

# 4 Organisations- erfordernis, Informations- und Sorgfaltspflichten sowie öffentliche Werbung

**VERFÜGUNG der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA  
vom 15. Juli 2011**

**Anforderungen an die Organisation einer Bank (Art. 3 Abs. 2 Bst. a BankG i.V.m. Art. 7 ff. BankV); Informations- und Sorgfaltspflichten des Effekthändlers (Art. 11 Abs. 1 Bst. a und b BEHG); Vertriebstätigkeit nach KAG und aAFG; Feststellungsverfügung (Art. 32 FINMAG).**

1. Die Bank muss über eine ihrer Geschäftstätigkeit entsprechende Verwaltungsorganisation verfügen. Sie hat hierzu die Grundzüge des Risikomanagements sowie die Zuständigkeiten und das Verfahren bei der Bewilligung risikobehafteter Geschäfte in einem Reglement oder in internen Richtlinien zu regeln, ein zweckmässiges Weisungswesen zu erlassen und ein wirksames internes Kontrollsystem mit einer funktionierenden Compliance zu schaffen. Dies insbesondere mit Blick auf das von der Bank betriebene Kerngeschäft (Rz. 24–35).
2. Effekthändler und Banken mit Effekthändlerbewilligung haben gegenüber dem Kunden neben der Treuepflicht eine Informations- und Sorgfaltspflicht. Die Einhaltung der Informationspflicht gegenüber dem Kunden ist zu dokumentieren. Zu den Sorgfaltspflichten gehört die gründliche Evaluation der angebotenen Produkte sowie das Erstellen eines geeigneten Risikoprofils des Kunden, um die Anlagepolitik des Kunden festzulegen (Rz. 36–47).
3. Ausländische Fonds, die in der Schweiz nicht zum Vertrieb zugelassen sind, dürfen bewilligungslos nur einem kleinen Personenkreis angeboten werden, ohne als öffentlich beworben zu gelten. Angebote an 27 Kunden sowie die Verwendung von Serienbriefen und Empfehlungslisten mit verschiedenen, in der Schweiz nicht zum Vertrieb zugelassenen Fonds, entsprechen nicht einem kleinen Kreis von Personen und gehen damit über diese Beschränkung hinaus (Rz. 48–52).

**Exigences en matière d'organisation d'une banque (art. 3 al. 2 let. a LB en lien avec les art. 7 ss OB); devoirs d'information et de diligence du négociant en valeurs mobilières (art. 11 al. 1 let. a et b LBVM); activité de distribution selon la LPCC et l'aLFP; décision en constatation (art. 32 LFINMA).**

1. La banque doit disposer d'une organisation administrative correspondant à ses activités. Elle est tenue de fixer, dans un règlement ou dans des directives internes, les traits principaux de gestion des risques ainsi que les compétences et la procédure en matière d'octroi de l'autorisation d'effectuer des opérations à risques, d'édicter des directives adéquates et de mettre en place un système de contrôle interne efficace avec une *compliance* fonctionnant correctement, et ce, avant tout dans la perspective des activités principales de la banque (Cm 24-35).
2. Les négociants en valeurs mobilières et les banques au bénéfice d'une autorisation d'exercer en tant que négociant en valeurs mobilières ont envers leurs clients, outre un devoir de fidélité, un devoir d'information et un devoir de diligence. Le respect du devoir d'information vis-à-vis du client doit être documenté. Relèvent du devoir de diligence une évaluation approfondie des produits proposés ainsi que l'établissement d'un profil de risque correspondant au client et permettant de déterminer sa politique de placement (Cm 36-47).
3. Les fonds étrangers qui ne sont pas autorisés à la distribution en Suisse ne peuvent être proposés sans autorisation qu'à un petit cercle de personnes et sans qu'il en soit fait la promotion. Proposer des fonds qui ne sont pas autorisés à la distribution en Suisse à 27 clients et avoir recours à des lettres sérielles ainsi qu'à des listes de recommandation ne correspond pas à un petit cercle de personnes et outrepassé donc la limitation posée (Cm 48-52).

**Esigenze in materia di organizzazione di una banca (art. 3 cpv. 2 lett. a LBCR in combinato disposto con l'art. 7 segg. OBCR); obblighi di informazione e obblighi di diligenza del commerciante di valori mobiliari (art. 11 cpv. 1 lett. a e b LBVM); attività di distribuzione ai sensi della LICol e vLFI; decisione di accertamento (art. 32 LFINMA).**

1. La banca deve disporre di un'organizzazione proporzionata all'importanza degli affari. A tale scopo deve disciplinare in un regolamento o in direttive interne gli orientamenti di massima della gestione del rischio come pure le competenze e la procedura per l'approvazione di operazioni a rischio, emanare adeguate direttive e creare un efficace sistema di controllo interno munito di un efficiente servizio di *compliance*. Ciò deve tenere particolarmente conto del *core business* della banca (nm. 24-35).
2. I commercianti di valori mobiliari e le banche in possesso di un'autorizzazione a operare in qualità di commercianti di valori mobiliari sottostanno agli obblighi di lealtà, di informazione e di diligenza nei confronti dei clienti. Il rispetto dell'obbligo di informazione nei confronti del cliente deve essere documentato. Tra gli obblighi di diligenza rientra la valutazione approfondita dei prodotti offerti e l'elaborazione di un adeguato profilo di rischio del cliente, per definire la politica d'investimento di quest'ultimo (nm. 36-47).
3. I fondi esteri la cui distribuzione non è autorizzata in Svizzera possono essere distribuiti senza autorizzazione solo a una ristretta cerchia di persone, poiché ciò non è considerato appello al pubblico. Proporre fondi esteri non autorizzati alla distribuzione in Svizzera a 27 clienti e aver utilizzato lettere tipo ed elenchi di raccomandazioni eccede i limiti dell'offerta a una ristretta cerchia di persone e pertanto va considerato come appello al pubblico (nm. 48-52).

## Zusammenfassung des Sachverhalts

Die Hauptgeschäftstätigkeit der X.\_\_\_\_\_ Bank liegt in der Vermögensverwaltung, Anlageberatung und Finanzplanung für vorwiegend aus dem Ausland stammende private und institutionelle Kunden.

Die X.\_\_\_\_\_ Bank verkaufte in den Jahren 2001 bis 2008 ihren Kunden den in der Schweiz nicht zugelassenen Fund A.\_\_\_\_\_. Dabei handelte es sich um einen auf den British Virgin Islands registrierten Fund, dessen Investment Policy darin bestand, in andere Feeder Funds zu investieren. Daneben bewarb die X.\_\_\_\_\_ Bank eine Vielzahl weiterer Funds, die in der Schweiz über keine Vertriebsgenehmigung verfügten. Die FINMA prüfte vor diesem Hintergrund, ob bei der X.\_\_\_\_\_ Bank Organisationsmängel bestehen und allenfalls Informations- und Sorgfaltspflichten verletzt worden sind.

## Aus den Erwägungen

(...)

### B. Mangelhafte Organisation

#### 1. Organisationserfordernis

(24) Zu den dauernd einzuhaltenden Bewilligungsvoraussetzungen gehört nach Art. 3 Abs. 2 Bst. a BankG, dass die Bank in ihren Statuten, Gesellschaftsverträgen und Reglementen den Geschäftskreis genau umschreibt und über eine ihrer Geschäftstätigkeit entsprechende Verwaltungsorganisation verfügt (Art. 3 Abs. 2 Bst. a BankG i. V. m. Art. 7 ff. Bankenverordnung [BankV; SR 952.02] und Art. 4 der «Richtlinien für Vermögensverwaltungsaufträge» [SBVg-Richtlinien] vom 16. April 2010). Dabei

sind die Funktionen Handel, Vermögensverwaltung und Abwicklung zur Vermeidung von Missbrauchsrisiken und Interessenkonflikten zum Nachteil der Kunden wirksam zu trennen (Art. 9 Abs. 1 BankV). Sinngemäss finden die bankengesetzlichen Bestimmungen und deren Auslegung auch auf Effektenhändler Anwendung, da das Börsengesetz entsprechende Anforderungen enthält (Art. 10 Abs. 2 Bst. a und Abs. 3 BEHG).

(25) Zu einer angemessenen inneren Organisation gehört, dass ein Institut den sachgerechten Umgang mit Risiken sicherstellt. Die Grundzüge des Risikomanagements sowie die Zuständigkeiten und das Verfahren über die Bewilligung risikobehafteter Geschäfte sind in einem Reglement oder in internen Richtlinien zu regeln. Markt-, Kredit-, Ausfall-, Abwicklungs-, Liquiditäts- und Imagerisiken sowie operationelle und rechtliche Risiken müssen erfasst, begrenzt und überwacht werden (Art. 9 Abs. 2 BankV; Art. 19 Abs. 3 BEHV). Das Vermögensverwaltungsgeschäft und die Anlageberatung durch beaufsichtigte Institute können beträchtliche Rechts- und Reputationsrisiken bergen, die durch geeignete Massnahmen zu minimieren sind. Dazu gehören insbesondere Weisungen über die Prozesse und die erlaubte Geschäftstätigkeit. Das Personal ist entsprechend zu schulen. Die Einhaltung solcher Weisungen ist auf sinnvolle Weise zu kontrollieren. Wenn nötig, ist das Geschäftsmodell anzupassen und auf die Tätigkeit in bestimmten Märkten zu verzichten.

(26) Sodann haben Banken durch geeignete Vorkehrungen und Kontrollen auf die Einhaltung der Gesetze und übrigen Vorschriften hinzuwirken (Compliance). Dazu gehört insbesondere ein zweckmässiges internes Weisungswesen mit klaren Aufgaben-, Kompetenz- und Verhaltensregeln. Die Leitungsorgane und die übrigen mit Compliance-Aufgaben betrauten Personen haben dafür zu sorgen, dass die von ihnen erlassenen Weisungen und Richtlinien umgesetzt und von sämtlichen Mitarbeitenden dauernd befolgt werden. Die Compliance-Funktion kann in Personalunion mit einer anderen internen Funktion, mit welcher keine

Interessenkonflikte bestehen, betrieben werden. Die Anforderungen an Compliance (sowohl im Sinn der Normeinhaltung als auch der Funktion) sind direkter Ausfluss des Organisationserfordernisses gemäss Art. 3 Abs. 2 Bst. a BankG und sind heute in Rz. 97 ff. des FINMA-RS 08/24 «Überwachung und interne Kontrolle Banken» (vormals EBK-RS 06/6 «Überwachung und interne Kontrolle» bzw. EBK-RS 95/1 «Interne Revision»; vgl. daneben auch: «Richtlinien zur internen Kontrolle» der Schweizerischen Bankiervereinigung vom Juni 2002) konkretisiert.

(27) Ferner haben Banken nach Art. 9 Abs. 4 BankV für ein wirksames internes Kontrollsystem zu sorgen. Unter dem Begriff IKS oder interne Kontrolle werden alle vom VR, der GL und den übrigen Führungsverantwortlichen angeordneten Vorgänge, Methoden und Massnahmen verstanden, die dazu dienen, einen ordnungsgemässen Ablauf des betrieblichen Geschehens sicherzustellen. Die Anforderungen an das interne Kontrollsystem sind in Rz. 2 und 9 f. des FINMA-RS 08/24 konkretisiert.

## 2. Organisatorische Mängel

### a. Unzweckmässiges Weisungswesen

(28) Die Vermögensverwaltung und die Anlageberatung gehören zu den Haupttätigkeiten der X.\_\_\_\_\_ Bank. Bereits aus diesem Grund ist von ihr zu erwarten, dass sie in diesen Bereichen angemessene Vorkehrungen zur Einhaltung der Gesetze und der übrigen Vorschriften trifft. Dies bedingt u.a. ein zweckmässiges, dem Geschäftsmodell angepasstes Weisungswesen.

(29) Der für die Beratungstätigkeit für Beratungskunden einzuhaltende Anlageprozess war in keiner Weisung dokumentiert, und die Vornahme von Anlagen und Veräusserungen lag in der alleinigen Verantwortung der einzelnen Kundenberater. Manche Kundenberater kannten und verstanden die Wirkungsweise der den Kunden empfohlenen Anlageprodukte und die damit verbundenen Risiken kaum. Da die von der Bank als Vertragspart-

nerin erbrachte Anlageberatung praktisch ausschliesslich vom Fachwissen und der Erfahrung der Kundenberater abhing, konnte sie nicht gewährleisten, dass die gegenüber den Kunden geäusserten Empfehlungen, wie vertraglich geschuldet, auf fundierten Abklärungen und zutreffenden Einschätzungen fussten. So war insbesondere nicht ausreichend sichergestellt, dass die Empfehlungen der Bank mit der vom Kunden erfragten Risikobereitschaft und Risikofähigkeit kompatibel waren. Weiter stellte sich heraus, dass die Risikoaufklärung bei Kunden verschiedentlich unterblieben war (vgl. Rz. (40)). Zudem fehlten Weisungen (...) zum Umgang mit den Beratungskunden, und die Kundenberater erhielten aufgrund einer unklaren Kompetenzregelung oft widersprüchliche Vorgaben durch (...) und den Branch Manager (...). Im Zeitpunkt des Verkaufs von A.\_\_\_\_\_ wurden den Kundenberatern auch keine Vorgaben hinsichtlich der Produktauswahl gemacht. Ferner befanden sich auf der «Exchange Traded Fund List» von 87 Produkten deren 81 ohne Vertriebsgenehmigung für die Schweiz. Diese Restriktion war der Liste weder zu entnehmen, noch waren sie den Kundenberatern geläufig. Die Überwachungs- und Überprüfungsprozesse betreffend den Erwerb von Anlageinstrumenten für Kundendepots waren ebenso wenig in einer Weisung dokumentiert. Die Vornahme von Überprüfungen stand im Ermessen der Kundenberater. Vorgaben der Bank bezüglich Umfang, Periodizität und Dokumentation bestanden nicht. Vor diesem Hintergrund war die nahezu umfassende Eigenverantwortung der Kundenberater hinsichtlich der Anlageberatungstätigkeit und der diesbezüglichen Überprüfungen bzw. das Fehlen ausreichender organisatorischer Vorkehrungen zur Sicherstellung einer den gesetzlichen Anforderungen genügenden Qualität des Anlageberatungsgeschäfts nicht vertretbar.

b. Mangelhafte Compliance

(30) Der X.\_\_\_\_\_ Bank ist sodann vorzuwerfen, dass sowohl die Linienvorgesetzten der Kundenberater als auch die Compliance-Stelle die konsequente Verwendung der Subscription Agreements und des Formulars «(...)» sowie die lückenlose Erstellung eines Kundenrisikoprofils



weder ausreichend überwacht noch durchgesetzt haben. Aufgrund dessen ist die Bank in zahlreichen Fällen nicht in der Lage, einen Nachweis für die Erfüllung ihrer Pflichten zu erbringen, wodurch sie sich Rechts- und anderen Risiken aussetzt. Dass die lückenhafte Dokumentation teilweise auf eine mangelhafte Kompetenzabgrenzung zwischen dem Head of Private Banking und dem Branch Manager (...) zurückzuführen ist, ändert daran nichts und deutet lediglich auf weitere organisatorische Mängel hin. Ferner war die Compliance-Funktion, als 2005 eine dem Thema dedizierte Stelle geschaffen wurde, gemessen an den für die ganze Bank zu bewältigenden Aufgaben mit 60 Stellenprozenten klar unterbesetzt.

c. Mangelhafte Dokumentenablage

(31) Es ist zu bemängeln, dass vor 2005 unterschiedliche Dokumentationsstandards in (...) und (...) bestanden und die Dokumentenablage der einzelnen Kundendossiers unübersichtlich strukturiert und nicht einheitlich war und ist, wodurch die Einhaltung formeller Vorgaben zusätzlich erschwert wurde und bleibt.

d. Ungenügendes Fachwissen im Zusammenhang mit dem Verkauf von Anlagefonds bzw. kollektiven Kapitalanlagen

(32) Die X.\_\_\_\_\_ Bank verkaufte zahlreichen Beratungskunden Anteile in A.\_\_\_\_\_, wobei sie die quantitative Restriktion für den bewilligungsfreien Vertrieb von Anlagefonds bzw. kollektiven Kapitalanlagen bei ihren Entscheid- und Überwachungsabläufen nicht berücksichtigte (vgl. (49) ff.). Daraus ergibt sich, dass die Anzahl Kunden, für die die Bank Anteile in A.\_\_\_\_\_ und andere ausländische, in der Schweiz nicht zum Vertrieb zugelassene Fonds kaufte, beliebig war und sie die betroffenen Anlageprodukte nicht bewusst, wie gesetzlich noch erlaubt (vgl. Rz. (51) f.), bei einer geringen Anzahl Kunden platzierte. (...).

(33) Die Tatsache, dass die regulatorischen Vorgaben betreffend den bewilligungsfreien Vertrieb von Anlagefonds bzw. kollektiven Kapital-

anlagen in keiner Weise in die Entscheid- und Überwachungsabläufe der X.\_\_\_\_\_ Bank eingeflossen sind, stellt für sich allein schon ein schweres Organisationsversagen und einen Verstoss gegen Art. 12 Abs. 4 Kollektiv-anlagenverordnung (KKV; SR 951.311) dar. Aufgrund der Verletzung von regulatorischen Vorschriften ergaben sich denn auch beachtliche Rechts- und Reputationsrisiken. Umso gravierender erscheint vor diesem Hintergrund, dass es die Bank bei zahlreichen Execution-only- und Beratungskunden unterliess, ihre Pflichten gemäss Art. 11 BEHG sowie weitere sich bei einer Empfehlung seitens der Bank ergebenden auftragsrechtlichen Pflichten zu erfüllen (vgl. Rz. (40), (43) ff.).

e. Mangelhafte Wirksamkeit des internen Kontrollsystems

(34) Über lange Zeit waren sich weder die Geschäftsleitung noch das Back Office der schweren Mängel in der Anlageberatung bewusst. Namentlich zu nennen sind insbesondere die unsorgfältige Auswahl des Anlageprodukts A.\_\_\_\_\_ und die diesbezügliche ungenügende Dokumentation, die Unzweckmässigkeit der Überprüfung des Funds unter Performancegesichtspunkten, die ungenügende Risikoaufklärung der Kunden gemäss Börsengesetz, die Nichteinhaltung des Grundsatzes der Diversifikation bei Vermögensverwaltungskunden (vgl. Rz. (45)), die unzureichenden, lückenhaften Abklärungen bezüglich Risikoappetit und -fähigkeit der Kunden, die unzulässige Vertriebstätigkeit gemäss AFG und KAG sowie die mangelhafte Compliance. Dies war nur aufgrund teils gänzlich fehlender, teils ungenügend ausgeprägter bzw. nicht durchgesetzter Kontrollprozesse durch die GL und die übrigen Führungsverantwortlichen möglich. Demzufolge war das interne Kontrollsystem der X.\_\_\_\_\_ Bank in diesen Bereichen mangelhaft.

3. Fazit

(35) Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die im Geschäftsfeld der Anlageberatung getroffenen organisatorischen Vorkehren zur Einhaltung der Gesetze und übrigen Vorschriften insgesamt ungenügend waren.

Daneben war das Weisungswesen in diesem Bereich unzweckmässig, die Dokumentenablage mangelhaft und das Fachwissen im Zusammenhang mit dem Verkauf von Funds sowie das interne Kontrollsystem ungenügend. Hinsichtlich des Organisationserfordernisses gemäss Art. 3 Abs. 2 Bst. a BankG hat die X. \_\_\_\_\_ Bank damit aufsichtsrechtliche Bestimmungen schwer verletzt. Erschwerend tritt hinzu, dass die festgestellten Mängel über eine lange Zeitperiode hinweg Bestand hatten.

### C. Verletzung der Informations- und Sorgfaltspflicht

#### 1. Allgemeines

(36) Gemäss ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts finden auf den zwischen dem Vermögensverwalter und dem Kunden abgeschlossenen Vermögensverwaltungsvertrag sowie auf den zwischen einer Bank und dem Kunden abgeschlossenen Beratungsvertrag die Regeln des Auftrags Anwendung (vgl. BGE 132 III 460 E. 4.1, BGE 131 III 377 E. 4.1, BGE 124 III 155 E. 2b, BGE 119 II 333 E. 5, BGE 115 II 62 E. 1, Urteil des Bundesgerichts vom 29. März 2006 4C.394/2005 E. 2.3). Für Effektenhändler und Banken mit Effektenhändlerbewilligung gilt auch nach Massgabe von Art. 11 Abs. 1 BEHG eine Informations-, Sorgfalts- und Treuepflicht. Mit der aufsichtsrechtlichen Komponente dieser Norm werden die Effektenhändler direkt verpflichtet, sich so zu organisieren, dass sie dauerhaft ihren Verpflichtungen gegenüber ihren Kunden nachkommen können und dem auch nachleben (EBK-Bulletin 2008/51, S. 87 ff., S. 36 ff.).

(37) Verhaltensregeln sind auch in zwei Regelwerken der Selbstregulierung festgehalten, die von der EBK bzw. FINMA als Minimalstandards für verbindlich erklärt worden sind: Einmal die «Verhaltensregeln für Effektenhändler bei der Durchführung des Effektenhändlergeschäftes» (SBVg-Verhaltensregeln) vom 22. Oktober 2008 (vgl. FINMA-RS 08/10

«Selbstregulierung als Mindeststandard, Anhang I Rz. 11; vormals EBK-RS 04/2 vom 21. April 2004, Anhang I, Ziff. 2 [SBVg-Verhaltensregel vom 4. Februar 1997] bzw. EBK-RS 96/3 vom 18. Dezember 2002, Anhang, Ziff. 7 [SBVg-Verhaltensregel vom 4. Februar 1997]) sowie die «Richtlinien für Vermögensverwaltungsaufträge» (SBVg-Richtlinien) vom 16. April 2010 (FINMA-RS 08/10, Anhang I, Ziff. 14; vormals EBK-RS 04/2 vom 21. April 2004, Anhang I, Ziff. 9 [SBVg-Richtlinie vom 21. Dezember 2005] bzw. EBK-RS 96/3 vom 18. Dezember 2002, Anhang, Ziff. 9 [SBVg-Richtlinie vom 24. Juli 2000]). Ob die heute geltenden und vorliegend für die FINMA noch verbindlichen Regeln im Lichte der zunehmenden Komplexität und des Informationsgefälles zwischen Anbietern auf der einen und Kunden auf der anderen Seite überhaupt noch sachgerecht sind, kann hier offenbleiben (vgl. aber das im Oktober 2010 veröffentlichte Diskussionspapier «FINMA-Vertriebsbericht 2010», [www.finma.ch/d/regulierung/anhoerungen/Documents/diskussionspapier-vertriebsregeln-20101110-d.pdf](http://www.finma.ch/d/regulierung/anhoerungen/Documents/diskussionspapier-vertriebsregeln-20101110-d.pdf)).

(38) Die Anteile in A.\_\_\_\_\_ wurden von den Kunden der X.\_\_\_\_\_ Bank in den Jahren 2001 bis 2008 gezeichnet. Demzufolge kommen vorliegend beide Fassungen der SBVg-Verhaltensregeln vom 4. Februar 1997 und vom 22. Oktober 2008 («SBVg-Verhaltensregeln 1997» resp. «SBVg-Verhaltensregeln 2008») zur Anwendung. Die hinsichtlich des konkret zu beurteilenden Falls anwendbaren Bestimmungen unterscheiden sich jedoch nicht voneinander. Hinsichtlich der SBVg-Richtlinien kommen die Fassungen vom 24. Juli 2000 und 21. Dezember 2005 zur Anwendung. Die konkret anwendbaren Bestimmungen sind auch in diesem Fall praktisch identisch. Erteilt ein Kunde einem Effektenhändler einen Vermögensverwaltungsauftrag im Sinne der Richtlinien, wird dieser ermächtigt, alle Handlungen auszuführen, die er im Rahmen der üblichen bankmässigen Vermögensverwaltung als zweckmässig erachtet.

## 2. Informationspflicht

(39) Art. 11 Abs. 1 Bst. a BEHG verpflichtet jeden Effektenhändler, seine Kunden zu informieren und insbesondere auf die mit einer bestimmten Geschäftsart verbundenen Risiken hinzuweisen. Das Ausmass der Informationspflicht richtet sich nach der Geschäftserfahrenheit und den fachlichen Kenntnissen des Kunden (Art. 11 Abs. 2 BEHG, Art. 3 Abs. 2 und 3 und N 12 SBVg-Verhaltensregeln 1997, Art. 3 Abs. 2 und 3 SBVg-Verhaltensregeln 2008). Soweit Geschäftsarten betroffen sind, deren Risikopotential über das für Kauf, Verkauf und Halten von Effekten übliche Mass hinausgeht, kann der einzelne Effektenhändler gemäss geltender Gerichtspraxis seine Informationspflicht standardisiert (in der Regel durch Risikoinformationsschriften) oder individualisiert wahrnehmen (Art. 3 Abs. 4, Art. 4, N 9 und 11 SBVg-Verhaltensregeln 1997 bzw. Art. 3 Abs. 4, Art. 4, N 5 und 10 SBVg-Verhaltensregeln 2008). Die Informationspflicht nach Art. 11 BEHG beinhaltet grundsätzlich auch die Verpflichtung des Effektenhändlers und dessen Mitarbeitenden, die Erfüllung der Informationspflicht gegenüber dem Kunden zu dokumentieren (SBVg-Verhaltensregeln 1997 N 11 bzw. SBVg-Verhaltensregeln 2008 N 10).

(40) Zur Erfüllung ihrer Informationspflicht in Bezug auf A.\_\_\_\_\_ händigte die X.\_\_\_\_\_ Bank bis im März 2005 ihren Kunden eine englische Übersetzung der Broschüre der SBVg «Besondere Risiken im Effektenhandel» («Broschüre») als Beilage zum Subscription Form aus. Die Subscription Forms fehlen bei 22 Portfolien vollständig. Demnach kann die Bank in diesen Fällen die Wahrnehmung ihrer Informationspflicht in standardisierter Form nicht nachweisen. Für die Wahrnehmung der Informationspflicht in individualisierter Form gibt es keine Hinweise. Die Bank macht dies auch nicht geltend. Unter diesen Umständen ist davon auszugehen, dass die Bank die Kunden in diesen Fällen nicht über die Risiken informiert und damit ihre Informationspflicht nicht erfüllt hat. Bei teilweise fehlenden Subscription Forms hat die Bank dann ihre Informationspflicht ungenügend wahrgenommen, wenn sie im Einzelfall eine erneute Infor-

mation des Kunden über die Risiken hätte vornehmen müssen. Weiter erfolgte in mindestens sieben Fällen die Zusendung der Broschüre erst nach erfolgter Zeichnung der Kunden und somit verspätet. Auch in diesen Fällen hat die Bank ihre Informationspflicht verletzt.

(41) Auf dem Subscription Form wurde das Risiko von Geschäften mit Hebelwirkung nicht näher erläutert und auch das Gegenparteirisiko nicht explizit erwähnt. Das Subscription Form enthielt zwar ausdrücklich den Hinweis, dass der Fund (...), in welchen A.\_\_\_\_\_ hauptsächlich investierte, «is deposited (...) and not with a major international bank [...]», und gemäss den Private Placement Memoranden von 2001 und 2007 führte der Fund (...) Konten bei der Privatperson B.\_\_\_\_\_, wobei letztere die Anlageentscheide traf. Dennoch wäre von der X.\_\_\_\_\_ Bank zu erwarten gewesen, dass sie die Kunden ausdrücklich auf das Gegenparteirisiko hinweist.

(42) Die X.\_\_\_\_\_ Bank ist somit ihrer Informationspflicht gemäss Art. 11 BEHG wiederholt nicht nachgekommen und hat damit aufsichtsrechtliche Bestimmungen schwer verletzt.

### 3. Sorgfaltspflichten

(43) Nach Art. 11 Abs. 1 Bst. b BEHG hat ein Effekthändler gegenüber seinen Kunden Sorgfaltspflichten zu erfüllen. Bei Vorliegen von Vermögensverwaltungsaufträgen ist ein Effekthändler zudem verpflichtet, die ins Depot des Kunden aufzunehmenden Anlagen mit Sorgfalt auszuwählen (Art. 7 SBVg-Richtlinien). Der Effekthändler hat weiter dafür zu sorgen, dass der ihm erteilte Vermögensverwaltungsauftrag durch die zuständigen Mitarbeiter im Rahmen der jeweils gewählten Anlagepolitik sowie gemäss den allfälligen internen Weisungen ausgeübt wird (Art. 3 SBVg-Richtlinien). Zu den Pflichten eines Effekthändlers gehört es des Weiteren, mit dem Vermögensverwaltungskunden im direkten Kontakt dessen Anlageziele zu erörtern und festzuhalten (Art. 1 SBVg-Richtlinien).

Diese Grundsätze gelten sinngemäss auch bezüglich der Sorgfaltspflicht bei der Anlageberatung (vgl. P. Christoph Gutzwiller, Rechtsfragen der Vermögensverwaltung, Zürich/Basel/Genf 2008, S. 57 f.). Ferner sind Vermögensverwaltungsaufträge in schriftlicher Form zu erteilen (Art. 2 SBVg-Richtlinie).

(44) Die Unterlagen, die dem Investment Management über das Anlageprodukt A.\_\_\_\_\_ zur Verfügung standen, um dieses und damit dessen Risiken richtig einschätzen zu können, sind rudimentär. Die Due Diligence der X.\_\_\_\_\_ Bank stützte sich lediglich auf allgemeine Informationen in Bezug auf A.\_\_\_\_\_, (sowie andere Feeder Funds, in die A.\_\_\_\_\_ investierte). Die hinzugezogenen Dokumente gaben aber nur ungenügend Auskunft über A.\_\_\_\_\_ und ermöglichten es nicht, das Produkt zu verstehen. Zudem hatte die X.\_\_\_\_\_ Bank die Anlagestrategie von A.\_\_\_\_\_ nicht evaluiert. Die X.\_\_\_\_\_ Bank unterliess es somit, sich über die Beschaffenheit des Produkts A.\_\_\_\_\_ und dessen Risiken hinreichend zu informieren. Umso gravierender und mit der Sorgfaltspflicht nicht vereinbar ist die Tatsache, dass die Bank den Fund in den Folgejahren lediglich unter Performancegesichtspunkten überprüfte.

(45) A.\_\_\_\_\_ war zudem keine in beschränktem Volumen pro Kundendepot zulässige nicht-traditionelle Anlage im Sinn der SBVg-Richtlinie: Er investierte in Feeder Funds (...), war weder nach dem Fund of Funds-Prinzip strukturiert, noch bot er sonst wie für eine gleichwertige Diversifikation Gewähr oder wäre er leicht handelbar gewesen.

(46) Weiter hat die X.\_\_\_\_\_ Bank bei den wenigsten Kunden Risikoprofile erstellt. Das zur Verfügung stehende Tool (...) verwendete sie kaum. Auch das Formular «(...)», mit welchem zumindest grundlegende Daten betreffend die Kunden hätten ermittelt werden können, wurde in mehr als der Hälfte der geprüften Fälle nicht verwendet. Die X.\_\_\_\_\_ Bank hat es in diesen Fällen unterlassen, die Anlagepolitik

für die Kunden gestützt auf fundierte Abklärungen festzulegen. Aufgrund des Untersuchungsberichts ist zudem darauf zu schliessen, dass die Kundenberater wiederholt A.\_\_\_\_\_ empfohlen, ohne vorgängig ein Kunden- und Risikoprofil zu erstellen und die hierzu notwendigen Erkundigungen einzuholen. Da diese Angaben für eine fachmännische Beratung jedoch erforderlich sind, erfolgten die Empfehlungen der Kundenberater aufs Geratewohl und darüber hinaus häufig, ohne die Kunden über die mit der Investition einhergehenden Risiken zu informieren (vgl. Rz. (40)). Zudem hat sich die Bank bei der Empfehlung von A.\_\_\_\_\_ an Kunden vor allem von der Aussicht auf Retrozessionen leiten lassen und aus diesem Grund den Verkauf des Funds forciert. Dieses Verhalten, das die Kundeninteressen und -wünsche unberücksichtigt lässt, stellt eine schwere Verletzung der der Bank obliegenden Sorgfaltspflichten dar.

(47) Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die X.\_\_\_\_\_ Bank bei der Auswahl, beim Andienen und beim Erwerb des Anlageprodukts A.\_\_\_\_\_ für ihre Vermögensverwaltungs- und Beratungskunden gegen ihre Sorgfaltspflicht verstossen und damit aufsichtsrechtliche Bestimmungen schwer verletzt hat.

#### D. Vertriebstätigkeit gemäss AFG und KAG

##### 1. Allgemeines

(48) Die Anteile in A.\_\_\_\_\_ wurden von den Kunden der X.\_\_\_\_\_ Bank in den Jahren 2001 bis 2008 gezeichnet. Hinsichtlich der Vertriebstätigkeit der X.\_\_\_\_\_ Bank in Bezug auf diesen Fund kommen bis am 31. Dezember 2006 das Anlagefondsgesetz (AFG; AS 1994 2523, 2000 2355 Anhang Ziff. 27, 2004 1985 Anhang Ziff. II 4, 2006 2197) und ab dem 1. Januar 2007 das Kollektivanlagengesetz (KAG; SR 951.31) zur Anwendung.



## 2. Vertriebstätigkeit gemäss AFG

(49) Gemäss Art. 22 Abs. 1 AFG bedarf einer Bewilligung der Aufsichtsbehörde, wer gewerbsmässig Anteile von in- und/oder ausländischen Anlagefonds anbietet oder vertreibt, ohne der Fondsleitung oder der Depotbank anzugehören, mithin Vertriebstäger ist. Von dieser Bewilligungspflicht ausgenommen sind u.a. Banken und Effektenhändler im Sinne des Bankengesetzes bzw. des Börsengesetzes (Art. 23 der Anlagefondsverordnung [AFV; AS 1994 2547, 1997 85 Art. 57 Ziff. 2 2255 2779 II 64, 2000 2713, 2004 2073 3535, 2006 5427]). Gestützt auf die Bankbewilligung ist eine Bank ermächtigt, wie ein bewilligter Vertriebstäger Anteile von schweizerischen und ausländischen Anlagefonds, die von der EBK in der Schweiz zum Vertrieb zugelassen sind, gewerbsmässig anzubieten und zu vertreiben. Ausländische Anlagefonds, die in oder von der Schweiz aus gewerbsmässig angeboten oder vertrieben werden, bedürfen einer Bewilligung (Art. 45 Abs. 1 AFG). Gemäss Art. 1a AFV gilt als gewerbsmässiges Anbieten oder Vertreiben im Sinne von Art. 22 AFG, wenn öffentlich für die Anlagefonds geworben wird. Öffentlich ist nach Art. 2 Abs. 2 AFG jede Werbung, die sich nicht bloss an einen eng umschriebenen Kreis von Personen richtet, wobei die bestehende Kundenschaft eines Unternehmens nicht von vornherein als eng umschriebener Personenkreis gilt. Öffentliche Werbung beinhaltet somit ein quantitatives und ein qualitatives Element (BBl 1993 I 261, EBK-RS 03/1 «Öffentliche Werbung/Anlagefonds» Rz. 9 und Rz. 10 i.V.m. Rz. 16).

## 3. Vertriebstätigkeit gemäss KAG

(50) Gemäss Art. 19 Abs. 1 KAG bedarf einer Bewilligung der Aufsichtsbehörde, wer öffentlich Anteile einer kollektiven Kapitalanlage anbietet oder vertreibt. Von dieser Bewilligungspflicht ausgenommen sind u.a. Banken und Effektenhändler im Sinne des Bankengesetzes bzw. des Börsengesetzes (Art. 8 Abs. 1 KKV). Gestützt auf die Bankenbewilligung sind Banken wie Vertriebstäger ermächtigt, Anteile von schweizerischen und ausländischen kollektiven Kapitalanlagen, die von der Aufsichts-

behörde in der Schweiz zum Vertrieb zugelassen sind, öffentlich anzubieten und zu vertreiben. Ausländische kollektive Kapitalanlagen, für die in oder von der Schweiz aus öffentlich geworben wird, sind, unabhängig von ihrer Rechtsform, den einschlägigen Bestimmungen des KAG (Art. 119 ff.) unterstellt (Art. 2 Abs. 4 KAG). Werden ausländische kollektive Kapitalanlagen in oder von der Schweiz aus öffentlich vertrieben, so bedürfen deren massgebenden Dokumente wie Verkaufsprospekt, Statuten oder Fondsvertrag der Genehmigung der Aufsichtsbehörde (Art. 120 Abs. 1 KAG). Als öffentliche Werbung im Sinne des KAG gilt jede Werbung, die sich an das Publikum richtet. Die Werbung gilt nicht als öffentlich, wenn sie sich ausschliesslich an qualifizierte Anleger gemäss Art. 10 Abs. 3 KAG richtet (Art. 3 KAG i.V.m. Art. 10 Abs. 3 Bst. e und f KAG, EBK-RS 03/1 Rz. 10 ff.). Daneben verbleibt im Rahmen des Begriffs «Publikum» ein zusätzlicher, beschränkter Raum für nicht öffentliches Handeln. Richtet sich das Angebot bzw. die Werbung an einen eng umschriebenen Personenkreis, liegt keine Öffentlichkeit bzw. kein «Publikum» im Sinne von Art. 3 Satz 1 KAG vor. Der Kreis der Beworbenen kann dabei entweder qualitativ oder quantitativ beschränkt sein, wobei jeweils die Umstände des konkreten Einzelfalls den Ausschlag geben (Urteile des Bundesgerichts vom 10. Februar 2011 2C\_89/2010, 2C\_106/2010 E. 5.3.2 und 2C\_91/2010, 2C\_92/2010 E. 5.2.3).

#### 4. Beurteilung

(51) Bei A.\_\_\_\_\_ handelt es sich um einen ausländischen Fund, der in der Schweiz nicht zum Vertrieb zugelassen ist. Demzufolge ist Werbung für diesen Fund, die sich an die Öffentlichkeit richtet, unzulässig. Die X.\_\_\_\_\_ Bank hat nachweislich bezüglich 27 Portfolien Werbung für A.\_\_\_\_\_ betrieben. In mehreren Fällen blieben die Verkaufsbemühungen erfolglos. Daneben hat sie einen Serienbrief für die Werbung eingesetzt. Zudem ist aufgrund von Hinweisen naheliegend, dass die Bank bei über 40 weiteren Kunden Werbung für A.\_\_\_\_\_ gemacht hat. Ferner hat die Bank, teilweise ebenfalls mittels Serienbrief, für andere in

der Schweiz nicht zum Vertrieb zugelassene ausländische Fonds Werbung betrieben. Schliesslich befinden sich 81 in der Schweiz nicht zum Vertrieb zugelassene Fonds auf einer Empfehlungsliste für Beratungskunden, wozu die Bank selber einräumt, dass Kundenberater den fünf per Ende 2008 verbliebenen Beratungskunden Investitionen in A.\_\_\_\_\_ vorgeschlagen haben.

(52) Aufgrund der Tatsache, dass die Bank die quantitative Einschränkung beim Vertrieb von Anlagefonds bzw. kollektiven Kapitalanlagen infolge organisatorischer Mängel nicht beachtet hat (vgl. Rz. (32)), kann im Einzelnen offenbleiben, in wie vielen Fällen pro Geschäftsjahr sie Werbung für die erwähnten Fonds betrieben hat. Eine Gesamtbetrachtung der in Rz. (51) dargelegten Umstände lässt keinen anderen Schluss zu, als dass die Bank gegenüber einer hohen, potenziell unbeschränkten Anzahl Kunden, und damit öffentlich, Werbung für A.\_\_\_\_\_ und andere ausländische, in der Schweiz nicht zum Vertrieb zugelassene Fonds betrieben hat. Es ist deshalb festzuhalten, dass die X.\_\_\_\_\_ Bank mit ihrem Verhalten gegen Art. 45 AFG und Art. 120 KAG verstossen und damit aufsichtsrechtliche Bestimmungen schwer verletzt hat.

#### E. Massnahmen

(53) Gemäss Art. 37 FINMAG entzieht die FINMA einem Beaufsichtigten die Bewilligung, wenn er die Voraussetzungen für die Tätigkeit nicht mehr erfüllt oder aufsichtsrechtliche Bestimmungen schwer verletzt hat. Gemäss Art. 31 FINMAG sorgt die FINMA für die Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes, wenn eine Beaufsichtigte oder ein Beaufsichtigter Bestimmungen des FINMAG oder der Finanzmarktgesetze verletzt oder sonstige Missstände bestehen. Falls das Verfahren ergibt, dass zwar aufsichtsrechtliche Bestimmungen schwer verletzt worden sind, jedoch keine Massnahmen zu deren Beseitigung angeordnet werden

müssen, kann die FINMA eine Feststellungsverfügung erlassen (Art. 32 FINMAG).

(54) Die X.\_\_\_\_\_ Bank räumt selber ein, dass diverse Mängel bestanden. Sie führt aber an, dass sie eine Reihe organisatorischer Massnahmen initiiert hat, die teilweise abgeschlossen und teilweise noch in Umsetzung begriffen sind. Beispielsweise hat sie eine «Investment Policy» und zwei dazugehörige Richtlinien, (...), erlassen. Weiter besteht ein Konzept zur Verbesserung der Organisation und der Prozesse (...). Ferner hat die Bank durch Einführung einer neuen Struktur die Funktionentrennung gestärkt. Neu führt der COO nur noch die Bereiche Human Resources, Legal und Treasury direkt. Sämtliche Front-Bereiche werden durch den Head Wealthmanagement geführt, wobei die Funktion des Branch Managers (...) abgeschafft worden ist. Zudem wurden die Risiko- und Compliance-Aufgaben unter einer neuen Einheit zentralisiert, die durch den CRO als GL-Mitglied geführt wird. Die mit den Vorkommnissen betreffend A.\_\_\_\_\_ in engem Zusammenhang stehenden Personen wie z.B. der damalige COO (...), die damaligen Head of Private Banking und der Branch Manager (...) haben die Bank verlassen. Aufgrund dessen sind weitergehende personelle Massnahmen nicht angezeigt. Für ein Berufsverbot (vgl. Art. 33 FINMAG) bestünde aufgrund des Rückwirkungsverbots ohnehin kein Raum.

(55) In einem ihrer monatlich zu erstellenden Berichte, dem Bericht vom 19. April 2011, hielt die Prüfgesellschaft der Bank fest, dass mit Ausnahme der fehlenden «(...)» und Risikoprofile sowie der unübersichtlich und nicht einheitlich strukturierten Dokumentenablage im (...) sämtliche Mängel gemäss Untersuchungsbericht behoben sind (...). Die Bank teilte der FINMA am 8. Juni 2011 mit, dass bei 43.8% der Kunden, die ein Risikoprofil benötigen, ein solches erstellt wurde, wobei deren Vermögen 80% des Kundenvermögens ausmache. Standard Background Reports seien erst bei 9.7% der Kunden gemacht worden (p. A1 822).

(56) Die Verfehlungen und Versäumnisse der Bank wiegen schwer. Indessen rechtfertigt es sich im Lichte des Verhältnismässigkeitsprinzips, der von der Bank in der Zwischenzeit unternommenen Anstrengungen zur Regularisierung der Organisation sowie der veränderten personellen Situation im konkreten Fall gerade noch, von einem Bewilligungsentzug und damit einhergehend der Anordnung der Liquidation nach Art. 23<sup>quinquies</sup> BankG abzusehen. Generell scheinen die zahlreichen bereits umgesetzten und die noch umzusetzenden Massnahmen geeignet, eine nachhaltige Verbesserung der Organisationsstruktur herbeizuführen. Es ist von der X.\_\_\_\_\_ Bank zu verlangen, dass sie die noch offenen Punkte innert kurzer Frist umsetzt und die nötigen Bereinigungen in den Kundendossiers abschliesst. Die FINMA wird die Behebung dieser Mängel kontrollieren. Vor diesem Hintergrund ist es im heutigen Zeitpunkt nicht angezeigt, weitere Massnahmen im Sinne von Art. 31 und 33 ff. FINMAG anzuordnen. Daran ändert indes nichts, dass die X.\_\_\_\_\_ Bank aufsichtsrechtliche Bestimmungen schwer verletzt hat, was in einer Feststellungsverfügung gemäss Art. 32 FINMAG festzuhalten ist. Zudem ist der Bank für den Wiederholungsfall der Bewilligungsentzug anzudrohen.

(57) Die FINMA wird prüfen, ob und gegen wen wegen wiederholten Verstosses gegen die Strafbestimmungen des Kollektivanlagengesetzes (Art. 148 Abs. 1 Bst. d und Abs. 2 KAG) Strafanzeige zu erstatten ist.

(...)

Dispositiv