



12. März 2019

Kommentar

Bundesverwaltungsgericht: FINMA-Berufsverbot gegen General Counsel und Head Compliance einer Bank unverhältnismässig

Mit Entscheid vom 17. Januar 2019 (B-488/2018) erachtet das Bundesverwaltungsgericht ein zweijähriges Berufsverbot der FINMA gegen den General Counsel einer Schweizer Bank trotz einer Meldepflichtverletzung der Bank im konkreten Fall für unverhältnismässig, vor allem weil nach der internen Organisation der Bank nicht dieser, sondern die Geschäftsleitung als Ganzes für Geldwäschereimeldungen verantwortlich war. Der Entscheid ist nicht rechtskräftig, da er von der FINMA vor Bundesgericht angefochten wurde.

Die FINMA hatte dem früheren General Counsel und Head Compliance einer Schweizer Bank in einer Verfügung vom 1. Dezember 2017 vorgeworfen, sich im Zusammenhang mit Transaktionen im Umfeld von 1MDB trotz der «ihm bekannten klaren Warnzeichen (u.a. Verschleierung des wirtschaftlich Berechtigten, mutmasslich gefälschte Dokumente, ökonomisch unsinniges Verhalten usw.)» nicht gegen die Transaktionen ausgesprochen und auch keine Geldwäschereimeldung erstattet zu haben. Obwohl er nicht Mitglied der Geschäftsleitung war, qualifizierte ihn die FINMA aufgrund seiner Funktion und seiner Verantwortung im konkreten Fall als Gewährsträger und kam zum Schluss, dass er seine geldwäschereirechtlichen Sorgfaltspflichten (Art. 3 ff. GwG), die Meldepflicht (Art. 9 GwG) sowie das Gewährserfordernis (Art. 3 Abs. 2 Bst. c BankG) schwer verletzt hatte (FINMA-Enforcementbericht 2017, Fall 10).

Der General Counsel erhob dagegen Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Dabei rechnete er offenbar nicht unbedingt mit einem Erfolg der Beschwerde, weshalb er vorsichtigerweise auf eine aufschiebende Wirkung seiner Beschwerde verzichteten wollte. Das Bundesverwaltungsgericht entsprach diesem Wunsch (B-488/2018 vom 26. März 2018, CDBF commentaire, 22 Mai 2018).

Die Vorsicht wäre nicht nötig gewesen, denn das Bundesverwaltungsgericht gibt dem früheren General Counsel nun auch in der Hauptsache vollständig Recht und hebt das Berufsverbot vollständig auf.

In weiten Teilen folgt das Gericht zwar der Argumentation der FINMA:

- So bejaht es wohl die Anwendbarkeit des Schweizer Geldwäschereirechts auf eine in der Tochtergesellschaft der Bank in Singapur gebuchten, aber von der Schweiz aus betreuten Geschäftsbeziehung («shared relationship»), über welche die Geschäftsleitung in der Schweiz genau unterrichtet war. Letztlich lässt das Gericht die Frage aber offen (E. 3.2). Es wird möglicherweise in einer anderen Sache Gelegenheit haben, sich zur Anwendung des Schweizer Geldwäschereirechts zu äussern (vgl. den verfahrensrechtlichen Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-1290/2017 vom 22. September 2017, welcher ebenfalls in Zusammenhang mit 1MDB stand).
- Das Gericht bejaht im Rahmen einer Gesamtbetrachtung auch, dass spätestens im März 2013 ein begründeter Verdacht auf eine verbrecherische Herkunft der Vermögenswerte hätte bestehen und

entsprechend eine Verdachtsmeldung hätte erstattet werden müssen (E. 4.5.2). Der General Counsel habe trotz Kenntnis der Verdachtsumstände der GL keine Verdachtsmeldung beantragt und dieses individuelle Fehlverhalten sei auch mitverantwortlich für die schwere Gesetzesverletzung durch die Bank (E. 4.5.3).

Das Gericht erachtet es aber in Abwägung der Elemente des konkreten Falles für unverhältnismässig, dem General Counsel persönlich wegen dieser schweren Gesetzesverletzung der Bank ein zweijähriges Berufsverbot zu auferlegen, insbesondere weil (E. 5.5)

- der GC nicht untätig war, sondern auf die Verdachtsmomente aufmerksam machte und zusätzliche Fragen an den Kunden formulierte;
- nach den (durch die FINMA offenbar nicht beanstandeten) Regularien der Bank nicht er allein, sondern die Geschäftsleitung kollektiv für den Entscheid über die GWG-Meldung zuständig war;
- der Geschäftsleitung alle Informationen bekannt waren, welche den Verdacht hätten begründen müssen;
- ihm neben diesem Fall keine weiteren Pflichtverletzungen vorgeworfen wurden und er sich offenbar sonst korrekt verhalten hatte;
- er und die Bank durch den mit Kunden kolludierenden ehemaligen Verwaltungsratspräsidenten der Bank getäuscht wurde;
- nach Eindruck des Gerichts der CEO und der COO der Bank die treibenden Kräfte waren, die Kundenbeziehung weiterzuführen;
- den General Counsel somit nur ein „leichtes Mitverschulden“ traf;
- er im FINMA-Verfahren immer kooperativ war, und
- die FINMA nach Ansicht des Gerichts kein konkretes Schädigungspotential in einer künftigen Stellung im Finanzbereich begründen konnte.

Dieser Entscheid geht in die gleiche Richtung wie andere Entscheide des Bundesgerichts (BGE 142 II 243, 2C 739/2015, 25. April 2015, E. 2 und 3.1) und im Anschluss daran des Bundesverwaltungsgerichts (so im Entscheid B-3092/2016, 25. April 2018, BVGE 2018 IV/4 in Umsetzung von BGE 142 II 243, sowie die 7 Parallelentscheide zu Devisenhändlern der UBS vom 11. Juni 2018, B-626/635/642/686/688/2016), welche die Hürde insbesondere an die Begründung der Berufsverbote durch die FINMA erhöhten. Zusammengefasst erwarten die Gerichte von der FINMA, dass sie insbesondere

- den rechtserheblichen Sachverhalt und alle Tatbestandselemente und das Vorbringen der Betroffenen dazu genau prüft;
- bei Unterlassungsvorwürfen genau darlegt, *«aus welcher aufsichtsrechtlichen Bestimmung die Pflicht zur Vornahme welcher Handlung fliesst und inwiefern die Verfahrenspartei diese spezifische Handlung, trotz bestehender rechtlicher Handlungspflicht, unterlassen hat»* (BGE 142 II 243, 2C 739/2015, 25. April 2015, E. 3.1). Dabei sind *«hohe Anforderungen an die Klarheit und Bestimmtheit der im konkreten Fall verletzten Bestimmungen und der sich aus diesen ergebenden Pflichten für die Beaufsichtigten zu stellen, damit die Massnahme für die potenziell durch ein Berufsverbot betroffenen Personen voraussehbar ist.»* (BVGer B-3092/2016, 25. April 2018, , BVGE 2018 IV/4, E. 3.4.3);
- unter Abwägung aller Elemente (wie konkreter Verantwortungsbereich, allfällige Mitverantwortliche, übriges Verhalten, Kooperation im Verfahren, künftiges Schädigungspotential) begründet, weshalb ein Berufsverbot und dessen Dauer im konkreten Fall verhältnismässig ist (BVGer B-488/2018), 19. Januar 2019, nicht rechtskräftig).

Die FINMA hat den Entscheid B-488/2018), 19. Januar 2019, vor Bundesgericht angefochten. Wie immer auch der Entscheid des Bundesgerichts ausfallen wird: Die Gerichte werden die

Begründungshürden für Berufsverbote kaum senken, und es wird der FINMA nicht leichtfallen, sie zu überspringen. Besonders gespannt darf man darauf sein, ob die FINMA als Reaktion auf Ausführungen des Bundesverwaltungsgerichts zur überwiegenden «Kollektivverantwortung» der Geschäftsleitung künftig verlangen wird, dass die Verantwortung für Geldwäschereverdachtsmeldungen einer einzigen Person ohne Ergebnisverantwortung übertragen wird, z.B. dem Head Compliance. Die britische Financial Conduct Authority ist in ihrem «senior management regime» noch erheblich weiter gegangen.