

Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken 2001-2005

A. EINLEITUNG

1. Die Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken

Die Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken (VSB) ist ein multilateraler Vertrag, in dessen Rahmen sich in der Schweiz niedergelassene Banken¹ gegenüber der Schweizerischen Bankiervereinigung 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.

Die ursprüngliche Fassung der Standesregeln datiert vom 1. Juli 1977. Sie wurde seither fünfmal revidiert. Die geltende VSB 2003 trat am 1. Juli 2003 – mithin während der Berichtsperiode – in Kraft.² Die Frage, inwiefern die neue VSB 2003 gegenüber der früheren VSB 1998 Änderungen mit sich brachte, wird anlässlich der Berichterstattung über die einzelnen Entscheide behandelt.³ Die juristische Kommission der Schweizerischen Bankiervereinigung hat nach dem Inkrafttreten der VSB 2003 erstmals einen Begleitbericht verfasst.

Über die Einhaltung der Standesregeln wacht eine aus fünf unabhängigen Persönlichkeiten bestehende, von der Schweizerischen Bankiervereinigung auf fünf Jahre gewählte Aufsichtskommission, welche auf Antrag der ebenfalls von der Schweizerischen Bankiervereinigung eingesetzten Untersuchungsbeauftragten entscheidet. Wo sie Standesregelverletzungen feststellt, kann die Aufsichtskommission Konventionalstrafen verhängen.⁴

¹ Der Vereinbarung sind per 31. Dezember 2004 über 350 Banken beigetreten.

² Vgl. Art. 14 Abs. 1 und 2 VSB 2003.

³ Vgl. hinten Lit. C.

⁴ Art. 11 VSB 2003.

Gemäss Ziff. 58 Ausführungsbestimmungen zu Art. 12 VSB 2003 gewährt die Aufsichtskommission den Banken – unter Wahrung des Bank- und Geschäftsgeheimnisses – in der Form einer periodisch erscheinenden Übersicht Einblick in ihre Entscheidungspraxis. Zuletzt wurde 2002 eine solche Übersicht veröffentlicht.⁵ Der vorliegende Tätigkeitsbericht hat die daran anschliessende Zeitperiode vom 1. Juli 2001 bis zum 30. April 2005 zum Gegenstand.

2. Die Unterzeichnung von Erklärungen gemäss Formular A

In der vorangegangenen Berichtsperiode hatte die Aufsichtskommission entschieden, dass die Erklärung gemäss Formular A grundsätzlich „vollmachtfeindlich“ ist, also nur gestützt auf eine Organstellung gemäss Art. 55 ZGB, nicht aber gestützt auf eine Vollmacht im Sinne von Art. 32 ff. OR unterzeichnet werden darf.⁶ Im letzten Tätigkeitsbericht war dazu ausgeführt worden:⁷

Der Aufsichtskommission ist bewusst, dass die Formulare A aufgrund dieser Praxis in vielen Fällen von den ausländischen Organen der Kundin unterzeichnet werden müssen, was einen zusätzlichen Aufwand zur Folge hat.

In der neuen VSB 2003 wurde die Frage nun ausdrücklich geregelt, und zwar anders als es die Praxis der Aufsichtskommission vorgesehen hatte. Ziff. 28 Ausführungsbestimmungen zu Art. 3 VSB 2003 hält ausdrücklich fest, dass die Erklärung gemäss Formular A auch von

⁵ Friedli, Übersicht über die Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken 1998-2001, Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, SZW 2002, S. 165, mit weiteren Hinweisen auf die Veröffentlichung früherer Tätigkeitsberichte.

⁶ Friedli (Fn 5) S. 176.

⁷ Friedli (Fn 5) S. 177.

einem Bevollmächtigten unterzeichnet werden kann. Diese neue Regel gilt aufgrund von Art. 15 Abs. 2 VSB 2003 auch für Sachverhalte, die sich während des zeitlichen Geltungsbereichs früherer Fassungen der Sorgfaltspflichtvereinbarungen ereignet haben. Nachdem die Aufsichtskommission umgekehrt beschlossen hatte, Verstösse gegen die neue Praxis vor deren Bekanntmachung noch gar nicht zu sanktionieren, wurde letztlich gar nie eine Busse ausgesprochen, weil eine Bank eine Erklärung gemäss Formular A zu den Akten genommen hatte, welche aufgrund einer Vollmacht im Sinne von Art. 32 ff. OR unterzeichnet worden war.

3. Der Begriff der groben Fahrlässigkeit

Die Erfüllung der in den Standesregeln verankerten Tatbestände setzt in aller Regel 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. In diesem Zusammenhang hatte die Aufsichtskommission entschieden, dass bereits Eventualvorsatz das Absichtserfordernis erfüllt.⁸ Diese Praxis wurde berücksichtigt, als der neue Art. 11 Abs. 3 VSB 2003 verfasst wurde (wo mit Bezug auf Art. 7 und 8 VSB nicht mehr Absicht, sondern Vorsatz verlangt wird). Ferner bestimmt der neue Art. 11 Abs. 3 VSB 2003 auch, dass Verstösse gegen Art. 6 Abs. 1 und 2 VSB 2003 nur noch mit einer Konventionalstrafe oder mit einem Verweis geahndet werden, wenn sie „grob fahrlässig“ erfolgt sind. Die Aufsichtskommission stand also vor der Aufgabe, den Begriff der „Grob-fahrlässigkeit“ zu umschreiben. Diese Aufgabe erwies sich insbesondere deshalb als schwierig, weil auf der Ebene des subjektiven Tatbestandes zwischen der Bank einerseits und dem Bankmitarbeiter andererseits differenziert werden muss. So ist es beispielsweise denkbar, dass ein Bankmitarbeiter nicht fahrlässig handelt (weil er von der Bank über die Pflichten gar nicht instruiert wurde), der Bank aber Grobfahrlässigkeit vorgeworfen werden muss (eben weil sie die Instruktion unterliess). Die Aufsichtskommission hat sich mit dieser Frage im Rahmen

⁸ Friedli (Fn 5) S. 182.

mehrerer Sitzungen auseinandergesetzt und schliesslich eine Formel geprägt, welche diesen Unterschied zwischen der Bank und dem handelnden Bankmitarbeiter berücksichtigt.⁹

4. Abgrenzung der Zuständigkeit der Aufsichtskommission zur Zuständigkeit der EBK

Der nach dem Inkrafttreten der VSB 2003 durch die Juristische Kommission der Schweizerischen Bankiervereinigung herausgegebene Begleitbericht („Bericht zur Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken 2003“¹⁰) setzt sich mit Bezug auf Art. 6 VSB 2003 („Änderungen oder Mängel im Zusammenhang mit der Identifikation des Vertragspartners oder der Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten“) insbesondere mit der Frage nach der Abgrenzung der Zuständigkeit zwischen der Aufsichtskommission und der Eidgenössischen Bankenkommission (EBK) auseinander:

Untersuchungsbeauftragte und Aufsichtskommission haben nicht zu untersuchen, ob eine Bank die wirtschaftlichen Hintergründe von Geschäftsbeziehungen und Transaktionen abgeklärt hat, wie es das Geldwäschereigesetz verlangt. Dies ist Gegenstand der Geldwäschereiverordnung (vgl. Ziff. 3); zuständig dafür ist die EBK.

Eine Untersuchung, ob Art. 6 verletzt wurde, ist nur durchzuführen, wenn konkrete Hinweise vorliegen, dass die als wirtschaftlich Berechtigter aufgeführte Person unrichtig sein könnte. Nicht zulässig sind sog. „fishing expeditions“, z.B. die systematische Durchsicht von Konto-/Depotauszügen und Transaktionsbelegen, um zu prüfen, ob sich daraus eventuell ein Hinweis ergibt, dass im Formular A eine falsche Person als wirtschaftlich Berechtigter festgehalten ist.

Diese Abgrenzungsfrage hat ihren Niederschlag auch im Text der VSB 2003 gefunden. Gemäss Ziff. 3 Ausführungsbestimmungen zu Art. 1 VSB 2003 sind „die besonderen Abklärungspflichten bei Geschäftsbeziehungen oder Transaktionen mit erhöhtem Risiko ...

⁹ Vgl. hinten C/4.19.

¹⁰ Vgl. vorne 1.

Gegenstand der GwV EBK“. De Capitani¹¹ hat gezeigt, dass sich die Zuständigkeit der EBK von derjenigen der Aufsichtskommission am besten abgrenzen lässt, wenn man davon ausgeht, dass die Abklärungspflicht der EBK absolut (losgelöst von einem Anfangsverdacht) besteht, während die Abklärungspflicht gemäss VSB relativen Charakter hat (also erst aktuell wird, wenn ein Zweifelsfall besteht).

Auch beim einzigen an das Schiedsgericht¹² weitergezogenen Sachverhalt bildeten die wirtschaftlichen Hintergründe einer Transaktion Verfahrensgegenstand. Das Schiedsgericht zog dabei die Zuständigkeit der Aufsichtskommission zur Beurteilung dieser Frage nicht grundsätzlich in Zweifel.

B. ÜBERBLICK

1. Tätigkeit in der Berichtsperiode und hängige Fälle

In der Berichtsperiode beurteilte die Aufsichtskommission insgesamt 82 Sachverhalte.¹³ Lediglich 11 der insgesamt 82 gefällten Entscheide sahen eine Einstellung des Verfahrens vor; in den übrigen 71 Fällen kam es zu einer Verurteilung.¹⁴

Von dem in Art. 13 VSB 2003 vorgesehenen Schiedsverfahren wurde während der Berichtsperiode einmal Gebrauch gemacht. Das Schiedsgericht hob ein Urteil der Aufsichtskommission auf und stellte fest, dass die Bank die Standesregeln nicht verletzt habe.¹⁵

Per 30. April 2005 waren bei der Aufsichtskommission insgesamt 4 und bei den verschiedenen Untersuchungsbeauftragten 16 Fälle, insgesamt also 20 Fälle, pendent.

¹¹ Die Aufsichtskommission VSB und das zehnte Gebot, in: von der Crone/Forstmoser/Weber/Zäch [Hrsg.], Aktuelle Fragen des Bank- und Finanzmarktrechts, Festschrift für Dieter Zobl zum 60. Geburtstag, Zürich 2004, S. 63 ff.).

¹² Hinten B/1 und C/4.8.

¹³ Gegenüber 61 Sachverhalten in der Vorperiode, welche allerdings beinahe ein Jahr weniger umfasste.

¹⁴ Demgegenüber wurden in der Vorperiode 8 der 61 Verfahren eingestellt.

¹⁵ Vgl. hinten C/4.8.

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 Sitzgesellschaften¹⁶ einen Schwerpunkt. In insgesamt 36 Fällen wurden – oftmals in Konkurrenz mit anderen Tatbeständen – die Verfahrensregeln nicht eingehalten, welche die Sorgfaltspflichtvereinbarungen für die Aufnahme von Geschäftsbeziehungen mit solchen Gesellschaften vorsehen.

Anders als in früheren Berichtsperioden, aber gleich wie in den beiden vorangegangenen Berichtsperioden, hatte die Aufsichtskommission demgegenüber nur noch vereinzelt – nämlich in 3 Fällen¹⁷ – Sachverhalte zu beurteilen, in welchen eine Verletzung der Bestimmung über die Steuerhinterziehung und ähnliche Handlungen festgestellt werden mussten (in anderen Fällen stand der Tatbestand zwar zur Diskussion, es wurde aber keine Verletzung festgestellt). Keine einzige der betreffenden Verurteilungen betraf mehr so genannte „Jahresendgeschäfte“.¹⁸

Verurteilungen wegen aktiver Beihilfe zur Kapitalflucht waren – gleich wie in der vorangegangenen Berichtsperiode – keine zu verzeichnen.¹⁹ Dies ist insbesondere die Folge davon, dass kaum mehr Länder mit Devisenrestriktionen bestehen. Damit hatte der Tatbestand der aktiven Beihilfe zu Kapitalflucht zur Umgehung von Devisenrestriktionen auch während dieser Berichtsperiode keine praktische Bedeutung.

¹⁶ Vgl. Art. 4 VSB 1998 sowie Art. 4 VSB 1992.

¹⁷ Gegenüber immerhin noch 8 Fällen in der Vorperiode.

¹⁸ Vgl. hinten C/5.

¹⁹ Vgl. Art. 7 VSB 1998 sowie Art. 7 VSB 1992.

3. Bemessung der Vertragsstrafen

Die Banken können bei schweren Sorgfaltswidrigkeiten verpflichtet werden, Konventionalstrafen bis zu einer Höhe von CHF 10'000'000.00 zu leisten.²⁰ Im Vergleich dazu liegt die maximale Busse gemäss GwG²¹ bei CHF 200'000.00.

In der Berichtsperiode musste die Aufsichtskommission den oberen Bereich des Strafrahmens zwar nach wie vor nicht ausschöpfen. Indessen war ein Anstieg der Bussenhöhe zu verzeichnen. Wurden in der vorangegangenen Berichtsperiode noch in 31 Fällen Konventionalstrafen verhängt, welche den Betrag von CHF 10'000.00 überstiegen, traf diese Voraussetzung nun auf 58 Fälle zu. Die höchste in der Berichtsperiode verhängte Strafe betrug CHF 750'000.00. Die Einnahmen aus den Vertragsstrafen werden an das Internationale Komitee des Roten Kreuzes überwiesen²².

C. EINZELNE TATBESTÄNDE

1. Identifikation des Vertragspartners²³

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 39 (teilweise mehrfachen) Verurteilungen. In 28 dieser 39 Fälle wurden gleichzeitig Bestimmungen über die Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten verletzt.²⁴

Eine der wichtigsten Praxisänderungen betraf die Frage, ob der Zeitpunkt des Eingangs der Identifikationsdokumente aktenkundig gemacht werden muss.²⁵

²⁰ Art. 11 Abs. 1 VSB 2003.

²¹ Vgl. Art. 36 und 37 GwG.

²² Vgl. Art. 11 Abs. 1 letzter Satz VSB 2003.

²³ Art. 2 VSB 2003, Art. 2 VSB 1998 sowie Art. 2 VSB 1992.

²⁴ Vgl. hinten C/2.

²⁵ Vgl. hinten 1.7 und 1.8.

1.1 Nach der langjährigen Praxis der Aufsichtskommission muss der Kunde vor der Kontoeröffnung identifiziert sein. Als Zeitpunkt der Kontoeröffnung gilt dabei nicht schon die interne Reservation einer Kontonummer, sondern erst der Moment, in welchem es technisch möglich ist, über das Konto zu verfügen. Solange das Konto blockiert bleibt, gilt es noch nicht als eröffnet.²⁶ In diesem Zusammenhang präzisierte die Aufsichtskommission, dass die Bank in der Lage sein muss, die Blockierung des Kontos zu belegen (es genügt mithin nicht, dass tatsächlich nicht über das Konto verfügt wurde). Ist die Bank dazu nicht in der Lage, verletzt sie ihre Sicherstellungspflicht.²⁷

1.2 Nach konstanter Praxis der Aufsichtskommission muss bei Gemeinschaftskonten jeder Berechtigte gemäss den Standesregeln identifiziert werden. Bei einem compte-joint genügt es nicht, nur einen der Berechtigten zu identifizieren.²⁸

1.3 Ziff. 16 Ausführungsbestimmungen zu Art. 2 VSB 1992 verlangte, die Wohnsitzadresse des Kunden sei auf geeignete Weise „festzuhalten“.²⁹ „Festhalten“ bedeutet, dass die Wohnsitzadresse auf einem geeigneten Datenträger zu fixieren war („festhalten“ und „verurkunden“ sind hier also praktisch Synonyme). Nur unter dieser Voraussetzung – wenn die Wohnsitzadresse auf einem Datenträger fixiert ist – können die interne Revision und die bankengesetzliche Revisionsstelle die Vornahme der Identifikation kontrollieren.

²⁶ Friedli, Tätigkeitsbericht der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken 1993-1994, SZW 1995, S. 320).

²⁷ Gemäss Ziff. 16 und 17 Ausführungsbestimmungen zu Art. 2 VSB 1992; vgl. auch Ziff. 22 und 23 Ausführungsbestimmungen zu Art. 2 VSB 2003 und neu Ziff. 24 Ausführungsbestimmungen zu Art. 2 VSB 2003.

²⁸ Friedli, Tätigkeitsbericht der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken 1990-1992, SZW 1993, S. 94).

²⁹ Ziff. 22 Ausführungsbestimmungen zu Art. 2 VSB 2003 verwendet die gleiche Terminologie.

1.4 Eine Gründungsurkunde ist einem Handelsregisterauszug nicht gleichwertig, weil sich aus ihr nicht ergibt, ob die Gesellschaft tatsächlich im Handelsregister eingetragen wurde.³⁰

1.5 Auch bei juristischen Personen ist es ohne weiteres zulässig, eine Kontobeziehung auf dem Korrespondenzweg zu eröffnen. Der Umstand, dass die VSB 1992³¹ nur mit Bezug auf natürliche Personen, nicht aber mit Bezug auf juristische Personen zwischen einer Kontoeröffnung bei persönlicher Vorsprache (Ziff. 8 Ausführungsbestimmungen zu Art. 2 VSB 1992) und einer Kontoeröffnung auf dem Korrespondenzweg (Ziff. 9 und 10 Ausführungsbestimmungen zu Art. 2 VSB 1992) unterschied, lässt nicht etwa den Schluss zu, bei juristischen Personen wäre nur eine Kontoeröffnung bei persönlicher Vorsprache zulässig.

1.6 Die Aufsichtskommission hatte einen Sachverhalt zu beurteilen, welcher sich dadurch kennzeichnete, dass die Bank das Kreditdossier verloren hatte. Die Bank argumentierte, es bestünden keine konkreten Anhaltspunkte dafür, dass sie im konkreten Fall die Identifikationspflichten verletzt hätte und berief sich auf den Grundsatz „in dubio pro reo“.

Die Aufsichtskommission gab der Bank zwar Recht, dass es mit Bezug auf den konkreten Sachverhalt an Anhaltspunkten für eine fehlerhafte Identifikation mangelte. Sie wies aber gleichzeitig darauf hin, dass die Bank ihrer Sicherstellungs- und Aufbewahrungspflicht³² nicht nachgekommen sei. In diesem Zusammenhang stellte die Aufsichtskommission klar, dass für die Anwendung des Grundsatzes „in dubio pro reo“ in diesem Zusammenhang gar kein Platz ist, weil aus der Sicherstellungs- und Aufbewahrungspflicht gerade folgt, dass die Beweislast für die Vornahme der ordnungsgemässen Identifikation bei der Bank liegt. Ferner wies die Aufsichtskommission auch darauf hin, dass die Sicherstellungspflicht der Bank keineswegs mit dem Abbruch der Kontobeziehung endet.

³⁰ Vgl. Ziff. 14 Ausführungsbestimmungen zu Art. 2 VSB 2003.

³¹ Gleich immer noch die VSB 2003.

³² Ziff. 16 und 17 Ausführungsbestimmungen zu Art. 2 VSB 1992; nunmehr Ziff. 22 und 23 Ausführungsbestimmungen zu Art. 2 VSB 2003.

Vielmehr sehen die einschlägigen Bestimmungen der Landesregeln vor, dass die Identifikationsakten aufzubewahren sind.

1.7 Nach der früheren Praxis der Aufsichtskommission durfte die Sicherstellungspflicht der Bank gemäss Ziff. 17 Ausführungsbestimmungen zu Art. 2 VSB 1992 in der Regel als erfüllt gelten, wenn sich ein Identifikationsdokument bei den Kontoeröffnungsunterlagen befand, welches vor der Kontoeröffnung datiert. Die Aufsichtskommission ging von einer tatsächlichen (natürlichen) Vermutung dafür aus, dass die von der Bank erstellten Fotokopien rechtzeitig, also im Zeitpunkt der Kontoeröffnung, vorgenommen wurden. Diese Praxis wurde aber im Laufe der Berichtsperiode geändert.

1.8 Wie bereits erwähnt wurde, änderte die Aufsichtskommission ihre Praxis, welche bisher nicht verlangt hatte, die Identifikationsdokumente zu datieren. Diese Praxisänderung begründete die Aufsichtskommission wie folgt:³³

Die Landesregeln enthalten keine Norm, welche ausdrücklich verlangen würde, die zur Identifikation eingeholten Passkopien zu datieren. Auch aus der allgemeinen Sicherstellungspflicht der Bank (Ziff. 21 Ausführungsbestimmungen zu Art. 2 VSB 1998) leitete die Aufsichtskommission im Rahmen ihrer bisherigen Praxis keine solche Pflicht ab. Diese Praxis hält indessen einer genaueren Überprüfung nicht stand. Wenn das Datum nicht vermerkt wird, an welchem die Einsichtnahme in das Identifikationsdokument erfolgte, lässt sich nämlich nicht überprüfen, ob die Identifikation vor der Aktivierung der Geschäftsbeziehung erfolgte (vgl. de Capitani, GwG 3 N 40a, in: Schmid [Hrsg.], Kommentar Einziehung, organisiertes Verbrechen und Geldwäscherei, Bd. II, Zürich 2002). Folglich bildet es Bestandteil der Sicherstellungspflicht (Ziff. 21 Ausführungsbestimmungen zu Art. 2 VSB 1998), das Datum des Eingangs eines Identifikationsdokumentes – beispielsweise mittels Eingangsstempel – aktenkundig zu machen.

Weil die Bank im Vertrauen auf die bisherige Praxis der Aufsichtskommission davon ausgehen durfte, dass sich die Verurkundung des Eingangsdatums der Identifikati-

³³ Vgl. auch hinten 1.9.

onsdokumente erübrige, wurde die aus ihrer Unterlassung resultierende Verletzung der Standesregeln nur festgestellt, sie wirkte sich aber auf die Bemessung der Konventionalstrafe nicht aus. Ferner kündigte die Aufsichtskommission an, dass die neue Praxis auf geeignete Weise bekannt gemacht werde und dass erst Standesregelverletzungen, welche nach dieser Bekanntmachung erfolgen, nicht nur festgestellt, sondern auch sanktioniert würden. Die vorliegende Publikation gilt als entsprechende Bekanntmachung.

1.9 Eine Bank kritisierte diese Praxisänderung. Die Aufsichtskommission verteidigte sich wie folgt:

Im Übrigen trifft die Kritik der Bank an der neuen Praxis der Aufsichtskommission nicht zu. Diese Praxis, wonach die Bank aktenkundig machen muss, in welchem Zeitpunkt sie das Identifikationsdokument entgegennahm oder beschaffte, bezieht sich in erster Linie auf die Identifikation juristischer Personen. Insofern besteht von vornherein keine tatsächliche Vermutung dafür, dass die Identifikation im Zeitpunkt der Kontoeröffnung erfolgte, weil ein Handelsregisterauszug auch ohne Mitwirkung der betreffenden juristischen Person eingeholt werden kann. Anders verhält es sich bei natürlichen Personen. Bei natürlichen Personen besteht zwar die in einem früheren Entscheid der Aufsichtskommission – auf welchen die Bank Bezug nimmt – erwähnte tatsächliche Vermutung, wonach das Identifikationsdokument im Zeitpunkt der Kontoeröffnung erhoben wurde. Denn bei natürlichen Personen setzt die Identifikation einen Kundenkontakt voraus, wie er typischerweise anlässlich der Kontoeröffnung entsteht. Dieser Unterschied bedeutet aber noch keinen hinreichenden Anlass, auch in der rechtlichen Beurteilung eine Differenzierung vorzunehmen und nur bei der Identifikation juristischer Personen zu verlangen, dass ausdrücklich aktenkundig gemacht werden muss, wann das Identifikationsdokument erhoben wurde. Vielmehr bezieht sich die Sicherstellungspflicht, welche letztlich die Grundlage der neuen Praxis der Aufsichtskommission bildet, gleichermaßen auf juristische wie auch auf natürliche Personen.

1.10 Nach der Praxis der Aufsichtskommission muss ein vorbestehender Kunde, welcher weitere Konten eröffnet, nicht neuerlich identifiziert werden.³⁴ Die Aufsichtskommission entschied, dass das Gleiche auch gilt, wenn ein bereits identifizierter Kunde ein Kassageschäft abwickelt, also eine Transaktion, in welche das schon bestehende Konto nicht involviert ist (Transaktionen, welche über bereits bestehende Kundenkonten abgewickelt werden, waren von vornherein nicht als Kassageschäfte im Sinne von Ziff. 7 Ausführungsbestimmungen zu Art. 2 VSB 1998 zu qualifizieren³⁵). Ausschlaggebend war die Überlegung, dass die Abwicklung eines Kassageschäftes für einen Kunden, welcher bereits Konten bei derselben Bank führte, nicht als „Aufnahme einer Geschäftsbeziehung“ im Sinne von Art. 2 Abs. 1 VSB 1998 interpretiert werden konnte. Denn die Geschäftsbeziehung mit dem Bankkunden hatte ja bereits bestanden. Ferner zog die Aufsichtskommission auch in Erwägung, dass Art. 2 Abs. 2 VSB 1998 keinerlei Unterscheidung zwischen der Eröffnung von Konten und der Vornahme von Kassageschäften machte. Die Vornahme eines Kassageschäftes mit einem bereits bestehenden, korrekt identifizierten Kunden ist nicht anders zu behandeln ist als die Eröffnung eines weiteren Kontos.

1.11 Die Praxis der Aufsichtskommission, wonach die Vornahme eines Kassageschäftes mit einem bereits bestehenden Kunden nicht anders zu behandeln ist als die Eröffnung eines weiteren Kontos³⁶, gilt auch für die Eröffnung von Inhabersparheften. Ein bestehender Kunde, welcher zu einem späteren Zeitpunkt ein Inhabersparheft eröffnet oder Einlagen oder Rückzüge von mehr als CHF 25'000.00 tätigt³⁷, ist daher nicht neuerlich zu identifizieren.³⁸

³⁴ Friedli, Tätigkeitsbericht der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken 1995-1997, SZW 1998, S. 99.

³⁵ Friedli (Fn 34) S. 98.

³⁶ Vgl. vorne 1.10.

³⁷ Vgl. Ziff. 5 Ausführungsbestimmungen zu Art. 2 VSB 1998.

³⁸ Wobei aber beachtet werden muss, dass auf die Eröffnung neuer Inhabersparhefte zu verzichten ist (Ziff. 5 Ausführungsbestimmungen zu Art. 1 VSB 2003).

1.12 Unter der Herrschaft der VSB 1992 war nicht vorausgesetzt worden, dass bei der Identifikation des Vertragspartners eine Ausweiskopie angefertigt werden müsse.³⁹ Demgegenüber verlangte schon die VSB 1998 zur Identifikation einer natürlichen Person – wenn der Vertragspartner der Bank nicht persönlich bekannt war – unter anderem die Erstellung einer Ausweiskopie.⁴⁰ Wie verhält es sich in solchen Fällen, wenn bei einer Revision der VSB die Anforderungen an die Identifikation verschärft werden? Folgt daraus, dass ein Kunde, der nach den Regeln der VSB 1992 identifiziert worden war, neu identifiziert werden musste, wenn er unter der Herrschaft der VSB 1998 ein Konto eröffnete oder ein Kassageschäft tätigte? Diese Frage wurde von der Aufsichtskommission verneint. Denn die Änderung der VSB (insbesondere die Statuierung von zusätzlichen Pflichten der Bank im Rahmen einer Revision der VSB) betrifft bereits bestehende Geschäftsbeziehungen grundsätzlich nicht (es sei denn, dies wäre in der revidierten VSB ausdrücklich vorgesehen).

1.13 Wie eben dargelegt wurde⁴¹, gilt die Regel, wonach ein Kunde, welcher bereits eine Geschäftsbeziehung mit der Bank unterhält, nicht nochmals identifiziert werden muss, auch dann, wenn sich in der Zwischenzeit die Anforderungen der VSB an die Identifikation des Kunden erhöht haben sollten. Daraus folgt auch, dass ein Kunde, zu welchem bereits vor Inkrafttreten der ersten Sorgfaltspflichtvereinbarung eine Geschäftsbeziehung aufgenommen wurde (im konkreten Fall im Jahre 1963), später nicht erneut identifiziert werden muss. Die Kontoeröffnung im Jahre 1963 erfolgte nämlich zwangsläufig korrekt, weil es damals noch gar keine Regeln gab, die hätten verletzt werden können. Die später in Kraft getretenen Sorgfaltspflichtvereinbarungen betreffen bereits bestehende Geschäftsbeziehungen grundsätzlich nicht. Sie enthalten insbesondere keine Pflicht, bereits bestehende Kunden nachträglich standesregelkonform zu identifizieren.

Anders verhält es sich gemäss der Praxis der Aufsichtskommission aber dann, wenn bereits die Erstidentifikation nicht entsprechend den Regeln der damals gültigen Sorgfaltspflichtvereinbarung vorgenommen wurde.⁴² In solchen Konstellationen begeht die

³⁹ Vgl. Ziff. 8 Ausführungsbestimmungen zu Art. 2 VSB 1992.

⁴⁰ Vgl. Ziff. 9 Ausführungsbestimmungen zu Art. 2 VSB 1998.

⁴¹ Vgl. vorne 1.12.

⁴² Friedli (Fn 5) S. 170.

Bank eine Standesregelverletzung, wenn sie weitere Konten eröffnet, ohne den Kunden korrekt zu identifizieren.

1.14 Immer dann, wenn die Bank nicht direkt zum Kunden in Kontakt tritt – sei es durch persönliche Vorsprache, sei es auf dem Korrespondenzweg –, liegt eine Delegation der Identifikation im Sinne von Ziff. 18 Ausführungsbestimmungen zu Art. 2 VSB 1998⁴³ vor, und die betreffenden Voraussetzungen müssen eingehalten werden. Die Bank darf sich bei der Kontoeröffnung nicht eines Dritten, welcher kein Delegierter im Sinne von Ziff. 18 Ausführungsbestimmungen zu Art. 2 VSB 1998 ist, als Mittelsmann bedienen.⁴⁴

1.15 Wenn die Bank keinen direkten Kontakt zur Kundin oder zu deren Organen aufnimmt, sondern nur mit einem Rechtsanwalt korrespondiert, der die Kundin vertritt, liegt eine Delegation der Identifikation im Sinne von Ziff. 18 Ausführungsbestimmungen zu Art. 2 VSB 1998⁴⁵ vor. Auch bei einem Rechtsanwalt, der einen Kunden vertritt, müssen die Voraussetzungen von Ziff. 19 Ausführungsbestimmungen zu Art. 2 VSB 1998 (ordnungsgemäße Auswahl und Instruktion) erfüllt sein.

1.16 Wenn die Identifikation delegiert wird, darf der Beauftragte nicht seinerseits eine Korrespondenzeröffnung vornehmen, sondern muss persönlich mit dem Kunden zusammentreffen. Dies folgt aus dem Zweck der Norm, welche die Möglichkeit einer Delegation vorsieht; denn wenn der Kunde nicht persönlich (beim Beauftragten) vorsprechen will, kann die Bank auch direkt eine Korrespondenzeröffnung vornehmen, und es würde keinen Grund geben, einen Beauftragten zwischenschalten.

1.17 In einer früheren Entscheidung hatte die Aufsichtskommission die Frage offen gelassen, ob die Kontoeröffnung durch eine ausländische Niederlassung (nicht Schwesterge-

⁴³ Vgl. Ziff. 21 Ausführungsbestimmungen zu Art. 2 VSB 2003.

⁴⁴ Vgl. auch hinten 1.15.

sellschaft) der Bank eine Delegation der Identifikation im Sinne von Ziff. 14 Ausführungsbestimmungen zu Art. 2 VSB 1992 darstellte.⁴⁶ Nunmehr stellte die Aufsichtskommission klar, dass in einer solchen Konstellation keine Delegation der Identifikation zu erblicken ist.

Dagegen stellt eine Kontoeröffnung (unter Einschluss der Identifikation) durch eine Schwestergesellschaft im Ausland eine Delegation der Identifikation dar.⁴⁷ Anders als die ausländische Vertretung oder Zweigniederlassung ist die ausländische Schwestergesellschaft einer Bank aufgrund der rechtlichen Verschiedenheit in jedem Falle als Drittperson und damit als Beauftragte im Sinne gemäss Ziff. 14 Ausführungsbestimmungen zu Art. 2 VSB 1992 zu betrachten.

2. Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten^{48/49}

In der Berichtsperiode kam es zu insgesamt 40 teilweise mehrfachen Verurteilungen, weil die Bank die wirtschaftliche Berechtigung an den hinterlegten Werten nicht oder 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.

2.1 Die Aufsichtskommission bestätigte ihre Praxis, wonach auf der Erklärung gemäss Formular A der Ausstellungsort, das Ausstellungsdatum und die Adresse der wirtschaftlich Berechtigten angegeben werden müssen. Sie führte in diesem Zusammenhang wörtlich aus:⁵⁰

⁴⁵ Ziff. 21. Ausführungsbestimmungen zu Art. 2 VSB 2003.

⁴⁶ Friedli (Fn 5) S. 170.

⁴⁷ Im konkreten Fall Ziff. 14 Ausführungsbestimmungen zu Art. 2 VSB 1992, nunmehr Ziff. 21 Ausführungsbestimmungen zu Art. 2 VSB 2003.

⁴⁸ Art. 3 VSB 2003, Art. 3 VSB 1998 und Art. 3 VSB 1992.

⁴⁹ Vgl. auch hinten 3.4 bis 3.12.

⁵⁰ Vgl. hinten 3.9.

Dass die Adresse der wirtschaftlich Berechtigten auf der Erklärung gemäss Formular A verurkundet werden muss, folgt direkt aus Ziff. 24 Ausführungsbestimmungen zu Art. 3 VSB 1998. Dass überdies Ort und Datum der Unterzeichnung zu verurkunden sind, ist zwar im Text der Landesregeln nicht ausdrücklich so formuliert, ergibt sich aber ohne weiteres aus der Tatsache, dass das Musterformular im Anhang zur VSB 1998 eine entsprechende Rubrik enthält. Das Erfordernis der Orts- und Datumsangabe stellt keine reine Formalität dar, sondern ist von materieller Relevanz. Beispielsweise erfolgt die Kontoeröffnung zugunsten natürlicher Personen (nicht aber zugunsten juristischer Personen) nach verschiedenen Regeln, je nachdem, ob der Kunde persönlich vorspricht oder nur mit der Bank korrespondiert. Ob die eine oder andere Konstellation vorliegt, wird insbesondere aufgrund der Ortsangabe auf den Eröffnungsdokumenten ersichtlich. Die Datumsangabe ist notwendig, damit überprüft werden kann, ob die Feststellung der wirtschaftlichen Berechtigung rechtzeitig (also vor erfolgter Kontoeröffnung) durchgeführt wurde.

2.2 Nach der Regel von Ziff. 23 Ausführungsbestimmungen zu Art. 3 VSB 1998 war bei Aufnahme der „Geschäftsbeziehung“ auf dem Korrespondenzweg mit einer natürlichen Person eine Erklärung gemäss Formular A einzuholen. In diesem Zusammenhang entschied die Aufsichtskommission, dass die Bank dann, wenn sie auf dem Korrespondenzweg ein Gemeinschaftskonto zugunsten mehrerer Vertragspartner eröffnet, bei denen es sich teils um bestehende und teils um neue Kunden handelt, eine von allen unterzeichnete Erklärung gemäss Formular A einholen muss. Die Aufsichtskommission verwies darauf, dass die Erklärung gemäss Formular A vom Vertragspartner (und bei mehreren Vertragspartnern von allen Vertragspartnern) unterzeichnet werden muss. Diese Voraussetzung wäre nicht erfüllt, wenn nur der „Neukunde“ unterschreiben würde.

2.3 Die Aufsichtskommission hatte sich mit der Frage auseinanderzusetzen, unter welchen Voraussetzungen bei der Eröffnung weiterer Konten unter derselben, vorbestehenden Stammnummer die wirtschaftliche Berechtigung mittels Formular A abgeklärt werden muss. Zu dieser Frage bestand bereits Praxis. Die Landesregeln verlangen, dass grundsätzlich für jedes Konto und Depot eine separate Erklärung gemäss Formular A zu

den Akten genommen wird.⁵¹ Die Aufsichtskommission entschied während der Berichtsperiode, dass die Eröffnung von Subkonten unter einer bereits bestehenden Stammnummer keine Ausnahme von diesem Grundsatz rechtfertigt. Dies galt im konkreten Fall umso mehr, als die diversen Subkonten unter verschiedenen Rubriken eröffnet wurden („Firmenkonto“, „Firmenkonto, Rubrik: Kundengelder“, „Kontokorrent für Private“ oder „Kapitaleinzahlungskonto“), die auf eine je verschiedene wirtschaftliche Berechtigung schliessen liessen.

2.4 Die Unterzeichnung einer Erklärung gemäss Formular A mit einem Kennwort genügt den Anforderungen der Standesregeln jedenfalls dann, wenn der Bankkunde sogar noch ein separates Formular unterzeichnet, auf welchem er ausdrücklich erklärt, dass er sich die Unterschrift mit einem Kennwort zurechnen lassen wolle. Dies folgt aus der Überlegung, dass eine Unterschrift letztlich nichts anderes als ein Zeichen darstellt, durch welches der Unterschreibende zum Ausdruck bringt, dass er sich die unterschriebene Erklärung entgegenhalten lassen will. Auch eine Unterschrift mit einem Kennwort kann deshalb eine rechtsgültige Unterschrift darstellen, wenn der Verpflichtungswille des Unterzeichnenden eindeutig vorhanden ist.

2.5 Mit der Entgegennahme eines blanko unterzeichneten Formulars A, welches in der Folge von einer Bankmitarbeiterin ausgefüllt wird, kommt die Bank ihrer Pflicht zur ordnungsgemässen Abklärung der wirtschaftlichen Berechtigung nicht nach. Denn nach ständiger Praxis der Aufsichtskommission ist die Bank nicht berechtigt, die Erklärung gemäss Formular A zu ergänzen, nachdem diese vom Kunden oder von der Kundin unterzeichnet wurde.⁵²

2.6 Gemäss der langjährigen Praxis der Aufsichtskommission wird die Bank ihrer Sicherstellungspflicht nicht gerecht, wenn sie erst im Verfahren vor der Aufsichtskommis-

⁵¹ Friedli (Fn 5) S. 173 f.

⁵² Friedli (Fn 5) S. 175.

sion in der Lage ist, die nach den Standesregeln erforderlichen Dokumente vorzulegen. In diesem Zusammenhang stellte die Aufsichtskommission klar, dass es unter dem Gesichtspunkt der Sicherstellungspflicht bereits genügt, wenn die Bank im Verfahren vor dem Untersuchungsbeauftragten darauf hinweist, dass eine Erklärung gemäss Formular A existiert. Es ist nicht nötig, dass diese Erklärung zu den Akten des Untersuchungsbeauftragten gegeben wird.

2.7 Die Aufsichtskommission war mit einem Sachverhalt konfrontiert, der sich dadurch charakterisierte, dass ein nicht näher beschriebener „Lunchclub“ ein Konto führte. Aus den Kontoeröffnungsunterlagen ging nicht eindeutig hervor, ob es sich beim Lunchclub um einen Verein im Rechtssinne oder um eine lose Personenverbindung (also um eine einfache Gesellschaft) handelte. Die Aufsichtskommission gelangte zum Schluss, dass die Standesregeln in beiden Konstellationen verletzt wären:

Unabhängig davon, ob das eine oder das andere zutraf, versties die Bank aber gegen die Standesregeln, indem sie die Erklärung gemäss Formular A vom 1. November 2001 akzeptierte. Wenn es sich beim wirtschaftlich Berechtigten um einen Verein handelte, dann hätte die Unterlassung darin bestanden, dass die Domiziladresse und der Domizilstaat nicht festgehalten wurden (Ziff. 20 Ausführungsbestimmungen zu Art. 3 VSB 1992). Wenn der Lunchclub in der Form einer einfachen Gesellschaft organisiert war, lag ein Sammelkonto vor, so dass nach der Regel von Ziff. 24 Ausführungsbestimmungen zu Art. 3 VSB 1992 hätte vorgegangen werden müssen (Entgegennahme einer Liste aller wirtschaftlich Berechtigten).

2.8 Gemäss Ziff. 19 Lit. a Ausführungsbestimmungen zu Art. 2 VSB 1998⁵³ konnte die Bank bei der Eröffnung eines Kapitaleinzahlungskontos einer Aktiengesellschaft darauf verzichten, die Identität des Vertragspartners abzuklären. Die Aufsichtskommission entschied nun, dass in solchen Fällen auch die wirtschaftliche Berechtigung nicht festgestellt werden muss, und führte in diesem Zusammenhang wörtlich aus:

⁵³ Ebenso Ziff. 18 Lit. c Ausführungsbestimmungen zu Art. 2 VSB 2003.

Ferner kann es der Bank auch nicht zum Vorwurf gemacht werden, wenn sie darauf verzichtete, die wirtschaftliche Berechtigung am Kapitaleinzahlungskonto abzuklären. Dass Ziff. 19 Lit. a Ausführungsbestimmungen zu Art. 2 VSB 1998 bei solchen Konten von der Pflicht zur Identifikation des (noch gar nicht existierenden) Vertragspartners dispensierte, lässt zwar nicht den Schluss zu, dass auch auf eine Feststellung der wirtschaftlichen Berechtigung verzichtet werden durfte. Dieser Schluss ergibt sich aber aufgrund anderer Überlegungen. Wirtschaftlich berechtigt wäre derjenige, dem die auf dem Kapitaleinzahlungskonto liegenden Mittel eigentlich gehören und der auf Grund seines Verhältnisses zum Kontoinhaber diesem Instruktionen über die Verwendung dieser Mittel erteilen kann (vgl. dazu de Capitani, GwG 4 N 31 ff). Gerade dies ist aber im Falle einer Gründungsgesellschaft ausgeschlossen. Ihr Konto bleibt gesperrt, bis die Gesellschaft im Handelsregister eingetragen und damit zur rechtsfähigen juristischen Person geworden ist. Folglich gibt es an einem Kapitaleinzahlungskonto keine wirtschaftlich Berechtigten. Eine andere Überlegung führt zum gleichen Resultat. Der Einleger verpflichtet sich im Gründungsakt bedingungslos zur Leistung seiner Einlage (Art. 630 OR). Diese Pflicht besteht zunächst der Gründungsgesellschaft, dann aber auch der Aktiengesellschaft gegenüber (vgl. Art. 681 OR). Auch wenn man dieses Verhältnis allenfalls als Vertrag zwischen dem Gründer und der Gesellschaft betrachten kann, besteht jedenfalls kein Rechtsverhältnis zwischen dem Einleger und der Bank. Der Einleger steht im gleichen Verhältnis zur Bank wie der Dritte, welcher auf ein bestehendes Bankkonto einzahlt. Auch unter diesem Gesichtspunkt sind Abklärungen zur wirtschaftlichen Berechtigung nicht angezeigt.

2.9 Eine Bank eröffnete im Jahre 1996 ein Konto zugunsten einer schweizerischen Sitzgesellschaft, welche die Eigenschaften einer Finanzintermediärin im Sinne von Art. 2 Abs. 3 GwG aufwies (es handelte sich um eine Anlagestiftung). Die Bank nahm keine Erklärung gemäss Formular A zu ihren Akten. Sie berief sich im Verfahren vor der Aufsichtskommission auf die Ausnahme gemäss Ziff. 30 Abs. 2 Ausführungsbestimmungen zu Art. 3 VSB 1998, wonach Finanzintermediäre mit Sitz oder Wohnsitz in der Schweiz keine Erklärung über die wirtschaftliche Berechtigung abgeben müssen. Die Aufsichtskommission gelangte zum Schluss, dass die Ausnahme gemäss Ziff. 30 Abs. 2 Ausführungsbestimmungen zu Art. 3 VSB 1998 aus zeitlichen Gründen nicht zum Zuge kommen konnte, weil die Kontoeröffnung bereits 1996 erfolgt war:

Nach der Regel von Art. 15 Abs. 3 (letzter Satz) VSB 1998 (Grundsatz des milderer Rechts) wäre Ziff. 30 Abs. 2 Ausführungsbestimmungen zu Art. 3 VSB 1998 an sich auf den vorliegenden Sachverhalt anwendbar, auch wenn die Kontoeröffnung bereits im Juni 1996 erfolgte. Indessen ist zu beachten, dass der Begriff des Finanzintermediärs, wie er in Ziff. 30 Abs. 2 Ausführungsbestimmungen zu Art. 3 VSB 1998 verwendet wird, dem GwG entstammt, welches erst am 1. April 1998 in Kraft trat. Zum Zeitpunkt, als das hier interessierende Konto eröffnet wurde (im Juni 1996), war die [Kundin] noch gar keine Finanzintermediärin im Sinne des GwG. Deshalb kann die Bank die Ausnahme gemäss Ziff. 30 Abs. 2 Ausführungsbestimmungen zu Art. 3 VSB 1998 – ungeachtet Art. 15 Abs. 3 (letzter Satz) VSB 1998 – im konkreten Fall nicht für sich in Anspruch nehmen. Ein anderes Ergebnis wäre auch mit dem Normzweck nicht vereinbar. Ziff. 30 Abs. 2 Ausführungsbestimmungen zu Art. 3 VSB 1998 will die Bank immer dort von einer Abklärung der wirtschaftlichen Berechtigung dispensieren, wo bereits der Bankkunde diese Abklärung von Gesetzes wegen vornehmen musste. Diese Voraussetzung war aber im konkreten Fall nicht erfüllt. 1996 musste die Kundin noch keine Abklärungen zur wirtschaftlichen Berechtigung der von ihr verwalteten Vermögen treffen. Folglich durfte nicht auch die Bank auf solche Abklärungen verzichten.

2.10 Die Praxis der Aufsichtskommission, wonach eine unrichtig ausgefüllte, aber überflüssigerweise eingeholte Erklärung gemäss Formular A nicht schadet, kann von vornherein nur dann zum Zuge kommen, wenn der Vertragspartner auf dieser Erklärung gemäss Formular A sich selbst als wirtschaftlich Berechtigten bezeichnet. Wenn eine Drittperson als wirtschaftlich Berechtigter bezeichnet wird, zeigt dies nämlich gerade, dass ein Zweifelsfall vorlag, der die Abklärung der wirtschaftlichen Berechtigung nötig machte.

2.11 Nach der bereits früher publizierten Praxis der Aufsichtskommission stellte in denjenigen Fällen, in denen die Einholung eines Formulars A nicht nötig gewesen wäre, auch die Einholung eines unvollständigen oder widersprüchlichen Formulars A keine Verletzung der Standesregeln dar.⁵⁴ Während der Berichtsperiode war die Aufsichtskommission mit der Frage konfrontiert, ob ein – unnötigerweise einverlangtes – unrichtig ausgefülltes Formular A bei der Bank Zweifel aufkommen lassen muss, welche gemäss Art. 6

⁵⁴ Friedli (Fn 28) S. 94.

Abs. 1 VSB 2003 verlangen, dass das Verfahren nach Art. 3 VSB 2003 wiederholt wird. Diese Frage wurde wie folgt beantwortet:⁵⁵

Die Praxis der Aufsichtskommission bezüglich unrichtig ausgefüllter Formulare A ist [...] wie folgt zu präzisieren: Wenn kein Zweifelsfall besteht und die Bank trotzdem – unnötigerweise – ein Formular A verlangt hat, führt dies nicht zu einer Verletzung von Art. 3 VSB 2003, wenn die eingeholte Erklärung unvollständig oder widersprüchlich ist. Ein unrichtig ausgefülltes Formular A kann jedoch, selbst wenn es unnötigerweise eingeholt worden ist, zu begründeten Zweifeln über die wirtschaftliche Berechtigung Anlass geben, welche gemäss Art. 6 Abs. 1 VSB 2003 eine Wiederholung des Verfahrens nach Art. 3 VSB 2003 verlangen. Die Bank kann daher durchaus gegen die Standesregeln (nicht gegen Art. 3 VSB 2003, aber gegen Art. 6 VSB 2003) verstossen, wenn sie sich mit einem unrichtig ausgefüllten Formular A, das grundsätzlich nicht erforderlich gewesen wäre, begnügt. Dies ist dann der Fall, wenn aus dem Formular A eine Änderung der wirtschaftlichen Berechtigung hervorgeht und diese Erklärung unvollständig ist oder wenn die Erklärung sogar widersprüchlich ist. Diesfalls ist die Bank auch dann verpflichtet, das Verfahren gemäss Art. 3 VSB 2003 zu wiederholen, wenn die Einholung des Formulars A eigentlich unnötig gewesen wäre. Eine Verletzung dieser Pflicht hat zur Folge, dass die Bank gegen Art. 6 Abs. 1 VSB 2003 verstösst. Die Bank begeht hingegen dann keine Standesregelverletzung (und verletzt weder Art. 3 VSB 2003 noch Art. 6 VSB 2003), wenn nach der Erklärung auf dem (unvollständigen, aber unnötigerweise eingeholten) Formular A bezüglich der wirtschaftlichen Berechtigung keine Veränderung erfolgt ist.

2.12 Nach der Praxis der Aufsichtskommission⁵⁶ stellen Bartransaktionen über bestehende Kundenkonten keine Kassageschäfte dar. Anders verhält es sich aber, wenn ein bestehender Bankkunde eine Bartransaktion vornimmt, ohne dabei sein bereits vorhandenes Konto zu verwenden. In solchen Konstellationen sind die Voraussetzungen eines Kassageschäfts gegeben. Indem eine Bank eine Bartransaktion über ihr Konto „Pro Diverse“ zuliess, ohne die wirtschaftliche Berechtigung an den Werten mittels Erklärung gemäss Formular A feststellen zu lassen, handelte sie deshalb unsorgfältig.

⁵⁵ Vgl. auch vorne 2.10.

2.13 Gemäss Art. 3 Abs. 3 VSB 1998⁵⁷ musste bei Kassageschäften über Beträge von mehr als CHF 25'000.00 eine Erklärung gemäss Formular A zu den Akten genommen werden. In diesem Zusammenhang stellte sich die Frage, ob auch Einlagen oder Rückzüge bei Inhabersparheften⁵⁸, welche den Betrag von CHF 25'000.00 übersteigen, die Pflicht zur Feststellung der wirtschaftlichen Berechtigung auslösen. Eine Bank wollte aus Ziff. 5 Ausführungsbestimmungen zu Art. 2 VSB 1998 ableiten, dass Einlagen oder Rückzüge bei Inhabersparheften von mehr als CHF 25'000.00 nur auf die Identifikationspflicht nach Art. 2 VSB 1998, nicht aber auf die Pflicht zur Feststellung der wirtschaftlichen Berechtigung auslösen würden. Die Aufsichtskommission folgte dieser Auslegung nicht:

Art. 3 Abs. 3 VSB 1998, welcher bestimmte, dass bei Kassageschäften immer eine Erklärung über die wirtschaftliche Berechtigung eingeholt werden musste, definierte nicht, was Kassageschäfte sind, sondern verwies auf die Definition in Art. 2 VSB 1998. Art. 2 VSB 1998 seinerseits wurde durch Ziff. 7 Ausführungsbestimmungen zu Art. 2 VSB 1998 konkretisiert, welche wiederum bezüglich Inhabersparheften auf Ziff. 5 Ausführungsbestimmungen zu Art. 2 VSB 1998 verwies. Aufgrund dieser Systematik kommt die Aufsichtskommission zum Ergebnis, dass Transaktionen über bereits bestehende Konten/Hefte nur dann nicht als Kassageschäfte gelten, wenn es sich dabei nicht um Inhabersparhefte handelt. Aufgrund des Verweises in Art. 3 Abs. 3 VSB 1998 auf Art. 2 VSB 1998 ist bei Kassageschäften immer dann, wenn eine Identifikationspflicht besteht, auch der wirtschaftlich Berechtigte zu ermitteln. Dies bedeutet, dass bezüglich Einlagen und Rückzügen bei Inhabersparheften von mehr als CHF 25'000.00 nicht nur eine Identifikationspflicht besteht, sondern auch eine Pflicht zur Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten. Für die Auffassung der Bank spricht zwar, dass in Ziff. 5 Ausführungsbestimmungen zu Art. 2 VSB 1998 nur von der Identifikation die Rede ist („Bei Inhabersparheften ist zu identifizieren, wer ...), nicht aber von der Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten. Dies liegt jedoch auf der Hand, da sich diese Ausführungsbestimmung auf Art. 2 VSB 1998, welcher (nur) die Identifikation des Vertragspartners regelt, bezieht. Im Übrigen erscheint es durchaus gerechtfertigt, Inhabersparhefte auch bezüglich der Feststellung der wirtschaftlichen Berechtigung anders zu behandeln als Konten oder Namensparhefte. Transaktionen über Inhabersparhefte beinhalten ein besonderes Gefahrenpotenzial, die Zielsetzungen, wie sie in der Präambel der VSB 1998 enthalten waren, zu umgehen.

⁵⁶ Friedli (Fn 34) S. 98.

⁵⁷ Art. 3 Abs. 3 VSB 2003 lautet gleich.

⁵⁸ Vgl. vorne Fn 40.

Bei Kassageschäften von mehr als CHF 25'000.00, welche über ein Inhabersparheft abgewickelt werden, ist demnach immer eine Erklärung des Vertragspartners über den wirtschaftlich Berechtigten einzuholen.

Gleich verhält es sich gemäss Ziff. 7 Ausführungsbestimmungen zu Art. 2 VSB 2003. Diese Lösung ist nach der Beurteilung der Aufsichtskommission auch sachlich richtig. Der Umstand, dass ein Barbetrag auf ein Inhabersparheft einbezahlt wird, bedeutet für die Bank nämlich keinen zusätzlichen Informationsgewinn, weil ein Inhabersparheft definitionsgemäss nicht mit einem bestimmten Namen verknüpft ist.

2.14 Die Aufsichtskommission fasste das Verfahren zur Feststellung der wirtschaftlichen Berechtigung (bezogen auf die VSB 1998) wie folgt zusammen:

Art. 3 VSB 1998 sieht ein dreistufiges Verfahren zur Abklärung der wirtschaftlichen Berechtigung vor. In einem ersten Schritt muss bei jeder Neuaufnahme einer Kontobeziehung geprüft werden, ob Zweifel bestehen, dass der Kontoinhaber mit dem wirtschaftlich Berechtigten übereinstimmt. Wenn Anlass zu solchen Zweifeln besteht, muss die Bank den Kunden in einem zweiten Schritt die Erklärung gemäss Formular A ausfüllen lassen (Art. 3 Abs. 1 VSB 1998). Nur wenn die Zweifel auf diese Weise nicht ausgeräumt werden können, muss die Bank in einem dritten Schritt weitergehende Abklärungen treffen (Ziff. 25 Ausführungsbestimmungen zu Art. 3 VSB 1998).

Wenn im Rahmen weitergehender Abklärungen in sich widerspruchsfreie und plausible Erklärungen über die Mittelherkunft abgegeben werden, darf die Kontoeröffnung erfolgen (wobei diese Erklärungen aktenkundig zu machen sind). Ein strikter Beweis, der die Herkunft der Mittel belegt, ist nicht notwendig.

2.15 Die Standesregeln verlangen also nicht, dass sich die Banken die Herkunft der zu hinterlegenden Mittel positiv nachweisen lassen müssen. Die Prüfungspflichten der Bank gehen vielmehr dahin, dass die Bank die Kontoeröffnung ablehnen muss, wenn Zweifel darüber bestehen bzw. wenn solche nicht ausgeräumt werden können, ob der

Kontoinhaber auch der wirtschaftlich Berechtigte an den Vermögenswerten ist, die auf dem Konto oder Depot bei der Bank hinterlegt werden.

Die Aufsichtskommission verneinte deshalb eine Standesregelverletzung mit Bezug auf einen Sachverhalt, der sich dadurch kennzeichnete, dass ein ausländischer Kunde Millionenbeträge hinterlegte, deren genaue Herkunft er nicht nachweisen konnte. Die Aufsichtskommission liess es genügen, dass die Bank eine Erklärung gemäss Formular A zu den Akten nahm und sich überdies vom Kontoinhaber und von dessen Eltern im Rahmen von insgesamt drei Gesprächen über den wirtschaftlichen Hintergrund der Transaktion unterrichten liess. Weil die schriftlichen Erklärungen, welche im Rahmen dieser Gespräche abgegeben wurden, in sich widerspruchsfrei und plausibel waren, durfte die Kontoeröffnung erfolgen.

2.16 In einem weiteren Entscheid zu dieser Frage bestätigte die Aufsichtskommission, dass bei der folgenden Konstellation keine Zweifel anzunehmen waren, die einer Kontoeröffnung im Wege gestanden wären:

Die Erklärungen, welche im Rahmen der von der Bank geführten Gespräche offenbar abgegeben wurden, waren in sich widerspruchsfrei und plausibel. ... Die Bank durfte also - nachdem die Herkunft der in Aussicht gestellten Mittel insbesondere auch aufgrund der Vorkenntnisse des zuständigen Kundenberaters plausibel erschien - eine Kontobeziehung zum Kunden aufnehmen.

2.17 In Konstellationen, in welchen mehrere Personen an einem Konto wirtschaftlich berechtigt sind, muss nicht aktenkundig gemacht werden, über welche Beteiligungsquote jede einzelne dieser Personen verfügt. Diesen Schluss zog die Aufsichtskommission aus Ziff. 24 Ausführungsbestimmungen zu Art. 3 VSB 1992, welche Sammelkonten zum Gegenstand hatte.⁵⁹ Gemäss dieser Regel genügte es, „eine vollständige Liste der wirtschaftlich Berechtigten mit den Angaben gemäss Formular A“ abzugeben.

Ferner ist die Bank grundsätzlich auch nicht verpflichtet, das Rechtsverhältnis abzuklären, in welchem mehrere wirtschaftlich Berechtigte zueinander stehen. Die Auf-

⁵⁹ Ziff. 32 Ausführungsbestimmungen zu Art. 3 VSB 2003 lautet inhaltsgleich.

sichtskommission erwog, dass eine solche Pflicht höchstens unter dem Gesichtspunkt von Ziff. 21 Ausführungsbestimmungen zu Art. 3 VSB 1992⁶⁰ entstehen kann, wonach die Bank „weitere Abklärungen“ treffen muss, wenn „ernsthafte Zweifel an der Richtigkeit der schriftlichen Erklärung des Vertragspartners bestehen“.

2.18 Eine Bank nahm eine Erklärung gemäss Formular A entgegen, auf welcher ein Vater und dessen Kinder angaben, sie seien an den vom Vater erwirtschafteten Vermögenswerten gemeinsam wirtschaftlich berechtigt. Die Bank gab sich mit dieser Erklärung zufrieden und traf keine weitergehenden Abklärungen zum Rechtsgrund einer wirtschaftlichen Berechtigung der Kinder. Die Aufsichtscommission erblickte in diesem Vorgehen der Bank keine Verletzung der Standesregeln. Sie wies zunächst darauf hin, dass nicht zwangsläufig derjenige als wirtschaftlich berechtigt betrachtet werden kann, welcher die Vermögenswerte erarbeitet oder erwirtschaftet hat.⁶¹ Ferner berief sie sich auf den Zweckgedanken der Normen, welche die Feststellung der wirtschaftlichen Berechtigung verlangen. Der Zweck der betreffenden Normen besteht nicht darin, eine quotenmässige Aufteilung der hinterlegten Mittel auf die wirtschaftlich Berechtigten zu ermöglichen⁶². Vielmehr soll verhindert werden, dass ein wirtschaftlich Berechtigter überhaupt unbekannt bleibt. Genau diese Gefahr bestand aber im konkreten Fall nicht. Der Vorwurf könnte im Gegenteil höchstens dahin gehen, dass möglicherweise zu viele Personen (nämlich auch die Kinder) als wirtschaftlich berechtigt deklariert wurden (und nicht dass ein wirtschaftlich Berechtigter verheimlicht wurde). Auch unter diesem Gesichtspunkt bestand für die Bank kein Anlass, weitergehende Abklärungen zu treffen.

2.19 Der Umstand, dass ein Organ einer juristischen Person unter anderem auch Inkassomandate führt, stellt noch keine „aussergewöhnliche Feststellung“⁶³ dar, welche Zweifel daran wecken müsste, dass die betreffende juristische Person (deren Zweck gerade

⁶⁰ Ziff. 29 Ausführungsbestimmungen zu Art. 3 VSB 2003.

⁶¹ Zum Begriff des wirtschaftlich Berechtigten vgl. de Capitani, GwG 4 N 31 ff., in: Schmid [Hrsg.], Kommentar Einziehung, organisiertes Verbrechen und Geldwäscherei, Bd. II, Zürich 2002.

⁶² Vgl. Ziff. 28 Ausführungsbestimmungen zu Art. 3 VSB 1998 und Ziff. 32 Ausführungsbestimmungen zu Art. 3 VSB 2003.

nicht im Forderungsinkasso bestand) an ihren Bankkonten selbst wirtschaftlich berechtigt ist. Daran ändert sich auch dann nichts, wenn das betreffende Organ bei der Kontoeröffnung eine massgebliche Rolle spielt.

2.20 Die Bank eröffnete im Auftrage eines Kunden, der bekanntermassen Inkassomandate führte, auf dessen eigenen Namen und auf den Namen von Gesellschaften, an welchen der Kunde beteiligt war, eine Mehrzahl von Konten. Mit Bezug auf das von der Aufsichtskommission beurteilte Konto holte die Bank eine Erklärung gemäss Formular A ein, auf welcher der Kunde angab, selbst an den zu hinterlegenden Werten wirtschaftlich berechtigt zu sein. Die Bank unterliess es aber, weitergehende Abklärungen zur wirtschaftlichen Berechtigung zu treffen. Das betreffende Konto wurde nie aktiv (es erfolgten also keine Einzahlungen).

Die Aufsichtskommission verneinte eine Verletzung von Art. 3 VSB 1992 i.V.m. Ziff. 21 Ausführungsbestimmungen zu Art. 3 VSB 1992. Gemäss dieser Norm musste die Bank weitere Abklärungen treffen, wenn sich die Zweifel darüber, ob der Vertragspartner mit dem wirtschaftlich Berechtigten übereinstimme, durch die Erklärung gemäss Formular A nicht beseitigen liessen. Solche Abklärungen waren indessen im konkreten Fall nicht geboten und – angesichts der Tatsache, dass keine Zahlungen über das Konto flossen – auch nicht möglich.

2.21 Dass sich ein deutscher Kunde und der mit dem Kunden nicht verwandte schweizerische Bevollmächtigte seit acht Jahren sehr gut kennen, bedeutet eine „genügend enge Beziehung“ im Sinne von Ziff. 22 Abs. 2 Ausführungsbestimmungen zu Art. 3 VSB 1998⁶⁴, so dass auf eine Erklärung gemäss Formular A verzichtet werden durfte. Insbesondere der Wohnsitz des Bankkunden in Deutschland stellte im konkreten Fall eine plausible Erklärung für die Vollmachtteilung an den nur wenige Kilometer vom Sitz der Bank entfernt wohnhaften Bevollmächtigten dar.

⁶³ Vgl. Ziff 25 Abs. 2 (drittes Lemma) Ausführungsbestimmungen zu Art. 3 VSB 2003.

⁶⁴ Ziff. 25 Abs. 2 Ausführungsbestimmungen zu Art. 3 VSB 2003.

2.22 Ziff. 22 Abs. 2 Ausführungsbestimmungen zu Art. 3 VSB 1998 sieht zwar vor, dass ein Zweifelsfall gegeben sei, „sofern der Bank die finanziellen Verhältnisse der Person, die eine Eröffnung gemäss Art. 3 beantragt, bekannt sind, und die mitgebrachten oder in Aussicht gestellten Werte ausserhalb dieses finanziellen Rahmens liegen“.⁶⁵ Daraus kann indessen nicht gefolgert werden, dass die Bank auf eine Erklärung gemäss Formular A verzichten könnte, wenn eine unbekante Person (deren finanzielle Verhältnisse der Bank nicht bekannt sein können) Mittel in Millionenhöhe deponieren will. Die Bank durfte sich nicht auf Art. 22 Abs. 1 Ausführungsbestimmungen zu Art. 3 VSB 1998 (Vermutung der Identität des Kontoinhabers mit dem wirtschaftlich Berechtigten) berufen, nachdem ihr die finanziellen Verhältnisse eines Neukunden, der sehr hohe Beträge anlegen wollte, nicht bekannt waren.

2.23 In einem früheren Entscheid hatte die Aufsichtskommission festgehalten, dass die Tätigkeit eines Bankkunden als Rechtsanwalt für sich alleine genommen noch keine ungewöhnliche Feststellung im Sinne von Ziff. 18 Ausführungsbestimmungen zu Art 3 VSB 1987 oder VSB 1992 darstellt. Vielmehr – so die Aufsichtskommission im betreffenden Entscheid – müsse ein qualifizierendes Element hinzukommen, damit es nötig wird, eine Erklärung gemäss Formular A einzuholen.⁶⁶

Die Aufsichtskommission entschied nun, dass sich diese Aussage nicht ohne weiteres auf den Beruf des Treuhänders übertragen lässt, dessen Aufgabe unter anderem gerade darin besteht, fremde Vermögen zu verwalten (eben „treuhänderisch“ für Dritte tätig zu sein). Jedenfalls dann, wenn ein Treuhänder unter seiner Firmenbezeichnung auftritt, muss die wirtschaftliche Berechtigung an den zu hinterlegenden Werten mittels Erklärung gemäss Formular A hinterfragt werden.

2.24 Schon nach der bisherigen Rechtsprechung der Aufsichtskommission liegt eine ungewöhnliche Feststellung im Sinne von Ziff. 18 Ausführungsbestimmungen zu Art. 3

⁶⁵ Ziff. 25 Abs. 2 Ausführungsbestimmungen zu Art. 3 VSB 2003 lautet gleich.

⁶⁶ Friedli (Fn 5) S. 172.

VSB 1992 vor, wenn ein Rechtsanwalt über eine Vielzahl von Konti verfügt, die wahrscheinlich nicht allesamt privaten Zwecken dienen.⁶⁷ Die Aufsichtscommission entschied nun, dass sich diese Rechtsprechung ohne weiteres auf die Kontoeröffnung durch eine im Allfinanzbereich tätige Unternehmung übertragen lässt. Insbesondere wenn der betreffende Vertragspartner aus dem Allfinanzbereich eines von mehreren Konti mit der Rubrik „Kundengelder“ bezeichnen lässt und damit zum Ausdruck bringt, dass dieses nicht eigenen Zwecken, sondern den Zwecken seiner Kunden dienen sollte, muss die Bank die wirtschaftliche Berechtigung mittels Formular A abklären.

2.25 Eine Bareinzahlung von CHF 100'000.00 begründet ohne weiteres einen Zweifelsfall im Sinne von Art. 3 VSB 1998. Dies insbesondere auch unter dem Gesichtspunkt, dass Beträge in dieser Grössenordnung in aller Regel nur elektronisch überwiesen (und nicht bar einbezahlt) werden. Zusätzlich stellt sich die Frage, ob eine Bank sich angesichts einer Bareinzahlung von CHF 100'000.00 mit einer Erklärung gemäss Formular A zufrieden geben darf oder ob sie nicht noch weitere Abklärungen⁶⁸ treffen müsste. Diese Frage musste nicht entschieden werden, weil die Bank im konkreten Fall nicht einmal eine Erklärung gemäss Formular A eingeholt hatte.

2.26 Auch wenn die blossе Höhe eines in Aussicht gestellten Mittelzuflusses – im konkreten Fall CHF 150'300.00 – noch keine Pflicht zur Abklärung der wirtschaftlichen Berechtigung auslöst, muss eine Erklärung gemäss Formular A zu den Akten genommen werden, wenn ein Betrag in dieser Grössenordnung bar und nicht in elektronischer Form geleistet wird.

2.27 Die Standesregeln sehen vor, dass insbesondere dann eine Erklärung gemäss Formular A eingeholt werden muss, wenn einer Person Vollmacht erteilt wird, „die er-

⁶⁷ Friedli (Fn 26) S. 321; ferner Friedli (Fn 34) S. 100.

⁶⁸ Ziff. 25 Ausführungsbestimmungen zu Art. 3 VSB 1998 und Ziff. 29 Ausführungsbestimmungen zu Art. 3 VSB 2003.

kennbar nicht in einer genügend engen Beziehung zum Vertragspartner steht“.⁶⁹ In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob es die Bank in solchen Konstellationen bei der Entgegennahme einer Erklärung gemäss Formular A bewenden lassen kann oder ob sie unter Umständen noch weitergehende Abklärungen treffen muss. Die Aufsichtskommission entschied, dass solche weitergehenden Abklärungen immer dann nötig sind, wenn die Vollmachterteilung aufgrund der Angaben, welche die Erklärung gemäss Formular A enthält, nicht plausibel wird:

Au vu de cette situation juridique, la question se pose de savoir si une procuration conférée à une personne n'ayant aucun rapport reconnaissable avec le titulaire du compte doit conduire à de plus amples éclaircissements au sens du ch. 21 dispositions d'exécution, relatif à l'art. 3 CDB 1992. Cette question trouve sa réponse au ch. 18 al. 2 dispositions d'exécution, relatif à l'art. 3 CDB 1992. Selon cette règle „la remise d'une procuration à une personne qui ne saurait manifestement avoir des liens suffisamment étroits avec le cocontractant“ constituait un cas de doute obligeant la banque à exiger une déclaration au moyen du formulaire A (pour autant qu'une telle déclaration n'était pas déjà exigible de toute façon du fait que la cliente était une société de domicile). La règle citée ci-dessus pourrait conduire à la conclusion que l'attribution d'une procuration à une tierce personne ne devrait provoquer que des démarches en vue de l'établissement de l'identification de l'ayant droit économique selon le formulaire A, mais non pas à exiger d'autres éclaircissements au sens du ch. 21 dispositions d'exécution, relatif à l'art. 3 CDB 1992. Cette conclusion n'est cependant pas valable sans réserve. La conclusion est correcte si au vu de la déclaration au moyen du formulaire A, l'attribution d'une procuration à une tierce personne devient plausible (ce qui est par exemple le cas quand la tierce personne est également ayant droit économique selon le formulaire A). Si par contre le formulaire A ne donne aucune explication sur les raisons pour lesquelles une procuration a été établie - ou va être établie - en faveur de cette tierce personne, la banque doit procéder à d'autres éclaircissements au sens du ch. 21 dispositions d'exécution, relatif à l'art. 3 CDB 1992. Dans le cas présent la banque prétend avoir procédé aux éclaircissements, les informations obtenues n'ont cependant pas été conservées.

⁶⁹ Ziff. 25 Abs. 2 Ausführungsbestimmungen zu Art. 3 VSB 2003; gleich schon Ziff. 18 Abs. 2 Ausführungsbestimmungen zu Art. 3 VSB 1992.

2.28 Dieser Entscheid⁷⁰ wurde später wie folgt präzisiert:

Der Umstand, dass Personen ohne genügende Beziehung zum Vertragspartner (bzw. zu den wirtschaftlich Berechtigten) Vollmacht über ein Konto erteilt wurde, musste nach der Regel von Ziff. 18 Ausführungsbestimmungen zu Art. 3 VSB 1992 nur dazu Anlass geben, eine Erklärung gemäss Formular A zu den Akten zu nehmen (was die Bank im konkreten Fall auch tat, zumal sie dazu schon deshalb verpflichtet war, weil es sich bei der Kundin um eine Sitzgesellschaft handelte). Hingegen löste eine solche Vollmachterteilung an Drittpersonen keine Verpflichtung zu weitergehenden Abklärungen im Sinne von Ziff. 21 Ausführungsbestimmungen zu Art. 3 VSB 1992 aus, solange keine zusätzlichen Verdachtsmomente bestanden. Solche zusätzlichen Verdachtsmomente sind im konkreten Fall nicht erkennbar. Folglich durfte sich die Bank bei der Kontoeröffnung mit der Entgegennahme der Erklärung gemäss Formular A begnügen, auch wenn der Kreis der wirtschaftlich Berechtigten nicht mit dem Kreis der Zeichnungsberechtigten übereinstimmte.

2.29 Wenn zwei Personen, deren Beziehung zueinander der Bank nicht bekannt ist, ein Gemeinschaftskonto eröffnen, begründet dies noch keinen Zweifelsfall, der die Bank zur Abklärung der wirtschaftlichen Berechtigung mittels Formular A verpflichtet. Der Analogieschluss zur Konstellation, dass Vollmacht an eine Person erteilt wird, welche erkennbar nicht in einer genügend engen Beziehung zum Vertragspartner steht, ist nicht zulässig.⁷¹

2.30 Eine im Waffenhandel operativ tätige Gesellschaft gab mittels Erklärung gemäss Formular A an, eine natürliche Person sei an den Werten wirtschaftlich berechtigt, welche auf ein auf diese Gesellschaft lautendes Konto einbezahlt werden sollten. Bei den erwarteten Werten handelte es sich um einen Betrag von USD 5'000'000.00.

Die Aufsichtskommission erachtete es als nicht ohne weiteres nachvollziehbar, weshalb ein Dritter an den auf dem Konto zu hinterlegenden Werten von immerhin rund USD 5'000'000.00 wirtschaftlich berechtigt sein sollte. Diese Frage stellte sich insbesondere deshalb, weil es sich bei der Kundin nicht um eine Domizilgesellschaft, sondern um eine ope-

⁷⁰ Vgl. vorne 2.27.

rativ tätige Gesellschaft handelte. Es ist – so das Argument der Aufsichtskommission – zumindest untypisch, dass sich operativ tätige Gesellschaften als „Strohgesellschaften“ zur Verfügung stellen, indem sie in eigenem Namen, aber auf fremde Rechnung Konten bei Banken führen. Als auffallend wurde ferner die Höhe der hinterlegten Mittel bezeichnet. Es hätten deshalb weitere Abklärungen im Sinne von Ziff. 21 Ausführungsbestimmungen zu Art. 3 VSB 1992 vorgenommen werden müssen.

2.31 Ein Staatsangehöriger eines Drittweltlandes, welcher weniger als dreissig Jahre zählte und sich als Geschäftsmann ausgab, deponierte Mittel in der Grössenordnung von rund USD 100'000'000.00 bei einer Bank. Er füllte eine Erklärung gemäss Formular A aus, auf welcher er angab, an den zu hinterlegenden Werten selbst wirtschaftlich berechtigt zu sein. Im Verfahren vor der Aufsichtskommission machte die Bank geltend, sie hätte noch weitergehende Abklärungen getroffen, in deren Rahmen der Kunde angegeben habe, die zu hinterlegenden Gelder würden Erträge aus Handelsgeschäften darstellen. Diese Abklärungen wurden aber nicht aktenkundig gemacht.

Die Aufsichtskommission führte in ihren Erwägungen aus, dass sich die Bank alleine schon aufgrund der Höhe der vom Kunden in Aussicht gestellten Mittel nicht mit der blossen Erklärung gemäss Formular A vom 12. September 1995 zufrieden geben durfte. Der Umstand, dass dem Konto Millionenbeträge zufließen sollten, musste die Bank vielmehr dazu veranlassen, weitere Abklärungen⁷² zu treffen. Die von der Bank geltend gemachten Abklärungen genügten dabei nicht, denn das Ergebnis der Abklärungen wurde nicht auf geeignete Weise (mittels entsprechender Gesprächsnotizen) aktenkundig gemacht. Damit verletzte die Bank zunächst ihre Sicherstellungspflicht.⁷³ Ferner hätte die Bank sich nicht mit der Behauptung zufrieden geben dürfen, dass es sich bei den Geldern um Erträge aus Handelsgeschäften und Industriebeteiligungen handeln würde. Selbst wenn es sich beim Kontoinhaber um einen sehr erfolgreichen Geschäftsmann gehandelt hätte, wäre es angesichts dessen Alters (weniger als dreissig Jahre) ungewöhnlich gewesen, dass er schon Mittel in der Grössenordnung von USD 100'000'000.00 angehäuft haben könnte. Vielmehr musste davon ausgegangen werden, dass der Kontoinhaber – soweit er überhaupt wirtschaftlich berechtigt war – mindestens einen Teil der Gelder unentgeltlich

⁷¹ Ziff. 25 Ausführungsbestimmungen zu Art. 3 VSB 2003 sowie vorne Ziff. 2.27 und 2.28.

⁷² Ziff. 21 Ausführungsbestimmungen zu Art. 3 VSB 1992.

⁷³ Ziff. 27 Ausführungsbestimmungen zu Art. 3 VSB 1992.

(durch Erbschaft oder durch Schenkung) erworben hatte. Die Bank hätte bezüglich des Sachverhaltes weitere Abklärungen treffen müssen.

2.32 Eine Bank eröffnete zugunsten eines hohen Staatsbeamten aus einem Entwicklungsland (der über einen Diplomatenpass verfügte) ein Nummernkonto, dem ein Tag nach der Eröffnung USD 1'000'000.00 gutgeschrieben wurden. Die Überweisung erfolgte ab Konten bei anderen Banken, welche auf den Kunden lauteten. Der Kunde gab auf einer Erklärung gemäss Formular A an, er sei selbst an den zu hinterlegenden Werten wirtschaftlich berechtigt. Weitergehende Abklärungen – abgesehen von der Entgegennahme einer Erklärung gemäss Formular A – zur Herkunft der Mittel wurden von der Bank nicht getroffen. Die Aufsichtskommission stellte eine Standesregelverletzung fest, weil die Bank solche weitergehenden Abklärungen unterliess:

Die Bank wendet in diesem Zusammenhang ein, dass es nicht völlig aussergewöhnlich sei, sondern im Gegenteil eher den Regelfall darstelle, wenn Politiker oder hohe Staatsbeamte aus Entwicklungsländern über erhebliche Mittel verfügen. Damit ist aber nach Auffassung der Aufsichtskommission noch nicht gesagt, dass sich die Frage nach der Herkunft solcher Mittel erübrigen würde, zumal es schwer vorstellbar ist, wie ein Politiker oder ein Staatsbeamter alleine aufgrund seines Arbeitserwerbs zu derart grossem Vermögen gelangen kann. Leider entspricht es der Erfahrung, dass solche Mittel oftmals nicht rechtmässig verdient wurden, sondern beispielsweise aus Schmiergeldzahlungen stammen. Die Bank hat einen unüblich hohen Geldbetrag erhalten. Sie war damit verpflichtet, mehr zu unternehmen, als nur das Formular A über die wirtschaftliche Berechtigung einzuholen. Die Bank hätte deshalb vom Kunden mindestens eine plausible – also in sich widerspruchsfreie – Erklärung darüber verlangen müssen, wie er sein Vermögen erworben hatte. Diese Erklärung wäre aktenkundig zu machen gewesen. Indem die Bank dies unterliess, versties sie gegen die Sorgfaltspflicht.

2.33 Ein Rechtsanwalt eröffnete im Namen einer durch ihn beherrschten juristischen Person am gleichen Tag zwei Konten, welche je verschiedene Bezeichnungen („M.O.S.“ und „B.B.Y.“) trugen. In beiden Fällen wurde der Rechtsanwalt als wirtschaftlich Berechtigter angegeben. Die verschiedenen Bezeichnungen legten den Verdacht nahe, dass auch

die wirtschaftlich Berechtigten nicht übereinstimmen könnten. Ferner liess auch die Firma der juristischen Person (die sich aus der ersten Silbe des Nachnamens des Rechtsanwalts und der lateinischen Bezeichnung für „Recht“ zusammensetzte) darauf schliessen, dass geschäftliche und nicht private Transaktionen über die eröffneten Konten abgewickelt werden sollten. Auch dieser Umstand legte die Vermutung nahe, dass der Rechtsanwalt an den zu hinterlegenden Werten nicht wirtschaftlich berechtigt sein könnte. Die Bank hätte deshalb – so die Aufsichtskommission – weitergehende Abklärungen treffen müssen.

2.34 Eine Bank eröffnete unter der Herrschaft der VSB 1992 zeitgleich ein Konto und ein Depot zugunsten zweier verschiedener Kunden. Das Konto wurde als Darlehenskonto eröffnet, auf welchem die Bank eine Kreditlimite von CHF 760'000.00 einräumte. Als Sicherheit (Pfand) diente das Depot, auf welchem der andere Kunde Obligationen im Werte von rund CHF 900'000.00 hinterlegt hatte. In der Folge wurde zunächst die Kreditlimite vollumfänglich beansprucht; anschliessend wurde das Darlehen wieder zurückgeführt, indem das Pfand (das Depot) liquidiert wurde. Dass so vorgegangen würde (Beanspruchung der Kreditlimite und anschliessende Rückführung des Kredites durch Verwertung des Pfandes), stand von allem Anfang an – also schon im Zeitpunkt der Konto- und Depotöffnung – fest. Der Kunde, welcher das Konto eröffnen liess, gab bei der Kontoeröffnung auf einer Erklärung gemäss Formular A an, er selbst sei an den zu hinterlegenden Werten wirtschaftlich berechtigt.

Die Aufsichtskommission stellte eine Standesregelverletzung fest. Sie verwies auf ihre bereits früher publizierte Praxis zur Frage, wer an Darlehenskonten wirtschaftlich berechtigt sei. Gemäss dieser Praxis gilt diejenige Person als an einem Kreditkonto wirtschaftlich berechtigt, mit deren Mitteln der Kredit voraussichtlich verzinst und zurückbezahlt werden soll. Wendet man dieses Kriterium auf den beschriebenen Sachverhalt an, folgt daraus, dass der Depotinhaber auch am Konto wirtschaftlich berechtigt war. Denn mit seinen Mitteln, die auf dem Paralleldepot deponiert waren, und nicht etwa aus den Mitteln des Kontoinhabers selbst, wurde das zu Lasten des Kontos gewährte Darlehen zurückgeführt (was schon bei der Eröffnung feststand und dem zuständigen Bankmitarbeiter bekannt war).

2.35 Eine Aktiengesellschaft wurde – für die Bank erkennbar – ausschliesslich aus Mitteln gegründet, welche aus einem langfristigen Darlehen stammten, das ein Dritter den Aktionären gewährte. Die Aktionäre erklärten mittels Formular A, sie selbst seien am Konto berechtigt, welches die Bank zugunsten der Aktiengesellschaft führte.⁷⁴

Die Aufsichtskommission entschied, eine Darlehensgewährung habe gerade nicht zur Folge, dass die wirtschaftliche Berechtigung an der Darlehensvaluta auf den Darlehensnehmer übergeht. Wirtschaftlich Berechtigter an der Darlehensvaluta ist in aller Regel der Darlehensgeber. Wenn nämlich 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. Umgekehrt muss die Bank nicht jeden Zahlungseingang unter dem Gesichtspunkt prüfen, dass es sich um eine Darlehensgewährung an einen Kunden handeln könnte. Wenn die Bank aber weiss, dass ihr Kunde Darlehenszahlungen erhält, muss sie sich mit der Frage der wirtschaftlichen Berechtigung auseinandersetzen. Bezogen auf den konkreten Sachverhalt wies die Aufsichtskommission noch darauf hin, dass es keine Rolle spiele, ob der Darlehensgeber sich selbst als wirtschaftlich Berechtigten an der Aktiengesellschaft betrachtet oder nicht. Die abstrakte Rechtsfrage, ob der Darlehensgeber oder der Darlehensnehmer an der Darlehensvaluta wirtschaftlich berechtigt ist, beantwortet sich unabhängig vom Parteiwillen.

3. Verfahren bei Sitzgesellschaften⁷⁵

Insgesamt kam es zu 41 Verurteilungen, die das Verfahren betrafen, welches bei Kontoeröffnungen zugunsten von Sitzgesellschaften einzuhalten ist (in der Vorperiode waren 21 Verurteilungen zu verzeichnen).

⁷⁴ Diese Konstellation unterscheidet sich von der unter Ziff. 2.34 vorne geschilderten Konstellation dadurch, dass ein Dritter (und nicht die Bank) dem Bankkunden ein Darlehen gewährt, welches vom Bankkunden anschliessend bei der Bank deponiert wird. Aus der Perspektive der Bank liegt also – anders als bei Ziff. 2.34 vorne – nicht ein Kreditkonto vor.

⁷⁵ Art. 4 VSB 2003, Art. 4 VSB 1998 und Art. 4 VSB 1992.

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 eingeholt wird, weil es sich bei der Kundin um eine Sitzgesellschaft handelt, sondern weil ein „Zweifelsfall“ vorliegt.

3.1 Die Aufsichtskommission bestimmt den Begriff der „Sitzgesellschaft“ in enger Anlehnung an den Wortlaut der Landesregeln⁷⁶, welche eine exakte Definition dieses Begriffs enthalten. Der Vorteil dieser formellen Betrachtungsweise besteht darin, dass der Bank eindeutige und leicht überprüfbare Kriterien zur Verfügung gestellt werden.⁷⁷ Die Aufsichtskommission behielt diese Praxis nach eingehender Prüfung bei:

Es trifft zu, dass mit der von der Aufsichtskommission vertretenen Praxis mitunter auch Unternehmen unter den Begriff Sitzgesellschaft fallen, welche in bescheidenem Umfang ein Gewerbe betreiben und entsprechend operativ tätig sind. Die Aufsichtskommission ist sich dieser Konsequenz jedoch stets bewusst gewesen und hat es aus Gründen der Rechtssicherheit vorgezogen, auf rein formelle, eindeutige und leicht überprüfbare Kriterien abzustellen, was letztlich auch im Interesse der Bank liegt. Diese Praxis entspricht auch heute noch der ratio legis von Art. 4 VSB. Dies ergibt sich nicht zuletzt aus dem Umstand, dass die bisherige Rechtsprechung der Aufsichtskommission die Schweizerische Bankiervereinigung nicht dazu veranlasst hat, anlässlich der letzten Revision der Sorgfaltspflichtvereinbarung Ziff. 34 Ausführungsbestimmungen zu Art. 4 VSB 1998 zu revidieren. Die neue Ziff. 38 Ausführungsbestimmungen zu Art. 4 VSB 2003 stimmt wörtlich mit Ziff. 34 Ausführungsbestimmungen zu Art. 4 VSB 1998 überein. Eine Änderung der Rechtsprechung, welche im Ergebnis zu einer Auslegung gegen den (mit Ziff. 38 der aktuellen VSB übereinstimmenden) Wortlaut von Ziff. 34 Ausführungsbestimmungen zu Art. 4 VSB 1998 und damit zu einer engeren Definition der Sitzgesellschaft führen würde, drängt sich demnach weder vom Wortlaut noch von der historischen Auslegung her auf. ... Das qualifizierende Kriterium gemäss Ziff. 34 Ausführungsbestimmungen zu Art. 4 VSB 1998 war, ob eine Gesellschaft über eigene Büros oder über eigenes Personal verfügt hat. In der Geldwäschereiverordnung (GwV; SR 955.16) finden sich in Art. 3 die drei Elemente wieder, welche die VSB 1998 aufzählt: ein Unternehmen, das kein Gewerbe betreibt;

⁷⁶ Ziff. 38 Ausführungsbestimmungen zu Art. 4 VSB 2003.

ein Unternehmen, das keine eigenen Büros hat, oder ein Unternehmen, das kein eigenes Personal hat. Diese Aufzählung in Art. 3 GwV ist alternativ. Von einer Sitzgesellschaft ist deshalb auszugehen, wenn die Gesellschaft kein Gewerbe betreibt, oder wenn sie keine eigenen Geschäftsräume hat oder wenn sie über kein eigenes Personal verfügt.

3.2 Die Aufsichtscommission übt seit langer Zeit die Praxis, die mangelhafte Identifikation einer Sitzgesellschaft als Verletzung von „Art. 4 VSB i.V.m. Art. 2 VSB“ und die mangelhafte Feststellung der wirtschaftlichen Berechtigung bei einer Sitzgesellschaft als Verstoß gegen „Art. 4 VSB i.V.m. Art. 3 VSB“ zu qualifizieren. Eine Bank wandte ein, der Sachverhalt sei ausschliesslich unter Art. 4 VSB 1992 (und nicht auch unter Art. 2 und 3 VSB 1992) zu subsumieren.

Die Aufsichtscommission blieb bei ihrer Terminologie („i.V.m.“), welche nur verdeutlichen soll, dass die Grundsätze und der Sinngehalt von Art. 2 und 3 VSB einschliesslich der dazugehörigen Ausführungsbestimmungen grundsätzlich auch dann beachtet werden sollen, wenn es sich bei der Kontoinhaberin um eine Sitzgesellschaft handelt. Im Ergebnis entstehen der Bank dadurch aber keine Nachteile, insbesondere auch nicht bei der Bemessung der Konventionalstrafe, da keine kumulative Verletzung von Art. 4 und Art. 2 oder Art. 3 VSB angenommen wird.

3.3 Im Umstand, dass die Kontoeröffnungsunterlagen durch einen Vertreter unterzeichnet werden, bevor dieser mittels Beschluss des Verwaltungsrates der Kontoinhaberin dazu bevollmächtigt wurde, kann keine Sorgfaltspflichtverletzung erblickt werden. Eine Vollmachterteilung kann nach den allgemeinen Regeln (Art. 32 ff. OR und insbesondere Art. 38 Abs. 1 OR) auch erfolgen, indem eine Handlung nachträglich genehmigt wird. Es gibt keinen erkennbaren Grund, weshalb diese Regel nicht auch im Rahmen der Landesregeln Geltung beanspruchen sollte. Allerdings muss die Genehmigung vor der Kontoeröffnung vorliegen.

3.4 Die neue Ziff. 28 Ausführungsbestimmungen zu Art. 3 VSB 2003 sieht ausdrücklich vor, dass Bevollmächtigte die Erklärung gemäss Formular A unterzeichnen können. Diese Norm ist als das mildere Recht (Ziff. 15 Abs. 2 VSB 2003) auch auf Sachverhalte anwendbar, die sich vor Inkrafttreten der VSB 2003 realisiert haben.⁷⁸

3.5 Gemäss der Praxis der Aufsichtskommission zur VSB 1998 musste die Feststellung der wirtschaftlichen Berechtigung – gleich wie die Identifikation des Vertragspartners – spätestens im Zeitpunkt der Kontoeröffnung erfolgt sein. Ziff. 24 Ausführungsbestimmungen zu Art. 2 VSB 2003 erlaubt nun eine nachträgliche Identifikation, wenn die Bank über ein Kontrollsystem verfügt, welches sicherstellt, „dass die fehlenden Unterlagen innerhalb von 30 Tagen eingehen“. Diese Ausnahme ist gestützt auf Ziff. 35 Abs. 2 Ausführungsbestimmungen zu Art. 3 VSB 2003 sinngemäss auch auf die Erklärung gemäss Formular A zur Feststellung der wirtschaftlichen Berechtigung anwendbar.

Verschiedene Banken haben geltend gemacht, diese Regeln seien als das mildere Recht (Art. 15 Abs. 2 VSB 2003) auch auf Sachverhalte anwendbar, die in die Zeit vor Inkrafttreten der VSB 2003 fielen. In diesem Zusammenhang stellte die Aufsichtskommission klar, dass eine Berufung auf den Grundsatz des mildereren Rechts nur möglich ist, wenn die Bank darzutun vermag, dass sie schon vor Inkrafttreten der VSB 2003 über ein Kontrollsystem verfügte, das den Anforderungen gemäss Ziff. 24 Ausführungsbestimmungen zu Art. 2 VSB 2003 entspricht.⁷⁹

3.6 Die Aufsichtskommission hatte in einem früheren Fall den Sachverhalt zu beurteilen, dass die Bank die Erklärung gemäss Formular A in ein insgesamt siebenseitiges, paginiertes Kontoeröffnungsdokument integriert hatte. Die Aufsichtskommission erkannte damals, dass unter diesen Umständen die ganze siebenseitige Dokumentation als Formular A zu betrachten sei – mit der Folge, dass es genügt, wenn die gemäss Formular A notwendigen Angaben sich auf einer dieser insgesamt sieben Seiten befinden.⁸⁰

⁷⁸ Vgl. auch vorne A/2.

⁷⁹ Vgl. dazu im Einzelnen hinten 6.3.

⁸⁰ Friedli (Fn 5) S. 173.

Dieser Grundsatz gilt auch, wenn ein datiertes Grunddokument ausdrücklich auf ein darin enthaltenes, nicht datiertes Formular „Identification of Customer/Beneficial Owner“ verweist. Aus der zitierten Praxis zog die Aufsichtskommission den Schluss, dass in dieser Konstellation nicht jede einzelne Seite des Gesamtdokuments ein Datum tragen muss. Vielmehr genügt es, wenn das Datum einmal verurkundet wird. Daran ändert insbesondere die – theoretische – Möglichkeit nichts, dass das Nebendokument zu einem anderen Zeitpunkt errichtet wurde als das Hauptdokument. Wenn dieser Fall eintreten würde (spätere Errichtung des Nebendokumentes) und wenn das Nebendokument überdies erst nach der Kontoeröffnung errichtet würde, läge selbstverständlich eine Verletzung der Sorgfaltspflichtvereinbarung vor.

3.7 Die Standesregeln definieren nur, welche Merkmale eine Erklärung gemäss Formular A aufweisen muss. Hingegen bestehen keine Regeln zur Frage, welche Eigenschaften eine Erklärung gemäss Formular A nicht aufweisen darf. In diesem Sinne ordnete Ziff. 23 Ausführungsbestimmungen zu Art. 3 VSB 1992 an, die Erklärung gemäss Formular A müsse den vollen Text des Musterformulars enthalten. Daraus folgt im Umkehrschluss, dass zusätzlicher Text auf der Erklärung gemäss Formular A nicht untersagt ist, solange er weder zu Unklarheiten noch zu Widersprüchen führt.

3.8 Nach der langjährigen Praxis der Aufsichtskommission⁸¹ muss die Adresse des wirtschaftlich Berechtigten auf der Erklärung gemäss Formular A (und nicht auf einem separaten Dokument⁸²) verurkundet werden. Die Aufsichtskommission hielt in diesem Zusammenhang fest, dass es auch nicht genügt, wenn die genaue Adresse anhand der auf dem Formular A enthaltenen Angaben bloss ermittelt werden kann.

3.9 Eine Sitzgesellschaft gab eine unvollständig ausgefüllte Erklärung gemäss Formular A zu den Akten. Die Orts- und Datumsangabe wurde nachträglich durch den Kun-

⁸¹ Friedli (Fn 26) S. 322.

⁸² Vgl. aber vorne 3.6.

denbetreuer eingesetzt, welcher den Ort und das Datum des Eintreffens der Erklärung angab. Die Aufsichtskommission bestätigte ihre frühere Praxis und stellte eine Sorgfaltspflichtverletzung fest. Dass Ort und Datum der Unterzeichnung zu verurkunden sind, ergibt sich schon aus der Tatsache, dass das Musterformular im Anhang zu den Standesregeln eine entsprechende Rubrik enthält. Das Erfordernis der Orts- und Datumsangabe stellt im Übrigen keine reine Formalität dar, sondern ist von materieller Relevanz. Die Datumsangabe soll die Überprüfung sicherstellen, dass die Feststellung der wirtschaftlichen Berechtigung zeitlich vor der Kontoeröffnung erfolgte. Auch die Ortsangabe weist den Zweck auf, die ordnungsgemässe Feststellung der wirtschaftlichen Berechtigung sicherzustellen. Im konkreten Fall konnte aufgrund der klarerweise unzutreffenden Ortsangabe (der Kundenbetreuer verurkundete den Ort des Eintreffens und nicht den Ort der Unterzeichnung) anhand der Erklärung gemäss Formular A beispielsweise nicht mehr rekonstruiert werden, ob der Unterzeichner direkt und persönlich oder nur auf dem Korrespondenzweg mit der Bank verkehrte. Die richtige Vorgehensweise der Bank, welcher ein unvollständig ausgefülltes Formular A zugesandt wurde, hätte darin bestanden, dieses zur Ergänzung zu retournieren.

3.10 Die Aufsichtskommission hatte in einem früheren Fall entschieden, dass eine Erklärung gemäss Formular A, die nach einem Wechsel der Zeichnungsberechtigung Klarheit über die Beherrschungsverhältnisse schafft, nicht verspätet ist, wenn sie einen Monat nach der neuen Unterschriftenkarte zu den Akten genommen wird.⁸³

Umgekehrt liegt aber – wie die Aufsichtskommission in der Berichtsperiode entschied – klarerweise Verspätung und damit eine Standesregelverletzung vor, wenn die Zeitdifferenz zwischen Unterschriftenkarte und neuer Erklärung gemäss Formular A rund neun Monate beträgt.

3.11 Die Aufsichtskommission hatte sich mit dem Fall einer börsenkotierten Investmentgesellschaft zu befassen, die weder über eigene Geschäftsräume, noch über eigenes Personal verfügte und folglich als Sitzgesellschaft zu betrachten war. Hinsichtlich der Ab-

⁸³ Friedli (Fn 5) S. 177.

klärung der wirtschaftlichen Berechtigung stellte sich zunächst die Frage, ob diese überhaupt vorzunehmen sei. Denn bei einer Publikumsgesellschaft kann auf eine förmliche Identifikation verzichtet werden.⁸⁴

Die Aufsichtskommission lehnte es ab, diese Regel, welche nach ihrem Wortlaut nur die Identifikation des Vertragspartners betrifft, per Analogieschluss auch auf die Feststellung der wirtschaftlichen Berechtigung anzuwenden. Sie erwog, dass im Rahmen der Sorgfaltspflichtvereinbarung keineswegs der allgemeine Grundsatz gilt, wonach immer dort, wo die Identifikation erleichtert ist, auch an die Feststellung der wirtschaftlichen Berechtigung reduzierte Anforderungen gestellt würden (und umgekehrt). Vielmehr folgen die Identifikation des Vertragspartners und die Feststellung der wirtschaftlichen Berechtigung je separaten Regeln.

3.12 Sodann war zu bestimmen, wie bei einer börsenkotierten Sitzgesellschaft die wirtschaftliche Berechtigung festzustellen ist. Von der VSB vorgegeben wird zweierlei: Die wirtschaftliche Berechtigung ist bei der Kontoeröffnung mittels Formular A abzuklären; und diese Erklärung darf nicht die Sitzgesellschaft selbst als wirtschaftlich Berechtigte nennen.⁸⁵ Daraus müsste eigentlich der Schluss gezogen werden, dass eine Investmentgesellschaft auf der Erklärung gemäss Formular A deklarieren muss, wer ihre Aktionäre sind. Die Aufsichtskommission milderte diese Regel in dem Sinne ab, dass börsenkotierte Investmentgesellschaften, welche zugleich Sitzgesellschaften darstellen, bei der Kontoeröffnung mittels Erklärung gemäss Formular A nur die Namen der Aktionäre oder Aktionärsgruppen bekannt geben müssen, welche mehr als 5 % der Stimmen auf sich vereinen. Dieser Grundsatz wurde wie folgt begründet:

Nun kann aber von einer börsenkotierten Investmentgesellschaft nicht verlangt werden, dass sie alle ihre Aktionäre bekannt geben würde, zumal sie dazu gar nicht in der Lage wäre, weil ihr nämlich – wenn sie Inhaberaktien ausgibt – ihre Aktionäre nicht bekannt sind und weil die Zusammensetzung des Aktionariats zudem dauernd wechselt. Wenn bei der Kontoeröffnung zugunsten von Invest-

⁸⁴ Ziff. 16 Abs. 1 Ausführungsbestimmungen zu Art. 2 VSB 1998 und Ziff. 17 Abs. 1 Ausführungsbestimmungen zu Art. 2 VSB 2003.

⁸⁵ Ziff. 36 Ausführungsbestimmungen zu Art. 4 VSB 1998 und Ziff. 40 Ausführungsbestimmungen zu Art. 4 VSB 2004.

mentgesellschaften die Bekanntgabe sämtlicher Aktionäre verlangt würde, wäre es Investmentgesellschaften somit faktisch verwehrt, überhaupt Bankkonten zu führen. Dieses Resultat wäre nicht sachgerecht, nachdem die Rechtsordnung Investmentgesellschaften grundsätzlich anerkennt und in solchen Gebilden insbesondere keine Umgehung der Bestimmungen über Anlagefonds erblickt. Es kann nicht die Aufgabe der Landesregeln darstellen, einer von der Rechtsordnung sonst akzeptierten Anlageform die Existenzmöglichkeit zu entziehen (dies wäre letztlich die Konsequenz, wenn Investmentgesellschaften keine Bankbeziehungen mehr eingehen könnten). Folglich kann von Investmentgesellschaften nur verlangt werden, die Namen ihrer Aktionäre so weit bekannt zu geben, als diese tatsächlich bekannt sind. Dies ist nach der Regel von Art. 20 Abs. 1 BEHG dann der Fall, wenn ein Aktionär oder eine Aktionärsgruppe mehr als 5 % der Stimmrechte auf sich vereinigt und dadurch meldepflichtig wird. Auch wenn man berücksichtigt, wie die Landesregeln verwandte Konstellationen behandeln, scheint es angemessen, von Investmentgesellschaften die Bekanntgabe jener Aktionäre zu verlangen, welche mehr als 5 % der Stimmrechte auf sich vereinigen. Die bereits erwähnte (...) Ziff. 29 Ausführungsbestimmungen zu Art. 3 VSB 1998 setzt nämlich – mit Bezug auf ausländische kollektive Anlageformen – ebenfalls eine Hürde von 5 % und verlangt dort die Angabe der wirtschaftlich Berechtigten, welche im Umfange von mehr als 5 % beteiligt sind. Ferner statuiert Ziff. 39 Ausführungsbestimmungen zu Art. 4 VSB 1998 (...), dass – unter der Voraussetzung der Bestimmbarkeit – diejenigen Personen bekannt gegeben werden müssen, welche gegenüber den Organen weisungsberechtigt sind. Überträgt man diese Regel auf die Konstellation der Investmentgesellschaft, ergibt sich, dass gegenüber den Organen einer Investmentgesellschaft die Aktionäre weisungsberechtigt sind. Bestimmbar sind die Aktionäre, soweit sie mehr als 5 % der Stimmen auf sich vereinigen (Art. 20 Abs. 1 BEHG).

3.13 Trust und Treuunternehmungen gelten gemäss Art. 4 Abs. 1 VSB 2003 als Sitzgesellschaften. Da ein Trust aber keine Rechtspersönlichkeit aufweist, kann er auch keine Verträge abschliessen und insbesondere keine Bankbeziehung führen. Anstelle des Trust tritt daher der Trustee in seiner Funktion als (fiduziarischer) Eigentümer des Trustvermögens auf. Kontoinhaber und Vertragspartner der Bank ist folglich der Trustee. Die Identifikationspflicht bezieht sich auf den Trustee, bei dem es sich meistens um eine Treuhandunternehmung handelt. Die Bank hat vom Trustee das erforderliche Identifikationsdokument gemäss Art. 4 Abs. 2 Lit. a VSB (Handelsregisterauszug oder gleichwertiger Ausweis) einzuholen. Für den Fall, dass es sich beim Trustee nicht um eine juristische, sondern um eine

natürliche Person handelt, gebieten Sinn und Zweck der Sorgfaltspflichtvereinbarung, dass diese nach den allgemeinen Regeln über die Identifikation bei natürlichen Personen zu identifizieren ist. Zusätzlich hat die Bank abzuklären, ob der Trustee berechtigt ist, ein Konto zu eröffnen und die ihm anvertrauten Vermögenswerte bei der Bank anzulegen. Diese Pflicht kann die Bank durch Entgegennahme und Prüfung der Trust-Urkunde („Declaration of Trust“, „Settlement“ usw.) erfüllen. Denkbar wäre beispielsweise aber auch, dass sich die Bank durch ein Rechtsgutachten eines Anwalts bestätigen liesse, dass der Trustee berechtigt ist, ein Konto zu eröffnen.

3.14 Weil ein „Discretionary Trust“ keine Rechtspersönlichkeit aufweist, sondern ein fiduziarisches Rechtsverhältnis darstellt, muss die Kontoeröffnung in Situationen gemäss Ziff. 36 Ausführungsbestimmungen zu Art. 4 VSB 1992⁸⁶ zugunsten der Treuhänder (und nicht zugunsten des „Trust“) erfolgen.⁸⁷ Dass die Kontoeröffnung formell zugunsten des oder der Treuhänder (also zugunsten von natürlichen oder juristischen Personen) erfolgt, ändert aber nichts daran, dass auf eine Erklärung gemäss Formular A verzichtet werden und stattdessen eine schriftliche Erklärung zu den Akten genommen werden darf, die nicht den vollen Text des Musterformulars im Anhang zu den Standesregeln zu enthalten braucht. Allerdings muss eine solche Erklärung insbesondere Angaben über die effektiven Gründer des „Trust“, Angaben über allfällige weisungsberechtigte Personen und Angaben über den Kreis der Personen, die als Begünstigte in Frage kommen können, enthalten.⁸⁸

3.15 Wenn es sich bei der Kundin um einen „Revocable Trust“ handelt, darf nur der Gründer als wirtschaftlich Berechtigter verkündet werden (und nicht auch dessen Kinder; vgl. Ziff. 40 Ausführungsbestimmungen zu Art. 4 VSB 1998⁸⁹).

⁸⁶ Ziff. 43 Ausführungsbestimmungen zu Art. 4 VSB 2003.

⁸⁷ Vorne Ziff. 3.13.

⁸⁸ Vgl. auch Ziff. 36 Ausführungsbestimmungen zu Art. 4 VSB 1992 und Ziff. 43 Ausführungsbestimmungen zu Art. 4 VSB 2003.

⁸⁹ Ziff. 44 Ausführungsbestimmungen zu Art. 4 VSB 2003.

3.16 Dass die wirtschaftlich berechtigte Person in keiner erkennbaren Beziehung zu den Organen einer Sitzgesellschaft steht, ist nicht ungewöhnlich und muss zu keinen weitergehenden Abklärungen Anlass geben. Insbesondere ist diese Konstellation nicht mit der ganz anderen Konstellation vergleichbar, dass der Kontoinhaber einer Person Vollmacht erteilt, welche in keiner erkennbaren Beziehung zu ihm steht.⁹⁰ Das Gleiche gilt für die Konstellation, dass der wirtschaftlich Berechtigte keine Zeichnungsberechtigung für das Konto erhält. Auch dadurch musste sich die Bank nicht zu ernsthaften Zweifeln im Sinne von Ziff. 25 Ausführungsbestimmungen zu Art. 3 VSB 1998 oder Ziff. 29 Ausführungsbestimmungen zu Art. 3 VSB 2003 veranlasst sehen, so dass weitere Abklärungen geboten wären.

3.17 Einer Bank wurde bei der Kontoeröffnung zugunsten einer Sitzgesellschaft in Aussicht gestellt, dass dem Konto Werte in der Grössenordnung von USD 50'000'000.00 zufließen würden. Laut der zu den Akten genommenen Erklärung gemäss Formular A waren am Konto drei Personen wirtschaftlich berechtigt, darunter ein vorbestehender Bankkunde, über dessen finanzielle Verhältnisse die Bank im Bilde war. Insbesondere war der Bank bekannt, dass das Vermögen dieses Kunden sich nicht in der Grössenordnung der angekündigten Mittel bewegte.

Die Aufsichtskommission entschied, dass die Bank in dieser Konstellation nicht gehalten war, weitergehende Abklärungen zu treffen. Die Angaben auf der Erklärung gemäss Formular A wären nämlich nur dann zu den finanziellen Verhältnissen des vorbestehenden Kunden im Widerspruch gestanden, wenn die Erklärung gemäss Formular A dahingehend interpretiert werden müsste, dass dieser Kunde genau zu einem Drittel an den in Aussicht gestellten Werten wirtschaftlich berechtigt war. Eine solche Interpretation ist aber gerade nicht zwingend. Eine Erklärung gemäss Formular A, welche mehrere wirtschaftlich Berechtigte nennt, lässt nämlich keine Rückschlüsse auf die quotenmässige Beteiligung zu.⁹¹ Wenn aber aus einer Erklärung gemäss Formular A generell keine Rückschlüsse auf die quotenmässige Beteiligung der einzelnen wirtschaftlich Berechtigten gezogen werden können, konnte aus der Erklärung gemäss Formular A auch nicht abgeleitet wer-

⁹⁰ Vgl. Ziff. 25 Abs. 2 Ausführungsbestimmungen zu Art. 3 VSB 2003.

⁹¹ Vgl. 2.17 und 2.18.

den, dass der Kunde an einem Drittel der zu hinterlegenden Werte wirtschaftlich berechtigt wäre. Vielmehr liess die Erklärung auch die Interpretation zu, dass der Kunde nur zu einem viel kleineren Bruchteil an den zugunsten der Sitzgesellschaft hinterlegten Werten wirtschaftlich berechtigt war.

Damit ist noch nichts darüber gesagt, ob nicht schon die blossе Höhe der Mittel zu weitergehenden Abklärungen Anlass geben würde (was von den Vermögensverhältnissen der beiden anderen wirtschaftlichen Berechtigten abhängt).

3.18 Ziff. 41 Ausführungsbestimmungen zu Art. 4 VSB 1998⁹² besagt, dass bei einer Änderung der Unterschriftsberechtigung für die Sitzgesellschaft die wirtschaftliche Berechtigung neu festzustellen sei. Darauf kann aber nach dem Wortlaut der Norm dann verzichtet werden, wenn offensichtlich ist, dass die wirtschaftliche Berechtigung trotz Änderung der Unterschriftsberechtigung nicht gewechselt hat.

Die Aufsichtskommission entschied, dass die Zeichnungsberechtigung zugunsten eines Liquidators keine Pflicht zur Neufeststellung der wirtschaftlichen Berechtigung auslöst.

4. Nachträgliche Zweifel an der ursprünglichen Identifikation oder der Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten⁹³

In 26 Fällen (gegenüber 18 Fällen in der Vorperiode) kam es zu Verurteilungen, weil die Bank jeweils falsch reagierte, als sich im Nachhinein Zweifel an der Richtigkeit der Erklärung gemäss Formular A ergaben, welche bei der Kontoeröffnung abgegeben worden war. Diese eher markante Zunahme muss aber insofern relativiert werden, als seit Inkrafttreten der VSB 2003 wiederum eine Abnahme der Verurteilungen zu verzeichnen ist, weil erhöhte Anforderungen an den subjektiven Tatbestand bestehen.⁹⁴

⁹² Ziff. 45 Ausführungsbestimmungen zu Art. 4 VSB 2003.

⁹³ Art. 6 VSB 2003, Art. 6 VSB 1998 und Art. 6 VSB 1992.

4.1 Die Bank übertrug ein Konto nach dem Tode einer Kundin auf deren einzige gesetzliche Erbin (die Tochter) als Kontoinhaberin. Die Übertragung erfolgte, bevor Gewissheit darüber bestand, dass die Kundin keine letztwillige Verfügung verfasst hatte. Von der Erbin wurde eine Erklärung gemäss Formular A verlangt.

Die Aufsichtskommission wies darauf hin, dass die Bank durch ihre Vorgehensweise zwar ein zivilrechtliches Risiko einging (wenn sich später herausgestellt hätte, dass die Erblasserin ein Testament verfasst und einen Dritten als Erben eingesetzt hätte), ihr aber keine Verletzung der Standesregeln vorgeworfen werden konnten. Die Sorgfaltspflichtvereinbarung verlangt nur, dass die Banken ihre Vertragspartner identifizieren und die wirtschaftliche Berechtigung abklären. Im konkreten Fall wurde die neue Vertragspartnerin (die Erbin) ordnungsgemäss identifiziert. Ferner füllte die Erbin auch eine neue Erklärung gemäss Formular A aus, worauf sie angab, an den hinterlegten Werten selbst wirtschaftlich berechtigt zu sein. Zwar war der Nachweis der Berechtigung zum Zeitpunkt, als diese Erklärung unterzeichnet wurde, noch nicht erbracht. Angesichts der Tatsache, dass es sich bei der neuen Kontoinhaberin um die einzige gesetzliche Erbin der alten Kontoinhaberin handelte, kann aber auch nicht die Rede davon sein, dass „ernsthafte Zweifel“ an ihrer wirtschaftlichen Berechtigung bestanden hätten.

4.2 Die Tatbestände von Art. 6 VSB 1998 und Art. 6 VSB 2003 setzen voraus, dass im Laufe der Geschäftsbeziehung Zweifel aufkommen, ob die bei der Kontoeröffnung gemachten Angaben über die Identität der Vertragspartner zutreffen. Diese Voraussetzung ist nicht erfüllt, wenn die Kontoinhaber von Anfang an nicht richtig identifiziert wurden. Daran ändert sich auch nichts, wenn die Bank freiwillig alle Kontoeröffnungsunterlagen erneuert. Im Laufe der Geschäftsbeziehung auftretende Zweifel gemäss Art. 6 VSB 1998 und Art. 6 VSB 2003 müssen in Umständen begründet sein, welche die Kundenbeziehung betreffen, und nicht in Umständen, welche nur mit der inneren Organisation der Bank im Zusammenhang stehen.

4.3 Die Standesregeln verlangen von den Banken, dass sie ihre Vertragspartner identifizieren und die wirtschaftliche Berechtigung an den entgegengenommenen Geldern feststellen. Gerade nicht geregelt wird von den Standesregeln aber die Frage, wie vorzugehen sei, wenn sich der Verdacht ergibt, dass Vermögenswerte im Zusammenhang mit einer strafbaren Handlung stehen könnten. Diese Frage wird vielmehr durch die Geldwäschereigesetzgebung beantwortet.

Daraus folgt, dass neu auftauchende Informationen, welche den Verdacht nahe legen, dass die hinterlegten Vermögenswerte mit strafbaren Handlungen im Zusammenhang stehen könnten, nicht zwangsläufig einen Handlungsbedarf im Sinne von Art. 6 VSB 2003 auslösen.

4.4 Die Standesregeln äussern sich nicht explizit zur Frage, wie die Banken zu verfahren haben, wenn einer ihrer Kunden fusioniert. Mindestens im Falle, dass nicht die übernehmende, sondern die übernommene Gesellschaft Kontoinhaberin war, folgt aber aus allgemeinen Grundsätzen, dass ein neues Verfahren zur Identifikation des Vertragspartners und zur Feststellung der wirtschaftlichen Berechtigung durchzuführen ist. Dies ergibt sich schon aus der Tatsache, dass die bisherige Kundin und Kontoinhaberin ihre Rechtspersönlichkeit verliert und der Bank inskünftig eine neue Vertragspartnerin gegenübersteht. Wie es sich verhält, wenn die vorbestehende Kontobeziehung zur übernehmenden Gesellschaft unterhalten wird, liess die Aufsichtskommission offen. Sie wies aber darauf hin, dass eine Fusion auch ein Anzeichen für eine nachträglich eingetretene Änderung im Sinne von Art. 6 Abs. 1 VSB 1998 und Art. 6 Abs. 1 VSB 2003 darstellt.

4.5 Es ist nach der Praxis denkbar, dass in bestimmten, besonderen Konstellationen nicht die Aktionäre der Sitzgesellschaft, sondern Drittpersonen als wirtschaftlich Berechtigte an den hinterlegten Werten zu betrachten sind.⁹⁵ Wenn eine solche Konstellation – Auseinanderfallen von Aktionariat und wirtschaftlicher Berechtigung bei einer Sitzgesellschaft – nachträglich eintritt, muss die Bank umgehend das Verfahren betreffend die Feststellung der wirtschaftlichen Berechtigung wiederholen.

⁹⁵ Friedli (Fn 34) S. 103.

4.6 Wenn nur gerade acht Tage nach der Kontoeröffnung ein Betrag von über CHF 100'000.00, der von einem bevollmächtigten Dritten stammt, auf dem Konto eines Kunden eingeht, und wenn dieser Betrag noch am selben Tag wieder auf das Konto des bevollmächtigten Dritten überwiesen wird, müssen bei der Bank Zweifel darüber aufkommen, ob der Vertragspartner mit dem wirtschaftlich Berechtigten identisch sei oder ob nicht vielmehr der Dritte der wahre wirtschaftliche Berechtigte ist. Die Bank ist in dieser Konstellation daher verpflichtet, das Verfahren gemäss Art. 3 VSB 1998 zu wiederholen und von ihrem Vertragspartner eine Erklärung über die wirtschaftliche Berechtigung gemäss Formular A zu verlangen.

4.7 Ein Barrückzug von CHF 800'000.00 muss die Bank veranlassen, das Verfahren zur Feststellung der wirtschaftlichen Berechtigung zu wiederholen. In einer solchen Konstellation muss die Bank vom Kunden nicht nur eine Erklärung gemäss Formular A verlangen, sondern auch weitere Abklärungen über die wirtschaftliche Berechtigung vornehmen (zumal ein Barbezug auch geeignet ist, den „paper trail“ zu unterbrechen).

4.8 In einem früheren Entscheid, über den bereits berichtet worden war⁹⁶, hatte die Aufsichtskommission festgehalten, dass ein Barrückzug in der Höhe von CHF 1'350'000.00 Anlass geben muss, das Verfahren gemäss Art. 6 VSB 1992 durchzuführen. Nunmehr vertrat die Aufsichtskommission die Auffassung, dieser frühere Entscheid lasse nicht den Schluss zu, bei tieferen Barbezügen entstünde kein Handlungsbedarf. Konkret entschied die Aufsichtskommission, dass bereits Barrückzüge über CHF 50'000.00 als „ungewöhnliche Feststellungen“⁹⁷ zu qualifizieren sind.

Dieser Entscheid der Aufsichtskommission wurde aber durch das von der Bank angerufene Schiedsgericht aufgehoben. Das Schiedsgericht erwog, dass die von der Aufsichtskommission vorgenommene Beurteilung in dieser Allgemeinheit nicht zutreffe.

⁹⁶ Friedli (Fn 5) S. 179.

⁹⁷ Vgl. Ziff. 25 Ausführungsbestimmungen zu Art. 3 VSB 2003.

Vielmehr sei jeder Einzelfall gesondert zu betrachten. Im konkreten Fall verneinte das Schiedsgericht eine weitergehende Abklärungspflicht der Bank, da der Kunde, welcher die Barrückzüge tätigte, ausserordentlich vermögend war und überdies über keine Kreditkarte verfügte.

4.9 Ein Bankkunde, bei welchem es sich um einen selbständigen Kaufmann handelte, nahm innerhalb von vier Monaten zahlreiche Bareinzahlungen im Gesamtbetrag von CHF 640'000.00 vor. Dieser Sachverhalt veranlasste die Aufsichtskommission, ihre Praxis zur Frage zu rekapitulieren, ob und unter welchen Voraussetzungen Bartransaktionen zu nachträglichen Zweifeln im Sinne von Art. 6 VSB 1992 Anlass geben müssen:

In einem früheren Entscheid (Georg Friedli, Tätigkeitsbericht der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken 1995-1997, SZW 2/98, S. 105) gelangte die Aufsichtskommission zum Schluss, dass zwei Bareinzahlungen von CHF 22'000.00 und von CHF 45'000.00 noch zu keiner Wiederholung des Verfahrens zur Feststellung der wirtschaftlichen Berechtigung Anlass geben mussten. Dabei wurde die Frage ausdrücklich offen gelassen, wie es sich verhalten würde, wenn die Zahlungen die Grenze von CHF 100'000.00 überschritten hätten. In einem anderen Entscheid wurde eine Bank gestützt auf Art. 6 Abs. 1 VSB 1992 verurteilt, weil sie zuließ, dass ein Kunde innerhalb eines Jahres Bareinzahlungen von rund DEM 1'000'000.00 tätigte und sich dabei mit mündlichen Auskünften zur Herkunft der Mittel zufrieden gab. In einem dritten Fall entschied die Aufsichtskommission, dass die Bank weitere Abklärungen zur wirtschaftlichen Berechtigung hätte treffen müssen, als ein in der Schweiz lebender Gastarbeiter, welcher als Wirt tätig war, DEM 110'480.00 bar auf ein Konto bei der Bank einzahlte (Georg Friedli, Übersicht über die Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken 1998-2001, SZW 2/2002, S. 179).

Im konkreten Fall (Bareinzahlungen von CHF 640'000.00 im Laufe von vier Monaten) wurde ein Handlungsbedarf im Sinne von Art. 6 VSB 1992 angenommen.

4.10 Ein im Inkassobereich tätiger Kunde, welcher eine Mehrzahl von Konten unterhielt, verzeichnete einen Geldzufluss von CHF 837'351.00. Unter diesen Umständen muss die Bank – was sie im konkreten Fall unterliess – sich beim Vertragspartner erkundigen,

woher diese Mittel stammen. Die Antwort hätte mittels einer Notiz aktenkundig gemacht werden müssen. Ferner wäre die Antwort – allenfalls mittels beim Kunden einzuholender Belege – auf ihre Plausibilität zu prüfen gewesen.

4.11 Wenn der Saldo auf einem Konto – entgegen der ursprünglichen Ankündigung – auf deutlich mehr als USD 100'000'000.00 anwächst, muss die Bank bereits aus diesem Grunde weitere Abklärungen treffen und das Verfahren zur Feststellung der wirtschaftlichen Berechtigung wiederholen.

4.12 Wenn die wirtschaftliche Berechtigung an einem Konto wechselt, darf die Bank dies nicht einfach zur Kenntnis nehmen, sondern muss den Rechtsgrund dieser Änderung erfragen.

4.13 Auch wenn die Standesregeln keine ausdrückliche Frist enthalten, innert welcher das Verfahren gemäss Art. 6 VSB 1998 durchgeführt werden muss, steht doch fest, dass diese Frist jedenfalls nicht acht Monate umfasst.

Diese Feststellung der Aufsichtskommission lässt nicht den Schluss zu, dass ein Zuwarten von weniger als acht Monaten den Anforderungen der Standesregeln gerecht würde.

4.14 Die Sorgfaltspflichtvereinbarungen enthalten keine Regel, wonach die Identifikation bei nächster Gelegenheit (also bei nächster Transaktion) nachgeholt werden müsste, wenn die Erstidentifikation mangelhaft war. Die mangelhafte Erstidentifikation kann nur verfolgt werden, solange dies in zeitlicher Hinsicht noch möglich ist. In zeitlicher Hinsicht ist eine Verfolgung möglich, solange weder die in den Standesregeln verankerte Fünfjahresfrist⁹⁸ abgelaufen ist, noch die in den Formularen „Beitrittserklärungen“ vorgesehene Unverfolgbarkeit von Verstössen gegen frühere Versionen der Standesregeln gegeben ist.

⁹⁸ Art. 11 Abs. 4 VSB 2003.

Es ist auch nicht zulässig, einen aus zeitlichen Gründen an sich nicht mehr verfolgbaren, bei der Kontoeröffnung begangenen Standesregelverstoss über den Umweg von Art. 6 VSB 1998 oder Art. 6 VSB 2003 nachträglich doch noch zu ahnden. Eine solche Vorgehensweise wäre auch mit dem Wortlaut von Art. 6 VSB 1998 und Art. 6 VSB 2003 nicht vereinbar. Diese Normen beziehen sich nämlich nur auf Umstände, welche „im Laufe der Geschäftsbeziehung“, also „nachträglich“ eintreten.

4.15 Wenn die Bank bei der Wiederholung des Verfahrens gemäss Art. 2 und 3 VSB 2003 wiederum mangelhafte Angaben sowohl bezüglich der Identität der Vertragspartner als auch bezüglich der wirtschaftlichen Berechtigung erhält, muss sie die Kontobeziehung abbrechen.

4.16 Nach der Regel von Ziff. 40 Ausführungsbestimmungen zu Art. 6 VSB 1992⁹⁹ waren die laufenden Beziehungen so rasch abzuberechnen, als es ohne Vertragsverletzung möglich war. War die Bank aufgrund von Korrespondenzinstruktionen nicht in der Lage, den Vertragspartner zu erreichen, konnte sie mit dem Abbruch der Beziehungen allerdings bis zu seinem nächsten Besuch oder bis zur nächsten Zustellung der Korrespondenz zuwarten.

Diese Regel (Recht zum Zuwarten mit dem Abbruch der Geschäftsbeziehung bei Unerreichbarkeit des Vertragspartners) kann im Extremfall sogar dazu führen, dass ein Zuwarten von mehr als zehn Jahren noch keine Standesregelverletzung darstellt.

4.17 Die Aufsichtskommission hatte in einem früheren Fall entschieden, dass eine Bank die Standesregeln nicht verletzte, welche im Juni eine offensichtlich unwahre Erklärung gemäss Formular A entgegennahm und das Konto im November desselben Jahres schloss. Dies mit der Begründung, dass ein rascherer Abbruch ohne Vertragsverletzung möglicherweise gar nicht realisierbar gewesen wäre.¹⁰⁰

⁹⁹ Ziff. 47 Ausführungsbestimmungen zu Art. 6 VSB 2003.

¹⁰⁰ Friedli (Fn 5) S. 181.

In der Berichtsperiode beurteilte die Aufsichtskommission einen Fall, in welchem die Bank mehrere Monate (vom Februar 2001 bis zum August 2001) untätig zuwartete, bis sie den Abbruch der Kontobeziehungen überhaupt einleitete. Mindestens die Einleitung des Abbruchs der Kontobeziehung – so die Aufsichtskommission – muss sofort (also innerhalb von einigen Tagen) erfolgen, wenn die Bank Gewissheit hat, dass sie über die wirtschaftliche Berechtigung an den zu hinterlegenden Werten getäuscht worden war.

4.18 Die Regel von Art. 6 Abs. 3 VSB 1998, wonach bei bleibenden Verdachtsmomenten „die Geschäftsbeziehungen“ abubrechen sind, verlangt einen Abbruch sämtlicher vertraglicher Beziehungen (und nicht nur derjenigen, auf die sich die Verdachtsmomente beziehen). Ein Abbruch aller Kontobeziehungen muss auch dann erfolgen, wenn die Bank gegenüber dem Kunden noch über eine Forderung verfügt, welche sich durch Zahlungseingänge auf ein bestehendes Konto reduziert. Die Landesregeln sehen für diese Konstellation keine Ausnahmeregelung vor.

4.19 Art. 11 Abs. 3 VSB 2003 schreibt vor, dass bei Verstößen gegen Art. 6 Abs. 1 und 2 VBS eine Konventionalstrafe oder ein Verweis nur ausgesprochen wird, wenn sie mindestens grob fahrlässig erfolgt sind.¹⁰¹ Damit stellt sich die Frage nach dem Begriff der Grobfahrlässigkeit. Die Aufsichtskommission setzte sich mit diesem Begriff eingehend auseinander und erwog, was folgt:

Fahrlässig handelt derjenige Mitarbeiter, der die Pflicht zur Wiederholung des betreffenden Verfahrens verletzt, weil er die objektiv gebotene und von ihm zu erwartende Sorgfalt nicht anwendet. Konkret besteht die Unsorgfalt darin, dass der Mitarbeiter die in Art. 6 Abs. 1 VSB 2003 genannten Anhaltspunkte (Zweifel über die Identität des Vertragspartners oder über die wirtschaftliche Berechtigung) nicht erkennt, obschon er sie mit der gebotenen und von ihm zu erwartenden Sorgfalt hätte erkennen müssen oder können, oder darin, dass er einen Anhaltspunkt zwar erkennt, aber nicht oder nicht richtig reagiert. An die vom Mitarbeiter zu erwartende Sorgfalt sind hohe Anforderungen zu stellen, weil er für die fraglichen Aufgaben eigens geschult worden ist (Art. 8 des Bun-

¹⁰¹ Vgl. vorne A/3.

desgesetzes zur Bekämpfung der Geldwäscherei im Finanzsektor; Geldwäschereigesetz, GwG; Art. 11 Verordnung der Eidgenössischen Bankenkommission zur Verhinderung von Geldwäscherei; EBK Geldwäschereiverordnung, GwV) und er daher über die erforderlichen Sachkenntnisse verfügt. Grobfahrlässigkeit bei einem Mitarbeiter liegt vor, wenn er ausser Acht lässt, was jedem anderen Mitarbeiter einer Bank in der gleichen Lage und unter den gleichen Umständen (das heisst auch mit der gleichen Ausbildung) hätte auffallen müssen. Art. 11 Abs. 3 VSB 2003 ändert nichts daran, dass sich die Bank das Verhalten und damit das Verschulden des Mitarbeiters anrechnen lassen muss (Art. 101 OR; vgl. Georg Friedli, Tätigkeitsbericht der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken 1995-1997, SZW, 1998, S. 107 f.). Mit einer blossen Zurechnung des Verschuldens des Mitarbeitenden zulasten der Bank kann Art. 11 Abs. 3 VSB jedoch nicht genügend Rechnung getragen werden. Es sind auch Fälle möglich, in denen den verantwortlichen Bankmitarbeiter (aus subjektiven Gründen) kein Verschulden trifft, der Bank aber trotzdem ein Vorwurf gemacht werden muss. Zu denken ist an Konstellationen, bei denen die begangene Standesregelverletzung durch eine geeignetere Organisation hätte verhindert werden können und der Bank mithin eine Art Organisationsverschulden vorgeworfen werden kann, da die Bank ihre Angestellten beispielsweise nur ungenügend (oder sogar überhaupt nicht) auf die Standesregeln hingewiesen und sie zu deren Einhaltung angehalten hatte. Sinn und Zweck der Standesregeln verlangen, dass sich die Bank in solchen Fällen nicht damit entlasten kann, der für die Standesregelverletzung verantwortliche Bankangestellte habe nicht grob fahrlässig gehandelt (weil er beispielsweise über die Vorschriften der VSB gar nie orientiert wurde). Ein solcher Vorwurf an die Adresse der Bank kann sich auf eine analoge Anwendung der neuen Bestimmung von Art. 102^{quater} Abs. 2 StGB zum Unternehmensstrafrecht stützen. Gemäss dieser Regelung, die sich auf bestimmte Tatbestände bezieht, macht sich eine juristische Person strafbar, wenn ihr vorzuwerfen ist, dass sie nicht alle erforderlichen und zumutbaren organisatorischen Vorkehren getroffen hat, um eine solche Straftat zu verhindern.

Diese Erwägungen führten zur folgenden Definition des Begriffs der Grobfahrlässigkeit im Sinne von Art. 11 Abs. 3 VSB 2003:

Ein Verstoss gegen Art. 6 Abs. 1 und 2 VSB ist demnach als grob fahrlässig zu bezeichnen, wenn entweder der für die Verletzung verantwortliche Bankmitarbeiter im erläuterten Sinne (zumindest) grob fahrlässig gehandelt hat und/oder der Bank vorgeworfen werden muss, sie habe es in offensichtlich pflichtwidriger Art und Weise unterlassen, durch erforderliche und branchenübliche organisatorische Massnahmen die begangene Standesregelverletzung zu verhindern.

4.20 Eine Bank, die es unterlässt, bei Erteilung einer Einzelunterschrift an einen bisher bloss kollektiv unterschriftsberechtigten Bevollmächtigten einer Sitzgesellschaft das Verfahren gemäss Art. 4 Abs. 2 Lit. b VSB 1998 zu wiederholen, handelt grob fahrlässig. Ausschlaggebend für diese Qualifikation (Grob-fahrlässigkeit) ist der Umstand, dass Ziff. 41 Ausführungsbestimmungen zu Art. 4 VSB 1998 keinen Beurteilungsspielraum offen lässt. Ein Blick in die VSB 1998 hätte genügt, um zu erkennen, dass nach dieser Änderung der Unterschriftenregelung das Verfahren gemäss Art. 4 Abs. 2 Lit. b VSB 1998 wiederholt werden muss.

4.21 Die Regel von Art. 11 Abs. 3 VSB 2003, wonach bei Verstössen gegen Art. 6 Abs. 1 und 2 VSB eine Konventionalstrafe oder ein Verweis nur ausgesprochen wird, wenn sie grob fahrlässig erfolgt sind, bezieht sich nach ihrem eindeutigen Wortlaut nicht auch auf Art. 6 Abs. 3 VSB 2003. Die Aufsichtskommission sah keinen Anlass, von diesem Wortlaut abzuweichen.

5. Steuerhinterziehung und ähnliche Handlungen¹⁰²

In 3 Fällen setzte sich die Aufsichtskommission – teils mehrfach – mit dem Tatbestand „Steuerhinterziehung und ähnliche Handlungen“ auseinander. In drei Fällen kam es zu Verurteilungen¹⁰³ (gegenüber acht Verurteilungen in der Vorperiode). Keine dieser Verurteilungen betraf so genannte „Jahresendgeschäfte“.¹⁰⁴ Für die Zukunft ist mit einer weiteren Abnahme der Verurteilungen zu rechnen, denn mit Inkrafttreten der VSB 1998 werden Verstösse gegen Art. 8 VSB nur noch sanktioniert, wenn sie „mit Absicht“ erfolgt

¹⁰² Art. 8 VSB 1998 sowie Art. 8 VSB 1992.

¹⁰³ Vgl. vorne A/1.

¹⁰⁴ 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 Über-

sind.¹⁰⁵ Die VSB 2003¹⁰⁶ verwendet den Ausdruck „vorsätzlich“, was auch der schon vorher geübten Praxis der Aufsichtskommission entspricht.¹⁰⁷

5.1 Die Aufsichtskommission hielt in einem früheren Entscheid fest, dass Bescheinigungen über Barbezüge nebst anschliessender Bareinzahlung nur ausgestellt werden dürfen, wenn der Barbezug tatsächlich erfolgt.¹⁰⁸

Aus diesem Präjudiz leitete die Aufsichtskommission im Umkehrschluss ab, dass eine Verletzung der Standesregeln vorliegt, wenn die Bank einen Barbezug bescheinigt, welcher effektiv gar nicht erfolgte. Im konkreten Fall nahm der Bankkunde einen Betrag von CHF 250'000.00 – anders als es die ausgestellte Bescheinigung vermuten liess – nie physisch entgegen.

5.2 Es wurde schon auf das bereits früher publizierte Präjudiz hingewiesen¹⁰⁹, wonach keine Verletzung der Standesregeln vorliegt, wenn die Bank Barbezüge und -einzahlungen bescheinigt, die effektiv erfolgten. Die Aufsichtskommission stellte nun in der Berichtsperiode fest, dass für Überweisungen von einem Konto eines Kunden auf ein Konto eines anderen Kunden nichts anderes gelten kann. Die Bank kann in der Regel nicht verhindern, dass ihre Kunden eingegangene Beträge nur wenig später nach erfolgter Bescheinigung wieder weitertransferieren.

5.3 Auf entsprechendes Begehren hin gewährte die Bank einem Kunden über das bankeigene Konto „Pro Diverse“ einen Kredit von USD 42'158.22. Dieser Kredit wurde später wieder zurückgeführt, indem Gutschriften aus Obligationencoupons, die der Kunde der Bank regelmässig vorlegte, dem Konto „Pro Diverse“ gutgeschrieben wurden. Die ent-

weisung vorzunehmen. Solche Transaktionen weisen in der Regel den Zweck auf, das Vermögen des Kunden in den per Jahresende ausgestellten Bescheinigungen kleiner erscheinen zu lassen.

¹⁰⁵ Art. 11 Abs. 3 VSB 1998.

¹⁰⁶ Art. 11 Abs. 3 VSB 2003.

¹⁰⁷ Hinten 5.5.

¹⁰⁸ Friedli (Fn 5) S. 182.

¹⁰⁹ Vorne 5.1.

sprechenden, von der Bank zuhanden des Kunden angefertigten Belege („Coupon-Gutschrift“) wurden auf ein Pseudonym ausgestellt. Erst später eröffnete der Kunde unter diesem Pseudonym ein Konto bei der Bank.

Die Aufsichtskommission erwog, dass an ein Pseudonym adressierte „Coupon-Gutschriften“ Bescheinigungen im Sinne von Art. 8 VSB 1998 darstellen. Nach der Regel von Ziff. 52 Lit. a Ausführungsbestimmungen zu Art. 8 VSB 1998¹¹⁰ gelten solche Bescheinigungen als irreführend, wenn sie einen falschen Gutschriftsempfänger nennen. Als falscher Gutschriftsempfänger gilt dabei auch ein fiktiver Gutschriftsempfänger. Überdies war der subjektive Tatbestand erfüllt. Der Bank musste nämlich bewusst sein, dass der auf den Bescheinigungen angegebene Name ein Pseudonym darstellt. Die Bank musste ferner auch mindestens mit der Möglichkeit rechnen, dass die Bescheinigungen zur Täuschung von Behörden (insbesondere Steuerbehörden) verwendet werden könnten.

5.4 Eine Bank stellte eine Liberierungsbestätigung zuhanden des Handelsregisteramtes und zuhanden der Gründer einer Aktiengesellschaft aus, in welcher bescheinigt wurde, dass der Betrag von CHF 10'000'000.00, welcher dem Aktienkapital entspricht, einbezahlt wurde. Diese Summe wurde aber schon kurz nach der Gründung der Gesellschaft wieder abgezogen. Der Bank wurde vorgeworfen, es liege eine Scheingründung vor, und die Liberierungsbestätigung sei deshalb irreführend.

Die Aufsichtskommission verneinte eine Standesregelverletzung. Sie erwog, dass die Liberierungsbestätigung vor der Gründung der Gesellschaft abgegeben worden war. Vor der Gründung bestanden aber klarerweise noch keine Anhaltspunkte dafür, dass eine Scheingründung vorliegen könnte. Der Mittelabzug, welcher in diese Richtung deutete, erfolgte erst später. Ferner konnte der Bank unter dem Gesichtspunkt von Art. 8 VSB 1998 auch nicht vorgeworfen werden, dass sie den Abzug von CHF 10'000'000.00 ab dem Konto der Kundin zuließ. Ganz generell muss die Bank auch ungewöhnliche Transaktionen so dokumentieren, wie sie sich effektiv abgespielt haben.

¹¹⁰ Ziff. 56 Lit. a Ausführungsbestimmungen zu Art. 8 VSB 2003.

5.5 Bei Verstössen gegen Art. 7 und 8 VSB 1998 wurde eine Konventionalstrafe oder ein Verweis nur ausgesprochen, wenn sie mit Absicht erfolgt sind (Art. 11 Abs. 3 VSB 1998).¹¹¹

Die Aufsichtskommission entschied, dass in diesem Zusammenhang Eventualvorsatz genügt. Die Frage, ob der objektive und der subjektive Tatbestand erfüllt seien, wird von der Aufsichtskommission je separat behandelt. Zunächst wird also – gegebenenfalls – festgestellt, dass der objektive Tatbestand erfüllt ist. Erst in einem zweiten Schritt setzt sich die Aufsichtskommission mit der Frage auseinander, ob die Verletzung vorsätzlich erfolgte.

6. Übergangsrecht

Die VSB 2003 statuiert – gleich wie zuvor schon die VSB 1998 – in Art. 15 Abs. 3 den Grundsatz des milderen Rechts.

6.1 Unter der Herrschaft der VSB 1998 eröffnete eine Bank eine Kontobeziehung mit einer ausländischen Kundin auf dem Korrespondenzweg. Nach der Regel von Ziff. 10 Ausführungsbestimmungen zu Art. 2 VSB 1998 hätte die Bank die Wohnsitzadresse der Kundin durch Postzustellung oder auf andere, gleichwertige Weise überprüfen müssen. Dies wurde von der Bank unterlassen. Ferner unterliess es die Bank auch, eine Echtheitsbescheinigung der Unterschrift der Vertragspartnerin einzuholen, wie sie gemäss Ziff. 11 Ausführungsbestimmungen zu Art. 2 VSB 1998 bei Korrespondenzeröffnungen mit Personen ohne Wohnsitz in der Schweiz verlangt werden musste. Im Verfahren vor der Aufsichtskommission wollte die Bank unter Berufung auf Art. 15 Abs. 3 VSB 2003 (Grundsatz des milderen Rechts) davon profitieren, dass die VSB 2003 keine Regel mehr enthält, welche Ziff. 11 Ausführungsbestimmungen VSB 1998 entspricht (also auch bei Korrespondenzeröffnungen mit natürlichen Personen im Ausland keine Echtheitsbescheinigung der Unterschrift voraussetzt).

¹¹¹ Art. 11 Abs. 3 VSB 2003 verwendet den Ausdruck „vorsätzlich“.

Die Aufsichtskommission folgte dem Argument der Bank nicht. Sie wies darauf hin, dass die Bank sich nur dann auf den in Art. 15 Abs. 3 VSB 2003 verankerten Grundsatz des milderer Rechts berufen könnte, wenn sie die Identifikationsvorschriften der VSB 2003 insgesamt eingehalten hätte. Dies war indessen nicht der Fall. Ziff. 10 Ausführungsbestimmungen zu Art. 2 VSB 2003 verlangt – gewissermassen als „Ersatz“ für die Echtheitsbescheinigung der Unterschrift¹¹² – eine Echtheitsbescheinigung des Ausweises. Eine solche war im konkreten Fall – weil unter der Herrschaft der VSB 1998 noch nicht erforderlich – nicht eingeholt worden. Abgesehen davon verlangt auch die VSB 2003, dass die Wohnsitzadresse des Vertragspartners bei Kontoeröffnungen auf dem Korrespondenzweg mittels Postzustellung oder auf gleichwertige Weise zu überprüfen ist. Auch diese – sowohl in der VSB 1998 wie auch in der VSB 2003 enthaltene – Regel wurde von der Bank im konkreten Fall verletzt.¹¹³

6.2 Die Bank kann den Grundsatz des milderer Rechts nur dann für sich beanspruchen, wenn sie eine Identifikation (oder eine Feststellung der wirtschaftlichen Berechtigung) vornimmt, die den neuen, milderer Regeln entspricht. Diese Voraussetzung ist insbesondere dann nicht erfüllt, wenn sich die Bank bei einer Korrespondenzeröffnung die Echtheit des Identifikationsdokumentes nicht bescheinigen lässt (was gemäss Ziff. 10 Ausführungsbestimmungen zu Art. 2 VSB 2003, nicht aber gemäss früheren Fassungen der Landesregeln vorausgesetzt wird). Die Nichteinhaltung der neurechtlichen Regel (Einholen einer echtheitsbestätigten Kopie des Identifikationsdokuments) wäre höchstens dann unerheblich, wenn kein funktioneller Zusammenhang zur verletzten altrechtlichen Regel bestünde. Ein solcher Zusammenhang besteht aber zwischen der altrechtlichen Pflicht zur Beglaubigung der Unterschrift des Vertragspartners und der neurechtlichen Pflicht zur Einholung einer Bescheinigung über die Echtheit des Identifikationsdokumentes durchaus. Sowohl durch die Beglaubigung der Unterschrift wie auch durch die Echtheitsbescheinigung des Identifikationsdokuments wird sichergestellt, dass diejenige Person, welche gegenüber der Bank als Vertragspartner auftritt, mit derjenigen Person übereinstimmt, als die sie sich aufgrund der vorgelegten Identifikationsdokumente ausgibt. Die in der VSB 2003

¹¹² Vgl. dazu im Einzelnen 6.2 sogleich.

¹¹³ Vgl. auch hinten 6.3.

enthaltene Regel, wonach sich die Bank die Echtheit der Identifikationsdokumente bei Korrespondenzeröffnungen bescheinigen lassen muss, ersetzt mithin unter funktionellen Gesichtspunkten die altrechtliche Regel, wonach die Echtheit der Unterschrift des Vertragspartners bei Korrespondenzeröffnungen mit Personen im Ausland zu beglaubigen war.

6.3 Wie bereits dargelegt wurde¹¹⁴, beriefen sich verschiedene Banken, die ihre Kunden erst nach erfolgter Kontoeröffnung identifiziert hatten, auf die am 1. Juli 2003 in Kraft getretene Ziff. 24 Ausführungsbestimmungen zu Art. 2 VSB 2003, welche ausnahmsweise eine erst nachträgliche Identifikation gestattet, wenn die Bank über ein Kontrollsystem verfügt, welches sicherstellt, dass die fehlenden Unterlagen innerhalb von 30 Tagen eingehen. Die Aufsichtskommission hielt fest, dass diese Regel gestützt auf Art. 15 Abs. 2 VSB 2003 auch auf vorbestehende Geschäftsbeziehungen anwendbar ist, wenn die Bank schon zum fraglichen Zeitpunkt über ein entsprechendes Kontrollsystem verfügte. Damit stellte sich die Frage, welche Anforderungen ein solches Kontrollsystem erfüllen muss.

Eine Bank machte geltend, sie habe schon unter der Herrschaft der VSB 1998 über ein System verfügt, welches den Kunden bei einer unvollständigen Identifikation mit dem Vermerk „ID-Prüfung pendent“ erfasste. Aufgrund einer wöchentlich erscheinenden Liste, welche alle Kunden mit dem Vermerk „ID-Prüfung pendent“ erfasste, sei sichergestellt, dass innert einer Frist von 14 Tagen nachträglich eine Identifikation erfolge. Dieses Kontrollsystem fand auch seinen Niederschlag in den Kontoeröffnungsunterlagen (Hervorhebungen im Originaltext):

Kann der Vertragspartner mit Wohnsitz in der Schweiz zum Zeitpunkt der Vorsprache keinen Ausweis (Original) vorweisen, kann das Konto/Depot zwar formell eingerichtet werden (Kontosperre Soll/Haben); es dürfen keine Gelder auf das Konto einbezahlt noch sonst Buchungen ausgeführt werden. Das Konto ist für den Kunden erst ab Vorweisen des amtlichen Ausweises und Fotokopie desselben (durch die Bank) verfügbar. Der Kundenberater setzt zur vorgenannten Einrichtung des Kontos den Code „ID-Prüfung pendent“ (AGI-PE Code 26); dieser muss jedoch spätestens innert 14 Tagen ab persönlicher Vorsprache des Kunden durch einen ordentlichen Identifikations-

¹¹⁴ Vorne 3.5.

nachweis ersetzt werden. Der Kundenberater ist zur fristgemässen Erledigung dieser Pendeuz verantwortlich.

Die bankinterne „Arbeitsanweisung betreffend Bekämpfung und Verhinderung der Geldwäscherei (StGB, GwG und EBK-RS 98/1) und Einhaltung und Umsetzung der Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken (VSB)“ vom 31. März 1999 enthält bezüglich der Identifikation des Vertragspartners unter anderem folgende Vorschriften:

Ist eine Identifikation nicht möglich, bspw. weil der Kunde keinen Ausweis bei sich hat, muss darauf hingewiesen werden, dass eine Kontoeröffnung und Freigabe (Verfügbarkeit) nicht vor Abschluss der Identifikation möglich ist. Das blosses Setzen des Codes „ID-Pendent“ (PERMIS) ohne gleichzeitige, kurzfristige (innert 14 Tagen) zu vollziehende Massnahmen zur vollständigen Identifikation, stellt erfahrungsgemäss keine gültige Lösung dar und bedeutet einen Verstoss gegen die VSB.

Die Aufsichtskommission qualifizierte dieses System als unter dem Gesichtspunkt von Ziff. 24 Ausführungsbestimmungen zu Art. 2 VSB 2003 genügend.

7. Kosten

Gemäss Art. 12 Abs. 5 VSB 2003 ordnet die Aufsichtskommission das Verfahren und bestimmt über die Kostentragung. Laut Art. 7 Abs. 3 des Verfahrensreglements vom 29. April 2003 kann die Aufsichtskommission der Bank Untersuchungskosten ganz oder teilweise zur Bezahlung auferlegen, wenn die durchgeführte Untersuchung nicht von vornherein ungerechtfertigt erschien oder die Bank Untersuchungskosten verursachte. Für diese Beurteilung ist ein objektiver Massstab massgebend, und es wird nicht ein subjektiv vorwerfbares Verhalten vorausgesetzt. Massgebend ist gemäss der schon früher publizierten Praxis der Aufsichtskommission, ob die Einleitung der Untersuchung nicht von vornherein ungerechtfertigt war.¹¹⁵

¹¹⁵ Friedli (Fn 26) S. 323.

Daraus folgt, dass die Bank die Kosten eines Verfahrens, welches durch eine Selbstanzeige eingeleitet wurde, unabhängig von dessen Ausgang tragen muss.

8. Verfahrenseröffnung

Die Untersuchungsbeauftragten sind grundsätzlich berechtigt, aufgrund von Presseberichten ein Ermittlungsverfahren gegen die in diesen Presseberichten erwähnten Banken einzuleiten. Insbesondere steht eine solche Vorgehensweise nicht zum Untersuchungsreglement vom 11. September 2003 im Widerspruch.

9. Haftung für Rechtsvorgänger

Angesichts der Zunahme von Fusionen im Bankgewerbe musste sich die Aufsichtskommission auch vereinzelt mit der Frage nach den damit verbundenen Konsequenzen unter dem Gesichtspunkt der Standesregeln auseinandersetzen.

9.1 Im Rahmen einer Fusion gehen nach zivilrechtlichen Grundsätzen Aktiven und Passiven der übernommenen Bank auf die übernehmende Bank über. Zu den Passiven gehören auch allfällige Verpflichtungen aus den Sorgfaltspflichtvereinbarungen. Insbesondere trifft es nicht zu, dass insofern strafrechtliche Grundsätze zur Anwendung kämen. Die Sorgfaltspflichtvereinbarung ist kein strafrechtlicher Massnahmenkatalog.

9.2 Die Standesregeln enthalten keine Norm, welche von einer übernehmenden Bank verlangen würde, die Kontobeziehungen der übernommenen Bank systematisch oder auch nur mittels Stichproben zu überprüfen und gegebenenfalls neue Kontoeröffnungsunterlagen auszustellen.¹¹⁶

¹¹⁶ Friedli (Fn 5) S. 172.

9.3 Eine Bank, welche sich den Standesregeln angeschlossen hatte, gab ihre Bankentätigkeit zu einem späteren Zeitpunkt auf. Die Aufsichtskommission erachtete sich dennoch als zuständig zur Beurteilung eines Sachverhalts, der sich vor der Aufgabe der Bankentätigkeit ereignet hatte. Zwar sind nur Banken Adressaten der Standesregeln und unterstehen der Zuständigkeit der Aufsichtskommission. Die Bankenbewilligung muss aber nicht im Zeitpunkt der Beurteilung vorliegen, sondern im Zeitpunkt, in welchem sich der zu beurteilende Sachverhalt ereignet hat. Durch die Aufgabe der Sondereigenschaft als Bank kann die Sanktionierung einer in dieser Eigenschaft begangenen Handlung nicht vermieden werden. Die Schiedsklausel bleibt gültig.

Anders würde es sich dann verhalten, wenn das Bankengeschäft mit allen Aktiven und Passiven verkauft wird, was aber auf den konkreten Fall nicht zutrif.¹¹⁷

D. AUSBLICK

Zurzeit sind Bemühungen im Gange, das geltende Untersuchungsreglement vom 11. September 2003 anzupassen. Die neue Fassung soll die Möglichkeit vermitteln, „Bagatellfälle“ in einem einfacheren und vor allem auch kostengünstigeren Verfahren zu erledigen. Der aktuelle Entwurf, den die Schweizerische Bankiervereinigung in die Vernehmlassung geschickt hat, sieht vor, dass bereits der Untersuchungsbeauftragte das Verfahren einstellen kann, wenn ein „Bagatellfall“ vorliegt und verschiedene weitere Voraussetzungen erfüllt sind.

Im Übrigen bleibt die geltende VSB 2003 gemäss Art. 14 Abs. 2 VSB 2003 noch mindestens bis zum 30. Juni 2008 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 2008 zu erneuern. Die Standesregeln haben im Rahmen der staatlichen Gesetzgebung gegen die Geldwäscherei nach wie vor ihren

¹¹⁷ Vgl. vorne Ziff. 9.1.

Platz, hat doch die VSB gestützt auf Art. 16 GwG bereits die zusätzliche Funktion übernommen, die Geldwäschereirichtlinien der Eidgenössischen Bankenkommission zu ergänzen.¹¹⁸

Taetigkeitsbericht_2001-2005_deutsch

¹¹⁸ Friedli (Fn 5) S. 165 f.