

# 6      Rechts- und Reputationsrisiken im grenzüberschreitenden Geschäft

**VERFÜGUNG der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA  
vom 11. Januar 2010**

**Grenzüberschreitendes Geschäft; Organisation; Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit (Art. 3 Abs. 2 Bst. a und c BankG); Eingehen und Management von Rechts- und Reputationsrisiken bei der Erbringung von grenzüberschreitenden Dienstleistungen; tatsächenswidrige Bescheinigung von Bartransaktionen im Ausland; angemessene Verwaltungsorganisation.**

1. Die Verletzung ausländischen Aufsichtsrechts oder anderer ausländischer Normen durch beaufsichtigte Banken kann beträchtliche Rechts- und Reputationsrisiken bergen, weshalb diese durch geeignete Massnahmen zu minimieren sind. Dazu gehören insbesondere Weisungen über die in den Zielländern erlaubte Geschäftstätigkeit. Das Personal ist entsprechend zu schulen. Vergütungsmodelle sind so auszugestalten, dass sie eine gute Compliance nicht bestrafen, sondern fördern. 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 (Rz. 43).
2. Mit dem Erfordernis der Gewähr einer einwandfreien Geschäftstätigkeit ist ebenfalls unvereinbar, dass eine Bank unrichtige oder unvollständige Bescheinigungen ausstellt, zumal Bankbescheinigungen im Geschäftsverkehr ein erhöhtes Vertrauen entgegengebracht wird (Rz. 44).
3. Die Bank muss über eine ihrer Geschäftstätigkeit entsprechende Verwaltungsorganisation verfügen (Art. 3 Abs. 2 Bst. a BankG). Dazu gehört, dass die Bank im Stande ist, relevante Risiken zu erfassen, zu begrenzen und zu überwachen. Zu diesen Risiken zählen insbesondere die Rechts- und Reputationsrisiken gemäss Art. 9 Abs. 2 BankV (Rz. 45–52).

**Opérations transfrontières; organisation; garantie d'une activité irréprochable (art. 3 al. 2 let. a et c LB); prise de risques juridiques et de réputation lors de la fourniture de prestations de services transfrontières et gestion de ces risques; attestation mensongère de transactions en espèces à l'étranger; organisation administrative appropriée.**

1. La violation d'un droit de la surveillance étranger ou d'autres normes étrangères par des banques assujetties peut comporter des risques juridiques et de réputation considérables, qu'il convient de réduire par des mesures appropriées. Comptent parmi ces mesures, notamment, des directives concernant les activités autorisées dans les pays cibles. Le personnel doit être formé en conséquence. Les modèles de rémunération doivent être structurés de manière à encourager, et non à pénaliser, une bonne compliance. Le respect de ces directives doit faire l'objet de contrôles judicieux. Au besoin, il convient d'adapter le modèle d'affaires et de renoncer à exercer l'activité sur certains marchés (Cm 43).
2. Est également incompatible avec l'obligation de présenter la garantie d'une activité irréprochable le fait, pour une banque, d'établir des attestations erronées ou incomplètes, d'autant plus que l'on accorde une confiance accrue aux attestations bancaires dans la vie des affaires (Cm 44).
3. La banque doit disposer d'une organisation administrative correspondant à son activité (art. 3 al. 2 let. a LB). Dans ce cadre, elle doit être en mesure de déterminer, de limiter et de contrôler les risques pertinents. Comptent parmi ces risques, notamment, les risques juridiques et risques de réputation au sens de l'art. 9 al. 2 OB (Cm 45–52).

**Operazioni transfrontaliere; organizzazione; garanzia di un'attività irreprensibile (art. 3 cpv. 2 lett. a e c LBCR); assunzione e gestione dei rischi giuridici e di reputazione nell'ambito della fornitura di servizi transfrontalieri; attestazione contraria ai fatti nell'ambito di transazioni in contanti all'estero; organizzazione amministrativa adeguata.**

1. La violazione del diritto prudenziale estero o di altre norme estere da parte di banche sottoposte a vigilanza può comportare notevoli rischi giuridici e di reputazione che vanno ridotti con misure adeguate. Di queste misure fanno parte, in particolare, le istruzioni concernenti l'attività consentita nei Paesi in cui si opera. Il personale deve essere adeguatamente istruito in merito. I modelli di remunerazione devono essere impostati in modo tale da non penalizzare bensì da favorire una buona compliance. Occorre vigilare con ragionevolezza sul rispetto di tali istruzioni. Se necessario, si deve adeguare il modello commerciale e rinunciare all'attività su determinati mercati (m. 43).
2. Il fatto che una banca rilasci attestazioni inesatte o incomplete è incompatibile con il requisito della garanzia di un'attività irreprensibile, tanto più che nelle operazioni commerciali le attestazioni bancarie godono di ampia fiducia (m. 44).
3. La banca deve disporre di un'organizzazione proporzionata all'importanza dei propri affari (art. 3 cpv. 2 lett. a LBCR). Tra le altre cose, essa deve essere in grado di rilevare, limitare e sorvegliare i rischi rilevanti. Tra questi ultimi vi sono, in particolare, i rischi giuridici e di reputazione ai sensi dell'art. 9 cpv. 2 OBCR (m. 45–52).

## Zusammenfassung des Sachverhalts

Mit Schreiben vom 3. November 2004 richtete sich die Schweizerische Bankiervereinigung (SBVg) an ihre Mitglieder, darunter auch die C. \_\_\_\_\_ AG, um diese in Bezug auf die Risiken in der grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringung zu sensibilisieren. Sie machte die Mitgliedbanken darauf aufmerksam, dass verschiedene gängige Praktiken gegen ausländisches Recht verstossen könnten. Als Beispiel für solche Praktiken nannte sie den Bargeldtransport für Kunden ins und Bargeldauszahlungen an Kunden im Ausland, die Benutzung von Nostro-Konten bei Drittbanken im Ausland für Ein- und Auszahlungen von bzw. an Kunden und die Akquisition von ausländischen Kunden im Ausland, beispielsweise über Vermittler. Weiter wies die SBVg unter anderem auf das Bewilligungserfordernis für die Erbringung von Bank- und Finanzdienstleistungen gemäss den neuen Richtlinien der deutschen Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) hin.

Die Depotwerte bei der C. \_\_\_\_\_ AG per Ende Dezember 2008 gehörten zu 94% ausländischen Kunden. Rund 80% dieser Depot- und Einlage-Kunden stammten aus Deutschland. Die Ausrichtung auf ausländische, insbesondere deutsche Kunden ist eine Strategie der B. \_\_\_\_\_ Gen. gewesen, die mit der Gründung der C. \_\_\_\_\_ AG einen Offshore-Standort in der Schweiz, d. h. ausserhalb der Europäischen Union (EU), habe schaffen wollen.

Die Abklärungen ergaben, dass Vermittler im Namen und für Rechnung von Kunden Order zum Kauf bzw. Verkauf von Vermögensanlagen erteilten, teilweise sogar ohne über die nötigen Vollmachten zu verfügen. Die Vermittlertätigkeit beschränkte sich nicht nur auf die reine Beratung, sondern erstreckte sich zumindest teilweise auch auf Handlungen zwecks Verwaltung des Kundenvermögens. Es erfolgten daneben tatsachenwidrige Bescheinigungen von Bartransaktionen im Ausland, indem diese jeweils so verbucht wurden, als hätte der Kunde selber die Transaktion in den Räumlichkeiten der C. \_\_\_\_\_ AG vorgenommen. Die Bank hat schliesslich auch nicht dokumentiert, ob die deutschen Vermittler über eine

Erlaubnis der BaFin verfügten. Die Erlaubnispflicht für die C.\_\_\_\_\_ AG selbst ist gemäss einem Gutachten insbesondere dann gegeben, wenn die C.\_\_\_\_\_ AG als ausländisches Unternehmen – auch ohne physische Präsenz in Deutschland – beabsichtigt, sich in Deutschland zielgerichtet an den Markt zu wenden. Dies könne beispielsweise durch den Aufbau und die Nutzung einer Vertriebsorganisation über deutsche freie Mitarbeiter, welche der Bank neue deutsche Kunden bringen, geschehen. Folgende Indizien können für das Bestehen einer Vertriebsorganisation sprechen: eine grosse Zahl von Vermittlern, die exklusive Vermittlung an ein ausländisches (nicht in Deutschland domiziliertes) Unternehmen sowie regelmässig hohe Provisionen.

## Aus den Erwägungen

### 1. Zuständigkeit und Massnahmenkompetenz der FINMA

(36) Gemäss Art. 6 Abs. 1 FINMAG übt die FINMA die Aufsicht nach den Finanzmarktgesetzen und nach dem FINMAG aus. Zu den Finanzmarktgesetzen gehört unter anderem das Bankengesetz (Art. 1 Abs. 1 Bst. d FINMAG).

(37) Verletzt ein Beaufsichtigter die Bestimmungen des FINMAG oder eines der Finanzmarktgesetze oder bestehen sonstige Missstände, so sorgt die FINMA für die Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes (Art. 31 FINMAG). Zu den ihr zur Verfügung stehenden Aufsichtsinstrumenten gehören insbesondere die Feststellungsverfügung (Art. 32 FINMAG), das Berufsverbot (Art. 33 FINMAG), die Veröffentlichung der aufsichtsrechtlichen Verfügung (Art. 34 FINMAG), die Einziehung (Art. 35 FINMAG), die Einsetzung eines Untersuchungsbeauftragten (Art. 36 FINMAG) sowie der Entzug der Bewilligung (Art. 37 FINMAG).

(38) Im Rahmen ihrer Verfügungskompetenz hat die FINMA diejenigen Massnahmen zu wählen, welche sie für angemessen hält, um den Gesetzeszweck zu erreichen (BGE 130 II 351 E. 2.1; EBK-Bulletin 47 S. 49). Die Frage, wie die FINMA ihre Aufsichtsfunktion im Einzelnen wahrnimmt, ist weitgehend ihrem «technischen Ermessen» überlassen (Urteil des Bundesgerichts 2C.749/2008 vom 16. Juni 2009 E. 3.1; EBK-Bulletin 37 S. 49 f.).

(39) In der Wahl der geeigneten Massnahme hat die FINMA 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. Nach Art. 5 FINMAG bezweckt die Finanzmarktaufsicht den Schutz der Gläubigerinnen und Gläubiger, der Anlegerinnen und Anleger, der Versicherten sowie den Schutz der Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte. Sie trägt damit zur Stärkung des Ansehens und der Wettbewerbsfähigkeit des Finanzplatzes Schweiz bei.

## 2. Gesetzliche Vorgaben im Bankenbereich

(40) Gemäss Art. 3 BankG bedarf eine Bank zur Aufnahme der Geschäftstätigkeit einer Bewilligung der FINMA. Art. 3 Abs. 2 BankG legt die Bedingungen für die Erteilung einer Bewilligung fest. Diese müssen von der Bank jederzeit erfüllt werden.

### 2.1 Gewähr einer einwandfreien Geschäftstätigkeit

#### 2.1.1 Allgemein

(41) Zu den dauernd einzuhaltenden Bewilligungsvoraussetzungen gehört unter anderem, dass die mit der Verwaltung und Geschäftsführung der Bank betrauten Personen einen guten Ruf geniessen und Gewähr für

eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten (Art. 3 Abs. 2 Bst. c BankG). Die mit der «Verwaltung und Geschäftsführung betrauten Personen» müssen nicht nur fachlich kompetent sein, sondern sie müssen sich auch im Geschäftsverkehr korrekt verhalten. Unter korrektem Verhalten im Geschäftsverkehr ist in erster Linie die Beachtung der Rechtsordnung, d. h. der Gesetze und der Verordnungen, der internen Vorschriften und der Standesregeln zu verstehen. Eine Verletzung der Rechtsordnung ist indessen für die Verneinung der Gewähr nicht zwingend erforderlich. Es genügt, wenn das beanstandete Verhalten «in krasser Weise dem Verhalten, wie es von einem redlichen Bankier erwartet werden muss», widerspricht (EBK-Bulletin 23, S. 25 und 27). Dazu gehört, dass die Bank sich und ihre Mitarbeiter nicht unnötigen Rechts- und Reputationsrisiken aussetzt.

(42) Was für die Gewährträger gilt, hat auch für die Bank als Unternehmen seine Gültigkeit, d. h. die Bank muss als Unternehmen die Bewilligungsvoraussetzung der einwandfreien Geschäftstätigkeit ebenfalls erfüllen (EBK-Bulletin 41, S. 20).

#### 2.1.2 Eingehen von Rechts- und Reputationsrisiken bei der Erbringung von grenzüberschreitenden Dienstleistungen

(43) Die Überprüfung der Einhaltung des ausländischen Aufsichtsrechts durch eine beaufsichtigte Bank gehört grundsätzlich nicht zu den Aufgaben der FINMA. Dies gilt insbesondere für ausländische Aufsichtsnormen, welche von den schweizerischen erheblich abweichen, indem sie beispielsweise grenzüberschreitende Dienstleistungen viel einschränkenderen Bedingungen unterstellen als das schweizerische Aufsichtsrecht. Die Verletzung ausländischen Aufsichtsrechts oder anderer ausländischer Normen durch beaufsichtigte Banken kann aber beträchtliche Rechts- und Reputationsrisiken bergen. Die Vorschriften des Bankengesetzes betreffend das Erfordernis des adäquaten Risikomanagements, der angemessenen Organisation sowie der Gewähr für einwandfreie Geschäftstätigkeit verlangen daher, dass in



der grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringung Beaufschlagte das anwendbare ausländische Aufsichtsrecht regelmässig abklären und die damit verbundenen Risiken erfassen, begrenzen und kontrollieren. Sie sind durch geeignete Massnahmen zu minimieren. Dazu gehören insbesondere Weisungen über die in den Zielländern erlaubte Geschäftstätigkeit. Das Personal ist entsprechend zu schulen. Vergütungsmodelle sind so auszugestalten, dass sie eine gute Compliance nicht bestrafen, sondern fördern (FINMA-RS 10/01 «Vergütungssysteme», Rz. 36). 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.

### 2.1.3 Tatsachenwidrige Bescheinigung von Bartransaktionen im Ausland

(44) Mit dem Erfordernis der Gewähr einer einwandfreien Geschäftstätigkeit ist ebenfalls unvereinbar, dass eine Bank unrichtige oder unvollständige Bescheinigungen ausstellt (EBK-Bulletin 23, S. 21; EBK-Bulletin 15, S. 15; BGE 111 Ib 126), zumal Bankbescheinigungen im Geschäftsverkehr ein erhöhtes Vertrauen entgegengebracht wird (BGE 102 IV 191 E. 3). Im Sinne von Art. 8 der Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken (VSB), welche von der Eidg. Bankenkommission als Mindeststandard festgelegt worden ist (Anhang zum EBK-RS 04/2 «Selbstregulierung als Mindeststandard» [jetzt: FINMA-RS 08/10]), ist es den Banken untersagt, Täuschungsmanövern ihrer Vertragspartner gegenüber Behörden des In- und Auslandes, insbesondere gegenüber Steuerbehörden, durch unvollständige oder auf andere Weise irreführende Bescheinigungen Vorschub zu leisten. Gemäss Rz. 54 VSB 08 fallen unter dieses Verbot insbesondere routinemässig erstellte Belege, zu denen namentlich auch Gutschrifts- und Belastungsanzeigen gerechnet werden.

## 2.2 Angemessene Verwaltungsorganisation

(45) Die Bank muss über eine ihrer Geschäftstätigkeit entsprechende Verwaltungsorganisation verfügen (Art. 3 Abs. 2 Bst. a BankG). Dazu gehört, dass die Bank im Stande ist, relevante Risiken zu erfassen, zu begrenzen und zu überwachen. Zu diesen Risiken zählen insbesondere die Rechts- und Reputationsrisiken (Imagerisiken und rechtliche Risiken gemäss Art. 9 Abs. 2 der Bankenverordnung [BankV, SR 952.02]). Die Praxis betreffend Überwachung und Kontrolle von Risiken wurde von der EBK in einem Rundschreiben konkretisiert (EBK-RS 06/6 «Überwachung und interne Kontrolle»). Dieses wurde in das grundsätzlich inhaltsgleiche FINMA-RS 08/24 «Überwachung und interne Kontrolle Banken» überführt, welches am 1. Januar 2009 in Kraft trat. Gemäss Rz. 130 EBK-RS 06/6 mussten die Institute die hier relevanten Vorschriften des Rundschreibens bis spätestens am 1. Januar 2008 erfüllen. Der Prüfbericht von C.\_\_\_\_\_ AG bezieht sich auf die Periode vom 1. Oktober 2007 bis zum 30. September 2008. Damit fällt die Prüfperiode zum weitaus grössten Teil in den Zeitraum, in welchem die Vorschriften des Rundschreibens bereits von der C.\_\_\_\_\_ AG hätten umgesetzt werden müssen.

(46) Die Verantwortung für die Erfassung, Begrenzung und Überwachung von Risiken wird durch Verwaltungsrat und 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.

(47) Das Rundschreiben sieht vor, dass der Verwaltungsrat die Verantwortung 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, trägt. 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 (Rz. 9 und 10 EBK-RS 06/6).

(48) Der Verwaltungsrat richtet eine interne Revision ein, welche ihm oder dem Audit Committee direkt unterstellt ist (Rz. 15 EBK-RS 06/6). Die interne Revision liefert wichtige Entscheidungsgrundlagen für die Beurteilung, ob das Institut über ein dem Risikoprofil des Instituts angemessenes und wirksames internes Kontrollsystem verfügt. Die interne Revision führt jährlich eine umfassende Risikobeurteilung des Instituts durch. Ausgehend von dieser Risikobeurteilung legt die interne Revision schwergewichtig 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. Die interne Revision informiert den Verwaltungsrat oder den zuständigen Ausschuss und die Geschäftsleitung schriftlich über die Risikobeurteilung und die Prüfziele und lässt die Prüfziele und die Prüfplanung durch den Verwaltungsrat oder den zuständigen Ausschuss genehmigen (Rz. 69–73 EBK-RS 06/6).

(49) Die Geschäftsleitung setzt die Vorgaben des Verwaltungsrats bezüglich Einrichtung, Aufrechterhaltung und regelmässiger Überprüfung der internen Kontrolle um. Die Geschäftsleitung 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 und der Risikokontrolle (Rz. 80 und 81 EBK-RS 06/6).

(50) Eine Compliance-Funktion wird unter der Verantwortung der Geschäftsleitung von jedem Institut unterhalten (Rz. 81 und 100 EBK-RS 06/6). Als Compliance gilt das Einhalten von gesetzlichen, regulatorischen und internen 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 (Rz. 97 und 98 EBK-RS 06/6).

(51) Zu den Aufgaben der Compliance-Funktion gehören in der Regel die Unterstützung und Beratung 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 (Rz. 107–109 und 111 EBK-RS 06/6). Namentlich bei geringer Geschäfts- und Organisationskomplexität und tiefem Compliance-Risiko kann die Compliance-Funktion auch in einem Outsourcing-Verhältnis betrieben werden.

(52) 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 Weisungswesen und ordnet die stufengerechte Einbindung aller Mitarbeiter in die Aufrechterhaltung der Compliance an (Rz. 99 EBK-RS 06/6).

### 3. Mängel bei der C.\_\_\_\_\_ AG

(53) Die Bank unterhielt vertragliche Beziehungen zu 310 Vermittlern, von welchen ein Grossteil in Deutschland ansässig ist. Damit stellt sich die Frage, ob durch die Tätigkeit in Deutschland die Vermittler oder die Bank einer Erlaubnispflicht durch die BaFin unterstehen. Es ist davon auszugehen, dass ein Grossteil dieser Vermittler einer Erlaubnispflicht durch die BaFin unterstand. Sowohl der Verwaltungsrat als auch die Geschäftsleitung waren sich bewusst, dass die C.\_\_\_\_\_ AG mit einer Vielzahl von deutschen

Vermittlern zusammenarbeitete. Der Verwaltungsrat gab indes an, über die zum Teil vorliegenden Vermögensverwaltungsvollmachten bei deutschen Vermittlern in Unkenntnis gewesen zu sein.

(54) Die Bank hatte per Januar 2009 weder dokumentiert bzw. abgeklärt, ob eine Erlaubnispflicht besteht, noch ob die Vermittler über eine Erlaubnis verfügten. Überhaupt wurde die aufsichtsrechtliche Situation in Deutschland nie genau eruiert. Die C.\_\_\_\_\_ AG war somit durch die Art der Zusammenarbeit mit deutschen Vermittlern einem beträchtlichen Reputationsrisiko ausgesetzt. Die Geschäftsleitung wurde von der SBVg mit Brief vom 3. November 2004 zwar auf die Risiken im Zusammenhang mit der Zusammenarbeit mit ausländischen Vermittlern hingewiesen, was sie aber nicht dazu bewegte, die rechtliche Situation in Deutschland genau abzuklären. Sie begnügte sich mit der Feststellung, dass im Bereich der grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringung Rechtsunsicherheit bestehe. Das Reputationsrisiko wurde somit von der Geschäftsleitung und dem Verwaltungsrat in fahrlässiger Weise eingegangen.

(55) Durch grenzüberschreitende Zusammenarbeit mit deutschen Vermittlern kann für ein ausländisches Institut direkt eine Erlaubnispflicht entstehen. Mit Bezug auf die C.\_\_\_\_\_ AG hält das Gutachten fest, dass die grosse Anzahl von Vermittlern die Gefahr berge, dass die BaFin auf das Vorliegen einer Vertriebsorganisation und damit auf eine Erlaubnispflicht für die C.\_\_\_\_\_ AG schliessen könnte. Es ist daher möglich, dass die C.\_\_\_\_\_ AG in der Vergangenheit durch die Art der Zusammenarbeit mit deutschen Vermittlern selbst in Deutschland erlaubnispflichtig geworden ist. Per Januar 2009 hat die C.\_\_\_\_\_ AG diese Frage nicht durch einen im deutschen Aufsichtsrecht spezialisierten Gutachter abklären lassen und war sich somit auch nicht klar über die spezifischen Kriterien, welche zu einer Erlaubnispflicht führen. Die Bank war somit einem erheblichen Rechts- und Reputationsrisiko ausgesetzt.

(56) Die ungenügende Abklärung des anwendbaren ausländischen Rechts und das damit einhergehende fahrlässige Eingehen von Rechts- und Reputationsrisiken sind mit der Gewähr für eine einwandfreie Geschäftsführung nicht vereinbar.

(57) Zudem hat die C. \_\_\_\_\_ AG in erheblichem Ausmass und über eine längere Periode hinweg systematisch tatsachenwidrige Bescheinigungen von Bartransaktionen im Ausland ausgestellt. Dies ist mit dem Gewährserfordernis nicht zu vereinen.

(58) Trotz der strategischen Ausrichtung der C. \_\_\_\_\_ AG auf das grenzüberschreitende Vermögensverwaltungsgeschäft mit Retailkunden bzw. auf bestimmte grenzüberschreitende Dienstleistungen waren nicht einmal die Grundzüge des Risikomanagements im Bereich der grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringung Gegenstand des Weisungswesens der Geschäftsleitung im Sinne von Rz. 99 EBK-RS 06/6. Die Compliance-Funktion rapportierte zudem der Geschäftsleitung und dem Verwaltungsrat nicht mit Bezug auf die Überwachung der Image- und Rechtsrisiken im Bereich der grenzüberschreitenden Dienstleistungen (Rz. 107 ff. EBK-RS 06/6). In diesem Bereich lagen aufgrund des Geschäftsmodells die grossen Risiken. Auch war eine Risikokontrolle mit Bezug auf diese Bereiche in den Unterlagen der Compliance nicht ersichtlich. Die Risikobeurteilung im Sinne von Rz. 70 EBK-RS 06/6 der internen Revision für das Jahr 2008 fehlte gänzlich und konnte somit dem Verwaltungsrat auch nicht vorgelegt werden. Das interne Kontrollsystem war somit der Art und dem Umfang der Geschäftstätigkeit der Bank nicht angepasst. Die Bank war daher mit Bezug auf ihre Geschäftstätigkeit nicht angemessen organisiert.

(59) Somit steht fest, dass die Bank in schwerer Weise die Bewilligungsvoraussetzungen hinsichtlich Gewähr und angemessener Organisation verletzt hat.

#### 4. Verantwortlichkeit für die Mängel

##### 4.1 Muttergesellschaft

(60) Die B.\_\_\_\_\_ Gen. ist alleinige Eigentümerin der C.\_\_\_\_\_ AG und stellte mit E.\_\_\_\_\_ den Präsidenten des Verwaltungsrats, wie dies bereits bei seinem Vorgänger der Fall war. Sie hat die C.\_\_\_\_\_ AG strategisch bewusst als «Offshore»-Standort auf die Bearbeitung der Region X.\_\_\_\_\_ ausgerichtet. Diese Strategie hat die von der Geschäftsleitung angewandten Praktiken der Bank mit Bezug auf den umfassenden Einsatz von Vermittlern zumindest begünstigt, wenn sie nicht gar dafür ursächlich war. Die von der Muttergesellschaft vorgegebene Strategie hätte jedoch auch anderweitig, d. h. ohne das Eingehen von Rechts- und Reputationsrisiken, verfolgt werden können. Die Muttergesellschaft ist somit nur indirekt verantwortlich für die Mängel der C.\_\_\_\_\_ AG in der grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringung.

##### 4.2 Der Verwaltungsrat

(61) Bei der C.\_\_\_\_\_ AG bestanden im Zusammenhang mit den Erfordernissen für die Überwachung des internen Kontrollsystems folgende Mängel:

- a) Interne Revision: Die Risikobeurteilung 2008 im Sinne von Rz. 70 EBK-RS 06/6 fehlte;
- b) Compliance-Reporting: Das Reporting, insbesondere die Einschätzung des Compliance-Risikos bezog sich nicht auf die Rechts- und Reputationsrisiken in der grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringung (Rz. 109 EBK-RS 06/6);
- c) Risikokontrolle: Es wurde keine Kontrolle betreffend Risiken im Bereich der grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringung durchgeführt (Rz. 122 EBK-RS 06/6).

(62) Obwohl die Strategie der C.\_\_\_\_\_ AG eine Fokussierung auf grenzüberschreitende Dienstleistungserbringung vorsieht, wurden die entsprechenden Risiken vom Verwaltungsrat nicht erkannt. Der Verwaltungsrat führt dies auch darauf zurück, dass viele Schweizer Banken seit jeher problemlos auf dem deutschen Markt tätig seien und bis Ende 2008 die grenzüberschreitende Tätigkeit der C.\_\_\_\_\_ AG auch von der externen Prüfgesellschaft nicht beanstandet worden sei. Der Verwaltungsrat verkennt dabei, dass er die Verantwortung dafür trägt, dass die Bank ein ihrer Geschäftstätigkeit angemessenes internes Risikomanagement und eine wirksame Risikokontrolle implementiert.

(63) Der Verwaltungsrat war über die problematischen Bartransaktionen und die diesbezüglichen tatsachenwidrigen Bescheinigungen sowie das Vorliegen von Vermögensverwaltungsvollmachten bei deutschen Vermittlern nicht informiert. Er hat nach Vorlage des Prüfberichts im Februar 2009 sofort und umfassend reagiert: Die problematischen Bartransaktionen im Ausland wurden sofort verboten, die Vermittlerverträge sistiert und neu überarbeitet, die Geschäftsleitung wurde ausgewechselt und die operative wie strategische Neuausrichtung der C.\_\_\_\_\_ AG in Angriff genommen. Der Verwaltungsrat hat entschieden, die Banktätigkeit in Zukunft auf das Onshore-Geschäft zu konzentrieren. Auf die Zusammenarbeit mit ausländischen Vermittlern soll gänzlich verzichtet werden. Schliesslich hat sich der Verwaltungsrat im Verfahren von Beginn weg kooperativ verhalten.

(64) Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass der Verwaltungsrat für die Mängel am internen Kontrollsystem mitverantwortlich ist. Das Versagen der Kontrollmechanismen ist jedoch nicht vollständig auf ihn zurückzuführen. Durch sein Verhalten bei Bekanntwerden der aufsichtsrechtlich relevanten Mängel hat der Verwaltungsrat seine Rolle korrekt wahrgenommen. Für die Zukunft kann somit davon ausgegangen werden, dass die verbleibenden, mit der Verwaltung betrauten Personen im Sinne von Art. 3 Abs. 2 Bst. c BankG Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten.



#### 4.3 Die Geschäftsleitung

(65) Die Konkretisierung der strategischen Ausrichtung durch das operative Geschäft obliegt der Geschäftsleitung. Die konkrete Ausgestaltung der Zusammenarbeit mit Vermittlern sowie die Art der Bescheinigung der Entgegennahme und Auszahlung von Kundengeldern ist Teil des operativen Geschäfts und gehört somit primär zum Verantwortungsbereich der Geschäftsleitung. Auch das Weisungswesen sowie die Compliance-Funktion sind Bereiche, für welche die Geschäftsleitung verantwortlich ist (Rz. (49) ff. EBK-RS 06/6). Obwohl die Geschäftsleitung durch das Schreiben der SBVg vom 3. November 2004 auf die Problematik der Risiken bei der Vermittlertätigkeit hingewiesen wurde, hat sie die entsprechenden Praktiken weiterhin beibehalten. Zudem holte sie auch keine Rechtsgutachten ein, um die Risiken in der grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringung genau abzuklären. Schliesslich unterliess es die Geschäftsleitung, den Verwaltungsrat angemessen über die Risiken im grenzüberschreitenden Dienstleistungsgeschäft nach Deutschland zu informieren. Die Geschäftsleitung ist somit die Risiken mit Bezug auf die Art der Vermittlertätigkeit bewusst eingegangen, hat wissentlich die Ausstellung tatsächenswidriger Bescheinigungen geduldet, wenn nicht gar gefördert, und trägt dafür die volle Verantwortung. Mit der Erneuerung der Geschäftsleitung ist davon auszugehen, dass die heute bei der C.\_\_\_\_\_ AG mit der Geschäftsführung betrauten Personen im Sinne von Art. 3 Abs. 2 Bst. c BankG Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten.

#### 4.4 Schlussfolgerung

(66) Es ergibt sich somit, dass den Verwaltungsrat eine Teilverantwortung trifft. Die Hauptverantwortung für die Verletzung der aufsichtsrechtlichen Bestimmungen liegt bei der Geschäftsleitung, welche die entsprechenden Praktiken im Bewusstsein ihrer Risiken betrieben hatte.

## 5. Massnahmen

### 5.1 Verzicht auf Bewilligungsentzug

(67) Gemäss Art. 37 FINMAG entzieht die FINMA einem Beaufsichtigten die Bewilligung, wenn dieser die Voraussetzungen für die Tätigkeit nicht mehr erfüllt oder aufsichtsrechtliche Bestimmungen schwer verletzt. Es wurde festgestellt, dass die Bank zumindest bis Anfang 2009 weder über eine in Art und Umfang ihrer Geschäftstätigkeit angepasste Verwaltungsorganisation verfügte, noch Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bot (Rz. (66)). Die Anordnung eines Bewilligungsentzugs wäre daher eine mögliche Massnahme, um den rechtmässigen Zustand wiederherzustellen.

(68) Allerdings spricht vorliegend Folgendes gegen diese einschneidende Massnahme: Die C.\_\_\_\_\_ AG, insbesondere der Verwaltungsrat, zeigte sich während des ganzen Verfahrens kooperativ. Die problematischen Bartransaktionen im Ausland wurden sofort bei Vorlage des Entwurfs des Prüfberichtes eingestellt. Die beschränkten Vollmachten der Vermittler wurden umgehend sistiert. Die Mitarbeiter wurden entsprechend instruiert und die Durchsetzung der Massnahmen durch die interne Revision kontrolliert. Die Vermittlerverträge wurden anhand der Empfehlungen des Gutachters neu erstellt und von diesem in Hinsicht auf das deutsche Aufsichtsrecht überprüft. In Zukunft will der Verwaltungsrat gänzlich auf die Zusammenarbeit mit ausländischen Vermittlern verzichten. Darüber hinaus wurden das Weisungswesen, die Risikokontrolle und die Compliance an die EBK-RS 06/6 angepasst. Ausserdem wurden sowohl die strategische als auch die operative Neuausrichtung der Gesellschaft beschlossen. Nachdem der Verwaltungsrat festgestellt hatte, dass die problematischen Bartransaktionen trotz seines Verbots weiterhin abgewickelt wurden, beschloss er, sich von den damaligen Mitgliedern der Geschäftsleitung zu trennen. Seit dem (...) wird die C.\_\_\_\_\_ AG durch einen neuen Geschäftsleiter operativ geführt. Die strategische sowie operative Neuausrichtung ist mittlerweile in vollem

Gang, wobei die Verantwortung für die operative Umsetzung der getroffenen Massnahmen einer Person aus der Geschäftsleitung, U.\_\_\_\_\_, übertragen wurde. Die strategische Neuausrichtung obliegt insbesondere dem Vorstand der Muttergesellschaft, der B.\_\_\_\_\_ Gen., dem auch E.\_\_\_\_\_ (Verwaltungsratspräsident C.\_\_\_\_\_ AG) bzw. sein Nachfolger H.\_\_\_\_\_ angehört. Die B.\_\_\_\_\_ Gen. unterstützt die vom Verwaltungsrat beschlossenen Massnahmen und ist bereit, die C.\_\_\_\_\_ AG in dieser Phase nötigenfalls auch finanziell zu unterstützen. (...) In Anbetracht all dieser Elemente kann auf einen Bewilligungsentzug verzichtet werden.

## 5.2 Personelle Massnahmen

(69) Nachdem die gesamte Geschäftsleitung im Verlauf des Jahres 2009 ausgewechselt wurde, erübrigt sich die Anordnung personeller Massnahmen. Auch die bankinterne Compliance-Verantwortung wurde bereits von der Bank selbst einer neuen Person anvertraut, womit auch hier keine personellen Massnahmen zu treffen sind. Die Verantwortung des Verwaltungsrats wiegt im Vergleich zur Geschäftsleitung weniger schwer. Zudem ist zu berücksichtigen, dass G.\_\_\_\_\_ erst nachträglich in den Verwaltungsrat der Bank gewählt wurde und dass der in erster Linie für die Belange des Verwaltungsrats verantwortliche E.\_\_\_\_\_ im Dezember 2009 seinen Rücktritt aus dem Verwaltungsrat vollzog. Vor diesem Hintergrund erübrigen sich auch gegenüber dem Verwaltungsrat der C.\_\_\_\_\_ AG personelle Massnahmen, obwohl an dieser Stelle festzuhalten ist, dass F.\_\_\_\_\_ während seiner langen Amtszeit mehrmals Gelegenheit und Anlass gehabt hätte, die problematische Ausrichtung der Geschäftstätigkeit zu thematisieren.

## 5.3 Rüge und Umsetzungskontrolle

(70) Im vorliegenden Fall war die C.\_\_\_\_\_ AG durch die Art der Geschäftstätigkeit im grenzüberschreitenden Vermögensverwaltungs-

geschäft mit deutschen Retailkunden bei der systematischen und lange andauernden Zusammenarbeit mit deutschen Vermittlern grossen Rechts- und Reputationsrisiken ausgesetzt, ohne dass dies der Bank bzw. dem Verwaltungsrat bewusst gewesen wäre. Dazu wurde im Zusammenhang mit Bartransaktionen nicht tatsachengetreu bescheinigt. Damit hat die Bank in schwerer Weise gegen das Gewährs- und Organisationserfordernis im Sinn von Art. 3 BankG verstossen. Diese Missstände sind ausdrücklich zu rügen (Art. 32 FINMAG).

(71) Zudem hat die C.\_\_\_\_\_ AG ihre Prüfgesellschaft zu beauftragen, der FINMA bis spätestens Ende August 2010 über die effektive Umsetzung der angekündigten operativen und strategischen Neuausrichtung der C.\_\_\_\_\_ AG einen separaten Bericht zu erstatten.  
(...)

Dispositiv