

AUFSICHTSKOMMISSION VSB

(Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken)

Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken

(1. Juli bis 31. Dezember 2019)

A. VORBEMERKUNGEN

Gemäss Art. 66 Abs. 5 VSB 20 orientiert die Aufsichtskommission – unter Wahrung des Bank- und Geschäftsgeheimnisses – die Banken und die Öffentlichkeit periodisch über ihre Entscheidungspraxis. Gestützt auf diese Bestimmung¹ 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 2016.²

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. Nachdem diese „Leading Cases“ zunächst noch in unterschiedlichen Abständen veröffentlicht wurden, publiziert die Aufsichtskommission seit dem Jahre 2017 regelmässig zweimal pro Jahr die Leading Cases des jeweils vorangegangenen Halbjahres.³ Mit der vorliegenden Orientierung informiert die Aufsichtskommission über die neuesten, in der Zeit vom 1. Juli bis 31. Dezember 2019 ergangenen „Leading Cases“.

¹ Bzw. gestützt auf die analogen Bestimmungen in den früheren Fassungen der VSB.

² 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.

³ Zuletzt wurden mit Zirkular Nr. 8003 der SBVg vom 25. September 2019 die in der Zeit vom 1. Januar bis 30. Juni 2019 ergangenen „Leading Cases“ der Aufsichtskommission bekannt gemacht.

B. DIE VSB 20

Die VSB wurde seit ihrem Inkrafttreten am 1. Juli 1977 mehrmals revidiert. Seit dem 1. Januar 2020 gilt die revidierte Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken vom 13. Juni 2018 (VSB 20).⁴

Die jüngste Revision der VSB ist auf das Ergebnis des Länderberichts der Financial Action Task Force on Money Laundering (FATF/GAFI) vom 7. Dezember 2016 zurückzuführen: Dies betrifft namentlich die Schwellenwerte bei Handels- und Kassageschäften von bisher CHF 25'000.00, die abgeschafft bzw. auf CHF 15'000.00 reduziert worden sind (Art. 4, Art. 20 und Art. 27 VSB 20). Zudem sind die Voraussetzungen, unter welchen fehlende Angaben oder Dokumente ausnahmsweise noch nachträglich beschafft werden können, verschärft worden. Einerseits ist die Frist für die Beschaffung von fehlenden Angaben und/oder Dokumenten von 90 auf 30 Tage reduziert worden (Art. 45 Abs. 4 VSB 20). Andererseits ist die Anwendung dieser Ausnahmebestimmungen von zusätzlichen Bedingungen abhängig gemacht worden⁵ (Art. 45 Abs. 3 VSB 20). Zusätzlich ist in der VSB 20 nun ausdrücklich die Video- und Online-Identifizierung ermöglicht worden, indem eine Identifizierung nach den Vorschriften des jeweils geltenden FINMA-Rundschreibens zur Video- und Online-Identifizierung als standesregelkonform erklärt wird (Art. 9 Abs. 2, Art. 10 Abs. 2, Art. 21 Abs. 5, Art. 28 Abs. 6 VSB 20). Weiter sind die Bestimmungen über das abgekürzte Verfahren vor der Aufsichtskommission aktualisiert worden (Art. 62 VSB 20).⁶ Schliesslich sind bei den Musterformularen im Anhang der VSB 20 (Formulare A, I, K, S, und T) Präzisierungen vorgenommen worden.

Die neuen Regeln der VSB 20 sind anzuwenden, wenn nach dem 1. Januar 2020 eine Geschäftsbeziehung neu aufgenommen wird oder wenn eine Wiederholung der Sorgfaltspflichten gemäss Artikel 46 erfolgt.⁷ Zudem werden mit dem Inkrafttreten der VSB 20 Verletzungen der früheren Fassungen der VSB nach den Verfahrens- und Verjährungsvorschriften der VSB 20 beurteilt.⁸

Die vorliegend publizierten Leading Cases aus der Periode vom 1. Juli bis 31. Dezember 2019 betreffen somit noch die VSB 16. Erste Leading Cases zur VSB 20 sind frühestens bei der nächsten Publikation über die im ersten Halbjahr 2020 (1. Januar bis 30. Juni 2020) ergangenen Entscheide zu erwarten. Soweit die bisherigen Vorschriften der VSB 16 durch

⁴ Vgl. Art. 69 Abs. 1 VSB 20.

⁵ Die VSB 20 verlangt, dass die Anwendung dieser Ausnahmebestimmung aufgrund einer risikobasierten Beurteilung als sachgerecht erscheint. Dabei ist insbesondere sicherzustellen, dass ausreichende Angaben zur Identität des Vertragspartners und zum wirtschaftlich Berechtigten bzw. Kontrollinhaber vorliegen (vgl. Art. 45 Abs. 3 VSB 20).

⁶ Dabei sind im Wesentlichen die bisher nur im Verfahrensreglement enthaltenen Bestimmungen in die VSB überführt worden (vgl. zum abgekürzten Verfahren im Übrigen Ziff. 4 unten).

⁷ Art. 70 Abs. 2 VSB 20.

⁸ Art. 70 Abs. 3 VSB 20.

die revidierte VSB 20 keine materiellen Änderungen erfahren haben, werden die nachstehenden Leading Cases auch unter der VSB 20 Geltung haben.

C. VERFAHRENSFRAGEN

1. Abgrenzung zwischen VSB und anderen Regelwerken (GwG, GwV-FINMA usw.)

1.1. Die Aufsichtskommission ist nur zuständig zur Abklärung und Ahndung von Verletzungen der Standesregeln,⁹ und nicht von Verstössen gegen Pflichten, welche in anderen Regelwerken (wie z.B. dem Strafgesetzbuch oder der Geldwäschereigesetzgebung) enthalten sind.¹⁰

1.2. Eine Bank hatte geltend gemacht, der Untersuchungsbeauftragte VSB habe zu Unrecht aus den von der Bank gestützt auf Art. 6 GwG getätigten Abklärungen auf eine Verletzung der Sorgfaltspflichten gemäss der VSB geschlossen. Die Aufsichtskommission wies diesen Einwand als unbegründet zurück.

Zwar trifft es zu, dass das GwG zusätzlich zu den für die Banken in der VSB umschriebenen Sorgfaltspflichten sog. besondere Sorgfaltspflichten vorsieht (vgl. Art. 6 GwG), welche verlangen, dass der Finanzintermediär bei ungewöhnlichen Transaktionen oder Geschäftsbeziehungen deren Hintergründe und Zweck abklären muss. Für die Abklärung von solchen besonderen Sorgfaltspflichten ist, wie die Bank grundsätzlich zu Recht geltend macht, der Untersuchungsbeauftragte VSB nicht zuständig (vgl. Art. 60 Abs. 2 VSB 16).¹⁰ Es ist aber ohne weiteres möglich, dass eine ungewöhnliche Transaktion oder eine ungewöhnliche Geschäftsbeziehung im Sinne der Geldwäschereigesetzgebung gleichzeitig auch eine ungewöhnliche Feststellung im Sinne der VSB darstellt und entsprechende Abklärungspflichten gemäss VSB auslöst.¹¹ Wenn, wie im vorliegenden Fall, über ein Konto mehr als 50 Bartransaktionen mit einem Volumen von mehr als CHF 1 Mio. getätigt wurden, so löste dies nicht nur Abklärungspflichten gemäss GwG aus, sondern auch Wiederholungspflichten gemäss Art. 6 VSB 08 bzw. Art. 46 VSB 16.

⁹ Vgl. Art. 61 Abs. 1 VSB 16. ¹⁰

Vgl. Art. 60 Abs. 2 VSB

16.

¹⁰ Vgl. auch Ziff. 1.1 oben.

¹¹ Vgl. Lit. C Ziff. 1 der durch die Schweizerische Bankiervereinigung auf deren Portal unter Topics, Rubrik VSB, publizierten Leading Cases der Aufsichtskommission für die Zeit vom 1. Januar 2019 bis am 30. Juni 2019.

2. Beweislast

Es ist im Rahmen eines VSB-Verfahrens Sache der Bank nachzuweisen, dass sie ihre Sorgfaltspflichten erfüllt hat.¹² Dies gilt erst recht, wenn sich die Bank auf eine Ausnahmebestimmung berufen will.¹³ Macht eine Bank geltend, es bestehe eine Ausnahme von einer Feststellungspflicht, dann hat sie deren Voraussetzungen abzuklären und im Rahmen der Sicherstellungspflicht¹⁴ zu dokumentieren.

3. Verbindlichkeit des Kommentars der Schweizerischen Bankiervereinigung/Rechtsnatur der Sorgfaltspflichten

Die Aufsichtskommission ist an den von der SBVg herausgegebenen Kommentar zur VSB nicht gebunden. Sie muss den Kommentar der SBVg zwar berücksichtigen. Die Aufsichtskommission entscheidet aber frei über die Auslegung der Standesregeln, wobei der Kommentar nur (aber immerhin) eines von mehreren Auslegungsmitteln ist.

Damit wies die Aufsichtskommission den Einwand einer Bank zurück, welche geltend gemacht hatte, bei der VSB handle es sich um einen Vertrag zwischen der SBVg und den unterzeichnenden Banken, weshalb bei der Anwendung der VSB die allgemeinen Regeln der Vertragsauslegung gelten würden, insbesondere das Prinzip der Auslegung nach Treu und Glauben, woraus folge, dass sich die Banken auf die von der SBVg im Kommentar publizierte Interpretation der VSB verlassen könnten und die Aufsichtskommission in ihren Entscheiden daher nicht zu Ungunsten der Bank vom Kommentar der SBVg abweichen dürfe.¹⁵

Entgegen der Auffassung der Bank sind die in der VSB umschriebenen Sorgfaltspflichten der Banken nicht privatrechtliche Schuldspflichten. Denn die VSB ist von der FINMA ausdrücklich als Mindeststandard für die Geschäftstätigkeit der Banken in der Schweiz anerkannt worden.¹⁶ Zusätzlich erklärt die Geldwäschereiverordnung FINMA die Bestimmungen der

¹² Georg Friedli, Lit. C Ziff. 1.6 des durch die Schweizerische Bankiervereinigung auf deren Webseite unter „Themen Regulierung und Compliance Geldwäschereibekämpfung Dokumente“ publizierten Tätigkeitsberichts 2001–2005. Bereits die damalige Schiedskommission VSB hatte in ihrem Tätigkeitsbericht der Jahre 1981–1983 festgehalten, dass die Banken für die Einhaltung der Sorgfaltspflichten beweispflichtig sind (vgl. Lorenz Meyer, Weitere drei Jahre Vereinbarung über die Sorgfaltspflicht der Banken [1981–1983], S. 14 f.). Dies gilt selbstverständlich auch mit Bezug auf die mit der VSB 16 neu eingeführte Pflicht zur Feststellung der Kontrollinhaber.

¹³ Im vorliegenden Fall hatte die Bank geltend gemacht, bei der Vertragspartnerin handle es sich um eine ausländische Behörde, weshalb gestützt auf Art. 23 VSB 16 auf die Feststellung der Kontrollinhaber verzichtet werden könne. Da aufgrund der von der Bank erhobenen Unterlagen aber nicht verlässlich beurteilt werden konnte, ob die Vertragspartnerin tatsächlich als Behörde i.S.v. Art. 23 VSB 16 zu qualifizieren war, stellte die Aufsichtskommission eine Verletzung der Sorgfaltspflichten fest.

¹⁴ Vgl. Art. 44 VSB 16.

¹⁵ Dass sich die Bank auf den Kommentar der SBVg verlassen hat, ist allerdings im Rahmen der Bemessung der Konventionalstrafe zu berücksichtigen (vgl. dazu Lit. E unten).

¹⁶ Vgl. das (allerdings per Anfang 2020 aufgehobene) FINMA-Rundschreiben 2008/10 „Selbstregulierung als Mindeststandard“. Die anerkannten und genehmigten Selbstregulierungen werden neu auf der

VSB zur Identifizierung des Vertragspartners sowie zur Feststellung der Kontrollinhaber und der wirtschaftlich Berechtigten auch im Rahmen der Geldwäschereibekämpfung als für die Banken verbindlich.¹⁷ Das Bundesgericht hat aus diesen Gründen bereits für die VSB 08 festgehalten, dass die Vorschriften von Art. 2 – 6 VSB 08 Verordnungscharakter haben.¹⁸ Bei den Vorschriften des 1. bis 7. Kapitels der VSB 16 handelt es sich daher nicht um Bestimmungen eines privatrechtlichen Vertrags, sondern vielmehr um verbindliche aufsichtsrechtliche Vorschriften.

Daraus folgt, dass für die Auslegung der VSB nicht auf die allgemeinen Regeln für die Auslegung von privatrechtlichen Verträgen abgestellt werden kann, weshalb die von der SBVg im Kommentar zur VSB 16 publizierte Interpretation der Standesregeln für die Auslegung der Vorschriften der VSB nicht verbindlich ist. Dass die Aufsichtskommission bei der Anwendung der VSB nicht an den Kommentar gebunden sein kann, ergibt sich sodann auch daraus, dass der Kommentar – dies im Gegensatz zur VSB 16 – von der FINMA nicht genehmigt und nicht als Mindeststandard anerkannt worden ist. Im Kommentar der SBVg selber wird denn auch festgehalten, dass der Kommentar zwar als Auslegungshilfe bei der Auslegung der Standesregeln zu berücksichtigen ist. Er ist jedoch ausdrücklich nicht Teil der VSB.¹⁹ Für die Interpretation der von der FINMA anerkannten und für verbindlich erklärten Vorschriften der VSB kann ein von der FINMA gerade nicht genehmigter Kommentar offensichtlich nicht verbindlich sein.

4. Abgekürztes Verfahren

Die Aufsichtskommission hatte in der Berichtsperiode erstmals einen Entscheid im abgekürzten Verfahren gemäss Art. 62 VSB 16 gefällt. Die mit der Durchführung des abgekürzten Verfahrens verbundenen Erwartungen, dass in einfach gelagerten Fällen rascher²⁰ und kostengünstiger²¹ ein Entscheid der Aufsichtskommission erwirkt werden kann, wurden dabei erfüllt: Der Entscheid der Aufsichtskommission erfolgte innert weniger als fünf Monaten nach der Eröffnung des Verfahrens, und die der Bank im Entscheid auferlegten Kosten waren deutlich tiefer als in vergleichbaren Fällen, in denen vor dem

Website der FINMA unter „Dokumentation Selbstregulierungen“ aufgeführt. Unter diesen befindet sich auch die VSB.

¹⁷ Art. 35 GwV-FINMA.

¹⁸ Urteil 6B_501/2009 vom 17. Januar 2011 E. 2.1.3 mit Verweis auf Ralph Wyss in: Thelesklaf/Wyss/Zollinger/van Thiel, GwG Kommentar, 2. Auflage, Zürich 2009, N 1-2 zu Art. 14 GwV FINMA.

¹⁹ Kommentar zur Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken [VSB 16], Art. 3, S. 6.

²⁰ Weil das Ermittlungsverfahren entfällt.

²¹ Weil die Kosten des Ermittlungsverfahrens sowie (vorbehältlich eines entsprechenden Antrags der Bank) die Kosten für die Entscheidungsbegründung entfallen.

Sanktionsverfahren vor der Aufsichtskommission ein Untersuchungsbeauftragter ein Ermittlungsverfahren durchgeführt hatte.

Der Entscheid der Aufsichtskommission im abgekürzten Verfahren wird – anders als im ordentlichen Sanktionsverfahren – nicht begründet. Die Aufsichtskommission stellt der Bank den Entscheid lediglich im Dispositiv zu. Die Bank hat aber die Möglichkeit, innert zehn Tagen nach Eröffnung des Entscheides bei der Aufsichtskommission eine schriftliche Begründung zu verlangen (Art. 62 Abs. 4 VSB 16).

Wenn die Aufsichtskommission (gestützt auf ein entsprechendes Begehren der Bank) ihren Entscheid nachträglich schriftlich begründen muss, erhöhen sich die von der Bank zu tragenden Verfahrenskosten um eine Gebühr für die Urteilsbegründung. Die Aufsichtskommission legt bereits im Dispositiv ihres Entscheides fest, um welchen Betrag sich die Verfahrenskosten erhöhen, falls die Bank eine schriftliche Begründung verlangt.

D. EINZELNE TATBESTÄNDE

1. Mass der Sorgfalt

Gemäss dem der VSB zu Grunde liegenden risikobasierten Ansatz²² ist das von der Bank aufzuwendende Mass der Sorgfalt von den konkreten Umständen der betreffenden Geschäftsbeziehung abhängig.²³ Wenn an einer Geschäftsbeziehung Personen beteiligt sind (sei es als Vertragspartner, als wirtschaftlich Berechtigte und/oder als Zeichnungsberechtigte), bei denen ein ernsthafter Verdacht besteht, dass sie an kriminellen Aktivitäten und insbesondere an Geldwäschereihandlungen beteiligt sind, dann hat die Bank folglich ein erhöhtes Mass an Sorgfalt an den Tag zu legen.

2. Pflicht zur Feststellung der Kontrollinhaber

Gesellschaften und Gemeinschaften, welche die Wahrung der Interessen ihrer Mitglieder oder ihrer Begünstigten in gemeinsamer Selbsthilfe bezwecken oder politische, religiöse, wissenschaftliche, künstlerische, gemeinnützige, gesellige oder ähnliche Zwecke verfolgen, haben gemäss Art. 25 Abs. 1 VSB 16 keine Erklärung über die Kontrollinhaber abzugeben, solange sie ausschliesslich die genannten Zwecke verfolgen und keinen erkennbaren Bezug zu Ländern mit erhöhten Risiken aufweisen.

Art. 25 Abs. 1 VSB 16 spricht nur von „Gesellschaften und Gemeinschaften“, weshalb Stiftungen und Vereine, welche (jedenfalls nach schweizerischem Recht) zwar als juristische Person zu qualifizieren sind, nicht aber als Gesellschaft oder Gemeinschaft, vom Wortlaut

²² Vgl. Kommentar zur Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken [VSB 08], S. 22.

²³ Vgl. Lit. C Ziff. 1 der Leading Cases vom 1. Juli – 31. Dezember 2018.

von Art. 25 Abs. 1 VSB nicht erfasst sind. Es gibt jedoch weder die geringsten Anhaltspunkte dafür noch wäre es sinnvoll, die Begriffe „Gesellschaften und Gemeinschaften“ im Sinne von Art. 25 Abs. 1 VSB 16 anders zu verstehen als die in Art. 20 Abs. 1 VSB 16 verwendete Bezeichnung „juristische Personen und Personengesellschaften“. Es würde, insbesondere auch unter Beachtung des Art. 25 Abs. 1 VSB 16 zu Grunde liegenden risikobasierten Ansatzes²⁴, wenig Sinn ergeben, wenn bei gemeinnützigen juristischen Personen in der Rechtsform einer Gesellschaft (d.h. sogar bei Aktiengesellschaften) Ausnahmen von der Pflicht zur Feststellung der Kontrollinhaber bestehen, nicht aber bei gemeinnützigen juristischen Personen, welche nicht als Gesellschaft zu qualifizieren sind, wie beispielsweise bei Stiftungen oder Vereinen. Dies würde Sinn und Zweck von Art. 25 Abs. 1 VSB widersprechen. Art. 25 Abs. 1 VSB 16 ist vielmehr dahingehend zu verstehen, dass sich die Banken bei sämtlichen operativ tätigen juristischen Personen und Personalgesellschaften, für welche gemäss Art. 20 VSB 16 grundsätzlich eine Pflicht zur Feststellung der Kontrollinhaber besteht, *unabhängig von deren Rechtsform* auf die Ausnahmeregelung von Art. 25 Abs. 1 VSB 16 berufen und auf eine Feststellung der Kontrollinhaber verzichten können, sofern diese ausschliesslich einen ideellen bzw. gemeinnützigen Zweck verfolgen (und keinen Bezug zu einem Land mit erhöhten Risiken aufweisen).²⁵

3. Pflicht zur Feststellung der wirtschaftlichen Berechtigung

Gemäss Art. 39 Abs. 4 lit. a VSB 16 müssen Sitzgesellschaften, welche die Wahrung der Interessen ihrer Mitglieder oder ihrer Begünstigten in gemeinsamer Selbsthilfe bezwecken oder politische, religiöse, wissenschaftliche, künstlerische, gemeinnützige, gesellige oder ähnliche Zwecke verfolgen, keine Erklärung über die wirtschaftliche Berechtigung abgeben, solange sie ausschliesslich die genannten Zwecke verfolgen.

Gemäss den analogen Ausnahmebestimmungen von Art. 25 Abs. 1 VSB 16 (gültig für die Feststellung der Kontrollinhaber bei gemeinnützigen Gesellschaften und Gemeinschaften)²⁶ und von Art. 34 Abs. 2 VSB 16 (gültig für die Feststellung der wirtschaftlichen Berechtigung bei gemeinnützigen einfachen Gesellschaften mit mehr als vier Gesellschaftern) entfällt eine Feststellungspflicht, solange die Vertragspartnerin ausschliesslich die genannten Zwecke verfolgt und keinen erkennbaren Bezug zu Ländern mit erhöhten Risiken aufweist. Der

²⁴ Vgl. dazu Kommentar zur Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken [VSB 16], Art. 25.

²⁵ Dass die Standesregeln in Art. 25 VSB 16 („Gesellschaften und Gemeinschaften“) und in Art. 20 VSB 16 („juristische Personen und Personengesellschaften“) nicht die exakt gleichen Begriffe verwenden, ist nach Ansicht der Aufsichtskommission auf ein redaktionelles Versehen zurückzuführen, und nicht das Ergebnis einer bewussten Unterscheidung. Art. 25 Abs. 1 VSB 16 ist daher insbesondere auch auf Stiftungen und Vereine anwendbar (so explizit auch Heim, Praxiskommentar zur Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2016, Anmerkung 7 zu Art. 25 Abs. 1 VSB 16), zumal jedenfalls in der italienischen und in der englischen Version von Art. 25 VSB 16 (und damit anders als in der deutschen und in der französischen Fassung) beispielsweise auch die Vereine („*associazioni*“ bzw. „*associations*“) ausdrücklich genannt werden.

²⁶ Vgl. dazu auch Ziff. 2 oben.

Wortlaut von Art. 39 Abs. 4 lit. a VSB 16 verlangt hingegen nicht, dass die Vertragspartnerin keinen Bezug zu Ländern mit erhöhten Risiken aufweist. Dabei muss es sich jedoch um ein redaktionelles Versehen handeln. Denn es gibt keinen ersichtlichen Grund, die Befreiung von der Feststellungspflicht bei gemeinnützigen Organisationen von unterschiedlichen Bedingungen abhängig zu machen, je nachdem ob es sich dabei um eine Sitzgesellschaft handelt oder nicht. Der gemäss Art. 25 Abs. 1 VSB 16 und Art. 34 Abs. 2 VSB 16 verlangte fehlende Bezug zu einem Risikoland gilt daher auch bei der Anwendung von Art. 39 Abs. 4 lit. a VSB 16.²⁷

Somit kann auch bei Sitzgesellschaften, welche im Sinne von Art. 39 Abs. 4 lit. a VSB 16 die Wahrung der Interessen ihrer Mitglieder oder ihrer Begünstigten in gemeinsamer Selbsthilfe bezwecken oder politische, religiöse, wissenschaftliche, künstlerische, gemeinnützige, gesellige oder ähnliche Zwecke verfolgen, nur dann auf die Feststellung der wirtschaftlichen Berechtigung verzichtet werden, wenn sie keinen Bezug zu einem Land mit erhöhten Risiken aufweisen.

4. Feststellungspflichten im Zusammenhang mit Stiftungen

Die Aufsichtskommission hatte zu prüfen, ob die Bank im Rahmen der Aufnahme der Geschäftsbeziehung mit einer nicht operativ tätigen, gemeinnützigen Stiftung mit einem Bezug zu einem Land, das gemäss Länderliste der Bank als Risikoland gilt, ihre Sorgfaltspflichten im Zusammenhang mit der Feststellung der Kontrollinhaber und/oder der Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten verletzt hatte. Zu diesem Zweck waren die Vorschriften der VSB 16 über die Feststellung der Kontrollinhaber und die Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten voneinander abzugrenzen.

Mit Bezug auf die *Feststellung der Kontrollinhaber* hielt die Aufsichtskommission fest, dass die Banken verpflichtet sind, bei operativ tätigen juristischen Personen oder Personengesellschaften die Kontrollinhaber festzustellen (vgl. Art. 20 Abs. 1 VSB 16), sofern keine der im zweiten Abschnitt des dritten Kapitels der VSB 16 (Art. 22–26 VSB 16) geregelten Ausnahmen von der Feststellungspflicht zur Anwendung kommt. Die Vorschriften des dritten Kapitels der VSB 16 über die Feststellung der Kontrollinhaber (Art. 20–26 VSB 16) enthalten keine Sondervorschriften für Stiftungen. Ob, und wenn ja, in welcher Form bei einer Stiftung die Kontrollinhaber festgestellt werden müssen, beurteilt sich daher nach den allgemeinen Regeln von Art. 20 ff. VSB 16.

²⁷ In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass sogar bei den mit der VSB 16 neu geschaffenen Bestimmungen von Art. 25 Abs. 1 VSB 16 und Art. 34 Abs. 2 VSB 16 der Wortlaut nicht identisch ist. So spricht Art. 25 Abs. 1 VSB 16 von Gesellschaften und Gemeinschaften, welche „keinen erkennbaren Bezug zu Ländern mit erhöhten Risiken aufweisen“. Bei Art. 34 Abs. 2 VSB 16 fehlt demgegenüber das Wort „erkennbar“. Es ist aber unbestritten, dass zwischen Art. 25 Abs. 1 VSB 16 und Art. 34 Abs. 2 VSB 16 materiell keine Differenz besteht (vgl. Kommentar zur Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken [VSB 16], Art. 34, S. 28). Mit Bezug auf den unterschiedlichen Wortlaut von Art. 39 Abs. 4 lit. a VSB 16 kann nichts Anderes gelten.

Mit Bezug auf die *Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten* stellte die Aufsichtskommission fest, dass das vierte Kapitel der VSB 16 (Art. 27–42 VSB 16) mit Art. 40 VSB 16 zwar eine Sondervorschrift über Stiftungen enthält. Art. 40 VSB 16 enthält jedoch, dies im Unterschied zu mehreren anderen Bestimmungen des dritten Abschnitts des vierten Kapitels der VSB 16²⁸, keine Ausnahmeregelung. Vielmehr sieht Art. 40 VSB 16 ohne jegliche Ausnahme vor, dass die Banken vom Vertragspartner, d.h. von der Stiftung, mittels Formular S (oder einer gleichwertigen schriftlichen Erklärung) die erforderlichen Angaben einholen müssen. Art. 40 VSB 16 enthält keine Ausnahmeregelung, wonach in bestimmten Fällen, insbesondere je nach Zweck und/oder Tätigkeit der Stiftung, auf das Einholen eines Formulars S verzichtet werden könnte.

Gemäss dem von der SBVg verfassten Kommentar zur VSB 16 sollen die Banken bei einer Stiftung allerdings dann auf die Feststellung der wirtschaftlichen Berechtigung und auf das Einholen eines Formulars S verzichten können, wenn die Stiftung ausschliesslich einen ideellen Zweck im Sinne von Art. 39 Abs. 4 lit. a VSB 16 verfolgt.²⁹ Art. 39 Abs. 4 lit. a VSB 16 soll mit anderen Worten analog auch auf Stiftungen³⁰ angewendet werden.

Die Aufsichtskommission kam unter Berücksichtigung von systematischen und historischen Auslegungselementen zum Schluss, dass keine triftigen Gründe dafür bestehen, vom klaren Wortlaut von Art. 40 VSB 16 (welcher keine Ausnahme von der Feststellungspflicht bei gemeinnützigen Stiftungen vorsieht) abzuweichen und die für Sitzgesellschaften vorgesehene Ausnahmeregelung von Art. 39 Abs. 4 lit. a VSB 16 (analog) auch auf Stiftungen anzuwenden. Die Banken haben somit auch dann ein Formular S einzuholen, wenn es sich bei der Vertragspartnerin um eine Stiftung mit einem ideellen Zweck im Sinne von Art. 39 Abs. 4 lit. a VSB 16 handelt.³¹

²⁸ Bei mehreren der im dritten Abschnitt des vierten Kapitels der VSB 16 geregelten besonderen Konstrukte gibt es Ausnahmen von der Feststellungspflicht, beispielsweise bei Sammelkonten von operativ tätigen Gesellschaften, über welche Transaktionen im Zusammenhang mit berufsmässigen Dienstleistungen abgewickelt werden (Art. 37 Abs. 2 VSB 16), bei kollektiven Anlageformen und Beteiligungsgesellschaften mit mehr als 20 Investoren, wenn die kollektive Anlageform oder Beteiligungsgesellschaft einer angemessenen Aufsicht und Regelung in Bezug auf die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung untersteht (Art. 38 Abs. 2 VSB 16), bei börsenkotierten kollektiven Anlageformen und Beteiligungsgesellschaften (Art. 38 Abs. 4 VSB 16), bei börsenkotierten Sitzgesellschaften (Art. 39 Abs. 5 VSB 16) oder bei Sitzgesellschaften, welche ausschliesslich die Wahrung der Interessen ihrer Mitglieder oder ihrer Begünstigten in gemeinsamer Selbsthilfe bezwecken oder ausschliesslich politische, religiöse, wissenschaftliche, künstlerische, gemeinnützige, gesellige oder ähnliche Zwecke verfolgen (Art. 39 Abs. 4 lit. a VSB 16; vgl. dazu auch Ziff. 3 oben).

²⁹ Kommentar zur Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken [VSB 16], S. 33; dasselbe gilt gemäss dem Kommentar auch bei Trusts mit ausschliesslich ideellem Zweck.

³⁰ Und Trusts.

³¹ Der Umstand, dass die Bank gestützt auf den Kommentar zu Art. 40/41 [VSB 16] davon ausging, dass bei gemeinnützigen Stiftungen auf die Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten verzichtet werden könne und ein Formular S nicht beigebracht werden müsse, hatte allerdings zur Folge, dass der Bank bzw. deren Mitarbeitenden in diesem Zusammenhang subjektiv kein Verschulden vorgeworfen werden

5. Wiederholungspflichten

Nach der Praxis der Aufsichtskommission sind die Banken verpflichtet, das Verfahren zur Identifizierung des Vertragspartners und das Verfahren zur Feststellung der wirtschaftlichen Berechtigung³² zu wiederholen, wenn der Vertragspartner der Bank fusioniert hat. Dies gilt jedenfalls dann, wenn – wie im vorliegenden Fall – im Rahmen der Fusion der bisherige Kunde der Bank übernommen wird, so dass die Bankbeziehung infolge Fusion auf einen neuen Vertragspartner übergeht.³³

Wenn die Bank vom Vertragspartner die Erklärung erhält, dass sich durch die Fusion an der wirtschaftlichen Berechtigung nichts ändere, so hat sie mit der gebotenen Sorgfalt abzuklären, ob sie gestützt auf diese Erklärung davon ausgehen darf, dass die ursprünglich abgegebene Erklärung über die wirtschaftliche Berechtigung nach wie vor zutrifft. Ist dies nicht der Fall, hat die Bank das Verfahren zur Feststellung der wirtschaftlichen Berechtigung zu wiederholen und von ihrer (neuen) Vertragspartnerin eine neue Erklärung über die wirtschaftliche Berechtigung zu verlangen.³⁴

konnte, weshalb der Bank für diese (objektive) Verletzung von Art. 40 VSB 16 keine Konventionalstrafe auferlegt wurde (vgl. auch lit. E unten).

³² Seit der VSB 16 ist in diesen Fällen selbstverständlich auch das Verfahren zur Feststellung der Kontrollinhaber zu wieder- holen.

³³ Georg Friedli, Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken 2001–2005, SZW 2005, S. 254

³⁴ Im vorliegenden Fall handelte es sich bei der Vertragspartnerin um eine Versicherungsgesellschaft, die mit ihrer Muttergesellschaft fusioniert hatte. Die bei der Bank angelegten Vermögenswerte standen in Verbindung zu einer bestimmten Versicherungspolice, weshalb die Vertragspartnerin mit Formular I den betroffenen Versicherungsnehmer und Prämienzahler als wirtschaftlich Berechtigten bezeichnet hatte. Da keine Gründe ersichtlich waren, weshalb sich durch die Fusion der Versicherungsgesellschaft und Kontoinhaberin an der wirtschaftlichen Berechtigung des Versicherungsnehmers und Prämienzahlers etwas geändert haben sollte, durfte die Bank darauf verzichten, von ihrer (neuen) Vertragspartnerin eine neue Erklärung über die wirtschaftliche Berechtigung zu verlangen (zumal die Vertragspartnerin gegenüber der Bank noch ausdrücklich bestätigt hatte, dass sich durch die Fusion an der wirtschaftlichen Berechtigung nichts ändere).

E. BEMESSUNG DER KONVENTIONALSTRAFE

1.1. Eine Bank hatte bei der Kontoeröffnung zu Gunsten einer gemeinnützigen Stiftung die Pflicht zur Erhebung eines Formulars S verletzt.³⁵ Die verantwortliche Kundenberaterin hatte sich dabei vorgängig bei der Compliance-Abteilung der Bank danach erkundigt, ob in diesem Fall ein Formular S erhoben werden müsse. Die zuständige Spezialistin der Compliance-Abteilung teilte der Kundenberaterin daraufhin mit, dass bei gemeinnützigen Stiftungen auf ein Formular S verzichtet werden könne, wobei sie sich ausdrücklich auf den Kommentar der SBVg zu Art. 40/41 VSB 16 stützte. Der Bank bzw. deren Mitarbeitenden konnte daher im Zusammenhang mit dieser Standesregelverletzung subjektiv kein Verschulden vorgeworfen werden, weshalb sie für diese Verletzung der Pflicht zur Feststellung der wirtschaftlichen Berechtigung nicht sanktioniert wurde.

Inskünftig (d.h. nach der Publikation des Entscheids der Aufsichtskommission, dass auch bei Stiftungen mit gemeinnützigem Zweck ein Formular S verlangt werden muss)³⁶ werden sich die Banken aber nicht mehr auf den Kommentar der SBVg berufen können. Denn es gehört zu den Sorgfaltspflichten einer Bank, sich über die publizierte Praxis der Aufsichtskommission auf dem Laufenden zu halten und dafür zu sorgen, dass sie sich nicht in Widerspruch zu dieser Praxis setzt.³⁷ Entsprechende Standesregelverletzungen, welche nach der Publikation der vorliegenden Leading Cases erfolgen, werden daher sanktioniert werden, da sich die Banken in Zukunft nicht mehr in subjektiver Hinsicht auf ein fehlendes Verschulden berufen können.

1.2. Die Aufsichtskommission hat im Zusammenhang mit einer ungewöhnlichen, von der Bank nicht abgeklärten Überweisung in sechsstelliger Höhe vom Geschäftskonto einer juristischen Person auf das private Konto einer natürlichen Person bei beiden Geschäftsbeziehungen eine Standesregelverletzung festgestellt. Dabei hat die Aufsichtskommission den Einwand der Bank, es handle sich um eine sogenannte „Doublette“, die bei der Bemessung der Konventionalstrafe nur einmal berücksichtigt werden dürfe, zurückgewiesen: Wenn eine ungewöhnliche Transaktion sowohl beim Zahlungsausgang (auf dem Belastungskonto) als auch beim Zahlungseingang (auf dem Empfängerkonto) Zweifel an der wirtschaftlichen Berechtigung auslöst, dann hat die Bank gemäss den Standesregeln bei beiden Geschäftsbeziehungen (beim Auftraggeber wie auch beim Empfänger der Zahlung) das Verfahren zur Feststellung der wirtschaftlichen Berechtigung zu wiederholen.

³⁵ Es handelt sich um den in Lit. D Ziff. 4 oben geschilderten Fall.

³⁶ Vgl. Lit. D Ziff. 4 oben.

³⁷ Lit. B Ziff. 4 der Leading Cases vom Oktober 2008.

Tut sie dies nicht (oder nur mangelhaft), dann hat sie konsequenterweise auch bei beiden Geschäftsbeziehungen eine VSB-Verletzung begangen.

1.3. Eine Bank hatte eine Reduktion der Konventionalstrafe geltend gemacht, da die zu sanktionierenden Standesregeln bereits längere Zeit zurückliegen, auch wenn sie noch nicht verjährt sind. Die VSB sieht jedoch keine Strafmilderung vor für den Fall, dass seit den Standesregelverletzungen verhältnismässig lange Zeit verstrichen ist.³⁸

1.4. Für die Bestimmung der Höhe der Konventionalstrafe ist grundsätzlich auf die aktuelle Vermögenslage der Bank im Zeitpunkt des Entscheids der Aufsichtskommission abzustellen.³⁹ Anders ist dies jedoch, wenn die Bank, welche die Standesregelverletzung begangen hat, noch vor dem Entscheid der Aufsichtskommission mit einer anderen Bank fusioniert hat. Diesfalls ist nicht auf die aktuellen Vermögensverhältnisse der (fusionierten) Bank abzustellen, sondern vielmehr auf die damalige Vermögenslage der früheren Bank vor der Fusion.⁴⁰

Bern, Februar 2020

Dominik Eichenberger, Rechtsanwalt

Sekretär der Aufsichtskommission VSB

X1424628.docx

³⁸ Die Verjährungsfrist der VSB ist mit fünf Jahren (vgl. Art. 65 VSB 16) ohnehin relativ kurz (vgl. zur Verjährung von Standesregelverletzungen im Übrigen ausführlich Dominik Eichenberger, Die Verjährungsregelung der VSB 16, in: Schweizerische Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht sowie Umstrukturierungen, GesKR, 4/2017, S. 441 ff.).

³⁹ Vgl. Georg Friedli/Dominik Eichenberger, Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken für die Jahre 2011 bis 2016, SZW 5/2017, S. 700, r75.

⁴⁰ Lit. A Ziff. 3 des Tätigkeitsberichts der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken 1990-1992.