

Zum Verhältnis der Sorgfalts- pflichtvereinbarung der Banken zu Art. 305^{ter} Abs. 1 StGB

von

Christoph Graber

Zum Verhältnis der Sorgfaltspflichtvereinbarung der Banken zu Art. 305^{ter} Abs. 1 StGB

von Dr. iur. Christoph Graber, Fürsprecher, Zürich

Der Sorgfaltspflichtvereinbarung der Banken und der Strafbestimmung über die mangelnde Sorgfalt bei Finanzgeschäften liegen trotz offensichtlicher Parallelen unterschiedliche Sorgfaltsbegriffe zugrunde. Es ist deshalb unzulässig, aus einer Verletzung der Identifikationsbestimmungen der VSB ohne weiteres auf mangelnde Sorgfalt im Sinne von Art. 305^{ter} Abs. 1 StGB zu schliessen.

Malgré une portée en partie similaire, le devoir de diligence n'est pas conçu de la même manière dans la Convention de diligence et dans les dispositions pénales relatives à la vigilance des intermédiaires financiers. On ne saurait dès lors prétendre qu'une violation des dispositions de la CDB relatives à l'identification du client constitue nécessairement un défaut de vigilance au sens de l'article 305^{ter} CPS.

Although overlapping, the duty to verify the identity of the client is not identical under the Swiss banks' code of conduct with regard to the exercise of due diligence (CDB) and the provisions of the penal code concerning the vigilance of financial intermediaries. Therefore, infringing the CDB does not necessarily mean that the penal code has been violated.

Inhalt

1. Berührungspunkte zwischen der VSB und Art. 305^{ter} Abs. 1 StGB
2. Präjudizierende Wirkung des VSB-Verfahrens?
3. Faktische Auswirkungen des VSB-Verfahrens
 - a) Übersicht über Literatur und Praxis
 - b) Die VSB als Konkretisierung von StGB 305^{ter}?
 - c) Unterschiedlicher Sorgfaltsbegriff
 - d) Vergleich mit anderen Verhaltensregeln
 - e) Folgerungen für die Tragweite der VSB
4. Zusammenfassung und Ergebnisse

Seit fast fünf Jahren kennt das schweizerische Strafrecht einen Straftatbestand über die mangelnde Sorgfalt bei Finanzgeschäften¹. Danach soll der im Finanzsektor Tätige, der fremde Vermögenswerte annimmt, aufbewahrt, anlegt oder übertragen hilft und es unterlässt, die Identität des an diesen Vermögenswerten wirtschaftlich Berechtigten mit der nach den Umständen gebotenen Sorgfalt abzuklären, mit Gefängnis bis zu einem Jahr, Haft oder Busse bestraft werden. Nachdem sich die Strafgerichte anfänglich mit der neuen Strafnorm kaum oder gar nicht zu befassen hatten, sind im Verlauf der letzten 12 Monate einige Fälle publik geworden, in denen gegen Angestellte von Banken (u. a.) wegen Verdachts auf mangelnde Sorgfalt bei Finanzgeschäften ermittelt wird. Es liegt in der Natur der Sache, dass diese Strafuntersuchungen regelmässig mit einem aufsichts-

rechtlichen Verfahren gegen die betreffende Bank wegen möglicher Verletzung der Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken (VSB) einhergehen. Wie den einzelnen Bankorganen im Strafverfahren wird der Bank selber im Verfahren vor der VSB-Aufsichtskommission die Verletzung von Sorgfaltspflichten vorgeworfen. Dies wirft die Frage nach dem Verhältnis der beiden Verfahren und nach dem Verhältnis der VSB zu Art. 305^{ter} Abs. 1 StGB auf. Da das VSB-Verfahren in aller Regel rascher zum Abschluss gelangt als das Strafverfahren, geht die Fragestellung konkret dahin, inwiefern das Verfahren vor der Aufsichtskommission VSB ein im gleichen Sachzusammenhang laufendes Strafverfahren gegen einzelne Angestellte der betroffenen Bank rechtlich oder faktisch zu beeinflussen vermag. Anders ausgedrückt: Inwiefern kann (muss) der Strafrichter bei der Rechtsfindung auf die Ergebnisse des VSB-Verfahrens zurückgreifen und inwieweit ist er an diese Ergebnisse gebunden?

1. Berührungspunkte zwischen der VSB und Art. 305^{ter} Abs. 1 StGB

Die VSB wurde 1977 als Reaktion auf den SKA-Skandal von Chiasso erstmals abgeschlossen und seither alle 5 Jahre revidiert. Da die Schweizerische Nationalbank (SNB) ursprünglich Vertragspartei der VSB war, war deren rechtliche Qualifikation lange Zeit umstritten². Spätestens seit 1987, als sich die SNB aus der Vereinbarung zurückzog, handelt es sich bei der VSB jedoch nach nahezu einmütiger Auffassung

¹ Art. 305^{ter} StGB trat zusammen mit Art. 305^{bis} (Geldwäscherei) am 1. August 1990 in Kraft. Seit dem 1. August 1994 ist Absatz 2 von Art. 305^{ter} (Melderecht des Finanziers) in Kraft. Die mangelnde Sorgfalt bei Finanzgeschäften ist damit neu in Art. 305^{ter} Abs. 1 StGB geregelt.

² Siehe Müller, Zur Rechtsnatur der VSB, SJZ 1983, S. 349.

um einen rein privatrechtlichen Vertrag zwischen den beigetretenen Banken und ihrem Dachverband, der Schweizerischen Bankiervereinigung³. Allerdings ist nicht zu verkennen, dass die Bedeutung der VSB in der Praxis weit über diejenige eines normalen privatrechtlichen Vertragswerks hinausgeht. Es ist heute schlechterdings undenkbar, dass eine Bank der Vereinbarung nicht beitreten oder aus ihr austreten könnte und die Bestimmungen der VSB für diese Bank damit nicht massgebend wären. Vielmehr sieht die Eidgenössische Bankenkommission (EBK) in der Unterzeichnung der Vereinbarung ein Erfordernis für die «Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit» im Sinne von Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG und damit ein Erfordernis für die Erteilung einer Bankbewilligung. Die VSB ist somit mehr als ein privatrechtlicher Vertrag; sie hat einen wenigstens offiziellen Charakter⁴, und sie verfolgt öffentliche Interessen⁵.

Die Strafnorm über die mangelnde Sorgfalt bei Finanzgeschäften verdankt ihre Entstehung dem legislatorischen Grundsatzentscheid des Bundesrates, in Art. 305^{bis} StGB nur die vorsätzliche Geldwäscherei zu erfassen und statt der Pönalisierung der fahrlässigen Geldwäscherei einen separaten Straftatbestand zu schaffen, wonach derjenige professionelle Geldnehmer bestraft wird, der es versäumt, die Identität des an den ihm angebotenen Vermögenswerten wirtschaftlich Berechtigten abzuklären⁶. Schon der Entste-

hungsgeschichte der Norm ist somit zu entnehmen, dass es sich bei Art. 305^{ter} Abs. 1 StGB um eine Ergänzung des Geldwäschereiartikels, gewissermassen um einen Auffangtatbestand handelt. Sein Zweck liegt in der Verstärkung des von Art. 305^{bis} StGB angestrebten Rechtsgüterschutzes. Das geschützte Rechtsgut ist deshalb dasselbe wie beim Geldwäschereiartikel, nämlich die Rechtspflege (konkret: der staatliche Einziehungsanspruch, welchen die Geldwäscherei als «Sachbegünstigung» zu vereiteln droht)⁷.

Grundsätzlich verlangen sowohl Art. 305^{ter} StGB als auch die VSB⁸ die Abklärung der Identität des wirtschaftlich Berechtigten. Der Bundesrat verweist in seiner Botschaft zu Art. 305^{ter} StGB im Zusammenhang mit dem Begriff des «wirtschaftlich Berechtigten», der dem kodifizierten schweizerischen Recht bislang fremd war⁹, denn auch ausdrücklich auf die VSB und die Praxis der Aufsichtscommission, welche bei der Auslegung dieses Begriffes beizuziehen seien¹⁰. Auch für die Anforderungen, welche an die Identitätsprüfung im einzelnen gestellt werden, verweist die Botschaft auf die VSB, welche für die Banken und Finanzinstitute als Vorbild dienen könnte¹¹. Schliesslich möchte — so der Bundesrat weiter — Art. 305^{ter} «die Ausarbeitung von Standesregeln für Berufsgruppen auch im Nichtbankensektor der Finanzbranche begünstigen»¹². Der Gesetzgeber hatte also ohne Zweifel die VSB vor Augen, als er Art. 305^{ter} StGB redigierte. Ohne die VSB hätte es StGB 305^{ter} in dieser Fassung nicht gegeben. Die VSB ihrerseits weist in ihrer neuesten Fassung (1992) in Ziff. 3 der Ausführungsbestimmungen darauf hin, die Standesregeln sollten den in Art. 305^{ter} StGB verwendeten Begriff der «nach den Umständen gebotenen Sorgfalt» bei der Entgegennahme von Vermögenswerten konkretisieren. Diese Auffassung der VSB-Vertragsparteien deckt sich weitgehend mit der Ansicht des EJPD-Vorstehers, der sich schon im Mai 1989 dahingehend

nen Fahrlässigkeitstatbestand aus und wollte stattdessen einen separaten Straftatbestand über mangelnde Sorgfalt bei Finanzgeschäften schaffen. Dieser letzten Auffassung schlossen sich Bundesrat und Parlament schliesslich an.

³ Statt vieler: *Füglister*, Die Standesregeln der Schweizer Banken, FS Kleiner 1990, S. 236.

⁴ *Chapuis*, ZBJV 1992, S. 159, nennt die EBK den «unsichtbaren Partner» oder «stillen Gesellschafter» in der VSB; *Marlene Kistler*, La vigilance requise en matière d'opération financière, Diss. 1994, S. 112, spricht von der VSB als «convention de droit public».

⁵ Nach ihrer Präambel bezweckt die VSB — sowohl in der Fassung von 1987, als auch in der neuesten Fassung von 1992 — die Wahrung des Ansehens des schweizerischen Bankgewerbes und die Umschreibung der «bei der Entgegennahme von Geldern und im Zusammenhang mit dem Bankgeheimnis geltenden Regeln einer einwandfreien Geschäftsführung».

⁶ Ursprünglich hatte der ehemalige Erste Staatsanwalt des Kantons Tessin, der vom EJPD beauftragt worden war, Vorschläge für die strafrechtliche Erfassung der Geldwäscherei auszuarbeiten, in seinem Expertenbericht von 1986 vorgeschlagen, neben der vorsätzlichen auch die grobfahrlässige Geldwäscherei unter Strafe zu stellen. Die Mehrheit der vom Bundesrat im Dezember 1988 eingesetzten Studienkommission «Geldwäscherei» ging noch einen Schritt weiter und sprach sich im März 1989 dafür aus, nicht nur die grobfahrlässige Geldwäscherei, sondern auch einfache Fahrlässigkeit zu bestrafen. Die Kommissionsminderheit dagegen sprach sich gegen ei-

⁷ Siehe *Stratenwerth*, BT I und II, Teilrevisionen 1987–1990, S. 71; *Ackermann*, Geldwäscherei — Money Laundering, Diss. 1992, S. 95 und 202 f.; *Graber*, Geldwäscherei, Diss. 1990, S. 108 und 180.

⁸ Siehe Art. 3 VSB 1992.

⁹ Vgl. hierzu *Graber*, S. 187 f.

¹⁰ BBl. 1989, S. 1089.

¹¹ A.a.O.

¹² BBl. 1989, S. 1090.

geäussert hatte, Art. 305^{ter} StGB solle den Kernpunkt der Sorgfaltspflichtvereinbarung der Banken «zu einem strafrechtlich relevanten Pflichtverhalten machen»¹³.

Gewisse Berührungspunkte zwischen Art. 305^{ter} Abs. 1 StGB und der VSB sind also offensichtlich, wenn auch festzustellen ist, dass zwar beide Regelwerke öffentliche Interessen verfolgen, diese Interessen aber durchaus nicht deckungsgleich sind. Während die VSB primär der Wahrung des Ansehens eines Berufsstandes dient, soll Art. 305^{ter} StGB, wie bereits dargelegt, das staatliche Einziehungsinteresse schützen. Allerdings ist einzuräumen, dass sich das eine vom andern nicht immer klar trennen lässt¹⁴.

2. Präjudizierende Wirkung des VSB-Verfahrens?

Präjudizierende Wirkung im eigentlichen Sinne meint *Feststellungswirkung*, nämlich bindende Wirkung des VSB-Entscheidung für den Strafrichter. Eine derartige Feststellungswirkung des VSB-Verfahrens ist von vornherein auszuschliessen. Sie fällt alleine schon wegen der fehlenden Identität der involvierten Parteien ausser Betracht. «Beschuldigte Partei» im VSB-Verfahren ist die Bank als juristische Person. Angeschuldigte im Strafverfahren sind dagegen einzelne Mitarbeiter bzw. Organe der Bank, keinesfalls die Bank selber¹⁵. Es kann selbstverständlich nicht angehen, aus einem allfälligen Verstoß der Bank gegen die Identifikationspflichten der VSB (Art. 2 ff.) zwingend – der Überprüfung des Strafrichters somit entzogen – auf die Erfüllung des Tatbestandes von Art. 305^{ter} Abs. 1 StGB durch einzelne *Mitarbeiter/Organe* zu schliessen. Die VSB-Sanktionen haben zwar durchaus pönalen Charakter, die Aufsichtskommission braucht die verantwortlichen Personen aber nicht zu ermitteln. Ein Schuldnachweis ist überflüssig. Die Bank haftet allein aufgrund des festgestellten objektiven, häufig bloss formellen Verstosses gegen die Vereinbarung. Nur der Vollständigkeit wegen sei

noch darauf hingewiesen, dass das anwendbare Verfahrensreglement der Aufsichtskommission VSB den verfahrensrechtlichen Mindestanforderungen eines Strafprozesses keinesfalls zu genügen vermag.

3. Faktische Auswirkungen des VSB-Verfahrens

Ausgehend vom Untersuchungsgrundsatz einerseits und vom Grundsatz der freien Beweiswürdigung andererseits, welche für den Strafprozess gleichermaßen von fundamentaler Bedeutung sind, ist die Annahme zwingend, dass das Ergebnis des VSB-Verfahrens nicht ohne Einfluss auf ein im gleichen Zusammenhang laufendes Strafverfahren sein kann. Dies gilt umso mehr als – wie bereits ausgeführt – die Botschaft¹⁶ ausdrücklich auf die Bedeutung der VSB für die Auslegung von Art. 305^{ter} StGB verweist. Der Richter hat also den Ausgang des VSB-Verfahrens zur Kenntnis zu nehmen und bei seiner Urteilsfindung zu berücksichtigen. Kurz: das VSB-Verfahren hat wenigstens *Indizcharakter*. Was aber heisst dies konkret?

a) Übersicht über Literatur und Praxis

Der Blick auf Lehre und Rechtsprechung ist wenig ergiebig.

In der *Literatur* wird zwar immer wieder darauf hingewiesen, dass von Art. 305^{ter} StGB Gemeinte und in der VSB Ausgeführte stimme grundsätzlich überein¹⁷, die Sorgfaltspflichtvereinbarung diene der Auslegung und damit Konkretisierung der gemäss Art. 305^{ter} StGB «nach den Umständen gebotenen Sorgfalt»¹⁸. Die VSB diene ausserdem als «Rechtsquelle für das Wohlverhalten nach BaG 3 Abs. 2 lit. c»¹⁹. Während etwa *Zulau*²⁰ so weit geht, die Regeln der VSB als über den Bankenbereich hinaus (!) «praktisch verbindlich» zu erklären, hält *Friedli*²¹ es – m. E. zu Recht – für notwendig, je nach Täter und Beruf unterschiedliche Massstäbe anzulegen.

Die *Eidgenössische Bankenkommision* betrachtet die VSB als «minimal standard», den die Banken bei

¹³ Tages Anzeiger vom 11.5.1989.

¹⁴ Beispielsweise lässt sich Art. 305^{bis} Abs. 3 StGB mit dem eigentlichen Rechtsgüterschutz der Geldwäscherei nicht begründen. Diese Bestimmung, welche den räumlichen Geltungsbereich der Strafnorm auf im Ausland begangene Straftaten erstreckt, dient offensichtlich nicht dem Schutz der schweizerischen Rechtspflege, sondern dem Schutz des Finanzplatzes Schweiz vor Missbrauch (*Graber*, S. 164).

¹⁵ Vgl. hierzu *Marlene Kistler*, S. 152.

¹⁶ BBl. 1989, S. 1089 f.

¹⁷ So etwa *de Capitani*, Praktische Auswirkungen der neuen Vorschrift über die Geldwäscherei auf die Banken, Schriftenreihe SAV, Bd. 8 1991, S. 102.

¹⁸ So z. B. *Füglistner*, S. 248.

¹⁹ *Bodmer/Kleiner/Lutz*, Kommentar zum schweizerischen Bankengesetz, N. 35 zu Art. 3–3^{ter}.

²⁰ Die Eidgenössische Bankenkommision und Geldwäscherei, recht 1989, S. 90.

²¹ Die gebotene Sorgfalt nach Art. 305^{ter} Strafgesetzbuch für Banken, Anwälte und Notare; in: *Pieth* [Hrsg.], Bekämpfung der Geldwäscherei, 1992, S. 127.

der Entgegennahme von Geldern und für die Handhabung des Bankgeheimnisses zu berücksichtigen haben, der jedoch die EBK bei der Auslegung von Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG («Gewähr für eine einwandfreie Geschäftsführung») nicht bindet. Es sei der EBK vielmehr unbenommen, gestützt auf das Bankengesetz nötigenfalls strengere Anforderungen zu stellen²².

Das *Bundesgericht* hat sich dieser Auffassung angeschlossen: Die VSB verpflichte die Bankenkommission bei der Auslegung von Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG nicht, «da sie weder an der gesetzlichen Ordnung des Bankengesetzes noch an der Aufsichtskompetenz der EBK etwas zu ändern vermag»²³. Mit der eigentlichen Frage nach dem Verhältnis zwischen VSB und StGB 305^{ter} hatten sich die Gerichte m. W. bis anhin nicht zu befassen. Mir ist überhaupt kein Urteil zu Art. 305^{ter} StGB bekannt.

b) Die VSB als Konkretisierung von StGB 305^{ter}?

In der Literatur finden sich eher vage Hinweise zum Verhältnis zwischen der VSB und dem Tatbestand von Art. 305^{ter} Abs. 1 StGB. Der Grund dafür dürfte in der Schwierigkeit liegen, die Frage abstrakt, losgelöst von einem konkreten Sachverhalt, zu beurteilen. Die VSB stellt konkrete Gebote und Verbote auf, die die Bank zu respektieren hat, um Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit im Sinne von Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG zu bieten. Die VSB konkretisiert diesen unbestimmten Rechtsbegriff und objektiviert damit gleichzeitig die vom Bankier geforderte Sorgfalt. Beispielsweise verlangt die VSB 1992 in Art. 4 Abs. 2 lit. b von der Bank, bei der Kontoeröffnung für eine Sitzgesellschaft zwecks Identifikation des wirtschaftlich Berechtigten das sog. Formular A ausfüllen zu lassen. Der Bankier, der ein Konto für eine Sitzgesellschaft eröffnet, ohne die Identifikation des wirtschaftlich Berechtigten *auf diese Weise* vorgenommen zu haben, verletzt – vorbehaltlich der Ausnahmebestimmungen von Art. 4 Abs. 3 – die ihm von der VSB auferlegte Sorgfaltspflicht. Die VSB stellt also nicht die Frage nach dem Resultat, den Folgen – in der Terminologie des Strafrechts: dem Erfolg – eines bestimmten Verhaltens, sondern stellt konkrete *Verhaltensregeln* auf, an die sich die angeschlossenen Banken zu halten haben. Dieses hohe Mass an Konkretisierung ist an sich durchaus löblich. Es macht die VSB-Normen griffig und praktikabel.

Die VSB hat damit genau jenen wichtigen Vorzug, der der Strafnorm über die mangelnde Vorsicht bei Finanzgeschäften abgeht. Art. 305^{ter} Abs. 1 StGB lässt offen, welches Mass an Sorgfalt bei der Identifikation des wirtschaftlich Berechtigten mindestens aufzuwenden sei, um den objektiven Tatbestand der Norm nicht zu verletzen²⁴. Dem im Finanzsektor Tätigen werden keine oder jedenfalls fast keine konkreten Anhaltspunkte vermittelt, wie er sich zu verhalten habe, um mit dem Gesetz nicht in Konflikt zu geraten. Kurz: Art. 305^{ter} StGB ist eine Strafnorm ohne scharfe Konturen und deshalb unter dem Aspekt des Bestimmtheitsgebotes (*nulla poena sine lege stricta*) bedenklich²⁵. Nun wurde – wie bereits mehrfach erwähnt – vom Bundesrat in seiner Botschaft zu Art. 305^{ter}²⁶ für die Konkretisierung des Tatbestandes ausdrücklich auf die VSB verwiesen. Der einzelne Bankier soll also offenbar in der VSB die Antworten auf diejenigen Fragen finden, die der Gesetzgeber offengelassen hat. Bei allen Vorbehalten hinsichtlich des Legalitätsprinzips dürfte dieses Konzept insofern aufgehen, als ein Bankangestellter *in der Regel*²⁷ nicht damit rechnen muss, Art. 305^{ter} Abs. 1 StGB zu verletzen, wenn er bei der Identifikation des Vertragspartners bzw. des wirtschaftlich Berechtigten alle von der VSB vorgegebenen Massnahmen getroffen hat. Wie es sich

²⁴ *Stratenwerth*, Schweizerisches Strafrecht, BT II, 4. Aufl. 1995, S. 320.

²⁵ Zu Recht wurde deshalb kritisiert, dass der Gesetzgeber mit der Formulierung von Art. 305^{ter} Abs. 1 StGB von ihm selber wahrzunehmende Verantwortung unzulässigerweise auf den Gesetzesanwender übertragen hat. – Siehe dazu *Graber*, S. 189 f.; *Friedli*, S. 128. – Ändern soll sich diese unbefriedigende Situation mit dem neuen Geldwäschereigesetz, nach dessen Entwurf die für die Banken aufgrund der VSB (und der Praxis der Eidgenössischen Bankenkommission) geltenden Vorschriften auf die anderen im Finanzsektor Tätigen ausgedehnt werden sollen. In Art. 3 Abs. 5 und Art. 4 Abs. 3 des Entwurfes ist vorgesehen, dass der Bundesrat Ausnahmen von der Identifikationspflicht sowie die Anforderungen an die Identifizierung mittels Verordnung festlegen solle.

²⁶ BBl. 1989, S. 1089.

²⁷ Die Praxis der Aufsichtskommission VSB zeigt, dass die Prüfung der von der Bank eingehaltenen Sorgfalt stark formalisiert ist (so auch *Honegger/Frey* in SJZ 1994, S. 342). Deshalb ist es m. E. denkbar, dass der Strafrichter ausnahmsweise auch in einem Fall, in dem die Aufsichtsbehörde keine Verletzung der VSB festgestellt hat, auf Verletzung von Art. 305^{ter} StGB erkennt. Dies hängt mit dem unterschiedlichen Sorgfaltsbegriff der VSB und von Art. 305^{ter} StGB zusammen (siehe dazu Ziffer 3 c) *hienach*).

²² Siehe z. B. EBK-Jahresbericht 1988, S. 24.

²³ BGE 111 Ib 128; vgl. auch BGE 109 Ib 154.

mit dem Umkehrschluss verhält, ist nachfolgend zu prüfen.

c) Unterschiedlicher Sorgfaltsbegriff

Die VSB geht tendenziell von einem *formellen Sorgfaltsbegriff* aus. Um beim Beispiel von Art. 4 Abs. 2 lit. b VSB 1992 zu bleiben: Wer bei der Kontoeröffnung für eine Sitzgesellschaft ein Formular A ausfüllen lässt, handelt sorgfältig; wer kein Formular A ausfüllen lässt, handelt unsorgfältig. Geahndet wird der *formelle* Verstoss gegen die VSB. Das bedeutet zunächst einmal, dass ein Erfolg im strafrechtlichen Sinne nicht Voraussetzung einer Sorgfaltspflichtwidrigkeit nach VSB ist. Die Aufsichtscommission VSB ahndet nicht die mangelhafte Identifikation des wirtschaftlich Berechtigten, sondern Mängel im Identifikationsvorgang. Dasselbe Beispiel führt bei Art. 305^{ter} Abs. 1 StGB zum genau gegenteiligen Ergebnis. Art. 305^{ter} Abs. 1 StGB ist nach meiner Beurteilung ein schlichtes Tätigkeits- und abstraktes Gefährdungsdelikt. Auch der Tatbestand von Art. 305^{ter} Abs. 1 StGB verlangt somit keinen strafrechtlichen Erfolg. Insbesondere ist nicht erforderlich, dass die mangelhafte Identifikation das geschützte Rechtsgut tatsächlich verletzt, also die Einziehung deliktisch erlangter Vermögenswerte vereitelt, oder auch nur eine erhöhte Gefahr der Rechtsgutsverletzung bewirkt. Erforderlich ist hingegen, dass der Täter tatsächlich fremde Vermögenswerte angenommen, aufbewahrt, angelegt oder übertragen geholfen hat. Erforderlich ist also ein Geschäftsabschluss mit einem nicht identifizierten Vertragspartner. Die Konsequenzen liegen auf der Hand: Einerseits macht sich nach Art. 305^{ter} Abs. 1 StGB strafbar, wer von einem nicht identifizierten Kunden legal verdientes (sauberes) Geld entgegennimmt. Andererseits – und damit bin ich wieder bei der Problematik der VSB – erfüllt den Tatbestand von Art. 305^{ter} Abs. 1 StGB nicht, wer seinen Vertragspartner unsorgfältig, aber dennoch richtig identifiziert²⁸. Art. 305^{ter} StGB geht – im Gegensatz

zur VSB²⁹ von einem *materiellen Sorgfaltsbegriff* aus. Es geht um die richtige oder falsche Identifikation und nicht um einen formellen Verstoss gegen ein bestimmtes Handlungsgebot oder -verbot. Wie *Gunther Arzi*³⁰ aufgezeigt hat, erfüllt der Sorgfaltsbegriff bei Art. 305^{ter} Abs. 1 StGB zwei Funktionen: Einerseits hat die Sorgfalt eine den potentiellen Täter *entlastende Funktion*. Wer bei der Identifikation ein Mindestmass an Sorgfalt aufgewendet hat, braucht den Vorwurf nicht zu fürchten, er habe die nicht richtige Identifikation billigend in Kauf genommen, also eventualvorsätzlich unvorsichtig gehandelt. Andererseits hat die Sorgfaltspflicht eine den potentiellen Täter *belastende Funktion* «im Sinne einer Mahnung an die Justiz, nicht in unvernünftiger Weise am Nachweis des Vorsatzes zu zweifeln»³¹. Wer ein vernünftiges Mass an Sorgfalt hat vermissen lassen, bei dem wird der Richter eher annehmen dürfen, er habe seine Identifikationspflicht zumindest eventualvorsätzlich verletzt. Der Sorgfaltsbegriff von Art. 305^{ter} Abs. 1 StGB hat also offensichtlich sehr viel mit dem Problem des Vorsatzes und damit mit dem subjektiven Tatbestand zu tun³². Dies kann dann nicht überraschen, wenn man sich die Entstehungsgeschichte von Art. 305^{ter} StGB in Erinnerung ruft. Wie in Ziffer I hievon ausgeführt, ist Art. 305^{ter} Abs. 1 StGB ein Ersatztatbestand für die fahrlässige Geldwäscherei. Die Bestimmung soll als Auffangtatbestand diejenigen Fälle strafwürdigen Verhaltens abdecken, die vom Geldwäschereiartikel nicht erfasst werden. Da Art. 305^{bis} StGB aber alle Formen vorsätzlicher Geldwäscherei erfasst, musste Art. 305^{ter} Abs. 1 StGB auf die *fahrlässige* Geldwäscherei abzielen, und dies obwohl der Gesetzgeber einen eigentlichen Tatbestand der fahrlässigen Geldwäscherei gerade *nicht* wollte! Fast zwangsläufig wurde Art. 305^{ter} StGB deshalb zu einem Zwitter. Formell als Vorsatzdelikt konzipiert, weist schon die Marginalie – «mangelnde Sorgfalt bei Finanzgeschäften» –

ges um die Identität des an den Geldern wirtschaftlich Berechtigten wusste.

²⁸ Gl. M. Friedli, S. 132, *Stratenwerth*, BT II, S. 319 f., und im Ergebnis auch *Arzi*, Zur Rechtsnatur des Art. 305^{ter} StGB, SJZ 1990, S. 191. – Wenn beispielsweise die Aufsichtscommission in einem VSB-Verfahren zum Ergebnis kommen sollte, die Bank habe bei der Kontoeröffnung Art. 4 Abs. 2 lit. b VSB 1992 verletzt, da sie kein Formular A ausfüllen liess, käme eine Bestrafung des in einem Strafverfahren angeschuldigten Bankorgans also dann nicht in Frage, wenn es sich herausstellen sollte, dass der Bankangestellte (und damit «die Bank») trotz des nach Massgabe der VSB mangelhaften Identifikationsvorgang-

²⁹ Es ist einzuräumen, dass auch die VSB Bestimmungen enthält, die über die Einhaltung formeller Sorgfaltserfordernisse hinausgehen. Die Praxis der Aufsichtscommission zeigt aber, dass es in aller Regel Verstösse gegen formelle Gebote sind, die ein VSB-Verfahren auslösen und zu einer Sanktion gegen die Bank führen.

³⁰ A.a.O.

³¹ *Arzi*, a.a.O.

³² ... während die VSB-relevante Sorgfalt völlig objektiviert ist, sich die Frage nach dem Vorsatz der handelnden Person folglich nicht stellt.

darauf hin, dass der Tatbestand auch ein Fahrlässigkeitselement enthält. Indem der Täter vorsätzlich die Identifikation des wirtschaftlich Berechtigten unterlässt, riskiert er, schmutziges Geld entgegenzunehmen, und handelt im Hinblick darauf mindestens fahrlässig. Bezeichnenderweise spricht sogar der Bundesrat in seiner Botschaft³³ von «Quasi-Fahrlässigkeit». Dies hat Auswirkungen auf den Inhalt des Vorsatzes. Der Täter muss sich bewusst sein, eine ihm obliegende Sorgfaltspflicht zu verletzen. Er muss also bewusst ein Handeln unterlassen, welches nach seiner eigenen Beurteilung in einer bestimmten Situation eigentlich geboten wäre. Während also die VSB von einem *objektiven Sorgfaltsbegriff* ausgeht (wer dieses oder jenes tut, handelt sorgfältig; wer es nicht tut, handelt unsorgfältig), ist bei Art. 305^{ter} Abs. 1 StGB die Verletzung einer *subjektiven Sorgfaltspflicht* notwendig, d. h. auf die persönlichen Verhältnisse des Täters (Intelligenz, Bildung, Berufserfahrung usw.) kommt es — genauso wie beim typischen Fahrlässigkeitsdelikt³⁴ — entscheidend an.

d) Vergleich mit anderen Verhaltensregeln

Im Strafgesetzbuch nicht kodifizierte Verhaltensregeln als Massstab für die vom Strafrecht geforderte Sorgfalt heranzuziehen, ist nichts Neues und nichts Ungewöhnliches³⁵. In der Tat ist es möglich und durchaus sinnvoll, bei der Definition der von einer bestimmten Strafnorm geforderten Sorgfalt auf konkrete Verhaltensregeln zurückzugreifen. Dabei spielt es nur eine untergeordnete Rolle, ob diese Verhaltensregeln selber Rechtsnormen im formellen Sinne sind oder nicht. Entscheidend ist die Kompatibilität der Verhaltensregeln mit der vom Strafrecht geforderten Sorgfalt und — wenigstens bei «privaten» Verhaltensregeln — ihre Bekanntheit und allgemeine Akzeptanz. Allerdings kann es um mehr als ein Beziehen, ein Mitberücksichtigen dieser Verhaltensregeln m. E. nicht gehen. Die Verhaltensregeln können allenfalls dazu dienen, eine *objektive* Sorgfaltspflichtverletzung zu indizieren.

Mit der Sorgfaltspflichtvereinbarung besonders gut vergleichbar scheinen mir die Regeln des Internationalen Skiverbandes (FIS) über das Verhalten auf

Skipisten. Ähnlich wie die VSB sind die FIS-Regeln grundsätzlich privatrechtlicher Natur und haben dennoch einen halboffiziellen Charakter. Ähnlich wie die VSB den Banken konkrete Regeln für eine einwandfreie Geschäftsführung vermitteln will, sind die FIS-Regeln darauf ausgerichtet, die von einem Skifahrer zu beobachtende Sorgfalt zu konkretisieren, also für eine konkrete Situation eine Verhaltensweise vorzugeben, deren Beachtung die für diese Situation notwendige Sorgfalt einschliesst³⁶. Genauso wie der die Vorschriften der VSB beachtende Bankier grundsätzlich davon ausgehen kann, der von Art. 305^{ter} Abs. 1 StGB geforderten Sorgfalt zu genügen, wird sich ein Skifahrer in der Regel darauf verlassen können, nicht wegen fahrlässiger Körperverletzung bestraft zu werden, wenn er alle einschlägigen FIS-Regeln beachtet und dennoch mit einem anderen Skipistenbenutzer zusammenstösst. Umgekehrt darf sich der Skifahrer nicht leichtfertig über die FIS-Regeln hinwegsetzen³⁷, d. h. die Verletzung einer FIS-Regel ist ein Indiz dafür, dass der Skifahrer in einer bestimmten Situation objektiv unsorgfältig gehandelt hat, ebenso wie die Verletzung einer einschlägigen VSB-Vorschrift ein Hinweis darauf ist, dass unsorgfältig im Sinne von StGB 305^{ter} Abs. 1 gehandelt wurde. In BGE 106 IV 350 ff. hat es aber das Bundesgericht richtigerweise unterlassen, von der Verletzung der FIS-Regeln 2 und 5 direkt auf die Erfüllung des Tatbestandes der fahrlässigen Körperverletzung zu schliessen. Es hat vielmehr in Berücksichtigung sowohl der FIS-Regeln als auch der gesamten übrigen Umstände geprüft, ob dem Skifahrer nach Massgabe von Art. 18 Abs. 3 StGB ein pflichtwidrig unvorsichtiges Verhalten vorzuwerfen war.

e) Folgerungen für die Tragweite der VSB

Auf Grund der vorstehenden Ausführungen ist es m. E. unbestreitbar, dass der Ausgang des Verfahrens vor der Aufsichtskommission VSB ein im gleichen Zusammenhang laufendes Strafverfahren gegen einen oder mehrere Angestellte der betroffenen Bank beeinflusst. Der Richter wird den Ausgang des VSB-Verfahrens zur Kenntnis nehmen und bei der Beurteilung der Frage, ob der angeschuldigte Bankangestellte Art. 305^{ter} Abs. 1 StGB verletzt habe, mitberücksichtigen. Ebenso unbestreitbar scheint mir dagegen, dass sich der Strafrichter nicht unter Hin-

³³ BBl. 1989, S. 1088.

³⁴ Siehe Art. 18 Abs. 3 StGB.

³⁵ Aus der jüngeren Bundesgerichtspraxis sei — ohne Anspruch auf Vollständigkeit — auf folgende Entscheide aus der amtlichen Sammlung hingewiesen: BGE 106 IV 350, 109 IV 125, 114 IV 173, 116 IV 306 und 118 IV 130.

³⁶ Reinhardt, Die strafrechtliche Bedeutung der FIS-Regeln, Diss. 1976, S. 65.

³⁷ Reinhardt, S. 66.

weis auf das VSB-Verfahren seiner gesetzlichen Pflicht entziehen kann, die Frage des tatbestandsmässigen, rechtswidrigen und schuldhaften Verhaltens der Angeschuldigten selber und in Würdigung aller Umstände zu prüfen und die entsprechenden Konsequenzen zu ziehen. Immerhin ist wohl davon auszugehen, dass der Strafrichter nicht ohne Not von der Beurteilung der Aufsichtskommission VSB, die Bank habe die Vereinbarung verletzt und somit unsorgfältig gehandelt, abweichen darf. Angesichts der grossen Akzeptanz der Bestimmungen der Sorgfaltspflichtvereinbarung und ihres offiziösen Charakters sind die Regeln der VSB für den Strafrichter zumindest bei der Frage, ob eine objektive Sorgfaltspflichtverletzung vorliege, von zentraler Bedeutung. Der Richter darf und muss davon ausgehen, dass die Regeln der VSB von einem sorgfältig handelnden Bankier befolgt werden. Wenn sie in dem von ihm zu beurteilenden Fall nicht befolgt wurden, so hat der betreffende Bankier entweder die übliche Sorgfalt vermissen lassen oder aber er war aufgrund besonderer Umstände — nach Massgabe von Art. 305^{ter} StGB und nicht nach Massgabe der VSB! — nicht verpflichtet, eine bestimmte VSB-Regel einzuhalten. Im übrigen würde es m. E. auch zu weit gehen, in jeder Vorschrift der VSB eine Anforderung an die nach Massgabe von Art. 305^{ter} StGB objektiv anzuwendende Sorgfalt zu sehen. Wie bereits dargelegt, ist für Art. 305^{ter} Abs. 1 StGB ein materieller Sorgfaltsbegriff massgebend, währenddem die VSB eher von einem formellen Sorgfaltsbegriff ausgeht. Die Konsequenzen lassen sich anhand des folgenden Beispiels aufzeigen: Die VSB verlangt in allen bisherigen Fassungen, nicht nur das Ergebnis der Identifikation des wirtschaftlich Berechtigten, sondern auch den Identifikationsvorgang an sich schriftlich festzuhalten, damit sichergestellt sei, dass die Art und Weise der Identitätsprüfung jederzeit nachvollzogen werden könne³⁸. Die bundesrätliche Botschaft zu Art. 305^{ter} Abs. 1 StGB verweist in genereller Weise auf die Bestimmungen der VSB und die Praxis der Aufsichtskommission, welche für die Auslegung von Art. 305^{ter} Abs. 1 StGB heranzuziehen

³⁸ Aus einem Entscheid der Aufsichtskommission: «Die Bank legt glaubhaft dar, dass sie einen amtlichen Ausweis eingesehen hat. Hingegen hat sie es unbestrittenermassen unterlassen, in den Kontoeröffnungsunterlagen die Mittel festzuhalten, anhand deren die Identität tatsächlich geprüft worden war. (...) Es liegt eine formelle Verletzung der Sorgfaltspflichtvereinbarung vom 2. Juni 1977 vor» (WuR 1988, S. 170). — Vgl. für die VSB 1987: SZW 1993, S. 95.

seien. Die einzige klare Anweisung, die die Botschaft bezüglich der Identifikationspflicht enthält, ist die Massgabe, den Identifikationsvorgang schriftlich zu fixieren³⁹. Nun tut zweifellos jede Bank gut daran, dieser Anweisung gemäss zu handeln. Ansonsten verletzt sie nicht nur die VSB, sondern verstösst auch gegen die Geldwäschereirichtlinien der Eidgenössischen Bankenkommission vom 18. Dezember 1991⁴⁰. Wenn der zitierte Passus in der Botschaft zu Art. 305^{ter} StGB jedoch bedeuten soll, dass fehlende Fixierung des Identifikationsvorganges allein den Tatbestand der mangelnden Sorgfalt bei Finanzgeschäften erfülle, so ist dem m. E. zu widersprechen. Es ist durchaus möglich, den wirtschaftlich Berechtigten einwandfrei zu identifizieren, ohne den Identifikationsvorgang schriftlich festzuhalten. Den Geldannehmer in diesem Falle zu bestrafen, ist mit dem Wortlaut des Gesetzes nicht zu vereinbaren, da die Identifikation eben gerade nicht unterlassen wurde. Der betroffene Bankier mag in einem solchen Fall nach Massgabe der VSB formell unsorgfältig gehandelt haben; den Art. 305^{ter} Abs. 1 StGB zugrunde liegenden materiellen Sorgfaltsbegriff hat er nicht verletzt. Wenn der Bankier den wirtschaftlich Berechtigten richtig identifiziert hat, braucht die Frage, ob er sorgfältig oder unsorgfältig gehandelt hat, nicht geprüft zu werden. Nur wenn er den wirtschaftlich Berechtigten nicht identifiziert hat, stellt sich die Frage nach der aufgewendeten Sorgfalt. Dem Bankier ist diesfalls nachzuweisen, dass er bei der Identifikation die nach den Umständen gebotene Sorgfalt verletzt hat. Es sind ihm mit anderen Worten Mängel bei der Identifikation nachzuweisen und nicht etwa Mängel in der Dokumentation über die erfolgte Identifikation. Natürlich lässt eine fehlende oder unvollständige Dokumentation darauf schliessen, dass die Identifikation selber ungenügend war. Damit ist nicht etwa eine Umkehr der Beweislast verbunden, aber der Richter wird bei falscher Identifikation und fehlender Dokumentation zweifellos eher annehmen dürfen, der Bankier habe die nach den Umständen gebotene Sorgfalt tatsächlich vermissen lassen. Die fehlende Dokumentation ist also ein den Bankier belastendes Indiz. Aus diesem Grunde — aber nur aus diesem Grunde! — liegt es im eigenen

³⁹ «Die Identifikation erfordert im Minimum die schriftliche Fixierung des Vorganges» (BBl. 1989, S. 1089).

⁴⁰ Die Geldwäscherei-Richtlinien der EBK (EBK-RS 91/3) stellen in den Ziffern 29 bis 32 detaillierte Vorschriften über die Erstellung und Aufbewahrung von Belegen, insbesondere bei der Kundenidentifikation, auf.

Interesse des sorgfältigen Bankiers, die Identifikation zu dokumentieren⁴¹. Zudem ist an dieser Stelle noch einmal darauf hinzuweisen, dass die Strafbarkeit nach Art. 305^{ter} Abs. 1 StGB nicht nur die Erfüllung des objektiven, sondern auch des subjektiven Tatbestandes voraussetzt, während sich die Aufsichtskommission VSB mit der Feststellung der objektiven Sorgfaltspflichtverletzung begnügen kann.

4. Zusammenfassung und Ergebnisse

Zusammenfassend lässt sich folgendes feststellen: Das Verfahren vor der Aufsichtskommission VSB entfaltet für ein parallel laufendes Strafverfahren gegen Organe oder Mitarbeiter der vom VSB-Verfahren betroffenen Bank keine präjudizierende Wirkung.

Der Strafrichter hat aber das VSB-Verfahren und seine Ergebnisse zur Kenntnis zu nehmen und frei zu würdigen.

Der Strafrichter wird sich bei der ihm obliegenden Pflicht, die «nach den Umständen gebotene Sorgfalt» zu konkretisieren, an den Verhaltensregeln der VSB orientieren. Er ist aber verpflichtet, die Verhaltensregeln unter dem Aspekt des hievorgeläuterten materiellen Sorgfaltsbegriffes zu überprüfen und allenfalls zu modifizieren.

Schliesslich kann der materielle Sorgfaltspflichtverstoß der Bank nicht ohne weiteres auf den einzelnen Bankfunktionär projiziert werden. Der Strafrichter hat die individuelle Vorwerfbarkeit des inkriminierten Verhaltens abzuklären, wofür ihm das Verfahren der Aufsichtskommission VSB kaum Anhaltspunkte vermittelt.

⁴¹ Richtigerweise hat deshalb die Bankenkommission in Ziffer 2b ihrer Geldwäschereirichtlinien darauf hingewiesen, dass die Richtlinien – «nicht zuletzt zum Schutz der Bankorgane und -angestellten vor einer Strafverfolgung» – eine Hilfe zur Auslegung von Art. 305^{bis} und 305^{ter} StGB geben sollten, die Strafverfolgungsbehörden aber nicht binden könnten. Was aber für Richtlinien der bankengesetzlichen Aufsichtsbehörde gilt, muss erst recht für die VSB als «privaten» Verhaltenskodex der Banken gelten.