

AUFSICHTSKOMMISSION VSB

(Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken)

Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken

(1. Januar bis 30. Juni 2019)

A. VORBEMERKUNGEN

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

Im Jahre 2007 hatte die Aufsichtskommission damit begonnen, in kürzeren Abständen und in Ergänzung zu den traditionellen Tätigkeitsberichten auf dem Portal der SBVg über die wichtigsten Entscheide zu orientieren. Eine erste solche Orientierung über die „Leading Cases“ der Aufsichtskommission erfolgte am 18. Januar 2007. Nachdem diese „Leading Cases“ zunächst noch in unterschiedlichen Abständen veröffentlicht wurden, publiziert die Aufsichtskommission seit dem Jahre 2017 regelmässig zweimal pro Jahr die Leading Cases des jeweils vorangegangenen Halbjahres.³ Mit der vorliegenden Orientierung informiert die Aufsichtskommission über die neuesten, in der Zeit vom 1. Januar bis 30. Juni 2019 ergangenen „Leading Cases“.

B. NEUES VERFAHRENSREGLEMENT

Am 1. Mai 2019 trat das revidierte Verfahrensreglement vom 14. März 2019 in Kraft. Es ersetzt das bisherige Verfahrensreglement vom 27. März 2017 und findet auf alle Fälle Anwendung, die im Zeitpunkt des Inkrafttretens bei der Aufsichtskommission hängig sind.⁴

Das neue Verfahrensreglement enthält keine materiellen Änderungen. Das Reglement ist vielmehr im Wesentlichen an die aktuelle Praxis der Aufsichtskommission nachgeführt worden. Zudem sind einige kleinere redaktionelle Anpassungen vorgenommen worden.

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

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

³ Zuletzt wurden mit Zirkular Nr. 7989 der SBVg vom 9. April 2019 die in der Zeit vom 1. Juli bis 31. Dezember 2018 ergangenen „Leading Cases“ der Aufsichtskommission bekannt gemacht.

⁴ Die Banken wurden mit Zirkular Nr. 7990 der SBVg vom 21. Mai 2019 über das Inkrafttreten des neuen Verfahrensreglements informiert.

C. ZUSTÄNDIGKEITSFRAGEN

1. Abgrenzung zwischen VSB und GwG/GwV-FINMA

Eine Bank hatte geltend gemacht, der Untersuchungsbeauftragte VSB werfe ihr eine Verletzung von Pflichten vor, welche sich aus dem GwG und nicht aus der VSB ergeben würden. Der Untersuchungsbeauftragte sei jedoch nicht zuständig, derartige Aspekte zu prüfen. Die Aufsichtskommission VSB hatte sich daher mit Fragen der Zuständigkeit sowie der Abgrenzung zwischen den Sorgfaltspflichten gemäss der VSB und den Sorgfaltspflichten gemäss der Geldwäschereigesetzgebung auseinanderzusetzen.

Die Aufsichtskommission wies in ihrem Entscheid zunächst darauf hin, dass die Untersuchungsbeauftragten und die Aufsichtskommission VSB für die Abklärung bzw. Sanktionierung von Verletzungen der sich ausschliesslich aus der Geldwäschereigesetzgebung (und nicht auch aus der VSB) ergebenden Sorgfaltspflichten nicht zuständig sind (vgl. Art. 60 Abs. 2 VSB 16). Für die Frage der Zuständigkeit der Aufsichtskommission und der Untersuchungsbeauftragten VSB ist somit von entscheidender Bedeutung, ob die Sorgfaltspflichten, deren Verletzung der Bank vorgeworfen wird, ihre Grundlage in der VSB oder (nur) im GwG bzw. in der GwV-FINMA haben. Mit Bezug auf die bei ungewöhnlichen Feststellungen bestehenden Sorgfaltspflichten ist dabei wie folgt zwischen der VSB und der Geldwäschereigesetzgebung abzugrenzen:

Die Standesregeln verlangen, dass die Banken das Verfahren zur Feststellung der wirtschaftlichen Berechtigung wiederholen, wenn im Laufe der Geschäftsbeziehung Zweifel über die wirtschaftliche Berechtigung entstehen und diese Zweifel nicht durch allfällige Abklärungen ausgeräumt werden können (Art. 46 VSB 16; vgl. auch Art. 6 VSB 08). Ein Zweifelsfall im Sinne von Art. 46 VSB 16 bzw. Art. 6 VSB 08 liegt immer dann vor, wenn ungewöhnliche Feststellungen gemacht werden (Ziff. 2.1 der Leading Cases Juli bis Dezember 2018). Das Geldwäschereigesetz kennt eine analoge Bestimmung über die Pflicht zur erneuten Feststellung der wirtschaftlich berechtigten Person (vgl. Art. 5 GwG).

Zusätzlich zu den für die Banken in der VSB umschriebenen Sorgfaltspflichten bei der Identifizierung des Vertragspartners und der Feststellung der wirtschaftlich Berechtigten sieht das Geldwäschereigesetz sodann sog. besondere Sorgfaltspflichten vor (vgl. Art. 6 GwG i.V.m. Art. 13 ff. GwV-FINMA). Diese besonderen Sorgfaltspflichten verlangen unter anderem, dass der Finanzintermediär bei ungewöhnlichen Transaktionen oder Geschäftsbeziehungen und bei Transaktionen oder Geschäftsbeziehungen mit erhöhten Risiken deren Hintergründe und Zweck abklären muss (vgl. Art. 6 Abs. 2 lit. a und lit. c GwG). Die VSB enthält keine Art. 6 GwG entsprechende Bestimmung.

Ob die Bank im Zusammenhang mit den Gegenstand des VSB-Verfahrens bildenden Geschäftsbeziehungen und Transaktionen besondere Sorgfaltspflichten im Sinne von Art. 6 GwG hatte, durfte und musste die Aufsichtskommission daher gar nicht beurteilen. Dies ist vielmehr Aufgabe der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA.

Die Aufsichtskommission stellte zudem klar, dass das Bestehen von besonderen Sorgfaltspflichten im Sinne der Geldwäschereigesetzgebung (bzw. deren Verletzung) nicht mit den Wiederholungspflichten im Sinne von Art. 46 VSB 16 bzw. Art. 6 VSB 08 (bzw. deren Verletzung) gleichzusetzen ist. Es ist zwar durchaus denkbar, dass eine ungewöhnliche Transaktion oder eine ungewöhnliche Geschäftsbeziehung im Sinne der Geldwäschereigesetzgebung gleichzeitig auch eine ungewöhnliche Feststellung im Sinne der VSB darstellt; dies ist jedoch nicht zwingend. Eine ungewöhnliche Geschäftsbeziehung oder Transaktion im Sinne der Geldwäschereigesetzgebung kann, muss aber nicht eine ungewöhnliche Feststellung im Sinne der VSB bedeuten.

2. Geltungsbereich der VSB

Eine Bank hatte eine Standesregelverletzung zur Anzeige gebracht, welche nicht von ihr selber begangen wurde, sondern von ihrer als Vermögensverwalterin tätigen Tochtergesellschaft, welche der VSB nicht beigetreten ist.⁵

Mangels Unterzeichnung der VSB untersteht die Tochtergesellschaft der Sanktionsordnung gemäss Art. 58–65 VSB 16 nicht. Damit fehlt es an der Zuständigkeit der Aufsichtskommission, gegen die Tochtergesellschaft ein Sanktionsverfahren i.S.v. Art. 61 VSB 16 zu eröffnen.

Die Aufsichtskommission hatte hingegen zu prüfen, ob die VSB eine genügende (Rechts-)Grundlage dafür enthält, eine der VSB beigetretene Bank für Standesregelverletzungen zu sanktionieren, welche nicht von der Bank selber, sondern (nur, aber immerhin) von ihrer im Bank- oder Finanzbereich tätigen Tochtergesellschaft begangen wurden.⁶ Zu entscheiden war, ob sich der Geltungsbereich der VSB nicht nur auf die der VSB beigetretenen Banken, sondern auch auf deren Tochtergesellschaften erstreckt.

Der Geltungsbereich der VSB wird in Art. 1 VSB 16 umschrieben. Art. 1 VSB 16 lautet wie folgt:

„¹ Den Standesregeln unterstehen die Banken und Effektenhändler mit sämtlichen in der Schweiz domizilierten Geschäftsstellen, nicht aber ihre ausländischen Zweigniederlassungen, Vertretungen und Tochtergesellschaften (vergleiche aber Artikel 11, 19 und 43).

² Die Banken dürfen ihre ausländischen Zweigniederlassungen und ihre ausländischen, im Bank- oder Finanzbereich tätigen Konzerngesellschaften nicht dazu missbrauchen, diese Vereinbarung zu umgehen.

³ Auf unter Nummern oder Kennworten geführte Konten, Hefte, Depots und Schrankfächer sind die Vorschriften der vorliegenden Standesregeln uneingeschränkt anwendbar.“

⁵ Die Tochtergesellschaft ist vielmehr der SRO des Verbands Schweizerischer Vermögensverwalter (VSV) angeschlossen.

⁶ Falls die Bank (bzw. deren Mitarbeitenden) selber an den im Geschäftsbereich der Tochtergesellschaft begangenen Standesregelverletzungen mitgewirkt hätte, dann würde die Bank aus eigenem Recht für die erfolgten VSB-Verstösse haften. Im vorliegenden Fall gab es aber nicht die geringsten Anzeichen dafür, dass die Bank oder deren Mitarbeitende in die von der Tochtergesellschaft begangenen Standesregelverletzung involviert gewesen wären.

Aus dem Wortlaut von Art. 1 Abs. 1 VSB 16 geht nicht klar hervor, ob die beigetretenen Banken mit ihren schweizerischen Tochtergesellschaften den Standesregeln unterstehen oder nicht. Der erste Satzteil von Art. 1 Abs. 1 VSB 16 („*Den Standesregeln unterstehen die Banken und Effekthändler mit sämtlichen in der Schweiz domizilierten Geschäftsstellen*“) nennt nur schweizerische Geschäftsstellen, was eher gegen einen Einbezug von schweizerischen Tochtergesellschaften – welche im Unterschied zu Geschäftsstellen rechtlich selbständig sind – spricht. Der zweite Satzteil von Art. 1 Abs. 1 VSB 16 („*nicht aber ihre ausländischen Zweigniederlassungen, Vertretungen und Tochtergesellschaften*“) schliesst ausländische Tochtergesellschaften explizit aus, was – im Sinne eines Umkehrschlusses – hingegen dafür sprechen könnte, dass inländische (d.h. schweizerische) Tochtergesellschaften vom Geltungsbereich der VSB umfasst sind.⁷

Die Aufsichtskommission kam nach Prüfung verschiedener weiterer Auslegungselemente zum Schluss, dass aus der VSB 16 nicht mit hinreichender Klarheit hervorgeht, ob die Banken auch mit ihren (schweizerischen) Tochtergesellschaften der VSB unterstehen oder nicht. Vor dem Hintergrund der in mehrfacher Hinsicht unklaren Regelung von Art. 1 VSB 16 entschied die Aufsichtskommission, dass keine genügend eindeutige rechtliche Grundlage dafür besteht, die Standesregeln auch auf die (schweizerischen) Tochtergesellschaften der beigetretenen Banken anzuwenden.

Eine Bank kann daher nicht für die von einer Tochtergesellschaft begangenen Standesregelverletzungen sanktioniert werden.⁸ Die Aufsichtskommission stellte das Verfahren gegen die Bank daher ein.⁹

⁷ Gemäss der italienischen Sprachversion von Art. 1 Abs. 1 VSB 16 unterstehen die Banken demgegenüber auch mit ihren schweizerischen Tochtergesellschaften der VSB („*Sottostanno alla Convenzione di diligenza le banche e i commercianti di valori mobiliari con tutte le loro sedi, filiali e agenzie stabilite in Svizzera*“).

⁸ Vorbehalten bleibt, dass die Bank an den (in erster Linie) von der Tochtergesellschaft begangenen Standesregelverletzungen mitgewirkt hat (vgl. FN 6 oben), oder dass die Bank die Tochtergesellschaft dazu missbraucht hat, die Standesregeln zu umgehen (vgl. Art. 1 Abs. 2 VSB 16).

⁹ Der Bank wurden dabei keine Kosten auferlegt.

D. EINZELNE TATBESTÄNDE

1. Dokumentationspflichten

Die Banken haben sicherzustellen, dass die Vornahme der Identifizierung des Vertragspartners, die Feststellung des Kontrollinhabers und die Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten dokumentiert ist. Die erforderlichen Identifikationsakten sind aufzubewahren. Bestandteil dieser Sicherstellungspflicht ist unter anderem, dass der Eingang der Dokumente bei der Bank oder deren Verfügbarkeit im System der Bank nachvollziehbar festgehalten werden (Art. 44 VSB 16; vgl. auch Ziff. 23 Ausführungsbestimmungen zu Art. 2 VSB 08 und Ziff. 36 Ausführungsbestimmungen zu Art. 3 VSB 08).

Eine Bank hatte zwar auf dem vom Kunden unterschriebenen Kontoeröffnungsantrag einen Eingangsstempel angebracht. Auf dem am gleichen Tag unterzeichneten Formular A hingegen fehlte ein entsprechender Stempel. Wann das Formular A bei der Bank einging, war daher unklar. Entgegen der Auffassung der Bank lässt sich aus dem auf dem Kontoeröffnungsantrag angebrachten Datumstempel nicht ableiten, dass auch alle übrigen Kontoeröffnungsunterlagen, namentlich das Formular A, der Bank zu diesem Zeitpunkt ebenfalls vorlagen. Es gibt keine tatsächliche (natürliche) Vermutung dafür, dass die sich in den Akten befindlichen Dokumente der Bank rechtzeitig, d.h. im Zeitpunkt der Aufnahme der Geschäftsbeziehung vorlagen (vgl. Georg Friedli, Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken 2001–2005, SZW 2005, S. 246). Es obliegt vielmehr den Banken, dies in den Akten nachvollziehbar festzuhalten. Tun sie dies nicht, verletzen sie die Sicherstellungspflicht.

2. Wiederholungspflichten

2.1. Anhaltspunkte für Zweifel an der wirtschaftlichen Berechtigung bestehen immer dann, wenn ungewöhnliche Feststellungen gemacht werden. Ein häufiger Fall, der Anlass zu Zweifeln gibt, sind Bareinzahlungen bzw. Barbezüge, zumal Bargeschäfte auch dazu geeignet sind, den „Paper Trail“ zu unterbrechen. Die frühere Praxis der Aufsichtskommission, wonach bereits Barbezüge über CHF 50'000.00 als ungewöhnliche Feststellung zu qualifizieren sind, trifft in dieser Allgemeinheit allerdings nicht mehr zu (vgl. Georg Friedli, Lit. C Ziff. 4.8 des durch die Schweizerische Bankiervereinigung auf deren Portal unter „Topics“ publizierten Tätigkeitsberichts 2001–2005). Bartransaktionen im sechs- und siebenstelligen Bereich hingegen geben klarerweise Anlass zu Zweifeln im Sinne von Art. 6 VSB 08 (vgl. Georg Friedli, Lit. C Ziff. 4.9 des durch die Schweizerische Bankiervereinigung auf deren Portal unter „Topics“ publizierten Tätigkeitsberichts 2001–2005; Georg Friedli, Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken 2001–2005, Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, SZW 2005, S. 255; Georg Friedli, Übersicht über die Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken 1998–2001, Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, SZW 2002, S. 179).¹⁰

¹⁰ Im vorliegenden Fall ging es um knapp 50 Barbezüge von gesamthaft mehr als CHF 4 Mio. Damit lag klarerweise eine ungewöhnliche Feststellung vor, welche die Bank dazu hätte veranlassen müssen, gemäss Art. 6 VSB 08 vorzugehen.

2.2. Bei einer Bank waren im Laufe der Geschäftsbeziehung mit einer ausländischen Sitzgesellschaft Zweifel an der Richtigkeit der mit Formular A abgegebenen Erklärung über die wirtschaftliche Berechtigung aufgetreten. Die Bank verzichtete jedoch darauf, das Verfahren zur Feststellung der wirtschaftlichen Berechtigung zu wiederholen. Stattdessen nahm sie eine Kontosperrung vor und erstattete eine Verdachtsmeldung bei der Meldestelle für Geldwäscherei (MROS). Diese Vorgehensweise ist standesregelkonform. Denn die Bank kann gemäss den Standesregeln auf weitere Abklärungen bzw. auf die Einholung eines neuen Formulars A verzichten, wenn sie stattdessen die zweifelhafte Geschäftsbeziehung abbricht, sofern nicht die Voraussetzungen der Meldepflicht i.S.v. Art. 9 GwG erfüllt sind (vgl. Lit. B/Ziff. 1.2 der durch die Schweizerische Bankiervereinigung auf deren Portal unter Topics, Rubrik VSB, publizierten Leading Cases der Aufsichtskommission vom 1. Januar bis 30. Juni 2018). Wenn – wie im vorliegenden Fall – eine Meldepflicht gemäss Art. 9 GwG besteht, dann ist es nicht zu beanstanden, wenn die Bank anstatt weitere Abklärungen zu tätigen das Konto sperrt und eine MROS-Meldung erstattet.

2.3. Das Verfahren gemäss Art. 6 VSB 08 muss nach der Praxis der Aufsichtskommission innert einer Frist von 90 Tagen durchgeführt werden (vgl. Georg Friedli/Dominik Eichenberger, Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken für die Jahre 2011 bis 2016, SZW 5/2017, S. 695, r53). Dies gilt auch dann, wenn sich die Bank dafür entscheidet, bei Zweifeln an der wirtschaftlichen Berechtigung kein neues Formular A einzuholen, sondern die Geschäftsbeziehung abubrechen (bzw. bei gegebenen Voraussetzungen eine MROS-Meldung zu erstatten).¹¹ Die Banken sind somit verpflichtet, beim Vorliegen von Zweifeln an der Richtigkeit des Formulars A innert 90 Tagen entweder das Verfahren zur Feststellung der wirtschaftlichen Berechtigung zu wiederholen, die Geschäftsbeziehung abubrechen oder – wenn eine Meldepflicht i.S.v. Art. 9 GwG besteht – eine MROS-Meldung zu erstatten.

2.4. Die Banken haben gemäss Art. 6 VSB 08 bzw. Art. 46 VSB 16 vorzugehen, wenn im Laufe der Geschäftsbeziehung ungewöhnliche Feststellungen gemacht werden. Eine ungewöhnliche Feststellung liegt unter anderem dann vor, wenn ein Konto als Durchlaufkonto benutzt wird (vgl. Georg Friedli/Dominik Eichenberger, Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken für die Jahre 2011 bis 2016, Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht, SZW 5/2017, S. 694, r50). Ein Vorgehen nach Art. 6 VSB 08 bzw. Art. 46 VSB 16 ist nicht erst dann erforderlich, wenn Gewissheit darüber besteht, dass ein Bankkonto als Durchlaufkonto verwendet wird. Es genügt bereits der Verdacht, dass es sich bei den über ein Konto abgewickelten Zahlungen um Durchlauftransaktionen handelt (vgl. auch Ziff. 2.1 der Leading Cases vom 1. Juli bis 31. Dezember 2018).

¹¹ Dazu ist die Bank grundsätzlich berechtigt (vgl. Ziff. 2.2 oben).

2.5. Eine Durchlauftransaktion charakterisiert sich nicht zwingend dadurch, dass das auf einem Konto einbezahlte Geld vollständig auf ein anderes Konto weiter transferiert wird. Eine Durchlauftransaktion kann ohne Weiteres auch dann vorliegen, wenn die weitergeleiteten Gelder betragsmässig nicht genau mit den zuvor eingegangenen Geldern übereinstimmen. Der Umstand, dass lediglich ein Teil des auf dem Konto eingegangenen Geldes weitergeleitet wird, ändert am Vorliegen von Durchlauftransaktionen nichts. Ebenso wenig ist das Bestehen einer Durchlauftransaktion bereits deshalb zu verneinen, weil Zahlungseingang und Zahlungsausgang nicht am selben Tag stattfanden. Ein gewisser zeitlicher Zusammenhang zwischen Zahlungseingang und Zahlungsausgang ist zwar erforderlich. Nach der Praxis der Aufsichtskommission ist es aber beispielsweise irrelevant, ob das auf das Durchlaufkonto einbezahlte Geld später weiter überwiesen wird oder ob es zum Ausgleich einer zuvor erfolgten Weiterüberweisung dient (vgl. Lit. C/Ziff. 1.3 der Leading Cases vom 1. Januar bis 31. Dezember 2011). Liegen zwischen Zahlungseingang und Zahlungsausgang nur wenige Tage, so ist die erforderliche zeitliche Nähe ohne Weiteres gegeben.¹²

2.6. Eine Bank eröffnete im Jahre 2001 eine Geschäftsbeziehung mit einem Franzosen. Ein Jahr später eröffnete die Bank auch für dessen amerikanische Ehefrau eine Geschäftsbeziehung. Das Vermögen des Ehemannes stammte im Wesentlichen aus Immobiliengeschäften, das Vermögen der Ehefrau aus einer Erbschaft. Die Eheleute transferierten ihre bisher getrennt angelegten Vermögenswerte von je rund EUR 2 Mio. im Jahre 2008 auf ein neu eröffnetes Konto einer ausländischen Sitzgesellschaft. Entsprechend deklarierte die Sitzgesellschaft mit Formular A, dass der Ehemann und die Ehefrau an den Vermögenswerten der neu eröffneten Geschäftsbeziehung wirtschaftlich berechtigt seien. Im Jahre 2013 ging bei der Bank mit Bezug auf das Konto der Sitzgesellschaft ein neues Formular A ein, in welchem die Vertragspartnerin erklärte, fortan sei der Ehemann der alleinige wirtschaftlich Berechtigte. Als Begründung gaben die Ehegatten an, sie hätten im Rahmen einer Reorganisation ihres Vermögens entschieden, dass sich der Ehemann um die bei der Bank angelegten Gelder kümmern wolle, währenddem die Ehefrau mehr an anderen Vermögenswerten interessiert sei. Die Bank akzeptierte die ihr mittels neuem Formular A mitgeteilte Änderung der wirtschaftlichen Berechtigung, ohne irgendwelche weiteren Erklärungen oder Unterlagen zu verlangen.

¹² Im vorliegenden Fall ging es um insgesamt 45 Zahlungseingänge und –ausgänge von jeweils fünf- bis siebenstelligen Dollarbeträgen (z.B. Gutschrift von USD 260'000.00 am 12. August und Belastung von USD 250'000.00 am 13. August). Damit bestanden hinreichende Verdachtsmomente dafür, dass es sich bei den betreffenden Zahlungseingängen und –ausgängen um Durchlauftransaktionen handelte. Die Bank war daher verpflichtet, nach Art. 6 VSB 08 vorzugehen. Dies gilt umso mehr, als im Zusammenhang mit diesen Transaktionen weitere ungewöhnliche Feststellungen gemacht wurden: So überstiegen die eingegangenen Zahlungen die gemäss Eintrag im Kundenprofil erwarteten Zahlungseingänge um ein Mehrfaches. Der Kunde hatte im Zusammenhang mit diesen Gutschriften und Belastungen zudem gegenüber der Bank den Wunsch geäussert, Auftraggeber und Empfänger der Zahlungen nicht zu nennen.

Die der Bank fünf Jahre nach der Aufnahme der Geschäftsbeziehung mitgeteilte Änderung der wirtschaftlichen Berechtigung am Konto der Sitzgesellschaft hätte klarerweise weitere Abklärungen verlangt. Denn ein Vorgehen nach Art. 6 VSB 08 ist nicht erst dann erforderlich, wenn Gewissheit darüber besteht, dass die abgegebene Erklärung über die wirtschaftliche Berechtigung nicht zutrifft. Es genügt vielmehr bereits der Verdacht, dass die Angaben des Vertragspartners nicht zutreffen könnten (vgl. auch Ziff. 2.4 oben). Vor dem Hintergrund des zur damaligen Zeit immer heftiger werdenden Steuerstreits mit den USA drängte es sich geradezu auf, dass der gegenüber der Bank mittels Formular A vom April 2013 erklärte Wechsel der wirtschaftlichen Berechtigung an der Sitzgesellschaft von der bisherigen gemeinsamen wirtschaftlichen Berechtigung des französischen Ehemannes und seiner amerikanischen Ehefrau zur alleinigen wirtschaftlichen Berechtigung des Ehemannes lediglich vorgeschoben war, um den US-Bezug der auf den Konten der Sitzgesellschaft angelegten Vermögenswerte zu verheimlichen. Damit bestand der starke Verdacht, dass die von der Vertragspartnerin im Formular A vom April 2013 gemachte Erklärung über die wirtschaftliche Berechtigung am Konto der Sitzgesellschaft nicht zutrifft.¹³

Die von den Kunden gemachte Erklärung, dass die Änderung der wirtschaftlichen Berechtigung am Konto der Sitzgesellschaft auf eine Reorganisation ihres Vermögens zurückzuführen sei, war vor diesem Hintergrund nicht geeignet, die bestehenden Zweifel an den Angaben im Formular A auszuräumen, zumal auch keinerlei Belege vorliegen, dass, weshalb und in welcher Form die Ehefrau die ursprünglich ihr gehörenden Vermögenswerte auf ihren Ehemann übertragen hätte. Indem die Bank das Formular A trotz des Fehlens von jeglichen schriftlichen Belegen über die angebliche Reorganisation des Vermögens akzeptierte, versties sie gegen die Wiederholungspflichten von Art. 6 VSB 08.¹⁴

¹³ Dafür, dass das französisch-amerikanische Ehepaar im Jahre 2013 versuchte, den US-Bezug der Vermögenswerte der Ehefrau zu verheimlichen, sprach sodann auch, dass parallel zur Änderung der wirtschaftlichen Berechtigung an der Sitzgesellschaft ein zu diesem Zeitpunkt noch bestehendes, auf die Ehefrau lautendes Konto aufgelöst und dessen Saldo auf ein neu eröffnetes Rubrikkonto des Ehemannes überwiesen wurde.

¹⁴ Eine verbotene aktive Beihilfe zu Steuerhinterziehung und ähnlichen Handlungen i.S.v. Art. 8 VSB 08 lag hingegen nicht vor, da die Bank in diesem Zusammenhang keine unvollständigen oder auf andere Weise irreführenden Bescheinigungen ausstellte.

E. PRÜF- UND VERFAHRENSBESTIMMUNGEN

1. Bemessung der Konventionalstrafe

1.1. Massgeblich für die Bestimmung der Konventionalstrafe ist zunächst die Schwere der Vertragsverletzung (Art. 64 Abs. 1 VSB 16). Ob die von der Bank begangene Standesregelverletzung als schwer zu beurteilen ist, ergibt sich nach konstanter Praxis der Aufsichtskommission daraus, ob die Bank grundlegende Bestimmungen der VSB oder lediglich weniger bedeutende Detail- oder Ausführungsbestimmungen verletzt hat. Sodann ist auch die Anzahl der zu sanktionierenden Vertragsverletzungen zu berücksichtigen.¹⁵

1.2. Für die Bemessung der Konventionalstrafe bei Verletzungen der Sorgfaltspflichtvereinbarungen ist unter anderem der Grad des Verschuldens massgeblich (Art. 64 Abs. 1 VSB 16). Unter dem Gesichtspunkt des Verschuldens ist im Wesentlichen zu berücksichtigen, ob vorsätzliche oder bloss fahrlässige Standesregelverletzungen zu sanktionieren sind. Abgestellt wird dabei auf das Verschulden der fehlbaren Mitarbeitenden, denn die Banken müssen sich das Verschulden ihrer Mitarbeitenden zurechnen lassen (Georg Friedli, Tätigkeitsbericht der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken 1995–1997, SZW 1998, S. 107).

Eine Bank hatte in diesem Zusammenhang geltend gemacht, sie habe mit Bezug auf den für die Standesregelverletzung verantwortlichen Kundenberater die cura in eligendo, die cura in instruendo und die cura in custodiendo erfüllt. Es sei der Bank im vorliegenden Fall vernünftigerweise unmöglich gewesen, das illegale, ausserhalb jeglicher Logik und jeglicher Vorhersehbarkeit liegende und auch strafrechtlich relevante Verhalten des (zwischenzeitlich fristlos entlassenen) Kundenberaters zu verhindern. Aus diesem Grund könne der Bank kein Vorsatz zur Last gelegt werden.

Die Aufsichtskommission bestätigte ihre konstante Praxis, wonach die Banken für jegliches Fehlverhalten ihrer Mitarbeitenden haften, und zwar selbst dann, wenn dieses Fehlverhalten besonders krass (und allenfalls sogar strafrechtlich relevant) ist (vgl. Georg Friedli, Übersicht über die Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken 1998–2001, SZW 2002, S. 182). Grundlage für diese Haftung ist die Zurechnungsnorm von Art. 101 des Bundesgesetzes betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (OR; SR 220), welche eine Haftung für Hilfspersonen (Gehilfen) vorsieht. Aus Art. 101 OR folgt, dass die Banken auch dann für das Verhalten ihrer Mitarbeitenden haften, wenn sie selber kein Verschulden trifft. Der Bank steht nicht etwa der Entlastungsbeweis offen, dass sie – angesichts der ausreichenden Sorgfalt bei der Auswahl, Instruktion und Überwachung der Mitarbeitenden – kein tatsächliches Verschulden treffe.

¹⁵ Massgeblich ist sodann auch die Höhe der involvierten Vermögenswerte. Der Umstand, dass unter den von den Standesregelverletzungen betroffenen Beziehungen erhebliche Gelder verbucht wurden, wirkt sich nach der Praxis der Aufsichtskommission strafverschärfend aus (Lit. C/Ziff. 2.2 der durch die Schweizerische Bankiervereinigung auf deren Portal unter Topics, Rubrik VSB, publizierten Leading Cases der Aufsichtskommission vom März 2018).

Somit ist der von der Bank erhobene Einwand – ihr könne hinsichtlich Auswahl, Instruktion und Überwachung des fehlbaren Kundenberaters kein Vorwurf gemacht werden – unerheblich. Denn die Bank hat sich das Verhalten des Kundenberaters in jedem Fall, und insbesondere auch unabhängig von einem eigenen Verschulden, anrechnen zu lassen.¹⁶

1.3. Die Aufsichtskommission hat bei der Bemessung der Konventionalstrafe sodann von anderen Instanzen in der gleichen Sache verhängte Massnahmen zu berücksichtigen (Art. 64 Abs. 1 VSB 16, Satz 2). Bei den „anderen Instanzen“ im Sinne Art. 64 Abs. 1 VSB 16 handelt es sich um zivil-, straf- oder verwaltungsrechtliche Gerichte oder Behörden, welche die Bank für das gleiche Fehlverhalten bereits sanktioniert haben.

Eine Bank hatte geltend gemacht, sie sei im Rahmen des amerikanischen DOJ-Programms wegen derselben Geschäftsbeziehung bereits mit einer Busse belegt worden. Ob unter den Begriff der „anderen Instanzen“ auch ausländische Justizbehörden wie das amerikanische Department of Justice (DOJ) fallen, konnte offen bleiben, denn die Akten enthielten keinerlei Belege dafür, dass die Bank tatsächlich eine Strafzahlung an das DOJ geleistet hatte (und wenn ja, in welcher Höhe). Wenn eine Bank geltend macht, die Aufsichtskommission habe im Rahmen der Bemessung der Konventionalstrafe eine von einer anderen Instanz in der gleichen Sache verhängte Massnahme in Rechnung zu ziehen, dann hat sie dies – beispielsweise durch Einreichung einer entsprechenden Verfügung oder eines entsprechenden Urteils – nachvollziehbar zu belegen. Unterlässt sie dies, können solche behaupteten (aber nicht bewiesenen) Massnahmen von der Aufsichtskommission von vornherein nicht berücksichtigt werden.

1.4. Die Aufsichtskommission bestätigte ihre Praxis, wonach eine von der FINMA verfügte Gewinneinziehung nicht als Massnahme einer „anderen Instanz“ im Sinne von Art. 64 Abs. 1 VSB 16 gilt und daher keine Auswirkungen auf die Höhe der Konventionalstrafe hat (vgl. Lit. B Ziff. 3 der durch die Schweizerische Bankiervereinigung auf deren Portal unter Topics, Rubrik VSB, publizierten Leading Cases der Aufsichtskommission vom Oktober 2018). Erst recht keinen Einfluss auf die Bemessung der Konventionalstrafe haben die der Bank von der FINMA im Enforcementverfahren auferlegten Verfahrenskosten.

1.5. Entsprechend haben auch die der Bank durch die Beauftragung der Prüfgesellschaft, welche einen speziellen Prüfbericht über die Gegenstand des VSB-Verfahrens bildenden Geschäftsbeziehungen erstellt hatte, entstandenen Kosten keinen Einfluss auf die Bemessung der Konventionalstrafe. Es handelt sich dabei offensichtlich nicht um von einer „anderen Instanz in der gleichen Sache verhängte Massnahme“.

¹⁶ Die Aufsichtskommission ging bei der Bemessung der Konventionalstrafe unter dem Gesichtspunkt des Verschuldens im vorliegenden Fall daher von einer vorsätzlichen Verletzung der Standesregeln aus, da der verantwortliche Kundenberater wissentlich und willentlich gegen die VSB verstossen hatte.

1.6. Bei der Bemessung der Konventionalstrafe ist neben anderen Kriterien auch der Vermögenslage der Bank Rechnung zu tragen (Art. 64 Abs. 1 VSB 16). Die Aufsichtskommission berücksichtigt dabei in jahrelanger Praxis die sich aus der Jahresrechnung ergebenden Angaben über Bilanz, Gewinn bzw. Verlust sowie Eigenkapital der Bank (Georg Friedli/Dominik Eichenberger, Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken 2005–2010, SZW 1/2011, S. 59, Georg Friedli/Dominik Eichenberger, Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken für die Jahre 2011 bis 2016, SZW 5/2017, S. 700, r75). Massgebend für die Bestimmung der Konventionalstrafe ist die Vermögenslage zum Zeitpunkt des Entscheids der Aufsichtskommission (Georg Friedli/Dominik Eichenberger, Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken für die Jahre 2011 bis 2016, SZW 5/2017, S. 700, r74). Dabei ist aber nicht isoliert auf die letzten Kennzahlen abzustellen. Es sind vielmehr auch diejenigen der Vorjahre mit zu berücksichtigen. Massgebend sind somit die Durchschnittswerte aus den jüngsten Perioden.

1.7. Strafmildernd wirkt sich aus, dass die Bank auf die Einrede der Verjährung verzichtet hat.¹⁷

2. Kostentragung

2.1. Eine Bank hatte die ihr vom Untersuchungsbeauftragten vorgeworfenen Standesregelverletzungen teilweise bestritten und daher die Aussprechung einer gegenüber dem Antrag des Untersuchungsbeauftragten reduzierten Konventionalstrafe beantragt. Entsprechend seien auch die der Bank aufzuerlegenden Kosten anteilmässig zu reduzieren. Die Aufsichtskommission stellte in der Folge in einzelnen Fällen abweichend vom Antrag des Untersuchungsbeauftragten keine Standesregelverletzungen fest, die sanktioniert werden konnten. Entgegen der Auffassung der Bank war dies jedoch kein Grund, ihr nur einen Teil der entstandenen Kosten aufzuerlegen. Denn gemäss Art. 7 Abs. 3 des Verfahrensreglements können der Bank selbst im Falle einer Einstellung des Verfahrens die ganzen Kosten auferlegt werden. Erst recht sind der Bank daher die gesamten Untersuchungs- und Verfahrenskosten aufzuerlegen, wenn sie – wie im vorliegenden Fall – wegen zahlreichen Standesregelverletzungen zur Leistung einer Konventionalstrafe verurteilt wird.

2.2. Gemäss Art. 7 Abs. 3 des Verfahrensreglements können der Bank auch im Falle der Einstellung des Verfahrens die Verfahrenskosten (ganz oder teilweise) auferlegt werden. Die Auferlegung der Kosten an die Bank setzt nicht voraus, dass die Bank diese Kosten verursacht hat. Es genügt, wenn die durchgeführten Ermittlungen nicht als von vornherein ungerechtfertigt erscheinen.

¹⁷ Ein Verzicht auf die Einrede der Verjährung ist ohne Weiteres zulässig (vgl. Ziff. 4.1 unten).

3. Begründung

3.1. Einstellungsbeschlüsse werden in der Regel zwar nicht begründet (Art. 7 Abs. 4 des Verfahrensreglements). Es ist aber ohne Weiteres zulässig und mitunter sogar angezeigt, auch Einstellungsbeschlüsse zu begründen, dies insbesondere dann, wenn sich im Rahmen des Einstellungsbeschlusses grundsätzliche Fragen stellen und/oder der Untersuchungsbeauftragte und die Bank unterschiedliche Anträge zum Ausgang des Verfahrens gestellt haben.¹⁸

4. Verjährung

4.1. Gemäss der Verjährungsvorschrift von Art. 65 VSB 16 werden Verletzungen der Standesregeln nicht mehr verfolgt, wenn sie mehr als fünf Jahre zurückliegen. Gewahrt wird die Frist durch die Anhebung der Ermittlungen des Untersuchungsbeauftragten.

Den Banken steht es selbstverständlich frei, in einem Verfahren vor der Aufsichtskommission auf die Einrede der Verjährung gemäss Art. 65 VSB 16 zu verzichten.¹⁹

Bern, Juli 2019

Dominik Eichenberger, Rechtsanwalt
Sekretär der Aufsichtskommission VSB

X1375072.docx

¹⁸ Im betreffenden Entscheid hatte sich die Aufsichtskommission mit grundsätzlichen Fragen zum Geltungsbereich der Standesregeln zu befassen (es handelte sich um den in Lit. C Ziff. 2 oben geschilderten Fall), weshalb es angezeigt war, den Einstellungsbeschluss ausnahmsweise zu begründen.

¹⁹ Im vorliegenden Fall hatte die FINMA eine eigene Untersuchung gegen die Bank geführt, in deren Verlauf sie sich mit der Bank darauf einigte, dass die Verjährungsfrist ab einem neueren Datum zu berechnen sei als ab dem, das sich aus der Anwendung der VSB ergeben würde. Damit war der fragliche Verstoß aus Sicht der FINMA nicht verjährt. Entsprechend erklärte die Bank im VSB-Verfahren gegenüber der Aufsichtskommission, sie wolle sich ihrer Verantwortung stellen und verzichte daher darauf, sich auf die eingetretene Verjährung zu berufen. Die von der Bank begangene, grundsätzlich verjäherte Standesregelverletzung wurde von der Aufsichtskommission aus diesem Grund sanktioniert, wobei der Verzicht auf die Verjährungseinrede allerdings strafmildernd berücksichtigt wurde (vgl. Ziff. 1.7 oben).