

# AUFSICHTSKOMMISSION VSB

(Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken)

## Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken

(1. Januar bis 30. Juni 2018)

### A. VORBEMERKUNGEN

Gemäss Art. 66 Abs. 5 VSB 16 orientiert die Aufsichtskommission – unter Wahrung des Bank- und Geschäftsgeheimnisses – die Banken und die Öffentlichkeit periodisch über ihre Entscheidungspraxis. Gestützt auf diese Bestimmung<sup>1</sup> publiziert die Aufsichtskommission seit der Schaffung der Standesregeln im Jahre 1977 (VSB 77) alle drei bis sechs Jahre einen entsprechenden, umfangreichen Tätigkeitsbericht. Der jüngste solche Tätigkeitsbericht betrifft die Jahre 2011 bis 2016.<sup>2</sup>

Im Jahre 2007 hatte die Aufsichtskommission damit begonnen, in kürzeren Abständen und in Ergänzung zu den traditionellen Tätigkeitsberichten auf dem Portal der SBVg über die wichtigsten Entscheide zu orientieren. Eine erste solche Orientierung über die „Leading Cases“ der Aufsichtskommission erfolgte am 18. Januar 2007. Mit der vorliegenden Orientierung werden die neuesten, in der Zeit vom 1. Januar bis 30. Juni 2018 ergangenen „Leading Cases“ der Aufsichtskommission publiziert.

### B. EINZELNE TATBESTÄNDE

#### 1. Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten

1.1. Im Zeitpunkt der Aufnahme der Geschäftsbeziehung nicht auszuräumende Zweifel an der wirtschaftlichen Berechtigung führen dazu, dass die Bank die Aufnahme der Geschäftsbeziehung abzulehnen hat. Die entsprechende, ausdrückliche Regelung von Ziff. 29 Ausführungsbestimmungen zu Art. 3 VSB 08 ist vom Text der VSB 16 zwar nicht übernommen worden, sie gilt aber selbstverständlich auch unter der VSB 16 weiterhin.

1.2. Die Standesregeln verlangen, dass die Bank jederzeit, sowohl bei Beginn als auch während der gesamten Dauer der Geschäftsbeziehung, zweifelsfrei weiss, wer der wirtschaftlich Berechtigte an den verwalteten Vermögenswerten ist. Die Bank darf keine Geschäftsbeziehungen eröffnen bzw. aufrechterhalten, sofern bzw.

---

<sup>1</sup> Bzw. gestützt auf die analogen Bestimmungen in den früheren Fassungen der VSB.

<sup>2</sup> Der Bericht über die Praxis der Aufsichtskommission in den Jahren 2011–2016 wurde am 5. Juli 2017 auf dem Portal der Schweizerischen Bankiervereinigung (SBVg) publiziert (vgl. das Zirkular Nr. 7933 der SBVg vom 5. Juli 2017) sowie in der Schweizerischen Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht, SZW, 5/2017, S. 676 ff., veröffentlicht.

solange sie Zweifel an der wirtschaftlichen Berechtigung hat. Im Zeitpunkt der Aufnahme der Geschäftsbeziehung nicht auszuräumende Zweifel führen dazu, dass die Bank die Aufnahme der Geschäftsbeziehung abzulehnen hat.<sup>3</sup> Kommt es (erst) im Laufe der Geschäftsbeziehung zu Zweifeln an der wirtschaftlichen Berechtigung, die sich nicht ausräumen lassen, dann ist die Bank gemäss Art. 46 Abs. 2 VSB 16 (früher: Art. 6 Abs. 3 VSB 08) verpflichtet, die Geschäftsbeziehung abzurechnen.

Die Bank ist hingegen nicht verpflichtet (weder anlässlich der Aufnahme einer neuen Geschäftsbeziehung noch im Rahmen einer bereits bestehenden Geschäftsbeziehung), so lange Abklärungen zu tätigen, bis diese zu einem befriedigenden Resultat geführt haben (zumal dies teilweise auch gar nicht möglich wäre, weil der Kunde nicht zur Ausräumung der bestehenden Zweifel beitragen kann oder will). Der Bank steht es vielmehr frei, auf weitere Abklärungen zu verzichten und stattdessen die Eröffnung der mit Zweifeln behafteten Beziehung abzulehnen bzw. eine zweifelhafte Beziehung abzurechnen (sofern nicht die Voraussetzungen der Meldepflicht gemäss Art. 9 GwG erfüllt sind; vgl. Art. 46 Abs. 3 VSB 16 bzw. Art. 6 Abs. 4 VSB 08).<sup>4</sup>

1.3. Gestützt auf Ziff. 29 Ausführungsbestimmungen zu Art. 3 VSB 08 durften die Banken grundsätzlich auf die Richtigkeit der Erklärung des Vertragspartners über die wirtschaftliche Berechtigung vertrauen, und sie waren nicht verpflichtet, die Richtigkeit der auf dem Formular A enthaltenen Angaben zu verifizieren. Dies galt allerdings nur, sofern keine ernsthaften Zweifel bestanden, ob die Erklärung des Vertragspartners auch tatsächlich richtig war.

Die Aufsichtskommission stellte klar, dass die Zweifel im Sinne von Ziff. 29 Ausführungsbestimmungen zu Art. 3 VSB 08 inhaltlich den ungewöhnlichen Feststellungen im Sinne von Ziff. 25 Ausführungsbestimmungen zu Art. 3 VSB 08 bzw. dem Zweifelsfall im Sinne von Art. 6 Abs. 1 Lit. c VSB 08 entsprechen. Dass Ziff. 29 Ausführungsbestimmungen zu Art. 3 VSB 08, dies im Unterschied zu Ziff. 25 Ausführungsbestimmungen zu Art. 3 VSB 08 bzw. Art. 6 Abs. 1 Lit. c VSB 08, von *ernsthaften* Zweifeln spricht, hat keine besondere Bedeutung. Denn es ist nicht ersichtlich, weshalb eine Bank im Rahmen der Kontoeröffnung nur bei „*ernsthaften*“ Zweifeln an der Richtigkeit der Erklärung über die wirtschaftliche Berechtigung weitere Abklärungen tätigen müsste, währenddem sie im späteren Verlauf der Geschäftsbeziehung gestützt auf Art. 6 Abs. 1 Lit. c VSB 08 bereits bei „*einfachen*“ Zweifeln, ob die abgegebene Erklärung über die wirtschaftliche Berechtigung zutrifft, zusätzliche Abklärungen durchführen muss.

1.4. Stellte eine Bank fest, dass ihr bewusst falsche Angaben über den wirtschaftlich Berechtigten gemacht worden waren, oder wenn auch nach Durchführung des Verfahrens gemäss Art. 6 Abs. 1 VSB 08 noch

---

<sup>3</sup> Vgl. Ziff. 1.1 oben.

<sup>4</sup> Ob die Bank allenfalls gestützt auf andere Regelwerke, beispielsweise die Geldwäschereiverordnung-FINMA, weitergehende Abklärungspflichten hätte, ist von der Aufsichtskommission nicht zu beurteilen.

Zweifel an den Angaben des Vertragspartners weiterbestanden, war sie verpflichtet, die Beziehungen zum Vertragspartner abzurechnen (Art. 6 Abs. 3 VSB 08).<sup>5</sup>

Die Bank kann hinsichtlich der wirtschaftlichen Berechtigung selbstverständlich nicht nur durch die Angaben im Formular A getäuscht werden, sondern auch durch andere, die Erklärung mittels Formular A ergänzende Informationen über den wirtschaftlich Berechtigten. Dies gilt jedenfalls dann, wenn es sich dabei um Angaben handelt, welche für die Feststellung der wirtschaftlichen Berechtigung von Bedeutung sein können. Im vorliegenden Fall hatte die Kundin in einem Due Diligence-Fragebogen der Bank bewusst wahrheitswidrige Angaben über den wirtschaftlich Berechtigten gemacht. Die Bank wäre daher verpflichtet gewesen, die Geschäftsbeziehung abzurechnen.

1.5. Eine Sitzgesellschaft kann selbst nicht wirtschaftlich berechtigt sein. Was die VSB 08 noch ausdrücklich festhielt (vgl. Ziff. 40 Ausführungsbestimmungen zu Art. 4 VSB 08), gilt selbstverständlich auch unter der VSB 16 weiterhin.

1.6. Als wirtschaftlich Berechtigte an den Vermögenswerten sind grundsätzlich natürliche Personen festzustellen (Art. 27 Abs. 2 VSB 16). Daraus folgt, dass die Bank eine zusätzliche Erklärung verlangen muss, wenn der Vertragspartner nicht eine natürliche Person als wirtschaftlich Berechtigte bezeichnet, sondern eine Gesellschaft (sofern keine Ausnahme von der Feststellungspflicht gemäss Art. 30 ff. VSB 16 besteht). Wird als wirtschaftlich Berechtigter eine operativ tätige Gesellschaft erfasst, so müssen bei dieser zusätzlich die Kontrollinhaber mittels Formular K festgestellt werden<sup>6</sup>. Wird hingegen eine Sitzgesellschaft als wirtschaftlich Berechtigter genannt, so sind in einem weiteren Schritt die an der Sitzgesellschaft wirtschaftlich berechtigten natürlichen Personen abzuklären. Denn eine Sitzgesellschaft kann selbst nicht wirtschaftlich berechtigt sein.<sup>7</sup>

1.7. Eine Bank eröffnete ein Konto, das zur Abwicklung eines Scharia-konformen, zum sog. „islamic banking“ gehörenden Geschäftes verwendet wurde. Obschon über das Konto Transaktionen getätigt wurden, welche im Rahmen eines Rechtsgeschäfts nach islamischem Recht erfolgten, das erheblich von einem konventionellen Bankgeschäft abweicht, unterliess es die Bank, weitere Abklärungen zu tätigen, um das ungewöhnliche Rechtsgeschäft wirklich zu verstehen. Die Bank verletzte dadurch ihre Sorgfaltspflichten bei der Feststellung der wirtschaftlichen Berechtigung. Damit bestätigte die Aufsichtskommission ihre Praxis, wonach die Banken Geschäfte, an denen sie beteiligt sind, auch tatsächlich verstehen müssen: Wenn eine Bank ein Geschäft bzw. die diesem

---

<sup>5</sup> Vorbehältlich der Meldepflicht gemäss Art. 9 GwG (vgl. Art. 6 Abs. 4 VSB 08).

<sup>6</sup> Vgl. Kommentar zur Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken [VSB 16], Art. 39 VSB 16, S. 32.

<sup>7</sup> Vgl. Ziff. 1.5 oben.

zugrundeliegenden Verträge nicht versteht, dann muss sie sich entweder zusätzlich informieren und dokumentieren lassen, oder sie muss auf ihre Beteiligung an der Abwicklung des Geschäftes verzichten.<sup>8</sup>

## 2. Dokumentationspflichten

2.1. Die Sicherstellungspflicht (Art. 44 VSB 16; vgl. auch Ziff. 23 Ausführungsbestimmungen zu Art. 2 VSB bzw. Ziff. 36 Ausführungsbestimmungen zu Art. 3 VSB 08) verlangt, dass die Bank den Eingang der Dokumente bzw. deren Verfügbarkeit im System festhält. Die Bank muss nach der Praxis der Aufsichtskommission namentlich den Zeitpunkt des Eingangs dieser Dokumente aktenkundig machen. Die Sicherstellungspflicht verlangt jedoch grundsätzlich nicht, dass die Bank in ihren Akten auch festhält, wer ihr die betreffenden Dokumente überlassen hat.

2.2. Gemäss Art. 45 VSB 16 müssen grundsätzlich alle für die Identifizierung des Vertragspartners, die Feststellung der Kontrollinhaber und die Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten erforderlichen Dokumente vollständig und in gehöriger Form vorliegen, bevor ein Konto benützt werden darf. Fehlen lediglich einzelne Angaben und/oder Dokumente, so darf das Konto ausnahmsweise benützt werden, doch sind diese Angaben und/oder Dokumente so rasch wie möglich zu beschaffen. Spätestens nach 90 Tagen muss das Konto für alle Abgänge gesperrt werden, bis die Dokumente bei der Bank vollständig vorhanden sind.

Die von der Aufsichtskommission unter der VSB 08 entwickelte Praxis zur Dokumentationspflicht i.S.v. Ziff. 24 Ausführungsbestimmungen zu Art. 2 VSB 08 bzw. Ziff. 35 Abs. 2 VSB Ausführungsbestimmungen zu Art. 3 VSB 08<sup>9</sup> ist auch auf Art. 45 VSB 16 anwendbar. Denn auch Art. 45 VSB 16 setzt voraus, dass „*lediglich einzelne Angaben und/oder Dokumente*“ fehlen. Unter die Ausnahmeregelung von Art. 45 VSB 16 fallen somit nur Geschäftsbeziehungen, bei denen die Dokumentation nicht vollständig ist oder bei denen die vorhandenen Identifikationsdokumente mangelhaft sind. Sind hingegen überhaupt keine Identifikationsdokumente vorhanden, so fällt eine Berufung auf Art. 45 VSB 16 ausser Betracht.

---

<sup>8</sup> Vgl. Georg Friedli/Dominik Eichenberger, Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken für die Jahre 2011 bis 2016, Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht, SZW 5/2017, S. 691, r36.

<sup>9</sup> Vgl. dazu Georg Friedli/Dominik Eichenberger, Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken für die Jahre 2011 bis 2016, Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht, SZW 5/2017, S. 692, r41.

### 3. Bemessung der Konventionalstrafe

Bei der Bemessung der Konventionalstrafe ist gemäss Art. 64 Abs. 1 VSB 16 auch von anderen Instanzen in der gleichen Sache verhängten Massnahmen Rechnung zu tragen. Dabei stehen in erster Linie aufsichtsrechtliche Sanktionen der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA im Vordergrund. Bei der Einziehung eines unrechtmässigen Gewinnes durch die FINMA handelt es sich allerdings nicht um eine Massnahme mit Sanktionscharakter, welche bei der Bemessung der Konventionalstrafe zu berücksichtigen wäre. Die Gewinneinziehung stellt vielmehr ein verwaltungsrechtliches Instrument mit Ausgleichsfunktion dar, das eine Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes durch Gewinnabschöpfung bewirkt und damit zur Fairness unter den Finanzinstituten beiträgt. Die Einziehung hat daher primär ausgleichenden und nicht pönalen Charakter,<sup>10</sup> weshalb sie sich auf die Höhe der Konventionalstrafe nicht auswirkt.

Bern, Oktober 2018

Dominik Eichenberger, Rechtsanwalt

Sekretär der Aufsichtskommission VSB

X1283089.docx

---

<sup>10</sup> Vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-798/2012 vom 27. November 2013, E. 9.3.3 mit Verweis auf die Botschaft des Bundesrates zum Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht vom 1. Februar 2006, BBl 2006 2829 ff.