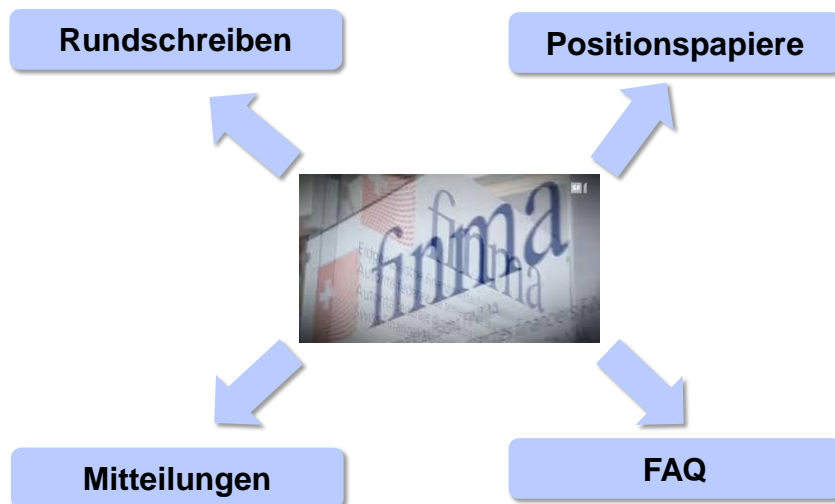


Gewährsartikel: «Wildcard» für die Regulierung durch die FINMA?



Christoph B. Bühler

Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M.
Privatdozent für Schweizerisches und Internationales Handels- und Wirtschaftsrecht
an der Universität Zürich



Rechtsstaatliche Rahmenbedingungen der Finanzmarktregulierung

«Grundlage und Schranke staatlichen Handelns ist das Recht.»
(Art. 5 Abs. 1 BV)



Rechtsstaatliche Rahmenbedingungen der Finanzmarktregulierung

Formell:

- Gesetzmässigkeit der Verwaltung
- Gewaltenteilung
- Gerichtlicher Rechtsschutz
- Bestimmtheitsgebot

Materiell:

- Grundrechte
- Öffentliches Interesse
- Verhältnismässigkeit
- Treu und Glauben



Kompetenzrahmen für die Regulierung durch die FINMA

Art. 7 Abs. 1 FINMAG

«¹Die FINMA reguliert durch:

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

Kompetenzrahmen für die Regulierung durch die FINMA

Art. 55 FINMAG

«¹Der Bundesrat erlässt die Ausführungsbestimmungen.

²Er kann die FINMA ermächtigen, in Belangen von beschränkter Tragweite, namentlich in vorwiegend technischen Angelegenheiten, Ausführungsbestimmungen zu diesem Gesetz und zu den Finanzmarktgesetzen zu erlassen.»

Hierarchie der Regulierungsinstrumente

Gesetz (FINMAG / Finanzmarktgesetze)

Verordnungen des Bundesrates

Verordnungen der FINMA

Rundschreiben der FINMA

Inhaltliche Leitplanken für die Regulierung durch die FINMA

Art. 7 Abs. 2 FINMAG

«²Sie reguliert nur, soweit dies mit Blick auf die Aufsichtsziele nötig ist.
Dabei berücksichtigt sie insbesondere:

- a. die **Kosten**, die den Beaufsichtigten durch die Regulierung entstehen;
- b. wie sich die Regulierung auf den **Wettbewerb**, die Innovationsfähigkeit und die internationale Wettbewerbsfähigkeit des Finanzplatzes Schweiz auswirkt;
- c. die unterschiedlichen **Geschäftstätigkeiten** und **Risiken** der Beaufsichtigten; und
- d. die **internationalen Mindeststandards**.»

Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit

Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG

«¹Die Bank bedarf zur Aufnahme der Geschäftstätigkeit einer Bewilligung der FINMA; sie darf nicht ins Handelsregister eingetragen werden, bevor diese Bewilligung erteilt ist.

²Die Bewilligung wird erteilt, wenn:

[...]

c. die mit der Verwaltung und Geschäftsführung der Bank betrauten Personen einen guten Ruf geniessen und Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten; ...»

Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit

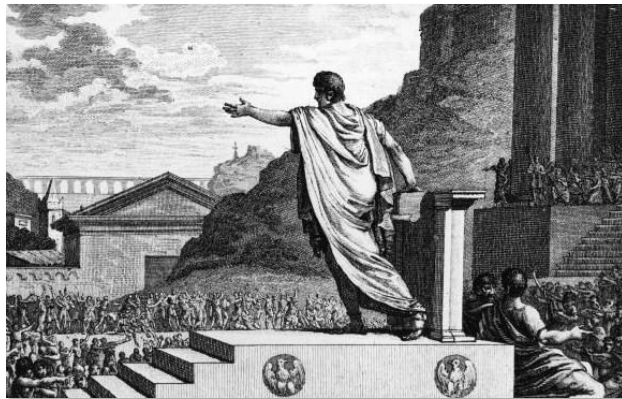
- Bank als Institut ist Normadressatin
- unbestimmter Rechtsbegriff und Generalklausel
- guter Leumund, ehrliches Verhalten, kein Interessenkonflikt, fachliche Kompetenz
- Einhaltung der Rechtsordnung, Sorgfalt bei der Geschäftstätigkeit
- Schutz des Finanzplatzes Schweiz?

Ausgewählte Beispiele aus der Regulierungspraxis der FINMA

«Positionspapier Rechtsrisiken» vom 22.10.2010

«Insbesondere kann die Verletzung ausländischen Rechts gegen bestimmte – offen formulierte – schweizerische Aufsichtsnormen verstossen, so insbesondere gegen das Erfordernis der **Gewähr für einwandfreie Geschäftstätigkeit.**»

Rechtsstaatliches Publizitätsgebot



Ausgewählte Beispiele aus der Regulierungspraxis der FINMA

«Positionspapier Rechtsrisiken» vom 22.10.2010 und Mitteilung «Grenzüberschreitendes Finanzdienstleistungsgeschäft» vom 19.6.2012

«Als Aufsichtsbehörde erwartet die FINMA, dass insbesondere das ausländische Aufsichtsrecht befolgt und für jeden Zielmarkt ein konformes Dienstleistungsmodell definiert wird.»

Ausgewählte Beispiele aus der Regulierungspraxis der FINMA

«Positionspapier Rechtsrisiken» vom 22.10.2010 und Mitteilung «Grenzüberschreitendes Finanzdienstleistungsgeschäft» vom 19.6.2012

Art. 9 Abs. 2 und 4 BankV

«²Die Bank regelt 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 erfassen, begrenzen und überwachen. [...]

⁴Die Bank sorgt für ein wirksames **internes Kontrollsystem**. Sie bestellt insbesondere eine von der Geschäftsführung unabhängige interne Revision (Inspektorat). Die FINMA kann in begründeten Einzelfällen eine Bank von der Pflicht, eine interne Revision zu bestellen, befreien.»

Ausgewählte Beispiele aus der Regulierungspraxis der FINMA

Häufig gestellte Fragen (FAQ) «Oberleitung von Banken und Effekthändlern» vom 28.8.2012

«Das Oberleitungsorgan nimmt als oberste Führungs- und Kontrollinstanz innerhalb einer Bank oder eines Effekthändlers eine zentrale **Gewährsposition** ein. Die FINMA hat gegenüber der Oberleitung und deren Mitgliedern entsprechend hohe Erwartungen.»

Ausgewählte Beispiele aus der Regulierungspraxis der FINMA

Häufig gestellte Fragen (FAQ) «Oberleitung von Banken und Effekthändlern» vom 28.8.2012

«D. Ausschüsse
[...] Ab einer bestimmten Grösse und abhängig von dessen Risikoprofil und Komplexität haben Institute einen Prüfungsausschuss und einen **Risikoausschuss** einzurichten.»

Ausgewählte Beispiele aus der Regulierungspraxis der FINMA

Mitteilung «Aufsichtsrechtliche Massnahmen – Retrozessionen» vom 26.11.2012

«Die FINMA ist als Aufsichtsbehörde nicht für die Beurteilung und Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche zwischen Beaufsichtigten und ihren Kunden zuständig. Die systematische Einhaltung der massgebenden zivilrechtlichen Pflichten durch die Beaufsichtigten ist aber **Bestandteil des aufsichtsrechtlichen Erfordernisses einer einwandfreien Geschäftstätigkeit**, d.h. Banken müssen so organisiert und geführt sein, dass die Einhaltung ihrer vertraglichen Pflichten insgesamt gewährleistet ist.»

Schluss



Christoph B. Bühler

Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M.

Privatdozent für Schweizerisches und Internationales Handels-
und Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich

Managing Partner, Bockli Bodmer & Partner
St. Jakobs-Strasse 41, 4002 Basel

Tel. +41 61 317 9450 / c.buehler@boeckli-bodmer.ch

