

4 Umgang mit risikobehafteten Geschäften und interne Organisation

VERFÜGUNG der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA vom 21. Januar 2011

Gewähr für einwandfreie Geschäftstätigkeit (Art. 3 Abs. 2 Bst. c BankG); angemessene Verwaltungsorganisation (Art. 3 Abs. 2 Bst. a BankG; Art. 10 Abs. 2 Bst. a BEHG; Art. 9 Abs. 1 BankV; Art. 19 Abs. 1 und 3 BEHV); Abklärung der wirtschaftlichen Hintergründe (Art. 9 Abs. 3 BankV; FINMA-Rundschreiben 2008/38 «Marktverhaltensregeln»).

1. Der Umgang mit risikobehafteten Geschäften und Geschäftsbeziehungen ist in einem klaren Prozess, der eine Eskalation auf stufengerechte Ebene ermöglicht, zu regeln (Rz. 57–63).
2. Beim Ausbau der Geschäftstätigkeit muss ein Beaufchtigter auch seine Organisation rechtzeitig und im erforderlichen Umfang weisungs-, prozess- und überwachungstechnisch erweitern (Rz. 64–73).
3. Kooperatives und eigeninitiales Handeln durch den Beaufchtigten kann zu weniger strengen aufsichtsrechtlichen Massnahmen führen (Rz. 74–89).

Garantie d'une activité irréprochable (art. 3 al. 2 let. c LB); organisation adéquate (art. 3 al. 2 let. a LB; art. 10 al. 2 let. a LBVM; art. 9 al. 1 OB; art. 19 al. 1 et 3 OBVM); clarification de l'arrière-plan économique (art. 9 al. 3 OB; Circulaire FINMA 2008/38 «Règles de conduite sur le marché»).

1. La gestion des opérations et des relations à risque doit faire l'objet d'un processus clair qui permette de s'adresser au niveau hiérarchique adéquat (Cm 57-63).
2. Lorsqu'il étend ses activités, un assujetti doit aussi développer son organisation à temps et de manière adéquate au niveau de ses directives, de ses processus et des contrôles (Cm 64-73).
3. Lorsque l'assujetti agit spontanément et se montre coopératif, les mesures prudentielles prononcées peuvent être moins sévères (Cm 74-89).

Garanzia di un'attività irreprensibile (art. 3 cpv. 2 lett. c LBCR); organizzazione adeguata (art. 3 cpv. 2 lett. a LBCR; art. 10 cpv. 2 lett. a LBVM; art. 9 cpv. 1 OBCR; art. 19 cpv. 1 e 3 OBVM); chiarimenti in merito al retroscena economico (art. 9 cpv. 3 OBCR; Circolare FINMA 2008/38 «Regole di condotta sul mercato»).

1. Il trattamento di affari e relazioni di affari a rischio deve essere disciplinato in un chiaro processo che renda possibile un'escalation fino al livello gerarchico adatto (nm. 57-63).
2. Nel quadro dello sviluppo di una relazione di affari, un soggetto sottoposto a vigilanza deve potenziare tempestivamente e nella misura necessaria anche la propria organizzazione a livello di direttive, di processo e di sorveglianza (nm. 64-73).
3. Un agire collaborativo e di propria iniziativa da parte del soggetto sottoposto a vigilanza può comportare misure di vigilanza meno severe (nm. 74-89).

Zusammenfassung des Sachverhalts

Der Überwachungsstelle Surveillance & Enforcement der Schweizer Börse SIX Swiss Exchange (nachfolgend: SIX) wurden von einem Händler der X._____ Bank auffällige Transaktionen in illiquiden Obligationen gemeldet. Die Überwachungsstelle der SIX informierte am (...) 2009 die FINMA. In ihrer Meldung äusserte sie den vom Händler der X._____ Bank ebenfalls geäusserten Verdacht, dass fremdverwaltete Vermögen bzw. Eigenhandelsbestände geschädigt wurden. Durch diese Transaktionen soll mehrheitlich ein der SIX unbekannter Kunde der X._____ Bank profitiert haben.

Die Überwachungsstelle Surveillance & Enforcement der SIX erstattete zudem eine weitere Meldung an die FINMA. Sie äusserte darin den Verdacht auf Verletzung der Verhaltensregeln gemäss Art. 11 des Börsengesetzes (BEHG; SR 954.1) im Zusammenhang mit ausserbörslichen Abschlüssen in weiteren Obligationen.

Um die Hintergründe zu den einzelnen Obligationentransaktionen zu klären, tätigte die FINMA in der Folge Vorabklärungen. In diesem Rahmen richtete die FINMA auch verschiedene Auskunftsbegehren an die X._____ Bank.

Im Jahr 2010 zeigte die FINMA der X._____ Bank die Eröffnung eines eingreifenden Verfahrens an, u.a. weil die Vorabklärungen der FINMA ergeben hatten, dass die betreffenden Obligationentransaktionen von der X._____ Bank auftrags ihres Kunden A._____ (nicht kotierter Anlagefonds mit Sitz im Ausland) durchgeführt worden waren.

Die X._____ Bank führte für A._____ zahlreiche Konti in verschiedenen Währungen und ein Wertschriftendepot. A._____ betätigte sich insbesondere im Devisenhandel und im Handel mit Anleihen, wobei der Kunde auch aktiv Anleihen im Rahmen von Primärmarktmissionen zeichnete. Hauptinvestor und Vermögensverwalter von A._____ ist B._____.

Die Geschäftsbeziehung der X._____ Bank mit A._____ wurde 2005 durch die Private-Banking-Vertretung der X._____ Bank

in M._____ eröffnet. C._____ und D._____ waren die für die Kundenbeziehung verantwortlichen Kundenbetreuer. Der Kundenbetreuer ist bei der X._____ Bank in letzter Instanz verantwortlich für die gesamte Kundenbeziehung. B._____ und C._____ pflegten über Jahre persönliche und berufliche Kontakte; C._____ hielt zudem bis ins Jahr 2008 Anteile an A._____. Aufgrund von Verletzungen interner Kompetenzregelungen und Weisungen sowie der Verletzung der Verpflichtung, die Arbeitgeberinteressen zu wahren, wurden C._____ und D._____ per 2009 mit sofortiger Wirkung freigestellt. Im Vordergrund standen dabei die Ereignisse im Zusammenhang mit der Kundenbeziehung A._____. Das physische Kundendossier der beiden Kundenbetreuer für A._____ bestand primär aus einem lückenhaften und wenig strukturierten Hängeregister.

Am (...) 2010 erliess die FINMA eine Verfügung betreffend provisorische Massnahmen und mandatierte eine Untersuchungsbeauftragte mit dem Auftrag, den Sachverhalt näher abzuklären und einen Bericht darüber zu erstellen.

Nach Eintreffen des Schlussberichts der Untersuchungsbeauftragten (nachfolgend: UB-Schlussbericht) fand eine Besprechung zwischen der X._____ Bank und ihrem Rechtsvertreter sowie der FINMA statt, anlässlich welcher die X._____ Bank der FINMA die getroffenen und eingeleiteten Massnahmen präsentierte.

Innert Frist nahm die X._____ Bank abschliessend Stellung und reichte der FINMA eine aufdatierte Aufstellung über die bereits getroffenen und eingeleiteten Massnahmen ein. Dabei sprach sie sich ebenfalls darüber aus, bis wann die noch nicht vollständig umgesetzten Massnahmen umgesetzt werden sollen.

Aus den Erwägungen

(...)

2. Bewilligungsvoraussetzungen

2.1 Gewähr für einwandfreie Geschäftstätigkeit

(43) Die mit der Verwaltung und Geschäftsführung der Bank betrauten Personen müssen einen guten Ruf geniessen und Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten (Art. 3 Abs. 2 Bst. c des Bankengesetzes [BankG; SR 952.0]). Die Gewährsträger müssen fachlich kompetent sein und sich im Geschäftsverkehr korrekt verhalten. Unter korrektem Verhalten ist in erster Linie die Beachtung der Rechtsordnung, d.h. der Gesetze und Verordnungen, der Vorschriften und der Praxis der Aufsichtsbehörde, der Standesregeln und der internen Richtlinien zu verstehen. Was für die einzelnen Gewährsträger gilt, gilt auch für die Bank als Unternehmung, d.h. die Bank muss als Unternehmung die Bewilligungsvoraussetzung einer einwandfreien Geschäftstätigkeit ebenfalls erfüllen (FINMA-Bulletin 1/2010 S. 108 f., EBK-Bulletin 41/2000 S. 19 f.). Die gleichen Grundsätze sind analog anwendbar für Effekthändler, ihre verantwortlichen Mitarbeiter sowie die massgebenden Aktionäre (vgl. Art. 10 Abs. 2 Bst. d des Börsengesetzes [BEHG; SR 954.1]). Der Gehalt der beiden Bestimmungen ist deckungsgleich (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 6. Mai 2010 B-5535/2009 E. 4.1 mit Hinweisen).

2.2 Angemessene Verwaltungsorganisation

(44) Gemäss Art. 3 Abs. 2 Bst. a BankG kann eine Bank die ihr erteilte Bewilligung nur dauerhaft aufrechterhalten, wenn sie u.a. über eine ihrer Geschäftstätigkeit entsprechende Verwaltungsorganisation verfügt. Die Aktivitäten der Bank haben ihrer Organisation und ihren Ressourcen zu entsprechen. Art. 10 Abs. 2 Bst. a BEHG enthält eine analog ausgestaltete Regelung, wonach der Gesetzgeber die Bewilligungserteilung davon

abhängig macht, dass die Effekthändlerin durch ihre internen Vorschriften und ihre Betriebsorganisation die Erfüllung der sich aus dem Börsengesetz ergebenden Pflichten sicherstellt. Die Bank bzw. die Effekthändlerin sorgt gemäss Art. 9 Abs. 1 der Bankenverordnung (BankV; SR 952.02) bzw. Art. 19 Abs. 1 der Börsenverordnung (BEHV; SR 954.11) für eine wirksame betriebsinterne Funktionentrennung zwischen Handel, Vermögensverwaltung und Abwicklung. Sie muss die mit der Geschäftstätigkeit und die mit dem Vollzug von Effektengeschäften verbundenen Risiken erfassen, begrenzen und überwachen (Art. 19 Abs. 3 BEHV).

(45) Gemäss Art. 9 Abs. 2 BankV bzw. Art. 19 Abs. 3 BEHV regelt die Bank bzw. die Effekthändlerin die Grundzüge ihres Risikomanagements sowie die Zuständigkeit und das Verfahren für die Bewilligung von risikobehafteten Geschäften in einem Reglement oder in internen Richtlinien. Im Weiteren sorgt die Bank bzw. die Effekthändlerin für ein wirksames internes Kontrollsystem und bestellt eine von der Geschäftsführung unabhängige interne Revision (Art. 9 Abs. 4 BankV bzw. Art. 20 Abs. 1 BEHV). Das FINMA-Rundschreiben 08/24 «Überwachung und interne Kontrolle» (FINMA-RS 08/24) präzisiert die diesbezüglichen Organisationsvorschriften. Die Verantwortung für die Erfassung, Begrenzung und Überwachung von Risiken wird durch den Verwaltungsrat und die Geschäftsleitung geteilt. Der Verwaltungsrat wird dabei insbesondere durch die interne Revision unterstützt. Der Geschäftsleitung steht mit Bezug auf Compliance-Risiken die Compliance-Funktion zur Seite.

(46) Das FINMA-RS 08/24 sieht vor, dass der Verwaltungsrat die Verantwortung trägt für die Reglementierung, Einrichtung, Aufrechterhaltung, Überwachung und regelmässige Überprüfung einer angemessenen internen Kontrolle, welche der Grösse, der Komplexität, der Struktur und dem Risikoprofil des Instituts angepasst ist. Durch die aus einer systematischen Risikoanalyse abgeleitete interne Kontrolle und deren Überwachung stellt der Verwaltungsrat sicher, dass alle wesentlichen Risiken im Institut

erfasst, begrenzt und überwacht werden (FINMA-RS 08/24 Rz. 9 und 10). Der Verwaltungsrat richtet eine interne Revision ein, welche ihm oder dem Audit Committee direkt unterstellt ist und in erster Linie dem Gremium (Verwaltungsrat oder Audit Committee) berichtet, dem sie direkt unterstellt ist (FINMA-RS 08/24 Rz. 15).

(47) Die interne Revision arbeitet unabhängig von den täglichen Geschäftsprozessen (FINMA-RS 08/24 Rz. 63). Sie liefert wichtige Entscheidungsgrundlagen für die Beurteilung, ob das Institut ein dem Risikoprofil des Instituts angemessenes und wirksames internes Kontrollsystem besitzt, und führt jährlich eine umfassende Risikobeurteilung des Instituts durch. Ausgehend von dieser Risikobeurteilung legt die interne Revision schwerge- wichtig die Prüfziele für die nächste Prüfperiode fest. Im Weiteren stellt die interne Revision sicher, dass sämtliche risikorelevanten Geschäftsaktivitäten im Rahmen einer Mehrjahresplanung einer Prüfung durch sie selbst oder die Prüfgesellschaft unterliegen (FINMA-RS 08/24 Rz. 69–72).

(48) Die Geschäftsleitung setzt die Vorgaben des Verwaltungsrats bezüglich Einrichtung, Aufrechterhaltung und regelmässiger Überprüfung der internen Kontrolle um (FINMA-RS 08/24 Rz. 80). Die Geschäftsleitung stellt eine geeignete Trennung von Funktionen sicher und vermeidet die Zuweisung konfliktärer Verantwortungen (FINMA-RS 08/24 Rz. 86). Sie entwickelt geeignete Prozesse für die Identifikation, Messung, Bewertung, Beurteilung und Kontrolle der durch das Institut eingegangenen Risiken. Dies umfasst unter anderem die Konkretisierung der Compliance-Funktion (FINMA-RS 08/24 Rz. 81).

(49) Die Geschäftsleitung trägt die Verantwortung für die Umsetzung angemessener interner Systeme und Prozesse zur Gewährleistung der Compliance im Institut. Sie trifft die entsprechenden betrieblichen Massnahmen und Vorkehrungen, sorgt insbesondere für ein zweckmässiges Weisungs- wesen und ordnet die stufengerechte Einbindung aller Mitarbeiter in die

Aufrechterhaltung der Compliance an (FINMA-RS 08/24 Rz. 99). Als Com- pliance gelten das Einhalten von gesetzlichen, regulatorischen und inter- nen Vorschriften sowie die Beachtung von marktüblichen Standards und Standesregeln. Das Risiko von Verstössen gegen Vorschriften, Standards und Standesregeln und entsprechenden rechtlichen und regulatorischen Sanktionen, finanziellen Verlusten oder Reputationsschäden wird deshalb auch Compliance-Risiko genannt (FINMA-RS 08/24 Rz. 97 f.).

(50) Eine Compliance-Funktion wird unter der Verantwortung der Geschäftsleitung von jedem Institut unterhalten. Sie ist nach Massgabe der Grösse, der Geschäfts- und Organisationskomplexität und des Compliance- Risikos des Instituts mit angemessenen Ressourcen und Kompetenzen auszustatten (FINMA-RS 08/24 Rz. 81 und 100 f.). Zu den Aufgaben der Compliance-Funktion gehören in der Regel die Unterstützung und Bera- tung der Geschäftsleitung sowie der Mitarbeiter bei der Durchsetzung und Überwachung der Compliance, die mindestens jährliche Einschätzung des Compliance-Risikos der Geschäftstätigkeit des Instituts sowie die Feststellung und Untersuchung von schwerwiegenden Verletzungen der Compliance und Unterstützung der Geschäftsleitung bei der Wahl der zu treffenden Anordnungen oder Massnahmen (FINMA-RS 08/24 Rz. 107–109 und 111).

2.3 Abklärung der wirtschaftlichen Hintergründe eines Geschäfts

(51) Im Rahmen ihrer Organisations- und Gewährspflichten ist die Bank gemäss Art. 9 Abs. 3 BankV verpflichtet, in Bezug auf die mit Risiko ver- bundenen Geschäfte alle Unterlagen zusammenzustellen, welche für die Beschlussfassung und die Überwachung notwendig sind. Diese Unterlagen müssen auch der Prüfgesellschaft erlauben, sich ein zuverlässiges Urteil über die Geschäftstätigkeit zu bilden. Nach Praxis der FINMA, welche von der Vorgängerbehörde Eidgenössische Bankenkommission (EBK) übernommen wurde, sind die wirtschaftlichen Hintergründe eines in Aussicht genom- menen Geschäfts abzuklären, wenn Anzeichen darauf hindeuten, dass die

Transaktion Teil eines rechtswidrigen oder unsittlichen Sachverhaltes bilden könnte, oder wenn es sich um ein kompliziertes, ungewöhnliches oder bedeutsames Geschäft handelt (EBK-Bulletin 23/1993 S. 27 f. sowie EBK-Bulletin 16/1986 S. 30 f. mit diversen Hinweisen). Die von den Banken anzufertigenden Unterlagen müssen nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung auch Schlüsse darauf zulassen, ob das konkrete Geschäft nicht Bestandteil eines rechts- oder sittenwidrigen Sachverhaltes ist. Wäre dies nämlich der Fall, so wäre die durch Art. 3 Abs. 2 Bst. c BankG verlangte Seriosität der Geschäftsführung, welche für die Ausübung der Bankentätigkeit dauernd zu gewährleisten ist, offensichtlich in Frage gestellt. Grundsätzlich liege es im technischen Ermessen der FINMA zu beurteilen, wann ein konkretes Bankgeschäft als bedeutend anzusehen ist. Es entspricht denn auch einer durchaus üblichen und alltäglichen Reaktion jedes sorgfältigen Bankiers, sich für den Abschluss qualifizierter Geschäfte im oben umschriebenen Sinne besonders aussagekräftige und detaillierte Entscheidungsgrundlagen bereitzustellen (vgl. EBK-Bulletin 11/1982 S. 15 f. = BGE 108 Ib 186).

(52) Es ist einer Bank selbstverständlich nicht untersagt, auch aussergewöhnliche Geschäfte zu tätigen, sofern sie dabei ihre Sorgfaltspflichten und die Gewähr für einwandfreie Geschäftstätigkeit nicht verletzt. Sie hat die oben erwähnten notwendigen Abklärungen jedoch so durchzuführen, dass auch ein sachkundiger Dritter (Prüfgesellschaft, Aufsichtsbehörde) die Geschäfte aufgrund aussagekräftiger Unterlagen überblicken und beurteilen kann (EBK-Bulletin 7/1980 S. 11 f.). Aufgrund von Art. 9 Abs. 3 BankV können Banken im Einzelfall verpflichtet sein, bei ungewöhnlichen Geschäften von allen Vertragspartnern schriftliche Erklärungen über Absicht und Begründung des gewählten Vorgehens zu verlangen und sich über deren Wahrheitsgehalt zu vergewissern. Dieses Vorgehen soll sachkundigen Dritten ermöglichen, die Geschäfte aufgrund aussagekräftiger Unterlagen zu überblicken und namentlich zu beurteilen, ob die Voraussetzung einwandfreier Geschäftstätigkeit gemäss Art. 3 Abs. 2 Bst. c BankG noch erfüllt ist (vgl. BGE 106 Ib 148 f. E. 2c).

(53) Die Abklärungspflicht gilt auch in Bezug auf das Marktverhalten von Kunden. Es gibt zwar keine allgemeine Pflicht, die Handelstätigkeit der Kunden systematisch zu überwachen und abzuklären. Hingegen wird bei Vorliegen qualifizierender Merkmale von Effektenhändlern erwartet, dass sie die erforderlichen Abklärungen tätigen und über entsprechende Prozesse verfügen. Gemäss FINMA-Rundschreiben 2008/38 «Marktverhaltensregeln» (FINMA-RS 08/38) haben Effektenhändler die Hintergründe abzuklären und sich gegebenenfalls der Mitwirkung am Effektengeschäft des Kunden zu enthalten, wenn offensichtliche Anzeichen bestehen, dass Effektengeschäfte für Kunden mit den Anforderungen der Ziff. III. bis V. FINMA-Rundschreiben 08/38 nicht zu vereinbaren sind (FINMA-RS 08/38 Rz. 5).

2.4 Weitere Marktverhaltensregeln

(54) Gemäss Rz. 58 FINMA-Rundschreiben 08/38 ist für sämtliche Effekten, inklusive nicht eigenkapitalbezogenen Anleihen, zu gewährleisten, dass die Zuteilung von Effekten nach sachlichen Kriterien fair und transparent erfolgt sowie überprüft und nachvollzogen werden kann. Einzelheiten sind in den Zuteilungsrichtlinien für den Emissionsmarkt der Schweizerischen Bankiervereinigung (Zuteilungsrichtlinien) geregelt. Gemäss Ziffer 6.1 der Zuteilungsrichtlinien regelt und dokumentiert die Bank das Zuteilungsverfahren für öffentliche Platzierungen so, dass es auf sachlichen Kriterien beruht, durch die zuständigen Stellen der Bank überprüft werden kann und für die banken- bzw. börsengesetzliche Prüfgesellschaft und die Aufsichtsbehörde nachvollziehbar ist. Die organisatorische und reglementarische Umsetzung zur Erfüllung dieser Pflichten hatte bis zum 30. April 2009 zu erfolgen. Eine Pflicht zur nachvollziehbaren Dokumentation einzelner Schritte in einer Primärmarkttransaktion (Zeichnung, Zuteilung) ergibt sich aber auch bereits aufgrund der Verhaltenspflichten in Art. 11 BEHG (namentlich Sorgfaltspflichten der Best Execution und der Nachvollziehbarkeit der Ausführung), die auch im Emissionsgeschäft auf dem Primärmarkt einzuhalten sind (EBK-Bulletin 51/2008 S. 32 ff.; Eric Stupp/Dieter Dubs, in: Watter/Vogt [Hrsg.], Kommentar zum Börsengesetz, Basel 2007, N. 19 zu Art. 11), sowie der

Anforderungen an Treu und Glauben im Geschäftsverkehr bzw. des Gebots des redlichen Verhaltens und der Sorgfaltspflichten eines seriösen Bankiers (EBK-Bulletin 18/1988 S. 28 f.). Auch vor dem Hintergrund von allfälligen zivilrechtlichen Haftungsfolgen muss die Bank Emissionsgeschäfte zumindest so dokumentieren, dass sie für sie selbst und für Dritte nachvollziehbar sind.

(55) Effekthändler sind verpflichtet, eine Watchlist mit Angaben über die beim Effekthändler vorhandenen vertraulichen preissensitiven Informationen über Emittenten sowie namentlich über Informationsträger und über den Zeitrahmen der Vertraulichkeit zu führen (FINMA-RS 08/38 Rz. 54). Diese ist zu ergänzen um eine Restricted List mit Verboten oder Beschränkungen von spezifischen Geschäftsaktivitäten (FINMA-RS 08/38 Rz. 55). In internen Weisungen sind ferner Massnahmen zur Überwachung der Mitarbeitergeschäfte vorzusehen. Diese Massnahmen müssen namentlich geeignet sein, den Missbrauch von vertraulichen preissensitiven Informationen für eigene Transaktionen der Mitarbeiter zu verhindern bzw. aufzudecken. Dabei sind auch Bankverbindungen von Mitarbeitern des Effekthändlers bei Drittinstituten sowie Interessenkonflikte gegenüber dem Arbeitgeber in geeigneter Form zu berücksichtigen (FINMA-RS 08/38 Rz. 56).

(56) Bei der Abwicklung von Effektengeschäften ist das Gebot von Treu und Glauben zu beachten. Dieses gebietet auch ein redliches Verhalten gegenüber dem Markt insgesamt (FINMA-RS 08/38 Rz. 39 f.). Effektengeschäfte müssen sodann einen wirtschaftlichen Hintergrund aufweisen und einem echten Angebots- und Nachfrageverhalten entsprechen. Effektengeschäfte, um den Börsenkurs oder die Bewertung von Effekten zu verzerren, sowie Scheingeschäfte und -aufträge sind nicht zulässig (Marktmanipulation; FINMA-RS 08/38 Rz. 22 f.). Ein entsprechendes Verbot der Marktmanipulation findet sich auch in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der SIX. Die Teilnehmer sind insbesondere verpflichtet, Handlungen und Unter-

lassungen, die nach Ansicht der SIX die Integrität der Börse beeinträchtigen, zu vermeiden (Ziff. 1.24 AGB vom 18. Oktober 2008, in Kraft getreten am 1. Januar 2009 bzw. Ziff. 1.19 AGB vom 31. März 2009, in Kraft getreten am 4. Mai 2009).

3. Würdigung

3.1 Mängel bei der X. _____ Bank

3.1.1 Umgang mit der Kundenbeziehung A. _____ und den auffälligen Transaktionen

(57) Die X. _____ Bank führte über ihre Private-Banking-Niederlassung in M. _____ mit A. _____ eine Kundenbeziehung, die in verschiedener Hinsicht auffiel. Zum einen wurden Transaktionen getätigt, bei denen Gegenpartei, Preis, Anzahl und Valor im Voraus bekannt und abgesprochen waren. Bei diesen vorabgesprochenen Geschäften wurde ein Gefäss zwischen Erstverkäufer und Endkäufer geschoben, welches einen Gewinn aus der Transaktionskette abschöpfte. A. _____ wickelte sodann über seine Geschäftsbeziehung bei der X. _____ Bank Transaktionen über grosse Anleihebestände ab, die als börsliche Teilverkäufe in zwei Tranchen so unterteilt waren, dass in einem ersten Schritt ein Verkauf einer kleinen Tranche zu einer Handelsunterbrechung führte, und in einem zweiten Schritt ein Verkauf einer viel grösseren Tranche zu einem besseren Referenzkurs «störungsfrei» abgewickelt werden konnte.

(58) Der Grund für dieses Vorgehen ist offensichtlich: Da der mit der Gegenpartei vorabgesprochene Preis zugunsten von A. _____ stark vom letztbezahlten Kurs abwich, musste die Transaktion zu einer Handelsunterbrechung führen. Die Handelsunterbrechung an der SIX dient einerseits dazu, die anderen Marktteilnehmer über den Umstand einer wesentlichen Preisveränderung zu informieren, und andererseits können alle Marktteilnehmer während der Dauer der Handelsunterbrechung (vor-

liegend 15 Minuten) mit einem besseren Angebot in das Geschäft treten. Genau dies sollte verhindert werden, und dies gelang durch die künstliche Aufteilung in eine zuerst kleine und danach grosse Tranche der Transaktion. Diese intransparenten und ungewöhnlichen Transaktionen werfen die Frage eines möglicherweise unrechtmässigen Handelsgeschehens von A. _____ bzw. von B. _____ auf. Dies umso mehr, als der Hauptinvestor und Einzelzeichnungsbefugte von A. _____, B. _____, gleichzeitig in der Vermögensverwaltung für Dritte tätig ist. Auffällig an A. _____ waren generell die Beteiligungsverhältnisse. Innerhalb der X. _____ Bank wurde die Verflechtung rund um A. _____ schliesslich auch als «intransparentes Netzwerk von Händlern» erkannt.

(59) In (...) ihrer Stellungnahme zum UB-Schlussbericht erklärt die X. _____ Bank mit Bezug auf die auffälligen Transaktionen, dass Käufe und Verkäufe bei Anleihen ausserhalb des Matchers der Börse nicht per se unzulässig seien. Die Problematik, auf welche der Handel der X. _____ Bank reagiert hatte, sei insbesondere ein Produkt der speziellen Umstände der Finanzmarktkrise gewesen, welche im Anleihenshandel fehlende Liquidität und hohe Spreads und eine sehr volatile Preisentwicklung zur Folge hatte. Hierzu kann festgehalten werden, dass vorabgesprochene Geschäfte nicht per se unzulässig sind, solange die hierfür geltenden Regeln der Börse eingehalten werden. Klar ist, dass die X. _____ Bank vorliegend nicht den gesamten Überblick über die Hintergründe und die Motive der entsprechenden Transaktionen hatte, und dass aufgrund der bei der X. _____ Bank vorliegenden Informationen nicht eindeutig auf eine widerrechtliche Handlung geschlossen werden konnte. Vorliegend bestanden jedoch aufgrund der Umstände der Auftragserteilung, der Zwischenschaltung des Gefässes A. _____ in bereits vorabgesprochene Transaktionen zum Kauf bzw. Verkauf von Obligationen, der nachfolgenden auffälligen Transaktionen und Handelsunterbrechungen sowie der Beteiligungsverhältnisse am Kunden und damit verbundenen Interessenkonflikten offensichtliche Anzeichen für ein ungewöhnliches und allenfalls rechtswidriges Geschäfts-

gebahren. Die betreffenden Geschäfte und die Geschäftsbeziehung mit A. _____ waren unter diesen Umständen risikobehaftete Geschäfte bzw. eine risikobehaftete Geschäftsbeziehung, welche die Bank zu raschen und vertieften Abklärungen hätte veranlassen müssen (Art. 9 Abs. 3 BankV, Rz. 5 FINMA-RS 08/38).

(60) Die Bank traf zwar Abklärungen, wozu auch ein Austausch mit den für die Kundenbeziehung verantwortlichen Kundenberatern stattfand. Aber erst ein halbes Jahr nach den auffälligen Transaktionen suchte die Bank das Gespräch mit dem Kunden betreffend ihre Geschäftsbeziehung. Die Abklärungen beim Kunden wurden sodann einzig von Kundenberatungsseite vorgenommen, ohne dass eine unabhängige Kontrollstelle direkt involviert gewesen wäre. So nahm seitens der X. _____ Bank lediglich ein Kundenberater teil; Compliance hingegen wurde nicht beigezogen. Zumal es sich um risikobehaftete Geschäfte bzw. eine risikobehaftete Geschäftsbeziehung handelte und Hinweise vorhanden waren, wonach der operative Bereich nicht unbefangen ist, hätte im vorliegenden Fall eine unabhängige Kontrollinstanz wie Compliance zwingend beigezogen werden müssen. Die Abklärungen konzentrierten sich im Weiteren auf mögliche Interessenkonflikte und erfolgten nicht zusätzlich vor dem Hintergrund eines allfällig marktmissbräuchlichen Verhaltens des Kunden. Vorliegend hätte es zudem Sinn gemacht, bereits zu einem früheren Zeitpunkt eine Erklärung des Kunden zu den auffälligen Transaktionen und deren wirtschaftlichen Hintergrund einzuholen, was jedoch unterblieb (vgl. BGE 106 Ib 148 E. 2 c, BGE 108 Ib 186, EBK-Bulletin 16/1986 S. 31). Stattdessen entschied sich die X. _____ Bank letztlich, einerseits die beiden Kundenberater zu entlassen, und andererseits mittels Abschluss eines Übereinkommens A. _____ weitgehende Kompetenzen einzuräumen, was die Überwachung und Kontrolle der mit der Geschäftsbeziehung verbundenen Risiken noch erschwerte und A. _____ weiter aus dem «Risikoradar» entfernte. So ist mit Bezug auf Transaktionen, welche aufgrund eines Übereinkommens abgewickelt werden, eine vorgängige Kontrolle durch die

X._____ Bank selber nicht möglich und kann nur durch den Broker erfolgen. Immerhin ist es gemäss Stellungnahme der X._____ Bank in jedem Fall noch möglich, die Abschlüsse im Nachhinein zu prüfen und Massnahmen zu treffen, wie dies auch anlässlich einer auffälligen Transaktion durch O._____ auf Veranlassung des Leiters des Bereichs Handel erfolgte. Daneben war aber der Umgang mit und der Abschluss von Übereinkommen zu jenem Zeitpunkt bei der X._____ Bank weisungsmässig nicht geregelt. Bei der Abwicklung der aufgrund von Übereinkommen abgeschlossenen Transaktionen verletzte die X._____ Bank schliesslich auch ihre Meldepflichten gemäss Art. 15 BEHG gegenüber der SIX.

(61) Die X._____ Bank hat es trotz mehrfach geäusselter Vorbehalte und Aufforderungen namentlich der internen Revision unterlassen, die wirtschaftlichen Hintergründe der Kundenbeziehung A._____ und der über diese abgewickelten Effektengeschäfte zeitgerecht, objektiv, kritisch und im Detail abzuklären und über die Weiterführung der Geschäftsbeziehung zu entscheiden. Damit hat sie die aufsichtsrechtlichen Bestimmungen von Art. 3 Abs. 2 Bst. a und c BankG i.V.m. Art. 9 Abs. 2 und 3 BankV (vgl. Rz. (43) bis (45) und Rz. (51) bis (53) oben) schwer verletzt.

3.1.2 Beratungs-, Überwachungs- und Kontrollprozesse

a) Vorgehen und Kompetenzen bei risikobehafteten Geschäften bzw. Geschäftsbeziehungen

(62) Die Vorfälle um die Kundenbeziehung A._____ und die X._____ Bank-internen Untersuchungen legten verschiedene Mängel im Risikomanagement und im internen Kontrollsystem der X._____ Bank offen. So war etwa das Vorgehen bei Vorliegen von (mutmasslich) unerlaubten Handelsgeschäften nicht geregelt und für die Mitarbeitenden unklar. Ebenfalls nicht geregelt und unklar war, welche Personen oder Instanzen für einen Entscheid über die Fortführung einer Kundenbeziehung überhaupt zuständig waren. Wie die X._____ Bank in ihrer Stellungnahme zum UB-Schlussbericht hierzu ausführte, oblag dem zuständigen Kundenbetreuer

(vorbehältlich der Weisungen seines Vorgesetzten) die Gesamtverantwortung für die Kundenbeziehung, was auch die Zuständigkeit für den Abbruch derselben miteinschloss. Die möglichen Interessenkonflikte, die sich aus einer solchen Regelung ergeben können, sind evident. Sodann waren die Handelsregeln zwar in verschiedenen Weisungen geregelt; diese Weisungen galten jedoch teilweise nicht für alle Mitarbeitenden und schlossen dadurch etwa die Kundenberater nicht explizit und umfassend ein, obwohl diese Handlungsaufträge ihrer Kunden entgegennehmen und teilweise für die Bank freigeben konnten. An Schulungen über das betreffende Weisungswesen fehlte es ebenfalls. Hinzu kommt, dass der variable Lohnbestandteil des für den Entscheid über den Abbruch der Kundenbeziehung zuständigen Kundenbetreuers direkt von den Erträgen eben dieses Kunden abhängig ist. Dieses Bonussystem führt zwangsläufig zu Interessenkonflikten.

(63) Der Entscheid über die Vornahme eines mit Risiko verbundenen Geschäfts oder der Entscheid, eine mit Risiken verbundene Geschäftsbeziehung fortzuführen oder abubrechen, sind regelmässig Entscheide mit erheblicher Bedeutung für die Bank. Sie muss daher dafür einen klar definierten, unabhängigen und objektiven Prozess einrichten, bei dem nicht nur kommerzielle Interessen, sondern auch Compliance- und Reputationsrisiken mitberücksichtigt werden. Folglich sind unabhängige Kontrollfunktionen in die Beurteilung miteinzubeziehen und es ist sicherzustellen, dass die Entscheide auf stufengerechte Ebene eskaliert werden bzw. eskaliert werden können. Die Delegation solcher Entscheide an die verantwortlichen Kundenberater oder deren Vorgesetzte allein vermag diesen Anforderungen in keiner Weise zu genügen. Sobald es sich – wie bei A._____ gegeben – um eine Geschäftsbeziehung handelt, deren Fortführung für die Gesamtbank mit Risiken verbunden ist, ist zudem grundsätzlich die Geschäftsleitung in diesen Prozess einzubeziehen. Die Bank war somit in Bezug auf den Umgang mit risikobehafteten Geschäften ungenügend organisiert und versties gegen ihre Pflichten gemäss Art. 3 Abs. 2 Bst. a BankG i.V.m. Art. 9 Abs. 2 und 4 BankV bzw. Art. 10 Abs. 2 Bst. a BEHG i.V.m. Art. 19

Abs. 3 BEHV (vgl. Rz. (44) und (45) oben). Gemessen an der Grösse und der Bedeutung der Bank und dem erforderlichen Organisationsgrad handelt es sich vorliegend um eine schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen.

b) Rolle der Compliance

(64) Bei der X._____ Bank fehlte es an wirksamen Kontrollen und an einer effektiven Mitwirkung von Compliance bei Handelsaktivitäten generell und bei der Kundenbeziehung A._____ im Besonderen. Die Compliance-Stelle der X._____ Bank war in erster Linie für die Einhaltung der geldwäscherechtlichen Vorschriften zuständig und nahm mangels erforderlicher Fachkenntnisse davon Abstand, für die Einhaltung von Handelsregeln zuständig zu sein. Immerhin wies die Compliance-Stelle im Rahmen ihrer Compliance Reportings regelmässig auf die ausstehende organisatorische Umsetzung der Vorschriften des EBK-Rundschreibens 08/1 «Marktverhaltensregeln» (heute: FINMA-Rundschreiben 08/38) hin.

(65) Die X._____ Bank argumentiert in ihrer Stellungnahme, dass die Compliance im Bereich Handel innerhalb der Linie zugeteilt war. So sei jeder Mitarbeiter der X._____ Bank in seinem Teilbereich für die Einhaltung und Überwachung der einschlägigen gesetzlichen, regulatorischen und internen Bestimmungen zuständig und insbesondere sei die Compliance im Handelsbereich, und somit auch im Bereich Umgang mit preissensitiven Informationen, durch den Handel selbst wahrgenommen worden. In der Tat hat der Bereich Handel auch mitgeholfen, dass Handelsregeln eingehalten werden. Dies etwa, als im Nachgang zu den erstmals erkannten auffälligen Transaktionen bei A._____ die Durchführung vorabgesprochener Transaktionen ausdrücklich verweigert wurde. Der Leiter Zinshandel wies O._____ im (...) 2009 etwa auch darauf hin, dass die Abschlüsse in SIX-kotierten Anleihen dem Handel gemeldet werden müssten. Dessen ungeachtet ist aber klar, dass die X._____ Bank aufgrund ihrer Grösse die Compliance-Funktion im Handel nicht an die für die Handelstätigkeit

zuständigen Einheiten und Mitarbeiter delegieren durfte. Es ist offensichtlich, dass damit die Compliance-Funktion nicht unabhängig von ertragsorientierten Geschäftsaktivitäten eingegliedert war und damit möglichen Interessenkonflikten organisatorisch nicht sachgerecht Rechnung getragen wurde. Hinzu kommt, dass auch der Bereich Handel bei der X._____ Bank eine Sonderregelung für die Bonusberechnung genießt, welche auf dem Handelsertrag basiert, was die Unabhängigkeit und Objektivität der damals geltenden Compliance-Regelung zusätzlich in Frage stellt. Es ist daher festzustellen, dass die Bank in Bezug auf das Handelsgeschäft keine Compliance-Funktion aufrechterhielt, welche nach Massgabe der Grösse, der Geschäfts- und Organisationskomplexität sowie des Compliance-Risikos mit angemessenen Ressourcen und genügend Unabhängigkeit ausgestattet war (vgl. Art. 3 Abs. 2 Bst. a BankG bzw. Art. 10 Abs. 2 BEHG sowie Rz. 81 und 100 f. FINMA-RS 08/24; Rz. (43), (44) und (48) bis (50) oben) und welche die Geschäftsleitung entsprechend bei der Wahl der zu treffenden Massnahmen hätte unterstützen können (vgl. Rz. 107–109 und 111 FINMA-RS 08/24). Angesichts der Grösse der Bank und der Tatsache, dass die Bank den Handel in den vergangenen Jahren gezielt ausgebaut hat, handelt es sich um eine schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen.

c) Rolle der internen Revision

(66) Die interne Revision fungierte gegenüber dem operativen Bereich der Bank als Anlaufstelle, als sie direkt durch Händler über die Geschäftsaktivitäten von A._____ und dessen Kundenbetreuer informiert wurde. Im Anschluss daran übernahm sie eine aktive Rolle bei der Aufarbeitung der Angelegenheit und traf Abklärungen. Die interne Revision erteilte Empfehlungen zum weiteren Vorgehen, welche sie sowohl an Vertreter der obersten Bankleitung als auch an den operativen Bereich der Bank richtete.

(67) Wie die X._____ Bank in ihrer Stellungnahme zum Sachverhalt darlegte, war der Grund für das starke Engagement der internen Revision vor allem das Konzept der dezentralen Compliance-Organisation der

X._____ Bank und das Fehlen einer unabhängigen Handelscompliance. Die Weisung (...) habe das Compliance-Aufgabengebiet «Sorgfalts- und Treuepflicht sowie Verhinderung unerlaubter Verhaltensweisen» dem Handel zugewiesen, ohne eine unabhängige Compliance-Stelle einzurichten oder einen Eskalationsprozess vorzusehen. Insoweit sei es nur folgerichtig gewesen, dass sich die Händler an die interne Revision wandten. Da der Abteilung Recht & Compliance entsprechendes Know-how fehlte, habe die interne Revision auch federführend die Abklärungen übernommen, nachdem die Meldungen der Händler erfolgt waren.

(68) Die Beurteilung der Bank ist richtig: Die interne Revision übte in diesem Fall zu weiten Teilen die Funktion aus, die durch die Compliance-Einheit hätte ausgeübt werden sollen, und füllte damit letztlich die Lücke einer fehlenden Handelscompliance. Selbst wenn der Bank insgesamt zugute zu halten ist, dass mit der internen Revision eine Stelle mit angemessenem Fachwissen vorhanden war, die auf die auffälligen Transaktionen von A._____ reagierte, gilt es festzuhalten, dass die interne Revision damit eine Aufgabe erfüllte bzw. zu erfüllen hatte, die ihren eigentlichen Aufgaben und ihrer Rolle zuwiderläuft. Die interne Revision war vorliegend zunehmend ins Tagesgeschäft involviert; sie übernahm eine direkte Ansprech- und Beratungsfunktion und erteilte Empfehlungen für das weitere Vorgehen im operativen Bereich. Die eigentliche Hauptaufgabe der internen Revision besteht jedoch darin zu prüfen, ob das interne Kontrollsystem sachgerecht funktioniert (Rz. (47) oben). Dazu gehört auch die Prüfung und Kontrolle, ob die Compliance-Funktion ihre Aufgaben wahrnimmt. Die Ausübung dieser Kontrollfunktion bedingt eine Distanz zum Tagesgeschäft und eine klare Unabhängigkeit von übrigen Kontrollinstanzen, die nicht gewährleistet ist, wenn die interne Revision selber wesentliche Compliance-Funktionen wahrnehmen muss. Aus diesem Grunde verlangt das FINMA-Rundschreiben 08/24 auch explizit, dass die interne Revision unabhängig von täglichen Geschäftsprozessen arbeitet. Die X._____ Bank hat damit den organisatorischen Anforderungen

gemäss Art. 9 Abs. 4 BankV, Art. 20 BEHV und FINMA-RS 08/24 Rz. 63 (vgl. Rz. (45) und (47) oben) nicht entsprochen.

d) Sonderregelung Private Banking M._____ (69) Im Zusammenhang mit den Vorfällen rund um A._____ ist auch die Einbindung der Private-Banking-Niederlassung in M._____ in die Gesamtorganisation und das interne Kontrollsystem der Bank von Bedeutung. In M._____ wird eine verhältnismässig grosse Anzahl an Geschäftsbeziehungen mit erhöhten Risiken im Sinne der Geldwäschereigesetzgebung geführt. Der Standort trägt sodann massgeblich zum Ertrag der Gesamtbank bei. Die Niederlassung in M._____ wird als Profitcenter geführt, was sich auch in der Spezialregelung mit Bezug auf die Vergütungen der Mitarbeitenden widerspiegelt. Die Abhängigkeit der variablen Lohnanteile vom Nettogeschäftsergebnis ist nicht risikoadjustiert und erhöht die Gefahr, dass sich Risiken materialisieren. Die Einbindung in das Risikomanagement und das interne Kontrollsystem der Gesamtbank ist zwar vorgesehen. Es wurde allerdings erst vor kurzem eine Stelle Compliance neu geschaffen, welche eine unabhängige Beratung und Kontrolle der Compliance in geldwäschereirechtlichen Fragen vor Ort in M._____ sicherstellt. Obwohl in M._____ in den letzten Jahren der Personalbestand um rund (...) % erhöht wurde, war bis zur Schaffung der neuen Compliance-Stelle lediglich ein der Linie unterstellter Mitarbeiter als «Koordinationsstelle» mit Compliance-Aufgaben betraut und ein Vertreter von Compliance N._____ alle zwei Wochen in M._____ anwesend. Der Standort M._____ ist überdies nicht nur örtlich, sondern auch organisatorisch von der Gesamtbank getrennt, indem er direkt dem CEO angehängt ist. Diese örtliche und organisatorische Trennung bedingt umso mehr, dass die Zuständigkeiten und das Vorgehen bei ungewöhnlichen Vorfällen bzw. die Eskalationsprozesse im Einzelnen klar geregelt sind, und dass das interne Kontrollsystem der Bank den aufsichtsrechtlichen Vorgaben einwandfrei entspricht. Dies war, wie vorstehend festgestellt wird, nicht der Fall.

3.1.3 Umsetzung relevanter Verhaltens- und Handelsregeln

(70) Die Untersuchung der Untersuchungsbeauftragten führte verschiedene Mängel bei der X._____ Bank mit Bezug auf Primärmarktemissionen zutage. Wie die Untersuchungsbeauftragte feststellte, fehlte es bei einer Vielzahl von Geschäften an den erforderlichen Informationen, um die Fairness und Sachlichkeit der Zuteilung nachvollziehen oder beurteilen zu können. So wurden die internen Vorschriften, welche eine entsprechende Dokumentationspflicht vorsehen, erst per (...) 2009 auf Anleihen ausgedehnt. Die von der Untersuchungsbeauftragten ausgeführten Untersuchungshandlungen wurden dadurch beeinträchtigt, dass für eine Vielzahl von Zeichnungen und Zuteilungen bei Emissionsgeschäften vor dem (...) 2009 die erforderlichen Informationen bei der X._____ Bank nicht erhältlich waren und damit die Einhaltung der Pflichten mit Bezug auf die Zuteilung von Effekten nicht nachvollzogen werden konnte. Die Bank sollte aber in der Lage sein, die Zeichnung und Zuteilung nachvollziehen zu können, um eine ordnungsgemässe und sachgerechte Zuteilung zu gewährleisten; dies namentlich vor dem Hintergrund ihrer Sorgfalts- und Treuepflichten gemäss Art. 11 BEHG (vgl. Rz. (54) oben). Die X._____ Bank hat die Tätigkeit für ihre Kunden im Rahmen von Emissionsgeschäften nicht in einer Art und Weise dokumentiert, dass sie jederzeit auch für Dritte nachvollziehbar waren.

(71) A._____ war sodann durch die rege Zeichnungstätigkeit bei Anleiheemissionen Auslöser für Kompetenzüberschreitungen durch die beiden für die Geschäftsbeziehung zuständigen Kundenbetreuer. Überhöhte Zeichnungen für A._____ begründeten einerseits Überschreitungen der dem Kunden gewährten Kreditlimiten und kamen ferner Majorisierungen gleich, die innerhalb der X._____ Bank wohl nicht bemerkt und jedenfalls nicht berücksichtigt wurden. Die X._____ Bank wies in ihrer Stellungnahme denn auch darauf hin, dass Majorisierungen durch den beauftragten Händler nur in den seltensten Fällen festzustellen seien. Mangels klarer Dokumentation konnte die X._____ Bank mit Bezug auf

eine hervorgehobene nicht berücksichtigte Zeichnung nachträglich auch nicht mehr sagen, ob die nicht berücksichtigte zusätzliche Zeichnung auf eine offensichtliche Majorisierung oder die Schliessung des Buches zurückzuführen war. Unabhängig von der Dokumentation, die erst ab (...) 2009 bereitgestellt werden konnte, zeigten die Untersuchungen eine Lücke in der Kreditlimitenüberwachung auf. Das bisherige System gewährleistete nicht, dass die für Kunden vorgenommenen Zeichnungen innerhalb der gewährten Limiten berücksichtigt werden.

(72) Die X._____ Bank selber stellte durch ihre interne Revision im Rahmen einer Sonderprüfung zur Umsetzung der Marktverhaltensregeln mit Bericht vom (...) 2009 Handlungsbedarf bei der Umsetzung und Überwachung der Regelungen des FINMA-Rundschreibens 08/38 «Marktverhaltensregeln» fest. Die interne Revision stellte unter anderem fest, dass bei der X._____ Bank noch keine Watchlist und keine Restricted List geführt wurden und es ferner an einer aktiven Überwachung von Mitarbeiterkonten bei Drittbanken fehlte. Tatsächlich hat die X._____ Bank die Restricted List in der Folge im August 2009 eingeführt, während die Watchlist erst per Ende 2010 implementiert wurde (Rz. (74) unten).

(73) Zusammenfassend ist festzustellen, dass die X._____ Bank es verpasste, ihre Organisation rechtzeitig im erforderlichen Umfang weisungs-, prozess- und überwachungstechnisch auszubauen. Dies wiegt umso schwerer, als der Ausbau des Bereichs Handel gleichzeitig in der Strategie der X._____ Bank verankert war und der Erfolg dieses Bereichs entsprechend massiv angewachsen ist bzw. die X._____ Bank ihre Marktposition in der Schweiz gestärkt hat (...). Dies hätte entsprechende Anpassungen auch in der internen Überwachung und Kontrolle bedingt.

3.2 Massnahmen der X._____ Bank

(74) Die interne Revision wies wiederholt auf die Notwendigkeit der Schaffung einer Handelscompliance hin. Bereits am (...) 2009 wurde der

entsprechende Grundsatzentscheid von A._____ gefällt. Diese Stelle, welche organisatorisch der Abteilung Recht & Compliance zugewiesen wurde, ist hingegen erst seit dem (...) 2010 besetzt. Die Handelscompliance-spezifischen Aufgaben wurden mit der Revision der Weisung (...) (gültig ab [...] 2010) formell auf diese Stelle übertragen. Die Aufgaben der Handelscompliance bestehen gemäss Pflichtenheft in der Überwachung der Handelstätigkeit der X._____ Bank sowie deren Händler hinsichtlich der Einhaltung von handelsspezifischen Vorschriften, in der diesbezüglichen Beratung und Berichterstattung sowie in der Durchführung von Massnahmen. Die Handelscompliance führt sodann die Restricted List, welche seit (...) 2009 zunächst durch die Stelle Asset Management geführt wurde. Weiter trägt sie die Verantwortung für die Watchlist. Im (...) 2010 hat die X._____ Bank hierzu ein Konzept erarbeitet, welches per (...) 2010 in die Weisung (...) einfließen sollte. Aufgrund eines Compliance-Monitoring-Konzepts soll die Handelscompliance ferner Effekthändler, Vermögensbetreuer und andere Mitarbeiter der X._____ Bank in Bezug auf Handelscompliance-Themen im Handel überwachen.

(75) Die neue Dachweisung (...) erfasst sechs andere bestehende Weisungen der X._____ Bank des Bereichs Marktverhalten als Bestandteile und dehnt sie auf sämtliche Mitarbeitenden der X._____ Bank aus, deren Tätigkeit den entsprechenden Regelungsbereich berührt. Es ist zu begrüssen, dass das Weisungswesen mit Bezug auf Marktverhaltensregeln explizit auf sämtliche Mitarbeiter ausgedehnt wurde, die mit Handelsregeln in Konflikt geraten können, somit auch die Kundenberater. Die nach wie vor hohe Dichte an vorhandenen und anwendbaren Weisungen setzt jedoch gleichzeitig voraus, dass die entsprechenden Mitarbeiter geschult und betreut werden, damit sie ihre Pflichten in diesem Zusammenhang kennen. Richtigerweise hat die X._____ Bank daher die systematische Schulung aller betroffenen Mitarbeiter (auch der Kundenbetreuer) in den für sie relevanten Fragen in ihren Massnahmenplan aufgenommen.

(76) Mit der Dachweisung (...) wurde sodann ein Prozess für das Vorgehen bei auffälligen Effektengeschäften eingeführt. Demnach haben sich Mitarbeitende an die Handelscompliance zu wenden, wenn sie Verstösse gegen die Verhaltensregeln feststellen. Die Handelscompliance prüft im Rahmen einer Vorprüfung, ob konkrete objektive Anhaltspunkte für einen Verstoß gegen die relevanten Regularien bestehen. In einem solchen Fall hält sie dies in einer Aktennotiz fest und untersagt die Beteiligung am fraglichen Effektengeschäft. Sie setzt weiter die interne Revision sowie den zuständigen Bereichsleiter bzw. Leiter Private Banking M._____ hierüber in Kenntnis. Die Handelscompliance stimmt das weitere Vorgehen mit der internen Revision ab und ordnet gegebenenfalls weitere Abklärungen an oder nimmt diese selber vor. Über das Ergebnis solcher Abklärungen informiert die Handelscompliance die interne Revision und den CEO. Sie gibt gegebenenfalls unter Orientierung der internen Revision und des CEO eine Empfehlung hinsichtlich der zu treffenden Entscheide bzw. Massnahmen zuhanden des verantwortlichen Bereichsleiters bzw. des Leiters Private Banking M._____ ab. Die Umsetzung der von der Handelscompliance angeordneten Massnahmen wird von der internen Revision überprüft. Werden Massnahmen angeordnet, ohne dass die Geschäftsbeziehung abgebrochen wird, wird die betroffene Kundenbeziehung als «Kunde mit erhöhtem Risiko» unter dem Gesichtspunkt Marktverhalten eingestuft und periodisch einer summarischen Überprüfung durch die Handelscompliance unterzogen.

(77) Wie die X._____ Bank in ihrer Stellungnahme zum UB-Schlussbericht ausführt, kam sie aufgrund der Abklärungen im Fall A._____ zum Schluss, dass es in heiklen Fällen nicht adäquat ist, wenn der Kundenbetreuer mit der Gesamtverantwortung für die Kundenbeziehung auch für den Entscheid über deren Fortführung oder Abbruch verantwortlich ist. Die generelle Kompetenzordnung und die Weisung (...) wurden daher betreffend Abbruch einer Kundenbeziehung im (...) 2010 revidiert. Neu ist der Bereichsleiter bzw. für den Standort M._____ der Leiter (...) für den

Entscheid über den Abbruch einer Kundenbeziehung zuständig. Soweit Auffälligkeiten im Bereich Marktverhalten oder Compliance bestehen, kann er sich dabei auf Abklärungen der Handelscompliance oder Recht & Compliance stützen. Der Entscheid ist schriftlich festzuhalten und der internen Revision und dem CEO der X._____ Bank zur Kenntnis zu bringen. Falls der Entscheid des Bereichsleiters über den Abbruch einer problematischen Kundenbeziehung von der Empfehlung der Handelscompliance abweicht, ist zudem eine rasche Eskalation des Geschäfts ins Gesamtgremium der Geschäftsleitung vorgesehen. Angeordnete Massnahmen sollen schliesslich von der internen Revision unter jeweiliger Orientierung der Handelscompliance überwacht werden.

(78) Die X._____ Bank hat im Rahmen ihres Massnahmenplans schliesslich auch die Problematik der Interessenkonflikte aufgegriffen. Sie hat eine Befragung bei allen Mitarbeitenden über deren Drittbankbeziehungen durchgeführt und die Weisung (...) revidiert. Wie bisher dürfen Wertschriftengeschäfte ausschliesslich über die X._____ Bank oder ausnahmsweise über die Bank L._____ abgewickelt werden. Die Weisung (...) wurde am (...) 2010 geändert. Die Mitarbeitenden sind nunmehr auch verpflichtet, Beteiligungen bzw. Beteiligungsrechte offenzulegen, welche sie an in- und ausländischen Gesellschaften halten, die nicht an einer Börse kotiert sind.

(79) Mit Bezug auf die Übereinkommen hat die X._____ Bank einerseits die bestehenden Vereinbarungen durch die Handelscompliance überprüfen lassen. Der Abschluss neuer Übereinkommen setzt andererseits eine Prüfung und Beurteilung durch die Handelscompliance voraus. Per (...) 2010 wurde ferner eine neue Weisung (...) erlassen. Darin geregelt werden interne Abläufe und Verantwortlichkeiten, aber auch die Reporting- und Journalführungspflichten, ferner die Überwachung und nachträgliche Kontrolle betreffend Handelsverhalten. Die Handelscompliance prüft und beurteilt die Übereinkommen; sie nimmt die Abklärungen betreffend beteiligte

Broker vorgängig vor und dokumentiert diese. Während der Bereich Handel dafür verantwortlich ist, dass der Broker die Regeln einhält, ist der Kundenbetreuer dafür verantwortlich, dass die abgeschlossenen Transaktionen der entsprechenden Abteilung im Handel gemeldet werden. Der Bereich Handel kontrolliert die Transaktionen und ist für die Journalführung und das Reporting an die SIX verantwortlich.

(80) Mit Bezug auf die Kompetenzüberschreitungen von (...) im Zusammenhang mit den Zeichnungen für Neuemissionen erstattete die interne Revision am (...) 2009 einen Bericht zur Bonitätsprüfung. Der Bericht führte unter anderem zum Ergebnis, dass Intraday-Geschäfte in ungenügender Weise überwacht werden. Es empfahl, den Überwachungsprozess bei Intraday-Geschäften sicherzustellen. Im (...) 2010 hat die X._____ Bank eine Arbeitsgruppe zur Prüfung der IT-gestützten Limitenüberwachung bei Zeichnungen und Intraday-Geschäften eingesetzt. Das ursprünglich angedachte und im UB-Schlussbericht beschriebene Überwachungskonzept mittels Vier-Augen-Prinzip durch eine Kontrollstelle soll demgegenüber nicht weiterverfolgt werden. Als Sofortmassnahme wurden die Kundenbetreuer an das Bruttoprinzip bei Zeichnungen erinnert, was auch Niederschlag in der Zuteilungsweisung fand; der Kundenbetreuer ist dafür verantwortlich, dass Zeichnungen nur im Rahmen der verfügbaren Limiten entgegengenommen werden. Zwecks Verhinderung bzw. Überwachung von möglichen Limitenüberschreitungen hat die X._____ Bank einen neuen Bankprozess entworfen, der ab (...) 2011 eingeführt sein soll. In einem ersten Schritt prüft der Kundenberater nach Eingang eines Kundenauftrags, ob eine entsprechende Deckung oder Limite vorhanden ist. Ist noch kein Valor im System vorhanden, wird der Auftrag telefonisch an den Handel weitergeleitet, wobei bei Auftragswerten über CHF 1 Mio. eine E-Mail an den Handel und das (...) erfolgt. Letzteres prüft, ob eine Deckung bzw. Limite tatsächlich vorhanden war. Ist dies nicht der Fall, erfolgt eine Meldung an den Kundenbetreuer (der Stellung nehmen und Massnahmen einleiten muss) und an den zuständi-

gen Abteilungsleiter. Bei Zuteilung der gezeichneten Effekten erfolgt eine erneute Prüfung betreffend Deckung bzw. Limite. Betreffend die Nachvollziehbarkeit der Fairness und Sachlichkeit des Zuteilungsverfahrens bzw. Dokumentation bei Zeichnungen im Primärmarkt hat die X._____ Bank zwischenzeitlich die anwendbare Weisung ergänzt; demnach ist der gesamte Zeichnungs- und Zuteilungsprozess zu dokumentieren und die Dokumentation zentral und dauerhaft abzulegen.

(81) Was die Einbindung des Private Banking M._____ in die Organisation der Gesamtbank angeht, strebt die X._____ Bank eine Intensivierung der Fachführung an. Beispielsweise soll das bestehende vierteljährliche Treffen zwischen den Abteilungen Private Banking M._____ und Private Banking N._____ künftig alle zwei Monate stattfinden. Ergänzend hierzu soll ab (...) 2011 vierteljährlich ein Jour fixe abgehalten werden, an welchem der CEO, die Leiter Private Banking und Handel sowie der Leiter Private Banking M._____ teilnehmen. Daneben hat die X._____ Bank Anfang 2010 die neue Stelle Compliance (...) in M._____ geschaffen und den Bereich Organisation und Support personell verstärkt.

(82) Neben den in Rz. (74) bis (81) bereits umschriebenen Massnahmen hat die X._____ Bank weitere Massnahmen eingeleitet. So wurde am (...) 2010 die Wiedereinführung des Früherkennungstools auf Stufe Konzern beschlossen. Dieses Früherkennungstool, (...), soll primär der Prävention dienen, die Identifikation von Problemfällen schon vor oder bei ihrer Entstehung ermöglichen und damit zur Erkennung von Unregelmässigkeiten im Zusammenhang mit Kundenvermögenswerten beitragen. Der CEO plant sodann, das Funktionieren der Handelscompliance zu geeigneter Zeit einer Überprüfung durch eine interne Arbeitsgruppe unter Einbezug der internen Revision sowie externer Unterstützung zu unterziehen.

(83) Zusammengefasst ist festzuhalten, dass die X._____ Bank die im Rahmen der Vorfälle um A._____ zutage getretenen Mängel auf-

gegriffen und weitgehend adressiert hat. Die Bank hat vor, aber im Wesentlichen auch seit Beginn des Verfahrens verschiedene Massnahmen eingeleitet oder bereits umgesetzt. Es handelt sich hierbei um Massnahmen, deren Realisierung dazu führen dürfte, dass problematische Geschäftsbeziehungen wie jene mit A._____ inskünftig anders behandelt werden. Die Einrichtung einer Handelscompliance dürfte das interne Kontrollsystem verstärken und dazu führen, dass sich die interne Revision wieder auf ihre Kernaufgabe konzentrieren kann. Namentlich von Bedeutung ist hierbei, dass klare Zuständigkeiten und ein Eskalationsprozess vorgesehen sind, wie bei auffälligen Geschäftsaktivitäten vorzugehen ist, und wer über die Fortführung oder den Abbruch einer Geschäftsbeziehung entscheidet.

4. Massnahmen der FINMA

(84) Verletzt ein von der FINMA Beaufsichtigter die Bestimmungen des Finanzmarktaufsichtsgesetzes oder eines Finanzmarktgesetzes oder bestehen sonstige Missstände, sorgt die FINMA für die Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes (Art. 31 des Finanzmarktaufsichtsgesetzes [FINMAG; SR 956.1]). Im Rahmen ihrer Verfügungskompetenz hat die FINMA diejenigen Massnahmen zu wählen, welche sie für angemessen hält, um den Gesetzeszweck zu erreichen (BGE 131 II 306 E. 3.1.1, BGE 130 II 351 E. 2.1). Die FINMA hat das Verhältnismässigkeitsprinzip zu wahren und die Massnahmen zu wählen, die am wenigsten in die Rechte der Betroffenen eingreifen, ihren Zweck, die Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes, jedoch trotzdem erreichen. Die FINMA hat dabei den allgemeinen Verfassungs- und Verwaltungsgrundsätzen und nach Massgabe der finanzmarktrechtlichen Gesetzgebung den in Art. 5 FINMAG formulierten Zielen der Finanzmarktaufsicht – dem Schutz der Gläubigerinnen und Gläubiger und dem Schutz der Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte – Rechnung zu tragen. Die Frage, wie die FINMA ihre Aufsichtsfunktion im Einzelnen wahrnimmt, ist analog zur ständigen Praxis der EBK weitgehend ihrem

«technischen Ermessen» überlassen (vgl. BGE 136 II 43 E. 3.2 = FINMA-Bulletin 1/2010 S. 18, BGE 135 II 356 E. 3.1, BGE 131 II 306 E. 3.1.2, BGE 130 II 351 E. 2.2, FINMA-Bulletin 1/2010 S.108).

(85) Ergibt das Verfahren, dass die oder der Beauftragte aufsichtsrechtliche Bestimmungen schwer verletzt hat, und müssen keine Massnahmen zur Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes mehr angeordnet werden, so kann die FINMA eine Feststellungsverfügung erlassen (Art. 32 FINMAG).

(86) Die Vorfälle im Zusammenhang mit der Geschäftsbeziehung A._____ haben diverse Mängel und Lücken im Umgang mit dieser Geschäftsbeziehung im Besonderen, aber auch generell im Handelsgeschäft und dem diesbezüglichen internen Kontrollsystem der X._____ Bank aufgezeigt. Aufgrund dieser Unzulänglichkeiten hat die Bank bzw. Effektenhändlerin in schwerer Weise gegen dauerhaft zu erfüllende Bewilligungsvoraussetzungen, namentlich die Anforderungen an eine angemessene Verwaltungs- und Betriebsorganisation, verstossen. Die X._____ Bank hat diese Mängel erkannt, ihre Lehren daraus gezogen und aufgrund weitgehend eigener Initiative eine Vielzahl an Massnahmen getroffen oder in die Wege geleitet. Die von der X._____ Bank bereits umgesetzten oder eingeleiteten Vorkehrungen erscheinen geeignet, künftig eine angemessene Betriebs- und Verwaltungsorganisation zu gewährleisten. Trotz der teilweise erheblichen Mängel, die vorliegend festgestellt wurden, ist es daher nicht notwendig, seitens der Aufsichtsbehörde zusätzliche prudenzielle Massnahmen anzuordnen.

(87) Die Untersuchung hat im Weiteren keine Hinweise ergeben, dass einzelne Personen, die heute noch bei der X._____ Bank tätig sind, Fehlleistungen in erheblichem Masse selbst zu verantworten hätten. Die Vorwürfe treffen vielmehr das Institut und seine steuernden und überwachenden Organe als Ganzes. Zudem hat die Bankleitung rasch und kon-

sequent geeignete organisatorische Verbesserungen eingeleitet, und die verantwortlichen Personen haben im Rahmen der Untersuchung transparent und sehr konstruktiv an der Ermittlung des Sachverhalts mitgewirkt. Es besteht daher kein Anlass, auch personelle Massnahmen anzuordnen.

(88) Um sicherzustellen, dass die geplanten Massnahmen tatsächlich zeit- und sachgerecht umgesetzt werden, wird die X._____ Bank verpflichtet, der FINMA bis spätestens am (...) 2011 über die effektive Umsetzung der eingeleiteten und vorgesehenen Massnahmen Bericht zu erstatten. Die X._____ Bank hat in diesem Bericht auch die Frage zu prüfen, ob und gegebenenfalls unter welchen Bedingungen die organisatorische Anknüpfung der Private-Banking-Niederlassung in M._____ an den CEO beibehalten werden kann (vgl. Rz. (69) oben).

(89) Zusammenfassend ist daher festzustellen, dass die X._____ Bank aufsichtsrechtliche Bestimmungen schwer verletzt hat, zur Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes – mit Ausnahme der in Rz. (88) erwähnten Berichterstattung – jedoch keine weiteren Massnahmen angeordnet werden müssen.
(...)

Dispositiv