

MARC FORSTER
Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt
Schweizerisches Bundesgericht
CH-1000 Lausanne 14

Tel.: 021 318 91 51
E-Mail: marc.forster@bger.ch

Gutachten des Referenten zur Dissertation von Frau Tamara Taube:

**"Entstehung, Bedeutung und Umfang der Sorgfaltspflichten
der Schweizer Banken bei der Geldwäschereiprävention im Bankenalltag"
(Diss. Universität St. Gallen, Law School, 2013)**

I. Ziel der Arbeit und Bedeutung des Themas

Die Compliance von Banken und anderen Finanzintermediären zur Abwehr von Geldwäscherei (nachfolgend: Gw) ist von grosser *Aktualität* und Wichtigkeit für die Kriminal-, Wirtschafts-, Finanz- und Aussenpolitik. Sie birgt sowohl für den Schweizer Finanzplatz als auch für das Rechtssystem diverse komplexe Herausforderungen.¹ Zu *rechtsdogmatischen* Fragen des Gw-Strafrechts und zu Einzelfragen der weit verstreuten einschlägigen Verwaltungs- und Standesvorschriften besteht eine reiche (allerdings ziemlich unübersichtliche) Auswahl an Literatur und Rechtsprechung. **Wissenschaftliches Neuland** bilden gezielte *empirische Forschungsanstrengungen* zur Gw-Compliance-Praxis bei den Banken sowie Untersuchungen, welche die komplexe Vernetzung und die *Wechselwirkungen* zwischen den heterogenen Sorgfaltspflichtnormen *interdisziplinär* analysieren und sowohl für Jurist(inn)en als auch für Bankpraktiker(innen)² verständlich darstellen.

-
- 1 Als aktuelle Beispiele von grossem Medieninteresse (vernüpft mit dem wirtschaftlichen und politischen Risiko von Reputationsschäden) seien hier erwähnt: der starke internationale Druck und der Paradigmenwechsel im Bereich der Amts- und Rechtshilfe in *Fiskalsachen* (Fälle UBS und weitere), die kriminalpolitischen Bestrebungen zur Einführung eines *Verbrechenstatbestandes* für schwere Fälle von *Steuerhinterziehung* (als Vortaten von Gw), die Häufung von Gw-Abklärungen und strafprozessualen Zwangsmassnahmen bei Banken im Rahmen der Fälle *"Arabischer Frühling"* (Problematik der "Politically Exposed Persons" und ihrer im Ausland angelegten Vermögenswerte) oder die hängige *Revision* des Gw-Rechts mit diversen wichtigen Neuerungen (z.B. Limitierung von Bargeldtransaktionen, Einbezug von "Insurance Wrappers", Entkoppelung von Gw-Verdachtsmeldung und Kontensperre usw.).
 - 2 Zu denken ist (neben wissenschaftlich Interessierten, beratenden Wirtschaftsanwälten und Bankjuristen) namentlich an Rechtsdienst- und Compliance-Verantwortliche sowie an Stabskader der Leitungsorgane von Banken und Finanzintermediären. Die Doktorandin plant, die Druckfassung der Diss. noch mit einem *Schlagwortverzeichnis* zu versehen, um die Untersuchung auch für Praktiker möglichst hilfreich zu gestalten.

Die hier begutachtete Dissertation setzt sich zum Ziel, zur Schliessung dieser Forschungslücke beizutragen. Als Praktikerin mit *mehrjähriger Erfahrung* auf dem Gebiet der Banken-Compliance bringt die Doktorandin Affinität und *spezifisches Problembewusstsein* in ihre wissenschaftliche Untersuchung ein. Auch gelang es ihr, die Leitungsorgane von **dreizehn Schweizer Banken** (aller Sparten und Grössen³) für ihre eigenständige *empirische Untersuchung* (Befragungen mit Interviews und Formularen) der jeweiligen *Compliance-Praxis* zu gewinnen.⁴

II. Aufbau und inhaltliche Kurzübersicht

In den Teilen 1-5 wird der *straf- und verwaltungsrechtliche Kontext* der Gw-Compliance für Banken und andere Finanzintermediäre sorgfältig und detailreich ausgeleuchtet.⁵ Bei den juristisch verlässlichen Analysen stechen insbesondere das *rechtsvergleichende* Kapitel hervor (Deutschland, Österreich, Liechtenstein: Dritter Teil, Kap. 3, S. 96 ff.), die themenspezifischen Querverbindungen zum *Unternehmensstrafrecht* (Fünfter Teil, Kap. 1, mit einer kritische Analyse des Falles "PostFinance", Kap. 1.3.2, S. 194 ff.) oder die profunde Analyse der *Schnittstellen und Wechselwirkungen* zwischen *straf-, zivil- und verwaltungsrechtlichen Sorgfaltspflichten* (Fünfter Teil, Kap. 2, insbes. sog. "Schutznormcharakter" von Art. 305^{bis} StGB bzw. des GwG, Kap. 2.3, S. 207 ff.). Im Sechsten Teil werden die wichtigsten Ergebnisse (thematisch geordnet) zusammengefasst.

III. Spezifische wissenschaftliche Eigenleistung

Von besonderem *eigenständigem* Wert sind die Ergebnisse der selbständigen **empirischen Erhebungen** zur Gw-Compliance bei *dreizehn Schweizer Bankinstituten* verschiedenster Geschäftssparten und Grössen, welche (primär im Vierten Teil) gezielt ausgewertet, vergleichend analysiert und (graphisch unterstützt mit Tabellen und Dia-

3 Von Grossbanken bis zu kleineren Regionalbanken, darunter Universal-, Retail- und Privatbanken.

4 Dazu näher nachfolgend, Ziff. III/1-3.

5 Der Zweite Teil ("Schweizerisches Normgefüge") dokumentiert und analysiert (im Sinne eines "Wegweisers durch das Dickicht") die *komplexe Verzahnung* der heterogenen Anti-Gw-Normen des Straf-, Verwaltungs-, Zivil- und Landesrechts. Vertiefte kritische Betrachtungen werden der Problematik der *Steuerdelikte als Vortaten der Gw* gewidmet (Kap. 2.8.3). Im Dritten Teil ("Straftatbestände als Grundlage der Gw-Abwehr") verdeutlicht die Bearbeiterin u.a. die heiklen *Interessen- und Zielkonflikte* der Banken zwischen strafrechtlich bewehrten Diskretions- bzw. Kontroll- und Meldepflichten.

grammen) bei den jeweiligen Fragestellungen ertragreich eingebaut wurden.⁶ Überraschen könnte der Befund, dass die *Heterogenität* der Institute sich *kaum* in stark *abweichenden Compliance-Abläufen* niederschlägt.⁷ Bemerkenswert erscheint auch, dass praktisch alle untersuchten Banken ihre (gesetzlich zulässigen) Ermessensspielräume nicht voll (im Sinne von Risikobereitschaft) ausschöpfen, sondern eine Art "*interne Sicherheitsmarge*" einbauen.⁸

Was die Auswirkungen der Gw-Regulierungen auf den **Strukturwandel** der **Finanzwirtschaft** betrifft, kommt die Untersuchung (im Fünften Teil) zu einigen bedenklichen Schlüssen: Einerseits *benachteiligt* die zunehmende Komplexität und Spezialisierung der Compliance die *kleineren* Banken. Andererseits bringt der "Grössendruck" neue Gefahren, indem komplexe Geschäfte (gerade im Bereich des Investmentbanking von Grossbanken) selbst für Spezialisten und grosse Compliance-Abteilungen *immer schwieriger* und aufwändiger zu überwachen sind (Fälle Adeboli/UBS London und ähnliche). Der daraus resultierende *zusätzliche* Regulierungsdruck, der regelmässig nicht nur die Grossbanken erfasst, wirkt sich wiederum für die kleineren Banken besonders nachteilig aus.⁹

Im Folgenden erläutert der Gutachter einige *Beispiele* von Ergebnissen der **empirischen Erhebung** (Methodik: Interviews/Fragebögen), die von wissenschaftlichem und praktischem Interesse erscheinen:

III/1. Identifizierung der Vertragspartner

Zur *Identifizierung* ihrer Vertragspartner arbeiten fast alle untersuchten Banken (nämlich elf) mit elektronischen oder physischen *Checklisten* und *Arbeitsanweisungen*, die je nach Art der Vertragspartei oder Geschäftsbeziehung variieren können oder zu

6 Auf S. 257 findet sich ein Verzeichnis der 13 Banken, die bei den Erhebungen kooperiert haben; s. auch die tabellarische Übersicht mit Angaben über die jeweiligen Geschäftsfelder, Bilanzgrössen, Standorte und Mitarbeiter auf S. 123-124. Der von der Doktorandin verwendete *Fragebogen* ist auf S. 258 abgedruckt.

7 Die Doktorandin führt die auffälligen *Parallelen* bei der praktischen Umsetzung nicht zuletzt auf die *Qualität* des zugrunde liegenden *normativen Regelwerkes* zurück (gelungene Mischung aus stringenten Vorschriften und den für das Bankgeschäft nötigen Ermessens- und Gestaltungsspielräumen (vgl. Kap. 4.2.1, S. 156 f.; s. auch zusammenfassend S. 224).

8 Etwa bei der Identifikation der Vertragspartei und des wirtschaftlich Berechtigten bzw. bei der Kontrolle der Formulare "A" und "R" (vgl. Teil 4, Kap. 2-3, S. 127-142, dazu auch Gutachten Ziff. III/1-2).

9 Mittlere Privatbanken benötigen heute im Bereich Compliance/Legal denn auch einen Personalbestand von mindestens 15 und mehr Personen.

spezifischen Themenbereichen Hilfestellung bieten. Vier Banken (bei drei davon handelt es sich um grosse bzw. mittlere Institute) arbeiten zusätzlich mit einer *systemtechnischen* Unterstützung der Frontmitarbeiter.¹⁰ Lediglich zwei (grosse) Banken führen die Identifizierung und anschliessende Konteneröffnung *ausschliesslich* systemgeführt durch. Bei fast allen Banken erfolgt die Kontrolle vollständig (oder in Kombination mit einer weiteren Kontrolle) bei einer *zentral* angesiedelten Stelle.¹¹ Die Frage, inwiefern die Kontrolle der Identifizierung *vor- oder nachgelagert* zur tatsächlichen Eröffnung stattfindet, wird (auf S. 125 f., optisch unterstützt mit einem Diagramm) ausführlich analysiert.

Bei drei untersuchten Banken wird die Art und Weise der erfolgten Identifizierung stichprobenweise durch die Compliancestelle *überprüft*. Bei kompliziert gestalteten Geschäftsbeziehungen (oder Zweifeln betreffend das korrekte Vorgehen zur Identifizierung) greifen sieben der befragten Banken manchmal sogar auf *Legal Opinions* von internen oder externen Spezialisten zurück.¹² Um die anfängliche Fehlerquote bei der Identifizierung zu verringern, aber auch um die allgemeine Qualität der Dienstleistungen zu erhöhen (und teilweise um regulatorische Vorgaben besser und einfacher umsetzen zu können), haben sich einige Banken dazu entschlossen, ihre *Kunden* zu *segmentieren* und von spezialisierten "Kundendesks" aus betreuen zu lassen.¹³

10 S. 124. Bei einer weiteren Bank führt das System nach Erfassung der Eröffnungsdaten durch den Frontmitarbeiter eine *systemtechnisch gestützte Plausibilisierung* durch. Zwei Banken verwenden Systemtechnik bei der Erfassung von *Neukunden*, wobei die notwendigen Angaben zur Identifizierung als Pflichtfelder ausgestaltet sind; ohne Eingabe dieser Daten ist eine Konteneröffnung nicht möglich. Bei einer dieser Banken kann im System ein entsprechender Status gesetzt werden, falls der Kunde zum Zeitpunkt der Eröffnung noch nicht identifiziert werden kann, worauf sowohl Konten als auch Depots mit einer automatischen Soll-/Haben-*Sperre* versehen werden. Der Kundenberater wird systemautomatisch nach einigen Tagen zuerst zur sofortigen Identifizierung, dann zur sofortigen Saldierung des Kunden aufgefordert. Eine andere Bank hat im Eröffnungsprozess eine systemtechnische Hilfe eingebaut, die mittels Auswahllisten zu den Arten der Identifikationsdokumente bzw. zu den Formularen führt, welche als Pflichtdokumente definiert sind. Von den befragten Banken gaben drei an, dass den Kundenberatern – teilweise zusätzlich zu weiteren systemtechnischen Unterstützungen – automatisch beim Dokumentendruck eine Checkliste mit ausgedruckt wird, welche abgearbeitet und zusammen mit den Identifikationsdokumenten an die Formalitätenkontrollstelle geschickt werden muss.

11 S. 125. Nach Ansicht der Doktorandin hat dies den *Vorteil*, dass stets nach demselben Massstab und nach den gleichen Kriterien kontrolliert wird; ebenfalls entwickeln sich die zuständigen Stellen nach einiger Zeit zu hochwertigen Spezialisten. Andererseits kann die Zentralisierung der Kontrolle zu mehr administrativem und zeitlichem *Aufwand* führen, da die internen Wege länger sind und eine sofortige Kontrolle damit praktisch ausgeschlossen wird.

12 Einige der anderen Banken haben geäussert, dass sie bei einer derart komplizierten Beziehung, bei der sie selber Mühe bei der Identifizierung hätten, auf das Eingehen einer Geschäftsbeziehung verzichteten; dabei handelte es sich vor allem um regional verankerte und im Retailgeschäft tätige Banken.

13 S. 126 f. (mit entsprechenden Diagrammen). Bei der Hälfte der befragten Banken (vor allem grossen und

III/2. Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten

Bei der Pflicht zur Feststellung des *wirtschaftlich Berechtigten* stellt sich unter anderem die Frage, wie der Finanzintermediaär die Fälle erkennt, bei denen zwingend das "Formular A" eingeholt werden muss: Von den dreizehn befragten Banken arbeiten hier sieben mit Checklisten oder Formularen, um den Front- oder Kassenmitarbeiter auf die gesetzlichen Sorgfaltserfordernisse aufmerksam zu machen. Ausschliesslich oder unterstützend *systemtechnisch* arbeiten sechs Banken. Die Doktorandin analysiert deren konkretes *Vorgehen* (S. 136 f., mit Diagramm).¹⁴ Sieben der befragten Banken lassen eine vor- oder nachgelagerte *interne Kontrolle* durchführen (Compliancestelle, Kontrollinstanz, Mutationszentrale).¹⁵

Auf die Frage, ob sie das **Muster-Formular A** der VSB oder ein *eigenes* verwenden (S. 139 f. mit Diagrammen), haben neun der dreizehn Banken geantwortet, dass sie das *Muster-Formular* benutzen, meist layouttechnisch verändert und dem eigenen Vertragswerk angepasst (oder mit einem internen Laufweg ergänzt), aber ohne Änderungen in inhaltlicher Hinsicht. Die Bearbeiterin untersucht, wie (bei den restlichen vier Banken) die *inhaltlich veränderten* Formulare A ausgestaltet wurden.¹⁶ Eine Bank arbeitet bei *einfachen Gesellschaften* und einer *grossen Anzahl* von *Gesellschaftern* mit

mittleren) *besteht bereits* eine solche Kundensegmentierung (aufgrund eines Auslandbezugs des Kunden, zur Aufteilung von Private Clients und Firmenkunden oder aus steuerrechtlichen Gründen), bei drei Banken ist aufgrund der zunehmend verschärften Regulierung eine *länderspezifische* Segmentierung im Aufbau.

- 14 Eines der Systeme erkennt bei der korrekten Qualifikation des Geschäftsvorgängers die Notwendigkeit des Formulars A und verlangt danach. Ein anderes System generiert nachgelagerte Kontrolllisten (ähnlich ist das System der teilweisen Plausibilitätskontrolle), ein weiteres System sperrt die eröffneten Geschäftsbeziehungen je nach definierter Risikokategorie nur für Ausgänge oder für Ein- und Ausgänge, bis die korrekten Dokumente im System erfasst sind. Zwei Systemunterstützungen greifen spezifisch nur im Bereich der *Kassageschäfte*.
- 15 Die *Schwierigkeit* bei der Erkennung der zwingenden Formular-A-Fälle besteht nach den Erkenntnissen der Doktorandin darin, dass sie nicht abschliessend systemtechnisch abgedeckt werden können, da sie stark vom *Einzelfall* abhängen und teilweise nur von *Menschen* (und nicht von einem technischen System) *erkannt* werden können. Dennoch hat sich nur eine einzige der befragten dreizehn Banken dafür entschieden, bei jeder Eröffnung ein Formular A einzuholen, um dem Risiko zu entgehen, in einem unentdeckten zwingenden Fall kein Formular A verwendet zu haben (S. 137).
- 16 Eine Bank hat das Formular A dahingehend abgeändert, dass der Vertragspartner drei Möglichkeiten zur Auswahl hat, nämlich dass er selber und allein, dass er zusammen mit einem Dritten oder dass ein Dritter allein an den Vermögenswerten wirtschaftlich berechtigt ist. Zwei Banken haben auf dem Formular A den Erklärungsteil ausführlicher gestaltet, bis hin zur Erklärung des Begriffs des wirtschaftlich Berechtigten. Bei drei der vier abgeänderten Formulare A wurde ein zusätzlicher Teil oder Abschnitt eingefügt, in welchem festzuhalten oder anzukreuzen ist, was der Grund für das Einholen des Formulars A war; teilweise wurde dieser Abschnitt um interne Informationen ergänzt, in einem Fall sogar mittels eines für den Vertragspartner nicht sichtbaren Blindtextes.

einem zusätzlichen *speziellen* Formular A, dem jeweils eine Mitgliederliste beigelegt wird. Die Untersuchung zeigt, dass sich aufgrund der *Grösse* oder *Spezialisierung* der Bank keine Rückschlüsse ziehen liessen, ob ein eigenes Formular A kreiert oder das Musterformular A verwendet wurde. *Überraschend* war für die Doktorandin der Befund, dass die meisten der befragten Banken die Frage bejahen, ob sie zusätzliche, über die gesetzlichen Sorgfaltspflichten *hinausgehende* Informationen oder Dokumente von der wirtschaftlich berechtigten Person einholen, sofern diese nicht mit dem Vertragspartner identisch ist. So fordern sieben der befragten Banken *standardmässig* ein *Identifikationsdokument* des wirtschaftlich Berechtigten ein, wenn auch in den meisten Fällen nicht zwingend amtlich beglaubigt. Bei drei Banken ist dies immerhin gelegentlich der Fall. Meistens gehe es beim Einholen eines Ausweisdokuments darum, die Angaben zum wirtschaftlich Berechtigten überprüfen zu können, auch wenn dies rechtlich nicht explizit verlangt wird. Eine andere Bank erstellt (je nach Kundenkategorie) auch ein *Profil* der wirtschaftlich berechtigten Person.

Die bankinternen Kontrollen der gesetzeskonformen Verwendung des "**Formulars R**" (insbes. für konten- und depoteröffnende Anwälte) werden auf S. 141 f. (mit Diagramm) analysiert.¹⁷

III/3. Weitere empirische Ergebnisse

Von wissenschaftlichem und praktischem Interesse sind auch weitere Untersuchungsergebnisse zu folgenden *Themen*: Bankinterne Erfassung von *Gründen*, die zu einer *erneuten* Identifizierung des Kunden (bzw. Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten) führen (S. 146 f. mit Diagramm); wie erkennt die Bank *Geschäftsbeziehungen* mit *erhöhten Risiken*? (insbes. PEP-Problematik), und welche *Kriterien* benutzt eine Bank,

¹⁷ Obwohl die Bank *nicht verpflichtet* ist, die korrekte Verwendung des Formulars R zu überprüfen, hat die Hälfte der untersuchten Banken geantwortet, dass sie *Kontrollen* durchführen, stets nachgelagert und teilweise nur stichprobenweise. Eine Bank hat *spezialisierte Desks* für *Anwälte*, *Treuhänder* und *Notare*, wodurch mit der entsprechenden Erfahrung ein offensichtlicher Missbrauch des Formulars R schnell entdeckt werde. Während eine Bank sich auf den Standpunkt stellt, dass sie, sofern sie keine Anhaltspunkte für einen Missbrauch vorliegen hat, vom korrekten Einsatz des Formulars R ausgehen kann, ordnet eine andere Bank den Einsatz des Formulars R dem Verantwortungsbereich des Frontmitarbeiters zu, jedoch auch hier mit einer nachgelagerten Kontrolle. Die befragten Banken seien sich aber generell einig, dass ein Handlungsbedarf (wie das Abklären von Unstimmigkeiten, die Rücksprache mit dem Vertragspartner, bis hin zum Einholen einer schriftlichen Erklärung des Vertragspartners) erst dann entstehe, wenn im Einzelfall *Zweifel* aufkommen oder eine ordentliche Monitoringtätigkeit (wie etwa die vorgeschriebene Transaktionsüberwachung mit dem Formular R) unvereinbare Transaktionen hervorbringt.

um ihre Vertragspartner in *Risikoklassen* einzuteilen? (sog. "Profiling". S. 155-157, mit Diagrammen); wie erkennt eine Bank konkrete *Transaktionen* mit erhöhten Risiken? (S. 159 mit Diagramm, S. 161 f.); Art der *Aufbewahrung* der Kundendokumentation (S. 166 f. mit Diagramm); Ausgestaltung der *internen Weisungen* und Informationsfluss (S. 169); Auswahl und Schulung des *Personals* (S. 170-172); Organisation der bankinternen *Geldwäschereifachstelle* (S. 173); Vorgehen bei *unvollständigen Zahlungsaufträgen* (S. 177 f. mit Diagramm); Anwendung der *Bagatellklausel* bei Vermögenswerten von *geringem Wert* (S. 179).

IV. Gesamtwürdigung und Antrag

Es handelt sich nach Einschätzung des Referenten um eine sehr fleissige, interdisziplinäre, methodisch saubere Dissertation, welche eine eigenständige und wertvolle wissenschaftliche Leistung erbringt. Die gelungene Verknüpfung von normativer Analyse und empirischen Erhebungen bringt Licht in die Compliance-Praxis der Banken und trägt bei zum besseren Verständnis der breit gefächerten, vernetzten und komplexen Sorgfaltspflichtnormen. Im Rahmen von *Hilfeleistungen* zu erwähnen sind einige kritische fachliche Anmerkungen und Gedankenanstösse der Korreferentin und des Referenten vor der förmlichen Einreichung der Arbeit (im Dezember 2012) zu inhaltlichen und formalen Gesichtspunkten.

Antrag:

Gestützt auf die vorstehenden Ausführungen **beantragt** der Referent zuhanden der Programmkommission die **Annahme der Dissertation** (ohne Auflagen oder Bedingungen) mit der **Note 5,25**.

Prof. Dr. Marc Forster/10.04.2013