

2018 IV/4

Auszug aus dem Urteil der Abteilung II
i.S. X. gegen Eidgenössische Finanzmarktaufsicht
B-3092/2016 vom 25. April 2018

Finanzmarktaufsicht. Berufsverbot. Schwere Verletzung von Aufsichtsrecht durch Unterlassung.

Art. 33 FINMAG. Art. 3 Abs. 2 Bst. a und c BankG. Art. 10 Abs. 2 Bst. a und d BEHG. Art. 9 Abs. 2 und Abs. 4 aBankV.

1. Voraussetzungen für das Vorliegen einer schweren Verletzung von Aufsichtsrecht durch Unterlassung (E. 3.4).
2. Die Annahme unversteuerter Kundengelder war im relevanten Zeitraum nach schweizerischem Recht nicht untersagt. Es bestand keine allgemeine Verpflichtung für Banken, bei ihren Kunden eine Steuerkonformitätsprüfung vorzunehmen (E. 3.4.1).
3. Keine explizite Pflicht der Beaufsichtigten zur Einhaltung von ausländischem Recht. Berücksichtigung von ausländischem Recht im Rahmen der beiden Bewilligungsvoraussetzungen der einwandfreien Geschäftstätigkeit und der angemessenen Organisation (E. 3.4.2).
4. Der weite Wortlaut des bankenrechtlichen Organisations- und Gewährserfordernisses belässt der Vorinstanz einen gewissen Spielraum, von ihren Beaufsichtigten auch die Einhaltung von (noch) nicht materiell-gesetzlichen Pflichten zu verlangen. Bei der Auslegung und Anwendung von Aufsichtsrecht ist jedoch sowohl dem Legalitäts- und Rechtsstaatsprinzip als letztlich auch der verfassungsrechtlichen Wirtschaftsordnung ausreichend Rechnung zu tragen. Bei einem Berufsverbot kommen dem Legalitätsprinzip und dem daraus fließenden Gebot der Voraussehbarkeit staatlichen Handelns jedenfalls eine zentrale Bedeutung zu (E. 3.4.3).

Surveillance des marchés financiers. Interdiction d'exercer. Violation grave par omission du droit de la surveillance.

Art. 33 LFINMA. Art. 3 al. 2 let. a et c LB. Art. 10 al. 2 let. a et d LBVM. Art. 9 al. 2 et al. 4 aOB.

1. Conditions d'existence d'une violation grave par omission du droit de la surveillance (consid. 3.4).
2. Selon le droit suisse, il n'était pas interdit, durant la période considérée, d'accepter des fonds de clients non imposés. Les banques n'avaient aucune obligation d'examiner le respect des dispositions fiscales par leurs clients (consid. 3.4.1).
3. Aucune obligation explicite de respecter le droit étranger pour les personnes assujetties à la surveillance des marchés financiers. Prise en considération du respect du droit étranger dans le cadre des deux conditions d'autorisation que sont l'activité irréprochable et l'organisation appropriée (consid. 3.4.2).
4. Telle que libellée, l'exigence d'organisation et de garantie selon le droit bancaire laisse à l'autorité inférieure une certaine marge d'appréciation pour décider dans quelle mesure elle exige des personnes assujetties à la surveillance des marchés financiers également le respect d'obligations non (encore) inscrites dans le droit matériel. Lors de l'interprétation et de l'application du droit de la surveillance, il doit être tenu compte aussi bien des principes de la légalité et de l'Etat de droit que, en définitive, de l'ordre économique constitutionnel. En présence d'une interdiction d'exercer, le principe de la légalité et la garantie de la prévisibilité de l'action étatique qui en découle revêtent dans tous les cas une importance centrale (consid. 3.4.3).

Vigilanza sui mercati finanziari. Divieto di esercizio della professione. Grave violazione per omissione delle disposizioni legali in materia di vigilanza.

Art. 33 LFINMA. Art. 3 cpv. 2 lett. a e c LBCR. Art. 10 cpv. 2 lett. a e d LBVM. Art. 9 cpv. 2 e cpv. 4 vOBCR.

1. Condizioni per ammettere l'esistenza di una grave violazione per omissione delle disposizioni legali in materia di vigilanza (consid. 3.4).
2. Nel periodo rilevante, il diritto svizzero non vietava l'accettazione da clienti di denaro non dichiarato al fisco. Per le banche non vigeva alcun obbligo generale di verificare la conformità fiscale presso i loro clienti (consid. 3.4.1).

3. **Nessun obbligo esplicito, per le persone assoggettate alla vigilanza, di rispettare il diritto estero. Presa in considerazione del rispetto del diritto estero nell'ambito delle due condizioni dell'autorizzazione, ossia un'attività irreprensibile e un'organizzazione adeguata (consid. 3.4.2).**
4. **L'ampia formulazione dell'esigenza d'organizzazione e di garanzia prevista dal diritto bancario concede all'autorità inferiore un certo margine di apprezzamento nel decidere se pretendere dagli assoggettati alla sua vigilanza il rispetto di obblighi non (ancora) sanciti dal diritto materiale. Nell'interpretare e applicare il diritto in materia di vigilanza, tuttavia, va tenuto sufficientemente conto sia dei principi della legalità e dello stato di diritto che, da ultimo, anche dell'ordinamento economico costituzionale. Ad ogni modo, in caso di divieto di esercizio della professione il principio della legalità e l'obbligo della prevedibilità dell'azione statale che ne deriva rivestono un'importanza centrale (consid. 3.4.3).**

Mit Verfügung vom 30. August 2013 stellte die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA, nachfolgend auch: Vorinstanz) fest, dass die Bank Y. AG (nachfolgend: Bank) aufsichtsrechtliche Bestimmungen im Zusammenhang mit dem grenzüberschreitenden US-Kundengeschäft ab dem Jahr 2008 sowie die dauernd einzuhaltenden Bewilligungsvoraussetzungen hinsichtlich einer angemessenen Verwaltungsorganisation und der Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit schwer verletzt habe und verfügte weitergehende Massnahmen. Soweit diese Feststellung betreffend blieb die Verfügung unangefochten und ist in Rechtskraft erwachsen. Die Bank hat ihre Geschäftstätigkeit inzwischen eingestellt und wurde aus der Aufsicht entlassen (Aufhebung der Unterstellung unter das Banken- und Börsengesetz).

Am 30. September 2013 eröffnete die Vorinstanz im Zusammenhang mit dem grenzüberschreitenden US-Kundengeschäft der Bank auch gegen deren von 2008 bis zu seiner Kündigung am 22. November 2012 (per 31. Mai 2013) amtierenden CEO X. (nachfolgend: Beschwerdeführer) ein eingreifendes Verwaltungsverfahren (Enforcementverfahren).

Mit Verfügung vom 4. Juli 2014 verbot die Vorinstanz dem Beschwerdeführer unter anderem die Tätigkeit in leitender Stellung bei einem von der FINMA Beaufsichtigten für die Dauer von zwei Jahren ab Rechtskraft der Verfügung.

Mit Eingabe vom 8. September 2014 erhob der Beschwerdeführer gegen die Verfügung der Vorinstanz vom 4. Juli 2014 Beschwerde vor Bundesverwaltungsgericht.

Mit Teilurteil B-5041/2014 vom 29. Juni 2015 wies das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde des Beschwerdeführers gegen das von der FINMA am 4. Juli 2014 verfügte Berufsverbot ab. Es erkannte unter anderem, es sei nicht vorfrageweise zu überprüfen, ob die Bank aufsichtsrechtliche Bestimmungen schwer verletzt habe, sondern es sei vielmehr von diesem rechtskräftig festgestellten Umstand auszugehen. Soweit der Beschwerdeführer vorbringe, die Bank habe nicht in schwerwiegender Weise gegen aufsichtsrechtliche Bestimmungen verstossen, sei auf die Beschwerde demnach nicht einzutreten (E. 3.5.3.5).

Gegen dieses Teilurteil erhob der Beschwerdeführer am 1. September 2015 Beschwerde beim Bundesgericht. Er beantragte, das Teilurteil sei kostenfällig aufzuheben und es sei festzustellen, dass seitens des Beschwerdeführers im US-Kundengeschäft der Bank keine schwere Verletzung von aufsichtsrechtlichen Bestimmungen vorgelegen habe.

Mit Urteil 2C_739/2015 vom 25. April 2016 (publiziert als BGE 142 II 243) hiess das Bundesgericht die Beschwerde gut, hob das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 29. Juni 2015 auf und wies die Sache zur Sachverhaltsergänzung und zu neuem Entscheid im Sinne der Erwägungen an das Bundesverwaltungsgericht zurück. Dabei erwog es unter anderem, dass eine im Verfahren gegen die Beaufsichtigte ergangene Verfügung nicht der für die Beaufsichtigte tätigen oder tätig gewesenen natürlichen Person im anschliessend gegen sie geführten Verfahren im Sinne einer rechtskräftig beurteilten Vorfrage entgegengehalten werden könne ([...]).

Mit Verfügung vom 19. Mai 2016 nahm das Bundesverwaltungsgericht das Verfahren, entsprechend der Rückweisung durch das Bundesgericht, wieder auf und lud den Beschwerdeführer und die Vorinstanz ein, eine Stellungnahme zur Sache unter Berücksichtigung des bundesgerichtlichen Urteils einzureichen.

Die Beschwerde wird gutgeheissen, soweit darauf eingetreten wird.

Aus den Erwägungen:

3.2

3.2.1 In Durchbrechung des Grundsatzes der Institutsaufsicht (Art. 3 Bst. a FINMAG [SR 956.1]) 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 stützen 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 beziehungsweise Sanktion für die potenziell durch ein Berufsverbot betroffenen Personen voraussehbar ist (vgl. Urteil des BVGer B-3625/2014 vom 6. Oktober 2015 E. 6.4; HSU/BAHAR/FLÜHMANN, in: Basler Kommentar, Börsengesetz, Finanzmarktaufsichtsgesetz, 2. Aufl. 2011, Art. 33 FINMAG N. 14).

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 [SR 952.0] und Art. 10 Abs. 2 Bst. d des Börsengesetzes vom 24. März 1995 [BEHG, SR 954.1]) und einer angemessenen Organisation (Art. 3 Abs. 2 Bst. a BankG,

Art. 10 Abs. 2 Bst. a BEHG, Art. 9 Abs. 2 und Abs. 4 der für die vorliegende Zeitspanne anwendbaren Bankenverordnung vom 17. Mai 1972 [aBankV, AS 1972 821]).

Nach Art. 3 Abs. 2 Bst. c BankG müssen die mit der Verwaltung und Geschäftsführung der Bank betrauten Personen einen guten Ruf geniessen und Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten (sog. Gewährserfordernis). Das Gewährserfordernis ist eine zentrale Norm des Finanzmarkt- und Bankenrechts, das 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 praxisgemäss in erster Linie die Beachtung der Rechtsordnung, das heisst der Gesetze und der Verordnungen, namentlich im Banken- und im Börsenrecht, aber auch im Zivil- und Strafrecht, sowie der Statuten und des internen Regelwerks der Bank beziehungsweise 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 Urteil des BVGer B-5756/2014 vom 18. Mai 2017 E. 3.2.2 [nicht publ. in: BVGE 2017 IV/7] m.w.H.).

Nach Art. 3 Abs. 2 Bst. a BankG 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 aBankV, welcher für den vorliegend zu beurteilenden Sachverhalt anwendbar ist, 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, < www.finma.ch/de/dokumentation/rundschreiben/archiv/archiv-2008/ >; Positionspapier der FINMA zu den Rechts- und Reputationsrisiken im grenzüberschreitenden Finanzdienstleistungsgeschäft [« Positionspapier Rechtsrisiken »] vom 22. Oktober 2010, < www.finma.ch/de/news/2010/10/mm-finma-positionspapier-rechtsrisiken-20101022 >, nachfolgend: Positionspapier Rechtsrisiken; mit Bezug auf Cross-border-Finanzgeschäfte vgl. auch BIZZOZERO/ROBINSON, Cross-border-Finanzgeschäfte aus der und in die Schweiz, 2011).

3.3 (...)

3.4 Gestützt auf den dargelegten Sachverhalt und die Vorbringen der Parteien ist nachfolgend zu beurteilen, ob die Vorinstanz der Bank beziehungsweise 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 Beaufsichtigter 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).

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 [...]). Die Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken vom 7. April 2008 (VSB 08; < www.swissbanking.ch/20080410-vsb-cwe.pdf >) 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 sogenannten Weissgeldstrategie (vgl. Bericht zur Finanzmarktpolitik des Bundes vom 19. Dezember 2012, S. 32 f. < www.news.admin.ch/news/message/attachments/35762.pdf >). 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. AB 2015 S 1154).

3.4.2 Sodann statuiert das Finanzmarktaufsichtsgesetz selbst auch keine explizite Pflicht der Beaufsichtigten 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.; DU PASQUIER/FISCHER, Cross-border financial services in and from Switzerland – Regulatory frameworks and practical considerations, GesKR 2010

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 Qualified Intermediary Agreement (QIA) und mit den amerikanischen aufsichtsrechtlichen Beschränkungen des grenzüberschreitenden Geschäftsverkehrs mit US-Personen (SEC-Restriktionen) verbundenen Rechts- und Reputationsrisiken angemessen erfasst, begrenzt und überwacht hatte, und diesbezüglich eine Verletzung des Gewährs- und Organisationserfordernisses durch die Bank festgestellt (vgl. FINMA Bulletin 1/2010, S. 76 ff. < www.finma.ch/de/dokumentation/ausgewaehlte-entscheide > sowie FINMA-Kurzbericht, Untersuchung der EBK des grenzüberschreitenden Geschäfts der UBS AG mit Privatkunden in den USA vom 18. Februar 2009 < www.finma.ch/de/news/2009/02/mm-ubs-xborder-20090218 >).

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, 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. 145 f.). Die sich aus dieser Risikosichtweise ergebenden konkreten aufsichtsrechtlichen Pflichten waren indes – zumindest in der relevanten Zeitspanne – nicht restlos klar (vgl. E. 3.4.4).

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 Beaufsichtigten 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 Organisations- 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 i.V.m. Art. 164 BV) als letztlich auch der verfassungsrechtlichen Wirtschaftsordnung (Art. 27 und Art. 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 Voraussehbarkeit 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 BRAIDI, *L'interdiction d'exercer selon l'art. 33 LFINMA: étendue, délimitations et qualification*, SZW 3/2013 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 Beaufsichtigten zu stellen, damit die Massnahme für die potenziell 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 Bst. c BankG eine aufsichtsrechtliche Bestimmung im Sinne von Art. 33 FINMAG [Berufsverbot] dar?*, Jusletter vom 8. Februar

2016; die Frage aufwerfend, jedoch – insb. mit Verweis auf die zurückhaltend formulierten Enforcement-Policy-Grundsätze 6 und 8 der FINMA vom 17. Dezember 2009 [aktualisierte Fassung vom 10. November 2011], < www.finma.ch/de/news/2010/01/aktuell-enforcement-policy-201001-26 >, nachfolgend: Enforcement-Policy; [vgl. hierzu E. 3.4.6.3] – differenzierend vgl. HSU/BAHAR/FLÜHMANN, a.a.O., Art. 33 FINMAG N. 11). Zumindest darf die relativ weitreichende Praxis zur Gewähr für eine einwandfreie Geschäftsführung nicht unbesehen auf potenzielle Berufsverbotsfälle übertragen werden (vgl. BRAIDI, a.a.O., S. 208; HSU/BAHAR/FLÜHMANN, a.a.O., Art. 33 FINMAG N. 16).

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- beziehungsweise 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 die SEC-Vorschriften und das QIA 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 US-Kunden mit mutmasslich un versteuerten Kundenvermögen zur Teilnahme an dem seit März 2009 eröffneten Offshore Voluntary Disclosure Program (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 ins-

besondere 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 externen Vermögensverwalter sowie das Weisungswesen (vgl. auch [...] sowie den Aufsichtsprüfbericht 2011 [...]). 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 un versteuerten US-Kundenvermögen zu verhindern oder zumindest zu beschränken.

3.4.5 Wie bereits ausgeführt, war die Entgegennahme von un versteuerten 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 Sorgfaltpflicht entschieden (vgl. E. 3.4.1). Unter Berücksichtigung dessen ist es aus rechtsstaatlich-demokratischem Blickwinkel (insb. 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 CHRISTOPH B. BÜHLER, Gewährsartikel: Regulierung der FINMA an der Grenze von Rechtsetzung und Rechtsanwendung, SJZ 110/2014 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 ff., < www.news.admin.ch/news/message/attachments/37802.pdf >).

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. Urteil des BVGer 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 unbesteuerte 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 beziehungsweise 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 ehemaligem Geschäftsleitungsmitglied der Bank; [...]). 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 einzuhaltenen 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. ENDER/VON DER CRONE, Die Risiken des grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehrs aus dem Blickwinkel des schweizerischen Aufsichtsrechts, SZW 6/2010 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]).

3.4.6.1 Eine Konkretisierung der sich aus dem Gewährs- 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 werde, fehlt eine entsprechende Aussage mit Bezug auf das ausländische Steuer-(straf)recht.

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 inhärente 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 ([...]). 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 beziehungsweise 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 [...]), 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.

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 Enforcement-Policy). 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 beziehungsweise 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 überwiesen 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 der Kommission für Wirtschaft und Abgaben SR vom 10. Juni 2013 [13.3410 «Bankmanager. Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit »]). Eine unzulässige Vorwirkung der später in diesem Sinne erlassenen Leitlinien zum Enforcement vom 25. September 2014 (< www.finma.ch/de/finma/taetigkeiten/leitlinien/ >), 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.

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 infrage 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.