2017 IV/7

Auszug aus dem Urteil der Abteilung II
i.S. X. AG gegen Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA)
B-5756/2014 vom 18. Mai 2017

Bankenrechtliche Gewährs- und Organisationserfordernisse: Erforderliche Risikoabklärungen und -kontrollen mit Bezug auf externe Vermögensverwalter.

Art. 3 Abs. 2 Bst. a und c BankG. Art. 9 Abs. 3 aBankV.

1. In zivilrechtlicher Hinsicht besteht nur in Ausnahmefällen eine vertragliche oder vorvertragliche Aufklärungs- beziehungsweise Warnpflicht der Depotbank gegenüber sogenannten execution-only-Kunden (E. 4.2).
2. Voraussetzungen für das Vorliegen einer schweren Verletzung einer aufsichtsrechtlichen Pflicht durch eine Unterlassung (E. 4.3.1).
3. Eine über die zivilrechtlichen Pflichten hinausgehende, einzig auf das bankenrechtliche Organisations- und Gewährserfordernis gestützte aufsichtsrechtliche (Handlungs-)Pflicht kommt nur in Betracht, wenn damit ein öffentlicher Zweck verfolgt wird, beziehungsweise 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 (E. 4.3.2.1).

Exigences de garantie et d'organisation selon le droit bancaire: évaluation et contrôles nécessaires des risques liés aux gérants de fortune externes.

Art. 3 al. 2 let. a et c LB. Art. 9 al. 3 aOB.

1. En droit civil, la banque de dépôt n'est soumise que dans des cas exceptionnels à une obligation de clarification ou d'avertissement contractuelle ou précontractuelle à l'égard des clients de type execution-only (consid. 4.2).
2. Conditions d'existence d'une violation grave par omission d'une obligation en matière de surveillance (consid. 4.3.1).

3. Une obligation (d'agir) en matière de surveillance basée uniquement sur l'exigence d'organisation et de garantie selon le droit bancaire et allant au-delà des obligations de droit civil n'entre en ligne de compte que lorsqu'un objectif de droit public est poursuivi ou lorsque des intérêts publics importants sont en jeu. En revanche, dans la mesure où le droit de la surveillance vise en premier lieu la protection de la clientèle bancaire, l'existence d'une concordance entre les obligations de droit civil et les obligations en matière de surveillance de la banque est présumée (consid. 4.3.2.1).

Requisiti in materia di garanzia e di organizzazione secondo la legislazione bancaria: obblighi di accertamento e valutazione dei rischi in relazione a gestori patrimoniali esterni.

Art. 3 cpv. 2 lett. a e c LBCR. Art. 9 cpv. 3 vOBCR.

1. Il diritto privato prevede solo in casi eccezionali per la banca depositaria un obbligo di accertamento, rispettivamente di segnalazione contrattuale o precontrattuale nei confronti dei cosiddetti clienti execution only (consid. 4.2).
2. Condizioni per ammettere l'esistenza di una grave violazione per omissione di un obbligo di vigilanza (consid. 4.3.1).
3. Un obbligo (di agire) in materia di vigilanza eccedente quanto previsto dal diritto privato e fondato esclusivamente sui requisiti in materia di garanzia e di organizzazione secondo la legislazione bancaria entra in linea di conto solamente se con ciò si persegue uno scopo di diritto pubblico o se sono toccati interessi pubblici rilevanti. Invece, nella misura in cui la legislazione in materia di vigilanza mira principalmente a tutelare i clienti della banca, si presume di principio che gli obblighi previsti dal diritto privato coincidono con quelli imposti alla banca dalle disposizioni in materia di vigilanza (consid. 4.3.2.1).

Die X. AG mit Sitz in E. (nachfolgend: Beschwerdeführerin) ist eine von mehreren hundertprozentigen Tochtergesellschaften der F. Zur Ausübung

ihrer Tätigkeit verfügt sie über eine Bewilligung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA (nachfolgend: Vorinstanz) als Bank und Effekthändlerin.

Von 2002 bis 2013 unterhielt die Beschwerdeführerin Geschäftsbeziehungen zur Y. AG (zuletzt: Y. AG in Liquidation). Verwaltungsratspräsident und Inhaber der Y. AG war Y. Die Y. AG wurde unterdessen aufgelöst.

Als externe Vermögensverwalterin (nachfolgend: eVV) betreute die Y. AG bei der Beschwerdeführerin rund 80 Kunden mit einem Gesamtvermögen zwischen 55 Mio. Fr. und 91 Mio. Fr. Hierzu unterzeichneten die Kunden der Y. AG jeweils eine « Verwaltungsvollmacht an Dritte », welche den Vertretungsumfang durch die Y. AG regelte. Bei einzelnen seiner Kunden hatte der Inhaber Y. zudem indirekt eine Organstellung inne und zeichnete für jene folglich auch als Organ. Die Korrespondenz mit sämtlichen Kunden erfolgte banklagernd mit Kopie an die Y. AG.

Mit Schreiben vom 31. Mai 2012 teilte die Vorinstanz der Beschwerdeführerin mit, dass sie Abklärungen über die Y. AG beziehungsweise deren Verwaltungsratspräsidenten Y. wegen des Verdachts auf eine nach den Finanzmarktgesetzen illegale Tätigkeit durchführe und dass ihr zwei Strafanzeigen gegen Y. wegen ungetreuer Geschäftsbesorgung vorliegen würden. Sodann ersuchte sie die Beschwerdeführerin um Auskunft und Informationen über die entsprechenden Kontobeziehungen. In der Folge holte die Vorinstanz diverse weitere Informationen und Dokumente von der Beschwerdeführerin ein. Auf Aufforderung der Vorinstanz hin liess die Beschwerdeführerin ihre Geschäftsbeziehungen zur Y. AG zudem von einer Anwaltskanzlei aufarbeiten (nachfolgend: Untersuchungsbericht).

Mit Schreiben vom 11. November 2013 teilte die Vorinstanz der Beschwerdeführerin mit, dass sie ein Enforcementverfahren gegen sie eröffnet habe. Daraufhin holte die Vorinstanz bei der Beschwerdeführerin diverse weitere Unterlagen und Informationen ein, namentlich eine Stichprobe von Kundendossiers. Am 27. März 2014 teilte die Beschwerdeführerin der Vorinstanz sodann telefonisch mit, dass im Zusammenhang mit der Tätigkeit von Y. nicht nur gegen diesen, sondern auch gegen A., das Geschäftsleitungsmitglied der Beschwerdeführerin, Strafuntersuchungen liefen. Am 2. April 2014 vernahm die Vorinstanz A. und B., welcher seit 2008 die Aufgaben der Compliance-Funktion und der Geldwäschereifachstelle bei der Beschwerdeführerin wahrnimmt, als Zeugen ein. In der Folge lud die Vorinstanz die Beschwerdeführerin zu einer schriftlichen

Stellungnahme ein und holte weitere Unterlagen – unter anderem den Bericht der internen Revision – von ihr ein. Die Beschwerdeführerin liess sich am 10. Juni 2014 – ergänzt am 23. Juni 2014 – vernehmen und beantragte unter anderem, das Enforcementverfahren sei bis zur rechtskräftigen Erledigung der Strafuntersuchungen gegen Y. und A. zu sistieren.

Mit Verfügung vom 5. September 2014 stellte die Vorinstanz fest, dass die Beschwerdeführerin in Bezug auf ihre Geschäftsbeziehung zur eVV Y. AG aufsichtsrechtliche Bestimmungen schwer verletzt habe (Ziff. 1 des Dispositivs). Sie ordnete die Veröffentlichung der Erwägungen sowie des Dispositivs der Verfügung nach Eintritt der Rechtskraft unter Nennung der Beschwerdeführerin für die Dauer von zwei Jahren auf ihrer Internetseite an (Ziff. 2 des Dispositivs) und auferlegte der Beschwerdeführerin die Verfahrenskosten (Ziff. 3 des Dispositivs).

Zur Begründung führt die Vorinstanz aus, dass das Geschäftsmodell der eVV Y. AG in vielerlei Hinsicht ungewöhnlich gewesen sei. Die Beschwerdeführerin habe dies zwar erkannt, sie habe jedoch erst reagiert, als es Anfang 2012 zu einer Strafanzeige gegen Y. gekommen sei. Ihrer Pflicht, die entsprechenden Risiken angemessen zu erfassen und zu begrenzen, sei sie damit nicht beziehungsweise nur unzureichend nachgekommen. 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. Indem die Beschwerdeführerin es unterlassen habe, die erforderlichen Risikoabklärungen und -kontrollen in der Geschäftsbeziehung zur eVV Y. AG vorzunehmen, habe sie die bankenrechtlichen Organisations- und Gewährserfordernisse und damit aufsichtsrechtliche Bestimmungen schwer verletzt.

Gegen diese Verfügung reichte die Beschwerdeführerin am 8. Oktober 2014 – mit Nachtrag am 29. Oktober 2014 – beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde ein. Sie beantragt, die Verfügung der Vorinstanz vom 5. September 2014 sei aufzuheben, eventualiter sei Ziffer 2 der Verfügung

aufzuheben, subeventualiter sei die Angelegenheit zur neuen Entscheidung im Sinne der Erwägungen in der Beschwerdeschrift an die Vorinstanz zurückzuweisen, stets unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Staatskasse.

Die Beschwerdeführerin rügt in ihrer Beschwerdebegründung, die Vorinstanz habe den einschlägigen Sachverhalt nicht richtig beziehungsweise unvollständig ermittelt. Es sei insgesamt gar nicht erstellt, dass die Y. AG die Vermögensanlagen ihrer Kunden im eigenen Interesse vorgenommen habe. Entgegen den Aussagen der Vorinstanz habe sie sodann bereits vor Bekanntwerden der Strafanzeige gegen Y. Risikoanalysen durchgeführt und Massnahmen getroffen, welche über diejenigen bei ihren anderen Vermögensverwaltern hinausgehen würden. Als reine Depotbank sei sie nicht verpflichtet, Kunden von risikoreichen Geschäften abzuraten oder die Vermögensverwaltungstätigkeiten des externen Vermögensverwalters zu überwachen. Die Risikoanalyse der Beschwerdeführerin sei aus damaliger Sicht angemessen gewesen. Auch die Revisionen hätten das Geschäft der Beschwerdeführerin mit der Y. AG und ihre diesbezügliche Risikoerfassung und -begrenzung beurteilt und hätten keine Pflichtverletzungen der Beschwerdeführerin festgestellt. Ihre Geschäftsbeziehungen zur Y. AG seien sodann auf Verlangen der Vorinstanz auch noch von einer renommierten Kanzlei untersucht worden. Auch diese Untersuchungen hätten ergeben, dass die Beschwerdeführerin keine aufsichtsrechtlichen Pflichten verletzt habe. Insgesamt sei der Vorwurf einer schweren Verletzung von aufsichtsrechtlichen Bestimmungen daher unberechtigt. Der Beschwerdeführerin könnten allerhöchstens punktuelle Fehleinschätzungen innerhalb der von ihr durchgeführten Risikoanalysen vorgeworfen werden, welche jedoch nicht als schwer zu qualifizieren seien und den Erlass einer (Feststellungs-)Verfügung nicht rechtfertigen würden.

Aus den Erwägungen:

4.2

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 dem 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, in: Handbuch der Vermögensverwaltung, München 2. Aufl. 2016, § 37 N. 5).

Eine vertragliche oder vorvertragliche Aufklärungs- beziehungsweise Warnpflicht der Depotbank gegenüber dem 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 4A_369/2015 E. 2.3; BGE 133 III 97 E. 7.1.1; EGGEN, a.a.O., § 37 N. 10).

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 sogenannten 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, in dem 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 vom 4. November 2015 zum Finanzdienstleistungsgesetz [FIDLEG] und zum Finanzinstitutsgesetz [FINIG], 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 beziehungsweise davon Kenntnis hat, dass mit der Geschäftstätigkeit des externen Vermögensverwalters etwas nicht in Ordnung ist (vgl. 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).

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 (...). Die Verwaltungsvollmacht enthält zwar eine Beschränkung, wonach das Vermögen nicht an die eVV Y. AG ausbezahlt werden darf (...). 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 B-3625/2014 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 börsenkotierte Titel verbunden sind, und stimmten dieser Form der Anlage im Rahmen ihrer Anlagepolitik ausdrücklich zu (...). 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 (...).

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 (...), 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 – 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 beziehungsweise waren.

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 (...) zumindest aufsichtsrechtlich verpflichtet gewesen, weitere Abklärungen mit Bezug auf die Geschäftstätigkeit der eVV Y. AG zu treffen.

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 Beaufchtigter 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 beziehungsweise ein gegen diesen verhängtes Berufsverbot; vgl. hierzu auch die Besprechung des Urteils des BGer 2C_739/2015 vom 25. April 2016 durch PHILIPP H. HABERBECK, AJP 2016 S. 981 ff.).

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

4.3.2.1 Wie bereits ausgeführt, wird unter dem Gewährserfordernis in erster Linie die Beachtung der Rechtsordnung, das heisst der Gesetze und der Verordnungen, namentlich im Banken- und im Börsenrecht, aber auch im Zivil- und Strafrecht, verlangt (...). 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 einigzugehen, 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 Verfügung der Eidgenössischen Bankenkommission [EBK] vom 4. Mai 1992, in: EBK Bulletin 23/1993 S. 25 ff., 27 [Verhalten, das « in krasser Weise dem Verhalten, wie es von einem redlichen Bankier erwartet werden muss », widerspricht]; Verfügung der EBK vom 19. März 2003, in: EBK Bulletin 45/2003 S. 164 ff., 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, in: Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen, 2005, N. 165 und 191 zu Art. 3 BankG; vgl. zum Gewährserfordernis als « Ein-

fallstor » PETER NOBEL, Schweizerisches Finanzmarktrecht und internationale Standards, 3. Aufl. 2010, § 8 Rz. 86; CHRISTOPH WINZELER, Das « Einfallstor » der Finanzmarktregulierung, ZSR 132/2013 S. 437 ff.; für eine Übersicht über die Anwendungsfälle ELIAS BISCHOF, Die Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit, 2016, Rz. 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., 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 beziehungsweise 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 Sorgfalts-pflichten 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.

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 bankenrechtliche Organisations- und

Gewährserfordernis (Art. 3 Abs. 2 Bst. a und c BankG) noch die aufsichtsrechtliche Risikoerfassungs-, Begrenzungs- und Überwachungspflicht (Art. 9 Abs. 2 der Bankenverordnung vom 17. Mai 1972 [aBankV, AS 1972 821]) 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.