

5 Rechts- und Reputationsrisiken bei der Umsetzung des Qualified Intermediary Agreement

**VERFÜGUNG der Eidgenössischen Bankenkommission
vom 21. Dezember 2008**

Grenzüberschreitendes Geschäft mit Privatkunden in den USA; unzureichende Organisation durch mangelhaftes Risikomanagement, Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit (Art. 3 Abs. 2 Bst. c BankG).

1. Verstoss gegen das Gewährens- und Organisationserfordernis des Bankengesetzes.
2. Ungenügende Erfassung, Begrenzung und Überwachung der mit dem grenzüberschreitenden Geschäft mit US-Privatkunden verbundenen Rechtsrisiken.

Opérations transfrontières avec des clients privés aux Etats-Unis; organisation insuffisante du fait d'une gestion des risques présentant des lacunes; garantie d'une activité irréprochable (art. 3 al. 2 let. c LB).

1. Infraction aux obligations de garantie et d'organisation de la loi sur les banques.
2. Détermination, limitation et surveillance insuffisantes des risques juridiques liés aux opérations transfrontières avec des clients privés aux Etats-Unis.

Operazioni transfrontaliere con clienti privati negli Stati Uniti d’America; organizzazione carente a causa di un’insufficiente gestione dei rischi; garanzia di un’attività irrepreensibile (art. 3 cpv. 2 lett. c LBCR).

1. Violazione del requisito d’irrepreensibilità e di organizzazione adeguata secondo la Legge sulle banche.
2. Carenze nel rilevamento, nella limitazione e nel controllo dei rischi giuridici legati alle operazioni transfrontaliere con clienti privati statunitensi.

Zusammenfassung des Sachverhalts

Hauptgegenstand des Verfahrens in Sachen A._____ AG war die Frage, ob die A._____ AG die mit der Umsetzung des Qualified Intermediary Agreement (QIA) und mit den amerikanischen aufsichtsrechtlichen Beschränkungen des grenzüberschreitenden Geschäftsverkehrs mit US-Personen (SEC-Restriktionen) verbundenen Rechts- und Reputationsrisiken angemessen erfasst, begrenzt und überwacht hat.

Die EBK stellte in ihrer Verfügung fest, dass die A._____ AG gegen das Gewährs- und Organisationserfordernis des Bankengesetzes verstossen hat. Einzelne Mitarbeiter der A._____ AG hatten in einer beschränkten Zahl von Fällen entgegen den Bestimmungen des QIA für US-Steuerzwecke erstellte Kundendokumente als zureichend erachtet, von denen sie wussten oder hätten wissen müssen, dass sie den US-Steuerstatus des Kunden nicht zutreffend wiedergeben. Zudem missachteten sie über eine längere Zeit hinweg die SEC-Restriktionen, welche für grenzüberschreitende Finanzdienstleistungen an US-Investoren eine Bewilligungspflicht vorsehen. Die A._____ AG setzte sich dadurch massiven Rechts- und Reputationsrisiken aus, die sich in von verschiedenen US-Behörden ausgelösten Verfahren realisierten.

Die EBK stellte im Rahmen ihrer Untersuchung hingegen keine nachlässige Umsetzung des QIA durch die A._____ AG fest. Ebenso wenig kam die EBK zum Schluss, die oberste Geschäftsleitung der A._____ AG hätte von den zuvor erwähnten Betrugsmanövern von US-Kunden zum Nachteil der US-Steuerbehörden und der weisungswidrigen Verletzung von SEC-Restriktionen durch einzelne Mitarbeiter gewusst. Die EBK verbot jedoch der A._____ AG in ihrer Verfügung, das grenzüberschreitende Private Banking mit Personen mit Wohnsitz oder Domizil in den USA weiter zu betreiben. Sie verpflichtete die A._____ AG, die der grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringung inhärenten Rechts- und Reputationsrisiken angemessen zu erfassen, zu begrenzen und zu überwachen, und ordnete eine Kontrolle der Umsetzung dieser Anordnungen an.

Aus den Erwägungen

1. Parteistellung

(51) Einzige Verfahrenspartei im Sinne von Artikel 6 des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVG; SR 172.021) ist vorliegend die A._____ AG. Ziel der Untersuchungshandlungen der EBK war es, mittels Verfügung festzustellen, ob die Bank die Bewilligungsvoraussetzungen oder andere gesetzliche Vorschriften verletzt hat. Nicht Verfahrensgegenstand war dagegen, in welchem Ausmass den involvierten Organen X._____, Y._____ oder Z._____ eine Verantwortung am Vorgefallenen zukommt. Gleichwohl erlaubt das Untersuchungsergebnis die eine oder andere Aussage dazu, selbst wenn diesen Personen formell keine Parteistellung zukommt.

2. Bewilligungspflicht und Bewilligungsvoraussetzungen

(52) Bewilligungspflicht: Der Betrieb einer Bank bedarf nach Art. 3 des Bankengesetzes (BankG; SR 952.0) einer Bewilligung der Bankenkommision. Art. 3 Abs. 2 BankG umschreibt die dauernd einzuhaltenden Bewilligungsvoraussetzungen zum Geschäftsbetrieb als Bank. Soweit eine Bank auch den gewerbmässigen Effektenhandel betreibt, bedarf sie zusätzlich einer Bewilligung als Effektenhändler im Sinn von Art. 10 des Börsengesetzes (BEHG; SR 954.1). Ist die Bank Teil einer oder an der Spitze einer von der Schweiz aus geleiteten Finanzgruppe (Art. 3c und 3d Abs. 1 BankG), sind zudem die Anforderungen gemäss Art. 3e ff. BankG zu beachten.

(53) Organisationserfordernis: Zu den dauernd einzuhaltenden Bewilligungsvoraussetzungen gehört nach Art. 3 Abs. 2 Bst. a BankG, dass die Bank über eine ihrer Geschäftstätigkeit entsprechende Verwaltungsorganisation verfügt. Eine der Gruppenaufsicht der EBK unterstellte Finanzgruppe

muss zudem so organisiert sein, dass sie insbesondere alle wesentlichen Risiken erfassen, begrenzen und überwachen kann (Art. 3f Abs. 2 BankG). Gleiches gilt für Effektenhändler nach Massgabe von Art. 10 Abs. 2 Bst. a BEHG. Zu einer angemessenen Organisation gehört unter anderem ein gut ausgebautes Weisungswesen mit klaren Aufgaben-, Kompetenz- und Verhaltensregeln. Die Bank hat dafür zu sorgen, dass die von ihr erlassenen Weisungen und Richtlinien umgesetzt und dauernd befolgt werden. Schliesslich ist eine Bank von der Bedeutung und Grösse der A._____ AG verpflichtet, die EBK unverzüglich über wichtige Vorkommnisse bei der Bank zu orientieren, welche (zu Recht oder zu Unrecht) das Potenzial haben, das Vertrauen der Aufsichtsbehörden oder der Öffentlichkeit in die Bank zu gefährden. Dazu gehören insbesondere auch Informationen über potenzielle Risiken der Bank im In- und Ausland.

(54) Gewährserfordernis: Gemäss Art. 3 Abs. 2 Bst. c BankG haben die mit der Verwaltung und Geschäftsführung der Bank und gemäss Art. 3f Abs. 1 BankG die mit der Geschäftsführung einerseits und der Oberleitung, Aufsicht und Kontrolle der Finanzgruppe andererseits betrauten Personen einen guten Ruf zu geniessen und Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit zu bieten (Gewährsträger). Sie müssen fachlich kompetent sein, sich im Geschäftsverkehr korrekt verhalten und charakterlich geeignet sein, das Bankgeschäft zu betreiben. Das Gewährserfordernis gemäss Art. 10 Abs. 2 Bst. d BEHG für die verantwortlichen Mitarbeiter eines Effektenhändlers ist deckungsgleich mit demjenigen nach Bankengesetz. Was für die einzelnen Organe, massgeblichen Beteiligten oder verantwortlichen Mitarbeitenden gilt, hat auch für die Bank seine Gültigkeit: Sie muss als Unternehmung die Bewilligungsvoraussetzung der einwandfreien Geschäftstätigkeit ebenfalls erfüllen (Verfügung der EBK vom 30. August 2000 in EBK-Bulletin 41/2000, S. 15 ff., insbes. 20, und Verfügung der EBK vom 25. Juni 2002 gegen die A._____ AG, Erw. 1).

(55) Grundsätze der inneren Organisation: Zu den dauernd einzuhalten- den Bewilligungsvoraussetzungen gehört nach Art. 3 Abs. 2 Bst. a BankG, dass die Bank in ihren Statuten, Gesellschaftsverträgen und Reglementen den Geschäftskreis genau umschreibt und über eine ihrer Geschäftstätigkeit entsprechende Verwaltungsorganisation verfügt. Umgekehrt müssen die Aktivitäten der Bank ihrer Organisation und ihren Ressourcen entsprechen. Für Effektenhändler ergibt sich das Organisationserfordernis aus Art. 10 Abs. 2 Bst. a BEHG. Das Aufsichtsrecht verlangt ausserdem eine funktionelle und personelle Trennung der strategischen Aufsicht und Leitung (Verwaltungsrat) von der operationellen Führung (Geschäftsleitung) (Art. 3 Abs. 2 Bst. a BankG i.V.m. Art. 8 Verordnung über die Banken und Sparkassen/ Bankenverordnung/BankV, SR 952.02; ferner Winzeler Christoph, Basler Kommentar zum Bankengesetz, Hrsg. Watter/Vogt/Bauer/Winzeler, Basel 2005, N 8 zu Art. 3). Die Befugnisse von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung sind so abzugrenzen, dass eine sachgemässe Überwachung der Geschäftsführung durch den Verwaltungsrat gewährleistet ist (vgl. Art. 3 Abs. 2 Bst. a BankG). Im Übrigen müssen die Funktionen Handel, Vermögensverwaltung und Abwicklung wirksam getrennt sein (Art. 9 Abs. 1 BankV und Art. 19 Abs. 1 Verordnung über die Börsen und den Effektenhandel/Börsenverordnung/BEHV, SR 954.11).

(56) Risikomanagement: Zu einer angemessenen inneren Organisation gehört, dass ein Institut den sachgerechten Umgang mit Risiken sicherstellt. Die Grundzüge des Risikomanagements sowie die Zuständigkeiten und das Verfahren für die Bewilligung risikobehafteter Geschäfte sind in einem Reglement oder in internen Richtlinien zu regeln. Markt-, Kredit-, Ausfall-, Abwicklungs-, Liquiditäts- und Imagerisiken sowie operationelle und rechtliche Risiken müssen erfasst, begrenzt und überwacht werden (Art. 9 Abs. 2 BankV; Art. 19 Abs. 3 i.V.m. Art. 26 Abs. 1 BEHV).

(57) Interne Kontrolle: Die Bank und der Effektenhändler haben weiter für ein wirksames internes Kontrollsystem zu sorgen. Sie bestellen insbesondere eine von der Geschäftsleitung unabhängige interne Revision (Inspektorat) (Art. 9 Abs. 4 BankV und Art. 20 Abs. 1 BEHV). Bis zum 31. Dezember 2006 waren die Anforderungen an das interne Kontrollsystem in zwei Erlassen konkretisiert: einerseits im EBK-RS 95/1 «Interne Revision» sowie andererseits in den «Richtlinien zur internen Kontrolle» der Schweizerischen Bankiervereinigung vom Juni 2002 («Richtlinien zur internen Kontrolle»), welche von der EBK als aufsichtsrechtlicher Mindeststandard anerkannt waren (vgl. EBK-RS 96/3 «Revisionsbericht», Anhang I: Selbstregulierung; abgelöst per 21. April 2004 durch das EBK-RS 04/2 «Selbstregulierung als Mindeststandard»). Diese beiden Regularien wurden per 1. Januar 2007 durch das EBK-RS 06/6 «Überwachung und interne Kontrolle» abgelöst, dessen Anforderungen vollumfänglich bis zum 1. Januar 2008 umzusetzen sind. Für die Beurteilung der zur Diskussion stehenden Sachverhalte sind zu einem bedeutenden Teil die beiden erstgenannten Regelwerke massgebend.

(58) Elemente eines wirksamen internen Kontrollsystems: Unter dem Begriff internes Kontrollsystem oder interne Kontrolle werden alle vom Verwaltungsrat, der Geschäftsleitung und den übrigen Führungsverantwortlichen angeordneten Vorgänge, Methoden und Massnahmen verstanden, die dazu dienen, einen ordnungsgemässen Ablauf des betrieblichen Geschehens sicherzustellen. Darunter sind nicht nur eigentliche Kontrollaktivitäten, sondern auch solche der Steuerung und Planung zu verstehen. Unter anderem dient das interne Kontrollsystem der Einhaltung gesetzlicher und anderer Vorschriften (s. sogleich Rz. (59) unten), der Verhinderung, Verminderung und Aufdeckung von Fehlern und Unregelmässigkeiten, dem Schutz des Geschäftsvermögens, der Sicherstellung der Zuverlässigkeit und Vollständigkeit der Buchführung, der zeitgerechten und verlässlichen finanziellen Berichterstattung, der Erreichung der geschäftspolitischen Ziele sowie der wirksamen und effizienten Geschäftsführung (vgl. Richtlinien zur internen Kontrolle 2002).

(59) Compliance: Banken und Effektenhändler haben durch geeignete Vorkehrungen und Kontrollen auf die Einhaltung der Gesetze und übrigen Vorschriften hinzuwirken (Compliance). Dazu gehört insbesondere ein zweckmässiges internes Weisungswesen mit klaren Aufgaben-, Kompetenz- und Verhaltensregeln. Die Leitungsorgane und die übrigen mit Compliance-Aufgaben betrauten Personen haben dafür zu sorgen, dass die von ihnen erlassenen Weisungen und Richtlinien umgesetzt und von sämtlichen Mitarbeitern dauernd befolgt werden. Dies gilt umso mehr bei grösseren Instituten und Gruppen. Die Anforderungen an Compliance (sowohl im Sinne der Normeinhaltung als auch der Funktion) sind direkter Ausfluss des Organisationserfordernisses gemäss Art. 3 Abs. 2 lit. a BankG und sind heute in den Rz. 97 ff. des EBK-RS 06/6 «Überwachung und interne Kontrolle» konkretisiert, galten aber gestützt auf das Organisationserfordernis bereits früher sinngemäss.

(60) Verwaltungsrat: Der Verwaltungsrat hat unübertragbare und unentziehbare Aufgaben (vgl. Art. Art. 716a Abs. 1 OR). Mitunter zu den Kernaufgaben des Verwaltungsrates gehören die Oberleitung der Gesellschaft und die Erteilung der nötigen Weisungen, die Festlegung der Organisation, die Ausgestaltung des Rechnungswesens, der Finanzkontrolle und der Finanzplanung, die Ernennung und Abberufung der mit der Geschäftsführung und Vertretung betrauten Personen, die Oberaufsicht über die mit der Geschäftsführung betrauten Personen, namentlich im Hinblick auf die Befolgung der Gesetze, Statuten, Reglemente und Weisungen. Zu seinen Aufsichtsinstrumenten gehört in erster Linie die interne Revision (Inspektorat). Schliesslich gehört zu den Pflichten des Verwaltungsrates auch die Schaffung und Aufrechterhaltung einer geeigneten internen Kontrolle (vgl. Richtlinien zur internen Kontrolle 2002, Art. 9 Abs. 4 BankV und Art. 20 Abs. 1 BEHV; vgl. Rz. (57) oben).

(61) Geschäftsleitung: Der Geschäftsleitung obliegt die operationelle Führung des Bankbetriebs, das heisst, sie ist für die Umsetzung der vom Verwaltungsrat festgelegten Strategien und Geschäftsgrundsätze verant-

wortlich. Die Geschäftsleitung hat ferner gewisse Kontrollaufgaben wahrzunehmen. Sie gewährleistet die Umsetzung und Einhaltung sämtlicher Gesetze, Statuten, Reglemente und Weisungen etc. Bei dieser Aufgabe wird sie durch die Funktion Compliance unterstützt (vgl. Rz. (59) oben). Sie sorgt weiter im Rahmen der internen Kontrolle für die Aufrechterhaltung und Dokumentation einer Organisationsstruktur, welche die Verantwortlichkeiten, Kompetenzen und Informationsflüsse eindeutig festhält. Sie entwickelt geeignete Prozesse für den Umgang mit Risiken und überwacht den quantitativ und qualitativ optimalen Ressourceneinsatz im Bereich der internen Kontrolle (vgl. Richtlinien zur internen Kontrolle 2002).

3. Massnahmenkompetenz der EBK

(62) Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustands: Die Bankenkommision trifft die zum Vollzug des Gesetzes notwendigen Verfügungen und überwacht die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften (Art. 23^{bis} Abs. 1 BankG). Erhält die EBK von Verletzungen des Gesetzes oder von sonstigen Missständen Kenntnis, erlässt sie die zur Herstellung des ordnungsgemässen Zustandes und zur Beseitigung der Missstände notwendigen Verfügungen (Art. 23^{ter} Abs. 1 BankG). Bei der Anordnung von Massnahmen steht der EBK im Rahmen ihres gesetzlichen Auftrages ein weiter – weitgehend technischer – Ermessensspielraum zu (vgl. BGE 131 II 306, BGE 126 II 111, Erw. 3b und Urteil des Bundesgerichts 2A.91/2005 vom 9. Februar 2005 [nur veröffentlicht im EBK-Bulletin 49 S. 36 ff.] sowie Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3708/2007 E.3.3 vom 4. März 2007).

(63) Allgemeine Massnahmenkompetenz: Bei den Ermächtigungen im Sinn der Art. 23^{bis} Abs. 1 und 23^{ter} Abs. 1 BankG handelt es sich um eine allgemeine Kompetenz, diejenigen Massnahmen präventiv zu ergreifen, die sicherstellen sollen, dass ein Institut die gesetzlichen Anforderungen erfüllt und die Gläubiger geschützt werden. Die Massnahmenkompetenz ist in

einigen Bereichen weiter konkretisiert. So kann die EBK gemäss Art. 23^{septies} Abs. 1 BankG zur Durchsetzung des Bankengesetzes direkte Prüfungen bei ausländischen Niederlassungen von Banken, für deren konsolidierte Aufsicht sie im Rahmen der Herkunftskontrolle verantwortlich ist, selber vornehmen oder durch Revisionsstellen vornehmen lassen. Aus den oben erwähnten Grundlagen ergibt sich, dass die EBK, wenn dies dem Zweck der Aufsicht förderlich ist, auch selbst direkte Prüfungen bei unterstellten Banken in der Schweiz vornehmen kann (vgl. ebenfalls Erw. 6 der Verfügung der EBK vom 25. Juni 2002 gegen die A. _____ AG i. S. [...]).

(64) Keine Sanktionen: Anders als viele Bankenaufsichtsbehörden im Ausland, darunter die New York FED, kann die EBK nach geltendem Recht keine Vermögenssanktionen gegen Banken und deren Mitarbeiter verhängen, die aufsichtsrechtliche Bestimmungen in schwerwiegender Weise verletzt haben (vgl. den Entscheid des Bundesgerichts vom 2. Februar 2000 i.S. Credit Suisse Group und Credit Suisse First Boston (Biber Holding AG), EBK-Bulletin 40/2000, S. 37 ff., insbes. E. 9, den auf der Website publizierten «EBK-Sanktionenbericht» vom Mai 2003, sowie Urs Zulauf/David Wyss/Daniel Roth, Finanzmarktenforcement, Bern 2008, S. 25 ff.). Dies gilt sowohl für die Verhängung von Bussen als auch für die Einziehung unrechtmässig erzielter Gewinne.

4. Verletzung der Bewilligungsvoraussetzungen durch die A. _____ AG

(65) Die A. _____ AG muss für die Handlungen ihrer Mitarbeiter einstehen: Sämtliche nachfolgenden Feststellungen betreffend Verletzungen aufsichtsrechtlicher Bestimmungen beziehen sich allesamt auf die A. _____ AG als Bewilligungsträgerin, selbst wenn einzelne Handlungen einzelnen Mitarbeitenden, insbesondere den Kundenberatern und Kadern des NAM¹-Geschäfts sowie deren direkten Vorgesetzten klar zuge-

¹ NAM = Nordamerika

ordnet werden können. Die A._____ AG muss sich deren Handlungen zurechnen lassen, war und ist sie doch als bewilligtes Institut gehalten, mittels geeigneter interner Kontrollmechanismen Compliance mit den auf die Bank anwendbaren Vorschriften sicherzustellen und die mit einer Non-Compliance verbundenen Rechts- und Reputationsrisiken zu erfassen, zu begrenzen und zu überwachen.

4.1 Unvollständige Einhaltung der Verpflichtungen gemäss dem QIA

(66) Verletzung des Gewährs- und Organisationserfordernisses: Im Rahmen der Umsetzung ihrer Verpflichtungen aus dem QIA versties die A._____ AG gegen das Gewährs- und Organisationserfordernis des Bankengesetzes, weil sie zwar in beschränktem Ausmass, aber doch in einigen Fällen und über eine lange Zeitperiode nicht beherrschbare Rechts- und Reputationsrisiken einging. Dabei unterliess es das Management des NAM-Business, das oberste Management der A._____ AG rechtzeitig und umfassend zu informieren, sodass keine informierten Entscheide gefällt werden konnten. Schwerwiegend sind insbesondere diejenigen bestimm- baren Einzelfälle, in denen die Bank über ihre Kundenberater eine aktive Rolle bei der (steuerlichen) Beratung von US-Kunden übernommen hat und ihnen auch Hilfestellungen geleistet hat, was unter dem Gesichtspunkt der aktiven Teilnahme an einem möglichen Steuerdelikt der US-Personen zumindest höchst problematisch und unter dem Aspekt des Risikomanage- ments und der zu Recht strengen Compliance-Politik der Bank inakzeptabel ist (...).

(67) Duldung und bewusste Förderung durch das mittlere Management: Verantwortlich für die konkreten Abweichungen vom Ziel der vollständigen Umsetzung des QIA waren die Kundenberater bzw. auch Bankkader mit direktem Kundenkontakt. Das Vorgehen der Kundenberater war von den direkten Vorgesetzten und den für das NAM-Geschäft verantwortlichen Management-Ebenen gefördert, teilweise erwartet und teilweise zumindest

geduldet worden. Zudem waren dazu auch Spezialisten, vorab von Financial Planning, involviert und es wurde in diesem Bereich auch externer Rat beigezogen.

(68) Fehlende unabhängige Kontrollen der Kundenberater: Den Kundenberatern wurde betreffend Abklärung des US-Steuerstatus eine grosse Verantwortung überbunden. Dies barg auch ein Missbrauchspotenzial in sich. Zwar hatte die Bank die Kundenberater betreffend Kategorisierung der Kundenbeziehungen geschult, doch unterliess sie es in der Folge, durch stichprobenartige, tiefgehende unabhängige Kontrollen sicherzustellen, dass die Kundenberater nur dort die Erklärungen ihrer Kunden gelten liessen, wo das berechtigt war. Auch nach Meinung der Bank hätten unabhängige Kontrollen in einer beschränkten Anzahl von Fällen mögliche Verletzungen des QIA durch die Bank vermieden.

(69) Nichterfüllung von «1099-Reporting»-Pflichten bei W-9²-Kunden: 2002 ging die Bank sicherheitshalber von einer Anwendbarkeit der «Deemed Sales Rules» aus und passte daher ihr Geschäftsmodell an. Hinsichtlich ihrer W-9-Kundschaft nahm sie aber bewusst in Kauf, ihren «1099-Reporting»-Pflichten bei Transaktionen von W-9-Kunden mit Non-US-Wertschriften nicht nachzukommen, weil sie dazu technisch nicht in der Lage gewesen sei. Auf Anfrage stellte die Bank den Kunden Ertragnisaufstellungen zur Verfügung. Die Bank beurteilte den Verstoss als «Underreporting» und beurteilte die Konsequenzen eines allfälligen Verfahrens des IRS deswegen als nicht gravierend. Die Bank stellt sich heute – auch gestützt auf U.S. Counsel – auf den Standpunkt, die steuerlichen «Deemed Sales Rules» fänden unter dem QIA keine Anwendung. Diese Frage ist nach US-Steuerrecht offenbar umstritten.

² US-Bürger, die ein Konto bei einer ausländischen Bank haben, legen ihre Identität mittels Formular W-9 gegenüber der US-Steuerbehörde offen.

4.2 Domizilgesellschaften im Private Banking und die «Switches»

(70) Zulässigkeit des Einsatzes von Domizilgesellschaften: Die Verwendung von Strukturen wie Domizilgesellschaften, Trusts und Stiftungen im Rahmen einer Private-Banking-Kundenbeziehung entspricht einem Kundenbedürfnis und ist rechtlich ohne Weiteres zulässig. Ist nicht eine natürliche Person, ein Verein, eine gemeinnützige Stiftung, eine operativ tätige Personen- oder Handelsgesellschaft Kunde einer Bank, sondern eine nicht operativ tätige Sitz- oder Domizilgesellschaft, so muss die Bank sicherstellen, dass sie den oder die daran wirtschaftlich Berechtigte(n) nach Massgabe der anwendbaren Bestimmungen der Geldwäschereibekämpfung ordentlich identifiziert und die Herkunft der Gelder abklärt. Prinzipiell muss sich die Bank nicht um den Steuerstatus der Domizilgesellschaft und des daran wirtschaftlich Berechtigten kümmern. Immerhin muss die Bank aber in Anwendung der erforderlichen Sorgfalt ausschliessen können, dass die eingebrachten Gelder nicht aus einem Verbrechen herrühren (Art. 305^{bis} Ziff. 1 des Strafgesetzbuches; StGB; SR 311.0) oder mit deren Annahme für die Bank nicht anderweitig unkalkulierbare Rechts- und Reputationsrisiken verbunden sind. Schliesslich dürfen Banken in Anwendung von Art. 8 der Vereinbarung über die Sorgfaltspflicht der Banken (VSB) Täuschungsmanövern ihrer Kunden gegenüber Behörden im Inland und Ausland, insbesondere gegenüber Steuerbehörden, durch unvollständige oder auf andere Weise irreführende Bescheinigungen keinen Vorschub leisten.

(71) Problematische Konstellationen: Aufsichtsrechtlich problematisch sind Fallkonstellationen, in denen eine Bank bzw. deren Kundenberater den Kunden nicht strikte an externe Berater verweisen, sondern selbst intensiv beratend tätig sind oder in einer Weise Handlungen vornehmen, mit denen sie sich selbst in die Nähe eines Beitrags zu einem Steuerdelikt nach Massgabe ausländischen oder auch schweizerischen Rechts rücken. Noch problematischer sind Fälle, in denen eine Bank gegenüber einer in- oder ausländischen Steuerbehörde, wie etwa mit Unterzeichnung des QIA gegenüber dem IRS, direkt Pflichten übernommen hat und diese in der Folge missachtet.

(72) Domizilgesellschaften und QIA: Aus dem zwischen dem IRS und der A._____ AG als QI abgeschlossenen Vertragswerk QIA, das für wesentliche Auslegungsfragen auf das US-Steuerrecht verweist und den QI für Anwendungsfragen vollumfänglich amerikanischem Recht unterstellt, geht die klare Erwartung des IRS hervor, dass der QI als vertrauenswürdiger Partner bei Täuschungsmanövern von Kunden bei der Ausfüllung der relevanten Formulare für die QI-Kundendokumentation nicht nur keinen Unterstützungsbeitrag leistet, sondern solche Machenschaften auch nicht stillschweigend duldet. Entsprechend sieht das QIA im Zusammenspiel mit dem U.S. Tax Code ausdrücklich vor, dass ein QI dann auf eine QI-Kundendokumentation nicht abstellen darf, wenn er weiss, dass die Angaben nicht der Wahrheit entsprechen. Gleichzeitig ist festzuhalten, dass weder unter dem QIA noch nach amerikanischem Steuerrecht der Einsatz von Offshore-Strukturen verboten ist. Überdies war dem IRS im Zeitpunkt der Verhandlungen über die Ausgestaltung des QI-Systems, u. a. mit der SBVg, bewusst, dass im Private Banking Offshore-Strukturen eine bedeutende Rolle spielen. Dass der IRS von der Zulässigkeit des Einsatzes von Offshore-Strukturen ausging, zeigt sich insbesondere daran, dass er für diese Haltung heute in der US-Politik kritisiert wird.

(73) Verletzungen vertraglicher Pflichten: Vorliegend hat die A._____ AG durch einige wenige Kundenberater und mit dem Wissen weniger direkter Vorgesetzter bei einer überblick- und bestimmbar Anzahl von Fällen in unter dem Standard des QIA unzulässiger Art und Weise ihre Kunden aktiv unterstützt und/oder zumindest in unzulässiger Art und Weise ein Auge zugeedrückt und wider besseres Wissen eine unzutreffende Erklärung betreffend den US-Steuerstatus einer Offshore-Struktur in die QI-Dokumentation des Kunden aufgenommen. Damit hat die A._____ AG freiwillig gegenüber dem amerikanischen IRS eingegangene vertragliche Verpflichtungen verletzt, was seinerseits ein grober Verstoss sowohl gegen das Gewährserfordernis ist als auch unter dem Gesichtspunkt des Risikomanagements und der Risikokontrolle unzulässig war. Ob die betreffenden Kundenberater

damit ein Delikt im Sinne des amerikanischen Steuerrechts selbst begangen oder zu einem Delikt einer US-Person einen aktiven und strafbaren Beitrag geleistet haben, kann und muss an dieser Stelle nicht beurteilt werden.

4.3 Partielle Nichtbeachtung der SEC-Restriktionen

(74) Inkaufnahme potenzieller Non-Compliance mit den SEC-Restriktionen: Bereits spätestens im Jahr 1999 wurde innerhalb der Bank darauf hingewiesen, dass gängige Praktiken im Cross-Border-Private-Banking-Geschäft in die USA bedeutende Non-Compliance-Risiken betreffend SEC-Restriktionen beinhalteten. Ein ernsthafter Versuch, dieses Geschäft in «Compliance» zu bringen, fand (erst) 2002 mit dem Entscheid statt, für das Non-W-9-Geschäft das «Revised Business Model» einzuführen. In dessen wurde dieser Entscheid nicht konsequent umgesetzt. Insbesondere wurde die Einhaltung des Revised Business Model vom NAM-Management nicht durchgesetzt und wurden keine periodischen unabhängigen Kontrollen durchgeführt.

(75) Länderpapier USA (2004) – geschult, aber nicht kontrolliert: In einer Anstrengung, das Personal weiter zu sensibilisieren, erarbeitete die Bank unter Beizug externer Berater ein «Länderpapier USA». Die Kundenberater wurden über den Inhalt des Papiers geschult, doch händigte man es ihnen vorerst nicht aus. Erst später wurde es im Intranet – ohne Begleitinformation – aufgeschaltet. Weder das direkt verantwortliche Management noch das übergeordnete Management verlangte und kontrollierte in der Folge dessen lückenlose Einhaltung. Als das Länderpapier ohne weiteren Kommentar im Intranet platziert wurde, entstand bei einzelnen Kundenberatern nach ihren Angaben gegenüber der EBK offenbar der Eindruck, primär wolle sich die Bank decken, treibe im Übrigen aber das Cross-Border-Geschäft weiter voran. So jedenfalls stellten dies einzelne Kundenberater im Herbst 2008 gegenüber der EBK dar.

- Reisetätigkeit: Auszüge aus dem IT-System zur Kundengeschichte belegen, dass sich einzelne Kundenberater anlässlich ihrer Reisen nicht immer an die SEC-Restriktionen hielten. So kam es vor, dass Kundenberater über Investitionsmöglichkeiten sprachen, potenzielle Kunden trafen, sich mit Kunden mit einem externen Berater zwecks Erörterung der steuerlichen Massnahmen unterhielten oder ihre Kunden anhielten, einen Vermögensverwaltungsvertrag zu unterzeichnen etc.
- Telefonische Kontakte: Einige Kundenberater nahmen von gewissen Kunden (weiterhin) telefonische Aufträge betreffend den Kauf oder Verkauf von US- und Non-US-Wertschriften entgegen.
- Postversand in die USA: Entgegen den Instruktionen verschickten einige Kundenberater bei einzelnen Geschäftsbeziehungen, vereinzelt auch trotz «banklagernd» Instruktionen, (weiterhin) Konto-/Depotauszüge und Bestätigungen über Wertschriftentransaktionen in die USA.

(76) Enforcement «light» des Länderpapiers USA (2004): Noch vor der Untersuchung des «E._____ Whistleblowing» überprüfte das NAM-Management mögliche Formen der Durchsetzung des Länderpapiers USA (2004) und von Durchsetzungskontrollen (Projekt «Globus»). Die in Frage kommenden Massnahmen wurden dabei nach Massgabe ihrer Auswirkungen auf das NAM-Geschäft kategorisiert und beurteilt. Es bestand ein Konsens innerhalb der Bank, diejenigen Massnahmen durchzusetzen, deren Auswirkungen auf das Geschäft als zwar spürbar beurteilt wurden, nicht aber diejenigen, die das Geschäft zum Stagnieren, wenn nicht gar zum Erliegen gebracht hätten. Die Entscheidträger gingen bei der Diskussion allerdings nicht von einem unrechtmässigen Zustand, sondern davon aus, dass die bestehende Compliance grundsätzlich konform mit den US-Regulierungen war, jedoch verstärkt werden sollte.

(77) Verzögerung des Länderpapiers USA (2007): Nach Abschluss der Untersuchung zum «E._____ Whistleblowing» im Sommer 2006 bestand innerhalb des Managements Konsens darüber, dass das Länderpapier USA (2004) überarbeitet werden musste und dass die Einhaltung der Vorgaben des Länderpapiers (neu) durch eine unabhängige Stelle zu überprüfen war. Zwar schritt die Überarbeitung des Papiers zügig voran, sodass erste Entwürfe bereits im Oktober 2006 vorlagen und die Mitarbeiter des NAM-Geschäfts über den Inhalt erneut geschult wurden. Dennoch trat das Papier erst im Sommer 2007 in Kraft. Seitens des Managements des NAM-Geschäfts war auch zum Ausdruck gebracht worden, dass man auf Zeit spielen solle, da die Auswirkungen des überarbeiteten Länderpapiers USA das Geschäft stark treffen würden.

(78) Zu wenig Führung bei der Durchsetzung der Compliance: Verantwortlich für die Einhaltung der US-Vorschriften sowie die Erarbeitung entsprechender interner Weisungen (wie etwa des Länderpapiers USA) war das Management des NAM-Geschäfts. Es wurde in beratender Weise oder auch bei der Ausarbeitung konkreter Weisungen unterstützt von Spezialisten von Group Tax, von Financial Planning and Wealth Management, Legal und Compliance sowie externen U.S. Legal Counsel. Ergebnisse waren etwa die «Guidelines for implementation of the Revised Business Model» sowie die «Deemed Sales FAQs»). Weder die obersten Linienverantwortlichen noch die entsprechenden Stabsfunktionen von GWM&BB³ bezüglich Risikoerfassung und Risikobegrenzung im Cross-Border-Geschäft in die USA übernahmen eine aktive Führungsrolle und brachten ihren Untergebenen unmissverständlich zum Ausdruck, dass die im Länderpapier USA beschriebenen Verhaltensweisen ausnahmslos zu befolgen sind. Entsprechend fehlte es auch an wirksamen, von der Front unabhängigen Einhaltenkontrollen. Bezeichnend ist, dass es bis zur Besprechung der Ergebnisse der «E._____ Whistleblowing»-Untersuchung dauerte, bis der für Gruppenbelange zuständige Group General Counsel F._____ mit den Exponenten von GWM&BB D._____, G._____ und H._____

³ Global Wealth Management & Business Banking

weitergehende Massnahmen zur Verbesserung der Compliance vereinbarte. Auch danach lag aber die Initiative für die Einhaltung der Vorgaben des Länderpapiers USA weiterhin vorab beim NAM-Geschäft, bei I._____, C._____ bzw. J._____ und D._____ sowie einzelnen Spezialisten von Legal und Compliance. Die als Folge der E._____-Untersuchung vorgesehene Überprüfung durch Group Internal Audit (GIA) nach Inkrafttreten des Länderpapiers USA (2007) wurde dann von den Ereignissen überholt.

(79) Einschätzung nach Schweizer Aufsichtsrecht: Indem die A._____ AG Verletzungen der SEC-Restriktionen bzw. interner Weisungen dazu durch Kundenberater tolerierte, ging sie unkalkulierbare Rechts- und Reputationsrisiken ein und versties damit sowohl gegen das Gewährs- als auch gegen das Organisationserfordernis des Bankengesetzes.

4.4 Verantwortung auf Managementstufe

(80) Erhöhte Risiken bei gleichzeitigem Onshore- und Offshore-Business: Innerhalb der Bank wurde nach dem Kauf von (...) darauf hingewiesen, dass sich daraus erhöhte Reputationsrisiken aus dem gleichzeitigen Betreiben des Onshore- und Offshore-Geschäfts ergäben. Die A._____ AG reagierte grundsätzlich mit zwei Massnahmen auf diese Herausforderung: (a) der Verabschiedung des «Revised Business Model» für das Non-W-9-Geschäft im Jahre 2002 und (b) der Gründung der (...) für das W-9-Geschäft, welche allerdings erst 2005 operativ tätig wurde. Die angestrebte Compliance war aber in beiden Fällen nicht durch unabhängige und griffige Kontrollinstrumente sichergestellt. Dies führte im Ergebnis dazu, dass die Bank teilweise während Jahren – auf dem Weg zur Umsetzung dieser Massnahmen – nicht «compliant» war und damit bewusst hohe Rechts- und Reputationsrisiken einging, die sie nicht beherrschte.

(81) Grosses Engagement betreffend QI-Compliance: Zwischen 2001 und 2002 unternahm die Bank enorme Anstrengungen, um sicherzustellen,

dass die Bank ihren Verpflichtungen aus dem QIA voll und ganz nachkam. In Bezug auf die QI-Dokumentation der Kundenbeziehungen, die eine grundlegende Anforderung unter dem QIA war, stellte H._____ in seiner Eigenschaft als damaliger CEO von (...) an die Adresse des QI Coordination Committee unmissverständlich klar: «Non-compliance is not an option.» Mit Blick auf den bevorstehenden QI-Audit und die bankengesetzliche Prüfung machte auch G._____ anlässlich des PBI Business Committee Meeting vom 7. August 2002 klar, es werde «Zero Tolerance» für Non-Compliance geben.

(82) W-9-Kunden und Compliance vor dem 1. Januar 2005: Anfang 2002 prüfte die Bank im Zusammenhang mit der Neuausrichtung des US-Offshore-Geschäfts auch die Optionen für das W-9-Geschäft. Die Bank kam zum Schluss, dass das für die Non-W-9-Kunden vorgesehene neue limitierte Dienstleistungsangebot des Revised Business Model für W-9-Kunden nicht genügend attraktiv sei. Man ging davon aus, dass diese Kunden ein aktiveres Dienstleistungsangebot erwarteten. Langfristig konnte dies nach Einschätzung der Bank nur über die Bildung eines bei der SEC registrierten Finanzintermediärs angeboten werden, was zur Gründung der (...) führte. Vor der Aufnahme der Geschäftstätigkeit der (...) am 1. Januar 2005 waren die SEC-Restriktionen im W-9-Geschäft nicht lückenlos eingehalten worden.

(83) Falsche Anreize – zu späte Korrektur: Indem das Management von K._____ ab 2004 ein neues Anreizsystem einführte, bei dem das Kriterium «Net New Money» ein alles überragendes Gewicht erhielt, fühlten sich einzelne Kundenberater vorab des Non-W-9-Geschäfts nach ihren Angaben gegenüber der EBK offenbar unter zusätzlichen Druck gesetzt. Zwar änderte das Management im Jahr 2007 die Vorgaben, das ändert aber nichts daran, dass die Anreize in den Jahren 2004 bis Anfang 2007, zusammen mit der fehlenden Einhaltekontrolle, offenbar einen Anreiz für einzelne Kundenberater schuf, auch in den USA aktiv neue Kunden zu gewinnen, was ohne Verletzung des Länderpapiers USA bzw. die SEC-Restriktionen schwierig war.

(84) Lange aufgeschobener Entscheid über die Zukunft des Non-W-9-Geschäfts: Das direkt verantwortliche Management des US-Offshore-Geschäfts führte erstmals im Herbst 2001 Diskussionen über die Zukunft des Geschäfts mit Non-W-9-Kunden. Nachdem im Management bereits im Jahr 2002 strategische und auch konkrete Überlegungen zur Zukunft des Non-W-9-Geschäfts angestellt worden waren – und ein Verkauf verworfen worden war –, nahmen die Verantwortlichen das Thema im Jahr 2006 wieder auf. Sie fühlten sich in ihrer Einschätzung aufgrund der Untersuchung zum «E._____ Whistleblowing» zwar bestärkt, doch wurde nicht entschieden und rasch nach einer langfristigen Lösung gesucht. Vorab wurde eine Verstärkung des Compliance-Umfelds angeordnet, das mit Inkrafttreten des Länderpapiers USA (2007) ab Mitte 2007 griff. Hinsichtlich der strategischen Zukunft des Geschäfts blieb bis zum Ausstiegsbeschluss vom August 2007 über eine recht lange Zeit entscheidendes Thema, auf welche Art das Geschäft abzustossen (Management-Buy-out, Verkauf an Dritte, Preisvorstellungen) und wie das zu kommunizieren sei.

(85) Beachtung von ausländischen Vorschriften und Risikomanagement: Insgesamt hatte die Bank im Zeitraum von 2000 bis 2007 wiederholt Veranlassung, sich eingehend mit den Themen QIA und SEC-Restriktionen bzw. mit den Rahmenbedingungen für das US-Offshore-Geschäft zu befassen. Dabei liess vorab das Management des betroffenen Geschäftsbereichs – D._____ und B._____ sowie dessen Nachfolger C._____ – den unbedingten Willen vermissen, sich den US-regulatorischen Vorgaben ohne Wenn und Aber anzupassen. Insbesondere was die Beachtung der SEC-Restriktionen anging, trugen C._____ und danach auch I._____ eine grosse persönliche Verantwortung. Das Beachten ausländischer Rechtsvorschriften folgt zwar nicht direkt aus dem Schweizer Aufsichtsrecht. Auch ist anzuerkennen, dass die anwendbaren Bestimmungen des US-Rechts dem Schweizer Aufsichtsrecht teilweise fremd sind. Angesichts der sehr grossen Exposition der A._____ AG in den USA war aber das konsequente Beachten des US-Rechts aus Sicht des Risikomanagements ein absolutes

Erfordernis. Diese Ansicht wurde auch vom obersten Management klar vertreten.

(86) Im Rückblick ungenügende Risikoeinschätzung durch die Bank: Die mit dem grenzüberschreitenden US-Geschäft verbundenen Risiken hat die Bank zumindest teilweise zwar erkannt, aber rückblickend nicht richtig eingeschätzt. Indem intern bekannte oder leicht erahnbare Verstösse gegen US-Recht (z.B. Kommunikation unter Verwendung von «U.S. Jurisdictional Means» oder Nichteinhalten der Reportingpflichten für W-9-Kunden) nicht geahndet bzw. ein während längerer Zeit nicht im Einklang mit den anzuwendenden Bestimmungen andauernder Zustand nicht beseitigt wurde, setzten die dafür verantwortlichen Führungspersonen ein verhängnisvolles Zeichen. Der Effekt wurde (vom obersten Management unbeabsichtigt) dadurch verstärkt, dass aufgrund der speziellen Ausgestaltung der Anreizstrukturen innerhalb des Geschäftsbereichs K._____ die für das US-Cross-Border-Geschäft zuständigen Kundenberater im NAM-Geschäft unter zusätzlichen Druck gesetzt wurden, Neugeld zu akquirieren.

(87) Gravierendes Kulturproblem: Allein schon der Umstand, dass die Vornahme von «Upgrades» von Strukturen (vgl. oben Rz. (66)) innerhalb der A._____ AG im Zeitraum von 2002 ernsthaft diskutiert wurde, ohne dass – von wem auch immer – dagegen dezidiert und wirksam eingeschritten worden wäre, belegt ein ernsthaftes Kulturproblem, zumindest in Teilen einer Bank, die sich in ihren offiziellen Verlautbarungen einer absoluten Compliance verschrieben hat. Gleiches gilt für den Umgang mit dem Länderpapier USA bzw. den ihm vorangegangenen «Deemed Sales Guidelines» durch die Front bis mindestens Ende 2006, wobei noch zu diesem Zeitpunkt der kraft seiner Managementfunktion für Einhaltung der Restriktionen des Länderpapiers USA eigentlich zuständige C._____ sich in einem internen E-Mail-Austausch darüber ausliess, dass die Verabschiedung des revidierten Länderpapiers USA so lange wie möglich hinauszuzögern sei. Die heutige Erkenntnis der Bank, das Länderpapier hätte

nicht als «Papier», als «softe» Handlungsanweisung, sondern als «harte» Policy verabschiedet sein müssen, weist ebenfalls dahin, dass es zumindest im NAM-Geschäft nicht gelang, bei den Private Bankern den dringend benötigten Wandel im Rollenverständnis zu bewirken. Hier hat es das oberste Management und haben es die Linienverantwortlichen auf Stufe des mittleren und übrigen Kaders sowie die beigezogenen Stabsstellen versäumt, mittels sicht- und spürbarer Leadership und begleitender griffiger Kontrollinstrumente den notwendigen Wandel nicht nur rhetorisch einzufordern, sondern auch praktisch rigoros durchzusetzen.

4.5 Keine Anzeichen auf Straftaten von Organen

(88) Die Untersuchung der EBK erbrachte keine Hinweise auf Straftaten nach Schweizer oder auch amerikanischem Recht der Organe G._____, H._____, und F._____. Insofern, als sich das amerikanische DoJ auf dieselben Akten stützt wie die EBK, ist nicht nachvollziehbar, weshalb es zu einer Anklageerhebung gegen G._____ kam und in der gegen ihn gerichteten Anklage in erkennbarer Weise auch H._____ und F._____ als – nicht angeklagte – Mitverschwörer erwähnt wurden. In diesem Zusammenhang ist erwähnenswert, dass sich die Anklage des DoJ gegen G._____ wesentlich auf zwei Aussagen stützt: diejenige des seinerseits wegen Straftaten in den USA angeklagten E._____, der sich im Streit von der A._____ AG getrennt hatte, und diejenige von D._____, der zwischen Mai und Oktober 2008 in den USA als «Material Witness» festgehalten worden war und für die festgestellten Fälle von Non-Compliance eine grosse persönliche Führungsverantwortung trägt.

5. Massnahmen der EBK

(89) Keine Massnahmen gegenüber Gewährsträgern: Die festgestellten schweren Mängel sind Handlungen einzelner Mitarbeitender weit unterhalb der Schwelle der Gewährsträger zuzuordnen, von denen die obersten Leitungsorgane nichts gewusst haben. Die Untersuchung der EBK hat keine Anhaltspunkte dafür gegeben, dass den Organen F._____, H._____ oder auch G._____ ein genügend starker Vorwurf zu machen wäre, der es rechtfertigen würde, eine gegen sie persönlich gerichtete formelle Rüge oder auch strengere aufsichtsrechtliche Massnahmen zu erlassen. Die Gewähr von G._____, H._____ und F._____ ist nicht in Frage gestellt.

(90) Feststellung gegenüber der Bank: Die Schwere der festgestellten Mängel im Risikomanagement und bei der Risikokontrolle erfordern indessen, dass dieser Umstand förmlich festgestellt wird. Im Sinne ihrer Gesamtverantwortung für das Unternehmen sind die Gewährsträger für die innerhalb der A._____ AG festgestellten Mängel verantwortlich.

(91) Verbot des Non-W-9-Geschäfts: Auch wenn die A._____ AG bereits von sich aus erklärt hat, diese Geschäftstätigkeit einzustellen, ist ihr formell zu verbieten, weiterhin das Non-W-9-Geschäft mit US-Personen zu betreiben. Die Bank hat alles in ihrer Macht Stehende zu tun, um diese Kundenbeziehungen so rasch wie möglich aufzulösen.

(92) Aufbau eines Cross-Border-Risikomanagement- und Risikokontrollsystems: Die Bank ist schliesslich zu verpflichten, geeignete Massnahmen zum Management und zur Kontrolle der mit einer ausgedehnten Cross-Border-Geschäftstätigkeit in zahlreiche Länder verbundenen Rechts- und Reputationsrisiken aufzubauen und anschliessend die Wirksamkeit dieser Massnahmen überprüfen zu lassen. Die A._____ AG wird in diesem Zusammenhang auch Vor-Ort-Kontrollen durch die

Rechtsnachfolgerin der EBK, die Eidg. Finanzmarktaufsicht (FINMA), dulden müssen.

(...)

Dispositiv