

# AUFSICHTSKOMMISSION VSB

(Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken)

## Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken

(1. Januar bis 30. Juni 2020)

### A. VORBEMERKUNGEN

Gemäss Art. 66 Abs. 5 VSB 20 orientiert die Aufsichtskommission – unter Wahrung des Bank- und Geschäftsgeheimnisses – die Banken und die Öffentlichkeit periodisch über ihre Entscheidpraxis. Gestützt auf diese Bestimmung<sup>1</sup> 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.<sup>2</sup>

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.<sup>3</sup> Mit der vorliegenden Orientierung informiert die Aufsichtskommission über die neuesten, in der Zeit vom 1. Januar bis 30. Juni 2020 ergangenen „Leading Cases“.

Aufgrund der Covid-19-Pandemie („Corona-Krise“) konnte die Aufsichtskommission im ersten Halbjahr 2020 lediglich eine einzige Sitzung durchführen. Die Anzahl der zur Publikation angezeigten „Leading Cases“ ist daher entsprechend tiefer als üblich.

---

<sup>1</sup> Bzw. gestützt auf die analogen Bestimmungen in den früheren Fassungen der VSB.

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> Zuletzt wurden mit Zirkular Nr. 8025 der SBVg vom 3. April 2020 die in der Zeit vom 1. Juli bis 31. Dezember 2019 ergangenen „Leading Cases“ der Aufsichtskommission bekannt gemacht.

## B. ÜBERGANGSRECHT

Am 1. Januar 2020 trat die revidierte Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken vom 13. Juni 2018 (VSB 20) in Kraft.<sup>4</sup>

Gemäss der Übergangsbestimmung von Art. 70 Abs. 2 VSB 20 finden die Vorschriften der VSB 20 Anwendung auf Geschäftsbeziehungen, die nach dem 1. Januar 2020 aufgenommen werden. Bei bestehenden Geschäftsbeziehungen kommt die VSB 20 dann zur Anwendung, wenn nach dem 1. Januar 2020 eine Wiederholung der Sorgfaltspflichten gemäss Art. 46 erfolgt. Die VSB 20 kennt – dies im Unterschied zu den früheren Versionen der Sorgfaltspflichtvereinbarung<sup>5</sup> – keine „lex mitior“-Regel mehr, wonach auf bestehende Geschäftsbeziehungen die neuen Regeln der jeweils aktuellen VSB Anwendung finden, sofern sie günstiger sind. Verletzungen von früheren Fassungen der VSB werden gemäss Art. 70 Abs. 3 VSB 20 allerdings gemäss den Verfahrensbestimmungen und den Verjährungsvorschriften der VSB 20 beurteilt. Art. 70 Abs. 3 VSB 20 bezieht sich somit auf die Prüf- und Verfahrensbestimmungen des 8. Kapitels der VSB 20, zu denen insbesondere die Bestimmungen über die Bagatellfälle (Art. 63 VSB 20) und die Verjährung (Art. 65 VSB 20) gehören.

Seit dem 1. Januar 2020 werden Verstösse gegen die früheren Versionen der VSB somit materiell weiterhin nach den Bestimmungen der damals anwendbaren Standesregeln,<sup>6</sup> aber in Anwendung der Prüf- und Verfahrensvorschriften von Art. 58–68 VSB 20 beurteilt und gegebenenfalls sanktioniert.

## C. PFLICHT ZUR FESTSTELLUNG DER KONTROLLINHABER

Die Banken sind gemäss Art. 20 VSB 16 verpflichtet, bei operativ tätigen juristischen Personen oder Personengesellschaften die Kontrollinhaber festzustellen. Eine Pflicht zur Feststellung der Kontrollinhaber besteht immer dann, wenn keine der im zweiten Abschnitt des dritten Kapitels der VSB 16 (Art. 22–26 VSB 16) geregelten Ausnahmen von der Feststellungspflicht zur Anwendung kommt. Eine solche Ausnahme besteht gemäss Art. 24 VSB 16 beispielsweise für „Banken und andere Finanzintermediäre als Vertragspartner“ (so die Marginalie von Art. 24 VSB 16).

Eine Bank war davon ausgegangen, dass Art. 24 Abs. 1 VSB 16 generell auf Finanzintermediäre i.S.v. Art. 2 des Bundesgesetzes vom 10. Oktober 1997 über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung (Geldwäschereigesetz, GwG; SR 955.0) anwendbar sei, weshalb sie bei sämtlichen Geschäftsbeziehungen mit Finanzintermediären auf das Einholen eines Formulars K verzichtete.

---

<sup>4</sup> Vgl. zur VSB 20 auch bereits Bst. B der durch die Schweizerische Bankiervereinigung auf deren Portal unter Topics, Rubrik VSB, publizierten Leading Cases der Aufsichtskommission für die Zeit vom 1. Juli 2019 bis am 31. Dezember 2019.

<sup>5</sup> Vgl. z.B. Art. 70 Abs. 3 VSB 16 und Art. 15 Abs. 2 VSB 08.

<sup>6</sup> D.h. nach den Bestimmungen der VSB 16, allenfalls der VSB 08.

Die Aufsichtskommission hatte daher zu entscheiden, wie der Begriff der „anderen Finanzintermediäre“ i.S.v. Art. 24 Abs. 1 VSB 16 zu verstehen ist. Gestützt auf den Wortlaut<sup>7</sup>, die Entstehungsgeschichte<sup>8</sup>, den Kommentar zur VSB<sup>9</sup>, die Literatur<sup>10</sup> und ihre Praxis zum Begriff des Finanzintermediärs im Zusammenhang mit der Pflicht zur Feststellung der wirtschaftlichen Berechtigung unter der VSB 03<sup>11</sup> kam die Aufsichtskommission zum Schluss, dass als „andere Finanzintermediäre“ im Sinne von Art. 24 Abs. 1 VSB 16 (nur) die spezialgesetzlich beaufsichtigten Finanzintermediäre i.S.v. Art. 2 Abs. 2 GwG sowie die steuerbefreiten Einrichtungen der beruflichen Vorsorge i.S.v. Art. 2 Abs. 4 lit. b GwG gelten, und nicht sämtliche Finanzintermediäre i.S.v. Art. 2 GwG. Der Begriff des „anderen Finanzintermediärs“ i.S.v. Art. 24 Abs. 1 VSB 16 ist damit identisch mit dem Begriff des „anderen Finanzintermediärs“ i.S.v. Art. 33 Abs. 1 VSB 16.

<sup>7</sup> Die Marginalie von Art. 24 VSB 16 spricht zwar unspezifisch von „anderen Finanzintermediären“. Art. 24 Abs. 1 VSB 16 umschreibt dann aber konkret, was unter „anderen Finanzintermediären“ im Sinne dieser Ausnahmebestimmung zu verstehen ist, nämlich Effektenhändler, Fondsleitungen, Lebensversicherungsgesellschaften, KAG-Investmentgesellschaften und KAG-Vermögensverwalter sowie steuerbefreite Einrichtungen der beruflichen Vorsorge (mit Sitz in der Schweiz). Der Wortlaut enthält keine Hinweise dafür, dass neben den in Art. 24 Abs. 1 VSB 16 explizit genannten Anwendungsfällen noch weitere Institute als „andere Finanzintermediäre“ im Sinne dieser Bestimmung zu betrachten wären.

<sup>8</sup> Der in Art. 24 VSB 16 verwendete Begriff der „anderen Finanzintermediäre“ ist nicht neu: Schon die VSB 98 verwendete den Begriff der „anderen Finanzintermediäre“ im Zusammenhang mit einer Ausnahme von den in der VSB statuierten Feststellungspflichten (vgl. Ziff. 30 Abs. 2 Ausführungsbestimmungen zu Art. 3 VSB 98, wonach „andere Finanzintermediäre mit Sitz, bzw. Wohnsitz in der Schweiz“ keine Erklärung über die wirtschaftliche Berechtigung abgeben müssen). Seit seiner erstmaligen Verwendung in der VSB 98 ist der Begriff des „anderen Finanzintermediärs“ zwar immer wieder anders umschrieben worden (vgl. Ziff. 34 Abs. 3 Ausführungsbestimmungen zu Art. 3 VSB 03, Ziff. 34 Abs. 3 Ausführungsbestimmungen zu Art. 3 VSB 08 sowie Art. 24 Abs. 1 und Art. 33 Abs. 1 VSB 16); materiell hat sich am Begriff des „anderen Finanzintermediärs“ hingegen trotz der wechselnden Umschreibung erklärermassen nie etwas geändert.

<sup>9</sup> Als „andere Finanzintermediäre“ gelten gemäss Kommentar zur Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken (VSB 16) die Finanzintermediäre i.S.v. Art. 2 Abs. 2 und Art. 2 Abs. 4 lit. b GwG (vgl. Kommentar zu Art. 33 VSB 16).

<sup>10</sup> Gemäss Heim (Heim, Praxiskommentar zur Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2016, Anmerkung 3 zu Art. 24 Abs. 1 VSB 16) definiert die VSB abschliessend, welche Institute unter die Ausnahmebestimmung von Art. 24 Abs. 1 VSB 16 fallen (ebenso Heim/Wettstein, Praxiskommentar zur Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken, 4. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2019, Anmerkung 3 zu Art. 24 Abs. 1 VSB 20).

<sup>11</sup> Die Aufsichtskommission hatte bereits unter der VSB 03 entschieden, dass sich an der Pflicht zur Feststellung der wirtschaftlichen Berechtigung nichts ändert, wenn der Kunde einer Selbstregulierungsorganisation (SRO) angeschlossen ist: Der betreffende Kunde war zwar Mitglied einer SRO; es handelte sich beim Kunden deswegengen aber nicht um einen „anderen Finanzintermediär“ im Sinne von Ziff. 34 Abs. 2 und 3 Ausführungsbestimmungen zu Art. 3 VSB 2003 bzw. Art. 2 Abs. 2 GwG (vgl. Georg Friedli, Ziff. V/2.3.8 des durch die Schweizerische Bankiervereinigung auf deren Portal unter „Topics“ publizierten Tätigkeitsberichts 2005–2010).

## D. BEMESSUNG DER KONVENTIONALSTRAFE

Eine Bank hatte mit Bezug auf die Bemessung der Konventionalstrafe geltend gemacht, es sei strafmildernd zu berücksichtigen, dass sie die festgestellte Standesregelverletzung zum Anlass genommen habe, sämtliche ähnlich gelagerten Geschäftsbeziehungen umgehend kritisch zu analysieren und zu kontrollieren. Anlässlich dieser Analyse sei bei weiteren Geschäftsbeziehungen derselbe Mangel festgestellt worden. Die Bank habe bei all diesen Geschäftsbeziehungen die festgestellten Mängel unverzüglich behoben. Zudem habe sie die begangenen VSB-Verstösse ausdrücklich anerkannt und den Sachverhalt der Aufsichtskommission VSB selber zur Anzeige gebracht.

Damit wandte sich die Bank gegen eine langjährige, auf ein Schiedsgerichtsurteil zurückgehende Praxis.<sup>12</sup>

Nach eingehender Prüfung der von der Bank vorgebrachten Argumente kam die Aufsichtskommission zum Ergebnis, dass es ernsthafte und sachliche Gründe gibt, die aktuelle, auf das Schiedsurteil vom 14. September 2009 zurückgehende Rechtsprechung der Aufsichtskommission teilweise zu revidieren. Nach Ansicht der Aufsichtskommission ist es durchaus angebracht, eine Strafmilderung vorzunehmen, wenn eine Bank – wie im vorliegenden Fall – eine (echte) Selbstanzeige<sup>13</sup> einreicht, ausdrücklich eingesteht, die Standesregeln verletzt zu haben und die festgestellten Verstösse behoben bzw. Massnahmen getroffen hat, damit sich solche Verstösse nicht mehr ereignen können. All diese Verhaltensweisen zeigen nämlich, dass die Bank die Einhaltung der Standesregeln ernst nimmt und die Bedeutung eines VSB-Verfahrens anerkennt. Es erscheint gerechtfertigt, dass ein solches Verhalten milder bestraft wird, als wenn sich eine Bank beispielsweise geweigert hat, sich selber anzuzeigen, oder wenn sie sich im Verfahren vor der Aufsichtskommission trotz offensichtlicher Verletzungen der VSB auf den Standpunkt stellt, die Standesregeln eingehalten zu haben.

Wie das Schiedsgericht in seinem Urteil vom 14. September 2009 aber zu Recht erkannt hatte, ist die Behebung von festgestellten Unregelmässigkeiten eine allgemeine bankenrechtliche Pflicht. Dass eine Bank festgestellte Standesregelverletzungen der Aufsichtskommission zur Anzeige bringt und sich im Verfahren vor der Aufsichtskommission kooperativ verhält, sollte grundsätzlich ebenfalls keine besonders lobenswerte Ausnahme sein, sondern vielmehr eine Selbstverständlichkeit darstellen, haben sich die Banken mit der Unterzeichnung der Standesregeln doch ganz bewusst den Prüf- und Verfahrensbestimmungen der VSB unterworfen (vgl. Art. 58 VSB 20).

<sup>12</sup> Gemäss Schiedsurteil vom 14. September 2009 wirkt es sich nicht strafmildernd aus, wenn sich eine Bank bemüht hat, die vorhandenen Mängel zu beheben. Die Behebung von festgestellten Unregelmässigkeiten ist laut dem Schiedsgericht vielmehr eine allgemeine bankenrechtliche Pflicht und somit keine löbliche Ausnahme, welche positiv zu würdigen wäre. Entsprechend ist auch der Umstand, dass eine Bank die festgestellten Mängel selber zur Anzeige gebracht und das Vorliegen einer Standesregelverletzung auch ausdrücklich anerkannt hat, nicht strafmildernd berücksichtigt worden (vgl. zum Ganzen Georg Friedli/Dominik Eichenberger, Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken 2005–2010, SZW 1/2011, S. 60).

<sup>13</sup> Von einer „echten“ Selbstanzeige kann nach der Praxis der Aufsichtskommission nur dann gesprochen werden, wenn eine Bank spontan, d.h. von selbst und ohne äusseren Einfluss Anzeige erstattet. Keine echte Selbstanzeige liegt demgegenüber insbesondere dann vor, wenn die Anzeige einer Bank auf eine entsprechende Aufforderung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht (FINMA) zurückzuführen ist (vgl. dazu Georg Friedli, Die Sorgfaltspflichtvereinbarung vom 1. Juli 1987, Wirtschaft und Recht, Jg. 42, 1990, S. 128).

Daraus folgt, dass nur ein besonders vorbildliches Verhalten der Bank strafmildernd zu berücksichtigen ist. Eine Strafmilderung aufgrund des Verhaltens der Bank nach einem Verstoß gegen die Standesregeln soll mithin nicht leichthin gewährt werden. Es braucht besondere Anstrengungen der Bank.<sup>14</sup>

Bern, September 2020

Dominik Eichenberger, Rechtsanwalt

Sekretär der Aufsichtskommission VSB

X1466686.docx

---

<sup>14</sup> Im vorliegenden Fall hat die Bank in geradezu vorbildlicher Art und Weise zunächst abgeklärt, ob der bei einer Geschäftsbeziehung festgestellte Mangel auch bei anderen gleichartigen Geschäftsbeziehungen besteht, anschliessend die festgestellten Mängel umgehend behoben und schliesslich die begangenen Standesregelverletzungen im Rahmen einer „echten“ Selbstanzeige der Aufsichtskommission zur Anzeige gebracht. Dieses von der Bank nach den begangenen Standesregelverletzungen an den Tag gelegte Verhalten wurde von der Aufsichtskommission als erheblich strafmildernd berücksichtigt.