Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken

(1. Juli bis 31. Dezember 2020)

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 Bestimmung[1] veröffentlicht 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, auch der Öffentlichkeit zugänglichen Tätigkeitsberichten die Banken 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 2020 ergangenen „Leading Cases".

Nachdem die Aufsichtskommission aufgrund der Covid-19-Pandemie („Corona-Krise") im ersten Halbjahr 2020 lediglich eine einzige Sitzung durchführen konnte, hat sich die Sitzungstätigkeit der Aufsichtskommission im zweiten Halbjahr 2020 wieder normalisiert.

---

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 mit Zirkular Nr. 7933 der Schweizerischen Bankiervereinigung (SBVg) vom 5. Juli 2017 auf dem Portal der SBVg publiziert (abrufbar unter www.swissbanking.org → Themen → Regulierung und Compliance → Geldwäschereibekämpfung) sowie in der Schweizerischen Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht, SZW, 5/2017, S. 676 ff., veröffentlicht.

3 Zuletzt wurden mit Zirkular Nr. 8041 der SBVg vom 28. Oktober 2020 die in der Zeit vom 1. Januar bis 30. Juni 2020 ergangenen „Leading Cases" der Aufsichtskommission bekannt gemacht (abrufbar unter www.swissbanking.org → Themen → Regulierung und Compliance → Geldwäschereibekämpfung).

B. VERFAHRENSFRAGEN

1. Ausstand

1.1. Obschon weder die VSB noch das Untersuchungsreglement vom 16. Dezember 2019 Vorschriften über den Ausstand enthalten, steht ausser Frage, dass auch in den von den Untersuchungsbeauftragten geführten Ermittlungsverfahren i.S.v. Art. 60 VSB 20 ein Ausstandsanspruch besteht.[4] Dabei sind sinngemäss die Ausstandsregeln von Art. 10 VwVG anwendbar.

1.2. Analog zu der Zuständigkeitsregelung in Art. 3 Abs. 3 des Untersuchungsreglements (wonach der Präsident der Aufsichtskommission zuständig ist, über umstrittene Ermittlungen des Untersuchungsbeauftragten zu entscheiden) und Art. 7 Abs. 2 des Untersuchungsreglements (wonach der Präsident der Aufsichtskommission zuständig ist, im Falle der Nichteinigung über die Koordination unter den Untersuchungsbeauftragten zu entscheiden) ist der Präsident der Aufsichtskommission zuständig, über ein gegen einen Untersuchungsbeauftragten gerichtetes Ausstands- bzw. Ablehnungsbegehren zu entscheiden.[5]

2. Einleitung des Ermittlungsverfahrens

2.1. Gemäss Art. 4 Abs. 1 des Untersuchungsreglements sind die Untersuchungsbeauftragten befugt, aufgrund eigener Feststellungen, einer Anzeige der Prüfgesellschaft, der FINMA oder einer anderen inländischen Behörde, einer Selbstanzeige einer Bank oder gestützt auf Berichte in den Medien ein Ermittlungsverfahren zu eröffnen. Zwar kann auch die Aufsichtskommission die Eröffnung einer VSB-Untersuchung beschliessen und anschliessend einen Untersuchungsbeauftragten mit der Durchführung der Ermittlungen beauftragen. In der Praxis sind es in aller Regel aber die Untersuchungsbeauftragten, welche (beispielsweise gestützt auf eine Selbstanzeige einer Bank) ein Ermittlungsverfahren eröffnen.[6]

Der Einwand einer Bank, die Eröffnung eines Ermittlungsverfahrens sei für unrechtmässig zu erklären, da der Untersuchungsbeauftragte aus eigener Initiative, und nicht gestützt auf einen Auftrag der Aufsichtskommission

---

4 Für das Sanktionsverfahren vor der Aufsichtskommission ergibt sich dies aus Art. 10 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG; SR 172.021), das gemäss Art. 2 Abs. 2 des Verfahrensreglements vom 14. März 2019 subsidiär auf das Verfahren vor der Aufsichtskommission anwendbar ist.

5 Ist der Ausstand eines Mitglieds der Aufsichtskommission streitig, so entscheidet darüber in sinngemässer Anwendung von Art. 10 Abs. 2 VwVG die Aufsichtskommission unter Ausschluss des betroffenen Mitglieds.

6 Die Untersuchungsbeauftragten haben die Aufsichtskommission über die auf eigene Initiative erfolgte Eröffnung eines Untersuchungsverfahrens zu informieren (vgl. Art. 5 Abs. 1 des Untersuchungsreglements).

eine Untersuchung gegen die Bank eingeleitet habe,[7] wurde vom Präsidenten der Aufsichtskommission als unbegründet zurückgewiesen.[8] Aus dem Wortlaut von Art. 60 Abs. 1 VSB 20, wonach der Untersuchungsbeauftragte „*im Auftrag der Aufsichtskommission*" die nötigen Ermittlungen durchführt, folgt nicht etwa, dass die Eröffnung eines Ermittlungsverfahrens durch den Untersuchungsbeauftragten zwingend einen entsprechenden Auftrag der Aufsichtskommission erfordert. Art. 60 Abs. 1 VSB 20 ist vielmehr dahingehend zu verstehen, dass der Untersuchungsbeauftragte für bzw. zuhanden der Aufsichtskommission die erforderlichen Erhebungen tätigt und Beweise sammelt, um der Aufsichtskommission – welche gemäss Art. 61 Abs. 1 VSB 20 für die Abklärung und Ahndung von Standesregelverletzungen zuständig ist – einen begründeten Entscheid darüber zu ermöglichen, ob die Bank die VSB verletzt hat oder nicht.[9] Aus Art. 60 Abs. 1 VSB 20 kann daher nicht abgeleitet werden, dass zuerst die Aufsichtskommission förmlich die Eröffnung eines Ermittlungsverfahrens beschliessen müsste, bevor der Untersuchungsbeauftragte die nötigen Ermittlungen durchführen kann. Die eigenverantwortliche, unabhängig von der Aufsichtskommission erfolgte Eröffnung eines Ermittlungsverfahrens durch den Untersuchungsbeauftragten, wie es der langjährigen Praxis entspricht und in Art. 4 Abs. 1 des von der SBVg erlassenen Untersuchungsreglements ausdrücklich vorgesehen ist, ist daher nicht zu beanstanden.

3. Abgekürztes Verfahren

Obschon die Aufsichtskommission das mit der VSB 16 neu geschaffene Institut des abgekürzten Verfahrens gemäss Art. 62 VSB 16 sehr begrüsst,[10] hat die Aufsichtskommission bisher nur wenige Entscheide im abgekürzten Verfahren gefällt. Der Grund war in vielen Fällen, dass die Bank und/oder die Prüfgesellschaft[11] die Voraussetzungen des abgekürzten Verfahrens verkannt hatten und der Antrag auf Durchführung des abgekürzten Verfahrens daher nicht ausreichend begründet bzw. dokumentiert war.

---

7 Im konkreten Fall hatte der Untersuchungsbeauftragte gestützt auf eine Medienmitteilung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA, wonach in einem gegen die Bank geführten Enforcementverfahren festgestellt wurde, dass die Bank bei verschiedenen Kundenbeziehungen die Kunden und wirtschaftlich Berechtigten ungenügend identifiziert hatte, eine VSB-Untersuchung gegen die Bank eröffnet.

8 Gestützt auf Art. 3 Abs. 3 des Untersuchungsreglements ist der Präsident der Aufsichtskommission zuständig, über die Zulässigkeit der Eröffnung eines Ermittlungsverfahrens zu entscheiden (vgl. auch Georg Friedli/Dominik Eichenberger, Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken 2005 - 2010, SZW 1/2011, S. 50).

9 Die englische Fassung von Art. 60 Abs. 1 VSB 20, wonach der Untersuchungsbeauftragte „on behalf of the supervisory board" die nötigen Ermittlungen durchführt, bringt dies besser zum Ausdruck.

10 Vgl. zu den Vorteilen des abgekürzten Verfahrens Leading Cases der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken für die Zeit vom 1. Juli 2019 bis am 31. Dezember 2019, Bst. C, Ziff. 4, abrufbar unter www.swissbanking.org → Themen → Regulierung und Compliance → Geldwäschereibekämpfung.

11 Dem Antrag auf Durchführung des abgekürzten Verfahrens ist gemäss Art. 62 Abs. 1 VSB 16 bzw. Art. 62 Abs. 2 VSB 20 ein Bericht einer Prüfgesellschaft beizulegen.

Gemäss Art. 62 Abs. 1 und 2 VSB setzt die Durchführung des abgekürzten Verfahrens (kumulativ) voraus, dass es sich einerseits um einen „einfach gelagerten Fall“[12] handelt und dass die Bank mit ihrer Selbstanzeige andererseits die vollständigen Akten sowie einen Prüfbericht einer Prüfgesellschaft einreicht, der sowohl den massgeblichen Sachverhalt schildert als auch die betroffenen Vorschriften der Standesregeln nennt. Der Präsident der Aufsichtskommission sah sich in einem von ihm zu beurteilenden Fall[13] veranlasst, einige grundsätzliche Ausführungen zu den Anforderungen an den Prüfbericht der Prüfgesellschaft zu machen. Er hielt dabei unter anderem Folgendes fest:

„Wird ein abgekürztes Verfahren durchgeführt, so entscheidet die Aufsichtskommission direkt über die angemessene Konventionalstrafe in Anwendung von Art. 64 VSB 20 und / oder sie stellt das Verfahren ganz oder teilweise ein. Das Ermittlungsverfahren durch einen Untersuchungsbeauftragten entfällt somit im abgekürzten Verfahren (vgl. auch Kommentar zu Art. 62 VSB 20).

Im abgekürzten Verfahren tritt demnach der Prüfbericht der Prüfgesellschaft an die Stelle des im ordentlichen Verfahren vom Untersuchungsbeauftragten gestützt auf Art. 60 Abs. 1 VSB i.V.m. Art. 6 des Untersuchungsreglements vom 14. März 2019 zu erstellenden Ermittlungsberichts/Antrags. Im Prüfbericht der Prüfgesellschaft ist der massgebliche Sachverhalt so darzustellen, dass die Aufsichtskommission in der Lage ist, aufgrund der im Prüfbericht dargelegten Fakten entscheiden zu können (vgl. Kommentar zu Art. 62 VSB 20). […] Neben der möglichst genauen Umschreibung des Sachverhalts hat der Prüfbericht auch die betroffenen Vorschriften der Standesregeln zu nennen (vgl. Art. 62 Abs. 2 VSB 20). Im Prüfbericht ist somit auch anzugeben, welche VSB-Bestimmungen mit den zur Anzeige gebrachten Sachverhalten erfüllt worden sein sollen. Die Prüfgesellschaft hat entsprechend die ihrer Auffassung nach mit dem dargestellten Sachverhalt erfüllten Tatbestände der VSB unter Angabe der anwendbaren Bestimmungen der Standesregeln genau aufzuführen.“

Die Durchführung des abgekürzten Verfahrens setzt somit einen Prüfbericht einer Prüfgesellschaft voraus, der sowohl den massgeblichen Sachverhalt als auch die betroffenen Vorschriften der Standesregeln dergestalt beschreibt, dass die Aufsichtskommission gestützt darauf, ohne weitere Sachverhaltsabklärungen, in die Lage versetzt wird, einen begründeten Entscheid darüber zu fällen, ob die Bank in den zur (Selbst-)Anzeige gebrachten Fällen die Standesregeln verletzt hat oder nicht.

4. Bagatellfälle

Die Aufsichtskommission hatte entschieden, dass seit dem Inkrafttreten der VSB 20 per 1. Januar 2020 gestützt auf die Übergangsbestimmung von Art. 70 Abs. 3 VSB 20 Verstösse gegen die früheren Versionen der VSB materiell weiterhin nach den Bestimmungen der damals anwendbaren Standesregeln, aber in Anwendung der (neuen) Prüf- und Verfahrensvorschriften von Art. 58 - 68 VSB 20 beurteilt und gegebenenfalls sanktioniert

---

12 Franz.: „*dans les cas simples*“; ital.: „*nei casi che presentano una configurazione semplice*“; engl.: „*for simple cases*“.

13 Zuständig für den Entscheid über das abgekürzte Verfahren ist in erster Instanz der Präsident der Aufsichtskommission (Art. 9 Abs. 3 des Verfahrensreglements). Ist die Bank mit dem Entscheid des Präsidenten nicht einverstanden, so entscheidet die Aufsichtskommission endgültig über die Durchführung des abgekürzten Verfahrens (Art. 62 Abs. 2 VSB 16 i.V.m. Art. 9 Abs. 3 des Verfahrensreglements).

werden.[14] In einem jüngeren Entscheid hat die Aufsichtskommission diesen Entscheid teilweise revidiert und präzisiert, dass die Bagatellfallregelung gemäss Art. 63 VSB 20 nicht zu den Verfahrensbestimmungen im Sinne von Art. 70 Abs. 3 VSB gehört.[15] Für die Beurteilung, ob eine Verletzung einer früheren Fassung der VSB als Bagatellfall zu qualifizieren ist, ist somit nicht die Definition von Art. 63 VSB 20 massgeblich, sondern vielmehr die damals gültige Definition des Bagatellfalls.[16]

5. Übergangsrecht

Wenn die Bank Zweifel hat, ob die Kontrollinhaber nach wie vor dieselben sind, und diese Zweifel nicht durch entsprechende Abklärungen ausgeräumt werden konnten, dann hat sie gemäss Art. 46 Abs. 1 lit. b VSB 16 die Feststellung der Kontrollinhaber zu wiederholen.[17] Dies gilt auch dann, wenn die betreffende Geschäftsbeziehung zu einem Zeitpunkt eröffnet worden war, als gemäss den damals anwendbaren Standesregeln noch keine Pflicht zur Feststellung der Kontrollinhaber bestand.[18] Denn gemäss Art. 70 Abs. 3 VSB 16 finden die neuen Regeln der VSB 16 über die Feststellung der Kontrollinhaber dann Anwendung, wenn das Verfahren gemäss Art. 46 VSB nach Inkrafttreten der VSB 16, d.h. nach dem 1. Januar 2016, zu wiederholen ist.[19]

C. EINZELNE TATBESTÄNDE

1. Pflicht zur Identifizierung des Vertragspartners

1.1. Gemäss der Ausnahmebestimmung von Art. 15 Abs. 4 VSB 16 können bei Geschäftsbeziehungen zu Finanzintermediären gemäss Art. 24 VSB 16 respektive Art. 33 VSB 16 anstelle des Verfahrens gemäss Art.

---

14 Vgl. dazu Leading Cases der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken für die Zeit vom 1. Januar 2020 bis am 30. Juni 2020, Bst. B, abrufbar unter www.swissbanking.org → Themen → Regulierung und Compliance → Geldwäschereibekämpfung.

15 Bei der Bagatellfallregelung von Art. 63 VSB 20 handelt es sich weder um eine Verfahrensbestimmung noch um eine Verjährungsvorschrift, sondern vielmehr um eine Sanktionsbestimmung, welche bestimmt, dass bei Standesregelverletzungen mit Bagatellcharakter das Verfahren ohne Sanktion einzustellen ist. Art. 63 VSB 20 befindet sich auch systematisch nicht im 1. Abschnitt des 8. Kapitels der VSB mit der Marginalie „Verfahren“, sondern im 2. Abschnitt mit der Marginalie „Sanktionsbestimmungen“.

16 Art. 63 VSB 16, eventuell Art. 11 Abs. 2 VSB 08.

17 Im konkreten Fall ging es um eine Geschäftsbeziehung mit einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH), bei welcher einer der beiden Gesellschafter aus der Gesellschaft ausgeschieden war (vgl. dazu Bst. C Ziff. 5.3 unten).

18 Die Pflicht zur Feststellung der Kontrollinhaber wurde erst mit dem Inkrafttreten der VSB 16 per 1. Januar 2016 eingeführt. Unter der VSB 08 und den früheren Fassungen der VSB bestand noch keine Pflicht zur Feststellung der Kontrollinhaber.

19 Die VSB 20 enthält mit Bezug auf die Wiederholung der Sorgfaltspflichten gemäss Art. 46 eine analoge Regelung (vgl. Art. 70 Abs. 2 VSB 20).

15 Abs. 1 - 3 VSB 16 Unterschriftenbücher, elektronische Schlüssel oder andere geschäftsübliche Mittel ausgetauscht werden.[20] Art. 24 VSB 16 und Art. 33 VSB 16 sind jedoch nicht deckungsgleich. So wird mit Bezug auf die Feststellung der wirtschaftlichen Berechtigung bei Banken und Effektenhändlern mit Sitz im Ausland im Wortlaut von Art. 33 Abs. 2 und 3 VSB das Vorliegen einer prudentiellen Aufsicht nicht erwähnt; dies im Unterschied zur Regelung in Art. 24 Abs. 2 VSB 16 betreffend die Feststellung der Kontrollinhaber, welche eine prudentielle (regulatorische) Aufsicht verlangt. Die Aufsichtskommission kam zum Schluss, dass trotz des unterschiedlichen Wortlauts dieser beiden Bestimmungen materiell kein Unterschied besteht,[21] weshalb sowohl bei Art. 24 VSB als auch bei Art. 33 VSB 16 bei Banken und anderen Finanzintermediären mit Sitz im Ausland eine angemessene *prudentielle* Aufsicht und (kumulativ) eine angemessene Regelung in Bezug auf die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung verlangt wird.

1.2. Der Begriff der „angemessenen Regelung in Bezug auf die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung" i.S.v. Art. 24 VSB 16 und Art. 33 VSB 16[22] wird in der VSB nicht weiter umschrieben. Zwar ist in Art. 38 VSB 16 (Marginalie: Kollektive Anlageformen und Beteiligungsgesellschaften) eine Definition der angemessenen Regelung und Aufsicht zu finden. Die Definition von Art. 38 Abs. 3 VSB 16[23] bezieht sich aber ausdrücklich nur auf Art. 38 Abs. 2 VSB 16 und kommt für Art. 24 VSB und Art. 33 VSB 16 daher nicht zur Anwendung.[24] Es obliegt somit den Banken, im Einzelfall über das Vorliegen einer angemessenen Aufsicht und Regelung in Bezug auf die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung in einem bestimmten Land zu entscheiden. Ein mögliches Kriterium ist dabei die FATF-Länderliste,[25] wobei gegebenenfalls aber auch weitere Kriterien wie Transparency-International-Einschätzungen, weitere NGO-Meinungen usw. zu berücksichtigen sind. Massgeblich sind stets die konkreten Umstände des Einzelfalls.[26]

---

20 Der Grund für die Sonderregel von Art. 15 Abs. 4 VSB 16 liegt darin, dass insbesondere im Interbankverkehr besondere Standards gelten. Die Identifizierung erfolgt dabei häufig durch den Austausch von Schlüsseln, ohne dass Personen im Sinne von Art. 15 Abs. 1 und 2 VSB 16 als Eröffner auftreten. Art. 15 Abs. 4 VSB 16 erlaubt es daher, dass im Geschäftsverkehr zu spezialgesetzlich beaufsichtigten Finanzintermediären im Sinne von Art. 24 VSB 16 bzw. Art. 33 VSB 16 anstelle des Verfahrens gemäss Art. 15 Abs. 1 - 3 VSB 16 Unterschriftenbücher, elektronische Schlüssel oder andere geschäftsübliche Mittel ausgetauscht werden können (vgl. Kommentar der SBVg zur Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken [VSB 16], Art. 15).

21 A.M. Heim, Praxiskommentar zur Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2016, Anmerkung 5 zu Art. 33 Abs. 2 VSB 16.

22 Vgl. dazu auch Ziff. 1.1 oben.

23 *„Als nicht von einer angemessenen Aufsicht und Regelung in Bezug auf die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung im Sinne von [Artikel 38] Absatz 2 erfasst gelten kollektive Anlageformen oder Beteiligungsgesellschaften mit Domizil in High Risk-Staaten und Nicht-Kooperationsstaaten gemäss FATF*".

24 Vgl. auch Heim, a.a.O., Anmerkung 2 zu Art. 24 Abs. 2 VSB 16 sowie Anmerkung 4 zu Art. 33 Abs. 2 VSB 16, wonach die Definition von Art. 38 Abs. 3 VSB 16 nicht auch für Art. 24 Abs. 2 VSB 16 bzw. Art. 33 Abs. 2 VSB 16 gilt.

25 Vgl. Kommentar der SBVg zur Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken (VSB 16), Art. 24 und Art. 33.

26 Vgl. Heim, a.a.O., Anmerkung 2 zu Art. 24 Abs. 2 VSB 16.

2. Pflicht zur Feststellung der Kontrollinhaber

2.1. Die Aufsichtskommission hatte sich einmal mehr mit einem Fall zu befassen, in welchem eine Bank von den Musterformularen gemäss Anhang zur VSB abgewichen war und eigene Formulare verwendet hatte.[27] Nach der vom Schiedsgericht bestätigten Praxis der Aufsichtskommission erfüllt ein bankeigenes Formular A, in dem der Verweis auf die Strafbarkeit des falschen Ausfüllens des Formulars und auf die entsprechende Gesetzesbestimmung von Art. 251 StGB fehlt, die Anforderungen der Standesregeln nicht.[28] Dies gilt entsprechend auch für das mit der VSB 16 neu geschaffene Formular K betreffend die Feststellung der Kontrollinhaber an nicht börsenkotierten, operativ tätigen juristischen Personen und Personengesellschaften. Ein bankeigenes Formular K, das den Warnhinweis auf Art. 251 StGB nicht enthält, weist keinen gleichwertigen Inhalt wie das Musterformular K auf und ist daher mangelhaft.

2.2. Dasselbe gilt auch für die im Musterformular K enthaltene Rubrik betreffend „Treuhänderisches Halten von Vermögenswerten". Mit der Frage nach dem treuhänderischen Halten von Vermögenswerten[29] wird sichergestellt, dass die Bank nicht nur die Kontrollinhaber, sondern nötigenfalls auch die wirtschaftlich Berechtigten an den Vermögenswerten feststellt. Die Rubrik betreffend das treuhänderische Halten von Vermögenswerten ist somit ein wichtiges Element des Musterformulars K. Ein Formular K ohne diese Rubrik ist deshalb als mangelhaft zu qualifizieren.[30]

3. Pflicht zur Feststellung der wirtschaftlichen Berechtigung

3.1. Die Aufsichtskommission sah sich im Zusammenhang mit einem von ihr zu beurteilenden Fall veranlasst, einige grundsätzliche Ausführungen über die Pflicht zur Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten im Allgemeinen und über die Pflicht zur Feststellung der wirtschaftlichen Berechtigung bei nicht börsenkotierten operativ tätigen juristischen Personen und Personengesellschaften im Besonderen zu machen. Dabei führte die Aufsichtskommission unter anderem Folgendes aus:

---

27 Vgl. dazu bereits Georg Friedli/Dominik Eichenberger, Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken für die Jahre 2011 bis 2016, SZW 5/2017, Ziff. II/4, S. 681 und Ziff. III/V, S. 689, r26-r28 m.w.H.

28 Vgl. Georg Friedli, Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken 2005 - 2010, Ziff. V/2.3.7.1, abrufbar unter www.swissbanking.org → Themen → Regulierung und Compliance → Geldwäschereibekämpfung.

29 *„Ist eine Drittperson an den auf dem Konto/Depot liegenden Vermögenswerten wirtschaftlich berechtigt?"* (vgl. Musterformular im Anhang der VSB 16) bzw. *„Ist eine Drittperson an den unter der oben erwähnten Beziehung verbuchten Vermögenswerten wirtschaftlich berechtigt?"* (vgl. Musterformular im Anhang der VSB 20).

30 Die im Musterformular K enthaltene Rubrik betreffend „Treuhänderisches Halten von Vermögenswerten" beruht auf der Vorschrift von Art. 30 VSB 16, welche bestimmt, dass bei nicht börsenkotierten operativ tätigen juristischen Personen und Personengesellschaften eine Erklärung über die wirtschaftliche Berechtigung an den Vermögenswerten erhoben werden muss, wenn die Vertragspartnerin erklärt, die bei der Bank liegenden Vermögenswerte für einen bestimmten Dritten zu halten. Die Frage nach dem treuhänderischen Halten von Vermögenswerten bezieht sich somit letztlich nicht auf die Feststellung der Kontrollinhaber, sondern bezweckt vielmehr die korrekte Feststellung der wirtschaftlichen Berechtigung (vgl. dazu ausführlich Ziff. 3.1 unten).

„Mit dem Inkrafttreten der VSB 16 wurde mit Bezug auf die Pflicht zur Feststellung der wirtschaftlichen Berechtigung ein Systemwechsel vorgenommen. Die VSB sieht neu in Übereinstimmung mit der revidierten Geldwäschereigesetzgebung eine generelle Pflicht der Bank vor, den wirtschaftlich Berechtigten bei sämtlichen Geschäftsbeziehungen festzustellen (Art. 27 Abs. 1 VSB 16; vgl. auch Kommentar zur Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken [VSB 16], S. 24). Die unter der VSB 08 bestehende Vermutung, dass der Vertragspartner an den eingebrachten Vermögenswerten wirtschaftlich berechtigt ist (vgl. Art. 3 Abs. 1 VSB 08), gilt unter der VSB 16 nicht mehr. Grundsätzlich ist die wirtschaftliche Berechtigung neu für jede Geschäftsbeziehung festzustellen (vgl. Kommentar zur Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken [VSB 16], Art. 29).

Für Geschäftsbeziehungen zu nicht börsenkotierten operativ tätigen juristischen Personen und Personengesellschaften gilt gemäss Art. 30 VSB 16 allerdings die Erleichterung, dass die Bank nur dann im Sinne von Art. 27 VSB 16 eine Erklärung über die wirtschaftliche Berechtigung an den Vermögenswerten erheben muss, wenn die Vertragspartnerin erklärt, die bei der Bank liegenden Vermögenswerte für einen bestimmten Dritten zu halten. Die in Art. 30 VSB 16 statuierte Ausnahme von der Feststellungspflicht setzt somit voraus, dass die Vertragspartnerin (die nicht börsenkotierte operativ tätige juristische Person oder Personengesellschaft) gegenüber der Bank bestätigt, dass an den bei der Bank liegenden Vermögenswerten keine Drittpersonen wirtschaftlich berechtigt sind. Fehlt eine solche Erklärung (oder erklärt die Vertragspartnerin sogar explizit, dass Dritte an den auf dem Konto/Depot liegenden Vermögenswerten wirtschaftlich berechtigt sind), dann ist die Bank verpflichtet, eine Erklärung über die wirtschaftliche Berechtigung an den Vermögenswerten einzuholen.

Ob die Vertragspartnerin die bei der Bank liegenden Vermögenswerte für sich selber oder (treuhänderisch) für einen Dritten hält, ergibt sich aus der von der Bank bei operativ tätigen juristischen Personen und Personengesellschaften zwingend einzuholenden Erklärung über die Kontrollinhaber: Das Musterformular K enthält unter dem Titel „Treuhänderisches Halten von Vermögenswerten“ die Frage „*Ist eine Drittperson an den auf dem Konto/Depot liegenden Vermögenswerten wirtschaftlich berechtigt?*“, welche von der Vertragspartnerin durch Ankreuzen der Rubrik „Nein“ bzw. Ja“ zu beantworten ist. Wird die Frage nach dem treuhänderischen Halten von Vermögenswerten mit „Ja“ beantwortet, so weist das Musterformular K ausdrücklich darauf hin, dass diesfalls die „*entsprechenden Angaben zur wirtschaftlichen Berechtigung durch das Ausfüllen eines separaten Formulars A zu erheben [sind]*“.

Die VSB 16 sieht gemäss Art. 30 VSB 16 in Verbindung mit dem Musterformular K im Ergebnis somit ein zweistufiges Verfahren zur Feststellung der wirtschaftlichen Berechtigung an den Vermögenswerten von nicht börsenkotierten operativ tätigen juristischen Personen und Personengesellschaften vor: In einem ersten Schritt muss bei jeder Neuaufnahme einer Geschäftsbeziehung mit einer nicht börsenkotierten operativ tätigen juristischen Person oder Personengesellschaft die Vertragspartnerin mittels Formular K die Frage nach einem treuhänderischen Halten von Vermögenswerten beantworten und erklären, ob eine Drittperson an den auf dem Konto/Depot liegenden Vermögenswerten wirtschaftlich berechtigt ist. Nur wenn die Vertragspartnerin diese Frage verneint, kann die Bank gestützt auf Art. 30 VSB 16 auf die Feststellung der wirtschaftlichen Berechtigung an den Vermögenswerten verzichten. Wenn die Vertragspartnerin diese Frage hingegen bejaht (oder wenn die Bank Zweifel hat, ob die verneinende Antwort der Vertragspartnerin zutrifft), dann muss die Bank bei der Vertragspartnerin zusätzlich zum Formular K zwingend auch eine Erklärung über die wirtschaftliche Berechtigung an den Vermögenswerten einholen.[31]

Die im Musterformular K enthaltene Frage, ob eine Drittperson an den auf dem Konto/Depot liegenden Vermögenswerten wirtschaftlich berechtigt ist, bezieht sich folglich nicht primär auf die Feststellung der Kontrollinhaber, sondern bezweckt vielmehr die korrekte Feststellung der wirtschaftlichen Berechtigung. Mit der Frage nach dem treuhänderischen Halten von Vermögenswerten wird sichergestellt, dass die Bank von ihrer Vertragspartnerin neben dem Formular K nötigenfalls auch ein Formular A einholt, worauf das Musterformular K noch explizit hinweist.“

---

31 Selbstverständlich steht es den Banken auch frei, auf eine Erklärung der Vertragspartnerin über das treuhänderische Halten von Vermögenswerten zu verzichten und stattdessen direkt eine Erklärung über die wirtschaftliche Berechtigung mittels Formular A zu erheben. Wenn sich eine Bank aber auf die Ausnahme von der Pflicht zur Feststellung der wirtschaftlichen Berechtigung gemäss Art. 30 VSB 16 berufen will, dann setzt dies eine Erklärung der Vertragspartnerin voraus, dass keine Drittpersonen an den bei der Bank liegenden Vermögenswerten wirtschaftlich berechtigt sind.

4. Dokumentations- und Sicherstellungspflichten

4.1. Gemäss Art. 45 VSB 16 darf ein Konto erst dann benützt werden, wenn alle für die Identifizierung des Vertragspartners, die Feststellung der Kontrollinhaber und die Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten erforderlichen Dokumente vollständig und in gehöriger Form vorliegen. Obschon Art. 45 VSB 16 nur von der Eröffnung eines *Kontos* spricht und sich damit vom Wortlaut her lediglich auf Art. 4 Abs. 2 lit. a VSB 16 bezieht, steht ausser Frage, dass die Regel von Art. 45 VSB 16[32] sinngemäss für sämtliche in Art. 4 Abs. 2 VSB 16 genannten Tatbestände Anwendung findet. Die Identifizierung des Vertragspartners sowie die Feststellung der Kontrollinhaber und der wirtschaftlich Berechtigten müssen daher spätestens im Zeitpunkt der Eröffnung des Kontos (oder Heftes) i.S.v. Art. 4 Abs. 2 lit. a VSB 16, der Eröffnung des Depots i.S.v. Art. 4 Abs. 2 lit. b VSB 16, der Vornahme des Treuhandgeschäfts i.S.v. Art. 4 Abs. 2 lit. c VSB 16, der Vermietung des Schrankfachs i.S.v. Art. 4 Abs. 2 lit. d VSB 16, des Abschlusses des Vermögensverwaltungsvertrags i.S.v. Art. 4 Abs. 2 lit. e VSB 16, der Ausführung des Handelsgeschäfts i.S.v. Art. 4 Abs. 2 lit. f VSB 16 bzw. der Ausführung des Kassageschäfts i.S.v. Art. 4 Abs. 2 lit. g VSB 16 erfolgt sein.

4.2. Aus der Dokumentations- und Sicherstellungspflicht[33] folgt, dass die Bank ihre Einschätzung über die angemessene Regulierung in Bezug auf die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung zu dokumentieren hat, wenn sie die Ausnahmeregelung von Art. 24 Abs. 2 bzw. Art. 33 Abs. 2 und 3 VSB 16[34] anwenden will.[35]

5. Wiederholungspflichten

5.1. Die Banken haben gemäss Art. 46 Abs. 1 VSB 16 die Feststellung des Kontrollinhabers zu wiederholen, wenn Zweifel aufkommen, ob der Kontrollinhaber nach wie vor derselbe ist oder ob die abgegebene Erklärung mittels Formular K zutrifft, und diese Zweifel nicht durch entsprechende Abklärungen ausgeräumt werden konnten.

Verzichtete eine Bank anlässlich der Aufnahme einer Geschäftsbeziehung auf die Feststellung der Kontrollinhaber, weil sie sich auf eine Ausnahme von der Feststellungspflicht im Sinne von Art. 22 - 26 VSB 16 berufen konnte, dann hat sie das Verfahren zur Feststellung der Kontrollinhaber zu wiederholen, wenn im Laufe der Geschäftsbeziehung Zweifel aufkommen, ob nach wie vor ein Ausnahmetatbestand vorliegt. Dasselbe gilt, wenn

---

32 Wonach die erforderlichen Dokumente vollständig vorliegen müssen, bevor ein Konto benützt werden darf.

33 Art. 44 VSB 16.

34 Vgl. zu dieser Ausnahmeregelung auch Ziff. 1.1 und Ziff. 1.2 oben.

35 Leading Cases der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken für die Zeit vom 1. Juli 2019 bis am 31. Dezember 2019, Bst. C, Ziff. 2, abrufbar unter www.swissbanking.org → Themen → Regulierung und Compliance → Geldwäschereibekämpfung; vgl. auch Heim, a.a.O., Anmerkung 2 zu Art. 24 Abs. 2 VSB 16.

nachträglich Zweifel aufkommen, ob anlässlich der Aufnahme der Geschäftsbeziehung tatsächlich ein Ausnahmetatbestand bestanden hatte.[36]

5.2. Die Sorgfaltspflichten gemäss GwG gehen über die in der VSB umschriebenen Sorgfaltspflichten hinaus, wobei die Untersuchungsbeauftragten und die Aufsichtskommission VSB nur zur Abklärung und Ahndung von Verletzungen der Standesregeln, und nicht von Verstössen gegen Pflichten, welche in der Geldwäschereigesetzgebung (oder in anderen Regelwerken enthalten sind) zuständig sind.[37] Dass es sich beispielsweise bei Abklärungen über die wirtschaftlichen Hintergründe einer Transaktion oder über die Herkunft der eingebrachten Vermögenswerte grundsätzlich um GwG-Pflichten handelt, bedeutet jedoch nicht, dass diese nicht auch mit Bezug auf die sich aus der VSB ergebenden Sorgfaltspflichten relevant sein können. Dies gilt namentlich für die Beurteilung, ob aufgrund der erhobenen Informationen und Unterlagen Anlass zu Zweifeln im Sinne von Art. 6 VSB 08[38] besteht[39]. Tätigt die Bank im Sinne des GwG Abklärungen über die Herkunft der Vermögenswerte, so muss sie die ihr in diesem Zusammenhang zur Verfügung gestellten Unterlagen auch verstehen und gegebenenfalls weitere Informationen anfordern, um Zweifel an der wirtschaftlichen Berechtigung im Sinne der VSB auszuräumen. Dabei muss die Bank kritisch sein und vernünftige Beurteilungskriterien anwenden, die auf einer einwandfreien Bankpraxis beruhen. Tut sie dies nicht, dann verstösst sie gegen die Wiederholungspflichten im Sinne der VSB.

5.3. Wenn bei einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) mit zwei Gesellschaftern, welche beide je 50 % der Stammanteile halten, einer der Gesellschafter sämtliche Stammanteile des anderen Gesellschafters übernimmt und letzterer dadurch aus der Gesellschaft ausscheidet, dann ist damit offensichtlich auch eine Änderung der Kontrollinhaber verbunden. Die Bank ist daher gemäss Art. 46 Abs. 1 lit. b VSB 16 verpflichtet, eine neue Erklärung über die Kontrollinhaber einzuholen, wenn sie Kenntnis vom Ausscheiden des Gesellschafters aus der GmbH hat.[40]

---

36 Im vorliegenden Fall hatte die Bank anlässlich der Aufnahme der Geschäftsbeziehung gestützt auf Art. 22 VSB 16 auf die Feststellung der Kontrollinhaber verzichtet, da die Vertragspartnerin börsenkotiert war. Im Laufe der Geschäftsbeziehung erhielt die Bank Kenntnis davon, dass sich ihre Vertragspartnerin von der Börse zurückziehen würde, womit die für börsenkotierte Gesellschaften gültige Ausnahme von der Pflicht zur Feststellung der Kontrollinhaber gemäss Art. 22 VSB 16 nicht mehr anwendbar war. Die Bank war daher gemäss Art. 46 VSB verpflichtet, das Verfahren zur Feststellung der Kontrollinhaber durchzuführen.

37 Art. 60 Abs. 2 VSB 20 und Art. 61 Abs. 1 VSB 20. Vgl. dazu auch Leading Cases der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken für die Zeit vom 1. Juli 2019 bis am 31. Dezember 2019, Bst. C, Ziff. 1.1, abrufbar unter www.swissbanking.org → Themen → Regulierung und Compliance → Geldwäschereibekämpfung.

38 Bzw. Art. 46 VSB 16 oder Art. 46 VSB 20.

39 Vgl. auch Leading Cases der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken für die Zeit vom 1. Juli 2019 bis am 31. Dezember 2019, Bst. C, Ziff. 1.2, abrufbar unter www.swissbanking.org → Themen → Regulierung und Compliance → Geldwäschereibekämpfung.

40 Im vorliegenden Fall hatte der für die Geschäftsbeziehung mit der GmbH verantwortliche Kundenberater der Bank bereits vorgängig durch die Kundin vom beabsichtigten Ausscheiden des Gesellschafters erfahren. Nach dessen Ausscheiden

D. BEMESSUNG DER KONVENTIONALSTRAFE

1.1. Massgeblich für die Bestimmung der Konventionalstrafe ist zunächst die Schwere der Vertragsverletzungen.[41] Die von der Bank begangenen VSB-Verstösse wiegen umso schwerer, als die von der Bank getätigten Abklärungen die bestehenden Zweifel an den Angaben des Vertragspartners zum wirtschaftlich Berechtigten nicht beseitigten, sondern vielmehr neue, zusätzliche Zweifel schufen.

1.2. Bei der Bemessung der Konventionalstrafe ist unter anderem auch der Vermögenslage der Bank Rechnung zu tragen.[42] Die Aufsichtskommission berücksichtigt dabei in jahrelanger Praxis die jeweils aktuellen Angaben über Bilanz, Gewinn bzw. Verlust sowie Eigenkapital der Bank.[43] Allerdings misst die Aufsichtskommission diesen Kennzahlen nicht die gleiche Bedeutung zu. Bei der Bestimmung der Vermögenslage steht vielmehr das Kriterium des Eigenkapitals im Vordergrund. Die weiteren Kennzahlen (Gewinn bzw. Verlust und Bilanzsumme) sind nur (subsidiär) zu berücksichtigen, wenn mit dem alleinigen Abstellen auf das Eigenkapital der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Bank nicht angemessen Rechnung getragen werden kann. Ausgangspunkt für die Bemessung der Vermögenslage der Bank bildet daher das Eigenkapital. Den anderen Kennzahlen, namentlich dem Gewinn bzw. Verlust der Bank, kommt dabei nur, aber immerhin, Korrekturfunktion zu.

Die Publikation im Tätigkeitsbericht 2005 - 2010 zur Praxis der Aufsichtskommission zur Berücksichtigung der Vermögenslage der Bank[44] ist somit dahingehend zu präzisieren, dass primär auf das Eigenkapital der Bank abzustellen ist, wobei nötigenfalls aufgrund besonderer Umstände (beispielsweise aufgrund einer besonders schlechten oder einer besonders guten Rentabilität) eine Korrektur zu erfolgen hat.[45]

Bern, April 2021
Dominik Eichenberger, Rechtsanwalt
Sekretär der Aufsichtskommission VSB
X1524226.docx

---

nahm die Bank die betreffende SHAB-Publikation zu den Akten. Die Bank verzichtete jedoch auf das Einholen eines (neuen) Formulars K.

41 Art. 64 Abs. 1 VSB 20.

42 Art. 64 Abs. 1 VSB 20.

43 Georg Friedli/Dominik Eichenberger, Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken 2005 - 2010, SZW 2011, Ziff. V/1.1, S. 59.

44 Vgl. FN 43 oben.

45 Massgebend sind immer die konkreten finanziellen Verhältnisse der Bank im Einzelfall.