

Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken 2005–2010

Inhaltsverzeichnis

I.	EINLEITUNG	3
1.	Die Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken	3
2.	Die wichtigsten Neuerungen der VSB 2008	5
2.1	Überblick	5
2.2	Neue Reglemente	5
2.3	Ziffer 14 Ausführungsbestimmungen zu Art. 2 VSB 2008: Überprüfung der Identität der Eröffner und Kenntnisnahme von Bevollmächtigungsbestimmungen	6
2.4	Identifizierung bei einfachen Gesellschaften, sich in Gründung befindenden Gesellschaften sowie Trustees.....	6
2.5	Begriff der Sitzgesellschaft.....	7
2.6	Neue Musterformulare (Formular A, Formular R, Formular T)	7
2.7	Die neue Bagatellfallregelung	8
2.8	Vorsatz-Regelung für Art. 6 VSB 2008	9
II.	ÜBERBLICK.....	9
1.	Tätigkeit in der Berichtsperiode und hängige Fälle.....	9
2.	Schwerpunkte.....	10
3.	Höhe der Vertragsstrafen	10
III.	AUSLEGUNGSFRAGEN.....	11
1.	Geschäftsbeziehung mit einfachen Gesellschaften	11
2.	Escrow-Konten	12
IV.	VERFAHRENSFRAGEN	12
1.	Verhältnismässigkeit des Verfahrens.....	12
2.	Eröffnung von Verfahren aufgrund von Medienberichten	13
2.1	Prozessuales.....	13
2.2	Materielles.....	14
3.	Eröffnung von Verfahren aufgrund von Anzeigen Privater	15
4.	Opportunitätsprinzip	16
5.	Abgrenzung der Zuständigkeit der Aufsichtskommission von der Zuständigkeit der EBK bzw. der FINMA.....	17
6.	Übergangsrecht	17
V.	EINZELNE TATBESTÄNDE	18
1.	Identifizierung des Vertragspartners.....	18
1.1	Überblick	18
1.2	Einzelne Fälle.....	18
2.	Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten.....	27
2.1	Überblick	27
2.2	Allgemeine Erwägungen	28

2.3	Einzelne Fälle.....	30
3.	Verfahren bei Sitzgesellschaften.....	34
3.1	Überblick.....	34
3.2	Einzelne Fälle.....	34
4.	Berufsgeheimnisträger.....	43
4.1	Überblick.....	43
4.2	Einzelne Fälle.....	43
5.	Nachträgliche Zweifel an der ursprünglichen Identifikation oder der Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten.....	45
5.1	Überblick.....	45
5.2	Einzelne Fälle.....	45
6.	Steuerhinterziehung und ähnliche Handlungen.....	46
6.1	Überblick.....	46
6.2	Einzelne Fälle.....	47
7.	Subjektiver Tatbestand (Der Begriff des Vorsatzes).....	51
7.1	Überblick.....	51
7.2	Einzelne Fälle.....	52
VI.	SANKTIONEN.....	53
1.	Konventionalstrafe.....	53
1.1	Überblick.....	53
1.2	Einzelne Fälle.....	54
2.	Verweis oder Einstellung des Verfahrens.....	55
2.1	Veraltete Identifikationsdokumente.....	56
2.2	Unvollständige Formulare A.....	56
2.3	Qualifikation als Sitzgesellschaft.....	57
2.4	Höhe der Vermögenswerte.....	57
2.5	Anhäufung von Bagatellfällen.....	58
3.	Kombination von Bagatellfällen und „Nicht-Bagatellfällen“.....	58
VII.	HAFTUNG FÜR RECHTSVORGÄNGER.....	59
VIII.	AUSBLICK.....	59

I. EINLEITUNG

1. Die Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken

Die Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken (VSB 08) zwischen der Schweizerischen Bankiervereinigung („SBVg“) einerseits und den unterzeichnenden Banken („Banken“) andererseits vom 7. April 2008 ist ein multilateraler Vertrag, in dessen Rahmen sich in der Schweiz niedergelassene Banken¹ gegenüber der SBVg verpflichtet haben, ihre Vertragspartner zu identifizieren und von diesen in Zweifelsfällen eine Erklärung über die wirtschaftliche Berechtigung an den deponierten Werten einzuholen sowie keine aktive Beihilfe zur Kapitalflucht oder zur Steuerhinterziehung zu leisten.²

Die VSB gilt für sämtliche ihr unterstellten Banken in identischer Weise, unabhängig davon, ob es sich um eine Grossbank, eine Retailbank, eine Privatbank oder um eine Bank mit einem spezialisierten Geschäftsfeld³ handelt. Den unterschiedlichen Bankstrukturen kommt grundsätzlich keine entscheidende Bedeutung zu.⁴

Die ursprüngliche Fassung der Standesregeln stammt vom 1. Juli 1977. Sie wurde seither sechsmal revidiert. Die geltende VSB 2008 trat am 1. Juli 2008 – mithin während der Berichtsperiode – in Kraft.⁵ Nachdem die juristische Kommission der SBVg nach dem Inkrafttreten der VSB 2003 erstmals einen Begleitbericht verfasst hatte, entschloss sie sich, auch beim Inkrafttreten der VSB 2008 einen solchen Bericht, diesmal in Form eines ausführlichen Kommentars zu ausgewählten Bestimmungen der VSB 2008,⁶ zu erstellen. Die-

¹ Die Aufsichtskommission sah sich in einem jüngeren Entscheid [392/3] zur Klarstellung veranlasst, dass den Standesregeln nicht nur die beigetretenen Banken, sondern auch die Effektenhändler unterstehen, obwohl in der VSB grundsätzlich nur von den Banken die Rede ist (vgl. Ziff. 1 Abs. 1 Ausführungsbestimmungen zu Art. 1 VSB 2008). Vom Begriff „Bank“ im Sinne der VSB werden somit auch die der VSB beigetretenen Effektenhändler erfasst.

² Der Vereinbarung sind per Ende 2010 360 Banken beigetreten.

³ Beispielsweise eine hauptsächlich als Brokerin tätige Bank, deren Kunden (in der Regel institutionelle Investoren) ihre Depots bei anderen Banken führen.

⁴ Im Rahmen der Bemessung der Vertragsstrafe hingegen ist die – sich auch aus der Geschäfts- und Kundenstruktur ergebende – Grösse bzw. Vermögenslage der Bank zu berücksichtigen (vgl. dazu Ziff. VI/1.1 unten).

⁵ Vgl. Art. 14 Abs. 1 VSB 2008 sowie die Ausnahmestimmung in Art. 15 Abs. 4 VSB 2008 für die neuen Vorschriften von Ziff. 14 (Überprüfung der Identität der Eröffner und Kenntnisnahme von Bevollmächtigungsbestimmungen) und Ziff. 15 Abs. 2 (Identifizierung von sich in Gründung befindenden Gesellschaften) Ausführungsbestimmungen zu Art. 2 VSB 2008, welche erst per 1. Juli 2009 in Kraft traten.

⁶ Schweizerischen Bankiervereinigung, Kommentar zur Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken (VSB 2008), Basel 2008/2009 (nachfolgend: Kommentar zur VSB 2008).

ser Kommentar ist gemäss Ziff. 4 Ausführungsbestimmungen zu Art. 1 VSB 2008 ausdrücklich als Materialie bei der Auslegung der Standesregeln zu berücksichtigen.

Verletzungen der Standesregeln werden im Rahmen eines in der VSB geregelten Verfahrens sanktioniert. Über die Einhaltung der Standesregeln wacht eine aus sechs Persönlichkeiten bestehende, von der SBVg auf fünf Jahre gewählte Aufsichtskommission. Die VSB 2008 sieht neu vor, dass nicht mehr alle, sondern nur die Mehrheit der Mitglieder der Aufsichtskommission unabhängig sein müssen.⁷ Damit soll ermöglicht werden, dass auch Vertreter in die Aufsichtskommission gewählt werden können, die aktiv in der Bankenbranche tätig sind.⁸ Wo die Aufsichtskommission Standesregelverletzungen feststellt, kann sie Konventionalstrafen verhängen oder Verweise aussprechen.⁹ Die Aufsichtskommission entscheidet auf Antrag von ebenfalls von der SBVg gewählten Untersuchungsbeauftragten.¹⁰

Gemäss Ziff. 58 Ausführungsbestimmungen zu Art. 12 VSB 2008 gewährt die Aufsichtskommission den Banken – unter Wahrung des Bank- und Geschäftsgeheimnisses – in der Form einer periodisch erscheinenden Übersicht Einblick in ihre Entscheidpraxis. Zuletzt wurde 2005 eine solche Übersicht veröffentlicht.¹¹ Der in der Schweizerischen Zeitschrift für Wirtschaftsrecht SZW auszugsweise und auf der Homepage der SBVg vollständig publizierte Tätigkeitsbericht 2001–2005¹² hatte die Zeitperiode vom 1. Juli 2001 bis zum 30. April 2005 zum Gegenstand.

Die Aufsichtskommission entschied sich in der Folge, in Ergänzung zu den traditionellen Tätigkeitsberichten auf dem Portal der SBVg laufend über die wichtigsten Entscheide zu orientieren. Eine erste solche Orientierung über die „leading cases“ der Aufsichtskommission erfolgte am 18. Januar 2007. Mit Zirkular vom 5. November 2008 wurden die zweiten „leading cases“ vom Oktober 2008 veröffentlicht. Im August 2009 wurde unter

⁷ Art. 12 Abs. 1 VSB 2008.

⁸ Selbstverständlich gelten auch (und erst recht) für derartige, nicht im Sinne von Art. 12 Abs. 1 VSB 2008 unabhängige Mitglieder der Aufsichtskommission die allgemeinen Ausstands- und Ablehnungsgründe.

⁹ Art. 11 VSB 2008.

¹⁰ Mittlerweile sind parallel vier von der SBVg eingesetzte Untersuchungsbeauftragte tätig (zwei für die deutschsprachige, einer für die französischsprachige und einer für die italienischsprachige Schweiz).

¹¹ *Georg Friedli*, Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken 2001–2005, in: Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, SZW 2005, S. 244 ff. mit weiteren Hinweisen auf die Veröffentlichung früherer Tätigkeitsberichte (nachfolgend: *Friedli*, SZW 2005).

¹² *Georg Friedli*, Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken 2001–2005, SZW, 5/2005, S. 244 ff.

den „leading cases“ zudem eine Verfügung des Präsidenten der Aufsichtskommission über die Zulässigkeit der Eröffnung eines Ermittlungsverfahrens aufgrund von Medienberichten publiziert.¹³

Der vorliegende Tätigkeitsbericht hat die an den Tätigkeitsbericht 2001–2005 anschliessende Zeitperiode vom 1. Mai 2005 bis zum 31. Dezember 2010 zum Gegenstand und nimmt damit auch die in der Zwischenzeit als „leading cases“ publizierten Entscheide auf.

2. Die wichtigsten Neuerungen der VSB 2008

2.1 Überblick

Am 1. Juli 2008 trat die VSB 2008 in Kraft. Die VSB 2008 brachte zahlreiche (grössere und kleinere) Änderungen mit sich. Die Umsetzung von Empfehlungen der Financial Action Task Force (FATF) sowie des revidierten Geldwäschereigesetzes¹⁴ hatte in einigen Bereichen eine Verschärfung zur Folge. Gleichzeitig führte die Revision aber auch zu gewissen Erleichterungen, indem Regeln, welche sich als zu starr, in der Praxis nicht umsetzbar oder im internationalen Vergleich als übertrieben erwiesen hatten, geändert wurden.

In formeller Hinsicht wurde versucht, die Benutzerfreundlichkeit zu verbessern, indem Lemmas durch Buchstaben ersetzt und die Terminologie vereinheitlicht bzw. an das Geldwäschereigesetz angepasst wurden.

2.2 Neue Reglemente

Die Revision der VSB zog auch eine Überarbeitung der gestützt auf Art. 12 Abs. 10 VSB 2008 erlassenen Reglemente nach sich. Am 1. Oktober 2008 trat das neue Untersuchungsreglement vom 18. September 2008 (Untersuchungsreglement 2008), welches das Untersuchungsverfahren, die Stellung der Untersuchungsbeauftragten und diejenige der von der Ermittlung betroffenen Banken ordnet, in Kraft. Die Aufsichtskommission erliess am 27. August 2008 ein neues Verfahrensreglement, welches das Verfahren vor der Aufsichtskommission regelt, sowie ein neues Medienreglement, welches Richtlinien über die

¹³ Vgl. dazu Ziff. IV/2 unten.

¹⁴ Bundesgesetz vom 10. Oktober 1997 zur Bekämpfung der Geldwäscherei im Finanzsektor (Geldwäschereigesetz, GwG; SR 955.0).

Auskunftspraxis der Aufsichtskommission und der Untersuchungsbeauftragten gegenüber Anfragen von Medien und Privatpersonen enthält.

2.3 Ziffer 14 Ausführungsbestimmungen zu Art. 2 VSB 2008: Überprüfung der Identität der Eröffner und Kenntnisnahme von Bevollmächtigungsbestimmungen

Ziff. 14 Ausführungsbestimmungen zu Art. 2 VSB 2008 hat die Pflicht geschaffen, die Identität der Eröffner von Geschäftsbeziehungen mit juristischen Personen und Personengesellschaften zu prüfen und bei der Aufnahme einer Geschäftsbeziehung mit einer juristischen Person deren Bevollmächtigtenbestimmungen zur Kenntnis zu nehmen. Damit geht die VSB 2008 über die bisherige Praxis der Aufsichtskommission¹⁵ hinaus.¹⁶

2.4 Identifizierung bei einfachen Gesellschaften, sich in Gründung befindenden Gesellschaften sowie Trustees

Zwecks Vereinfachung und Klärung der Verhältnisse bei einfachen Gesellschaften, sich in Gründung befindenden Gesellschaften sowie Trust-Konstruktionen enthält Ziff. 15 Ausführungsbestimmungen zu Art. 2 VSB 2008 bei derartigen Geschäftsbeziehungen Sondervorschriften mit Bezug auf die Identifizierung des Vertragspartners.¹⁷

¹⁵ Die Aufsichtskommission hatte zwar bereits unter der Herrschaft der früheren Sorgfaltspflichtvereinbarungen verlangt, dass die Banken die Vertretungsbefugnisse der für eine juristische Person oder Personengesellschaft handelnden natürlichen Personen abklärten (*Georg Friedli*, Tätigkeitsbericht der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken 1995–1997, SZW 1998, S. 102; nachfolgend: *Friedli*, SZW 1998). Nach der Praxis der Aufsichtskommission war es aber nicht erforderlich, auch deren Identität zu überprüfen.

¹⁶ Vgl. zum Verhältnis der bisherigen Praxis der Aufsichtskommission zur neuen Regelung von Ziff. 14 Ausführungsbestimmungen zu Art. 2 VSB 2008 Ziff. 1.2.17 unten.

¹⁷ Vgl. auch die Regelung über Personenverbindungen, Trusts und andere Vermögenseinheiten in Art. 53 der Verordnung vom 8. Dezember 2010 der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht über die Verhinderung von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung (Geldwäschereiverordnung-FINMA, GwV-FINMA; SR 955.033.0).

2.5 Begriff der Sitzgesellschaft

Die Praxis der Aufsichtskommission, welche sich aus Gründen der Rechtssicherheit in enger Anlehnung an den Wortlaut der Landesregeln an einem streng formellen Begriff der Sitzgesellschaft orientiert hatte, wurde vielfach als zu eng beurteilt.

Die VSB 2008 umschreibt den Begriff der Sitzgesellschaft daher nur noch mittels „Indizien“ und überlässt es der Bank, aufgrund des Einzelfalles zu entscheiden, ob es sich beim Kunden um eine Sitzgesellschaft handelt oder nicht (vgl. Ziff. 38 Ausführungsbestimmungen zu Art. 4 VSB 2008). Ein wichtiger Anwendungsfall von Ziff. 38 Ausführungsbestimmungen zu Art. 4 VSB 2008, wonach eine Vertragspartnerin nicht als Sitzgesellschaft einzustufen ist, obwohl die Indizien für eine Sitzgesellschaft sprechen, wird in Ziff. 39 Ausführungsbestimmungen zu Art. 4 VSB 2008 besonders erwähnt: Holdinggesellschaften und Immobiliengesellschaften können trotz fehlendem eigenem Personal und auch ohne eigene Geschäftsräumlichkeiten als operativ tätige Gesellschaften qualifiziert werden.¹⁸

2.6 Neue Musterformulare (Formular A, Formular R, Formular T)

Die VSB 2008 hat zu zahlreichen Änderungen der in den Landesregeln vorgesehenen Formulare zur Feststellung der wirtschaftlichen Berechtigung geführt.

So wurde insbesondere das Musterformular A angepasst. Das Formular A wurde vereinfacht, um es benutzerfreundlicher zu machen, um Missverständnisse zu vermeiden und um Fehlerquellen zu minimieren.

Auch das Musterformular R (für Rechtsanwälte und Notare) wurde den Bedürfnissen der Praxis angepasst.¹⁹

Ergänzend zu den Anpassungen der altbekannten Formulare A und R wurde mit der VSB 2008 zudem das neu geschaffene Formular T eingeführt. Das neue Formular T soll insbesondere die Einhaltung der bei Trust- und ähnlichen Konstruktionen zu beachtenden Sorgfaltspflichten erleichtern.

¹⁸ Vgl. im Übrigen auch den neuen Begriff der Sitzgesellschaft gemäss Art. 2 Abs. 1 Lit. b GwV-FINMA.

¹⁹ Vgl. zu den Auswirkungen der VSB 2008 (und insbesondere von Art. 5 VSB 2008) auf Rechtsanwälte und Notare: *Dominik Eichenberger*, VSB 2008 und Rechtsanwälte/Notare, in: Jusletter 29. Juni 2009 (nachfolgend: *Eichenberger*, Jusletter).

2.7 Die neue Bagatellfallregelung²⁰

Seit 1987 sieht Art. 11 Abs. 2 der VSB vor, dass „in Bagatellfällen“²¹ ein Verweis ausgesprochen werden kann. Der Begriff des Bagatellfalles kam somit ursprünglich als *Strafzumessungsregel* zur Anwendung.

Per 1. Januar 2006 wurde mit dem Inkrafttreten des Untersuchungsreglements vom 23. Dezember 2005 (Untersuchungsreglement 2005) für das Verfahren nach Art. 11 und Art. 12 VSB das *Opportunitätsprinzip* eingeführt und den Untersuchungsbeauftragten wurde die Möglichkeit eröffnet, in Bagatellfällen das Verfahren ohne Sanktion einzustellen.

Mit der Revision der VSB per 1. Juli 2008 wurde das bisher lediglich im Untersuchungsreglement 2005 enthaltene Opportunitätsprinzip in die VSB überführt und auf eine ausreichende Rechtsgrundlage gestellt. Der Bagatellicharakter einer Standesregelverletzung hat aber nach der VSB 2008 weiterhin (auch) die Funktion einer Strafzumessungsregel. Gemäss Art. 11 Abs. 2 VSB 2008 ist in Bagatellfällen entweder (ebenfalls) eine Einstellung des Verfahrens oder aber die (im Vergleich zu einer Konventionalstrafe mildere) Sanktion eines Verweises möglich. Die VSB 2008 verwendet den Begriff des Bagatellfalles somit sowohl bei der Strafzumessung²² als auch beim Opportunitätsprinzip²³.

Gleichzeitig wurde in Art. 11 Abs. 2 VSB 2008 der Begriff des Bagatellfalles neu definiert. Die Umschreibung des Bagatellfalles in der VSB wird ergänzt durch die Praxisdefinition der Aufsichtskommission, wie sie im Zirkular der SBVg Nr. 7502 vom 11. Januar 2007 publiziert wurde. Als Bagatellfälle gelten demnach Verstösse, welche den „Kerngehalt“ der Standesregeln nicht verletzen bzw. den „Zweck der Standesregeln“ nicht beeinträchtigen. Massgebend ist dabei in jedem Fall eine Gesamtbeurteilung der im Verfahren festgestellten Verstösse.

²⁰ Vgl. zur Bagatellfallregelung in der VSB 2008 ausführlich *Georg Friedli/Dominik Eichenberger*, Der Begriff des Bagatellfalles in der Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken (VSB), in: Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht, SZW, 6/2008, S. 563 ff. (nachfolgend: *Friedli/Eichenberger*, SZW 2008).

²¹ Französisch: „dans les cas de peu de gravité“; italienisch: „nei casi di lieve entità“; englisch: „in minor cases“.

²² Vgl. zur Strafzumessung ausführlich Ziff. VI/2 unten.

²³ Vgl. zum Opportunitätsprinzip ausführlich Ziff. IV/4 unten.

2.8 Vorsatz-Regelung für Art. 6 VSB 2008

Hinsichtlich des subjektiven Tatbestands haben die periodischen Revisionen der VSB mehrfach zu einer Lockerung geführt. Die Erfüllung der in den Standesregeln verankerten Tatbestände setzt zwar grundsätzlich keinen subjektiven Tatbestand voraus. Schon unter der Herrschaft der VSB 1998 bildeten aber Art. 7 und 8 VSB eine Ausnahme. Verstösse gegen diese Normen wurden gemäss Art. 11 Abs. 3 VSB 1998 nur sanktioniert, wenn sie „mit Absicht“ erfolgt waren. Später bestimmte Art. 11 Abs. 3 VSB 2003 zusätzlich, dass Verstösse gegen Art. 6 Abs. 1 und 2 VSB nur noch mit einer Konventionalstrafe oder mit einem Verweis geahndet wurden, wenn sie „grob fahrlässig“ erfolgt waren. Der neue Art. 11 Abs. 3 VSB 2008 schränkt die Strafbarkeit von Art. 6 VSB noch weiter ein und bestimmt nun, dass bei Verstössen gegen Art. 6 – 8 VSB eine Sanktion nur ausgesprochen wird, wenn sie vorsätzlich erfolgt sind. Da Art. 11 Abs. 3 VSB 2008 als milderes Recht auch auf Verletzungen der VSB 2003 anzuwenden ist (vgl. Art. 15 Abs. 2 VSB 2008), können Verletzungen von Art. 6 VSB 2003 seit dem Inkrafttreten der VSB 2008 nur noch geahndet werden, wenn sie vorsätzlich erfolgt sind.²⁴

II. ÜBERBLICK

1. Tätigkeit in der Berichtsperiode und hängige Fälle

In der Berichtsperiode fällte die Aufsichtskommission insgesamt 118 Entscheide.²⁵ In 113 der insgesamt 118 gefällten Entscheide kam es zu einer Verurteilung. Die Aufsichtskommission stellte in lediglich 5 Fällen das Verfahren ein.²⁶ Dazu kamen insgesamt 31 Einstellungs- oder Nichteintretensentscheide der Untersuchungsbeauftragten.²⁷

Von dem in Art. 13 VSB 2003 bzw. Art. 13 VSB 2008 vorgesehenen Schiedsverfahren wurde während der Berichtsperiode zweimal Gebrauch gemacht. In einem Fall hiess das Schiedsgericht die Klage der SBVg vollumfänglich gut und bestätigte den Entscheid der

²⁴ Zum Begriff des Vorsatzes vgl. ausführlich Ziff. V/7 unten.

²⁵ Gegenüber 82 Entscheiden in der Vorperiode, welche allerdings rund ein Jahr weniger umfasste.

²⁶ Demgegenüber wurden in der Vorperiode 11 der 82 Verfahren eingestellt.

²⁷ Seit dem 1. Januar 2006 haben die Untersuchungsbeauftragten die Möglichkeit, in eigener Kompetenz ein Verfahren wieder einzustellen, wenn sie zum Schluss kommen, dass keine oder nur geringfügige Verletzungen der Standesregeln (Bagatellfälle) vorliegen (vgl. dazu ausführlich *Friedli/Eichenberger*, SZW 2008, S. 565 ff.).

Aufsichtskommission in allen Punkten²⁸; dies nachdem die Bank – welche die Einleitung eines Schiedsverfahrens überhaupt erst veranlasst hatte – auf die Einreichung einer Klageantwort verzichtet hatte. Im anderen Fall schlossen die SBVg und die betroffene Bank einen Vergleich, in welchem die Bank den Entscheid der Aufsichtskommission nachträglich doch noch akzeptierte und die Kosten des Schiedsverfahrens übernahm.

Per 31. Dezember 2010 waren bei der Aufsichtskommission insgesamt 6 und bei den verschiedenen Untersuchungsbeauftragten 10 Fälle, insgesamt also 16 Fälle, pendent.

2. Schwerpunkte

Die Mehrzahl der Verurteilungen während der Berichtsperiode betraf die Pflichten zur Identifikation des Vertragspartners und zur Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten. Dabei bildete das Verfahren bei Sitzgesellschaften²⁹ einen Schwerpunkt. In insgesamt 62 Fällen wurden – oftmals in Konkurrenz mit anderen Tatbeständen – die Verfahrensregeln nicht eingehalten, welche die Sorgfaltspflichtvereinbarungen für die Aufnahme von Geschäftsbeziehungen mit solchen Gesellschaften vorsehen.

Gegenüber den früheren Berichtsperioden haben diejenigen Fälle, in welchen eine Verletzung der Bestimmung über die Steuerhinterziehung und ähnliche Handlungen festgestellt werden mussten, zugenommen. Währenddem in der vorangegangenen Berichtsperiode lediglich drei Verurteilungen wegen Verletzung von Art. 8 VSB ausgesprochen worden waren, kam es aktuell zu insgesamt 9 Verurteilungen.

Verurteilungen wegen aktiver Beihilfe zur Kapitalflucht waren – gleich wie in der vorangegangenen Berichtsperiode – keine zu verzeichnen.³⁰ Immerhin hatte die Aufsichtskommission in einem Fall eine mögliche Verletzung von Art. 7 VSB 2003 zu prüfen, verneinte diese in der Folge aber.

3. Höhe der Vertragsstrafen

Die Banken können bei schweren Sorgfaltswidrigkeiten verpflichtet werden, Konventionalstrafen bis zu einer Höhe von CHF 10'000'000.00 zu leisten.³¹ Im Vergleich dazu

²⁸ Vgl. dazu Ziff. 2.2.2 unten.

²⁹ Vgl. Art. 4 VSB 2003 sowie Art. 4 VSB 2008.

³⁰ Vgl. Art. 7 VSB 2003 sowie Art. 7 VSB 2008.

³¹ Art. 11 Abs. 1 VSB 2008.

beträgt die maximale Strafandrohung gemäss GwG bzw. FINMAG³² Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bzw. Busse von bis zu CHF 500'000.00.

In der Berichtsperiode musste die Aufsichtskommission den oberen Bereich des Strafrahmens zwar nach wie vor nicht ausschöpfen.³³ Indessen war ein Anstieg der Busenhöhe zu verzeichnen. Wurden in der vorangegangenen Berichtsperiode noch in 58 Fällen Konventionalstrafen verhängt, welche den Betrag von CHF 10'000.00 überstiegen, traf diese Voraussetzung nun auf 73 Fälle zu. In insgesamt 18 Fällen sprach die Aufsichtskommission eine Konventionalstrafe von CHF 100'000.00 oder mehr aus. Die höchste in der Berichtsperiode verhängte Strafe betrug CHF 900'000.00. Die nach der Deckung des Kostendefizits verbleibenden Einnahmen aus den Vertragsstrafen werden an das Internationale Komitee des Roten Kreuzes überwiesen.³⁴

III. AUSLEGUNGSFRAGEN

Die Aufsichtskommission hatte sich in der Vergangenheit mehrfach unabhängig von einem konkreten VSB-Verfahren mit Auslegungsfragen bezüglich der VSB 2008 zu beschäftigen. Die wichtigsten dieser Auslegungsfragen sollen nachfolgend kurz zusammengefasst werden:

1. Geschäftsbeziehung mit einfachen Gesellschaften

Im Zusammenhang mit den mittels Zirkular der SBVg Nr. 7634 vom 19. November 2009 bekannt gemachten Änderungen am Kommentar zur VSB 2008 diskutierten die Aufsichtskommission und die SBVg verschiedene Fragen zur Kontoeröffnung zugunsten von einfachen Gesellschaften. Da in der Praxis sehr unterschiedliche Formen von einfachen Gesellschaften (Jasskassen, Rechtsanwaltsfirmen, Baukonsortien usw. vorkommen), wird die Aufsichtskommission in jedem konkreten Einzelfall über die Anwendung bzw. Auslegung von Ziff. 15 Abs. 1 Ausführungsbestimmungen zu Art. 2 VSB 2008 entscheiden.

³² Vgl. Art. 44 ff. des Bundesgesetzes vom 22. Juni 2007 über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (Finanzmarktaufsichtsgesetz, FINMAG; SR 956.1).

³³ Vgl. zur Bestimmung der Sanktionen Ziff. VI unten.

³⁴ Vgl. Art. 11 Abs. 1 letzter Satz VSB 2008.

2. Escrow-Konten

Die Aufsichtskommission und die SBVg sind sich einig, dass die Behandlung von Escrow-Konten keine Anpassung des Kommentars zur VSB 2008 notwendig macht. Die Verantwortung für die korrekte Verwendung des Formulars R liegt in erster Linie beim Anwalt bzw. Notar. Die Bank hat grundsätzlich keine weiteren Abklärungen vorzunehmen.

Vorbehalten bleiben einzig Fälle, in denen klare Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Verwendung des Formulars R zu Unrecht erfolgt.³⁵ Diesfalls hat die Bank weitere Abklärungen zu treffen und allenfalls anstelle eines Formulars R ein Formular A zu verlangen. Dies gilt unabhängig davon, ob entsprechende Zweifel bereits anlässlich der Kontoeröffnung bestehen oder im Sinne von Art. 6 VSB 2008 erst im Laufe der Geschäftsbeziehung aufkommen.

IV. VERFAHRENSFRAGEN

1. Verhältnismässigkeit des Verfahrens

[371/10] Eine Bank hatte beim Präsidenten der Aufsichtskommission ein Gesuch eingereicht und gestützt auf Art. 3 Abs. 3 des Untersuchungsreglements beantragt, es sei im Sinne eines Vorentscheides festzustellen, dass sowohl die vom Untersuchungsbeauftragten vorgesehenen Untersuchungshandlungen als auch die gesamte Untersuchung generell unverhältnismässig seien. Die Ermittlungen gegen die Bank seien deshalb ohne Kostenfolge zulasten der Bank einzustellen.

Nach Art. 3 Abs 3 des Untersuchungsreglements kann eine Bank die Mitwirkung an Untersuchungsmassnahmen verweigern und ihre Beanstandungen dem Untersuchungsbeauftragten unterbreiten, wenn sie der Ansicht ist, das Verhältnismässigkeitsprinzip werde durch eine Untersuchungshandlung verletzt. Können sich die Bank und der Untersuchungsbeauftragte nicht einigen, entscheidet der Präsident der Aufsichtskommission über die Zulässigkeit der umstrittenen Untersuchungshandlungen. Mit dieser Regelung soll sichergestellt werden, dass die Untersuchungshandlungen des Untersuchungsbeauftragten nur so weit in die Rechte der betroffenen Bank eingreifen, als dies durch die Schwere der

³⁵ Vgl. zu einem solchen Ausnahmefall Ziff. V/4 unten.

mutmasslichen Vertragsverletzung gerechtfertigt wird (vgl. Art. 3 Abs. 1 des Untersuchungsreglements).

Der Präsident der Aufsichtskommission trat auf das Gesuch der Bank nicht ein, da das Begehren, die Untersuchung als solche wegen Verletzung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit einzustellen, als verspätet qualifiziert werden musste. Denn die Bank hatte die Verhältnismässigkeit der in Frage stehenden Massnahmen anfänglich nicht bestritten, sondern diesen vielmehr bereits Folge geleistet. Es war ihr daher verwehrt, nachträglich den Präsidenten der Aufsichtskommission anzurufen. Diese Regel entspricht dem Erfordernis der Klarheit und der Prozessökonomie.

Die Aufsichtskommission bestätigte diesen Entscheid später und ergänzte dabei, dass die nachträgliche Einrede der Unverhältnismässigkeit gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstosse. Infolgedessen ist bei einer verspäteten Geltendmachung die Einrede verwirkt. Auf eine verspätete Eingabe kann nicht mehr eingetreten werden. Diese Verwirkungsfolge steht im Einklang mit der Praxis zur Geltendmachung von Ausstands- oder Ablehnungsgründen, welche nach konstanter Rechtsprechung des Bundesgerichts ebenfalls als verwirkt gelten, wenn sie nicht sofort nach Entdecken gerügt werden.

2. Eröffnung von Verfahren aufgrund von Medienberichten

Die Aufsichtskommission bzw. deren Präsident hatte sich in zwei Fällen mit Verfahren zu befassen, die aufgrund von Medienberichten eröffnet worden waren. Dabei konnten sowohl verfahrensrechtliche als auch materielle Fragen geklärt werden.³⁶

2.1 Prozessuales

Art. 3 Abs. 3 des Untersuchungsreglements³⁷ bezieht sich nach dem Wortlaut auf einzelne Untersuchungshandlungen, welche im Rahmen einer bereits laufenden Untersuchung durchgeführt werden sollen, und nicht auf die Eröffnung einer Untersuchung als Ganzes. Die Einleitung des Untersuchungsverfahrens ist in Art. 4 des Untersuchungsreglements und somit nach dem Kapitel über die Verhältnismässigkeit und die Möglichkeit, sich gegen unverhältnismässige Untersuchungshandlungen zu wehren, geregelt. Dennoch

³⁶ Vgl. dazu auch die als „leading cases“ vom August 2009 publizierte Verfügung des Präsidenten der Aufsichtskommission vom 14. August 2009.

³⁷ Vgl. dazu Ziff. IV/1 oben.

entschieden der Präsident der Aufsichtskommission und die Aufsichtskommission übereinstimmend, dass die Vorschrift von Art. 3 Abs. 3 des Untersuchungsreglements auch bei der Frage nach der Anwendung von Art. 4 des Untersuchungsreglements sinngemäss zur Anwendung kommt. Denn die Banken haben ein legitimes Interesse daran, sich gegen ungerechtfertigte Eröffnungen von Untersuchungsverfahren gestützt auf Medienberichte mit dem gleichen Rechtsbehelf zur Wehr zu setzen wie gegen unverhältnismässige Untersuchungshandlungen im Einzelfall.

Die Aufsichtskommission und ihr Präsident gingen sogar noch weiter und stellten fest, dass umgekehrt über die Zulässigkeit der Eröffnung eines Ermittlungsverfahrens nicht (mehr) entschieden werden kann, wenn die Bank die – aus ihrer Sicht – unzulässige Eröffnung eines Verfahrens nicht umgehend gerügt hat. Das Fehlen der Voraussetzungen von Art. 4 des Untersuchungsreglements kann und muss daher in dem in Art. 3 Abs. 3 des Untersuchungsreglements geregelten Verfahren geltend gemacht werden. Infolgedessen kann auf eine verspätete Rüge der Unzulässigkeit der Eröffnung des Verfahrens³⁸ nicht mehr eingetreten werden.³⁹

2.2 Materielles

Art. 4 Abs. 1 des Untersuchungsreglements schränkt die Möglichkeit ein, Untersuchungen gestützt auf Medienberichte zu eröffnen. Diese Regelung steht im Einklang mit dem Grundgedanken der VSB, nicht für jede Kleinigkeit ein Verfahren zu eröffnen, wie er auch in der neuen Bagatellfallregelung⁴⁰ zum Ausdruck kommt.

Die Aufsichtskommission und deren Präsident stellten aber klar, dass Art. 4 Abs. 1 des Untersuchungsreglements nicht etwa ausschliesst, dass Medienberichte als Grundlage für die Eröffnung eines Untersuchungsverfahrens herangezogen werden können, sofern sie hinreichend klar sind. Dabei dürfen keine überspitzten Anforderungen an den Detaillierungsgrad der Medienberichte gestellt werden. Denn es kann nicht der Sinn eines zur Eröffnung eines Untersuchungsverfahrens tauglichen Presseberichts sein, akribisch jeden einzelnen konkreten Vorfall einer bestimmten Person und einer bestimmten Bank zuzuordnen und damit quasi das Untersuchungsergebnis vorwegzunehmen.

³⁸ Welche beispielsweise erst im Verfahren vor der Aufsichtskommission erhoben wird.

³⁹ Vgl. dazu auch Ziff. IV/1 oben.

⁴⁰ Vgl. dazu Ziff. I/2.7 oben.

In den vorliegenden Fällen enthielten die Zeitungsartikel konkrete und begründete Verdachtskriterien und sie nannten sowohl die involvierten Banken als auch deren Kunden namentlich. Der Untersuchungsbeauftragte hatte daher sachlich zureichende plausible Gründe für die Eröffnung einer Untersuchung gehabt. Die Eröffnung eines Ermittlungsverfahrens, dessen Zweck gerade darin besteht abzuklären, ob es bei der Bank tatsächlich zu Verletzungen der Sorgfaltspflichtvereinbarung gekommen ist, war daher nicht zu beanstanden.

3. Eröffnung von Verfahren aufgrund von Anzeigen Privater

Eine VSB-Untersuchung wird in der Regel aufgrund einer Meldung der Prüfgesellschaft, einer (Selbst-)Anzeige der Bank oder einer Anzeige der FINMA eröffnet. In seltenen Fällen können aber auch Medienberichte⁴¹ oder Anzeigen von Privatpersonen ein VSB-Verfahren auslösen.

Während der Berichtsperiode eröffneten die Untersuchungsbeauftragten in drei Fällen aufgrund von Anzeigen von Privatpersonen ein Ermittlungsverfahren. Obschon die Untersuchungsbeauftragten gemäss Art. 4 Abs. 1 des Untersuchungsreglements 2008 auf Anzeigen Privater grundsätzlich nicht (mehr) eintreten, sah sich die Aufsichtskommission nicht veranlasst, gegen die Eröffnung dieser Verfahren einzuschreiten. Denn die Aufsichtskommission ist der Auffassung, dass sie bzw. die Untersuchungsbeauftragten gegebenenfalls auch einer Anzeige von privaten Dritten Folge leisten müssen (analog den staatlichen Strafverfolgungsbehörden, welche private Strafanzeigen ebenfalls zu behandeln haben). Wenn auf Anzeigen von Privatpersonen generell nicht eingetreten würde, so würde dies dem VSB-immanenten System, Standesregelverletzungen abzuklären und zu ahnden⁴², widersprechen.

Selbstverständlich ist aufgrund einer Anzeige einer Privatperson nicht leichtfertig ein Verfahren zu eröffnen, sondern es ist vielmehr nach pflichtgemäßem Ermessen darüber zu entscheiden, ob der Anzeige Folge zu leisten ist. Auf missbräuchliche Anzeigen Privater ist nicht einzutreten. Die für die Verfahrenseröffnung aufgrund von Medienberichten geltende Regel von Art. 4 Abs. 1 des Untersuchungsreglements 2008, wonach ein Untersuchungsverfahren nur eingeleitet wird, wenn unmittelbar deutliche Hinweise auf eine Verletzung der VSB bestehen, gilt bei Anzeigen von Privatpersonen erst recht. Im Üb-

⁴¹ Vgl. dazu Ziff. IV/2 oben.

⁴² Vgl. Art. 11 und Art. 12 VSB 2008.

rigen setzt jede Einleitung einer VSB-Untersuchung ohnehin klare Anhaltspunkte dafür voraus, dass eine Bank in Bezug auf bestimmte Kundenbeziehungen die Bestimmungen der VSB nicht eingehalten hat.⁴³

Sollte sich die Anzeige eines privaten Dritten aufgrund der Untersuchungen als unbegründet erweisen, bietet das Untersuchungsreglement immer noch genügend Möglichkeiten, das Verfahren ohne grösseren Aufwand einzustellen.⁴⁴ Liegt aber eine Verletzung vor, kann sie nicht totgeschwiegen werden.

4. Opportunitätsprinzip

Per 1. Januar 2006 war von der SBVg das revidierte Untersuchungsreglement vom 23. Dezember 2005 (Untersuchungsreglement 2005⁴⁵) in Kraft gesetzt worden. Wesentliche Neuerung des Untersuchungsreglements 2005 war dessen Art. 6 (Marginalie: Einstellung des Verfahrens). Mit Art. 6 des Untersuchungsreglements 2005 wurde den Untersuchungsbeauftragten die Möglichkeit eröffnet, das Verfahren bereits vor der Weiterleitung der Akten an die Aufsichtskommission einzustellen, wenn es sich um einzelne oder um vereinzelte geringfügige Verletzungen der VSB (Bagatellfälle) handelte und auch die weiteren Voraussetzungen von Art. 6 erfüllt waren. Ratio legis von Art. 6 des Untersuchungsreglements 2005 war erklärermassen die Entlastung der Aufsichtskommission von überflüssigen Verfahren. Die Aufsichtskommission sollte nicht mit zahlreichen Bagatellfällen belastet werden, welche regelmässig zu keinen erheblichen Sanktionen führen würden.

Die Bagatellfallregelung der VSB 2008 ist neu so konzipiert, dass sie in jeder Phase des Verfahrens zur Anwendung kommen kann:

Stellt die Prüfgesellschaft einen Bagatellfall fest, so setzt sie der Bank eine Frist an, um den Verstoss zu beheben. Nur wenn der festgestellte Mangel nicht (oder nicht innert Frist) behoben wird, erstattet die Prüfgesellschaft Anzeige an die Aufsichtskommission.

Wird im Ermittlungsverfahren das Vorliegen eines Bagatellfalles festgestellt, so kann der Untersuchungsbeauftragte das Verfahren (unter Kostenaufgabe an die Bank) einstellen.

⁴³ Vgl. Art. 4 Abs. 2 des Untersuchungsreglements 2008.

⁴⁴ In einem Fall stellte die Aufsichtskommission das Verfahren gegen die Bank in der Folge denn auch ohne Kostenfolge zu Lasten der Bank wieder ein, da keine Standesregelverletzungen festgestellt wurden.

⁴⁵ Das Untersuchungsreglement 2005 wurde später durch das Untersuchungsreglement 2008 ersetzt.

Im Verfahren vor der Aufsichtskommission schliesslich ist in Bagatellfällen ebenfalls eine Einstellung des Verfahrens möglich (oder aber die – im Vergleich zu einer Konventionalstrafe mildere – Sanktion eines Verweises).

5. Abgrenzung der Zuständigkeit der Aufsichtskommission von der Zuständigkeit der EBK bzw. der FINMA

[371/6] Eine Bank hatte beantragt, auf die Führung eines VSB-Verfahrens sei zu verzichten, da zum gleichen Sachverhalt die EBK bereits eine Schlussverfügung erlassen habe, in welcher keine Verletzung der bestehenden Richtlinien und Gesetze festgestellt worden sei. Es liege daher eine *res iudicata* vor.

Die Aufsichtskommission stellte klar, dass das Verfahren auf Abklärung und Ahndung von Verletzungen der Standesregeln unabhängig von einem allfälligen Gewährsverfahren der EBK (bzw. der FINMA) ist. Für die Überwachung der Einhaltung der Standesregeln sind alleine die Untersuchungsbeauftragten und die Aufsichtskommission VSB zuständig (vgl. Art. 12 Abs. 1 VSB 2003), und nicht die EBK. Dass die VSB von der EBK als Mindeststandard der Selbstregulierung anerkannt ist, ändert daran nichts. Es ist nicht aussergewöhnlich, dass derselbe Sachverhalt gleichzeitig mehrere Verfahren auslösen kann. Eine Schlussverfügung der EBK ermöglicht insbesondere nicht die Einrede der abgeurteilten Sache.⁴⁶ Dazu kam, dass im konkreten Fall die EBK das Verfahren nicht etwa eingestellt hatte, weil keine Verletzungen der Sorgfaltspflichten festgestellt worden wären, sondern weil die verantwortlichen Personen mittlerweile pensioniert waren oder bei der Bank keine Positionen bekleideten, welche Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit verlangten.

6. Übergangsrecht

Die VSB 2008 trat am 1. Juli 2008 in Kraft (Art. 14 Abs. 1 VSB 2008). Die Regeln der VSB 2008 sind nicht auf bestehende, vor dem 1. Juli 2008 eröffnete Geschäftsbeziehungen, sondern nur auf neue Kundenbeziehungen anwendbar (Art. 15 Abs. 2 VSB 2008). Art. 15

⁴⁶ Dass in der gleichen Sache eine andere Instanz allenfalls ebenfalls Massnahmen anordnet, ist vielmehr in der VSB ausdrücklich vorgesehen: Dieser Umstand ist gemäss Art. 11 Abs. 1 VSB 2008 bei der Bemessung der Konventionalstrafe zu berücksichtigen.

Abs. 1 VSB 2008 betont zudem ausdrücklich, dass für bestehende Geschäftsbeziehungen die bisherigen Formulare A nicht ersetzt werden müssen.⁴⁷

Die neuen Vorschriften von Ziff. 14 (Überprüfung der Identität der Eröffner und Kenntnisnahme von Bevollmächtigungsbestimmungen) und Ziff. 15 Abs. 2 (Identifizierung von sich in Gründung befindenden Gesellschaften) sind erst nach einer einjährigen Übergangsfrist per 1. Juli 2009 in Kraft getreten. Diese Übergangsfrist gilt gemäss der Praxis der Aufsichtskommission jedoch nur für die (neu geschaffene) Pflicht zur Überprüfung der Identität der Eröffner, nicht aber für die Pflicht zur Abklärung bzw. Kenntnisnahme der Bevollmächtigungsbestimmungen.⁴⁸

Die VSB 2008 statuiert – gleich wie die früheren Versionen der Landesregeln – in Art. 15 Abs. 2 letzter Satz VSB 2008 den Grundsatz der Anwendung des mildereren Rechts (lex mitior).

V. EINZELNE TATBESTÄNDE

1. Identifizierung des Vertragspartners⁴⁹

1.1 Überblick

Die Fälle, in welchen die Regeln über die Identifikation des Vertragspartners nicht eingehalten wurden, nahmen im Vergleich zur vorangegangenen Berichtsperiode leicht zu. Insgesamt kam es in diesem Zusammenhang zu 60 (teilweise mehrfachen) Verurteilungen.

1.2 Einzelne Fälle

1.2.1 [276/12] Die Aufsichtskommission bestätigte ihre neue Praxis, dass es Bestandteil der Sicherstellungspflicht gemäss Ziff. 23 Ausführungsbestimmungen zu Art. 2 VSB 2003 bildet, den Zeitpunkt des Eingangs eines Identifikationsdokuments aktenkundig

⁴⁷ Dasselbe gilt auch für die Formulare R (vgl. Art. 15 Abs. 3 VSB 2008) und die (mit der VSB 2008 neu eingeführten) Formulare T.

⁴⁸ Denn diese Pflicht deckt sich mit der bereits unter den früheren Landesregeln bestehenden Pflicht, die Vertretungsbefugnis des Verhandlungspartners der Bank abzuklären (vgl. dazu Ziff. V/1.2.17 unten).

⁴⁹ Art. 2 VSB 2008, Art. 2 VSB 2003 sowie Art. 2 VSB 1998.

zu machen.⁵⁰ Die Frage, in welcher Form der Eingang der Identifikationsdokumente vermerkt werden muss, wurde von der Aufsichtskommission offengelassen. Sie wird von den einzelnen Banken aufgrund ihrer Organisationsstruktur und der verfügbaren technischen Mittel beantwortet werden müssen. Die Bank muss in jedem Fall sicherstellen, dass die interne Revision und die bankengesetzliche Revisionsstelle das Datum des Eingangs eines Dokuments kontrollieren können.

1.2.2 [276/7 und 277/7] Nach der Praxis der Aufsichtskommission bedeutet es zwar grundsätzlich eine Verletzung der Sicherstellungspflicht im Sinne von Ziff. 23 Ausführungsbestimmungen zu Art. 2 VSB 2003, wenn die Bank erst im Verfahren vor der Aufsichtskommission in der Lage ist, die gemäss den Standesregeln erforderlichen Auskünfte zu erteilen und die notwendigen Dokumente vorzulegen. Diese Regel ist aber nicht anwendbar, wenn die Unterlassung nicht auf die fehlende Verfügbarkeit der Unterlagen schliessen lässt.⁵¹ Dies ist insbesondere dann nicht der Fall, wenn die Bank vom Vorwurf einer Standesregelverletzung erst durch die schriftlich begründeten Anträge des Untersuchungsbeauftragten Kenntnis erhält und aus diesem Grund erst im Verfahren vor der Aufsichtskommission die nötigen Informationen und Unterlagen einreicht.

1.2.3 [276/12] Eine Bank machte geltend, über ein Kontrollsystem in Sachen von Ziff. 24 Ausführungsbestimmungen zu Art. 2 VSB 2003 zu verfügen. Aufgrund des erst nachträglich, aber noch innerhalb der 30-tägigen Frist, eingegangenen Identifikationsdokuments habe sie den Kunden korrekt identifiziert. Die Ausnahmeregelung von Ziff. 24 Ausführungsbestimmungen zu Art. 2 VSB 2003 setzt jedoch nicht nur voraus, dass die Bank über ein solches Kontrollsystem verfügt. Verlangt wird vielmehr zusätzlich, dass die Bank dessen Anwendung bei der in Frage stehenden Kontoeröffnung auch nachweisen kann. In dem von der Aufsichtskommission beurteilten Fall hatte die Bank zwar nachgewiesen, dass sie grundsätzlich über ein entsprechendes Kontrollsystem verfügte. Die Kontounterlagen liessen aber eher darauf schliessen, dass das Kontrollsystem im konkreten Fall gerade nicht zur Anwendung gekommen war. Unter diesen Umständen konnte sich die Bank nicht auf die Ausnahmeregelung von Ziff. 24 Ausführungsbestimmungen zu Art. 2 VSB 2003 berufen. Denn es war nicht erwiesen, dass das nachträglich eingegangene Iden-

⁵⁰ *Friedli*, SZW 2005, S. 246. Vgl. auch neu Ziff. 23 Abs. 2 Ausführungsbestimmungen zu Art. 2 VSB 2008.

⁵¹ *Georg Friedli*, Tätigkeitsbericht der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken 1993–1994, SZW 1995, S. 320.

tifikationsdokument unter Anwendung des Kontrollsystems der Bank, und nicht bloss „zufälligerweise“ innerhalb der 30-tägigen Frist eingeholt wurde.

1.2.4 [288/9] Die Aufsichtskommission hatte eine Kontoeröffnung zu beurteilen, bei welcher der Kunde seine Schwester mit den von ihm unterzeichneten Kontoeröffnungsformularen zur Bank geschickt hatte. Aus der Systematik der VSB folgte die Aufsichtskommission, dass jede Aufnahme einer Geschäftsbeziehung, die nicht aufgrund einer persönlichen Vorsprache des Vertragspartners erfolgt, als Korrespondenzeröffnung gilt. „Persönliche Vorsprache“ und „Aufnahme der Geschäftsbeziehung auf dem Korrespondenzweg“ sind mithin komplementäre Begriffe. Für die Annahme einer Korrespondenzeröffnung genügt es daher, dass es zu keiner persönlichen Begegnung zwischen der Bank und dem Vertragspartner kommt. Eine eigentliche Korrespondenz im Sinne eines Briefverkehrs zwischen Bank und Vertragspartner ist nicht erforderlich.⁵²

1.2.5 [294/6] Gemäss Ziffer 9 Ausführungsbestimmungen zu Art. 2 VSB 2003 ist ein Führerausweis ein geeignetes Identifikationsdokument. Die Aufsichtskommission entschied, dass eine Identifikation anhand eines Duplikats eines Führerausweises ebenfalls zulässig ist, vorausgesetzt, das Duplikat ist von der zuständigen Behörde ausgestellt worden.

1.2.6 [294/8] Die Regel, wonach ein Kunde, welcher bereits eine Geschäftsbeziehung mit der Bank unterhält, nicht nochmals identifiziert werden muss,⁵³ gilt auch dann, wenn ein mündiger Kunde im Sinne von Ziff. 18 Lit. a Ausführungsbestimmungen zu Art. 2 VSB 2003 ein auf einen Minderjährigen lautendes Konto, Depot oder Heft eröffnet. Die Bank ist daher nicht verpflichtet, einen bereits identifizierten Kunden, der für einen Minderjährigen ein auf dessen Namen lautendes Konto eröffnet, erneut zu identifizieren.

1.2.7 [294/17] Die Identität der im Handelsregister nicht eingetragenen juristischen Personen (Vereine, Stiftungen, Stockwerkeigentümergeinschaften, selbstständige öffentlichrechtliche Anstalten und Körperschaften) ist nach der Regel von Ziff. 13 Ausführungsbestimmungen zu Art. 2 VSB 2003 anhand von Statuten oder gleichwertigen Dokumenten zu prüfen. Zu beurteilen war die Identifikation eines Vereins anhand von nicht unterschriebenen Statuten. Die Aufsichtskommission stellte fest, dass die Frage, ob die zur Iden-

⁵² Vgl. auch Ziff. 10 Ausführungsbestimmungen zu Art. 2 VSB 2003/2008, welche die Aufnahme einer Geschäftsbeziehung über das Internet ebenfalls den Regeln über die Korrespondenzeröffnung unterstellt.

⁵³ Vgl. dazu *Friedli*, SZW 2005, S. 246.

tifikation zu erhebenden Statuten eines Vereins unterzeichnet sein müssen, in den Landesregeln nicht geregelt ist. Da es nach den zivilrechtlichen Vorschriften für die Entstehung eines Vereins nicht erforderlich ist, dass die Statuten unterzeichnet sind, kam die Aufsichtskommission zum Schluss, dass die Prüfung der Identität eines Vereins anhand seiner nicht unterzeichneten Statuten den Landesregeln genügt.

1.2.8 [286/25] Die Aufsichtskommission stellte klar, dass bei einem Kassageschäft in Sachen von Art. 2 Abs. 2 VSB 2003 die Ausnahmeregel von Ziff. 24 Ausführungsbestimmungen zu Art. 2 VSB 2003 nicht zur Anwendung kommen kann.

1.2.9 [305/26] Die Regel, wonach es Bestandteil der Identifikationspflicht bildet, Abklärungen über die Vertretungsvollmacht der Kontaktpersonen der Bank zu treffen,⁵⁴ gilt selbstverständlich auch bei der Aufnahme einer Geschäftsbeziehung mit einem Verein.

1.2.10 [328/7] Nach der Praxis der Aufsichtskommission muss ein vorbestehender Kunde, welcher weitere Konten eröffnet, nicht neuerlich identifiziert werden. Dies gilt auch dann, wenn sich in der Zwischenzeit die Anforderungen der VSB an die Identifikation des Kunden erhöht haben sollten. Voraussetzung ist allerdings, dass die Erstidentifikation nach den Regeln der damals gültigen Sorgfaltspflichtvereinbarung vorgenommen worden war.⁵⁵ Die Aufsichtskommission hatte die Eröffnung eines neuen Kontos zugunsten eines bestehenden Kunden zu beurteilen, welcher der Bank bei der Aufnahme der Geschäftsbeziehung persönlich bekannt gewesen war und daher keinen Ausweis vorgelegt hatte (was nach den Regeln der bei der Aufnahme der Geschäftsbeziehung damals noch gültigen VSB ausgereicht hatte). Die Aufsichtskommission entschied, dass es unerheblich ist, ob die weiteren Konten des Kunden vom selben Bankmitarbeiter, der auch die Erstidentifikation vorgenommen und den Kunden persönlich gekannt hatte, eröffnet wurden. Bei Kunden, welche von der Bank bei Aufnahme der Geschäftsbeziehung standesregelkonform als persönlich bekannt identifiziert wurden, wird nicht verlangt, dass der Bankmitarbeiter, welcher zu einem späteren Zeitpunkt ein weiteres Konto eröffnet, den Kunden ebenfalls persönlich kennt. Eine solche Pflicht wäre vielfach, insbesondere bei grösseren Banken und bei länger dauernden Geschäftsbeziehungen, auch kaum praktikabel. Es genügt, dass der Kunde dem mit der Aufnahme der Geschäftsbeziehung betrauten und für die Erstidentifikation zuständigen Bankmitarbeiter persönlich bekannt war.

⁵⁴ *Friedli*, SZW 1998, S. 102 f.

⁵⁵ *Friedli*, SZW 2005, S. 246.

1.2.11 [336/10] Eine Bank nahm mehrere Bareinzahlungen von je mehr als CHF 25'000.00 entgegen zugunsten von Konten, welche ihre Muttergesellschaft führte. Die Aufsichtskommission stellte klar, dass es sich bei diesen Bareinzahlungen um Kassageschäfte im Sinne von Art. 2 Abs. 2 VSB 2003 handelte. Denn die Regel von Ziff. 7 Ausführungsbestimmungen zu Art. 2 VSB 2003, wonach Bareinzahlungen und Barbezüge in Verbindung mit bestehenden Konten/Heften nicht als Kassageschäfte gelten, kommt nur dann zur Anwendung, wenn es sich bei den bestehenden Konten oder Heften um solche der Bank handelt. Bareinzahlungen oder Barbezüge in Verbindung mit Konten/Heften bei einer anderen Bank hingegen sind Kassageschäfte. Dass die andere Bank das Mutterhaus ist, ändert nichts daran, dass es sich um zwei rechtlich selbstständige und voneinander unabhängige Banken handelt.

Hingegen kann das zwischen der Bank und ihrer Muttergesellschaft bestehende Konzernverhältnis insofern relevant sein, als nach der Regel von Ziff. 19 Ausführungsbestimmungen zu Art. 2 VSB 2003 ein erneutes Verfahren gemäss Ziff. 9–14 Ausführungsbestimmungen zu Art. 2 VSB 2003 nicht nötig ist, wenn ein Vertragspartner konzernintern in gleichwertiger Weise bereits identifiziert worden ist. In diesen Fällen müssen aber bei den betroffenen Konzerneinheiten die ursprünglichen Identifikationsakten vorliegen. Da die Bank in dem zu beurteilenden Fall über keinerlei Identifikationsdokumente verfügte, konnte sie aus dem Umstand, dass es sich bei denjenigen Personen, welche bei ihr die Bareinzahlungen vornahmen, um Kunden des Mutterhauses handelte, nichts zu ihren Gunsten ableiten.

1.2.12 [379/11] Die Bank darf sich im Rahmen der Identifizierung einer natürlichen Person nicht mit der Angabe einer Geschäftsadresse begnügen, sondern sie muss die Privatadresse ihres Vertragspartners ermitteln. Wenn die Bank geltend machen will, die Privatadresse stimme ausnahmsweise mit einer Geschäftsadresse überein, so hat sie diesen Umstand zu begründen und aktenkundig zu machen, so dass die korrekte Vornahme der Identifizierung ausreichend und nachvollziehbar dokumentiert ist.⁵⁶

1.2.13 [382/12] Eine Bank eröffnete auf dem Korrespondenzweg für einen bereits bestehenden Kunden neu ein Gemeinschaftskonto, lautend auf den Kunden und dessen Ehefrau. Da es sich beim Ehemann um einen vorbestehenden Kunden handelte, durfte die Bank auf dessen nochmalige Identifizierung verzichten.⁵⁷ Hingegen war die Bank ver-

⁵⁶ Ziff. 23 Ausführungsbestimmungen zu Art. 2 VSB 2003/VSB 2008.

⁵⁷ *Friedli*, SZW 2005, S. 246 f.; vgl. auch Art. 2 Abs. 3 VSB 2008.

pflichtet, die Ehefrau als Neukundin nach den aktuellen, für eine Korrespondenzeröffnung geltenden Regeln zu identifizieren. Die Aufsichtskommission stellte klar, dass die VSB keine Ausnahmeregelung enthält, wonach die Pflicht zur Bestätigung der Wohnsitzadresse bei Ehegatten von bereits bestehenden Kunden entfallen würde.

1.2.14 [396/10] Die Praxis der Aufsichtskommission, wonach es Bestandteil der Sicherstellungspflicht bildet, das Datum des Eingangs eines Identifikationsdokumentes aktenkundig zu machen,⁵⁸ gilt auch bei der konzernweiten Identifizierung im Sinne von Ziff. 19 Ausführungsbestimmungen zu Art. 2 VSB 2003. Wenn eine Bank gestützt auf Ziff. 19 Ausführungsbestimmungen zu Art. 2 VSB 2003 auf eine Identifizierung des Vertragspartners verzichtet und sich darauf beruft, der Vertragspartner sei von einer anderen Konzerngesellschaft bereits in gleichwertiger Weise identifiziert worden, so hat sie nachvollziehbar festzuhalten, wann die von ihr gemäss Ziff. 19 Ausführungsbestimmungen zu Art. 2 VSB 2003 zu den Akten zu nehmenden Kopien der ursprünglichen Identifizierungsdokumente bei ihr eingegangen sind.

1.2.15 [405/15] Die Aufsichtskommission hatte einen Fall zu beurteilen, in welchem eine Bank Kunden eines ihr nahestehenden (jedoch nicht konzernmässig verbundenen) Finanzinstituts mit Domizil in einer Offshore-Jurisdiktion verschiedene Bankdienstleistungen zur Verfügung stellte, wie wenn es sich dabei um eigene Kunden handeln würde. So nahm die Bank auf Wunsch dieser „Kunden“ insbesondere Überweisungen an Dritte vor, welche sie auf Rechnung des ausländischen Finanzinstituts ausführte (welches in der Folge seinerseits die Konten der betreffenden Kunden weiterbelastete). Die Aufsichtskommission hatte zu prüfen, ob es sich bei diesen Transaktionen von Nichtkunden an Nichtkunden um Kassageschäfte im Sinne von Art. 2 Abs. 2 Lemma 7 VSB 2003 handelte. Dabei stellte die Aufsichtskommission zwar zunächst fest, dass nach dem Wortlaut von Ziff. 7 Ausführungsbestimmungen zu Art. 2 VSB 2003 ein Kassageschäft ein Bargeschäft sein müsse, womit ein rein buchmässig abgewickelter Geschäft grundsätzlich kein Kassageschäft sein könne. Indessen erwog die Aufsichtskommission weiter:

„Bei näherer Betrachtung ergibt sich jedoch, dass das entscheidende Kriterium für die Qualifikation eines Finanzgeschäfts als Kassageschäft nicht darin besteht, dass eine bare Abwicklung (im Sinne einer physischen Entgegennahme bzw. Übergabe eines Vermögenswertes) erfolgt. Das Merkmal eines Kassageschäfts besteht vielmehr darin, dass es in einer punktuellen Dienstleistung besteht, welche von vornherein nicht auf Dauer angelegt

⁵⁸ Friedli, SZW 2005, S. 246.

ist und daher nicht in Verbindung mit einer bereits bestehenden Geschäftsbeziehung erbracht wird. Kassageschäfte sind demnach Geschäfte, welche nicht über ein bestehendes Konto des Kunden abgewickelt werden und die keine weitere Beziehung des Kunden zur Bank zur Folge haben, womit es auch an Unterlagen fehlt, welche es ermöglichen würden, den Kunden zu identifizieren sowie die Herkunft und den weiteren Weg der vorgelegten Vermögenswerte zu rekonstruieren (vgl. auch die Botschaft zum Bundesgesetz zur Bekämpfung der Geldwäscherei im Finanzsektor [Geldwäschereigesetz, GwG] vom 17. Juni 1996, BBl 1996, S. 1122).“

Massgeblich bei der Qualifikation als Kassageschäft ist somit nicht primär, ob ein Finanzgeschäft eine Bartransaktion darstellt, sondern ob ein Finanzgeschäft ausgeführt wird, ohne dass eine Buchung über ein bestehendes Kundenkonto vorgenommen wird (was auf die in Ziff. 7 Ausführungsbestimmungen zu Art. 2 VSB 2003 erwähnten Bargeschäfte natürlich ebenfalls zutrifft).

1.2.16 [405/21] Im Zusammenhang mit den soeben erwähnten Kassageschäften sah sich die Aufsichtskommission veranlasst, noch einmal klarzustellen, dass ein Kassageschäft auch dann als Kassageschäft gilt, wenn es von einem bereits bestehenden Kunden ausgeführt wird.⁵⁹ Dass der Kunde bereits zu einem früheren Zeitpunkt identifiziert worden ist, bedeutet zwar, dass auf dessen (neuerliche) Identifizierung verzichtet werden kann.⁶⁰ Eine Erklärung über die wirtschaftliche Berechtigung hingegen ist in jedem Fall einzuholen.⁶¹

1.2.17 [404/8] Nach der Praxis der Aufsichtskommission bildete es Bestandteil der Identifikationspflicht, Abklärungen über die Vertretungsvollmacht der natürlichen Personen zu treffen, welche für die juristische Person oder Personengesellschaft handeln. Die Bank durfte keine Geschäftsbeziehung mit einem Kunden eingehen, solange sie nicht abgeklärt hatte, dass die für diesen Kunden handelnden Personen den Kunden auch tatsächlich verpflichten konnten.⁶² Eröffnete eine juristische Person als Vertreterin des Kunden eine Geschäftsbeziehung, so war auch die Vertretungsbefugnis der natürlichen Personen zu überprüfen, welche für diese juristische Personen handelten. Abzustellen war stets auf die

⁵⁹ Vgl. dazu bereits *Georg Friedli*, Ziff. 2.12 der durch die SBVg auf deren Intranet publizierten Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken 2001–2005.

⁶⁰ So schon *Friedli*, SZW 2005, S. 246; vgl. neu auch Art. 2 Abs. 3 VSB 2008.

⁶¹ Vgl. auch die Botschaft zum Bundesgesetz zur Bekämpfung der Geldwäscherei im Finanzsektor [Geldwäschereigesetz, GwG] vom 17. Juni 1996, BBl 1996, S. 1122.

⁶² *Friedli*, SZW 1998, S. 102 f.

effektiv handelnden Personen im Zeitpunkt, in dem die Geschäftsbeziehung eröffnet wurde. Dies hat zur Folge, dass mitunter eine eigentliche Vertretungskette (vom Vertragspartner über eine weitere juristische Person bis zu den effektiv handelnden natürlichen Personen) zu überprüfen und zu dokumentieren ist.

Die Aufsichtskommission hatte sodann Gelegenheit, das Verhältnis ihrer (soeben erwähnten) bisherigen Praxis zur neuen Regelung von Ziff. 14 Ausführungsbestimmungen zu Art. 2 VSB 2008 zu klären. Die Aufsichtskommission hielt dazu Folgendes fest:

„Ziff. 14 Abs. 1 Ausführungsbestimmungen zu Art. 2 VSB 2008 verlangt neu, dass die Banken bei juristischen Personen und Personengesellschaften die Identität der Eröffner überprüfen. Damit wurden internationale Rechtsentwicklungen (insbesondere Empfehlungen der Financial Action Task Force [FATF] sowie der neue Art. 3 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 10. Oktober 1997 zur Bekämpfung der Geldwäscherei im Finanzsektor [Geldwäschereigesetz, GwG; SR 955.0]) umgesetzt (vgl. Kommentar zur Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken [VSB 08], Ziff. 14).

Die Regelung von Ziff. 14 Abs. 1 Ausführungsbestimmungen zu Art. 2 VSB 2008 ist als Ergänzung zur bisherigen Praxis der Aufsichtskommission zu verstehen, wonach die Banken die Vertretungsvollmacht der natürlichen Personen, welche die juristische Person oder Personengesellschaft gegenüber der Bank vertreten (von der VSB 2008 als „Eröffner“ bezeichnet), abzuklären haben [...]. Gemäss der VSB 2008 genügt es nicht mehr, bloss die Vertretungsbefugnis der Eröffner abzuklären. Die Bank hat vielmehr zusätzlich deren Identität zu überprüfen.

Im Sinne der bisherigen Praxis der Aufsichtskommission sieht Ziff. 14 Abs. 3 Ausführungsbestimmungen zu Art. 2 VSB 2008 sodann ausdrücklich vor, dass die Banken bei der Aufnahme von Geschäftsbeziehungen mit juristischen Personen die Bevollmächtigungsbestimmungen der Vertragspartei zur Kenntnis nehmen und dokumentieren müssen. Als Bevollmächtigte in diesem Sinne gelten alle Personen, welche für die juristische Person handeln können und die gegenüber der Bank die Geschäftsbeziehung eröffnen (mit Einzel- oder Kollektivvollmacht), also ihre Organe, ihre Zeichnungsberechtigten oder bevollmächtigte Dritte (Kommentar zur Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken [VSB 08], Ziff. 14). In den meisten Fällen dürfte die neu (nach der VSB 2008) verlangte Dokumentierung der Bevollmächtigungsbestimmungen mit der schon früher (nach der Praxis der Aufsichtskommission zur VSB 2003) erforderlichen Überprüfung der Vertretungsbefugnis des Bevollmächtigten des Kunden zusammenfallen. Wenn der Bevollmächtigte des Vertragspartners hingegen – wie im vorliegenden Fall – selber nicht

direkt gegenüber der Bank auftritt, sondern seinerseits durch einen Bevollmächtigten handelt (sei es, weil der Bevollmächtigte des Vertragspartners selber ebenfalls eine juristische Person oder Personengesellschaft ist, welche ihrerseits durch natürliche Personen handeln muss, sei es, weil der Bevollmächtigte im Sinne einer Untervollmacht einen anderen [„Untervertreter“] bevollmächtigt, so dass dieser für den Vertragspartner [den Vertretenen] handeln kann), so ist die Überprüfung der Bevollmächtigungsbestimmungen des Vertragspartners nicht ausreichend. Beim Vorliegen einer eigentlichen „Vertretungskette“ sind vielmehr die Bevollmächtigungsbestimmungen sämtlicher Glieder der Vertretungskette zu kontrollieren und zu dokumentieren.“

Die neue, die bisherige Praxis der Aufsichtskommission ergänzende Regelung von Ziff. 14 Ausführungsbestimmungen zu Art. 2 VSB 2008 ist auf die vor dem 1. Juli 2009 aufgenommenen Geschäftsbeziehungen (noch) nicht anwendbar (vgl. Art. 15 Abs. 2 und 4 VSB 2008). Dies bedeutet jedoch nicht, dass die Banken mit Bezug auf die für eine juristische Person oder Personengesellschaft handelnden natürlichen Personen vor dem Inkrafttreten von Ziff. 14 Ausführungsbestimmungen zu Art. 2 VSB 2008 per 1. Juli 2009 überhaupt keine Abklärungspflichten hatten. Die Banken hatten vielmehr nach Massgabe der jahrelangen und konstanten Praxis der Aufsichtskommission zur damals anwendbaren VSB 2003 die Pflicht, die Vertretungsbefugnis ihres Verhandlungspartners abzuklären. Sie waren hingegen (noch) nicht verpflichtet, auch die Identität der Vertreter des Vertragspartners zu überprüfen.

1.2.18 [412/19] Das Kontodossier enthielt einen offiziellen Handelsregisterauszug, welcher zeitlich nach der Kontoeröffnung ausgestellt wurde. Die Bank machte jedoch geltend, sie habe anlässlich der Kontoeröffnung einen Internetauszug aus dem Handelsregister erhoben und diesen später durch den nachträglich eingegangenen offiziellen Handelsregisterauszug ersetzt. Die zuständige Mitarbeiterin könne dies nötigenfalls mittels „Affidavit“ bestätigen.

Die Aufsichtskommission beurteilte dieses Vorgehen als Verletzung der Sicherstellungspflicht.

1.2.19 [412/19] Nach der Praxis der Aufsichtskommission muss ein Kunde, welcher bereits eine Geschäftsbeziehung mit der Bank unterhält, nicht nochmals identifiziert werden.⁶³ Die Sicherstellungspflicht verlangt jedoch, dass die Bank in diesem Fall aktenkundig macht, aus welchem Grund sie auf eine erneute Identifizierung des Vertragspartners ver-

⁶³ *Friedli*, SZW 2005, S. 246; neu auch explizit geregelt in Art. 2 Abs. 3 VSB 2008.

zichtet, so dass dessen Identität jederzeit von der internen Revision und der bankengesetzlichen Revisionsstelle nachgeprüft werden kann. Da die Bank im konkreten Fall nicht nachgewiesen hat, dass sie den Vertragspartner bereits zu einem früheren Zeitpunkt standesregelkonform identifiziert hatte, kann sie sich nicht auf die Regel von Art. 2 Abs. 3 VSB 2008 berufen.

1.2.20 [419/20] Dasselbe gilt auch mit Bezug auf Ziff. 17 Ausführungsbestimmungen zu Art. 2 VSB 2008. Wenn sich die Bank auf Ziff. 17 Ausführungsbestimmungen zu Art. 2 VSB 2008 berufen und geltend machen will, sie habe auf eine Identifizierung der Vertragspartnerin verzichten können, da es sich um eine allgemein bekannte juristische Person handle, hat sie diese Tatsache aktenkundig festzuhalten.⁶⁴

1.2.21 [415/7] Gemäss Ziff. 21 Abs. 2 Ausführungsbestimmungen zu Art. 2 VSB 2008 hat der Beauftragte die Identifikationsakten an die Bank zu übermitteln und zu bestätigen, dass übermittelte Kopien mit den Originalen übereinstimmen. Die Standesregeln enthalten jedoch keine Vorschrift, wonach die Erklärung, dass die übermittelten Kopien mit den Originalen übereinstimmen, auf den Kopien selber angebracht werden muss. Diese Erklärung kann daher auch in einem separaten Dokument erfolgen, sofern sich die Echtheitsbestätigung der erhobenen Fotokopie zuordnen lässt. Im konkreten Fall fehlte auf der Ausweiskopie der Vermerk „Original eingesehen“. Stattdessen hatte der mit der Identifizierung Beauftragte auf einem separaten Formular unterschriftlich erklärt, dass er die Identität des Kunden anhand eines amtlichen Ausweises geprüft habe und dass er bestätige, dass die Unterschrift auf dem Eröffnungsformular echt sei und mit derjenigen auf dem Ausweis übereinstimme. Die Aufsichtskommission entschied, dass diese auf einem separaten Formular enthaltene Erklärung die Anforderungen von Ziff. 21 Abs. 2 Ausführungsbestimmungen zu Art. 2 VSB 2008 erfüllte.

2. Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten⁶⁵

2.1 Überblick

In der Berichtsperiode kam es zu insgesamt 53 teilweise mehrfachen Verurteilungen, weil die Bank die wirtschaftliche Berechtigung an den hinterlegten Werten nicht oder

⁶⁴ Die Verletzung dieser Pflicht gilt gemäss Art. 11 Abs. 2 Lit. d VSB 2008 allerdings nur als Bagatellfall.

⁶⁵ Art. 3 VSB 2008, Art. 3 VSB 2003 und Art. 3 VSB 1998.

nicht richtig festgestellt hatte. Mit Bezug auf diesen Tatbestand war somit eine markante Zunahme der Verurteilungen zu verzeichnen, denn in der Vorperiode hatten nur 18 Entscheide die Feststellung der wirtschaftlichen Berechtigung zum Gegenstand.

2.2 Allgemeine Erwägungen

2.2.1 [330/9] 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 zu machen. Dabei führte die Aufsichtskommission unter anderem Folgendes aus:

„Die VSB verlangt von den Banken, dass diese mit der gehörigen Sorgfalt den wirtschaftlich Berechtigten feststellen (Art. 3 Abs. 1 VSB 2003) bzw. das Verfahren der Feststellung der wirtschaftlichen Berechtigung wiederholen, wenn bestimmte Situationen auftreten (Art. 6 Abs. 1 VSB 2003). Mit der Regel von Art. 3 Abs. 1 VSB 2003 bzw. Art. 6 Abs. 1 VSB 2003 soll erreicht werden, dass transparent und sichtbar wird, wer hinter dem direkten Vertragspartner steht. Die Feststellung der wirtschaftlichen Berechtigung soll Missbräuche unabhängig von der gewählten juristischen Konstruktion verhindern. Insbesondere soll die Einschaltung von Strohmännern oder vorgeschobenen Gesellschaften unterbunden oder zumindest erschwert werden.

Der Begriff des wirtschaftlich Berechtigten wird zwar in der VSB seit ihrer Fassung aus dem Jahre 1977 verwendet (wobei in Art. 3 VSB 1977 noch vom „wahren Berechtigten“ die Rede war und erst seit der VSB 1982 einheitlich die Bezeichnung «wirtschaftlich Berechtigter» verwendet wird). Eine Definition des wirtschaftlich Berechtigten enthält die VSB jedoch nicht. Dies wäre angesichts der sich wandelnden Realitäten weder möglich noch sinnvoll. Es ist daher Aufgabe der Aufsichtskommission, den Begriff des wirtschaftlich Berechtigten zu konkretisieren.

Das Bundesgericht setzte sich im Zusammenhang mit Art. 305^{ter} StGB mit dem Begriff des wirtschaftlich Berechtigten auseinander, wobei es festhielt, dass der Begriff des wirtschaftlich Berechtigten im Strafgesetzbuch Art. 3 der Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken (VSB) entnommen ist. Nach der Praxis des Bundesgerichts ist für die Zuordnung der Vermögenswerte daher auf wirtschaftliche Gesichtspunkte abzustellen und sind formaljuristische Konstruktionen ohne Bedeutung. Wirtschaftlich berechtigt ist derjenige, «der über die Vermögenswerte faktisch bestimmen kann, dem sie mithin aus wirtschaftlicher Sicht gehören» (vgl. BGE 125 I 139 E. 3 b; *Claudia Gei-*

ger, Der wirtschaftlich Berechtigte im Sinne der Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken [VSB], Berner Bankrechtliche Abhandlungen, Band 14, Bern 2006, S. 114 ff., insb. S. 117).

Massgebend ist somit, wer über die in Frage stehenden Vermögenswerte faktisch (und nicht formell) bestimmen kann. Wirtschaftlich berechtigt ist, wer unabhängig und verbindlich über die Verwendung der Vermögenswerte entscheiden kann. Die Entscheidung darüber, wer als wirtschaftlich Berechtigter zu betrachten ist, kann dabei nicht schematisch, sondern nur unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalles getroffen werden.“

2.2.2 Das von der SBVg angerufene Schiedsgericht machte ebenfalls einige grundsätzliche Erwägungen zur Feststellung der wirtschaftlichen Berechtigung.

Das Schiedsgericht wies darauf hin, dass die Pflicht zur Feststellung der wirtschaftlichen Berechtigung einen doppelten Zweck verfolgt: Zum einen werden damit die Interessen der Bank selbst gewahrt in dem Sinne, dass sie sichtbar zur Kenntnis nimmt, wer tatsächlich hinter einer Kundenbeziehung oder einem Vertragspartner steht. Die Bank hat nicht nur aus rechtlichen und operationellen Gründen ein Interesse daran zu wissen, mit wem sie es konkret zu tun hat, sondern sie muss auch Reputationsrisiken durch mögliche Kontakte mit kriminellen Personen oder Organisationen vermeiden. Zum anderen geht es um den Schutz der Interessen der Allgemeinheit in dem Sinne, dass kriminelle Tätigkeiten wie Geldwäscherei oder Terrorismusfinanzierung vom Finanzplatz Schweiz fernzuhalten sind. Um diese Ziele zu erreichen, verlangt die VSB, dass die Bank in Zweifelsfällen vom Vertragspartner eine Erklärung über die wirtschaftliche Berechtigung mittels Formular A verlangt.

Zudem äusserte sich das eingesetzte Schiedsgericht zu den Verantwortlichkeiten für das korrekte Ausfüllen des Formulars A. Verantwortlich für die Richtigkeit des Inhalts des Formulars ist in erster Linie der Vertragspartner, der es unterzeichnet. Die Bank muss jedoch bei der Ausfertigung des Formulars mitwirken. Angesichts des besonderen Charakters des Formulars, das der Kunde zudem häufig zum ersten Mal sieht, ist es eine explizite Aufgabe der Bank, den Vertragspartner über den Inhalt des Formulars, seine Bedeutung und die strafrechtlichen Konsequenzen bei falschen Angaben aufzuklären. Die Bank ist damit in diesem beschränkten Rahmen mitverantwortlich für diesen Vorgang.⁶⁶

⁶⁶ Vgl. dazu auch *Georg Friedli*, Übersicht über die Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken 1998–2001, SZW 2002, S. 167 (nachfolgend: *Friedli*, SZW 2002).

2.3 Einzelne Fälle

2.3.1 [289/23] Die Aufsichtskommission stellte klar, dass keine Pflicht besteht, ein Original Exemplar des Formulars A aufzubewahren. Den Standesregeln ist Genüge getan, wenn das Kundendossier eine Kopie des Formulars A enthält.

2.3.2 [305/9] Die Tätigkeit eines Bankkunden als Treuhänder stellt nach der Praxis der Aufsichtskommission grundsätzlich eine ungewöhnliche Feststellung im Sinne von Ziff. 25 Abs. 1 Ausführungsbestimmungen zu Art. 3 VSB 2003 dar. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die vom Kunden verwendete Firmenbezeichnung darauf schliessen lässt, dass er treuhänderisch für Dritte tätig ist und dabei fremde Vermögen verwaltet. Die Aufsichtskommission entschied, dass auch dann ein Zweifelsfall im Sinne von Ziff. 25 Abs. 1 Ausführungsbestimmungen zu Art. 3 VSB 2003 vorliegt, wenn es für die Bank nicht aufgrund der verwendeten Firmenbezeichnung, sondern aus anderen Gründen erkennbar ist, dass der Kunde als Treuhänder tätig ist. Im konkreten Fall hatte die Bank mit einer Gesellschaft, deren Zweck laut dem von der Bank erhobenen Handelsregisterauszug in der Vermögensverwaltung, der Beratung bei finanziellen Transaktionen und in der Führung von Treuhändermandaten bestand, wobei all dies ausdrücklich sowohl auf eigene als auch auf fremde Rechnung erfolgen konnte, eine Geschäftsbeziehung aufgenommen, ohne jedoch ein Formular A zu verlangen. Diese Unterlassung wurde sanktioniert.

2.3.3 [330/9] Die Aufsichtskommission hatte sich während der Berichtsperiode erneut mit der Frage der wirtschaftlichen Berechtigung bei Darlehensverhältnissen zu befassen.⁶⁷ Nach der bisherigen Praxis der Aufsichtskommission hatte eine Darlehensgewährung nicht zur Folge, dass die wirtschaftliche Berechtigung an der Darlehensvaluta auf den Darlehensnehmer übergeht. Denn wenn der Darlehensnehmer als wirtschaftlich Berechtigter an der Darlehensvaluta zu betrachten wäre, dann könnte die Pflicht zur Offenlegung der wirtschaftlichen Berechtigung ganz einfach dadurch umgangen werden, dass der wirtschaftlich Berechtigte dem Kontoinhaber ein Darlehen gewährt.⁶⁸ Die Aufsichtskommission stellte fest, dass diese Praxis nicht absolut gelten kann, sondern dahin gehend zu präzisieren ist, dass jeweils auf die Verhältnisse des Einzelfalles abzustellen ist.⁶⁹

⁶⁷ Vgl. dazu bereits *Friedli*, SZW 2005, S. 251 f.

⁶⁸ *Friedli*, SZW 2005, S. 251 f.

⁶⁹ Vgl. dazu auch V/2.2.1 oben.

Indizien dafür, dass der Darlehensgeber der „wahre“ wirtschaftlich Berechtigte an einem Darlehen ist, sind insbesondere das Bestehen einer Weisungsbefugnis des Darlehensgebers gegenüber dem Darlehensnehmer, die Tragung des wirtschaftlichen Risikos des Geschäfts durch den Darlehensgeber und der Umstand, dass die Darlehensgewährung in erster Linie im Interesse des Darlehensgebers liegt oder vom Darlehensgeber initiiert wurde. Umgekehrt spricht es für die wirtschaftliche Berechtigung des Darlehensnehmers, wenn dieser in der Verwendung der Darlehenssumme vom Darlehensgeber weisungsunabhängig ist, wenn er das wirtschaftliche Risiko trägt und wenn die Darlehensgewährung in seinem Interesse liegt bzw. auf seine Initiative hin erfolgt ist.

Im konkreten Fall hatte der Kontoinhaber von einem Verwandten ein Darlehen für den Erwerb einer Liegenschaft erhalten. Es gab keine Hinweise dafür, dass der Kontoinhaber bezüglich der Darlehensvaluta und deren Verwendung gegenüber dem Darlehensgeber weisungsgebunden oder sonst wie von ihm abhängig gewesen wäre. Dazu kommt, dass auch das wirtschaftliche Risiko ausschliesslich beim Kontoinhaber lag. Da der Kontoinhaber das ihm zur Verfügung gestellte Darlehen nicht etwa auf dem Konto anlegte, sondern für ein eigenes Geschäft (den Erwerb einer Liegenschaft) verwendete, trug er gegenüber dem Darlehensgeber das volle wirtschaftliche Risiko dieser Investition. Der Darlehensnehmer hatte zudem auch ein Interesse an der Darlehensgewährung, da er für den Kauf einer Liegenschaft zusätzliche Eigenmittel benötigte. Sämtliche der drei erwähnten Kriterien „Weisungs(un)abhängigkeit“, „wirtschaftliches Risiko“ und „Zielrichtung der Darlehensgewährung“ sprachen somit dafür, dass der wirtschaftlich Berechtigte an der Darlehenssumme der Darlehensnehmer und Kontoinhaber war. Der Darlehensgeber hatte umgekehrt keine (weder rechtliche noch bloss faktische) Möglichkeit, über die Verwendung der Darlehenssumme zu bestimmen. Die vorliegende Konstellation, in welcher der Darlehensbetrag vom Darlehensnehmer zu dessen eigenen Zwecken (hier zum Erwerb einer Liegenschaft) investiert wird, unterscheidet sich somit fundamental von demjenigen Fall, in dem der Darlehensbetrag der Bank lediglich zur Anlage übergeben und somit nur auf dem Konto des Vertragspartners der Bank „parkiert“ wird. Es bestanden denn auch keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass der Darlehensgeber den Kontoinhaber nur vorgeschoben und ihm einzig deshalb ein Darlehen gewährt hätte, um dadurch die Pflicht zur Offenlegung der wirtschaftlichen Berechtigung zu umgehen. Aus all diesen Gründen kam die Aufsichtskommission zum Schluss, dass die Bank keinen Anlass hatte, an der Erklärung des Kontoinhabers – er sei selber der wirtschaftlich Berechtigte – zu zweifeln.

2.3.4 [339/20] Gemäss Ziff. 25 Abs. 1 Ausführungsbestimmungen zu Art. 3 VSB 2003 darf die Bank von der Vermutung ausgehen, dass der Vertragspartner mit dem wirt-

schaftlich Berechtigten identisch ist, sofern keine ungewöhnlichen Feststellungen gemacht werden. Auf die Vermutung von Ziff. 25 Abs. 1 Ausführungsbestimmungen zu Art. 3 VSB 2003 kann sich eine Bank jedoch nur berufen, wenn sie ihren Vertragspartner auch kennt. Denn die Vermutung, dass der Vertragspartner mit dem wirtschaftlich Berechtigten identisch ist, setzt implizit voraus, dass die Bank Kenntnis davon hat, wer ihr Vertragspartner ist. In dem von der Aufsichtskommission zu beurteilenden Fall hatte die Bank mit einer einfachen Gesellschaft (bzw. mit deren Mitgliedern) standesregelwidrig eine Geschäftsbeziehung aufgenommen und auf ein Formular A verzichtet, obschon sie nicht sämtliche Mitglieder der einfachen Gesellschaft gekannt hatte.⁷⁰

2.3.5 [381/6] Die wirtschaftliche Berechtigung ist mittels Formular A abzuklären. Es reicht nicht, wenn die Akten lediglich Hinweise auf den wahren wirtschaftlich Berechtigten enthalten (z.B. indem ein Erbteilungsvertrag oder Kaufvertrag erhoben wurde).

2.3.6 [385/10] Nach der Praxis der Aufsichtskommission genügt es bei fehlender Angabe des Domizilstaats im Formular A, wenn aufgrund der übrigen Adressangaben, welche auf der Erklärung gemäss Formular A selbst verurkundet sind, auf den Domizilstaat geschlossen werden kann.⁷¹ Analog liegt auch beim Fehlen des Wohnorts kein Verstoß gegen die Standesregeln vor, wenn aus den anderen Angaben im Formular A auf den Wohnort geschlossen werden kann. In dem zu beurteilenden Fall enthielt das Formular A Strasse und Hausnummer, Postleitzahl und Domizilstaat des wirtschaftlich Berechtigten. Mit diesen Angaben liess sich der Wohnort des wirtschaftlich Berechtigten ohne Weiteres und insbesondere ohne jegliche Zweifel ermitteln, weshalb die Aufsichtskommission der Bank keine Verletzung von Art. 3 VSB vorwarf.

2.3.7 Die Aufsichtskommission hatte sich mehrfach mit Fällen zu befassen, in welchen eine Bank vom Musterformular A gemäss Anhang zur VSB abgewichen war und ein eigenes Formular A verwendet hatte.⁷² Konkret hatte die Aufsichtskommission insbesondere die folgenden Abweichungen zu beurteilen:

2.3.7.1 [362/8] In dem von der Bank verwendeten Formular A fehlte der Verweis auf die Strafbarkeit des vorsätzlich falschen Ausfüllens des Formulars A und auf die entspre-

⁷⁰ Dieser noch unter der Herrschaft der VSB 2003 ergangene Entscheid wäre gestützt auf Art. 15 Abs. 1 Ausführungsbestimmungen zu Art. 2 VSB 2008 heute wohl anders zu beurteilen.

⁷¹ Vgl. *Friedli*, SZW 2002, S. 177.

⁷² Was gemäss Ziff. 31 Ausführungsbestimmungen zu Art. 3 VSB 2008 zulässig ist, wenn diese einen gleichwertigen Inhalt wie das Musterformular enthalten.

chende Gesetzesbestimmung von Art. 251 StGB sowie die darin enthaltene Strafandrohung. Die Aufsichtskommission hielt fest, dass es sich beim Verweis auf Art. 251 StGB um ein wichtiges Element des Formulars A und der diesem Formular zugrunde liegenden Pflicht, den wirtschaftlich Berechtigten ordnungsgemäss festzustellen, handelt. Ein Formular A ohne diesen Warnhinweis ist deshalb als mangelhaft zu betrachten. Dieser Entscheid der Aufsichtskommission wurde später vom Schiedsgericht mit Urteil vom 14. September 2009 bestätigt.

2.3.7.2 [362/8; 385/18] In dem von der Bank verwendeten Formular A fehlte das Wort „seul“ (bzw. deutsch „allein“ oder englisch „sole“) bei der Rubrik für die Erklärung, wonach der Vertragspartner der wirtschaftlich Berechtigte ist („Le cocontractant déclare que le cocontractant est l'ayant droit économique des valeurs patrimoniales“ anstelle von „Le cocontractant déclare que le contractant est le seul ayant droit économique des valeurs patrimoniales“).

Die Aufsichtskommission entschied, dass dieses Formular A weder die Voraussetzungen der VSB 2003 noch die (milderen) Voraussetzungen der VSB 2008 erfüllt. Denn die Erklärung, dass der Vertragspartner allein („seul“) an den Vermögenswerten wirtschaftlich berechtigt sei, braucht nicht identisch zu sein mit der Deklaration, dass er wirtschaftlich berechtigt sei. Währenddem mit der im Musterformular verwendeten Formulierung ein Vertragspartner, der gemeinsam mit einem Dritten wirtschaftlich berechtigt ist, diese Rubrik nicht ankreuzen kann, ohne eine falsche Erklärung abzugeben, ist dies bei der von der Bank gewählten Formulierung durchaus möglich.

Diese Praxis der Aufsichtskommission wurde vom Schiedsgericht mit Urteil vom 14. September 2009 ebenfalls bestätigt.

2.3.7.3 [385/18] Das von der Bank verwendete Formular sah lediglich eine Erklärung des Unterzeichnenden („Le/La soussigné/e déclare que [...]“) vor. Diese Abweichung vom Musterformular der VSB sowie von Ziff. 28 Ausführungsbestimmungen zu Art. 3 VSB 2003 und zu Art. 3 VSB 2008, welche verlangen, dass die Erklärung vom Vertragspartner stammt („Le cocontractant déclare que [...]“), sind von der Aufsichtskommission ebenfalls als unzulässig beurteilt worden. Denn mit dem Wortlaut der bankeigenen Formulare A wird die Gefahr erhöht, dass die Erklärung über die wirtschaftliche Berechtigung nicht vom Vertragspartner (oder von dessen Bevollmächtigtem), sondern von einem dazu nicht ermächtigten Dritten (beispielsweise vom wirtschaftlich Berechtigten selber) abgegeben wird.

2.3.8 [384/10] Eine Bank hatte auf die Feststellung der wirtschaftlichen Berechtigung verzichtet, da sie davon ausgegangen war, dass bei Mitgliedern von Selbstregulierungsorganisationen (SRO) das Einholen des Formulars A unterbleiben könne. Die Aufsichtskommission stellte fest, dass sich an der Pflicht zur Feststellung der wirtschaftlichen Berechtigung grundsätzlich nichts ändert, wenn der Kunde einer Selbstregulierungsorganisation angeschlossen ist. Denn beim betreffenden Kunden handelte es sich nicht um einen „anderen Finanzintermediär“ im Sinne von Ziff. 34 Abs. 2 und 3 Ausführungsbestimmungen zu Art. 3 VSB 2003 bzw. Art. 2 Abs. 2 GwG. Der Kunde war weder ein spezialgesetzlich beaufsichtigter Finanzintermediär noch eine steuerbefreite Einrichtung der beruflichen Vorsorge (vgl. Art. 21 der damaligen Verordnung der Kontrollstelle für die Bekämpfung der Geldwäscherei vom 10. Oktober 2003 über die Pflichten der ihr direkt unterstellten Finanzintermediäre [Geldwäschereiverordnung Kst, GwV Kst; SR 955.16]).

3. Verfahren bei Sitzgesellschaften⁷³

3.1 Überblick

Insgesamt kam es zu 62 Verurteilungen, die das Verfahren betrafen, welches bei Kontoeröffnungen zugunsten von Sitzgesellschaften einzuhalten ist (in der Vorperiode waren 21 Verurteilungen zu verzeichnen).

Soweit im Folgenden die Anforderungen umschrieben werden, welche eine Erklärung gemäss Formular A erfüllen muss, sind die betreffenden Grundsätze natürlich auch auf Fälle übertragbar, in welchen die Erklärung gemäss Formular A nicht deshalb eingeholt wird, weil es sich bei der Kundin um eine Sitzgesellschaft handelt, sondern weil ein „Zweifelsfall“ vorliegt.

3.2 Einzelne Fälle

3.2.1 [276/21] Art. 4 Abs. 2 Lit. a VSB 2003 über die Kontoeröffnung zugunsten von Sitzgesellschaften verweist nicht auf die Ausnahmeregelung von Ziff. 18 Lit. c Ausführungsbestimmungen zu Art. 2 VSB 2003. Die Aufsichtskommission entschied allerdings, dass Art. 18 Lit. c Ausführungsbestimmungen zu Art. 2 VSB 2003 auch bei der Eröffnung

⁷³ Art. 4 VSB 2008, Art. 4 VSB 2003 und Art. 4 VSB 1998.

eines Kapitaleinzahlungskontos zugunsten einer Sitzgesellschaft anwendbar ist.⁷⁴ Denn es ist nicht ersichtlich, wie die Bank die im Zeitpunkt der Eröffnung des Kapitaleinzahlungskontos noch nicht existierende (Sitz-)Gesellschaft überhaupt identifizieren sollte. Auch bei der Eröffnung eines Kapitaliberierungskontos zugunsten einer sich in Gründung befindlichen Sitzgesellschaft besteht daher keine Pflicht, die Identität des Vertragspartners formell zu prüfen. Die Befreiung von der Pflicht zur formellen Identifikation des Vertragspartners besteht aber selbstverständlich nur bei der Eröffnung von Kapitaliberierungskonten, nicht aber bei der Eröffnung von anderen Konten (z.B. Spar- oder Kontokorrentkonten) zugunsten einer sich in Gründung befindlichen Sitzgesellschaft.

3.2.2 [279/20] Die Regel von Art. 11 Abs. 3 VSB 2003, wonach bei Verstößen gegen Art. 6 Abs. 1 und 2 VSB 2003 eine Konventionalstrafe bzw. ein Verweis nur ausgesprochen wird, wenn sie grobfahrlässig erfolgt sind, findet auch auf Ziff. 45 Ausführungsbestimmungen zu Art. 4 VSB 2003 Anwendung. Denn die Vorschrift von Ziff. 45 Ausführungsbestimmungen zu Art. 4 VSB 2003, welche die Bank verpflichtete, das Verfahren von Art. 4 Abs. 2 Lit. b VSB 2003 zu wiederholen, wenn im Geschäftsverkehr mit der Bank die Unterschriftsberechtigung änderte, ist bloss eine Konkretisierung von Art. 6 Abs. 1 VSB 2003 mit Bezug auf die Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten bei Sitzgesellschaften. Somit wurden Verletzungen von Ziff. 45 Ausführungsbestimmungen zu Art. 4 VSB 2003 von der Aufsichtskommission nur geahndet, wenn sie grobfahrlässig begangen wurden.⁷⁵

3.2.3 [289/16] Die Aufsichtskommission hatte die Identifikation einer Sitzgesellschaft anhand eines von einem „Registered Agent“ unterzeichneten „certificate of incumbency“ zu beurteilen. Die Aufsichtskommission erwog dabei Folgendes:

„Bei einem «Registered Agent» (in der Regel eine juristische Person) handelt es sich um eine von zahlreichen ausländischen Rechtsordnungen zwingend vorgeschriebene lokale Vertretung einer Gesellschaft. Der «Registered Agent», dessen Name und Adresse in den Gründungsurkunden der Gesellschaft zu bezeichnen sind, bildet gleichzeitig auch den Rechtssitz der Gesellschaft. Damit soll sichergestellt werden, dass die Gesellschaft eine für die staatlichen Behörden jederzeit erreichbare örtliche Kontaktstelle unterhält. Wesentliche Funktion des «Registered Agent» ist dementsprechend die Bildung eines Zustellungsdo-

⁷⁴ Neu gilt für sich in Gründung befindende Gesellschaften Ziff. 15 Abs. 2 Ausführungsbestimmungen zu Art. 2 VSB 2008.

⁷⁵ Konsequenterweise werden seit dem Inkrafttreten der VSB 2008 Verletzungen von Ziff. 45 Ausführungsbestimmungen zu Art. 4 VSB 2003 nur noch bestraft, wenn sie vorsätzlich begangen wurden (Art. 15 Abs. 2 VSB 2008 i.V.m. Art. 11 Abs. 3 VSB 2008).

mizils für offizielle Dokumente, und er dient als Verbindungsglied zwischen der Gesellschaft und staatlichen Stellen. Dem «Registered Agent» kommt somit eine über eine bloss private Vertretung der Gesellschaft hinaus gehende Stellung zu. Unter diesen Umständen würden die Anforderungen, welche die Landesregeln an die Banken stellen, überspannt, wenn abgeklärt werden müsste, ob auch diejenige Person, welche im Namen des «Registered Agent» die ausgestellten Bestätigungen (z.B. ein «certificate of incumbency») unterzeichnet, dazu berechtigt ist.“

Die Aufsichtskommission kam daher zu folgendem Ergebnis:

„Erfolgt der Nachweis der Vertretungsmacht des Verhandlungspartners der Bank mit Hilfe einer von einem «Registered Agent» ausgestellten Bescheinigung, so hat die Bank abzuklären, ob der «Registered Agent» auch tatsächlich vom Vertragspartner eingesetzt worden ist. Handelt es sich beim «Registered Agent» um eine juristische Person (was der Regelfall sein dürfte), ist hingegen nicht erforderlich, dass die Bank auch Abklärungen darüber trifft, ob die für den «Registered Agent» handelnden natürlichen Personen dazu berechtigt sind.“

3.2.4 [315/7] Nach der Regel von Ziff. 41 Ausführungsbestimmungen zu Art. 4 VSB 1998 waren die Banken verpflichtet, das Verfahren gemäss Art. 4 Abs. 2 Lit. b VSB 1998 zu wiederholen, wenn im Geschäftsverkehr mit der Bank die Unterschriftsberechtigung für die Sitzgesellschaft wechselte, ausser es war offensichtlich oder es wurde von den leitenden Organen der Sitzgesellschaft oder ihren Zeichnungsberechtigten schriftlich bestätigt, dass sich die wirtschaftliche Berechtigung nicht geändert hatte. Die Aufsichtskommission hielt fest, dass eine Bank, welche sich auf die Ausnahmeregelung von Ziff. 41 Ausführungsbestimmungen zu Art. 4 VSB 1998 berufen will, in den Akten festzuhalten hat, aus welchen Gründen für sie die wirtschaftliche Berechtigung offensichtlich nicht geändert habe. Es bildet mithin Bestandteil der Sicherstellungspflicht, aktenkundig zu machen, weshalb trotz des Wechsels der Unterschriftsberechtigung offensichtlich keine Änderung der wirtschaftlichen Berechtigung erfolgt ist.

3.2.5 [329/6] Art. 4 Abs. 2 Lit. a VSB 2003 verweist für die Identifikation von Sitzgesellschaften lediglich auf die Ziff. 12 – 16 Ausführungsbestimmungen zu Art. 2 VSB 2003. Selbstverständlich gelten aber die allgemeinen Vorschriften über die Identifikation und die Überwachung gemäss Ziff. 21 – 24 Ausführungsbestimmungen zu Art. 2 VSB 2003 und insbesondere auch die Ausnahmeregelung von Ziff. 24 Ausführungsbestimmungen zu Art. 2 VSB 2003 für Sitzgesellschaften ebenfalls. Eine Berufung auf Ziff. 24 Ausführungsbestimmungen zu Art. 2 VSB 2003 ist auch bei Sitzgesellschaften grundsätzlich möglich.

3.2.6 [361/24] Eine Bank hatte im Zusammenhang mit Durchlauftransaktionen über das Konto einer Sitzgesellschaft jeweils ein Formular A erhoben. Auf den Formularen A wurde dabei ein bestimmtes Codewort angebracht. Die Aufsichtskommission kam zum Schluss, dass die Bank mit diesem Vorgehen die Pflicht zur Feststellung der wirtschaftlichen Berechtigung erfüllt hatte. Denn das Codewort erlaubte es, zusammen mit einer sich bei den Akten befindlichen Transaktionsliste, in welcher jede Transaktion ebenfalls mit einem Codewort bezeichnet wurde, jedes Formular A mit einer bestimmten Durchlauftransaktion in Verbindung zu bringen.

3.2.7 [377/20] Der Einwand einer Bank, der Geschäftsleitung und dem Verwaltungsrat seien sämtliche Kunden bzw. deren Vertreter persönlich bekannt gewesen, weshalb sie den Sinn und Geist der VSB eingehalten und die Geldwäschereibekämpfung nicht gefährdet habe, wurde von der Aufsichtskommission zurückgewiesen. Dass der Geschäftsleitung und dem Verwaltungsrat der Bank ihre Kunden und die wirtschaftlich Berechtigten persönlich bekannt sind, dispensiert die Bank nicht davon, diese nach den Vorschriften der VSB zu identifizieren. Denn die Standesregeln verlangen nicht nur, dass die Bank den Vertragspartner und den wirtschaftlich Berechtigten kennt, sondern dass sie dies auch aktenkundig, unter Verwendung der erforderlichen Dokumente und Formulare ausreichend und nachvollziehbar dokumentiert.⁷⁶

3.2.8 [377/24] War eine Sitzgesellschaft an einer Börse kotiert, so mussten die daran wirtschaftlich Berechtigten nicht festgestellt werden (Ziff. 42 Ausführungsbestimmungen zu Art. 4 VSB 2003). Die Bank unterliess es zwar, die Tatsache der Kotierung des Kunden als Grund für den Verzicht auf das Formular A aktenkundig zu machen. Nach Ansicht der Aufsichtskommission konnte der Bank jedoch deswegen keine Standesregelverletzung vorgeworfen werden, da sich im vorliegenden Fall die Börsenkotierung ohne Weiteres (beispielsweise mittels Konsultation der Website der Swiss Exchange [www.swx.ch]) nachprüfen liess. Obschon sie eine Verletzung der Sicherstellungspflicht verneinte, empfahl die Aufsichtskommission dennoch, im Rahmen der Abklärung der wirtschaftlichen

⁷⁶ Vgl. Ziff. 36 Ausführungsbestimmungen zu Art. 3 VSB 2003/2008.

Berechtigung den Grund für den Verzicht auf die Einholung eines Formulars A, d.h. im vorliegenden Fall die Börsenkotierung des Vertragspartners, zu dokumentieren.⁷⁷

3.2.9 [380/15] Eine Bank setzte sich gegen den Vorwurf, bei ihrer Vertragspartnerin handle es sich um eine Sitzgesellschaft im Sinne von Art. 4 VSB 2003, zur Wehr, indem sie geltend machte, eine c/o-Adresse stelle im Lichte der neuen VSB 2008 bloss noch ein Indiz für eine Sitzgesellschaft dar. Die Bank kann sich jedoch nur dann auf die (mildere) Regel von Ziff. 38 Ausführungsbestimmungen zu Art. 4 VSB 2008 berufen, wenn sie aktenkundig gemacht hat, weshalb sie trotz des Vorliegens einer c/o-Adresse die Vertragspartnerin nicht als Sitzgesellschaft qualifiziert hat.⁷⁸

3.2.10 [390/14] Eine Bank erhob von einer Sitzgesellschaft ein Formular A, in welchem weder die Rubrik, wonach der Vertragspartner der wirtschaftlich Berechtigte sei, noch die Rubrik, wonach Dritte die wirtschaftlich Berechtigten seien, angekreuzt war. Das Formular A enthielt jedoch unter der (nicht angekreuzten) Rubrik „that the beneficial owner/s of the assets concerned is/are“ Name, Adresse, Geburtsdatum und Nationalität des Vertreters der Gesellschaft und Verhandlungspartners der Bank. Obschon keine Anzeichen dafür bestanden, dass es sich bei dem im Formular A genannten Verhandlungspartner der Bank nicht um den wirtschaftlich Berechtigten am Konto der Sitzgesellschaft handelte, stellte die Aufsichtskommission im Ergebnis eine Standesregelverletzung fest, da mangels der entsprechend angekreuzten Rubrik die letzte Gewissheit darüber fehlte.⁷⁹ Die Aufsichtskommission bestätigte damit ihre Praxis, welche an den Inhalt der Erklärung gemäss Formular A seit jeher hohe Anforderungen stellt. Es genügt nicht, wenn der Inhalt des Formulars A mittels Auslegung ermittelt werden kann.⁸⁰

⁷⁷ Unklar ist, ob dieser unter Anwendung der VSB 2003 beurteilte Fall heute anders entschieden werden müsste, da gemäss Art. 11 Abs. 2 Lit. d VSB 2008 die Unterlassung, die Börsenkotierung des Vertragspartners aktenkundig zu machen, jedenfalls mit Bezug auf die Identifizierungspflichten im Sinne von Ziff. 17 Abs. 1 Ausführungsbestimmungen zu Art. 2 VSB 2008 als Bagatellfall und damit als (wenn auch nur geringfügige) Standesregelverletzung gilt.

⁷⁸ So ausdrücklich Ziff. 38 Abs. 2 Ausführungsbestimmungen zu Art. 4 VSB 2008. Gemäss Art. 11 Abs. 2 Lit. d VSB 2008 handelt es sich bei dieser Standesregelverletzung aber lediglich um einen Bagatellfall.

⁷⁹ Im Rahmen der Strafzumessung qualifizierte die Aufsichtskommission diese Sorgfaltspflichtverletzung als Bagatellfall (vgl. dazu Ziff. VI/2.2.2 unten).

⁸⁰ *Friedli*, SZW 2002, S. 175.

3.2.11 [392/8] Die Sitzgesellschaft X deklarierte mittels Formular A, wirtschaftlich berechtigt sei die Sitzgesellschaft Y. Eine derartige Erklärung über die wirtschaftliche Berechtigung verstösst gegen Ziff. 40 Ausführungsbestimmungen zu Art. 4 VSB 2003 und ist offensichtlich mangelhaft. Der Einwand der Bank, im Formular A sei mit dem zusätzlichen Vermerk („voir cte no xxxxxxxx“) auf das ebenfalls bei der Bank geführte Konto der Sitzgesellschaft Y und damit auf das in jenem Zusammenhang erhobene Formular A verwiesen worden, wurde von der Aufsichtskommission zurückgewiesen. Denn der beim Konto der Sitzgesellschaft Y genannte wirtschaftlich Berechtigte braucht nicht zwingend auch an den Vermögenswerten der Sitzgesellschaft X wirtschaftlich berechtigt zu sein. Es ist durchaus denkbar, dass bei mehreren Konten desselben Kunden nicht immer die gleichen Personen wirtschaftlich berechtigt sind. Dazu kam, dass das bei der Eröffnung des Kontos der Sitzgesellschaft Y erhobene Formular A im Zeitpunkt der Kontoeröffnung zugunsten der Sitzgesellschaft X bereits mehrere Jahre alt und daher alles andere als aktuell war.

3.2.12 [396/22] Mittels Formular A deklarierte eine Sitzgesellschaft, selber wirtschaftlich berechtigt zu sein. Diese Deklaration ist offensichtlich mangelhaft (vgl. Ziff. 40 Ausführungsbestimmungen zu Art. 4 VSB 2003). Die Bank machte jedoch geltend, sie habe den wahren wirtschaftlich Berechtigten gekannt und sie habe dessen Angaben in ihrem internen System korrekt festgehalten. Damit berief sich die Bank sinngemäss auf Art. 4 Abs. 3 VSB 2003, welcher den Banken die Möglichkeit gibt, bei der Aufnahme einer Geschäftsbeziehung mit einer Sitzgesellschaft auf ein Formular A zu verzichten und stattdessen eine Aktennotiz mit den Angaben zum wirtschaftlich Berechtigten zu erstellen.

Die Aufsichtskommission erwog, dass diese Aktennotiz an die Stelle des Formulars A tritt. Art. 4 Abs. 3 VSB 2003 kommt folglich nur dann zur Anwendung, wenn die Bank statt eines Formulars A eine Aktennotiz zu den Akten nimmt. Die Bank kann sich daher nicht auf Art. 4 Abs. 3 VSB 2003 berufen, wenn sie bereits ein Formular A erhoben hat. Dazu kam, dass die Angaben im Informatiksystem der Bank nicht mit denjenigen im Formular A übereinstimmten, so dass die wirtschaftliche Berechtigung gerade nicht widerspruchsfrei festgestellt wurde. Die Feststellung der wirtschaftlichen Berechtigung war daher in jedem Fall mangelhaft.

3.2.13 [399/10] Dass die Bank eine Kundin zu Unrecht nicht als Sitzgesellschaft qualifiziert, bedeutet für sich alleine noch keine Standesregelverletzung. Eine Standesregelverletzung liegt erst dann vor, wenn die Bank aufgrund ihrer falschen Qualifikation der Kun-

din das in Art. 4 VSB 2003 geregelte Verfahren bei Sitzgesellschaften nicht oder nicht ordnungsgemäss durchführt.⁸¹

3.2.14 [400/25] Wenn eine Bank gestützt auf Ziff. 27 Ausführungsbestimmungen zu Art. 3 VSB 2003 in einem Formular A auf die Angabe der Wohnadresse verzichtet bzw. sich mit einer Postfachadresse begnügt, so hat sie dies mittels Aktennotiz festzuhalten. Denn die Sicherstellungspflicht gemäss Ziff. 36 Ausführungsbestimmungen zu Art. 3 VSB 2003 verlangt, dass zu einem späteren Zeitpunkt festgestellt werden kann, weshalb im Formular A auf die Angabe einer Wohnadresse verzichtet wurde.

3.2.15 [407/24] Die VSB 2008 umschreibt den Begriff der Sitzgesellschaft nur noch mittels „Indizien“, währenddem sich die frühere Praxis der Aufsichtskommission aus Gründen der Rechtssicherheit in enger Anlehnung an den Wortlaut der Landesregeln an einem streng formellen Begriff der Sitzgesellschaft orientiert hatte.⁸² Mit der Neufassung von Art. 4 VSB 2008 und Ziff. 38 Ausführungsbestimmungen zu Art. 4 VSB 2008 soll verhindert werden, dass Unternehmen, welche operativ tätig sind, aufgrund einer rein formellen Betrachtungsweise zu Unrecht als Sitzgesellschaft qualifiziert werden, wie dies nach der früheren Praxis der Aufsichtskommission teilweise der Fall war.⁸³ Insofern stimmte die Aufsichtskommission einer Bank zu, dass die Definition des Begriffs der Sitzgesellschaft durch die VSB 2008 eine gewisse Lockerung gegenüber der VSB 2003 bedeutet. Diese Lockerung bezieht sich jedoch einzig auf die Umschreibung des Begriffs der Sitzgesellschaft. Mit Bezug auf die bei der Prüfung, ob eine Kundin eine Sitzgesellschaft ist, aufzuwendende Sorgfalt bedeutet die VSB 2008 hingegen keine Lockerung. Die VSB 2008 überträgt den Banken in Ziff. 38 Abs. 2 Ausführungsbestimmungen zu Art. 4 VSB 2008 vielmehr sogar ausdrücklich eine Begründungspflicht, wenn sie trotz Indizien für das Vorliegen einer Sitzgesellschaft nicht von einer Sitzgesellschaft ausgehen.

3.2.16 [407/25] Der Umstand, dass der Verhandlungspartner der Bank, welcher als Vertreter einer juristischen Person die Eröffnung eines Kontos beantragt, bei zwei Gesellschaften zeichnungsberechtigt ist und dass beide Gesellschaften ihren Sitz am selben Ort

⁸¹ Zu den Besonderheiten des Verfahrens gemäss Art. 4 VSB 2003 gehört unter anderem, dass bei der Aufnahme einer Geschäftsbeziehung mit einer Sitzgesellschaft in jedem Fall ein Formular A zu verlangen war (vgl. Art. 4 Abs. 2 Lit. b VSB 2003) – dies im Unterschied zur Kontoeröffnung zugunsten von Nicht-Sitzgesellschaften, bei denen lediglich in Zweifelsfällen ein Formular A erhoben werden musste.

⁸² Vgl. dazu *Friedli*, SZW 2005, S. 252 sowie Ziff. I/2.5 oben.

⁸³ Vgl. Kommentar zur VSB 2008, Ziff. 38.

haben, bedeutet nicht zwingend, dass es sich bei den zwei Gesellschaften um Sitzgesellschaften im Sinne der VSB 2008 handelt (vgl. auch Ziff. 38 Abs. 2 Ausführungsbestimmungen zu Art. 4 VSB 2008, wonach es trotz Vorliegen von Indizien für eine Sitzgesellschaft möglich ist, den Vertragspartner nicht als Sitzgesellschaft zu qualifizieren). Allerdings muss die vorliegende Sachlage (identische Zeichnungsberechtigte und identische Adresse) zumindest als Anzeichen dafür betrachtet werden, dass die betroffenen Gesellschaften über keine eigenen Geschäftsräume und/oder kein eigenes Personal verfügen. Dies gilt jedenfalls dann, wenn – wie in dem von der Aufsichtskommission zu beurteilenden Fall – die Verhältnisse bei beiden Gesellschaften nahezu identisch sind: Beide Gesellschaften hatten denselben einzigen Verwaltungsrat mit Einzelunterschrift, beide Gesellschaft hatten ihren Sitz an derselben Adresse im steuergünstigen Kanton Schwyz und beide Gesellschaften waren erst kurz (wenige Wochen bzw. sogar erst wenige Tage) vor der Kontoeröffnung gegründet worden.

3.2.17 [408/17] Die Aufsichtskommission hatte sich nach wie vor immer wieder mit widersprüchlich ausgefüllten Formularen A zu befassen.⁸⁴ So hatte beispielsweise eine Sitzgesellschaft angekreuzt, selber an den eingebrachten Vermögenswerten wirtschaftlich berechtigt zu sein. Gleichzeitig hatte sie aber angegeben, es seien Dritte an den eingebrachten Vermögenswerten wirtschaftlich berechtigt. Das Formular A war damit offensichtlich widersprüchlich, zumal eine Sitzgesellschaft selber ohnehin nicht wirtschaftlich berechtigt sein kann (vgl. Ziff. 40 Ausführungsbestimmungen zu Art. 4 VSB 2003).

3.2.18 [410/12] Eine Sitzgesellschaft nannte im Formular A als Wohnadresse des wirtschaftlich Berechtigten eine Postfachadresse („boîte postale“). Dies genügt den Anforderungen der VSB nicht, verlangt Ziff. 27 Ausführungsbestimmungen zu Art. VSB 2003 doch ausdrücklich die Angabe der Wohnadresse. Die Bank hätte sich daher nicht mit der Postfachadresse zufriedengeben dürfen, sondern sie hätte die effektive Wohnadresse des wirtschaftlich Berechtigten ermitteln müssen.

3.2.19 [410/20] Das von einer liechtensteinischen Stiftung unterzeichnete Formular A enthielt anstelle der Angaben über die wirtschaftlich Berechtigten mit den Worten „Sec. 7 of the «Statuten» (enclosed)“ einen Verweis auf die Stiftungsstatuten. Die Aufsichtskommission hielt fest, dass ein derartiges Formular A weder die Anforderungen der VSB 2003 noch diejenigen der VSB 2008 erfüllt. Denn auch die mildere Regel von Ziff. 27 Abs. 2

⁸⁴ Ob sich die im Kommentar zur VSB 2008 geäußerte Hoffnung, dass derartige Fälle mit dem neuen Musterformular gemäss VSB 2008 der Vergangenheit angehören, erfüllen wird, wird sich weisen müssen.

Ausführungsbestimmungen zu Art. 3 VSB 2008 verlangt, dass auf dem Formular A mindestens Name und Vorname resp. die Firma des bzw. der wirtschaftlich Berechtigten enthalten sind. Dazu kam, dass im vorliegenden Fall auch in den Statuten weitere Angaben wie Geburtsdatum, Nationalität, Wohnadresse und Domizilstaat der wirtschaftlich Berechtigten fehlten.

3.2.20 [412/35] Eine Verletzung der Pflicht zur Feststellung der wirtschaftlichen Berechtigung erkannte die Aufsichtskommission entsprechend auch in einem ähnlichen Fall, in welchem das von der Vertragspartnerin unterzeichnete Formular A anstelle der Angaben über die wirtschaftlich Berechtigten mit dem Vermerk „vedi Escrow Contract allegato“ einen Verweis auf ein Escrow Agreement der Kundin mit zwei ausländischen Sitzgesellschaften enthielt (zumal auch im Escrow Agreement nicht die wahren wirtschaftlich Berechtigten, sondern lediglich zwei Sitzgesellschaften genannt wurden).

3.2.21 [412/27] Der Untersuchungsbeauftragte warf der Bank vor, sie hätte ihre Vertragspartnerin als Sitzgesellschaft qualifizieren müssen. Dabei warf er der Bank insbesondere vor, sie habe nicht festgehalten, dass die Vertragspartnerin über eigenes Personal verfügte. Die Aufsichtskommission wies auf ihre Praxis hin, wonach die Bank nicht dafür beweispflichtig ist, dass ein Kunde keine Sitzgesellschaft ist. Es muss vielmehr umgekehrt der Nachweis erbracht sein, dass die Voraussetzungen für eine Qualifikation als Sitzgesellschaft erfüllt sind.⁸⁵ Daran hat sich auch unter der VSB 2008 grundsätzlich nichts geändert. Die Beweislast dafür, dass keine der Indizien gemäss Ziff. 38 Ausführungsbestimmungen zu Art. 4 VSB 2008 gegeben sind, liegt somit nicht bei der Bank. Erst wenn die Bank trotz des Nachweises von einem oder beiden Indizien einen Vertragspartner nicht als Sitzgesellschaft qualifiziert, hat sie dies aktenkundig zu machen (und wird insofern beweispflichtig). Da im konkreten Fall weder Hinweise für das Fehlen noch für das Vorhandensein von eigenem Personal existierten, konnte der Bank keine Verletzung von Art. 4 VSB 2003 vorgeworfen werden. Denn nach der soeben erwähnten Praxis der Aufsichtskommission kann sich diese Beweislosigkeit nicht zulasten der Bank auswirken. Dazu kam, dass es im vorliegenden Fall mehrere Anhaltspunkte gab, welche für eine operative Tätigkeit der Vertragspartnerin sprachen.

85

Friedli, SZW 2002, S. 175.

4. Berufsgeheimnisträger⁸⁶

4.1 Überblick

Nachdem die bei der Kontoeröffnung zugunsten von Berufsgeheimnisträgern zu beachtenden Sorgfaltspflichten lange Zeit kein Thema mehr gewesen waren,⁸⁷ musste sich die Aufsichtskommission in der Berichtsperiode wieder mit Geschäftsbeziehungen mit Rechtsanwälten befassen.⁸⁸

4.2 Einzelne Fälle

4.2.1 [310/7] Eine Bank eröffnete zugunsten eines schweizerischen Rechtsanwalts mehrere Konten mit der Bezeichnung „Escrow Account“. Mittels Formular R deklarierte der Anwalt, dass es sich dabei um Konten handle, welche er für Rechnung seiner Klienten führe, und dass die Konten der Hinterlegung bzw. Anlage von Vermögenswerten von Klienten dienten. Umstritten war, ob die Tätigkeit des Anwalts als Escrow Agent vom Berufsgeheimnis gemäss Art. 321 StGB⁸⁹ erfasst war oder nicht. Denn Art. 5 VSB 2003 und das darin vorgesehene Formular R kommen nur zur Anwendung, soweit die Tätigkeit des betreffenden Anwalts dem Berufsgeheimnis nach Art. 321 StGB unterstellt ist. Obschon die Bezeichnung „Escrow-Konto/Depot“ in Art. 5 Lit. b 3. Lemma VSB 2003 und im Musterformular R im Anhang der VSB 2003 ausdrücklich vorgesehen ist, kam die Aufsichtskommission unter Berufung auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Abgrenzung zwischen eigentlicher Anwalts- und akzessorischer Geschäftstätigkeit⁹⁰ zum Schluss, dass die Tätigkeit des betreffenden Anwalts als Escrow Agent nicht vom Berufsgeheimnis umfasst war. Denn im konkreten Fall hatte die Tätigkeit des Rechtsanwalts mit einem „echten“ Escrow Agreement – verstanden als umfassendes Sicherungsgeschäft, bei dem die Parteien Vermögenswerte zur gegenseitigen Absicherung von vertraglichen Verpflichtungen bei einem Dritten (dem Escrow Agent) hinterlegen – offensichtlich nichts zu tun gehabt. Der

⁸⁶ Art. 5 VSB 2008, Art. 5 VSB 2003 und Art. 5 VSB 1998.

⁸⁷ In den beiden Vorperioden kam es zu keinen Verurteilungen wegen einer Verletzung von Art. 5 VSB. Zuletzt hatte sich die Aufsichtskommission in den Jahren 1993/1994 mit der Kontoeröffnung zugunsten von Berufsgeheimnisträgern zu befassen (vgl. *Friedli*, SZW 1995, S. 322 f.).

⁸⁸ Vgl. zu den Auswirkungen von Art. 5 VSB 2008 auf Rechtsanwälte und Notare ausführlich *Eichenberger*, Jusletter.

⁸⁹ Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (StGB; SR 311.0).

⁹⁰ Urteil des Bundesgerichts 1P.32/2005 vom 11. Juli 2005, BGE 132 II 103 E. 2.2 = Pra 96 [2007] Nr. 4, BGE 120 Ib 112; BGE 112 Ib 606.

schweizerische Rechtsanwalt war vielmehr augenscheinlich bloss als Strohmännchen eingeschaltet worden. Die vom Rechtsanwalt geführten zahlreichen Escrow-Konten waren letztlich reine Durchlaufkonten. Da der Bank die Hintergründe dieses Escrow-Verhältnisses bekannt waren und ihr insbesondere auch das Escrow Agreement vorlag, hätte sie sich daher nicht mit den Formularen R begnügen dürfen, sondern hätte für die zu eröffnenden Konten jeweils ein Formular A verlangen müssen.

4.2.2 [313+323/16] Nach der Praxis der Aufsichtskommission stellt die Tätigkeit des Bankkunden als Rechtsanwalt grundsätzlich noch keine ungewöhnliche Feststellung dar. Vielmehr muss ein qualifizierendes Element hinzukommen, damit es nötig wird, eine Erklärung gemäss Formular A einzuholen.⁹¹ Diese Praxis wurde von der Aufsichtskommission insofern präzisiert, als sie sich nur auf diejenigen Konstellationen bezieht, in denen das Konto auf den Privatnamen des Kunden eröffnet wird. Denn nur in diesen Fällen kann die Bank von der Vermutung ausgehen, dass das eröffnete Konto zu privaten Zwecken geführt wird. Anders ist dies hingegen, wenn Anhaltspunkte dafür bestehen, dass das Konto nicht den privaten, sondern geschäftlichen bzw. beruflichen Zwecken des Anwalts dient. Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn – wie im zu beurteilenden Fall – der Kunde ausdrücklich in seiner Eigenschaft als Rechtsanwalt auftritt und das Konto mit der Bezeichnung „Rechtsanwalt“, „Anwaltskanzlei“ oder ähnlich eröffnet wird, oder wenn als Korrespondenzadresse die Büroadresse angegeben wird. Unter diesen Umständen muss die Bank Zweifel an der wirtschaftlichen Berechtigung des Vertragspartners haben. Denn Anwälte eröffnen zu geschäftlichen Zwecken regelmässig nicht nur Bankkonten, an denen sie selber wirtschaftlich berechtigt sind, sondern auch Konten (insbesondere Klienten- bzw. Klientengelderkonten), an denen Dritte (ihre Klienten) wirtschaftlich berechtigt sind. Die erwähnte Praxis der Aufsichtskommission zur Kontoeröffnung zugunsten von Rechtsanwälten ist daher dahin gehend zu präzisieren, dass bei der Eröffnung eines Geschäftskontos zugunsten eines Rechtsanwalts bzw. einer Gemeinschaft von Rechtsanwälten grundsätzlich die wirtschaftliche Berechtigung an den zu hinterlegenden Werten abgeklärt werden muss. Die Bank wäre deshalb verpflichtet gewesen, bei Aufnahme des auf eine Anwaltskanzlei lautenden Kontos weitere Abklärungen über die wirtschaftliche Berechtigung zu treffen und ein Formular A oder ein Formular R zu erheben.

⁹¹ Friedli, SZW 2002, S. 172

5. Nachträgliche Zweifel an der ursprünglichen Identifikation oder der Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten⁹²

5.1 Überblick

In 23 Fällen (gegenüber 26 Fällen in der Vorperiode) kam es zu Verurteilungen, weil die Bank jeweils falsch reagierte, als sich im Nachhinein Zweifel bezüglich der Identität des Vertragspartners bzw. der wirtschaftlichen Berechtigung ergaben. Diese Abnahme der Verurteilungen dürfte darauf zurückzuführen sein, dass seit Inkrafttreten der VSB 2008 erhöhte Anforderungen an den subjektiven Tatbestand bestehen.⁹³

5.2 Einzelne Fälle

5.2.1 [400/19] Eine Bank stellte sich auf den Standpunkt, es bestehe kein Grund, ein neues Formular A einzuholen, wenn im Laufe der Geschäftsbeziehung die Adresse des wirtschaftlich Berechtigten ändere. Das Verfahren der Abklärung der wirtschaftlichen Berechtigung gemäss Art. 6 Abs. 1 VSB 2003 sei nur dann zu wiederholen, wenn konkrete Hinweise vorliegen würden, dass die als wirtschaftlich Berechtigte aufgeführte Person unrichtig sein könnte. Unkorrekte Angaben im Formular A, welche bloss formeller Natur seien und deswegen keinerlei Zweifel an der Person des wirtschaftlich Berechtigten auslösten, seien hingegen kein Grund zur Wiederholung des Verfahrens zur Feststellung der wirtschaftlichen Berechtigung.

Die Aufsichtskommission kam unter Berücksichtigung von Wortlaut, Systematik sowie Sinn und Zweck der Standesregeln zum Schluss, dass das Verfahren zur Feststellung der wirtschaftlichen Berechtigung nicht nur dann zu wiederholen ist, wenn Zweifel aufkommen, ob der im Formular A genannte Dritte auch tatsächlich der wirtschaftlich Berechtigte ist, sondern auch, wenn Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die im Formular A gemachten Angaben über Geburtsdatum, Nationalität und/oder Wohnsitz bzw. Domizil des wirtschaftlich Berechtigten nicht (oder nicht mehr) korrekt sind. Die Aufsichtskommission stützte sich bei ihrer Entscheidung auch auf das Geldwäschereigesetz, in dessen Anwendungsbereich der Umstand, dass der wirtschaftlich Berechtigte sein Domizil oder seine Na-

⁹² Art. 6 VSB 2008, Art. 6 VSB 2003 und Art. 6 VSB 1998.

⁹³ Vgl. Ziff. I/2.8 oben.

tionalität wechselt, als Grund für die erneute Feststellung der wirtschaftlichen Berechtigung anerkannt ist.⁹⁴

5.2.2 [400/31] Bei einer Sitzverlegung der Vertragspartnerin (einer Sitzgesellschaft) ins Ausland ist zwingend das Verfahren zur Identifizierung des Vertragspartners zu wiederholen. Zur Wiederholung des Verfahrens gehört auch die erneute Abklärung der Vertretungsbefugnisse. Dies gilt jedenfalls dann, wenn – wie im zu beurteilenden Fall – die Gesellschaft im Rahmen der Sitzverlegung auch neue Organe und Vertreter bestellt hat.

5.2.3 [400/36] Auf die wirtschaftliche Berechtigung hat eine Sitzverlegung hingegen grundsätzlich keine Auswirkungen. Im zu beurteilenden Fall war die Sitzverlegung allerdings von zahlreichen weiteren gesellschaftsrechtlichen Änderungen begleitet, insbesondere einem Wechsel der Rechtsform, einer Änderung der Firma und der Bestellung von neuen Organen und Vertretern, so dass Zweifel hätten aufkommen müssen, ob die bisherige Erklärung über die wirtschaftliche Berechtigung noch zutrifft. Die Bank war unter diesen Umständen gemäss Art. 6 Abs. 1 VSB 2003 verpflichtet, das Verfahren zur Feststellung der wirtschaftlichen Berechtigung zu wiederholen.

6. Steuerhinterziehung und ähnliche Handlungen⁹⁵

6.1 Überblick

In 9 Fällen kam es zu Verurteilungen wegen „Steuerhinterziehung und ähnlichen Handlungen“ (gegenüber drei Verurteilungen in der Vorperiode). Eine dieser 9 Verurteilungen⁹⁶ betraf ein so genanntes „Jahresendgeschäft“⁹⁷.

Entgegen der im Tätigkeitsbericht 2001–2005 geäusserten Vermutung, dass für die Zukunft mit einer Abnahme der Verurteilungen wegen Verletzungen von Art. 8 VSB zu

⁹⁴ Vgl. dazu *De Capitani*, GwG 5 N 12 in: Schmid [Hrsg.], Kommentar Einziehung, organisiertes Verbrechen und Geldwäscherei, Bd. II, Zürich 2002.

⁹⁵ Art. 8 VSB 2008, Art. 8 VSB 2003 sowie Art. 8 VSB 1998.

⁹⁶ Vgl. Ziff. 6.2.1 unten.

⁹⁷ Ein Jahresendgeschäft liegt vor, wenn Vermögenswerte eines Kunden kurz vor Jahresende auf ein bankinternes Konto „Pro Diverse“ transferiert werden, um im neuen Jahr die spiegelbildliche Überweisung vorzunehmen. Solche Transaktionen weisen in der Regel den Zweck auf, das Vermögen des Kunden in den per Jahresende ausgestellten Bescheinigungen kleiner erscheinen zu lassen.

rechnen sei, haben die Verurteilungen damit markant zugenommen. Die Gründe für diese Zunahme sind unklar.

Verstösse gegen Art. 8 VSB werden von der Aufsichtskommission regelmässig als besonders schwer wiegend erachtet und daher mit entsprechend hohen Konventionalstrafen sanktioniert.⁹⁸

6.2 Einzelne Fälle

6.2.1 [297/6] Gemäss den von der Bank ausgestellten Bescheinigungen hatte ein Kunde kurz vor Jahresende von seinem Konto einen Barbetrag von CHF 40'000.00 abgehoben und zu Beginn des darauffolgenden Jahres wieder bar auf sein Konto einbezahlt. In Tat und Wahrheit hatte die Bank den Barbetrag dem Kunden jedoch nie ausgehändigt, sondern auf dessen Wunsch in ihrem Tresor aufbewahrt und nach dem Jahreswechsel wieder auf das Konto einbezahlt. Die Aufsichtskommission erblickte im beschriebenen Sachverhalt eine Verletzung von Art. 8 VSB 2003. Nicht nur das in Ziff. 56 Lit. c Ausführungsbestimmungen zu Art. 8 VSB 2003 erwähnte Zurverfügungstellen eines bankeigenen Kontos gilt als verbotene aktive Beihilfe zu Steuerhinterziehung und ähnlichen Handlungen, sondern auch das Zurverfügungstellen eines bankeigenen Tresors. Im vorliegenden Fall wog die Standesregelverletzung umso schwerer, da es sich beim Kunden um ein Mitglied des Verwaltungsrates der Bank handelte.

6.2.2 [378/22] Gemäss Ziff. 53 Abs. 1 Ausführungsbestimmungen zu Art. 8 VSB 2003 ist die Abgabe irreführender Bescheinigungen an den Kunden selbst oder auf dessen Wunsch direkt an Behörden des In- oder Auslands verboten. Dies gilt auch dann, wenn die Bank die irreführenden Bescheinigungen nicht direkt dem Kunden oder einer ausländischen Behörde, sondern einem Vertreter des Kunden zustellt.

6.2.3 [383/13] Eine Bank teilte einer ausländischen Finanzmarktaufsichtsbehörde mit einem eigens dafür vorgesehenen Formular mit, dass sie für verschiedene Gesellschaften Aktien einer bestimmten ausländischen Aktiengesellschaft halte. Die Bank unterdrückte in ihrer Meldung die ihr bekannte Tatsache, dass diese Gesellschaften alle denselben wirtschaftlich Berechtigten hatten. Mit ihrer unvollständigen Meldung leistete die Bank Täuschungsmanövern gegenüber der ausländischen Finanzmarktaufsichtsbehörde Vorschub. Es war offensichtlich, dass die vom Kunden gewählte Konstruktion, über mehrere

⁹⁸ Vgl. dazu Ziff. VI/1.1 unten.

ausländische Sitzgesellschaften mit Domizil in verschiedenen Staaten Aktien zu erwerben, dazu diente, die Meldepflichten des ausländischen Rechts, welche beim Erreichen von bestimmten Schwellenwerten eine entsprechende Mitteilung verlangen, zu unterlaufen.

6.2.4 [395/19] Eine Bank führte Kompensationsgeschäfte nach folgendem Muster durch:

Sie verbuchte an einem bestimmten Tag eine Bareinzahlung auf ein Konto, wobei gleichentags ein Barbezug ab einem oder mehreren anderen Konten in derselben Höhe verbucht wurde. In ein solches Kompensationsgeschäft waren zwei bis neun verschiedene Konten unterschiedlicher Kontoinhaber und mit unterschiedlichen wirtschaftlich Berechtigten involviert. Bei einer vertieften Analyse dieser Verrechnungsgeschäfte zeigte sich, dass den von der Bank bescheinigten Kassageschäften keine realen Barabhebungen und -einzahlungen am Schalter der Bank in der Schweiz gegenüberstanden. Stattdessen wurden diese Kassageschäfte im Ausland durchgeführt. In Tat und Wahrheit nahm ein Mitarbeiter der Bank während seiner Auslandsaufenthalte diese Barbeträge entgegen und zahlte sie an andere Kunden wieder aus. Damit die Bargelder nicht die schweizerische Grenze passieren mussten, organisierte der Bankmitarbeiter seine Kundenbesuche im Ausland so, dass er die ihm übergebenen Barbeträge noch am selben Tag wieder auszahlen konnte. Nach seiner Rückkehr in die Schweiz sorgte der Bankmitarbeiter dafür, dass für die von ihm im Ausland entgegengenommenen bzw. ausbezahlten Barbeträge entsprechende Bankbelege erstellen wurden, welche wahrheitswidrig eine Bareinzahlungen zugunsten bzw. einen Barbezug zu Lasten des Kontos des Kunden am Schalter der Bank in der Schweiz bescheinigten. Währenddem die von der Bank ausgestellten Belege den Eindruck erweckten, verschiedene ausländische Kunden hätten unabhängig voneinander am Schalter der Bank in der Schweiz Bareinzahlungen und Barauszahlungen vorgenommen, handelte es sich in Wirklichkeit um Zahlungen zwischen Kunden der Bank, welche mithilfe eines Bankmitarbeiters als Mittelsmann im Ausland abgewickelt wurden.

Derartige fiktive Ein- bzw. Auszahlungsbelege gelten nach der Praxis der Aufsichtskommission als irreführend im Sinne von Art. 8 VSB 2003.⁹⁹ Entgegen der Ansicht der Bank spielt es keine Rolle, zu welchem Zweck die unvollständigen bzw. irreführenden Bescheinigungen angefertigt wurden. Es genügt, wenn diese Bescheinigungen geeignet sind, eine Behörde des In- oder Auslandes zu täuschen, was vorliegend ohne Weiteres der Fall war. Denn die einzige plausible Erklärung für den höchst ungewöhnlichen Wunsch

⁹⁹ Vgl. *Friedli*, SZW 1998, S. 106.

der Kunden, die Gelder nicht mittels (den üblichen, sichereren und schnelleren) Banküberweisungen zu transferieren, sondern bar abzuheben, bar zu übertragen und anschliessend bar wieder einzuzahlen, liegt darin, dass es sich dabei um unversteuerte Gelder handeln musste.

6.2.5 [398/24] Eine Bank hatte Belege über Bareinzahlungen und Barbezüge ausgestellt, welche den Eindruck erweckten, die Kunden hätten am Schalter der Bank entsprechende Barbeträge einbezahlt bzw. abgehoben. Diese Bescheinigungen waren unzutreffend, denn die Kunden hatten im fraglichen Zeitpunkt eingeständenermassen gar nicht die Bank aufgesucht, sondern die von der Bank erstellten Quittungen erst nachträglich unterzeichnet. Derartige Belege sind offensichtlich wahrheitswidrig und damit irreführend im Sinne von Ziff. 56 Ausführungsbestimmungen zu Art. 8 VSB 2003.

6.2.6 [398/28] Der wirtschaftlich Berechtigte eines Kontos einer Sitzgesellschaft bezog zulasten dieses Kontos einen Barbetrag, wobei er den Erhalt des Geldes unterschriftlich bestätigte. Anschliessend leitete die Bank die vom wirtschaftlich Berechtigten unterzeichnete Originalquittung an die zuständigen Vertreter der Sitzgesellschaft weiter, welche die Geldbezüge zu bestätigen und einen entsprechenden, von der Bank vorbereiteten Zahlungsauftrag zu unterzeichnen hatten. Anstelle des Auszahlungsbeleges, auf welchem der wirtschaftlich Berechtigte den Erhalt der Bargelder quittierte, befindet sich in den Akten der Bank somit die von den Zeichnungsberechtigten der Sitzgesellschaft nachträglich unterschriebene neue Zahlungsbestätigung und der neue Zahlungsauftrag. Die letztlich bei der Bank vorliegenden Quittungen bescheinigten somit wahrheitswidrig, dass das Geld dem Vertragspartner ausgehändigt wurde, währenddem in Tat und Wahrheit der wirtschaftlich Berechtigte den Barbezug getätigt hatte. Die Aufsichtskommission erblickte in der Ausstellung dieser wahrheitswidrigen Bescheinigungen eine verbotene Beihilfe zu Steuerhinterziehung und ähnlichen Handlungen.

6.2.7 [398/33] Ein Bankmitarbeiter verwendete sein eigenes Konto dazu, um eine Zahlung eines Kunden an eine Drittperson vorzunehmen, ohne den wahren Auftraggeber der Zahlung offenlegen zu müssen. Zu diesem Zweck nahm der eigentliche Auftraggeber eine Überweisung von seinem Konto auf das Konto des Bankmitarbeiters vor. Anschliessend wurde der entsprechende Betrag auf das Konto des effektiven Zahlungsempfängers weitergeleitet. Auf diese Weise wurde verhindert, dass der Zahlungsempfänger von der Existenz des Auftraggebers erfuhr.

Die Aufsichtskommission beurteilte die von der Bank im Zusammenhang mit dieser offensichtlichen Durchlauftransaktion ausgestellten Bescheinigungen nicht als irreführend. Denn die Bank bescheinigte die Durchlauftransaktion genau so, wie sie effektiv erfolgte. Die Bank kann nicht verhindern, dass ein Kunde anstelle einer direkten Überweisung an einen Dritten eine Zahlung auf ein Konto eines anderen Dritten vornimmt und diesen bittet, den erhaltenen Betrag unverzüglich an den eigentlichen Zahlungsempfänger weiterzuleiten. Für Überweisungen von einem Konto eines Kunden auf ein Konto eines anderen Kunden gilt dasselbe, wie wenn die Bank Barbezüge und -einzahlungen bescheinigt, die effektiv erfolgten. Es liegt daher keine Standesregelverletzung vor, wenn die Bank Überweisungen bescheinigt, die tatsächlich stattgefunden haben.¹⁰⁰ Dass es sich beim Dritten, über dessen Konto die umstrittene Durchlauftransaktion abgewickelt wurde, um einen Mitarbeiter der Bank handelte, ändert nichts daran, dass die von der Bank ausgestellten Bescheinigungen weder irreführend noch unvollständig waren.¹⁰¹

6.2.8 [413/8] Der Filialleiter einer Bank transportierte mehrfach für verschiedene Kunden Bargeld von der Schweiz nach Deutschland und umgekehrt und erstellte dabei entsprechende Ein- bzw. Auszahlungsbelege mit Bezug auf das jeweilige Konto des Kunden. Diese Belege erweckten den Eindruck, die Kunden hätten selber am Schalter der Bank vorgesprochen und die entsprechenden Barbeträge einbezahlt bzw. abgehoben. Zusätzlich liess der Filialleiter jeweils ab seinem persönlichen Konto fiktiv einen Barbetrag in der Höhe der von ihm transportierten Bargelder abbuchen und einen entsprechenden Auszahlungsbeleg erstellen. Die Auszahlungsbelege ab seinem persönlichen Konto sollten dem Filialleiter dazu dienen, im Falle einer Zollkontrolle an der schweizerisch-deutschen Grenze angeben zu können, es handle sich bei den mitgeführten Barbeträgen um eigene Gelder und nicht um Gelder von Kunden mit Wohnsitz in Deutschland.

Die mit Bezug auf die Konten der Kunden ausgestellten Kassenbelege waren offensichtlich unzutreffend, denn die Kunden hatten im fraglichen Zeitpunkt gar nicht die Bank aufgesucht, sondern es war vielmehr der Leiter der Bankfiliale, der die Kunden an deren Wohnsitz in Deutschland besucht hatte und sie dabei die von der Bank erstellten Quittungen unterzeichnen liess. Derartige Ein- bzw. Auszahlungsbelege gelten als irreführend im Sinne von Art. 8 VSB 2003.¹⁰²

¹⁰⁰ Vgl. *Friedli*, SZW 2005, S. 257.

¹⁰¹ Die vorliegende Durchlauftransaktion verlangte hingegen klarerweise ein Vorgehen nach Art. 6 VSB 2003, d.h. die Einholung eines neuen Formulars A (vgl. *Friedli*, SZW 2002, S. 181).

¹⁰² Vgl. dazu bereits *Friedli*, SZW 1998, S. 106.

Aber auch die (fiktiven) Auszahlungsbelege ab dem persönlichen Konto des Filialleiters wurden von der Aufsichtskommission als offensichtlich wahrheitswidrig und daher irreführend im Sinne von Ziff. 56 Ausführungsbestimmungen zu Art. 8 VSB 2003 qualifiziert. Denn in Tat und Wahrheit wurden diese Barbeträge nicht vom Konto des Filialleiters bezogen, sondern stammten vielmehr von den betreffenden Bankkunden.¹⁰³

7. Subjektiver Tatbestand (Der Begriff des Vorsatzes)

7.1 Überblick

Bei Verstössen gegen Art. 6 – 8 VSB wird eine Sanktion nur ausgesprochen, wenn sie vorsätzlich erfolgt sind (Art. 11 Abs. 3 VSB 2008). Dabei orientiert sich die Aufsichtskommission seit jeher an der Praxis zum strafrechtlichen Vorsatzbegriff. Vorsatz liegt demnach vor, wenn die Standesregelverletzung mit Wissen und Willen begangen wurde (vgl. Art. 12 Abs. 1 StGB). Vorsätzlich handelt bereits, wer die Verwirklichung der Tat für möglich hält und in Kauf nimmt (Art. 12 Abs. 2 StGB). Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts liegt Eventualvorsatz (*dolus eventualis*) vor, wenn der Täter den Eintritt des Erfolgs beziehungsweise die Verwirklichung eines Tatbestands zwar nicht mit Gewissheit voraussieht, aber doch ernsthaft für möglich hält, und dennoch handelt, weil er den Erfolg für den Fall seines Eintritts in Kauf nimmt, sich mit ihm abfindet, mag er ihm auch unerwünscht sein (vgl. z.B. BGE 134 IV 26 E. 3.2.2 und BGE 131 IV 1 E. 2.2). Im Anwendungsbereich der VSB genügt gemäss langjähriger und konstanter Praxis der Aufsichtskommission Eventualvorsatz ebenfalls.¹⁰⁴

Die Bank muss sich dabei das Verhalten und Wissen ihrer Mitarbeiter nach konstanter Praxis der Aufsichtskommission zurechnen lassen.¹⁰⁵ Dies gilt auch dann, wenn das

¹⁰³ Die von der Bank bzw. von deren Filialleiter begangenen Standesregelverletzungen wurden von der Aufsichtskommission im Rahmen der Strafzumessung als überaus schwerwiegend beurteilt. Denn die Bank ermöglichte es ihren Kunden aus Deutschland, ungesteuerte Gelder von Deutschland in die Schweiz bzw. von der Schweiz nach Deutschland zu transferieren, ohne dabei einen „paper trail“ zu hinterlassen und ohne riskieren zu müssen, beim Passieren der schweizerisch-deutschen Grenze Auskunft über die mitgeführten Gelder erteilen zu müssen. Die beabsichtigte Unterbrechung des „paper trail“ erleichtert das Verschieben unrechtmässig erworbener Vermögenswerte und verstösst damit gegen eines der wichtigsten Ziele der Prävention gegen die Geldwäscherei (vgl. zur Strafzumessung in diesem Fall auch VI/1.2.3 unten).

¹⁰⁴ Vgl. *Friedli*, SZW 2005, S. 258.

¹⁰⁵ Vgl. *Friedli*, SZW 1998, S. 107.

Fehlverhalten des Mitarbeiters besonders krass (und allenfalls sogar strafrechtlich relevant) ist.¹⁰⁶

7.2 Einzelne Fälle

7.2.1 [378/24] Eine Bank bestritt nicht, eine Bescheinigung mit einem wahrheitswidrigen und damit irreführenden Inhalt im Sinne von Ziff. 53 Ausführungsbestimmungen zu Art. 8 VSB 2003 ausgestellt zu haben. Sie machte jedoch geltend, die Abgabe einer unzutreffenden Erklärung sei lediglich darauf zurückzuführen, dass der zuständige Bankmitarbeiter das Formular unterzeichnet habe, ohne es vollständig gelesen zu haben. Damit habe der Bankmitarbeiter bzw. die Bank bloss fahrlässig gehandelt.

Die Aufsichtskommission konnte sich dieser Sichtweise nicht anschliessen. Wer sich für das Nichtlesen eines Formulars entscheidet, nimmt nach Ansicht der Aufsichtskommission¹⁰⁷ zumindest in Kauf, dass er mit dessen Unterzeichnung Erklärungen abgibt, für deren Richtigkeit er einstehen muss, zumal das in Frage stehenden Formular ein alles andere als unbedeutendes Geschäft (nämlich die Beteiligung an einem Börsengang einer ausländischen Aktiengesellschaft) betraf. Die Aufsichtskommission stellte daher eine mindestens eventualvorsätzliche Verletzung von Art. 8 VSB 2003 fest.

7.2.2 [399/17] Eine Bank hatte es entgegen der Vorschrift von Ziff. 45 Ausführungsbestimmungen zu Art. 4 VSB 2003 unterlassen, nach einer Änderung der Unterschriftsberechtigung für eine Sitzgesellschaft das Verfahren gemäss Art. 4 Abs. 2 Lit. b VSB 2003 zu wiederholen und ein neues Formular A zu verlangen. Die Aufsichtskommission geht davon aus, dass die zuständigen Bankmitarbeiter über Bedeutung, Tragweite und Inhalt der Standesregeln geschult und informiert waren und sie damit über die ausdrückliche Vorschrift von Ziff. 45 Ausführungsbestimmungen zu Art. 4 VSB 2003 im Bilde waren. Sollten die Bankmitarbeiter die Regel von Ziff. 45 Ausführungsbestimmungen zu Art. 4 VSB 2003 hingegen gar nicht gekannt haben, so wäre der Bank vorzuwerfen, ihre Mitarbeiter nicht (oder jedenfalls nicht ausreichend) geschult und damit in Kauf genommen zu haben, dass diese die Auswirkungen einer Änderung der Unterschriftsberechtigung verkennten. So oder anders hat die Bank eine Verletzung der Standesregeln zumindest in Kauf genommen und damit mindestens eventualvorsätzlich gehandelt.

¹⁰⁶ Vgl. *Friedli*, SZW 2002, S. 182.

¹⁰⁷ Unter Verweis auf die Urteile des Bundesgerichts vom 27. November 2008 6B_346/2008, 6B_347/2008 und 6B_389/2008.

VI. SANKTIONEN

Im Falle der Verletzung der Standesregeln hat die fehlbare Bank der SBVg eine Konventionalstrafe von bis zu CHF 10 Mio. zu leisten (Art. 11 Abs. 1 VSB 2008). In Bagatellfällen ist gegen die fehlbare Bank anstelle der Konventionalstrafe ein Verweis auszusprechen oder das Verfahren ist ohne Sanktion einzustellen (Art. 11 Abs. 2 VSB 2008).¹⁰⁸

1. Konventionalstrafe

1.1 Überblick

Für die Bemessung der Konventionalstrafe bei Verletzungen der Sorgfaltspflichtvereinbarungen sind die Schwere der Vertragsverletzung, der Grad des Verschuldens und die Vermögenslage der Bank gebührend zu berücksichtigen. Ausserdem ist von anderen Instanzen in der gleichen Sache verhängten Massnahmen Rechnung zu tragen (Art. 11 Abs. 1 VSB 2008).

Die Untersuchungsbeauftragten äussern sich in ihrem Antrag an die Aufsichtskommission gemäss Art. 12 Abs. 2 VSB 2008 auch zur Höhe der Konventionalstrafe. Der Aufsichtskommission muss bei der Bemessung der Vertragsstrafen jedoch die Möglichkeit eingeräumt bleiben, eine einheitliche Praxis für die Anwendung der VSB, einschliesslich der Höhe der Sanktion, entwickeln und verankern zu können. Die Aufsichtskommission muss autonom bleiben, d.h. sie muss unabhängig vom Untersuchungsbeauftragten, der mit seinem Antrag eine Richtschnur für die Bemessung der Konventionalstrafe abgeben kann, über die Höhe der Vertragsstrafe entscheiden. Massgebend sind die erwähnten Kriterien von Art. 11 Abs. 1 VSB 2008 und die von der Aufsichtskommission (und vom Schiedsgericht) dazu entwickelte Praxis.¹⁰⁹ Art. 2 Abs. 3 des Verfahrensreglements vom 27. August 2008 sieht daher explizit vor, dass die Aufsichtskommission vom Antrag des Untersuchungsbeauftragten (als auch vom Antrag der Bank) abweichen kann. Zudem werden die Banken in aller Regel im Rahmen der Eröffnung des Verfahrens vor der Aufsichts-

¹⁰⁸ Vgl. zum Begriff des Bagatellfalles Art. 11 Abs. 2 VSB 2008 sowie Ziff. I/2.7 oben und Ziff. 2 unten.

¹⁰⁹ Vgl. dazu Ziff. 1.2 unten.

kommission noch ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Aufsichtskommission strengere Sanktionen aussprechen kann als es der Untersuchungsbeauftragte beantragt.

Verstöße von Art. 6–8 VSB werden von der Aufsichtskommission in aller Regel härter bestraft, da diese nur sanktioniert werden, wenn sie vorsätzlich erfolgt sind (Art. 11 Abs. 3 VSB 2008). Insbesondere der Grad des Verschuldens ist in diesen Fällen zwangsläufig sehr hoch.

Bei der Bemessung der Konventionalstrafe ist unter anderem der Vermögenslage der Bank Rechnung zu tragen. Die Aufsichtskommission berücksichtigt dabei in jahrelanger Praxis die jeweils aktuellen Angaben über Bilanzsumme, Gewinn bzw. Verlust sowie Eigenkapital der Bank.

1.2 Einzelne Fälle

1.2.1 [405/26] Eine Bank hatte es unter Berufung auf das Privileg der Privatbanken gemäss dem Bankengesetz abgelehnt, ihre Jahresrechnung einzureichen. Die Aufsichtskommission machte klar, dass eine Bank in einem Verfahren auf Abklärung und Ahndung von Verletzungen der Standesregeln nicht berechtigt ist, sich der Edition der Jahresrechnung zu widersetzen. Denn mit ihrem Beitritt zur VSB 2008 hat sich die Bank ausdrücklich dem Sanktionssystem gemäss Art. 10–13 VSB 2008 und damit auch der Strafzumessungsregel von Art. 11 Abs. 1 VSB 2008 unterstellt. Abgesehen davon bedeutet die Privilegierung der Privatbanken gemäss Bankengesetz¹¹⁰ nicht etwa, dass diese ihre Geschäftsberichte und allfällige Zwischenabschlüsse überhaupt nicht publizieren müssen. Sie können sich einzig darauf beschränken, diese am Schalter der Öffentlichkeit zur Einsicht zur Verfügung zu halten.¹¹¹ Wenn die Privatbanken verpflichtet sind, ihre Jahresrechnung der Öffentlichkeit zur Einsicht zur Verfügung zu halten, so haben sie diese erst recht den Untersuchungsbeauftragten bzw. der Aufsichtskommission¹¹² zur Verfügung zu stellen. Die Aufsichtskommission verzichtete zwar darauf, der Bank aufgrund dieser Verweigerung der Mitwirkung eine zusätzliche Konventionalstrafe aufzuerlegen.¹¹³ Die Weigerung

¹¹⁰ Vgl. Art. 6 Abs. 6 i.V.m. Art. 6 Abs. 4 des Bundesgesetzes vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen (Bankengesetz, BankG; SR 952.0).

¹¹¹ Art. 26 Abs. 2 der Verordnung vom 17. Mai 1972 über die Banken und Sparkassen (Bankenverordnung, BankV; SR 952.02).

¹¹² Welche gemäss Art. 12 Abs. 8 VSB 2008 ohnehin einer strengsten Verschwiegenheitspflicht unterstehen.

¹¹³ Wozu sie gemäss Art. 11 Abs. 7 VSB 2008 berechtigt gewesen wäre.

der Bank, über ihre Vermögenslage Auskunft zu geben, wirkte sich jedoch dahin gehend aus, dass eine allfällige Strafmilderung aufgrund einer möglicherweise geringen Grösse der Bank ausser Betracht fiel.

1.2.2 Das eingesetzte Schiedsgericht machte in seinem Entscheid vom 14. September 2009 klar, dass ein kooperatives Verhalten der Bank im Ermittlungsverfahren und im Verfahren vor der Aufsichtskommission – entgegen der langjährigen Praxis der Aufsichtskommission – keinen Strafmilderungsgrund darstellt. Dass sich die Banken kooperativ verhalten, ist vielmehr eine Selbstverständlichkeit. Die Kooperation der Bank entspricht einer mit dem Beitritt zur VSB vereinbarten Regel¹¹⁴ und ist somit keine löbliche Ausnahme, welche positiv zu würdigen wäre.

Auch der Umstand, dass sich die Bank bemühte, die vorhandenen Mängel zu beheben, wirkt sich nach Ansicht des Schiedsgerichts nicht strafmildernd aus. Denn die Behebung von festgestellten Unregelmässigkeiten ist eine allgemeine bankenrechtliche Pflicht.

1.2.3 [413/13] Standesregelverletzungen, die nicht bloss von einem untergeordneten Mitarbeiter begangen wurden, sondern von einer Führungskraft der Bank, werden in aller Regel härter bestraft. So führte beispielsweise der Umstand, dass der Leiter einer Filiale und stellvertretende Direktor der Bank für die Verletzung der VSB verantwortlich war,¹¹⁵ zu einer Strafverschärfung.

2. Verweis oder Einstellung des Verfahrens

In Bagatellfällen hat die Aufsichtskommission anstelle einer Konventionalstrafe einen Verweis auszusprechen oder das Verfahren ohne Sanktion einzustellen (Art. 11 Abs. 2 VSB 2008). Mit der Frage, in welchen Bagatellfällen ein Verweis und wann eine Verfahrenseinstellung die angemessene Lösung ist, hat sich die Aufsichtskommission bisher nicht beschäftigen müssen. Zu einer Einstellung des Verfahrens durch die Aufsichtskommission aufgrund dieser Bagatellfallregelung ist es bisher nicht gekommen. Hingegen hat die Aufsichtskommission in mehreren Fällen geprüft, ob die festgestellten Standesregelverletzungen Bagatellfälle darstellen oder nicht.

¹¹⁴ Vgl. Art. 12 Abs. 7 VSB 2008 bzw. Art. 12 Abs. 6 VSB 2003: „Verweigert eine Bank die Mitwirkung bei den Untersuchungshandlungen der Aufsichtskommission oder eines Untersuchungsbeauftragten, so kann die Aufsichtskommission eine Konventionalstrafe im Sinne von Art. 11 aussprechen.“

¹¹⁵ Vgl. zum Sachverhalt Ziff. V/6.2.8 oben.

2.1 Veraltete Identifikationsdokumente

[344/8, 376/10 und 392/11] Zwar bedeutet gemäss Art. 11 Abs. 2 Lit. a VSB 2008 die Verwendung von mehr als 12 Monate alten Dokumenten zur Identifizierung einer juristischen Person oder Personengesellschaft einen Bagatellfall. Die Aufsichtskommission hat jedoch entschieden, dass dies nicht absolut gelten kann. Ein Bagatellfall liegt gemäss der Praxis der Aufsichtskommission lediglich dann vor, wenn die verwendeten Identifikationsdokumente nur wenig älter als die gemäss Ziff. 16 Ausführungsbestimmungen zu Art. 2 VSB 2008 (bzw. Ziff. 15 Ausführungsbestimmungen zu Art. 2 VSB 2003) maximal zulässigen 12 Monate alt sind. Bei der Identifizierung des Vertragspartners anhand von stark veralteten Identifikationsdokumenten bestehen hingegen erhebliche Zweifel sowohl an dessen Existenz als auch an der Vertretungsbefugnis des Verhandlungspartners der Bank. Unter diesen Umständen wird der Zweck der Standesregeln nicht mehr erreicht, weshalb nicht von einem Bagatellfall ausgegangen werden kann. Im konkreten Fall beurteilte die Aufsichtskommission eine Identifizierung anhand eines 22 Monate alten Handelsregisterauszugs nicht mehr als Bagatellfall. Erst recht qualifizierte die Aufsichtskommission eine Identifizierung anhand von mehr als zehn- bzw. zwanzigjährigen Dokumenten nicht mehr als Bagatellfall.

2.2 Unvollständige Formulare A

2.2.1 [388/14] Gemäss Art. 11 Abs. 2 Lit. b VSB 2008 kann eine Verletzung der Pflicht zur Feststellung der wirtschaftlichen Berechtigung nur dann als Bagatellfall qualifiziert werden, wenn zumindest ein Formular A vorliegt, das Name und Vorname (resp. Firma) des wirtschaftlich Berechtigten nennt und vom Vertragspartner unterzeichnet ist. Daraus folgt, dass ein fehlendes bzw. ein blanko unterzeichnetes Formular A, das keinerlei Angaben über den wirtschaftlich Berechtigten enthält, keinen Bagatellfall darstellt.

2.2.2 [390/15] Eine Bank erhob von einer Sitzgesellschaft ein unvollständiges Formular A, in dem keine der darin enthaltenen Rubriken mit der Erklärung über die wirtschaftliche Berechtigung entweder des Vertragspartners oder eines (oder mehrerer) Dritten angekreuzt war. Das Formular A enthielt lediglich Name und Adresse des Verhandlungspartners der Bank.¹¹⁶ Da keine Anzeichen dafür bestanden, dass es sich dabei nicht um den

¹¹⁶ Vgl. dazu Ziff. V/3.2.10 oben.

wirtschaftlich Berechtigten handelte, beurteilte die Aufsichtskommission diese Standesregelverletzung als Bagatellfall.

2.3 Qualifikation als Sitzgesellschaft

[399/19] Eine Bank hatte ihre Vertragspartnerin zu Unrecht nicht als Sitzgesellschaft qualifiziert und es daher versäumt, ein Formular A zu verlangen. Gemäss Art. 11 Abs. 2 Lit. d VSB 2008 kann zwar von einem Bagatellfall gesprochen werden, wenn eine Bank es unterlässt, in den Akten festzuhalten, weshalb sie eine Vertragspartnerin trotz Vorliegens von entsprechenden Indizien nicht als Sitzgesellschaft qualifiziert hat. Dies setzt aber voraus, dass die Einschätzung der Bank (dass es sich bei der Vertragspartnerin nicht um eine Sitzgesellschaft handelt) auch tatsächlich zutrifft, was vorliegend eingestandenermassen nicht der Fall war.

2.4 Höhe der Vermögenswerte

[415/12] Gemäss Art. 11 Abs. 2 Lit. c VSB 2008 liegt ein Bagatellfall vor, wenn die unter der betroffenen Beziehung verbuchten Guthaben CHF 25'000.00 nicht übersteigen. In einem konkreten Fall beurteilte die Aufsichtskommission mehrere mangelhafte Kontoeröffnungen nicht als Bagatellfall, obschon die unter den betroffenen Geschäftsbeziehungen verbuchten Guthaben jeweils den Betrag von EUR 3'500.00 nicht überstiegen. Da der Bank mehrere gleichartige Standesregelverletzungen vorzuwerfen waren,¹¹⁷ ging die Aufsichtskommission von einem Organisationsmangel aus, was praxisgemäss die Annahme eines Bagatellfalles ausschliesst.¹¹⁸

[375/18] Mit Blick auf den Schwellenwert von CHF 25'000.00 gemäss Art. 11 Abs. 2 Lit. c VSB 2008 hielt die Aufsichtskommission umgekehrt fest, dass es (im Rahmen der stets erforderlichen Gesamtbetrachtung) gegen eine Qualifikation als Bagatellfall spricht, wenn die Standesregelverletzungen Geschäftsbeziehungen betreffen, unter welchen erhebliche Vermögenswerte verbucht sind.

¹¹⁷ Insgesamt wurden rund 20'000 Geschäftsbeziehungen als kritisch beurteilt, weshalb auch aufgrund der grossen Zahl der betroffenen Geschäftsbeziehungen offensichtlich nicht mehr von einem Bagatellfall ausgegangen werden konnte (vgl. zur Frage der Anhäufung von Bagatellfällen auch Ziff. 2.5 unten).

¹¹⁸ Vgl. das Zirkular Nr. 7502 der SBVg vom 11. Januar 2007.

2.5 Anhäufung von Bagatellfällen

[364/11] Die Aufsichtskommission entschied, dass bei einer grossen Zahl von betroffenen Geschäftsbeziehungen nicht von einem Bagatellfall ausgegangen werden könne. Denn der Begriff des Bagatellfalles weist nicht nur eine qualitative, sondern auch eine quantitative Komponente auf. Die Frage, ab welcher Anzahl von Standesregelverletzungen kein Bagatellfall mehr vorliegen kann, wurde von der Aufsichtskommission nicht abschliessend beantwortet. Im fraglichen Entscheid waren mehrere hundert Geschäftsbeziehungen betroffen, was offensichtlich nicht mehr als Bagatellfall beurteilt werden konnte. Ergänzt sei, dass eine grosse Anzahl von Standesregelverletzungen in der Regel auf eine mangelhafte Organisation schliessen lässt, was die Annahme eines Bagatellfalles ohnehin ausschliessen würde.

In diesem Sinne entschied auch das Schiedsgericht in seinem Schiedsurteil vom 14. September 2009, als es alleine schon aufgrund des systematischen Charakters der begangenen Standesregelverletzungen nicht mehr von einem Bagatellfall ausging, obschon es sich einzeln betrachtet um mehr oder weniger schwere Verstösse handelte.

3. Kombination von Bagatellfällen und „Nicht-Bagatellfällen“

[355/18] Neben der Anhäufung von mehreren Bagatellfällen hatte die Aufsichtskommission auch die Anhäufung von Standesregelverletzungen zu beurteilen, die (nur) teilweise als Bagatellfälle qualifiziert werden konnten. Ausgehend vom Grundsatz, dass in jedem Fall eine Gesamtbeurteilung der im Verfahren festgestellten Verstösse vorzunehmen ist, kam die Aufsichtskommission zum Schluss, dass in solchen Fällen die von der Bank begangenen Standesregelverletzungen gesamthaft nicht als Bagatellfall bezeichnet werden können. Innerhalb desselben Verfahrens ist daher nicht zwischen Standesregelverletzungen, die als Bagatellfälle, und solchen, die nicht als Bagatellfälle zu qualifizieren sind, zu unterscheiden. Es würde auch wenig Sinn ergeben, neben einer Konventionalstrafe zusätzlich auch noch einen Verweis auszusprechen. Selbstverständlich ist die Schwere bzw. Geringsfügigkeit der einzelnen Standesregelverletzungen aber bei der Bestimmung der Konventionalstrafe zu berücksichtigen.

VII. HAFTUNG FÜR RECHTSVORGÄNGER

[371/7] Eine Bank machte unter Verweis auf ein in ihrem Auftrag erstelltes Rechtsgutachten geltend, sie könne für die von ihrer Rechtsvorgängerin begangenen Standesregelverletzungen nicht haftbar gemacht werden. Damit wandte sich die Bank gegen eine langjährige und konstante Praxis der Aufsichtskommission, hatte die Aufsichtskommission doch seit jeher eine Haftung der Banken für ihre Rechtsvorgänger bejaht.¹¹⁹

Nach eingehender Prüfung der von der Bank vorgebrachten Argumente kam die Aufsichtskommission zum Ergebnis, dass keine ausreichend ernsthaften und sachlichen Gründe für eine Praxisänderung vorliegen. Die Aufsichtskommission bestätigte damit auch unter der Herrschaft der VSB 2008, dass eine Bank für die Handlungen und Unterlassungen ihrer Rechtsvorgängerin unter dem Gesichtspunkt der Standesregeln verantwortlich ist.

VIII. AUSBLICK

Die geltende VSB 2008 bleibt gemäss Art. 14 Abs. 2 VSB 2008 noch mindestens bis zum 30. Juni 2013 in Kraft. Erstmals auf dieses Datum hin könnte sie unter Einhaltung einer Dreimonatsfrist gekündigt werden. Gute Gründe sprechen dafür, die Sorgfaltspflichtvereinbarung auch nach dem 30. Juni 2013 zu erneuern.

Die Standesregeln haben im Rahmen der staatlichen Gesetzgebung gegen die Geldwäscherei nach wie vor ihren Platz. So gelten für die Identifizierung der Vertragsparteien und die Feststellung der wirtschaftlich berechtigten Personen gemäss der neuen Geldwäschereiverordnung-FINMA vom 10. Dezember 2010 für Banken, Effekthändler etc. ausdrücklich die Bestimmungen der VSB 2008.¹²⁰ Zudem wurde die VSB 2008 gemäss Rundschreiben der FINMA vom 20. November 2008 (FINMA-RS 08/10 „Selbstregulierung als Mindeststandard“) generell als Mindeststandard im Rahmen der Selbstregulierung anerkannt.

Georg Friedli, Rechtsanwalt

Bern, 10. Januar 2011/^{X0650282}

¹¹⁹ Vgl. *Friedli*, SZW 2005, S. 259.

¹²⁰ Art. 32 GwV-FINMA.