deswegen aus dem Recht auf Information sogar ein Recht gegen Information ableitet.

²⁷⁷ Vgl. EBK Bulletin 10 (1982), 23 (26).

²⁷⁸ NOBEL (1989), Zivil- und Aufsichtsrecht, 235 (242).

²⁷⁹ Vgl. BGE 113 II 52 (57 f.): Übertragung des aufsichtsrechtlichen Gedankens der Vermeidung von Gross- oder Klumpenrisiken auf andere Aktiengesellschaften.

²⁸⁰ So letztmals in Verfügungen vom 3.12.1993 i.S. Banque Vaudoise de Crédit (wegen

Leistungspflichten der Bank. Die Leistung ist für die Bank aus rechtlichen Gründen jedoch subjektiv unmöglich, was sie zu vertreten hat. Eine ähnliche Situation könnte sich ergeben, wenn die EBK wegen Verletzung der Risikoverteilungsvorschriften²⁸¹ die Herabsetzung eines noch nicht ausbezahlten Kredites verlangt²⁸².

90. Verlangt die EBK unter Androhung des Bewilligungsentzugs, ein Bankorgan von einer bestimmten Funktion zu entbinden, ist unmittelbar das arbeitsvertragliche oder auftragsrechtliche Verhältnis zwischen dieser Person und der Bank tangiert. Schliesslich hat sich im Zusammenhang mit dem Vorgehen der EBK im Fall Marcos die Frage nach dem Verhältnis zum Zivilrecht gestellt. Damals äusserte die EBK bekanntlich die Auffassung, die Banken hätten Abzüge von Vermögenswerten nicht zuzulassen, wenn sie mit unmittelbar bevorstehenden Verfügungssperren der Strafverfolgungsbehörden rechnen müssten²⁸³. Auch diese Praxis hat bereits ein Zivilgericht beschäftigt, welches sie im konkreten Fall nicht für anwendbar hielt, aber nicht grundsätzlich ablehnte²⁸⁴.

5. Bankenrechtliche Interdependenzen – ein interdisziplinäres Programm

91. Zusammenfassend ergibt sich ein komplexes und eng verzahntes Geflecht von Wechselwirkungen insbesondere zwischen öffentlichem Aufsichtsrecht, Strafrecht, Kapitalmarktrecht und privatem Bankenrecht. Diese Aufzählung ist nicht abschliessend. Weitere Rechtsgebiete könnten erwähnt werden, wie das Steuerrecht, lassen sich doch auch im Bankgeschäft verschiedene Rechtstatsachen nur mit Blick auf steuerliche Zwänge erklären. Hinzuweisen ist insbesondere auch auf die Bankwirtschaftslehre, deren Erkenntnisse über die bankengesetzlichen Organisationsanforderungen rechtlich verfestigt werden können²⁸⁵. Die rechtlichen Interdependenzen im Kreise des mächtigen wirtschaftlichen Phänomens der Bank

einer Übernahme des Bankgeschäfts als Suspensivbedingung nicht wirksam geworden), vom 22.10.1992 i.S. EKO und vom 3.10.1991 i.S. Spar- und Leihkasse Thun.

²⁸¹ Art. 21 BankV.

²⁸² Vgl. NOBEL (1989), Zivil- und Aufsichtsrecht, 235 (241 f.).

²⁸³ EBK Jahresbericht 1986, 27; vgl. hinten Rz. 341 f.

²⁸⁴ In einem unveröffentlichten Entscheid vom 1.2.1993 beurteilte das Handelsgericht Zürich einen Fall, wo eine Bank einem Kontoinhaber den Saldo des Kontos nicht auszahlen wollte, weil dieses ausschliesslich durch betragsmässig kleine Vorschussprovisionen von Arbeitssuchenden aus Osteuropa gespiesen worden war, welchen der Kontoinhaber eine nicht existente Arbeitsvermittlung vorgetäuscht hatte. Das Handelsgericht verwarf die Berufung der Bank auf die Marcos-Praxis der EBK, aber nicht grundsätzlich, sondern weil die Verhältnisse nicht vergleichbar waren und insbesondere ein gegen den Kontoinhaber durchgeführtes Betrugsverfahren eingestellt worden war.

²⁸⁵ Vgl. hinten Rz. 182 ff.

können im Rahmen dieser Arbeit nicht annähernd systematisch aufgearbeitet werden. Dazu bedarf es noch vermehrter interdisziplinärer Zusammenarbeit der verschiedenen Fachrichtungen, wie sie kürzlich für das Privat- und Steuerrecht überzeugend postuliert und vorgeführt wurde²⁸⁶.

92. Dabei müsste der Untersuchungsansatz frei sein von Vorurteilen, vorausgesetzten und nicht hinterfragten Wertungen und fachspezifischen Scheuklappen. Auszugehen ist nicht von einer Unter- oder Überordnung der verschiedenen Rechtsgebiete, sondern einem Nebeneinander. Die verzahnte rechtliche „Gemengelage“²⁸⁷ zwischen privaten und öffentlichen Interessen, privatem und öffentlichem Recht kann nur durch eine Koordination und ein wechselseitiges Berücksichtigen der unterschiedlichen Wertungsaspekte angemessen erfasst werden. Grundlage dazu bildet ein Bewusstmachen allfälliger Wertungsdifferenzen. Nur so ist, als Idealziel, ein Ausgleich und ein Abstimmen der verschiedenen Wertungen zu erreichen. Ob dabei alle Wertungswidersprüche aufgelöst werden können, bleibt allerdings fraglich.

VI. Träger der Sorgfalt

1. Bankorgane als direkt Verpflichtete

93. Nach Bankengesetz müssen „die mit der Verwaltung und Geschäftsführung“ einer Bank betrauten Personen Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten²⁸⁸. Der Entwurf zum Börsengesetz spricht noch etwas vager vom „Effektenhändler und seinen verantwortlichen Mitarbeitern“²⁸⁹. In diesem Kreis sind die aufsichtsrechtlich zur Sorgfalt verpflichteten Personen zu suchen. Es kann an den in Organhaftungsfällen entwickelten Organbegriff angeknüpft werden²⁹⁰. Danach gelten als Organe in jedem Falle alle Mitglieder des Verwaltungsrates, was aus aufsichtsrechtlicher Sicht angesichts der vom Bankengesetz verlangten Trennung von Geschäftsführung und Aufsicht nicht selbstverständlich ist²⁹¹. Darüber hinaus sind Organe alle Personen, „die tatsächlichen Organen vorbehaltene Entscheide treffen oder die eigentliche Geschäftsfüh-

²⁸⁶ THOMAS KOLLER, Privatrecht und Steuerrecht, Eine Grundlagenstudie zur Interdependenz zweier Rechtsgebiete, Berner Habilitationsschrift, Bern 1993, 18 ff.

²⁸⁷ NOBEL (1989), Zivil- und Aufsichtsrecht, 235 (236).

²⁸⁸ Art. 3 Abs. 2 Bst. c BankG.

²⁸⁹ Art. 10 Abs. 2 EBEHG.

²⁹⁰ AELLEN (1990), 114 ff., 120 f.

²⁹¹ In Deutschland, dessen Gesellschaftsrecht für die Aktiengesellschaft ähnlich wie das schweizerische Bankengesetz eine (noch weitergehende) Trennung zwischen dem geschäftsführenden Vorstand und dem überwachenden Aufsichtsrat kennt, prüft die Bankenaufsicht nur die Vorstände, vgl. Paragraph 1 Abs. 2 KWG und BÄHRE/SCHNEIDER (1986), 87.

rung besorgen und so die Willensbildung der Gesellschaft massgebend mitbestimmen“²⁹². Die Rechtsprechung geht dabei mitunter weit und hat auch schon Prokuristen als Organe im Sinne des Verantwortlichkeitsrechts bezeichnet²⁹³. (Zumindest) aufsichtsrechtlich ist eher mehr Zurückhaltung geboten. Nur die oberste Führungsschicht einer Bank untersteht dem direkten Augenmerk der EBK²⁹⁴.

94. Dazu gehören bei einer grösseren Bank neben dem Verwaltungsrat jedenfalls die Generaldirektoren und wohl die Leiter wichtiger Organisationseinheiten und Niederlassungen²⁹⁵. Bei kleineren Banken wird jedenfalls der Direktor oder der Verwalter erfasst. Zu denken ist auch an bloss “faktische Organe”, wie Allein- oder Hauptaktionäre oder andere Hintermänner, wenn sie sich aktiv in die Geschäftsführung einmischen²⁹⁶. Die EBK hat bisher nur selten diesbezügliche Entscheide getroffen²⁹⁷. Je einflussreicher die Stellung einer Person und je freier ihr Entscheidungsbereich in einer Bank, desto eher wird sie vom Aufsichtsrecht erfasst. Auf Titel und Bezeichnungen kommt es nicht an. Auch kann die Beurteilung je nach Grösse und Art der Geschäftstätigkeit einer Bank unterschiedlich sein²⁹⁸.

95. Es wird sich zeigen, ob die Praxis zum Börsengesetz den Kreis der aufsichtsrechtlich direkt verpflichteten Personen angesichts der sehr weitgehenden Umschreibung (“verantwortliche Mitarbeiter”) weiter ziehen wird. Es dürfte aber kaum eine Differenz zum Bankengesetz beabsichtigt sein. So werden es sich die Verwaltungsräte einer Effektenhandelsgesellschaft wohl gefallen lassen müssen, aufsichtsrechtlich entweder als “Effektenhändler” oder als deren “verantwortliche Mitarbeiter” zu gelten. Immerhin geht beispielsweise die Aufsichtspraxis für die bisherige Zürcher Börse weiter. So muss das Zürcher Börsenkommissariat für jeden

²⁹² BGE 107 II 349 (354), ebenso im Sozialversicherungsrecht BGE 114 V 213 (214). Zum Ganzen FORSTMOSER (1987), N. 638 ff.

²⁹³ BGE 117 II 432 (441 ff.) eine Kleinbank betreffend. Das Urteil erscheint etwas realitätsfremd, zu Recht kritisch KLAUS HÜTTE, AJP 1994, 516 f.

²⁹⁴ Deutlich enger der Organbegriff nun auch in BGE 117 II 570, der kaum mit dem soeben genannten zu vereinbaren, aber eher richtungsweisend ist.

²⁹⁵ In dem in EBK Bulletin 23 (1993), 25 publizierten Fall bejahte die EBK “wohl eher” die “Gewährsträgerschaft” eines Direktionsmitgliedes einer Börsenbank mit rund 300 Mitarbeitern, welches keine Geschäftsleitungsfunktionen ausübte, sondern eine Gruppe von 7 Anlageberatern führte. Die Frage wurde schliesslich offengelassen, da sich Massnahmen erübrigten (unveröffentlichte Erw. 1b und 3a).

²⁹⁶ Vgl. FORSTMOSER (1987), N. 705 ff.

²⁹⁷ Ein Entscheid aus dem Jahre 1974 ist besprochen bei ALAIN HIRSCH, La Commission fédérale des banques en 1974, SAG 47 (1975), 48 f. Ein anderer Fall, dessen Umstände aber besonders waren, betraf die Übernahme der Overseas Development Bank (ODB) durch Werner K. Rey, vgl. EBK Bulletin 2 (1978), 12; Unveröffentlichter BGE vom 17.2.1978. Rey war zur Zeit des Verfahrens auch Verwaltungsratspräsident der ODB.

²⁹⁸ Vgl. AELLEN (1990), 118 ff.; KLEINER (1993), Kommentar, N. 28 zu Art. 3-3^{ter}.

Effektenhändler genau benannte Vertreter und Ringhändler²⁹⁹ auf “guten Leumund”, “Fachkenntnisse” und die Einhaltung “reeller kaufmännischer Grundsätze”³⁰⁰ überprüfen. Ob und wie diese Praxis im Zeitalter einer elektronischen Börse unter einer Bundesaufsicht weitergeführt werden soll, bleibt offen.

96. Die fehlende Absicht, die “Gewährsträger” gleichsam mit dem aufsichtsrechtlichen Skalpell von den übrigen Bankangestellten abzugrenzen, deutet auf eine eher unbürokratische Aufsichtspraxis hin. Tatsächlich verlangt die EBK anders als ausländische Aufsichtsbehörden bei Wechseln in Verwaltungsrat und Direktion einer Bank bis heute keine Unterlagen, Fragebogen, Strafregistrauszüge, Lebensläufe oder Ähnliches³⁰¹. So kommt es, dass ein neuer Verwaltungsrat einer auch im Ausland präsenten Schweizer Bank den ausländischen Aufsichtsbehörden umfangreiche Unterlagen zustellen, der EBK seinen Amtsantritt aber nicht einmal mitteilen muss.

97. All diese Personen werden durch das Aufsichtsrecht und selbstverständlich auch durch das Strafrecht aus ihren Handlungen direkt verpflichtet. Anders als der Strafrichter richtet die Aufsichtsbehörde ihre Verfügungen zwar an die Bank. Der betroffene “Gewährsträger” ist jedoch Partei im Verwaltungsverfahren. Es stehen ihm Parteirechte zu und er ist zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen eine an die Bank gerichtete Verfügung der EBK befugt³⁰².

2. Bankorgane als Garanten

98. Es fragt sich, wieweit sich Bankorgane aufsichtsrechtlich und strafrechtlich durch Unterlassungen verantwortlich machen können. Zum einen können sie Kenntnis von einer Pflichtverletzung innerhalb der Bank haben, ohne dagegen einzuschreiten. Im andern Fall wissen sie zwar nichts und haben entsprechend keinen Anlass zu Vorkehren, hätten aber bei pflichtgemässer Aufmerksamkeit und Sorgfalt eben wissen und gestützt auf ihr Wissen handeln müssen.

99. Die Praxis der Bankenaufsicht ist in dieser Frage wenig ergiebig. Im Jahre 1979 warf die EBK einem in seinem eigenen Geschäftsbereich untadeligen Bankdirektor vor, “entgegen besserer Einsicht zu schweren

²⁹⁹ Ende 1993 betraf dies bei “rund” 240 Wertpapierhändlern “etwa” 550 natürliche Personen, vgl. Informationsblatt des Börsenkommissariates vom Januar 1994 “Börsenkommissariat und Sparkassenkontrolle”.

³⁰⁰ Paragraph 3 und 4 des Zürcher Wertpapiergesetzes vom 22.12.1912 (in der Fassung vom 27.9.1992, in Kraft seit dem 1.1.1993).

³⁰¹ Anders vor der Erteilung einer Bewilligung oder Zusatzbewilligung.

³⁰² Art. 103 Bst. a OG.

Misständen in der Geschäftsführung eines unmittelbaren Vorgesetzten geschwiegen und sogar noch die ihm zugewiesenen Vorteile genossen zu haben”³⁰³. Es blieb aber bei diesem Einzelfall. Es wurde daraus keine aufsichtsrechtliche Pflicht zur Anzeige oder, abschätziger formuliert, Denunziation von Vorgesetzten abgeleitet. Dabei bleibt es mit Vorteil³⁰⁴.

100. Die Aufsichtspraxis hat sich zwar wiederholt mit Fragen der internen Kontrolle und der Arbeit der internen Inspektorate beschäftigt³⁰⁵. Sie hatte aber bisher nicht Anlass, sich dazu auszusprechen, ob ein Verwaltungsrat oder die Generaldirektion einer Bank wesentlich Pflichtverletzungen von Untergebenen toleriert oder sich darüber pflichtwidrig nicht ins Bild gesetzt haben. Grundsätzlich müssen die Verwaltungsräte in Anlehnung an das gesellschaftsrechtliche Verantwortlichkeitsrecht³⁰⁶ die nötige Organisation vorsehen, die ihnen von der Geschäftsleitung vorgelegten Informationen kritisch prüfen, wenn nötig zusätzliche Informationen verlangen³⁰⁷ und, vor allem, bei Anzeichen auf Unregelmässigkeiten Untersuchungen und Massnahmen veranlassen³⁰⁸.

101. Aufsichtsrecht und -praxis äusserten sich bisher nur sporadisch dazu, welche Informationen welchem Bankorgan konkret vorliegen müssen³⁰⁹. Allgemeine Aussagen dazu fehlen auch im Gesellschafts- und insbesondere im Aktienrecht, welches sich nur zu den Informationsansprüchen der verschiedenen Organe äussert³¹⁰. Grundsätzlich aber muss

³⁰³ EBK Jahresbericht 1979, 22.

³⁰⁴ In BGE 113 IV 68 (75) lehnte das Bundesgericht mit überzeugenden Gründen grundsätzlich auch eine strafrechtliche Garantenstellung für gleich- und übergeordnete Mitarbeiter ab. Zudem sei die Garantenstellung strikte auf den Bereich eigener Zuständigkeit zu beschränken (76).

³⁰⁵ Vgl. EBK Rundschreiben 88/2 (Interne Revision, Inspektorat) oder EBK Bulletin 18 (1988), 20.

³⁰⁶ FORSTMOSER (1987), Rz. 771 ff., BÖCKLI (1992), Rz. 1567 ff.

³⁰⁷ Vgl. die erweiterten Informationsrechte der Verwaltungsräte im neuen Aktienrecht, Art. 715a OR, BÖCKLI (1992), Rz. 1496 ff., welchen durchaus eine Tendenz zu Pflichten innewohnen könnte. So für das Bankenaufsichtsrecht KLEINER (1993), Kommentar, N. 17 zu Art. 3-3^{ter}.

³⁰⁸ BGE 97 II 41.

³⁰⁹ Vgl. Art. 9 Abs. 3 BankV im Zusammenhang mit Beschlüssen über Risikogeschäfte: “Die Geschäftsführung stellt die für die Beschlussfassung und die Überwachung erforderlichen Unterlagen zusammen”; Art. 21 Abs. 2 BankG, Art. 48 Abs. 1 BankV: Der Revisionsbericht der bankengesetzlichen Revisionsstelle ist vom Verwaltungsrat zu besprechen.

³¹⁰ So Art. 696 ff. OR für den Aktionär, Art. 715a OR für den Aktionär und Art. 697h Abs. 2 OR für den Gläubiger. Zum Informationsrecht des Verwaltungsrates JEAN NICOLAS DRUEY, Das Informationsrecht des einzelnen Verwaltungsratsmitgliedes, SZW 65 (1994), 49 ff.; BÖCKLI (1992), Rz. 1496 ff. Zur Wissenszurechnung innerhalb der Gesellschaft vgl. nun ROLF WATTER, Über das Wissen und den Willen einer Bank, in: FS Beat Kleiner, Zürich 1993, 125 ff.; zur Informationsordnung innerhalb der Aktiengesellschaft, JEAN NICOLAS DRUEY, Die Information des Outsiders in der Aktiengesell-

der Informationsstand mit der Kompetenzordnung übereinstimmen. Sind Entscheide bestimmten Organen vorbehalten³¹¹, so müssen diese informiert entscheiden können. Zur Information gehören beispielsweise auch die Namen eines Schuldners³¹² oder, bei Grosskrediten, der hinter ihm stehenden "wirtschaftlich Berechtigten"³¹³. Unerlässlich sind Angaben über die Gesamtposition eines Schuldners. Unbedingt erforderliche Informationen dieser Art sind gleichzeitig Bringschulden der Geschäftsleitung und Holschulden des Verwaltungsrates, wobei zwangsläufig im wesentlichen die (vermutungsweise wissende) Geschäftsleitung den Inhalt der Informationsschuld bestimmt³¹⁴. Immerhin hat der Verwaltungsrat seine Informationsbedürfnisse selbst festzulegen³¹⁵.

102. Auch strafrechtlich besteht ein gewisses Risiko der Bankorgane, als Garanten für vorsätzliche Straftaten ihrer Untergebenen³¹⁶ zu haften. Wie im Aufsichtsrecht ist die Praxis zwar nicht gefestigt, aber nach einer Präzisierung der Rechtsprechung durch das Bundesgerichts jedenfalls für Verwaltungsräte relativ zurückhaltend³¹⁷. Im übrigen gehören die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung und das unechte Unterlassungsdelikt zu den höchst umstrittenen Lieblingsthemen der Strafrechtler³¹⁸. Mit ihrem Verschwinden dürfte trotz dieser Relativierung durch das Bundes-

schaft, in: VON BÜREN/WIEGAND/HAUSHEER (Hrsg.), Grundfragen des neuen Aktienrechts, Bern 1993, 69 ff. Zur Informationspraxis einer Auswahl der grössten Schweizer Unternehmen vgl. die betriebswirtschaftlich-empirische Studie von GLAUS (1990), insbesondere 146 ff., 213 ff., 225 ff.

³¹¹ So über "Klumpenrisiken" im aufsichtsrechtlichen Sinne dem Verwaltungsrat, vgl. Art. 21 Abs. 1 BankV. Vgl. die Dokumentationspflicht der Geschäftsleitung in Art. 9 Abs. 3 BankV.

³¹² So wies die EBK 1992 die Geschäftsleitung einer Bank an, dem Verwaltungsrat in Zukunft bei Krediten an Kunden mit Nummernkonti deren Namen mindestens mündlich bekanntzugeben, EBK Jahresbericht 1992, 43.

³¹³ EBK Bulletin 15 (1985), 14; etwas relativiert für Lombardkredite durch den EBK Jahresbericht 1985, 22. Zum Ganzen hinten Rz. 268 f.

³¹⁴ Zu den beinahe metaphysischen Informationsproblemen DRUEY (FN 310, Information des Outsiders), 69, (77 f.). Ebenso MÜLLER/LIPP (1994), 126 f.

³¹⁵ Zu unterstützen die Forderung von GLAUS (1991), 226 f. Die Praxis sieht offenbar immer noch anders aus, vgl. JEAN-PIERRE MITTAZ, Reporting im Bankkonzern, Information der Öffentlichkeit und des Verwaltungsrates, Bern 1993, 246 ff.

³¹⁶ Nicht für Gleichgestellte und für Personen ausserhalb ihres Zuständigkeitsbereichs, vgl. vorne FN 304.

³¹⁷ In BGE 105 IV 172 (Pornohändlerfall) präziserte das Bundesgericht bekanntlich die im Fall Bührle (BGE 96 IV 174) strafrechtliche Haftung des Verwaltungsratspräsidenten einer (personalistisch strukturierten) AG. Danach kommt eine Haftung wohl nur bei Kenntnis (oder zumindest bei einem "Voraussehen") der im Unternehmen begangenen Straftat in Frage. Vgl. auch BGE 117 IV 130 (keine Haftung des Arbeitgebers für fahrlässige Tötung eines Angestellten auf Baustelle).

³¹⁸ Vgl. neben der bei BÖCKLI (1989), 86 ff. und bei DE CAPITANI, SJZ 89 (1993) angegebenen Literatur: DUBS (1992), Unternehmensstrafrecht; WILLY HEIM, De la situation de garant, JdT 1993, 162-165 und GÜNTHER STRATENWERTH, Strafrechtliche Unternehmungshaftung, FS Rudolf Schmitt, Tübingen 1992, 295-307.

gericht und der Kritik in der Lehre nicht zu rechnen sein, eher im Gegenteil³¹⁹.

103. Vernünftigerweise haftet ein Bankorgan aber nur für betriebliche (nicht für private) Handlungen von Untergebenen, die zudem in engem Zusammenhang mit der Banktätigkeit stehen müssen. Möglicherweise ist die Bank an diesen Handlungen, weil ertragsfördernd, sogar interessiert („gesteigerte Betriebsgefahr“)³²⁰. Eine solche Betriebsgefahr kann bei einer Bank beispielsweise bezüglich verbotener Insidergeschäfte durch Tipnehmer, Geldwäscherei und Kursmanipulationen bestehen. Hat das Bankorgan Kenntnis von derartigen strafbaren Handlungen, ist es aufgrund des aufsichtsrechtlichen Verbotes an der Teilnahme an rechtswidrigen Handlungen, aber m.E. auch aufgrund gesellschaftsrechtlicher Aufsichtspflichten, gehalten, etwas dagegen zu tun³²¹. Unterlässt es ein Vorgesetzter, bei Kenntnis von strafbaren Handlungen im Rahmen der gesteigerten Betriebsgefahr einzuschreiten, setzt er sich auch einem strafrechtlichen Risiko aus³²². Die Bedeutung dieser Verpflichtung darf aber nicht überschätzt werden. In der Regel haben vorgesetzte Bankorgane keine Kenntnis von Gesetzesverletzungen ihrer Untergebenen.

104. Die Bankorgane unterliegen aber einer aufsichtsrechtlichen Pflicht, gegen eindeutig vorhersehbare, weil innerhalb der gesteigerten Betriebsgefahr liegende Gesetzesverletzungen die nötigen organisatorischen Vorkehrungen zu treffen³²³. Einem ungenügend organisierten Unternehmen soll aus eben diesem Ungenügen kein Rechtsvorteil erwachsen. Die Aufsichtspraxis schreibt solche Vorkehren für bestimmte Bereiche mitunter ausdrücklich vor³²⁴. Strafrechtlich wird die Verletzung einer derartigen Organisationspflicht mangels Vorsatz kaum relevant werden³²⁵. Die Auf-

³¹⁹ Ebenso die m.E. realistische Einschätzung von DE CAPITANI, SJZ 89 (1993), 21 (23 ff.).

³²⁰ So BÖCKLI (1989), 88 ff.

³²¹ A.M. für den Verwaltungsrat BÖCKLI (1989), 90 f., welcher die nach Art. 716a Abs. 1 Ziff. 5 OR (Art. 722 aOR) bestehende Pflicht des Verwaltungsrates zur Oberaufsicht über die Geschäftsführung bezüglich der Befolgung der Gesetze für zuwenig konkret hält. Zwar kann ein Verwaltungsrat vernünftigerweise nicht zu einem ständigen „legal audit“ verpflichtet sein. Weiss er aber von Rechtsverletzungen, hat er einzuschreiten, so auch BÖCKLI (1992), Rz. 1569. Wie hier SCHMID, ST 63 (1989), 279 (284).

³²² So für Geldwäscherei, GRABER (1990), 137 f.; für Insiderdelikte SCHMID, ST 63 (1989), 279 (289) und BÖCKLI (1989), 94.

³²³ Mit Blick auf das Aufsichtsrecht KLEINER (1993), Kommentar, N. 19 zu Art. 3-3^{ter}. Ebenso mit strafrechtlicher Argumentation (ohne Begeisterung) DE CAPITANI, SJZ 89 (1993), 21 (25) zur Kundenidentifikation hinsichtlich Art. 305^{ter} StGB und SCHMID, ST 63 (1989), 279 (283) bezüglich Insiderhandel.

³²⁴ Für die Geldwäschereibekämpfung EBK Rundschreiben 91/3, Rz. 11 (Interne Weisungen) und 12 (Personalausbildung). Nicht geäußert hat sich die EBK bisher in Bezug auf Weisungen zur Verhinderung von Insiderdelikten.

³²⁵ Ebenso SCHMID, ST 63 (1989), 279 (284). Vgl. BGE 105 IV 172 (175): „Auch beim vorsätzlichen unechten Unterlassungsdelikt muss dem Garanten das konkrete tatbe-

sichtspraxis legt weder fest, welches Bankorgan solche Weisungen zu erlassen hat, noch ihren genauen Inhalt. Dies bleibt im Ermessen der Bank. Fraglich ist, ob ein blosser Versand der jeweiligen gesetzlichen Vorschriften hilfreich und klug ist, denn sie können den Besonderheiten der jeweiligen Geschäftstätigkeit kaum Rechnung tragen³²⁶.

105. Bei all dem darf der Sinn für das Machbare nicht verlorengehen. Die angelsächsischen “compliance officers” mit dicken “compliance manuals” und umfangreichen “compliance programs” haben unbestreitbar ihren Wert³²⁷, sind aber keine Allheilmittel. Kurze und einfache Regeln sind jedenfalls vorzuziehen. Umfangreiche Regelwerke erweisen sich aus der Nähe betrachtet meist als ebenso unvollkommen wie bescheidenere. Entscheidend ist der Vollzug von Weisungen. Unbefriedigend sind Regeln, um die sich im täglichen Geschäft niemand kümmert, und die erst der Richter unter dem Applaus der interessierten Anwälte wieder aus seinem Zauberhut zieht.

106. Im Verwaltungsstrafrecht ist die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung ausdrücklich vorgesehen³²⁸. Jedenfalls für die Strafbestimmungen des Bankengesetzes hat die kontroverse³²⁹ Vorschrift aber bisher kaum Bedeutung erlangt³³⁰. Fraglich ist immerhin, ob der für den Beschluss über “Klumpenrisiken” nach Bankenverordnung zwingend zuständige³³¹ Verwaltungsrat nicht auch Vorkehren treffen muss, damit die Geschäftsleitung die vorgeschriebene Meldung an die EBK erstattet.

3. Bankaktionäre

107. Das noch geltende Bankenaufsichtsrecht verpflichtet die Bankaktionäre nicht direkt³³², soweit sie nicht im oben dargestellten Sinne “faktische

standsmässige Wissen und Wollen nachgewiesen werden”. Der Schluss von der Verletzung der Organisationspflicht auf einen auch bloss eventuellen Vorsatz an einer Straftat dürfte in aller Regel unzulässig sein.

³²⁶ Vgl. die diesbezügliche Klage von KLEINER (1993), Kommentar, N. 19 zu Art. 3-3^{ter}.

³²⁷ BERNASCONI/MÜLLER (1990), 48.

³²⁸ Art. 6 Abs. 2 VStrR. Vgl. DUBS (1992), 275 (280 ff.) m.w.H.

³²⁹ Vgl. PETER BÖCKLI, Zur Garantenhaftung des Vorgesetzten im Verwaltungsstrafrecht namentlich bei Steuerstrafen, ZStrR 97 (1980), 73.

³³⁰ In den bei ZANGA (1992), 188 ff. wiedergegebenen Entscheiden des EFD wird sie nicht einmal erwähnt.

³³¹ Art. 21 Abs. 1 BankV. Die von KLEINER (1993), Kommentar, N. 17 zu Art. 3-3^{ter}, vertretene Ansicht, eine Kompetenzregelung durch den Verwaltungsrat genüge, widerspricht der Praxis der EBK.

³³² Eine Ausnahme bildet die Meldepflicht für beherrschende Aktionäre einer ausländisch beherrschten Bank, Art. 3^{ter} Abs. 3 BankG.

Organe" der Bank sind. Die bestehenden aufsichtsrechtlichen Vorschriften über das Verhältnis der Bank zu ihren Eigentümern³³³ richten sich an die Bank selbst. Mit der "Swisslex-Revision" des Bankengesetzes vom März 1994³³⁴ wird sich dies ändern.

108. Zum einen werden grössere Aktionäre aller Banken einer direkten Meldepflicht unterliegen. Jede Person wird der EBK melden müssen, wenn sie "direkt oder indirekt" mehr als 10 Prozent des Kapitals oder der Stimmen einer schweizerischen Bank erwirbt, womit sie amtlich zum "qualifizierten" Aktionär wird³³⁵. Die Pflicht besteht auch, wenn die Beteiligung die Schwellen von 20, 33 oder 50 Prozent über- oder unterschreitet. Zusammen mit dem geplanten Börsengesetz ergäbe dies ein reichlich kompliziertes Geflecht von überlappenden Meldepflichten³³⁶. Die Verordnungen zu Banken- und Börsengesetz und die Praxis der EBK werden sie hoffentlich so weit als nach den Gesetzen möglich vereinheitlichen.

109. Zum andern werden neu auch diese "qualifizierten Aktionäre" in den Genuss eines "Gewährstests" durch die EBK kommen. Auch sie werden nämlich Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten³³⁷ beziehungsweise gewährleisten müssen, "dass sich ihr Einfluss nicht zum Schaden einer umsichtigen und soliden Geschäftstätigkeit auswirkt"³³⁸. Auch hier dürfte trotz des unterschiedlichen Wortlautes der Gesetze nichts Verschiedenes gemeint sein. Der Text des Bankengesetzes drückt allerdings den Sinn der Sache besser aus.

110. Diese Vorschriften beabsichtigten unter anderem, das organisierte Verbrechen von Schweizer Banken und Effektenhändlern fernzuhalten³³⁹. Im Vordergrund werden aber wahrscheinlich andere Probleme stehen. Dabei wird die Praxis ihr Augenmerk wohl in erster Linie auf klar

³³³ Art. 4^{ter} BankG (Organgeschäfte); EBK Bulletin 17 (1987), 28 (konsolidierte Aufsicht über die Gruppe).

³³⁴ Vgl. vorne Rz. 13, FN 15.

³³⁵ Art. 3 Abs. 5 EBankG in der Fassung vom 18.3.1984.

³³⁶ Ein Ausländer, welcher einen Anteil von 10% einer börsenkotierten ausländisch beherrschten Bank mit Effektenhändlerstatus erwirbt, wird dies melden müssen: der Bank und der Börse (Art. 20 Abs. 1 EBEHG), der EBK gestützt auf das Börsengesetz (wahrscheinlich, vgl. Art. 10 Abs. 6 EBEHG) und gleich doppelt gestützt auf das BankG (Art. 3 Abs. 5 EBankG und 3^{ter} Abs. 3 BankG). Meldepflichtig für den gleichen Sachverhalt sind zum Teil auch die Mitglieder von Verwaltung und Geschäftsleitung (Art. 3 Abs. 2 BankG) oder die Bank (Art. 3 Abs. 6 EBankG), welche die Beteiligung zudem im Anhang zur Bilanz zu publizieren hat (Art. 663c OR). Werden die Aktien im Rahmen eines öffentlichen Übernahmeangebotes gekauft, löst dies eine weitere Meldepflicht an die EBK oder die Übernahmekommission aus (Art. 29 Abs. 1 EBEHG). Weniger wäre hier wohl mehr gewesen.

³³⁷ Art. 10 Abs. 2 Bst. c EBEHG.

³³⁸ Art. 3 Abs. 2 Bst. c^{bis} BankG in der Fassung vom 18.3.1994.

³³⁹ BBl 1992 V 700.

beherrschende Aktionäre richten. Denkbar wäre zum Beispiel, bei Bekanntwerden von substantiellen Schwierigkeiten einer Finanzgruppe, diese zum rechtzeitigen Verkauf ihrer Schweizer Tochtergesellschaft zu zwingen unter gleichzeitiger Abschottung derselben ("ring-fencing")³⁴⁰. Vorbehalte werden wohl auch gegen Aktionäre mit völlig undurchsichtiger Gruppenstruktur gemacht werden, besonders wenn die rechtlichen und die tatsächlichen Leitungsstrukturen ohne überzeugenden Grund auseinanderfallen.

111. Je nach den Umständen des Einzelfalles wird die Herkunft der Mittel zum Erwerb der Bank geprüft werden müssen³⁴¹. Nicht nur aber besonders ein Übernehmer einer Bank mit finanziellen Schwierigkeiten braucht ausreichende finanzielle Mittel. Die Abhängigkeit einer Bank von den ihr vom Hauptaktionär zugewiesenen Geschäften kann in Betracht fallen, besonders wenn sie nicht mit einer erklärten Verantwortung desselben für die Bank verbunden ist. Näheres wird erst die Praxis zeigen. Jedenfalls kann die bisherige "Gewährspraxis" für Bankorgane und Banken nicht unesehen auf die qualifizierten Aktionäre übertragen werden.

4. Bankangestellte (und die Strafanzeigespflicht der EBK)

112. Nur ein sehr kleiner Teil der Bankangestellten unterliegt als "Gewährsträger" im dargestellten Sinn direkten bankaufsichtsrechtlichen Verpflichtungen. Für die geplante Aufsicht über die Börsen und die Effekthändler dürfte trotz des vom Bankengesetz abweichenden Wortlaut des Börsengesetzes³⁴² nichts anderes gelten. Die übrigen Bankangestellten haben dagegen auch bei grössten Pflichtverletzungen keine direkten verwaltungsrechtlichen Massnahmen der Aufsichtsbehörde zu befürchten.

113. Dagegen richten sich die Normen des Strafrechts an alle Mitarbeiter der Bank. In bezug auf die Strafverfolgung besteht insofern eine durch die Aufsicht bedingte Besonderheit, als die EBK gesetzlich verpflichtet ist, alle "gemeinrechtlichen Vergehen oder Verbrechen"³⁴³ beziehungsweise nach dem geplanten Börsengesetz alle "strafbaren Handlungen"³⁴⁴ den

³⁴⁰ Eine solche Möglichkeit wäre beispielsweise im Fall BCCI nützlich gewesen, vgl. EBK Jahresbericht 1991, 40 f. Ein derartiges Vorgehen kann, wenn es nicht diskret arrangiert werden kann, international recht heikel sein, aber auch Bankenaufsichtsbehörden ist in einem bestimmten Moment das nationale Hemd näher als der internationale Rock.

³⁴¹ Vgl. EBK Bulletin 2 (1978), 12 i.S. Overseas Development Bank, Genf und Werner K. Rey als Aktionär.

³⁴² "Verantwortliche Mitarbeiter" in Art. 3 Abs. 2 Bst. b und Art. 10 Abs. 2 Bst. c EBEHG.

³⁴³ Art. 23^{ter} Abs. 4 BankG.

³⁴⁴ Was auch Ordnungswidrigkeiten und Straftaten des Nebenstrafrechtes des Bundes und der Kantone wie Steuerdelikte einschliessen würde. Die Frage wird aber kaum relevant werden.

zuständigen Strafverfolgungsbehörden anzuzeigen. Für Opportunitätsüberlegungen bleibt dabei nach geltendem Recht kein Raum³⁴⁵.

114. Die EBK zeigt deshalb bei hinreichendem Tatverdacht fehlbare Angestellte auch an, wenn die betroffene Bank an einer Strafverfolgung kein Interesse hat, was hin und wieder vorkommt³⁴⁶. So kann ein Strafverfahren die zivilrechtliche Schadensregelung gefährden, oder die Banken sehen der möglichen Publizität eines Verfahrens oder den zur Verteidigung vorgebrachten Vorwürfen des angeschuldigten Angestellten mit Bange entgegen. Diese manchmal nicht unberechtigten Sorgen müssen aber dem staatlichen Interesse an der Strafverfolgung und der Generalprävention weichen. Bekanntlich sind nicht Strafdrohungen wirklich bedrohlich, sondern höchstens die Aussicht, erwischt und verfolgt zu werden. In nicht völlig kohärenter Weise entspricht dieser gesetzlichen Anzeigepflicht der EBK an die Strafbehörden keine solche Pflicht der Bank zur Anzeige an die EBK³⁴⁷. Vielfach orientieren die Banken die EBK jedoch auch ohne ausdrückliche gesetzliche Pflicht über strafbare Handlungen.

5. Banken als Gesellschaften

115. Aufsichtsrechtlich ist die Bank als Gesellschaft Trägerin der Betriebsbewilligung durch die EBK. Sie muss die Bewilligungsvoraussetzungen erfüllen und die gesetzlichen Geschäftsführungsvorschriften befolgen. Allfällige Verfügungen der EBK richten sich gegen sie. Die Bank ist als Gesellschaft verpflichtet, Anordnungen der EBK zu befolgen, auch wenn diese indirekt natürliche Personen betreffen, so wenn die Entlassung oder Versetzung eines Bankorgans verlangt wird. Die EBK kann ihre Mittel des Verwaltungszwangs grundsätzlich nur gegen die Bank als Gesellschaft richten³⁴⁸. Diese Regel gilt nicht, wo das Gesetz anderen Personen direkte Pflichten auferlegt³⁴⁹.

³⁴⁵ ZANGA (1992), 82 ff. m.w.H.

³⁴⁶ EBK Jahresbericht 1985, 34. Vgl. auch BERNASCONI (1990), Banken und Wirtschaftskriminalität, 43. Nicht immer ebenso konsequent war die Praxis bisher z.B. bei fahrlässigen Verstößen gegen bankengesetzliche Meldepflichten (Art. 49 Abs. 1 Bst. e BankG), wo der EBK eigene verwaltungsrechtliche Instrumente zur Verfügung stehen und minimste Bussen ausgesprochen werden, kritisch aber verständnisvoll ZANGA (1992), 84 ff.

³⁴⁷ Eine solche gibt es nur für die Revisionsstellen, Art. 21 Abs. 4 BankG, und (weitergehend) Art. 19 Abs. 5 Bst. c EBEHG, zum Ganzen ZULAUF, recht 7 (1989), 79 (81, FN 21).

³⁴⁸ So bezüglich einer Revisionsstelle den unveröffentlichten Entscheid vom 9.12.1977 i. S. E. und C. (gleicher Sachverhalt in bezug auf die Revisionsstelle selbst: BGE 103 Ib 350), für das Anlagefondsrecht BGE 99 Ib 413 (417 ff.). Als Kuriosum sei das nach dem Bewilligungsentzug in einem kriminellen Umfeld verfügte Hausverbot mit Zwang zur Schlüsselabgabe erwähnt, Verfügung vom 13.3.1974 i.S. Atlas Bank, zum Hintergrund SCHMID (1980), 140 ff.

³⁴⁹ So die vorne erwähnten Aktionäre. Sehr viel weitergehend das geplante Börsengesetz, vgl. Art. 33 Abs. 2 EBEHG. Zu erwähnen sind auch beliebige Dritte, welche als Zeugen

116. Aufsichtsrechtlich ist die Bank grundsätzlich für die Handlungen sämtlicher für sie handelnden Personen verantwortlich, so auch für “faktische Organe” und für Personen, für deren unerlaubte Handlungen die Bank zivilrechtlich haftet³⁵⁰. Dies bedeutet nicht, dass Sorgfaltspflichtverletzungen normaler Bankangestellter immer aufsichtsrechtliche Massnahmen nach sich ziehen. Daran ist höchstens zu denken, wenn diese Handlungen auf Mängel in der Überwachung oder Organisation der Bank hindeuten.

117. Diese zentrale Bedeutung der Bank als Trägerin der Bewilligung hat dazu geführt, dass die EBK in verschiedenen Fällen auch die Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit gewissermassen “entpersonifiziert” geprüft hat³⁵¹. Dem lag auch die Schwierigkeit zu Grunde, in der arbeitsteiligen Organisation besonders von grösseren Banken die Verantwortung einzelnen Personen zuzuordnen³⁵². In anderen Fällen erachtete die EBK eine die verantwortlichen Personen persönlich betreffende Anordnung an die Bank, wie vor allem diejenige, eine Person dürfe ihre bisherige Funktion nicht mehr weiter ausüben, als überflüssig oder nicht angemessen. Stattdessen begnügte sie sich mit der Feststellung, ein bestimmtes Verhalten sei mit einer sorgfältigen Geschäftsführung nicht zu vereinbaren. Verbunden war diese Missfallensäusserung vielfach mit der Androhung strengerer Massnahmen im Wiederholungsfall. Nur in sehr schwerwiegenden Fällen entzog die EBK eine Bewilligung³⁵³.

118. Eine ähnliche Haftung der juristischen Person enthält die standesrechtliche Sorgfaltspflichtvereinbarung³⁵⁴. Bis 1990 gab es, sieht man von den möglichen aufsichtsrechtlichen Folgen für “Gewährsträger” ab, daneben keine Haftung des fehlbaren Bankangestellten. Mit dem Inkrafttreten der Strafnorm über die “Mangelnde Sorgfalt bei Finanzgeschäften”³⁵⁵ hat sich dies geändert. Im Gegensatz zum Aufsichtsrecht hat aber jede entdeckte Verletzung der Sorgfaltspflichtvereinbarung durch einen beliebigen Bankangestellten eine Sanktion in der Form einer “Konventionalstrafe” zur

in einemungsverfahren der EBK dem Verwaltungszwang unterliegen können, vgl. Art. 19 VwVG V.m. Art. 44 BZP. Zum Recht der EBK, Zeugen einzuvernehmen, vgl. hinten Rz. 130.

³⁵⁰ Art. 722 OR (Art. 718 aOR).

³⁵¹ Vgl. EBK Bulletin 7 (1980), 39 (bestätigt in BGE 106 Ib 145); 11 (1982), 5 (bestätigt in BGE 108 Ib 196); 11 (1982), 15 (bestätigt in BGE 108 Ib 186); 15 (1985), 5 (bestätigt in BGE 111 Ib 126, “Schiffshypothekenfall”); 15 (1985), 11; 15 (1985), 14; 16 (1986), 30; 20 (1990), 23; 22 (1992), 25 und 31. Vgl. ZUBERBÜHLER, WuR 39 (1987), 167 (179 f.). Zustimmend zur Ausweitung des Gewährsbegriffs auf die Bank selbst, RHINOW/BAYERDÖRFER (1990), Rz. 121.

³⁵² ZUBERBÜHLER, WuR 39 (1987), 167 (179).

³⁵³ Unzutreffend RHINOW/BAYERDÖRFER (1990), Rz. 55.

³⁵⁴ Dazu hinten Rz. 243 ff.

³⁵⁵ Art. 305^{ter} StGB, dazu hinten Rz. 243 ff.

Folge. Trotz der privatrechtlichen Natur der Vereinbarung wahrt diese auch, ja fast überwiegend öffentliche Interessen, weshalb die Sanktion eindeutigen pönalen Charakter besitzt³⁵⁶.

119. Durch diese schillernde Natur entgeht die "Privatstrafe" der Vereinbarung den Skrupeln der Strafrechtler zur Bestrafung der juristischen Person³⁵⁷ angesichts ihrer Schuldunfähigkeit. Zwar soll nach der Vereinbarung bei der Festsetzung der Strafe die "Schwere der Verletzung, der Grad des Verschuldens und die Vermögenslage der Bank" berücksichtigt werden³⁵⁸. Dabei geht es allerdings mehr um das Zurechnen des Verschuldens der handelnden Geschäftsleiter und um die durch Kooperationsbereitschaft im Verfahren oder Selbstanzeige dokumentierte "tätige Reue" der Bank.

120. Der Grundsatz der Schuldberücksichtigung hat zudem nach der Sorgfaltspflichtvereinbarung seine Grenzen. Die verantwortlichen Personen müssen nicht ermittelt, ihre Schuld nicht nachgewiesen werden. Auch so haftet die Bank bei nachgewiesener objektiver Verletzung. Ohne Bedeutung ist im Rahmen eines zu beurteilenden Einzelfalles, ob die Bank im allgemeinen ihre organisatorische Verantwortung zur Verhinderung von Verstössen gegen die Vereinbarung wahrgenommen hat, oder ob die Angestellten genügend überwacht wurden.

121. Die Banken als Gesellschaften haften somit aufgrund der Sorgfaltspflichtvereinbarung kausal und ohne Exkulpationsmöglichkeit für die Handlungen ihrer Angestellten. Diese strenge Kausalhaftung und das vehemente Eigeninteresse der Banken an der Vermeidung von rufschädigenden Affären dürften die bankinternen Bemühungen zur Umsetzung der Vereinbarung massgebend gefördert haben. In dem von der Vereinbarung abgedeckten Bereich besteht angesichts des erwähnten pönalen Charakters der Strafe und der offensichtlichen öffentlichen Interessen, welche die Vereinbarung zumindest auch verfolgt, im Ergebnis eine Strafbarkeit der juristischen Person. Die Verfolgung von Vertragsverletzungen durch private Organe ändert daran wenig. Dass sich praktisch alle schweizerischen Banken dieser strengen Ordnung unterworfen haben, ist bemerkenswert.

122. Strafrechtlich muss die Bank als juristische Person höchstens für Verstösse von Bankorganen oder -angestellten gegen das Nebenstrafrecht einstehen³⁵⁹. Die entsprechende Norm des Verwaltungsstrafrechts³⁶⁰

³⁵⁶ Ebenso JUNOD/GRAVEN (1988), *societas*, 351 (354 f.).

³⁵⁷ JUNOD/GRAVEN (1988), *societas*, 351 (361 ff.).

³⁵⁸ Art. 11 Abs. 1 VSB.

³⁵⁹ Zum hier nicht interessierenden Steuerstrafrecht MARTIN ZWEIFEL, Aktuelle Probleme des Steuerstrafrechts, ZStrR 110 (1993), I (4 ff.).

³⁶⁰ Art. 7 VStrR.

kommt auch bei Verletzungen des Bankengesetzes gelegentlich, aber nicht häufig zur Anwendung³⁶¹. Ihre praktische Bedeutung ist schon wegen der Beschränkung der in Frage kommenden Höchstbusse auf 5000 Franken gering. Darüber hinaus dürfte die Strafbarkeit der juristischen Person erst im Zusammenhang mit der Revision des Umweltstrafrechts oder des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches zur Diskussion stehen³⁶². Auch für das Börsengesetz ist keine Strafbarkeit der juristischen Person vorgesehen³⁶³. Wichtiger als diese Bestimmung für Bagatelldelikte können für die Banken die anfangs 1995 in Kraft tretende Bestimmung von Art 181 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die direkte Bundessteuer (DGB)³⁶⁴ werden: Werden im Geschäftsbereich einer juristischen Person Teilnahmehandlungen (Anstiftung, Gehilfenschaft, Mitwirkung) an Steuerhinterziehungen Dritter begangen, so wird die juristische Person bestraft. Die tatsächliche handelnde natürliche Person bleibt (merkwürdigerweise) straffrei. Trotzdem soll sie aber (wieder merkwürdigerweise) ermittelt werden müssen, damit ein Verschulden geprüft und zugerechnet werden kann³⁶⁵. Bei den leider immer wieder vorkommenden Teilnahmehandlungen von Bankangestellten an Steuerbetrüger³⁶⁶, riskierten die Banken selbst eine Strafe³⁶⁷, wobei sie die Verlockungen der "deep pocket theory" bedenken werden.

³⁶¹ Vgl. ZANGA (1992), 188 ff.

³⁶² Ein Vorentwurf des EJPD vom 11. März 1991 betreffend die Strafbarkeit der kriminellen Organisation, die Einziehung und das "Melderecht des Financiers" enthielt auch einen Vorschlag zur strafrechtlichen "Verantwortlichkeit des Unternehmens". Diesem erwuchs im Vernehmlassungsverfahren starke Kritik der Wirtschaftsverbände, weshalb er in der Botschaft des Bundesrates zum sogenannten "zweiten Paket zur Bekämpfung des organisierten Verbrechens" nicht mehr enthalten ist, vgl. BBl 1993 III 277 (289 ff.).

³⁶³ Ob mit Absicht ist fraglich: Jedenfalls dürfte die bemerkenswerte, weil gegen oben theoretisch unbeschränkte, Bussandrohung von Art. 39 Abs. 2 EBEHG, Fassung StR, für die Verletzung einer Meldepflicht praktisch nie gegen eine natürliche Person ausgesprochen werden können.

³⁶⁴ AS 1991 II 1184. Eine gleiche Bestimmung enthält Art. 57 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 14.12.1990 über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden (StHG, AS 1991 II 1256). Die Kantone haben jedoch bis Ende des Jahres 2003 Zeit, ihre Steuergesetzgebung anzupassen (Art. 72 StGH.)

³⁶⁵ So URS R. BEHNISCH, Steuerstrafrecht, ASA 61 (1992/93), 457 (467).

³⁶⁶ Vgl. vorne Rz. 47, FN 145 und hinten Rz. 318 ff.

³⁶⁷ So wäre ASA 56 (1987/88), 67 (Übertragung von Fr. 100 000 vom Geschäftskonto der Einmanngesellschaft auf das Privatkonto des Alleinaktionärs, ohne dass dies auf dem Bankauszug über das Geschäftskonto ersichtlich war) unter neuem Recht wohl anders zu entscheiden.

VII. Durchsetzung der Sorgfalt

1. *Private Revisoren mit öffentlichen Aufgaben*

123. Eine der international wohl originellsten Besonderheiten des schweizerischen Bankenaufsichtssystems ist die besondere Stellung der privaten Revisionsstellen³⁶⁸. Sie sind privat, müssen aber durch die EBK anerkannt werden, welche ihre Sorgfalt bei der Prüfung überwacht³⁶⁹. Die Banken sind ihre (privaten) Auftraggeber, der Gegenstand der Prüfungen wird aber weitgehend durch die Bankenverordnung und die EBK als Aufsichtsbehörde festgelegt³⁷⁰. Der Verwaltungsrat einer Bank ist Haupt-, die EBK aber Nebenadressat ihrer Berichte. Trotz dieses öffentlichen Einflusses verpflichten die Revisoren den Staat haftungsrechtlich nicht³⁷¹. Der Bank gegenüber haften sie aus Auftrag, den Gläubigern nur (aber immerhin) aus unerlaubter Handlung³⁷². Stellen die Revisoren bei ihren Prüfungen "strafbare Handlungen oder schwere Missstände"³⁷³ fest, haben sie diese sofort der EBK zu melden.

124. Dieses System und die Tätigkeit der Revisoren scheinen sich so bewährt zu haben, dass den besonders qualifizierten Revisoren landesintern immer neue Aufgaben übertragen werden: Revision von grossen Aktiengesellschaften und Konzernen nach neuem Aktienrecht³⁷⁴, die Revision von Effektenhändlern sowie die Prüfung von Übernahmeangeboten nach geplantem Börsengesetz³⁷⁵. Auch international verbreiten sich gewisse Elemente des schweizerischen Systems³⁷⁶. Dessen Grenzen seien nicht verschwiegen. So ist die Doppelfunktion der Revisionsstellen als

³⁶⁸ Dazu (mit unterschiedlichem Blickwinkel) MÜLLER (1987), 57 ff. und LUTZ (1991/1993), Kommentar, 17 ff. zu Art. 18-22 BankG.

³⁶⁹ Und verwaltungsrechtliche Massnahmen ergreifen (Art. 20 Abs. 4 BankG, vgl. BGE 103 Ib 350, EBK Bulletin 16, 1986, 10 und 24) und Strafanzeige erstatten kann, vgl. das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 5.7.1988, SZW 62 (1990) 20.

³⁷⁰ Art. 43 ff. BankV, EBK Rundschreiben 93/3 (Revisionsbericht: Form und Inhalt), Art. 19 Abs. 3 EBEHG.

³⁷¹ BGE 117 II 315 (317).

³⁷² Ebenda.

³⁷³ So ausdrücklich Art. 19 Abs. 5 Bst. c EBEHG, im Ergebnis nicht anders Art. 21 Abs. 4 BankG. Wann nach BankG genau gemeldet werden muss, ist allerdings umstritten.

³⁷⁴ Art. 727 ff. OR.

³⁷⁵ Art. 17 ff. und Art. 24 EBEHG. Nach Fassung StR soll auch ein Effektenhändler ein öffentliches Angebot prüfen dürfen.

³⁷⁶ Vgl. IFAC, International Statement on Auditing, The relationship between bank supervisors and external auditors, New York, July 1989; sowie die Empfehlungen von BINGHAM (1992), 188 ff., welche mit den "The Accountants (Banking Act 1987) Regulations 1994" (SI 1994/324) umgesetzt werden. Eingeführt werden soll die Pflicht der Revisoren, für die Aufsicht wichtige Sachverhalte der Bank of England zu melden. Vgl. auch die guidance note BSD/1994/1 der Bank of England vom März 1994 (The Bank of England's relationship with auditors and reporting accountants) m.H. auf die Regeln des britischen Auditing Practices Board.

Beauftragte der zahlenden Bank und als Ohr, Auge und verlängerter Arm der EBK nicht eben eine komfortable³⁷⁷. Auch besteht möglicherweise eine Diskrepanz zwischen gesetzlichem Anspruch und der Wertschätzung, welche der Arbeit der Revisoren von ihren Auftraggebern entgegengebracht wird³⁷⁸. In der Unternehmungskrise versuchen sich die Verwaltungsräte regelmässig mit dem Hinweis auf eine unzureichende Berichterstattung durch die Revisionsstelle zu entlasten. Auch besteht wohl eine Lücke zwischen den immer höher werdenden Ansprüchen der Öffentlichkeit und der juristischen Verantwortlichkeitspraxis an die Arbeit der Revision und deren realistischen Möglichkeiten (“expectations gap”)³⁷⁹.

125. Die Revisionsstellen haben ihre Prüfungen nach dem eindeutigen Gesetzeswortlaut nicht auf die Jahresrechnung zu beschränken³⁸⁰. Sie müssen prüfen und bestätigen, ob eine Bank die Bewilligungsvoraussetzungen noch erfüllt, wozu auch die Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit gehört³⁸¹. Nach dem neuen Aktienrecht soll eine Pflicht zur “integralen Legalitätsprüfung” bestehen³⁸², was allerdings bezweifelt wird³⁸³. Erfahrungsgemäss bildeten Bemerkungen der bankengesetzlichen Revisionsstellen zur Gewähr leitender Bankorgane für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit auch dort eher eine Ausnahme, wo sie im Rückblick wohl hätten gemacht werden dürfen³⁸⁴. Sie kommen aber vor.

126. Nur dank der im wesentlichen auch im öffentlichen Interesse liegenden Arbeit der privaten Revisionsstellen³⁸⁵ konnte im übrigen die EBK als staatliche Aufsichtsbehörde bisher mit einem im internationalen

³⁷⁷ Vgl. die Sicht der EBK zur Tätigkeit der Revisionsstellen in den EBK Jahresberichten 1991-1993.

³⁷⁸ So berichtet GLAUS (1990), 152, die Verwaltungsräte der von ihm untersuchten Unternehmen (inklusive der drei Schweizer Grossbanken) erachteten die Berichte der Revisoren als “Zahlenfriedhöfe” und als “wenig aussagekräftig für Fragen der Unternehmensführung”. Dies muss allerdings nicht gegen die Revisoren sprechen.

³⁷⁹ GISLER (1994), 62 ff. GISLER ortet das Problem aber nicht nur in der übertriebenen Erwartungshaltung, sondern auch in diversen Unzulänglichkeiten in der Prüfung, der Berichterstattung und deren Rahmenbedingungen und macht entsprechende Empfehlungen (257 ff.).

³⁸⁰ Art. 19 Abs. 1 BankG und Art. 19 Abs. 1 EBEHG.

³⁸¹ Vgl. AELLEN (1990), 217 ff., EBK Rundschreiben 93/3, Rz. 13.

³⁸² So die Botschaft des Bundesrates, BBl 1983 II 931 f.

³⁸³ BÖCKLI (1992), Rz. 1810. Die Empfehlung der Treuhand-Kammer Nr. 9 (1993) zur Abschlussprüfung über “Deliktische Handlungen und Abschlussprüfung” beschränkt die Abklärungspflichten auf Vermögensdelikte zum Nachteil des Unternehmens und Buchführungsdelikte; fast wörtlich gleich RHB Ziff. 3.133.

³⁸⁴ Die Ausnahmen betrafen in erster Linie Fälle, in denen die Revisionsstelle mit Unterstützung der obersten Bankleitung einzelne Geschäftsführer beanstandete.

³⁸⁵ Welche anlässlich der letzten Erhebung für 1985 (EBK Bulletin 18, 1988, 35) rund 233 Mann- oder Fraujahre für die Revision der damals 503 Banken einsetzten.

Vergleich äusserst bescheidenen Personalbestand auskommen. Das Sekretariat der EBK beschäftigte Ende 1993 32 Angestellte (ohne Administration). Sie haben zur Zeit die gesamte Geschäftstätigkeit von 460 Banken³⁸⁶ sowie 240 schweizerische Anlagefonds zu überwachen³⁸⁷. Bei der Bank of England überwachten 1993 186 Angestellte (ohne Administration) 501 Banken (ohne deren Wertschriften- und Vermögensverwaltungsgeschäft)³⁸⁸. Daraus folgt zwangsläufig ein im Verhältnis eher geringerer Informationsstand der staatlichen Behörde und eine entsprechende Abhängigkeit von den privaten Revisionsstellen.

2. Eidg. Bankenkommission

127. Als Bankenaufsichtsbehörde hat in erster Linie die EBK die Beachtung öffentlich-rechtlicher Sorgfaltspflichten durch die Banken sicherzustellen³⁸⁹. Die gleiche Aufgabe hätte sie nach dem geplanten Börsengesetz in bezug auf die Effektenhändler, welche in ihrer Mehrheit auch Banken sein werden. Bankenaufsicht besteht idealerweise darin, die notwendigen Informationen (und nur diese) rechtzeitig zur Verfügung zu haben, sie zu verstehen und richtig auszuwerten, gestützt darauf rechtzeitig die richtigen Schlüsse zu ziehen und (wenn nötig) Entscheide zu treffen und diese schliesslich auch durchzusetzen. Entsprechend können im folgenden die Phasen der Informationsbeschaffung und -auswertung und der Entscheidung und Vollstreckung unterschieden werden.

128. Es ist zu trennen zwischen Informationen vor und nach der Erteilung einer Bankbewilligung. Vor der Bewilligungserteilung lässt sich die EBK Lebensläufe, Referenzen, Strafregisterauszüge und Leumundsberichte der zukünftigen Direktoren und Verwaltungsräte einreichen. Einwände der EBK gegen vorgeschlagene Bankleiter sind eher selten. Nach der Bewilligungserteilung verlangt die EBK anders als ausländische Aufsichtsbehörden keine Unterlagen bei Wechseln im obersten Kader einer Bank³⁹⁰. Die Banken melden Wechsel aber oft, ohne dazu verpflichtet zu sein. Wichtigste Informationsquelle der EBK für die dauernde Überwachung bilden der jährliche Revisionsbericht der Revisionsstelle, spontane oder nachgefragte Auskünfte und Meldungen der Banken und Revisionsstellen, sowie Angaben von Dritten, seien es Private, beispielsweise

³⁸⁶ Raiffeisen- und Darlehenskassen nicht gezählt.

³⁸⁷ Alle Angaben aus dem EBK Jahresbericht 1993.

³⁸⁸ Bank of England, Banking Act report for 1992/93, 36. Zu berücksichtigen sind die um 17% kürzeren britischen Arbeitszeiten.

³⁸⁹ Nicht erwähnt seien hier die mit der Durchsetzung des übrigen Verwaltungsrechtes des Bundes (vgl. vorne Rz. 57 ff.) betrauten Behörden.

³⁹⁰ Eine rechtliche Verpflichtung dazu besteht ausnahms- und merkwürdigerweise für Leiter von Zweigniederlassungen und Vertretungen ausländischer Banken, vgl. Art. 4 und 16 Abs. 2 ABV.

Kunden, Konkurrenten oder Medien oder in- und ausländische Behörden wie Straf-, Rechtshilfe- oder Bank- und Finanzmarktaufsichtsbehörden.

129. Hat das Sekretariat der EBK hinreichende Zweifel an der Gewähr einer Bank oder einzelner Bankorgane für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit, klärt es den rechtserheblichen Sachverhalt in der Regel durch mündliche oder schriftliche Anfragen ab. Erscheint der Erlass einer förmlichen Verfügung nötig oder bloss möglich, erfolgt die Abklärung im Rahmen eines Verwaltungsverfahrens³⁹¹. Die verfahrensmässigen Grenzen sind in der Praxis freilich fliessend, da Verwaltungsverfahren bisher nicht formell eröffnet wurden, was zumindest bei eingreifenden Verfügungen durchaus erwägenswert wäre.

130. In seltenen Fällen führt das Sekretariat der EBK mündliche Befragungen durch, sei es mit einem Wortprotokoll oder einer ausführlichen und zur Stellungnahme vorgelegten Aktennotiz. Dabei werden meist "Gewährsträger", welche im Verfahren Parteistellung besitzen, als Auskunftspersonen³⁹² befragt. Sie sind zwar zur Mitwirkung an der Feststellung des Sachverhaltes und zur Auskunft verpflichtet³⁹³. Ein Parteiverhör ist jedoch nicht möglich³⁹⁴. Eine Auskunftsverweigerung ist nicht strafbar, aber im Rahmen einer freien Beweiswürdigung zu berücksichtigen³⁹⁵. Strafbar ist dagegen eine falsche Auskunft³⁹⁶. Es können auch normale Bankangestellte und Dritte als Zeugen einvernommen werden³⁹⁷. In diesem, noch selteneren Fall besteht unter Vorbehalt eines Zeugnisverweigerungsrechts³⁹⁸ eine Verpflichtung zur Aussage³⁹⁹. Eine Falschaussage ist strafbar⁴⁰⁰. Alle diese Fragen blieben glücklicherweise bisher weitgehend Theorie⁴⁰¹.

³⁹¹ Anwendbar ist das VwVG. Die EBK ist Bundesbehörde im Sinne von Art. 1 Abs. 1 Bst. d VwVG.

³⁹² Art. 12 Bst. a VwVG.

³⁹³ Art. 13 Abs. 1 Bst. c VwVG i.V.m. Art. 23^{bis} Abs. 2 BankG und Art. 33 Abs. 2 EBEHG.

³⁹⁴ Art. 19 VwVG verweist nicht auf Art. 62 ff. BZP.

³⁹⁵ Art. 19 VwVG i.V.m. Art. 40 BZP. Vgl. EBK Bulletin 23 (1993), 9 und BGE vom 3.3.1994 i.S. K (zur Publikation in EBK Bulletin 25 vorgesehen). Beide Fälle betrafen Gesellschaften mit unbewilligter Banktätigkeit.

³⁹⁶ Art. 46 Abs. 1 Bst. i BankG. Keine Strafbarkeit nach EBEHG.

³⁹⁷ Art. 51b BankV. Diese Bestimmung widerspricht, entgegen KLEINER (1993), Kommentar, N. 10 zu Art. 23^{bis} BankG, nicht Art. 14 VwVG. Für das Bundesgericht genügte die administrative Zuordnung der EBK an das EFD, um die Zulässigkeit einer generellen Ermächtigung der EBK zur Zeugeneinvernahme durch das EFD zu bejahen (Entscheid vom 17.9.1971 i.S. Bank Indiana). Das Bundesgericht hielt dies der EBK vor, welche die von der Bank zu ihrer Entlastung angebotenen Zeugen nicht einvernehmen wollte.

³⁹⁸ Art. 42 BZP i.V.m. Art. 19 VwVG.

³⁹⁹ Art. 42 BZP i.V.m. Art. 19 VwVG. Auch Bankangestellte können sich gegenüber der EBK nicht auf das Bankgeheimnis berufen.

⁴⁰⁰ Art. 307 i.V.m. Art. 309 StGB.

⁴⁰¹ Dies könnte sich eventuell unter dem BEHG ändern, wenn die EBK landesintern oder

131. Bietet eine Bank oder ein Bankorgan nach Auffassung der EBK keine Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit, stehen dieser im wesentlichen drei Mittel zur Verfügung⁴⁰². Die strengste Massnahme ist der Bewilligungsentzug, welcher nach Gesetz zwingend die Liquidation der Bank bewirkt⁴⁰³. Dabei hat sie – ungeachtet der etwas missverständlichen Formulierung in der Rechtsprechung des Bundesgerichts⁴⁰⁴ – entsprechend der berechtigten Forderung in der Lehre⁴⁰⁵ den Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten⁴⁰⁶. In weniger schwerwiegenden Fällen verlangt die EBK von der Bank, dass sie ein bestimmtes Bankorgan (vielfach nur für eine gewisse Zeit) seiner Funktionen enthebt. Die betreffende Person kann während dieser Zeit auch bei einer anderen Bank keine ähnlich verantwortliche Stelle einnehmen. Eine Tätigkeit an einer weniger exponierten Position in einer Bank ist dagegen nicht ausgeschlossen, wenn die notwendige Kontrolle sichergestellt ist⁴⁰⁷.

132. Die mildeste förmliche Massnahme bildet schliesslich eine in Verfügungsform gekleidete “Feststellung”, ein bestimmtes Verhalten sei mit der Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit nicht zu vereinbaren gewesen. Es handelt sich im Grunde um eine Missfallensäusserung der Aufsichtsbehörde, welche zuweilen mit dem Androhen strengerer Massnahmen im Wiederholungsfall oder anderen Anordnungen verbunden wird. Solche Missfallensäusserungen gelten nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts als (anfechtbare) Verfügungen⁴⁰⁸. Blosses Missfallen ohne irgendwelche Massnahmen äusserte die EBK vor allem, wenn sie aus dem Gewährserfordernis bestimmte Verhaltenspflichten ableitete und damit gewissermassen Neuland beschritt. Unter derartigen Umständen wären strengere Massnahmen zumindest in einem ersten Fall unverhältnismässig. Gerade in jüngster Zeit kam ein solcher Verzicht auf strengere Massnahmen wiederholt vor⁴⁰⁹.

133. Bewilligungsentzüge wurden im Durchschnitt der letzten 20 Jahre rund einmal pro Jahr angeordnet. In den meisten Fällen lagen jedoch auch und vor allem schwere Mängel in der Organisation und eine akute Gefahr für die Gläubiger vor. Andere Verfügungen zur “Gewähr” und (fast

sogar im Rahmen der Amtshilfe Untersuchungen wegen Insiderdelikten und Kursmanipulationen durchzuführen hätte, vgl. Art. 6 Abs. 2 und 36 EBEHG.

⁴⁰² Vgl. AELLEN (1990), 231 ff.

⁴⁰³ Art. 23^{quinquies} Abs. 2. Anders in bezug auf Banken mit Effektenhändlerstatus Art. 34 Abs. 2 EBEHG, Fassung StR.

⁴⁰⁴ Vgl. EBK Bulletin 22 (1992), 10 (16) und BGE 98 Ib 269 (272).

⁴⁰⁵ ZIMMERLI, ZSR NF 97 (1978), 2. Halbband, 1 (102 f.).

⁴⁰⁶ MÜLLER, ZBJV 115 (1979), 489 (494 ff.), DERSELBE (1987), 76.

⁴⁰⁷ Aus diesem Grunde kann auch nicht von einem generellen Berufsverbot durch die EBK gesprochen werden.

⁴⁰⁸ BGE 103 Ib 350 (353).

⁴⁰⁹ EBK Bulletin 23 (1993), 19, 25, 31; 22 (1992), 27; 20 (1990), 23.

wichtiger) Organisationsfragen gab es in den letzten Jahren etwa 3 pro Jahr. Diese bei immer noch 460 beaufsichtigten Banken geringe Zahl von Verfügungen deutet zusammen mit den erwähnten liberalen Melde- und Prüfungsanforderungen darauf hin, dass die Angst vor einer jede Geschäftstätigkeit abschnürenden staatlichen Aufsicht unbegründet ist.

3. Bundesgericht als Beschwerdeinstanz in Sach- und Haftungsfragen

134. Die EBK ist eine unabhängige Verwaltungsbehörde des Bundes. Ihre Aufsichtsaufgaben sind ihr “zur selbständigen Erledigung” übertragen⁴¹⁰. Der Bundesrat wählt die Mitglieder der Kommission, kann von ihnen als Behörde Auskünfte verlangen und sie, wenn nötig, kritisieren⁴¹¹ oder sie im Notfall sogar des Amtes entheben⁴¹². Er kann der EBK aber keine Weisungen erteilen. Entsprechend unterliegen die Verfügungen der EBK auch nicht der Verwaltungsbeschwerde an eine obere Verwaltungsbehörde. Die einzige Rechtskontrolle erfolgt durch das Bundesgericht im Verfahren der Verwaltungsgerichtsbeschwerde⁴¹³. Daran soll sich auch im Rahmen des Börsengesetzes grundsätzlich nichts ändern⁴¹⁴.

135. Als Beschwerdegrund kann angeführt werden, die EBK habe Bundesrecht verletzt, was Ermessensmissbrauch und -überschreitung einschliesst, oder den Sachverhalt unrichtig oder unvollständig festgestellt⁴¹⁵. In einer langen Reihe von Entscheiden räumte das Bundesgericht mit unwesentlich wechselnden Formulierungen der EBK als Fachbehörde einen “gewissen Beurteilungsspielraum” bei der Auslegung von unbestimmten Begriffen des Gesetzes ein. Ebenso gestand es der EBK bei Vorliegen einer Gesetzesverletzung einen Ermessensspielraum beim Entscheid zu, welche Massnahmen in welchem Zeitpunkt zu treffen sind⁴¹⁶.

136. Diese vom Bundesgericht deklarierte Zurückhaltung bei der Überprüfung von Entscheiden der EBK ist verschiedentlich kritisiert worden⁴¹⁷. Dabei wird übersehen, dass das Bundesgericht sie im Grunde kaum

⁴¹⁰ Art. 23 Abs. 1 BankG.

⁴¹¹ Vgl. ANDRÉ GRISEL, La Commission fédérale des banques sous le regard du juriste, in: 50 Jahre eidgenössische Bankenaufsicht, Zürich 1985, 151 (158 f.).

⁴¹² Was 1965 einmal vorgekommen ist, vgl. BGE 93 I 83 (89).

⁴¹³ Art. 24 BankG.

⁴¹⁴ Art. 37 EBEHG Fassung StR. Ob die zur Beurteilung von Entscheiden über öffentliche Übernahmen vorgesehene Rekurskommission auch bestehen bleibt, falls die von den Räten diskutierte private Übernahmekommission verwirklicht werden sollte, bleibt abzuwarten.

⁴¹⁵ Art. 104 OG.

⁴¹⁶ BGE 116 Ib 193 (197), 116 Ib 73 (78), 115 Ib 55 (58), 108 Ib 196 (200), 108 Ib 270 (275), 108 Ib 513 (521), 105 Ib 406 (408), 103 Ib 350 (354), 98 Ib 269 (272), 99 Ib 512 (513).

⁴¹⁷ Vgl. z.B. KLEINER (1993), Kommentar, N. 6 zu Art. 24 BankG; RHINOW/BAYERDÖRFER (1990), Rz. 47 ff., 234 ff.

in Anspruch nimmt, sondern im Einzelfall die Auslegung und die Massnamen der EBK durchaus überprüft. Noch nie hat das Bundesgericht bisher einen Entscheid der EBK bestätigt, weil es sich selbst zur Beurteilung als zu wenig fachkundig erachtete. Die tatsächliche Prüfung geht tatsächlich weiter, als es die stereotypen Bemerkungen des Gerichts zur Kognition vermuten lassen⁴¹⁸. Wer sich am Ergebnis der Rechtsprechung stösst, sollte sich deshalb nicht über die angeblichen Kognitionsbeschränkungen aufhalten, sondern zum Kern der Entscheide und vor allem zu ihrem Ergebnis vordringen.

137. Als Beschwerdeinstanz hat das Bundesgericht noch in anderer Eigenschaft Gelegenheit, indirekt den Umfang der öffentlich-rechtlichen Sorgfaltspflichten der Banken zu beeinflussen. Der Zusammenhang ist nicht offensichtlich, aber in seiner Tragweite nicht zu unterschätzen. Das Bundesgericht beurteilt Verwaltungsgerichtsbeschwerden gegen Verfügungen des Finanzdepartementes, welche eine zivilrechtliche Verantwortlichkeit des Staates ablehnen⁴¹⁹.

138. Der Grund für die von Verwaltung und Notenbank unabhängige Stellung der EBK war das Bemühen des Bankengesetzgebers von 1934, jede Verantwortung des Bundes für die Geschäftsführung der Banken zu vermeiden⁴²⁰. Bei der Schaffung des Verantwortlichkeitsgesetzes im Jahre 1958 erinnerte man sich offenbar nicht mehr daran. Jedenfalls haftet der Bund nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts gegenüber den Gläubigern einer Bank⁴²¹ für widerrechtliche Handlungen und Unterlassungen der EBK⁴²². Die bisher entschiedenen Fälle führten indes zu keiner Haftung⁴²³.

139. Ein die Haftung des Bundes für die Tätigkeit der EBK bejahender Entscheid könnte diese dazu führen, die Aufsicht über die Banken merklich zu verschärfen, um immer auf der sicheren Seite zu stehen und dadurch eine Verantwortung des Bundes zu vermeiden. Gerade dieser Zusammenhang hat im Ausland bemerkenswerterweise auch die Banken

⁴¹⁸ Ebenso FRANCESCO BERTOSSA, *Der Beurteilungsspielraum*, Diss. BE, Bern 1984, 37 f.

⁴¹⁹ Art. 10 Abs. 1 des Verantwortlichkeitsgesetzes, SR 170.32. Die direkte Verantwortlichkeitsklage an das Bundesgericht wurde durch die OG-Revision von 1992 (AS 1992 288, Anhang Ziff. 1) beschränkt.

⁴²⁰ BÄNZIGER (1986), 93. HERRMANN BODENMANN, *Die Unabhängigkeit der schweizerischen Bankenaufsicht von Regierung und Notenbank*, in: 50 Jahre eidgenössische Bankenkommission, Zürich 1985, 257 (258).

⁴²¹ Nicht gegenüber der Bank selbst, BGE 106 Ib 357 (361 ff.), und, so wäre anzufügen, auch nicht gegenüber deren Aktionären.

⁴²² BGE 106 Ib 357, 116 Ib 193.

⁴²³ Es gab, soweit ersichtlich, vier Klagen. Eine wurde zurückgezogen, drei wurden wegen Verjährung (BGE 106 Ib 357, 108 Ib 97), oder mangels widerrechtlicher Handlung (BGE 116 Ib 193, Entscheid vom 2.2.1990 i.S. P) abgewiesen.

dazu geführt, eine Haftungsfreistellung des Staates für die Aufsichtstätigkeit der von ihm eingesetzten Behörden zu verlangen⁴²⁴. Hier ist ein Mittelweg zu finden. Eine vernünftige Haftungsdrohung hilft gegen allfällige Trägheit und Schlendrian. Ein Überschiessen führt zu unnützem bürokratischem Sicherheitsdenken. Im Ergebnis scheint der heutige Zustand nicht so schlecht zu sein.

4. Straf- und Zivilrichter

140. Angesichts der zentralen Rolle der Banken im Wirtschaftsleben haben sich die für Wirtschaftskriminalität zuständigen Strafverfolgungsbehörden und -richter bereits bisher mit der Sorgfalt der Banken befasst. Waren die Banken Opfer von Vermögensdelikten, ging es vielfach um die Frage der Opfermitverantwortung. Oft behaupten die Angeschuldigten, seien es Kunden oder Angestellte, zu ihrer Entlastung, die Bank habe ihnen die Tat durch ungenügende Überwachung leicht gemacht. Tatbestandsrelevant kann dies beim Arglistnachweis des Betruges⁴²⁵ werden.

141. Mit den neuen Geldwäscherei- und Kapitalmarktstraftatbeständen werden die Strafbehörden noch mehr als bisher mit dem Bankgeschäft in Berührung kommen. Daran ändern gewisse neue Aufgaben der Aufsichtsbehörden⁴²⁶ und Privaten⁴²⁷ nichts. Dabei werden aufsichts- und standesrechtliche Regeln die Praxis höchstwahrscheinlich im erwähnten Sinne⁴²⁸ beeinflussen. Umgekehrt werden private und öffentliche Aufsichtsorgane Entscheide der Strafrichter in ihrer Praxis berücksichtigen.

142. Auf die Ausstrahlungswirkungen öffentlich-rechtlicher und standesrechtlicher Sorgfaltsregeln wurde schon hingewiesen⁴²⁹. Praktisch wichtig sind insbesondere die Verfahren und Entscheide der Arbeitsrichter nach fristlosen Entlassungen von Bankorganen durch die Banken. Die Banken pflegen eine strenge Haltung der Aufsichtsbehörde im betreffenden Fall zu ihren Gunsten beim Richter ins Feld zu führen. Hat sich die EBK

⁴²⁴ Vgl. für das Vereinigte Königreich: Section 1 (4) bzw. 187 des britischen Banking Act 1987 bzw. Financial Services Act 1986, zum ersteren PENN, 19 ff.; für Deutschland: Paragraph 6 Abs. 3 KWG und für das geplante Gesetz über den Wertpapierhandel, wo die Kreditwirtschaft eine Haftungsbefreiung des Staates wünscht, vgl. WOLFGANG SCHARRENBURG, Neue Aufsichtsstrukturen für das Wertpapiergeschäft, Sparkasse 111 (1994), 90 (96).

⁴²⁵ Vgl. vorne Rz. 85.

⁴²⁶ So wird die EBK neu Vorabklärungen bei Verdacht auf strafbare Insidergeschäfte und Kursmanipulationen durchführen müssen, Art. 6 Abs. 2 EBEHG.

⁴²⁷ Der Aufsichtskommission VSB oder der Börsen, vgl. Art. 6 Abs. 2 EBEHG.

⁴²⁸ Vgl. vorne Rz. 84 ff.

⁴²⁹ Vgl. vorne Rz. 82 ff.

hingegen nicht geäußert, so versucht der entlassene Bankdirektor daraus etwas für sich abzuleiten.

143. Die Strafrichter haben bekanntlich nach geltendem Strafrecht die Möglichkeit, bei Berufen, welche von “einer behördlichen Bewilligung” abhängig sind, in Verbindung mit längeren Freiheitsstrafen ein Berufsverbot als Nebenstrafe auszusprechen⁴³⁰. Auch Banken beziehungsweise ihre Angestellten und Organe dürften im Sinne dieser Bestimmung von einer “behördlichen Bewilligung abhängig” sein⁴³¹. Die Vorschrift hat aber, soweit ersichtlich, jedenfalls für Banken keinerlei praktische Bedeutung erlangt. Auch beschränkt sie die Befugnisse der EBK nicht⁴³².

5. Aufsichtskommission über die Sorgfaltspflichtvereinbarung

144. In der Sorgfaltspflichtvereinbarung (VSB) haben die teilnehmenden Banken eine beeindruckende private Sanktions- und Verfahrensordnung geschaffen⁴³³. Aufgrund von Meldungen der Revisionsstellen, Selbstanzeigen der Banken oder Hinweisen von Dritten beginnt ein von der Bankiervereinigung eingesetzter Untersuchungsbeauftragter “von Amtes wegen” den Sachverhalt zu ermitteln. Aufgrund seines Berichtes oder zusätzlicher eigener Abklärungen⁴³⁴ entscheidet eine von der Bankiervereinigung bestimmte Aufsichtskommission über die Einstellung des Verfahrens oder eine Ahndung der Vertragsverletzung. Der Entscheid der Aufsichtskommission ist nicht vollstreckbar. Wird er durch die Bank nicht akzeptiert, muss die Bankiervereinigung die Bank in einem zivilrechtlichen Schiedsgerichtsverfahren einklagen⁴³⁵.

⁴³⁰ Art. 54 StGB. Nach dem Vorentwurf der Expertenkommission von 1993 (EDMZ, U 15306) zur Revision des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches soll diese Bestimmung gestrichen werden. Umgekehrt schlug der Vorentwurf des EJPd vom März 1991 über die Strafbarkeit der kriminellen Organisation, die Einziehung, das Melderecht des Financiers sowie die Verantwortlichkeit des Unternehmens ein Tätigkeitsverbot und die richterlich verfügte Auflösung für Unternehmen vor (Art. 100^{quinquies} VE StGB).

⁴³¹ TRECHSEL (1989), N. 3 zu Art. 54 StGB, nennt die Bank u.a. zusammen mit andern potentiell offenbar gefährlichen Gewerbetreibenden wie Kaminfeuern und Nachtclubbesitzern.

⁴³² So im Verhältnis zu kantonalen Behörden, BGE 71 I 378.

⁴³³ Zu den Sanktionen s. auch vorne Rz. 118 ff. Zum Verfahren WALDER, WuR 39 (1987), 226 ff. und FRIEDLI, WuR 42 (1990), 122 (124 ff.).

⁴³⁴ Zum nicht restlos klaren Verhältnis zwischen Untersuchungsbeauftragtem und Aufsichtskommission WALDER, WuR 39 (1987), 226 (229 f.).

⁴³⁵ Art. 13 VSB. Nach dessen Abs. 1 muss die Bankiervereinigung klagen, was sinnvollerweise auch einschliesst, dass die ersten Klagebegehren (zumindest) eine vollumfängliche Bestätigung des Entscheides der Aufsichtskommission verlangen müssen. Ergeben sich im Verlaufe des Beweisverfahrens vor dem Schiedsgericht neue Gesichtspunkte, wird der Bankiervereinigung aber sogar ein vollständiger Klagerückzug nicht verwehrt sein. Immerhin sorgt auch die Mitteilung der Entscheide an die EBK dafür, dass ein solcher Rückzug nicht leichtfertig erfolgt.

145. Dieser bemerkenswerte (und nebenbei nicht billige) Akt standesrechtlicher Selbstaufopferung erwies sich erst einmal als nötig. Demgegenüber untersuchten die Untersuchungsbeauftragten der VSB seit dem Inkrafttreten der ersten VSB im Jahre 1977 bis Ende 1989 rund 5 angebliche Verletzungen pro Jahr. Dies führte zu jährlich etwas mehr als 3 Verurteilungen durch die Aufsichts- beziehungsweise, vor 1987, Schiedskommission VSB⁴³⁶. Die Tendenz war in den letzten Jahren eher ansteigend. Dabei sprach sie "Konventionalstrafen" in der Höhe zwischen 1 000 und 500 000 Franken aus.

146. Die Verfahrens- und Sanktionsordnung ist, wie gesagt, beeindruckend und funktioniert in der Praxis und zwar wesentlich schneller, als dies beispielsweise der Strafjustiz möglich ist⁴³⁷. Sie bildet neben der im staatlichen Recht nur mit Mühe einzuführenden Bestrafung der juristischen Person⁴³⁸ ein weiteres gewichtiges Argument gegen die Abschaffung der VSB. Eine solche wird hin und wieder angesichts Art. 305^{ter} des Strafgesetzbuches und allfälliger Pflichten aus dem geplanten Geldwäschereigesetz⁴³⁹ erwogen. Eine Abschaffung der VSB wäre trotz der gegen die, als private Veranstaltung zur Wahrung (auch) öffentlicher Interessen konzipierten, VSB geäußerten Bedenken⁴⁴⁰ zu bedauern.

147. Die VSB ist, in dem von ihr abgedeckten relativ engen Rahmen von Sorgfaltspflichten, ein Gegenstück zu einer bloss symbolischen Gesetzgebung. Das Regelwerk der VSB entlastet die EBK und die Strafbehörden jedenfalls wesentlich bei der Durchsetzung der wichtigen und unerlässlichen, aber vielfach Formalien betreffenden Pflichten zur Identifizierung von Kunden. Die fehlende Öffentlichkeit der Verfahren mögen einzelne Presseleute bitter vermissen. Insbesondere im Interesse des Kundenschutzes ist sie indes in manchen Fällen unumgänglich. Es ist darauf hinzuweisen, dass nach der VSB wie nach Art. 305^{ter} des Strafgesetzbuches unsorgfältige Identifizierungen auch zu ahnden sind, wenn sie in jeder Beziehung unverdächtige Kunden betreffen. Immerhin wäre eine, auch zeitlich verzögerte, wörtliche Publikation einzelner Entscheide unter Zusammenfassung des Sachverhaltes zu begrüßen⁴⁴¹. Nur so kann sich die

⁴³⁶ Vgl. die Berichterstattung durch die jeweiligen Sekretäre der VSB: PETER KLAUSER, WuR 32 (1980), 285-298; LORENZ MEYER, WuR 36 (1984), 184-174 und GEORG FRIEDLI, WuR 40 (1990), 163 und WuR 42 (1990), 122-134; SZW 65 (1993), 90-97.

⁴³⁷ Ebenso die Beurteilung durch HIRSCH, ZSR NF 104 (1985), 2. Halbband, 387 (391 f.).

⁴³⁸ Vgl. vorne Rz. 122.

⁴³⁹ Dazu hinten Rz. 247.

⁴⁴⁰ Vgl. beispielsweise NOBEL (1987), Selbstregulierung, 441 (457) oder LUSSE (1988), 236 (247 f.). Der Bundesrat reagierte auf entsprechende Vorstösse im Parlament bisher schwankend, vgl. die Nachweise bei ZULAUF, recht 7 (1989), FN 77 und 78.

⁴⁴¹ Diesem Wunsch entsprechen zumindest die letzten Berichterstattungen in WuR 42 (1990), 122 ff. und SZW 65 (1993), 90 ff. nicht.

Öffentlichkeit von der (nicht bezweifelten) Ernsthaftigkeit der Rechtsprechung der VSB-Entscheidungsorgane überzeugen.

6. Zusammenwirken der Behörden und Informationsaustausch

148. Die dargestellte gegenseitige Abhängigkeit und Beeinflussung zwischen Aufsichts-, Straf-, Zivil- und Standesrecht der Banken wirkt sich zwangsläufig auch auf der Verfahrensebene aus. Dies versuchen insbesondere auch Anwälte der (angeblichen oder wirklichen) Opfer von Sorgfaltpflichtverletzungen durch Banken zu nutzen, indem sie gleichzeitig denselben Sachverhalt der EBK, den Strafbehörden und mitunter sogar der Aufsichtskommission VSB zur Kenntnis bringen. Sie wollen dadurch den Druck auf die betroffene Bank erhöhen und erhoffen sich, jedenfalls in bezug auf die EBK und die Aufsichtskommission VSB meist vergeblich⁴⁴², eine amtliche Sammlung von Beweismitteln für ihre zivilrechtlichen Ansprüche.

149. Bildet der gleiche Sachverhalt gleichzeitig Gegenstand eines Verfahrens durch die EBK, durch (in- oder ausländische) Gerichte und eventuell sogar noch durch die Aufsichtskommission VSB⁴⁴³, stellt sich die Frage der Verfahrenskoordination. Grundsätzlich wird jede Instanz ihr Verfahren unter ihrem besonderen Blickwinkel unabhängig durchführen. Nicht ausgeschlossen ist indessen eine Zusammenarbeit einerseits und ein Zuwarten auf den Abschluss des anderen Verfahrens anderseits.

150. Je gravierender sie einen Sachverhalt mit Blick auf die zukünftige Geschäftstätigkeit der Bank einschätzt, desto eher wird jedenfalls die Aufsichtsbehörde ihrungsverfahren unabhängig von den anderen Verfahren durchführen. Erst recht trifft dies naturgemäss zu, wenn noch andauernde Geschäfte zur Diskussion stehen. Wartet die EBK bei der Beurteilung der Gewähr eines Bankorgans für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit ein rechtskräftiges Straf- oder Zivilurteil ab, so bedeutet dies zuweilen bereits den Verzicht auf eine verwaltungsrechtliche Massnahme, sogar wenn die betreffende Person verurteilt wird⁴⁴⁴. Vielfach

⁴⁴² Vgl. vorne Rz. 44 und für die USB, FRIEDLI/MEYER, WuR 40 (1988), 163 (166).

⁴⁴³ Solche Parallelverfahren kommen nicht selten vor. Als, nehmen wir einmal an, theoretisches Beispiel sei der Bankdirektor erwähnt, der zur Verschleierung und Ertragssicherung eines ausländischen Steuerbetrugs durch einen Kunden ein ganzes Netz von Durchlaufkonti errichtet und dabei den wirtschaftlichen Berechtigten nicht identifiziert, weswegen er von der Bank fristlos entlassen wird. Die EBK wird eine allfällige Mitverantwortung der verbleibenden Organe und die Organisation prüfen, der Rechtshilferichter das Rechtshilfeverfahren durchführen, der Strafrichter wegen Verletzung von Art. 305^{ter} StGB ermitteln, der Zivilrichter die Berechtigung der fristlosen Entlassung prüfen und die Aufsichtskommission eine Verletzung der VSB untersuchen.

⁴⁴⁴ Umgekehrt sind die Rollen vor einer Bewilligungserteilung. Wartet die EBK zur Prüfung der Bankorgane den Ausgang oder auch nur wesentliche Erkenntnisse eines strafrecht-

dauern diese Verfahren länger als die Zeit, für welche die EBK die "Entfernung" des Gewährsträgers von seiner spezifischen Funktion verlangt hätte⁴⁴⁵. Dieses Problem der Verfahrensdauer sollte bedenken, wer die Priorität eines Strafverfahrens postuliert⁴⁴⁶.

151. Verfahrenskoordination bedingt Informationsaustausch. Dieser wird in Zukunft im internationalen Verhältnis zwischen der EBK und ausländischen Bank- und Finanzmarktaufsichtsbehörden gesetzlich geregelt sein⁴⁴⁷. Landesintern dagegen fehlen weitgehend klare Vorschriften zur Amtshilfe zwischen Verwaltungsbehörden untereinander und zwischen diesen und Gerichtsbehörden⁴⁴⁸.

152. Wieweit kantonale Gerichte und Behörden der EBK Amtshilfe leisten können, richtet sich, unter Beachtung des Prinzips der Bundes-treue, nach kantonalem Recht⁴⁴⁹. Die Aufsichtskommission VSB übermittelt ihre Entscheide der EBK, was angesichts der überlappenden Aufgabenbereiche der beiden Instanzen sinnvoll und auch durch das Bankgeheimnis nicht eingeschränkt ist⁴⁵⁰. Die Zukunft wird zeigen, ob und wieweit die Aufsichtskommission Unterlagen den Strafverfolgungsbehörden übermitteln muss, welche sich mit Blick auf Art. 305^{ter} des Strafgesetzbuches für die Verfahren interessieren könnten⁴⁵¹.

153. Die EBK untersteht dem Amtsgeheimnis, welches entgegen der "Käseglockentheorie" auch gegenüber anderen Amtsstellen gilt⁴⁵². Das Amtsgeheimnis kann aber aufgehoben werden, wozu die EBK mangels weisungsbefugter oberer Behörde nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts selbst zuständig ist⁴⁵³. Im gleichen Entscheid erachtete das Bun-

lichen Ermittlungsverfahrens ab, bedeutet dies praktisch eine Verzögerung des Bewilligungsentscheids auf unbestimmte Zeit. Das Problem ist nicht theoretisch, vgl. L'HEBDO vom 7.7.1994: "Berne dit oui, la justice enquête".

⁴⁴⁵ Zur Dauer solcher Massnahmen AELLEN (1990), 240.

⁴⁴⁶ Wie RHINOW/BAYERDÖRFER (1990), Rz. 222. Ohne eigene Stellungnahme KISTLER (1994), 105 f.

⁴⁴⁷ Art. 23^{sexies} BankG (in der Fassung vom 18.3.1994), Art. 36 EBEHG und Art. 62 AFG (Fassung vom 18.3.1993), dazu ZULAUF (1993), internationale Zusammenarbeit, 26 (36 ff.).

⁴⁴⁸ Vgl. immerhin die Anzeigepflichten in Art. 19 Abs. 2 VStrR und, für die EBK, Art. 23^{ter} Abs. 4 BankG und Art. 33 Abs. 6 EBEHG. Zur Amtshilfe allgemein: JÜRGEN WALTER SIMON, Amtshilfe, Allgemeine Verpflichtungen, Schranken und Grundsätze, Diss. BE, Chur/Zürich 1991.

⁴⁴⁹ SIMON (FN 448), 140 f.

⁴⁵⁰ Die Banken können Auskunftsbegehren der EBK das Bankgeheimnis nicht entgegenhalten, Art. 23^{bis} Abs. 2 BankG.

⁴⁵¹ Ihr Interesse wird nicht nur wegen Arbeitsüberlastung sondern auch deswegen eingeschränkt sein, weil die EBK aufgrund ihrer Anzeigepflicht Strafanzeige erstatten muss.

⁴⁵² SIMON (FN 448), 85 f.

⁴⁵³ BGE vom 27.7.1982 i.S. Untersuchungsrichteramt X c. EBK (teilweise publiziert bei NOBEL (1984), 82 f.

desgericht im Rahmen einer Interessenabwägung in concreto das Interesse eines Untersuchungsrichters an einer Aktenedition als höher, als dasjenige der EBK an der Wahrung ihres Amtsgeheimnisses.

154. Im übrigen dürfte die neue Regelung der Amtshilfe im internationalen Verhältnis⁴⁵⁴ landesintern zumindest für das Verfahren eine Klärung bringen. Bisher war nicht restlos klar, ob ein Entschluss der EBK, Amtshilfe zu leisten, eine anfechtbare Verfügung im Sinne des Verwaltungsverfahrensgesetzes darstellt⁴⁵⁵. Das neue Gesetz unterstellt zum Schutz der Bankkunden vor der angeblichen Neugierde ausländischer Behörden (nur) kundenbezogene Auskünfte dem Verwaltungsverfahrensgesetz. Dies im Gesetz ausdrücklich zu tun, war nötig, weil sonst das Verwaltungsverfahrensgesetz eben nicht anwendbar gewesen wäre⁴⁵⁶.

155. Abgesehen von diesem gesetzlich geregelten Sonderfall kundenbezogener Auskünfte ins Ausland und vollumfänglich im landesinternen Verhältnis bilden Entscheide der EBK (und anderer Behörden), Amtshilfe zu leisten, somit keine anfechtbare Verfügung im Sinne des Verwaltungsverfahrensgesetzes. Es werden damit keine Rechtsfolgen verbindlich festgelegt. Das Gleiche gilt im übrigen, was unbestritten ist⁴⁵⁷, auch für den viel einschneidenderen Entscheid einer Behörde, eine Strafanzeige zu erstatten. Daran ändert in beiden Fällen ein allenfalls bestehendes Rechtsschutzinteresse nichts⁴⁵⁸.

156. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem neuen Datenschutzgesetz⁴⁵⁹, welches das Verwaltungsverfahren nur zur Geltendmachung dreier im Gesetz genannter Unterlassungs-, Beseitigungs- oder Feststellungsansprüche durch Private vorsieht⁴⁶⁰, nicht aber für die Weitergabe von Personendaten an sich⁴⁶¹.

157. In seiner Dissertation erachtet SIMON eine Amtshilfe und insbesondere eine "Informationshilfe" der Behörden unter Berücksichtigung des

⁴⁵⁴ Art. 23^{sexies} BankG (Fassung vom 18.3.1994).

⁴⁵⁵ Vgl. den widersprüchlichen Entscheid zweier Kammern des Bundesgerichts in der gleichen Streitsache; BGE 102 IV 217 (223 f.) und 103 Ib 253 (255 f.). Entgegen dem letztgenannten Entscheid bejahte die gleiche Kammer des Bundesgerichts im Entscheid vom 27.7.1982 (vgl. FN 453) wiederum (stillschweigend) den Verfügungscharakter.

⁴⁵⁶ Ebenso und in Bestätigung von BGE 103 Ib 253 FRITZ GYGI, über die anfechtbare Verfügung, in: Berner Festgabe zum schweizerischen Juristentag 1979, Bern 1979, 517 (526 f.). Ebenso wohl ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, Zürich 1993, Rz. 223.

⁴⁵⁷ GYGI (FN 456), 517 (525) ebenso DERSELBE, Bundesverwaltungsrechtspflege, Bern 1983, 137, m.H. auf die Praxis; ebenso GRISEL (1984), 2. Bd., 863.

⁴⁵⁸ GYGI (FN 456), 516 (521).

⁴⁵⁹ Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG) vom 19.6.1992, SR 235.1.

⁴⁶⁰ Art. 25 DSG.

⁴⁶¹ Vgl. Art. 19 DSG.

Datenschutzgesetzes als zulässig, wenn sie zur Erfüllung der gesetzlichen Aufgabe der hilfestellenden Behörde erforderlich ist. Diese Behörde dürfe die Informationen nicht zu einem über den ursprünglichen hinausgehenden oder mit diesem unvereinbaren Zweck verwenden. Die Amtshilfe dürfe zudem nicht durch eine besondere gesetzliche Schweigepflicht ausgeschlossen sein und nur auf Ersuchen und nur im Einzelfall erfolgen⁴⁶². Diese Kriterien können hier nicht erörtert werden. Die Praxis der EBK dürfte ihnen jedoch gerecht werden.

VIII. Sorgfalt und internationale Geschäftstätigkeit

1. Internationale Zuständigkeit und konsolidierte Überwachung

158. Es geht im folgenden nicht um die Frage, ob und wie weit die Banken bei ihrer Tätigkeit in der Schweiz und von der Schweiz aus sich an ausländische Rechtsordnungen halten müssen und auch keine aktive Beihilfe zur Verletzung ausländischer Rechtsordnungen durch ihre Kunden leisten dürfen⁴⁶³. Gegenstand der folgenden Überlegungen ist vielmehr, wie weit in der Schweiz inkorporierte Banken beim Betrieb ausländischer Niederlassungen oder Tochtergesellschaften schweizerische Sorgfaltsregeln beachten müssen. Die umgekehrte Frage stellt sich für schweizerische Zweigniederlassungen und Tochtergesellschaften von Banken mit Sitz im Ausland. Diese Fragen führen zum schwierigen Problem, wie weit die internationale Zuständigkeit eines Staates bei der Durchsetzung seines Wirtschaftsrechts reicht. Das Völkerrecht hat hier offenbar noch wenig zu bieten⁴⁶⁴. Immerhin sollen entgegenstehende fremdstaatliche Interessen im Sinne eines “völkerrechtlich gebotenen Abwägungsminimums”⁴⁶⁵ berücksichtigt werden.

159. Die Zuständigkeitsfrage ist jedoch im Bereich der Aufsicht über die Banken und, in geringerem Masse, über die Effektenhändler weniger brisant. Zum einen sind die Regeln in den einzelnen Ländern relativ ähnlich, und gehen von gleichen oder ähnlichen Grundwerten und Zielsetzungen aus. Zum andern bestehen verschiedene internationale teils zwingende, teils rechtlich, aber nicht tatsächlich unverbindliche Absprachen über die internationale Aufsicht und die Zusammenarbeit der Behörden. Dadurch sind Jurisdiktionskonflikte selten. So bestehen zwischen Aufsichtsbehörden kaum je positive, sondern höchstens negative Kompetenzkonflikte. Die Diskussionen entzündeten sich vielmehr an Fragen der

⁴⁶² SIMON (FN 448), 143 f.

⁴⁶³ Dazu vorne Rz. 62 ff. und hinten Rz. 305 ff.

⁴⁶⁴ BÄR (1988), extraterritoriale Wirkung, 3 (10 ff.), SCHNYDER (1990), Rz. 145 ff.

⁴⁶⁵ BÄR (1988), extraterritoriale Wirkung, 3 (13); ähnlich SCHNYDER (1990), Rz. 154 ff.

Wettbewerbsgleichheit in verschiedenen Staaten oder zwischen verschiedenen geregelten Institutionen mit gleicher Geschäftstätigkeit.

160. Das sogenannte “Basler Konkordat”⁴⁶⁶ regelt die Grundsätze der konsolidierten Beaufsichtigung international tätiger Banken. Es schlägt vor, wie die Verantwortlichkeiten zwischen Herkunfts- und Gastaufsichtsbehörden konkret zu verteilen sind. Konkret angesprochen werden aber nur die Prüfung der Solvenz, der Liquidität und der Devisenpositionen. Zur Prüfung der “Gewähr” von Geschäftsleitung und Hauptaktionären äussert sich das Konkordat grundsätzlich nicht. Immerhin dürfte der im Basler Konkordat postulierte Informationsaustausch⁴⁶⁷ auch diese Bereiche betreffen.

161. Weiter als die Regeln des Basler Konkordates geht das Aufsichtsrecht der EG. Es sieht im Bankenbereich bei Zweigniederlassungen von EG-Banken in einem anderen Mitgliedstaat eine (fast) vollständige Kontrolle durch die Herkunftsbehörde vor⁴⁶⁸. Nicht restlos klar ist festgelegt, welches Land zuständig ist, allfällige Regeln über Verhalten und Sorgfalt der Banken zu erlassen und, was nicht zwingend damit verbunden sein muss, durchzusetzen. Die Herkunftslandbehörde hat jedenfalls “ordnungsgemässe Verwaltung und Buchhaltung sowie angemessene interne Kontrollverfahren” einer Bank sicherzustellen⁴⁶⁹. Dies dürfte auch eine generelle Aufsicht über die leitenden Organe der Zweigniederlassung umfassen. Wieweit die Praxis eines jeden EG-Mitgliedstaates dem entspricht, mag offenbleiben. Vorbehalt bleibt die Zuständigkeit der Aufnahmeländer zur Durchsetzung von gesetzlichen Bestimmungen, welche im “Allgemeininteresse” erlassen wurden⁴⁷⁰.

162. Etwas eingehender geregelt sind die Zuständigkeiten der verschiedenen Staaten und Aufsichtsbehörden für “Wertpapierfirmen”⁴⁷¹ im Rahmen der EG-Richtlinie über die Wertpapierdienstleistungen (WDR)⁴⁷². Für den Erlass und die Überwachung anderer Aufsichtsregeln, wozu auch die Regelung von Eigengeschäften der Angestellten gehört, ist in erster

⁴⁶⁶ “Grundsätze für die Beaufsichtigung der ausländischen Niederlassungen von Banken” von 1983, ergänzt 1990 (abgedruckt z.B. bei NADIG, 1991, 240) und 1992 (vgl. EBK Bulletin 23, 1993, 44), vgl. ZULAUF (1993), internationale Zusammenarbeit, 26 (40 ff.).

⁴⁶⁷ Vgl. Ergänzung des Konkordats von 1990, bei NADIG (1991), 249 ff. oder EBK Bulletin 22 (1992, 56 ff.).

⁴⁶⁸ Art. 13 BKR.

⁴⁶⁹ Art. 13 Abs. 2 BKR.

⁴⁷⁰ Art. 21 Abs. 5 BKR.

⁴⁷¹ Dazu gehören auch Banken oder in der EUG-Terminologie Kreditinstitute, wenn sie Wertpapierdienstleistungen erbringen. Allerdings gelten für nur die in Art. 2 Abs. 1 WDR genannten Bestimmungen.

⁴⁷² Eine Übersicht über die Richtlinie gibt WATTER, AJP 3/94, 294 ff.

Linie der Herkunftsstaat zuständig⁴⁷³. Auch hier besteht ein Vorbehalt zur Durchsetzung von gesetzlichen Bestimmungen, welche vom Aufnahme-land aus “Gründen des Gemeinwohls” erlassen wurden⁴⁷⁴. Etwas anderes sieht die Richtlinie für die Verhaltensregeln vor. Für ihre Regulierung und Überwachung sind nach wie vor die Aufnahmestaaten zuständig⁴⁷⁵. Dies ist keineswegs selbstverständlich, denn auch für ein Anknüpfen an die Regeln des “Herkunftsmarktes” liessen sich gute Gründe finden.

163. Bei der Geldwäschereibekämpfung ist für die EG dagegen wohl von einer Regelungs- und Überwachungszuständigkeit der Behörden des Aufnahmelandes auszugehen. Jedenfalls haben die Banken Indizien, welche auf Geldwäscherei hindeuten, den Behörden jenes Staates zu melden, in dessen Hoheitsgebiet sie tätig sind⁴⁷⁶. Es ist anzunehmen, dass sie dabei auch die Vorschriften des Aufnahmestaates zu beachten haben. Diese sollten aufgrund der Harmonisierung durch die EG-Geldwäscherichtlinie zwar ähnlich sein. Im einzelnen können sich aber durchaus Unterschiede von gewisser Bedeutung ergeben⁴⁷⁷.

164. Nach Empfehlungen der “Financial Action Task Force on Money Laundering” sollen die Banken und Finanzinstitute dafür sorgen, dass die Sorgfaltsregeln zur Verhinderung von Geldwäscherei wenigstens im Grundsatz auch durch ihre ausländischen Zweigniederlassungen und Tochtergesellschaften beachtet werden⁴⁷⁸. Stehen lokale Vorschriften dem entgegen, sollen die Banken und Finanzinstitute die zuständigen Behörden ihres Herkunftslandes informieren. In der Schweiz ist diese Empfehlung bisher nur für Banken in den Geldwäschereirichtlinien der EBK umgesetzt worden⁴⁷⁹. Im Ausland erfolgten ähnliche Regelungen auf Gesetzesstufe⁴⁸⁰. Dabei wird aber meist davor zurückgeschreckt, im Ausland tätige Bankleiter und -angestellte direkt in Pflicht zu nehmen. Die Regelungen halten sich stattdessen an die Leitung der Bank im Inland, welche für die Einhaltung der Vorschriften durch die Auslandsorganisation zu sorgen hat⁴⁸¹.

⁴⁷³ Vgl. Art. 10 und 19 Abs. 4 und 5 WDR.

⁴⁷⁴ Art. 19 Abs. 6 WDR.

⁴⁷⁵ Art. 11 Abs. 1 und 2 WDR. Zu den Verhaltensregeln nach dem schweizerischen EBEHG vgl. vorne Rz. 34 ff.

⁴⁷⁶ Art. 6 Abs. 2 GWR.

⁴⁷⁷ So überlässt es Art. 1 GWR den Mitgliedstaaten, die Vortat der Geldwäscherei über Drogendelikte hinaus auszudehnen, was zum Beispiel Deutschland in Paragraph 261 des deutschen Strafgesetzbuches gemacht hat. Unterschiede ergeben sich beispielsweise auch bezüglich der Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten (vgl. hinten Rz. 264).

⁴⁷⁸ Empfehlung 22, vgl. EBK Bulletin 20 (1990), 92.

⁴⁷⁹ EBK Rundschreiben 91/3, Rz. 4. Auch der VE GwG enthält keine solchen Pflichten für Nichtbanken.

⁴⁸⁰ So in Deutschland Paragraph 15 des Geldwäschegesetzes vom 25.10.1993.

⁴⁸¹ So die in FN 479 und 480 genannten Vorschriften in der Schweiz und in Deutschland.

2. *Schweizer Banken im Ausland*

165. Die schweizerische Bankenaufsicht überwacht ausländische Zweigniederlassungen und Tochtergesellschaften von Banken mit Sitz in der Schweiz auf konsolidierter Basis. Betroffen sind vor allem die Einhaltung von Eigenmittel- und Klumpenrisikovorschriften. Daneben umfasst die Aufsicht aber auch Organisationsanforderungen und die Gewähr der leitenden Personen für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit⁴⁸². Auch hier ist auf die systembedingten Grenzen hinzuweisen. Die Prüflast liegt praktisch ausschliesslich bei den bankengesetzlichen Revisionsstellen. Es besteht kaum eine Praxis der EBK als Aufsichtsbehörde.

166. Die EBK kann zur Durchsetzung ihrer Aufsicht vom schweizerischen Hauptsitz oder Mutterhaus Auskünfte über deren Tätigkeit im Ausland verlangen⁴⁸³, oder auch besondere Revisionen der Auslandstätigkeit durch Revisionsstellen veranlassen⁴⁸⁴. Stehen diesen ausländische Geheimhaltungsvorschriften entgegen, wird die EBK letztlich, falls sich wirklich keine andere Lösung findet, die Aufhebung der betreffenden Geschäftsstelle verlangen müssen. Die Ergänzung des Basler Konkordates von 1992 empfiehlt den Behörden des Gast- und Herkunftslandes, der Errichtung einer Zweigniederlassung oder Tochtergesellschaft nur zuzustimmen, wenn der Informationszugang der Herkunftsbehörde sichergestellt ist⁴⁸⁵. Das neue Bankengesetz unterstellt die Auslandsexpansion einer Bank zwar nicht einer Bewilligungs-, sondern nur einer Meldepflicht⁴⁸⁶. Der praktische Unterschied ist aber gering, da die Aufsichtsbehörden des Aufnahmelandes in der Regel eine Zustimmung der EBK verlangen, ebenso wie umgekehrt die EBK auch⁴⁸⁷. Dies entspricht dem heutigen internationalen Aufsichtsstandard⁴⁸⁸.

3. *Ausländische Banken in der Schweiz und Probleme des Bankgeheimnisses*

167. Schweizerische Zweigniederlassungen sind untrennbarer Teil der ausländischen Bank, schweizerische Tochtergesellschaften immerhin Teil

⁴⁸² EBK Rundschreiben 93/3 (Revisionsbericht: Form und Inhalt); MÜLLER (1987), 110 f.; AELLEN (1990), 102 f.; NADIG (1991), 207.

⁴⁸³ Vgl. BGE 108 Ib 513 (519).

⁴⁸⁴ EBK Jahresbericht 1990, 36.

⁴⁸⁵ Vgl. EBK Bulletin 23 (1993), 44 (49 f.).

⁴⁸⁶ Art. 3 Abs. 7 BankG (in der Fassung vom 18.3.1994).

⁴⁸⁷ Vgl. Art. 3 Abs. 2 Bst. c ABV für Zweigniederlassungen. Die gleiche Praxis besteht für Tochtergesellschaften (vgl. EBK Bulletin 21, 1991, 34), was im Rahmen der geplanten Änderung des BankG im Rahmen des GATS-Vertrages (vgl. vorne Rz. 13) im Gesetz ausgedrückt werden soll.

⁴⁸⁸ Vgl. die Ergänzung des Basler Konkordates von 1992, EBK Bulletin 23 (1993), 44 (48 f.).

des ausländischen Bankkonzerns. Die Aufsichtspraxis der EBK trägt der daraus folgenden Verantwortung der ausländischen Bank und der Herkunftsbehörden in vielfältiger Weise Rechnung⁴⁸⁹. Sowohl Zweigniederlassungen als auch Tochtergesellschaften ausländischer Banken unterstehen jedoch den schweizerischen Sorgfaltsregeln. Insbesondere haben sie auch Geschäfte, welche sie vom Hauptsitz oder der Muttergesellschaft zugewiesen erhalten, sorgfältig, selbständig und nach den gleichen Regeln zu prüfen, wie Geschäfte, zu denen sie auf andere Weise gelangt sind⁴⁹⁰.

168. Es fragt sich, wieweit Auslandsbanken in der Schweiz zusätzlich zu den schweizerischen Sorgfaltsregeln auch noch ausländische zu beachten haben. Dies hängt einmal davon ab, ob ausländisches Aufsichtsrecht dies verlangt, was hier nicht geprüft werden kann. Wenn ja, enthält die schweizerische Rechtsordnung keine Vorschriften, welche einer solchen Beachtung grundsätzlich entgegenstehen. Hingegen beschränkt das schweizerische Recht unter Umständen die Durchsetzungsmöglichkeiten der ausländischen Behörden.

169. So bestehen Beschränkungen im Informationsfluss. Solange es sich nicht um Angaben über einzeln identifizierbare Kunden handelt, darf jede schweizerische Bank aus rechtlicher Sicht gegenüber jedermann grundsätzlich⁴⁹¹ alles offenlegen. Sie muss dies nicht tun, aber es liegt in ihrem Ermessen⁴⁹². Hingegen verbietet das Bankgeheimnis grundsätzlich, Dritten Angaben über Kunden zu machen, sofern und solange diese einen Geheimhaltungswillen haben, was zu vermuten ist⁴⁹³. Wieweit das Bankgeheimnis dem Informationsfluss von der Zweigniederlassung oder der Tochtergesellschaft in der Schweiz an den ausländischen Hauptsitz beziehungsweise die ausländische Muttergesellschaft und von diesen an die Aufsichtsbehörde entgegensteht, ist bis heute nicht restlos klar, aber klarer als früher. Nach (umstrittener) Ansicht der EBK dürfen die ausländischen Hauptsitze von schweizerischen Zweigniederlassungen uneingeschränkt

⁴⁸⁹ Vgl. z.B. EBK Rundschreiben 88/1 (Risikoverteilung Auslandsbanken); EBK Jahresbericht 1990, 29 f. und 33 f.

⁴⁹⁰ EBK Bulletin 16 (1986), 30 (36 f.); EBK Jahresbericht 1992, 42 ff.

⁴⁹¹ Art. 273 StGB könnte diese Aussage nur dann einschränken, wenn ein gesamtschweizerisches Geheimhaltungsinteresse vorläge, was in diesem Zusammenhang kaum je der Fall sein dürfte (so die im EBK Jahresbericht 1984, 32, geäußerte und von der Bundesanwaltschaft bestätigte Auffassung).

⁴⁹² Vgl. EBK Jahresbericht 1984, 32. Die Angaben unterliegen zwar möglicherweise einem (auch strafrechtlich durch Art. 162 StGB) geschützten Geschäftsgeheimnis, über dessen Aufhebung die Bank selbst völlig frei entscheiden kann.

⁴⁹³ Vgl. die Zusammenfassung der Rechtslage bei URS ZULAUF, Bankgeheimnis und historische Forschung, Rechtlicher Rahmen des Zugangs von Historikern zu Bankarchiven, ZSR 113 (1994), I. Halbband, 105 ff.

informiert werden⁴⁹⁴. Bei Tochtergesellschaften war die Zulässigkeit des konzerninternen Informationsflusses zu Kontrollzwecken bisher nicht völlig gesichert⁴⁹⁵. Die Revision des Bankengesetzes vom März 1994 bringt nun eine Klarstellung⁴⁹⁶.

170. Beschränkungen bestehen auch bezüglich direkter Kontrollen, welche verschiedene Aufsichtsbehörden auch bei ausländischen Zweigniederlassungen und teilweise sogar Tochtergesellschaften der von ihnen überwachten Banken vornehmen⁴⁹⁷. Solche Kontrollen durch ausländische Beamte⁴⁹⁸ in der Schweiz sind als hoheitliche Handlungen für einen fremden Staat grundsätzlich nicht zulässig. Die einzig anwendbare Gesetzesbestimmung des Strafgesetzbuches⁴⁹⁹ erlaubt aber ein Handeln mit Zustimmung der schweizerischen Behörden. Zuständig für die Zustimmung ist aufgrund seiner verfassungsrechtlichen Kompetenzen in der Aussenpolitik der Bundesrat, welcher diese Befugnis 1971 in einer Verordnung an die Departemente weiterdelegierte⁵⁰⁰.

171. Diese Kompetenz im Einzelfall sollte nach dem Vorschlag des Bundesrates zur Amtshilfebestimmung im Rahmen der Swisslex-Revision im Sachzusammenhang wiederholt und an die EBK delegiert werden⁵⁰¹. Das Parlament lehnte diesen Vorschlag jedoch ab, was in rechtlicher Hinsicht nichts an der gegebenen Kompetenzordnung zu Art. 271 StGB zu ändern vermag. Die Haltung des Parlaments ist aber bei allfälligen ausländischen Begehren um direkte Kontrollen als politische Willensäußerung beachtlich. Eine rechtlich bindende Auslegung von Art. 271 StGB liegt aber nicht vor. Darüber verbindlich zu entscheiden, wäre einzig Sache des Strafrichters.

⁴⁹⁴ EBK Jahresbericht 1978, 16 f., AUBERT/CRONSON, CLYIB 14 (1992), 206 (212 f.), halten diese Auffassung (ohne Begründung) für fragwürdig.

⁴⁹⁵ Vgl. ZULAUF (1993), internationale Zusammenarbeit, 26 (49); AUBERT/CRONSON, CLYIB 14 (1992), 206 (210 f.).

⁴⁹⁶ Art. 4^{quinquies} BankG (Fassung vom 18.3.1994).

⁴⁹⁷ Art. 15 Abs. 1 2 BKR und Art. 24 Abs. 1 WDR verlangen die Zulässigkeit von Vor-Ort-Kontrollen durch die Herkunftslandbehörden.

⁴⁹⁸ Keine hoheitliche Funktion im Sinne des Strafgesetzbuches üben interne Inspektorate und private Revisoren aus, auch wenn ihnen die gleiche Stellung als "verlängerter Arm der Bankenaufsicht", vgl. vorne Rz. 123 ff., zukommen sollte wie den schweizerischen Revisionsstellen.

⁴⁹⁹ Art. 271 StGB.

⁵⁰⁰ Bundesratsbeschluss vom 7.7.1971 über die Ermächtigung der Departemente und der Bundeskanzlei zum selbständigen Entscheid über Bewilligungen nach Artikel 271 Ziffer 1 des Schweizerischen Strafgesetzbuches, SR 172.012.

⁵⁰¹ Art. 23^{sexies} Abs. 4 BankG nach dem Entwurf des Bundesrates, vgl. BBl 1992 V 713, 1993 I 879.

2. Teil: Sorgfalt und Gläubigerschutz

172. Wie vorne dargelegt¹, soll die Bankenaufsicht zum einen die Bankgläubiger schützen (“Gläubigerschutz”) und dadurch zur Stabilität des Bankensystems beitragen (“Funktionsschutz”) sowie andererseits das Vertrauen des Publikums in ein korrektes Bankensystem bewahren (“Vertrauens- oder Rufschutz”). Als erstes seien einige aufsichtsrechtliche Mittel dargestellt, welche in erster Linie die finanzielle Solidität der Bank erhalten, dadurch ihre Gläubiger schützen und zu einem stabilen Bankensystem beitragen sollen.

IX. Allgemeine Anforderungen an Bankorgane

1. Fachtechnische Anforderungen

173. Die Praxis zum Bankengesetz verlangt von den Organen der Banken² als erstes eine fachlich einwandfreie Geschäftstätigkeit³. Ausdrücklich sieht dies das geplante Börsengesetz vor. Danach müssen Effektenhändler und ihre “verantwortlichen Mitarbeiter” “die erforderlichen Fachkenntnisse” besitzen⁴. Immerhin ist auch dieser Ausdruck zu eng. Zum fachlichen Rüstzeug gehören nicht nur Kenntnisse und fachliches Geschick, sondern auch gesundes Urteilsvermögen, Vorsicht und Entschlossenheit, wenn es darauf ankommt. Die Beurteilung solcher Eigenschaften ist naturgemäss schwierig. Die Aufsichtsbehörde wird entsprechend vorsichtig ans Werk gehen. Sie muss sich immer bewusst sein, dass es nicht ihre Aufgabe ist, die Geschäfte einer beaufsichtigten Bank zu führen (und zu verantworten). Wenn nötig hat sie aber trotzdem ohne zu zaudern und energisch einzugreifen.

174. Anders als für die leitenden Revisoren der bankengesetzlichen Revisionsstellen⁵ hat die EBK bisher keinerlei Richtlinien über die Ausbildung und Berufserfahrung erlassen, welche Bankorgane aufweisen müssen. Ein solches Unterfangen wäre auch wenig erfolgversprechend⁶. Zu unterschiedlich sind die Anforderungen für die einzelnen Banken und Funktionen, zu uneinheitlich die Ausbildungsgänge für Bankiers. Ein

¹ Vgl. vorne Rz. 19 ff.

² Verstanden hier im Sinne von “Gewährsträgern”, vgl. vorne Rz. 93 ff.

³ KLEINER (1993), Kommentar, N. 32 f. zu Art. 3-3^{ter} BankG.

⁴ Art. 10 Abs. 2 Bst. c EBEHG.

⁵ Dazu EBK Jahresbericht 1987, 38 ff.

⁶ Bemerkenswert kurz auch die entsprechenden Passagen bei RHINOW/BAYERDÖRFER (1990), Rz. 61 ff., 144 ff.

gutes theoretisches Rüstzeug ist wichtig⁷. Diplome können aber Berufserfahrung nicht ersetzen. Für die geschäftsführenden Direktoren ist neben der guten Ausbildung eine langjährige Führungserfahrung im Bankgeschäft jedenfalls Voraussetzung. Spezialisiert sich die Bank auf bestimmte Bankgeschäfte, muss eine spezifische Berufserfahrung vorliegen.

175. Abstrakt eine ausreichende Fachkompetenz zu fordern ist leicht, die praktische Umsetzung dagegen schwer. Die Möglichkeiten der Aufsichtsbehörde sind hier wie anderswo begrenzt. So besteht gerade heute in innovationsträchtigen Geschäftsgebieten die Gefahr, dass die Kontrollkompetenz in Geschäftsleitung und Verwaltungsrat gegenüber der drängenden Front in Rückstand gerät. Über jedes von einer Bank betriebene Geschäft sollte mindestens ein Mitglied der Geschäftsleitung profunde und nicht nur generalistische Kenntnis besitzen⁸. Nur wer ein Geschäft und seine Risiken wirklich kennt, kann wirkungsvoll kontrollieren und die richtigen Fragen stellen.

176. Verschieden liegen die Dinge für die Verwaltungsräte, bei deren Besetzung bekanntlich auch andere Kriterien massgebend sind⁹. In seiner Gesamtheit sollte der Verwaltungsrat aber über ein ausgewogenes, auf die konkrete Bank zugeschnittenes wirtschaftliches Verständnis seiner Mitglieder verfügen¹⁰. Gerade jüngste Erfahrungen haben gezeigt, wie unerlässlich auch in einem Verwaltungsrat zumindest einzelne besondere Bankfachleute sind. Die Umsetzung dieser Idealvorstellung bereitet aber manchen Banken Mühe.

177. Wie erwähnt prüft die EBK bisher die Erfahrung und den Hintergrund der einzelnen Bankorgane konkret grundsätzlich¹¹ nur vor einer Bewilligungserteilung. Nachträgliche Wechsel einzelner Bankorgane müssen ihr nur einmal jährlich durch die Revisionsstellen im Revisionsbericht gemeldet werden¹². Die Lebensläufe der neuen Personen werden der EBK nur aufgrund (seltener) Anfragen bekannt. Nach dem revidierten

⁷ Es ist offenbar in schweizerischen Verwaltungsräten auch vorhanden. In den von GLAUS (1991), 107 ff., untersuchten Unternehmen waren 86% Akademiker, 34% Doktoren und 11% Professoren; 40% Juristen (Tendenz abnehmend), 28% Wirtschaftswissenschaftler (Tendenz zunehmend) und 23% Techniker. Durchschnittsalter knapp unter 60 Jahre. Frauenanteil 2%.

⁸ BRUNO GEHRIG, Ansprüche an das Management Development aus der Sicht der Bankenaufsichtsbehörde (unveröffentlichtes Manuskript eines am 2.3.1993 in Zürich gehaltenen Vortrags), 15.

⁹ Vgl. GLAUS (1991), 113 f. und NIKOLAUS SENN, Effizienz ist keine Frage der Grösse, NZZ Nr. 90 vom 19.4.1994.

¹⁰ KLEINER (1993), Kommentar, N. 33 zu Art. 3-3^{ter} BankG.

¹¹ So kann die vollständige Übernahme einer bestehenden Bank durch neue Aktionäre je nach den Umständen des Einzelfalles wie eine Neugründung behandelt werden.

¹² EBK Rundschreiben 93/3 (Revisionsbericht: Form und Inhalt), Rz. 9.

Bankengesetz wird etwas anderes fortan für “qualifizierte” Aktionäre gelten. Sie und die betroffene Bank müssen den Aktienerwerb unverzüglich melden¹³. Welche Angaben mit dieser Meldung zu machen sind und welche Prüfungen sie auslöst, bleibt abzuwarten.

178. Bekommt die EBK aufgrund eines besonderen Vorfalles im Verlaufe der Geschäftstätigkeit einer Bank Zweifel an den fachlichen Qualitäten eines Bankorgans, klärt sie die Sache ab und trifft wenn nötig eine der dargestellten Massnahmen¹⁴. Solche Verfügungen, welche in erster Linie die fachliche Fähigkeit oder Unfähigkeit eines Bankorgans zum Gegenstand hatten, waren aber bisher relativ selten¹⁵. Meist waren die fachlichen Mängel mit Regelverstössen verbunden, wie überhaupt das eine vom andern nicht zu trennen ist. So zeigen sich fachliches Können und das Format einer Bankführung insbesondere in Krisensituationen von existentieller Bedeutung für die Bank, welche nicht oder nicht ausschliesslich selbst verschuldet zu sein brauchen. Erweisen sich ein Verwaltungsrat und eine Geschäftsführung in einer solchen Lage als handlungsunfähig, so wird vielfach die Aufsichtsbehörde zum Handeln gezwungen sein.

2. Charakterliche Anforderungen

179. Bankorgane müssen nicht nur fachlich fähig sein, sondern sich auch im Geschäftsverkehr korrekt verhalten. Diese charakterlichen Anforderungen sind in der Schweiz in den bankengesetzlichen Ausdrücken “guter Ruf” und “Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit”¹⁶ enthalten, im Ausland finden sich andere Formulierungen, welche aber den gleichen Gedanken enthalten. So müssen die Bankiers der EUG die “notwendige Zuverlässigkeit” beweisen¹⁷, die Leiter der Wertpapierfirmen immerhin “gut beleumdet” sein¹⁸. Aufgrund der einzelstaatlichen Vorschrift gleich doppelt “zuverlässig” sind somit die Geschäftsleiter der deutschen Kreditinstitute¹⁹. Der britische Banker hat sich als “fit and proper person” zu erweisen, im Einlagen- und Kreditgeschäft²⁰ ebenso wie im “investment business”²¹. In anderen Staaten finden sich ähnliche Formulierungen, welche im Grunde alle dasselbe meinen.

¹³ Art. 3 Abs. 5 und 6 BankG (in der Fassung vom 18.3.1994).

¹⁴ Vgl. vorne Rz. 131 f.

¹⁵ Vgl. EBK Bulletin 3 (1978), 56 und 11 (1982), 26.

¹⁶ Art. 3 Abs. 2 Bst. c BankG. Ebenso Art. 10 Abs. 2 EBEHG für Effektenhändler.

¹⁷ Art. 3 Abs. 2 der ersten Richtlinie des Rates vom 12.12.1977 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften über die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit der Kreditinstitute (77/780/EWG), ABl. Nr. L 332/30 vom 12.12.1977.

¹⁸ Art. 3 Abs. 3 WDR.

¹⁹ Paragraph 33 Abs. 1 Ziff. 2 KWG.

²⁰ Schedule 3 zum Banking Act 1987.

²¹ Schedule 2 zum Financial Services Act 1986.

180. Eine Umschreibung dieser charakterlichen Anforderungen, welche die EBK in leicht abgewandelter Form verschiedentlich auch für Bankorgane verwendet hat²², verdanken wir dem Bundesgericht und dem seinerzeit fraglichen Leumund eines Revisors. Danach müsse es auf die „Integrität, Geradheit, Gewissenhaftigkeit und einwandfreie Sorgfalt ankommen, ... mit denen allgemeine Eigenschaften wie Ansehen, Achtung und Vertrauenswürdigkeit selbstverständlich einhergehen“. Dazu kämen „Charakterstärke“ und „die Fähigkeit, ohne Rücksicht zum Rechten zu sehen und das Richtige zu tun“²³. In anderen Fällen beanstandete die EBK Handlungen eines Bankiers (nicht nur, aber auch) mit der Formulierung, diese widersprächen „in krasser Weise dem Verhalten, wie es von einem redlichen Bankier erwartet werden muss“²⁴.

3. Bindung an die Rechtsordnung

181. Eng mit den beschriebenen charakterlichen Anforderungen an ein korrektes Geschäftsverhalten verbunden ist das für Bankorgane wie für jedermann selbstverständliche Gebot, die Rechtsordnung zu beachten. Dazu gehören alle vorne dargestellten Rechtsgrundlagen, also neben dem materiellen schweizerischen Recht insbesondere auch die bankinternen Organisationsgrundlagen, Standesregeln und bedingt auch ausländisches Recht. In diesem Sinne bilden die Regeln der Rechtsordnung den wichtigsten aber nicht den alleinigen Massstab der Zuverlässigkeitsprüfung. Auch ein Zusammenwirken verschiedener im einzelnen nicht klarerweise unzulässiger Unregelmässigkeiten kann die Vertrauenswürdigkeit eines Bankorgans in Frage stellen.

X. Sorgfältige Organisation

1. Personelle Gewaltentrennung

182. Für die Organisation einer Bank gilt grundsätzlich das normale Gesellschaftsrecht, soweit sich aus dem Bankengesetz nichts anderes ergibt²⁵. Damit ist bereits gesellschaftsrechtlich klarerweise der Verwaltungsrat zuständig, die Organisation festzulegen. Dies gilt jedenfalls für

²² Vgl. AELLEN (1990), 128ff.

²³ BGE 99 Ib 104 (111). Das BGer hiess eine Konkurrentenbeschwerde gut und wies die EBK an, den Leumund eines Revisors (vgl. Art. 35 Abs. 2 Bst. b BankV) anhand der bundesgerichtlichen Kriterien nochmals zu überprüfen. Der betreffende Revisor führt heute noch eine Revisionsstelle.

²⁴ EBK Bulletin 15 (1985), 11 (13); 23 (1993), 25 (27).

²⁵ Zum Verhältnis zwischen Obligationenrecht und Bankengesetz vgl. EBK Rundschreiben 93/1 (Bankengesetz/Aktienrecht) sowie NOBEL (1993), Aktienrechtsreform, und KLEINER (1993), Kommentar, N. 10 zu Art. 3-3^{ter}, und in SZW 64 (1992), 256 ff.

Aktiengesellschaften²⁶, aber wohl auch für Genossenschaften²⁷. Das Bankaufsichtsrecht weicht nun insbesondere in zwei Punkten vom Gesellschaftsrecht ab. Der eine ist materieller, der andere formeller Natur.

183. Als materielle Besonderheit verlangt das Bankengesetz²⁸ zwingend, was das Aktienrecht oder Genossenschaftsrecht als Möglichkeit erlaubt, nämlich eine Trennung zwischen dem Verwaltungsrat als Organ für “Oberleitung, Aufsicht und Kontrolle” und einer Geschäftsleitung als geschäftsführendem Organ²⁹. Weil im Bankengesetz ausdrücklich genannt, kann eine Geschäftsleitung als Organ in den Statuten eingerichtet werden³⁰. Einen “Delegierten des Verwaltungsrates” kann es bei Banken nur in seltenen Ausnahmefällen geben³¹, ebenso “Delegierte der Generalversammlung” bei Genossenschaftsbanken³².

184. Ob und wie weit das Gesellschaftsrecht³³ die im Bankengesetz zwingend vorgesehene Delegation inhaltlich beschränkt, ist nicht restlos gesichert³⁴. So ist nach Ansicht der EBK die Wahl von Prokuristen und Handlungsbevollmächtigten nicht dem Verwaltungsrat vorbehalten³⁵. Die EBK erachtet dies aber mit NOBEL³⁶ und entgegen KLEINER³⁷ nicht als Abweichung vom Aktienrecht. Im übrigen ist aber kein Grund ersichtlich, weshalb die aktienrechtlichen Delegationsbeschränkungen nicht auch für

²⁶ Art. 716a Abs. 1 Ziff. 2 OR.

²⁷ Art. 879 Abs. 2 Ziff. 5 i.V.m. Art. 902 Abs. 2 OR. Jedenfalls aufgrund der vom BankG geforderten Gewaltentrennung hat die EBK auch bei Genossenschaftsbanken die Zuständigkeit des Oberleitungsorgans verlangt.

²⁸ Das geplante Börsengesetz sieht diese zwingende “Gewaltentrennung” für reine Effekthändler nicht vor, vgl. Art. 10 Abs. 2 Bst. a EBEHG.

²⁹ Art. 3 Abs. 2 Bst. a BankG, Art. 8 Abs. 2 BankV.

³⁰ Was nach PETER BÖCKLI, Neuerungen im Verantwortlichkeitsrecht für den Verwaltungsrat, SZW 65 (1993), 261 (266, FN 47) für andere Aktiengesellschaften nicht möglich ist.

³¹ Art. 3 Abs. 2 Bst. a BankG und Art. 8 Abs. 3 BankV lassen Ausnahmen zu, die Praxis der EBK ist aber ausgesprochen restriktiv, vgl. EBK Bulletin 1 (1977), 12 und 10 (1982), 6, EBK Jahresbericht 1991, 46 f. Die Geschäftsführung steht notwendigerweise den als Personengesellschaft organisierten Privatbankiers offen. Ausnahmsweise erlaubt die EBK auch bei anderen Banken die Geschäftsführung durch den Verwaltungsrat, MÜLLER (1987), 27.

³² Die EBK wehrt sich gegen die Wahl eines Bankverwalters durch die Generalversammlung, da diese dessen Qualitäten (vermutungsweise) weniger beurteilen kann und seine Stellung gegenüber dem Verwaltungsrat zu sehr gestärkt würde.

³³ Vgl. Art. 716a OR.

³⁴ KLEINER, SZW 64 (1992), 256 ff. plädiert für eine eher weitgehende Unabhängigkeit des Bankenrechts, während NOBEL (1993), Aktienrechtsreform, 169 (173), dem Bankenrecht eher engere Schranken zuweist, zugleich aber die materielle Annäherung mit der Revision des Aktienrechts betont.

³⁵ EBK Rundschreiben 91/93 (Bankengesetz/Aktienrecht), Rz. 30. Vgl. Art. 716a Abs. 1 Ziff. 4.

³⁶ NOBEL (1993), Aktienrecht, 169 (174).

³⁷ SZW 64 (1992), 256 (257 f.).

Banken in der Form von Aktiengesellschaften gelten sollten. Als Leitlinie dürften sie zudem auch für Banken in Genossenschaftsform dienen.

185. Durch die vom Bankengesetz vorgeschriebene personelle Trennung soll im Sinne von “checks and balances” eine Machtballung bei einzelnen Personen verhindert werden. Die formelle Gewaltentrennung allein kann dieses Ziel aber nicht erreichen. So können starke Persönlichkeiten trotzdem eine Bank beherrschen. Als mögliche Beispiele seien Verwalter einer Regionalbank mit grossem Vorsprung an Fachwissen oder Hauptaktionäre (besonders als Präsidenten des Verwaltungsrates oder der Direktion) genannt³⁸. Hier sind die Revision und die Aufsicht gefordert.

2. *Genehmigungspflicht für Organisationsgrundlagen*

186. Als formelle Besonderheit müssen aufgrund des Bankengesetzes³⁹ und wohl auch des geplanten Börsengesetzes⁴⁰ die Statuten und die Organisationsreglemente durch die EBK genehmigt werden. Die EBK hat diese Aufgabe ihrem Sekretariat delegiert. Vor der Genehmigung durch das Sekretariat der EBK dürfen die Handelsregisterämter Statutenänderungen bei Banken nicht eintragen. Diese Genehmigungspflicht gibt der EBK die Möglichkeit, bei den entscheidenden organisatorischen Weichenstellungen mitzuwirken, wobei Fragen der Zweckmässigkeit und der Geschäftspolitik nicht ihre Aufgabe sind. Im übrigen entscheidet die Praxis, nicht das Papier über die Tauglichkeit einer Organisation. Sind die Grundlagen aber solide, hat es die Praxis erfahrungsgemäss leichter.

3. *Anforderungen an die Organisationsgrundlagen*

187. Das Bankaufsichtsrecht schreibt den Banken nicht im Detail vor, wie sie sich zu organisieren haben⁴¹. Angesichts der Vielfalt in Grösse und

³⁸ Vgl. MÜLLER (1987), 26.

³⁹ Art. 3 Abs. 3 BankG.

⁴⁰ So wohl der leider missverständlich formulierte Art. 10 Abs. 6 EBEHG für Effektenhändler. Es geht nicht um eine Änderung der “Bewilligungsvoraussetzungen” (die stehen im Gesetz), sondern der für die Bewilligung wesentlichen Entscheidungsgrundlagen, wozu Statuten und Organisationsreglemente gehören dürften. Ob darüber hinaus sogar eine Genehmigungspflicht für Wechsel in den Führungsorganen beabsichtigt ist, wird sich weisen müssen. Rahmengesetze haben eben ihre Tücken.

⁴¹ Nach dem geplanten Börsengesetz dürfte dies für Effektenhändler kaum wesentlich anders sein, vgl. Art. 10 Abs. 2 Bst. a EBEHG. Frühestens die Verordnung wird hier näheren Aufschluss bringen. Mit Vorteil trägt sie den Besonderheiten des Effektengeschäfts, der kleineren Grösse der Effektenhändler und den anders gelagerten Risiken für deren Kunden Rechnung und setzt die Eintrittsschranken nicht zu hoch. Sonst werden die Effektenhändler geradewegs den Bankstatus zu erreichen suchen, welcher im Land der Universalbanken immer noch etwas mehr Charme aufweist und Prestige verspricht.

Geschäftsart der verschiedenen Banken wäre dies ein von vorneherein unmögliches Unterfangen. Die Verantwortung für die Geschäftspolitik kann der Leitung einer Bank nicht durch eine staatliche Behörde abgenommen werden, welche die Probleme vermutlich auch nicht besser meistern würde. Aufsichtsrechtlich sind einzig bestimmte Minimalanforderungen festgelegt, von denen die wichtigsten⁴² kurz dargelegt werden. Im übrigen können bei einer Bank aber auch Organisationsfragen rechtlich relevant werden, welche nicht die hier dargestellten Bereiche betreffen⁴³.

188. In den Statuten und Reglementen einer Bank müssen die Geschäfte sachlich genau umschrieben sein, welche getätigt werden sollen⁴⁴. Grundsätzlich darf eine schweizerische Bank alle Bankgeschäfte tätigen, sofern sie die nötigen finanziellen Mittel besitzt und ausreichend organisiert ist, wozu die entsprechende Ausbildung und Erfahrung des Personals gehört⁴⁵. Immerhin wird die Revision des Bankengesetzes von 1994 den Erwerb finanzfremder Beteiligungen formell beschränken⁴⁶. In der Sache wird sich kaum viel ändern, weil solche Beteiligungen nach geltendem Recht hohe Eigenmittel erfordern⁴⁷.

189. Ebenso ist der geographische Geschäftskreis zu bezeichnen⁴⁸. Auch hier hängt alles von den finanziellen Mitteln und der Organisation der Bank sowie der Erfahrung ihrer Angestellten ab. Gelder von Kunden mit Wohnsitz ausserhalb des Geschäftskreises dürfen jedoch entgegengenommen werden. Im übrigen gilt das Risikodomizilprinzip. Bei gedeckten Forderungen ist das Risikodomizil unter Berücksichtigung der Sicherheiten zu bestimmen. Dies gilt im internationalen Kommerzgeschäft⁴⁹, aber auch im lokalen Hypothekargeschäft.

190. Ist nicht die Bonität eines Schuldners für eine Krediterteilung ausschlaggebend, sondern – leider ein zählebiges Übel – einzig der Wert einer verpfändeten Liegenschaft, muss sich diese innerhalb des Geschäftsrays befinden. Andernfalls ist das Geschäft reglementswidrig. Die meisten

⁴² Vgl. im übrigen MÜLLER (1987), 22 ff.; KLEINER (1993), Kommentar, N. 10 ff. zu Art. 3-3^{ter}. Eine detaillierte Check-Liste der EBK mit den aufgrund ihrer Praxis im Normalfall zu regelnden Punkten fehlt zur Zeit. Zur Organisationsverantwortung nach neuem Aktienrecht: BÖCKLI (1992), Rz. 1553 ff.; PETER FORSTMOSER, Organisation und Organisationsreglement nach neuem Aktienrecht, Zürich 1992; STEFAN ZWICKER, Der Inhalt des Organisationsreglementes nach dem neuen Aktienrecht, ST 68 (1994), 55-64.

⁴³ Zu Organisationsfragen im Kreditgeschäft, vgl. hinten Rz. 223 ff.

⁴⁴ Art. 7 Abs. 1 BankV.

⁴⁵ Art. 7 Abs. 3 BankV. MÜLLER (1987), 24.

⁴⁶ Art. 4 Abs. 2^{bis} BankG (in der Fassung vom 18.3.1994).

⁴⁷ Art. 13 Abs. 1 Bst. a Ziff. 9 BankV.

⁴⁸ Art. 7 Abs. 2 BankV.

⁴⁹ EBK Rundschreiben 92/4 (Länderrisiko), Rz. 7.

Banken sehen vor, ausnahmsweise auch Geschäfte ausserhalb des Geschäftskreises abwickeln zu können. Die EBK toleriert solche Bestimmungen. Die Erfahrung gerade der jüngsten Vergangenheit lehrt aber, dass die Ausnahme wirklich nicht zur Regel werden sollte.

191. Statuten und Organisations- und Geschäftsreglemente müssen die Aufgaben des Verwaltungsrates, dessen Präsidenten und allfälligen Verwaltungsratsausschüssen sowie der Geschäftsleitung festlegen und abgrenzen. Die Organe selbst sind zu strukturieren, wozu auch gehört, ihre Grösse⁵⁰ und ihre Arbeitsweise festzulegen. Ein gutes Reglement regelt den Informationsfluss und die Berichterstattung⁵¹ innerhalb des Unternehmens. Nur informierte Entscheide sind verantwortliche Entscheide. Die Kompetenzen und das Verfahren bei Risikogeschäften, Kreditlimiten, Deckungsmargen und die Dokumentation sind zu ordnen⁵². Die Reglemente müssen die Entschlussfassung über Organkredite und -geschäfte⁵³ regeln. Auch ist der Erlass von Vorschriften über Eigengeschäfte in Effekten, Devisen und Edelmetallen des Personals⁵⁴ vorzusehen. Anders als im Ausland⁵⁵ bestehen dafür aber (bisher) keine Vorgaben der EBK. Schliesslich ist der Organisation des Informatikbereichs⁵⁶ und des internen Kontroll- und Prüfungssystems⁵⁷ gebührende Aufmerksamkeit zu schenken.

192. In verschiedenen Zusammenhängen verlangte die EBK eine ausreichende Organisation der Banken. Viele Rundschreiben der EBK enthalten das *ceterum censeo* einer ausreichenden Organisation, so diejenigen über Optionen und Futures⁵⁸, Geldwäscherei⁵⁹, Ausserbilanz-Klumpenrisi-

⁵⁰ KLEINER (1993), Kommentar, N. 17 zu Art. 3-3^{ter}. Die EBK lässt den Banken diesbezüglich Freiheit, sofern die von Art. 8 Abs. 1 BankV vorgeschriebene Minimalgrösse von drei Personen erreicht ist. Eine Maximalgrösse ist nicht festgelegt. Die tendenzielle Ineffizienz grösserer Gremien soll (angeblich) durch entsprechende Ausschüsse korrigiert werden können, vgl. die Diskussion zwischen WILHELM HILL, Nr. 82 vom 9./10.4.1994, NIKOLAUS SENN, NZZ, Nr. 90 vom 19.4.1994 und HANSJÖRG ABT, Die Weltwoche, Nr. 16, 21.4.1994 sowie die Argumente der Schweiz. Bankgesellschaft, NZZ Nr. 93 vom 22.4.1994.

⁵¹ Vgl. Art. 716b Abs. 2 OR.

⁵² Art. 9 BankV.

⁵³ Dazu hinten Rz. 214 ff.

⁵⁴ Vgl. EBK Bulletin 18 (1988), 20. Die Regelung der Eigengeschäfte steht in engem Zusammenhang mit der Treuepflicht für Effektenhändler (vgl. vorne Rz. 34 ff.), welche hier nicht näher behandelt werden kann. Vgl. CLAUDE BOURQUI, *Gestion de fortune et opérations bancaires du personnel*, ST 1990, 71-76.

⁵⁵ Vgl. z.B. für deutsche Banken die Verlautbarung des Bundesaufsichtsamtes für das Kreditwesen über Anforderungen an Regelungen der Kreditinstitute für Mitarbeitergeschäfte.

⁵⁶ Vgl. EBK Bulletin 21 (1991), 24 (27).

⁵⁷ Dazu hinten Rz. 220 ff.

⁵⁸ 91/2, Rz. 5 ff.

⁵⁹ 91/3, Rz. 11 ff.

ken⁶⁰ oder Länderrisiken⁶¹. Interessant ist umgekehrt, in welchen Bereichen (jedenfalls bisher) keine ausdrücklichen Mindestanforderungen festgelegt wurden. Erwähnenswert ist beispielsweise das Fehlen von Richtlinien der Aufsichtsbehörde zur Verhinderung von Insidergeschäften bei Banken, welche gefordert⁶² und im Ausland teilweise auch geschaffen wurden⁶³. Immerhin ist eine im Effektengeschäft tätige Bank auch ohne Zaunpfahl der Aufsichtsbehörde gut beraten, Vorkehren zu treffen⁶⁴.

4. Funktionale Gewaltentrennung

193. Die vom Bankengesetz wie dargestellt verlangte Trennung zwischen Verwaltungsrat und Geschäftsführung betrifft nicht nur die Personen, sondern auch ihre Funktionen. Der Verwaltungsrat soll sich auf die "Oberleitung, Aufsicht und Kontrolle" beschränken und sich grundsätzlich nicht in die Geschäftsführung einmischen. Zur Oberleitung gehört aber nicht nur, die strategischen Ziele der Bank festzulegen⁶⁵. Auch dem Bankverwaltungsrat ist es nicht verwehrt, gewisse für die Bank grundlegende Entscheide selber zu treffen, welche sich von Handlungen der Geschäftsführung nicht grundsätzlich, sondern nur von ihrer Bedeutung her unterscheiden.

194. Die Bankenverordnung verlangt dies sogar ausdrücklich für Beschlüsse über Gross- oder Klumpenrisiken⁶⁶. Das Gleiche gilt nach der Praxis der EBK für Organkredite an Verwaltungsräte. Für die Oberaufsicht sieht die Verordnung vor, der gesamte Verwaltungsrat einer Bank habe den Revisionsbericht zu besprechen und die Einsichtnahme zu bestätigen⁶⁷. Aber auch andere Entscheide an der Schnittstelle zwischen Strategie und

⁶⁰ 92/3, Rz. 12.

⁶¹ 92/4, Rz. 16.

⁶² Vgl. ROLF WATTER, Chinese Walls bei Universalbanken?, SJZ 87 (1991), 109 (115 f.), m.w.H.

⁶³ So in den Niederlanden: Richtlinien der De Nederlandsche Bank vom 11.1.1994 mit dem englischen Titel: "Directive concerning private portfolio investment transactions by insiders and members of Supervisory Boards or comparable bodies, and recommendation concerning private portfolio investment transactions by bank employees (non-insiders)".

⁶⁴ Vgl. vorne Rz. 98 ff.

⁶⁵ Vgl. die Umschreibung der Oberleitung bei BÖCKLI (1992), Rz. 1527, im Anschluss an die Formulierung in der Botschaft zum Aktienrecht, BBl 1983 II 745 (921 f., Ziff. 323.3).

⁶⁶ Art. 21 Abs. 1 BankV. KLEINER (1993), Kommentar, N. 17 zu Art 3-3^{ter} BankG, kritisiert diese Regelung als systemwidrig und zu "Genehmigungsentscheiden" führend. Dem ist angesichts der Höhe der Grenzen von Art. 21 BankV entgegenzuhalten, dass ein solcher Entscheid das Schicksal der Bank unmittelbar besiegeln kann. Diese Ehre sollte man dem Verwaltungsrat nicht nehmen, trotz der unbestreitbaren Nachteile und Gefahren einer solchen Lösung.

⁶⁷ Art. 48 Abs. 1 BankV. Einzelne Verwaltungsräte empfinden dies offenbar als ausgesprochen unangenehm "formalistisch" und als "institutionalisiertes Misstrauen", vgl. GLAUS (1990), 154.

Geschäftsführung behalten die Bankstatuten und -reglemente im Sinne von “reserved powers” zuweilen dem Verwaltungsrat vor: Die Eröffnung von Zweigniederlassungen, der Erwerb oder Verkauf von Beteiligungen, Beschlüsse über Organkredite, Grossinvestitionen oder die Ausgabe von Anleiheobligationen und andere Beispiele wären zu nennen. Noch weiter können die Befugnisse von Verwaltungsratsausschüssen gehen. Je kleiner die Bank, desto mehr solche “Geschäftsführungsentscheide” wird der Verwaltungsrat treffen. Auch “Oberleitung” ist eben ein relativer Begriff.

195. In Krisensituationen ist der Verwaltungsrat zudem klarerweise gehalten, das Heft des Handelns an Stelle der (vermutungsweise nicht mehr dazu fähigen) Geschäftsleitung in die Hand zu nehmen. Diese Eingriffspflicht ist Teil seiner Aufsichts-⁶⁸ und wohl auch Oberleitungsfunktion mit möglicher Verantwortlichkeit im Unterlassungsfall. Hier dürften sich allerdings keine Differenzen zwischen Bankaufsichts- und Gesellschaftsrecht ergeben. Nützen Weisungen an die Geschäftsleitung nichts mehr, muss der Verwaltungsrat selber handeln. Dies kann sogar einen Beschluss über die de-facto-Liquidation der Bank einschliessen⁶⁹.

196. In diesem Sinne ist die Funktionstrennung zwischen Verwaltungsrat und Geschäftsleitung nach Bankenrecht schillernd. Es ist kaum anzunehmen, dass sich die aufsichtsrechtliche Praxis an einem auf die höchsten strategischen Ziele reduzierten gesellschaftsrechtlichen Begriff der “Oberleitung” inspirieren lassen wird⁷⁰. Eher das Umgekehrte könnte eintreffen und im Ergebnis den Raum für die “befugte Delegation”⁷¹ von Geschäftsführungsaufgaben einschränken und die Verantwortlichkeit der Verwaltungsräte ausdehnen.

197. Im übrigen hat sich die EBK gelegentlich in besonderen Geschäftsbereichen zur bankinternen Zuständigkeit geäußert⁷². Nach der Untersuchung über das Verhalten der Banken im Zusammenhang mit den “Marcos-Geldern” verlangte sie, “dass die Geschäftsleitung und nicht untergeordnete Stellen in einer Bank unter Abwägung aller Umstände darüber entscheidet, ob derart exponierte Geschäftsbeziehungen (mit aus-

⁶⁸ So BÖCKLI (Rz. 183, FN 30), 261 (273).

⁶⁹ Wozu ein Verwaltungsrat nach dem “Kammi-Interlaken”-Entscheid des Bundesgerichts, BGE 116 II 320, bei Überschuldung der Gesellschaft und Dringlichkeit auch die Vertretungsmacht hat. Vgl. den Fall Banque Vaudoise de Crédit, EBK Jahresbericht 1993, 56 ff. und des Crédit Foncier Neuchâtelais, Presse vom 30.4.1994.

⁷⁰ A.M. NOBEL (1993), Aktienrechtsreform, 169 (173).

⁷¹ Art. 754 Abs. 2 OR.

⁷² Zur Zuständigkeit für Organkredite vgl. sogleich Rz. 214 ff.

ländischen Politikern) aufgenommen oder weitergeführt werden sollen. Die Banken haben dies in entsprechenden Richtlinien klar zu regeln”⁷³.

198. Im Anschluss an ihre Abklärungen zur sogenannten “Libanon-Connection” forderte die EBK, die Verantwortung für den professionellen Notenhandel generell und für jährliche Umsatzlimiten pro Geschäftspartner von mehr als 50 Mio Franken müssten künftig bei der Geschäftsleitung liegen⁷⁴. Ebenso hielt die EBK fest, der Verwaltungsrat einer Bank habe die internen Revisoren zu wählen und die für die interne Revision nötigen Grundlagen zu erlassen⁷⁵.

199. Der Grundsatz der Funktionentrennung ist nicht nur im Hinblick auf die Aufgabenverteilung zwischen Geschäftsleitung und Verwaltungsrat von Bedeutung. Wichtig ist er vielmehr auch als grundlegendes Organisationsprinzip und für die Ausgestaltung des internen Kontrollsystems⁷⁶.

XI. Sorgfältige Geschäftsführung

1. Aufsichtsrechtliche Bedeutung einer sorgfältigen Geschäftsführung

200. Eine sorgfältige Organisation schafft die Voraussetzung für eine sorgfältige Geschäftsführung. Die Geschäftspolitik einer Bank ist jedoch grundsätzlich aufsichtsrechtlich nicht relevant. Nach dem schweizerischen Aufsichtssystem besteht im Normalfall kein enger Kontakt zwischen Bank und Aufsichtsbehörde, ja teilweise sogar zwischen Bank und bankengesetzlicher Revisionsstelle. Die Banken sollen in einer liberalen Wirtschaftsordnung grundsätzlich selber entscheiden, welche Geschäfte sie tätigen und welche Risiken sie übernehmen wollen. Das Aufsichtsrecht steht auch einer aggressiven Wachstumsstrategie nicht von vorneherein entgegen, solange Fachkenntnisse, die Organisation und die gesetzlichen Eigenmittel dafür vorhanden sind.

201. Die Geschäftsführung einer Bank erlangt erst dann aufsichtsrechtliche Bedeutung, wenn sie ohne genügende Kontrolle und fachlich mangelhaft, “not in a prudent manner” und ohne “integrity and skill”⁷⁷ geschieht. Die am einfachsten zu handhabenden Kriterien dafür bilden die banken-

⁷³ EBK Jahresbericht 1987, 29 f.

⁷⁴ “Richtlinien für die Reglementierung des professionellen Notenhandels in den Banken”, Ziff. 3.3, veröffentlicht in EBK Bulletin 20 (1990), 101. Vgl. EBK Jahresbericht 1990, 20 f.; 1989, 22 ff. In der Sache richten sich die Richtlinien nur an die drei Grossbanken, da nur diese den professionellen Notenhandel in der Schweiz betreiben.

⁷⁵ EBK Rundschreiben 88/2 (Interne Revision), Rz. 12,16.

⁷⁶ Vgl. hinten Rz. 220 ff.

⁷⁷ So die Umschreibungen in schedule 3 des britischen Banking Act 1987.

gesetzlichen Geschäftsführungsvorschriften und die Regeln, die sich die Bank in ihren Reglementen selbst gegeben hat⁷⁸. Darüber hinaus allgemeine Kriterien aufzustellen, ist ausgesprochen schwierig. Es geht hier um die Schnittstelle zwischen Bankbetriebslehre und Aufsichtsrecht, welche nicht in allgemeine Formeln gefasst werden kann.

202. In der Praxis sind die Übergänge meistens fliessend und die Verhältnisse nicht schwarz oder weiss, sondern grau. So gab unlängst eine Bank angesichts eines angedrohten (und bereits formulierten) Bewilligungsentzugs das Einlagengeschäft auf, womit die Unterstellung unter das Bankengesetz aufgehoben werden konnte. Akute Gefahr für die Gläubiger bestand nicht. Dagegen war die Bank während Jahren defizitär und abhängig von Zuschüssen des Hauptaktionärs. Sie meldete der EBK verschiedentlich kurzfristige Grossrisiken zu spät. Einzelne Kredite waren mangelhaft dokumentiert. Die Beziehungen der Bank zur Gruppe des Hauptaktionärs blieben unklar und eine konsolidierte Überwachung war nicht gewährleistet. Daneben musste die Revisionsstelle während Jahren noch andere Beanstandungen machen. Durch das Zusammenspiel all dieser Faktoren wäre der Bewilligungsentzug durch die EBK schliesslich unumgänglich geworden, hätte die Bank nicht von sich aus das Handtuch geworfen.

2. Strukturelle Ertragsschwäche und Eigenmittelmanko

203. Grundsätzlich steht es jedermann frei, sein Vermögen zu verschleudern. Für Hauptaktionäre einer Bank aber gilt dies auf Dauer nicht. So erachtet die EBK eine Bank nur dann als ausreichend organisiert, wenn sie aus ihrer normalen Geschäftstätigkeit heraus und ohne ausserordentliche Erträge und Zuschüsse der Eigentümer überlebensfähig ist und einen Gewinn realisieren oder Reserven bilden kann⁷⁹. Nicht marktkonforme Kreditkonditionen aus sozialen und ethischen Gründen sind aber durchaus erlaubt, sofern sie entsprechend refinanziert werden können. Deckt ein Hauptaktionär während Jahren Verluste einer Bank ab, ist zudem zu fragen, ob ihn nicht unlautere Motive zum Aufrechterhalten der Bank bewegen. Im unverfänglichen Fall mögen es aber bloss emotionale Bindungen und Verlangen nach Prestige sein.

204. Macht eine Bank in einem Geschäftsjahr einen Betriebsverlust, legt sich des Bankaufsehers Stirn zwar in Falten, zu Aufregung besteht jedoch meist noch kein Anlass⁸⁰. Anders liegen die Dinge, wenn der Wertberich-

⁷⁸ Dazu sogleich Rz. 203 ff.

⁷⁹ EBK Bulletin 12, 5 ff. = BGE 108 Ib 513 (521 ff.), zustimmend KLEINER (1993), Kommentar, N. 13 zu Art. 3–3^{ter}.

⁸⁰ Immerhin mag der Verlust die EBK dazu führen, von der Bank aus Sorge um eine

tigungsbedarf bei einer Bank so hoch wird, dass das gesetzliche Eigenmittelerfordernis⁸¹ beträchtlich unterschritten wird. Können nicht innert einer im Einzelfall zu bestimmenden Frist neue Mittel zugeführt werden, so wird die EBK die Betriebsbewilligung zum Schutz der Gläubiger entziehen, was nach schweizerischem Recht zwingend die Liquidation der Bank zur Folge hat⁸².

205. Die EBK betrachtet ein nicht zu behebendes und massives Unterschreiten der gesetzlichen Eigenmittelvorschriften rechtlich grundsätzlich als "grobe Verletzung gesetzlicher Pflichten"⁸³ und (je nach Ausmass) als Verletzung der Bewilligungsvoraussetzung eines ausreichenden Mindestkapitals⁸⁴ Art. 3 Abs. 2 Bst. b BankG, Art. 4 BankV., welche sie nach dem Wortlaut des Gesetzes⁸⁵ und der Rechtsprechung des Bundesgerichtes⁸⁶ ohne Ermessensspielraum zum Bewilligungsentzug zwingt. Vielfach hat die Bankführung in einer solchen Situation tatsächlich den Tatbeweis der unsorgfältigen Geschäftsführung erbracht⁸⁷.

206. Zwingend ist dies jedoch nicht. Der Wertberichtigungsbedarf kann sich auch ohne Verschulden der Bankleitung aus einem allgemeinen wirtschaftlichen Rückgang oder anderen Gründen⁸⁸ ergeben. Zwar hat die EBK ausgeführt, eine "grobe Gesetzesverletzung" sei nach objektiven Kriterien zu beurteilen und setze keine Unsorgfalt der Bankorgane voraus⁸⁹. Die EBK und das Bundesgericht liessen jedoch offen, ob bei Überschuldungsgefahr auch in solchen Fällen eine Bewilligung zu entziehen wäre, oder ob nicht ausschliesslich andere Sicherungsinstrumente wie Fälligkeitsaufschub, oder Banken- oder Nachlassstundung anzuwenden wären⁹⁰.

korrekte Rechnungslegung im nächsten Jahr die Vorlage der Jahresrechnung vor der Publikation zu verlangen, vgl. z.B. EBK Jahresbericht 1988, 42; 1991, 25.

⁸¹ Art. 11 ff. BankV.

⁸² Art. 23^{quinquies} Abs. 2 BankG. Diese strenge Vorschrift soll in Zukunft auch für Effektenhändler gelten. Bei Effektenhändlern, welche gleichzeitig Banken sind, kann die EBK auf die Auflösung verzichten, sofern die Bewilligung als Bank nicht ebenfalls entzogen werden muss, Art. 34 Abs. 2 EBEHG (Fassung StR).

⁸³ Art. 23^{quinquies} Abs. 1 BankG i.V.m. Art. 4 BankG.

⁸⁴ Art. 3 Abs. 2 Bst. b BankG, Art. 4 BankV.

⁸⁵ Art. 23^{quinquies} Abs. 1 BankG.

⁸⁶ Letztmals im Entscheid vom 20.11.1991 i.S. Spar- und Leihkasse Thun, veröffentlicht in EBK Bulletin 22 (1992), 9 (16 f.) und in BGE 115 Ib 55 (58).

⁸⁷ Vgl. den Fall der Spar- und Leihkasse Thun; EBK Jahresbericht 1991, 26 ff.; unveröffentlichte Verfügung vom 3.10.1991 i.S. Spar- und Leihkasse Thun, E. 1b; BGE vom 20.11.1991 i.S. Spar- und Leihkasse Thun, veröffentlicht in EBK Bulletin 22 (1992), 9 (17 f.).

⁸⁸ Zu denken ist an devisenrechtliche Transferbeschränkungen, vgl. PAUL EHRSAM, Die Bankenkrise der 30er Jahre in der Schweiz, in: EBK (Hrsg.), 50 Jahre eidgenössische Bankenaufsicht, Zürich 1985, 83 ff.

⁸⁹ Unveröffentlichte Verfügung vom 3.10.1991 i.S. Spar- und Leihkasse Thun, E. 1b.

⁹⁰ BGE vom 20.11.1991 i.S. Spar- und Leihkasse Thun, veröffentlicht in EBK Bulletin 22 (1992), 9 (20 f.). Das reichlich komplizierte Verhältnis zwischen den aufsichtsrechtlichen

3. Risikoverteilung

207. Rechtlich relevante Messlatte sorgfältiger und einwandfreier Geschäftsführung sind neben den erwähnten Eigenmittelvorschriften insbesondere die bankengesetzlichen Bestimmungen über die Risikoverteilung⁹¹ und Organkredite⁹². Demgegenüber sind die Liquiditätsvorschriften⁹³ zwar keinesfalls weniger wichtig. Sie haben aber die Aufsichtspraxis in geringerem Masse beschäftigt⁹⁴.

208. Gerade das Gegenteil trifft für die Risikoverteilungsvorschriften zu. Der einfache bürgerliche Grundsatz, nicht alle Eier in einen Korb zu legen, hat in der Schweiz bemerkenswerterweise erst mit der Gesetzesrevision von 1971 Aufnahme im Bankengesetz gefunden⁹⁵. Seither hat sich die Praxis bis in feinste Details verästelt, die auch für den Fachmann nicht immer leicht zu überblicken sind⁹⁶. Für viele neue Bankgeschäfte mussten die Vorschriften in Rundschreiben spezifiziert werden⁹⁷.

209. Die schweizerischen Risikoverteilungsvorschriften begrenzen grundsätzlich⁹⁸ nur die Konzentration von Kreditrisiken auf einzelne Kunden oder Kundengruppen. Einseitige Branchen-, Regionen-, Währungs- oder Länderrisiken werden nicht berührt, ebensowenig Preisrisiken⁹⁹. Auch sie müssen im Rahmen einer vorsichtigen Risikopolitik jedoch erfasst und kontrolliert werden. Dies ist aber gerade für Regionalbanken schwierig, deren Tätigkeit regional begrenzt ist. Überhaupt sind

Zwangsmitteln der EBK und den sanierungs- und liquidationsrechtlichen Bestimmungen des BankG kann hier nicht diskutiert werden. Vgl. dazu vorläufig BENNO LUTZ, Sanierung und Liquidation von Banken in der Schweiz – Rückblick und Ausblick, in: Banken und Bankrecht im Wandel, FS Beat Kleiner, Zürich 1993, 251 ff.

⁹¹ Art. 4^{bis} BankG, Art. 21 BankV. Ähnlich Art. 13 EBEHG.

⁹² Art. 4^{ter} BankG.

⁹³ Art. 4 BankG, Art. 15 ff. BankV.

⁹⁴ So äusserten sich von den bisher 116 im EBK Bulletin publizierten Entscheiden nur 2 zu Fragen der Liquidität.

⁹⁵ Zur Situation vor der Gesetzesrevision, vgl. PAUL SOMMER, Revision bancaire: Répartition des risques selon l'article 21 OB, ST 1987, 133 (133 f.).

⁹⁶ Vgl. LUTZ (1991), Kommentar zu Art. 4^{bis} BankG sowie die in den EBK Bulletins publizierte Praxis.

⁹⁷ Vgl. insbesondere EBK Rundschreiben 92/3 (Ausserbilanz Klumpenrisiken). Nicht weniger als 7 Rundschreiben der EBK befassen sich ausschliesslich oder unter anderem mit der Risikoverteilung.

⁹⁸ Im EBK Rundschreiben 74/1 (Fremdwährungspositionen), Rz. 4, wird das Marktrisiko auf den gesamten Fremdwährungs- Nettopositionen (allerdings sehr hoch) auf 40% der Eigenmittel begrenzt. Es werden jedoch keine Obergrenzen für einzelne Währungen festgelegt. Es geht also im Grunde nicht um eine Risikoverteilung, sondern um eine allgemeine Begrenzung der Geschäftstätigkeit.

⁹⁹ Vgl. zu den entsprechenden Vorschlägen des Basler Ausschusses EBK Jahresbericht 1993, 66 ff. sowie lehrbuchmässig HENNES SCHIERENBECK, Ertragsorientiertes Bankmanagement, 4. Aufl., Bern 1994, 516 ff.

die Risikoverteilungsvorschriften äusserst wettbewerbsrelevant, indem sie zwangsläufig vor allem die Tätigkeit der kleinen Banken begrenzen¹⁰⁰.

210. Bei allen Schwierigkeiten im Detail ist das System grundsätzlich einfach¹⁰¹. Differenziert wird nach Schuldnerkategorien und Deckungen. Ungedekte Kredite sind begrenzt auf 20% der eigenen Mittel. Für Kredite an Banken gelten Plafonds von 50% oder 100% je nach Laufzeit, für Kredite an inländische öffentlich-rechtliche Körperschaften ein Plafonds von 160% der eigenen Mittel. Bei normaler Deckung¹⁰² erhöht sich die Grenze auf 40%, bei Deckung in Form nationalbankfähiger Obligationen oder – in der Praxis sehr wichtig – schweizerischen Grundpfändern “auf Wohnbauten innerhalb von zwei Dritteln des Verkehrswertes”¹⁰³ auf 160%. Diese hohen Grenzen für gedeckte Kredite sind insbesondere dort höchst problematisch, wo die Sicherheit wie bei Immobilien nur mit hohen Transaktionskosten verwertet werden kann. Die erhöhten Grenzwerte für gedeckte Kredite sind im übrigen nur gerechtfertigt, wenn daneben auch eine persönliche Verpflichtung des Schuldners besteht und dessen Bonität auch geprüft wurde, was leider insbesondere bei Hypothekarkrediten nicht immer mit der nötigen Sorgfalt geschieht und bei Krediten an Sitzgesellschaften nicht möglich ist, wenn deren gesamtes Vermögen verpfändet ist¹⁰⁴. Bis jetzt wurde aber noch nie ein formeller Entscheid der EBK in diesem Sinne gefällt.

211. Die genannten Grenzen gelten nicht nur für direkte Kredite eines Schuldners. Hinzuzuzählen sind ebenfalls dessen Eventualverbindlichkeiten (z.B. Bürgschaften und Garantien zugunsten der Bank), ja sogar eigene Schuldtitel und Aktien eines Schuldners, welche der Bank zur Sicherung ihrer Ansprüche gegenüber Dritten verpfändet sind¹⁰⁵. Zusammenzurechnen sind sämtliche Kredite gegenüber kapitalmässig verbun-

¹⁰⁰ Völlig richtig die Bemerkung von HUANG (1992), 182.

¹⁰¹ Vgl. Art. 21 BankV.

¹⁰² Vgl. aber die Wegleitung zu den Bilanzierungsvorschriften, Anhang II zur BankV Ziff. 1.6, welcher auch für die Risikoverteilung gilt und gewisse Deckungen nicht anerkennt. Am wichtigsten ist der Ausschluss von Aktien und Obligationen des Schuldners oder mit ihm verbundener Gesellschaften. Nicht genannt, aber vernünftigerweise ebenfalls nicht als Deckung zu anerkennen, sind persönliche Garantien und Bürgschaften von verbundenen Gesellschaften. Diese Grundsätze wurden von einigen Banken z.B. im Fall Omni/Rey nicht beachtet, vgl. EBK Jahresbericht 1991, 24.

¹⁰³ Bei Neubauten stellt sich die Frage, wann diese als Wohnbauten gelten. Die Praxis ist nicht restlos gefestigt. Jedenfalls ist die exorbitant hohe Grenze von 160% der eigenen Mittel nicht auf durch unbebautes Bauland gesicherte Terrainkredite anwendbar, vgl. Verfügung der EBK vom 3.10.1991 i.S. Spar- und Leihkasse Thun.

¹⁰⁴ Dasselbe gilt für Kredite an Trustees, für welche nicht deren ganzes Vermögen, sondern ausschliesslich das Vermögen des Trusts haftet.

¹⁰⁵ Eine Ausnahme gilt für Titel, welche im Rahmen von normalen Lombardkrediten verpfändet sind, vgl. EBK Bulletin 15 (1985), 20.

denen Schuldern¹⁰⁶, beziehungsweise auf der anderen Seite alle Kredite von Gesellschaften im Konsolidierungskreis der Bank¹⁰⁷. Das Erkennen von Verbindungen zwischen Schuldern zur Ermittlung des Gesamtrisikos ist nicht immer einfach, aber von entscheidender Bedeutung. Bei komplizierten, schwer zu überblickenden und verschachtelten Gruppenkonstruktionen mit kreuzweisen Beteiligungen ist äusserste Vorsicht angebracht.

212. Die Bankenverordnung schliesst ein Überschreiten dieser Grenzen nicht aus, obschon dies das Bankengesetz¹⁰⁸ erlauben würde. Es wird aber eine Meldung an die EBK verlangt, welche eine Herabsetzung der Position verlangen kann¹⁰⁹. Die Meldung muss nicht vor dem Beschluss des Verwaltungsrates über das Grossrisiko¹¹⁰, aber unmittelbar danach erfolgen. Ein Unterlassen der Meldung ist strafbar¹¹¹. Die Zulassungspraxis der EBK ist angesichts der sehr hohen Grenzen¹¹² ausgesprochen restriktiv. Ausnahmen werden praktisch nur bei absolut liquider Deckung oder für sehr kurze Zeit bewilligt¹¹³. Bestehen liquide Sicherheiten und ist sogar kein erkennbares wirtschaftliches Risiko für die Bank ersichtlich, wird diese aber mitunter durch die EBK aufgefordert, den "wirtschaftlichen Hintergrund" eines Geschäfts näher zu erläutern¹¹⁴. Überhaupt sind Meldungen von Grossrisiken nach dem schweizerischen Aufsichtssystem

¹⁰⁶ Art. 21 Abs. 5 BankV.

¹⁰⁷ EBK Rundschreiben 83/1 (Klumpenrisiken des Konzerns) mit Hinweis auf BGE 108 Ib 78.

¹⁰⁸ Art. 4^{bis} BankG.

¹⁰⁹ Art. 21 Abs. 1 und 6 BankV. Zu den möglichen zivilrechtlichen Folgen vgl. vorne Rz. 89. Unabhängig von dieser Meldepflicht müssen die Revisionsstellen in ihren Berichten seit neuem die 10 grössten Schuldner einer Bank und eines Bankkonzerns aufführen, EBK Rundschreiben 93/3 (Revisionsbericht). Diese Information ist für ausländische Aufsichtsbehörden schon längst selbstverständlich.

¹¹⁰ Dazu zählt die tatsächliche Überschreitung eines Meldeplafonds oder die Bewilligung einer entsprechenden Limite, Verfügung EFD vom 17.7.1974, VPB 39 (1975), 126.

¹¹¹ Art. 49 Abs. 1 Bst. e BankG, die am häufigsten angewandte Strafbestimmung des BankG, vgl. ZANGA (1992), 149 ff., 187 ff. Nicht immer ist klar geregelt, wer bankintern für die Meldung zuständig ist. Vernünftigerweise ist dies nicht der beschliessende Verwaltungsrat, sondern die Geschäftsleitung. Den Verwaltungsrat trifft aber m.E. eine Überwachungspflicht, vgl. vorne Rz. 106.

¹¹² Die Regelung in der EUG ist grundsätzlich restriktiver (Meldung bei 10%, feste Obergrenzen bei 25%, Grenze aller Grosskredite 800% der eigenen Mittel), wobei aber ein ausgedehnter Ausnahmekatalog besteht: Richtlinie 92/121/EWG des Rates vom 21.12.1992 über die Überwachung und Kontrolle der Grosskredite von Kreditinstituten, ABl. Nr. L 29/1 vom 5.2.1993, für Wertschriftengeschäfte teilweise geändert durch die Richtlinie 93/6/EWG des Rates vom 15.3.1993 über die angemessene Eigenkapitalausstattung von Wertpapierfirmen und Kreditinstituten, ABl. Nr. L 141/1 vom 11.6.1993. Die Regelung der EG und der Schweiz vergleicht HUANG (1992), 1980 ff. Vgl. auch KARL HEINZ BOOS, EG Richtlinie über die Überwachung und Kontrolle der Grosskredite von Kreditinstituten, in: EuZW 1992, 574 ff.

¹¹³ Vgl. MÜLLER (1987), 47.

¹¹⁴ Dazu hinten Rz. 274 ff.

der einzige Anlass, bei dem die EBK ohne Anfrage Einblick in konkrete Geschäftsfälle der Banken erhält.

213. Die Bedeutung einer angemessenen Risikoverteilung kann nicht genug betont werden. Hätte die Spar- und Leihkasse Thun diesen Grundsatz nicht aufs Größte missachtet¹¹⁵, wäre der Schweizer Bankwirtschaft der seit Jahrzehnten schwerwiegendste Fall einer Bankinsolvenz möglicherweise erspart geblieben.

4. *Organgeschäfte*

214. Im Gegensatz zu Fragen der Risikoverteilung haben Kredite und Geschäfte zwischen den Banken und ihren Organen in den letzten Jahrzehnten die Bankenaufsicht relativ wenig beschäftigt¹¹⁶. Ein Grund mag in der eher largen rechtlichen Regelung liegen¹¹⁷. Anders als beispielsweise in Deutschland¹¹⁸ besteht weder eine klare Definition des Organbegriffs, noch einheitliche Zuständigkeitsregeln¹¹⁹, noch eine Meldepflicht an die Aufsichtsbehörde. Nach dem Bankengesetz dürfen "Kredite an Mitglieder der Bankorgane und an massgebende Aktionäre sowie die ihnen nahestehenden Personen nur nach den allgemein anerkannten Grundsätzen des Bankgewerbes gewährt werden"¹²⁰. Zweifelt eine Revisionsstelle daran, hat sie den Entscheid der EBK einzuholen¹²¹. Offenbar besteht in der Praxis kaum ein Anlass zu Zweifeln. Jedenfalls sind solche Anfragen einer Revisionsstelle äusserst selten.

215. Nach LUTZ ergeben sich die gesetzlichen Grundsätze bereits aus "dem Selbstverständnis des Bankgewerbes bezüglich der ordentlichen Geschäftsführung und Geschäftspolitik. ... Operationale Regeln der Abgrenzung gegenüber verpöntem Verhalten bestehen jedoch nicht"¹²². Dem ist nach dem heutigen Stand der Dinge zuzustimmen, aber auch der Aussage, es sei bei Organkrediten "besondere Vorsicht am Platze"¹²³. Die

¹¹⁵ Vgl. EBK Jahresbericht 1991, 26.

¹¹⁶ Vgl. EBK Bulletin 2 (1978), 23 und 5 (1980), 41 sowie nun EBK Jahresbericht 1993, 30.

¹¹⁷ Vgl. allgemein LOUIS BOCHUD, Darlehen an Aktionäre aus wirtschaftlicher, zivil- und steuerrechtlicher Sicht, Diss. Bern, Bern 1991.

¹¹⁸ Die eher komplizierten Paragraphen 15 f. KWG verlangen beispielsweise für Kredite an die obersten Bankorgane und an mit ihnen verbundene natürliche oder juristische Personen einen einstimmigen Beschluss sämtlicher Geschäftsleiter und die ausdrückliche Zustimmung des Aufsichtsorgans sowie (bei Krediten über 250 000 DM) eine Meldung an die Aufsichtsbehörde.

¹¹⁹ Immerhin verlangt die EBK bei der Genehmigung von Reglementen, dass die Kompetenzen und die Entschlussfassung über Organkredite geregelt sind.

¹²⁰ Art. 4^{ter} Abs. 1 BankG.

¹²¹ Art. 22 BankV.

¹²² LUTZ (1990), Kommentar, N. 2 zu Art. 4^{ter} BankG.

¹²³ LUTZ ebenda.

Gretchenfrage lautet, ob der Kredit an völlig unbeteiligte Dritte zu den gleichen Konditionen¹²⁴ ebenfalls gewährt würde, oder umgekehrt ob das Organ den Kredit von einer unabhängigen Drittbank ebenfalls zu den gleichen Konditionen erhalten würde. Das Gesetz spricht nur von Organkrediten. Die gleiche Vorsicht ist aber vernünftigerweise auch bei anderen Organgeschäften angebracht, so beim Erwerb oder Verkauf von Wertpapieren, Liegenschaften und Beteiligungen von oder an Organe.

216. Tatsächlich zeigt die Erfahrung, wie gefährlich es für die Existenz einer Bank ist, wenn Organe und massgebende Aktionäre ihren Einfluss missbrauchen¹²⁵. Besonders bei Banken mit kleinem und privatem Eigentümerkreis ist seitens der Revision und der "outsider" im Verwaltungsrat äusserste Aufmerksamkeit gefordert. Organkredite an ehrbare Schuldner sind bereits heikel. Katastrophal wird die Sache, wenn unlautere Motive im Spiele sind. Hier ist meist die Entdeckung eines Organkredits höchst schwierig, weil das ungetreue Organ versuchen wird, die Sache zum Beispiel durch die Verwendung von Sitzgesellschaften oder über Tochtergesellschaften der Bank zu verschleiern¹²⁶. Dies ist mit ein Grund für eine umfassende Information des über einen Kredit entscheidenden Organs¹²⁷. Sonnenlicht heilt auch bankintern manches.

XII. Sorgfältige Überwachung

1. Überwachung als Aufgabe des Verwaltungsrates

217. Die Geschäfte der Bank müssen nicht nur sorgfältig geführt, sondern die Geschäftsführung auch sorgfältig überwacht werden. Nach Aktienrecht gehört die Oberaufsicht zu den nicht an andere Organe delegierbaren Aufgaben des Verwaltungsrates¹²⁸. Das Gleiche gilt aufgrund der für alle Banken vorgeschriebenen Funktionentrennung¹²⁹ grundsätzlich¹³⁰ für alle Banken unabhängig ihrer Rechtsform. Nicht delegierbar bedeutet sinnvollerweise nicht, dass die Überwachung ausschliesslich dem Verwaltungsrat obliegt. Aber er soll jedenfalls funktionsgerecht neben anderen

¹²⁴ Was klar geregelte Vorzugsbedingungen für Kredite von geringer Höhe oder zu einem klar definierten Zweck (z.B. Hypotheken) jedenfalls an Bankangestellte nicht ausschliesst.

¹²⁵ Vgl. die von MÜLLER (1987), 48 f., genannten. Weitere Beispiele liessen sich anführen, so die (in der Zwischenzeit von einer andern Bank übernommene) Regionalbank, welche meinte, ihrem Direktor ein Weingut finanzieren zu müssen.

¹²⁶ MÜLLER (1987), 48 f.

¹²⁷ Dazu hinten Rz. 226 ff.

¹²⁸ Art. 716a Abs. 1 Ziff. 5 OR.

¹²⁹ Vgl. vorne Rz. 193 ff.

¹³⁰ Eine Ausnahme bilden zwangsläufig die Privatbankiers als Personengesellschaften. vgl. KLEINER (1993), Kommentar, N. 20 zu Art. 3-3^{ter} BankG.

Organen auch überwachen. Der Verwaltungsrat darf sich dieser Aufgabe nicht durch Delegation entledigen, und die Generalversammlung darf sie ihm nicht entziehen. Gegenstand der Oberaufsicht bildet einerseits die Befolgung von Gesetzen, Statuten, Reglementen und Weisungen (normative Kontrolle) und anderseits die Geschäftsführung schlechthin (betriebswirtschaftliche Kontrolle)¹³¹.

218. Als Hilfsmittel stehen dem Verwaltungsrat neben der (von ihm selbst definierten¹³²) Berichterstattung durch die Geschäftsleitung die Berichte der externen Revisionsstellen¹³³ und der internen Revision (Inspektorat)¹³⁴ zur Verfügung. Die EBK schreibt für grössere Banken grundsätzlich¹³⁵ eine interne Revision vor¹³⁶. Sie muss fachlich qualifiziert und organisatorisch selbständig sein und unabhängig vom täglichen Geschäftsgeschehen arbeiten können. Sie muss über ein unbeschränktes Einsichtsrecht innerhalb der Bank und ihrer Tochtergesellschaften verfügen¹³⁷. Ihre ordentliche Aufgabe ist die Prüfung nicht nur der finanziellen Ergebnisse ("financial auditing"), sondern auch diejenige des internen Kontrollsystems und der Einhaltung von Geschäftspolitik, Gesetz und bankinternen Organisationsgrundlagen ("operational auditing")¹³⁸. Sie soll ein wesentliches Führungsinstrument des Verwaltungsrates bilden.

219. Die EBK verlangt, dass die interne Revision vom "Organ für Oberleitung, Aufsicht und Kontrolle"¹³⁹, d.h. in der Regel durch den Verwaltungsrat einer Bank, gewählt wird, diesem unmittelbar untersteht, durch ihn geführt wird und ihm Bericht erstattet. Die etwas ungenaue Formulierung schliesst eine Unterstellung unter einen Verwaltungsratsausschuss oder den Präsidenten des Verwaltungsrates nicht aus. Der Verwaltungsrat kann die Oberaufsicht zwar nicht an die Direktion delegieren, wohl aber innerhalb des Gremiums übertragen¹⁴⁰. Wie die Erfahrung lehrt, kann aber auch ein Verwaltungsratspräsident eine übermächtige Stellung erhalten,

¹³¹ BÖCKLI (1992), Rz. 1568.

¹³² Vgl. vorne Rz. 101.

¹³³ Vgl. vorne Rz. 123 ff.

¹³⁴ Stellung, Aufgaben und Arbeitsweise der internen Revision gerade bei Banken wurden in den letzten Jahren vermehrt betriebswirtschaftlich durchleuchtet, vgl. beispielsweise URS BLATTMANN, Qualität und Wirtschaftlichkeit in der bankinternen Revision, Diss. ZH, Zürich 1990; MARCEL KESSELI, Operational auditing im Bankbetrieb, Diss. SG, St. Gallen 1984; MARGRIT PFÄFFLI-HUBER, Bankinterne Revision, Moderne Aspekte aus schweizerischer Sicht, Diss. ZH, Zürich 1983; JAKOB BÄR, Interne Revision, Grundlagen und Entwicklungen unter besonderer Berücksichtigung der schweizerischen Verhältnisse, Zürich 1979. Vgl. zur internen Revision auch das RHB 5.2/52 ff.

¹³⁵ Zu Ausnahmen vgl. EBK Jahresbericht 1989, 21 f.

¹³⁶ Vgl. Einzelheiten im EBK Rundschreiben 88/2 (Interne Revision).

¹³⁷ EBK Rundschreiben 88/2 (Interne Revision), Rz. 13 und 15.

¹³⁸ Vgl. RHB 5.2/59 ff.

¹³⁹ EBK Rundschreiben 88/2 (Interne Revision), Rz. 12.

¹⁴⁰ Art. 716a Abs. 2 OR.

besonders wenn er noch Hauptaktionär ist. In diesem Fall und auch bei grösseren Banken erscheint deshalb im Sinne von “checks and balances” die Einrichtung eines Kontrollausschusses (“audit committee”) mit ausserstehenden Verwaltungsratsmitgliedern sinnvoll¹⁴¹. Zwingend verlangt wurden solche Kontrollkommissionen seitens der Aufsichtsbehörde aber bisher noch in keinem Fall.

2. *Interne Kontrolle und “controlling” als Aufgabe der Geschäftsführung*

220. Als Ergänzung zur Oberaufsicht durch Verwaltungsrat und in- und externer Revision als dessen wichtigsten Hilfsmitteln liegt die Verantwortung für ein wirksames internes Kontrollsystem bei der Geschäftsleitung einer Bank. Diese Auffassung vertritt ein ebenfalls “aufsichtsrechtlich verstärktes”¹⁴² Zirkular der Schweizerischen Bankiervereinigung aus dem Jahre 1987¹⁴³. Es wurde auf Anregung der EBK ausgearbeitet, welche aufgrund von Untersuchungen über Verlustfälle bei verschiedenen Banken in den Jahren 1984 und 1985¹⁴⁴ Mängel in den Kontrollsystemen feststellte. In der Sache erläutert es die Erkenntnisse der Revisionslehre¹⁴⁵ für die besonderen Verhältnisse der Banken. Ähnlich wie im Ausland¹⁴⁶ wurden also auch in der Schweiz diese Richtlinien in engem Zusammenwirken zwischen Banken, Revisoren und Aufsichtsbehörden ausgearbeitet.

221. Neben der durch die hierarchisch Vorgesetzten ausgeübten direkten Führungskontrolle umfasst das interne Kontrollsystem vor allem selbsttätige Sicherungsmassnahmen durch technische Hilfsmittel und vor allem durch richtige Ausgestaltung der bankinternen Handlungsabläufe. Sie sind so konsequent wie möglich nach dem Grundsatz der Funktionentrennung zu organisieren. Jede Arbeit soll kontrollierbar sein, jeder Arbeitsablauf so aufgebaut, dass das Ergebnis von zwei Seiten her abgestimmt und

¹⁴¹ Dieses Importprodukt aus den USA wird insbesondere von GLAUS (1990), 248 ff. im Anschluss an die dort in FN 170 genannten Werke von ZÜND unterstützt. Ebenso GISLER (1994), 288 ff. Zu einem Kontrollausschuss in einer Grossbank ROLF PFÄFFLI, ST 1988, 468-474.

¹⁴² Vgl. EBK Rundschreiben 93/3 (Revisionsbericht: Form und Inhalt), Rz. 20 und Anhang I: Ziff. 1.

¹⁴³ Zirkular Nr. 768D vom 6.4.1987, “Interne Kontrolle im Bankbetrieb als Aufgabe der Geschäftsleitung”.

¹⁴⁴ Vgl. EBK Jahresbericht 1984, 38 ff. und 1985, 10 ff.

¹⁴⁵ Vgl. RHB 4.1/574 ff.

¹⁴⁶ Vgl. Bank of England, Guidance note on accounting and other records and internal control systems and reporting accountants’ reports thereon, September 1987 (BSD/1987/2). Zu Entstehung und Inhalt vgl. ROLF PFÄFFLI, Richtlinien zur einwandfreien Bankgeschäftsführung, ST 1987, 486-492.

kontrolliert werden kann. Dabei muss jedes Kontrollsystem den Besonderheiten der einzelnen Bank angepasst sein. Als einfaches Beispiel einer organisatorischen Sicherung sei die zentrale Postöffnung und -verteilung erwähnt, welche verhindern kann, dass eingehende Bestätigungen von Gegenparteien im Interbankgeschäft statt von der Administration vom Händler behändigt werden können¹⁴⁷.

222. Als “controlling” werden gemeinhin Überwachungsmaßnahmen bezeichnet, welche sich nicht wie die interne Kontrolle auf Handlungsabläufe, sondern auf den Handlungserfolg beziehen¹⁴⁸. Dazu gehört auch eine vollständige Erfassung aller möglicher Geschäftsrisiken (“risk management”). Zwar geben die erwähnten bankengesetzlichen¹⁴⁹ Risikoverteilungs- und Eigenmittelvorschriften Vorgaben. Auch für Länderrisiken bestehen Regeln der Aufsichtsbehörden¹⁵⁰. Bei weitem nicht alle Risiken sind jedoch rechtlich erfasst. Hier ist die Eigenverantwortung der Banken gefordert.

XIII. Sorgfalt im Kreditgeschäft

1. Kreditbeschränkende Wirkung des Aufsichtsrechts

223. Es bestehen in der Schweiz zur Zeit weder wirtschaftspolitische noch gewerbepolizeilich-aufsichtsrechtliche Massnahmen zur Lenkung der Kreditfähigkeit der Banken. Sofern sie ausreichend organisiert ist und die für die jeweilige Kreditart nötigen Kenntnisse besitzt, kann eine Bank alle möglichen Kredite gewähren. Auch eine “Wagnisfinanzierung” junger Unternehmen ist aufsichtsrechtlich nicht ausgeschlossen. Jede Bank ist frei, ihre diesbezügliche Geschäftspolitik festzulegen.

224. Die Banken müssen jedoch ihr Kreditrisiko erfassen und kontrollieren können. Dies bedingt Sorgfalt bei der Kreditorganisation, -gewährung und -überwachung. Abgesehen von den Risikoverteilungsvorschriften bestehen dazu nur wenige konkrete und rechtlich verbindlich formulierte Regeln¹⁵¹. Einziger Ansatz bilden auch hier die Generalklauseln der angemessenen Organisation¹⁵² und der Gewähr für eine einwandfreie

¹⁴⁷ Vgl. die Beispiele von Testfragen zur Prüfung des internen Kontrollsystems durch die Revisoren in Anhang 2 zum Zirkular der Bankiervereinigung (FN 143) und in RHB 6.1/266 ff.

¹⁴⁸ RHB 4.1/574.

¹⁴⁹ Und allenfalls diejenigen des Börsengesetzes, welche aber möglichst weitgehend auf die Anforderungen nach Bankengesetz abgestimmt werden sollen, vgl. EBK Jahresbericht 1993, 39 f.

¹⁵⁰ EBK Rundschreiben 92/4 (Länderrisiken).

¹⁵¹ Vgl. Art. 9 BankV.

¹⁵² Art. 3 Abs. 2 Bst. a BankG.

Geschäftstätigkeit¹⁵³. Nachdem bedeutende Verluste verschiedener Banken erhebliche Mängel in ihrer Kreditadministration offenbart hatten¹⁵⁴, erwog die EBK 1991, ein Rundschreiben mit Minimalanforderungen auszuarbeiten¹⁵⁵. Sie verfolgte die Idee aber vorläufig nicht weiter, um die Organisationsfreiheit der Banken nicht allzu stark zu beschränken¹⁵⁶. Im übrigen hat sich die EBK nur in vereinzelten Verfügungen näher zur Kontrolle der wirtschaftlichen Risiken im Kreditgeschäft geäußert¹⁵⁷.

225. Von den wirtschaftspolitisch begründeten gesetzlichen Beschränkungen des Hypothekarkredits durch das bürgerliche Bodenrecht¹⁵⁸ und den Massnahmen zur Bekämpfung der Bodenspekulation¹⁵⁹ soll hier nicht die Rede sein. Ebenso wenig bestehen zur Zeit konjunktur- und währungspolitische Kreditbegrenzungen¹⁶⁰. Auch das Aufsichtsrecht beschränkt jedoch die Höhe eines Kredites an einen einzelnen Schuldner. Ziel der Beschränkung ist jedoch einzig die Verminderung des Kreditrisikos im Interesse der Bank selbst und damit der Bankgläubiger¹⁶¹. Die diesbezügliche Wirkung der Risikoverteilungsvorschriften wurde bereits erwähnt¹⁶². Darüber hinaus verlangt die EBK in den Reglementen Belehnungsgrenzen für gedeckte Kredite. Sie haben eine gesamtwirtschaftlich wahrscheinlich noch bedeutendere Beschränkungswirkung, allerdings nur sofern sie eingehalten werden.

2. Kreditgewährung

226. Die Bank muss die Kreditadministration sachgerecht organisieren und ihre Kreditpolitik festlegen¹⁶³. Die möglichen Kreditarten sind in

¹⁵³ Art. 3 Abs. 2 Bst. c BankG.

¹⁵⁴ Vgl. EBK Jahresbericht 1991, 22 ff. (Omni/Rey) und 26 ff. (Spar- und Leihkasse Thun).

¹⁵⁵ EBK Jahresbericht 1991, 48.

¹⁵⁶ AELLEN/MÜLLER, ST 1993, skizzieren den möglichen Inhalt eines solchen Rundschreibens.

¹⁵⁷ Vgl. EBK Bulletin 11 (1982), 15 und 22 (1992), 27.

¹⁵⁸ Das BG über das bürgerliche Bodenrecht vom 4.10.1991, SR 211.412.11, begrenzt in Art. 73 ff. die Verpfändung landwirtschaftlicher Grundstücke.

¹⁵⁹ Der Bundesbeschluss über eine Pfandbelastungsgrenze für nichtlandwirtschaftliche Grundstücke vom 6.10.1989, SR 211.437.3) tritt Ende 1994 ausser Kraft.

¹⁶⁰ Das war nicht immer so, vgl. HANDBUCH, Stichwort "Kreditbegrenzung".

¹⁶¹ Wieweit diese Sorgfaltspflichten im eigenen Interesse der Bank zivil- oder gar strafrechtliche Reflexwirkungen zum Beispiel bei der Beurteilung allfälliger Schutzpflichten zu Gunsten des Schuldners (oder seiner Konkursmasse) oder unverbundener Dritter (wie der Geschäftspartner des Schuldners, Stichworte "Kreditäuschung" und "Konkursverschleppung") haben können, ist hier nicht zu untersuchen, vgl. GUGGENHEIM (1986), 102 ff., LÄNZLINGER (1992), 164 ff., ARZT (1994), Sanierungsentscheid, 159 (173 f.) und zum deutschen Recht KLAUS J. HOPT/PETER MÜLBERT, Kreditrecht, Berlin 1989, Rz. 291 ff. zu Paragraph 607 BGB.

¹⁶² Vgl. vorne Rz. 223.

¹⁶³ Vgl. AELLEN/MÜLLER, ST 1993, 655 ff. Sachdienlich auch die Checklisten für Revisoren in RHB 6.1/277 und (m.E. die Gewichte besser legend) in IFAC, International Auditing

Abhängigkeit zur Geschäftspolitik der Bank zu definieren. Die Bank sollte nur die Kreditarten pflegen, die ihrer allfälligen Spezialisierung entsprechen. Es sind die Kompetenzen der verschiedenen Organe und das Verfahren zu fixieren¹⁶⁴. Eine weitgehende Delegation ist vorzuziehen, um routinemässige "Genehmigungsentscheide" eines übergeordneten Organs zu vermeiden, welche die Verantwortlichkeiten verwischen¹⁶⁵. Voraussetzung ist allerdings ein funktionierendes Kontrollsystem. Insbesondere ist eine Trennung zwischen Kundenbetreuung und Kreditabwicklung anzustreben. Für gedeckte Kredite sind Belehnungsgrenzen und ein Verfahren zur Bestimmung der Belehnungswerte festzulegen¹⁶⁶.

227. Zur Prüfung des Kredits vor und nach der Krediterteilung von entscheidender Bedeutung sind ausreichende Unterlagen über die Schuldner und die allfällige Deckung. Sie müssen erstens vorhanden sein¹⁶⁷ und zweitens auch geprüft werden. Für jede Kreditart sind die nötigen Unterlagen über den Schuldner (z.B. geprüfte Jahresrechnung, Vermögensstatus, Steuerzahlen, Kreditauskünfte, Tragbarkeitsberechnungen, konsolidierte Angaben über die Gesamtverschuldung des Schuldner u.a.) und die Sicherheit (z.B. für Hypotheken: Kaufverträge, unabhängige (!)¹⁶⁸ Bewertungsgutachten, Baubewilligungen, Bau- und Zonenpläne, Mieterpiegel, Mietzinsberechnungen und -aufstellungen, Grundbuchauszüge u.a.¹⁶⁹) festzulegen.

228. Angaben über den Verwendungszweck des Kredits sind unumgänglich. Die Bank muss vor allem auch in der Lage sein, jederzeit das Gesamtengagement eines Schuldners und anderer mit ihm wirtschaftlich verbundener Schuldner¹⁷⁰ zu erkennen. Diese Angaben sollten (neben anderen) nicht nur im Kreditdossier, sondern auch im Kreditantrag an das

Practices Committee, International Statement on Auditing, The Audit of International Commercial Banks, Februar 1990, Appendix I B.

¹⁶⁴ Art. 9 Abs. 1 BankV.

¹⁶⁵ KLEINER (1993), Kommentar, N. 17 zu Art. 3-3^{ter} BankG.

¹⁶⁶ Vgl. für Hypothekarkredite die Richtlinien der Bankiervereinigung für die Abwicklung und die Bewertung grundpfandgesicherter Kredite (direktes und indirektes Hypothekargeschäft) vom 23.12.1993 (Zirkular Nr. 1102D), Ziff. 3 und 4. Die EBK "nahm von diesen Richtlinien Kenntnis und bezeichnete sie als striktes Minimum, welches von den Banken einzuhalten ist", EBK Jahresbericht 1993, 44 f.

¹⁶⁷ Und zwar schriftlich um auch der Revisionsstelle zu erlauben, sich ein zuverlässiges Urteil über das Geschäft zu bilden, Art. 9 Abs. 3 BankV.

¹⁶⁸ Vgl. EBK Bulletin 2 (1978), 31 (40).

¹⁶⁹ Leider waren solche Unterlagen in den Kreditdossiers verschiedener Banken jedenfalls bis vor kurzem nicht selbstverständlich, wie die Erfahrungen der jüngsten Vergangenheit zeigen, vgl. z.B. EBK Jahresbericht 1991, 23 f. (Kredite an Omni/Rey) und 26 (Spar- und Leihkasse Thun). Vgl. die Richtlinien der Bankiervereinigung (FN 166), Ziff. 2.

¹⁷⁰ Dies verlangt Art. 21 Abs. 5 BankV, der allerdings relativ eng formuliert ist (Verbindungen über gegenseitige Beteiligungen von mehr als 50% des Kapitals). Die Bank ist gut beraten, auch andere wirtschaftliche Verflechtungen zu berücksichtigen.

über den Kredit entscheidende Bankorgan enthalten sein¹⁷¹. Kennen muss das entscheidende Organ auch den Namen des Schuldners¹⁷² und – jedenfalls bei Krediten im Umfang von mehreren Millionen Franken –¹⁷³ den Namen einer an einer schuldnerischen Sitzgesellschaft “wirtschaftlich berechtigten” Person. Kredite an Anonyme darf es nicht geben. Im übrigen ist die Bonitätsbeurteilung bei der Kreditgewährung nach wie vor eine Kunst des Bankiers, die der rechtlichen Regulierung mit Vorteil entzogen ist¹⁷⁴.

229. In diesem Zusammenhang fragt sich bei gedeckten Krediten, wie weit sich die Bank auf den Wert des Pfandes verlassen darf, oder ob sie auch die Bonität des Schuldners abklären muss. Anders als das deutsche¹⁷⁵ kennt das schweizerische Recht keine ausdrückliche Vorschrift. Die EBK bejaht wohl grundsätzlich eine Pflicht zur Bonitätsprüfung¹⁷⁶. Sie hat die Frage aber jedenfalls für “kleinere, kurzfristige Lombardkredite mit einwandfreier Deckung” offengelassen¹⁷⁷. Insbesondere auch bei Hypothekarkrediten nahe an den Belehnungsgrenzen ist eine gründliche Prüfung der Tragfähigkeit für den Schuldner und von dessen Bonität unumgänglich¹⁷⁸. Ermittelt eine Bank die Belehnungswerte und davon abgeleitet die reglementarische Belehnungsgrenze für die Finanzierung eines Liegenschaftskaufs, sollte sie vermutungsweise vom verkündeten Kaufpreis als Höchstwert ausgehen¹⁷⁹.

¹⁷¹ Vgl. dazu AELLEN/MÜLLER, ST 1993, 655 (657).

¹⁷² EBK Jahresbericht 1992, 43, danach kann bei Krediten an Kunden mit Nummernkonto auch mündlich orientiert werden, was protokollarisch festzuhalten ist.

¹⁷³ In diesem Sinne wird der in EBK Bulletin 15 (1985), 14 ff. aufgestellte Grundsatz im Jahresbericht 1985, 22 relativiert. Als Begründung überlagern sich allerdings Argumente des Gläubiger- und des Vertrauensschutzes. Zur “Abklärung der wirtschaftlichen Hintergründe” hinten 274 ff.

¹⁷⁴ Zu entscheidungstheoretisch-statistischen Ansätzen der Bonitätsbeurteilung vgl. zuletzt JOS HEHLI, Qualitative Bonitätsprüfung mittlerer und grosser Firmenkunden des Kommerzgeschäfts Schweiz, Diss. ZH, Bern 1994; RUDOLF VOLKART, Bonitätsbeurteilung und Kreditentscheidung aus bewertungstheoretischer und kreditpolitischer Sicht, in: ZÜND/SCHULTZ/GLAUS (Hrsg.), FS Carl Helbling, Zürich 1992, 471-485.

¹⁷⁵ Nach Paragraph 18 KWG darf ein Kreditinstitut davon absehen, sich vom Schuldner seine “wirtschaftlichen Verhältnisse” offenlegen zu lassen, wenn dies “im Hinblick auf die gestellten Sicherheiten oder auf die Mitverpflichteten offensichtlich unbegründet wäre”.

¹⁷⁶ EBK Bulletin 15 (1985), 14 (16).

¹⁷⁷ Vgl. die Relativierung der soeben genannten Empfehlung des Sekretariates der EBK im EBK Jahresbericht 1985, 22.

¹⁷⁸ Ebenso die Richtlinien der Bankiervereinigung (FN 166), Ziff. 1.

¹⁷⁹ EBK Bulletin 22 (1992), 27 (29 f.). Die Richtlinien der Bankiervereinigung verlangen im übrigen für Hypothekarkredite, dass die Bank intern die Kriterien zur Ermittlung der Belehnungswerte inklusive Kapitalisierungssätze festlegt. Dem Bewertungslaien leuchtet dabei für Renditeobjekte der Grundsatz ein: “Von allen Grundstückswerten hat der Ertragswert den grössten Wirklichkeitsbezug”; FRANCESCO CANONICA (VAS, Hrsg.), VAS-Schätzerlehrgang, Praktische Anleitung für Grundstückschätzer, Bern 1993, 53.

3. Kreditüberwachung und -bewertung

230. “Die Erfahrung zeigt, dass ein Grossteil der Kreditverluste der Banken nicht auf falsche Kreditentscheide, sondern auf eine ungenügende Kreditüberwachung zurückzuführen ist”¹⁸⁰. Tatsächlich ist eine regelmässige nachträgliche Überprüfung sowohl der Schuldner als auch der Sicherheiten sehr wichtig. Überwacht werden müssen sowohl Einzelkredite als auch das gesamte Kreditportfeuille. Besonders bei der Gesamtbewertung kommt den gesamtwirtschaftlichen und branchenspezifischen Faktoren naturgemäss eine ausserordentliche Bedeutung zu.

231. Die angemessene Organisation und die Kriterien der Kreditüberwachung können hier nicht erläutert werden¹⁸¹. Die Kreditüberwachung erfolgt in der Regel als erstes durch den Kreditsachbearbeiter. Wegen seiner engen Kontakte zum Kunden kann seine Beurteilung sehr subjektiv gefärbt werden. Eine Kontrolle der Kreditüberwachung durch Vorgesetzte und Inspektorat beispielsweise anhand von Frühwarnlisten¹⁸² ist deshalb wichtig¹⁸³. Dies gilt gerade und besonders auch für Kredite in der Kompetenz der obersten Geschäftsleitung¹⁸⁴. Die Kredite können nur überwacht werden, wenn die Kreditdossiers regelmässig nachgeführt werden.

232. Auf die Kreditüberwachung stützt sich die manchmal bittere Aufgabe der Kreditbewertung. Entgegen der hin und wieder von Bankverwaltungsräten geäusserten Meinung ist sie weder ausschliesslich noch in erster Linie Aufgabe der externen Revisoren¹⁸⁵. Eine risikogerechte Bewertung ist vielmehr als erstes Sache der Bank selbst, auch wenn der Revisor diese vorsichtigerweise bloss als mögliche aber zu erhärtende Behauptung der Bankleitung betrachten sollte. Zuständigkeiten und Verantwortlichkeiten für die Bewertung von Kreditrisiken müssen bankintern geregelt sein, wobei auch hier eine Funktionentrennung anzustreben ist¹⁸⁶. Klarerweise darf die richtige Bewertung des Kreditrisikos, trotz der

¹⁸⁰ WALTER FREHNER, in: Handbuch, Stichwort “Kreditüberwachung”.

¹⁸¹ Vgl. z.B. SCHIERENBECK (FN 99), 657 ff. m.w.H.; A. SCHMOLL, Effiziente Kreditüberwachung in der Bankpraxis, Gesellschaft für Bankenrevision (Hrsg.), Bern 1993.

¹⁸² Vgl. SCHMOLL (FN 181), 45 ff.

¹⁸³ PETER BÜRKLIN, Die Prüfung der internen Kontrolle (System), in: HSG/Bankiervereinigung (Hrsg.), Revision des Kreditgeschäfts, St. Gallen 1981, 25 (46). Zur Frage, ob die Bonitätsbeurteilung an sich von der Kundenbetreuung abgekoppelt werden sollte, vgl. HEHLI (FN 4), 214 ff.

¹⁸⁴ “Es gibt gute Kredite, schlechte Kredite und Vorstandskredite” (deutsche Merkregel für das Kreditgeschäft).

¹⁸⁵ Welche aber selbständig bewerten müssen, vgl. Art. 9 Abs. 3 und 44 Bst. c BankV, EBK Rundschreiben 93/3 (Revisionsbericht), Rz. 15 und 23.

¹⁸⁶ BÜRKLIN (FN 183), 25 (46).

möglicherweise gravierenden Konsequenzen¹⁸⁷, nicht vom laufenden Ertrag oder den vorhandenen Reserven abhängig sein¹⁸⁸.

233. Die EBK überprüft als Aufsichtsbehörde normalerweise die Bewertungen durch die Banken und die Revisionsstellen nicht. Feste und spezifische Regeln bestehen nur ausnahmsweise¹⁸⁹. Globalrisiken sind durch pauschale Wertberichtigungen abzudecken¹⁹⁰. Ausgesprochen schwierig ist die Schätzung der Wertberichtigungen auf Einzelrisiken¹⁹¹. Nicht erst¹⁹² aber gerade in jüngster Vergangenheit ergaben sich wiederholt atemberaubende Unterschiede zwischen Bewertungen verschiedener Revisionsstellen¹⁹³. Es gelten die (höchst allgemeinen) Grundsätze der kaufmännischen Buchführung. Anwendung finden somit das Vorsichts- und das Imparitätsprinzip, wonach Gewinne erst bei ihrer Realisierung, Verluste aber bereits bei ihrer Erkennbarkeit zu berücksichtigen sind¹⁹⁴. Die Hoffnung auf bessere Zeiten (z.B. auf eventuelle zukünftige Zinsänderungen) ist kein Aktivposten in der Bilanz¹⁹⁵. Zwingend nötig sind Wertberichtigungen bei ungenügenden Kreditunterlagen, welche keine

¹⁸⁷ Vgl. vorne Rz. 203 ff. und EBK Jahresbericht 1990, 31 f.

¹⁸⁸ Vgl. EBK Bulletin 2 (1978), 31 (39 f.). Andere Beispiele aus jüngerer Zeit liessen sich anführen.

¹⁸⁹ So bestehen für Länderrisiken seit 1983 feste Mindestsätze für Wertberichtigungen, vgl. EBK Rundschreiben 92/4 (Länderrisiko). Sie stützen sich jedoch ebenfalls auf die Einschätzung "durch massgebende Geschäftsbanken mit Sitz in der Schweiz und zum anderen auf Länderbeurteilungen spezialisierter Institute" (Rz. 12 des Rundschreibens).

¹⁹⁰ Die diesbezüglichen Bewertungsgrundsätze und ihre allfällige Änderung sollten im Anhang zur Jahresrechnung dargelegt werden. Eine entsprechende Vorschrift ist in den geplanten neuen Rechnungslegungsvorschriften vorgesehen. Ein derartiger Expertenentwurf ging im Mai 1994 in Vernehmlassung, vgl. EBK Jahresbericht 1993, 41 f.

¹⁹¹ GERALD BOURQUIN schlägt als Massstab die Bewertung vor, welche ein "aufrichtiger, ernsthafter und vernünftiger Kaufmann" vornehmen würde, *La recherche de la vérité en matière d'évaluation*, in: ZÜND/SCHULTZ/GLAUS (Hrsg.), FS Carl Helbling, Zürich 1992, 101 (107). Ob dieses handelsrechtliche Pendant zum guten Familienvater der Praxis weiterhilft, bleibe offen.

¹⁹² Vgl. BGE 103 Ib 350 (361) im Anschluss an EBK Bulletin 2 (1978), 31 (37 ff.). Die Unsicherheit und die Diskussionen über Kreditbewertungen sind wohl eine der wenigen Konstanten im Bankgeschäft.

¹⁹³ Vgl. die diesbezüglichen Klagen der EBK in den Jahresberichten 1990, 31 f.; 1991, 43 f.; 1993, 46 ff. Als Hauptgrund der Bewertungsunterschiede zwischen zwei Revisionen sieht der Revisor HANS SCHMID, *Die Kreditbewertung der Banken im Wandel*, ST 68 (1994), 473 (447), den Zeitablauf und die entsprechend aktuellere Information des Zweitrevisors. Es gäbe auch weniger unverfängliche Erklärungen.

¹⁹⁴ BGE 115 Ib 55 (59 f.), 105 Ib 406 (410). Beide Entscheide betrafen Banken, welche sich (erfolglos) gegen eine Anweisung der EBK wehrten, eine Verlustabdeckung durch den Hauptaktionär in der publizierten Jahresrechnung auszuweisen.

¹⁹⁵ Es sei denn mit Erlaubnis des Bundesrates, vgl. Art. 6 Abs. 2 BankG. In schweren Wirtschaftskrisen soll vorübergehend eine andere Bilanzwahrheit gelten dürfen, vgl. PAUL EHRSAM, *Die Bankenkrise der 30er Jahre in der Schweiz*, in: EBK (Hrsg.), 50 Jahre eidgenössische Bankenaufsicht, Zürich 1985, 83 (113 ff.). Solche Sondervorschriften galten von 1936 bis 1954 für alle bilanzpflichtigen Unternehmen.

unabhängige und aktuelle Bewertung erlauben¹⁹⁶. Kann die Bonität eines Schuldner eines gedeckten Kredites nicht beurteilt werden oder ist sie schlecht, so hängt der Wert des Kredites von demjenigen der Deckung ab und zwar vom Liquidationswert¹⁹⁷.

¹⁹⁶ BGE 115 Ib 55 (59).

¹⁹⁷ BGE 115 Ib 55 (61).

3. Teil: Sorgfalt und Vertrauensschutz

XIV. Eigeninteresse der Banken am Vertrauensschutz und dessen Grenzen

234. Die im folgenden erläuterten Anforderungen an die Sorgfalt der Banken bezwecken in erster Linie, das Vertrauen des Publikums und der in- und ausländischen Öffentlichkeit in ein korrektes Bankensystem zu erhalten (“Vertrauens- oder Rufschutz”)¹. Immerhin ist nochmals auf die geschilderten Wechselwirkungen zwischen Gläubiger- und Vertrauensschutz hinzuweisen². Alle Aufsichtsziele sind eng miteinander verknüpft. Unkorrektes Geschäftsverhalten, welches öffentlich bekannt wird, führt mit Sicherheit zu einer erheblichen zeitlichen Belastung der Bankorgane, welche ihre Arbeitskraft auch für Gescheiteres verwenden könnten. Respektable finanzielle Kosten für Anwälte und Berater sind wahrscheinlich. Schliesslich kann beispielsweise die tendenzielle Bereitschaft einer Bank, Vermögensverwaltungskunden bei zweifelhaften Geschäften mit Strohmannern und Treuhanddiensten beizustehen, zu einer allgemeinen Unkultur in der Bank führen, welche sich wiederum auch im eigentlichen Risikogeschäft der Bank ausbreiten kann.

235. Die öffentliche Diskussion über ein unkorrektes Geschäftsverhalten kann dem Image einer Bank bei ihrer (seriösen) Kundschaft erheblich schaden, auch (oder gerade) wenn die öffentliche Aufregung jedes Mass vermissen lässt und in heuchlerische Hysterie ausartet. Der Vorfall selbst, aber auch die von der Bank oder den Behörden in der Folge getroffenen Massnahmen können zu Abzügen von Kundengeldern oder sogar zur Kürzung von Kreditlimiten durch andere Banken führen. Dies kann unter Umständen kurzfristige Liquiditätsprobleme und mittel- oder längerfristige Ertragsausfälle bewirken. Im Extremfall wird die Weiterführung der Bank nicht erst aufgrund behördlicher Massnahmen, sondern bereits aufgrund solchen Marktdruckes unmöglich. Weniger von Bedeutung sind dagegen hierzulande die direkten finanziellen Auswirkungen rechtswidrigen Verhaltens in Form allfälliger Bussen, da die Strafbarkeit der juristischen Person verbunden mit sehr hohen Bussen bislang fehlt³.

236. Diese drastischen Auswirkungen unkorrekter oder sogar strafbarer Geschäfte folgen allerdings nicht aus ihrem Abschluss, sondern erst aus ihrer Entdeckung. Vorher hat die Bank an diesen Geschäften wirtschaftlich das gleiche Interesse wie an anderen Geschäften auch. Diese wenig neue

¹ Vgl. vorne Rz. 19 ff.

² Vgl. vorne Rz. 49.

³ Vgl. vorne Rz. 122.

Erkenntnis sei denjenigen entgegengehalten, welche meinen, angesichts des Eigeninteresses der Banken erübrigten sich Regulierungen und vor allem auch Kontrollen. Worte können sich von Taten unterscheiden, auch wenn im allgemeinen die Ernsthaftigkeit der Absichten der Banken beispielsweise zur Bekämpfung der Geldwäscherei ausser Zweifel steht.

237. Auch bankintern bestehen je nach Hierarchiestufe und Funktion zwangsläufig unterschiedliche Sichtweisen. So wird ein an der Kundenfront stehender Vermögensverwalter die Dinge etwas anders sehen, als ein um mögliche rechtliche Risiken besorgter Angehöriger des Rechtsdienstes, von dem eine “kreative Beratung” und damit grünes Licht für ein bestimmtes Geschäft erwartet wird. Schwierig wird es insbesondere, wenn bankintern ehrgeizige wirtschaftliche Zielvorgaben bestehen, welche unter Einhaltung der gleichzeitig vorgeschriebenen Sicherheitsregeln im Grunde kaum zu erreichen sind⁴. Rechtswidrige und fragwürdige Geschäfte sind unerwünscht, keine Geschäfte ebenfalls. In diesem nicht zu beseitigenden Spannungsfeld das richtige Mass zu finden, ist die schwierige Aufgabe sowohl der Bankleitungen als auch der mit der Durchsetzung öffentlich-rechtlicher Sorgfaltspflichten betrauten Behörden.

XV. Sorgfältige Kundenidentifizierung

1. Ziele

238. Die Bank soll ihre Kunden kennen (“know your customer”). Das kann nun Verschiedenes bedeuten, was in den folgenden Kapiteln zu untersuchen sein wird. Alle Kenntnis beginnt für die Bank damit, sicher zu sein, mit wem sie Verträge abschliesst (“Identifikation” oder “Identifizierung” des Vertragspartners⁵). Hinzu kommt zu wissen, ob dieser Vertragspartner der Bank allenfalls für Dritte handelt (“Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten”).

239. Die Identifizierungspflichten verfolgen zwei Ziele. Als erstes haben die Banken ein eindeutiges Eigeninteresse an einer klaren Regelung der zivilrechtlichen Beziehungen zu ihren Kunden. Sie müssen wissen, wer ihr Vertragspartner ist, wer über ein Konto bevollmächtigt ist, wessen Weisungen sie zu befolgen haben, wem sie die Post zustellen müssen. In diesen Rahmen gehört auch die Kenntnis darüber, ob allenfalls ein Dritter eine besonders nahe Beziehung zu den eingebrachten Vermögenswerten besitzt. Freilich ist das letztgenannte Wissen zur Regelung der zivilrecht-

⁴ Vgl. C. MÜLLER (1992), 185.

⁵ Die VSB verwendet den mehrdeutigen Ausdruck “Identifikation”: Wer eine Person identifiziert, stellt ihre Identität fest, wer sich mit einer Person identifiziert, versetzt sich anerkennend in ihre Lage.

lichen Beziehungen zwischen der Bank und ihren Vertragspartnern nicht unbedingt erforderlich⁶. Es kann im Gegenteil für sie sogar nachteilig sein. Je mehr die Bank weiss (und wissen muss), je mehr wird sie sich dieses Wissen auch in zivilrechtlichen Auseinandersetzungen in der Dreiecksbeziehung Bank, Vertragspartner, “wirtschaftlich Berechtigte” oder von anderen Drittsprechern tendenziell entgegenhalten lassen müssen⁷. Das Eigeninteresse der Bank, den “wirtschaftlich Berechtigten” festzustellen, liegt nur (aber immerhin) darin, (möglicherweise) die verbrecherische Herkunft von Vermögenswerten zu bemerken und einen allfälligen zukünftigen Imageschaden vermeiden zu können.

240. Als zweites verfolgt die Identifizierungspflicht zusammen mit den entsprechenden Dokumentationspflichten ein klares öffentliches Interesse. Generell ist der Vertrauensschutz, die Wahrung des Ansehens der Schweizer Banken im In- und Ausland anzuführen. Konkret sollen sich die Banken in die Lage versetzen, Auskunftsbegehren von berechtigten Behörden über ihre Kundenbeziehungen wirksam erfüllen zu können. Dies wurde in der ersten VSB noch offen gesagt⁸. Bereits in der ersten Revision der VSB ging dieser Punkt verloren. Hier wie anderswo unterlag die VSB einem Erosionsprozess, der allerdings nur den Inhalt nicht die eindrückliche Verfahrensordnung betraf. Auch wenn die VSB seit 1982 etwas verschämt das Ziel der Informationsbeschaffung für allenfalls zu Anfragen berechnete Behörden nicht mehr erwähnt, kann heute nichts anderes gelten⁹. Ohne dieses Ziel wäre auch die Strafbestimmung von Art. 305^{ter} StGB nicht zu verstehen¹⁰. Klar zum Ausdruck kommt die Absicht, den Aufsichts- und Strafbehörden die Informationsbeschaffung zu erleichtern, in den Geldwäschereirichtlinien der EBK. Danach haben die Banken ihre Kundenbeziehungen so zu dokumentieren, dass sie in der Lage sind, “Auskunfts- und Beschlagnahmungsbegehren der Strafverfolgungsbehörden innert angemessener Frist nachzukommen”¹¹. In diesem

⁶ Ebenso JUNOD (1987), *activité irréprochable*, 91 (111).

⁷ Vgl. vorne Rz. 86 f. und hinten Rz. 255.

⁸ Rz. 3 VSB 1977: “Die Vereinbarung will die sorgfältige Abklärung der Identität jedes Bankkunden sicherstellen und dadurch den Behörden eine wirksame Durchsetzung der gestützt auf eidgenössische und kantonale Bestimmungen bestehenden Zeugnis- und Auskunftspflichten ermöglichen.”

⁹ EBK Jahresbericht 1990, 23. Ebenso NOBEL (1989), *Zivil- und Aufsichtsrecht*, 235 (249), DERSELBE (1985), *Sorgfaltspflicht*, 205 (225). Die gleiche Begründung für die Identifikationspflichten findet sich in den FATF Empfehlungen, vgl. EBK Bulletin 20 (1990), 87 und Art. 4 GWR.

¹⁰ Vgl. die Botschaft BBl 1989 II 1061 (1089) sowie ACKERMANN (1992), 96. Ohne diese Zielsetzung macht auch Rz. 25 der VSB 1992 keinen Sinn (keine Abklärung der wirtschaftlich Berechtigten, wenn Behörden einem Sammelkontoinhaber Auskunfts- und Blockierungsverfügungen direkt zustellen können).

¹¹ EBK Rundschreiben 91/3 Rz. 29 ff. Während die Banken diesen Forderungen schon länger nachkommen (vgl. DE CAPITANI, 1991, *Praktische Auswirkungen*, 93, 95 f.), sieht KISTLER (1994), 206 ff. durch ein zentrales Register der wirtschaftlich Berechtigten in

Sinne besteht durchaus eine Pflicht zur Wissensbeschaffung im Interesse der Behörden, was die Banken im Grunde selbst anerkennen¹². Dadurch verlor der Schweizer Finanzplatz eines der Attribute eines typischen off-shore Finanzplatzes, nämlich die fehlende Pflicht der wichtigsten Akteure, überhaupt zugreifbare Daten über ihre Geschäfte zu produzieren¹³.

2. Überlappende Grundlagen

241. Nicht weniger als drei verschiedene Grundlagen verpflichten die Banken heute zur Identitätsprüfung. Eine vierte soll möglicherweise bald dazukommen. Es wird zu erläutern sein, ob hier wirklich vierfach genäht werden soll und wird.

242. Als erste äusserte die EBK im Frühjahr 1977 noch relativ vage die Auffassung, die "Annahme von Geldern ohne eine zumutbare Kontrolle über Eigentümer und Herkunft" sei ein "Missbrauch des Bankgeheimnisses" und mit der vom Bankengesetz geforderten Gewähr für eine einwandfreie Geschäftsführung¹⁴ nicht zu vereinbaren¹⁵. Damit waren die Bank als Gesellschaft und die Bankorgane im Sinne von "Gewährsträgern"¹⁶ angesprochen. Die EBK beschäftigte sich aber in der Folge lange Zeit nicht mehr mit Fragen der Kundenidentifizierung, sondern überliess dieses Feld fast vollständig der Selbstregulierung¹⁷. In den letzten Jahren

den Banken die Persönlichkeitsrechte in Gefahr. Sie übersieht, dass die Geldwäschereirichtlinien der EBK kein zentrales Register verlangen.

¹² Widersprüchlich DE CAPITANI (1991), Praktische Auswirkungen, 93 (95 im Gegensatz zu 105). DE CAPITANI und RHINOW/BAYERDÖRFER (1990), Rz. 198, bestreiten zwar grundsätzlich eine Pflicht der Banken, sich Kenntnisse für allfällige Zeugnispflichten zu verschaffen, wehren sich aber umgekehrt nicht gegen die Pflicht zur Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten. Damit soll es aber sein Bewenden haben. Wie hier bereits LUSSE, WuR 30 (1978), 182 (198).

¹³ Vgl. ACKERMANN (1992), 57 ff., insbesondere 60, und den demnächst zur Publikation vorgesehenen Bericht der IOSCO, Report on issues raised for securities and futures regulators by under-regulated and uncooperative jurisdictions.

¹⁴ Art. 3 Abs. 2 Bst. c BankG.

¹⁵ EBK Jahresbericht 1976, 16 f. RHINOW/BAYERDÖRFER (1990) stimmen zu jedenfalls in bezug auf die Identifizierung des Vertragspartners (Rz. 189). Trotz längerer Ausführungen äussern sie sich dagegen im Grunde nicht zur Frage, ob die Pflicht, den "wirtschaftlich Berechtigten" festzustellen, Inhalt der Gewährensbestimmung von Art. 3 Abs. 2 Bst. c BankG ist. Das ist bereits angesichts von Art. 305^{ter} BankG eindeutig zu bejahen. Ebenso bereits vor Inkrafttreten der Strafbestimmung: KLEINER, Kommentar (Ausgabe 1986), N. 35 zu Art. 3-3^{ter} BankG und das Bundesgericht im Treuhänderentscheid BGE 109 Ib 146 (153).

¹⁶ Vgl. vorne Rz. 93 ff.

¹⁷ Vgl. letztmals EBK Rundschreiben 91/3 (Geldwäscherei), Rz. 16, dazu EBK Jahresbericht 1991, 34 f.

nahm sie jedoch vermehrt auf deren Inhalt Einfluss¹⁸. Im Einzelfall besteht eine weitgehende Aufgabenteilung zwischen der EBK und der Aufsichtskommission VSB in Fragen der Kundenidentifizierung. Die EBK erhält zwar von der Aufsichtskommission deren Entscheide zugestellt und betrachtet die VSB und damit auch deren Identifizierungsregeln als Mindeststandard bei der Beurteilung der Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit¹⁹. Bisher hat sie jedoch noch nie einzig wegen einer festgestellten Verletzung der Identifizierungsregeln ein eigenes Verfahren eingeleitet. Eher fragte sie nach den Hintergründen der Sache²⁰. Dies hängt mit dem grösstenteils formalen Charakter der von der Aufsichtskommission festgestellten Verstösse zusammen²¹.

243. Die Selbstregulierung beruht bekanntlich heute auf der “Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken (VSB 92)” in der Fassung vom 1. Juli 1992²². Mit ihrer Schaffung versuchten die Banken und die Schweizerische Nationalbank im Jahre 1977, den politischen Schaden nach der sogenannten “Chiasso-Affäre” zu begrenzen²³. Die VSB wurde in der Folge alle fünf Jahre geändert²⁴. Seit 1987 ist die Schweizerische Nationalbank nicht mehr Vertragspartei. Die VSB als

¹⁸ 1991 verbot die EBK die Verwendung der sogenannten “Formulare B” (vgl. vorne Rz. 52). 1992 setzte sie sich u.a. für eine Herabsetzung der Beträge ein, ab denen bei Kassageschäften die Vertragsparteien zu identifizieren sind, vgl. EBK Jahresbericht 1992, 35 f. und DE CAPITANI (1993), neue VSB, 157 (157 f.). Die Haltung der EBK zur VSB im Wandel der Zeit ist dargestellt bei BELLANGER (1991), 177 (191 ff.).

¹⁹ Vgl. vorne Rz. 53 und ZUBERBÜHLER WuR 39 (1987), 167 (180 ff.).

²⁰ Vgl. hinten Rz. 276 ff.

²¹ ZUBERBÜHLER WuR (1987), 167 (185). Ebenso bereits KLAUSER, SNB-Quartalsheft 5/1983, 48 (54).

²² Vgl. vorne Rz. 50 ff., 144 ff. Die Literatur zur VSB ist ziemlich umfangreich. Hinweise auf die ältere Literatur finden sich im Sonderheft WuR 39 (1987), 145 (245 f.) bei BELLANGER (1991), règles de déontologie, 177 (211) sowie bei B. MÜLLER (1987), FN 70a. Ausser auf die Berichterstattungen über die Praxis der Aufsichtskommission (vgl. vorne Rz. 145, FN 65) ist auf folgende neuere Publikationen hinzuweisen: ZUBERBÜHLER (1994), Bekämpfung der Geldwäscherei, Ziff. III/2; DE CAPITANI (1993), neue VSB; DERSELBE, SJZ 89 (1993), 21 ff.; DERSELBE (1991), Praktische Auswirkungen; GIOVANELI (1993), recent developments, 183 (189 ff.); CHAPUIS, ZBJV 128 (1992), 148 (158 ff.); PARK (1991), Anonymous accounts, 652 (660 ff.).

²³ Vgl. z.B. die Darstellungen im EBK Jahresbericht 1977, 23 ff. oder des Forschungszentrums für schweizerische Politik an der Universität Bern (Hrsg.), Die schweizerische Politik im Jahre 1977, Bern 1978, 68 ff. Zur ersten politischen Bewältigung der Affäre, vgl. die Diskussion im NR vom 22.6.1977 (Amtl Bull NR 1977, 838 ff.). Eine längerfristige Auswirkung war bekanntlich die sogenannte “Bankeninitiative” der Sozialdemokratischen Partei (vgl. BB1 1982 II 1201). Diese Verfassungsinitiative wurde von Bundesrat und Parlament und am 20. Mai 1984 auch von Volk und Ständen klar abgelehnt.

²⁴ Zu den einzelnen materiell nicht unbedeutenden Änderungen vgl. z.B. betreffend die VSB 1987: WuR 39 (1987), 145 ff. (Sonderheft mit Beiträgen mehrerer Autoren), CHAPUIS (1988), nouvelle Convention; betreffend die VSB 1992: DE CAPITANI (1993), neue VSB.

“privatrechtlicher Vertrag”²⁵ wird seither zwischen den einzelnen Banken und ihrem Interessenverband, der Schweizerischen Bankiervereinigung, abgeschlossen. In dem hier interessierenden Teil regelt die VSB im Detail die Identifizierung des direkten Vertragspartners und die Feststellung eines allfälligen wirtschaftlich Berechtigten. Gerade in diesen Punkten hat die VSB eine beachtliche Ausstrahlungswirkung entfaltet. Die VSB diene als Vorbild auf nationaler Ebene für andere Berufe²⁶. Vor allem aber erwiesen sich die Regeln der VSB im Grundsatz seit Ende der 70er Jahre als international erfolgreiches Exportprodukt²⁷.

244. Am eindrucklichsten aber ist der Einfluss der VSB auf die dritte Ebene nationaler Regeln über die Kundenidentifikation, nämlich den Straftatbestand von Art. 305^{ter} des Strafgesetzbuches über die “mangelnde Sorgfalt bei Finanzgeschäften”²⁸. Die Strafnorm trat am 1. August 1990 in Kraft. Sie wäre an sich und in dieser Form ohne die VSB nicht denkbar²⁹. Bekanntlich sollte sie dem Gesetzgeber als Ersatz für die von ihm abgelehnte Bestrafung der (grob)fahrlässigen Geldwäscherei dienen³⁰. Die Strafrichter tun aber wohl gut daran, die ausdrückliche Ermunterung des Gesetzgebers, die “VSB und die Praxis der Aufsichtsbehörde ... sinngemäss bei der Auslegung beizuziehen”³¹, nur cum grano salis zu befolgen. So ist eine Verletzung der formalen Regeln der VSB nicht strafwürdig, wenn die Identität des Bankkunden im Ergebnis festgestellt

²⁵ Trotz der von ihr verfolgten öffentlichen Interessen ist der privatrechtliche Charakter der heutigen VSB nicht mehr umstritten. Zur Kontroverse vor der Revision von 1987, vgl. BGE 109 Ib 146 und die bei LUSSEY, Quartalsheft SNB 1988/3, 236 in FN 11 zitierten Autoren.

²⁶ Ähnliche Regeln gaben sich, z.T. allerdings erst unter dem Eindruck von Art. 305^{ter} StGB, auch andere Branchenorganisationen: so die Lebensversicherer (Reglement der Schweizerischen Vereinigung privater Lebensversicherer, in der am 23.8.1990 in Kraft gesetzten Fassung, über die Sorgfaltspflicht bei der Annahme von Geldern); die Anwälte (SAV Richtlinien vom 24.3.1992 betreffend Art. 305^{ter} StGB). Diese Richtlinien enthalten jedoch keine mit denjenigen der VSB vergleichbaren Sanktionsregeln.

²⁷ Es liesse sich der durch die Schweizer Expertendiplomatie vermittelte Einfluss der VSB auf die Empfehlung des Europarates R (80) 10 vom 27.6.1980, auf die Erklärung des Basler Ausschusses für Bankenaufsicht vom 12.12.1988 und, auf dem Umweg über die FATF Empfehlungen (12 und 13) vom 7.2.1990 (vgl. EBK Bulletin 20, 1990, 33 ff.), auf Art. 3 GWR historisch konkret nachweisen. Vgl. auch ACKERMANN (1992), 93 f. und RICHARD PARLOUR (Hrsg.), Guide to International Money Laundering Laws, London 1994.

²⁸ “Wer berufsmässig fremde Vermögenswerte annimmt, aufbewahrt, anlegen oder übertragen hilft und es unterlässt, mit der nach den Umständen gebotenen Sorgfalt die Identität des wirtschaftlich Berechtigten festzustellen, wird mit Gefängnis bis zu einem Jahr, mit Haft oder mit Busse bestraft.”

²⁹ In der Botschaft (BBl 1989 II 1061, 1089) wird die VSB ausdrücklich als Vorbild bezeichnet.

³⁰ Ausführlich ACKERMANN (1992), 90 ff.

³¹ BBl 1989 II 1061 (1089).

ist³². Wertvolle Hinweise enthält die VSB dagegen zur im Grund wohl einzig wichtigen Frage, wann (jedenfalls) Zweifel an der “wirtschaftlichen Berechtigung” eines Vertragspartners am Platze sind³³.

245. Schliesslich hat der Bundesrat im Januar 1994 den interessierten Kreisen den Entwurf des Finanzdepartementes zu einem “Bundesgesetz zur Bekämpfung der Geldwäscherei im Finanzsektor (Geldwäschereigesetz, GwG)” zur Vernehmlassung unterbreitet. Der Entwurf beabsichtigt im wesentlichen, die für die Banken aufgrund der VSB und der Aufsichtspraxis³⁴ geltenden Verpflichtungen auch auf andere auf dem Finanzsektor tätige Personen auszudehnen und eine Meldepflicht bei Verdacht auf Geldwäscherei einzuführen. Auch hier hatten die Regeln der VSB Vorbildfunktion. Für die Banken würde das Gesetz, abgesehen von der Meldepflicht, materiell nur wenig Neues bringen. Immerhin beständen Unterschiede in Details³⁵. Das wirklich Neue für die Banken aber wäre die grundsätzliche Abkehr vom bisherigen System der (aufsichtsrechtlich verstärkten) Selbstregulierung in Ergänzung zum Strafrecht. Nicht mehr sie allein (mit mehr oder weniger Einflussnahme der EBK) würden die Detailregelung festlegen, sondern (teilweise) eine Verordnung des Bundesrates³⁶.

246. Das Geldwäschereigesetz wäre in erster Linie für den Nicht-Bankensektor gedacht, wo die Schweizer Regeln zur Bekämpfung der Geldwäscherei noch nicht dem internationalen Standard entsprechen³⁷. Für die Banken wäre es, sieht man von der Frage der Meldepflicht einmal ab, nicht nötig, ein solches Gesetz zu schaffen. Umgekehrt könnte ein staatliches Regime nicht allen andern Akteuren im Finanzsektor auferlegt, den Banken aber das “Privileg der Selbstregulierung” belassen werden. Der umgekehrten Methode, die anderen Akteure mit dem Zaunpfahl der staatlichen Regelung zur wirksamen Selbstregulierung zu veranlassen, stehen der unbestimmte Geltungsbereich des geplanten Gesetzes³⁸ und der mangelnde Organisationsgrad der Zielgruppe entgegen. Ganz ausge-

³² ZULAUF, recht 7 (1989), 74 (90). Ausdrücklich zustimmend GRABER (1990), 200. Ebenso ACKERMANN (1992), 119, MESSERLI (1992), obblighi della banca, 41 (50 ff.) und wohl ARZT, SJZ 86 (1990), 189 (191).

³³ Vgl. im folgenden Rz. 253 ff. Zweifel über den wirtschaftlich Berechtigten werden in der Regel aber noch keinen Verdacht auf eine kriminelle Herkunft von Geldern begründen.

³⁴ Vgl. EBK Rundschreiben 91/3 (Geldwäscherei).

³⁵ Jedenfalls ist unnötig, eine nach Verwaltungsstrafverfahren zu verfolgende Strafnorm wegen Verletzung der Identifizierungspflichten zu schaffen, wie dies Art. 14 Abs. 1 Bst. a, b und c EGwG vorsehen, sogar wenn sie subsidiär zu Art. 305^{ter} StGB wäre.

³⁶ Vgl. Art. 3 Abs. 5 und 4 Abs. 3 EGwG.

³⁷ So die Meinung der FATF Experten in ihrem Länderbericht über die Schweiz, vgl. EBK Jahresbericht 1993, 72 f.

³⁸ Art. 2 Abs. 2 EGwG inspiriert sich an Art. 1 GWR, der seinerseits (um schwierige Diskussionen zu vermeiden) auf den zum Zwecke des freien Dienstleistungsverkehrs aufgestellten Katalog im Anhang zur BKR verweist. Das GwG wäre diesbezüglich ebenso tauglich oder untauglich (europatauglich?).

schlossen scheint dieser Weg freilich nicht. Der Staat würde direkt nur solche im Finanzbereich tätige Akteure beaufsichtigen, welche sich nicht zu einer funktionierenden Selbstüberwachung zusammenraufen könnten, welche gewissen gesetzlich festgelegten Mindestkriterien zu genügen hätte. Im übrigen würde er sich auf die Anerkennung und Oberaufsicht der Selbstregulierung beschränken³⁹. Damit müsste nicht eine dauernde staatliche Aufsicht über ganze Berufszweige einzig aus Gründen der Geldwäschereibekämpfung geschaffen werden.

247. Bei einem Einbezug der Banken in ein Geldwäschereigesetz würde sich für die Banken wie schon nach der Einführung von Art. 305ter StGB die Frage stellen, ob sie angesichts der staatlichen Aktivität die (aufwendige) Selbstregulierung der VSB nicht ganz oder teilweise aufheben wollen. Es ist dies in erster Linie ein politischer Entscheid. Meines Erachtens wäre dies insbesondere angesichts der beeindruckenden und in der Praxis funktionierenden Verfahrens- und Sanktionsordnung⁴⁰ zu bedauern. Die VSB hat besonders in den unspektakulären aber wichtigen formalen Fragen zur Klärung der Sorgfaltspflichten entscheidend beigetragen und, nebenbei, die Aufsichtsbehörde wirksam entlastet. Eine Aufhebung oder Einschränkung der VSB würde zudem wohl schwierige (aber nicht unlösbare) Begehren nach Strafbarkeit der juristischen Person⁴¹ und einer gesetzlichen Regelung des Verbotes (zumindest) der aktiven Beihilfe zu Kapitalflucht und Steuerhinterziehung wieder auf die kurzfristige politische Agenda bringen.

3. Identifizierung des Vertragspartners

248. Die VSB regelt einlässlich, wie und in welchen Fällen eine Bank die Identität eines Vertragspartners festzustellen hat⁴². Es handelt sich um eine weitgehend technische und wenig aufregende Materie. Die Identifikationsregeln wurden bei allen Änderungen der VSB angepasst⁴³. Optisch am auffälligsten ist die Senkung des Grenzbetrages, ab dem bei Kassageschäften⁴⁴ immer identifiziert werden muss⁴⁵.

³⁹ Das Modell wäre vergleichbar mit der britischen Finanzmarktaufsicht unter dem Financial Services Act 1986, vgl. LANGHART (1993), 226 ff.

⁴⁰ Vgl. vorne Rz. 118 ff.

⁴¹ Vgl. vorne Rz. 122.

⁴² Art. 2 und Rz. 4 ff. VSB.

⁴³ Zu den letzten Änderungen von 1992, DE CAPITANI (1993), neue VSB, 157 (157 f.).

⁴⁴ Rz. 6 VSB: "Unter Kassageschäften sind Bargeschäfte am Schalter (H...) zu verstehen." Auch unbekannte Personen müssen aber (in der Regel) nicht identifiziert werden, wenn sie Bargeld auf ein bereits eröffnetes Konto, dessen Inhaber entsprechend bereits identifiziert ist, einzahlen. Vorbehalten bleiben allfällige Abklärungspflichten bei besonders ungewöhnlichen Umständen, dazu hinten Rz. 292 ff.

⁴⁵ Von 500 000 (1977), auf 100 000 (1987) und nun auf europakonforme 25 000 (1992) Franken.

249. Zu identifizieren sind grundsätzlich⁴⁶ alle Kunden, welche ein Konto⁴⁷, Heft oder Depot eröffnen, Treuhandgeschäfte vornehmen, ein Schrankfach mieten oder ein den Mindestbetrag übersteigendes Kassageschäft tätigen wollen⁴⁸. Diese Fälle sollten auch im Hinblick auf Art. 305^{ter} StGB genügen. Insbesondere bestehen keine zusätzlichen Identifizierungspflichten im Zahlungsverkehr⁴⁹. Der Zahlungsverkehr kann auch bei wichtigeren Bankkunden, welche von einem Kundenberater persönlich betreut werden, nicht sinnvoll überwacht werden, da er weitgehend automatisiert und ausserhalb des Einflussbereichs des Kundenbetreuers abläuft⁵⁰. Es geht vielmehr um die Identifizierung bei der Aufnahme von Geschäftsbeziehungen überhaupt und bei der Entgegennahme von Vermögenswerten⁵¹. Eine einmalige Identifizierung des Vertragspartners⁵² genügt. Etwas anderes verlangt auch Art. 305^{ter} StGB nicht, trotz der etwas missverständlichen Formulierung.

250. Die Bank muss in jedem Fall “bei Aufnahme” einer der genannten Geschäftsbeziehungen identifizieren⁵³. Die Aufsichtskommission VSB ist in dieser Frage ausgesprochen streng und kennt nur höchst selten Gnade. Alle erforderlichen Dokumente müssen vor der Kontoeröffnung vorliegen⁵⁴, selbst wenn das Konto nach der Eröffnung vorerst inaktiv bleibt⁵⁵. Damit stellt sich die Frage, was mit Zahlungen zu Gunsten des (künftigen) Kunden geschehen soll, welche der Bank vor Eröffnung eines Kundenkontos überwiesen werden. Die Bank wird die Zahlung vorerst auf einem Transit-Konto verbuchen, aber bis zum Abschluss der Kontoeröffnungs-

⁴⁶ Ausnahmen bestehen in gewissen Fällen für inländische Personen, z.B. bei der Eröffnung von Gehaltskonti (Rz. 15 VSB).

⁴⁷ Die Identifizierungspflichten gelten nach der Praxis der Aufsichtskommission auch bei Eröffnung eines Kredit- oder Hypothekarkontos, vgl. FRIEDLI, SZW 65 (1993), 90 (94 f.). Diese Praxis ist zu unterstützen.

⁴⁸ Art. 2 VSB.

⁴⁹ So kann eine Bank weder eine Person identifizieren, welche sie bei Kettenüberweisungen über eine Drittbank oder die Post anweist, einem ihrer Kunden einen Betrag gutzuschreiben, noch umgekehrt den hinter einer angewiesenen Bank oder der Post stehenden Anweisungsempfänger einer durch ihren Kunden angewiesenen Zahlung.

⁵⁰ Zutreffend die Feststellungen von MESSERLI (1992), *obblighi della banca*, 41 (44), der auch auf die beschränkten technischen Möglichkeiten zur (sinnvollen) Überwachung des Zahlungsverkehrs hinweist. Der gesunde Menschenverstand von (sensibilisierten und ausgebildeten) Bankangestellten bleibt entscheidend.

⁵¹ Zur Feststellung des “wirtschaftlich Berechtigten” bei Krediten der Bank, vgl. unten Rz. 276 ff.

⁵² Anders liegen die Dinge bei der Feststellung des “wirtschaftlich Berechtigten”, wo im Verlauf der Geschäftsbeziehung nachträglich Zweifel aufkommen können, ob die ursprünglichen Annahmen zutreffen, dazu hinten Rz. 258.

⁵³ Zur nachträglichen Wiederholung vgl. hinten Rz. 258.

⁵⁴ Vgl. FRIEDLI, SZW 65 (1993), 90 (95); WuR 42 (1990), 122 (132 f.); Sorgfaltspflichtsverletzung bei um weniger als eine Woche verspäteter Beibringung eines Handelsregisterauszuges; FRIEDLI/MEYER, WuR 40 (1988), 163 (167 ff.).

⁵⁵ FRIEDLI, SZW 65 (1990), 90 (97).

formalitäten grundsätzlich keine Transaktionen zulassen. Wird das Konto in der Folge nicht eröffnet, muss die Bank im Einzelfall entscheiden, ob sie den Betrag an die sie anweisende Bank zurücküberweist, oder ob ein anderes Vorgehen angezeigt ist.

251. Die VSB regelt auch die Formalitäten der Identifizierung, d.h. beispielsweise welche Dokumente wie Ausweise, Handelsregistrauszüge, Statuten oder ähnliche einzusehen und welche Angaben schriftlich festzuhalten sind. Besondere Vorschriften bestehen insbesondere bei Sitz- oder Domizilgesellschaften⁵⁶. Erlaubt und in der VSB besonders geregelt ist die Kontoeröffnung auf dem Korrespondenzweg. In diesem Falle hat die Bank die Identität des Vertragspartners zu prüfen, indem sie seine Wohnsitzadresse durch Postzustellung “oder auf andere, gleichwertige Weise bestätigen lässt”⁵⁷. Bei Personen ohne Wohnsitz in der Schweiz ist zudem eine amtliche Beglaubigung oder eine Echtheitsbescheinigung der Unterschrift des Vertragspartners zu verlangen⁵⁸. Dieses Verfahren ist mit Recht als unbefriedigend bezeichnet worden⁵⁹.

252. Tatsächlich ist an die gute Tradition gerade im Privatbankengeschäft zu erinnern, jeden Kunden von Beginn an persönlich zu kennen. Einzelne Banken beachten jedenfalls wesentlich strengere Identifizierungsregeln als diejenigen der VSB. So eröffnen sie beispielsweise keine Konti ohne persönliche Bekanntschaft mit dem Kunden und verlangen in jedem Fall eine Referenz eines andern Kunden, eines andern Mitarbeiters der Bank im In- oder Ausland oder einer gut bekannten Drittperson. Eine Rechtspflicht dazu besteht freilich nicht, auch nicht aufgrund von Art. 305^{ter} StGB. Die VSB soll aber niemanden daran hindern, aus eigenem Bedürfnis ein mehreres zu tun. Eine konservative Politik zahlt sich für eine Bank (nicht nur) in dieser Hinsicht längerfristig wohl auch wirtschaftlich aus⁶⁰.

4. Feststellung des “wirtschaftlich Berechtigten” (I)

253. Rechtlich und tatsächlich wesentlich spannender als die Regeln zur Identifizierung der Vertragspartner ist die in der VSB und, ihr folgend, in Art. 305^{ter} enthaltene Pflicht, den “an den deponierten Werten wirtschaftlich Berechtigten” festzustellen⁶¹. Die eingehende Beschäftigung mit dem

⁵⁶ Art. 4, Rz. 29 ff. VSB.

⁵⁷ Rz. 9 VSB.

⁵⁸ Rz. 10 VSB.

⁵⁹ DE CAPITANI, SJZ 89 (1993), 21(22); zur Identifikation durch Beauftragte im Ausland vgl. hinten Rz. 265 ff.

⁶⁰ Nur wenige Kunden wünschen im Sinne von Groucho Marx keine Bank, die Leute wie sie als Kunden annimmt.

⁶¹ Im Sinne eines gesetzgeberischen Kurzschlusses will Art. 305^{ter} StGB überhaupt nur den “wirtschaftlich Berechtigten” festgestellt wissen. Man sollte die Bestimmung beim Wort

“wirtschaftlich Berechtigten” führt bald in rechtliche Untiefen. Die dahinterstehende Idee dagegen ist einfach, aber nur in einem politischen Kontext zu verstehen. Sie war die Antwort der VSB 1977 auf die verbreitete Verwendung von Stroh Männern⁶² und Sitzgesellschaften zur zusätzlichen Verschleierung der wahren Sachverhalte sogar gegenüber den gesetzlich zur Geheimhaltung verpflichteten Banken. Diese Erscheinung war und ist nun beileibe keine schweizerische Spezialität. Sie bildet Teil des wahrhaft weltumspannenden Bedürfnisses, aus den unterschiedlichsten Gründen Vermögenswerte nicht mehr rechtlich, wohl aber immer noch faktisch zu kontrollieren und zwar möglichst ohne Spuren zu hinterlassen⁶³.

254. Den “wirtschaftlich Berechtigten” rechtlich präzise zu umschreiben, scheint bis heute trotz der gesetzlichen Weihen in der Strafnorm von Art. 305^{ter} StGB und demnächst im SchKG⁶⁴ nicht gelungen. Wahrscheinlich ist eine präzise Umschreibung auch nicht möglich, bildet der Ausdruck doch nach kontinental-europäischem Rechtsverständnis einen Widerspruch in sich selbst. Die Realität, in welcher der “wirtschaftlich Berechtigte” unzweifelhaft existiert, ist dem Recht einen Schritt voraus. Immerhin wurde verschiedentlich versucht, den “wirtschaftlich Berechtigten” mittels Analogien und Hinweisen auf den “wahren Eigentümer”⁶⁵, auf privat- und öffentlichrechtliche “Durchgriffe”, “Gesetzesumgehungen”, “wirtschaftliche Betrachtungsweisen”⁶⁶, auf die Rechtsprechung zum “anvertrauten Gut” des Veruntreuungstatbestandes (Art. 140 StGB)⁶⁷, auf den “beneficial owner” und das angelsächsische “trust-recht” oder auf Rechtsfiguren wie indirekte Stellvertretung und Treuhand in rechtlich vertraute Gefilde zu

nehmen. Sind Vertragspartner und “wirtschaftlich Berechtigter” verschiedene Personen, kommt es nur auf die Identifizierung des zweiten an. Die Frage wird aber wohl, wie vielleicht Art. 305^{ter} StGB überhaupt, in der Praxis wenig relevant sein.

⁶² “Convention de prête-nom”, vgl. KRAMER (1985), Berner Kommentar, Bd. VI/1, 1. Teilband, Rz. 136 ff. zu Art. 18 OR.

⁶³ Zu den Schwierigkeiten und Tücken dieses Geschäfts, vgl. beispielsweise die bemerkenswerte, aber kaum ohne Konkurrenzinteressen geschriebene Schrift von U.E. RAMATI, Liechtenstein’s uncertain foundations, Anatomy of a tax haven, Dublin 1993, welcher Interessenten davor warnt, die angeblich gefügigen “Vehikel” könnten leicht ihrer Kontrolle entgleiten.

⁶⁴ Vgl. den Entwurf zu Art. 265 Abs. 2 SchKG: “Als neues Vermögen gelten auch Werte, über die der Schuldner wirtschaftlich verfügt”, Botschaft des Bundesrates vom 8.5.1991 (Separatdruck), 158, Ziff. 207.63.

⁶⁵ Vgl. KLAUSER WuR 32 (1980), 285 (291).

⁶⁶ Zu Steuerumgehung und wirtschaftlicher Betrachtungsweise (bis auf weiteres) als letzter THOMAS KOLLER, Privatrecht und Steuerrecht, Berner Habilitationsschrift, Bern 1993, 273 ff., 341 ff.

⁶⁷ So nun KISTLER (1994), 172 ff., welche folgenden Definitionsversuch unternimmt: “Wirtschaftlich berechtigt ist, wer dem rechtlichen Eigentümer persönlich oder durch Vermittlung Dritter, Vermögenswerte übergeben hat und, durch seinen Einfluss und jederzeit, ihre Rückgabe oder Weitergabe an Dritte bewirken kann” (Übersetzung).

lenken⁶⁸. Hier sei kein neuer solcher Versuch unternommen. Auch die internationalen Rezeptionen der VSB helfen kaum weiter⁶⁹. Am ehesten muss die Bank denjenigen eruieren, welcher ein feststellbares und dauerndes Interesse an Vermögenswerten besitzt, welche sie verwahrt⁷⁰. Ein Element dazu ist der Umstand, dass ihr Vertragspartner dieses Interesse anerkennt.

255. Die erwähnten rechtlichen Untiefen betreffen allfällige Auswirkungen der Erkundigungspflicht nach dem “wirtschaftlich Berechtigten” auf andere Rechtsbereiche. Der Punkt wurde bereits angesprochen⁷¹. Eine Vertiefung würde das Thema, den Raum und die Kompetenz des Autors sprengen. Ein paar Fragen seien immerhin nochmals erwähnt: Unter welchen Umständen muss (oder darf) eine Bank allenfalls Weisungen eines “wirtschaftlich Berechtigten” beachten⁷²? Kann die Bank unter allen Umständen noch befreiend an den Vertragspartner leisten, wenn sie den “wirtschaftlich Berechtigten” und die Rechtsverhältnisse zwischen ihm und ihrem Vertragspartner kennt⁷³? Gegen wen, den Vertragspartner oder den “wirtschaftlich Berechtigten”, hat sie allenfalls eine Verrechnungsfor-

⁶⁸ Vgl. insbesondere NOBEL, WuR 39 (1989), 149 (156 ff.); und in (1989), Zivil- und Aufsichtsrecht, 235 (250), GRABER (1990), 189 f. und ACKERMANN (1993), 113 f.

⁶⁹ FATF-Empfehlung 13 (EBK Bulletin 20, 1990, 59): “informations sur l’identité véritable des personnes dans l’intérêt desquelles un compte est ouvert ou une transaction est effectuée”; Art. 3 GWR: “tatsächliche Identität der Personen ..., in deren Namen diese Kunden handeln”; Paragraph 8 des deutschen Geldwäschegesetzes vom 25.10.1993 (Bundesgesetzblatt 1993, 1770): Erkundigungspflicht, ob “der zu Identifizierende” “auf eigene Rechnung” handelt. Der Wortlaut hängt wohl auch von den Vorlieben der Übersetzer ab.

⁷⁰ Sonst hilft wohl nur noch eine Übertragung des Diktums eines früheren Gouverneurs der Bank of England zur (bis 1987 fehlenden) gesetzlichen Definition für Banken: “They are like elephants, you know them when you see them”.

⁷¹ Vgl. vorne Rz. 86.

⁷² In einem (unpublizierten) Entscheid vom 31.7.1992 (4C.142/1992) hielt das Bundesgericht dafür, eine Bank habe Weisungen eines ihr bekannten Gründers und Begünstigten einer liechtensteinischen Stiftung nicht beachten müssen. Der Fall ist aber atypisch. Es klagte die liechtensteinische Stiftung auf Erstattung des Gewinns, der ihr nicht entgangen wäre, hätte die Bank die (spekulativen) Weisungen des “wirtschaftlich Berechtigten” vollständig befolgt.

⁷³ Vgl. die Kontroverse zwischen den vorne in Rz. 86, FN Rz. 86, FN 270, genannten Autoren. Kein vertraglicher, aber ein deliktischer Anspruch des wirtschaftlich Berechtigten besteht, wenn die Bank wissentlich zur Gehilfin an einer Veruntreuung ihres als Treuhänder wirkenden Vertragspartners wird. Dies verneinte das Bundesgericht (zu Recht?) anders als die Vorinstanzen im Fall FLN, BGE 100 II 200: eine Bank zahlte wenige Tage vor einem strafrechtlichen Beschlagnahmeverfahren 42 Mio Franken (41% ihrer Bilanzsumme) grösstenteils in bar an den abgesetzten FLN-Generalsekretär Khider und brauchte sich laut Bundesgericht nicht um die Veruntreuungsvorwürfe des FLN zu kümmern. Der Fall dürfte heute kaum mehr gleich entschieden werden.

derung und umgekehrt⁷⁴? Muss die Bank einem Arrestbefehl Folge leisten, soweit er die Blockierung von Vermögenswerten verlangt, an welchen der Arrestschuldner “wirtschaftlich berechtigt” ist⁷⁵? Was gilt bei Auskunftsbefehlen und Blockierungsbefehlen der Strafverfolgungs- oder Rechtshilfebehörden⁷⁶? Wer ist von solchen Befehlen betroffen und gegebenenfalls zur Beschwerde berechtigt⁷⁷? Im Grunde sind alle Fragen Variationen des bekannten Themas, wie weit der Schleier einer rechtlichen Konstruktion durchbrochen werden soll und darf⁷⁸.

5. Feststellung des “wirtschaftlich Berechtigten” (II)

256. Nach der VSB muss der “wirtschaftlich Berechtigte” nur festgestellt werden, wenn Zweifel angebracht sind, dass der Vertragspartner auch “wirtschaftlich berechtigt” ist⁷⁹. Gemäss der VSB ist letzteres (zu Recht) zu vermuten⁸⁰. Die VSB kennt aber nun selbst diverse Indikatoren, welche

⁷⁴ Das in letzter Zeit verschiedentlich im Verhältnis zwischen dem Bankkunden als Fiduzianten, der fiduziarischen Bank und ihrer Korrespondenzbank diskutierte Problem (vgl. zuletzt RAPP, 1994) stellt sich auch zwischen der Bank, einem fiduziarischen Kunden und dem hinter ihm stehenden Fiduzianten, welcher jedenfalls auch “wirtschaftlich Berechtigter” ist. BGE 91 III 104 (108) verneinte zwar die Verrechnungsmöglichkeit der Bank gegenüber einem Fiduziar, aber in concreto nur mangels Gleichartigkeit der Forderungen und wegen des guten Glaubens der Bank.

⁷⁵ Das ist anhand der vorne in Rz. 86, FN 271, genannten Entscheide zweifelhaft. Zustimmend BEAT KLEINER, Ausländerarrest – Kompromiss zwischen Schuldnerverfolgung und Schädigung der eigenen Wirtschaft, in: DALLÈVES et al. (Hrsg.), Festschrift 100 Jahre SchKG, Zürich 1989, 371 ff. Viel hängt von der Umschreibung des Arrestbegehrens und der Praxis der jeweiligen Arrestbehörde ab. Nicht überzeugend formalistisch der Entscheid des Genfer Court de Justice vom 8.4.1993 (Semjud 115, 1993, 125): Das Arrestbegehren wäre gutgeheissen worden, wenn es behauptet hätte, die auf den Namen von durch den Schuldner beherrschten Sitzgesellschaften gehörten in Wirklichkeit dem Schuldner (132). Stattdessen verlangte der Arrestgläubiger die Blockierung der Vermögenswerte der (namentlich genannten) Sitzgesellschaften, da der Arrestschuldner wirtschaftlich an ihnen berechtigt sei.

⁷⁶ Die Bank hat diesen Befehlen klarerweise so Folge zu leisten, wie sie formuliert sind. Bei missverständlichen oder unklaren Befehlen ist bei der anordnenden Stelle nachzufragen und zwar nicht in der Absicht, diese in die Irre zu führen.

⁷⁷ Vgl. vorne Rz. 86, FN 272; BERNASCONI (1987), droits et devoirs, 343 (372 f.) äussert sich nicht.

⁷⁸ Eine andere Abwandlung dieses Themas bildet die Frage, wie zur Gesetzesumgehung gegründete ausländische Sitzgesellschaften in der Schweiz rechtlich zu behandeln sind. Mit BGE 117 II 494 ist dazu (hoffentlich) das letzte Wort noch nicht gesprochen. In diesem Sinne zu Recht: REYMOND (1993), exit fraus legis, und PERRIN (1993), Théorie de l'incorporation.

⁷⁹ Art. 3 VSB.

⁸⁰ Rz. 18/1 VSB.

diese Vermutung zwingend zerstören⁸¹ oder umgekehrt zwingend festhalten⁸². Eine besondere Feststellung eines vom Vertragspartner abweichenden “wirtschaftlich Berechtigten” nur im Zweifels- und nicht in jedem Fall genügt auch Art. 305^{ter} StGB⁸³. Schlechterdings unmöglich ist die Feststellung des “wirtschaftlich Berechtigten” bei der Vermietung von Schrankfächern, deren Inhalt die Bank nicht kennt⁸⁴.

257. In (fast)⁸⁵ allen Zweifelsfällen hat die Bank nach der VSB den Kunden ein sogenanntes “Formular A” ausfüllen zu lassen, worin dieser entweder erklärt, selber berechtigt zu sein, oder Namen und Adresse des oder der Dritten als “wirtschaftlich Berechtigte” angibt. Was nun? Noch verhältnismässig einfach ist die Situation des Bankangestellten, wenn der Vertragspartner erklärt, selbst berechtigt zu sein. Hier können Plausibilitätsabwägungen weiterhelfen. Wahrhaft schwierig ist dagegen die Situation, wenn der Vertragspartner eine der Bank nicht bekannte zum Beispiel im Ausland wohnhafte Person als wirtschaftlich berechtigt angibt. Soll ihm die Bank glauben oder nicht? Existiert diese Person und ist sie wirtschaftlich berechtigt? Eine direkte Kontaktnahme mit dem Dritten ist zwar wohl nicht durch das Bankgeheimnis verboten⁸⁶, aber meist kaum erwünscht oder möglich. Die VSB kennt in dieser Lage keine Regeln⁸⁷. Die besonderen Umstände des Einzelfalles sind auch hier gefragt. Es soll

⁸¹ So bei Kassageschäften über Fr. 25' 000.– (Art. 3 Abs. 2), bei Kontoeröffnung auf dem Korrespondenzweg (Rz. 19), bei Sammelkonti, sofern deren Inhaber nicht gewisse Voraussetzungen erfüllen (Rz. 24 f.), bei Sitzgesellschaften (Art. 4), bei eigenartigen Vollmachtserteilungen und Einzahlungen, welche die der Bank (allenfalls, dazu hinten Rz. 292 ff.) bekannten finanziellen Verhältnisse des Vertragspartners übersteigen, sowie, allgemein, wenn der Kontakt mit dem Kunden “andere aussergewöhnliche Feststellungen” ergibt (Rz. 18).

⁸² So muss nach Rz. 26 f. bei Banken oder (“anerkannt” beaufsichtigten) Brokern nie nach dem wirtschaftlich Berechtigten gefragt werden. Diese Regelung erscheint für Banken aus gewissen “off-shore”-Plätzen zu undifferenziert.

⁸³ Ebenso GRABER (1990), 201, DE CAPITANI (1991), Praktische Auswirkungen, 93 (102 f.) und MESSERLI (1992), obblighi della banca, 41 (53), der auf die hier wie überall schwierige Abgrenzung zwischen (strafloser) bewusster Fahrlässigkeit und (strafbarem) Eventualvorsatz hinweist.

⁸⁴ So Art. 3 Abs. 1 VSB. Etwas anderes kann auch nicht unter Art. 305^{ter} StGB gelten.

⁸⁵ Nicht behandelt sei hier die Kontoeröffnung für “Personenverbindungen und Vermögenseinheiten, an denen keine wirtschaftliche Berechtigung besteht” (z.B. unwiderrufliche Trusts). Hier müssen alle Beteiligten, obwohl offenbar nicht wirtschaftlich berechtigt, festgestellt werden, vgl. Rz. 36 f. VSB.

⁸⁶ Vgl. URS ZULAUF, Bankgeheimnis und bankhistorische Forschung, ZSR NF 114 (1994), I. Halbband, 105 (114).

⁸⁷ ZUBERBÜHLER (1992), Banken als Hilfspolizisten, 31 (47) postuliert die Überprüfung der Angaben des Vertragspartners mittels Telefonbüchern, Adressüberprüfungsdiensten, Kreditinformationsdiensten und Einwohnerregister. Die von der EBK unter gewissen Umständen verlangten zusätzlichen Abklärungen (dazu hinten Rz. 292 ff.) betreffen nicht die Identität der Personen, sondern ihre wirtschaftlichen Verhältnisse.

nicht mehr als ein “Identifizierungsversuch” verlangt werden können⁸⁸. Dem ist auch im Hinblick auf Art. 305^{ter} StGB zuzustimmen, wenn nicht aussergewöhnliche Umstände weitere Abklärungen nötig machen⁸⁹. Je nach den Umständen darf sich die Bank nicht einfach mit einer Erklärung auf einem “Formular A” zufrieden geben⁹⁰. Die Bank fährt aber in jedem Fall am besten, wenn sie auch hinter dem Vertragspartner stehende “wirtschaftlich Berechtigte” persönlich kennt.

258. Besonders über den “wirtschaftlich Berechtigten” können (und werden vielfach) Zweifel erst nach der Eröffnung der Geschäftsbeziehung entstehen. Seit der Revision von 1992 verlangt die VSB in einem solchen Fall eine Wiederholung der Identifizierungsprozedur. Das Gleiche ergibt sich wohl auch aus Art. 305^{ter} StGB⁹¹. Im weniger schlimmen Fall übersah der Vertragspartner beispielsweise die im Formular A enthaltene Verpflichtung, der Bank nachträgliche Änderungen der wirtschaftlichen Berechtigung mitzuteilen. Schlimmer ist, wenn die Bank seinerzeit zu wenig sorgfältig war oder vom Kunden getäuscht wurde. In diesem Fall oder bei verbleibenden Zweifeln, soll die Bank den Geschäftsverkehr mit diesem Kunden grundsätzlich abbrechen⁹².

259. In jedem Fall muss der wirtschaftlich Berechtigte festgestellt werden, wenn für eine “Sitzgesellschaft”⁹³ ein Konto eröffnet werden soll. Der Durchgriff durch ganze Kaskaden von Sitzgesellschaften muss so weit gehen, bis die Bank auf die das ganze Gebilde letztlich beherrschende natürliche oder juristische Person mit tatsächlichem kaufmännischem Gewerbe stösst⁹⁴.

⁸⁸ DE CAPITANI (1991), *Praktische Auswirkungen*, 93 (95); Ebenso RHINOW/BAYERDÖRFER (1990), Rz. 205, die von einer blossen “Erkundigungspflicht” sprechen.

⁸⁹ ACKERMANN (1992), 117.

⁹⁰ Ebenso MESSERLI (1992), *obblighi della banca*, 41 (53).

⁹¹ So m.E. zutreffend KISTLER (1994), 224 f. mit der Begründung, der *dolus malus superveniens* schade bei Dauerdelikten wie Art. 305^{ter} StGB eines sei (dazu a.a.O., 171).

⁹² Art. 6 Abs. 3 VSB. Zu den Ausnahmen vgl. hinten Rz. 339 ff.

⁹³ “Domizilgesellschaften”, “shell-companies”, “Briefkastenfirmen”, “Strohmanngesellschaften”, “sociétés d’écran” etc., d.h. Gesellschaften ohne eigene Geschäftsräume oder ohne eigenes oder bloss mit administrativ auf Weisung Dritter tätigem Personal (Rz. 29 VSB).

⁹⁴ Rz. 33 f. VSB.

260. Mit besonders viel Engagement wurde seitens der EBK⁹⁵, der Anwälte⁹⁶ und der Banken⁹⁷ die Frage diskutiert, ob die Bank bei bestimmten (vermutungsweise) vertrauenswürdigen Kunden wie Anwälten, Treuhändern und Vermögensverwaltern darauf verzichten darf, die hinter ihnen stehenden “wirtschaftlich Berechtigten” festzustellen⁹⁸. Unter der Herrschaft von Art. 305^{ter} StGB lässt sich für eine solche Möglichkeit anführen, im Verkehr zwischen allen von diesem Sonderdelikt mit Strafe bedrohten Personen dürfe im Vertrauen auf die Abklärungen des Anderen auf eigene Feststellungen verzichtet werden (“Käseglocken-Theorie”). Umgekehrt spricht einerseits der Wortlaut der Bestimmung dagegen, dass eine Bank von der Existenz eines von ihrem Vertragspartner verschiedenen “wirtschaftlich Berechtigten” weiss, ohne selbst dessen Namen zu kennen.

261. Andererseits würde dadurch die Arbeit der Strafverfolgungsbehörden eindeutig erschwert. Ihre Auskunft- und Blockierungsverfügungen würden bei den Banken als wichtigsten Akteuren im Finanzverkehr riskieren, ins Leere zu stossen. Der Grund ist ein einfacher: den Banken wären die hinter den Anwälten, Treuhändern und Vermögensverwaltern stehenden “wirtschaftlich Berechtigten” nicht bekannt. Die Strafbehörden könnten ihre Begehren auch nicht einfach direkt an die Anwälte, Treuhänder und Vermögensverwalter richten. Diese sind sehr zahlreich und anders als die Banken vielfach auch weniger bekannt. Dadurch hätten es die Strafbehörden schwerer, die verbrecherische Herkunft von Vermögenswerten zu ermitteln und sie einzuziehen. Die Hauptziele der Geldwäschereinormen wären mithin gefährdet.

262. Die Geschichte der seit 1977 schrittweisen Einschränkung der Möglichkeit, über Anwälte und Treuhänder anonym Gelder bei einer Bank anzulegen, interessiert hier nicht mehr⁹⁹. Seit 1992 besteht eine nach langen Verhandlungen zwischen Banken, Anwälten und der EBK erzielte Kompromisslösung¹⁰⁰, welche sich hoffentlich bewähren wird. Danach dürfen die Banken nur verzichten, hinter Anwälten oder Notaren stehende

⁹⁵ EBK Jahresberichte 1985, 23; 1986, 21 ff.; 1987, 25 ff.; 1988, 26 ff.; 1989, 30 ff.; 1990, 22 ff.; 1992, 35 f. Vgl. auch HIRSCH, ZSR NF 104 (1985), 2. Halbband, 387 (396); ZUBERBÜHLER in WuR 39 (1987), 167 (186 ff.) und insbesondere (1991), Pflichten der Banken, 65 (74 ff.).

⁹⁶ Vgl. beispielsweise THOMANN, WuR 39 (1987), 198 ff., GUGGISBERG (1991), Kritische Betrachtung, FRIEDLI (1992), gebotene Sorgfalt, 124 (141 ff.), URECH (1993), Formular R. Vgl. auch WALTER R. SCHLUEP, Über Sinn und Funktionen des Anwaltsgeheimnisses im Rechtsstaat, Zürich 1994, welcher die Lösung bereits der VSB 1987 und der VSB 1992 ohne Kritik als dem Anwaltsgeheimnis Rechnung tragend erachtet (Rz. 60).

⁹⁷ Vgl. z.B. DE CAPITANI (1991), Praktische Auswirkungen, 93 (103 ff.), RHINOW/BAYERSDÖRFER (1990), Rz. 201 ff.

⁹⁸ Vgl. auch ACKERMANN (1992), 148 ff.

⁹⁹ Vgl. z.B. ACKERMANN (1992), 148 ff.

¹⁰⁰ URECH (1993), Formular R. 185 (186).

“wirtschaftlich Berechtigte” festzustellen, wenn die Anwälte und Notare zum einen in der Schweiz zugelassen sind und einer kantonalen Aufsichtsgesetzgebung unterstehen. Zum andern müssen sie erklären, das zu eröffnende Konto diene einem besonderen mit der “klassischen” und “traditionellen” Anwaltstätigkeit in enger Verbindung stehenden Zweck¹⁰¹. Will sich ein Anwalt aber als reiner Vermögensverwalter betätigen, muss ihn die Bank nach seinen Klienten befragen und, falls der Anwalt sie nicht nennen will, die Geschäftsbeziehung ablehnen.

263. Wollen Treuhänder oder Vermögensverwalter ein Konto eröffnen, wird die Bank von ihnen vorsichtigerweise immer eine (schriftliche) Erklärung darüber verlangen, wer “wirtschaftlich berechtigt” ist. Für Einzelkunden können Treuhänder und Vermögensverwalter keine Vermögenswerte anlegen, ohne den Namen ihres Kunden zu nennen. Sie haben aber die Möglichkeit, auf Rechnung verschiedener Kunden bei der Bank Sammelkonti oder -depots bei der Bank in eigenem Namen zu führen. Sie müssen sich dazu aber Teilen der VSB unterstellen und im Hinblick auf Art. 305^{ter} StGB durch Vorlage einer Erklärung der lokalen Strafverfolgungsbehörde nachweisen, dass sie ihnen Auskunfts- und Blockierungsverfügungen direkt zustellen kann¹⁰².

264. Im Ergebnis dürften diese Regeln über die Feststellung der “wirtschaftlich Berechtigten” zu den weltweit strengsten gehören. So äussern sich beispielsweise weder die FATF-Empfehlungen, noch die EG-Geldwäscherichtlinien zur Anlage von Vermögenswerten bei Banken durch Anwälte, Treuhänder und Vermögensverwalter und lassen auch eine “Käseglocken”-Lösung zu. In einzelnen ausländischen Staaten gelten aber ähnliche oder strengere Vorschriften als in der Schweiz¹⁰³. Andere Staaten

¹⁰¹ Art. 5 VSB und das Formular R umschreiben diese Mandate, wobei nachträglich gewisse in den Texten nicht enthaltene Retouches vereinbart wurden, vgl. URECH (1993), Formular R, 185 (190 f.). Für kurzfristige Gelder, welche über ein Sammelkonto bis zu 6 Monaten angelegt werden dürfen, ist diese Erklärung einmal abzugeben. Bei längerfristigen Anlagen z.B. im Rahmen von Erbteilungen, Escrow-Konti u.a., ist für jeden Klienten ein separates Konto einzurichten und eine separate Erklärung abzugeben.

¹⁰² Rz. 25 VSB (“mailing-list approach”), zum Problem FRIEDLI (1992), gebotene Sorgfalt, 124 (151 ff.) und DE CAPITANI (1993), neue VSB, 157 (160f.). Hier hatte die VSB die Rechnung ohne die Strafverfolgungsbehörden gemacht, welche das freundliche Angebot zunächst nicht annehmen und die verlangte Erklärung nicht abgeben wollten. Nun scheinen sie dazu bereit zu sein, wenn die Bankiervereinigung in einem weiteren Selbstregulierungsakt die Kandidaten vorher prüft, vgl. SBVer Zirkular Nr. 1117D vom 21.2.1994.

¹⁰³ So wurde in Deutschland nach längeren Auseinandersetzungen entgegen dem Regierungsvorschlag keine “Privilegierung für Berufsgeheimnisträger” vorgesehen, vgl. Paragraph 8 des Geldwäschegesetzes vom 25.10.1993 (Bundesgesetzblatt 1993, 1770), was KISTLER (1994), 215, FN 219, leider entgangen ist. Zur Detailregelung vgl. den vom Zentralen Kreditausschuss des Bundesverbandes Deutscher Banken erstellten “Leitfaden zur Bekämpfung der Geldwäsche” (Stand 3.11.1993), Kapitel C/III.

wie beispielsweise Luxemburg¹⁰⁴ oder Liechtenstein¹⁰⁵ sind umgekehrt grosszügiger, besonders bezüglich der Vermögensanlage über Anwälte und Treuhänder. Die sich daraus ergebenden Konkurrenzvorteile beziehungsweise -nachteile dürfen nicht dramatisiert, aber auch nicht vernachlässigt werden.

6. *Verpflichtete Personen*

265. Es fragt sich, ob die Bank die Identifizierung durch ihre eigenen Angestellten vornehmen muss, oder ob sie diese Aufgabe an Dritte im In- oder Ausland delegieren kann. Dabei sei vorausgesetzt, dass diese Dritten der Bank das Resultat ihrer Ermittlungen mitteilen¹⁰⁶. Die VSB erlaubt ein solches Vorgehen seit 1992 ausdrücklich¹⁰⁷. Sie bietet den Banken damit eine Alternative zu den zwangsläufig unbefriedigenden aber nach wie vor zulässigen Identifikationsversuchen bei Aufnahme einer Geschäftsbeziehung auf dem Korrespondenzweg¹⁰⁸. Voraussetzung ist die sorgfältige Auswahl und Instruktion des Beauftragten, welcher die Identifizierungsdokumente der Bank zustellen und die Echtheit der Unterschriften und allfälliger Ausweiskopien bestätigen muss.

266. Art. 305^{ter} StGB ist nicht ohne weiteres zu entnehmen, ob eine solche Lösung zulässig ist. Hat der Bankangestellte, welcher die Vermögenswerte schliesslich "annimmt, aufbewahrt, anlegt oder übertragen hilft" "mit der gebotenen Sorgfalt" identifiziert, wenn er sich auf die Identifizierung durch einen Dritten verlässt? Dies ist jedenfalls aus Sicht des normalen Bankangestellten klar zu bejahen, was sich bereits aus dem leider etwas missverständlichen Wortlaut der Bestimmung ergibt. Danach richtet sich die Vorschrift in einer arbeitsteiligen Organisation im Grunde an die Finanzinstitute als juristische Personen selbst. Diese sind aber bekanntlich nicht strafbar¹⁰⁹. Dagegen wäre es offensichtlich absurd zu verlangen, dass gewissermassen vor jeder Verarbeitungsstufe innerhalb des gleichen

¹⁰⁴ Art. 39 Abs. 5 des "Loi du 5 avril 1993 relative au secteur financier" folgt der "Käseglocken-Lösung", wobei die Stellung der Anwälte unklar ist.

¹⁰⁵ Vgl. Bericht der EBK vom 24.4.1990 über die Finanzbeziehungen zwischen Liechtenstein und der Schweiz an den Vorsteher des Eidg. Finanzdepartementes, 70 ff. Der Bericht schätzt, nach Inkrafttreten der die "anonyme" Vermögensanlage über Anwälte und Treuhänder bei Banken erschwerenden VSB 1987 sei 1 Promille der in der Schweiz verwalteten Kundenvermögen nach Liechtenstein abgeflossen (17). Ähnliche Berichte über Kapitalabflüsse z.B. nach Liechtenstein oder London gab es als Folge der nochmals strengeren Regelung der VSB 1992 bzw. dem Rundschreiben 91/1 (VSB-Formulare B, inzwischen aufgehoben und in der Sache ersetzt durch die VSB 1992).

¹⁰⁶ Anders als Anwälte und Notare, welche eine Erklärung nach Formular R abgeben, oder Treuhänder und Vermögensverwalter mit Sammelkonti.

¹⁰⁷ Rz. 14 VSB.

¹⁰⁸ Rz. 9 ff. VSB.

¹⁰⁹ Vgl. vorne Rz. 122.

Finanzinstitutes (“Annahme, Anlage, Übertragung”¹¹⁰) neu identifiziert werden muss. Ebenso dürfen sich die Bankmitarbeiter auf die einmal richtig durchgeführte Identifizierung durch Beauftragte der Bank verlassen¹¹¹.

267. Die vorgesetzten Bankorgane können vernünftigerweise nur im Ausnahmefall selbst neue Kunden identifizieren. Sie haben eine aufsichtsrechtlich begründete Pflicht, Weisungen zur Verhinderung der Geldwäscherei zu erlassen¹¹², was auch solche zur Identifizierung umfasst¹¹³. Ebenso müssen sie eine sachgerechte Überwachung zum Beispiel durch Stichproben des internen Inspektorates vorsehen¹¹⁴. Strafrechtlich machen sie sich aber wohl erst dann verantwortlich, wenn sie trotz Wissen um eine unsorgfältige Identifizierung durch Untergebene nicht einschreiten¹¹⁵ und aus Indizien ihre Zustimmung geschlossen werden kann. Relevant könnte dies werden, wo sich nachträglich Zweifel am wirtschaftlich Berechtigten ergeben.

7. Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten bei Krediten der Bank

268. Die Rede war bisher einzig von den Identifizierungspflichten bei der Eröffnung von Geschäftsbeziehungen oder nachträglichen Zweifeln im Hinblick auf die Annahme von Vermögenswerten durch die Bank. In zwei Empfehlungen des Sekretariates wurden Banken angewiesen, auch bei der Kreditgewährung den “wirtschaftlich Berechtigten” zu ermitteln¹¹⁶. Konkret ging es um Kredite in der Höhe von mehreren Millionen Franken an Sitzgesellschaften, welche gegenüber der Bank durch einen Berufsheimnisträger auftraten.

269. Diese Entscheide wurden kritisiert, da die angeführten Gründe (Abschätzung der Bonitätsrisiken, Beachtung der Risikoverteilungsvorschriften, Vermeidung einer Verwicklung in ein rechts- oder sittenwidriges Geschäft und allfällige Erfüllung von gesetzlichen Zeugnispflichten) nicht überzeugten¹¹⁷. Die Einwände der Kritiker haben einiges für sich in

¹¹⁰ Die Begriffe dienen einzig der (höchst unbestimmten) Umschreibung des Täterkreises, dagegen sagen sie nichts über den Zeitpunkt und die Umstände, in denen die Feststellung des “wirtschaftlich Berechtigten” nötig ist.

¹¹¹ Wie hier KISTLER (1994), 212, welche aber auch die Delegation der Identifizierung an (nicht durch die Bank beauftragte) Dritte i.S. der “Käseglockentheorie” für zulässig hält.

¹¹² Rz. 11 EBK Rundschreiben 91/3 (Geldwäscherei).

¹¹³ Ebenso DE CAPITANI, SJZ 89 (1993), 21 (24 f.).

¹¹⁴ DE CAPITANI, SJZ 89 (1993), 21 (26).

¹¹⁵ Vgl. vorne Rz. 103.

¹¹⁶ EBK Bulletin 15 (1985), 14 ff. Die Empfehlungen wurden im EBK Jahresbericht 1985, 21 f., bezüglich “kleineren, kurzfristigen Lombarkrediten mit einwandfreier Deckung” relativiert.

¹¹⁷ RHINOW/BAYERDÖRFER (1990), Rz. 194 ff.

bezug auf die beiden erstgenannten Argumente¹¹⁸. Die Frage ist im übrigen gegenstandslos geworden, da die Aufsichtskommission eine Identifizierung auch bei der Eröffnung von Kreditkonti verlangt¹¹⁹ und die “anonyme” Vermögensverwaltung über Anwälte und Notare nach der geltenden VSB nicht mehr möglich ist.

8. *Rechtsfolgen unsorgfältiger Identifizierung*

270. Auf die standesrechtlichen Folgen unsorgfältiger Identifizierung für die Bank als Gesellschaft wurde bereits hingewiesen¹²⁰. Aufsichtsrechtliche Konsequenzen¹²¹ sind bei fehlender oder unsorgfältigen Kundenidentifizierung relativ selten. Erstens sind nur ausnahmsweise “Gewährsträger”¹²² betroffen. Immerhin gab es solche Fälle, wobei im Vordergrund des Interesses meist der Hintergrund der Sache und nicht die Kundenidentifizierung stand. Zum andern betreffen die von der Aufsichtskommission VSB festgestellten Verstösse gegen die VSB, wie bereits erwähnt, vielfach bloss formale Fragen wie das rechtzeitige Verlangen von Handelsregisterauszügen, welche ein Einschreiten der EBK nicht rechtfertigen. Anders ist dies vor allem dort, wo grundlegende Organisationsmängel offenbar werden.

271. Ein fehlbarer Bankangestellter riskiert aber, woran weniger gedacht wird, als zivilrechtliche Folge von der Bank wegen Verletzung seiner arbeitsvertraglichen Pflichten unter Umständen sogar fristlos¹²³ entlassen zu werden. Solche Fälle sind, soweit bekannt, nicht häufig, kommen aber vor. Tatsächlich ist eine Verletzung der VSB geeignet, den Ruf der Bank möglicherweise ernsthaft zu schädigen. Ein solches Verhalten ist mit der arbeitsrechtlichen Treuepflicht eines Arbeitnehmers¹²⁴ nicht zu vereinbaren. Wegen der möglichen Konventionalstrafe nach der VSB, welche die Bank trifft, ist die Bank nicht bloss an Ruf und Ansehen, sondern auch in ihrem Vermögen geschädigt. Mir ist allerdings noch kein Fall bekannt, in dem eine Bank versucht hätte, die Konventionalstrafe als Schadenersatz beim Mitarbeiter einzufordern. Ausgeschlossen ist dies jedoch nicht, da es bei der Konventionalstrafe kaum um eine nicht überwälzbare staatliche Busse handelt¹²⁵.

¹¹⁸ Immerhin müssen bei solchen gedeckten Krediten möglicherweise die Risikoverteilungsplafonds für Blankokredite zur Anwendung kommen, vgl. vorne Rz. 210.

¹¹⁹ Vgl. vorne Rz. 249, FN 47 ff.

¹²⁰ Vgl. vorne Rz. 118 ff., 144 ff.

¹²¹ Vgl. vorne Rz. 131 f.

¹²² Vgl. vorne Rz. 93 ff.

¹²³ Art. 337 OR.

¹²⁴ Art. 321a OR.

¹²⁵ Vgl. dazu BENEDIKT MAURENBRECHER/URS ZULAUF, Bankgeheimnisverletzung/Busse generell kein ersatzfähiger Schaden?, SZW 63 (1991), 36.

272. Schliesslich droht mit Art. 305^{ter} StGB seit 1990 eine strafrechtliche Verurteilung. Urteile sind noch keine bekannt. Sie werden wahrscheinlich auch in Zukunft nicht allzu häufig sein. Art. 305^{ter} StGB ist eine bemerkenswerte Bestimmung. Sie verbietet einerseits nicht, frivol auf die rechtmässige Herkunft vertrauend schmutzige Gelder aus einwandfrei identifizierter Quelle anzunehmen¹²⁶. Andererseits bedroht sie den Bankangestellten mit Strafe, der mangels Sorgfalt trotz dringender Hinweise übersieht, dass ein im übrigen völlig harmloser Kunde Geld als Treuhänder seines Bruders anlegt, und diesen nicht als wirtschaftlich Berechtigten feststellt¹²⁷.

273. In Fällen wie dem letztgenannten werden sich die Strafrichter hoffentlich einer grossen Zurückhaltung befleissigen¹²⁸. Sie werden wahrscheinlich vor allem dort Art. 305^{ter} StGB in Betracht ziehen, wo eine Geldwäscherei nach Art. 305^{bis} StGB zur Diskussion steht, eine Verurteilung aber am Vorsatz oder an der nicht einwandfrei nachgewiesenen kriminellen Herkunft der angelegten Gelder scheitert. Die Tendenz könnte dahin gehen, einerseits unter dem “wirtschaftlich Berechtigten” (auch) die “Herkunft der Gelder” zu verstehen¹²⁹ und andererseits nur dann zu bestrafen, wenn diese Herkunft zumindest im Trüben liegt. Trifft diese Prognose zu, wäre das Ergebnis nicht weit entfernt von einer (milderen) Strafdrohung für grobfahrlässige Geldwäscherei mit erleichtertem Nachweis der Vortat.

XVI. Sorgfältige Abklärung der “wirtschaftlichen Hintergründe”

1. Begrenzte Wirkung der Kundenidentifizierung und der VSB

274. Die genannten Rechtsgrundlagen, welche die sorgfältige Kundenidentifizierung verlangen, bezwecken wie erwähnt, den Ruf und das Ansehen der Schweizer Banken zu erhalten (Vertrauensschutz). Damit

¹²⁶ Dies ist auch nach Art. 305^{bis} StGB nur strafbar, wenn an den Nachweis des Eventualvorsatzes nicht die üblichen Massstäbe angelegt werden, vgl. ZULAUF, recht 7 (1989), 74 (90) und GRABER (1990), 191.

¹²⁷ So auch GRABER (1990), 185 f. In diesem Sinne bleibt Art. 305^{ter} StGB eine weiter reichende Strafbestimmung als die (abgelehnte, vgl. GRABER, 1990, 103 f.; ACKERMANN, 1993, 90 ff.) grobfahrlässige Geldwäscherei.

¹²⁸ Das Gleiche sollte für die unweigerlich eintreffenden Anzeigen von Kunden gelten, welche zur Verfolgung irgendwelcher Zwecke anführen werden, von der Bank nicht sorgfältig identifiziert worden zu sein. Solche Anzeigen sind bereits Realität für die Aufsichtskommission VSB.

¹²⁹ So bereits die Aufsichtskommission VSB (damals noch “Schiedskommission”), vgl. KLAUSER, WuR 32 (1980), 285 (291 f.). So auch GRABER (1990), 201 f., welcher sich aber widerspricht (vgl. 190). Anders ACKERMANN (1992), 126 ff., welcher die Prüfung der Herkunft von Geldern strafrechtlich einzig im Zusammenhang mit der eventualvorsätzlichen Geldwäscherei erwähnt.

zusammenhängend soll die Anlage von Geldern krimineller Herkunft in der Schweiz verhindert beziehungsweise deren Einziehung erleichtert werden. Diese Ziele können auch eine noch so sorgfältige Kundenidentifizierung und auch die Feststellung des “wirtschaftlich Berechtigten” von vorneherein nicht erreichen. Dazu genügt offensichtlich nicht, vom Kunden einen Ausweis zu verlangen oder ihn allenfalls nach einem Hintermann zu befragen. So haben aufgedeckte Geldwäschereifälle gezeigt, dass die Geldwäscher bei den Banken fast nie falsche Angaben über ihre Identität gemacht haben¹³⁰. Unter bestimmten Umständen sind zusätzliche Abklärungen zu Zweck und Hintergrund eines vom Kunden vorgeschlagenen Geschäfts, zu dessen wirtschaftlichen Verhältnissen und zur Herkunft von Vermögenswerten erforderlich. Aufgrund dieser Abklärungen dürfen bestimmte Kunden nicht akzeptiert oder gewisse Geschäfte nicht durchgeführt werden¹³¹.

275. Die erste VSB von 1977 hat dies indirekt anerkannt, indem sie die Banken ausdrücklich zu Abklärungen über die Herkunft von Geldern verpflichtete und zwar sowohl zu Beginn als auch im Verlaufe der Geschäftsbeziehung¹³². Diese Bestimmung hat indessen für die Praxis der Aufsichtskommission VSB nie Bedeutung erlangt¹³³. Tatsächlich ist eine solche, ohne zeitliche Begrenzung und für beliebige Geschäfte, geltende Verpflichtung schwer praktikabel. In diesem Sinne erweckten die Nationalbank und die Bankiervereinigung in der VSB 1977 nicht erfüllbare Erwartungen. Seit der Revision von 1982 beschränkt sich die VSB stattdessen auf die notwendigen aber nicht ausreichenden formalen Regeln über die Kundenidentifizierung¹³⁴. Die VSB verpflichtet die Bank nicht zur unangenehmen Aufgabe, dem einwandfrei identifizierten Kunden unter gewissen Umständen noch zusätzliche Fragen stellen zu müssen. Diese (rechtliche) Last verdanken die Banken vielmehr der Praxis der EBK und der Geldwäschereistrafnorm von Art. 305^{bis} StGB.

2. Abklärung der “wirtschaftlichen Hintergründe” insbesondere bei Kredit- und Treuhandgeschäften

276. Erteilt die Bank Kredite, prüft sie im Normalfall aus offensichtlichem finanziellen Eigeninteresse deren Verwendungszweck. Nun werden

¹³⁰ BERNASCONI (1991), Erscheinungsformen der Geldwäscherei, 7 (10).

¹³¹ Dazu hinten Rz. 305 ff.

¹³² Art. 4 VSB 1977.

¹³³ Die Schiedskommission VSB hat sich nur in zwei Fällen damit befasst und die betreffenden Banken wegen fehlenden Anhaltspunkten für einen kriminellen Hintergrund entlastet, vgl. KLAUSER, WuR 32 (1980), 285 (294 f.) und MEYER, WuR 36 (1984) 157 (167 f.).

¹³⁴ Die wichtigen Regeln über die “aktive Beihilfe” zu Kapitalflucht und Steuerhinterziehung seien hier vorerst ausgeklammert.

Banken immer wieder Kredit- und Treuhandgeschäfte angetragen, die vordergründig keinerlei finanzielle Risiken beinhalten, da eine einwandfreie und liquide Deckung durch den Schuldner selbst oder ihm oder der Bank nahestehende Dritte besteht. Es fragt sich, ob sich die Bank in jedem Fall mit dieser Sicherheit zufrieden geben darf und keine weiteren Erkundigungen anstellen muss. In einer ganzen Reihe von Entscheiden hat die EBK seit 1979 diese Fragen verneint und verlangt, dass die Bank bei besonderen Geschäften ihren Kunden fragt, was er mit dem geplanten Geschäft beabsichtigt¹³⁵.

277. Besondere Abklärungen über die Absichten der Kunden für alle Geschäfte zu verlangen, wäre aber offensichtlich unverhältnismässig und unpraktikabel. Zudem würde eine solche Pflicht die für jeden Geschäftsverkehr unabdingbare Regel, wonach vom guten Glauben und der Redlichkeit eines Geschäftspartners auszugehen ist¹³⁶, in ihr Gegenteil verkehren. Die EBK hat demgegenüber lange Zeit ihre Praxis mit der Formel zusammengefasst, zusätzliche Abklärungen seien bei einem Geschäft nötig, "wenn Anzeichen darauf hindeuten, dass es Bestandteil eines unsittlichen oder rechtswidrigen Sachverhaltes sein könnte, oder wenn es sich um ein kompliziertes, ungewöhnliches oder bedeutsames Geschäft handelt"¹³⁷. Die EBK leitete diese Abklärungspflicht einerseits aus dem gesetzlichen Erfordernis der Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit¹³⁸ und andererseits aus der in der Bankenverordnung¹³⁹ statuierten Pflicht ab, ein Geschäft so zu dokumentieren, dass es auch durch die Revisionsstelle selbständig beurteilt werden kann.

278. Diese Formel ist verschiedentlich kritisiert worden¹⁴⁰. Bemängelt wurde einmal, sie sei zu allgemein und konkretisiere den unbestimmten Rechtsbegriff der Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit in ähnlich unbestimmter Weise¹⁴¹. Der Einwand hat eine gewisse Berechtigung. Bezweifelt sei jedoch, ob eine detailliertere Regelung wirklich

¹³⁵ EBK Bulletin 7 (1980) 39 (=Vorentscheid zu BGE 106 Ib 145); 7 (1980), 35; 11 (1982), 15 (=BGE 108 Ib 186); 15 (1985), 5 (=Vorentscheid zu BGE 111 Ib 126, Schiffshypothekenfall); 16 (1986), 30; 23 (1993), 19. Vgl. die Darstellungen nachfolgend Rz. 283 ff. und bei JUNOD (1987), *activité irréprochable*, 91 (97 ff.); AELLEN (1990), 149 ff.; RHINOW/BAYERDÖRFER (1990), Rz. 84 ff. und 152 ff.

¹³⁶ Vgl. den "Schatzfundentscheid", BGE 100 II 8 (14 f.), welcher aber aus zivilrechtlicher Sicht auch Umstände angibt, in denen die "nach den Umständen gebotene Sorgfalt" i.S. von Art. 3 Abs. 2 ZGB einen Argwohn der Bank gebietet.

¹³⁷ Vgl. neben den in FN 135 zitierten Fällen letztmals den Entscheid in EBK Bulletin 23 (1993), 25, welcher aber kein Kredit- oder Treuhandgeschäft betraf.

¹³⁸ Art. 3 Abs. 2 Bst. c BankG.

¹³⁹ Art. 9 Abs. 3 BankV.

¹⁴⁰ Vgl. JUNOD (1987), *activité irréprochable*, 91 (111 ff.); RHINOW/BAYERDÖRFER (1990), Rz. 152 ff.; KLEINER (1993), Kommentar, N. 18b zu Art. 3-3^{ter}.

¹⁴¹ RHINOW/BAYERDÖRFER (1990), Rz. 156, ebenso KLEINER (1993), Kommentar, N. 18b zu Art. 3-3^{ter} BankG.

sachdienlich wäre, von den Betroffenen tatsächlich vorgezogen würde und ob sie dem durch keine amtliche Weisheit zu ersetzenden gesunden Menschenverstand der Bankangestellten nicht abträglich wäre.

279. Weiter wurde angeführt, wenn die Grösse eines Geschäfts in Beziehung zur Grösse der Bank definiert werde¹⁴², so folge daraus eine unzulässige Diskriminierung kleiner Banken¹⁴³. Diese Ungleichbehandlung sei nicht bestritten, wohl aber ihre Unzulässigkeit. Auch andere aufsichtsrechtliche Vorschriften wie diejenigen über den Geschäftsradius, Eigenmittel und Risikoverteilung beschränken die Tätigkeit kleinerer Banken mehr als diejenige der grossen¹⁴⁴. Dies lässt sich nicht vermeiden. Den Kritikern sei aber zugestanden, dass sich das Kriterium der Bedeutung eines Geschäfts kaum vernünftig quantifizieren lässt¹⁴⁵. Trotzdem sollte es im Sinne eines “de minimis” Ansatzes als Grundsatz beibehalten werden: bei betragsmässig geringen Geschäften ist auch mit Blick auf den Vertrauensschutz geringere Vorsicht nötig.

280. Schliesslich wird gegen die Praxis der EBK über die Pflicht, den wirtschaftlichen Hintergrund bestimmter Geschäfte abzuklären, angeführt, sie lasse sich kaum mit dem Gläubigerschutz als Hauptziel des Bankengesetzes begründen. Das Argument ist durchaus stichhaltig. Nur ist der Gläubigerschutz nach richtiger, und in letzter Konsequenz auch von den Kritikern nicht bestrittener Ansicht¹⁴⁶, nicht ausschliessliches Ziel der Bankenaufsicht, sondern wird durch den Vertrauensschutz ergänzt. Immerhin soll die Abklärungspflicht die Bank in die Lage versetzen, eine Beteiligung an rechts- oder sittenwidrigen Geschäften zu vermeiden, welche durchaus zivilrechtliche Haftungsrisiken in sich bergen, auch wenn sich diese eher selten realisieren¹⁴⁷.

281. Im Grunde bestehen aber weniger Differenzen zwischen der EBK und ihren Kritikern, als es auf den ersten Blick den Anschein macht. Zum einen hat die EBK in Zusammenarbeit mit Bankenvertretern unlängst ihre angeblich unpraktikable Formel der abklärungspflichtigen “komplizierten, ungewöhnlichen oder bedeutsamen Geschäfte” modifiziert¹⁴⁸. Sie forderte im Zusammenhang mit der Geldwäschereibekämpfung die Ab-

¹⁴² So ausdrücklich BGE 108 Ib 186 (196), wobei nach den wirtschaftlichen Risiken des Geschäfts abzustufen sei, d.h. die Beträge müssten z.B. bei Treuhandgeschäften höher sein als bei Krediten.

¹⁴³ JUNOD (1987), *activité irréprochable*, 91 (113 f.) und ihm folgend RHINOW/BAYERDÖRFER (1990), Rz. 156.

¹⁴⁴ Vgl. vorne Rz. 209.

¹⁴⁵ JUNOD (1987), *activité irréprochable*, 91 (114).

¹⁴⁶ Vgl. vorne Rz. 22.

¹⁴⁷ Vgl. vorne Rz. 49, 234 ff.

¹⁴⁸ Was sich zugegebenermassen in dem in EBK Bulletin 23 (1993), 19, publizierten Entscheid noch nicht niedergeschlagen hat.

klärung der Hintergründe und des Zweckes von Transaktionen, “welche der Form oder dem Betrag nach – bezogen auf den betreffenden Kunden oder die betreffende Bank beziehungsweise Bankstelle – ungewöhnlich sind, sofern der wirtschaftliche Zweck und die Rechtmässigkeit nicht ohne weiteres erkennbar sind”¹⁴⁹. Damit ist der Unterschied zur Ansicht der Kritiker gering, welche Abklärungen der Bank nur (aber immerhin) bei erkennbaren Anzeichen von Rechts- oder Sittenwidrigkeit verlangen möchten¹⁵⁰.

282. Keine Einigkeit besteht dagegen in der Frage, ob in den von der EBK beurteilten Fällen solche Anzeichen bestanden. Die EBK und, soweit angerufen, das Bundesgericht bejahten dies (stillschweigend oder ausdrücklich) zum Beispiel in einigen der im folgenden dargestellten Fälle. In anderen stand der ungewöhnliche, bedeutende und komplizierte Charakter der Operation im Vordergrund, welcher bereits zur Erfassung des wirtschaftlichen Risikos genauere Abklärungen der Bank verlangte¹⁵¹. Die EBK verlangte die Abklärung der wirtschaftlichen Hintergründe eines Geschäfts unter anderem in folgenden Fällen:

283. Eine Bank übernahm temporär Aktien eines ausländischen Konzerns im Wert von 80 Millionen Franken beziehungsweise die Gründerrechte liechtensteinischer Anstalten, in welche die Aktien von den Bankkunden eingebracht worden waren. Aufgrund dieser Operation erhöhte sich die Bilanzsumme der Bank um 70%. Das Geschäft war durch Rückkaufsverpflichtungen (“put and call option”) der Verkäufer und zinslos bei der Bank angelegte und gesperrte Guthaben abgedeckt. Es beinhaltete kein ersichtliches wirtschaftliches Risiko für die Bank¹⁵².

284. Die Kundin einer mittleren Schweizer Regionalbank, eine ausländische Baufirma, zahlte über die Bank “Kommissionen” in der Höhe von rund 60 Millionen Franken (= 5% der Kontraktsumme) an mittelöstliche Vermittler eines Staatsauftrags für militärische Bauten beziehungsweise deren panamesische Sitzgesellschaften. Die Zahlungen erfolgten über die Schweizer Bank. Diese garantierte zudem gegenüber der Baufirma die Rückerstattung der halben Kommissionssumme, falls der Vertrag nicht überwiegend abgewickelt werden sollte. Die Garantie, welche die Risikoverteilungsplafonds überstieg, war vollständig durch ein Depot der Baufirma gedeckt¹⁵³.

285. Die Hauptaktionärin einer ausländisch beherrschten Schweizer Bank sicherte ohne ersichtliches Interesse eine Garantie der Bank zu Gunsten einer nicht blankokreditwürdigen kommerziellen Kundin in der Höhe von 30% der eigenen Mittel der Bank (Organgeschäft). Die Bank gewährte als Treuhänderin im Auftrag ihr nahestehender Gesellschaften Treu-

¹⁴⁹ EBK Rundschreiben 91/3 (Geldwäscherei), Rz. 8.

¹⁵⁰ JUNOD (1987), *activité irréprochable*, 91 (115); ihm folgend RHINOW/BAYERDÖRFER (1990), Rz. 159.

¹⁵¹ Vgl. vorne Rz. 226 ff.

¹⁵² EBK Bulletin 7 (1980), 39 (= Vorentscheid zu BGE 106 Ib 145).

¹⁵³ EBK Bulletin 7 (1980), 35. RHINOW/BAYERDÖRFER (1990), Rz. 172, kritisieren den Entscheid mit dem (bemerkenswerten) Einwand, “eine Kommission von 5% ist auch für hiesige Verhältnisse nichts Exorbitantes”. Zum Einwand der Geschäftsüblichkeit von Bestechungsgeldern, vgl. hinten Rz 314.

handkredite im Umfang von über 140% der eigenen Mittel. Sie besass keine Unterlagen über die Schuldner¹⁵⁴.

286. Eine sonst nicht im Kommerzkreditgeschäft tätige Schweizer Vermögensverwaltungsbank gewährte einer liberianischen Sitzgesellschaft, deren Hauptaktivum aus einem Öltanker bestand, einen festen Vorschuss im Umfang von 38% ihrer eigenen Mittel. Der Vorschuss war gedeckt durch eine Schiffshypothek sowie durch eine Einlage des wirtschaftlich an der Sitzgesellschaft Berechtigten, welche in Höhe, Währung und Fälligkeit vollständig mit dem Kredit übereinstimmte. Die Nettokosten des Kunden für den "Kredit" der Bank betrugen etwa Fr. 100 000.– pro Jahr. Die Bank kannte den wirtschaftlichen Hintergrund. Sie sollte für ihren Kunden, gegen den in einem ausländischen Staat ein Steuerstrafverfahren hängig war, ihr Pfand auf dem Schiff geltend machen, sofern die Steuerbehörde, wie vom Kunden befürchtet, versuchen sollte, den Tanker zu beschlagnahmen¹⁵⁵.

287. Eine ausländische Bank wies ihre Tochterbank in der Schweiz an, an drei panamesische Sitzgesellschaften Kredite mit einer Laufzeit von drei Monaten im Umfang von zusammen 65% ihrer eigenen Mittel zu gewähren. Erst bei Fälligkeit des zweiten Kredits merkte die Schweizer Bank, dass es sich nicht um unabhängige Geschäfte handelte, sondern dass die gleichen Personen hinter den Gesellschaften standen. Als Sicherheit dienten bei zwei Krediten eine Garantie eines Schweizer Anwaltsbüros, beim dritten Kredit Aktien einer ausländischen Gesellschaft, welche sich in der Folge als wertlos erwiesen. Darüber hinaus bestand eine generelle Verpflichtung der Mutterbank, ihre Tochter für alle Geschäfte schadlos zu halten, welche sie ihr zuhielt. Der Gegenwert zweier Kredite war bei Fälligkeit im Ausland blockiert. Zweck der Kredite war offenbar die Absicht der hinter den Schuldnergesellschaften stehenden Personen, als potentielle Käufer einer ausländischen Gesellschaft liquide Mittel ohne Verwertung ihrer Aktiven nachweisen zu können. Die Bank machte geltend, ihre Muttergesellschaft hätte die Bonität der Schuldner geprüft, weshalb sie selbst keine Abklärungen machen musste¹⁵⁶.

288. Allen Fällen war gemeinsam, dass für die Banken aufgrund ihrer Sicherheiten kein direktes Bonitätsrisiko für die (bedeutenden) Geschäfte bestand und das wirtschaftliche Interesse der Bankkunden am Geschäft nicht offensichtlich war. Das Risiko wurde von den Kunden getragen, welche die Banken dafür entschädigten, dass sie gegen aussen an ihrer Stelle auftraten. Diese Wahrung der Anonymität ist eines der Hauptmotive für Treuhandkredite ("back-to-back-loans"), treuhänderische Beteiligungen und andere Konstruktionen mit dem selben wirtschaftlichen Ergebnis. Anders als bei Treuhandanlagen bezeichnet der Kunde bei Treuhandkrediten als Treugeber selbst den Drittschuldner, wobei es sich vielfach um ihn selbst oder um ihm nahestehende Gesellschaften handelt¹⁵⁷.

¹⁵⁴ EBK Bulletin 11 (1982), 15 (=BGE 108 Ib 186).

¹⁵⁵ "Schiffshypothekenfall", EBK Bulletin 15 (1985), 5 (=Vorentscheid zu BGE 111 Ib 126). Gegenstand des Falles war somit nicht, ob die Bank den Hintergrund des Geschäftes abklären musste (dies hatte sie getan), sondern ob das Geschäft grundsätzlich zulässig war. Anders als RHINOW/BAYERDÖRFER (1990), Rz. 173, andeuten, beanstandete die EBK auch nicht die ungenügenden Abklärungen der Bank.

¹⁵⁶ EBK Bulletin 16 (1986), 30; zustimmend RHINOW/BAYERDÖRFER (1990), Rz. 174.

¹⁵⁷ Zum Treuhandkredit RAPP (1994), fiducie, Ziff. 4.1, GIOVANOLI (1991), opérations fiduciaires, 31 (41), GUGGENHEIM (1985), 252 und insbesondere HELG (1982), 54 ff.

289. Die Gründe für den Wunsch der Kunden, sich hinter der Bank als Treuhänderin zu verstecken, sind vielfältig. In manchen Fällen dürfte es sich um steuerliche Motive handeln, die von Steuervermeidung und -umgehung bis zu Steuerhinterziehung oder -betrug reichen können¹⁵⁸. Vielfältige andere Gründe sind aber denkbar und verbreitet. Der Wunsch des Kunden nach einer derartigen Konstruktion kann ein Zeichen für ein rechts- oder sittenwidriges Rechtsgeschäft sein¹⁵⁹, muss aber nicht. Die Praxis der EBK zur Abklärung der wirtschaftlichen Hintergründe verlangt, dass sich die Banken bei wichtigen Geschäften solcher Art über die Absichten der Kunden Klarheit verschaffen, damit sie informiert entscheiden können.

290. Nichtwissenwollen ist nicht mehr beste Bankenpraxis, falls es je anders gewesen sein sollte. Dies gilt im Rahmen der Bemühungen zur Bekämpfung der Geldwäscherei auch international. So verlangen die FATF-Empfehlungen (1990) "besondere Aufmerksamkeit" bei allen "komplizierten, ungewöhnlichen oder grösseren Transaktionen", sowie bei Transaktionen, "welche keinen offensichtlichen wirtschaftlichen oder erkennbar rechtmässigen Zweck erfüllen"¹⁶⁰. Beeinflusst von dieser Empfehlung fordert die EG-Geldwäscherichtlinie (1991), dass die Banken "jede Transaktion sorgfältig prüfen, deren Art ihres Erachtens besonders nahelegt, dass sie mit einer Geldwäsche zusammenhängen könnte"¹⁶¹. Nicht alle Mitgliedstaaten haben diesen Grundsatz in ihrer Gesetzgebung zwar näher erläutert¹⁶². Ungeachtet der Differenzen in den Einzelheiten

¹⁵⁸ Vgl. die Beispiele bei HELG (1982), 54 ff.

¹⁵⁹ "Nier qu'il en soit assez fréquemment ainsi serait faire preuve soit d'un manque fâcheux de réalisme, soit d'hypocrisie." JUNOD (1987), activité irréprochable, 91 (111 f.), welcher als legitime Gründe für ein erhöhtes Diskretionsbedürfnis angibt: "... la concurrence économique ou pour protéger certains aspects de la vie privée, voire même pour éviter de susciter une intervention étatique (en l'absence de toute infraction quelconque de la part du client)." Als Beispiel für die "certains aspects de la vie privée" nennt DIETZI (1992), eidgenössisch konzessionierter Sherlock Holmes?, 68 (74), "Kunden, welche einen Teil ihrer Vermögenswerte einem bestimmten Begünstigten zuwenden und vor ihren gesetzlichen Erben geheimhalten wollen, ohne dadurch geschützte Pflichtteilsrechte zu verletzen". Bemerkenswert ist der letzte Halbsatz. DIETZI befürwortet wohl kaum eine Pflicht der Bank abzuklären, ob Pflichtteilsrechte verletzt werden, was ja auch vorkommen soll? Vollends konkret wird die Sache in der Gerichtspraxis, vgl. die ans Herz gehenden Beispiele in SJZ 61 (1965), 61 (=ZR 64 Nr. 136) und BGE 95 II 145: Bank als Hüterin des Schleiers der Verschwiegenheit über die finanziellen Beziehungen von Erblassern gegenüber ihren Geliebten.

¹⁶⁰ Empfehlung 15, vgl. EBK Bulletin 20 (1990), 89 und vorne Rz. 71.

¹⁶¹ Art. 5 GWR.

¹⁶² So hat Deutschland darauf verzichtet, während beispielsweise Luxemburg und Belgien in ihren Gesetzen ungefähr den Wortlaut der Richtlinie wiedergeben. Vgl. in Deutschland immerhin Rz. 12 der Verlautbarung des Bundesaufsichtsamtes für das Kreditwesen über Massnahmen der Kreditinstitute zur Bekämpfung und Verhinderung der Geldwäsche vom 4.11.1993. Anders hat Frankreich vor der Verabschiedung der GWR legiferiert und sich im Gesetz eher an der Formel der EBK orientiert, wobei Transaktionen unter 1 Mio FF

gilt der Grundsatz der Abklärung der wirtschaftlichen Hintergründe aufgrund der dargestellten internationalen Rechtsvereinheitlichung an allen wichtigen Finanzplätzen. Die von den Banken befürchteten Konkurrenz-nachteile¹⁶³ dürften deshalb kaum eintreten. Dies gilt umso mehr, als in den anderen Staaten teilweise ein sehr viel rigideres Meldewesen eingeführt wurde oder wird¹⁶⁴.

291. Müssen nach dieser Praxis die wirtschaftlichen Hintergründe einer Transaktion zusätzlich abgeklärt werden, fragt sich, auf welche Weise dies geschehen soll. Die EBK hat verschiedentlich verlangt, dass die Bank in solchen Fällen von ihren Kunden schriftliche Erklärungen fordert¹⁶⁵. In anderen Fällen äusserte sich die EBK nicht. Tatsächlich können sich schriftliche Erläuterungen des Kunden selber erübrigen, und eine von der Bank selbst erstellte Notiz mag genügen¹⁶⁶. Eine schriftliche Spur ist jedoch bereits notwendig, um insbesondere der Revisionsstelle eine selbstständige Beurteilung des Geschäfts zu ermöglichen¹⁶⁷. Selbstverständlich ist der allenfalls einmal wichtige Beweiswert einer internen Notiz geringer als derjenige einer schriftlichen Kundenerklärung.

3. Zusätzliche Abklärungen über Bankkunden und die Herkunft von Geldern im Anlage- und Vermögensverwaltungsgeschäft

292. Die EBK hat ihre Praxis zur Abklärung der wirtschaftlichen Hintergründe aus Anlass der dargestellten Kreditgeschäfte mit Treuhandcharakter entwickelt, von welchen sie aufgrund von Risikoverteilungsmeldungen Kenntnis erhielt. Ähnliche Abklärungen sind unter Umständen aber auch im Zusammenhang mit der Entgegennahme von Geldern, d.h. im Anlage- und Vermögensverwaltungsgeschäft und bei damit verbundenen Geschäften sinnvoll und notwendig¹⁶⁸. Diese Diskussion hat sich in den letzten Jahren im Rahmen der weltweit zunehmenden Bemühungen entwickelt, die Integration von Verbrechenserslösen in den legalen Geldkreislauf zu verhindern (Geldwäscherei)¹⁶⁹. In diesem Zusammenhang ist die Abklärungspflicht auch 1991 in den Geldwäschereirichtlinien der EBK konkreti-

nicht besonders geprüft werden müssen, vgl. die Darstellung bei KISTLER (1994), 47, 56 und 61.

¹⁶³ Vgl. JUNOD (1987), *activité irréprochable*, 91 (124 ff.); CHAPUIS, ZBJV 128 (1992), 148 (164).

¹⁶⁴ Dazu hinten Rz. 346 ff.

¹⁶⁵ So in EBK Bulletin 11 (1982), 15 (= BGE 108 Ib 186).

¹⁶⁶ So nun auch Rz. 19 des EBK Rundschreibens 91/3 (Geldwäscherei).

¹⁶⁷ Vgl. BGE 108 Ib 186 (193).

¹⁶⁸ Vgl. ZULAUF, recht 7 (1989), 79 (86).

¹⁶⁹ Vgl. HIRSCH (1986), *Dirty money*; ZULAUF, recht 7 (1989), 79 (86).

siert worden¹⁷⁰, welche auch und vor allem im Anlagegeschäft anwendbar sind.

293. Danach sollen die Banken unter gewissen Umständen vertiefte Abklärungen über den Kunden anstellen. Abzuklären sind beispielsweise der Zweck und die Art einer bestimmten Transaktion, die finanziellen Verhältnisse des Vertragspartners oder des wirtschaftlich Berechtigten oder ihre geschäftliche Tätigkeit und die Herkunft der einzubringenden Vermögenswerte¹⁷¹. Das Ziel ist auch hier, eine Verwicklung der Bank in rechts- oder sittenwidrige Transaktionen der Kunden zu vermeiden.

294. Als Bankangestellter derartige Erkundigungen über einen Kunden anstellen zu müssen, ist alles andere als angenehm. Es widerspricht dem traditionellen Selbstverständnis des Bankiers, welches zu Recht gebietet, sich grundsätzlich nicht in die Angelegenheiten seiner Kunden einzumischen¹⁷². Dieses Nichteinmischungsprinzip fand aber bereits bisher eine Grenze, wo die Bank wie im Kreditgeschäft ein finanzielles Risiko einging¹⁷³ oder wo ein Kundenwunsch auf den ersten Blick verdächtig und abnormal erschien¹⁷⁴. Nichts anderes soll auch in Zukunft gelten. Im Idealfall soll die Bank im Anlagegeschäft dieselbe Sorgfalt beachten, wie bei Geschäften, bei denen sie ein Bonitätsrisiko trägt¹⁷⁵.

295. Die Pflicht, unter gewissen Umständen im Anlagegeschäft ein "vertieftes Kundenprofil" erstellen zu müssen, ergibt sich nicht nur unter den Aspekten des Vertrauensschutzes. Die Erhebung von ähnlichen Angaben kann auch zum Schutz des Kunden selbst und unter Haftungsgesichtspunkten geboten sein. So umschreiben sich die Sorgfalts- und Informationspflichten der Bank im Anlagegeschäft wesentlich in Abhängigkeit zur geschäftlichen Erfahrung und den persönlichen Verhältnissen der einzelnen Kunden¹⁷⁶. Aus diesem Grund haben die Banken als Effektenhändler nach der EG-Richtlinie von 1993 über die Wertpapierdienstleistungen "von ihren Kunden Angaben über ihre finanzielle Lage, ihre Erfahrung mit Wertpapiergeschäften und ihre mit den gewünschten Dienstleistungen verfolgten Ziele" zu verlangen¹⁷⁷. Auch zu Marketing-

¹⁷⁰ EBK Rundschreiben 91/3, Rz. 18 ff. Vgl. dazu ZUBERBÜHLER (1992), Banken als Hilfspolizisten, 30 (53 ff.).

¹⁷¹ EBK Rundschreiben 91/3 (Geldwäscherei), Rz. 19.

¹⁷² Was nicht nur für den schweizerischen Bankier gilt, vgl. VASSEUR (1990), La loi du 12 juillet 1990, 23 (32 f.).

¹⁷³ Wo die Bank richtigerweise Verwendungszweck und die tatsächliche Verwendung durch den Schuldner kontrolliert.

¹⁷⁴ VASSEUR (1990), La loi du 12 juillet 1990, 23 (32 f.).

¹⁷⁵ ZUBERBÜHLER (1992), Banken als Hilfspolizisten, 30 (51).

¹⁷⁶ Art. 11 Abs. 4 EBEHG.

¹⁷⁷ Art. 11 Abs. 1 WDR.

zwecken können ausreichende Kenntnisse über die Kunden wichtig sein¹⁷⁸.

296. Derartige Abklärungen allgemein im Massengeschäft zu verlangen, wäre aber unverhältnismässig¹⁷⁹ und von vorneherein unpraktikabel. Im Sinne der vorne dargestellten Forderungen¹⁸⁰ versuchen die Geldwäschereirichtlinien zu präzisieren, unter welchen Umständen das Exertitium der Abklärungen nötig ist. Der Sache entsprechend gehen sie dabei über das Anlagegeschäft hinaus. Nach den Geldwäschereirichtlinien der EBK¹⁸¹ sollen zusätzliche Erkundigungen bei hohen Bar- oder Edelmetalltransaktionen¹⁸² gemacht werden, sowie wenn Anhaltspunkte für eine mögliche Geldwäscherei bestehen.

297. Einzelne Beispiele¹⁸³ solcher Anhaltspunkte sind im Anhang zu den Richtlinien genannt¹⁸⁴. Am wichtigsten ist wohl der Hinweis auf Transaktionen, welche auf einen widerrechtlichen Zweck hindeuten, deren wirtschaftlicher Zweck nicht erkennbar ist und die sogar wirtschaftlich unsinnig erscheinen¹⁸⁵. Vorsicht ist auch angebracht, wenn ein Kunde "der Bank falsche oder irreführende Auskünfte erteilt oder ihr ohne plausiblen Grund für die Geschäftsbeziehung notwendige, bankübliche Auskünfte und Unterlagen verweigert"¹⁸⁶. Nicht als Kriterium für zusätzliche Abklärungen genannt ist der Umfang der angelegten Vermögenswerte. Aus Geschäftsinteresse wird aber die Geschäftsleitung einer Bank oder einzelne Mitglieder alle für sie bedeutenden Kunden persönlich kennen. Allerdings wäre es naiv zu glauben, sogar bei regelmässigen Besuchen beim Kunden, welche schliesslich nicht polizeilichen Zwecken dienen, könnte

¹⁷⁸ Vgl. ZUBERBÜHLER (1992), Banken als Hilfspolizisten, 30 (53 f.).

¹⁷⁹ Vgl. BGE 108 Ib 186 (191): "Es ist zuzugeben, dass die Abklärung des wirtschaftlichen Hintergrundes jedes kleinen, alltäglichen oder unbedeutenden Bankgeschäftes nicht nur einen grossen administrativen Aufwand der Banken bedeuten würde, sondern wohl auch von den betroffenen Bankkunden nicht verstanden würde".

¹⁸⁰ Vgl. vorne Rz. 278 ff. Es mag offenbleiben, ob diese Präzisierung nicht nur gefordert, sondern auch wirklich gewünscht wird, was ZUBERBÜHLER (1992), Banken als Hilfspolizisten, 30 (40), bezweifelt.

¹⁸¹ EBK Rundschreiben 91/3 (Geldwäscherei), Rz. 18.

¹⁸² Im Umfang von mehr als 100 000 Franken bei Aufnahme der Geschäftsbeziehung oder eines von jeder Bank intern festzulegenden (gemeint ist höheren) Betrages bei bestehenden Geschäftsbeziehungen. Erkundigt sich ein Kunde nach diesem Betrag, ist dies für die Bank ein Grund zur Vorsicht.

¹⁸³ Einzelne Banken gehen in ihren internen Weisungen darüber hinaus. Zu lange Listen "ungewöhnlicher" und zur Vorsicht Anlass gebenden Geschäften sind aber von den Bankangestellten nicht mehr zu verarbeiten. Wichtiger ist die Sensibilisierung auf das Problem.

¹⁸⁴ Zu ähnlichen "red flag lists" in den USA: ACKERMANN (1992), 128 ff. Zu Abklärungspflichten im Zusammenhang mit Konti von Beamten und Politikern, vgl. hinten Rz. 314 f.

¹⁸⁵ EBK Rundschreiben 91/3 (Geldwäscherei), Anhang, A 3.

¹⁸⁶ EBK Rundschreiben 91/3 (Geldwäscherei), Anhang, A 8.

mit Leichtigkeit nebenbei ein krimineller Hintergrund der Geschäftstätigkeit des Kunden erkannt werden.

298. Die Bedeutung dieser Liste von Anhaltspunkten wird in den Geldwäschereirichtlinien relativiert: Sie "dienen in erster Linie der Sensibilisierung der Bankangestellten. Die einzelnen Anhaltspunkte dürften jeweils für sich allein noch keinen ausreichenden Verdacht für das Vorliegen einer strafbaren Geldwäschereitransaktion begründen, aber das Zusammentreffen mehrerer dieser Elemente kann auf Geldwäscherei hinweisen. Vor allem aber ist die Liste der Anhaltspunkte keinesfalls abschliessend und bedarf überdies einer fortlaufenden Anpassung an veränderte Umstände sowie neue Methoden der Geldwäscherei. Sie soll lediglich als Hilfsmittel verwendet werden und nicht zu routinemässigem Vorgehen unter Ausschaltung des gesunden Menschenverstandes verleiten"¹⁸⁷.

299. Tatsächlich dürfen in diese Liste von Anhaltspunkten¹⁸⁸ und an die Abklärungspflichten der Banken keine unrealistischen Erwartungen gesetzt werden. Auch ist vor übertriebenem Glauben an technische Kontrollmöglichkeiten der Banken zu warnen¹⁸⁹. So geschieht der Zahlungsverkehr selbst bei grösseren Kunden teilweise ausserhalb des Einflussbereichs des Kundenbetreuers. Allenfalls ist die technische Kontrolle von Bartransaktionen eines Kontos möglich und sinnvoll¹⁹⁰. "Es ist weder Aufgabe der Banken noch haben sie die Mittel, systematisch alle Kunden-transaktionen auf einen möglichen deliktischen Zusammenhang zu untersuchen"¹⁹¹. Auch können die Banken bei ihren Abklärungen die Angaben der Kunden nur (aber immerhin) auf ihre Plausibilität prüfen.

300. Es geht also nicht um Routinekontrollen, sondern um gesunden Menschenverstand bei ausgefallenen Kundenwünschen. Anschaulich ist in dieser Hinsicht ein im Jahre 1992 von der EBK beurteilter Fall¹⁹². Eine

¹⁸⁷ EBK Rundschreiben 91/3 (Geldwäscherei), Anhang, A 1.

¹⁸⁸ Sie berücksichtigt ausländische Vorbilder wie die durch die British Bankers Association, der Building Societies Association und verschiedenen law enforcement agencies ausgearbeiteten "Money Laundering – Guidance Notes for Banks and Building Societies" vom Dezember 1990 (gedruckt bei C. MÜLLER [1992], 180 ff.). Ihrerseits werden die EBK Geldwäschereirichtlinien von ausländischen Behörden konsultiert, vgl. vorne Rz. 73.

¹⁸⁹ Völlig richtig der Hinweis von MESSERLI (1992), obblighi delle banche, 41 (43 ff.).

¹⁹⁰ MESSERLI (1992), obblighi delle banche, 41 (49). Einzelne Banken sehen solche Kontrollen vor, ohne rechtlich dazu verpflichtet zu sein. So untersucht bei einer Bank ein besonderes "Know your customer committee" alle Konti mit mehr als einer bestimmten Anzahl Zahlungsaufträgen oder Bartransaktionen oder sehr hohen Bartransaktionen oder bisher schlafende Konti mit plötzlicher Aktivität.

¹⁹¹ EBK Rundschreiben 91/3, Rz. 17.

¹⁹² EBK Bulletin 23 (1993), 25. Der Fall ist durch den für das Rechtshilfeverfahren zuständigen Zürcher Bezirksanwalt PETER GASSER in NZZ Folio vom September 1991, 36 f., journalistisch beschrieben.

Bank eröffnete 1986 Konti für ausländische Sitzgesellschaften. Deren wirtschaftlich Berechtigte kannte sie wegen eines von einem Anwalt ausgefüllten Formulars B¹⁹³ nicht. Wenige Monate nach der Eröffnung der Konti zahlte die Bank rund 10 Millionen Dollar in bar aus, die kurz darauf wieder auf Konti von anderen Sitzgesellschaften bei derselben Bank einbezahlt wurden, welche diese dem Kunden zur Verfügung gestellt hatte. Das Geld stammte aus dem Drogenhandel, was der Bank nicht bekannt war.

301. Im beschriebenen Fall begründete der Bankkunde seinen Wunsch nach der Unterbrechung des sogenannten “paper trails” mit dem unbestimmten Hinweis auf “familiäre Motive”. Der Bankbeamte akzeptierte diese Begründung ohne weitere Abklärungen unbesehen und dachte auch an steuerliche Gründe. Regelmässig werden ungewöhnliche Wünsche in- oder ausländischer Kunden mit steuer- oder devisenrechtlichen Motiven begründet¹⁹⁴. Diese Begründung ist angesichts der wirtschaftlichen Realitäten im Anlagegeschäft mit Privatkunden in vielen Fällen plausibel. Es ist eine wenig neue Erkenntnis, dass unversteuerte Vermögenswerte und solche verbrecherischer Herkunft die gleichen Konstruktionen und Anlagen suchen¹⁹⁵. Dennoch soll sich die Bank nicht ohne weiteres mit dieser Entschuldigung zufrieden geben¹⁹⁶. Insbesondere wenn die eine Abklärung erfordernden Umstände nur kurzfristig angelegte Gelder betreffen, welche weitertransferiert werden sollen, ist Vorsicht am Platze¹⁹⁷.

302. Die Geldwäschereirichtlinien der EBK verlangen keine rückwirkende Überprüfung bestehender Geschäftsbeziehungen ohne besonderen Anlass. Eine solche Verpflichtung ergibt sich auch nicht aus der Strafbestimmung von Art. 305^{bis} StGB. Es folgt daraus keine rechtliche Pflicht, ohne besondere Hinweise nachträglich und flächendeckend bei bestehen-

¹⁹³ Vgl. dazu vorne Rz. 260 ff.

¹⁹⁴ Vgl. den von KLAUSER, WuR 32 (1980), 285 (294 f.) rapportierten Entscheid der damaligen VSB-Schiedskommission: Eine Bank hatte die VSB nicht verletzt, denn sogar wenn sie nähere Abklärungen gemacht hätte, hätte sie nicht erkennen können, “dass sich unter den (nach ausländischer Devisengesetzgebung illegal) transferierten Geldern auch solche eigentlich krimineller Herkunft befanden”. Vgl. EBK Pressecommuniqué i.S. “Libanon Connection” vom 11.4.1989; BERNASCONI (1991), 7 (11, 18 f.); ZUBERBÜHLER (1992), Banken als Hilfspolizisten, 30 (51). Vgl. die etwas hämische aber nicht falsche Zusammenfassung von PRITWITZ, Strafverteidiger 1993, 498 (501): “Das Problem der Geldwäsche beruht also zu einem wesentlichen Teil darauf, dass die Geldwäsche begehrenden Kunden nicht etwa Legalität, sondern akzeptierte und vertraute Illegalität vortäuschen, um unerwünschte Illegalität zu verwirklichen”.

¹⁹⁵ Vgl. z.B. ACKERMANN (1992), 37 f. Zum (jedenfalls in der Schweiz fehlenden) Zusammenhang zwischen der Bekämpfung der Geldwäscherei und von Steuerdelikten BERNASCONI (1992), Bankgeheimnis, 83 (84 ff.).

¹⁹⁶ Vgl. den etwas verschämten Hinweis im EBK Rundschreiben 91/3 (Geldwäscherei), Anhang, A 2.

¹⁹⁷ BERNASCONI (1991), Erscheinungsformen der Geldwäscherei, 7 (18 f.).

den Kunden nach einem allenfalls kriminellen Umfeld zu forschen. Aus dem Unterlassen solcher, durch keine ungewöhnlichen Transaktionen gebotenen, Abklärungen kann auch nicht geschlossen werden, eine Bank billige eventualvorsätzlich die Anlage allenfalls bei ihr unerkannt vorhandener Vermögenswerte krimineller Herkunft¹⁹⁸. Dass die Banken mit Blick auf ihr Image alle ihre grösseren Kunden angesichts der öffentlichen Sensibilitäten einer Prüfung unterziehen, ist zwar geschäftspolitisch klug, aber nicht rechtlich geboten. Die Beurteilung könnte sich höchstens ändern, wenn bei bestehenden Geschäftsbeziehungen neue Umstände eintreten, welche nach den dargestellten Regeln die Bank aufmerksam machen sollten. Auch da ist zu präzisieren. Das Unterlassen gebotener Abklärungen kann ein Indiz für einen Eventualvorsatz bilden, muss aber nicht¹⁹⁹.

4. Rechtsfolgen unterlassener Abklärungen

303. Unterlässt eine Bank die nach der dargestellten Praxis erforderlichen Abklärungen, riskiert sie aufsichtsrechtliche Massnahmen der EBK. Ein Bewilligungsentzug wäre aber, ausser in extremen Fällen eindeutig widerrechtlicher oder sogar strafbarer Aktivitäten der entscheidenden Bankorgane, unverhältnismässig. In der Tat hat es in allen vorne dargestellten Fällen die EBK, wie erwähnt²⁰⁰, gegenüber den betroffenen Banken im wesentlichen bei einer Missfallensäusserung bewenden lassen und darüber hinaus keine Sanktionen getroffen. Immerhin wäre im Geldwäschereifall²⁰¹ wohl die Entlassung oder Versetzung des zuständigen Bankkaders verlangt worden, wäre der Vorfall nicht lange zurückgelegen²⁰² und hätte die Bank nicht selbst organisatorische Massnahmen getroffen²⁰³. Diese Milde hängt auch damit zusammen, dass die EBK Fall für Fall aus dem allgemeinen Grundsatz der Gewähr für eine einwandfreie Geschäftsführung Regeln entwickelte und damit gewissermassen Neuland beschritt. Die Banken sollten sich allmählich mit dieser Praxis vertraut machen können²⁰⁴.

304. Mit den dargestellten Abklärungspflichten hängt auch die von der EBK wiederholt gemachte Aussage zusammen, die fahrlässige Geldwäscherei sei zwar nicht strafbar, könne aber der vom Bankengesetz gefor-

¹⁹⁸ In der Presse wurde im Zusammenhang mit dem Inkrafttreten der Geldwäschereistrafnormen im August 1990 von sogenannten "Altlasten" gesprochen.

¹⁹⁹ Vgl. vorne Rz. 85, FN 265.

²⁰⁰ Vgl. vorne Rz. 132.

²⁰¹ Vgl. Rz. 300.

²⁰² Zur "heilenden Wirkung" des Zeitablaufs, vorne Rz. 150.

²⁰³ EBK Bulletin 23 (1993), 25 (30).

²⁰⁴ Vgl. HIRSCH, ZSR NF 104 (1985), 2. Halbband, 387 (395).

derden Gewähr für eine einwandfreie Geschäftsführung zuwiderlaufen²⁰⁵. Auf die Kritik an dieser Auffassung sei hier nicht mehr eingegangen²⁰⁶. Die sehr zurückhaltenden Massnahmen der EBK sind nicht mit strafrechtlichen Sanktionen zu vergleichen. (Verwaltungs)strafrechtliche Sanktionen für das Unterlassen von Abklärungen sieht hingegen der Entwurf zu einem Geldwäschereigesetz vor²⁰⁷, was zu weit geht²⁰⁸.

XVII. Keine Mitwirkung an rechts- oder sittenwidrigen Geschäften der Kunden

1. Grundsatz

305. Die dargestellten Pflichten zur Identifizierung der Vertragspartner und wirtschaftlich Berechtigten und erst recht zur Abklärung der wirtschaftlichen Hintergründe sind nicht Selbstzweck. Sie sollen die Bank in die Lage versetzen, informiert zu entscheiden und gegebenenfalls die Verwicklung in rechts- oder sittenwidrige Geschäfte der Kunden zu vermeiden²⁰⁹.

306. Die Rechtswidrigkeit eines Geschäfts beurteilt sich in unserem Zusammenhang²¹⁰ nach der schweizerischen Rechtsordnung, wenn die Bank in der Schweiz handelt²¹¹. Handelt die Bank im Ausland, hat sie sich an die jeweils geltenden lokalen Vorschriften zu halten. Dies durchzusetzen ist aber in erster Linie Sache der lokalen Behörden. Allerdings kann das Verhalten der Schweizer Bank im Ausland unter Umständen auch in der Schweiz aufsichtsrechtlich relevant werden²¹².

307. Als Leitlinie der Rechtswidrigkeit können die im Vertragsrecht zu Art. 19 und 20 OR entwickelten Kriterien dienen. Danach liegt eine Widerrechtlichkeit vor bei einem Verstoss gegen eine zwingende objektive, privat- oder öffentlichrechtliche Norm des (bundesrechtlichen oder

²⁰⁵ EBK Rundschreiben 91/1 (Geldwäscherei), Rz. 6. ZUBERBÜHLER (1992), Banken als Hilfspolizisten, 30 (34, 44).

²⁰⁶ Vgl. vorne Rz. 79.

²⁰⁷ Art. 14 Abs. 1 Bst. d i.V.m. Art. 6 EGVG.

²⁰⁸ Ebenso und zwar bemerkenswerterweise mit der (jedenfalls für Banken zutreffenden) Begründung, aufsichtsrechtliche Massnahmen würden genügen, KISTLER (1994), 294.

²⁰⁹ EBK Bulletin 15 (1985), 5 (7); (=Vorentscheid zu BGE 111 Ib 126, "Schiffshypothekenfall").

²¹⁰ Fragen des internationalen Privatrechts wie ausländische Rechtsnormen, welche zwingend angewendet werden wollen (Art. 19 IPRG), seien hier ausgeklammert.

²¹¹ JUNOD (1987), activité irréprochable, 91 (103) RHINOW/BAYERDÖRFER (1990), Rz. 160; KLEINER (1993), Kommentar, N. 18b zu Art. 3-3^{ter}.

²¹² Vgl. vorne Rz. 62 ff.

kantonalen) schweizerischen Rechts²¹³. Widerrechtlich können insbesondere auch Geschäfte sein, deren mittelbare Zwecke widerrechtlich sind²¹⁴.

308. Heikler als die Frage nach der Widerrechtlichkeit ist diejenige, ob ein Geschäft sittenwidrig ist oder, was je nach Auffassung dasselbe ist²¹⁵, gegen die schweizerische öffentliche Ordnung verstösst. Auch hier kann und muss, wie erwähnt²¹⁶, an die von der Praxis zu Art. 20 OR entwickelten Fallgruppen angeknüpft werden. Für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit dürfen keine lebensfremden ethischen Postulate massgebend sein: "Ce n'est ni l'ascèse du saint, ni l'élan du héros"²¹⁷. Die Praxis begegnet zwar mitunter so menschlichen Dingen wie der Finanzierung von Bordellen durch Banken. Der Punkt ist jedoch nicht relevant. Nicht nur, aber in erster Linie bedeutsam ist vielmehr die Frage, wieweit Verstösse gegen ausländisches Recht nach Schweizer Recht sittenwidrig sind²¹⁸. Dies wird zwar in Theorie und Praxis anerkannt²¹⁹, zum Beispiel im Zusammenhang mit Schmuggelverträgen²²⁰, mit Schmiergeldversprechen²²¹ oder anderen Verträgen gegen ausländisches Wirtschaftsrecht, aber auch im vorliegenden Kontext²²². Dabei wird teilweise der Verstoss gegen ausländisches Recht auch unter dem Gesichtspunkt der Widerrechtlichkeit geprüft²²³.

309. Klare Aussagen fehlen aber in unserem Zusammenhang weitgehend, und ein deutliches Unbehagen ist spürbar. Als Beispiel seien RHINOW/BAYERDÖRFER angeführt²²⁴: "Mit JUNOD (...) ist anzunehmen, dass die Frage der Rechtswidrigkeit im Hinblick auf das nationale (schweizerische) Recht zu beantworten ist. Zieht man den Rahmen darüber hinaus, gerät man in unsichere Grenzbereiche, die sich jedenfalls einer zuverlässigen und einheitlichen Beurteilung entziehen. Immerhin darf man erwarten, dass keine Bank an Geschäften mitwirkt, die erkennbar ausländisches Recht verletzen, soweit dies seinerseits mit schweizerischen Rechtsauf-

²¹³ ERNST A. KRAMER (1990), Berner Kommentar, N. 132 zu Art. 19-20 OR.

²¹⁴ KRAMER (FN 213), N. 137.

²¹⁵ Zu den verschiedenen Theorien KRAMER (FN 213), N. 151 ff.

²¹⁶ Vgl. vorne Rz. 47.

²¹⁷ ENGEL zitiert nach KRAMER (FN 213), N. 174.

²¹⁸ Vgl. schon vorne Rz. 65 ff.

²¹⁹ Vgl. etwa KRAMER (FN 213), N. 162 und ZUFFEREY-WERRO (1988), Rz. 1157 ff. beide m.w.H.

²²⁰ PIERRE ENGEL, Contrebande, ordre public et bonnes moeurs, Recueil de travaux publiés à l'occasion de l'assemblée de la Société suisse des juristes, Genf 1969, 95 ff.; JOSEPH HOFSTETTER, Gloses sur les mandats illicites ou immoraux, Mélanges Guy Flattet, Lausanne 1985, 287 ff.

²²¹ Vgl. hinten Rz. 314 f.

²²² KLEINER (1993), N. 18b zu Art. 3-3^{ter}; RHINOW/BAYERDÖRFER (1990), Rz. 160; JUNOD (1987), activité irréprochable, 91 (104 ff.).

²²³ So von RHINOW/BAYERDÖRFER (1990), Rz. 160 und JUNOD (1987), activité irréprochable, 91 (104).

²²⁴ (1990), Rz. 160 (Hervorhebung im Original).

fassungen in Einklang steht. Analoge, wohl noch subtilere Überlegungen erfordert der noch schwieriger fassbare Begriff der Unsittlichkeit". Dem wird man zustimmen können²²⁵. Tatsächlich sind derartige Sachverhalte schwer in abstrakte Kriterien zu fassen. Zusätzlich ist wohl auch zu prüfen, auf welche Weise beim Verstoss gegen die ausländische Rechtsnorm mitgewirkt wird. Im folgenden seien die wichtigsten Fallgruppen von verpönten Hilfeleistungen für Kunden erläutert.

2. *Keine Annahme und Anlage von Vermögenswerten krimineller Herkunft*

310. Wie erwähnt verbietet die VSB seit 1982 die Entgegennahme von Vermögenswerten krimineller Herkunft nicht mehr ausdrücklich, sofern Vertragspartner und wirtschaftlich Berechtigte einwandfrei identifiziert sind²²⁶. Dennoch ist im Grundsatz völlig unbestritten, dass die Banken keine Vermögenswerte entgegennehmen sollen, deren kriminelle Herkunft sie erkennen können. Dies gilt jedenfalls aufgrund des Bankenaufsichtsrechts²²⁷. Die Schwierigkeiten liegen wie üblich nicht im Grundsatz, sondern in den Details. Das Problem der Erkennbarkeit und der Abklärungspflichten wurde im vorstehenden Kapitel erläutert. Nachfolgend wird beleuchtet, was unter der "kriminellen Herkunft" zu verstehen ist.

311. Zuvor sei jedoch geprüft, ob und unter welchen Umständen sich ein Bankangestellter der Geldwäscherei i.S. von Art. 305^{bis} StGB strafbar macht, wenn er (zumindest eventualvorsätzlich) Vermögenswerte krimineller Herkunft entgegennimmt oder anlegen hilft. Die Frage ist angesichts des Wortlauts und des Zwecks der Bestimmung nicht so abwegig, wie sie auf den ersten Blick scheinen mag. Die strafbare Tathandlung muss "geeignet" sein, "die Ermittlung der Herkunft, die Auffindung oder die Einziehung von Vermögenswerten zu vereiteln", welche aus einem Verbrechen herühren. Sie wird die Einziehung von kriminell erlangtem Geld durch dessen Einzahlung bei einer Bank aber eher erleichtert als erschwert²²⁸.

²²⁵ Anzumerken ist, dass auch ausländisches Devisenrecht nach der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichts mit dem schweizerischen ordre public vereinbar sein kann, wobei die Rechtsprechung teilweise widersprüchlich ist, vgl. BENEDIKT MAURENBRECHER/URS ZULAUF, Bankgeheimnisverletzung / Busse generell kein ersatzfähiger Schaden?, SZW 63 (1991), 36 (40 f.). Zu den diesbezüglichen Auswirkungen des Schweizer Beitritts zum Internationalen Währungsfonds, vgl. EBKE (1993), 2(b) or not 2(b); sowie KLEIN (1993), Article VIII (2)b.

²²⁶ Vgl. vorne Rz. 275.

²²⁷ EBK Jahresbericht 1976, 17; ZUBERBÜHLER, WuR 39 (1987), 167 (181); EBK Jahresbericht 1988, 24; ZULAUF, recht 7 (1989), 79 (87); Botschaft des Bundesrates zu den Geldwäschereistrafnormen, BBl 1989 II 1061 (1068); RHINOW/BAYERDÖRFER (1990), Rz. 220;

²²⁸ So zu Recht die Botschaft des Bundesrates, BBl 1989 II 1061 (1083).

312. Der Raum für strafloses Anlegen von verbrecherisch erworbenem Geld ist äusserst schmal. So hat das Bundesgericht unlängst erklärt, das einfache Anlegen von Geldern verbrecherischer Herkunft sei jedenfalls Geldwäscherei, “wenn sich die Art und Weise von der einfachen Einzahlung von Bargeld unterscheidet”²²⁹. Noch weitergehend entschied das Bundesgericht im “Balkonentscheid”, auch das blosses Verstecken von Verbrechenserlösen zum Beispiel in der Küche oder auf dem Balkon erfülle den Tatbestand²³⁰. Die Rechtsprechung geht jedenfalls klar in die Richtung, keine konkrete Einziehungsgefährdung zu verlangen²³¹. So lautet wohl der vorsichtige Ratschlag an die Banken, damit zu rechnen, dass jede vorsätzliche oder eventualvorsätzliche Annahme von Verbrechenserlösen den Tatbestand erfüllt²³². Ob damit die Strafbarkeit nicht zu weit ausgedehnt wird oder schon wurde und Art. 305^{bis} StGB sich im Ergebnis vom “money laundering” zum “money receiving”, “money spending” und “money keeping” Tatbestand entwickelt²³³, sei hier nicht erörtert.

313. Die EBK hat sich in ihren bisherigen Stellungnahmen nicht dazu geäussert, was unter “kriminellen Geldern” genau zu verstehen ist²³⁴. (Etwas) präziser ist demgegenüber Art. 305^{bis} StGB. Vom Tatbestand erfasst sind Vermögenswerte, welche aus einem Verbrechen i.S. von Art. 9 StGB “herrühren”²³⁵. Nicht von Bedeutung ist, ob das Verbrechen im In- oder Ausland begangen wurde, sofern es am Begehungsort strafbar ist (Art. 305^{bis} Ziff. 3 StGB). Wie verschiedene andere Staaten erfasst die Schweiz mit Art. 305^{bis} somit nicht nur den Drogenhandel als Vortat²³⁶ Tatobjekt der Geldwäscherei ist demnach der Erlös aus Taten wie Diebstahl (Art. 137 StGB), Raub (Art. 139 StGB), qualifizierte Veruntreuung (Art. 140 Ziff. 2 StGB), Betrug (Art. 148 StGB), Erpressung (Art. 156 StGB), betrügerischer Konkurs (Art. 163 StGB) und Pfändungsbetrug (Art. 164 StGB) oder passive Bestechung (Art. 315 StGB).

²²⁹ BGE 119 IV 242.

²³⁰ BGE 119 IV 59.

²³¹ So GRABER (1990), 131 ff.; a.M. ACKERMANN (1992), 255 ff. m.w.H.

²³² So GRABER (1990), 131 ff. Kritisch gegen diesen Grundsatz, aber, jedenfalls bei internationalen Geschäftsbeziehungen, im Ergebnis ebenso SCHMID (1991), Anwendungsfragen, 111 (117 f.) sowie ACKERMANN (1992), 259 ff.

²³³ ACKERMANN (1992), 258, vgl. auch GUNTHER ARZT, recht 11 (1993), 148.

²³⁴ Vgl. z.B. den EBK Jahresbericht 1988, 24.

²³⁵ Dazu und zur Frage der “Surrogatsgeldwäscherei” und der Kontaminierung von Vermögenswerten aus legalen Quellen ACKERMANN (1992), 236 ff. und GRABER (1990), 117 ff., 125 ff.

²³⁶ Sie bildet damit keinen Sonderfall. Analog ist die Gesetzgebung gemäss DELOITTE TOUCHE TOHMATSU INTERNATIONAL, World Banking & Securities, Quarterly Review, March 1994, z.B. in Kanada, den Cayman Inseln, Frankreich, Deutschland, (demnächst) Luxemburg, den Niederlanden, Spanien, Grossbritannien und den USA.

314. Die Frage der Bestechung ist besonders in ihrem internationalen Bezug besonders dornenvoll. Die vor einigen Jahren geäußerte Hoffnung, die Frage der Verwicklung von Schweizer Banken in Bestechungsaffären möge sich nicht stellen²³⁷, hat sich bekanntlich nicht erfüllt²³⁸, was nicht völlig überrascht. Die internationale (und leider auch nationale) Korruption ist ein ernsthaftes und vielschichtiges Problem, welches an dieser Stelle nicht erörtert werden kann²³⁹. Das Schmieren von Angestellten oder Organen eines Geschäftspartners oder von Beamten ist in der Schweiz und wohl in den meisten Rechtsordnungen strafbar²⁴⁰ und entsprechende Verträge in den meisten Fällen sittenwidrig²⁴¹. Die Affären in den letzten Jahren haben einiges in Bewegung gebracht, sei es in der Frage der steuerlichen Abzugsfähigkeit von Schmiergeldern²⁴², sei es auf internationaler Ebene²⁴³. Was davon bleiben wird, bleibt abzuwarten.

315. Offen bleibt vorderhand, ob die passive Bestechung (Bestechlichkeit) von ausländischen Beamten als Vortat zur Geldwäscherei nach schweizerischem Recht in Frage kommt²⁴⁴. Ungeachtet dieses Zweifels hat die EBK in ihrem letzten Jahresbericht ausgeführt, sie erachte "insbesondere" die Annahme von Zahlungen nicht als mit der Gewähr für eine

²³⁷ ZULAUF, recht 7 (1989), 79 (87 f.).

²³⁸ Vgl. EBK Jahresbericht 1993, 32 f. und die Antworten des Bundesrates vom 24.22.1993 und vom 29.6.1994 auf die Interpellationen Rechsteiner "Mani pulite und die Schweiz" (93.3427) und "Bekämpfung der Korruption und der Geldwäscherei" (94.1059), sowie PAOLO BERNASCONI, Korruption – in der Schweiz kein Fremdwort, NZZ vom 7.2.1994, S. 15.

²³⁹ Vgl. die Hinweise bei BERNASCONI, ZStrR 109 (1992), 383 ff.

²⁴⁰ In Frage kommen Art. 148, 159, 315 f. StGB oder Art. 23 i.V. mit Art. 4 Bst. b UWG.

²⁴¹ ZUFFEREY-WERRO (1988), Rz. 1279 ff. m.w.H. auf die Rechtsprechung; ANNE HÉRITIER-LACHAT, Les pots-de-vin, Diss. GE, Genf 1981, 105 ff.

²⁴² In seiner Antwort auf die zweite Interpellation Rechsteiner (vgl. FN 238) stellte der Bundesrat anders noch als in seiner Antwort auf die erste Interpellation ein halbes Jahr zuvor eine Neuüberprüfung der steuerlichen Abzugsfähigkeit von Schmiergeldern in Aussicht. Vgl. nun HAROLD GRÜNINGER, Steuerrechtliche Entwicklungen im Jahr 1993, SZW 66 (1994), 187 (188 ff.).

²⁴³ So verabschiedete der Rat der OECD am 14.5.1994 eine "Recommendation on Bribery in International Business Transactions" (C 94,75) worin den Mitgliedsländern "concrete and meaningful steps" gegen die internationale Beamtenbestechung empfohlen werden. Als Beispiel wird die Bestrafung ausländischer Beamter genannt. Am wichtigsten könnten eventuell die vorgesehenen "follow-up procedures" werden.

²⁴⁴ Nein meinen SCHMID (1991), Anwendungsprobleme, 111 (113) und ihm folgend die Tessiner Beschwerdekammer mit Urteil vom 3.9.1992; ja meinen BERNASCONI, ZStrR 109 (1992), 383 (406 ff.) und ACKERMANN (1992), 218. Die zweite Meinung überzeugt m.E. eher. Wie in der Rechtshilfe (vgl. BGE 117 Ib 64,89) kann eine "abstrakte" beidseitige Strafbarkeit bei passiver Bestechung genügen: Würde ein schweizerischer Beamter bestochen, wäre dies strafbar, ungeachtet ob ein In- oder Ausländer besticht. Entgegen SCHMID wäre die Vortat nach schweizerischem Recht nicht grundsätzlich strafflos (dies trifft nur auf die aktive Bestechung ausländischer Beamter zu), sondern einzig wegen der Ausgestaltung von Art. 315 als Sonderdelikt, welches nur schweizerische Beamte begehen können.

einwandfreie Geschäftsführung vereinbar, wenn eine Bank “weiss oder annehmen müsste, dass es sich um Schmiergelder handelt. Ebenso muss sie den wirtschaftlichen Hintergrund und den Zweck von Geschäften abklären, wenn Anzeichen in dieser Richtung bestehen. Dies trifft zu, wenn ein Beamter oder ein Politiker ein Konto bei einer Bank eröffnet, auf das in der Folge Beträge bezahlt werden, deren Umfang durch die Berufstätigkeit des Kontoinhabers in keiner Weise gerechtfertigt werden kann”²⁴⁵. Dieser – zu begrüssend – Grundsatz wirft im Detail verschiedene Probleme auf, welche hier nicht erörtert werden können. So ist die Frage der Annahme von Bestechungserlösen wohl zu trennen von einer allfälligen wissentlichen Mitwirkung einer Bank bei einer aktiven Bestechung im internationalen Geschäftsverkehr, welche eine differenziertere Analyse erfordert²⁴⁶.

316. Keine Vortaten im Sinne von Art. 305^{bis} StGB bilden in- und ausländische Fiskaldelikte, welche in der Schweiz regelmässig nur mit Gefängnis bestraft werden und damit blosser Vergehen sind, sogar wenn sie wie der Steuerbetrug durch die Strafbehörden verfolgt werden²⁴⁷. Immerhin kann eine Täuschung zum Nachteil einer schweizerischen oder ausländischen Steuer- oder anderen Behörde auch als gemeinrechtlicher Betrug strafbar sein²⁴⁸, womit die Tat wieder als Vortat zur Geldwäscherei in Frage käme.

317. Bisher hat jedoch noch niemand aus diesem Umstand irgendwelche Schlüsse bezüglich allfälliger Sorgfaltspflichten der Banken gezogen. So bleibt den Banken vorderhand die charmante Aufgabe erspart, die Steuer-

²⁴⁵ EBK Jahresbericht 1993, 32. Vgl. BERNASCONI, ZStrR 109 (1992), 383 (405), der “die Bestechung von ausländischen Beamten” als “schweren Missstand” i.S. von Art. 21 Abs. 4 BankG betrachtet, der von den Revisionsstellen der EBK gemeldet werden muss. Ebenso sollen sie “Täuschungsmanöver der Kunden gegenüber Behörden” insbesondere dann der Aufsichtskommission VSB melden müssen, “wenn sie eine aktive Beihilfe zur Bestechung von ausländischen Staatsbeamten darstellen”. Eine solche Meldepflicht von Täuschungsmanövern der Kunden ergibt sich nicht aus der VSB.

²⁴⁶ So stellt sich immer noch, vgl. ZULAUF, recht 7 (1989), 79 (88), die Frage, ob das Argument gehört werden darf, Schmiergelder seien im betreffenden Staat geschäftsnotwendig. Sämtliche Fragen haben eine erhebliche aussenwirtschaftliche Bedeutung, weshalb eine (wirksame) internationale Koordination entscheidend ist. In diesem Zusammenhang würde JUNOD (1987), *activité irréprochable*, 91 (129), LA ROCHEFOUCAULD auch heute noch zu Recht zitieren: “C’est une grande folie que vouloir être sage tout seul”.

²⁴⁷ Vgl. z.B. Art. 59 StHG und Art. 186 DBG.

²⁴⁸ Vgl. BGE 110 IV 19 (Erschleichen von Stipendien) und insbesondere BGE 108 IV 24 (Täuschung der amerikanischen Steuerbehörde ausserhalb eines Veranlagungsverfahrens mittels gefälschten Urkunden). Zur schwankenden Praxis des Bundesgerichts bezüglich der Abgrenzung zwischen dem (milderen) Steuerstrafrecht und dem (strengerem) gemeinen Strafrecht DANIELLE YERSIN, *De la soustraction d’impôt à la fraude fiscale*, ZSR NF 104 (1985), 2. Halbband, 370 ff.

hinterzieher unter ihren Kunden von den Steuerbetrügern zu trennen²⁴⁹. Dies bleibt allenfalls der Rechtshilfe in Strafsachen vorbehalten, welche bekanntlich zur Unterstützung von Steuerbetrugs- nicht von Steuerhinterziehungsverfahren gewährt wird²⁵⁰. Aufsichtsrechtlich ist die Annahme von nicht deklarierten Vermögenswerten somit nach wie vor unbedenklich²⁵¹, und die Argumente zur Steuerflucht bleiben dieselben wie früher. Es geht um die internationale Konkurrenz im Privatkundengeschäft²⁵².

3. *Keine aktive Beihilfe bei der Täuschung von Dritten und insbesondere von Steuer- und anderen Behörden*

318. “Bankbescheinigungen wird im Geschäftsleben ein erhöhtes Vertrauen entgegengebracht, weil die Geschäftstätigkeit der Banken den Anforderungen des Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen zu entsprechen hat, die damit betrauten Personen einen guten Ruf geniessen und Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten müssen und der Betrieb einer besonderen Aufsicht und Kontrolle untersteht”²⁵³. Das erhöhte Vertrauen erhöht auch den Wert einer Bankbescheinigung für unlautere Zwecke und damit die entsprechende Nachfrage. So lassen sich leider hin und wieder Banken durch ihre Kunden zu falschen, irreführenden oder unvollständigen Bescheinigungen verleiten, welche der Täuschung von Dritten dienen sollen. Besonders Behörden sind immer wieder Ziel solcher Täuschungen, was die Täuschenden und teilweise ihre Banken vielfach als “legitimate defence” gegen als ungebührlich empfundene staatliche Eingriffe rechtfertigen. Dabei geht es keineswegs immer um grenzüberschreitende Tatbestände. Nachfolgend seien einige Beispiele aus der Gerichts- und Verwaltungspraxis genannt:

319. Im Jahre 1916 gewährt ein Verwalter einer Sparkasse einem Kunden einen Hypothekarkredit. Der Schuldner verpflichtet sich gleichzeitig, bei derselben Bank einen Betrag in gleicher Höhe in Form von Obligationen und eines gesperrten Einlageheftes der Bank

²⁴⁹ Zu Geldwäscherei und Steuerdelikten BERNASCONI (1992), Bankgeheimnis, 1992, 83 (84 ff.).

²⁵⁰ Vgl. zuletzt BGE 117 Ib 55 (63 f.) und BERNASCONI (1992), Bankgeheimnis, 83 (89 f.): es werden pro Jahr rund 20 bis 30 solcher Gesuche gestellt. “Vertrauens- und Rufschutz” gilt übrigens auch im Rechtshilferecht: “Das Rechtshilferecht soll dazu dienen, dass die Schweiz den Ruf verliert, hier könnten unter dem Schutz des Bankgeheimnisses auf strafbare Weise erlangte Vermögenswerte in Sicherheit gebracht werden”, (unveröffentlichte) BGE vom 29.11.1984, E. 3c und vom 10.9.1986, E. 25, zitiert nach BERNASCONI, ZStrR 109 (1992), 383 (396).

²⁵¹ Zur (verpönten) Beihilfe an Täuschungshandlungen nachfolgend Rz. 319 ff. Zur Plausibilitätsprüfung der “Einrede der Steuerhinterziehung” bei Abklärungen der Bank, vgl. vorne Rz. 301.

²⁵² Bemerkenswert aufrichtig LUSSE, WuR 30 (1978), 182 (196 f.).

²⁵³ BGE 102 IV 191 (194 f.). Das Bundesgericht bejahte deshalb in diesem Entscheid, dass derartige Bankbescheinigungen strafrechtlich relevante Urkunden i.S. der Art. 110 Ziff. 5 und 251 StGB sind.

anzulegen, deren Ertrag geringer ist als die Kreditkosten. Einziger Zweck der Operation ist die Täuschung der Steuerbehörden durch den Ausweis der Schulden bei gleichzeitigem Verschweigen der Einlage, was der Bank bekannt ist²⁵⁴.

320. Ein Verwaltungsrat, Direktor und Aktionär einer Bank erstellt im Jahre 1964 unter anderem Bankerklärungen über angeblich für einen Kunden eingegangene Zahlungen. Er weiss, dass der Kunde damit als Geschäftspartner des amerikanischen Marinedepartementes nicht bestehende Zulieferkosten ausweisen will. Für seine Dienste erhält der Bankdirektor 150 000 Franken²⁵⁵.

321. Im Jahr 1974 überträgt ein Prokurist einer Grossbank auf Wunsch des Alleinaktionärs einer Einmanngesellschaft eine auf deren Konto gutgeschriebene Zahlung über rund 100 000 Franken auf das Privatkonto des Aktionärs, ohne dass dieser Vorgang aus dem Kontoauszug der Gesellschaft ersichtlich ist. Die Gesellschaft deklariert diese Einnahme nicht²⁵⁶.

322. In den Jahren 1979-1981 bescheinigen ein Generaldirektor und ein stellvertretender Direktor einer Schweizer Auslandsbank der in einem europäischen Staat ansässigen Mutterbank, ihr Bargeld geschickt zu haben. In Wahrheit ist das Bargeld von lokalen Kunden der Mutterbank zur Gutschrift auf ihrem Konto bei der Schweizer Tochterbank übergeben worden²⁵⁷.

323. Im Jahr 1984 verpflichtet sich eine Bank, eine von einem Kunden, welcher in ein ausländisches Steuerstrafverfahren verwickelt ist, befürchtete Beschlagnahme eines Schiffes durch die Geltendmachung einer Schiffshypothek abzuwenden. Dabei dürfte nicht erwähnt werden, dass der Kredit in erster Linie und vollumfänglich durch eine Einlage des Kunden gedeckt ist²⁵⁸.

324. Im Jahre 1986 bestätigen ein persönlich haftender Privatbankier und zwei seiner Direktoren gegenüber einem Grundbuchamt, einen durch eine nachrangige Hypothek auf einem überbelasteten Grundstück gesicherten Kredit auf eigene Rechnung und ohne zusätzliche Sicherheiten gewährt zu haben. In Wahrheit wird der Kredit allein wegen der Bürgschaft einer ausländischen und dem Schuldner nahestehenden Kundin gewährt, welche aufgrund des Bundesgesetzes über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland²⁵⁹ nicht selbst als Gläubigerin auftreten kann²⁶⁰. Die Kreditvaluta wird von der Bank gar nicht ausbezahlt, weil der "Schuldner" das benötigte Geld offenbar direkt vom ausländischen "Bürgen" erhält.

²⁵⁴ BGE 48 II 270. Das Bundesgericht wies die Rückforderungsklage der Bank ab, weil es den Darlehensvertrag als unsittlich und deshalb nichtig erachtete.

²⁵⁵ BGE 102 IV 191.

²⁵⁶ ASA 56 (1987/88), 67. Vgl. vorne Rz. 122.

²⁵⁷ EBK Bulletin 15 (1985), 11. Die EBK begnügte sich mit einer Rüge, da die Initiative von der ausländischen Mutterbank ausging und sich die Verantwortlichen drei Jahre klaglos verhielten. Der Sachverhalt ist ähnlich wie derjenige, welcher die deutschen Steuerbehörden im Januar 1994 zu einer breiten Hausdurchsuchung bei einer deutschen Bank in Düsseldorf wegen Verdachts auf Beihilfe zur Steuerhinterziehung über die Luxemburger Tochterbank veranlasste, vgl. das den Durchsuchungsbefehl schützende Urteil des deutschen Bundesverfassungsgerichts vom 23.3.1994, Betriebs-Berater 1994, Heft 12, 850-853.

²⁵⁸ Schiffshypothekenfall, EBK Bulletin 15 (1985), 5 (= Vorentscheid zu BGE 111 Ib 126); vgl. vorne Rz. 286.

²⁵⁹ SR 211.412.41.

²⁶⁰ EBK Bulletin 23 (1993), 19. Anders als im analogen Fall in EBK Bulletin 1 (1978), 14, verlangte die EBK nicht, dass die Bank den betreffenden Personen die Vertretungsbefugnis entzog, da dies den Fortbestand der Bank gefährdet hätte.

325. Zwei leitende Angestellte einer Bank bestätigen in den Jahren 1986 und 1987 einer Kundin tatsachenwidrig, eine byzantinische Münzensammlung verkauft beziehungsweise, in einem zweiten Fall, zur Reinigung angenommen zu haben. Sie wissen, dass diese Bescheinigung zur Täuschung ausländischer Zollbehörden dienen sollten. Die Bank muss in der Folge Auskünfte in einem Hehlereiverfahren geben²⁶¹.

326. Mehrere lokale Bankinstitute belasten Ende 1990 Kundenkonti und erkennen die Guthaben bankinternen "pro Diverse" Konti. In einem Fall werden Hypothekendarlehen an Bankangestellte auf Ende Jahr erhöht. Anfang Januar des nächsten Jahres erfolgen analoge Rückbuchungen. Die Absicht der Buchungen ist offensichtlich, den Angestellten und den Kunden zu ermöglichen, gegenüber den Steuerbehörden für den Stichtag Ende Jahres geringere Vermögenswerte beziehungsweise höhere Schulden auszuweisen²⁶².

327. Im Jahre 1992 verlangt ein schweizerischer Rechtshilferichter im Anschluss an ein ausländisches Rechtshilfebegehren wegen Steuerbetrugs von einer Bank die Angabe der Konti, über welche die angeschuldigten Personen "direkt oder indirekt" Verfügungsberechtigt sind. Nach Rücksprache mit den Endbegünstigten einer ganzen Kaskade interner Durchlaufkonti und entgegen besseres Wissen erklärt sich die Bank in ihrer Antwort ausser Stande, alle betroffenen Konten zu ermitteln und anzugeben²⁶³.

328. Die Täuschung von Behörden des In- oder Auslandes ist durch die VSB ausdrücklich verpönt²⁶⁴. Die EBK erachtet ein solches Verhalten als mit der Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit unvereinbar²⁶⁵. Dabei geht die Praxis der EBK insofern weiter als die VSB, als sie auch die Täuschung von Privatpersonen erfasst²⁶⁶. In der Tat stellt sich in beiden Fällen auch der strafrechtliche Aspekt der Falschbeurkundung. Zudem kritisiert die Aufsichtspraxis nicht erst die tatsächliche Abgabe täuschender Bescheinigungen. Die Bank hat, soweit erkennbar, bereits Situationen zu vermeiden, in denen ein Kunde falsche, irreführende oder unvollständige Bescheinigungen von ihr erwartet. Andernfalls stände sie vor der Wahl, entweder die verpönte Bescheinigung abgeben zu müssen, oder die darauf gerichtete Erwartung des Kunden zu enttäuschen²⁶⁷.

329. Als "Schicksalsfrage" in Zusammenhang mit der Täuschung von Behörden erscheint, ob und wie weit Banken auf besonderen, vermutungsweise von Behörden angeforderten Bescheinigungen über Kredite auf

²⁶¹ Die Bank wurde von der Aufsichtskommission VSB verurteilt, vgl. FRIEDLI, SZW 65 (1993), 90 (93).

²⁶² EBK Jahresbericht 1992, 36 f.; EBK Bulletin 23 (1993), 35. Die Banken wurden von der Aufsichtskommission VSB wegen Verstosses gegen Art. 8 VSB gebüsst. Im Anschluss daran erliess die EBK, was die Ausnahme ist, Verfügungen gegen die Banken, belies es dabei aber (bemerkenswerterweise) bei einer förmlichen Missfallensäusserung.

²⁶³ Der Fall wurde 1994 von der Aufsichtskommission VSB beurteilt, welche in der Antwort der Bank eine unvollständige Bescheinigung im Sinne von Art. 8 VSB erblickte.

²⁶⁴ Art. 8 VSB. Die Aufsichtskommission VSB beurteilte nach den publizierten Angaben ihrer Sekretäre bisher nur zwei solche Fälle, vgl. KLAUSER, WuR 32 (1980), 285 (292 f.); FRIEDLI, SZW 65 (1993), 90 (93).

²⁶⁵ Vgl. neben den vorstehend genannten Beispielen auch EBK Bulletin 18 (1988), 11 (14).

²⁶⁶ Vgl. die (allerdings nicht weiter begründeten) Ausführungen des Bundesgerichts im Schiffshypothekenfall BGE 111 Ib 126 (128) und EBK Bulletin 18 (1988), 11 (14).

²⁶⁷ EBK Bulletin 15 (1985), 5 (Schiffshypothekenfall).

allfällige vom Schuldner selbst oder ihm Nahestehenden gestellte Garantien oder Deckungen oder entsprechende Treuhandverhältnisse hinweisen müssen²⁶⁸. Hier bestehen Unsicherheiten. Die frühere Schiedskommission VSB hat die Frage im Jahre 1980 offenbar bejaht²⁶⁹. In die gleiche Richtung weist der Schiffshypothekenfall²⁷⁰. Die Frage ist gerade im Privatbankengeschäft von einiger praktischer Relevanz. Grundsätzlich ist LUSSEK zuzustimmen, wonach angesichts der Subjektivität des Wertempfindens zum vorneherein ausgeschlossen sei, mehr als ein "ethisches Minimum" zu verlangen²⁷¹. Die Inpflichtnahme der Banken zur Verfolgung öffentlicher Aufgaben und entsprechende Hinweispflichten müssen ihre Grenzen haben. Von den Behörden darf erwartet werden, dass sie selbst die richtigen Fragen stellen. Im Einzelfall mögen aber Treu und Glauben einen Hinweis gebieten.

330. Der Täuschung von Steuerbehörden dient auch die Abrede von "Schwarzzahlungen" ("dessous de table") bei Liegenschaftskäufen²⁷². Im Vordergrund steht wohl meist das Bestreben des Verkäufers zur Vermeidung oder Verringerung der von ihm zu entrichtenden Grundstückgewinnsteuern. Getäuscht werden sollen aber unter Umständen auch Private²⁷³. Strafrechtlich macht sich der Verkäufer des Steuerbetruges und des Erschleichens einer Falschbeurkundung schuldig²⁷⁴. Der Käufer riskiert eine Verurteilung wegen Gehilfenschaft zum Steuerbetrug und ebenfalls wegen Erschleichens einer Falschbeurkundung. Finanziert eine Bank einen Liegenschafts Kauf im Wissen um eine Schwarzgeldabrede, erscheint je nach den Umständen eine Strafbarkeit ihrer Verantwortlichen als Gehilfen des die Urkunde erschleichenden Käufers nicht ausgeschlossen. Unter anderem aus diesem Grunde²⁷⁵ erachtet die EBK neuerdings die Finanzierung von Schwarzgeldgeschäften durch eine Bank als unzulässig²⁷⁶, auch wenn die Bank die Schwarzzahlung selbst nicht finanziert²⁷⁷. Ein

²⁶⁸ LUSSEK, Quartalsheft SNB 1988, 236 (245).

²⁶⁹ LUSSEK, Quartalsheft SNB 1988, 236 (245).

²⁷⁰ EBK Bulletin 15 (1985), 5 (=Vorentscheid zu BGE 111 Ib 126), vgl. vorne Rz. 286 und 323.

²⁷¹ Quartalsheft SNB 1988, 236 (244).

²⁷² Die Frage beschäftigt die Gerichte regelmässig unter dem Gesichtspunkt der Formgültigkeit der Verträge, vgl. zuletzt die Übersicht bei THOMAS KOLLER, Privatrecht und Steuerrecht, Bern 1993, 145 ff., welcher mit m.E. überzeugenden Argumenten vorschlägt, das Zivilrecht solle die Risiken eines solchen Geschäfts für die Parteien möglichst erhöhen.

²⁷³ In Frage kommen beispielsweise Vorkaufsberechtigte, Erben, Ehegatten, Pfandgläubiger oder eine durch einen Vertreter vertretene Vertragspartei.

²⁷⁴ Vgl. die Hinweise bei KOLLER (FN 272), 148, FN 130; zur Konkurrenz zwischen den beiden Tatbeständen BGE 117 IV 181.

²⁷⁵ Die Bank trifft zudem das wirtschaftliche Risiko, dass der zwischen ihr und dem Käufer geschlossene Pfandvertrag mangels Verfügungsbefugnis des unter Umständen nie Eigentum erwerbenden Käufers ungültig ist, was wegen des fehlenden guten Glaubens der Bank auch die Ungültigkeit ihres Pfandrechts bewirkt (Art. 974 ZGB).

²⁷⁶ EBK Bulletin 22 (1992), 27 (30 f.).

²⁷⁷ EBK Jahresbericht 1993, 31 f.

Vorwurf trifft die Bank nur, wenn sie von der Schwarzzahlung weiss. Dies dürfte allerdings nicht selten sein, da Käufer vielfach interessiert sein werden, eine gemessen am Kaufpreis sehr weitgehende Belehnung zu rechtfertigen²⁷⁸.

331. Nehmen die Banken wissentlich von ihren Kunden unversteuerte Vermögenswerte an, was zulässig ist²⁷⁹, bewegen sie sich somit auf einem schmalen Grat im Grunde gegensätzlicher Pflichten. Sie sind einerseits durch das Bankgeheimnis klarerweise verpflichtet, die Geschäftsbeziehung ohne Einwilligung des Kunden gegenüber keiner Behörde zu offenbaren, welche kein entsprechendes Auskunftsrecht besitzt. Dazu gehören die Steuerbehörden bekanntlich nicht, die Steuerstraßbehörden nur in landesinternen Steuerstrafverfahren oder in Rechtshilfeverfahren wegen Abgabebetrugs²⁸⁰. Andererseits dürfen die Banken ihre Dienstleistungen für steuerhinterziehende Kunden nicht beispielsweise mit täuschenden Bescheinigungen auf die Spitze treiben. Nur erinnert sei hier schliesslich an die schwierige Pflicht, bei Anhaltspunkten auf Geldwäscherei das "Steuer-alibi" des Kunden auf seine Glaubwürdigkeit zu überprüfen²⁸¹.

332. Rechtsfolge der Abgabe falscher, unvollständiger oder irreführender Bescheinigungen kann neben den Sanktionen aufgrund der VSB und des Bankengesetzes auch eine Bestrafung wegen Falschbeurkundung im Sinne von Art. 251 StGB sein. Je nach dem Ziel der Bescheinigung ist aber sogar eine Strafe wegen Helfenshaft zu anderen Delikten oder wegen Geldwäscherei möglich²⁸².

²⁷⁸ Vgl. vorne Rz. 229.

²⁷⁹ Ebenso AELLEN (1990), 198, dessen Umkehrschluss aus dem schweizerischen Rechtshilferecht allerdings nicht überzeugt und bei Abgabebetrügen auch sofort unlösbare Schwierigkeiten bereitet, a.a.O. FN 15. Die Bank braucht sich nach geltendem Recht grundsätzlich nicht um die steuerliche Situation des Kunden zu kümmern, solange von ihr keine aktive Teilnahme an Steuervergehen erwartet wird und, so wäre aus zivilrechtlicher Sicht hinzuzufügen, sie nicht mit steuerlichen Argumenten für ihre Produkte wirbt. (Jedenfalls) in diesem Fall trifft sie eine vertragliche Beratungspflicht, insoweit zu unterstützen THOMAS KOLLER, Steuerrechtsbezogene Nebenpflichten im Privatrecht, ZSR NF 112 (1993), I. Halbband, 157 ff. Die wissentliche Annahme von hinterzogenen Vermögenswerten ist auch kein untauglicher Versuch der Geldwäscherei, richtig ACKERMANN (1992), 240.

²⁸⁰ Für Einzelheiten und Hinweise vgl. z.B.: BERNASCONI (1992), Bankgeheimnis 83 (88 ff.) und KLEINER (1982), Kommentar, N. 45 ff. zu Art. 47. Als wesentliche Neuerung sehen DBG (Art. 127 Abs. 1 Bst. e) und StFG (Art. 43) eine umfassende Bescheinigungspflicht Dritter gegenüber dem Steuerpflichtigen vor. Eine direkte Bescheinigungspflicht der Banken gegenüber der Steuerbehörde ist nach wie vor nicht vorgesehen.

²⁸¹ Dazu vorne Rz. 301.

²⁸² Vgl. ACKERMANN (1992), 261, FN 5.

4. Keine aktive Beihilfe zur Kapitalflucht

333. Wie anderen internationalen Finanzplätzen wird dem schweizerischen regelmässig seine Rolle als Ziel von Fluchtgeldern aus Ländern vorgeworfen, deren Gesetzgebung die Anlage von Geldern im Ausland einschränkt. Die Frage bleibt nicht nur aber in erster Linie im Zusammenhang mit Entwicklungsländern von Interesse²⁸³. Auf die politische Diskussion darüber ist hier nicht einzugehen²⁸⁴. Um besonders anstössige Acquisitionsmethoden von Schweizer Banken im Ausland zu eliminieren, verpönt die VSB seit 1977 die "aktive Beihilfe" zu Kapitalflucht²⁸⁵. Die Norm bezweckt nicht die generelle Eindämmung der Kapitalflucht in die Schweiz²⁸⁶. Um im Ausland aber öffentliches Ärgernis zu vermeiden, sollen die Kundenbetreuer im Ausland ein niedriges Profil bewahren und nur zurückhaltend, gewissermassen mit "moderation and restraint", auftreten. Der gleiche Gedanke hat bekanntlich in Art. 4^{quater} des Bankengesetzes Eingang gefunden, welcher den Banken eine aggressive Werbung insbesondere mit dem Bankgeheimnis untersagt²⁸⁷.

334. Im einzelnen verbietet die VSB in einer (abschliessenden) Aufzählung²⁸⁸ als erstes, Kunden im Ausland ausserhalb der Geschäftsräumlichkeiten der Bank zu empfangen, um Gelder entgegenzunehmen oder ihnen Ratschläge für den illegalen Kapitaltransfer zu erteilen. Zudem darf die Bank keine Kompensationsgeschäfte mit dem (erkennbaren) Zweck der Kapitalflucht organisieren. Schliesslich soll sie auch nicht "aktiv" mit Kapitalfluchtorganisationen zusammenarbeiten, zum Beispiel Provisionen zahlen oder Konti führen, welche diese gewerbsmässig für Kapitalflucht benützen. In allen drei Fällen ist vorausgesetzt, dass das betreffende Land die Anlage von Geldern im Ausland tatsächlich einschränkt und

²⁸³ Etwa 3% (= rund 27 Mrd. Franken) des bei und von Schweizer Banken 1992 schätzungsweise angelegten ausländischen Privatvermögens dürfte aus den 46 ärmsten Ländern der Welt stammen. Der Anteil dürfte wohl höher sein. Die fehlenden statistischen Angaben über die Herkunft der über ausländische off-shore Zentren angelegten Gelder verhindern aber genauere Schätzungen. (Quellen: SNB, Das schweizerische Bankwesen im Jahre 1992, Tabellen 32, 36, 38; interne EBK-Depotstatistik; HEINZ ZIMMERMANN/ANDREA EBERLE/ADRIANO RAMPINI, Europa und die Schweizer Banken, Chur/Zürich 1991, Tabelle 20.)

²⁸⁴ Vgl. etwa MAURICE AUBERT/JEAN-PHILIPPE KERNEN/HERBERT SCHÖNLE, *Le secret bancaire suisse*, Bern 1982, 454 ff. Der Bundesrat wünschte sich 1982 von den Banken mehr Zurückhaltung bei der Entgegennahme von Geldern aus Entwicklungsländern (BBJ 1982 II 1201, 1222), ist aber im übrigen der Meinung, es liege an den Entwicklungsländern selbst, die Ursachen der Kapitalflucht durch eine geeignete Wirtschaftspolitik zu bekämpfen, vgl. z.B. Amtl Bull NR 1986, 488.

²⁸⁵ Art. 7 VSB.

²⁸⁶ LÜSSER, Quartalsheft SNB 1988, 236 (244).

²⁸⁷ Die Bestimmung ist im übrigen praktisch weitgehend bedeutungslos, vgl. MÜLLER (1987), 49 f. Dogmatisch ist sie jedoch als Hinweis auf den Vertrauensschutz als Gesetzeszweck interessant, vgl. vorne Rz. 21 ff.

²⁸⁸ Ziffer 43 f. VSB.

tatsächlich ein grenzüberschreitender “Kapitaltransfer” stattfindet, was nach dem Wortlaut der VSB auch bei Kompensationsgeschäften zwischen verschiedenen ausländischen Kunden zutrifft²⁸⁹.

335. Das Verbot der aktiven Beihilfe zur Kapitalflucht hat in der Praxis eine zunehmend geringere Bedeutung. Dies mag insbesondere auch mit der zunehmenden (und erfreulichen) Liberalisierung des internationalen Kapitalverkehrs insbesondere im europäischen Raum zusammenhängen. Rechtlich und theoretisch wirft die Regelung in der VSB verschiedene Fragen auf. So fragt sich, ob das in der VSB verankerte Verbot auch aufsichtsrechtlich durch die EBK durchgesetzt werden könnte²⁹⁰. Die VSB selbst geht offensichtlich davon aus²⁹¹.

336. Zum andern wurde gefragt, ob durch dieses Verbot nicht gewissermassen ausländisches Devisenrecht auf dem Wege der “privaten” Vereinbarung im Inland vollstreckt wird, während das schweizerische Rechtshilferecht eine Rechtshilfe in Strafsachen für ausländische Devissendelikte ausschliesst²⁹². Eine gewisse Schutzwirkung der VSB für die ausländischen Rechtsordnungen ist, wie erwähnt²⁹³, nicht zu bestreiten und auch gewollt. Dadurch ergibt sich aber kein zwingender Wertungswiderspruch. Niemand wird die dem Rechtshilferecht in Strafsachen zu Grunde liegende Wertung als Aufforderung und Freipass für eine hemmungslose Missachtung nicht rechtshilfefähiger ausländischer Rechtsnormen durch Inländer auffassen wollen. Die den Banken auferlegte Zurückhaltung ist auch nicht mit einer Vollstreckung ausländischen Rechts gleichzusetzen. In der Praxis hat sich die Regelung in der VSB als flexibler Kompromiss erwiesen und auch den Zufluss ausländischen Kapitals nicht aufgehalten. Jedenfalls dürfte ein Weiterführen des bisherigen “soft law” einer Verankerung gesetzlicher Normen besonders in diesem Bereich vorzuziehen sein²⁹⁴.

²⁸⁹ KLAUSER, WuR 32 (1980), 285 (289); FRIEDLI, SZW 65 (1993), 90 (97).

²⁹⁰ ZUBERBÜHLER, WuR 39 (1987), 167 (183) bejaht die Frage, ebenso bereits der EBK Jahresbericht 1976, 17. Die EBK hat sich bisher nur einmal mit der Frage der aktiven Beihilfe zur Kapitalflucht befasst, aber keine Verfügung getroffen, vgl. MÜLLER (1987), 36, FN 72. In dem in EBK Bulletin 5 (1985), 11 (vgl. vorne Rz. 322), erwähnten Fall bestanden im betreffenden Land keine Kapitalausfuhrbeschränkungen.

²⁹¹ Vgl. Art. 1 (Präambel) und Art. 12 Abs. 9 (Mitteilung an die EBK) VSB.

²⁹² JUNOD (1987), *activité irréprochable*, 91 (105 f.).

²⁹³ Vgl. vorne Rz. 66 f.

²⁹⁴ Ebenso KLAUSER, WuR 37 (1987), 369 (386 f.).

XVIII. Verhalten bei Verdacht auf strafbare Handlungen von Kunden

337. Nachstehend soll die wenig komfortable Lage einer Bank erläutert werden, welche von der verbrecherischen Herkunft von Vermögenswerten erfährt, welche sie von einem Kunden entgegengenommen hat. Sie gerät in ein schwieriges Spannungsfeld divergierender privater Interessen des Kunden, ihrer Eigeninteressen und öffentlicher Interessen an der Strafverfolgung.

1. Verweigerung der Geschäftsbeziehung

338. Erkennt die Bank die verbrecherische Herkunft von Vermögenswerten oder die Zugehörigkeit ihres Ansprechpartners oder eines hinter ihm stehenden wirtschaftlich Berechtigten zu einer kriminellen Organisation²⁹⁵ bereits bei Aufnahme einer Geschäftsbeziehung, soll sie diese ablehnen²⁹⁶. Zwar kann, wie erwähnt²⁹⁷, gerade dadurch, eher als durch die bloße Annahme von verbrecherischen Vermögenswerten durch eine Bank, die Herkunftsermittlung, Auffindung oder Einziehung von Vermögenswerten erschwert werden, wenn sich die Bank nicht zu einer Meldung an die zuständige Strafbehörde entschliesst. Trotzdem macht sich ein so handelnder Bankangestellter keinesfalls der Geldwäscherei im Sinne von 305^{bis} StGB schuldig. Die gesetzliche Umschreibung der Tathandlung würde dies zwar paradoxerweise nicht ausschliessen²⁹⁸. Eine Strafbarkeit wäre jedoch offensichtlich absurd, würde den Banken doch zum Vorwurf gemacht, was umgekehrt von ihnen verlangt wird, nämlich sich nicht an rechtswidrigen Geschäften zu beteiligen. Ebenso wenig kann eine Bank verpflichtet werden, den Kunden gewissermassen in eine Falle zu locken, um ihn anzuzeigen. Die Ablehnung einer Geschäftsbeziehung ist deshalb nie eine Tathandlung im Sinne von Art. 305^{bis} StGB und, sogar ohne Berücksichtigung des (hoffentlich fehlenden) Vorsatzes, straflos²⁹⁹. Klarer als beim schwierig zu verstehenden Tatbestand der Geldwäscherei (Art. 305^{bis} StGB), wird dies in der neuen Bestimmung zur kriminellen Organisation (Art. 260^{ter} StGB) zum Ausdruck kommen. Wer eine Geschäftsbeziehung ablehnt, unterstützt die Organisation nicht, im Gegenteil.

²⁹⁵ Vgl. Art. 260^{ter} StGB, vgl. BBl 1993 III 277 und vorne Rz. 41.

²⁹⁶ Vgl. vorne Rz. 310 ff.

²⁹⁷ Vgl. vorne Rz. 311.

²⁹⁸ Ebenso GÜNTHER STRATENWERTH, Geldwäscherei – ein Lehrstück der Gesetzgebung, in: PIETH, (Hrsg.) Bekämpfung der Geldwäscherei – Modellfall Schweiz?, Basel/Frankfurt a.M. 1992, 97 (108 f.); SCHWOB (1993), Anzeigerecht oder Anzeigepflicht, 441 (447).

²⁹⁹ In diesem Sinne auch ZUBERBÜHLER (1992), Banken als Hilfspolizisten, 30 (59); ebenso SCHMID (1994), Insiderdelikte und Geldwäscherei, 189 (213 f.).

2. Abbruch der Geschäftsbeziehung oder interne Sperre?

339. Sehr viel schwieriger ist die Lage der Bank, wenn sie, was in der Praxis häufiger sein dürfte, erst im Verlaufe der Geschäftsbeziehung die verbrecherische Herkunft von Vermögenswerten bemerkt, welche sie entgegengenommen hat. Ihre Informationsquellen dürften in erster Linie Berichte der Tagespresse über eröffnete Strafverfahren oder Anfragen von Behörden bilden. Realistischerweise weniger wahrscheinlich ist, dass die Bank diesen Umstand von sich aus aufgrund ihrer Abklärungen im Gefolge ungewöhnlicher Transaktionen³⁰⁰ entdeckt.

340. Die anders als ihre Nachfolgerinnen noch klarerweise auf die Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität ausgerichtete erste VSB von 1977 verlangte von den Banken in dieser Situation ohne wenn und aber den Abbruch der Geschäftsbeziehung³⁰¹. Diese Regel war nun offensichtlich missglückt, da sie einem Geldwäscher gerade ermöglichen konnte, mit dem Deliktsgut zu verschwinden und die Spuren zu verwischen³⁰². Die rigorose Pflicht zum Abbruch der Geschäftsbeziehungen war denn auch der (wie sie damals hiess) Schiedskommission VSB nicht geheuer³⁰³ und wurde in der Literatur zu Recht kritisiert³⁰⁴. Seit 1987 verlangt die VSB den Abbruch der Geschäftsbeziehung nicht mehr, "wenn strafrechtliche Ermittlungen eingeleitet sind"³⁰⁵, was sich auch auf Ermittlungen ausländischer Behörden beziehen kann.

341. Dieser Zusatz hat seinen Ursprung in den Anordnungen der EBK im Falle Marcos im Jahre 1986³⁰⁶. Zusammenfassend führte die EBK in ihrem Jahresbericht 1986 aus: "Der Fall Marcos und zwei frühere Entscheide der Schiedskommission³⁰⁷ haben gezeigt, dass der grundsätzlich gebotene sofortige Abbruch der Geschäftsbeziehungen bei konkreten Anhaltspunkten für strafbare Handlungen der Kunden oder die illegale Herkunft der Gelder in Ausnahmefällen zu ernsthaften Zielkonflikten mit den Interessen der Geschädigten und der Strafverfolgungsbehörden füh-

³⁰⁰ Vgl. vorne Rz. 292 ff.

³⁰¹ Art. 12 VSB 1977.

³⁰² Solche Fälle haben sich auch ereignet, vgl. ZULAUF, recht 7 (1989), 79 (85).

³⁰³ Vgl. den von MEYER, WuR 36 (1984), 157 (171, E. 4b) rapportierten Entscheid.

³⁰⁴ Soweit ersichtlich als erster: WERNER DE CAPITANI, Zur Rechtsprechung der Schiedskommission für die Vereinbarung über die Sorgfaltspflicht der Banken bei der Entgegennahme von Geldern, SJZ 80 (1984), 352 (353 f.).

³⁰⁵ Art. 9 Abs. 3 VSB 1987. Aufgrund der Geldwäschereibestimmung, dazu sogleich im Text, wurde in der VSB 1992 (Art. 6 Abs. 4) der Zusatz angefügt, "oder wenn der Bank daraus Sanktionen auf Grund straf- oder aufsichtsrechtlicher Vorschriften drohen".

³⁰⁶ Vgl. die Darstellungen im EBK Jahresbericht 1986, 25 ff.; NZZ Nr. 74 vom 1.4.1986, 7; RHINOW/BAYERDÖRFER (1990), Rz. 106 ff.

³⁰⁷ Gemeint ist die Schiedskommission VSB als Vorgängerin der heutigen Aufsichtskommission VSB.

ren können. Eine Bank hat deshalb ganz allgemein mit dem Abbruch der Geschäftsbeziehungen zuzuwarten und den Abzug von Vermögenswerten nicht zuzulassen, wenn sie mit unmittelbaren Verfügungssperren der Strafverfolgungsbehörden in einem inländischen Verfahren oder im Rahmen der internationalen Rechtshilfe zu rechnen hat" (S. 26 f.).

342. Das Vorgehen der EBK im Fall Marcos wurde von den Banken bei Tisch eher begrüßt³⁰⁸, nach Tisch dagegen kritisiert³⁰⁹. Nach der Kritik hat die EBK in Überschreitung ihrer Befugnisse und ohne genügende Rechtsgrundlage in zivilrechtliche Verhältnisse eingegriffen. Zivilrechtlich sei die Bank nach Art. 479 OR solange ohne Vorbehalte zur Rückgabe einer hinterlegten Sache an den Hinterleger verpflichtet, als nicht gerichtlicher Beschlag auf die Sache gelegt worden sei³¹⁰. Auf diese zivilrechtlichen Vorfragen kann hier nicht im einzelnen eingegangen werden³¹¹.

343. Im übrigen hat sich die Rechtslage in bezug auf Vermögenswerte, welche möglicherweise³¹² aus Verbrechen stammen, durch die Geldwä-

³⁰⁸ In einer Presseerklärung vom 27.3.1986 zog die Schweizerische Bankiervereinigung das Vorgehen der EBK demjenigen des Bundesrates als das kleinere Übel vor ("Rückkehr zur Anwendung ordentlichen Rechts", NZZ Nr 72 vom 27.3.1986, 17), kündete jedoch eine vertiefte Abklärung der Rechtsgrundlagen des EBK Rundschreibens an.

³⁰⁹ Vgl. das als Folge der Massnahmen der EBK in Auftrag gegebene Gutachten von RHINOW/BAYERDÖRFER (1990), Rz. 106 ff., 206 ff.

³¹⁰ RHINOW/BAYERDÖRFER (1990), Rz. 215.

³¹¹ Immerhin soviel: Art. 479 OR ist entgegen der von RHINOW/BAYERDÖRFER (1990), Rz. 206, ungeprüft übernommenen Meinung von HEINZ REICHWEIN, SAG 59 (1987), 18 (20 f.) kaum Angelpunkt des Bankzivilrechts, sondern eine Sonderregel, welche sich im allgemeinen Auftrags- und Darlehensrecht nicht findet und deren im FLN Entscheid durch das Bundesgericht bejahte (BGE 100 II 200, 208 f., 214 f., 218 f.) Anwendung auf unregelmässige Hinterlegungsverträge und allgemeine Aufträge in der Literatur teilweise abgelehnt wird (so BAERLOCHER, Der Hinterlegungsvertrag, Schweizerisches Privatrecht VII/1, Basel 1977, 705; ebenso GAUTSCHI, Berner Kommentar [1960], N13c zu Art. 400 OR). Findet Art. 479 OR keine Anwendung, kann sich ein Schuldner nach Art. 96 und 168 OR durch gerichtliche Hinterlegung befreien, wenn er Zweifel über den Gläubiger hat. Die allfällige Berechtigung einer Bank zur Verweigerung einer Auszahlung war in den einschlägigen Urteilen des Bundesgerichts (BGE 100 II 200, 96 II 145) nicht direkter Prozessgegenstand. In beiden Fällen waren die von der Bank verwahrten Vermögenswerte zudem nicht verbrecherischer Herkunft. In einem solchen Fall macht sich der Aufbewahrer nach der m.E. zutreffenden Meinung von THOMAS KOLLER, in: HONSELL/VOGT/WIEGAND (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Zürich/Bern/Basel 1992, N. 10 zu Art. 479 OR, entgegen den soeben zitierten Entscheiden des Bundesgerichts gegenüber dem Eigentümer einer hinterlegten Sache sogar schadensersatzpflichtig, wenn er die Sache dem Hinterleger restituiert. Ebenso in bezug auf gestohlene Vermögenswerte schon GAUTSCHI, Berner Kommentar, 1962, N. 13b zu Art. 472 OR und N. 2a ff. zu Art. 479 OR.

³¹² Streng genommen gilt die Aussage nur für Vermögenswerte, welche tatsächlich aus einem Verbrechen "herrühren". Die Beurteilung der Vortat und ihres Konnexes zu den Vermögenswerten in der Bank ist schwierig genug für den Strafrichter nach Abschluss eines Strafverfahrens, aber gänzlich unmöglich für eine Bank, welche vielfach aufgrund ungenauer Meldungen beispielsweise über eine Strafuntersuchung im Ausland reagieren soll.

schereistrafnorm von Art. 305^{bis} StGB verändert. Mit dem Abbruch der Geschäftsbeziehung muss die Bank dem Kunden die entgegengenommenen Vermögenswerte zurückgeben. Jedenfalls eine Barauszahlung, welche den sogenannten “paper trail” unterbricht, ist jedoch Tathandlung³¹³ im Sinne der Geldwäschereistrafnorm, da sie die Herkunftsermittlung, Auffindung oder Einziehung der Vermögenswerte nicht bloss abstrakt, sondern ganz konkret gefährden kann³¹⁴. Dies gilt meines Erachtens nicht, wenn die Bank den “paper trail” zwar verlängert, aber wahr und nicht unterbricht, indem sie die Vermögenswerte beispielsweise auf eine andere Bank überträgt³¹⁵, jedenfalls solange die Vermögenswerte im Inland bleiben³¹⁶. Auch dürfen die Endbegünstigten der Überweisung wohl ausschliesslich die Vertragspartner oder wirtschaftlich Berechtigten der überweisenden Bank sein³¹⁷.

344. Ob diese Ansicht die Zustimmung der Gerichte findet, ist jedoch ungewiss³¹⁸. Durch ein solches Vorgehen werden zudem die heissen Kartoffeln nur an eine andere (ahnungs- oder skrupellose) Bank weitergereicht. Dies braucht die erste Bank nicht zu interessieren³¹⁹, befriedigt aber mit Blick auf die öffentlichen Interessen, um die es hier geht, ebenfalls nicht. In dieser Situation behelfen sich die Banken mitunter mit einer “internen Sperre” der fraglichen Vermögenswerte³²⁰. Die Sperre

³¹³ Aber nicht notwendigerweise als Indiz auf einen Vorsatz.

³¹⁴ Unverbindlich äussert sich der Bundesrat in der Botschaft zum “Melderecht des Financiers”, BBl 1993 III 277 (324): der Tatbestand sei “möglicherweise” erfüllt. Ein “Risiko” der Strafbarkeit stellen die Geldwäschereirichtlinien der EBK fest: EBK Rundschreiben 91/3, Rz. 23.

³¹⁵ So auch das EBK Rundschreiben 91/3 (Geldwäscherei), Rz. 28. A.M. SCHMID (1991), Anwendungsfragen, 111 (122), welcher hingegen die Rückgabe der Vermögenswerte an den Einzahler, in der gleichen Form wie sie einbezahlt wurden (“contrarius actus”), als “Verkürzung des paper trails” nicht für tatbestandsmässig hält. Die Länge der Spur ist aber weniger entscheidend. Wichtig ist vielmehr, dass sie nicht unterbrochen wird. Die Meinung von SCHMID überzeugt deshalb nicht, zu Recht ablehnend ACKERMANN (1992), 140 f., 255 f., distanzierter nun SCHMID (1994), Insiderdelikte und Geldwäscherei, 189 (213).

³¹⁶ ACKERMANN (1992), 260 erachtet jeden Transfer ins Ausland als Geldwäschereihandlung.

³¹⁷ Keine zusätzliche “Anonymisierung”, vgl. ACKERMANN (1992), 260 ff.

³¹⁸ Vgl. vorne Rz. 312; SCHMID (1994), Insiderdelikte und Geldwäscherei, 189 (214), erachtet jedes Weiterüberweisen von deliktischen Mitteln als Geldwäschereihandlung; nicht schlüssig ACKERMANN (1992), 259 ff.; GRABER (1990), 131 ff.

³¹⁹ Es sei denn, es würden auch hier zivilrechtliche Schutz- und Aufklärungspflichten begründet, wobei m.E. Zurückhaltung geboten ist. Die Situation ist vergleichbar mit der Ablösung eines gefährdeten Kredits durch eine andere Bank. Jede Bank muss ihre Hausaufgaben selbst machen.

³²⁰ Soweit ersichtlich wurden die Probleme solcher interner Sperren noch nicht systematisch diskutiert, vgl. immerhin DE CAPITANI (FN 302), 354; BERNASCONI (1987), droits et devoirs, 343 (381 ff.); ZULAUF, recht 7 (1989), 79 (88); PETER NOBEL, Internationale Rechtshilfe aus der Sicht der Banken, in: Dossier Finanzplatz Schweiz 1989, zusammengestellt vom Finanz- und Wirtschaftsdienst EDA (unpubliziert), 176 (188 f.); SCHMID (1991), Anwendungsfragen, 111 (122).

kann total oder auf einen “courant normal” beschränkt sein. Solche internen Sperren sind durchaus keine neue Erfindung³²¹. Sie sind aus Sicht von Art. 305^{bis} StGB unbedenklich, da die potentiellen Auffindungs- und Einziehungsmöglichkeiten der Behörden unverändert bleiben. Ein in diesem Sinne “neutrales” Weiterführen der Geschäftsbeziehung, welches durchaus eine Bewirtschaftung der Anlagen in einem Depot erlaubt, kann deshalb keine Geldwäschereihandlung sein, sogar wenn es in (nachträglich erlangter) Kenntnis der verbrecherischen Herkunft der Vermögenswerte geschieht³²².

345. Die Frage der zivilrechtlichen Zulässigkeit einer internen Sperre bei Verdacht auf Geldwäscherei wurde bereits angesprochen³²³. Es besteht aber zugegebenermassen eine beträchtliche Unsicherheit, so dass vorgeschlagen wurde, die Banken sollten sich ein solches Vorgehen bei Verdacht auf eine verbrecherische Herkunft von Vermögenswerten vertraglich ausbedingen³²⁴. Demgegenüber erachtete die EBK eine interne Sperre, wie erwähnt, vor unmittelbarer zu erwartenden Blockierungsmassnahmen der Straf- oder Rechtshilfebehörden nicht nur möglich, sondern aufsichtsrechtlich geboten³²⁵. Zu erwarten sind Blockierungsmassnahmen naturgemäss auch, wenn eine Bank sich entschliesst, einen Verdacht auf Geldwäscherei anzuzeigen, worauf sogleich zurückzukommen ist. Offen blieb, wie lange in all diesen Fällen eine solche interne Blockierung weitergeführt werden soll und darf³²⁶.

³²¹ Vgl. den Sachverhalt in BGE 81 IV 156: Der Bankbeamte Widmer der Bank Leu weigert sich, rund 70 000 Franken auszuzahlen, welche kurz zuvor auf ein Konto ohne Guthaben überwiesen worden sind. Trotz Erklärungsversuchen über die Herkunft des Geldes (es stammte tatsächlich aus einem Betrug) wird der Kunde auf den nächsten Tag vertröstet und sein Komplize bei der erneuten Vorsprache in der Bank, welche vermutlich die Polizei verständigt hat, verhaftet.

³²² In diesem Sinne wäre die im EBK Rundschreiben 91/3 (Geldwäscherei) und in BBl 1993 III 277 (324) geäusserte Ansicht zu präzisieren. Ebenso ACKERMANN (1992), 262; SCHMID (1991), Anwendungsfragen, 111 (121). Hoffentlich akzeptiert dies auch die in Rz. 312 erwähnte eher ausufernde Rechtsprechung. Wenn nicht bliebe immerhin noch der Vorsatz zu prüfen. Ohne nähere Begründung a.M. SCHWOB (1993), Anzeigerecht oder Anzeigepflicht, 441 (447), welche daraus *de lege lata* eine Anzeigepflicht der Banken ableitet, wenn sie im Verlauf einer Geschäftsbeziehung Verdacht auf eine kriminelle Herkunft von angenommenen Geldern schöpfen.

³²³ Vgl. vorne FN 310.

³²⁴ So SCHMID (1994), Insiderdelikte und Geldwäscherei, 189 (215) und ACKERMANN (1992), 141. Grundsätzlich ablehnend gegen derartige Zwangsmassnahmen ohne ausdrückliche behördliche Anordnung ARZT, AJP 1993, 1187 (1195).

³²⁵ Vgl. vorne Rz. 341.

³²⁶ Im Fall Marcos dauerten die (durch die EBK in einem Rundschreiben verlangten) internen Sperren rund einen Monat, bevor sie durch eine Blockierung gestützt auf das IRSG abgelöst wurden. BERNASCONI (1987), *droits et devoirs*, 385 f. hält eine interne Blockierung für die Dauer von mindestens einer Woche bei schweizerischen Fällen und ein bis zwei Monaten in internationalen, ein Rechtshilfegesuch erfordernden Fällen für angemessen. In den Geldwäschereirichtlinien (EBK Rundschreiben 91/3, Rz. 26) erach-

3. Melderecht und Meldepflicht

346. Entdeckt eine Bank nachträglich die verbrecherische Herkunft angelegter Gelder, besteht entgegen einer vom Verfasser früher vertretenen Auffassung³²⁷ also Raum sowohl für ein Weiterführen der Geschäftsbeziehung (im Rahmen des “courant normal”) als auch für einen Abbruch der Geschäftsbeziehung (unter Wahrung des “paper trails”)³²⁸. Beide Handlungen erfüllen den Tatbestand der Geldwäscherei nicht. In jedem Fall bliebe zudem der Vorsatz zu prüfen. Die Bank befindet sich somit nicht in einer ausweglosen Normfalle, aus der sie nur durch eine Meldung oder Anzeige an eine Strafbehörde wieder entkommen könnte. Es besteht nach geltendem Recht keine faktische Anzeigepflicht³²⁹ und zwar auch nicht über den bankaufsichtsrechtlichen Weg der “Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit”³³⁰.

347. Die Lage der Bank ist aber nichts desto trotz ungemütlich. Die hier vertretene Rechtsauffassung braucht von den Gerichten nicht geteilt zu werden. Auch so wäre im übrigen der Handlungsspielraum klein. Der verdächtige Kunde wird sich eine Beschränkung der Geschäftsbeziehung auf den “courant normal” aus verständlichen Gründen unter Umständen nicht gefallen lassen. Ein Abbruch der Geschäftsbeziehung unter Wahrung des “paper trails” kann nicht möglich sein. Der mögliche Druck der Medien sei nur am Rande erwähnt. Unter diesen Umständen wird tatsächlich das Eigeninteresse eine Meldung oder Anzeige³³¹ an die Strafbehörden nahelegen (aber nicht zwingend gebieten). Dieses Interesse ist in

tet die EBK eine Frist von fünf Bankwerktagen nach einer Anzeige eines Geldwäschereiverdachts durch die Bank an die Strafbehörden als ausreichend.

³²⁷ ZULAUF, recht 7 (1989), 79 (90). Deswegen (und entgegen STRATENWERTH, FN 298, 97, 112 f.) nur deswegen entfällt auch der dort und im EBK Rundschreiben 91/3 (Rz. 23, FN 1) angeführte Rechtfertigungsgrund des Notstandes bei einer Bankgeheimnisverletzung durch eine Anzeige an die Strafbehörde.

³²⁸ Wie hier ZUBERBÜHLER (1993), Geldwäschereibekämpfung, 126 (131 f.); ebenso ARZT, AJP 1993, 1187 (1192 f.). Anders die Botschaft des Bundesrates zum “Melderecht des Financiers”, BBl 1993 III 277 (324).

³²⁹ A.M. ARZT, AJP 1993, 1187 (1193) und SCHWOB (1993), Anzeigerecht oder Anzeigepflicht, 441 (447 f.). Es sei allerdings bezweifelt, ob diese Autorin dieselbe Ansicht auch vertreten würde, wenn ein Bankangestellter tatsächlich wegen eventualvorsätzlicher Geldwäscherei vor den Schranken des Richters stände. Es ist eine alte Erfahrung mit dogmatischen Diskussionen um das Bankgeheimnis (z.B. räumlicher Geltungsbereich, Rechtfertigungsgründe, Schadenersatzpflicht): Wird die Sache konkret und geht es nicht mehr ums Prinzip, so ändert sich die Sichtweise.

³³⁰ Übereinstimmend DIETZI (1992), Bankangestellte als eidgenössisch konzessionierter Sherlock Holmes?, 67 (78) und ZUBERBÜHLER (1992), Banken als Hilfspolizisten, 30 (59).

³³¹ Es besteht tatsächlich kein rechtlicher Grund, terminologisch zwischen “Meldung” und “Strafanzeige” zu unterscheiden, SCHWOB (1993), Anzeigerecht oder Anzeigepflicht, 441 (443 f.). Der Ausdruck Meldung drückt aber besser die Tatsache aus, dass der Bericht an die Behörde nicht aus eigenem Antrieb erfolgt.

diesem Falle gleichgerichtet mit dem öffentlichen Rechtspflegeinteresse, welches die Geldwäschereinormen schützen sollen.

348. Nach bisherigem Recht fragte sich, ob eine solche Meldung oder Anzeige nicht in allen Fällen durch das Bankgeheimnis ausgeschlossen ist. Dies wäre zu verneinen, wenn das Bankgeheimnis seine Grenzen messerscharf erst und ausnahmslos an genau definierten Zeugnis- und Mitwirkungspflichten gegenüber Behörden fände³³². Zu Ende gedacht müsste dieser Gedanke der Bank auch verbieten, zur Durchsetzung eigener Interessen Strafanzeigen zu erstatten und zivilrechtliche Verfahren einzuleiten. Dies ist abzulehnen. Nach richtiger Ansicht hat in diesem Fall eine Interessenabwägung stattzufinden³³³. Die Durchsetzung der Eigeninteressen darf nicht leichtfertig und muss möglichst schonend erfolgen. Es ist nicht einzusehen, weshalb die Bank nicht auch berechnete öffentliche Interessen soll wahrnehmen dürfen, die sich im konkreten Fall vielfach mit ihrem Interesse an der Klärung ihrer Situation decken. Das Anzeigerecht zur Wahrung berechtigter Interessen in Ausnahmefällen bei zwingenden Hinweisen auf verbrecherische Handlungen von Bankkunden ist deshalb schon nach bisherigem Recht zu bejahen³³⁴ und entspricht auch der langjährigen Bankpraxis³³⁵.

349. Von daher gesehen hätte es keiner ausdrücklichen Verankerung des Melderechts bedurft. Der Gesetzgeber traute aber dieser Argumentation nicht und verankerte ein "Melderecht des Financiers" im Strafgesetzbuch (Art. 305^{ter} Abs. 2 StGB)³³⁶. Ob der Regelungsort im Anschluss an die Geldwäschereidelikte der richtige ist, mag bezweifelt werden³³⁷. Gravier-

³³² In diese Richtung geht GUNTHER ARZT, Zur Beweisbeschaffungspflicht der Bank im Strafverfahren, in: VON GRAFFENRIED (Hrsg.), Beiträge zum schweizerischen Bankrecht, Bern 1987, 321 (338 ff.).

³³³ MAURICE AUBERT/JEAN-PHILIPPE KERNEN/HERBERT SCHÖNLE, Le secret bancaire suisse, 2. Aufl., Bern 1982, 111 ff.; ebenso BEAT KLEINER, Privatrechtliche Aspekte der Informationspreisgabe der Bank aus eigenem Interesse, Festschrift Bärman, München 1975, 523 (526 ff.).

³³⁴ Ebenso die bei ACKERMANN (1992), 141, FN 3, genannten Autoren sowie schon DE CAPITANI (FN 304), 352 (354) und ZULAUF, recht 7 (1989), 79 (88); ebenso erneut SCHMID (1994), Insiderdelikte und Geldwäscherei, 189 (205) sowie wohl ARZT, AJP 1993, 1187 (1192, FN 32). Auf dieser Grundlage stehen auch die Geldwäschereirichtlinien der EBK, EBK Rundschreiben 91/3, Rz. 23, wo jedoch in FN 1 die Rechtslage als ungewiss bezeichnet wird.

³³⁵ Vgl. DE CAPITANI (FN 304), 352 (354) sowie vorne Rz. 344, FN 321.

³³⁶ Vgl. vorne Rz. 41, FN 129. Die Bestimmung lautet: "Die von Absatz 1 erfassten Personen sind berechtigt, den inländischen Strafverfolgungsbehörden und den vom Gesetz bezeichneten Bundesbehörden Wahrnehmungen zu melden, die darauf schliessen lassen, dass Vermögenswerte aus einem Verbrechen herrühren".

³³⁷ SCHWOB (1993), Anzeigerecht oder Anzeigepflicht, 441 (444) würde die kantonalen Strafprozessordnungen vorziehen. M.E. überzeugender SCHMID (1994), Insiderdelikte und Geldwäscherei, 189 (207), der eine Regelung im Anschluss an die Geheimhaltungsbestimmungen (z.B. Art. 47 BankG) vorschlägt.

render ist die sachliche Koppelung an die Geldwäschereidelikte. Daraus darf m.E. insbesondere nicht der negative Schluss gezogen werden, dass entgegen der bisherigen Praxis keine Anzeige gemacht werden dürfte, wenn ein dringender Verdacht nicht auf Verbrechenserlöse, sondern beispielsweise auf die Benutzung von Bankkonten zur Begehung von Verbrechen besteht³³⁸.

350. Eine in der Botschaft des Bundesrates unterschwellig geäußerte Absicht der Verankerung des Melderechtes war, gewissermassen die Verdachtsschwelle zu senken, welche eine Meldung auslöst³³⁹. Die Adressaten werden diese Einladung aus nachvollziehbaren Gründen wohl kaum annehmen. Solange keine ausdrückliche Meldepflicht besteht, werden die Banken und die anderen "Financiers" wohl nur dann melden, wenn ihre Informationslage sehr sicher ist³⁴⁰. Praktisch werden deshalb kaum Verdachtsmeldungen Auslöser von Strafverfahren sein, sondern umgekehrt. Diese weniger eingreifende Lösung dürfte aber hoffentlich die Trefferquote erhöhen, während umgekehrt ausländische Beispiele die Überforderung der Behörden zeigen, wenn die geringste ungewöhnliche Transaktion zur Entlastung der Banken gemeldet wird. Das Problem wird in der Schweiz angesichts der Dezentralisierung der Strafbehörden verschärft.

351. Nach der geltenden Rechtslage liegt das Eigeninteresse der Bank an der Meldung wie erwähnt darin, ihren sehr kleinen Handlungsspielraum zu erweitern. Von der Behörde erwartet sie gewissermassen als Gegenleistung für ihre Information klare Verhaltensanweisungen, welche ihre Lage klären. Ob die Behörde dazu in der Lage ist, hängt vom Grad ihrer Information und Überlastung ab. Zweifel sind geäußert worden³⁴¹. Eine Meldung macht aber nur Sinn, wenn gleichzeitig die fraglichen Vermögenswerte zumindest auf den "courant normal" blockiert sind. Dieser Zustand darf im Interesse des Kunden nicht lange dauern. Nach den Geldwäschereirichtlinien der EBK soll die Bank völlig frei über die Geschäftsbeziehung entscheiden können, sofern die Behörde nicht innert fünf Bankwerktagen anderslautende Anweisungen verfügt³⁴². Damit sollte auf pragmatische Weise und nach Rücksprache mit den Strafbehörden der hauptsächlich betroffenen Kantone ein Interessenausgleich zwischen

³³⁸ SCHMID (1994), Insiderdelikte und Geldwäscherei, 189 (208) weist zu Recht auf das Problem hin.

³³⁹ BBl 1993 III 277 (324 f., 326); zum Problem STRATENWERTH (FN 298), 97 (113).

³⁴⁰ Auf diesem Boden stehen auch die Geldwäschereirichtlinien der EBK. EBK Rundschreiben 91/3, welche unterscheiden zwischen einzelnen ungewöhnlichen Transaktionen, welche nur (aber immerhin) nähere Abklärungen durch die Bank nötig machen (Rz. 18) und einem allenfalls zu meldenden konkreten Verdacht auf Geldwäscherei (Rz. 23 ff.).

³⁴¹ ZUBERBÜHLER (1992), Banken als Hilfspolizisten, 30 (58).

³⁴² EBK Rundschreiben 91/3, Rz. 26.

Strafbehörden, Banken und Kunden gefunden werden³⁴³. Diese Regel einer Aufsichtsbehörde kann keinesfalls ein tatbestandsmässiges Verhalten als rechtmässig erklären³⁴⁴. Wird sie befolgt, könnte dies aber immerhin als Indiz für den mangelnden Vorsatz zur Geldwäscherei dienen³⁴⁵.

352. Die Geldwäscherichtlinie der EG sieht eine Pflicht der Banken und übrigen Finanzinstitute vor, die für die Bekämpfung der Geldwäscherei zuständigen Behörden von sich aus über alle Tatsachen zu unterrichten, "die ein Indiz für eine Geldwäsche sein könnten"³⁴⁶. Diese Formulierung deutet eine eher niedrige "Verdachtsschwelle" an, was zwangsläufig zu sehr zahlreichen Meldungen führen wird, welche Ausgangspunkt oder Ergänzung einer umfangreichen Datensammlung der zuständigen Behörden bilden werden. Die Banken werden im Zweifel eher melden, um Vorwürfe und (allenfalls) Sanktionen zu vermeiden. Dies gilt umso mehr, als es wohl unmöglich ist, die "Verdachtsschwelle" konkret zu umschreiben³⁴⁷.

353. In der Schweiz hat der Bundesrat bekanntlich im Januar 1994 einen Entwurf zu einem verwaltungsrechtlichen "Geldwäschereigesetz" in Vernehmlassung geschickt. Der Entwurf sieht eine Meldepflicht bei "Wissen" oder "begründetem Verdacht" auf eine strafbare Handlung nach Art. 305^{bis} StGB vor. Anders als in der EG Regelung wäre die "Verdachtsschwelle" eher hoch³⁴⁸. Eine Verletzung der Meldepflicht würde nach dem Entwurf verwaltungsstrafrechtlich mit Gefängnis bedroht. Sie könnte allenfalls sogar eine eventualvorsätzliche Geldwäscherei (unechtes Unterlassungsdelikt) bilden, was von den einen befürchtet³⁴⁹, von den andern begrüsst³⁵⁰ wird.

354. Ob diese Meldepflicht eingeführt wird und werden soll, ist zur Zeit fraglich. Ein völkerrechtlicher Zwang dazu besteht mit der Ablehnung des

³⁴³ WERNER DE CAPITANI/DANIEL ZUBERBÜHLER, Realistische Geldwäschereirichtlinien, NZZ Nr. 61 vom 14.7.1992, 27 als Antwort auf die Kritik von HANS BAUMGARTNER/FRIDOLIN TRIET, Problematische Geldwäschereirichtlinien, NZZ Nr. 110 vom 13.5.1992, 39 f.

³⁴⁴ Was SCHMID (1994), Insiderdelikte und Geldwäscherei, 189 (214), zu Recht betont.

³⁴⁵ ACKERMANN (1992), 142.

³⁴⁶ Art. 6 GWR.

³⁴⁷ Vgl. die Verlautbarung des (deutschen) Bundesaufsichtsamtes für das Kreditwesen über Massnahmen der Kreditinstitute zur Bekämpfung und Verhinderung der Geldwäsche vom 4.11.1993, Ziff. 12; Zentraler Kreditausschuss der deutschen Banken, Leitfaden zur Bekämpfung der Geldwäsche (Stand 3.11.1993), 18, 27.

³⁴⁸ Vgl. BBl 1993 III 277 (324 f.), Erläuterungsbericht zum EGwG, 20.

³⁴⁹ SCHMID (1994), Insiderdelikte und Geldwäscherei, 189 (210 f.).

³⁵⁰ So ZUBERBÜHLER (1993), Geldwäschereibekämpfung, 126 (136), welcher deswegen die verwaltungsstrafrechtliche Sanktion unnötig erachtet.

EWK gegenwärtig nicht³⁵¹. Vielleicht wäre es keine schlechte Idee, zuerst auf der Basis des Melderechts seitens der Behörden sinnvollere institutionelle Voraussetzungen zu schaffen. Nötig wäre eine als langfristige Aufgabe gedachte zentrale Koordinationsstelle, mit welcher die Banken und anderen Financiers das notwendige Vertrauensverhältnis aufbauen könnten³⁵².

355. Es ist schliesslich auf die Schranken des Vertrauensschutzes hinzuweisen, den alle diese Massnahmen (auch) beabsichtigen. Zuviel Vertrauensschutz kann dem Vertrauen der Kunden schaden, welches für die Banken noch wichtiger als das Vertrauen der Öffentlichkeit. Ohne Kunden keine Banken, kein Vertrauensschutz und keine Abhandlungen darüber.

³⁵¹ Die FATF Empfehlungen (dazu vorne Rz. 71) sehen die Möglichkeit eines blossen Melderechts vor, vgl. EBK Bulletin 20 (1990), 89 (E 16).

³⁵² In Frage käme beispielsweise die geplante "Zentralstelle zur Bekämpfung des organisierten Verbrechens", vgl. BBl 1994 I 1145.

Bibliographie

(Die für Monographien, Zeitschriften-, und Sammelbandaufsätze unterschiedliche Zitierweise ist aus den kursiv gedruckten Stellen ersichtlich)

- ACKERMANN, JÜRGEN-BEAT: Geldwäscherei–Money Laundering, Eine vergleichende Darstellung des Rechts und der Erscheinungsformen in den USA und der Schweiz, Diss. ZH, Zürich 1992.
- AELLEN, MARCEL L.: Die Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit gemäss Art. 3 Abs. 2 lit. c des Bankengesetzes, Diss. BE, Bern 1990.
- Bemerkungen zum Gutachten von René Rhinow/Manfred Bayerdörfer “Rechtsfragen der schweizerischen Bankenaufsicht”, *SZW* 64 (1992), S. 182-186.
- AELLEN, MARCEL/MÜLLER, HANS-RUDOLF: Die Kreditadministration bei Banken, *ST* 1993, S. 655-658.
- ARZT, GUNTHER: Zur Rechtsnatur des Art. 305^{ter} StGB (mangelnde Sorgfalt bei Geldgeschäften), *SJZ* 86 (1990), S. 189-192.
- Der *Sanierungsentscheid* der Bank – auch ein strafrechtliches Risiko?, in: WIEGAND (Hrsg.), Aktuelle Probleme im Bankrecht, Berner Tage für juristische Praxis 1993, Bern 1994, S. 159-188.
- Organisierte Kriminalität – Bemerkungen zum Massnahmepaket des Bundesrates vom 30. Juni 1993, *AJP* 1994, S. 1187-1195.
- AUBERT, MAURICE/ CRONSON, DONALD: Bank Secrecy and Supervision of Swiss Foreign Bank Affiliates, *CLYIB* 14 (1992), S. 206-223.
- BÄHRE, INGE LORE/SCHNEIDER, MANFRED: KWG-Kommentar, Kreditwesengesetz mit den wichtigsten Ausführungsvorschriften, 3. Aufl., München 1986.
- BÄR, ROLF: *Extraterritoriale Wirkung* von Gesetzen, in: Die schweizerische Rechtsordnung in ihren internationalen Bezügen, Festgabe zum schweizerischen Juristentag 1988, Bern 1988, S. 3-26.
- BÄNZIGER, HUGO: Die Entwicklung der Bankenaufsicht in der Schweiz seit dem 19. Jahrhundert, Diss. phil BE, Bern 1986.
- BELLANGER, FRANÇOIS: *Les règles de déontologie* comme moyen d'action de l'état à la lumière de la convention de diligence des banques, in: MORAND (Hrsg.), Les instruments d'action de l'Etat, Basel/Frankfurt a.M. 1991, S.177-213.
- BERNASCONI, PAOLO: *Droits et devoirs* de la banque et de ses clients dans la procédure d'entraide judiciaire internationale en matière pénale, in: VON GRAFFENRIED (Hrsg.), Beiträge zum schweizerischen Bankenrecht, Bern 1987, S. 343-410.
- *Banken und Wirtschaftskriminalität*: 50 Gerichtsfälle, in: BERNASCONI/MÜLLER, Revision und Wirtschaftskriminalität, Untersuchungen anhand von Gerichtsurteilen und Wirtschaftsstraffällen, Schriftenreihe der Treuhänder-Kammer, Band 90, Zürich 1990, S. 9-140.
- Die Bestechung von ausländischen Beamten nach schweizerischem Straf- und Rechtshilferecht zwischen EG-Recht und neuen Antikorruptions-Staatsverträgen, *ZStrR* 109 (1992), S. 383-416.
- Das schweizerische *Bankgeheimnis* im Wandel des europäischen Rechts. Analyse unter dem Gesichtspunkt der internationalen Zusammenarbeit in Finanzaufsichts-, Steuer- und Strafsachen, in: KILGUS/ZIMMERMANN (Hrsg.), Bankwirtschaftliche Konsequenzen neuer Rechtsentwicklungen, Bern 1992, S. 83-110.
- BINGHAM, THOMAS (Lord Justice): Inquiry into the Supervision of The Bank of Credit and Commerce International, Return to an Address of the Honourable the House of Commons dated 22 October 1992. London HMSO.
- BIZZOZERO, ALESSANDRO: Le Contrat de Gérance de Fortune, Etude et Pratique, Diss. Freiburg i.Ue., Lausanne (KPMG Fides), 1993.

- BODMER, DANIEL/KLEINER, BEAT/LUTZ BENNO: *Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen*, Loseblattsammlung, Zürich, Stand: 6. Nachlieferung 1993.
- BÖCKLI, PETER: *Insiderstrafrecht und Verantwortung des Verwaltungsrates*, Zürich 1989.
- Das neue Aktienrecht, Zürich 1992.
 - Schweizer Insiderrecht und Banken, Einfluss der EG-Richtlinie von 1989, *AJP* 1993, S. 769-778.
- BORGHI, MARCO: Il settore finanziario e bancario *dall'autonomia alla vigilanza*, in: BERNASCONI/Borghi (Hrsg.), *Vigilanza bancaria e riciclaggio*, Commissione ticinese per la formazione permanente dei giuristi, Lugano 1992, S. 1-8.
- BRÜHLMANN, WALTHER: *Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen*, Weinfelden 1935.
- DE CAPITANI, WERNER: *Praktische Auswirkungen der neuen Vorschriften über die Geldwäscherei (Art. 305^{bis} und 305^{ter}) auf die Banken*, Schriftenreihe SAV 8 (1991), S. 93-109.
- Gegenbemerkungen zu den Bemerkungen von Marcel L. Aellen, *SZW* 64 (1992), S. 187-190.
 - Zum Identifikationsverfahren bei Kontoeröffnungen aus dem Ausland, *SJZ* 89 (1993), S. 21-27.
 - Die *neue VSB* – Überblick über die Änderungen, in: NOBEL (Hrsg.), *Aktuelle Rechtsprobleme des Finanz- und Börsenplatzes Schweiz* 1/1992, Bern 1993, S. 151-184.
- CHAPUIS, JEAN-PAUL: *Sorgfaltspflichten der Banken*, *ZBJV* 128 (1992), S. 148-165.
- *La nouvelle Convention de diligence des banques*, *Mélanges Robert Patry*, Lausanne 1988, S. 41-55.
- DESPLAND, PIERRE-YVES: *Aspects prudentiels des opérations fiduciaires, surveillance des banques et des marchés financiers, diligence et vigilance*, Tagungsunterlage zu CEDIDAC, Journée d'étude du 16 mars 1994, droit et pratique des opérations fiduciaires en Suisse, Lausanne.
- DIETZI, HANSPETER: *Der Bankangestellte als eidgenössisch konzessionierter Sherlock Holmes? Der Kampf gegen die Geldwäscherei aus der Optik des Ersten Rechtskonsulenten einer Grossbank*, in: PIETH (Hrsg.), *Bekämpfung der Geldwäscherei Modellfall Schweiz?*, Basel/Frankfurt a.M., 1992, S. 67-96.
- DUBS, ROLF: *Probleme des Unternehmensstrafrechts*, in: *Aktuelle Fragen der Kriminalitätsbekämpfung*, FS Schweizerische Kriminalistische Gesellschaft, Bern 1992, S. 275-283.
- EBKE, WERNER F.: Artikel VIII Abschnitt 2(b) des Übereinkommens über den Internationalen Währungsfonds und die Schweiz: "2(b) or Not 2(b)", in: GEHRIG/SCHWANDER (Hrsg.), *Banken und Bankrecht im Wandel*, Festschrift für Beat Kleiner, Zürich 1993, S. 303-323.
- FERRERO, GÉRARD: *Les opérations fiduciaires dans la pratique bancaire*, Tagungsunterlage zu CEDIDAC, Journée d'étude du 16 mars 1994, droit et pratique des opérations fiduciaires en Suisse, Lausanne.
- FÜGLISTER, VIKTOR: *Die Standesregeln der Schweizer Banken*, in: GEHRIG/SCHWANDER (Hrsg.), *Banken und Bankrecht im Wandel*, Festschrift für Beat Kleiner, Zürich 1993, S. 229-250.
- FORSTMOSER, PETER: *Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit*, 2. Auflage, Zürich 1987.
- FRIEDLI, GEORG/MEYER, LORENZ: *Die Vereinbarung über die Sorgfaltspflicht der Banken in den Jahren 1984 bis 1987*, *WuR* 40 (1988), S. 163-180.
- FRIEDLI, GEORG: *Die Sorgfaltspflichtvereinbarung vom 1. Juli 1987*, *WuR* 42 (1990), S. 122-134.
- Die *gebotene Sorgfalt* nach Art. 305^{ter} Strafgesetzbuch für Banken, Anwälte und Notare, in: PIETH (Hrsg.), *Bekämpfung der Geldwäscherei Modellfall Schweiz?*, Basel/Frankfurt a.M., 1992, S. 124-155.
 - Tätigkeitsbericht der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken 1990-1992, *SZW* 65 (1993), S. 90-97.
- GEHRIG, BRUNO: *Der Kursschnitt im Wertpapierhandel*, in: GEHRIG/SCHWANDER (Hrsg.), *Banken und Bankrecht im Wandel*, Festschrift für Beat Kleiner, Zürich 1993, S. 55-67.

- GIOVANOLI, MARIO: Switzerland (Some *recent developments* in Banking Law), in: CRANSTON (Hrsg.), *European Banking Law: The Banker-Customer Relationship*, London 1993, S. 183-226.
- Les *opérations fiduciaires* dans la pratique bancaire suisse, in: *La fiducie et ses applications dans plusieurs pays européens*, Bulletin Joly, 1991, no 4^{bis}, S. 31-55.
- GISLER, MARKUS G.: Wirtschaftsdelikte – Herausforderung für die Revision, Prävention und Aufdeckung von sowie Berichterstattung über Wirtschaftsdelikte durch die Externe und Interne Revision, Diss. oec. SG, Zürich 1994 (Schriftenreihe der Treuhand-Kammer, Band 124).
- GRISEL, ANDRÉ: *Traité de Droit Administratif*, 2 Bände, Neuenburg 1984.
- GUGGISBERG, JÜRIG: *Kritische Betrachtung* der neuen Vorschriften aus der Sicht des Anwaltes, Schriftenreihe SAV 8 (1991), S. 55-63.
- GYGI, FRITZ: Les *objectifs de la loi* (protection des créanciers, des autres clients, des actionnaires, de l'économie, etc.), Referat in: Colloque international, L'avant-projet de loi fédérale sur les banques, Genf 1984, S. 161-172.
- Verwaltungsrecht, Eine Einführung, Bern 1986.
- HÄFELIN, ULRICH/MÜLLER, GEORG: *Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts*, 2. Aufl., Zürich 1993.
- Handbuch des Geld-, Bank- und Börsenwesens der Schweiz, hrsg. von ALBISETTI/BOEMLE/EHRSAM/GSELL/NYFFELER/RUTSCHI, Thun 1987.
- HAURI, KURT: *Ausblick* auf das neue Bankengesetz, in: Eidg. Bankenkommission (Hrsg.), *50 Jahre eidgenössische Bankenaufsicht*, Zürich 1985, S. 177-190.
- Die *Swisslex*-Revision des Bankengesetzes, in: NOBEL (Hrsg.), *Aktuelle Rechtsprobleme des Finanz- und Börsenplatzes Schweiz* 2/1993, Bern 1994, S. 12-30.
- HELIG, PIERRE: Le placement et le crédit fiduciaires en droit suisse, Diss. GE, Genf 1982.
- HERTIG, GÉRARD: *Entwicklung des Richtlinienrechts* im Bank- und Börsenbereich – Auswirkungen auf Drittländer, in: NOBEL (Hrsg.), *Aktuelle Rechtsprobleme des Finanz- und Börsenplatzes Schweiz* 2/1993, Bern 1994, S. 63-78.
- HIRSCH, ALAIN: Les objectifs de la loi sur les banques, in: Eidg. Bankenkommission (Hrsg.), *50 Jahre eidgenössische Bankenaufsicht*, Zürich 1985, S. 269-278.
- L'importance des règles professionnelles dans la lutte contre la criminalité économique, *ZSR NF* 104 (1985), S. 387-398.
- “*Dirty Money*” and Swiss Banking Regulations, *Journal of Comparative Business and Capital Market Law* 8 (1986), S. 373-379.
- HOPT, KLAUS J.: Schweizerisches Kapitalmarktrecht/Begriff Aufgaben und aktuelle Probleme, *WuR* 38 (1986), S. 101-129.
- HUANG, SCILLA: Bankenregulierung und Wettbewerbsfähigkeit, Eine komparative Analyse der Schweiz und der EG, Diss. oec. ZH, Bern 1992.
- IMBODEN, MAX/RHINOW, RENÉ: *Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung*, 2 Bände, 6. Aufl., Basel/Frankfurt a.M. 1986.
- JUNOD, CHARLES-ANDRÉ: La garantie d'une *activité irréprochable* De la surveillance à la tutelle des banques?, in: VON GRAFFENRIED (Hrsg.), *Beiträge zum schweizerischen Bankrecht*, Bern 1987, S. 91-131.
- JUNOD, CHARLES-ANDRÉ/GRAVEN PHILIPPE: *Societas delinquere potest?*, in: *Mélanges Robert Patry*, Lausanne 1988, S. 351-365.
- KISTLER, MARLÈNE: La vigilance requise en matière d'opérations financières, étude de l'article 305^{ter} du code pénal suisse, Diss. Lausanne, Zürich 1994.
- KLAUSER, PETER: Drei Jahre Vereinbarung über die Sorgfaltspflicht der Banken. Eine Zwischenbilanz, *WuR* 32 (1980), S. 285-298.
- Die Vereinbarung über die Sorgfaltspflicht der Banken – Grundzüge und Handhabung, *SNB Quartalsheft* 1983/5, S. 48-57.

- Ausgewählte Aspekte der Teilrevision des schweizerischen Bankengesetzes, *WuR* 37 (1985), S. 369-389.
- KLEIN, FRÉDÉRIC-EDOUARD: De l'application de l'Article VIII (2)(b) des Statuts du Fonds Monétaire International en Suisse, in: DOMINICE/PATRY/REYMOND (Hrsg.), *Etudes de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Basel/Frankfurt a.M. 1993, S. 261-274.
- KLEINER, BEAT: Bankengesetz und neues Aktienrecht, *SZW* 64 (1992), S. 256-257.
- KNAPP, BLAISE: Grundlagen des Verwaltungsrechts, Basel/Frankfurt a.M. 1992 (Band I), 1993 (Band II).
- Kolloquium: Schweizerisches *Kapitalmarktrecht*, Genf 1987.
- Kolloquium: Erwerb von Beteiligungen am Beispiel der öffentlichen *Übernahmeangebote*, Lausanne 1990.
- Kolloquium: Vorentwurf eines Bundesgesetzes über die *Börsen* und den Effektenhandel, hrsg. von M. und G. HERTIG, Zürich 1992.
- KRAUSKOPF, LUTZ: Das *Bankgeheimnis* in der Rechtshilfepraxis, in: GEHRIG/SCHWANDER (Hrsg.), *Banken und Bankrecht im Wandel*, Festschrift für Beat Kleiner, Zürich 1993, S. 383-393.
- LÄNZLINGER, ANDREAS: Die Haftung des Kreditgebers, Beurteilung möglicher Haftungstatbestände nach schweizerischem und nach amerikanischem Recht, Diss. ZH, Zürich 1992.
- LANGHART, ALBRECHT: Rahmengesetz und Selbstregulierung, Kritische Betrachtungen zur vorgeschlagenen Struktur eines Bundesgesetzes über die Börsen und den Effektenhandel unter Berücksichtigung des amerikanischen und englischen Börsenrechts, Diss. ZH, Zürich 1993.
- LUSSE, MARKUS: Das schweizerische Bankgeheimnis – Ideologisches Scheinproblem oder systembedingte Institution?, *WuR* 30 (1978), S. 182-202.
- Die Vereinbarung über die Sorgfaltspflicht der Banken – Rückblick und Ausblick, *Quartalsheft SNB* 3/1988, S. 236-248.
- MAILLARD, PHILIPPE: *Le régime fiscal et comptable* des opérations fiduciaires, Tagungsunterlage zu CEDIDAC, Journée d'étude du 16 mars 1994, droit et pratique des opérations fiduciaires en Suisse, Lausanne.
- MESSERLI, BEAT: Internationale Rechtshilfe in Strafsachen – eine Standortbestimmung, *ZStrR* 111 (1993), H. 2, S. 121-137.
- Gli *obblighi della banca* rispetto ai valori patrimoniali di origine criminosa che le vengono affidati: l'identificazione dell'avente diritto economico e l'analisi del retroscena economico, in: BERNASCONI/BORGHI (Hrsg.), *Vigilanza bancaria e riciclaggio*, Commissione ticinese per la formazione permanente dei giuristi, Lugano 1992, S. 41-80.
- MEYER, LORENZ: Weitere drei Jahre Vereinbarung über die Sorgfaltspflicht der Banken, *WuR* 36 (1984), S. 157-174.
- MÜLLER, BERNHARD: Rechtliche Probleme der Bankenaufsicht, *ZBJV* 115 (1979), S. 489-507.
- La pratique de la Commission fédérale des banques, Zürich 1987.
- MÜLLER, CHRISTOF: Die Rolle von interner und externer Revision bei *Wirtschaftskriminalität* – Eine Analyse von Zürcher Gerichtsfällen, in: BERNASCONI/MÜLLER, *Revision und Wirtschaftskriminalität*, Untersuchungen anhand von Gerichtsurteilen und Wirtschaftsstraffällen, Schriftenreihe der Treuhand-Kammer, Band 90, Zürich 1990, S. 141-222.
- Geldwäscherei: Motive – Formen – Abwehr, Eine betriebswirtschaftliche Analyse, Diss. oec. HSG, Zürich 1992 (Schriftenreihe der Treuhand-Kammer, Band 109).
- MÜLLER, ROLAND/LIPP, LORENZ: *Der Verwaltungsrat. Ein Handbuch für die Praxis*, Zürich 1994.
- NADIG, RETO: Grundlagen der grenzüberschreitenden Bankenaufsicht, Diss. ZH, Zürich 1991.
- NOBEL, PETER: *Praxis zum öffentlichen und privaten Bankenrecht der Schweiz*, Bern 1979.
- *Praxis zum öffentlichen und privaten Bankenrecht der Schweiz*, Ergänzungsband, Bern 1984.

- Die *Sorgfaltspflicht* des Bankiers, in: Eidg. Bankenkommission (Hrsg.), 50 Jahre eidgenössische Bankenaufsicht, Zürich 1985, S. 205-226.
 - Gesetz oder private *Selbstregulierung*? in: Kolloquium Kapitalmarktrecht, 1987, S. 441-463.
 - Bemerkungen zum Verhältnis von *Zivil- und Aufsichtsrecht* im Bankbereich, in: DESSEMONDET/PIOTET (Hrsg.), *Mélanges Pierre Engel*, Lausanne 1989, S. 235-257.
 - Zur Problematik des sogenannten *Kursschnittes* beim Wertpapierhandel, in: W. HABSCHEID et al. (Hrsg.), *Freiheit und Zwang*, Festschrift für Hans Giger, Bern 1989, S. 527-542.
 - *Aktienrechtsreform* und Banken, in: GEHRIG/SCHWANDER (Hrsg.), *Banken und Bankrecht im Wandel*, Festschrift für Beat Kleiner, Zürich 1993, S. 169-181.
- PARK, WILLIAM W.: *Anonymous bank accounts: narco-dollars, fiscal fraud and lawyers*, Fordham International Law Journal, vol. 15, 1991-1992, Heft 3, S. 652-672.
- PENN, ROBERT: *Banking Supervision, Regulation of the UK Banking Sector under the Banking Act 1987*, London & Edinburgh, 1989.
- PERRIN, JEAN-FRANÇOIS: *Théorie de l'incorporation et cohérence de l'ordre juridique*, in: DOMINICE/PATRY/REYMOND (Hrsg.), *Etudes de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Basel/Frankfurt a.M. 1993, S. 141-150.
- PIETH, MARK: Zur Einführung: *Geldwäscherei und ihre Bekämpfung* in der Schweiz, in: PIETH (Hrsg.), *Bekämpfung der Geldwäscherei Modellfall Schweiz?*, Basel/Frankfurt a.M., 1992, S. 1-27.
- PRITTWITZ, CORNELIUS: Die Geldwäsche und ihre strafrechtliche Bekämpfung – oder Zum Einzug des Lobbyismus in die Kriminalpolitik, *Strafverteidiger* 1993, S. 498-502.
- RAPP, JEAN-MARC: *La fiducie dans la jurisprudence et la doctrine suisses: état de la question*, Tagungsunterlage zu CEDIDAC, Journée d'étude du 16 mars 1994, droit et pratique des opérations fiduciaires en Suisse, Lausanne.
- REYMOND, JACQUES ANDRÉ: *Sociétés étrangères en Suisse: exit fraus legis*, in: DOMINICE/PATRY/REYMOND (Hrsg.), *Etudes de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Basel/Frankfurt a.M. 1993, S. 173-179.
- RHINOW, RENÉ A./BAYERDÖRFER, MANFRED: *Rechtsfragen der schweizerischen Bankenaufsicht, Die Aufsichtsbefugnisse der Bankenkommission im Rahmen der Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit*, Basel 1990.
- RHINOW, RENÉ A./KRÄHENMANN, BEAT: *Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband*, Basel/Frankfurt a.M. 1990.
- SCHMID, NIKLAUS: *Banken zwischen Legalität und Kriminalität, Zur Wirtschaftskriminalität im Bankenwesen*, Heidelberg 1980.
- Wirtschaftskriminalität in der Schweiz, *ZSR NF 104* (1985), 2. Halbband, S. 135-293.
 - *Anwendungsfragen* der Straftatbestände gegen die Geldwäscherei vor allem StGB Art. 305^{bis}, in: *Geldwäscherei und Sorgfaltspflicht*, Schriftenreihe des Schweizerischen Anwaltsverbandes, Nr. 8, 1991, S. 111-130.
 - *Insiderdelikte und Geldwäscherei* – neuere Aspekte aus der Sicht der Banken, in: WIEGAND (Hrsg.), *Aktuelle Probleme im Bankrecht*, Berner Tage für juristische Praxis 1993, Bern 1994, S. 189-215.
- SCHNYDER, ANTON: *Wirtschaftskollisionsrecht, Sonderanknüpfung und extraterritoriale Anwendung wirtschaftsrechtlicher Normen unter besonderer Berücksichtigung von Marktrecht*, Zürich 1990.
- SCHÜRMANN, LEO: Die Frage einer parlamentarischen *Oberaufsicht* über die Eidgenössische Bankenkommission, in: NOBEL (Hrsg.), *Aktuelle Rechtsprobleme des Finanz- und Börsenplatzes Schweiz 2/1993*, Bern 1994, S. 113-121.
- SCHÜRMANN, REMO A.: Zum zehnjährigen Bestehen der Sorgfaltspflichtvereinbarung, *ST* 1987, S. 378-381.

- SCHWOB, RENATE: *Anzeigerecht oder Anzeigepflicht* der Banken bei Verdacht auf Straftaten, in: GEHRIG/SCHWANDER (Hrsg.), *Banken und Bankrecht im Wandel*, Festschrift für Beat Kleiner, Zürich 1993, S. 441-451.
- TAISCH, FRANCO: *Swiss measures against money laundering*, in: NORTON (Hrsg.), *Banks: fraud and crime*, London/New York/Hamburg/Hong Kong 1994, S. 189-214.
- THOMANN, FELIX H.: Die Stellung des Anwaltes unter der neuen Konvention und die Überwachung seiner Funktion, *WuR* 39 (1987), S. 198-209.
- TRECHSEL, STEFAN: *Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkommentar*, Zürich 1989.
- TSCHÄNI, RUDOLF: Öffentliche Übernahmeangebote im Börsengesetz und im EG-Recht, *AJP* 1994, H. 3, S. 308-318.
- URECH, DANIEL: Die neue VSB – das neue *Formular R* für Rechtsanwälte, in: NOBEL (Hrsg.), *Aktuelle Rechtsprobleme des Finanz- und Börsenplatzes Schweiz* 1/1992, Bern 1993, S. 185-191.
- VARNHOLT, BURKHARD: Kursmanipulation: Eine Typologie aus finanzmarkttheoretischer Sicht, *Finanzmarkt und Portfolio Management* 7 (1993), Nr. 4, S. 459-476.
- VASSEUR, MICHEL: *La loi du 12 juillet 1990 relative à la participation des organismes financiers à la lutte contre le blanchiment des capitaux provenant du trafic des stupéfiants analysée du point de vue de ses répercussions sur le droit bancaire*, Banque & Droit, Numéro spécial, 1990, S. 23-40.
- WALDER, HANS-ULRICH: Die Sanktionsordnung unter der neuen Konvention, *WuR* 39 (1987), S. 226-244.
- WATTER, ROLF: Wertpapierfirmen und Wertpapierdienstleistungen im Entwurf zum Börsengesetz und im EG-Recht – eine Übersicht, *AJP* 1994, H. 3, S. 294-300.
- WEBER, ROLF: Offenlegungspflichten im neuen Börsengesetz und im EG-Recht, *AJP* 1994, H.3, S. 301-307.
- WIEGAND, WOLFGANG: Die *Rechtsbeziehung Bank - Kunde* in der Schweiz unter besonderer Berücksichtigung der AGB-Problematik, in: WIEGAND (Hrsg.), *Aktuelle Probleme im Bankrecht*, Berner Tage für juristische Praxis 1993, Bern 1994, S. 129-158.
- ZANGA, BRUNO: Strafbestimmungen der Bankenaufsicht, Eine Darstellung des geltenden Rechts mit Berücksichtigung der Praxis des Eidgenössischen Finanz- und Zolldepartementes, Diss. ZH, Zürich 1992.
- ZIMMERLI, ULRICH: Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit im öffentlichen Recht, *ZSR NF* 97 (1978), 2. Halbband, S. 1-131.
- ZOBL, DIETER: *Interessenkonflikte* von Banken bei der Finanzierung von Übernahmeofferten, Im Hinblick auf die Gewähr für einwandfreie Geschäftsführung im Sinne von Art. 3 BankG, in: *Kolloquium Übernahmeangebote*, Lausanne 1990, S. 438-453.
- ZUBERBÜHLER, DANIEL: Das Verhältnis zwischen der Bankenaufsicht, insbesondere der Überwachung der einwandfreien Geschäftstätigkeit und der neuen Sorgfaltspflichtvereinbarung der Banken, *WuR* 39 (1987), S. 167-197.
- *Pflichten der Banken* und Finanzinstitute zur Bekämpfung der Geldwäscherei – Konsequenzen aus den Empfehlungen der “Financial Action Task Force on Money Laundering”, in: *Geldwäscherei und Sorgfaltspflicht*, Schriftenreihe des Schweizerischen Anwaltsverbandes, Nr. 8, 1991, S. 65-91.
 - *Banken als Hilfspolizisten* zur Verhinderung der Geldwäscherei? Sicht eines Bankaufsehers, in: PIETH (Hrsg.), *Bekämpfung der Geldwäscherei Modellfall Schweiz?*, Basel/Frankfurt a.M., 1992, S. 29-66.
 - *Geldwäschereibekämpfung*, in: NOBEL (Hrsg.), *Aktuelle Rechtsprobleme des Finanz- und Börsenplatzes Schweiz* 1/1992, Bern 1993, S. 126-156.
 - *Die Bankenaufsicht*, in: SCHÜRMANN LEO, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 3. Aufl., Bern (erscheint 1994).
 - *Die Bekämpfung der Geldwäscherei* im Finanzsektor, in: SCHÜRMANN LEO, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 3. Aufl., Bern (erscheint 1994).

ZUFFEREY-WERRO, JEAN-BAPTISTE: Le contrat contraire aux bonnes moeurs, Diss. Freiburg i.Ue., Freiburg i.Ue. 1988.

ZUFFEREY, JEAN-BAPTISTE: La réglementation des systèmes sur le marchés financiers secondaires, Contribution dogmatique et comparative à l'élaboration d'un droit suisse des marchés financiers, Habilitation Freiburg i.Ue., Freiburg i.Ue. 1994.

ZULAUF, URS: Die Eidgenössische Bankenkommision und Geldwäscherei, *recht* 7 (1989), S. 79-90.

– Aufsicht und *Überwachung* der Vermögensverwalter in der Schweiz – Status Quo und Ausblick, *WuR* 42 (1990), S. 141-170.

– EWR, Bankengesetz und *internationale Zusammenarbeit* zwischen Bankaufsichtsbehörden, in: NOBEL (Hrsg.), Aktuelle Rechtsprobleme des Finanz- und Börsenplatzes Schweiz 1/1992, Bern 1993, S. 26-87.

