

Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken

(1. Juli bis 31. Dezember 2017)

A. VORBEMERKUNGEN

Gemäss Art. 66 Abs. 5 VSB 16 orientiert die Aufsichtskommission – unter Wahrung des Bank- und Geschäftsgeheimnisses – die Banken und die Öffentlichkeit periodisch über ihre Entscheidpraxis. Gestützt auf diese Bestimmung¹ publiziert die Aufsichtskommission seit der Schaffung der Standesregeln im Jahre 1977 (VSB 77) alle drei bis sechs Jahre einen entsprechenden, umfangreichen Tätigkeitsbericht. Der jüngste solche Tätigkeitsbericht betrifft die Jahre 2011 bis 2016.²

Im Jahre 2007 hatte die Aufsichtskommission damit begonnen, in kürzeren Abständen und in Ergänzung zu den traditionellen Tätigkeitsberichten auf dem Portal der SBVg über die wichtigsten Entscheide zu orientieren. Eine erste solche Orientierung über die „Leading Cases“ der Aufsichtskommission erfolgte am 18. Januar 2007. Mit der vorliegenden Orientierung werden die neuesten, in der Zeit vom 1. Juli bis 31. Dezember 2017 ergangenen „Leading Cases“ der Aufsichtskommission publiziert.

B. EINZELNE TATBESTÄNDE

1. Identifizierung des Vertragspartners

Ein bereits korrekt identifizierter Vertragspartner, welcher zusätzliche Geschäftsbeziehungen eröffnete, musste gemäss Art. 2 Abs. 3 VSB 08 nicht erneut identifiziert werden. Dies galt auch für die Überprüfung der Identität der Eröffner und Kenntnisnahme von Bevollmächtigungsbestimmungen gemäss Ziff. 14 Ausführungsbestimmungen zu Art. 2 VSB 08. Art. 2 Abs. 3 VSB 08 war jedoch nur auf bestehende Geschäftsbeziehungen anwendbar. Wurde eine Geschäftsbeziehung vollständig aufgelöst und zu einem späteren Zeitpunkt wieder neu eröffnet, so war die Identifizierung erneut durchzuführen.³ Daraus folgt, dass sich eine Bank nicht mit einer sich bereits in ihren Akten befindlichen Ausweiskopie begnügen darf, wenn die Geschäftsbeziehung, in deren Zusammenhang die Ausweiskopie erhoben wurde, zwischenzeitlich aufgelöst worden ist.

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

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

³ Georg Friedli/Dominik Eichenberger, Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken für die Jahre 2011 bis 2016, SZW 5/2017, S. 686. Vgl. auch Kommentar zur Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken (VSB 08), Art. 2 VSB 08.

2. Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten

2.1. Es liegt eine ungewöhnliche Feststellung vor, wenn ein Kunde mit einem Vermögen von rund CHF 1 Mio. über seine privaten Konten Devisengeschäfte mit einem Gesamtumsatz, der die Milliardengrenze weit überschreitet, tätigt.

2.2. Die Entgegennahme eines Formulars T, in dem der Name des Trust nicht genannt wird, genügt den Anforderungen der VSB 16 nicht.

3. Feststellung der Kontrollinhaber

Gemäss dem Kommentar zur Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken (VSB 16) zu Art. 20 VSB 16 muss im Rahmen der Feststellung der Kontrollinhaber in einem ersten Schritt abgeklärt werden, ob es natürliche oder juristische Personen gibt, die über Anteile von 25 % oder mehr am Vertragspartner verfügen. Falls solche natürlichen Personen existieren, sind diese mittels Formular K festzustellen. Verfügt hingegen eine juristische Person über eine Beteiligung von 25 % oder mehr am Vertragspartner, so sind mittels des sog. „Zurechnungsansatzes“ diejenigen natürlichen Personen festzustellen, welche letztlich die zwischengeschaltete Gesellschaft beherrschen. In diesem Fall ist ein „Durchgriff“ auf die dahinterstehenden natürlichen Personen vorzunehmen, welche die effektive Kontrolle über die zwischengeschaltete Gesellschaft innehaben. Effektive Kontrolle über eine zwischengeschaltete operativ tätige Gesellschaft liegt gemäss Kommentar zu Art. 20 VSB 16 dann vor, *„wenn eine natürliche Person die zwischengeschaltete Gesellschaft mit einer Stimm- oder Kapitalbeteiligung von mehr als 50% oder auf andere erkennbare Art und Weise kontrolliert. Die von den zwischengeschalteten Gesellschaften gehaltenen Anteile werden den natürlichen Personen zugerechnet, die letztendlich die effektive Kontrolle über die zwischengeschalteten Gesellschaften ausüben (Zurechnungsansatz).“* Ist eine Sitzgesellschaft mit 25 % oder mehr am Vertragspartner beteiligt, so sind auf dem Formular K direkt sämtliche wirtschaftlich Berechtigten der Sitzgesellschaft aufzuführen.

Auch wenn es gemäss dem Zurechnungsansatz grundsätzlich ausreicht, lediglich die das letzte Glied der Kette beherrschenden natürlichen Personen festzustellen, ist – wie die Bank zu Recht geltend macht – eine weitergehende Dokumentation selbstverständlich erlaubt (und in vielen Fällen auch sinnvoll). Es ist daher ohne Weiteres zulässig, im Rahmen der Feststellung der Kontrollinhaber bei mehrstufigen Beteiligungsstrukturen mehrere, sich ergänzende schriftliche Erklärungen zu den Akten zu nehmen. Unabhängig davon, ob die Bank zur Feststellung der Kontrollinhaber eine oder mehrere schriftliche Erklärungen (wie Formulare) verwendet, muss die Erklärung des Vertragspartners über den Kontrollinhaber aber materiell den Vorgaben der VSB 16 entsprechen.

4. Wiederholungspflichten

4.1. Eine Bank hatte bei 9 von 18 Zahlungseingängen auf dem Privatkonto eines Kunden, welche von Dritten oder von „unbekannt“ stammten und zwischen CHF 100'000.00 und CHF 900'000.00 betrugen, ein Formular A erhoben. In allen Fällen hatte der Vertragspartner darin deklariert, dass nicht er, sondern der jeweilige Auftraggeber der Zahlung daran wirtschaftlich berechtigt sei. Unter diesen Umständen bestanden ernsthafte Zweifel daran, ob bei den anderen 9 Einzahlungen der Vertragspartner wirtschaftlich berechtigt war. Die Bank hätte daher das Verfahren zur Feststellung der wirtschaftlichen Berechtigung auch im Zusammenhang mit den anderen Einzahlungen wiederholen müssen.

4.2. Nach der konstanten und jahrelangen Praxis der Aufsichtskommission begeht eine Bank keine (zusätzliche) Verletzung der Standesregeln, wenn sie im Bemühen, eine unterlassene oder mangelhafte Feststellung der wirtschaftlichen Berechtigung zu beheben, ein unrichtig ausgefülltes Formular A erhebt.⁴ Denn die Bank würde diesfalls schlechter gestellt, als wenn sie vollständig untätig geblieben wäre. Diese Praxis ist ohne Weiteres auch auf das neue Formular K gemäss VSB 16 anzuwenden.

4.3. Wenn eine Bank bei der Aufnahme einer Geschäftsbeziehung mit einer Sitzgesellschaft zu Unrecht der Auffassung ist, dass keine Pflicht zur Feststellung der wirtschaftlichen Berechtigung besteht und sie deshalb auf das Einholen eines Formulars A verzichtet, ist sie wegen einer Verletzung von Art. 4 Abs. 3 Lit. b i.V.m. Art. 3 VSB 08 zu bestrafen.⁵ Verzichtet die Bank aufgrund derselben (unrichtigen) Annahme im Laufe der Geschäftsbeziehung darauf, im Zusammenhang mit einer Änderung der Unterschriftsberechtigung das Verfahren der Feststellung der wirtschaftlichen Berechtigung zu wiederholen, so ist dies letztlich ein Folgefehler und bedeutet grundsätzlich keine neuerliche Standesregelverletzung. Denn im Falle einer Befreiung von der Pflicht zur Feststellung der wirtschaftlichen Berechtigung – weil beispielsweise ein Ausnahmetatbestand i.S.v. Ziff. 33 oder Ziff. 34 Ausführungsbestimmungen zu Art. 3 VSB 08 vorliegt – besteht in der Regel auch kein Anlass, bei einer Änderung der Unterschriftsberechtigung die wirtschaftliche Berechtigung erneut (bzw. erstmals) festzustellen.⁶

4.4. Wenn bei „Special Purpose Vehicles (SPV)“ i.S.v. Ziff. 33 Abs. 1 VSB 08 Ausführungsbestimmungen zu Art. 3 VSB 08 die Zeichnungsberechtigung ändert, lässt dies in der Regel nicht auf eine Änderung der wirtschaftlichen Berechtigung schliessen.

⁴ Vgl. dazu Georg Friedli, Ziff. 2.11 des durch die Schweizerische Bankiervereinigung auf deren Portal unter „Topics“ publizierten Tätigkeitsberichts 2001–2005.

⁵ Sofern diese Standesregelverletzung nicht bereits verjährt ist.

⁶ Anders ist dies natürlich dann, wenn die Änderung der Unterschriftsberechtigung Zweifel aufkommen lässt, ob die Voraussetzungen für einen Verzicht auf die Feststellung der wirtschaftlichen Berechtigung weiterhin bestehen.

5. Verjährung

5.1. Gemäss Art. 65 VSB 16 wird die Verletzung der Standesregeln nicht mehr verfolgt, wenn sie mehr als fünf Jahre zurückliegt. Während der Dauer des Verfahrens steht diese Fünfjahresfrist still.

Währenddem die Verjährungsfrist mit dem Inkrafttreten der VSB 16 unverändert geblieben ist,⁷ ist mit der VSB 16 der Beginn der Verjährung neu geregelt worden: Die in Art. 65 VSB 16 statuierte Verjährungsfrist von fünf Jahren beginnt in jedem Fall ab dem Zeitpunkt der Verletzung der Standesregeln zu laufen. Unter der VSB 08 hatte die (fünfjährige) Verjährungsfrist demgegenüber nicht bei sämtlichen Standesregelverletzungen im selben Zeitpunkt zu laufen begonnen: Art. 11 Abs. 4 Satz 2 VSB 08 bestimmte, dass bei Verstössen gegen die Pflicht zur Identifikation des Vertragspartners oder zur Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten⁸ die Fünfjahresfrist erst mit der Behebung des Verstosses oder mit der Beendigung der Geschäftsbeziehung zu laufen begann. Bei allen anderen Verstössen begann die Verjährung hingegen im Zeitpunkt der Verletzung der betreffenden Standesregel zu laufen.

Mit Art. 65 VSB 16 ist mithin für einen Teil der Standesregelverletzungen der Beginn der Verjährung zeitlich nach vorne verschoben worden (indem die Verjährung neu nicht mehr mit der Behebung des Verstosses bzw. der Beendigung der Geschäftsbeziehung zu laufen beginnt, sondern im Zeitpunkt der Begehung). Im Ergebnis führt die neue Verjährungsregelung von Art. 65 VSB 16 daher dazu, dass für die grosse Mehrheit der Standesregelverletzungen (für Verstösse gegen die Pflicht zur Identifizierung des Vertragspartners und gegen die Pflicht zur Feststellung der Kontrollinhaber und der wirtschaftlichen Berechtigung) die Verjährung deutlich früher eintritt als nach dem alten Recht. Die neue Verjährungsregel von Art. 65 VSB 16 erweist sich damit als erheblich milder im Vergleich zum alten Verjährungsrecht der VSB 08. Dies gilt umso mehr, als Art. 65 VSB 16 gestützt auf Art. 70 Abs. 3 VSB 16 („lex mitior“) auf sämtliche Standesregelverletzungen Anwendung findet, welche nach dem Inkrafttreten der VSB 16 zu beurteilen sind, d.h. auch auf Verletzungen der VSB 08.

Die Aufsichtskommission kam denn auch in Anwendung der neuen Verjährungsregelung von Art. 65 VSB 16 in zahlreichen Fällen zum Schluss, dass die Handlungen der Bank aufgrund des Eintrittes der Verjährung nicht mehr geahndet werden konnten.

5.2. Zu einer ganzheitlichen Übersicht zu Fragen der Verjährung sei verwiesen auf Dominik Eichenberger, Die Verjährungsregelung der VSB 16, in: Schweizerische Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht sowie Umstrukturierungen, GesKR, 4/2017, S. 441 ff.

⁷ Die Verjährungsfrist beträgt sowohl nach Art. 11 Abs. 4 VSB 08 als auch nach Art. 65 VSB 16 fünf Jahre.

⁸ D.h. bei einer Verletzung von Art. 2 bis Art. 6 VSB 08 (vgl. Lit. D der durch die SBVg auf deren Portal unter „Topics“ publizierten aktuellen Leading Cases der Aufsichtskommission vom November 2013).

C. SANKTIONEN

1. Bagatellfall

Analog zu Art. 63 Lit. b VSB 16, wonach ein unvollständiges oder nicht korrekt ausgefülltes Formular A nur dann als Bagatellfall qualifiziert werden kann, wenn zumindest Name und Vorname (bzw. Firma) des wirtschaftlich Berechtigten aufgeführt sind, müssen in einem Formular T zumindest die Bezeichnung des Trust und die Begünstigten (Beneficiaries) korrekt genannt werden, damit von einem Bagatellfall gesprochen werden kann.

2. Bemessung der Konventionalstrafe

2.1. Bei der Bemessung der Konventionalstrafe ist gemäss Art. 64 Abs. 1 VSB 16 auch von anderen Instanzen in der gleichen Sache verhängten Massnahmen Rechnung zu tragen. Dabei stehen in erster Linie aufsichtsrechtliche Sanktionen der FINMA im Vordergrund. Zu berücksichtigen sind aber auch allfällige weitere Massnahmen anderer Behörden, namentlich Strafbehörden.

Entgegen der Auffassung der Bank ist eine im Rahmen eines Strafverfahrens gegen die Bank abgeschlossene Vergleichsvereinbarung, in welcher sich die Bank zur Bezahlung eines Betrags von CHF 4 Mio. an die Geschädigten verpflichtete, nicht zu berücksichtigen. Denn bei den CHF 4 Mio. handelt es sich um eine Schadenersatzzahlung für den verschiedenen Privaten entstandenen Schaden und nicht etwa um eine von einer (staatlichen) Instanz verhängte Massnahme, welche das Fehlverhalten der Bank sanktioniert.

2.2. Der Umstand, dass unter der von einer Standesregelverletzung betroffenen Beziehung erhebliche Gelder in Millionenhöhe verbucht wurden, wirkt sich nach der Praxis der Aufsichtskommission strafverschärfend aus.

Bern, Februar 2018

X1232773.docx