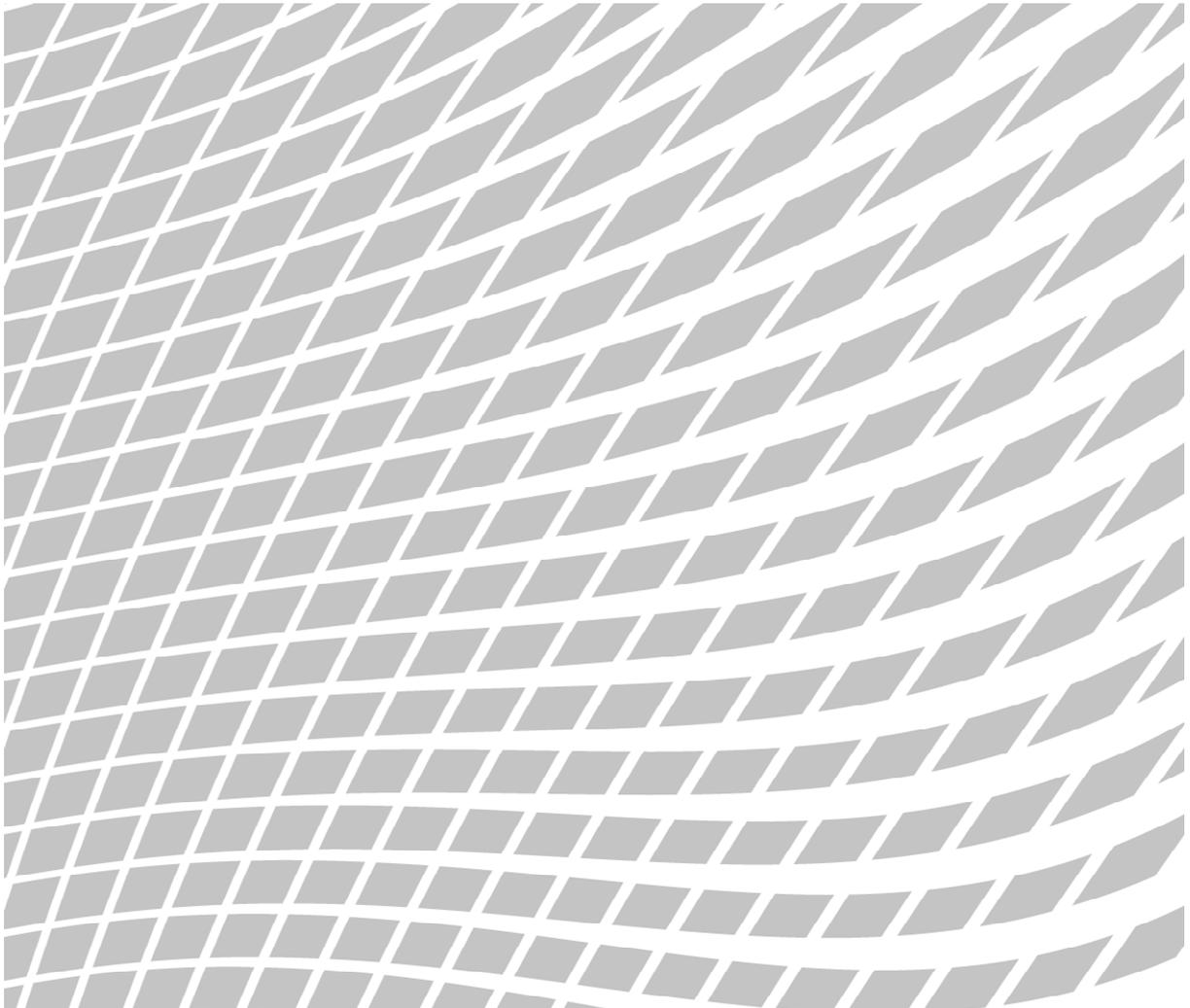


18. Februar 2009

Untersuchung der EBK des grenzüberschreitenden Geschäfts der UBS AG mit Privatkunden in den USA

Kurzbericht



Zusammenfassung

Der vorliegende Kurzbericht der Eidg. Finanzmarktaufsicht (FINMA) schildert die Gründe und Ergebnisse eines von der Eidg. Bankenkommission („EBK“) zwischen Mai und Dezember 2008 geführten und mittels Verfügung abgeschlossenen Verfahrens. Die FINMA hat diesen Kurzbericht verfasst, da die EBK per 1. Januar 2009 als eine von drei Aufsichtsbehörden in die FINMA überführt worden ist.

Nach Vorabklärungen eröffnete die EBK im Mai 2008 ein aufsichtsrechtliches Verfahren gegen die UBS AG, das sie nach umfangreichen Beweiserhebungen mit einer gegen die UBS AG gerichteten Verfügung vom 21. Dezember 2008 abschloss. Hauptgegenstand des Verfahrens war die Frage, ob die UBS AG die mit der Umsetzung des Qualified Intermediary Agreement („QIA“) und mit den amerikanischen aufsichtsrechtlichen Beschränkungen des grenzüberschreitenden Geschäftsverkehrs mit U.S. Personen („SEC-Restriktionen“) verbundenen Rechts- und Reputationsrisiken angemessen erfasst, begrenzt und überwacht hat.

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

Die EBK stellte im Rahmen ihrer Untersuchung hingegen keine nachlässige Umsetzung des QIA durch die UBS AG fest. Ebenso wenig kam die EBK zum Schluss, die oberste Geschäftsleitung der UBS AG hätte von den zuvor erwähnten Betrugsmanövern von U.S. Kunden zum Nachteil der U.S. Steuerbehörden und der weisungswidrigen Verletzung von SEC-Restriktionen durch einzelne Mitarbeiter gewusst. Die EBK verbot jedoch der UBS AG in ihrer Verfügung, das grenzüberschreitende Private Banking mit Personen mit Wohnsitz oder Domizil in den USA weiter zu betreiben. Sie verpflichtete die UBS AG, die der grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringung inhärenten Rechts- und Reputationsrisiken angemessen zu erfassen, zu begrenzen und zu überwachen und ordnete eine Kontrolle der Umsetzung dieser Anordnung an. Sie auferlegte der Bank die Verfahrenskosten von über einer halben Million Franken. Diese Verfügung wurde der UBS AG im Dezember 2008 eröffnet und ist inzwischen rechtskräftig geworden.

Das Verfahren der EBK erfolgte in etwa zeitgleich mit den Untersuchungen der amerikanischen Wertpapieraufsichtsbehörde U.S. Securities and Exchange Commission („SEC“), des U.S. Department of Justice („DoJ“) und der amerikanischen Steuerbehörde, dem Internal Revenue Service („IRS“). Den beiden zuerst genannten Behörden leistete die EBK Amtshilfe.

Inhaltsverzeichnis

Zusammenfassung	2
1 Untersuchungen amerikanischer Behörden gegen die UBS AG	4
2 Untersuchung der EBK	4
3 Das Qualified Intermediary Agreement	5
3.1 Wie kam es zum Qualified Intermediary Agreement?.....	5
3.2 Was regelt das QIA?	7
4 Grenzüberschreitendes Privatkundengeschäft in die USA: U.S. Rahmenbedingungen	9
4.1 SEC-Restriktionen.....	9
4.2 Die „Deemed Sales Rules“ des U.S. Steuerrechts	10
5 2001 - die UBS AG wird ein „Qualified Intermediary“	11
6 Untersuchungsergebnisse und Massnahmen der EBK	13
6.1 Fehlerhafte Umsetzung des Qualified Intermediary Agreement durch die UBS AG	13
6.2 Partielle Nichteinhaltung der SEC-Restriktionen	15
6.3 Zunehmend schwierigeres offshore Private Banking der UBS AG für U.S. Kunden.....	16
6.4 Verantwortung auf Managementstufe	17
6.5 Massnahmen.....	18

1 Untersuchungen amerikanischer Behörden gegen die UBS AG

Im September 2007 nahm das DoJ mit Vertretern der UBS AG Kontakt auf und teilte mit, es sei im Besitz eines Schreibens zur UBS-intern geführten Untersuchung im Zusammenhang mit dem „Whistleblowing“ von Bradley Birkenfeld, einem ehemals bei der UBS AG in Genf im Private Banking Nordamerika tätigen Kundenberaters. Zunächst ersuchte das DoJ darum, diesbezügliche Dokumente zur Verfügung zu erhalten. Schliesslich eröffnete das DoJ eine Untersuchung und begann, von der UBS AG immer umfangreichere Informationen zu den grenzüberschreitenden – „cross-border“ – Private Banking Aktivitäten in die USA und zur Einhaltung des QIA zu verlangen. Die Bank reagierte auf die Forderungen und Vorwürfe des DoJ, indem sie umgehend eine breit angelegte interne Untersuchung in die Wege leitete. Im Zuge seiner Ermittlungen hielt das DoJ den für das Nordamerikageschäft der UBS AG verantwortlichen Leiter während mehrerer Monate als „material witness“ fest und befragte diverse involvierte Kundenberater und Manager in den USA. Im November 2008 erwirkte das DoJ von der Grand Jury des Bezirksgerichtes Fort Lauderdale im Gliedstaat Florida, dass gegen Raoul Weil, den zur Zeit suspendierten CEO der Geschäftseinheit Global Wealth Management & Business Banking („GWM&BB“), wegen „Conspiracy in violation of 18 U.S.C. §371“ Anklage erhoben wurde. Dieser Akt wurde ohne vorgängige Eröffnung gegenüber der Bank oder Raoul Weil öffentlich bekannt gegeben.

Etwa gleichzeitig mit der Einleitung der Ermittlungen durch das DoJ und in enger Abstimmung mit demselben eröffnete auch der IRS eine Untersuchung. Er klärt ab, inwiefern U.S. Kunden der UBS AG gegen ihre Steuerpflichten verstossen haben. Dazu und zur Erfüllung ihrer Pflichten als QI verlangte der IRS Auskunft von der UBS AG. Parallel zum DoJ begann auch die SEC zu ermitteln. Sie untersuchte primär die Einhaltung der „SEC-Restriktionen“ im Zusammenhang mit der grenzüberschreitenden Erbringung von Finanzdienstleistungen in die USA.

2 Untersuchung der EBK

Nach Vorprüfungen eröffnete die EBK am 23. Mai 2008 ein eingreifendes Verwaltungsverfahren gegen die UBS AG und untersuchte vier Fragestellungen, die vorab die (heutige) Geschäftseinheit GWM&BB (vormals: Geschäftseinheit Private Banking UBS Schweiz, danach Wealth Management & Business Banking) betreffen:

- (1) Hat sich die UBS AG bzw. haben sich Mitarbeitende der UBS AG aktiv an Steuerbetrügen ihrer Kunden beteiligt?
- (2) Hat die UBS AG im Rahmen ihrer Verpflichtungen als Qualified Intermediary („QI“) oder anderswie falsche Erklärungen oder Berichte an amerikanische Behörden, namentlich an den IRS, abgegeben?
- (3) Gab es Verletzungen des QIA durch die UBS AG und wenn ja, wie schwerwiegend sind sie?

- (4) Wie ist die UBS AG und wie sind deren Angestellte mit den Rechtsrisiken umgegangen, die sich aus dem grenzüberschreitenden Geschäft in die USA in Verbindung mit dem QIA ergeben?

Ihre umfangreiche Untersuchung schloss die EBK mit Verfügung vom 21. Dezember 2008 ab.

3 Das Qualified Intermediary Agreement

3.1 Wie kam es zum Qualified Intermediary Agreement?

Die USA erheben unter anderem auf Zinsen, Dividenden, die aus U.S. Wertschriften herrühren und einem nicht in den USA ansässigen Empfänger („Non-Resident Alien“ oder „NRA“) gezahlt werden, eine Quellensteuer von 30% („NRA Withholding Tax“). Verantwortlich für die Erhebung und Ablieferung der NRA Withholding Tax ist die U.S. Zahlstelle (auch „U.S. Withholding Agent“ genannt). Investoren, die in einem Land domiziliert sind, das mit den USA ein Doppelbesteuerungsabkommen („DBA“) abgeschlossen hat, können eine volle oder teilweise Entlastung von dieser Steuer geltend machen. In den meisten Fällen wird der Quellensteuerabzug bei Dividenden auf 15% und bei Zinsen auf 0% reduziert. Abgesehen von spezifischen Ausnahmefällen wird von NRA's auf Erlösen aus der *Veräusserung* von U.S. Wertschriften keine Quellensteuer erhoben.

In der Regel wird keine Quellensteuer auf Zahlungen erhoben, die einer U.S. Person gutgeschrieben werden. Die Sicherstellung der Besteuerung dieser Erträge erfolgt stattdessen durch ein Meldeverfahren gegenüber dem IRS. Die U.S. Zahlstellen, insbesondere die Banken, müssen im Besitz eines IRS-Formulars W-9 sein, auf welchem der Leistungsempfänger unter Strafandrohung bestätigt, dass er eine U.S. Person und die angegebene Identifikationsnummer für Steuerpflichtige („tax payer identification number“ oder „TIN“) korrekt ist. Basierend auf diesen Angaben erstattet die zahlende Stelle bzw. der Withholding Agent dem IRS eine standardisierte Meldung (das sogenannte „1099 Reporting“). Kann der Withholding Agent die Meldung mangels vollständiger oder korrekter Angaben nicht ausführen, erhebt er auf den entsprechenden Zahlungen die „Backup Withholding Tax“, die U.S. Quellensteuer von zurzeit 28% (ursprünglich 31%).

Ende 1997 erliess der IRS eine neue Regelung zur Abwicklung der NRA Withholding Tax und das dazugehörige Reporting. Sie sollte sich auf Dividenden- und Zinszahlungen aus U.S. Quellen auswirken, die ab dem 1. Januar 2001 ausbezahlt wurden. Hauptgrund für die Änderung war das Bestreben, die weit verbreiteten Missbräuche von DBA's im Bereich der Dividendenentlastungen zu unterbinden. Gemäss der bis dahin geltenden Regelung basierte die Quellensteuerentlastung gestützt auf ein DBA auf der sogenannten „Adress-Methode“. Danach beurteilte sich die Berechtigung zu einer Reduktion der U.S. Quellensteuer einzig aufgrund der formularmässig erfassten Adresse des Zahlungsempfängers, womit auch die Adresse einer Bank gemeint sein konnte, bei der ein Kunde seine Konto-/Depotbeziehung unterhielt. Für die Inanspruchnahme der Steuerentlastung genügte somit bis dahin eine Adresse in einem DBA-Land.

Unter den 1997 verabschiedeten Vorschriften, welche am 1. Januar 2001 in Kraft treten sollten, galten sehr hohe Anforderungen hinsichtlich Identifikation und Dokumentation des Empfängers von Einkünften aus U.S. Quellen. Die anfänglich angedachte Regelung sah selbst bei nicht in den USA steuerpflichtigen Personen (NRA's) vor, dass sie eine Entlastungen von der NRA Withholding Tax unter einem DBA nur unter Angabe ihrer Identität gegenüber dem U.S. Withholding Agent hätten in Anspruch nehmen können. Diese weitgehenden Offenlegungs- und Meldevorschriften führten in den betroffenen (Finanzdienstleistungs-) Kreisen zu grossen Bedenken, v.a. etwa bei den U.S. Depotbanken. Ende der 90er Jahre nahm deshalb eine Delegation des amerikanischen IRS mit ausländischen Finanzplätzen Gespräche auf, um mögliche Lösungen zu diskutieren.

Als Alternative zu diesen weitgehenden Offenlegungs- und Meldepflichten etablierte der IRS schliesslich das sogenannte „Qualified Intermediary“-System („QI-System“). Es basiert auf der Grundidee, dass die Anforderung an den U.S. Withholding Agent, die Identität der Leistungsempfänger der von ihm ausgeführten Zahlungen kennen zu müssen, auf ein (ausländisches) qualifiziertes Finanzinstitut, einen sogenannten „Qualified Intermediary“ (QI), übertragen wird. Der QI übernimmt nach diesem System die Feststellung der Identität des Leistungsempfängers („Beneficial Owner“¹) und gegebenenfalls die Herabsetzung der Quellensteuern auf Dividenden und Zinsen. Im Gegenzug wird der U.S. Withholding Agent von dieser Aufgabe entlastet. Ein QIA mit dem IRS abschliessen konnten (und können) nur Finanzinstitute, die sich verpflichteten, bei der Kundenidentifikation nach vom IRS als ausreichend anerkannten Kundenidentifikationsvorschriften („Know Your Customer Rules“) zu verfahren. Das QI-System sieht weiter vor, dass externe Prüfer wiederkehrend kontrollieren, ob der QI die Zuordnungen der Kunden korrekt vornimmt und ob die jeweils erforderliche Kundendokumentation vorliegt.

Textbox 1: Mit dem QIA verfolgte Ziele

Mit dem weltweiten Abschluss von QI-Verträgen verfolgte der IRS verschiedene Ziele: (1) Primär ging es darum, die NRA's so zu erfassen, dass die durch ein DBA eingeräumte Reduktion von U.S. Quellensteuern inskünftig nur den wirklich Berechtigten zugute kommen konnte. (2) Gleichzeitig sollte erreicht werden, dass U.S. Steuerpflichtige nicht mehr in den USA investieren konnten, ohne die entsprechenden Investitionen zu deklarieren. (3) Neu sollten alle Einkünfte aus U.S. Quellen, allen voran aus U.S. Wertschriften, steuerlich korrekt erfasst werden. (4) Schliesslich sollte im Sinne eines grundlegenden Systemwechsels die Feststellung der Identität des Beneficial Owner neu externalisiert und dem bevorzugten Ansprechpartner, dem QI, überbunden werden.

Nicht in den USA domizilierte Banken und Clearing Organisationen, die mit dem IRS ein QIA abschliessen, können unter dem Vertragswerk für ihre nicht in den USA steuerpflichtigen Kunden (NRA's) die Quellensteuerentlastungen direkt in Anspruch nehmen, ohne die Identität der Leistungsempfänger bekannt geben zu müssen. Das ist vor allem für nicht amerikanische Banken von Bedeutung, die für ihre in- und ausländischen Kunden, die keine U.S. Personen sind, direkte Investitionsmöglichkeiten in U.S. Wertschriften anbieten möchten.

¹ Es handelt sich hierbei um einen technischen Begriff aus dem QIA bzw. dem U.S. Steuerrecht, der mit dem Begriff des wirtschaftlich Berechtigten bzw. „Beneficial Owner“ gemäss den hiesigen Geldwäschereivorschriften nicht zu verwechseln ist.

Spezielle Regeln im QIA gelten für den Umgang mit Kunden, die U.S. Personen sind. Sie sehen im Prinzip vor, dass der QI U.S. Personen Investitionen in U.S. Wertschriften verunmöglicht, ausser diese U.S. Personen stimmen einer Offenlegung ihrer Identität gegenüber der U.S. Zahlstelle und damit dem IRS zu. In Situationen, in denen die Offenlegung von Informationen über die Kontoinhaber aufgrund des anwendbaren Rechts – so etwa dem Schweizer Bankgeheimnis – verboten ist, kann der QI zusätzlich verpflichtet sein, hinsichtlich U.S. Personen auf anonymisierter Basis Informations- und Backup Withholding-Pflichten zu beachten.

3.2 Was regelt das QIA?

Das QIA ist ein Formularvertrag, den der IRS weltweit einsetzt. Der Vertrag enthält eine Rechtswahlklausel zu Gunsten des U.S. Bundesrechts. Die interessierten Finanzintermediäre unterzeichnen einen Mustertext, ohne Möglichkeit zur individuellen Änderung oder Anpassung der Vereinbarung. Ein QI übernimmt als Vertragspartner des IRS weitreichende Dokumentations-, Melde- und Rückbehaltspflichten. Die Anforderungen an die Erfüllung dieser Pflichten und die anzuwendende Sorgfalt leiten sich aus dem Vertragswerk und aufgrund von Verweisen teilweise aus dem U.S. Steuerrecht ab.

Um seinen Verpflichtungen unter dem QIA nachzukommen, ist ein QI unter anderem verpflichtet, seine Depotkunden nach bestimmten Kriterien zu kategorisieren.

Zentral ist dabei die Einteilung der Kunden in U.S. und Non-U.S. Personen bzw. Non-Resident Aliens. Dies führte im Zeitpunkt der Umstellung auf das QI-System dazu, dass die QI's weltweit ihre Kunden angingen und von ihnen eine Erklärung betreffend ihres U.S. Steuerstatus einholten:

- *U.S. Personen* im Sinne des U.S. Steuerrechts (dazu gehören u.a. auch „Green Card Holder“) hatten die Wahl, (i) ein W-9 Formular zu unterzeichnen und auf diesem Weg ihre Identität gegenüber dem IRS offenzulegen (sogenannte „W-9 Kunden“); (ii) auf eine Offenlegung zu verzichten und sich vor Inkrafttreten des QIA am 1. Januar 2001 von sämtlichen U.S. Titeln zu trennen (sogenannte „non-W-9 Kunden“); oder (iii) auf eine Offenlegung zu verzichten, die U.S. Wertschriften zu behalten und dabei eine (anonymisierte) Quellensteuer von 31% auf allen sogenannten „Reportable Payments“ in Kauf zu nehmen (ebenfalls als „non-W-9 Kunden“ bezeichnet). Unter dem QIA bestand (und besteht) die Erwartung, dass die Anzahl Kunden der letzten Kategorie minimiert würde.
- *Non-U.S. Personen* mit U.S. Wertschriften im Depot waren gehalten, ihren Status als non-U.S. Person auf einem Formular W-8BEN oder durch andere hinreichende Dokumentation zu bestätigen (Non-Resident Aliens oder NRA-Kunden). Bei NRA-Kunden mit einer ungenügenden QI-Dokumentation hatte der QI die Quellensteuer von 30% auf Einkünften aus U.S. Quellen zu erheben.

Bei der Erstellung einer QI-kompatiblen Kundendokumentation bereitete den QI's einmal der Umstand prozedurale Schwierigkeiten, dass vielfach nicht die U.S. Person, mit welcher der tatsächliche Kontakt

bestand, Kunde im technischen Sinn war, sondern eine offshore Struktur (meist Domizilgesellschaften wie beispielsweise Stiftungen oder Trusts etc.): Nach dem U.S. Steuerrecht gelten Strukturen entweder „per se“ als an den Vermögenswerten wirtschaftlich Berechtigte (z.B. gilt die Schweizer AG als „per se Corporation“) oder sie können gestützt auf die sogenannte „check-the-box-rule“ eine entsprechende Erklärung abgeben. Handelt es sich um eine sogenannte steuerlich nicht transparente „Non-Flow-Through Entity“, muss der wirtschaftlich an ihr Berechtigte unter dem QIA gegenüber dem IRS nicht offengelegt werden (z.B. der Aktionär einer Non-Flow-Through Struktur). In diesem Fall erklärt die Struktur bzw. erklären die für sie handelnden Organe, die Struktur selbst sei wirtschaftlich an den Vermögenswerten berechtigt. Ist die Struktur nach U.S. Recht inkorporiert (und damit folglich eine U.S. Person), unterzeichnen deren Organe ein Formular W-9, ist die Struktur nach ausländischem Recht begründet (und damit folglich eine Non-U.S. Person), ein Formular W-8BEN. Eine solche Struktur hat allerdings unter den „check-the-box-rule“ auch die Möglichkeit, sich – entgegen dieser Qualifikation – als steuerlich transparent behandeln zu lassen.

Bei steuerlich transparenten Strukturen (sogenannten „Flow-Through Entities“) ist dagegen von der Struktur bzw. den für sie Handelnden ein Formular W-8IMY zu unterschreiben. Hiermit erklärt die Struktur, sie halte die Vermögenswerte (bloss) als *Finanzintermediär*. Zusätzlich müssen die an der Struktur wirtschaftlich Berechtigten ihrerseits entsprechend ihrem U.S. Steuerstatus entweder ein Formular W-9 (U.S. Personen) oder ein W-8BEN (Non-U.S. Person bzw. NRA's) unterzeichnen. Nicht erforderlich war aufgrund einer Spezialregelung die Offenlegung gegenüber dem IRS der wirtschaftlich Berechtigten an Flow-Through Stiftungen und Trusts, die non-U.S. Personen und von einem Bankkundengeheimnis geschützt waren. Eine solche Struktur hat allerdings unter den „check-the-box-rule“ auch die Möglichkeit, sich – entgegen dieser Qualifikation – als steuerlich nicht transparent behandeln zu lassen.

Die Problematik der Bestimmung des Beneficial Owner an Vermögenswerten, die durch eine offshore Struktur gehaltenen werden, besteht vor allem darin zu erkennen, wann eine an sich selbständige, steuerlich nicht transparente Non-Flow-Through Struktur nach den Kriterien des U.S. Steuerrechts als Scheinfirma, d.h. als „sham“ oder „mere conduit“ gilt, und infolgedessen für U.S. Steuerzwecke durch die Struktur hindurch auf die dahinter stehenden wirtschaftlich Berechtigten geschaut werden muss. Zur Frage, wann eine „sham“ oder „mere conduit“ Struktur vorliegt, sind keine verlässlichen Richtlinien vorhanden. Grundsätzlich ging man davon aus, dass allein die Kenntnis, wonach der wirtschaftlich Berechtigte gemäss schweizerischem Formular A eine hinter einer Domizilgesellschaft stehende U.S. Person ist, für sich allein genommen nicht zu einer Qualifikation als „sham“ bzw. „mere conduit“ Struktur führen müsse.

Klarheit besteht insofern als sich die QI-Bank in Fällen, wo sie von Täuschungstatbeständen (so etwa bei Scheinfirmen) oder anderen spezifischen Umständen Kenntnis hatte, nicht mit einer Erklärung der für die Struktur handelnden Organe auf einem Formular W-8BEN begnügen durfte, wonach die Struktur selber an den gehaltenen Vermögenswerten wirtschaftlich berechtigt sei. Der IRS hat allerdings in der Vergangenheit eine Kontrolle der Substanzhaltigkeit von Domizilgesellschaften weder ausdrücklich verlangt noch implizit erwartet. Diesbezügliche Kontrollen waren denn auch bisher nie Gegenstand der vom IRS vorgegebenen externen QI-Audits.

Textbox 2: Kundenidentifikation durch Schweizer QIs gemäss QIA

Für Schweizer QI's sind die speziellen Formalitäten der Kundenidentifikation gemäss QIA in einem Anhang zum QIA, dem sogenannten „Attachment for Switzerland“ geregelt. Demnach gilt jede Dokumentation, die unter Einhaltung der Vorgaben des Attachment for Switzerland erstellt wurde, als „Documentary Evidence“ im Sinne des QIA und ist als Identifikationsmethode der Verwendung offizieller IRS-Formulare gleichgestellt. Vom IRS anerkannte KYC-Regeln basieren einerseits auf den schweizerischen KYC-Regeln, sind aber andererseits durch gewisse Zusatzfragen über U.S. Steuerpflichten ergänzt worden.

Gemäss QIA darf eine QI-Bank sowohl für die Beurteilung, ob ein Kunde eine U.S. Person oder eine non-U.S. Person ist, als auch zur Bestimmung, ob ein Kunde wirtschaftlich Berechtigter an bestimmten Vermögenswerten ist, grundsätzlich vermuten, dass ein vom Kunden ordnungsgemäss ausgefülltes IRS Formular (W-9, W-8BEN, W-8IMY) der Wahrheit entspricht bzw. dass die Kundendaten, die unter den vom IRS anerkannten KYC-Regeln erhoben wurden, richtig sind.

Im Rahmen der Verhandlungen zum QIA hatte der IRS (mündlich) bestätigt, dass das Formular A zur Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten nach den schweizerischen Geldwäschereivorschriften für QI-Zwecke nicht relevant sei. Für die Bestimmung des Beneficial Owner nach U.S. Steuerrecht kann die QI-Bank daher grundsätzlich auf ein ihr vorliegendes, vom Kunden unterzeichnetes IRS Formular oder ein gleichwertiges Surrogat abstellen. Allfällige Widersprüche zu einem dem QI gleichzeitig vorliegenden Formular A sind grundsätzlich ohne Bedeutung.

Jedoch darf sich ein QI gemäss QIA dann nicht auf die Dokumentation verlassen, wenn er weiss („Actual Knowledge“), dass die Informationen oder Erklärungen unzuverlässig oder falsch sind. Die Ansichten darüber, wann Actual Knowledge besteht, gehen auseinander. Verlässliche Vorgaben seitens der rechtsanwendenden Behörden bestehen nicht. Hat ein QI aufgrund spezifischer im QIA umschriebener Umstände Grund zur Annahme („Reason to Know“), dass es sich beim Kunden trotz gegenteiliger Erklärung um eine U.S. Person handeln könnte, darf er nicht ohne weiteres auf die QI-Kundendokumentation abstellen.

4 Grenzüberschreitendes Privatkundengeschäft in die USA: U.S. Rahmenbedingungen

4.1 SEC-Restriktionen

Verschiedene U.S. Gesetze (u.a. der „Securities Act of 1934“, der „Securities and Exchange Act of 1934“ und der „Investment Advisers Act of 1940“) sowie darauf gestützte „Rules“ und „Regulations“ beschränken die grenzüberschreitende Erbringung von Finanzdienstleistungen in die USA. Zuständig für die Durchsetzung dieser Vorschriften ist die SEC, daher die in diesem Bericht verwendete Bezeichnung „SEC-Restriktionen“. Nach diesen Vorschriften untersteht eine ausländische Einheit den einschlägigen U.S. Erlassen, wenn sie in den USA befindlichen U.S. Personen bestimmte Dienstleistungen unter Verwendung von „U.S. Jurisdictional Means“ erbringt. Als „Use of U.S. Jurisdictional Means“ gilt jede Kommunikation vom Ausland ins U.S. Territorium (z.B. per E-Mail, Telefon, Fax, Post) oder auch die Reisetätigkeit auf „Interstate Highways“. Insbesondere die Tätigkeit als Broker oder Dealer (Kunden- oder Eigenhändler) sowie die Anlageberatung gegenüber U.S. Personen in den USA

begründen grundsätzlich eine Bewilligungspflicht bei der SEC. Der U.S. Gesetzgeber hat ferner Vorschriften erlassen, denen Finanzmarktprodukte entsprechen müssen, wenn sie U.S. Personen angeboten werden.

Die SEC-Restriktionen stehen dem Ansatz der hiesigen Finanzmarktregulierung diametral entgegen. So ist es einem ausländischen Finanzintermediär unbenommen, die soeben beschriebenen Dienstleistungen als Broker, Dealer oder Anlageberater ohne Bewilligung der FINMA grenzüberschreitend in die Schweiz herein zu erbringen. Einzig der Vertrieb ausländischer Kollektivanlagen und strukturierter Produkte sowie von Versicherungsdienstleistungen ist in der Schweiz reguliert.

4.2 Die „Deemed Sales Rules“ des U.S. Steuerrechts

Konzeptionell weisen die SEC-Restriktionen Parallelen zu den sogenannten „Deemed Sales Rules“ der U.S. Treasury Regulations auf: Nach diesen Regeln wird ein Verkauf von Wertschriften, der an sich als in einem *ausserhalb* der USA gelegenen Büro ausgeführt behandelt würde, als *innerhalb* der USA ausgeführt behandelt, wenn eine bestimmte Verbindung zu den USA besteht. Solche Verkäufe sind dann Gegenstand von Reporting- und/oder Backup Withholding-Pflichten. Ein derartiger Konnex zu den USA besteht etwa dann, wenn der Kunde dazu ein U.S. Konto bei einem U.S. Büro des Brokers eröffnet hat oder aus den USA heraus Instruktionen per Post, Telefon, elektronisch oder sonstwie hinsichtlich dieses oder anderer Verkäufe erteilt hat (Ausnahme: solche Instruktionen aus den USA heraus finden nur „*in isolated and infrequent circumstances*“ statt). Gleichermassen liegen Deemed Sales Tatbestände vor, wenn der Bruttoertrag aus dem Verkauf dem Kunden auf ein Konto in den USA überwiesen oder an eine Adresse des Kunden in den USA geschickt wird, wenn die Verkaufsbestätigung dem Kunden an eine U.S. Adresse geschickt wird, wenn eine Filiale des betreffenden Brokers in den USA den Verkauf mit dem Kunden abstimmt oder von diesen Verkaufsinstruktionen erhält.

Das QIA enthält ausdrückliche Reporting- und Backup Withholding-Pflichten mit Bezug auf Bruttoerträge aus dem Verkauf von U.S. Wertschriften. Das QIA enthält dagegen keine explizite Bestimmung, welche die Deemed Sales Rules als auf *non-U.S.* Wertschriften anwendbar erklärt.

Im Zeitpunkt des Inkrafttretens des QIA war man sich unter den Finanzintermediären offenbar bewusst, dass für eine QI-Bank bei U.S. Personen bezüglich Transaktionen mit non-U.S. Wertschriften eine Meldepflicht gegenüber dem IRS bestehen könnte, soweit die entsprechende Transaktion unter die Deemed Sales Rules fällt. Die Anwendbarkeit der Deemed Sales Rules ist auch heute noch kontrovers und wurde zwischenzeitlich von den U.S. Behörden zumindest behauptet. Nach den verfügbaren Informationen haben die QI-Finanzintermediäre bisher keine zuverlässige, abschliessende Beantwortung dieser U.S. Rechtsfrage erreicht. Daraus entstand eine erhebliche Rechtsunsicherheit: Für eine Anwendbarkeit der Deemed Sales Rules kann angeführt werden, Section 2.44(B)(2) und (3) des QIA bestimmten ausdrücklich, dass Brokererlöse aus dem Verkauf von U.S. Wertschriften als „Reportable Payments“¹⁰ behandelt werden. Section 2.44 (B) des QIA befasst sich nicht ausdrücklich mit der Behandlung von Brokererlösen aus einem Verkauf von non-U.S. Wertschriften. In den auf seiner

Website veröffentlichten FAQ zum QIA vertritt der IRS die Ansicht, dass Section 2.44(B)(4), die sich mit bestimmten Zahlungen aus Einkünften ausländischer Quellen befasst, so interpretiert werden sollte, dass Erträge aus Wertschriftenverkäufen darin eingeschlossen sind. Gegen eine Anwendbarkeit der Deemed Sales Rules spricht allerdings, dass das QIA keine Informations- und Backup Withholding-Pflichten betreffend Erlöse enthält, die aus dem Verkauf von non-U.S. Wertschriften stammen (so seien Erlöse aus Verkäufen von non-U.S. Wertschriften keine „Reportable Payments“). Letztere Auffassung wird heute auch von der UBS AG vertreten.

Textbox 3: SEC-Restriktionen und Deemed Sales Rules: Parallelitäten

Es besteht keine offensichtliche Verbindung zwischen den SEC-Restriktionen und den Steuerfolgen gestützt auf die Deemed Sales Rules. Dennoch gibt es Parallelen: So sind die Deemed Sales Rules u.a. dann relevant, wenn ein Kunde häufiger als nur isoliert und selten Verkaufsinstruktionen für Wertschriften aus den USA erteilt. Die SEC-Restriktionen ihrerseits finden Anwendung auf - auch bereits einmalige - Kontakte mit dem Anleger in den USA, sobald U.S. Jurisdictional Means verwendet werden und daraus u.a. ein Auftrag zum Verkauf einer Wertschrift resultiert. Sowohl die Deemed Sales Rules als auch die SEC-Restriktionen knüpfen am Wohnsitz des Kunden in den USA an. Wann ein solcher vorliegt, bestimmt sich nach dem QIA i.V.m. dem U.S. Internal Revenue Code bzw. den SEC-Restriktionen. Sowohl die steuerrechtlichen Deemed Sales Rules wie auch die SEC-Restriktionen beschränken sich nicht auf U.S. Wertschriften, sondern finden auch Anwendung auf non-U.S. Wertschriften.

Durch das Ergreifen gleicher organisatorischer Massnahmen ist es möglich, die Anwendbarkeit der (unterschiedlichen) Rechtsfolgen zu vermeiden: Die Deemed Sales Rules und die SEC-Restriktionen gelangen nicht zur Anwendung, wenn zwischen dem Kunden und der Bank kein Kontakt mit Bezug auf Wertschriften mehr stattfindet.

5 2001 - die UBS AG wird ein „Qualified Intermediary“

Anfang 2000 betrieb die UBS AG ein von den Vorgängerbanken Schweizerischer Bankverein und Schweizerische Bankgesellschaft übernommenes umfangreiches Private Banking Geschäft mit U.S. Kunden. Diese Kunden führten entweder direkt bei der UBS AG eine Konto- / Depotbeziehung oder mittelbar über eine Domizilgesellschaft, an der sie wirtschaftlich berechtigt waren. Organisatorisch war dieses Geschäft dem Bereich *North America* („NAM-Business“) zugeordnet. Gleichzeitig betrieb die UBS AG in New York in beschränktem Ausmass das „onshore“ Private Banking. Mit der Übernahme des U.S. Brokers und Vermögensverwalters PaineWebber Group, Inc. („PaineWebber“) mit rund 30'000 Angestellten Ende 2000 wurde die UBS AG zu einem wichtigen onshore Private Banking Anbieter in den USA und gleichzeitig zu einem der grössten Vermögensverwalter weltweit.

Mit der Unterzeichnung des QIA, das ab dem 1. Januar 2001 Wirkung entfaltete, übernahm es die UBS AG als QI, bei all ihren Kunden mit U.S. Wertschriften im Depot eine den Anforderungen des QIA entsprechende Dokumentation einzuholen und zu erhalten, die Aufschluss über den Steuerstatus einer Person nach U.S. Steuerrecht gab. Gestützt darauf verpflichtete sich die Bank weiter, dem IRS direkt oder über eine U.S. Depotstelle je nach Steuerstatus entweder über U.S. Steuerpflichtige Mel-

dungen zu machen (1099 Reporting) oder, sofern erforderlich, die Backup Withholding Tax zu erheben und abzuliefern.

Dieser fundamentale Systemwechsel bei der Erhebung der U.S. Quellensteuer bedingte bei der UBS AG sowie bei den anderen QI's weltweit enorme Anpassungen ihrer Kundendokumentationen, ihrer internen Prozesse und IT-Systeme. Um über den Steuerstatus der Kunden Auskunft geben zu können, musste ein QI von allen Depotkunden entweder auf einem offiziellen IRS-Formular eine entsprechende Erklärung oder aber eine andere vom IRS anerkannte Dokumentation (Documentary Evidence) einholen und in überprüfbarer Form („auditable“) in den Dossiers ablegen. In den einschlägigen IRS-Formularen werden die Kunden auf die Straffolgen einer unwahren, unkorrekten oder unvollständigen Erklärung über ihren U.S. Steuerstatus hingewiesen.

Wie bei anderen Banken weltweit nahmen die Umsetzungsanstrengungen bei der UBS AG im Verlauf des Jahres 2000 markant zu, da als Stichtag für das Inkrafttreten des QI-Systems der 1. Januar 2001 vorgegeben war. Die Umsetzungen wurden dadurch erschwert, dass diverse Fragen vom IRS gar nie oder erst sehr spät geklärt wurden. Die UBS AG musste nicht nur bei all ihren U.S. Kunden (Stand: 2000) eine QI-konforme Kundendokumentation einholen bzw. abrufbar machen, sondern auch bei den abertausenden Kundenbeziehungen mit non-U.S. Personen, die U.S. Wertschriften in ihrem Depot hielten, sicherstellen, dass aus der Kundendokumentation hervorging, dass es sich beim Kunden und Beneficial Owner im Sinne des U.S. Steuerrechts eben um eine non-U.S. Person handelte.

Operationell bereiteten der UBS AG die Einholung der QI-kompatiblen Kundendokumentationen (insbesondere von den Kunden unterschriebene Formulare W-9 und W-8BEN) sowie der (Zwangs-) Verkauf von U.S. Wertschriften Sorge. Eine besondere Herausforderung war die grosse Zahl von Domizilgesellschaften, die U.S. Wertschriften in ihren Depots hielt. Im Jahr 2000 unterhielt die UBS AG Kundenbeziehungen mit ca. 32'000 offshore Strukturen, von denen rund 15'000 U.S. Wertschriften in ihrem Depot hatten. Nur ein kleiner Teil dieser Strukturen wies über den Umstand hinaus, dass sie in U.S. Wertpapiere investiert hatten, einen weiteren Bezug zu den USA auf.

Mit Blick auf die zahlreichen natürlichen Personen und Strukturen, die im Jahr 2000 als Kunden der UBS AG U.S. Wertschriften hielten, musste bis Ende Jahr – bzw. nach Gewährung einer global wirkenden Nachfrist durch den IRS im Verlauf von 2001 – die Kundendokumentation eingeholt werden. Ferner mussten von non-W-9 Kunden gehaltene U.S. Wertschriften verkauft werden, soweit der QI dies vertragsrechtlich tun durfte. Zwangsverkäufe erfolgten regelmässig auch nach 2000, sofern ein Kunde neu zu einer U.S. Person im Sinne des U.S. Steuerrechts wurde – etwa indem er in den USA Wohnsitz nahm – ohne ein W-9 Formular zu unterzeichnen.

6 Untersuchungsergebnisse und Massnahmen der EBK

6.1 Fehlerhafte Umsetzung des Qualified Intermediary Agreement durch die UBS AG

Im Rahmen ihrer Untersuchung stellte die EBK fest, dass in der weit überwiegenden Zahl der Kundenbeziehungen der U.S. Steuerstatus der NAM-Kunden korrekt wiedergegeben war. Die Untersuchung brachte jedoch drei sich zumindest teilweise überschneidende Fallkonstellationen zu Tage mit einer gemessen an der Gesamtzahl der Kunden des NAM-Business sehr kleinen Anzahl von Fällen, bei denen von einer Verletzung der Verpflichtungen unter dem QIA seitens der UBS AG auszugehen ist.

- Kategorie (1) – Umstrukturierungen („Switches“): Hierbei handelt es sich um Fälle, bei denen zwischen die Bank und die natürliche Person, die bisher Vertragspartnerin der Bank war, eine Entität (häufig eine offshore Domizilgesellschaft) geschaltet wurde. Den damaligen Entscheidungsträgern des NAM-Business war mit Blick auf die Umsetzung des QIA bewusst, dass die UBS AG als Unterzeichnerin dieses Vertragswerks U.S. Kunden bzw. U.S. Beneficial Owners, die sich gegenüber dem IRS nicht mittels W-9 Formular offen legen wollten, keine aktive Unterstützung bei der Suche nach Möglichkeiten zur Steuervermeidung anbieten durfte. Nach Vorgabe der Bank in Abstimmung mit externen Steuerberatern und im Einklang mit den Auslegungshilfen der Bankiervereinigung durften die Kundenberater einen Kunden (auf dessen Anfrage hin) einzig an sachverständige Externe vermitteln. Daran hielten sich die Kundenberater in den meisten Fällen. Indessen gab es - im Gesamtkontext gesehen verhältnismässig wenige - Ausnahmen, insbesondere bei sehr vermögenden Kunden. Es kam vor, dass einzelne Kundenberater ihre Kunden teilweise nicht nur an ausgewählte Anbieter von Non-Flow-Through Strukturen weiter verwiesen, sondern sie im Vorfeld aktiv berieten, sie unter Umständen zu den Anbietern begleiteten, Kunden in den USA alleine oder gar zusammen mit den externen Anbietern in den USA aufsuchten. Dies geschah mit Wissen des direkt verantwortlichen Management des NAM-Business, obwohl seitens von Spezialisten ausdrücklich darauf aufmerksam worden war, dass eine aktive Rolle der Bank bei der Schaffung solcher Strukturen unter Umständen als Umgehung des QIA gewertet werden könnte. Aus Sicht des U.S. Steuerrechts sind bei dieser Kategorie insbesondere die zeitliche Nähe der Umstrukturierungen zum Inkrafttreten des QIA sowie die (gelebten) Beziehungen zwischen Kundenberater, Struktur und dahinter stehenden U.S. Personen problematisch und können unter QI-Aspekten geeignet sein, einen Umgehungstatbestand zu begründen.
- Kategorie (2) – „Upgrades“: Hierbei ging es um bereits bestehende Strukturen, welche jedoch im Hinblick auf die Anforderungen des QIA einer Umgestaltung bedurften (so beispielweise ein Rechtskleidwechsel oder das Dazwischenschalten einer offshore Domizilgesellschaft), um als nicht steuertransparente Non-Flow-Through Struktur zu qualifizieren. Im Jahr 2002 wurde innerhalb der UBS AG anlässlich der Rücknahme von auf den Bahamas geführten Kundenbeziehungen in die Schweiz zumindest die Vornahme von „Upgrades“ von Strukturen diskutiert und in Einzelfällen zugelassen, ohne dass sich Group Tax dezidiert dagegen ausgesprochen hätte.

- Kategorie (3) – „Sham“-, „Mere Conduit“-, „Nominee“- und „Agent“-Situationen: Grundsätzlich geht das U.S. Steuerrecht davon aus, dass eine Non-Flow-Through Gesellschaft an den von ihr gehaltenen Vermögenswerten im Sinne des U.S. Steuerrechtes wirtschaftlich berechtigt ist. Voraussetzung dafür war und ist aber, dass bei der Führung der Gesellschaft die rechtlichen Vorgaben betreffend Entscheidungsfindung sowie andere gesellschaftsrechtliche Anforderungen eingehalten sind. So können insbesondere Vermögenswerte einer solchen Struktur nur bezogen oder investiert werden, wenn dafür ein formeller Beschluss der kompetenten Organe vorliegt. Bei einzelnen strukturierten Kunden (Kunde der Bank ist die Struktur), die ihre Vermögenswerte bei der UBS AG im Depot hielten, waren diese Anforderungen nicht durchwegs eingehalten worden, indem der Kundenberater den hinter der Struktur stehenden wirtschaftlich Berechtigten als „eigentlichen Kunden“ ansah und diesen auch wie einen „Direktkunden“ bediente. Dies führte u.a. dazu, dass Geldabzüge ohne entsprechende Ausschüttungsbeschlüsse der kontoführenden Gesellschaft vollzogen wurden. In diesen und ähnlich gelagerten Fällen (z.B. wo Strukturen dazu benutzt wurden, aktive Handels- und Zahlungsaktivitäten zu maskieren) konnte sich die Bank nicht mehr ohne weiteres auf die Angaben der Struktur verlassen, wonach es sich um eine Non-Flow-Through Struktur handle. Soweit die Bank in diesen Fällen von der Struktur nicht ein neues Formular W-8IMY verlangte und die wirtschaftlich Berechtigten dem IRS mittels W-9 oder W8-BEN meldete, verletzte sie ihre Verpflichtungen nach dem QIA.

Für diese gravierenden Fehlleistungen waren einzelne wenige Kundenberater des NAM-Business sowie deren direkte Vorgesetzte verantwortlich. Dazu kam, dass ihr Verhalten von den Verantwortlichen des NAM-Business und deren direktem Vorgesetzten teilweise erwartet, teilweise zumindest geduldet und jedenfalls nicht pflichtgemäss energisch unterbunden wurde. Damit versties die UBS AG gegen das Gewährs- und Organisationserfordernis des Bankengesetzes, weil sie über eine lange Zeitperiode nicht beherrschbare Rechts- und Reputationsrisiken eingegangen war. Schwer wog insbesondere, dass es das Management des NAM-Business unterlassen hatte, das oberste Management der UBS AG rechtzeitig und umfassend zu informieren.

Für die Abklärung des U.S. Steuerstatus hatte die Bank den Kundenbetreuern eine grosse Verantwortung überbunden. Dieser Umstand barg nicht nur die Gefahr einer Überforderung, sondern auch ein Missbrauchspotential in sich. Zwar hatte die Bank die Kundenberater in der Kategorisierung der Kundenbeziehungen geschult, doch unterliess sie es in der Folge, durch periodisch und stichprobenartig erfolgende vom Management unabhängige Kontrollen sicherzustellen, dass die Kundenberater nur dort die Erklärungen ihrer Kunden zu ihrem U.S. Steuerstatus gelten liessen, wo das berechtigt war.

Textbox 4: Das QIA und der Einsatz von Strukturen im Private Banking

Die Verwendung von Strukturen wie Trusts, Stiftungen und anderen Domizilgesellschaften im Rahmen einer Privatkundenbeziehung entspricht einem legitimen Bedürfnis und ist rechtlich – sowohl nach U.S. wie auch nach Schweizer Recht – 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 Berechtigten nach Massgabe der anwendbaren Bestimmungen zur 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 aus einem Verbrechen herrühren (Art. 305^{bis} Ziff. 1 des Strafgesetzbuches; StGB; SR 311.0), dass damit gegen Embargobestimmungen verstossen würde oder dass 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 In- und Ausland, insbesondere gegenüber Steuerbehörden, durch unvollständige oder auf andere Weise irreführende Bescheinigungen keinen Vorschub leisten.

Wenn Bankmitarbeiter selbst beratend tätig werden oder für den Kunden bzw. den dahinter stehenden wirtschaftlich Berechtigten bestimmte Handlungen vornehmen, laufen sie Gefahr, sich selbst in die Nähe eines Beitrags zu einem Steuerdelikt nach Massgabe ausländischen oder auch Schweizer Rechts zu rücken. Unter dem Gesichtspunkt der Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit problematisch sind sodann Konstellationen, in denen ein Institut, wie in diesem Fall die UBS AG, gegenüber einer in- oder ausländischen Behörde, mit Unterzeichnung des QIA gegenüber dem IRS direkt vertragliche Pflichten übernimmt und diese in der Folge missachtet.

6.2 Partielle Nichteinhaltung der SEC-Restriktionen

Im Frühjahr 2002 entschied sich die Bank, im non-W-9 Geschäft ein „konservatives“ Geschäftsmodell (das sogenannte „Revised Business Model“) neu einzuführen, wonach mit U.S. Kunden keine Kontakte unter Verwendung von U.S. Jurisdictional Means mehr zulässig sein sollten. Stattdessen sollten bestehende Beratungskunden veranlasst werden, der UBS AG einen Vermögensverwaltungsauftrag zu erteilen. Mit dieser Massnahme sollte sowohl Compliance mit den SEC-Restriktionen erreicht als auch das Risiko von Deemed Sales im Lichte des U.S. Steuerrechts vermieden werden. Zu den SEC-Restriktionen und was sie für die Aktivitäten der Kundenberater des NAM-Geschäft bedeuteten, erliess die UBS AG 2004 ein spezielles Länderpapier, das 2007 überarbeitet wurde. Die Untersuchung der EBK ergab jedoch, dass einzelne Kundenberater des NAM-Business über Jahre hinweg und wiederholt im Kontakt mit ausgewählten non-W-9 U.S. Kunden gegen die SEC-Restriktionen verstossen hatten. Diese Verstösse blieben aber nicht nur auf das Geschäft mit non-W-9 Kunden beschränkt. Bevor die bei der SEC als Investment Advisor registrierte UBS Swiss Financial Advisers AG („UBS SFA AG“) per Anfang 2005 die in den USA wohnhaften W-9 Kunden mit einem Vermögen über CHF 500'000.- übernahm, waren auch W-9 Kunden bisweilen in Verletzung der SEC-Restriktionen betreut worden.

Die EBK rügte die Bank dafür, dass sie ihre eigene Geschäftspolitik, das Revised Business Model, nicht mit der notwendigen Hartnäckigkeit durchgesetzt hatte. Damit setzte sich die Bank als global tätiges Unternehmen mit starker Präsenz in den USA beträchtlichen Rechts- und Reputationsrisiken

aus. Die EBK erachtet dieses Versäumnis als gravierend. Dies nicht zuletzt weil die Bank in den USA selbst als Finanzdienstleister präsent ist und weil wegen der unklaren Rechtslage bei der Anwendung der Deemed Sales Rules auch deren Anwendbarkeit bei einer Nichtbeachtung der SEC-Restriktionen nicht ausgeschlossen werden konnten. Die EBK anerkannte zwar, dass die UBS AG sich fortlaufend bemühte, die internen Regularien und das Geschäftsmodell an die anwendbaren U.S. Restriktionen anzupassen. Gleichzeitig stellte die EBK jedoch fest, dass erst ab 2006 unabhängige Einhaltekontrollen der Weisungen zur grenzüberschreitenden Erbringung von Finanzdienstleistungen in die USA erfolgt waren. Das erachtete die EBK mit Blick auf die diesem Geschäft inhärenten Risiken als ungenügend.

6.3 Zunehmend schwierigeres offshore Private Banking der UBS AG für U.S. Kunden

Den zuständigen Managern des NAM-Business war schon früh bewusst, dass das klassische Private Banking, das u.a. auf einem intensiven Kontakt zwischen Kundenberater und Kunde beruht, im Korsett der Pflichten eines QI in Verbindung mit den restriktiven SEC-Restriktionen nur noch mit grössten Schwierigkeiten betrieben werden konnte. Die Übernahme von PaineWebber führte zudem dazu, dass die UBS AG mit ihrem gleichzeitig betriebenen offshore Geschäft erhöhte Reputationsrisiken einging. Entsprechend verschärfte das Management der UBS AG die Rahmenbedingungen für das grenzüberschreitende Private Banking in die USA zunehmend. Dies geschah etwa, indem es im Jahr 2002 für das non-W-9 Geschäft das Revised Business Model einführte, die U.S. Kunden generell zentralisierte, für W-9 Kunden eine eigene Einheit gründete (die UBS SFA AG) und klare Handlungsanweisungen im Sinne eines Länderpapiers USA sowie Erläuterungen zum QIA erliess.

Im Tagesgeschäft betrieb die UBS AG eine Politik der strikten Compliance. Jedoch versäumte sie es, mittels vom direkt betroffenen Management unabhängigen Kontrollen sicherzustellen, dass den Restriktionen an der Kundenfront ausnahmslos nachgelebt wurde. So wie das NAM-Business aufgesetzt war, entstand bei einzelnen Kundenberatern der NAM-Desks der Eindruck, dass zwar sehr vorsichtig vorzugehen sei, dass eine Verletzung der SEC-Restriktionen aber von ihren Vorgesetzten toleriert werden würde, sofern dies aufgrund der hohen Serviceansprüche vermögender Kunden als unvermeidbar erachtet würde. Dazu kam, dass die Kundenberater des NAM-Business ab dem Jahr 2004 mit zwei sich in ihren Anreizen widersprechenden Änderungen der Rahmenbedingungen für das U.S. offshore Private Banking konfrontiert sahen: Einerseits schaltete die UBS AG das Länderpapier USA (2004) auf ihr Intranet auf. Im diesem Papier gab die UBS AG präzise darüber Aufschluss, was im cross-border Geschäft erlaubt war und was nicht. Die Kundenberater wurden zu diesem Länderpapier auch geschult. Andererseits wurde das Leistungsbemessungs- und -beurteilungssystem in der gesamten Bank geändert und innerhalb der Business Unit „Americas“ in einer besonderen Art und Weise aufgesetzt. Dies führte im Ergebnis zu einer eigentlichen Pervertierung der von der Bank mit dem Leistungsbemessungs- und -beurteilungssystem verfolgten Ziele, indem für die mit empfindlichen Restriktionen konfrontierten Kundenberater im NAM-Business der Faktor Neugeld („Net New Money“) zum wichtigsten Faktor bei der Partizipation am Bonuspool wurde. Einzelne Kundenberater neigten deshalb zur Interpretation, dass – wenn sie schon so ehrgeizige Ziele setzte - es die Bank mit der Durchsetzung des Länderpapiers USA nicht so ernst meinen könne.

Im Nachgang zur Gründung der UBS SFA AG, in welche 2005 die W-9 Kunden überführt worden waren, wurde den Verantwortlichen immer bewusster, dass das offshore Private Banking mit U.S. Kunden sehr riskant war, mitunter auch, weil immer weiter gehende regulatorische Verschärfungen der U.S. Rahmenbedingungen zu erwarten waren. Mehrere (sequentiell ins Leben gerufene) Projektteams suchten nach Lösungen, was sich als zeitraubend erwies. Zunächst standen Überlegungen zum Verkauf des Geschäfts im Vordergrund, darunter der Verkauf an eine Drittpartei sowie ein Management Buyout durch das bestehende Management des NAM-Business. Im August 2007 beschloss das oberste Management der UBS AG stattdessen, das bestehende Geschäft im Sinne eines kontinuierlichen „Abtauens“ Schritt für Schritt auf Null herunter zu fahren. Die Umsetzung dieses Beschlusses begann im November 2007.

6.4 Verantwortung auf Managementstufe

Die EBK fand keine Anzeichen für ein Mitwissen der obersten Organe der Bank in Bezug auf die Verletzungen der Verpflichtungen unter dem QIA. Insbesondere ergaben sich für die EBK im Rahmen ihrer umfangreichen Untersuchung keine Hinweise, die den Schluss nahe legen würden, es habe seitens des obersten Managements ein Mitwissertum bezüglich der Verletzungen des QIA gegeben oder dieses habe die Verletzungen gar aktiv gefördert. Im Gegenteil unternahm die UBS AG zwischen 2001 und 2002 enorme Anstrengungen um sicherzustellen, dass sie ihren Verpflichtungen aus dem QIA voll und ganz nachkam. Hinsichtlich der QI-Dokumentation der Kundenbeziehungen, die eine grundlegende Anforderung unter dem QIA war, stellte der damalige CEO von WM&BB unmissverständlich klar: „*non-compliance is not an option*“. Mit Blick auf den damals bevorstehenden QI-Audit und die bankengesetzliche Prüfung machte auch Raoul Weil, damals Leiter Private Banking International, anlässlich einer Sitzung der obersten Manager seines Verantwortungsbereichs im August 2002 klar, es werde „*Zero Tolerance*“ für non-Compliance geben.

Der Umstand, dass einzelne Kundenberater der Bank einzelnen Kunden bei ihren Anstrengungen zur Vermeidung von Steuern unter gleichzeitigem Beibehalten von Investitionen in U.S. Wertschriften behilflich waren, war gewissen Kundenberatern, den (wenigen) Managern des NAM-Business und dessen direktem Vorgesetztem sowie einzelnen Fachspezialisten von GWM&BB bekannt. Gerade weil dem so war und die Bank davon ausging, sie habe das QIA korrekt umgesetzt – auch die externe Prüfgesellschaft hatte dies in Ausführung des vom IRS vorgegebenen Prüfprogramms bestätigt –, hatte sie keine wirksamen, von der Linie unabhängigen Kontrollen eingeführt. Deshalb blieb die nun festgestellte partielle non-Compliance mit den aus dem QIA fliessenden Verpflichtungen und blieben die von der Bank akkumulierten Rechts- und Reputationsrisiken von der Bank längere Zeit unentdeckt.

Bezüglich der Einhaltung der SEC-Restriktionen wurde innerhalb der Bank nach dem Kauf von Paine-Webber darauf hingewiesen, dass sich aus dem gleichzeitigen Betreiben des onshore und offshore Geschäfts erhöhte Reputationsrisiken ergäben. Die UBS AG bzw. das oberste Management der Bank reagierte grundsätzlich mit zwei (richtigen) Massnahmen auf diese Herausforderung: Erstens mit der Verabschiedung des Revised Business Model für das non-W-9 Geschäft im Jahre 2002 und, zweitens, mit der Schaffung eines bei der SEC registrierten Anbieters für das W-9 Geschäft. Die UBS SFA AG

wurde schliesslich per Januar 2005 operativ tätig. Während das Revised Business Model zu wenig energisch umgesetzt wurde, dauerte die Aufsetzung der UBS SFA AG aus Sicht der EBK im Rückblick zu lange. Diese Führungsschwächen sind jedoch nach Einschätzung der EBK keinen aktuellen Gewährsträgern der Bank in einer Weise anzulasten, die es rechtfertigen würde, ihnen gegenüber aufsichtsrechtliche Massnahmen zu erlassen. Vielmehr muss sich die Bank als Ganzes, als komplexes Unternehmen, die Versäumnisse anrechnen lassen.

Als besonders problematisch erachtete die EBK auch, dass das Management von „Americas International“ ab 2004 ein neues Anreizsystem eingeführt hatte, bei dem das Kriterium „Net New Money“ bei der Verteilung des Bonuspools im NAM-Business ein überragendes Gewicht erhielt. Dies führte offenbar dazu, dass sich einzelne Kundenberater des NAM-Business unter zusätzlichen Druck gesetzt sahen, allenfalls unter Inkaufnahme einer Verletzung der Vorgaben im Länderpapier USA nach Mitteln und Wegen zu suchen, die Vorgaben zu erfüllen. So wurde entgegen den internen Weisungen und letztlich den SEC-Restriktionen teilweise unter Verwendung von U.S. Jurisdictional Means mit U.S. Kunden kommuniziert.

Insgesamt liess die UBS AG den unbedingten Willen vermissen, sich jederzeit den U.S. regulatorischen Vorgaben umfassend anzupassen. Die Pflicht zur Beachtung ausländischer Rechtsvorschriften folgt zwar nicht direkt aus dem Schweizer Aufsichtsrecht. Auch ist zu anerkennen, dass die anwendbaren Bestimmungen des U.S. Rechts zum Teil Unschärfen aufweisen und dem Schweizer (Aufsichts-)Recht fremd sind. Angesichts der sehr grossen Exposition der UBS AG in den USA ist doch das konsequente Beachten des U.S. Rechts aus Sicht des Risikomanagements ein absolutes Erfordernis. Diese Ansicht wurde zwar auch vom obersten Management klar vertreten, jedoch mit Bezug auf das NAM-Business von den Kadern nicht pflichtgemäss und lückenlos durchgesetzt.

Dass sich die UBS AG heute einem existenzbedrohenden, vom Private Banking herrührenden Rechts- und Reputationsrisiko ausgesetzt sieht, ist im Urteil der EBK letztlich auch auf ein Kulturproblem zurückzuführen.

6.5 Massnahmen

Die EBK rügte die Bank wegen schwerer Verletzung des Gewährens- und Organisationserfordernisses und verbot ihr, von der Schweiz aus ausserhalb der UBS SFA AG weiterhin das Geschäft mit U.S. Kunden zu betreiben. Sie wies die Bank weiter an, die Rechts- und Reputationsrisiken bei der grenzüberschreitender Erbringung von Finanzdienstleistungen von der Schweiz aus angemessen zu erfassen, zu begrenzen und zu überwachen. Dagegen ergriff die EBK keine Massnahmen gegen einzelne ehemalige oder aktuelle Organe oder Mitarbeitende der UBS AG. Die UBS AG hat gegen die Verfügung vom 21. Dezember 2008 kein Rechtsmittel eingelegt.