

BVGer B-5756/2014 vom 18. Mai 2017

Bundesverwaltungsgericht, 2017-05-18, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-5756_2014

FR: TAF B-5756/2014 du 18 mai 2017

IT: TAF B-5756/2014 del 18 maggio 2017

Regeste

Finanzmarktaufsicht (Übriges)

Erwägungen

E. 1

Das Bundesverwaltungsgericht prüft von Amtes wegen und mit freier Kognition, ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind und auf eine Beschwerde einzutreten ist (Art. 7 VwVG [SR 172.021]).

E. 1.1

Der Entscheid der Vorinstanz vom 5. September 2014 stellt eine Verfügung im Sinne von Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes dar. Das Bundesverwaltungsgericht ist zuständig für die Beurteilung von Beschwerden gegen Entscheide der Vorinstanz (Art. 31 VGG [SR 173.32] i.V.m. Art. 5 VwVG und Art. 33 Bst. e VGG i.V.m. Art. 54 Abs. 1 FINMAG [SR 956.1]). Ein Ausschlussgrund (Art. 32 VGG) liegt nicht vor.

E. 1.2

Die Beschwerdeführerin ist als Adressatin der angefochtenen Verfügung besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung (Art. 48 Abs. 1 VwVG; vgl. BGE 136 II 304 E. 2.3.1). Die Eingabefrist und -form sind gewahrt (Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG), der Vertreter hat sich rechtsgenügend ausgewiesen (Art. 11 VwVG) und der Kostenvorschuss wurde fristgerecht geleistet (Art. 63 Abs. 4 VwVG). Damit ist auf die Beschwerde einzutreten.

E. 2

Mit der Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht kann die Verletzung von Bundesrecht, einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts sowie Unangemessenheit der angefochtenen Verfügung gerügt werden (Art. 37 VGG i. V. m. Art. 49 VwVG). Das Bundesverwaltungsgericht als Beschwerdeinstanz kann indessen seine Kognition einschränken, wenn die Natur der Streitsache dies sachlich rechtfertigt bzw. gebietet. Das ist regelmässig dann der Fall, wenn die Rechtsanwendung technische Probleme oder Fachfragen betrifft, zu deren Beantwortung und Gewichtung die verfügende Behörde auf Grund ihres Spezialwissens besser geeignet ist, oder wenn sich Auslegungsfragen stellen, welche die Verwaltungsbehörde auf Grund ihrer örtlichen, sachlichen oder persönlichen Nähe sachgerechter zu beurteilen vermag als die Beschwerdeinstanz. Im Rahmen des sog. "technischen Ermessens" darf der verfügenden Behörde bei der Beurteilung von ausgesprochenen Fachfragen daher ein gewisser Ermessens- und Beurteilungsspielraum belassen werden, soweit sie die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte geprüft und

die erforderlichen Abklärungen sorgfältig und umfassend durchgeführt hat (vgl. statt vieler BGE 135 II 384 E. 2.2.2, BGE 135 II 296 E. 4.4.3, BGE 131 II 680 E. 2.3.2, m.w.H.; Urteil des BVer B-798/2012 vom 27. November 2013 E. 8.3.5).

E. 3

Die Vorinstanz stellte in der angefochtenen Verfügung fest, die Beschwerdeführerin habe mit Bezug auf ihre Geschäftsbeziehung zur eVV Y. _____ AG das bankengesetzliche Organisations- und Gewährserfordernis und somit aufsichtsrechtliche Bestimmungen schwer verletzt (Ziff. 1 des Dispositivs). Die Beschwerdeführerin wendet sich im Hauptbegehren gegen diese Feststellung der Vorinstanz und bestreitet, in ihrer Geschäftsbeziehung zur eVV Y. _____ AG aufsichtsrechtliche Bestimmungen schwer verletzt zu haben. Sie macht ihrerseits Mängel bei der Sachverhaltsfeststellung geltend und rügt eine fehlerhafte rechtliche Würdigung des Sachverhalts durch die Vorinstanz.

E. 3.1

Als Aufsichtsbehörde über den Finanzmarkt trifft die Vorinstanz die zum Vollzug des Finanzmarktrechts notwendigen Verfügungen und überwacht die Einhaltung der gesetzlichen und reglementarischen Vorschriften (Art. 3 und Art. 6 Abs. 1 FINMAG). Die Vorinstanz trat per 1. Januar 2009 an die Stelle der Eidgenössischen Bankenkommission (EBK) und übernahm deren Aufgabe (Art. 58 FINMAG), weshalb sie den vorliegend relevanten Sachverhalt auch soweit beurteilen kann, als dieser sich vor Inkrafttreten des FINMAG ereignet hat. Erhält die Vorinstanz von Verstössen gegen die Gesetze des Finanzmarktrechts oder von sonstigen Missständen Kenntnis, sorgt sie für deren Beseitigung und für die Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustands (Art. 31 FINMAG). Ergibt das Verfahren, dass die oder der Beaufsichtigte aufsichtsrechtliche Bestimmungen schwer verletzt hat und keine Massnahmen zur Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes mehr angeordnet werden müssen, kann die Vorinstanz eine Feststellungsverfügung erlassen (Art. 32 FINMAG). Voraussetzung einer Feststellungsverfügung gemäss Art. 32 FINMAG - wie auch deren Veröffentlichung (Art. 34 FINMAG) - ist nach dem klaren Gesetzeswortlaut demnach eine schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen. Eine einmalige, punktuelle und untergeordnete Verletzung finanzmarktrechtlicher Pflichten genügt hierfür nicht (vgl. Urteil des BGer 2C_1055/2014 vom 2. Oktober 2015 E. 4.2, m.w.H.).

E. 3.2

Die Vorinstanz stützt ihre Verfügung auf Art. 3 Abs. 2 Bst. a und c des Bankengesetzes vom 8. November 1934 (BankG, SR 952.0) und Art. 9 Abs. 3 der Bankenverordnung vom 17. Mai 1972 (aBankV, in Kraft bis 31. Dezember 2014, AS 1972 821).

E. 3.2.1

Nach Art. 3 Abs. 2 Bst. a und c des Bankengesetzes wird der Bank die zur Aufnahme der Geschäftstätigkeit notwendige Bewilligung der FINMA nur erteilt, wenn die Bank in ihren Statuten, Gesellschaftsverträgen und Reglementen den Geschäftskreis genau umschreibt und die ihrer Geschäftstätigkeit entsprechende Verwaltungsorganisation vorsieht; wo der Geschäftszweck oder der Geschäftsumfang es erfordern, sind besondere Organe für die Geschäftsführung einerseits und für die Oberleitung, Aufsicht und Kontrolle andererseits auszuscheiden und die Befugnisse zwischen diesen Organen so abzugrenzen, dass eine sachgemässe Überwachung der Geschäftsführung gewährleistet ist (Bst. a) und die mit der Verwaltung und Geschäftsführung der Bank betrauten Personen einen guten Ruf geniessen

und Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten (Bst. c). Diese Bewilligungsvoraussetzungen müssen ständig, d.h. solange die Banktätigkeit andauert, eingehalten werden (vgl. BVGE 2010/39 E. 4.1.2; Urteil des BVGer B-3625/2014 vom 6. Oktober 2015 E. 6.3.1; Christoph Winzeler, in: Rolf Watter/Nedim Peter Vogt/Thomas Bauer/Christoph Winzeler, Basler Kommentar zum Bankengesetz, 2. Aufl., Basel 2013, Art. 3 N 2).

E. 3.2.2

Das Erfordernis der "Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit" (sog. Gewährserfordernis) nach Art. 3 Abs. 2 Bst. c des Bankengesetzes ist eine zentrale Norm des Finanzmarkt- bzw. Bankenrechts, die nicht nur auf den Schutz der Bankgläubiger (Individualschutz), sondern insbesondere auch auf die Vertrauenswürdigkeit der Banken und des Finanzplatzes Schweiz insgesamt zielt (sog. Funktionsschutz; Art. 5 FINMAG; vgl. BGE 111 Ib 126 E. 2a; BUrteil des BGer 2A.261/2004 vom 27. Mai 2004 E. 1; BVGE 2010/39 E. 4.1.3, BVGE 2008/23 E. 3.1; Christian Bovet/Anne Héritier Lachat, in: Christian Bovet (Hrsg.), Finanzmarktaufsicht, SBVR, Bd. XV, B Rz. 366; zur gegenseitigen Abhängigkeit von Individual- und Funktionsschutz vgl. u.a. Dieter Zobl/Christoph Blöchlinger, Risiken, Ziele und Massnahmen in der schweizerischen Kapitalmarktgesetzgebung, in: Rolf H. Weber/Dieter Zobl (Hrsg.), Risikomanagement durch Recht im Banken- und Versicherungsbereich, Zürich/Basel/Genf 2006, S. 29 ff.). Es handelt sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der von der Praxis bereits verschiedentlich konkretisiert wurde. Eine einwandfreie Geschäftstätigkeit erfordert fachliche Kompetenz und ein korrektes Verhalten im Geschäftsverkehr. Unter korrektem Verhalten im Geschäftsverkehr wird in der Praxis in erster Linie die Beachtung der Rechtsordnung, d.h. der Gesetze und der Verordnungen, namentlich im Banken- und im Börsenrecht, aber auch im Zivil- und Strafrecht, sowie der Statuten und des internen Regelwerkes der Bank bzw. des Effektenhändlers verstanden. Nicht mit dem Gebot einwandfreier Geschäftstätigkeit zu vereinbaren ist nach der Rechtsprechung zudem, wenn das Geschäftsgebaren gegen Standesregeln oder vertragliche Vereinbarungen mit Kunden sowie gegen die Treue- und Sorgfaltspflichten diesen gegenüber verstösst (vgl. Urteil des BGer 2A.261/2004 vom 27. Mai 2004 E. 1; BVGE 2010/39 E. 4.1.3; BVGE 2008/23 E. 3.1; EBK Bulletin 45/2003 S. 164, 170 f.; Oliver Arter, Bankenaufsicht in der Schweiz, Standortbestimmung und Zukunftsperspektiven am Vorabend der FINMA, Bern 2008, S. 123 f.; Beat Kleiner/Renate Schwob, in: Dieter Zobl/Renate Schwob et al. (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934 sowie zu der Verordnung vom 17. Mai 1972 und der Vollziehungsverordnung vom 30. August 1961 [Ausgabe April 2005], Art. 3 N.191 ff.; Winzeler, in: BSK BankG, Art.3 N. 16 und 25;; Urs Zulauf, Gewähr im Gericht - Die von den Schweizer Finanzmarktgesetzen geforderte "Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit" und das "Berufsverbot" im Lichte der jüngeren Rechtsprechung, in: FINMA Sonderbulletin 2/2013, S. 20 ff.).

E. 3.2.3

In erster Linie ist die Bank als Institut Gewährsträgerin. Durch ihre Organisation hat sie zur Vermeidung rechts- und sittenwidriger Geschäfte beizutragen (Art. 3 Abs. 2 Bst. a BankG; vgl. Winzeler, in: BSK BankG, Art. 3 N 23, m.w.H.). Im Zusammenhang mit der organisatorischen Ausstattung der Bank ist ein adäquates Risikomanagement von zentraler Bedeutung. Gestützt auf Art. 9 Abs. 2 der alten - für den vorliegend zu beurteilenden Sachverhalt anwendbaren (vgl. Urteil des BVGer B-3100/2013 vom 30. Juni 2015 E. 2,

m.w.H.) - Bankenverordnung vom 17. Mai 1972, in Kraft bis zum 31. Dezember 2014 (aBankV, AS 1972 821), regelt die Bank die Grundzüge des Risikomanagements sowie die Zuständigkeit und das Verfahren für die Bewilligung von risikobehafteten Geschäften in einem Reglement oder in internen Richtlinien. Sie muss insbesondere Markt-, Kredit-, Ausfall-, Abwicklungs-, Liquiditäts- und Imagerisiken sowie operationelle und rechtliche Risiken angemessen erfassen, begrenzen und überwachen (vgl. Urteil des BVGer B-3625/2014 vom 6. Oktober 2015 E. 6.3.1; FINMA-Rundschreiben 2008/24, "Überwachung und interne Kontrolle Banken", vom 20. November 2008, S. 15 Rz. 126; ebenso schon EBK-Rundschreiben 06/6 "Überwachung und interne Kontrolle" vom 27. September 2006, S. 12 Rz. 126; vgl. zu den einzelnen Risiken auch Dieter Zobl/Christoph Blöchliger, Risiken, Ziele und Massnahmen in der schweizerischen Kapitalmarktgesetzgebung, in: Rolf H. Weber/Dieter Zobl [Hrsg.], Risikomanagement durch Recht im Banken- und Versicherungsbereich, Zürich/Basel/Genf 2006, S. 16 ff.; Beat Stöckli, Die Organisation von Banken aus privat-, aufsichts-, straf- und standesrechtlicher Perspektive, in: Dieter Zobl/Mario Giovanoli/Rolf H. Weber [Hrsg.], Schweizer Schriften zum Bankrecht, Band 86, Zürich/Basel/Genf 2008, S. 88 ff.).

E. 3.3

Das Bundesverwaltungsgericht stellt den Sachverhalt von Amtes wegen fest (sog. Untersuchungsgrundsatz; Art. 12 VwVG) und prüft grundsätzlich uneingeschränkt, ob die Vorinstanz den rechtserheblichen Sachverhalt richtig und vollständig ermittelt hat (Art. 49 Bst. b VwVG). Die Frage, ob eine Tatsache "rechtserheblich" ist, ist dabei eine Rechtsfrage und grundsätzlich nur mit Blick auf die anwendbare Rechtsnorm zu bestimmen. Als Beweismittel über rechtserhebliche Tatsachen kann unter anderem ein Gutachten herangezogen werden. Wurde ein solches durch externe Dienstleister (z.B. Rechtsanwälte, Wirtschaftsprüfer etc.) weitgehend unabhängig erarbeitet, liegt die Annahme eines Parteigutachtens nahe. Dieses liegt punkto Glaubwürdigkeit und Beweiskraft zwischen der blossen Parteiauskunft und dem behördlich in Auftrag gegebenen Bericht des Untersuchungsbeauftragten. Es ist in die Beweiswürdigung einzubeziehen, sofern es als schlüssig erscheint, nachvollziehbar begründet sowie in sich widerspruchsfrei ist und keine Indizien gegen seine Zuverlässigkeit bestehen (vgl. BERNHARD WALDMANN, in: Praxiskommentar VwVG, Art. 19 N 16). Die Qualifikation des Gutachtens ist letztlich jedoch nicht absolut entscheidend, da sämtliche Unterlagen der freien Beweiswürdigung durch die FINMA bzw. das Bundesverwaltungsgericht unterliegen (Art. 19 VwVG i.V.m. Art. 40 des Bundesgesetzes vom 4. Dezember 1947 über den Bundeszivilprozess [BZP, SR 273]); vgl. Urteil des BVGer B-3625/2014 vom 6. Oktober 2015 E. 4.2; WALDMANN, in: Praxiskommentar VwVG, a.a.O., Art. 19 N 21 f.).

E. 3.4

In sachverhaltlicher Hinsicht ergibt sich aus den Akten und den Vorbringen der Parteien vorliegend im Wesentlichen was folgt:

E. 3.4.1

Die Geschäftsbeziehung zwischen der Beschwerdeführerin und Y._____ bzw. der Y._____ AG begann im Jahr 2002 (vgl. Stellungnahme Beschwerdeführerin bzw. Zeugenaussagen A._____, vorinstanzliche Akten 2 p. 344 und 650). Als externe Vermögensverwalterin betreute die Y._____ AG bei der Beschwerdeführerin rund 80 Kunden mit einem Gesamtvermögen zwischen Fr. 55 Mio. und Fr. 91 Mio. (vgl.

Zusammenstellung für 2007 bis 2013, 2 p. 455). Insgesamt war die eVV Y._____ AG damit sowohl mit Bezug auf Anzahl Kunden als auch mit Bezug auf das Volumen der verwalteten Vermögen jeweils unter den zwei bis drei grössten externen Vermögensverwaltern der Beschwerdeführerin (vgl. Berichte der internen Revision 2007, 2009 und 2011, Untersuchungsbericht Beilage 45). Die Beschwerdeführerin erwirtschaftete mit den Kunden der Y._____ AG zwischen 2009 und 2012 einen Gesamtertrag von Fr. 1'364'872.25, wovon Fr. 582'920.52 auf Depotgebühren sowie Fr. 315'434.39 auf Kommissionen aus Wertschriftentransaktionen entfielen (vgl. 2 p. 455). Die Beschwerdeführerin selbst fungierte für die Y._____ AG bzw. deren Kunden einzig als Depotbank. Ihre Tätigkeit beschränkte sich auf die allgemeine technische Konto- und Depotführung sowie die Ausführung der von der eVV Y._____ AG (aufgrund der Verwaltungsvollmacht) für ihre Kunden in Auftrag gegebenen Wertschriften- und Devisentransaktionen. Abgesehen von ein paar wenigen Ausnahmen hatte die Beschwerdeführerin dabei keinen direkten Kundenkontakt (vgl. 2 p. 392 f.; Untersuchungsbericht, 8 p. 045). Die Korrespondenz mit sämtlichen Kunden erfolgte banklagernd mit Kopie an die Y._____ AG (vgl. 8 p. 028; 2 p. 648).

E. 3.4.2

Am 19. März 2004 wurde die Geschäftsbeziehung zwischen der Beschwerdeführerin und der Y._____ AG schriftlich geregelt (nachfolgend: Rahmenvertrag; vgl. 2 p. 393 001 ff.). Der Rahmenvertrag sieht vor, dass die Y._____ AG für jeden ihrer Kunden bei der Beschwerdeführerin eine separate Bankbeziehung eröffnet, welche den Vorschriften der Beschwerdeführerin betreffend Identifikation der Kunden und dem Geldwäschereigesetz untersteht. Die Identifikationsprüfung der Kunden wird an die Y._____ AG delegiert (Ziff. 2 und 4 Rahmenvertrag; vgl. 2 p. 393 013 sowie Beilage 32 zum Untersuchungsbericht [Vollmacht zur Identitätsprüfung vom 21. Juni 2003]). Die Y._____ AG wird dabei verpflichtet, der Beschwerdeführerin schriftlich nachzuweisen, dass sie einer anerkannten Selbstregulierungsorganisation angeschlossen ist oder über eine Bewilligung der Kontrollstelle für die Bekämpfung von Geldwäscherei verfügt. Die Beschwerdeführerin verfügt diesbezüglich über eine Kopie des Aufnahmebeschlusses des Vereins zur Qualitätssicherung von Finanzdienstleistungen VQF (vgl. 2 p. 393 012). Ferner wird die eVV Y._____ AG mit Bezug auf die vereinbarten Retrozessionen in der Höhe von 50 % der Nettokommissionen auf Wertschriftentransaktionen der eingeführten Kunden sowie 20 % der Nettodepotgebühren der eingeführten Kunden verpflichtet, ihren Kunden gegenüber offenzulegen, dass sie im Rahmen ihrer Geschäftstätigkeit Retrozessionen von der Bank erhält, wobei die Bank sich das Recht vorbehält, die Kunden nach ihrem Ermessen selber zu informieren (Ziff. 5 Rahmenvertrag).

E. 3.4.3

Des Weiteren hält der Rahmenvertrag fest, dass die Befugnisse der eVV Y._____ AG der Bank gegenüber in einer ihr von den Kunden erteilten beschränkten Vollmacht für unabhängige Vermögensverwalter festgehalten werden sollen. Diesbezüglich verwendete die Bank das (Standard-)Formular "Verwaltungsvollmacht an Dritte", welches von den Kunden der Y._____ AG jeweils unterzeichnet wurde. Die "Verwaltungsvollmacht an Dritte" enthält mit Bezug auf den Vertretungsumfang durch die eVV Y._____ AG gegenüber der Beschwerdeführerin in Ziff. 2 unter anderem folgende Beschränkung (vgl. Untersuchungsbericht Beilage 33; beispielhaft 2 p. 517 952, 860): "Ohne anders lautende schriftliche Weisungen ist der Bevollmächtigte hingegen nicht befugt[,] [v]on ihm

verwaltete Vermögenswerte und Guthaben an ihn selbst oder irgendeine Drittpartei auszuzahlen oder zu übertragen."

E. 3.4.4

Schliesslich wird die eVV Y._____ AG unter dem Rahmenvertrag verpflichtet, die von ihr betreuten Kunden der Bank gemäss den gesetzlichen Vorschriften, gemäss den Verhaltensregeln für Effektenhändler der SBVg und gemäss den Richtlinien zur Durchführung der Informationspflicht und Risikoauflärung der Bank zu informieren und auf die mit einer bestimmten Geschäftsart verbundenen Risiken hinzuweisen (Ziff. 4b Rahmenvertrag; vgl. 2 p. 393 003). Diesbezüglich liess die Beschwerdeführerin sich jeweils eine Kopie des unterzeichneten Anlageprofils der einzelnen Vermögensverwaltungskunden der eVV Y._____ AG zukommen, wobei das Anlageprofil selbst jeweils abgedeckt und der Bank somit nicht bekannt war (vgl. z.B. Reg II, 517, p. 857; Untersuchungsbericht Beilage 36; 2 p. 517 080, 357). Unterhalb des Anlageprofils bestätigten die Vermögensverwaltungskunden der Y._____ AG jeweils, über die Risiken der vereinbarten Anlagepolitik umfassend und verständlich aufgeklärt worden zu sein. In einem weiteren Abschnitt bestätigten die Vermögensverwaltungskunden sodann jeweils was folgt (im Folgenden auch: Risikoauflärungsklausel; vgl. beispielhaft Untersuchungsbericht Beilage 36; 2 p. 517 080, 357): "Nebst den besonderen Risiken im Effektenhandelsgeschäft (Broschüre der Schweizerischen Bankiersvereinigung) bin ich mir insbesondere der Risiken bewusst, die mit der Anlage in nicht börsenkotierten Titeln verbunden sind und stimme dieser Form der Anlage im Rahmen meiner Anlagepolitik ausdrücklich zu."

E. 3.4.5

Neben dem Rahmenvertrag und dem Unterschriftenverzeichnis enthält das Dossier der Beschwerdeführerin über die Zusammenarbeit mit der eVV Y._____ AG sodann einen Lebenslauf von Y._____ (vgl. 2 p. 393 008 f.), einen Handelsregisterauszug zur Y._____ AG (vgl. 2 p. 393 010 f.), eine Kopie des Aufnahmebeschlusses über die Aufnahme in die Selbstregulierungsorganisation des VQF datiert vom 2. Oktober 2000 (vgl. 2 p. 393 012) sowie die von der Beschwerdeführerin und der Y._____ AG unterzeichnete Vollmacht zur Identitätsprüfung (vgl. 2 p. 393 013).

E. 3.4.6

Die Geschäftstätigkeit der eVV Y._____ AG bei der Beschwerdeführerin gestaltete sich im Wesentlichen wie folgt:

E. 3.4.6.1

Die Y._____ AG war - gemäss den Angaben der Beschwerdeführerin - auf "Investments in illiquide, beteiligungsähnliche Titel und in marktenge Aktien" spezialisiert (vgl. u.a. 2 p. 344). So ist grundsätzlich unbestritten und erstellt, dass die eVV Y._____ AG den Grossteil des bei der Beschwerdeführerin eingeführten Kundenvermögens zum Kauf von sog. "Anlagevehikeln Y._____" verwendet hat. Als "Anlagevehikel Y._____" sind bei der Beschwerdeführerin bankintern jene fünf Werttitel bezeichnet worden, bei denen die Y._____ AG der Beschwerdeführerin jeweils selbst die Kursangaben geliefert hat. Dabei handelte es sich überwiegend um Aktien der C._____ Company (nachfolgend auch: C.-Titel) und Obligationen der D._____ Company (nachfolgend auch: D.-Titel). Bei der C._____ und D._____ Company handelt es sich um auf den Britischen Jungferninseln (als sog. International Business Company) eingetragene Gesellschaften, welche von Y._____ "als Anlagevehikel" selbst entwickelt bzw. von diesem aufgesetzt wurden und -

soweit ersichtlich - derzeit auch noch von ihm liquidiert werden (vgl. Stellungnahme der Beschwerdeführerin zur Vernehmlassung vom 16. Februar 2015 Rz. 30; Aussagen A._____ in der Zeugenbefragung vom 2. April 2014, S. 6, p. 6 025; Bericht der internen Revision vom 5. April 2012, 2 p. 393 016). Die Beschwerdeführerin hatte mit der D._____ Company und der C._____ Company selbst keine direkten Kundenbeziehungen. Ihre Aufgabe beschränkte sich insofern vielmehr auf die (physische) Lagerung der durch Kunden der eVV Y._____ AG erworbenen Wertpapiere der D._____ und C._____ Company (vgl. Untersuchungsbericht S. 29, 8 p. 033). Sie verfügte in der relevanten Zeitspanne auch über keine Informationen darüber, wie sich die C._____ und D._____ Company finanzierten und welcher Tätigkeit sie nachgingen. Zu ihrer Dokumentation verfügt die Beschwerdeführerin mit Bezug auf die beiden Gesellschaften einzig über sog. Termsheets, welche in knapper Form die beiden Anlageformen umschreiben.

E. 3.4.6.2

Der Handel der eVV Y._____ AG mit C.- und D.-Titeln erfolgte jeweils über den Eigenbestand der Z._____ AG. Y._____ war in der relevanten Zeitspanne Verwaltungsratspräsident und Delegierter des Verwaltungsrats der Z._____ AG und liess sich später als deren Geschäftsführer mit Einzelunterschrift eintragen. Mit Bezug auf die Besitzverhältnisse der Z._____ AG steht - entgegen den Vorbringen der Beschwerdeführerin - sodann fest, dass die Beschwerdeführerin in der vorliegend relevanten Zeitspanne davon ausgegangen ist, dass Y._____ damals auch Mehrheitsaktionär bzw. "Inhaber" der Z._____ AG gewesen ist. Hierfür sprechen nicht nur die in dieser Hinsicht eindeutigen Aussagen von A._____ und B._____ anlässlich ihrer Befragung durch die FINMA (vgl. 2 p. 642: "Die Beteiligten sind bestimmt Y._____ und K._____. Ich kann ihnen nicht genau sagen, ob Y._____ oder die Y._____ AG"; 2 p. 631: "Die Z._____ AG ist eine Tochtergesellschaft der Y._____ AG", sowie die Antwort auf die Frage nach dem wirtschaftlich Berechtigten an den Konten der Z._____ AG: "Das ist Y._____") und die Stellungnahme der Beschwerdeführerin im vorinstanzlichen Verwaltungsverfahren (2 p. 435: "Nach den der Bank vorliegenden Informationen ist die Z._____ AG Herrn Y._____ zuzurechnen [...]", "Y._____ [hält] die Mehrheit"), sondern auch der Umstand, dass die Bankzahlung zwischen der Z._____ AG und der Y._____ AG bankintern jeweils als "[i]nterner Übertrag zulasten sowie zugunsten des gleichen wirtschaftlichen Berechtigten" bezeichnet wurde (vgl. 2 p. 621 f.). Wie sich die Besitzverhältnisse der Z._____ AG - sowohl damals als auch zum heutigen Zeitpunkt - tatsächlich gestalteten bzw. gestalten, ist vorliegend hingegen nicht restlos geklärt. Die Z._____ AG unterhält bei der Beschwerdeführerin selbst zwei Kontobeziehungen und hat in ihrem Depot bei der Beschwerdeführerin selber C.- und D.-Titel gehalten. Sie hat jeweils als Gegenpartei fungiert, wenn für Kunden der Y._____ AG C.- oder D.-Titel gekauft oder wieder verkauft worden sind (vgl. Untersuchungsbericht S. 28 f., p. 8 032 f.). Dabei hat Y._____ bzw. die Y._____ AG bei diesem Handel sowohl den Käufer als auch den Verkäufer gestellt. Der Käufer war zu Beginn jeweils ein Kunde der eVV Y._____ AG, der bei der Beschwerdeführerin ein Konto bzw. Depot hatte. Verkäufer war sodann zumeist die Z._____ AG, wobei gelegentlich auch die Y._____ AG selbst - welche ebenfalls ein Konto bei der Beschwerdeführerin hatte - als Verkäuferin agierte (vgl. Untersuchungsbericht S. 28 f., p. 8 032 f.; 2 p. 393 283 ff.).

E. 3.4.6.3

Die Z._____ AG ist nicht nur als Gegenpartei der einzelnen Transaktionen aufgetreten, sondern hat des Weiteren als "Zahlstelle" (vgl. Rz. 25 der Beschwerdeschrift) der D._____ Company auch die Zinszahlungen für Inhaber von D.-Obligationen sowie die Rückzahlungen der D.-Obligationen geleistet. Am Ende der Laufzeit der Obligationen wurde das Geld für die Rückzahlung von der Z._____ AG jeweils den berechtigten Kundenkonten gutgeschrieben und mit Valuta desselben Datums für den (erneuten) Kauf von D.-Obligationen mit einer neuen Laufzeit durch einen Auftrag der eVV Y._____ AG wieder verwendet (vgl. 2 p. 676 060 ff., 078 ff., 189 f.). Ein Mittelzufluss seitens der D._____ Company als Emittentin auf die Konten der Z._____ AG bei der Beschwerdeführerin hat dabei nicht stattgefunden. Ob ein solcher Mittelzufluss allenfalls auf ein anderes, nicht bei der Beschwerdeführerin geführtes Konto der Z._____ AG stattfand, ist nicht bekannt. Aus den Kontoauszügen der Z._____ AG geht diesbezüglich hervor, dass das Konto der Z._____ AG bei der Beschwerdeführerin in der Zeitspanne zwischen dem Mittelabfluss (Auszahlung der Kunden) und dem taggleichen Mittelzufluss (neue Käufe von D.-Obligationen durch dieselben Kunden) um rund Fr. 15 Mio. ins Minus gefallen ist. Dieser Sollsaldo bestand (aufgrund des taggleichen Mittelzuflusses für die erneuten D.-Titel-Käufe) am Ende des Tages jedoch nicht mehr (vgl. 2 p. 517 1354, 676 060).

E. 3.4.6.4

Was die Bewertung der Wertpapiere, d.h. der C.- und D.-Titel, betrifft, so steht vorliegend fest, dass die Y._____ AG sowohl die An- und Verkaufskurse festgelegt als auch darüber hinaus der Beschwerdeführerin jeweils die Kursangaben für die quartalsweise Bewertung der Depotbestände der Kunden geliefert hat. Diese von der Y._____ AG gelieferten Kursangaben haben sodann als Basis für die Berechnung der Depotgebühren und Courtagen gedient (vgl. 8 p. 042; beispielhaft 2 p. 517 274 ff., 866 ff.). Insgesamt kann mit Bezug auf die Bewertung der Titel sodann festgehalten werden, dass die Kurse der C.-Titel, welche den grössten Anteil der investierten Kundenvermögen ausmachen, im Laufe der Jahre klar angestiegen sind. Die Beschwerdeführerin hat in den Depotauszügen bei jenen Titeln, deren Kursangaben von der eVV Y._____ AG stammten, zunächst jeweils den Vermerk "unverbindliche Kursangabe" angebracht (vgl. beispielhaft 2 p. 517 304). Ab Juni 2009 änderte die Beschwerdeführerin den Vermerk in "Kurs von (...) (ungeprüft)", im Jahr 2010 in "Kurs von Y._____ AG (ungeprüft)" und Ende Mai 2012 in "Kurs Y._____ AG ungeprüft 30.12.11" (vgl. beispielhaft 2 p. 517 325, 328, 042; vgl. 8 p. 042 und die Depotauszüge 2 p. 517 028 ff., 304 ff., 397 ff.). Da die Beschwerdeführerin von der Y._____ AG seit Ende 2012 keine Kursangaben mehr erhalten hat, bewertete sie die "Anlagevehikel Y._____ " in den Vermögensauszügen von diesem Zeitpunkt an mit einem Kurs von Fr. 0.01 bzw. seit Ende 2013 mit Fr. 0.00 (vgl. beispielhaft 2 p. 517 338, 345, 449, 1402 f.). Im August 2010 liess sich die Beschwerdeführerin die Kursangaben für die Titel der D._____ Company und C._____ Company von einer - von Y._____ ausgesuchten - Treuhandfirma aus Gibraltar bestätigen (nachfolgend auch: Kursbestätigung; Untersuchungsbericht Beilage 39). Diese schreibt in ihrer Stellungnahme, dass sie gestützt auf der ihr zur Verfügung gestellten Bilanzen der C._____ und D._____ Company keine Anhaltspunkte gefunden hätte, die ihrer Ansicht nach darauf schliessen würden, dass die Kurse nicht korrekt seien. Die Richtigkeit der Bilanzen und die Bewertung der Aktiven waren indes nicht Teil des Prüfungsumfangs (vgl. Untersuchungsbericht Beilage 39, 2 p. 624, 647).

E. 3.4.6.5

Mit Schreiben vom 8. Juni 2012 an die Inhaber von C.- und D.-Titeln informierte die Y. _____ AG darüber, dass die Direktoren der C. _____ und der D. _____ Company beschlossen hätten, die ordentliche Liquidation dieser beiden Anlagegefässe in die Wege zu leiten. Als Grund für die Liquidation gibt Y. _____ dabei unter anderem heftige Turbulenzen um seine Person und um eine von ihm früher präsidierte börsenkotierte Gesellschaft an (vgl. Untersuchungsbericht Beilage 52; 2 p. 360 f.; 8 p. 032). Die letzten Transaktionen in C.- oder D.-Titeln für Kunden der Y. _____ AG fanden mit einzelnen Ausnahmen im Februar 2012 statt (vgl. 2 p. 460 ff.). Die Liquidation der beiden Gesellschaften ist - soweit ersichtlich - bis zum heutigen Zeitpunkt nicht vollzogen worden. Die Y. _____ AG stellte der Beschwerdeführerin seither keine Kurse mehr für die Wertschriften. In den Depotauszügen werden die Wertschriften per Ende 2013 ohne Kursangabe und somit zu einem Kurswert von Fr. 0.00 ausgewiesen. Seit 2012 sind die fälligen Zinsen nicht mehr bedient worden und der Fälligkeitstermin für die Rückzahlung der Anleihen ist ebenfalls ohne Zahlung verstrichen (vgl. Bericht der internen Revision, 2 p. 701 f.). Ob überhaupt und allenfalls welchen Wert die Titel zum heutigen Zeitpunkt (noch) haben, ist - wie die Beschwerdeführerin zu Recht geltend macht - vorliegend nicht restlos erstellt. Zumindest kann einzig aufgrund der (seit Anbeginn) fehlenden Liquidität der Titel nicht direkt auch auf deren Wertlosigkeit geschlossen werden (vgl. Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 16. Februar 2015, Rz. 10 ff.). Immerhin ist angesichts der gesamten Umstände zumindest davon auszugehen, dass die Anleger mit ihren Investitionen (wohl erhebliche) Verluste erlitten haben bzw. erleiden werden.

E. 3.4.7.1

Nach dem Bekanntwerden einer Strafanzeige anfangs 2012 gegen Y. _____ in seiner Funktion als Verwaltungsratspräsident einer an der SIX Swiss Exchange kotierten Gesellschaft liess die Beschwerdeführerin gewisse Aspekte der Geschäftsbeziehung mit der eVV Y. _____ AG durch den Compliance-Officer sowie durch die interne Revision überprüfen (vgl. 2 p. 393 014 ff.) und das Geschäft der eVV Y. _____ AG laufend überwachen (vgl. 2 p. 393 025). Per Oktober 2012 und per November 2012 hat die Beschwerdeführerin sodann ihre interne Weisung betreffend externe Vermögensverwalter umfassend revidiert (vgl. Untersuchungsbericht Beilagen 12-14). Mit Schreiben vom 6. Mai 2013 an die Beschwerdeführerin verzichtete Y. _____ auf sämtliche Drittverwaltungsvollmachten (vgl. 2 p. 433). Die Y. _____ AG wurde unterdessen aufgelöst.

E. 3.4.7.2

Auf Aufforderung der Vorinstanz hin liess die Beschwerdeführerin ihre Geschäftsbeziehungen zur Y. _____ AG zudem von einer externen Anwaltskanzlei aufarbeiten (vgl. Untersuchungsbericht, 8 p.001 - 061). Diese kommt in ihrem Bericht im Wesentlichen zum Schluss, dass sie anlässlich der vorgenommenen Untersuchung in der Geschäftstätigkeit der Beschwerdeführerin mit Y. _____ bzw. der eVV Y. _____ AG auf keine Sachverhalte gestossen sei, die eine wesentliche Verletzung bzw. eine wesentliche Nichteinhaltung der massgeblichen regulatorischen Vorgaben oder internen Weisungen darstellen würden. Es sei mit Bezug auf die Geschäftstätigkeit von Y. _____ zwar unklar, worin die über die D. _____ und C. _____ Company aufgenommenen Gelder tatsächlich investiert worden seien und ob sie überhaupt investiert worden seien. Es würden jedoch keine Hinweise vorliegen, die darauf hindeuten würden, dass die

Beschwerdeführerin etwas gewusst habe, das ein weiteres Nachfragen notwendig gemacht hätte. Mit Bezug auf die internen Regularien der Beschwerdeführerin, welche für das Geschäft mit externen Vermögensverwaltern relevant sind, formuliert der Untersuchungsbericht verschiedene Empfehlungen, welche von der Beschwerdeführerin zwischenzeitlich vollumfänglich umgesetzt wurden (vgl. Untersuchungsbericht S. 51 f., p. 8 010 f., und S. 3 f., p. 8 058 f.; 2 p. 436 f. und 687).

E. 4

Gestützt auf den dargelegten Sachverhalt gelangte die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung zum Schluss, es hätten vorliegend deutliche Anzeichen für ein möglicherweise rechts- oder sittenwidriges Geschäftsmodell bestanden, weshalb die Beschwerdeführerin mit Bezug auf die Geschäftstätigkeit der eVV Y._____ AG (weitere) Abklärungen und Kontrollen hätte vornehmen müssen. Indem sie dies unterlassen habe, habe sie die bankengesetzlichen Organisations- und Gewährserfordernisse und damit aufsichtsrechtliche Bestimmungen schwer verletzt.

E. 4.1.1

Zur Begründung führt die Vorinstanz zusammenfassend aus, es sei vorliegend insbesondere auffällig, dass die eVV Y._____ AG nahezu 100 % der bei der Beschwerdeführerin hinterlegten Kundengelder für den Kauf und den Handel von "illiquiden, beteiligungsähnlichen" nicht börsenkotierten ausländischen Wertschriften verwendete habe; dass jeweils die Z._____ AG als Gegenpartei der einzelnen Transaktionen aufgetreten sei und das Kundengeld bzw. die Wertpapiere je nach Bedarf zwischen der eVV Y._____ AG, der Z._____ AG und den Kundenkonten zirkuliert seien, wobei die Bank davon ausgegangen sei, dass Y._____ als Eigentümer der eVV Y._____ AG auch die Z._____ AG beherrscht habe; dass die Y._____ AG der Beschwerdeführerin dabei nicht nur bei jeder Transaktion den An- und Verkaufspreis, sondern auch vierteljährlich stetig steigende Kurse für die Depotauszüge geliefert habe, wobei diese Kursangaben zugleich als Basis für die Berechnung der Depotgebühren und Courtagen gedient hätten und sowohl der Beschwerdeführerin als auch der eVV Y._____ AG zugutegekommen seien; dass sodann die Auszahlungen an die Kunden im Zusammenhang mit dem Auslaufen der Obligationen nicht durch die Emittentin selbst, sondern wiederum durch die Z._____ AG erfolgt seien und dass diese nur möglich gewesen seien, weil die Z._____ AG ihr Konto bei der Beschwerdeführerin im Tagesverlauf um mehrere Millionen hätte überziehen dürfen und das ausbezahlte Geld von den Kunden taggleich zum Neukauf von Obligationen an die Z._____ AG zurücküberwiesen worden sei. Aufgrund der Banklagernd-Anweisung der zumeist im Ausland domizilierten Kunden habe die Beschwerdeführerin zudem nicht davon ausgehen können, dass die Kunden der Y._____ AG über die Anlagetätigkeiten ihrer Vermögensverwalterin in Kenntnis gesetzt worden sei. Vielmehr hätten Hinweise darauf bestanden, dass die Y._____ AG die von ihr bei der Beschwerdeführerin verwalteten Kundengelder über Gegengeschäfte mit wertlosen ausländischen Wertpapieren an die von ihr kontrollierte Z._____ AG und damit letztlich an sich selber übertragen habe.

E. 4.1.2

Die Beschwerdeführerin hätte sich gemäss Vorinstanz daher die Frage stellen müssen, ob die eVV Y._____ AG innerhalb der Grenzen der Drittverwaltungsvollmacht ihrer Kunden agiert habe und ob sie allenfalls selbst Teil eines unrechtmässigen Sachverhalts hätte sein können. Weder die Bestätigung betreffend Risikoauflärung der Kunden noch der

Vermerk in den Depotauszügen, dass die Kursangaben von der Y._____ AG stammen würden und ungeprüft seien, würden vorliegend den Anforderungen an ein adäquates Risikomanagement zu genügen vermögen. Die einzige, ansatzweise Risikoerfassung, welche die Beschwerdeführerin in ihrer Geschäftsbeziehung mit der Y._____ AG dokumentiert habe, bestünde aus der Kursbestätigung durch eine von Y._____ ausgewählte Treuhandgesellschaft aus dem Jahr 2010. Diese sei erst viele Jahre nach Beginn der Geschäftsbeziehung mit der Y._____ AG und damit zu spät erfolgt. Die Beschwerdeführerin sei sich bewusst gewesen, dass sie das Geschäftsmodell der eVV Y._____ AG nicht durchschaut habe. Sie habe sich darauf verlassen, dass Y._____ lange Zeit einen guten Ruf genossen habe und dass bei ihr keine Kundenreklamationen zu verzeichnen gewesen seien. Die Hintergründe des Geschäfts habe die Beschwerdeführerin nicht interessiert und sie sei sich diesbezüglich keiner (eigenen) Risiken bewusst gewesen. Sie habe erst reagiert, als es Anfang 2012 zu einer Strafanzeige gegen Y._____ gekommen sei. Dabei habe sie spätestens mit dem Bekanntwerden der Finanzskandale um das System Behring und hernach um das System Madoff erkannt haben müssen, dass Geschäftsbeziehungen insbesondere dann zu hinterfragen seien, wenn verwaltete Kundengelder systematisch in Vehikel angelegt würden, deren scheinbare Seriosität allein auf dem Renommee und Auftritt eines in der Öffentlichkeit stehenden, einzelnen Geschäftsmannes beruhten. Zwar gehe die Beschwerdeführerin zu Recht davon aus, dass sie als Depotbank keinen Informations- oder Risikoaufklärungspflichten gegenüber den Depotkunden unterliege, wenn diese einen professionellen Vermögensverwalter zur Verwaltung ihres Vermögens eingesetzt und diesen ihr gegenüber bevollmächtigt hätten. Allerdings habe sie die Geschäftsbeziehung dann unter dem Blickwinkel der eigenen Risikoexposition zu prüfen, wenn Anzeichen dafür bestünden, dass der Vermögensverwalter das verwaltete Kundengeld an sich selber übertrage und sie Transaktionsaufträge somit möglicherweise in Verletzung der Drittverwaltungsvollmacht ausführe oder auf andere Weise an einem rechts- oder sittenwidrigen Geschäft mitwirke. Die Beschwerdeführerin habe es aufgrund der durchgeführten (ungenügenden) Risikoerfassung vorliegend nicht angezeigt gesehen, ihre Risiken zu begrenzen. Damit habe sie sich erhöhten operationellen und Reputationsrisiken ausgesetzt, ohne diese angemessen zu erfassen, zu begrenzen und zu überwachen. Indem die Beschwerdeführerin es unterlassen habe, die erforderlichen Risikoabklärungen und -kontrollen in der Geschäftsbeziehung zur eVV Y._____ AG vorzunehmen, habe sie die bankengesetzlichen Organisations- und Gewährserfordernisse und damit aufsichtsrechtliche Bestimmungen schwer verletzt.

E. 4.1.3

Die Beschwerdeführerin stellt sich ihrerseits im Wesentlichen auf den Standpunkt, sie sei als reine Depotbank nicht verpflichtet, Kunden von risikoreichen Geschäften abzuraten oder die Vermögensverwaltungstätigkeiten des externen Vermögensverwalters zu überwachen. Insbesondere sei sie unter keinem Titel verpflichtet, die Geschäftstätigkeit der Anlageobjekte externer Vermögensverwalter zu prüfen. Im Vordergrund steht demnach die im Folgenden zu prüfende Frage, ob die Beschwerdeführerin aufgrund des dargelegten Sachverhalts vorliegend - wie die Vorinstanz dies geltend macht - verpflichtet war, (weitere) Abklärungen mit Bezug auf die Geschäftstätigkeit der eVV Y._____ AG zu treffen.

E. 4.2.1

In zivilrechtlicher Hinsicht gilt diesbezüglich im Wesentlichen was folgt: Besteht zwischen einer Bank und ihrem Kunden lediglich eine reine Konto- und Depotbeziehung und kein Beratungs- oder Verwaltungsverhältnis (sog. execution only), so muss die (Depot-)Bank den Kunden in Bezug auf einzelne Geschäfte nicht beraten oder warnen und ist auch nicht verpflichtet, ihn spontan über mögliche Folgen der gewählten Geldanlagen aufzuklären. Die Depotbank hat im Rahmen eines solchen Rechtsverhältnisses nach der privatrechtlichen Rechtsprechung des Bundesgerichts keine allgemeine Überwachungs- oder Informationspflicht. Dieser Grundsatz gilt umso mehr, wenn der Kunde einen professionellen Vermögensverwalter zur Verwaltung seines Vermögens eingesetzt und diesen gegenüber der Bank bevollmächtigt hat. Solange die Bank hier lediglich ihre Depotfunktion ausübt und dem Kunden gegenüber keine beratende Stellung einnimmt, hat sie weder die Anlagestrategie noch den weiteren Inhalt des Vertrags zwischen Vermögensverwalter und den Depotkunden zu kennen und ist auch nicht verpflichtet, den Kunden auf Risiken hinzuweisen oder seine Genehmigung zu Geschäften einzuholen, die der externe Vermögensverwalter angeordnet hat (vgl. statt vieler Urteile des BGer 4A_369/2015 vom 25. April 2016 E. 2.3 sowie 4A_593/2015 vom 13. Dezember 2016 E. 7.1.4 f., je m.w.H.; Mirjam Eggen, Zusammenarbeit von freien Vermögensverwaltern mit Kreditinstituten [§ 37], in: Frank A. Schäfer/Rolf Sethe/Volker Lang, Handbuch der Vermögensverwaltung, München 2016, N 5). Eine vertragliche oder vorvertragliche Aufklärungs- bzw. Warnpflicht der Depotbank gegenüber den Kunden besteht hier nur in Ausnahmefällen; so beim Vorliegen eines besonderen Vertrauensverhältnisses zwischen dem Kunden und der Depotbank, aus welchem der Kunde nach Treu und Glauben auch unaufgefordert Beratung und Abmahnung erwarten darf, sowie bei offensichtlicher, für das Kreditinstitut erkennbarer Unkenntnis des Kunden (vgl. Urteil des BGer 4A_369/2015 vom 25. April 2016 E. 2.3; BGE 133 III 97 E. 7.1.1; Eggen, a.a.O., N 10).

E. 4.2.2

Im Hinblick auf die von einer Bank einzuhaltenden Sorgfaltspflichten ist daher grundsätzlich zu unterscheiden zwischen Kunden, die von der Bank selbst beraten werden, und sog. execution-only-Kunden. Je nach "Stufe" sind die Sorgfaltspflichten - und damit auch die Gebühren - der Bank ganz unterschiedliche; eine entsprechende Unterscheidung ist denn auch im künftigen Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG) vorgesehen, indem Finanzdienstleister, deren Dienstleistung ausschliesslich in der Ausführung oder Übermittlung von Kundenaufträgen besteht oder auf Veranlassung der Kundin oder des Kunden erbracht wird, von der Angemessenheits- und Eignungsprüfung ausgenommen werden (vgl. Botschaft des Bundesrates vom 4. November 2015 zum Finanzdienstleistungsgesetz [FIDLEG], BBl 2015 8901, 8956 ff.). Depotkunden mit einem externen Vermögensverwalter stehen mit Bezug auf die Sorgfaltspflichten der Bank noch eine Stufe tiefer als normale execution-only-Kunden. In einer solchen Konstellation muss die (Depot-)Bank grundsätzlich gar nichts tun. Sie ist nicht dazu verpflichtet, selber Abklärungen zu treffen, um herauszufinden, ob die Geschäftstätigkeit des externen Vermögensverwalters "allenfalls" rechtswidrig sein könnte. Auch muss sie nicht von sich aus prüfen, ob die Unternehmen, in welche der externe Vermögensverwalter das Vermögen der Kunden investiert, werthaltig sind oder nicht. Eine Abklärungspflicht trifft die Bank einzig dann, wenn sie aktiv weiss bzw. davon Kenntnis hat, dass mit der Geschäftstätigkeit des externen Vermögensverwalters etwas nicht in Ordnung ist (so z.B. in Urteil des BVGer B-3625/2014 vom 6. Oktober 2015, wo die Bank aufgrund eines Zeitschriftartikels nachweislich über Unregelmässigkeiten im Geschäft des externen Vermögensverwalters

informiert war).

E. 4.2.3

Vorliegend war die Beschwerdeführerin für die Kunden der eVV Y._____ AG einzig als Depotbank tätig. Die Kunden hatten die Y._____ AG - nicht die Beschwerdeführerin - zur Verwaltung ihres Vermögens beauftragt und zu diesem Zweck gegenüber der Beschwerdeführerin bevollmächtigt (vgl. E. 3.4.1 ff.). Die Verwaltungsvollmacht enthält zwar eine Beschränkung, wonach das Vermögen nicht an die eVV Y._____ AG ausbezahlt werden darf (vgl. E. 3.4.3). Diese Passage, welche routinemässig verwendet wird, erfasst jedoch lediglich Barbezüge und Überweisungen, nicht hingegen Zahlungen für Wertschriftenkäufe, welche ja gerade der primäre Zweck jeder Wertschriftenverwaltung sind (vgl. Urteil des BVGer B-3625/2014 vom 6. Oktober 2015 E. 8.3). Eine Pflicht der Beschwerdeführerin, die Werthaltigkeit der von der eVV Y._____ AG gehandelten Wertschriften zu überprüfen, kann hieraus nicht abgeleitet werden. Zwischen der Beschwerdeführerin selbst und den Kunden bestand sodann weder ein Beratungs- oder Verwaltungsverhältnis noch ein besonderes Vertrauensverhältnis. Die Kunden der eVV Y._____ AG bestätigten der Beschwerdeführerin zudem jeweils, sich nebst den besonderen Risiken im Effektenhandelsgeschäft insbesondere auch der Risiken bewusst zu sein, die mit der Anlage in nicht börsenkotierten Titeln verbunden sind, und stimmten dieser Form der Anlage im Rahmen ihrer Anlagepolitik ausdrücklich zu (vgl. E. 3.4.4 [Risikoklausel]). Ferner hat die Beschwerdeführerin durch entsprechende Vermerke in den Depotauszügen bei jenen Titeln, deren Kursangaben von der Y._____ AG stammten, die Depotkunden auf diesen Umstand hingewiesen (vgl. E. 3.4.6.4). Mit Blick auf die von der Vorinstanz angeführte Tatsache, dass die Rückzahlung der D.-Obligationen - soweit aus den Kontoauszügen der Z._____ AG bei der Beschwerdeführerin ersichtlich - vorliegend offensichtlich aus den Kaufpreisen für den erneuten Kauf derselben Obligationen bezahlt wurde (vgl. E. 3.4.6.3) wendet die Beschwerdeführerin sodann zu Recht ein, dass sie - zumindest damals - keinen Grund gehabt habe, diese Transaktionen näher anzusehen, da das Konto am Ende des Tages aufgrund des taggleichen Mittelzuflusses den fraglichen Sollsaldo eben nicht mehr ausgewiesen habe. Aus den Akten ergeben sich denn auch keine Hinweise darauf, dass dieser Umstand der Beschwerdeführerin damals bereits bekannt war. Insgesamt liegen vorliegend - wie dies im Übrigen auch der Untersuchungsbericht festhält - keine Hinweise vor, die darauf hindeuten würden, dass die Beschwerdeführerin im relevanten Zeitraum mit Bezug auf die Geschäftstätigkeit der eVV Y._____ AG von etwas Kenntnis gehabt hätte, das ein weiteres Nachfragen notwendig gemacht hätte. Die Vorinstanz kann der Beschwerdeführerin vorliegend nicht vorwerfen - und behauptet dies letztlich auch gar nicht -, das Vorgehen der eVV Y._____ AG sei rechtswidrig gewesen und die Beschwerdeführerin habe dies gewusst. Zumindest aus zivilrechtlicher Sicht war die Beschwerdeführerin daher nicht zu weiteren Abklärungen mit Bezug auf die Anlagetätigkeit der eVV Y._____ AG verpflichtet und musste insbesondere nicht prüfen, ob die Unternehmungen, in die die eVV Y._____ AG investierte, werthaltig sind bzw. waren.

E. 4.3

Letztlich wirft auch die Vorinstanz der Beschwerdeführerin daher zu Recht nicht vor, nachweislich ihre zivilrechtlichen Verpflichtungen gegenüber den (Depot-)Kunden verletzt zu haben. Die Vorinstanz stellt sich jedoch gleichfalls auf den Standpunkt, die Beschwerdeführerin sei aufgrund der "Auffälligkeiten" in der Geschäftstätigkeit der eVV

Y._____ AG im Rahmen des bankenrechtlichen Organisations- und Gewährserfordernisses (vgl. hierzu E. 3.2) zumindest aufsichtsrechtlich verpflichtet gewesen, weitere Abklärungen mit Bezug auf die Geschäftstätigkeit der eVV Y._____ AG zu treffen.

E. 4.3.1

Der Vorwurf der Vorinstanz gründet vorliegend im Wesentlichen auf einer Unterlassung. Das Bundesgericht hat diesbezüglich ausdrücklich festgehalten, dass auch aufsichtsrechtlich nur pflichtwidrig nicht vorgenommene Handlungen für allfällige aufsichtsrechtliche Massnahmen relevant sein können. Eine schwere Verletzung einer aufsichtsrechtlichen Pflicht kann demnach durch eine Unterlassung nur begründet werden, wenn ein Beaufsichtigter eine Handlung, welche durch das Aufsichtsrecht geboten ist, unterlässt. Dabei ist gemäss Bundesgericht detailliert aufzuzeigen, aus welcher aufsichtsrechtlichen Bestimmung die Pflicht zur Vornahme welcher Handlung fliesst und inwiefern die Verfahrenspartei diese spezifische Handlung, trotz bestehender rechtlicher Handlungspflicht, unterlassen hat (BGE 142 II 243 E 3.1 im Hinblick auf ein gegen den Mitarbeiter eines überwachten Instituts persönlich geführtes Enforcementverfahren bzw. ein gegen diesen verhängtes Berufsverbot; vgl. hierzu auch die Entscheidbesprechung von Philipp H. Haberbeck, AJP 2016, S. 981 ff.).

E. 4.3.2

Eine solche konkrete aufsichtsrechtliche Pflicht der Beschwerdeführerin, die sie verletzt hätte, konnte die Vorinstanz vorliegend nicht aufzeigen und geht aus dem oben beschriebenen Sachverhalt auch nicht hervor.

E. 4.3.2.1

Wie bereits ausgeführt, wird unter dem Gewährserfordernis in erster Linie die Beachtung der Rechtsordnung, d.h. der Gesetze und der Verordnungen, namentlich im Banken- und im Börsenrecht, aber auch im Zivil- und Strafrecht, verlangt (vgl. E. 3.2.2). Eine Verletzung ihrer zivilrechtlichen Pflichten kann der Beschwerdeführerin - wie bereits festgestellt - vorliegend jedoch nicht vorgeworfen werden. Sodann gibt es auch keine konkrete einschlägige aufsichtsrechtliche Bestimmung, welche die Beschwerdeführerin explizit zu weiteren Abklärungen verpflichten würde, etwa in der Form, wie sie die - vorliegend nicht in Frage stehenden - Geldwäschereivorschriften kennen. Zwar ist mit der Vorinstanz grundsätzlich einig zu gehen, dass die Verneinung einer einwandfreien Geschäftstätigkeit nicht in jedem Fall zwingend die Verletzung von Vorschriften voraussetzt. So wurde mit Blick auf die Vertrauenswürdigkeit der Banken und des Finanzplatzes Schweiz insgesamt (sog. Funktionsschutz) in der Aufsichtspraxis unter korrektem Verhalten im Geschäftsverkehr verschiedentlich auch die Einhaltung von nicht materiell-gesetzlichen Pflichten subsumiert (vgl. statt vieler EBK-Vfg. vom 4. Mai 1992, in: EBK Bulletin 23/1993, S. 25 ff., S. 27 [Verhalten das "in krasser Weise dem Verhalten, wie es von einem redlichen Bankier erwartet werden muss", widerspricht]; EBK-Vfg. vom 19. März 2003 i.S. Bank Vontobel AG, in: EBK Bulletin 45/2003 S. 164 ff., S. 170 ["zusätzliche Rechtspflichten, die berufsspezifisch und nicht in materiellgesetzlichen Bestimmungen festgelegt sind"]; dezidiert gegen eine "neben der Rechtsordnung stehende, für Bankangestellte allein geltende Moralordnung" ist Kleiner/Schwob, a.a.O., N 165 und 191 zu Art. 3 BankG; vgl. zum Gewährserfordernis als "Einfallstor" Peter Nobel, Schweizerisches Finanzmarktrecht und internationale Standards, 3. Aufl., Bern 2010, § 8

Rz. 86; Christoph Winzeler, Das "Einfallstor" der Finanzmarktregulierung, ZSR 2013, S. 437 ff.; für eine Übersicht über die Anwendungsfälle Elias Bischof, Die Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit, Zürich/Basel/Genf 2016, N 653 ff.). Zumindest schliesst der weite Wortlaut der bankenrechtlichen Gewährsbestimmung eine derartige Auslegung nicht von vornherein aus. Jedoch ist auch bei der Auslegung und Anwendung von Aufsichtsrecht sowohl dem Legalitätsprinzip (Art. 5 Abs. 1 BV) als letztlich auch der verfassungsrechtlichen Wirtschaftsordnung (Art. 27 und 94 BV) ausreichend Rechnung zu tragen (vgl. Rolf H. Weber, Finanzdienstleistungen im Spannungsfeld von Zivil und Aufsichtsrecht, SJZ 109/2013, S. 405 ff., S. 411 ff.). Eine über die zivilrechtlichen Pflichten hinausgehende, einzig auf das bankenrechtliche Organisations- und Gewährserfordernis gestützte aufsichtsrechtliche (Handlungs-)Pflicht kommt daher nur in Betracht, wenn damit ein öffentlicher Zweck verfolgt wird bzw. wenn wesentliche öffentliche Interessen betroffen sind. Soweit Aufsichtsrecht hingegen primär den Schutz der Bankkunden bezweckt, gilt grundsätzlich die Vermutung, dass eine Kongruenz zwischen zivilrechtlichen Pflichten und aufsichtsrechtlichen Pflichten der Bank besteht. Kommt die Bank also in einer solchen Konstellation ihren zivilrechtlichen Verpflichtungen nach, so liegt grundsätzlich auch keine aufsichtsrechtliche Pflichtverletzung vor. Die Aufsichtsbehörde ist hier an die (privat)Rechtsordnung gebunden und hat keine Kompetenz, ausserhalb der Rechtsordnung stehende Sorgfaltspflichten aufzustellen, um eine vom Zivilrecht abweichende, zulasten der Bank gehende Auslegung im Bereiche des Vertragsrechts vorzunehmen (vgl. Kleiner/Schwob, a.a.O., N 172 zu Art. 3 BankG). Eine von der Privatrechtsordnung abweichende Lückenfüllung durch Aufsichtspraxis ist in diesem Fall nicht zulässig.

E. 4.3.2.2

Vorliegend stehen keine gewichtigen öffentlichen Interessen in Frage, sondern hauptsächlich die Interessen der betroffenen Bankkunden. Zivilrechtlich war die Beschwerdeführerin als reine Depotbank sodann nicht verpflichtet, weitere Abklärungen mit Bezug auf die Geschäftstätigkeit der eVV Y. _____ AG vorzunehmen, namentlich sich zu erkundigen, ob die Unternehmen, in die die eVV Y. _____ AG das Vermögen der Kunden investierte, werthaltig sind oder nicht. Das Gleiche hat daher auch in aufsichtsrechtlicher Hinsicht zu gelten. Weder das bankenrechtlichen Organisations- und Gewährserfordernis (Art. 3 Abs. 2 Bst. a und c BankG) noch die aufsichtsrechtliche Risikoerfassungs-, Begrenzungs- und Überwachungspflicht (Art. 9 Abs. 3 aBankV) vermögen vorliegend eine über die genannte zivilrechtliche Ausgangslage hinausgehende Abklärungspflicht der Beschwerdeführerin zu begründen. Vor diesem Hintergrund kann dem Vorwurf der Vorinstanz, die Beschwerdeführerin habe es in der Geschäftsbeziehung zur eVV Y. _____ AG unterlassen die erforderlichen Risikoabklärungen und -kontrollen vorzunehmen und habe damit die bankengesetzlichen Organisations- und Gewährserfordernisse schwer verletzt, auch im Rahmen ihres technischen Ermessens nicht gefolgt werden.

E. 5

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Beschwerdeführerin mit Bezug auf ihre Geschäftsbeziehung zur eVV Y. _____ AG keine schwere Verletzung von aufsichtsrechtlichen Pflichten vorgeworfen werden kann. Eine schwere Verletzung von aufsichtsrechtlichen Pflichten ist jedoch Voraussetzung für den Erlass einer Feststellungsverfügung nach Art. 32 FINMAG. Die angefochtene Verfügung erweist sich

demzufolge als rechtswidrig, weshalb die Beschwerde gutzuheissen und die angefochtene Verfügung aufzuheben ist. Bei diesem Ausgang sind die weiteren Rügen bzw. die Eventualanträge der Beschwerdeführerin nicht mehr zu prüfen.

E. 6

Vorliegend obsiegt die Beschwerdeführerin, weshalb sie keine Verfahrenskosten zu tragen hat (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Die Vorinstanz trägt unabhängig vom Verfahrensausgang keine Verfahrenskosten (Art. 63 Abs. 2 VwVG). Daher sind vorliegend keine Verfahrenskosten zu erheben. Der von der Beschwerdeführerin geleistete Kostenvorschuss von Fr. 5'000.- ist ihr nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Entscheids zurückzuerstatten.

E. 7

Ausgangsgemäss ist der Beschwerdeführerin zu Lasten der Vorinstanz eine Parteientschädigung für die ihr erwachsenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 VGKE; Art. 64 Abs. 2 VwVG i.V.m. Art. 4 Abs. 1 und Art. 6 FINMAG). Diese umfasst die Kosten der Vertretung sowie allfällige weitere notwendige Auslagen der Parteien (Art. 8 ff. VGKE). Die Beschwerdeführerin liess sich vor Bundesverwaltungsgericht anwaltlich vertreten, reichte aber keine detaillierte Kostennote ein. Die Parteientschädigung ist deshalb aufgrund der Akten und des geschätzten Aufwands durch das Bundesverwaltungsgericht festzusetzen (Art. 14 Abs. 2 VGKE). Angesichts des vorliegenden Aufwands der Streitsache erscheint es angemessen, der Beschwerdeführerin zulasten der Vorinstanz eine Parteientschädigung von insgesamt Fr. 16'000.- zuzusprechen. Die Parteientschädigung hat die Vorinstanz der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils zu entrichten (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 14 Abs. 2 VGKE).

E. 8

Dieser Entscheid kann mit Beschwerde an das Bundesgericht weitergezogen werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.