

BVGer B-3092/2016 vom 25. April 2018

Bundesverwaltungsgericht, 2018-04-25, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-3092_2016

FR: TAF B-3092/2016 du 25 avril 2018

IT: TAF B-3092/2016 del 25 aprile 2018

Regeste

Unerlaubte Tätigkeit (BankG, BEHG, KAG)

Erwägungen

E. 1

Die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts im vorliegenden Verfahren ist aufgrund der Rückweisung durch das Bundesgericht ohne Weiteres gegeben (vgl. Urteil des A-5311/2015 vom 28. Oktober 2015 E. 1.1).

E. 2

Gegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens sind das mit Verfügung vom 4. Juli 2014 ausgesprochene Berufsverbot (Dispositiv-Ziff. 1 der angefochtenen Verfügung) und die erstinstanzlichen Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 30'000.- (Dispositiv-Ziff. 5 der angefochtenen Verfügung).

E. 2.1

Heisst das Bundesgericht eine Beschwerde gut und weist es die Sache an die Vorinstanz zurück, ist die Behörde, an welche die Sache zurückgewiesen wird, an die rechtlichen Erwägungen im Rückweisungsentscheid gebunden. Würde sich die Rückweisungsinstanz - im vorliegenden Fall das Bundesverwaltungsgericht - über die verbindlichen Erwägungen des bundesgerichtlichen Urteils hinwegsetzen, läge eine Rechtsverweigerung vor. Von den verbindlichen Erwägungen kann nur dann abgewichen werden, wenn ein Revisionsgrund vorliegt. Es ist dem Bundesverwaltungsgericht infolge der Bindung an die rechtlichen Erwägungen im Rückweisungsentscheid unter Vorbehalt von allenfalls zulässigen Noven und neuer Erkenntnisse im Rahmen der vom Bundesgericht verlangten Beweiserhebung deshalb verwehrt, der Beurteilung des Rechtsstreits einen anderen als den bisherigen Sachverhalt zugrunde zu legen oder die Sache unter rechtlichen Gesichtspunkten zu prüfen, die im Rückweisungsentscheid ausdrücklich abgelehnt oder überhaupt nicht in Erwägung gezogen wurden (vgl. BGE 135 III 334 E. 2; Urteil des BGer 1C_398/2012 vom 27. Mai 2013 E. 1; Urteil des BVGer A-850/2014 vom 20. August 2014 E. 1.1, m.w.H.).

E. 2.2

Zusammenfassend hat das Bundesgericht in seinem Rückweisungsentscheid vom 25. April 2016 (2C_739/2015; BGE 142 II 243) erwogen, dass die FINMA in Durchbrechung des Grundsatzes der Institutsaufsicht Personen, die durch ihr individuelles Fehlverhalten kausal und schuldhaft eine schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen bewirkt haben, für eine Dauer von bis zu fünf Jahren die Tätigkeit in leitender Stellung bei einer oder einem Beaufsichtigten untersagen könne (Art. 33 Finanzmarktaufsichtsgesetz [FINMAG]; SR 956.1). Die Eröffnung des personellen Anwendungsbereichs der Norm von Art. 33

FINMAG setze nicht voraus, dass die mit einer Sanktion zu belegende Person in einer bestimmten Beziehung zu einer oder einem Beaufsichtigten stehe, weshalb das finanzmarktrechtliche Berufsverbot auch nach beendetem Arbeitsverhältnis ausgesprochen werden könne (BGE 142 II 243 E. 2.2). Hinsichtlich der Voraussetzung einer schweren Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen stehe sodann der Umstand, dass die Beaufsichtigte (Bank) die an sie gerichtete Verfügung der FINMA vom 30. August 2013 mit Bezug auf die Feststellung, sie (die Bank) habe aufsichtsrechtliche Bestimmungen im Zusammenhang mit dem grenzüberschreitenden US-Kundengeschäft ab dem Jahr 2008 schwer verletzt, innert Frist nicht angefochten habe, einer Überprüfung der Tatbestandsmerkmale des Berufsverbots im nachfolgend gegen die natürliche, für die Beaufsichtigte tätig gewesene Person geführten Verfahren nicht entgegen. Das Bundesverwaltungsgericht habe nicht systematisch die Vorbringen des Beschwerdeführers, die sich auf das Verhalten der Bank bezogen hätten, geprüft und beurteilt. Damit habe das Bundesverwaltungsgericht ein rechtserhebliches Tatbestandselement von Art. 33 FINMAG ungeprüft gelassen. In der Folge hob das Bundesgericht das angefochtene Teilurteil auf und wies die Sache zur Sachverhaltsergänzung und zum neuen Entscheid im Sinne der Erwägungen an das Bundesverwaltungsgericht zurück (BGE 142 II 243 E. 2.4). Mit Bezug auf die Ermittlung und Ergänzung des rechtserheblichen Sachverhalts hat das Bundesgericht schliesslich ausdrücklich festgehalten, dass das Bundesverwaltungsgericht hierfür ohne Verletzung von Art. 6 Abs. 1 EMRK und Art. 14 Abs. 3 lit. g UNO-Pakt II insbesondere auf die im Verfahren gegen die Beaufsichtigte getätigten Aussagen des Beschwerdeführers abstellen könne (BGE 142 II 243 E. 3.2). Ungeachtet der repressiven Elemente, welche das Berufsverbot im Sinne von Art. 33 FINMAG ebenfalls enthalte, sei diese Sanktion nach nationalem Recht als administrativ und nicht als strafrechtlich zu qualifizieren. Gelte das Verfahren auf Erlass eines Berufsverbots im Sinne von Art. 33 FINMAG nicht als eine strafrechtliche Anklage im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK und Art. 14 Abs. 3 lit. g UNO-Pakt II, fänden die aus diesen Bestimmungen abgeleiteten Garantien keine Anwendung (BGE 142 II 243 E. 3.4).

E. 2.3

Der Beschwerdeführer macht im vorliegenden Verfahren - insbesondere in seiner Stellungnahme vom 28. Oktober 2016 - unter anderem erneut geltend, beim Enforcementverfahren zwecks Erlass eines Berufsverbots handle es sich um eine strafrechtliche Anklage, weshalb die Aussagen des Beschwerdeführers aus den Enforcementverfahren nicht gegen ihn verwendet werden dürften. Im Falle, dass das Bundesverwaltungsgericht zum Schluss komme, dass es sich beim Enforcementverfahren betreffend ein Berufsverbot um ein Verwaltungsverfahren handle, fehle es sodann an der Zuständigkeit der FINMA für ein Enforcementverfahren gegen natürliche Personen, welche im Zeitpunkt des Abschlusses des Verfahrens nicht mehr bei einer von ihr beaufsichtigten Bank tätig seien. Dabei verkennt der Beschwerdeführer, dass - wie aus dem Vorangehenden hervorgeht - das Bundesgericht in seiner Rückweisungsentscheid vom 25. April 2016 diese Punkte bereits rechtskräftig entschieden hat (BGE 142 II 243 E. 2.2 und E. 3.2 ff.). Das Bundesverwaltungsgericht ist im vorliegenden Verfahren an die diesbezüglichen Erwägungen des Bundesgerichts gebunden, weshalb auf die entsprechenden Rügen des Beschwerdeführers vorliegend nicht weiter einzugehen ist. Entsprechend dem Rückweisungsentscheid des Bundesgerichts ist im Folgenden jedoch zu prüfen, ob die Voraussetzungen für die Erteilung eines Berufsverbots nach Art. 33 FINMAG vorliegend erfüllt sind, insbesondere auch, ob eine schwere Verletzung von aufsichtsrechtlichen

Bestimmungen im Sinne von Art. 33 FINMAG vorliegt.

E. 3.1.1

Die Vorinstanz begründet die Anordnung des auf zwei Jahre befristeten Berufsverbots im Wesentlichen damit, dass der Beschwerdeführer über Jahre, d.h. von 2008 bis 2012, zielstrebig ein sorgfaltswidriges Geschäftsmodell umgesetzt habe, welches die Bank und ihre Mitarbeitenden ohne angemessenes Risikomanagement potentiell schwerwiegenden Strafverfahren in den USA ausgesetzt habe. Die Bank habe sich unter der operativen Leitung des Beschwerdeführers als CEO - im Gegensatz zu einem Grossteil der Schweizer Banken, welche spätestens ab 2009 ihr Risikomanagement im US-Kundengeschäft schrittweise angepasst hätten und zurückhaltender bei der Annahme von US-Kunden geworden seien - ab 2008 bewusst für eine aggressive Expansionspolitik im US-Kundengeschäft entschieden. Diese habe im Wesentlichen auf der Annahme von mutmasslich unversteuerten US-Kunden von anderen Schweizer Banken, ohne spezifische Vorsichtsmassnahmen, beruht. Die Umsetzung dieses Geschäftsmodells habe dazu geführt, dass die Bank ab 2008 grösstenteils unversteuerte Vermögenswerte von rund 1 Mrd. Franken von anderen Schweizer Banken angenommen habe und diese im Sommer 2012 mehr als 50% des gesamten Geschäftsvolumens ausgemacht hätten. Dies habe die Bank unter US-Steuerstrafrecht dem Vorwurf der Beihilfe zur Steuerhinterziehung ausgesetzt. Dieses Geschäftsmodell sei bis zum Frühjahr 2012 beibehalten und auch nicht revidiert worden, als bereits Geschäftspartner in den USA angeklagt worden oder in den Fokus der US-Behörden geraten seien und auch die Bank in diesem Zusammenhang bereits erwähnt worden sei. Damit habe die Bank unter der operativen Leitung des Beschwerdeführers das Risiko einer schweren Verletzung der US-Rechtsordnung und die damit verbundene Konfrontation mit den US-Behörden in Kauf genommen. Die Geschäftsleitung der Bank sei sich zunehmend bewusst gewesen, dass mit diesem Geschäftsmodell erhebliche Rechts- und Reputationsrisiken verbunden gewesen seien. Gleichfalls habe sie - mit Ausnahme der Annahme von US-Kunden von der UBS - im Zusammenhang mit der Annahme von US-Kunden von anderen Schweizer Banken ab 2008 keine besonderen Vorsichtsmassnahmen getroffen. Insbesondere habe die Bank vor Februar/März 2012 keine Plausibilisierung der Steuerkonformität vorgesehen. Selbst als sich die Risiken im US-Kundengeschäft im Jahr 2011 massiv erhöht hätten, habe die Geschäftsführung keine Änderung des Geschäftsmodells vorgenommen. Vielmehr habe das US-Kundengeschäft im Herbst 2011 nochmals markant zugenommen. Die Geschäftsführung der Bank habe ihr Geschäftsmodell hinsichtlich der Annahme von US-Kunden erst im Frühjahr 2012 infolge der Anklage gegen die Bank Wegelin und gestützt auf Gespräche mit der FINMA geändert. Erst ab diesem Zeitpunkt habe eine erhöhte Sorgfalt für die Annahme von US-Kunden gegolten und sei eine Plausibilisierung der Steuerkonformität vorgesehen gewesen. Obwohl der Bank und namentlich auch dem Beschwerdeführer die Umwälzungen im US-Kundengeschäft nach dem Exit der UBS bewusst gewesen und in der Folge immer mehr neue und mutmasslich unversteuerte Gelder von US-Kunden zur Bank gekommen seien, sei eine differenzierte Einschätzung der Risiken ausgeblieben. Die Geschäftsführung der Bank habe sich einseitig auf die kurzfristigen Gewinnmöglichkeiten der Bank fokussiert, welche sich durch die Annahme von neuen US-Kunden von anderen Schweizer Banken ergeben hätten. Die Risiken einer Verletzung von US-Straf- und Aufsichtsrecht und einer entsprechenden Verfolgung und Anklage in den USA seien demgegenüber nicht ausreichend berücksichtigt worden. Aufgrund der oberflächlichen Risikoanalyse und der falschen Einschätzung ihrer Position habe es die Bank verpasst, gemäss den

aufsichtsrechtlichen Anforderungen an ein angemessenes Risikomanagement nach Schweizer Recht rechtzeitig zielgerichtete Massnahmen einzuleiten, welche die US-Risiken tatsächlich begrenzt hätten. Insgesamt hätten die mit dem vom Beschwerdeführer umgesetzten Geschäftsmodell verbundenen Rechts- und Reputationsrisiken letztlich in keinem angemessenen Verhältnis mehr zur Grösse der Bank gestanden. Die Bank habe unter der operativen Führung des Beschwerdeführers ihre eigene Risikofähigkeit falsch eingeschätzt und die Risiken unterschätzt sowie die Rechts- und Reputationsrisiken mit dem grenzüberschreitenden US-Kundengeschäft nicht ausreichend erfasst, begrenzt und überwacht. Ein solches Verhalten gefährde das Ansehen des schweizerischen Bankgewerbes im In- und Ausland und den guten Ruf des Finanzplatzes, lasse sich mit den Grundsätzen der Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit (Art. 3 Abs. 2 Bst. c des Bankengesetzes [BankG; SR 952.0] und Art. 10 Abs. 2 Bst. d des Börsengesetzes [BEHG; SR 954.1]) sowie einem angemessenen Risikomanagement bzw. einer angemessenen Verwaltungsorganisation (Art. 3 Abs. 2 Bst. a BankG, Art. 10 Abs. 2 Bst. a BEHG, Art. 9 Abs. 2 und 4 der Verordnung über die Banken und Sparkassen vom 17. Mai 1972 [aBankV; AS 1972 821]; FINMA-Rundschreiben 2008/24 betr. Überwachung und interne Kontrolle Banken) nicht vereinbaren und stelle eine schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen im Sinne von Art. 33 FINMAG dar.

E. 3.1.2

Der Beschwerdeführer seinerseits bestreitet, dass die Bank unter seiner operativen Führung aufsichtsrechtliche Bestimmungen (schwer) verletzt habe. Er macht eine unrichtige und unvollständige Sachverhaltsfeststellung geltend und rügt eine fehlerhafte rechtliche Würdigung des Sachverhalts durch die Vorinstanz. Zur Begründung führt er aus, die Bank habe keine aggressive, sondern eine defensive Strategie verfolgt. Aus Risikoüberlegungen heraus habe die Bank darauf verzichtet, das bestehende Potential aktiv "abzuschöpfen". Dies würden auch die zahlreichen und progressiv einschränkenden Massnahmen und Bedingungen zeigen, die die Bank im grenzüberschreitenden US-Geschäft sukzessive ergriffen habe. Entgegen der Darstellung der Vorinstanz habe die Zunahme des externen Rechts- und Reputationsrisikos im grenzüberschreitenden US-Kundengeschäft ab 2008 bei der Bank nachweislich zu entsprechenden Massnahmen geführt. Eine noch defensivere Strategie hätte letztlich ein Verzicht auf US-Kunden bedeutet. Aus heutiger Sicht scheine für die Vorinstanz denn auch einzig ein Verzicht auf US-Kunden aufsichtsrechtlich zulässig gewesen zu sein. Die Annahme unversteuerter Gelder sei jedoch weder nach geltendem schweizerischem Aufsichtsrecht noch nach amerikanischem Recht untersagt gewesen. Die dem US-Kundengeschäft inhärenten Risiken seien sowohl durch das interne Kontrollsystem der Bank als auch durch die bankengesetzliche externe Revisionsstelle laufend evaluiert und als angemessen beurteilt worden. Auch die Vorinstanz, welcher sämtliche Fakten bekannt gewesen seien, habe im August und im September 2011 keine Anzeichen für eine Pflichtverletzung erkennen können. Die Vorinstanz habe ihre Meinung erst im Jahr 2012 nach der Anklage gegen die Bank Wegelin geändert, weshalb der Vorwurf, die Bank habe vorher aufsichtsrechtliche Pflichten schwer verletzt, auf einem Rückschaufehler beruhe. Insgesamt habe die Bank die Grundzüge zum Risikomanagement eingehalten und die bankenaufsichtsrechtlichen Anforderungen an eine angemessene Verwaltungsorganisation sowie die Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit seien jederzeit gegeben gewesen. Das Enforcementverfahren gegen den Beschwerdeführer verletze daher in krasser Weise das Fairnessgebot und die Gleichheit in der Rechtsanwendung.

E. 3.2.1

In Durchbrechung des Grundsatzes der Institutsaufsicht (Art. 3 lit. a FINMAG) kann die FINMA Personen, die durch ihr individuelles Fehlverhalten kausal und schuldhaft eine schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen bewirkt haben, für eine Dauer von bis zu fünf Jahren die Tätigkeit in leitender Stellung bei einer oder einem Beaufsichtigten untersagen (Art. 33 FINMAG [Berufsverbot]; vgl. BGE 142 II 243 E. 2.2). Beim Ausdruck "schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen" in Art. 33 Abs. 1 FINMAG handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, dessen Auslegung und Anwendung als Rechtsfrage grundsätzlich ohne Beschränkung der richterlichen Kognition zu überprüfen ist. Nach konstanter Praxis und Doktrin ist indes Zurückhaltung auszuüben und der rechtsanwendenden Behörde ein gewisser Beurteilungsspielraum zuzugestehen, wenn diese den örtlichen, technischen oder persönlichen Verhältnissen nähersteht oder über spezifische Fachkenntnisse verfügt. Das Gericht hat nicht einzugreifen, solange die Auslegung der Verwaltungsbehörde als vertretbar erscheint. Bei der Frage, ob die Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen schwer ist, ist der FINMA daher ein gewisser fachtechnischer Beurteilungsspielraum einzuräumen (vgl. statt vieler BVGE 2013/59 E. 9.3.6). Das Berufsverbot nach Art. 33 FINMAG stellt regelmässig eine erhebliche Einschränkung der verfassungsrechtlich garantierten Wirtschaftsfreiheit des Betroffenen dar (Art. 27 i.V.m. Art. 36 BV). Damit ein solcher Eingriff zulässig ist, muss er sich auf eine generell-abstrakte und genügend bestimmte gesetzliche Grundlage abstützen können, im öffentlichen Interesse liegen sowie im Einzelfall verhältnismässig sein (Art. 36 BV; vgl. BVGE 2013/59 E. 9.3.7 m.w.H.). An die Klarheit und Bestimmtheit der im konkreten Fall verletzten Bestimmungen und der sich aus diesen ergebenden Pflichten für die Beaufsichtigten sind aufgrund des Legalitätsprinzips hohe Anforderungen zu stellen, damit die Massnahme bzw. Sanktion für die potentiell durch ein Berufsverbot betroffenen Personen voraussehbar ist (vgl. BVGer, Urteil B-3625/2014 vom 6. Oktober 2015 E. 6.4; Peter Ch. Hsu/Rashid Bahar/Daniel Flühmann, in: Basler Kommentar Börsengesetz / Finanzmarktaufsichtsgesetz, 2. Aufl. 2011, Art. 33 N 14).

E. 3.2.2

Die Vorinstanz stützt ihren Vorwurf der schweren Verletzung von Aufsichtsrecht auf die beiden Bewilligungsvoraussetzungen einer einwandfreien Geschäftstätigkeit (Art. 3 Abs. 2 Bst. c BankG und Art. 10 Abs. 2 Bst. d BEHG) und einer angemessenen Organisation (Art. 3 Abs. 2 Bst. a BankG, Art. 10 Abs. 2 Bst. a BEHG, Art. 9 Abs. 2 und 4 der für die vorliegende Zeitspanne anwendbaren Verordnung über die Banken und Sparkassen vom 17. Mai 1972 [aBankV; AS 1972 821]). Nach Art. 3 Abs. 2 Bst. c des Bankengesetzes müssen die mit der Verwaltung und Geschäftsführung der Bank betrauten Personen einen guten Ruf geniessen und Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten (sog. Gewährserfordernis). Das Gewährserfordernis ist eine zentrale Norm des Finanzmarkt- und Bankenrechts, die nicht nur auf den Schutz der Bankgläubiger (Individualschutz), sondern insbesondere auch auf die Vertrauenswürdigkeit der Banken und des Finanzplatzes Schweiz zielt. Eine einwandfreie Geschäftstätigkeit erfordert fachliche Kompetenz und ein korrektes Verhalten im Geschäftsverkehr. Unter korrektem Verhalten im Geschäftsverkehr ist praxismässig in erster Linie die Beachtung der Rechtsordnung, d.h. der Gesetze und der Verordnungen, namentlich im Banken- und im Börsenrecht, aber auch im Zivil- und Strafrecht, sowie der Statuten und des internen Regelwerkes der Bank bzw. des Effektenhändlers zu verstehen. Nicht mit dem Gebot einwandfreier Geschäftstätigkeit zu

vereinbaren ist zudem, wenn das Geschäftsgebaren gegen Standesregeln oder vertragliche Vereinbarungen mit Kunden sowie gegen Treue- und Sorgfaltspflichten diesen gegenüber verstösst (vgl. statt vieler BVGer, Urteil B-5756/2014 vom 18. Mai 2017 E. 3.2.2. [in BVGE 2017 IV/7 nicht publizierte Erwägung], m.w.H.). Nach Art. 3 Abs. 2 Bst. a des Bankengesetzes muss die Bank sodann in ihren Statuten, Gesellschaftsverträgen und Reglementen den Geschäftskreis genau umschreiben und eine ihrer Geschäftstätigkeit entsprechende Verwaltungsorganisation vorsehen. Wo der Geschäftszweck oder der Geschäftsumfang es erfordern, sind besondere Organe für die Geschäftsführung einerseits und für die Oberleitung, Aufsicht und Kontrolle andererseits auszuscheiden und die Befugnisse zwischen diesen Organen so abzugrenzen, dass eine sachgemässe Überwachung der Geschäftsführung gewährleistet ist. Gestützt auf Art. 9 der alten - für den vorliegend zu beurteilende Sachverhalt anwendbaren - Bankenverordnung vom 17. Mai 1972 regelt die Bank die Grundzüge des Risikomanagements sowie die Zuständigkeit und das Verfahren für die Bewilligung von risikobehafteten Geschäften in einem Reglement oder in internen Richtlinien. Sie muss insbesondere Markt-, Kredit-, Ausfall-, Abwicklungs-, Liquiditäts- und Imagerisiken sowie operationelle und rechtliche Risiken angemessen erfassen, begrenzen und überwachen (Abs. 2). Sie sorgt für ein wirksames internes Kontrollsystem und bestellt eine von der Geschäftsführung unabhängige interne Revision (Abs. 4). Das Risikomanagement bezweckt die umfassende und systematische Steuerung und Lenkung von Risiken auf der Grundlage wirtschaftlicher und statistischer Kenntnisse. Es umfasst die Identifikation, Messung, Beurteilung, Steuerung und Berichterstattung über einzelne wie auch über aggregierte Risikopositionen und hat mit adäquaten und den Besonderheiten des Instituts Rechnung tragenden Methoden auf den jeweils geeigneten organisatorischen Ebenen zu erfolgen (vgl. FINMA-Rundschreiben 2008/24, "Überwachung und interne Kontrolle Banken" vom 20. November 2008, Rz. 126; Positionspapier der FINMA zu den Rechts- und Reputationsrisiken im grenzüberschreitenden Finanzdienstleistungsgeschäft ["Positionspapier Rechtsrisiken"] vom 22. Oktober 2010; mit Bezug auf Cross-border Finanzgeschäfte vgl. auch Alessandro Bizzozero/Christopher Robinson, Cross-border Finanzgeschäfte aus der und in die Schweiz, Genf 2011).

E. 3.3

Das Bundesverwaltungsgericht stellt den Sachverhalt von Amtes wegen fest (sog. Untersuchungsgrundsatz; Art. 12 VwVG) und prüft grundsätzlich uneingeschränkt, ob die Vorinstanz den rechtserheblichen Sachverhalt richtig und vollständig ermittelt hat (Art. 49 Bst. b VwVG). Dabei würdigt es die Beweise nach freier Überzeugung (sog. freie Beweiswürdigung; Art. 19 VwVG i.V.m. Art. 40 des Bundesgesetzes vom 4. Dezember 1947 über den Bundeszivilprozess [BZP, SR 273]); vgl. statt vieler BVGer, Urteil B-3625/2014 vom 6. Oktober 2015 E. 4.2.). Zu beurteilen ist vorliegend das US-Kundengeschäft der Bank unter der operativen Führung des Beschwerdeführers als CEO ab dem Jahr 2008 bis ins Jahr 2012. Dabei bildet der sog. US-Exit der Bank ab dem Frühjahr 2012 jedoch nicht Gegenstand der angefochtenen Verfügung, weshalb hierauf vorliegend ebenfalls nicht weiter eingegangen wird. Unter Berücksichtigung dessen ergibt sich in sachverhaltlicher Hinsicht im Wesentlichen was folgt.

E. 3.3.1

Unbestritten ist, dass das US-Kundengeschäft der Schweizer Banken in der Zeitperiode von 2008 (Bekanntgabe des US-Exits der UBS AG) bis 2013 (Bekanntgabe des US-Programmes für Schweizer Banken) von starken Veränderungen und Umwälzungen

geprägt war. Im Januar 2008 veröffentlichte die Financial Times erstmals, dass die UBS AG unter dem Druck der US-Behörden ihr US-Geschäft zurückfährt. Im Mai 2008 eröffnete die damalige EBK ein aufsichtsrechtliches Verfahren gegen die UBS AG. Im Juli 2008 kündigte die UBS AG ihren Ausstieg aus dem grenzüberschreitenden Geschäft mit US-domizilierten Kunden an. In der Folge wurden auch andere Schweizer Banken mit bedeutendem US-Kundengeschäft zunehmend restriktiver bei der Annahme von US-Kunden oder leiteten ebenfalls ihren schrittweisen Ausstieg aus dem grenzüberschreitenden US-Kundengeschäft ein. Mit Verfügung vom 21. Dezember 2008 schloss die damalige EBK das aufsichtsrechtliche Verfahren gegen die UBS AG ab. Die EBK rügte die Bank wegen schwerer Verletzung des Gewährens- und Organisationserfordernisses, verbot ihr, das grenzüberschreitende Private Banking mit Personen mit Wohnsitz oder Domizil in den USA weiter zu betreiben und wies sie explizit an, die Rechts- und Reputationsrisiken bei der grenzüberschreitenden Erbringung von Finanzdienstleistungen von der Schweiz aus angemessen zu erfassen, zu begrenzen und zu überwachen (vgl. FINMA Bulletin 1/2010, S. 76 ff.). In der gleichen Zeitperiode wurden von den USA verschiedene Projekte zur weiteren Offenlegung von US-Steuerpflichtigen im Ausland lanciert (vgl. Offshore Voluntary Disclosure Programs [nachfolgend OVDP] ab 2009 sowie den Foreign Account Tax Compliance Act [nachfolgend: FACTA], für die Schweiz jedoch erst mit dem FATCA-Gesetz vom 27. September 2013 [SR 672.933.6] per 30. Juni 2014 rechtsverbindlich). Im Februar 2009 schloss die UBS AG im Zusammenhang mit ihrem grenzüberschreitenden US-Kundengeschäft ein Deferred Prosecution Agreement (nachfolgend: DPA) mit dem US-Justizministerium ab. Gleichzeitig publizierte die FINMA den Kurzbericht zur Untersuchung des grenzüberschreitenden Geschäfts der UBS mit Privatkunden in den USA (Untersuchung der EBK des grenzüberschreitenden Geschäfts der UBS AG mit Privatkunden in den USA, Kurzbericht vom 18. Februar 2009). Im Oktober 2010 publizierte die FINMA das Positionspapier zu den Rechts- und Reputationsrisiken im grenzüberschreitenden Finanzdienstleistungsgeschäft (Positionspapier Rechtsrisiken vom 22. Oktober 2010). Ab 2011 war öffentlich bekannt, dass die USA ihre Steuerverfahren gegen weitere Schweizer Banken ausdehnten. Insbesondere wurden gegen verschiedene Schweizer Banken, unter anderen auch gegen die Bank Wegelin, Verfahren eingeleitet, in welchen der Vorwurf erhoben wurde, es seien ehemalige ungesteuerte US-Kunden der UBS übernommen worden. Ebenfalls öffentlich bekannt war, dass die USA verschiedene Mitarbeiter von Schweizer Banken sowie externe Vermögensverwalter (nachfolgend: eVV) unter dem Vorwurf der Beihilfe zur Steuerhinterziehung angeklagt hatten. In diesem Zusammenhang wurde auch die Bank das erste Mal erwähnt. Im Februar 2012 wurde die Bank Wegelin in den USA wegen Beihilfe zur Steuerhinterziehung angeklagt. Ihr wurde vorgeworfen, sie habe ehemalige ungesteuerte US-Kunden von anderen Schweizer Banken und Finanzintermediären übernommen. In diesem Zusammenhang wurde erneut die Bank erwähnt. Im Oktober 2012 wurde denn auch gegen sie eine strafrechtliche Untersuchung des US Department of Justice (nachfolgend: DoJ) eingeleitet, in welchem das grenzüberschreitende Geschäft der Bank mit US-Kunden untersucht wurde. Am 16. April 2013 wurde durch die Staatsanwaltschaft des United District Court, Southern District of New York, Anklage gegen F._____ (damals Geschäftsleitungsmitglied der Bank) sowie gegen G._____, Partner bei der Zürcher Anwaltskanzlei XY._____ AG, wegen Beihilfe zur Steuerhinterziehung erhoben. In der Anklage wurde auch der Bank vorgeworfen, ab 2008 zahlreiche US-Kunden von anderen Schweizer Banken angenommen zu haben. G._____ hat sich im August 2013 in den USA der Beihilfe zur

Steuerhinterziehung für schuldig bekannt (vgl. zur dargelegten Entwicklung die Verfügung der Vorinstanz vom 30. August 2013 gegen die Bank, Rz. 9 ff., und die entsprechenden vorinstanzlichen Akten). Im Oktober 2013 beschloss die Generalversammlung der Bank, den Betrieb der Bank einzustellen (vgl. Beilage 3 zur Beschwerde vom 8. September 2014). F._____ wurde im November 2017 jedoch vom District Court vom Vorwurf der Verschwörung gegen die USA und vom Vorwurf der Beihilfe zur Steuerhinterziehung freigesprochen (vgl. ...).

E. 3.3.2

Unbestritten ist sodann, dass - während ein Grossteil der übrigen Schweizer Banken spätestens ab 2009 zurückhaltender bei der Annahme von US-Kunden geworden sind oder sich aktiv vom US-Kundengeschäft getrennt haben - die Bank ihr US-Kundengeschäft trotz der dargelegten Entwicklungen bewusst nicht reduziert oder aufgegeben hat. Vielmehr verzeichnete das US-Kundengeschäft der Bank in diesem Zeitraum eine rasante Entwicklung: Im Januar 2008 verwaltete die Bank lediglich 10 US-Kunden mit Assets under Management (nachfolgend: AuM) von rund CHF 40 Mio. Den höchsten Stand erreichten die von der Bank verwalteten US-Vermögenswerte im Sommer 2012 mit rund CHF 1.014 Mrd. und rund 600 US-Kunden. Die stärksten Wachstumsperioden verzeichnete die Bank dabei vom Frühjahr 2009 bis im Herbst 2010 sowie erneut vom Sommer 2011 bis Winter 2011. Das Wachstum des US-Kundengeschäfts übertraf damit die übrige Geschäftsentwicklung in diesem Zeitraum klar, so dass die AuM der US-Kunden im Sommer 2012 im Vergleich mehr als 50% des gesamten Kundengeschäfts der Bank ausmachten (vgl. vor-instanzliche Akten pag. 1 1514 f.; Beilage 177-178). Dabei profitierte die Bank davon, dass andere Schweizer Banken in diesem Zeitraum aufgrund der erhöhten Risiken zunehmend restriktiver bei der Annahme von neuen US-Kunden wurden oder gänzlich aus dem US-Kundengeschäft ausgestiegen sind. Nahezu sämtliche der von der Bank in dieser Zeitspanne angenommenen US-Kunden kamen denn auch von anderen Schweizer Banken, wobei die (...) am meisten Kunden bzw. Kundengelder auf die Bank übertragen haben (vgl. Untersuchungsbericht vom 25. Juni 2013 Rz. 184 und 191 f.). Im Jahr 2011 wurden primär noch US-Kunden von der (...) angenommen (Untersuchungsbericht, Rz. 184 ff., sowie Beilagen 191-192, 217-218 zum Untersuchungsbericht).

E. 3.3.3

Nicht geklärt und umstritten ist, wie viele dieser von der Bank von anderen Schweizer Banken übernommenen US-Kundengelder tatsächlich unversteuert waren. Die Vorinstanz führt diesbezüglich in der angefochtenen Verfügung aus, ein "Grossteil" der ab 2008 von anderen Schweizer Banken angenommenen US-Kunden[vermögen] seien unversteuert gewesen. Der Beschwerdeführer bestreitet dies und wendet ein, der Anteil der tatsächlich unversteuerten US-Kunden sei gar nie erhoben worden, weshalb es sich um eine blosser Behauptung der Vorinstanz handle. Tatsächlich geht aus den Akten nicht hervor, wie gross der Anteil an unversteuertem US-Kundenvermögen damals wirklich war. Es gibt hierzu einzig mögliche Anhaltspunkte. So haben gemäss Untersuchungsbericht rund 130 Kunden mit Assets under Managements von insgesamt rund CHF 394 Mio. am sog. Voluntary Disclosure Programm teilgenommen und eine Selbstanzeige erstattet (vgl. Beilage 189 und 190 zum Untersuchungsbericht [Rz. 183]). Ob und welcher Anteil der von diesen Kunden gehaltenen Vermögen jedoch tatsächlich unversteuert war, ist nicht erstellt. Sodann haben viele der neuen US-Kunden ihre Konten indirekt über Domizilgesellschaften gehalten und

kein US-Quellensteuer-Formular W-9 eingereicht (vgl. Beilagen 181-184 zum Untersuchungsbericht), was ebenfalls ein Hinweis auf allenfalls un versteuerte Vermögenswerte sein kann. Der Bank selbst war indes nicht bekannt, ob und welche Vermögenswerte ihrer Kunden versteuert waren oder nicht. Fest steht jedoch, dass die Geschäftsführung der Bank auch Kunden mit möglicherweise un versteuertem Vermögen als "gute Assets" betrachtete und somit bewusst in Kauf nahm, möglicherweise un versteuerte US-Kundenvermögen zu verwalten (vgl. vorinstanzliche Akten p 6 036, Frage 16.3.1). Aufgrund der gesamten Umstände muss daher davon ausgegangen werden, dass wohl ein erheblicher Anteil des von der Bank verwalteten und von anderen Schweizer Banken übernommenen US-Kundenvermögens un versteuert war. Ob es sich hierbei jedoch lediglich um einen "Teil" oder gar um einen "Grossteil" des gesamten von der Bank verwalteten US-Kundenvermögens handelt, kann letztlich jedoch - auch im Rahmen des vorliegenden Beschwerdeverfahrens - nicht mehr erstellt werden.

E. 3.3.4

Zur Geschäftspolitik der Bank führt die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung aus, die Bank habe im US-Kundengeschäft eine "aggressive" Expansionspolitik eingeschlagen und habe "aktiv" von der Strategieänderung der anderen Schweizer Banken profitiert. Dabei habe sie - mit Ausnahme der Annahme von US-Kunden von der UBS - keine besonderen Vorsichtsmassnahmen getroffen. Der Beschwerdeführer macht demgegenüber geltend, die Bank habe aus Risikoüberlegungen eine defensive Strategie verfolgt, andernfalls sie ein Mehrfaches der tatsächlich übernommenen US-Kunden und US-Vermögenswerte hätte realisieren können. Dabei habe die Bank unter seiner operativen Führung - entgegen den Aussagen der Vorinstanz - diverse Massnahmen zur Reduktion der Risiken im grenzüberschreitenden US-Kundengeschäft ergriffen.

E. 3.3.4.1

Aus den Akten ergibt sich diesbezüglich ein differenziertes Bild. Mit der Vorinstanz ist festzuhalten, dass die Geschäftsführung der Bank (Verwaltungsrat und Geschäftsleitung) sich damals durchaus bewusst dafür entschieden hat, trotz der dargelegten Entwicklungen weiterhin US-Kunden anzunehmen. US-Kunden, welche bei anderen Instituten nicht mehr erwünscht waren, wurden von der Bank aufgrund ihrer Stellung als Schweizer Privatbank ohne Niederlassung in den USA als "gute Geschäftsmöglichkeit" angesehen (vgl. Untersuchungsbericht Rz. 41; vgl. auch die Aussagen des Beschwerdeführers im vorinstanzlichen Verfahren, wonach bankintern für alle klar gewesen sei, dass auch möglicherweise un versteuerte US-Vermögenswerte "gute Assets" seien [vorinstanzliche Akten pag. 6 036, Frage 16.3.1]). Auf dem Markt war damals denn auch bekannt, dass die Bank weiterhin Kunden mit US-Hintergrund akzeptierte. Im Übrigen ist mit dem Beschwerdeführer aufgrund der Akten und der diesbezüglich grundsätzlich übereinstimmenden Aussagen der Beteiligten davon auszugehen, dass die Bank mit Bezug auf US-Kunden zumindest gegen aussen eine grundsätzlich passive Strategie verfolgt hat (vgl. auch den Bericht über die Aufsichtsprüfung vom 9. Mai 2011 [Beilage 12 zur Beschwerde ans Bundesgericht]; Untersuchungsbericht Rz. 31 ff.): Die Bank war einzig in der Schweiz tätig. Sie hatte im Ausland weder Tochtergesellschaften noch Niederlassungen und betrieb dort weder Marketing noch Kundenakquisition oder Kundenbetreuung. Die Bank verpflichtete sich zur Einhaltung der Gleichbehandlung aller Kunden unabhängig von ihrer Herkunft. Kunden mit US-Hintergrund wurden von der Bank daher zwar trotz der genannten Entwicklungen im Schweizer US-Kundengeschäft und der angespannten Lage

mit den USA weiterhin angenommen. Sie wurden von der Bank jedoch nicht aktiv akquiriert (vgl. Untersuchungsbericht Rz. 31 ff.). Die Bank bezeichnete Kunden mit US-Hintergrund entsprechend auch nicht als Zielmarkt (vgl. Untersuchungsbericht Rz. 31). Reisetätigkeiten in die USA zum Zwecke der Kundenbetreuung waren nicht vorgesehen und fanden - soweit ersichtlich und abgesehen von einer Ausnahme - auch nicht statt (Untersuchungsbericht Rz. 37 und 71 ff.).

E. 3.3.4.2

Die Bank betrieb sodann weder Steuer- noch Strukturberatung (vgl. Untersuchungsbericht Rz. 31 und 210). Sie verfolgte in der relevanten Zeitspanne im Wesentlichen den Grundsatz, dass ihre Kunden für die Entrichtung ihrer Steuern selber verantwortlich seien. Entsprechend sah die Bank bis Februar/März 2012 auch bei Neukunden mit US-Hintergrund, welche im Zuge des Steuerstreits mit den USA von anderen Schweizer Banken übernommen wurden, keine Plausibilisierung der Steuerkonformität vor. Eine Ausnahme bildeten diesbezüglich US-Kunden von der UBS AG. Solche Kunden wurden aus Risikoüberlegungen heraus nicht übernommen, sofern sie vermutlich über nicht versteuerte Vermögenswerte verfügten (vgl. Untersuchungsbericht Rz. 44 f.).

E. 3.3.4.3

Aktenkundig ist sodann, dass in der relevanten Zeitspanne sowohl der Verwaltungsrat als auch die Geschäftsleitung sich regelmässig mit dem grenzüberschreitenden US-Kundengeschäft der Bank befassen (vgl. Untersuchungsbericht Rz. 40 ff.). Dabei wurden - wie der Beschwerdeführer zu Recht geltend macht - sukzessive auch konkrete Beschlüsse und Massnahmen getroffen (vgl. Untersuchungsbericht Rz. 34 ff.). Zusammenfassend richtete sich der Kundenannahmeprozess der Bank mit Bezug auf US-Kunden - abgesehen von US-Kunden von der UBS AG - bis Mai 2009 einzig nach den Vorgaben der Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken vom 7. April 2008 (VSB 08; nachfolgend: VSB), dem Geldwäschereigesetz (GwG; SR 955.00) sowie dem Qualified Intermediary Agreement (nachfolgend: QI-Agreement) mit dem US Internal Revenue Service (nachfolgend: IRS). Das QI-Agreement hatte die Bank bereits vor 2008 unterzeichnet. Ab Juni 2009 bis Ende 2010 wurde - in Ausführung der Weisung "US-Quellensteuer und QI" - von den Kunden jeweils verlangt, anzugeben, ob sie gemäss den Kriterien der Weisung "US Quellensteuer und QI" als "US-Person" bzw. "Nicht-US-Person" gelten (Formular A21). Im Zuge der No-US-Securities-Strategie (vgl. sogleich unten) wurde ab 2011 anstelle des Formulars A21 jeweils das Formular A31 "Verzicht auf Investitionen in US-Wertschriften" verwendet, worin der Kunde erklären musste, keine direkten Anlagen in US-Wertschriften zu tätigen und somit auf jegliche Investitionen in US-Wertschriften zu verzichten (vgl. Untersuchungsbericht Rz. 35, 54 und 67). Auf das Geschäftsjahr 2009 hin bestimmte der Verwaltungsrat der Bank sodann die Z._____ GmbH (nachfolgend Z._____) zur internen Revisionsstelle, da diese über spezifisches Know-How in den Bereichen des QI-Agreements sowie des US-Steuerrechts verfügt (vgl. Untersuchungsbericht Rz. 28). Im August 2009 wurde sodann beschlossen, keine Neukunden mit US-Wertschriften mehr anzunehmen. Im September 2009 wurde beschlossen, dass in den USA steuerpflichtige Personen künftig keine US-Wertschriften mehr halten dürfen. Zudem wurde Ende 2009 die Gründung einer SEC-registrierten Gesellschaft erwogen (vgl. Untersuchungsbericht Rz. 39). Im Dezember 2009 (VR) und März 2010 (GL) wurde sodann am Grundsatz festgehalten, dass die Kunden für die Entrichtung ihrer Steuern selber verantwortlich seien; sie sollten jedoch von der Bank

aufgefordert werden, ihren steuerlichen Pflichten nachzukommen. Im März 2010 beschloss der Verwaltungsrat, die Aufgaben und Pflichten der Bank betreffend Steuer-Reporting mit Spezialisten der internen Revision zu behandeln. Zudem sollte Y._____ Ltd. in den USA gegründet werden. Aufgrund der zunehmenden Bedeutung von externen Vermögensverwaltern in der Geschäftspolitik der Bank wurde im August 2010 zudem die Weisung "Externe Vermögensverwalter/nicht berufsmässig tätige Vermögensverwalter und Beibringer/Beauftragte" erlassen. Darin wurde im Wesentlichen die bisherige Praxis mit Bezug auf externe Vermögensverwalter festgeschrieben. Zuvor bestand diesbezüglich noch keine spezifische Weisung. Ende 2010 wurde im Zuge der Etablierung eines strukturierten Review-Prozesses bei externen Vermögensverwaltern ferner das Formular "Review Geschäftspartner" eingeführt (vgl. Untersuchungsbericht Rz. 67). Im September 2010 wurde mit dem Erlass eines neuen Organisationsreglements auch eine neue Weisung "Risikopolitik, Risikomanagement und Risikokontrolle" vom Verwaltungsrat der Bank verabschiedet. Damit wurde für die Geschäftsleitung die Möglichkeit geschaffen, einen Risk Manager zu bestimmen und ein Risk Committee einzusetzen. Von dieser Möglichkeit hat die Geschäftsleitung mit Beschluss vom 24. Januar 2011 denn auch Gebrauch gemacht (Untersuchungsbericht Rz. 25). Vor dem Hintergrund des Positionspapiers der FINMA zu den Rechts- und Reputationsrisiken im grenzüberschreitenden Finanzdienstleistungsgeschäft vom 22. Oktober 2010 wurde im Januar 2011 sodann eine Weisung zum grenzüberschreitenden Finanzdienstleistungsverkehr erlassen, welche die Einzelfragen mit Bezug auf das grenzüberschreitende Dienstleistungsgeschäft schriftlich und verbindlich regelte. Vor dem 1. Januar 2011 bestand noch keine spezifische Weisung betreffend das grenzüberschreitende Kundengeschäft (vgl. Untersuchungsbericht Rz. 56 f.). Ab März 2011 galt, dass sämtliche Kunden keine US-Wertschriften mehr halten sollen und es wurde die Kündigung des QI-Vertrags geprüft (vgl. Untersuchungsbericht Rz. 38). Im Juni 2011 diskutierte der Verwaltungsrat auf Empfehlung der internen Revision hin die Erstellung eines Länderpapiers USA, erachtete dieses jedoch als nicht erforderlich, da die USA nicht Zielmarkt seien und keine Akquisitions- und Beratungstätigkeit in den USA stattfänden. Im Juli 2011 beschloss die Geschäftsleitung - veranlasst durch ein Gespräch mit der FINMA - die Erstellung eines "Ländermanuals" USA. Ca. Mitte 2011 wurde den Mitarbeitern ein von der I._____ erstellter "Country Services Catalogue" übergeben. Dieser stellte mit Bezug auf die USA diverse Formen des Kundenkontakts dar und qualifizierte diesen als erlaubt, verboten oder als unter gewissen Voraussetzungen erlaubt (vgl. Untersuchungsbericht Rz. 69). Im August und September 2011 fanden informelle Gespräche mit Vertretern der FINMA zum US-Kundengeschäft der Bank statt (vgl. hierzu E. 3.3.6). Im Dezember 2011 wurde sodann entschieden, ab 2012 für alle ausländischen Kunden standardmässig einen "International Report" zu erstellen. Die Geschäftsleitung wurde zudem beauftragt, die Weisung "Grenzüberschreitende Dienstleistungen" zu überarbeiten. Entsprechend wurde Ende 2011/Anfang 2012 die H._____ AG von der Bank für die Risikoanalyse und -beurteilung betreffend das Crossborder- und spezifisch das US-Geschäft sowie für die Erstellung der Fachinformation Crossborder Geschäft USA beigezogen (vgl. Untersuchungsbericht Rz. 119). Im Februar 2012 wurde aufgrund der Anklage gegen die Bank Wegelin als Sofortmassnahme beschlossen, ein Formular zu erstellen, mit welchem der Kunde bestätigt, dass die bei der Bank hinterlegten Vermögenswerte adäquat versteuert seien. Ende Februar 2012 wurden im Rahmen einhergehender Gespräche mit der FINMA infolge der Anklage gegen die Bank Wegelin sodann diverse weitere Sofortmassnahmen getroffen (sog. "US-Exit", welcher jedoch nicht

Gegenstand der angefochtenen Verfügung bildet). Im März 2012 wurde die Fachinformation "Crossborder Geschäft USA" zusammen mit der überarbeiteten Weisung "Grenzüberschreitende Dienstleistungen" per 15. März 2012 verabschiedet (Untersuchungsbericht, Rz. 59 f.).

E. 3.3.5

Das US-Kundengeschäft der Bank war in der relevanten Zeitspanne sodann Gegenstand der Prüfung durch die interne und externe Revision. Zusammenfassend ergibt ein Blick in diese Berichte, dass insbesondere die interne Revision die Bank jeweils auf potentielle Risiken - insbesondere im Zusammenhang mit dem QI-Agreement - hingewiesen und auch konkrete Massnahmen vorgeschlagen hat, welche bankintern jeweils diskutiert und mehrheitlich auch umgesetzt wurden. Entsprechend der sich stetig zuspitzenden Situation mit Bezug auf Verfahren und Anklagen in den USA schätzte sie die Risiken der Bank im grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehr Ende 2011 denn auch als hoch ein (vgl. Bericht der Internen Revision vom 2. Dezember 2011, S. 3 ff. und 15 [Beilage 129 zum Untersuchungsbericht]). Eine ähnliche Entwicklung zeigen auch die Berichte der externen Prüfgesellschaft. Im Bericht über die Aufsichtsprüfung per 31.12.2010 wird mit Bezug auf die regulatorischen Entwicklungen im grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehr noch ausgeführt, dass die Bank sich mit den regulatorischen und strategischen Risiken laufend befasse sowie Massnahmen abgeleitet und umgesetzt habe. Die Einschätzung der Prüfgesellschaft änderte sich erst anfangs 2012, nachdem die Bank Wegelin in den USA angeklagt worden war (Prüfbericht zur Aufsichtsprüfung 2011 vom 15. März 2012). Neu wurden hauptsächlich eine ungenügende Dokumentation der Risikobeurteilung, das (damals noch) fehlende Länderpapier sowie die Schulung der Mitarbeitenden und die Kontrolle der externen Vermögensverwalter beanstandet. Insgesamt wurde jedoch der Bank die Einhaltung der aufsichtsrechtlichen Bestimmungen, insbesondere der Gewähr für einwandfreie Geschäftstätigkeit, jeweils im Grundsatz bestätigt.

E. 3.3.6

Ferner hat auch die Vorinstanz sich bereits damals mit dem US-Kundengeschäft der Bank auseinandergesetzt. Insbesondere haben im August und September 2011 - und damit noch vor der Anklage der Bank Wegelin in den USA im Februar 2012 - im Rahmen eines informellen Treffens Gespräche zwischen Vertretern der Bank und Vertretern der Vorinstanz spezifisch zum US-Kundengeschäft der Bank stattgefunden. Der Beschwerdeführer führt diesbezüglich aus, die FINMA habe das von ihr nun retrospektiv als untolerierbares Risiko bezeichnete US-Kundengeschäft der Bank zu jenem Zeitpunkt noch als rechtmässig akzeptiert. Sie habe ihre Meinung erst nach der Anklage der Bank Wegelin in den USA geändert. Ihr Vorwurf basiere daher auf einem unzulässigen Rückschaufehler. Auf entsprechenden Beweisantrag des Beschwerdeführers hin wurden die damals an diesen Gesprächen beteiligten Vertreter der FINMA im Rahmen des vorliegenden Beschwerdeverfahrens als Zeugen einvernommen (vgl. Zeugeneinvernahme vom 24. Januar 2017 mit den entsprechenden Einvernahmeprotokollen [nachfolgend auch: EV]). Aus diesen Einvernahmen geht hervor, dass die Vorinstanz sich nach dem UBS-Fall 2008 intensiv mit dem US-Kundengeschäft der Banken befasste. Im Rahmen dessen hat die Vorinstanz Gespräche mit verschiedenen Banken durchgeführt (vgl. EV ...). Ab Frühjahr 2011 standen die Vorinstanz und die Bank aufgrund der sich verschärfenden US-Steuerproblematik und des hohen Anteils an US-Kunden der Bank diesbezüglich in regelmässigem Kontakt. Die Vorinstanz war damals über die Risiken besorgt, welche die

Bank mit ihrem US-Kundengeschäft auf sich nahm. Sie wollte weitere Informationen zum US-Kundengeschäft der Bank erhalten und sich einen Überblick über ihre Risikolage und ihr Risikomanagement verschaffen (vgl. EV ...). In diesem Zusammenhang fanden am 18. August und am 30. September 2011 zwei Besprechungen zwischen Vertretern der Bank (darunter auch der Beschwerdeführer) und der FINMA (vertreten durch die reguläre Aufsicht sowie dem General Counsel's Office) statt. Aus den diesbezüglichen Zeugenaussagen geht hervor, dass die Vorinstanz bereits damals weitgehend über das US-Kundengeschäft der Bank informiert war. Sie verfügte über relativ genaue Angaben zur Anzahl der US-Kunden der Bank sowie zu den von diesen gehaltenen Assets under Management und wusste bereits damals, dass diese seit 2008 erheblich zugenommen hatten (vgl. EV ...). Der Untersuchungsbericht lag zu jenem Zeitpunkt indes noch nicht vor. Gemäss den Zeugenaussagen erachtete die Vorinstanz das US-Kundengeschäft der Bank damals als extrem riskant bzw. das diesbezügliche Risiko als sehr hoch. Dies teilte sie der Bank an den Gesprächen auch entsprechend mit (vgl. EV ...). Ebenso geht aus den Einvernahmen jedoch hervor, dass die Vorinstanz das US-Kundengeschäft der Bank und das damit einhergehende hohe Risiko damals bis zur Anklage der Bank Wegelin im Jahr 2012 akzeptiert hat. Der damalige General Counsel, A. _____, welcher an beiden Gesprächen anwesend war, sagte diesbezüglich aus: "Wir haben der Bank gesagt, dass es ein sehr hohes Risiko sei, welches sie da eingehe. Aber es sei ihr Entscheid. Anfangs 2012, der Auslöser war dort der Fall Wegelin, haben wir der Bank gesagt, dass es so nicht weitergehen würde und dass sie dieses Geschäft abbauen müsste" (EV ...). Auf die Frage, ob das [von der Bank eingegangene] Risiko an sich schon aus seiner damaligen Sicht nicht zulässig gewesen sei, antwortete er: "Nein, sonst hätten wir damals schon im Jahr 2011 interveniert. Wir haben damals erst im Jahr 2012 interveniert" (EV ...).

E. 3.4

Gestützt auf den dargelegten Sachverhalt und die Vorbringen der Parteien ist nachfolgend zu beurteilen, ob die Vorinstanz der Bank bzw. dem Beschwerdeführer aufgrund seiner Position als CEO bei der Bank im massgebenden Zeitraum (2008 bis 2012) zu Recht eine schwere Verletzung von aufsichtsrechtlichen Pflichten im Sinne von Art. 33 FINMAG vorwirft. Dabei ist zu beachten, dass auch aufsichtsrechtlich nur pflichtwidrig nicht vorgenommene Handlungen für den Erlass eines Berufsverbots relevant sein können. Eine schwere Verletzung einer aufsichtsrechtlichen Pflicht kann demnach durch eine Unterlassung nur begründet werden, wenn ein Beaufchtigter eine Handlung, welche durch das Aufsichtsrecht geboten ist, unterlässt. Dabei ist die Durchsetzung ausländischer Rechtsvorschriften in der Schweiz - in Übereinstimmung mit dem das öffentliche Recht beherrschenden Grundsatz des Territorialitätsprinzips - grundsätzlich nicht Aufgabe der Schweizerischen Finanzmarktaufsicht. Die Pflicht zur Erfassung, Begrenzung und Überwachung der dem Cross-border-Geschäft inhärenten Risiken ergibt sich daher nicht aus ausländischem, sondern aus inländischem Recht (für die massgebliche Zeitperiode Art. 9 Abs. 2 aBankV). Dabei ist detailliert aufzuzeigen, aus welcher aufsichtsrechtlichen Bestimmung die Pflicht zur Vornahme welcher Handlung fließt und inwiefern die Verfahrenspartei diese spezifische Handlung trotz bestehender rechtlicher Handlungspflicht unterlassen hat. Im Zusammenhang mit Art. 9 Abs. 2 aBankV ist insbesondere für jedes Risiko gesondert darzulegen, inwiefern die Verfahrenspartei dieses hätte erkennen, erfassen und wie begrenzen müssen (BGE 142 II 243 E. 3.1).

E. 3.4.1

Vorab ist festzuhalten, dass die Annahme unversteuerter Kundengelder nach schweizerischem Recht im vorliegend relevanten Zeitraum nicht untersagt war (so auch die Vorinstanz in ihrer Stellungnahme vom 12. Juli 2012, Rz. 7). Die Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken vom 7. April 2008 (VSB 08) untersagte einzig die aktive Beihilfe zur Steuerhinterziehung (Art. 8 VSB 08). Explizite Sorgfaltspflichten für Finanzintermediäre - wie sie etwa im Bereich der Geldwäscherei bestehen - gab es im Steuerbereich in der relevanten Zeitspanne nicht. Insbesondere bestand keine allgemeine Verpflichtung für Banken, bei ihren Kunden eine Steuerkonformitätsprüfung vorzunehmen. Die Einführung einer solchen Sorgfaltspflicht wurde vom Bundesrat erst im Bericht zur Finanzmarktpolitik des Bundes vom 19. Dezember 2012 konkret vorgeschlagen, und zwar im Rahmen der sog. Weissgeldstrategie (vgl. Bericht zur Finanzmarktpolitik des Bundes, S. 32 f.). Das Parlament ist auf eine entsprechende Vorlage des Bundesrates zur Einführung einer Sorgfaltspflicht für Banken im Steuerbereich jedoch - hauptsächlich mit Verweis auf den Erhalt der Wettbewerbsfähigkeit des Schweizerischen Bankensektors - noch im Jahr 2015 gar nicht erst eingetreten (vgl. Amtliches Bulletin 2015, S. 1154).

E. 3.4.2

Sodann statuiert das Finanzmarktaufsichtsgesetz selbst auch keine explizite Pflicht der Beaufichtigten zur Einhaltung von ausländischem Recht. Die Vorinstanz ging indes hauptsächlich ab Mitte des letzten Jahrzehnts zunehmend dazu über, unter den beiden Bewilligungsvoraussetzungen der einwandfreien Geschäftstätigkeit und der angemessenen Organisation von den Schweizer Banken im grenzüberschreitenden Finanzdienstleistungsgeschäft auch die Einhaltung von ausländischem Recht zu verlangen (für einen Überblick zur Entwicklung der Rechtsprechung vgl. u.a. Bizzozero/Robinson, a.a.O., S. 142 ff.; Shelby R. du Pasquier/Philipp Fischer, Cross-border financial services in and from Switzerland - Regulatory frameworks and practical considerations, in: GesKR 2010, S. 436 ff., insb. S. 449 ff.). So hat die Vorinstanz insbesondere mit Blick auf das grenzüberschreitende Geschäft der UBS AG mit Privatkunden in den USA im Jahr 2008 untersucht, ob die UBS AG die mit der Umsetzung des QI-Agreement und mit den amerikanischen aufsichtsrechtlichen Beschränkungen des grenzüberschreitenden Geschäftsverkehrs mit US-Personen (SEC-Restriktionen) verbundenen Rechts- und Reputationsrisiken angemessen erfasst, begrenzt und überwacht hatte und diesbezüglich eine Verletzung des Gewährs- und Organisationserfordernisses durch die Bank festgestellt (vgl. FINMA Bulletin 1/2010, S. 76 ff., sowie Kurzbericht - Untersuchung der EBK des grenzüberschreitenden Geschäfts der UBS AG mit Privatkunden in den USA vom 18. Februar 2009). Im Oktober 2010 publizierte die Vorinstanz sodann ein Positionspapier zu den Rechts- und Reputationsrisiken im grenzüberschreitenden Finanzdienstleistungsgeschäft. Darin führt die Vorinstanz aus, Verstösse gegen ausländische Vorschriften könnten nach Schweizer Recht unter gegebenen Voraussetzungen relevant sein, auch wenn die Aufsichtsgesetze - abgesehen vom Versicherungsaufsichtsgesetz - diesbezüglich keine expliziten Normen kennen würden. Insbesondere könne die Verletzung ausländischen Rechts gegen bestimmte - offen formulierte - schweizerische Aufsichtsnormen verstossen, so insbesondere gegen das Erfordernis der Gewähr für einwandfreie Geschäftstätigkeit. Vor allem aber verlangten die aufsichtsrechtlichen Organisationsvorschriften, dass alle Risiken, einschliesslich Rechts- und Reputationsrisiken, angemessen erfasst, begrenzt und überwacht würden und ein wirksames internes Kontrollsystem errichtet werde. Als Aufsichtsbehörde erwarte sie, dass

insbesondere das ausländische Aufsichtsrecht befolgt werde (Positionspapier Rechtsrisiken vom 22. Oktober 2010, S. 3 und 11 f.). Im Juni 2012 präzisierte die Vorinstanz ihre Erwartungen mit Bezug auf die Pflichten der Banken im grenzüberschreitenden Finanzdienstleistungsgeschäft sodann in einer Mitteilung zum grenzüberschreitenden Finanzdienstleistungsgeschäft mittels eines Katalogs zu den häufig gestellten Fragen (FAQ; vgl. Mitteilung der Vorinstanz vom 29. Juni 2012 zu den Rechts- und Reputationsrisiken im grenzüberschreitenden Finanzdienstleistungsgeschäft). Insgesamt beurteilt die Vorinstanz das grenzüberschreitende Finanzdienstleistungsgeschäft seit dem UBS-Fall somit zunehmend aus einem Risikoblickwinkel, womit die Berücksichtigung von ausländischem Recht gleichfalls eine politische Komponente erhalten hat (vgl. Bizzozero/Robinson, a.a.O., S. 146). Die sich aus dieser Risikosichtweise ergebenden konkreten aufsichtsrechtlichen Pflichten waren indes - zumindest in der relevanten Zeitspanne - nicht restlos klar (vgl. hierzu sogleich E. 3.4.4).

E. 3.4.3

Wie bereits ausgeführt, verfügt die Vorinstanz bei der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe grundsätzlich über ein grosses Ermessen (vgl. E. 3.2.1). Der weite Wortlaut des bankenrechtlichen Gewährserfordernisses und des Erfordernisses einer angemessenen Organisation belässt der Vorinstanz insbesondere im Rahmen einer zeitgemäss-teleologischen Auslegung einen gewissen Spielraum, mit Blick auf die Vertrauenswürdigkeit der Banken und des Finanzplatzes Schweiz (sog. Funktionsschutz) von ihren Beaufichtigten auch die Einhaltung von (noch) nicht materiell-gesetzlichen Pflichten zu verlangen (vgl. BVGE 2017 IV/7 E. 4.3.2.1, m.w.H.; zum Organisation- und Gewährserfordernis E. 3.2.2). Gleichzeitig ist auch bei der Auslegung und Anwendung von Aufsichtsrecht sowohl dem Legalitäts- und Rechtsstaatsprinzip (Art. 5 Abs. 1 BV i.V.m. Art. 164 BV) als letztlich auch der verfassungsrechtlichen Wirtschaftsordnung (Art. 27 und 94 BV) ausreichend Rechnung zu tragen (vgl. BVGE 2017 IV/7 E. 4.3.2.1). Insbesondere in Fällen, in welchen gestützt auf eine rückblickende Beurteilung eine die Wirtschaftsfreiheit des Betroffenen wesentlich einschränkende und zumindest teilweise repressive Sanktion ausgesprochen wird - was bei der Auferlegung eines Berufsverbots nach Art. 33 FINMAG regelmässig der Fall ist -, kommen dem Legalitätsprinzip und dem daraus fliessenden Gebot der Vorausssehbarkeit staatlichen Handelns eine zentrale Bedeutung zu (vgl. BGE 142 II 243 E. 3.4 zur Qualifikation des Berufsverbots als administrative Massnahme trotz repressiver Elemente; zum Berufsverbot als [im Gegensatz zur Gewährsprüfung bzw. -massnahme] retrospektive Massnahme vgl. Guillaume Braid, L'interdiction d'exercer selon l'art. 33 LFINMA: étendue, délimitations et qualification, SZW 2013, S. 210). Hier sind daher hohe Anforderungen an die Klarheit und Bestimmtheit der im konkreten Fall verletzten Bestimmungen und der sich aus diesen ergebenden Pflichten für die Beaufichtigten zu stellen, damit die Massnahme für die potentiell durch ein Berufsverbot betroffenen Personen voraussehbar ist (vgl. E. 3.2.1). Teilweise wird daher mitunter postuliert, dass das Gewährserfordernis alleine keine hinreichende Grundlage für eine schwere Verletzung bilde, welche ein Berufsverbot rechtfertige (vgl. Philipp Haberbeck, Stellt das Gewährserfordernis gemäss Art. 3 Abs. 2 lit. c Bank eine aufsichtsrechtliche Bestimmung im Sinne von Art. 33 FINMAG [Berufsverbot] dar?, in: Jusletter vom 8. Februar 2016; die Frage aufwerfend, jedoch - insbesondere mit Verweis auf die zurückhaltend formulierten Enforcement-Policy-Grundsätze 6 und 8 der FINMA [vgl. hierzu E.3.4.6.3] - differenzierend vgl. Hsu/Bahar/Flühmann, a.a.O., Art. 33 N 11). Zumindest darf die relativ weitreichende Praxis zur Gewähr für eine einwandfreie

Geschäftsführung nicht unbesehen auf potentielle Berufsverbotsfälle übertragen werden (vgl. Braidi, a.a.O., S. 1203; Hsu/Bahar/Flühmann, a.a.O., Art. 33 N 16).

E. 3.4.4

Mit dem Beschwerdeführer ist vorliegend davon auszugehen, dass der Hauptvorwurf der Vorinstanz letztlich auf das Geschäftsmodell der Bank an sich zielt, mit welchem bis zur Anklage gegen die Bank Wegelin in den USA (weiterhin) US-Kunden von anderen Schweizer Banken übernommen wurden, auch solche mit (möglicherweise) un versteuerten Vermögenswerten. So führt die Vorinstanz in ihrer Stellungnahme vom 12. Juli 2016 präzisierend aus, die Bank habe aufgrund ihrer ungenügenden Risikoanalyse nicht erkannt, dass die Risiken im US-Kundengeschäft sich seit dem UBS-Fall im Jahr 2008 weiterentwickelt und teilweise auch verschoben hätten, nämlich von Risiken der Verletzung von SEC- bzw. der QIA-Vorschriften vermehrt hin zu solchen einer Beihilfe zur Steuerhinterziehung. Die Massnahmen der Bank hätten sich in der Folge primär auf die Risiken mit Bezug auf SEC-Vorschriften und das QI-Agreement konzentriert, während das Hauptrisiko der Beihilfe zur Steuerhinterziehung nicht effektiv erfasst und entsprechend begrenzt worden sei. Sofern die Geschäftsführung der Bank aufgrund des von ihr verfolgten Geschäftsmodells nur durch eine Plausibilisierung der Steuerkonformität habe sicherstellen können, dass sie die mit der Annahme von US-Kunden verbundenen Risiken kenne und erfasse, habe eine solche im Rahmen des aufsichtsrechtlich geforderten, angemessenen Risikomanagements nach Schweizer Recht auch zu erfolgen. Aus den Verfahrensakten sei zudem auch nicht ersichtlich, dass die Bank ernsthafte Anstrengungen unternommen hätte, die neu angenommenen und mutmasslich un versteuerten US-Kunden zur Teilnahme an dem seit März 2009 eröffneten OVDP zu bewegen und somit zumindest schrittweise zu regularisieren. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz war die damalige Praxis der Bank, im Steuerbereich keine weitergehenden Massnahmen zu ergreifen und insbesondere auch keine Steuerkonformitätsabklärungen vorzunehmen, jedoch nicht per se das Resultat eines mangelhaften Risikomanagements, sondern vielmehr ein mit Blick auf die damaligen formell-gesetzlichen Rahmenbedingungen in der Schweiz bewusst gefällter strategischer Geschäftsentscheid der Bank. Das diesem Geschäftsmodell erwachsene und von der Vorinstanz zu Recht als "Hauptrisiko" bezeichnete Risiko einer möglichen Verfolgung und Anklage der Bank und ihrer Mitarbeitenden in den USA wegen Beihilfe zur Steuerhinterziehung gründet letztlich denn auch im Widerspruch zwischen dem damals geltenden schweizerischen Recht und der zunehmend extraterritorialen Anwendung von US-Recht durch die USA. Zwar ist mit der Vorinstanz festzuhalten, dass bei der Umsetzung dieses Geschäftsmodells durch den Beschwerdeführer durchaus gewisse Mängel ausgemacht werden können. Sie betreffen unter anderem die Dokumentation der Risikoanalyse, den Review-Prozess der eVV sowie das Weisungswesen (vgl. hierzu auch E. 3.3.5 sowie den Aufsichtsprüfbericht 2011 [vorinstanzliche Akten pag. 8 0194 ff.]). Diese Verfehlungen sind mit Blick auf das Hauptrisiko einer möglichen Verfolgung und Anklage in den USA vorliegend jedoch von untergeordneter Bedeutung. Für das Hauptrisiko kausal und letztlich auch der Hauptvorwurf der Vorinstanz war vielmehr die Strategie der Bank, (weiterhin) US-Kunden von anderen Schweizer Banken anzunehmen, ohne mit Blick auf die Steuerkonformität der von ihnen eingebrachten Kundengelder einschränkende Massnahmen zu treffen, insbesondere ohne eine Steuerkonformitätsprüfung durchzuführen oder von den Kunden eine entsprechende Erklärung zu verlangen. Im Zentrum steht daher vorliegend die Frage, ob die Bank unter der operativen Führung des Beschwerdeführers mit Blick auf das stetig zunehmende Risiko einer allfälligen Verfolgung und Anklage in den

USA aufsichtsrechtlich gestützt auf das Organisations- und Gewährserfordernis verpflichtet gewesen wäre, bei der Annahme von US-Kunden von anderen Schweizer Banken restriktive Massnahmen zu ergreifen, um die Annahme von unversteuertem US-Kundenvermögen zu verhindern oder zumindest zu beschränken.

E. 3.4.5

Wie bereits ausgeführt, war die Entgegennahme von unversteuertem Vermögen in der relevanten Zeitspanne nach schweizerischem Recht nicht verboten und es bestanden im Steuerbereich insbesondere auch keine einschlägigen Sorgfaltspflichten für Banken. Der Gesetzgeber hat sich noch im Jahr 2015 gegen die Einführung einer entsprechenden Sorgfaltspflicht entschieden (vgl. E. 3.4.1). Unter Berücksichtigung dessen ist es aus rechtsstaatlich-demokratischem Blickwinkel (insbesondere Art. 164 BV, wonach alle wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen in der Form des Bundesgesetzes zu erlassen sind) zumindest nicht selbstverständlich, wenn die Vorinstanz vorliegend "einzig" gestützt auf das Erfordernis eines angemessenen Risikomanagements mit Blick auf eine "allfällige" Verletzung von US-Steuerrecht genau diese Massnahmen von der Bank letztlich verlangt (kritisch zur Regelung solcher "grundsätzlicher" Fragen durch die Regulierungspraxis der FINMA vgl. Christoph B. Bühler, Gewährartikel: Regulierung der FINMA an der Grenze von Rechtsetzung und Rechtsanwendung, SJZ 2014, S. 25 ff., insb. S. 30 ff.; zumindest implizit eine solche Kompetenz wohl eher bejahend Sabine Kilgus, Expertengutachten vom 4. August 2014 an das Eidgenössische Finanzdepartement betreffend die Regulierungs- und Kommunikationstätigkeit der FINMA, Rz. 140).

E. 3.4.6

Unabhängig von der Beantwortung dieser grundsätzlichen kompetenzrechtlichen Frage kommt vorliegend erschwerend hinzu, dass während des von der Vorinstanz geltend gemachten Verletzungszeitraums von 2008 bis 2012 grosse Rechtsunsicherheit herrschte und der genaue Übergang von reinen Risikoüberlegungen auf rechtlich verbindliche Handlungskategorien bei der Berücksichtigung von ausländischem Recht noch weitgehend unsicher und unbestimmt war (zur Berücksichtigung der Klarheit der Rechtslage im massgeblichen Zeitpunkt des Rechtsverstosses bei der Beurteilung der Schwere der geltend gemachten Verletzung vgl. BVGer, Urteil B-4540/2013 vom 23. März 2015 E. 6). Insbesondere die Frage, wie weit Beaufsichtigte gewisse sich aus einer ausländischen Rechtsordnung resultierende Rechts- und Reputationsrisiken bewusst eingehen dürfen und ab welcher Intensität und ab welchem Zeitpunkt solche Risiken unter dem Blickwinkel des Gewährserfordernisses nicht mehr tragbar sind, war zumindest damals nicht geklärt. Dies gilt insbesondere auch für den Steuerbereich. Mit der Vorinstanz ist zwar grundsätzlich davon auszugehen, dass der Fall der UBS AG im Jahr 2008/2009 eine eigentliche Zäsur für das US-Kundengeschäft der Schweizer Banken darstellte. Denn dieser Fall machte deutlich, dass die US-Behörden mit Blick auf unversteuerte US-Kundenvermögen fortan nicht mehr zögern würden, mit härtesten Massnahmen gegen ausländische Banken vorzugehen. Entsprechend stellte sich für andere Schweizer Banken damals tatsächlich die grundsätzliche strategische Frage, wie sie mit US-Kunden umgehen und ob bzw. unter welchen Voraussetzungen diese noch neu angenommen werden sollten. Was dabei im Rahmen eines angemessenen Risikomanagements aus der Sicht des schweizerischen Aufsichtsrechts rechtlich noch erlaubt war und was nicht, blieb jedoch weitgehend offen. Der Beschwerdeführer macht diesbezüglich denn auch zu Recht geltend, dass der UBS-Fall sich doch erheblich vom vorliegenden Fall unterscheidet, da die UBS AG und deren

Mitarbeiter in grossem Ausmass in den USA tätig gewesen seien und dadurch amerikanisches Aufsichts- und Strafrecht nachweislich verletzt hätten, während die Bank im vorliegenden Fall in den USA weder aktiv noch präsent gewesen noch eine tatsächliche Verletzung von amerikanischem Recht vorliegend überhaupt erstellt sei. In der Tat sind mit Blick auf das Geschäftsmodell der Bank (einzig in der Schweiz tätig; keine Tochtergesellschaften/Niederlassungen im Ausland; kein Marketing und keine Kundenakquisition in den USA; weder Steuer- noch Strukturberatung) weder die Anwendbarkeit noch die tatsächliche Verletzung von amerikanischem Aufsichts- und Strafrecht evident und rechtlich umstritten. So ist - auch in den USA selbst - bis heute nicht restlos geklärt, inwiefern und unter welchen Umständen einzig die Entgegennahme von un versteuerten US-Kundenvermögen in der Schweiz unter amerikanischem Recht tatsächlich strafbar ist (vgl. den Freispruch von F. _____ als ehemaliges Geschäftsleitungsmitglied der Bank; E. 3.3.1). Ebenso blieb auch nach dem Fall UBS und dem entsprechenden Erlass des Positionspapiers durch die FINMA die für den vorliegenden Fall durchaus relevante Frage ungeklärt, wann ausländisches Recht aus dem Blickwinkel des Schweizerischen Aufsichtsrechts und damit im Rahmen der einzuhaltenden Organisations- und Gewährspflichten auch tatsächlich als anwendbar erachtet werden muss und welche Normen bei einem Rechtsanwendungskonflikt zwischen der schweizerischen und der ausländischen Rechtsordnung zu beachten sind (vgl. Tiffany Ender/Hans Caspar Von der Crone, Die Risiken des grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehrs aus dem Blickwinkel des schweizerischen Aufsichtsrechts, in: SZW/RSDA 2010, S. 506 ff., S. 517, welche mit Blick auf das Prinzip des engsten Zusammenhangs in Fällen, in welchen die Erbringung der inländischen Dienstleistungen an ausländische Empfänger ohne physische Grenzüberschreitung stattfindet, (einzig) das Schweizerische Aufsichtsrecht als anwendbar erachten [S. 516]).

E. 3.4.6.1

Eine Konkretisierung der sich aus dem Gewährens- und Organisationserfordernis ergebenden Pflichten mit Bezug auf ausländisches Recht im grenzüberschreitenden Finanzdienstleistungsgeschäft fand erst im Herbst 2010 statt, und zwar einzig im Rahmen eines "Positionspapiers" ohne (Übergangs-)Fristen zur Umsetzung der darin enthaltenen Erwartungen an die Beaufsichtigten (vgl. Bizzozero/Robinson, a.a.O., S. 150 ["ein Dokument ohne rechtliche Wirkung"]; Kilgus, a.a.O., Rz. 140, welche die Frage aufwirft, weshalb die FINMA hierfür "nur" zum Mittel eines Positionspapiers greift). Dieses Positionspapier ist mit Bezug auf ausländisches Steuerrecht sodann äusserst zurückhaltend formuliert. Während die Vorinstanz darin explizit ausführt, dass sie als Aufsichtsbehörde erwarte, dass insbesondere das ausländische Aufsichtsrecht befolgt wird, fehlt eine entsprechende Aussage mit Bezug auf das ausländische Steuer(straf)recht.

E. 3.4.6.2

Die in der relevanten Zeitspanne unklare Rechtslage zeigt sich vorliegend letztlich auch im Umstand, dass weder die Prüfgesellschaft der Bank noch die Vorinstanz selbst im US-Kundengeschäft der Bank damals ein aufsichtsrechtlich unzulässiges Risiko erkannten. Zwar ist mit der Vorinstanz einig zu gehen, dass sie im Rahmen eines Enforcementverfahrens eine unabhängige aufsichtsrechtliche Beurteilung vorzunehmen hat und daher in keiner Weise an die Berichterstattung der Prüfgesellschaft gebunden ist. Es liegt in der Verantwortung der Bank und ihrer Organe, Aufsichtsrecht einzuhalten. Insbesondere schliesst - wie die Vorinstanz zutreffend geltend macht - alleine die Tatsache,

dass die Prüfgesellschaft bei der Bank nie eine schwere Verletzung von aufsichtsrechtlichen Bestimmungen oder schwere Missstände festgestellt hat, ein persönlich vorwerfbares Verschulden des Beschwerdeführers für die von der Vorinstanz vorgeworfene Unterlassung nicht aus. Das Gleiche gilt grundsätzlich auch mit Bezug auf das Verhalten der Vorinstanz in der laufenden Aufsicht: Deren fehlendes Tätigwerden in der relevanten Zeitspanne schliesst das Vorliegen einer (schweren) Verletzung von Aufsichtsrecht nicht per se aus. Jedoch ist diesbezüglich gleichfalls zu beachten, dass der Aufsichtspraxis und dem Verhalten der Vorinstanz gerade dort eine zentrale Bedeutung zukommt, wo konkrete aufsichtsrechtliche Handlungspflichten sich nicht aus dem positiven Recht an sich, sondern hauptsächlich aus der zeitgemäss-teleologischen Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe durch die Vorinstanz ergeben. Dies insbesondere dann, wenn - wie vorliegend - der Beurteilung auch noch eine wesentliche rechtspolitische Komponente innewohnt (vgl. E. 3.4.2.). Wie sich aus den Einvernahmen im vorliegenden Beschwerdeverfahren ergibt, hat die Vorinstanz sich bereits im Jahr 2011 intensiv mit dem US-Kundengeschäft der Bank beschäftigt und stand mit ihr diesbezüglich auch regelmässig in Kontakt. Dabei hat die Vorinstanz das Geschäftsmodell der Bank und das diesem inhärenten Risiko einer Anklage in den USA, welches nun ihr Hauptvorwurf und die Grundlage des Vorwurfs einer schweren Verletzung im Sinne von Art. 33 FINMAG bildet, damals bis zur Anklage der Bank Wegelin im Jahr 2012 akzeptiert (vgl. E. 3.3.6). Zwar lag der Untersuchungsbericht zu jenem Zeitpunkt noch nicht vor. Die mit Bezug auf den Hauptvorwurf der Vorinstanz relevante Entwicklung im Bereich des US-Kundengeschäfts der Bank war der Vorinstanz jedoch bereits damals bekannt. Was heute von der Vorinstanz als "enormes Klumpenrisiko" bezeichnet wird, welches gemäss Vorinstanz exemplarisch zeige, " [...]dass die vom Beschwerdeführer vorgebrachten, durch ihn bzw. die Bank eingeleiteten Massnahmen zur aufsichtsrechtlich geforderten, angemessenen Begrenzung der bekannten Risiken im US-Kundengeschäft nicht zielführend und ausreichend waren" (Eingabe der Vorinstanz vom 11. Juli 2016, Rz. 27), wurde von der Vorinstanz bis zur Anklage der Bank Wegelin im Februar 2012 im Wissen um die relevanten Entwicklungen noch akzeptiert. Auch wenn die Vorinstanz (formell) erst bei Erlass der Verfügung gegenüber der Bank und gegenüber dem Beschwerdeführer abschliessend und verbindlich eine aufsichtsrechtliche Beurteilung vorgenommen hat, so ist dieser Umstand - wie dies der Beschwerdeführer zu Recht vorbringt - mit Blick sowohl auf das Legalitätsprinzip (Art. 5 Abs. 1 BV) als letztlich auch den Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 9 BV) vorliegend durchaus relevant.

E. 3.4.6.3

Schliesslich ist vorliegend ebenfalls zu berücksichtigen, dass die Vorinstanz sich gemäss ihrer damals geltenden Enforcement-Policy bei Verfahren gegen natürliche Personen grundsätzlich Zurückhaltung auferlegte (Grundsatz 6 der Enforcement-Policy der FINMA vom 17. Dezember 2009). Mit Blick auf dessen einschneidende Wirkung für den Betroffenen verpflichtete sie sich zudem zu einem "abgewogenen" Einsatz von Berufsverboten (Grundsatz 8 Enforcement-Policy) und sie führte grundsätzlich keine aufsichtsrechtlichen Verfahren gegen natürliche Personen, welche nicht mehr in dem von ihr beaufsichtigten Sektor tätig waren bzw. sind (Grundsatz 7 Enforcement-Policy). Unter Beachtung dieser Grundsätze und vor dem Hintergrund der dargelegten unklaren Rechtslage sowie der damaligen Duldung des Geschäftsmodells durch die Vorinstanz ist deshalb die Auferlegung eines Berufsverbots vorliegend auch mit Blick auf die verfassungsmässigen und völkerrechtlichen Anforderungen an ein faires Verfahren (Art. 29 Abs. 1 BV; Art. 6 Abs. 1 EMRK) und mit Blick auf das Verhältnismässigkeitsprinzip (Art.

5 Abs. 2 und Art. 36 Abs. 3 BV) letztlich nicht vertretbar. Dies gilt umso mehr bei Berücksichtigung des Umstands, dass das Parlament noch im Juni 2013 - und somit zwei Monate vor der Eröffnung des Enforcementverfahrens gegen den Beschwerdeführer - dem Bundesrat eine Motion überweisen hat, mit welcher sie diesen beauftragte, mit der FINMA unter Respektierung von deren Unabhängigkeit zu erreichen, dass diese ihre Enforcement-Policy im Bereich der Gewährserfordernis verschärfe, damit Bankmanager im zutreffenden Fall mit dem in Art. 33 FINMAG vorgesehenen Berufsverbot versehen werden könnten. Dabei sollte die FINMA in ihrem Jahresbericht darüber statistische Angaben liefern (vgl. Motion 13.3410 [Bankmanager. Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit], eingereicht von der Kommission für Wirtschaft und Abgaben-NR am 13. Juni 2013). Eine unzulässige Vorwirkung der später in diesem Sinne erlassenen Leitlinien zum Enforcement vom 25. September 2014, welche die für den vorliegenden Fall massgebende Enforcement-Policy ablösen, sowie der allgemeine Eindruck, dass mit dem vorliegenden Fall ein politisches Exempel statuiert werden sollte, sind aufgrund der gesamten Umstände zumindest nicht einfach von der Hand zu weisen.

E. 3.4.7

Zusammenfassend und unter Würdigung der gesamten Umstände des vorliegenden Einzelfalls ist daher festzuhalten, dass der Vorwurf einer schweren Verletzung von Aufsichtsrecht vorliegend nicht aufrechterhalten werden kann. Das US-Kundengeschäft der Bank unter der operativen Leitung des Beschwerdeführers mag - zumindest aus heutiger Sicht - zwar unklug und äusserst risikoreich gewesen sein. Insgesamt bewegten sich die Bank und der Beschwerdeführer damit in der relevanten Zeitspanne jedoch nur - aber immerhin - in einem aufsichtsrechtlichen "Graubereich". Auf eine schuldhaft schwere Verletzung von Aufsichtsrecht im Sinne von Art. 33 FINMAG darf deshalb - insbesondere unter Berücksichtigung der hohen legislatorischen Anforderungen, welche bei der Auferlegung eines Berufsverbots zu beachten sind - im vorliegenden Einzelfall für die in Frage stehende Zeitperiode nicht erkannt werden. Im Übrigen wäre die Auferlegung eines Berufsverbots unter Berücksichtigung der speziellen Umstände des vorliegenden Einzelfalls (unklare Rechtslage mit Blick auf die vorgeworfene Verletzung; starke politische Komponente; zumindest fragwürdige Kompetenz der Vorinstanz zur Begründung von Sorgfaltspflichten, welche auf positiv-gesetzlicher Ebene verworfen wurden; Abweichung der Vorinstanz von ihrer früheren Einschätzung; Auferlegung eines Berufsverbots entgegen den damaligen Enforcement-Policy-Grundsätzen) vorliegend sodann auch klar unverhältnismässig.

E. 3.5

Demnach ist die Beschwerde diesbezüglich gutzuheissen und die Dispositiv-Ziffern 1 (Berufsverbot) und 3 (Strafandrohung, soweit das Berufsverbot betreffend) der angefochtenen Verfügung sind aufzuheben. Bei diesem Verfahrensausgang ist auf die übrigen Rügen des Beschwerdeführers nicht weiter einzugehen und der Antrag des Beschwerdeführers auf formelle Akteneinsicht in die internen Notizen der Vorinstanz ist abzuweisen. Mit Bezug auf den Antrag des Beschwerdeführers, es sei im Anschluss an die Sachverhaltsergänzung (formell) festzustellen, dass seitens des Beschwerdeführers im US-Kundengeschäft der Bank zwischen 2008 und 2012 (gar) keine Verletzungen von aufsichtsrechtlichen Bestimmungen vorgelegen habe (vgl. Eingabe vom 20. Juni 2016, S. 5), ist sodann festzuhalten, dass Gegenstand des Beschwerdeverfahrens die angefochtene Verfügung der Vorinstanz bildet. Entsprechend war vorliegend einzig zu prüfen, ob die

Voraussetzungen für die Auferlegung eines Berufsverbots, namentlich eine schwere Verletzung von Aufsichtsrecht, gegeben sind. Auf darüber hinausgehende Anträge des Beschwerdeführers ist daher nicht einzutreten.

E. 4

Die Vorinstanz auferlegte dem Beschwerdeführer in der angefochtenen Verfügung schliesslich die Verfahrenskosten in der Höhe von CHF 30'000.- (Dispositiv-Ziffer 5 der angefochtenen Verfügung). Der Beschwerdeführer seinerseits beantragt die Aufhebung der entsprechenden Dispositivziffer.

E. 4.1

Die Vorinstanz erhebt Gebühren für Aufsichtsverfahren im Einzelfall und für Dienstleistungen (Art. 15 Abs. 1 Satz 1 FINMAG). Gebührenpflichtig ist, wer eine Verfügung veranlasst (Art. 5 Abs. 1 Bst. a der Verordnung über die Erhebung von Gebühren und Abgaben durch die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht vom 15. Oktober 2008 [FINMA-Gebühren- und Abgabenverordnung, FINMA-GebV; SR 956.122]). Wie bereits dargelegt, sind die Voraussetzungen für die Auferlegung eines Berufsverbots nach Art. 33 FINMAG vorliegend nicht gegeben. Der diesbezügliche Sachverhalt war sodann bereits mit dem Verfahren gegen die Bank hinreichend geklärt. Unter Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsprinzips sowie der damals geltenden Enforcement-Policy-Grundsätze der Vorinstanz (vgl. E. 3.4.6.3.) bestand für die Vorinstanz vorliegend kein hinreichender Anlass für die Eröffnung eines Enforcement-Verfahrens.

E. 4.2

Demnach ist die Beschwerde auch mit Bezug auf die vorinstanzlichen Verfahrenskosten gutzuheissen und Dispositiv-Ziffer 5 der angefochtenen Verfügung ist entsprechend aufzuheben.

E. 5

Vorliegend obsiegt der Beschwerdeführer, weshalb er keine Verfahrenskosten zu tragen hat (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Die Vorinstanz trägt unabhängig vom Verfahrensausgang keine Verfahrenskosten (Art. 63 Abs. 2 VwVG). Daher sind vorliegend keine Verfahrenskosten zu erheben. Der nach dem Abschreibungsentscheid B-5041/2014 vom 5. Oktober 2015 betreffend das Zustimmungserfordernis verbleibende Restbetrag von Fr. 5'000.- des von dem Beschwerdeführer geleisteten Kostenvorschusses in der Höhe von insgesamt Fr. 10'000.- (vgl. BVGer, Urteil B-5041/2014 E. 7) wird ihm nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.

E. 6

Ausgangsgemäss ist dem Beschwerdeführer zu Lasten der Vorinstanz eine Parteientschädigung für die ihm erwachsenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 VGKE; Art. 64 Abs. 2 VwVG i.V.m. Art. 4 Abs. 1 und Art. 6 FINMAG). Diese umfasst die Kosten der Vertretung sowie allfällige weitere notwendige Auslagen der Parteien (Art. 8 ff. VGKE). Der Beschwerdeführer liess sich vor Bundesverwaltungsgericht anwaltlich vertreten, reichte aber keine detaillierte Kostennote ein. Die Parteientschädigung ist deshalb aufgrund der Akten und des geschätzten Aufwands durch das Bundesverwaltungsgericht festzusetzen (Art. 14 Abs. 2 VGKE). Angesichts des vorliegend getätigten Aufwands und der Komplexität der Streitsache, insbesondere unter Berücksichtigung des Schriftenwechsels

sowohl vor als auch nach dem bundesgerichtlichen Rückweisungsentscheid sowie des Aufwands für die Zeugeneinvernahmen am Bundesverwaltungsgericht, erscheint es vorliegend angemessen, dem Beschwerdeführer zulasten der Vorinstanz eine Parteientschädigung von insgesamt Fr. 30'000.- (inkl. MWST) zuzusprechen. Die Parteientschädigung hat die Vorinstanz dem Beschwerdeführer nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils zu entrichten (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 14 Abs. 2 VGKE).

E. 7

Dieser Entscheid kann mit Beschwerde an das Bundesgericht weitergezogen werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.