

Teil I: Praxis der Eidgenössischen Bankenkommission und der Aufsichtskommission

I Relevante Auszüge aus EBK-Bulletins

EBK-Bulletin 45, S. 111 ff.: Verletzung der Sorgfaltspflicht durch eine Zweigniederlassung einer ausländischen Bank in Bezug auf die Kreditfähigkeit und die Gewähr einer einwandfreien Geschäftstätigkeit (Art. 3 Abs. 2 Buchstabe c BankG und Art. 9 BankV)

Verfügung der Eidg. Bankenkommission vom 28. Mai 2003 i.S. Bank X, Zweigniederlassung Lausanne und Generaldirektor A

1. Die ausländischen Banken müssen insbesondere die Vorschriften der Bankenverordnung einhalten (Art. 3 Abs. 1 ABV; SR 952.111). Die Bank muss unter anderem die Kreditrisiken bestimmen, beschränken und kontrollieren und alle nötigen Dokumente für Entscheide und die Überwachung bereithalten (Erw. 2).
2. Die in der VSB enthaltenen Sorgfaltspflichten gelten, sobald eine Bank eine Geschäftsbeziehung mit einem Kunden eingeht, und zwar auch bei Kreditgeschäften (Erw. 3).
3. Auch wenn die Delegation einzelner Obliegenheiten durch die Schweizer Zweigniederlassung an den Hauptsitz einer ausländischen Bank möglich ist, muss die Zweigniederlassung in der Schweiz über die gesamte Dokumentation in ihren Dossiers verfügen, die auch für die internen und externen Revisoren der Zweigniederlassung zugänglich sein muss (Erw. 4).
4. Im Falle einer Delegation muss sich die Zweigniederlassung in der Schweiz versichern, dass der Hauptsitz die gleiche Sorgfalt wie sie in ihren Geschäften anwendet und dass die schweizerischen Standards eingehalten werden. Sie muss dem Hauptsitz die nötigen Anweisungen geben und die Möglichkeit behalten, die durchgeführten Abklärungen zu überwachen. Die Zweigniederlassung muss selbst die Plausibilität der Informationen überprüfen, welche sie vom Hauptsitz erhält. Die schlussendliche Verantwortung für die Durchführung der Abklärungen trägt sie (Erw. 4).

EBK-Bulletin 47, S. 21 ff.: Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit (Art. 3 Abs. 2 Bst. c BankG); internationale Amtshilfe; Übermittlung von falschen Informationen an die EBK; angemessene Organisation (Art. 3 Abs. 2 Bst. a BankG, Art. 9 Abs. 1 BankV); Auskunftspflicht (Art. 23^{bis} Abs. 2 BankG); Sorgfaltspflichten (Art. 5 und 6 GwG, Rz 23 EBK-RS 98/1)

Verfügung der Eidg. Bankenkommission vom 24. November 2004 i.S. Bank X

1. Nach Art. 3 Abs. 2 Bst. c BankG müssen die mit der Verwaltung und Geschäftsführung der Bank betrauten Personen einen guten Ruf geniessen und Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten. Diese Personen müssen nicht nur fachlich kompetent sein, sondern sich auch im Geschäftsverkehr korrekt verhalten (Ziff. 57).
2. Die Bank, die sich nicht um eine wirksame betriebsinterne Funktionentrennung zwischen Handel, Vermögensverwaltung und Abwicklung nach Art. 9 Abs. 1 BankV sorgt, verletzt die Bedingung der Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit im Sinne

von Art. 3 Abs. 2 Bst. c BankG. Eine Bank mit einer Effektenhändlerbewilligung im Sinne des BEHG muss über eine Organisation verfügen, welche es ihr erlaubt, die Pflichten einzuhalten, die sich aus ihrer Händlertätigkeit ergeben, insbesondere die Pflichten gegenüber den Kunden im Sinne von Art. 11 BEHG (Ziff. 59, 66 f.).

3. Bei Aufnahme und Weiterführung einer Geschäftsbeziehung müssen die Banken dauernd die verschiedenen Sorgfaltspflichten im Rahmen der Bekämpfung der Geldwäscherei einhalten (Ziff. 60, 62 f.).

EBK-Bulletin 49, S. 36 ff: Beschwerdelegitimation (Art. 103 Bst. a OG); rechtliches Gehör (Art. 29, 30 und 32 VwVG); Unbefangenheit der Behörde (Art. 10 VwVG); räumlicher Geltungsbereich des Geldwäschereigesetzes (Art. 2 GwG); konsolidierte Aufsicht über Schweizer Bankgruppen (Art. 3 f und 4^{quinquies} BankG); Sorgfaltspflicht für Geschäftsbeziehungen mit erhöhten Risiken für Banken (Art. 17 ff. GwV-EBK)

Entscheid der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom 9. Februar 2006 (2A.91/2005)

1. Beschwerdelegitimation einer ausländischen Tochterbank gegen Anordnungen der Eidg. Bankenkommission gegenüber deren Schweizer Mutterbank (Erw. 2.2.2).
2. Rechtliches Gehör: kein Anspruch auf vorgängige Kenntnis der rechtlichen Würdigung des Sachverhalts vor Erlass einer Verfügung, deren rechtlicher Gegenstand bekannt ist (Erw. 3.2.1).
3. Rechtliches Gehör: die Bankenkommission darf sich als Kollegialbehörde ihre Meinung aufgrund eines Verfügungsentwurfs des Sekretariats bilden (Erw. 3.2.3).
4. Rechtliches Gehör bei einem Einbezug der ausländischen Tochterbank in das Verfahren gegen die schweizerische Mutterbank (Erw. 3.2.5).
5. Räumlicher Geltungsbereich des Geldwäschereigesetzes: Kriterien, die dazu führen können, dass Geschäftsbeziehungen, welche bei der Tochterbank im Ausland verbucht sind, als solche der Mutterbank in der Schweiz gelten (Erw. 5).
6. Konsolidierte Aufsicht über Bankgruppen: Zuständigkeit der Eidg. Bankenkommission für die Beurteilung der im Ausland geführten Kontobeziehungen aufgrund der von ihr ausübenden konsolidierten Aufsicht über die von der Schweiz aus geführte Bankengruppe (Erw. 6).
7. Geschäftsbeziehungen mit erhöhten Risiken: Umfang der Sorgfaltspflichten (Erw. 7).

EBK-Bulletin 50, S. 73 ff.: Sorgfaltspflichten im Bereich der Geldwäscherei; Identifikation von Geschäftsbeziehungen und Transaktionen mit erhöhten Risiken und Dokumentationspflicht (Art. 17 und 18 GwV EBK); Zeitpunkt zusätzlicher Abklärungen (Art. 20 GwV EBK)

Entscheid der Eidg. Bankenkommission vom 22. Mai 2007

1. Die Abklärung ungewöhnlicher Transaktionen mehr als 60 Tage nach deren Feststellung durch das Transaktionsüberwachungssystem ist mit der Pflicht gemäss Art. 20 GwV EBK, zusätzliche Abklärungen unverzüglich einzuleiten und so rasch als möglich durchzuführen, nicht vereinbar (Ziff. 48).

2. Wenn die Verwendung der einbezahlten Gelder in für die Bank erkennbarer Weise nicht mit dem bei der Eröffnung angegebenen Zweck der Kundenbeziehung übereinstimmt, muss die Bank diese Diskrepanz abklären und gegebenenfalls das Vorliegen einer Meldepflicht prüfen (Ziff. 49).
3. Plausibilitätsprüfung der von der Bank erhaltenen Informationen (Ziff. 58).

II Übersicht über die Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken 2001–2005

Die Aufsichtskommission ist der Auffassung, dass es zu den elementaren Sorgfaltspflichten einer Bank gehört, sich über die publizierte Praxis der Aufsichtskommission auf dem Laufenden zu halten und dafür zu sorgen, dass sie dieser Praxis nicht widerspricht. Es gilt als grobfahrlässig, wenn eine Bank eine Standesregelverletzung begeht, die von der Aufsichtskommission bereits in einem Entscheid publiziert worden ist. Es ist daher unerlässlich, sich über die Praxis der Aufsichtskommission zu vergewissern.

Die Tätigkeitsberichte der Aufsichtskommission, welche die Praxis zu den einzelnen alten Versionen der VSB wiedergeben, sind abrufbar unter:

<http://www.swissbanking.org/home/dossier-geldwaescherei.htm>

III Leading Cases der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken Januar 2007 und Oktober 2008

Die Leading Cases der Aufsichtskommission werden nachfolgend dargelegt, soweit sie von allgemeiner Natur sind und daher auch für die Auslegung der neuen VSB 08 relevant sind.

Sicherstellungspflicht¹

Die Aufsichtskommission hat ihre Praxis² bestätigt, wonach es Bestandteil der Sicherstellungspflicht bildet, den Zeitpunkt des Eingangs eines Identifikationsdokumentes aktenkundig zu machen. In welcher Form der Eingang der Identifikationsdokumente vermerkt werden muss, hängt von der Organisationsstruktur und der verfügbaren technischen Mittel der Banken ab. Es ist jedenfalls sicherzustellen, dass die interne und externe Revision das Datum des Eingangs kontrollieren können.

Mit der Revision der VSB wurde klargestellt, dass die Sicherstellungspflicht dann erfüllt ist, wenn die Verfügbarkeit des Identifikationsdokuments im entsprechenden System der Bank (physische oder elektronische Ablage) nachvollziehbar festgehalten wird. Nachvollziehbarkeit ist dann gegeben, wenn die interne und externe Revision feststellen können, ab welchem Zeitpunkt das Dokument im Bankensystem verfügbar war.

Es stellt grundsätzlich eine Verletzung der Sicherstellungspflicht dar, wenn die Bank erst im Verfahren vor der Aufsichtskommission die erforderlichen Auskünfte erteilen und die

¹ Ziffer 23 Ausführungsbestimmungen zu Art. 2 VSB 03.

² Friedli, Tätigkeitsbericht der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken 2001–2005, Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2005, S. 246.

notwendigen Dokumente vorweisen kann. Dies gilt jedoch dann nicht, wenn die Unterlassung nicht auf die fehlende Verfügbarkeit der Unterlagen schliessen lässt. Im konkreten Fall hat die Bank erst vom Untersuchungsbeauftragten Kenntnis vom Vorwurf einer Standesregelverletzung erhalten und daher erst vor der Aufsichtsbehörde die notwendigen Unterlagen eingereicht.

Identifikation des Vertragspartners³

Bei einem Kassageschäft i.S.v. Art. 2 Abs. 2 VSB 03 kann die Anwendung der Ausnahmeregel von Ziff. 24 Ausführungsbestimmungen zu Art. 2 VSB 03 nicht zur Anwendung gelangen.

Die Aufsichtskommission hat überdies festgehalten, dass es für das Vorliegen einer Korrespondenzeröffnung genügt, wenn es zu keiner persönlichen Begegnung zwischen der Bank und dem Vertragspartner kommt. Eine eigentliche Korrespondenz im Sinne eines Briefverkehrs zwischen Bank und Vertragspartner ist nicht erforderlich.

Als geeignetes Identifikationsdokument gilt auch das Duplikat eines Führerausweises, wenn dieses von der zuständigen Behörde ausgestellt worden ist.

Im Zusammenhang mit der Eröffnung eines Kontos lautend auf den Namen eines Minderjährigen durch eine mündige dritte Person i.S.v. Ziff. 18 lit. a Ausführungsbestimmungen zu Art. 2 VSB 03 führte die Aufsichtskommission aus, dass die Bank nicht verpflichtet sei, einen bereits identifizierten Kunden erneut zu identifizieren, wenn er für einen Minderjährigen ein auf dessen Namen lautendes Konto eröffnet.

In einem weiteren Fall hatte die Aufsichtskommission zu entscheiden, ob die Identifikation eines Vereins anhand von nicht unterschriebenen Statuten gültig sei. Da es aus zivilrechtlicher Sicht für die Entstehung eines Vereins keine Rolle spielt, ob die Statuten unterzeichnet sind, genügt die Prüfung der Identität eines Vereins anhand seiner nicht unterzeichneten Statuten den Standesregeln.

In einem ähnlich gelagerten Fall stellte die Aufsichtskommission fest, dass die Bank auch bei der Aufnahme einer Geschäftsbeziehung mit einem Verein Abklärungen darüber zu treffen hat, ob die Verhandlungspartner tatsächlich berechtigt sind, den Verein zu vertreten.

Ein bestehender Kunde, welcher weitere Konten eröffnet, muss nicht erneut identifiziert werden. Voraussetzung dafür ist allerdings, dass die Erstidentifikation nach den Regeln der damals gültigen Sorgfaltpflichtvereinbarung vorgenommen worden ist. Die Aufsichtskommission hatte die Eröffnung eines neuen Kontos zugunsten eines bestehenden Kunden zu beurteilen. Dieser war der Bank bei der Aufnahme der Geschäftsbeziehung persönlich bekannt gewesen (gültige Identifizierung der bei Aufnahme der Geschäftsbeziehung geltenden Bestimmungen). Die Aufsichtskommission erachtete es als genügend, wenn der Kunde dem für die Erstidentifikation zuständigen Bankmitarbeiter persönlich bekannt war. Nicht verlangt wird, dass der Bankmitarbeiter, welcher zu einem späteren Zeitpunkt ein Konto eröffnet, den Kunden ebenfalls persönlich kennt.

³ Art. 2 VSB 03.

Bareinzahlungen oder Barbezüge in Verbindung mit Konten/Heften bei einer anderen Bank sind Kassageschäfte i. S.v. Art. 2 Abs. 2 VSB 03. Dies gilt auch dann, wenn die andere Bank die Muttergesellschaft ist. Denn dies ändert nichts daran, dass es sich um zwei rechtlich selbständige und voneinander unabhängige Banken handelt. Die Ausnahmeregelung von Ziffer 7 Ausführungsbestimmungen zu Art. 2 VSB 03 bezieht sich nur auf Konten/Hefte, welche bei der Bank selbst bestehen.

Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten⁴

Die Aufsichtskommission hat ihre Praxis betreffend die Angabe des Ausstellungsorts auf dem Formular A präzisiert. Es kann darauf verzichtet werden, wenn aus den Akten eindeutig hervorgeht, ob der Kunde persönlich vorsprach oder nur mit der Bank korrespondierte. Mit der Revision der VSB wurde das Erfordernis der Ortsangabe auf dem Formular A gestrichen.

Es besteht keine Pflicht, ein Originalexemplar des Formulars A aufzubewahren. Es genügt, wenn im Kundendossier eine Kopie des Formulars A vorhanden ist.

Die Aufsichtskommission hat entschieden, dass die Tätigkeit eines Bankkunden als Treuhänder eine ungewöhnliche Feststellung i. S.v. Ziffer 25 Ausführungsbestimmungen zu Art. 3 VSB 03 darstellt. Ein Zweifelsfall liegt auch dann vor, wenn es für die Bank nicht aufgrund der verwendeten Firmenbezeichnung, sondern aus anderen Gründen erkennbar ist, dass der Kunde als Treuhänder tätig ist.

Die Vermutung, dass der Vertragspartner mit dem wirtschaftlich Berechtigten identisch ist, setzt voraus, dass die Bank den Vertragspartner kennt. In dem von der Aufsichtskommission zu beurteilenden Fall hatte die Bank mit einer einfachen Gesellschaft eine Geschäftsbeziehung aufgenommen und auf ein Formular A verzichtet, obwohl sie nicht alle Mitglieder der einfachen Gesellschaft kannte. In diesem Zusammenhang sei auf die neue Sonderregel für die Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten bei einfachen Gesellschaften und nicht im Handelsregister eingetragenen Gemeinschaften in Art. 3 Abs. 4 VSB 08 hingewiesen.

Verfahren bei Sitzgesellschaften⁵

Gemäss Art 11 Abs. 3 VSB 03 wird bei Verstössen gegen Art. 6 Abs. 1 und 2 VSB 03 eine Konventionalstrafe bzw. ein Verweis nur ausgesprochen, wenn sie grobfahrlässig erfolgt sind. Diese Regel findet auch auf Ziffer 45 Ausführungsbestimmungen zu Art. 4 VSB 03 Anwendung (Änderung der Unterschriftsberechtigung im Geschäftsverkehr mit der Bank).

In diesem Zusammenhang führte die Aufsichtskommission überdies aus, dass es zu den elementaren Sorgfaltspflichten einer Bank gehört, sich über die publizierte Praxis der Aufsichtskommission auf dem Laufenden zu halten und dafür zu sorgen, dass sie dieser Praxis nicht widerspricht. Es gilt als grobfahrlässig, wenn eine Bank eine Standesregelverletzung begeht, die von der Aufsichtskommission bereits in einem Entscheid publiziert worden ist.

⁴ Art. 3 VSB 03.

⁵ Art. 4 VSB 03.

In Art. 11 Abs. 3 VSB 08 wird neu Vorsatz verlangt. Mit der Revision der VSB wurde überdies klargestellt, dass die Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten nicht automatisch wiederholt werden muss, wenn sich die Unterschriftsberechtigung ändert. Eine erneute Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten ist nur dann nötig, wenn Zweifel i.S.v. Art. 6 Abs. 1 VSB 08 bestehen.

Ein «Registered Agent» ist die lokale Vertretung einer Gesellschaft und bildet deren Rechtssitz. Er hat die Funktion einer jederzeit erreichbaren örtlichen Kontaktstelle und damit eines Zustellungsdomizils für offizielle Dokumente der Gesellschaft. In einem konkreten Fall hatte die Aufsichtscommission zu beurteilen, ob die Bank abzuklären hat, ob auch diejenige Person, welche im Namen des «Registered Agent» die ausgestellten Bestätigungen (z.B. «Certificate of Incumbency») unterzeichnet, dazu berechtigt ist. Die Aufsichtscommission kam zum Schluss, dass eine Abklärung nicht nötig ist, wenn es sich beim «Registered Agent» um eine juristische Person handelt.

Steuerhinterziehung und ähnliche Handlungen⁶

Ein Kunde (und Mitglied des Verwaltungsrats der Bank) hatte kurz vor Jahresende von seinem Konto einen grösseren Barbetrag abgehoben und zu Beginn des folgenden Jahres wieder bar auf sein Konto einbezahlt. Die Bank hat dem Kunden den Barbetrag jedoch nie übergeben, sondern zwischen der Aus- und Einzahlung auf dessen Wunsch im bankeigenen Tresor aufbewahrt.

Die Aufsichtscommission qualifizierte das zur Verfügung stellen eines bankeigenen Tresors als verbotene aktive Beihilfe zu Steuerhinterziehung und ähnlichen Handlungen i.S.v. Ziffer 56 lit. c Ausführungsbestimmungen zu Art. 8 VSB 03.

Bagatellfallregelung

Die Aufsichtscommission führte aus, dass ein Verstoß nur dann als Bagatellfall i.S.v. Art. 11 Abs. 2 VSB 03 bewertet werden kann, wenn er nicht den Kerngehalt einer Standardregel beeinträchtigt. Mit der Revision der VSB ist der Bagatellfall neu in genereller Weise in Art. 11 VSB 08 umschrieben worden.

⁶ Art. 8 VSB 03.