

# Gewährsartikel: Regulierung der FINMA an der Grenze von Rechtsetzung und Rechtsanwendung

PD Dr. iur. Christoph B. Bühler, Rechtsanwalt, LL.M. (Basel und Zürich)\*

## I. Einleitung\*\*

Die Finanzmarktregulierung befindet sich derzeit, getrieben durch Finanzskandale und deren politisch-mediale Verarbeitung<sup>1</sup>, in einer hektischen Entwicklungsphase. Auch die internationale Vernetzung und Globalisierung der Finanzmärkte und die damit einhergehende zunehmende Bedeutung der internationalen Standards<sup>2</sup> stellen die Beziehung zwischen Staat und Wirtschaft grundlegend vor neue Herausforderungen – ein Einfluss, dem sich auch die Schweizer Finanzmarktregulierung nicht entziehen kann.

Die aktuelle Finanzkrise hat deutlich gemacht, dass die Funktionsfähigkeit einer liberalen Marktwirtschaft durch das Fehlen klarer Rahmenbedingungen gefährdet ist. Hier kann die Regulierung als Korrekturmechanismus eingreifen. Sie setzt den Ordnungsrahmen, der es den Marktteilnehmern ermöglicht, einigermaßen gesicherte Erwartungen in ihr Verhalten untereinander zu entwickeln. Die Regulierung verschafft dem Einzelnen eine *Orientierung* und sorgt für *Rechtssicherheit* im Sinne des Vertrauens auf die Geltung, Durchsetzung und Kontinuität der anwendbaren

*Verlässliche regulatorische Signale bilden eine unentbehrliche Voraussetzung für das Funktionieren der Finanzmärkte. Der Autor legt die rechtlichen Rahmenbedingungen der regulatorischen Tätigkeit der FINMA dar und zeigt auf, dass der Gewährsartikel nicht als alleinige Kompetenznorm zur Regulierung von Rechts- und Reputationsrisiken im Finanzdienstleistungsbereich verstanden werden kann. Bei ihrer Regulierungstätigkeit hat die FINMA die für die Wirtschaft erforderliche Freiheit und die legitimen Schutzinteressen der Marktteilnehmer gegeneinander abzuwägen und damit sicherzustellen, dass die Regulierungen in die staatlichen Strukturen eingebunden bleiben.*  
Zi.

*Des signaux de régulation fiables sont une condition indispensable pour le fonctionnement des marchés financiers. L'auteur expose les conditions juridiques cadres de l'activité de réglementation de la FINMA. Il montre que l'article relatif à la garantie ne peut être compris comme la seule base légale de compétence pour régler les risques juridiques et de réputation dans le secteur des services financiers. Dans son activité de réglementation, la FINMA doit mettre en balance la liberté nécessaire à l'économie et les intérêts légitimes de protection des opérateurs du marché afin d'assurer que les réglementations restent ancrées dans les structures étatiques.*  
P.P.

\* Der Autor ist Managing Partner bei Bockli Bodmer & Partner in Basel sowie Privatdozent für schweizerisches und internationales Handels- und Wirtschaftsrecht an den Universitäten Zürich und Basel.

\*\* Überarbeitete Fassung des Impulsreferats, das der Verfasser am 30. Oktober 2013 am 4. Forum des Universitären Forschungsschwerpunkts Finanzmarktregulierung an der Universität Zürich gehalten hat. Der Verfasser dankt Herrn Sebastian Flückiger, MLaw, für die Mitwirkung bei der Erschliessung der Quellen und verschiedene Hinweise.

<sup>1</sup> Daniel Zuberbühler, Finanzmarktregulierung und kein Ende?, in: Héritier et al., *De lege ferenda*, Genf 2004, 280 ff.; Christoph B. Bühler, Finanzmarktregulierung im Spannungsfeld von Recht und Politik, SJZ 106 2010 469 ff., 471 f.; Müller/Uhlmann, *Elemente einer Rechtssetzungslehre*, 3. A. Zürich 2013, N 102 ff.

<sup>2</sup> Michael Rasch, Zunehmende Globalisierung der Regulierung, NZZ Nr. 229 vom 3. Oktober 2013, 26; Blaurock Uwe, Globalisierte Finanzwirtschaft und die Rolle des Wirtschaftsrechts, BJM 2012 1 ff.; Christoph B. Bühler, Regulierung im Bereich der Corporate Governance, *Habil. Zürich* 2009, N. 194 ff.; ders. (Fn. 1) 476 f.

Regeln<sup>3</sup>. Die Finanzmarktregulierung tendiert dabei traditionsgemäss zu *Rahmengesetzen*, die nur die Grundzüge regeln und die Ausführungsbestimmungen der Exekutive und den Behörden, oder sogar der Branche, überlassen. Diese Form der delegierten Regulierung zeichnet sich durch eine hohe Flexibilität und Reaktionsfähigkeit aus und soll die Sachgerechtigkeit fördern.

In einem Gesetz, das von einer Aufsichtsbehörde administriert wird, kann dies aber auch zur Folge haben, dass nicht primär der Entscheidungsspielraum der Marktteilnehmer, sondern jener der Aufsichtsbehörde erweitert wird. Dieses weite Ermessen birgt das Risiko, dass die mit der Rahmengesetzgebung bezweckte Flexibilität durch eine zu detaillierte Regulierung wieder eingeschränkt wird oder der hierfür zur Verfügung stehende Ermessensspielraum sogar überschritten wird. Das Ausmass der Finanzmarktregulierung hat denn heute auch eine Ausprägung erreicht, die den Vorbehalt der Gesetzgebung im formellen Sinn für «wichtige rechtsetzende Bestimmungen»<sup>4</sup> und für «schwerwiegende Eingriffe in die Freiheit der Rechtsunterworfenen»<sup>5</sup> teilweise in Frage stellt. Ausserhalb der formellen Gesetzgebungsverfahren hat sich ein eigentliches «Gestrüpp» von Rundschreiben, Positionspapieren, Mitteilungen und Antworten auf «Frequently Asked Questions» (FAQ) entwickelt<sup>6</sup>. Diese sollen die gesetzlichen Regelungen konkretisieren und die Behördenpraxis standardisieren. Als Rechtsgrundlage für diese hybriden Formen der Finanzmarktregulierung verweist die FINMA dabei zunehmend auf eine unscheinbare Bestimmung im Bankengesetz, den sogenannten *Gewährsartikel*<sup>7</sup>. Demnach müssen die Führungsorgane einer Bank im Sinne einer Voraussetzung für die Bewilligung und Aufrechterhaltung des Bankbetriebs «einen guten Ruf geniessen und Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten».

Vor dem Hintergrund dieser Entwicklung soll anhand von drei Beispielen aus der jüngeren Regulierungspraxis der FINMA aufgezeigt werden, weshalb diese Tendenz nach der hier vertretenen Auffassung problematisch ist. Es geht dabei nicht darum, die FINMA und deren Regulierung zu kritisieren – diese hat im dargelegten Umfeld anspruchsvolle Aufgaben zu bewältigen, und es ist ihr zuzu-

billigen, dass sie diese auch nachhaltig wahrnimmt. Es soll vielmehr die Gelegenheit genutzt werden, in dieser schnelllebigen Zeit den Blick für die rechtlichen Rahmenbedingungen wieder etwas zu schärfen, an denen sich auch die Finanzmarktregulierung zu orientieren hat.

## II. Begriff der Regulierung im Finanzmarktrecht

Der Begriff der Regulierung wird im vorliegenden finanzmarktrechtlichen Kontext *in einem weiten Sinne* verstanden: er beinhaltet nicht nur die Rechtsetzung durch Gesetze und Verordnungen, sondern generell das Aufstellen von Regeln, mit denen in die Marktmechanismen eingegriffen und auf die Entscheidungs- und Handlungsfreiheiten der Betroffenen eingewirkt wird, mit dem Ziel, diese im Interesse der Öffentlichkeit oder einer Gruppierung zu einem bestimmten Verhalten zu bewegen<sup>8</sup>. Unter diesen weiten Regulierungsbegriff fallen damit grundsätzlich auch andere Formen der Verhaltenssteuerung durch *generell-abstrakte Regelsetzung*, wie Standards, Selbstregulierungen, Richtlinien oder Verhaltenskodizes.

## III. Rechtliche Rahmenbedingungen für die Regulierung durch die FINMA

### 1. Allgemeine rechtsstaatliche Anforderungen an die Regulierungstätigkeit einer Behörde

Haben wir es, wie im Falle der Regulierung durch die FINMA, mit *staatlicher* Regulierung zu tun, greift der Staat also regulierend ein, so hat er sich an den rechtsstaatlichen Rahmenbedingungen zu orientieren: «*Grundlage und Schranke staatlichen Handelns*» – so schreibt es die Bundesverfassung vor – «*ist das Recht*»<sup>9</sup>. Im *formellen* Sinn setzt Rechtsstaatlichkeit neben der Gesetzmässigkeit der Verwaltung bekanntlich die Gewaltenteilung und gerichtlichen Rechtsschutz voraus. Dabei verlangt die Verfassung, dass alle wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen in einem *Gesetz im formellen Sinn* zu verankern sind, d.h. der demokratisch legitimierten Legislative vorbe-

<sup>3</sup> Müller/Uhlmann (Fn. 1) N 18 ff.; Bühler (Fn. 2) N 25 ff.

<sup>4</sup> Art. 164 Abs. 1 BV.

<sup>5</sup> Art. 36 Abs. 1 BV.

<sup>6</sup> Vgl. <http://www.finma.ch/d/finma/publikationen/Seiten/portrait.aspx>.

<sup>7</sup> Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG.

<sup>8</sup> Vgl. zur Herleitung dieser Begriffsdefinition eingehend Bühler (Fn. 2) N 11 m.w.H.

<sup>9</sup> Art. 5 Abs. 1 BV. Vgl. Georg Müller, Möglichkeiten und Grenzen der Verteilung der Rechtsetzungsbefugnisse im demokratischen Rechtsstaat, ZBl 1998 1 ff., 3 f.; Dieter Gericke, Funktioniert der Rechtsstaat im Kapitalmarkt?, in: von der Crone et al. (Hrsg.), Aktuelle Fragen des Bank- und Finanzmarktrechts, Zürich 2004, 359 ff.

halten bleiben<sup>10</sup>. Aus dem Legalitätsprinzip ergibt sich namentlich, dass ein Gesetz so *bestimmt* formuliert sein muss, dass der Bürger sein Verhalten danach einrichten und die Folgen eines konkreten Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit erkennen kann<sup>11</sup>. Im *materiellen* Sinn erfordert Rechtsstaatlichkeit nicht nur die Bindung an Rechtsätze, sondern die Durchsetzung inhaltlicher Mindestanforderungen, namentlich der *Grundrechte*, sowie die Orientierung am *öffentlichen Interesse*, an der *Verhältnismässigkeit* und an *Treu und Glauben*<sup>12</sup>.

## 2. Konkrete Kompetenzgrundlagen für die Regulierung durch die FINMA

Im Finanzmarktbereich stellt das am 1. Januar 2009 in Kraft getretene *Finanzmarktaufsichtsgesetz* besondere Regeln über die Art und Weise auf, wie die FINMA ihre Aufgaben als Aufsichtsbehörde über die Banken, Versicherungen, Börsen, Effektenhändler, kollektiven Kapitalanlagen und Prüfgesellschaften wahrzunehmen hat. Der Inhalt ihrer Aufgaben in den verschiedenen von ihr beaufsichtigten Bereichen wird von den jeweils einschlägigen konkreteren Finanzmarktgesetzen<sup>13</sup>, wie etwa dem Bankengesetz, bestimmt. Für die FINMA sind also bei der Ausübung ihrer Aufsichtsaufgaben sowohl die allgemeinen Regeln des FINMAG als auch die speziellen Regeln der Gesetzgebung im jeweiligen Bereich massgeblich. Sollte die in einem speziellen Finanzmarktgesetz vorgesehene Regel denjenigen gemäss FINMAG widersprechen, so geht sie den Letzteren vor<sup>14</sup>.

Art. 7 FINMAG setzt den Rahmen für die regulierende Tätigkeit der FINMA. Gemäss Abs. 1 dieser Bestimmung reguliert die FINMA durch

- a. Verordnungen, wo dies in der Finanzmarktgesetzgebung vorgesehen ist; und
- b. Rundschreiben über die Anwendung der Finanzmarktgesetzgebung.»

In *formaler* Hinsicht bestimmt Art. 7 Abs. 1 FINMAG also, dass die FINMA nur in dem Masse durch den Erlass von *Verordnungen* verbindliches Recht schaffen kann, in welchem ihr dafür eine entsprechende Kompetenz durch die Finanzmarktgesetze eingeräumt wurde. Die FINMA verfügt mithin über *keine selbständige Rechtsetzungskompetenz*<sup>15</sup>. Gemäss Art. 7 Abs. 1 lit. b FINMAG kann die FINMA, wie erwähnt, auch *Rundschreiben* über die Anwendung der Finanzmarktgesetzgebung erlassen. Rundschreiben sind indessen keine Rechtserlasse, die unmittelbare und verbindliche Rechtswirkungen erzeugen<sup>16</sup>. Es handelt sich vielmehr um Verwaltungsverordnungen ohne rechtsetzenden Charakter, die der Schaffung einer einheitlichen Verwaltungspraxis dienen und ausschliesslich die Verwaltung selbst auf eine bestimmte Praxis bei der Gesetzesanwendung verpflichten<sup>17</sup>. Bei abweichendem Verhalten kann die FINMA eine *Feststellungsverfügung* erlassen<sup>18</sup>, die der Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht unterliegt<sup>19</sup>.

Art. 55 Abs. 1 FINMAG stellt zudem klar, dass selbst die Ausführungsbestimmungen zum FINMAG und zu den Finanzmarktgesetzen *grundsätzlich vom Bundesrat zu erlassen* sind. Dieser kann diese Kompetenz nur *«in Belangen von beschränkter Tragweite, namentlich in vorwiegend technischen Angelegenheiten»*, an die FINMA weiter delegieren<sup>20</sup>. Wo sie nicht kraft Delegation Recht setzen kann, bleibt die FINMA somit darauf verwiesen, ihre Praxis der Gesetzesanwendung zu definieren und in Rundschreiben bekannt zu machen.

## 3. Hierarchie der Regulierungsinstrumente

Bei der Regulierung hat die FINMA auch die bundesrechtliche *Normenhierarchie* zu beachten, die im Finanzmarktrecht absteigend gestuft ist in die Ebenen der Gesetze (FINMAG und Finanzmarktgesetze), der Verordnungen des Bundesrates, der Verordnungen der FINMA und schliesslich der Rundschreiben der FINMA. Die Behörden sind mithin

<sup>10</sup> Häfelin/Haller/Keller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 8. A. Zürich 2012, N 171 f.; Müller (Fn. 9) 11 f.; Yvo Hangartner, in: Ehrenzeller et al. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2. A. Zürich 2008, Art. 5 N 7.

<sup>11</sup> BGE 139 I 72 ff., 85 E. 8.2.3; BGE 135 III 169 ff., 173 E. 5.4.1; BGE 123 I 112, E. 7a, 124 f.

<sup>12</sup> Art. 5 Abs. 2 und 3 sowie Art. 36 BV; vgl. Häfelin/Haller/Keller (Fn. 10) N 173 f.; Gericke (Fn. 9) 361.

<sup>13</sup> Gemäss Art. 1 Abs. 1 FINMAG.

<sup>14</sup> Art. 2 FINMAG; vgl. Botschaft zum Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht vom 1. Februar 2006, BBl 2006, 2858.

<sup>15</sup> Christoph Winzeler, Kommentierung von Art. 4-7 FINMAG, in: Basler Kommentar zum Finanzmarktaufsichtsgesetz, 2. A. Basel 2011, Art. 7 N 3 ff.; Bühler (Fn. 2) N 816; Zobl/Kramer, Schweizerisches Kapitalmarktrecht, Zürich 2004, 50.

<sup>16</sup> Botschaft FINMAG (Fn. 14) 2861.

<sup>17</sup> Felix Uhlmann, Verwaltungsverordnungen in der Rechtsetzung: Gedanken über Pechmarie, Leges 2009 151 ff., 156 f.; Bühler (Fn. 2) N 816.

<sup>18</sup> Art. 32 FINMAG.

<sup>19</sup> Art. 54 Abs. 1 FINMAG.

<sup>20</sup> Art. 55 Abs. 2 FINMAG.

nicht frei, ob sie eine bestimmte Rechtsfrage auf der Stufe einer Verordnung des Bundesrates, einer Verordnung der FINMA oder lediglich in einem Rundschreiben regeln. Das Legalitätsprinzip verlangt vielmehr, dass *wichtige* und grundlegende Rechtsätze *auf Gesetzesstufe* festzuschreiben sind<sup>21</sup>. Zur Beantwortung der Frage, wann ein Rechtsatz *wichtig* ist, liefert Art. 164 Abs. 1 BV eine Orientierungshilfe<sup>22</sup>. Demnach ergibt sich die Wichtigkeit des Rechtssatzes insbesondere aufgrund der Auswirkungen auf die Rechte und Pflichten Privater, aufgrund der finanziellen Auswirkungen und aufgrund der politischen Bedeutung. Die Entscheidung ist praktisch relevant, weil der Gesetzgebungsprozess ein Vernehmlassungsverfahren, die Mitwirkung des Parlaments und meist auch eine Referendumsmöglichkeit beinhaltet und sich *aufwendiger* gestaltet als derjenige der Verordnunggebung. Durch die Mitwirkung des Parlaments wird der Regelung aber auch eine *höhere demokratische Legitimation* verschafft.

Auf der Verordnungsebene hält Art. 55 FINMAG, wie bereits erwähnt, spezifisch für den Finanzmarktbereich fest, dass der Bundesrat die FINMA ermächtigen kann, «*in Belangen von beschränkter Tragweite, namentlich in vorwiegend technischen Angelegenheiten*», Ausführungsbestimmungen zu den Finanzmarktgesetzen zu erlassen<sup>23</sup>. Auch bei der Finanzmarktregulierung durch die Exekutive und die FINMA ist bei der Subdelegation der Rechtsetzung an eine tiefere Normstufe also die Tragweite der Regelung begleitend.

#### 4. Inhaltliche Leitplanken für die Regulierung durch die FINMA

Art. 7 Abs. 2 FINMAG gibt sodann die *inhaltlichen* Leitplanken sowohl für die Rechtsetzung als auch für die Praxisfestlegung durch die FINMA vor: Zunächst wird hier in Erinnerung gerufen, dass auch die FINMA an den Grundsatz der Verhältnismässigkeit gebunden ist<sup>24</sup>. Nur wo es

nötig ist, darf die FINMA regulieren<sup>25</sup>. Sie darf es vor allem nur im Hinblick auf die in der Gesetzgebung vorgegebenen Aufsichtsziele. Die FINMA ist also nicht befugt, eine Regulierung einzuführen, die ein anderes öffentliches Interesse verfolgt als dasjenige, an welchem sich die Finanzmarktgesetzgebung orientiert.

Das Gesetz zählt zudem vier Gesichtspunkte auf, die bei der Ausgestaltung der Regulierung besonders zu beachten sind: Neben den für die Beaufsichtigten entstehenden *Kosten* und den *unterschiedlichen Geschäftstätigkeiten* und Risiken der Beaufsichtigten hat die FINMA namentlich darauf zu achten, dass ihre Regulierungen sich an den *internationalen Mindeststandards* orientieren, um die internationale *Wettbewerbsfähigkeit* des Schweizer Finanzplatzes und der darauf agierenden Akteure nicht zu kompromittieren<sup>26</sup>.

#### IV. Gewährsartikel als Kompetenzgrundlage für die Regulierung durch die FINMA?

Vor dem Hintergrund der dargelegten rechtlichen Rahmenbedingungen der regulatorischen Tätigkeit der FINMA ist der Frage nachzugehen, welche Tragweite der Gewährsartikel hat und inwieweit sich dieser als *eigenständige Kompetenzgrundlage* für Regulierungen durch die FINMA eignet.

##### 1. Rechtsgrundlagen

Der Gewährsartikel hat seine Grundlage in verschiedenen *Finanzmarktgesetzen*<sup>27</sup>, unter anderem im Bankengesetz. Gemäss Art. 3 Abs. 2 lit c. BankG müssen die in leitender Funktion bei der Bank tätigen Personen im Sinne einer

<sup>21</sup> Roland Feuz, Materielle Gesetzesbegriffe, Diss. Bern 2002, 79 ff.; Müller/Uhlmann (Fn. 1) N 226 ff.

<sup>22</sup> Müller/Uhlmann (Fn. 1) N 228; Thomas Sägger, Neuordnung der Erlassformen der Bundesversammlung, AJP 1998 677 ff., 683 ff.

<sup>23</sup> Auch gemäss Art. 48 Abs. 1 Satz 2 RVOG gilt, dass der Bundesrat bei der Übertragung der Zuständigkeit zum Erlass von Rechtsätzen an die Departemente die «Tragweite der Rechtsätze» zu berücksichtigen hat.

<sup>24</sup> Winzeler (Fn. 15) Art. 7 N 68 f.; Häfelin/Haller/Keller (Fn. 10) N 171.

<sup>25</sup> Vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 5. Januar 2010, B-1092/2009, Ziff. 8.4.1.

<sup>26</sup> Botschaft zu einem Massnahmenpaket zur Stärkung des schweizerischen Finanzsystems vom 5. November 2008, BBl 2008, 8943 ff., 8975.

<sup>27</sup> Art. 14 und 21 VAG i.V.m. Art. 12 und 14 AVO (Versicherungsunternehmen); Art. 67 und Art. 75 VAG (Versicherungsgruppen und -konglomerate); Art. 3 Abs. 2 Bst. b (Börsen und börsenähnliche Einrichtungen) und Art. 10 Abs. 2 Bst. d BEHG (Effektenhändler); Art. 14 Abs. 1 Bst. a und b und Abs. 3 i.V.m. Art. 13 Abs. 1 KAG sowie Art. 10 f. KKV (Fondsleitungen, SICAV, Kommanditgesellschaften für kollektive Kapitalanlagen, SICAF, Depotbanken, Vermögensverwalter, Vertriebs-träger und Vertreter ausländischer kollektiver Kapitalanlagen); Art. 14 Bst. c (Finanzintermediäre) und Art. 24 Abs. 1 Bst. c GwG (Selbstregulierungsorganisationen); Art. 26 Abs. 2 und 3 FINMAG i.V.m. Art. 3 Abs. 1 Bst. b (Prüfgesellschaften) und Art. 4 Bst. b FINMA-PV (Leitende Prüferinnen und Prüfer).

Voraussetzung für die Erteilung und Aufrechterhaltung der Bewilligung zum Bankbetrieb, wie erwähnt, einen guten Ruf geniessen und Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten<sup>28</sup>. Ähnliches gilt für Personen, die *an einer Bank qualifiziert beteiligt* sind oder deren Geschäftstätigkeit auf andere Weise massgebend beeinflussen können<sup>29</sup>. Gemäss Art. 3f BankG wird das Gewährserfordernis schliesslich auch auf die mit der Geschäftsführung sowie der Oberleitung, Aufsicht und Kontrolle betrauten Personen einer Finanzgruppe oder eines Finanzkonglomerats erstreckt.

## 2. Normadressaten

Obgleich sich der Gewährsartikel materiell direkt auf natürliche Personen bezieht, ist in erster Linie die *Bank als Institut* Adressatin der Norm, nicht das Leitungsorgan der Bank oder der qualifiziert Beteiligte<sup>30</sup>. Die Vorschrift wird dadurch gewissermassen «entpersonalisiert»<sup>31</sup>. Parteistellung im Gewährsverfahren vor der FINMA kommt damit der Bank und nicht den eigentlichen Gewährsträgern zu.

## 3. Anforderungen

Beim Gewährserfordernis handelt es sich um einen *unbestimmten Rechtsbegriff* und eine *Generalklausel*, die im Laufe der Zeit in der Praxis eine ethische und rechtspolitische Ergänzung erfahren hat<sup>32</sup>. Die Gewährsvorschrift ver-

langt von den betroffenen Führungspersonen der Bank zunächst einen *guten Leumund* und *ehrliches Verhalten*, aber auch die *Abwesenheit von wesentlichen Interessenkonflikten*. Gefordert wird ausserdem, dass diese *fachlich kompetent* sind. Sie müssen sich bei der Ausübung ihres Berufs sorgfältig und korrekt verhalten. Dies setzt insbesondere voraus, dass sie sich an die *Rechtsordnung* und die bankinternen Reglemente halten<sup>33</sup>. Mit dem Gewährserfordernis ist es namentlich nicht vereinbar, dass eine Bank rechts- oder sittenwidrige Geschäfte tätigt<sup>34</sup>. Nicht mit dem Gebot einwandfreier Geschäftstätigkeit zu vereinbaren ist es nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts auch, wenn das Geschäftsgebot gegen «Standesregeln oder vertragliche Vereinbarungen mit Kunden bzw. gegen die Treue- und Sorgfaltspflicht diesen gegenüber» verstosse<sup>35</sup>.

Neben dem *Gläubigerschutz* als Hauptzweck wird bei der Bankenaufsicht schliesslich vermehrt auf den Zweck des *Schutzes des Finanzplatzes Schweiz* und der Vertrauenswürdigkeit der Schweizer Banken abgestellt<sup>36</sup>. So hat das Bundesgericht beispielsweise die Unvereinbarkeit von rechts- und sittenwidrigen Geschäften mit dem Erfordernis der Gewähr einer einwandfreien Geschäftstätigkeit damit begründet, dass ein solches Verhalten die Vertrauenswürdigkeit der jeweiligen Bank und unter Umständen aller Schweizer Banken beeinträchtigen könne<sup>37</sup>. Dass der Funktionsschutz unter dem Druck der Politik und der internationalen Entwicklung neben dem Gläubigerschutz in Zusammenhang mit dem Gewährserfordernis an Bedeutung gewinnt, schlägt sich zwangsläufig auch in der Regulierungstätigkeit der FINMA nieder. Nachfolgend werden dazu drei Beispiele aus der jüngeren Praxis aufgegriffen, in denen die FINMA mit jeweils unterschiedlichen Regulierungsinstrumenten auf den Gewährsartikel als Rechtsgrundlage verwiesen hat. Anhand dieser Beispiele wird die Tragweite des Gewährsartikels näher beurteilt.

<sup>28</sup> Vgl. dazu *Christoph Winzeler*, Kommentierung von Art. 3 BankG, in: *Basler Kommentar zum Bankengesetz*, 2. A. Basel 2013, Art. 3 N 16 ff.; *Peter Nobel*, *Schweizerisches Finanzmarktrecht und internationale Standards*, 3. A. Bern 2010, § 8 N 82 ff.; *Kleiner/Schwob*, in: *Zobl et al. (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen*, 21. Nachlieferung Zürich 2013, Art. 3 N 163 ff.; *Marcel Livio Aellen*, *Die Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit gemäss Art. 3 Abs. 2 lit. c des Bankengesetzes*, Diss. St. Gallen 1990.

<sup>29</sup> Art. 3 Abs. 2 c<sup>bis</sup> BankG.

<sup>30</sup> Vgl. *Winzeler* (Fn. 28) Art. 3 N 23; *Rhinow/Bayerdörfer*, *Rechtsfragen der Schweizerischen Bankenaufsicht*, Basel 1990, N 121; BGE 111 Ib 126; Verfügung der FINMA i.S. Bank Vontobel/Think Tools vom 19. März 2003, publiziert in *EBK Bulletin* 45/2004, 164 ff.; vgl. auch FINMA, *Untersuchung der EBK des grenzüberschreitenden Geschäfts der UBS AG mit Privatkunden in den USA*, Februar 2009.

<sup>31</sup> *Nobel* (Fn. 28) § 8 N 83.

<sup>32</sup> *Kleiner/Schwob* (Fn. 28) Art. 3 N 163; *Nobel* (Fn. 28) § 8 N 86.

<sup>33</sup> *Ender/von der Crone*, *SZW* 2010, 506 ff., 512; *Kleiner/Schwob* (Fn. 28) Art. 3 N 184 ff.

<sup>34</sup> BGE 111 Ib 127; BGE 108 Ib 190.

<sup>35</sup> Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 4. März 2008, B-3708/2007; vgl. auch *Oliver Arter*, *Bankenaufsichtsrecht in der Schweiz, Standortbestimmung und Zukunftsperspektiven am Vorabend der FINMA*, Bern 2008, 124.

<sup>36</sup> *Kleiner/Schwob* (Fn. 28) Art. 3 N 163; *Nobel* (Fn. 28) § 9 N 5.

<sup>37</sup> BGE 111 Ib 127; *EBK Bulletin* 23/1993, 27.

## V. Ausgewählte Beispiele aus der jüngeren «Regulierungspraxis» der FINMA

### 1. «Positionspapier Rechtsrisiken» vom 22. Oktober 2010 und Mitteilung «Grenzüberschreitendes Finanzdienstleistungsgeschäft» vom 19. Juni 2012

#### a) Gegenstand

Am 22. Oktober 2010 hat die FINMA ein sogenanntes «Positionspapier» zu den Rechts- und Reputationsrisiken im grenzüberschreitenden Finanzdienstleistungsgeschäft publiziert<sup>38</sup>. In diesem Dokument präzisiert die Aufsichtsbehörde ihre Erwartungen in Bezug auf den Umgang der Beaufsichtigten mit den ihrem grenzüberschreitenden Geschäft inhärenten Rechts- und Reputationsrisiken. Insbesondere werden die Beaufsichtigten darin aufgefordert, ihre grenzüberschreitenden Aktivitäten einer umfangreichen Analyse zu unterziehen und die damit verbundenen Risiken zu erfassen, zu begrenzen und zu kontrollieren.

Zur Begründung führt die FINMA an, das FINMAG statuiere zwar keine direkt und explizit formulierte Pflicht der Beaufsichtigten zur Einhaltung ausländischen Rechts; die Verletzung ausländischen Rechts könne jedoch gegen bestimmte – zugegebenermassen «offen formulierte» – schweizerische Aufsichtsnormen verstossen, so insbesondere gegen das Erfordernis der Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit<sup>39</sup>. Die aufsichtsrechtlichen Organisationsvorschriften – namentlich Art. 9 Abs. 2 und 4 BankV<sup>40</sup> – verlangten zudem, dass alle Risiken, einschliesslich Rechts- und Reputationsrisiken, angemessen erfasst, begrenzt und überwacht werden müssten und ein wirksames internes Kontrollsystem errichtet werde.

In ihrer *Mitteilung «Grenzüberschreitendes Finanzdienstleistungsgeschäft»* vom 19. Juni 2012<sup>41</sup> präzisiert die FINMA sodann ihre Erwartungen zu den Pflichten der Banken mittels eines Katalogs von «Häufig gestellten Fragen» (FAQ). Darin stellt die FINMA unter anderem klar, welche Rechtsrisiken analysiert werden müssen, welche Massnahmen zu treffen sind, wer für die Umsetzung des

Risikomanagements zuständig ist und in welcher Form Kundenberaterinnen und Kundenberater zu instruieren sind.

#### b) Rechtliche Beurteilung

In *formeller* Hinsicht ist zunächst festzustellen, dass die FINMA sich nicht wie im FINMAG vorgesehen eines Rundschreibens bedient<sup>42</sup>, um über ihre Anwendung des Aufsichtsrechts in Zusammenhang mit Rechts- und Reputationsrisiken im grenzüberschreitenden Finanzdienstleistungsgeschäft zu orientieren. Die einschlägigen Erwartungen an die Beaufsichtigten finden sich vielmehr in einem sogenannten «*Positionspapier*», in einer *Mitteilung* und in *FAQ*. Da diese Regulierungsinstrumente gesetzlich nicht ausdrücklich vorgesehen sind<sup>43</sup>, stellt sich vorab die Frage, ob diese überhaupt zulässig sind. Nach der hier vertretenen Auffassung verfügt eine Verwaltungsbehörde an sich über ein *grosses Ermessen*, wie sie das Gesetzes- und Verordnungsrecht zu vollziehen gedenkt. Die Bestimmung in Art. 7 Abs. 1 FINMAG trägt denn auch den Titel «Regulierungsgrundsätze». Die unterstützende Verwendung weiterer Instrumente zur Erläuterung der Anwendung der Finanzmarktgesetzgebung seitens der FINMA ist somit wohl zulässig. Art. 7 Abs. 1 FINMAG dürfte mithin *nicht* als abschliessende Aufzählung der Regulierungsinstrumente der FINMA zu verstehen sein.

Im Gegensatz zu den Rundschreiben, welche zwar nicht in der Gesetzessammlung zu publizieren, den Betroffenen aber – das indiziert schon der Begriff – *aktiv mitzuteilen* sind, ist bei anderen Regulierungsformen eine Information der Betroffenen nach dem Push-System nicht gewährleistet. So müssen sich die Beaufsichtigten etwa hinsichtlich der FAQ auf der Internetseite periodisch selber informieren, wodurch eine zeitgerechte Information unter Umständen nicht sichergestellt ist. Das ist im Lichte des rechtsstaatlichen *Publizitätsgebots*, wonach die Publikation von Erlassen Voraussetzung ihrer Verbindlichkeit für die Privaten ist<sup>44</sup>, insbesondere dann heikel, wenn solche hybriden Regulierungsformen nicht bloss erläuternd und unterstützend eingesetzt werden, sondern *neue Anforderungen* begründen. Das Publizitätsgebot verbietet jedenfalls eine Praxis, wie sie etwa der römische Kaiser *Cali-*

<sup>38</sup> Positionspapier der FINMA zu den Rechts- und Reputationsrisiken im grenzüberschreitenden Finanzdienstleistungsgeschäft vom 22. Oktober 2010 («Positionspapier Rechtsrisiken»).

<sup>39</sup> Positionspapier Rechtsrisiken (Fn. 38) 12.

<sup>40</sup> Verordnung über die Banken und Sparkassen vom 17. Mai 1972, SR 952.02.

<sup>41</sup> FINMA-Mitteilung 37 (2012), Grenzüberschreitendes Finanzdienstleistungsgeschäft – FAQs zum Positionspapier Rechtsrisiken vom 19. Juni 2012.

<sup>42</sup> Vgl. Botschaft FINMAG (Fn. 14) 2861; *Winzeler* (Fn. 15) Art. 7 N 19.

<sup>43</sup> Vgl. Art. 7 FINMAG; auch in der Botschaft FINMAG (Fn. 14) werden diese hybriden Regelungsinstrumente nicht erwähnt.

<sup>44</sup> *Müller/Uhlmann* (Fn. 1) N 165; *Haefelin/Müller/Uhlmann*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. A. Zürich 2010, N 315 ff.

*gula*<sup>45</sup> gepflegt haben soll. Dieser habe die Gesetzestexte zwar durch öffentlichen Aushang publiziert, sie aber so hoch anschlagen und mit so kleinen Buchstaben schreiben lassen, dass niemand sie lesen konnte<sup>46</sup>. Soweit die FINMA also neben den Verordnungen und Rundschreiben alternative Instrumente zur Regulierung oder Orientierung der von ihr Beaufsichtigten verwendet, dürfen diese nicht dazu verwendet werden, um die mit den Rundschreiben bezweckte aktive Information der Betroffenen zu unterlaufen. Das ergibt sich auch aus Art. 7 Abs. 4 FINMAG, wonach die FINMA für einen *transparenten* Regulierungsprozess und eine angemessene Beteiligung der Betroffenen zu sorgen hat<sup>47</sup>.

Vor dem Hintergrund des dargelegten Regulierungskompetenzrahmens der FINMA<sup>48</sup> und der allgemeinen Grundsätze der Normenhierarchie<sup>49</sup> stellt sich sodann die Frage, ob die seitens der FINMA geforderten Massnahmen zum Umgang mit Rechts- und Reputationsrisiken aufgrund ihrer *Tragweite* nicht ausserhalb der Regulierungskompetenz der FINMA liegen und nicht auf höherer Normstufe geregelt werden müssten. Dass die im Positionspapier aufgegriffene Thematik nicht von beschränkter Tragweite<sup>50</sup> ist, macht die FINMA in diesem Dokument einleitend gleich selber deutlich: Demnach könnten – so die FINMA – die Rechts- und Reputationsrisiken im grenzüberschreitenden Finanzdienstleistungsverkehr für einzelne Institute existenzbedrohende und «für die Volkswirtschaft destabilisierende Ausmasse» annehmen<sup>51</sup>. Obgleich das FINMAG keine direkt und explizit formulierte Pflicht der Beaufsichtigten zur Einhaltung ausländischen Rechts statuiert, verlangt die FINMA in ihrem Positionspapier und in ihrer Mitteilung vom Juni 2012 im Grunde also genau dies. Es liegt auf der Hand, dass diese Frage einen *erheblichen Eingriff in die Rechtsposition der Beaufsichtigten* mit sich bringt und nicht von beschränkter Tragweite ist. Deren Regelung könnte somit nicht einmal im Sinne von Art. 55 Abs. 2 FINMAG vom Bundesrat an die FINMA delegiert werden. Sie bedarf vielmehr einer Entscheidung des Gesetzgebers, zumindest aber des Bundesrates.

Es stellt sich nun aber noch die Frage, ob die FINMA die betreffende Regulierung nicht bereits auf eine materielle Norm auf der hinreichenden Normstufe abstützen kann, denn sie beruft sich ja auf das *Gewährerfordernis* in Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG und auf die Pflichten der Banken im Bereich ihres *Risikomanagements* gemäss Art. 9 Abs. 2 und 4 BankV. Bei näherer Betrachtung wird jedoch klar, dass der Gewährsartikel nicht als «Wildcard» zu beliebiger ergänzender Regulierung durch die FINMA verstanden werden kann<sup>52</sup>: Die FINMA verfügt, wie bereits dargelegt, über *keine eigenständige Rechtsetzungskompetenz*, und der hierfür zuständige Bundesrat hat keine Ausführungsbestimmungen zum Gewährsartikel erlassen. Dieser könnte seine Rechtsetzungskompetenz ohnehin nur in Belangen von beschränkter Tragweite weiter an die FINMA delegieren<sup>53</sup>. Wo aber die FINMA nicht kraft Delegation Recht setzen kann, bleibt sie darauf verwiesen, ihre Praxis der Gesetzesanwendung zu definieren und in Rundschreiben bekannt zu machen. Dafür setzt der Gewährsartikel jedoch keinen hinreichend bestimmten verbindlichen Kompetenzrahmen<sup>54</sup>. Wenn schon in der Rechtsetzung die Delegation an eine untergeordnete Instanz die Vorgabe eines klaren Rahmens und hinreichende Bestimmtheit verlangt<sup>55</sup>, so muss dies erst recht für jede regulatorische Tätigkeit der Verwaltung gelten. Der Gewährsartikel kann somit nicht für sich allein als Kompetenznorm in dem Sinne betrachtet werden, dass die FINMA ermächtigt wäre, konkretisierende Regeln zur dauernden Einführung eines neuen Regimes hinsichtlich des Umgangs mit Rechts- und Reputationsrisiken im grenzüberschreitenden Finanzdienstleistungsgeschäft zu erlassen<sup>56</sup>.

Auch die auf niedriger Normstufe angerufenen organisatorischen Aufsichtsbestimmungen in Art. 9 Abs. 2 und 4 BankV eignen sich hierfür nicht als hinreichend bestimmte Rechtsgrundlagen: Denn inwieweit die Schweizer Banken ausländisches Recht einzuhalten und wie sie sich im grenzüberschreitenden Finanzdienstleistungsgeschäft zu verhalten haben, sind nicht in erster Linie Fragen des Risiko-

<sup>45</sup> 12–41 n. Chr.

<sup>46</sup> Vgl. Max Baumann, Caligula oder Anmerkungen zur Publikationspraxis schweizerischer Gesetzgeber, in: Gesetzgebung heute 1992/93 51.

<sup>47</sup> Vgl. auch FINMA Leitlinien zur Finanzmarktregulierung vom 3. Juli 2013, Ziffern 12 und 14.

<sup>48</sup> Vgl. oben Abschnitte III. 1. und 2.

<sup>49</sup> Vgl. oben Abschnitt III. 3.

<sup>50</sup> Vgl. Art. 55 Abs. 2 FINMAG.

<sup>51</sup> Positionspapier Rechtsrisiken (Fn. 38) 2.

<sup>52</sup> Felix Uhlmann, Überstrapazierte Gewährsklausel in der Finanzmarktregulierung, NZZ Nr. 96 vom 26. April 2013, 23; Kleiner/Schwob (Fn. 28) Art. 3 N 168; Beat Kleiner, Kommentierung von Art. 23<sup>ter</sup> BankG, in: Zobl et al. (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen, 21. Nachlieferung Zürich 2013, Art. 23<sup>ter</sup> N 2 ff.

<sup>53</sup> Art. 55 Abs. 1 FINMAG; vgl. oben Abschnitt III. 2.

<sup>54</sup> Kleiner/Schwob (Fn. 28) Art. 3 N 168; Uhlmann (Fn. 52); Kleiner (Fn. 52) Art. 23<sup>ter</sup> N 2 ff.

<sup>55</sup> Art. 164 Abs. 2 BV; vgl. BGE 137 II 409, 413; 136 I 29, 33 ff.; 134 I 322, 327; 133 II 331, 347 f.; Müller/Uhlmann (Fn. 1) N 414.

<sup>56</sup> Kleiner (Fn. 52) Art. 23<sup>ter</sup> N 1 ff.

managements oder der internen Kontrolle eines Instituts, sondern ganz *grundsätzliche* Fragen<sup>57</sup>. Sie tangieren geradezu die Zielsetzung der schweizerischen Finanz- und Aussenpolitik und sind daher im Grunde vom Gesetzgeber zu entscheiden.

## 2. FAQ «Oberleitung von Banken und Effektenhändlern» vom 28. August 2012

### a) Gegenstand

Ohne Vorwarnung durch ein Positionspapier oder eine Mitteilung – wie immerhin noch im soeben geschilderten Fall – hält die FINMA sodann auf ihrer Homepage unter der Rubrik «Häufig gestellte Fragen (FAQ)» zum Thema Oberleitung von Banken und Effektenhändlern<sup>58</sup> seit 28. August 2012 auch fest: «Das Oberleitungsorgan nimmt als oberste Führungs- und Kontrollinstanz innerhalb einer Bank oder eines Effektenhändlers eine zentrale Gewährsposition ein. Die FINMA hat gegenüber der Oberleitung und deren Mitgliedern entsprechend hohe Erwartungen.» Sie stellt sodann unter anderem klar, welches aus ihrer Sicht die Voraussetzungen für ständige Ausschüsse von Banken sind und verlangt namentlich, dass Institute ab einer bestimmten Grösse und abhängig von dessen Risikoprofil und Komplexität einen Prüfungsausschuss «und einen Risikoausschuss» einzurichten haben<sup>59</sup>.

### b) Rechtliche Beurteilung

Während man in Bezug auf das Erfordernis der Einrichtung eines Prüfungsausschusses im Rundschreiben 2008/24 «Überwachung und interne Kontrolle Banken» immerhin noch eine konkrete Grundlage findet<sup>60</sup>, sucht man in Bezug auf die Anforderung der Bildung eines separaten Risikoausschusses im finanzmarktrechtlichen Regulierungsgefüge vergeblich nach einer Grundlage. Dass jedenfalls der Gewährsartikel für sich allein nicht als autonome Kompetenzgrundlage für die Regulierung der internen Organi-

sation einer Bank herangezogen werden kann, ist bereits dargelegt worden. Auf hohem Abstraktionslevel liesse sich freilich – wie im Falle des erwähnten Rundschreibens – Art. 3 Abs. 2 lit. a BankG anrufen, wonach die Bank eine «ihrer Geschäftstätigkeit entsprechende Verwaltungsorganisation» vorzusehen hat. Dieser Bestimmung ist indessen nicht eine Vorgabe zu entnehmen, welche auf ein Erfordernis zur gesonderten Bildung eines separaten Risikoausschusses schliessen lassen könnte. Entsprechendes lässt sich auch nicht der Bankverordnung oder einem Rundschreiben entnehmen. Art. 9 Abs. 2 BankV schreibt zwar vor, dass die Bank die Grundzüge des Risikomanagements sowie die Zuständigkeit und das Verfahren für die Bewilligung von risikobehafteten Geschäften zu regeln hat, und gemäss Art. 9 Abs. 4 BankV hat die Bank ein wirksames Kontrollsystem einzurichten. Gemäss FINMA-Rundschreiben 2008/24 sind diese Bestimmungen indessen gerade nicht dahingehend zu interpretieren, dass Banken neben einem Prüfungsausschuss auch einen Risikoausschuss einzurichten haben. Im Gegenteil, dort steht einzig: «Ab einer gewissen Grösse oder Komplexität des Instituts ist ein Audit Committee einzurichten<sup>61</sup>.»

Indem die FINMA den von ihr beaufsichtigten Instituten – offenbar einem internationalen Trend folgend<sup>62</sup> – unter Berufung auf das Gewährserfordernis die Bildung bestimmter Ausschüsse vorschreibt, greift sie relativ tief in die Organisationskompetenz der obersten Leitungsorgane der Bank ein, die das Aktienrecht an sich bewusst «unentziehbar» konzipiert hat<sup>63</sup>, und beschränkt deren Gestaltungsfreiheit hinsichtlich der Ausschussbildung auf der obersten Führungsebene. Es handelt sich hierbei um eine Anforderung mit einer Tragweite, die im Grunde auf Verordnungsstufe geregelt, zumindest aber in einem Rundschreiben adressiert und auf diese Weise den Betroffenen nach dem Push-System auch aktiv mitgeteilt werden müsste. Dass solche neuen Anforderungen an die Organi-

<sup>57</sup> Vgl. *Monika Roth*, Gewähr für eine einwandfreie Geschäftsführung, NZZ Nr. 163 vom 17. Juli 2013, 19.

<sup>58</sup> FINMA, Häufig gestellte Fragen (FAQ), Oberleitung von Banken und Effektenhändlern vom 28. August 2012, <http://www.finma.ch/d/faq/beaufsichtigte/Seiten/oberleitung-banken-effektenhaendler.aspx>.

<sup>59</sup> Vgl. dazu *Wolfgang Hartmann*, Aufgaben und Rolle des Risikoausschusses von Banken, in: Hopt/Wohlmannstetter (Hrsg.), Handbuch Corporate Governance von Banken, München 2011, 528 ff.; *Susan Emmenegger*, Prudentielle Corporate Governance, in: Susan Emmenegger (Hrsg.), Corporate Governance, Basel 2011, 1 ff., 46 f.

<sup>60</sup> FINMA-Rundschreiben 2008/24, Überwachung und interne Kontrolle Banken, vom 20. November 2008.

<sup>61</sup> FINMA-Rundschreiben 2008/24 (Fn. 60) N 29.

<sup>62</sup> Vgl. *Committee of European Banking Supervisors/European Banking Authority*, Consultation Paper on the Guidebook on Internal Governance (CP44), 13. Oktober 2012, [www.eba.europa.eu/documents/Publications/Consultation-papers/2010/CP44/CP44.aspx](http://www.eba.europa.eu/documents/Publications/Consultation-papers/2010/CP44/CP44.aspx); *Basel Committee on Banking Supervision*, Principles for Enhancing Corporate Governance, October 2010, N 52, [www.bis.org/publ/bcbs176.htm](http://www.bis.org/publ/bcbs176.htm).

<sup>63</sup> Art. 716a Abs. 1 OR. Vgl. *Peter Bockli*, Schweizer Aktienrecht, 4. A. Zürich 2009, § 13 N 284 ff.; *Meier-Hayoz/Forstmoser*, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 11. A. Bern 2012, § 16 N 410 ff.; *Watter/Roth Pellanda*, Kommentierung von Art. 716 bis 717 OR, in: Honsell/Vogt/Watter (Hrsg.), Basler Kommentar zum Obligationenrecht, 4. A. Basel 2012, Art. 716a N 1 ff.

sation der obersten Führungsebene von Banken quasi «über die Hintertüre» eingeführt werden und nur noch auf der Internetseite unter den FAQ zu finden sind, über welche sich diese selber informieren müssen, ist unzureichend. FAQ können allenfalls zur Unterstützung von Rundschreiben verwendet werden; sie dürfen jedoch nicht eine neue, in Art. 7 Abs. 1 FINMAG nicht vorgesehene Regulierungsebene eröffnen und auf dieser *neue materielle Anforderungen* definieren, die aus den abstrakten Gesetzesnormen so nicht abzuleiten sind<sup>64</sup>. Problematisch ist auch, dass dadurch die im Begriff des Rundschreibens implizit enthaltene aktive Mitteilungspflicht der FINMA an die Beaufichtigten unterlaufen wird.

### 3. FINMA-Mitteilung «Aufsichtsrechtliche Massnahmen – Retrozessionen» vom 26. November 2012

#### a) Gegenstand

Am 26. November 2012 hat die FINMA in der Form einer «Mitteilung» in Zusammenhang mit einem zuvor gefällten Entscheid des Bundesgerichts<sup>65</sup> aufsichtsrechtliche Massnahmen ergriffen<sup>66</sup>. Nachdem das Bundesgericht festgestellt hatte, dass auch Bestandespflegekommissionen, welche die Banken von Dritten beziehen, als Retrozessionen zu qualifizieren und somit nach auftragsrechtlichen Grundsätzen dem Kunden herauszugeben seien<sup>67</sup>, fasste die FINMA in der erwähnten Mitteilung die Anforderungen zusammen, die sich aus aufsichtsrechtlicher Sicht aus dem Urteil für die Beaufichtigten unmittelbar ergeben: Demnach hätten die Banken zur Herstellung der notwendigen Transparenz insbesondere alle potentiell betroffenen

Kunden zu kontaktieren und über den Entscheid aktiv in Kenntnis zu setzen<sup>68</sup>. Die FINMA räumt in ihrer Mitteilung zwar ein, dass sie als Aufsichtsbehörde nicht für die Beurteilung und Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche zwischen Beaufichtigten und ihren Kunden zuständig sei. Allfällige Ansprüche auf Herausgabe von Bestandespflegekommissionen müssten daher auf dem zivilrechtlichen Weg geltend gemacht und gegebenenfalls durchgesetzt werden<sup>69</sup>. «Die systematische Einhaltung der massgebenden zivilrechtlichen Pflichten durch die Beaufichtigten» sei aber – so die FINMA – «Bestandteil des aufsichtsrechtlichen Erfordernisses einer einwandfreien Geschäftstätigkeit», d.h. Banken müssten so organisiert und geführt sein, dass die Einhaltung ihrer vertraglichen Pflichten insgesamt gewährleistet sei<sup>70</sup>.

#### b) Rechtliche Beurteilung

Mit diesen aufsichtsrechtlichen Massnahmen hat die FINMA den betroffenen Banken Pflichten auferlegt, die zumindest für einen Teil der Institute *von grosser finanzieller Bedeutung* sind. Ausserdem greift sie damit in das Zivilrecht ein, indem sie den betroffenen Kunden zu Lasten der Banken die Durchsetzung ihrer zivilrechtlichen Ansprüche erleichtert. Es liegt auf der Hand, dass diese Eingriffe – soweit sie nicht auch materiell über das der FINMA gesetzlich eingeräumte Ermessen bei der Anwendung des Aufsichtsrechts hinausgehen – nach den dargelegten Grundsätzen der Normenhierarchie aufgrund ihrer Tragweite für die betroffenen Institute auf Verordnungsstufe, zumindest aber in einem Rundschreiben hätten festgelegt werden müssen.

Die FINMA kann sich in diesem Zusammenhang auch nicht auf den gesetzlichen Gewährsartikel berufen<sup>71</sup>. Dieser eignet sich, wie bereits dargelegt, nicht als autonome Kompetenzgrundlage für die Regulierung durch die FINMA. Er verleiht ihr namentlich nicht die Kompetenz, für die vertraglichen Beziehungen zu Kunden *eigene «Sorgfaltspflichten»* aufzustellen<sup>72</sup>. Bei der Aufsicht über die Geschäftstätigkeit der Banken ist klar zwischen den *vertragsrechtlichen Regeln des OR*, die Rechte und Pflichten von Kunde und Bank regeln, einerseits und der *verwaltungs-*

<sup>64</sup> So werden die FAQ denn auch von der FINMA selbst auf ihrer Internetseite als «rein informativ» bezeichnet.

<sup>65</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_127/2012 und 4A\_141/2012 vom 30. Oktober 2012. Vgl. in diesem Zusammenhang auch die früheren Entscheide BGE 137 III 393 ff. und BGE 132 III 460 ff.

<sup>66</sup> FINMA-Mitteilung 41 (2012) vom 26. November 2012, Aufsichtsrechtliche Massnahmen – Retrozessionen.

<sup>67</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_127/2012 und 4A\_141/2012 vom 30. Oktober 2012, E. 5.6; vgl. dazu *Peter Nobel*, Das Bundesgericht zu den Bestandespflegekommissionen, Jusletter 19. November 2012; *Oliver Arter*, Entscheidbesprechungen zu den Entscheiden des Bundesgerichts 4A\_127/2012 und 4A\_141/2012 vom 30. Oktober 2012, AJP 2013, 122 ff.; *Mathys/Roberto*, Wann verjähren Bestandespflegekommissionen?, in: Jusletter 19. November 2012; *Jean-Marc Schaller*, Retrozessionen: Nochmals zur Verjährungsfrage, in: Jusletter 3. Dezember 2012 und *ders.*, Handbuch des Vermögensverwaltungsrechts – Grundlagen – Haftung – Zivilprozess – Aufsicht – Strafrecht, Zürich 2013, N 391 ff., 689 ff.; *Monika Roth*, Retrozessionen – no sense of timing and reasoning?, in: Jusletter 11. Februar 2013.

<sup>68</sup> FINMA-Mitteilung 41 (Fn. 66) 5.

<sup>69</sup> FINMA-Mitteilung 41 (Fn. 66) 4.

<sup>70</sup> FINMA-Mitteilung 41 (Fn. 66) 5.

<sup>71</sup> A.M. offenbar *Monika Roth*, Retrozessionen – no sense of timing and reasoning?, Jusletter 11. Februar 2013, Rz. 3.

<sup>72</sup> Vgl. *Schaller* (Fn. 67) N. 692 ff.; *Kleiner* (Fn. 52) Art. 23<sup>ter</sup> N 2 ff.; *Uhlmann* (Fn. 52) 23; *Kleiner/Schwob* (Fn. 28) Art 3 N 168.

rechtlichen Aufsichtsordnung andererseits zu unterscheiden. Die Beurteilung von Auseinandersetzungen zwischen Kunde und Bank ist in erster Linie Sache der Zivilgerichte. Die Gewährsfrage kann sich hier zwar allenfalls dann stellen, wenn die in Frage stehenden Verfehlungen einer Bank nicht Einzelfälle bilden, sondern auf ein *strukturelles Problem in der Geschäftsführung der Bank* zurückzuführen und damit aufsichtsrechtlich relevant sind<sup>73</sup>. Die FINMA hat jedoch keine Kompetenz, ausserhalb der Rechtsordnung stehende allgemeine Sorgfaltspflichten aufzustellen, um damit indirekt das OR zu ergänzen oder eine vom Zivilrecht abweichende, zu Lasten der Bank gehende Auslegung im Bereich des Vertragsrechts vorzunehmen. Zusatzregelungen zum Vertragsrecht können nur auf gesetzlichem Weg geschaffen werden, wie dies etwa mit Art. 11 BEHG geschehen ist, der eine spezifische Sorgfaltspflicht des Effektenhändlers gegenüber seinen Kunden statuiert. Das Bankengesetz kennt jedoch keine solche Bestimmung<sup>74</sup>.

Der im Gewährsartikel ebenfalls enthaltene Begriff des *guten Rufes* kann hier natürlich zu willkürlichen Qualifikationen verleiten. Es ist indes unbestritten, dass mit diesem Begriff *nicht* eine Grundlage für eine neben der Rechtsordnung stehende, allein für Bankangestellte geltende *«Moralordnung»* geschaffen worden ist<sup>75</sup>. Das Verhalten der Bank bzw. ihrer Organe muss gegen die Rechtsordnung verstossen. Es muss also rechts- oder sittenwidrig sein. Aus rechtsstaatlicher Sicht ist zur Beurteilung der Geschäftstätigkeit auf klar erfassbare rechtlich verbindliche Normen abzustellen.

## VI. Schluss

Anhand der geschilderten ausgewählten Beispiele aus der Praxis der jüngsten Regulierungstätigkeit der FINMA wird klar, dass diese mit den nicht näher definierten Regelungsinstrumenten relativ substanziell und vor allem *detailliert*

in die Geschäftspolitik und unternehmerische Freiheit dieser Finanzinstitute eingreift und dabei sogar in den Kernkompetenzbereich der Führungsorgane vordringt: Aus rechtsstaatlicher Sicht ist diese Art der *hybriden Regulierung* vor allem heikel, weil sie zu einer *Verwischung der Grenze zwischen Rechtsetzung und Rechtsanwendung* führt<sup>76</sup>: Standardsituationen werden zwar generell-abstrakt geregelt, jedoch zugleich so konkret beantwortet, dass die Rechtslage wie bei Allgemeinverfügungen abschliessend geregelt wird. Dennoch genügt der Erlass weder den für *Rechtsetzungsakte* vorgesehenen Verfahren noch dem bei *Rechtsanwendungsakten* zu gewährenden Anspruch auf rechtliches Gehör<sup>77</sup>. Obschon die betreffenden Anordnungen der FINMA formell keine Rechtskraft entfalten, sind die von ihr betroffenen Finanzinstitute *faktisch* daran gebunden, während die Behörden grundsätzlich davon abweichen können.

In modernen Finanzmärkten ist die vollständige Deregulierung sicher keine Option. Verlässliche regulatorische Signale sind eine unentbehrliche Voraussetzung für funktionierende Finanzmärkte geworden. Die Gewährleistung der guten Ordnung auf den Finanzmärkten ist dabei primär eine Aufgabe des *Staates*. Der Staat hat aber jedes Interesse daran, dass die Unternehmen prosperieren, und er muss ihnen daher auch die Freiheit überlassen, jene Strukturen zu entwickeln, die sie zur Entfaltung einer erfolgreichen Geschäftstätigkeit für richtig erachten. Die FINMA ist somit bei ihrer Regulierungstätigkeit gefordert, die für das Gedeihen der Wirtschaft erforderliche Freiheit und die legitimen Schutzinteressen der Marktteilnehmer gegeneinander abzuwägen<sup>78</sup>. Sie hat dabei auch unter den Einflüssen der internationalen *«peer pressure»* und der medialen Skandalbewirtschaftung darauf zu achten, dass ihre Regulierungen in die *staatlichen Strukturen* und in die *politische Verantwortung* eingebunden bleiben.

<sup>73</sup> So auch Schaller (Fn. 67) N 693.

<sup>74</sup> Bahar/Stupp, Kommentierung von Art. 11 BEHG, in: Basler Kommentar zum Börsengesetz, 2. A. Basel 2011, Art. 11 N 2; Kleiner/Schwob (Fn. 28) Art. 3 N 172.

<sup>75</sup> Kleiner/Schwob (Fn. 28) Art. 3 N 165.

<sup>76</sup> Dazu bereits früher Bühler (Fn. 1) 475.

<sup>77</sup> Gericke (Fn. 9) 367; Alexandre Flückiger, Régulation, dérégulation, autorégulation: l'émergence des actes étatiques non obligatoires, ZSR 2004 II, 159 ff., 276; Bühler (Fn. 1) 475.

<sup>78</sup> Bühler (Fn. 1) 478.