

Das Finanzmarktaufsichtsrecht vom vierten Quartal 2018 bis ins vierte Quartal 2019

Urs Bertschinger*

Inhaltsübersicht

I. Leitthemen

1. Die FINMA nach der ersten Dekade
2. Finanzdienstleistungsgesetz – Höheres Profil der Conduct-Aufsicht
3. Innovationen im Finanzmarkt – Mit dem Willen von Gesetzgeber und Aufsichtsbehörde

II. Gerichts- und Behördenpraxis

1. Bankenrechtliche «Sandbox» – Keine Rückwirkung
2. Abwicklungskonti – Klare Perspektive
3. Kryptowährung mit Bezug zu Stable Coin – Bankbewilligung
4. Organisation der FINMA – Kompetenzabgrenzung zwischen Verwaltungsrat und Geschäftsleitung
5. Kein Berufsverbot – Verantwortungsdiffusion
6. Gewinneinziehung – Allgemeine Betriebskosten nicht abzugsfähig
7. Zentralverwahrer – Preistransparenz
8. Konkurs einer Bank im Ausland – Abgekürztes Verfahren in der Schweiz

I. Leitthemen

1. Die FINMA nach der ersten Dekade

Die «Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA)»¹ wurde auf den 1. Januar 2009 aus der Taufe gehoben² bei widrigen Umständen. Die Grossbank UBS war in Schieflage und einer ihrer ehemaligen Top-Manager Präsident der FINMA. Die neue Behörde war zunächst bloss formell neu, weil sie aus drei Vorgängerbehörden geformt wurde: Eidgenössische Bankenkommission (EBK), Bundesamt für Privatversicherungen (BPV) und Kontrollstelle für die Bekämpfung der Geldwäscherei. Es war aber allemal ein Neuanfang, wobei die Charakterzüge der integrierten Behörde – insbesondere die grössere Offenheit und Bereitschaft zum Dialog – zusehends sichtbar wurden. Aufsichtsbehörde, Beaufsichtigte und Berater durchliefen einen (gemeinsamen) Lernprozess. Zum runden Jubiläum geht die FINMA landauf landab zu den Leuten und stellt sich in verschiedenen Bildungsinstitutionen den Fragen und Anregungen des Publikums. An

der Universität St.Gallen ist der Anlass für den 27. Februar 2020 geplant.

Die Wahrnehmung der FINMA ist kontrovers, alles andere wäre aufgrund ihrer Funktion auch eher beunruhigend. Die FINMA kontrolliert und korrigiert; damit schafft man sich kaum Freunde. Und trotzdem ist eine starke, unabhängige FINMA für die Schweiz und ihren Finanzplatz von enormer Bedeutung.³ Die FINMA ist – wie die Nationalbank – «da für die Ewigkeit».⁴ Mit der Erfüllung ihrer Primäraufgaben zugunsten des Individual- und Funktionsschutzes leistet sie – im Sinne einer Sekundäraufgabe⁵ – gleichzeitig einen wichtigen Beitrag für einen möglichst «sauberen» Schweizer Finanzplatz. Ohne griffige Aufsicht wäre es des Illegalen schnell zu viel, was dem Ansehen des Finanzplatzes Schweiz abträglich wäre (Art. 4 FINMAG).

Der FINMA wird überbordende Regulierung vorgeworfen. Die Kritik bezieht sich vor allem auf die diversen Rundschreiben der FINMA. Zwar sind die Rundschreiben in Art 7 Abs. 1 lit. b FINMAG als Regulierungsgefäss ausdrücklich vorgesehen, doch vermögen sie – wie schon die Gesetzesmaterialien festhalten – bloss die Praxis der Aufsichtsbehörde in der Anwendung der Finanzmarktregulierung zu vereinheitlichen.⁶ Diese Praxis muss sich an den Rahmen des übergeordneten Rechts halten⁷ und unterliegt der gerichtlichen Überprüfung.⁸ Es liegt in der Natur einer glaubwürdigen Aufsichtsbehörde, dass sie den

³ Siehe Art. 21 Abs. 1 FINMAG.

⁴ Die Aussage «Wir sind da für die Ewigkeit», welche anlässlich der Ankündigung der Stabilisierungstransaktion zugunsten der Grossbank UBS am 16. Oktober 2008 erfolgte, wird dem damaligen Nationalbankpräsident Jean-Pierre Roth zugeschrieben, <<https://www.fuw.ch/article/wir-sind-da-fr-die/>>; siehe auch NZZ am Sonntag, Die staatliche Rettung, welche die UBS gar nicht wollte, 9. September 2018, S. 27.

⁵ Siehe zur Zielhierarchie des FINMAG Christoph Winzeler, Basler Kommentar Finanzmarktaufsichtsgesetz, 3. Aufl., Art. 5, N 14, sowie die Einleitung unter <<https://www.finma.ch/de/news/2016/11/20161116-mm-strategische-ziele/>>.

⁶ Siehe Botschaft zum Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht vom 1. Februar 2006, BBl 2006, S. 2861.

⁷ Art. 7 Abs. 2 FINMAG (in Kraft seit 1. Januar 2020) hält neu fest, dass die FINMA das übergeordnete Bundesrecht «berücksichtigt».

⁸ Siehe etwa BGE 137 II 284 zum Rundschreiben der FINMA 2008/8 Öffentliche Werbung im Sinne der Gesetzgebung über die kollektiven Kapitalanlagen.

* Prof. Dr. iur. Urs Bertschinger ist Rechtsanwalt in Zürich und Professor an der Universität St. Gallen.

¹ Art. 5 Abs. 2 FINMAG.

² Zur konkreten Umsetzung siehe Art. 58 ff. FINMAG in der Fassung vom 22. Juni 2007.

rechtlichen Rahmen ausschöpft. Nun sollen die Leitplanken für die FINMA klarer gezogen werden. Der Bundesrat hat eine *Verordnung zum Finanzmarktaufsichtsgesetz (VO-FINMAG)* verabschiedet, die am 1. Februar 2020 in Kraft tritt.⁹ Die Verordnung regelt die Erfüllung der Aufgaben der FINMA im internationalen Bereich und in der Regulierung, die Regulierungsgrundsätze nach Art. 7 FINMAG sowie die Zusammenarbeit und den Informationsaustausch zwischen der FINMA und dem Eidgenössischen Finanzdepartement (EFD). Nach Art. 1 Abs. 2 VO-FINMAG bleibt Art. 21 Abs. 1 FINMAG, wonach die FINMA ihre Aufsichtstätigkeit selbstständig und unabhängig ausübt, ausdrücklich vorbehalten.

Die Finanzbranche stellte sich in der Vernehmlassung nicht geschlossen hinter diese Verordnung.¹⁰ Sie zeigt Mechanismen,¹¹ die kostentreibend wirken können. Gemäss Art. 7 VO-FINMAG sind bei Regulierungsvorhaben «frühzeitig im Prozess Wirkungsanalysen zu erstellen». Die Beaufsichtigten – sowie das EFD und weitere betroffene Kreise – sind von der FINMA von Beginn an transparent über Regulierungsvorhaben zu informieren und müssen in angemessener Weise in die Planung und Ausarbeitung der Regulierung einbezogen werden (Art. 8 VO-FINMAG). Auf dieser Grundlage ist die Verordnung als Chance für eine höhere Regulierungszufriedenheit aufzufassen. Dabei spielen die Beaufsichtigten zwangsläufig eine zentrale Rolle; die Verordnung kommt daher auch als arbeitsteiliges Vorhaben daher, was sich seitens der Beaufsichtigten etwa in einer verbreiteten Feedback-Kultur zu Regulierungsvorhaben der FINMA sowie in Beiträgen zu Wirkungsanalysen¹² niederschla-

gen sollte. Der Regulierungsprozess der FINMA kann sich dabei quasi mit einem «Selbstregulierungsprozess» der Beaufsichtigten verzahnen.

Die FINMA wollte die Verordnung zum Finanzmarktaufsichtsgesetz nicht.¹³ Nach Einschätzung des FINMA-Direktors leistet eine derartige Verordnung im Ausland einer Perzeption Vorschub, dass die «Schweizer Politik eine zahnlose Behörde wolle».¹⁴ Die hiesige Medienberichterstattung zur definitiven Verordnung – mit Überschriften wie «Der Bundesrat nimmt die Finma an die Kandare»¹⁵ – lässt sich ähnlich verstehen. Dies könnte auf dem internationalen Parkett unter dem Gesichtspunkt der Regulierungs-Äquivalenz dereinst Anlass zu Diskussionen geben. «[E]in gutes Sensorium auf allen Seiten», wie es in der Presse hinsichtlich der neuen Verordnung angemahnt wurde,¹⁶ bleibt gegen den Anschein einer Schwächung der Aufsichtsbehörde («Independence in Appearance») jedenfalls wirkungslos. Art. 16 VO-FINMAG sieht vor, dass die FINMA innerhalb von fünf Jahren ab Inkrafttreten der Verordnung sämtliche ihrer Regulierungen auf die Stufengerechtigkeit hin überprüft und – im Rahmen ihrer Zuständigkeit – die nötigen Anpassungen vornimmt. Umgekehrt wird auch der Bundesrat nicht darum herumkommen, die Auswirkungen der Verordnung zum Finanzmarktaufsichtsgesetz in einigen Jahren einer unvoreingenommenen Analyse zu unterziehen.

Die FINMA hat Kritik an der steigenden regulatorischen Last aufgenommen, die sich insbesondere seit der Finanzkrise 2008/2009 überproportional stark auf die kleineren Finanzinstitute auswirkt. Sie stärkte den *Grundsatz der Proportionalität*, der sich als Ausfluss einer risikoorientierten Aufsicht verstehen lässt.¹⁷ Es entstand das sog. Kleinbankenregime,

⁹ Siehe Bundesrat verabschiedet neue Verordnung zum Finanzmarktaufsichtsgesetz, <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-77531.html>>.

¹⁰ Dafür SwissBanking, Stellungnahme der SBVg zu einer neuen Verordnung zum Finanzmarktaufsichtsgesetz, 28. August 2019; dagegen SFAMA Stellungnahme zur Verordnung des Finanzmarktaufsichtsgesetzes, 22. August 2019.

¹¹ Siehe im Abschnitt zur Regulierungstätigkeit der FINMA Art. 6 ff. Verordnung zum Finanzmarktaufsichtsgesetz.

¹² Eidgenössisches Finanzdepartement EFD, Verordnung zum Finanzmarktaufsichtsgesetz, Erläuterungen, 13. Dezember 2019 (siehe die in Fn. 9 angegebene Quelle), S. 20: «Sofern quantitative Angaben zu den Wirkungen eines Regulierungsvorhabens in die Wirkungsanalyse einfließen sollen, kann eine Mitwirkung der Betroffenen (z.B. Datenlieferungen oder Schätzungen aus der Praxis) nötig sein, um aussagekräftige Wirkungsanalysen zu erhalten.»

¹³ Siehe FINMA, Stellungnahme zur Vernehmlassung über eine Verordnung zum Finanzmarktaufsichtsgesetz, 11. Juli 2019.

¹⁴ FINMA-Direktor Mark Branson im Interview mit Neue Zürcher Zeitung, «Wenn ein Finanzplatz Ambitionen hat, muss er mit Aufmerksamkeit leben können», 12. September 2019, S. 27.

¹⁵ Neue Zürcher Zeitung, Der Bundesrat nimmt die FINMA an die Kandare, 14. Dezember 2019, S. 38; siehe auch «Bundesrat bindet Finma in Sachen Regulierungen zurück» auf <<https://www.six-structured-products.com/de/aktuelles/news/bundesrat-bindet-finma-in-sachen-regulierungen-zurueck-10698508>>.

¹⁶ Siehe Neue Zürcher Zeitung (Fn. 15).

¹⁷ Art. 7 Abs. 2 lit. c FINMAG; FINMA Jahresbericht 2015, S. 32 f.; FINMA Jahresbericht 2018, S. 33 ff.

welches für Institute der Aufsichtskategorien 4 und 5 vorgesehen ist.¹⁸ Auch Erleichterungen im Prüfwesen wurden umgesetzt,¹⁹ die allerdings auf Kritik der Revisionsaufsichtsbehörde gestossen sind.²⁰ Der Gesetzgeber hat unlängst zur Proportionalität (Verhältnismässigkeit) weitere Akzente gesetzt.²¹ Differenzierungen in den regulatorischen Anforderungen kommen nicht gefahrlos daher, weil der Zusammenbruch selbst eines kleinen Bankinstituts allemal medial und allenfalls auch wirtschaftlich erhebliche Wellen werfen kann.²² Anschlussbegehren beziehen sich auf Erleichterungen für die Banken der Kategorien 3 und 2.²³ Hier dürften die Gefahren für das System ungleich grösser sein, zumal der unfreiwillige Marktaustritt eines grösseren Bankinstituts die Perzeption auf die Sicherheit des gesamten Schweizer Bankensystems negativ beeinflussen könnte. Es erstaunt daher keineswegs, dass der FINMA-Präsident angesichts der Regulierungskritik die Krisen-Erinnerung wachhalten will.²⁴ Disproportionale Differenzierungen können in Qualitätseinbussen der Aufsicht münden. Art. 6 Abs. 4 VO-FINMAG verlangt, dass sich Differenzierungen in der FINMA-Regulierung (Art. 7 Abs. 2 lit. c FINMAG) am Ziel einer Regulierung und

am Risiko orientieren, wobei «Abweichungen von diesem Grundsatz zu begründen (sind)». Ergibt sich in diesem Rahmen keine fundierte, nachvollziehbare Begründung, muss eine Differenzierung unterbleiben. Das durch vernünftige Differenzierungen fundierte Bekenntnis von Gesetzgeber und Aufsichtsbehörde zu einer möglichst diversen Struktur der Finanzindustrie ist zu begrüssen, überlässt es doch den Entscheid über deren Existenzberechtigung zu Recht den Kunden.

2. Finanzdienstleistungsgesetz – Höheres Profil der Conduct-Aufsicht

Die Aufsicht über das Geschäftsverhalten der Finanzinstitute wurde durch die FINMA bereits vor Jahren systematisiert und gestärkt.²⁵ Diese sog. Conduct-Aufsicht²⁶ entspricht einer Querschnittsfunktion, welche sich auf die Geldwäschereibekämpfung, Suitability, Marktintegrität sowie den Crossborder-Bereich erstreckt. Die Geldwäscherei und der erschwerte grenzüberschreitende Marktzugang bilden Bestandteil des FINMA-Risikomonitors 2019, der die aus Sicht der Aufsichtsbehörde aktuell bedeutendsten Risiken für die Beaufsichtigten auflistet.²⁷ Diese Risikoeinschätzung der FINMA veranschaulicht die hohe Bedeutung der Conduct-Aufsicht.

Im Rahmen der sog. Suitability-Aufsicht wird als Bestandteil der Conduct-Aufsicht überwacht, wie die Finanzdienstleister die Verhaltensregeln gegenüber ihren Kunden im Anlagebereich einhalten; es geht gemäss Darstellung der FINMA allgemein um die «Angemessenheit der Produkte und Dienstleistungen für den Kunden».²⁸ Bislang waren die aufsichtsrechtlichen Verhaltensregeln vereinzelt in den Finanzmarktgesetzen gestreut, wobei Art. 11 altBörsenge-

¹⁸ Siehe <<https://www.finma.ch/de/news/2019/11/20191127-mm-kleinbankenregime/>>.

¹⁹ Siehe <<https://www.finma.ch/de/news/2018/07/20180713-mm-kleinbanken-pruefwesen/>>.

²⁰ Siehe Urs Bertschinger, Das Finanzmarktaufsichtsrecht vom vierten Quartal 2017 bis ins vierte Quartal 2018, SZW 2018, S. 712 f.

²¹ Siehe den ergänzten Art. 7 Abs. 2 lit. c FINMAG, wo neben den bislang aufgeführten unterschiedlichen Geschäftstätigkeiten und Risiken der Beaufsichtigten neu auch die unterschiedlichen Grössen, Komplexitäten und Strukturen erwähnt werden; Art. 9 Abs. 3 FINIG sowie Art. 43b Abs. 3 FINMAG.

²² Siehe Bertschinger (Fn. 20), S. 710 ff.

²³ Siehe zur Kategorisierung Anhang 3 zur BankV; zu weiteren Differenzierungsanliegen etwa die Stellungnahme des Verbandes Schweizerischer Kantonalbanken vom 10. Juli 2019 (siehe in den Stellungnahmen der Quelle in Fn. 18), S. 3: «Das Kleinbankenregime ist insofern lediglich ein erster Schritt zu einer proportionalen Finanzmarktregulierung. Angemessene regulatorische Differenzierungen und Vereinfachungen sind auch für mittelgrosse Banken der Kategorie 3 gegenüber grösseren Banken wie auch von Kategorie-2-Banken gegenüber denjenigen der Kategorie 1 vorzusehen» sowie S. 9 f.

²⁴ FINMA Jahresmedienkonferenz vom 4. April 2019, Thomas Bauer, Zehn Jahre FINMA: dynamischer Finanzplatz – dynamische Behörde, S. 3 (siehe unter <<https://www.finma.ch/de/news/2019/04/20190404-mm-jmk2019/>>).

²⁵ Siehe schon FINMA Jahresbericht 2015, S. 30 f.

²⁶ Siehe zu einzelnen Aspekten FINMA Jahresbericht 2018, S. 47, mit den Hinweisen, dass Vor-Ort-Kontrollen der FINMA ergeben haben, dass die Kundensegmentierung (Vermögensverwaltung, Anlageberatung und Execution only) noch nicht überall konsequent umgesetzt wird und die FINMA im Jahr 2019 prüft, ob die Institute für das «FIDLEG gerüstet sind», S. 70 und 88.

²⁷ Siehe <<https://www.finma.ch/de/news/2019/12/20191210-mm-risikomonitor/>>.

²⁸ Siehe auch FINMA Faktenblatt Aufsicht über das Geschäftsverhalten (Conduct), Stand: 1. Juli 2018, wonach sich die Suitability-Aufsicht allgemein auf die Überprüfung der Pflichten eines Instituts gegenüber dem Einzelkunden in

setz zu den Verhaltensregeln der Effektenhändler sowie Art. 20–24 altKollektivanlagengesetz zu den Verhaltensregeln im Fondsbereich, samt den zugehörigen Selbstregulierungen,²⁹ zu erwähnen sind. Diese aufsichtsrechtlichen Normen wurden durch die zivilrechtlichen Regeln ergänzt, die im Verhältnis zwischen Kunde und Finanzinstitut Geltung beanspruchen, allen voran die auftragsrechtliche Sorgfalts- und Treuepflicht gemäss Art. 398 Abs. 2 Obligationenrecht (OR). Das Obligationenrecht ist kein Finanzmarktgesetz im technischen Sinn.³⁰ Gleichwohl können zivilrechtliche Vorgaben, wie die Einhaltung der auftragsrechtlichen Sorgfalts- und Treuepflicht, unter dem Gesichtspunkt der Gewähr für eine einwandfreie Geschäftsführung eine bedeutende Rolle spielen. Die Pflicht zur Gewähr erweist sich unter diesem Gesichtspunkt als allgemeine aufsichtsrechtliche Verhaltensregel.³¹ In den Diskussionen um die Retrozessionen hat die auftragsrechtliche Rechenschafts- und Ablieferungspflicht (Art. 400 Abs. 1 OR) hohe Wellen geworfen.³² Im Anschluss an ein Bundesgerichtsurteil vom 30. Oktober 2012 hat die FINMA für Retrozessionen ein aufsichtsrechtliches Massnahmenpaket formuliert.³³ Dabei hat sie auch zum Ausdruck gebracht, dass die durch die Finanzinstitute ergriffenen und geplanten Massnahmen im Rahmen der ordentlichen Aufsicht durch die FINMA geprüft und überwacht werden.³⁴ Zudem hat die FINMA auf den 1. Juli 2013 im Zusammenhang mit Vergütungen von Dritten Anpassungen im FINMA-Rundschreiben 2009/1 «Eckwerte zur Vermögensverwaltung» in Kraft gesetzt. Die Einhaltung der entsprechenden Branchenstandards in der Vermögensverwaltung, die von der FINMA als Mindeststandard anerkannt sind,

unterliegt der Überprüfung durch die Prüfgesellschaften.³⁵ Beim Securities Lending wird nach der Praxis der FINMA, die sich nun im Finanzdienstleistungsgesetz reflektiert, eine von den Allgemeinen Geschäftsbedingungen gesonderte Vereinbarung verlangt,³⁶ und Transaktionen ohne Deckung mit nicht qualifizierten Kunden sind unzulässig.³⁷ Die FINMA hat also bislang gewisse Entwicklungen im Verhältnis zwischen Kunde und Finanzinstitut unter aufsichtsrechtlichem Titel aufgegriffen. Die Aufsicht über die Einhaltung der (erwähnten) Verhaltenspflichten gegenüber Kunden im Anlagenbereich wurde stets mit spezifischen Prüfprogrammen unterstützt.³⁸

Mit der Inkraftsetzung des Finanzdienstleistungsgesetzes (FIDLEG) auf den 1. Januar 2020 wurden die erwähnten Verhaltensregeln des Börsen- und des Kollektivanlagengesetzes grösstenteils aufgehoben.³⁹ Fortan sind die erweiterten Vorschriften des FIDLEG anwendbar,⁴⁰ welches als Finanzmarktgesetz im Sinne von Art. 1 Abs. 1 FINMAG gilt. Art. 7 Abs. 1 FIDLEG hält schlicht fest, dass die Finanzdienstleister beim Erbringen von Finanzdienstleistungen die aufsichtsrechtlichen Pflichten nach dem zweiten Gesetzestitel befolgen müssen. Beim zweiten Titel des FIDLEG «Anforderungen für das Erbringen von Finanzdienstleistungen» handelt es sich um die Art. 6–34 des Gesetzes. Entsprechend spannt sich der Bogen über die Verhaltensregeln im engeren Sinn, welche die Informationspflicht⁴¹ sowie die Pflichten zur Angemessenheits- und Eignungsprüfung von Finanzdienstleistern⁴² umfassen. Ebenfalls in diesen Bereich fallen die Vorgaben zur Dokumentation und Rechenschaft⁴³ sowie zur Transparenz und Sorgfalt bei den Kundenaufträgen.⁴⁴ Bei den weiteren Bestimmungen des zweiten Gesetzestitels sticht Art. 26 FIDLEG heraus, der die Entgegennahme und Weiterleitung von Entschädigungen durch Dritte im Zusammenhang mit der Erbringung von Finanzdienstleistungen regelt.

der individuellen Vermögensverwaltung, Anlage- und Vorsorgeberatung sowie der Ausführung von Transaktionen bezieht.

²⁹ Siehe FINMA-Rundschreiben 2008/10 Selbstregulierung als Mindeststandard.

³⁰ Siehe Art. 1 Abs. 1 FINMAG.

³¹ Siehe etwa Bundesgericht Urteil vom 2. Februar 2000, in: EBK-Bulletin 40/2000, E. 5.b, S. 58.

³² Siehe BGE 132 III 460; 137 III 393; 138 III 755.

³³ FINMA-Mitteilung 41 (2012), 26. November 2012, Aufsichtsrechtliche Massnahmen – Retrozessionen Banken.

³⁴ Siehe auch FINMA Jahresbericht 2016, S. 58, hinsichtlich eines neuen Prüfprogramms für die Prüfgesellschaften zu den Verhaltenspflichten gegenüber Kunden im Anlagenbereich mit Verweis auf die «korrekte Handhabung von Retrozessionen» bzw. «Provisionen, die Anbieter von Finanzprodukten den Finanzintermediären zahlen».

³⁵ Siehe FINMA-Rundschreiben 2008/10 Selbstregulierung als Mindeststandard.

³⁶ Siehe schon EBK Jahresbericht 2002, S. 47 f.; Art. 22 BEG.

³⁷ Siehe FINMA-Rundschreiben 2010/2 Repo/SLB, Rz 12; Art. 19 FIDLEG.

³⁸ Siehe FINMA Jahresbericht 2016, S. 58.

³⁹ Siehe zu den KAG-Bestimmungen BBl 2018, S. 3652.

⁴⁰ Zu den Übergangsvorschriften siehe Art. 105 FIDLEG.

⁴¹ Art. 8 und 9 FIDLEG.

⁴² Art. 10 bis 14 FIDLEG.

⁴³ Art. 15 und 16 FIDLEG.

⁴⁴ Art. 17 bis 19 FIDLEG.

Die Einhaltung der Verhaltensregeln bzw. der Anforderungen an das Erbringen von Finanzdienstleistungen durch die beaufsichtigten Finanzdienstleister ist durch die Aufsichtsbehörde zu überwachen (Art. 87 FIDLEG).

Während die FINMA hinsichtlich der Verhaltenspflichten gemäss Obligationenrecht – wie bisher – als Beobachter mit allfälligen Ad hoc-Massnahmen agiert,⁴⁵ kommt sie aufgrund der erweiterten aufsichtsrechtlichen Verhaltenspflichten des FIDLEG in einen grösseren «Driver Seat». Es ist daher von einem intensivierten Dialog der FINMA mit den Beaufsichtigten und den Prüfgesellschaften und sodann von Entwicklungen in der Praxis der FINMA auszugehen.⁴⁶ Aus Sicht der Finanzdienstleister bildet die detaillierte Dokumentation der Verhaltenspflichten unter aufsichts- und zivilrechtlichem Gesichtspunkt einen Kernbestandteil des Risk Management. Die Dokumentation der Verhaltenspflichten tritt aufgrund von Art. 15/16 und Art. 72/73 FIDLEG stärker in den Vordergrund,⁴⁷ sodass sich auch die Bedeutung der Dokumentation als unternehmensinterne Führungsaufgabe weiter erhöht.

Die Gesetzesmaterialien gehen von einer Ausstrahlungswirkung der Verhaltensregeln des FIDLEG auf das zivilrechtliche Verhältnis zwischen Kunde und Finanzdienstleister aus. Dabei urteilt der Zivilrichter weiterhin gestützt auf die privatrechtlichen

Bestimmungen, kann die aufsichtsrechtlichen Verhaltenspflichten, die nicht als Doppelnormen gelten sollen, jedoch «[z]ur Konkretisierung» heranziehen.⁴⁸ Dieses Ausstrahlungsprinzip findet auch im Kontext von Art. 26 FIDLEG Erwähnung.⁴⁹ Diese Bestimmung gehört nicht zu den FIDLEG-Verhaltensregeln im engeren Sinn,⁵⁰ sodass davon auszugehen ist, dass sich die Frage nach der Ausstrahlungswirkung im Rahmen des gesamten zweiten Titels des FIDLEG (Anforderungen für das Erbringen von Finanzdienstleistungen) stellt. Ob und wie die aufsichtsrechtlichen Verhaltenspflichten genau ins zivilrechtliche Verhältnis zwischen Kunde und Finanzdienstleister einfließen, bedarf im Einzelnen noch der Klärung.⁵¹

Die FINMA ist weiterhin nicht für die Beurteilung und Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche von Kunden gegen beaufsichtigte Finanzdienstleister zuständig.⁵² Die Praxis der FINMA zu den erweiterten Verhaltenspflichten des FIDLEG steht inskünftig aber nicht nur im Fokus der Verwaltungsgerichtsbarkeit, sondern – nach Massgabe der Ausstrahlungswirkungen des FIDLEG auf das zivilrechtliche Verhältnis zwischen Kunde und Finanzdienstleister⁵³ – auch der Zivilgerichtsbarkeit. Damit erlangt die Conduct-Aufsicht der FINMA im doppelten Sinne – gegenüber den

⁴⁵ Siehe dazu oben nach Fn. 30.

⁴⁶ Siehe zum Beispiel betreffend Art. 29 FIDLEG (zu nicht monetären Entschädigungen durch Dritte) Eidgenössisches Finanzdepartement, FIDLEG/FINIV/AOV, Erläuterungen, 6. November 2019 (unter <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-76957.html>>), S. 33, mit dem Hinweis, dass die «zu berücksichtigenden möglichen Sachverhalte zu komplex (sind), als dass sie mit klaren Kriterien auf Verordnungsebene abgebildet werden könnten».

⁴⁷ Im Vergleich zum bisherigen Recht dürfte eine fehlende Dokumentation aufgrund des FIDLEG a fortiori zulasten des Finanzdienstleisters wirken (siehe Handelsgericht Zürich, ZR 2006, Nr. 3, S. 15: «Obwohl eine Dokumentation der Erfüllung der Informationspflicht im Gesetz nicht vorgesehen ist, empfiehlt das auch die Lehre, um das Risiko der Beweislosigkeit zu vermeiden [...]. Die erwähnten Verhaltensregeln [für Effektenhändler 1997] vermögen an der Beweislastverteilung zwar nichts zu ändern, die Beweislast trägt [...] der Auftraggeber [...]. Das Fehlen einer Dokumentation ist aber im Rahmen der Beweiswürdigung zu berücksichtigen und kann im Einzelfall aufgrund der konkret gegebenen Umstände allenfalls zu einer Beweiserleichterung führen»).

⁴⁸ Botschaft zum Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG) und zum Finanzinstitutsgesetz (FINIG) vom 4. November 2015, BBl 2015, S. 8921.

⁴⁹ Botschaft FIDLEG/FINIG (Fn. 48), S. 8966: «Bei der Regelung von Artikel 28 [nun Art. 26 FIDLEG] handelt es sich um eine öffentlich-rechtliche (aufsichtsrechtliche) Informations- und Weitergabepflicht[en] über die von Dritten erhaltene Entschädigung. Artikel 28 ist nicht als Doppelnorm ausgestaltet, weshalb er keine unmittelbare Wirkung auf das Privatrechtsverhältnis zeitigt. Namentlich geht die Regelung von Artikel 28 den Ansprüchen aus Auftragsrecht nicht vor. Hingegen können die aufsichtsrechtlichen Informationspflichten zur Konkretisierung der privatrechtlichen Verhältnisse durch den Zivilrichter beigezogen werden, weshalb sie eine Ausstrahlungswirkung auf die zivilrechtliche Beziehung entfalten können.»

⁵⁰ Die Überschrift des zweiten Kapitels «Verhaltensregeln» im zweiten Titel des FIDLEG bezieht sich auf die Art. 7–20 FIDLEG.

⁵¹ Siehe dazu Bertschinger (Fn. 20), S. 713 f.; *Fleur Baumgartner/Hans Caspar von der Crone*, Die Pflichten der Finanzdienstleister im Anlagegeschäft – Ein Ausblick auf die künftigen Bestimmungen des FIDLEG, SZW 2019, S. 233 ff.; *Thomas Jutzi/Fabian Eisenberger*, Das Verhältnis von Aufsichts- und Privatrecht im Finanzmarktrecht, AJP 2019, S. 6 ff.

⁵² Art. 87 Abs. 3 FIDLEG.

⁵³ Siehe dazu bei Fn. 48.

Beaufsichtigten und den Kunden – ein tendenziell höheres Profil.

3. Innovationen im Finanzmarkt – Mit dem Willen von Gesetzgeber und Aufsichtsbehörde

Die Politik wollte einen symbolischen Akt: Der Gesetzgeber hat am 15. Juni 2018 im Anhang zum Finanzinstitutsgesetz eine Ergänzung von Art. 4 FINMAG beschlossen. Damit wird die «Zukunftsfähigkeit» des Finanzplatzes Schweiz Bestandteil der sekundären Ziele der Finanzmarktaufsicht,⁵⁴ wenngleich sie bereits in der «Wettbewerbsfähigkeit» enthalten ist.⁵⁵ Der ergänzte Art. 4 FINMAG wurde zusammen mit der neuen bankenrechtlichen FinTech-Bewilligung auf den 1. Januar 2019 in Kraft gesetzt, was die Innovationsperspektive unterstreicht.⁵⁶ Die Symbolik weckt zwangsläufig Erwartungen und dies bei sämtlichen Marktteilnehmern. Potentielle neue Anbieter erwarten effiziente Behördenkontakte im Hinblick auf einen möglichst schnellen, kostengünstigen Markteintritt. Kunden hoffen auf das disruptive Potential neuer Wettbewerber, welches – bei geringeren Gebühren – die Dienstleistungsqualität steigert. Die international mit viel Druck geführten Diskussionen um die Facebook-Währung «Libra» weisen – trotz gutem Willen von Gesetzgeber und Aufsichtsbehörde – auf die Grenzen des kurzfristig realisierbaren Innovationspotentials hin.⁵⁷ Der Innovationsdruck – im Hinblick auf international akzeptable Rahmenbe-

dingungen – lastet aber allemal auch auf dem Gesetzgeber und der Aufsichtsbehörde.

a) Differenzierung bei der bankengesetzlichen Bewilligungspflicht – FinTech-Bewilligung

Seit dem 1. Januar 2019 steht das neue bankengesetzliche Bewilligungsgefäss für Geschäftsmodelle zur Verfügung, welche sich auf die Entgegennahme von Publikumseinlagen beschränken, ohne das Zinsdifferenzgeschäft zu betreiben. Der Gesetzgeber hat eine Art Neutrum geschaffen, ist doch durchwegs bloss von den Personen gemäss Art. 1b BankG die Rede. Da das Bankengesetz «sinngemäss» Anwendung findet, wurde auch schon von der «Bankbewilligung light» gesprochen;⁵⁸ nach der Gesetzesmarginalie geht es um «Innovationsförderung».

Das Volumen der Publikumseinlagen für Personen mit FinTech-Bewilligung ist grundsätzlich auf CHF 100 Mio. beschränkt,⁵⁹ wobei der Bundesrat diesen Betrag unter Berücksichtigung der Wettbewerbs- und Innovationsfähigkeit des Finanzplatzes Schweiz anpassen⁶⁰ und die FINMA Ausnahmen gewähren kann, wenn der Schutz der Kunden durch besondere Vorkehrungen gewährleistet wird.⁶¹ Mangels Fristentransformation findet die Eigenmittelverordnung und die Liquiditätsverordnung keine Anwendung.⁶² Der Kapitalbedarf im Bereich der FinTech-Lizenz beträgt grundsätzlich 3% der entgegengenommenen Publikumseinlagen, jedoch mindestens CHF 300 000.⁶³

Gemäss Art. 7a BankV informieren Personen nach Artikel 1b BankG ihre Kunden schriftlich oder in einer anderen Form, die den Nachweis der Information durch Text ermöglicht, über die mit ihrem Geschäftsmodell, ihren Dienstleistungen und den verwendeten Technologien verbundenen Risiken. Zudem sind die Kunden darüber in Kenntnis zu setzen, dass für die Publikumseinlagen keine Einlagensicherung besteht. Die Kunden sind so zu informieren, dass ihnen vor Vertragsschluss genügend Zeit bleibt, um die Informationen mit Blick auf den Vertrags-

⁵⁴ Art. 4 Satz 2 FINMAG.

⁵⁵ Gemäss Art. 6 Abs. 2 der Verordnung zum Finanzmarktaufsichtsgesetz (siehe Fn. 9) ist im Hinblick auf die Erreichung eines bestimmten Ziels jeweils die Variante einer Regulierung zu verfolgen, die dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit am besten entspricht. Dabei sind auch die Auswirkungen auf die Zukunftsfähigkeit und die internationale Wettbewerbsfähigkeit des Finanzplatzes zu berücksichtigen. Abweichungen von diesem Grundsatz sind zu begründen.

⁵⁶ Siehe auch SwissBanking, Finanzmarktpolitik: von der Krisen- zur Innovationsperspektive? Themenkonjunktur im Bundesparlament, April 2019.

⁵⁷ Siehe unter <<https://www.finma.ch/de/news/2019/09/20190911-mm-stable-coins/>>; Neue Zürcher Zeitung, Ueli Maurer erteilt der Facebook-Währung eine Absage, 28. Dezember 2019, S. 13; dies., EU stellt Digitalwährung Libra infrage, 8. Oktober 2019, S. 1; Financial Times, Facebook faces rising pressure as global watchdog adds to heat over digital coin, 14. Oktober 2019, S. 1.

⁵⁸ Urs Bertschinger, Fintech-Regulierung in der Schweiz, in: Florian Möslin/Sebastian Omlor (Hrsg.), FinTech-Handbuch, München 2019, Rz 28.

⁵⁹ Zur Gruppenbetrachtung siehe Art. 24a BankV; dazu auch Bertschinger (Fn. 58), Rz 30 ff.

⁶⁰ Art. 1b Abs. 2 BankG.

⁶¹ Art. 1b Abs. 5 BankG.

⁶² Art. 17a Abs. 3 BankV.

⁶³ Art. 17a Abs. 1 und 2 BankV.

schluss zu verstehen. Mit Blick auf Art. 9 Abs. 1 FIDLEG und Art. 13 Finanzdienstleistungsverordnung (FIDLEV) zeigt sich, dass mit der FinTech-Bewilligung eine Finanzdienstleistungsregulierung Eingang ins Bankengesetz gefunden hat.

Die Publikumseinlagen müssen von den eigenen Mitteln getrennt verwahrt oder in den Büchern so erfasst werden, dass diese jederzeit separat von den eigenen Mitteln ausgewiesen werden können. Publikumseinlagen können als Sichteinlage bei einer Bank oder einer Person mit FinTech-Lizenz oder als qualitativ hochwertige, liquide Aktiven der Kategorie 1 gemäss Art. 15a Liquiditätsverordnung (LiqV) gehalten werden. Sie sind in derjenigen Währung zu halten, die den Rückforderungsansprüchen der Kunden zu Grunde liegt. Vermögenswerte, die auf elektronischer Verschlüsselung basieren und als Publikumseinlagen gelten, müssen in der Form gehalten werden, in der sie entgegengenommen wurden (Art. 14f BankV).

Die Vielzahl erfolgreicher Geschäftsmodelle unter der bankenrechtlichen FinTech-Lizenz, die sich auf das Passivgeschäft beschränken (Art. 1b BankG), muss sich erst noch herauskristallisieren; immer wieder werden Zahlungsdienstleistungen genannt.⁶⁴ Im Bereich des Finanzmarkt-Enforcement bleibt es – technologieneutral – bei Art. 1 Abs. 2 BankG, der seit eh und je bloss auf das Passivgeschäft abstellt⁶⁵ und damit auch die zahlreichen Fälle erfasst, in denen bei unbewilligter Entgegennahme von Publikumseinlagen das Fehlen von Aktivgeschäft behauptet (und akzeptiert) wird.⁶⁶ Nun soll das junge bankengesetzliche Bewilligungsgefäss für die Entgegennahme kryptobasierter Vermögenswerte, die nicht als Publikumseinlagen qualifizieren, geöffnet werden, sodass sich Art. 1b BankG inskünftig als allgemeine FinTech-Lizenz präsentiert (dazu unten im Abschnitt [d]).

b) «Kryptobanken»

Als die ersten beiden sog. «Kryptobanken» von der FINMA bewilligt wurden, war die Resonanz in den Medien erheblich.⁶⁷ Die FINMA verwies in ihrer Me-

dienmitteilung vom 26. August 2019 auf den Umstand, dass zwei «Blockchain-Finanzdienstleistern» je eine Bank- und Effektenhändlerbewilligung erteilt wurde.⁶⁸ Der Fokus lag dabei aber nicht auf diesen Bewilligungskategorien, sondern auf der Geldwäschereibekämpfung. In der Aufsichtsmitteilung 02/2019 «Zahlungsverkehr auf der Blockchain» stellt die FINMA fest, dass sowohl auf nationaler als auch auf internationaler Ebene noch kein System – vergleichbar etwa mit SWIFT im Interbankenverkehr – bestehe, mit dem sich Identifikationsdaten zum Zahlungsverkehr auf der Blockchain verlässlich übermitteln lassen. Aufgrund dieser Dysfunktionalität dürfen die von der FINMA beaufsichtigten Institute Kryptowährungen oder andere Token grundsätzlich nur an externe Wallets ihrer eigenen, bereits identifizierten Kunden schicken und Kryptowährungen oder Token auch nur im Rahmen solcher Kundenbeziehungen entgegennehmen. Die Entgegennahme von Token der Kunden anderer Finanzinstitute oder die Übermittlung von Token zu Kunden anderer Finanzinstitute ist FINMA-Beaufsichtigten untersagt. Damit bleiben Distributed Ledger-Anwendungen auf den eigenen Kundenkreis eines Beaufsichtigten beschränkt, was zu einem geschlossenen System führt. Allerdings ist ein Austausch von Vermögenswerten mit der externen Wallet eines Dritten möglich, sofern das beaufsichtigte Institut den Dritten zuvor wie bei einer eigenen Kundenbeziehung identifiziert, den wirtschaftlich Berechtigten feststellt und die Verfügungsmacht des Dritten über die externe Wallet durch geeignete technische Massnahmen überprüft. Damit dürften vergleichsweise hohe Kosten verbunden sein.

Die Praxis der FINMA zur Technologieneutralität des Finanzmarktaufsichtsrechts erfolgt risikoorientiert, um der Gefahr der Gesetzesumgehung aufgrund technischer Schwachstellen zu begegnen.⁶⁹ Technologischer Fortschritt wird der FINMA ermöglichen, ihre Praxis zu überprüfen, was den Wirkungskreis

⁶⁴ Siehe FINMA Jahresbericht 2018, S. 32.

⁶⁵ Siehe etwa Bundesgericht Urteil 2C_929/2010, E. 3.3.1.

⁶⁶ Siehe etwa Bundesverwaltungsgericht Urteil B-5737/2017, E. 3.5.

⁶⁷ Siehe Krypto-Banken: Doppelpack der FINMA, 26. August 2019, <<https://www.finews.ch/news/banken/37741-finma-banklizenz-seba-sygnum-krypto>>.

⁶⁸ <<https://www.finma.ch/de/news/2019/08/20190826-mm-kryptogwg/>>.

⁶⁹ Siehe zum digitalen Onboarding von Kunden Urs Bertschinger, Das Finanzmarktaufsichtsrecht vom vierten Quartal 2015 bis ins vierte Quartal 2016, SZW 2016, S. 630; Branson (Fn. 14), S. 27, im Kontext von Blockchain-Unternehmen, wonach bei solchen «Anbietern von Infrastruktur im Finanzbereich [...] die Risiken rund um die Technologie besonders stark gewichtet» werden.

von Kryptobanken erweitern und die Dienstleistungsqualität für die Kunden verbessern kann.

c) L-QIF – Innovation bei den kollektiven Kapitalanlagen

Innovation ist auch im Bereich der kollektiven Kapitalanlagen ein Muss. Der Bundesrat hat deshalb bis zum 17. Oktober 2019 eine Vernehmlassung zu einer neuen Fondskategorie – *Limited Qualified Investor Fund (L-QIF)* – durchgeführt.⁷⁰ Es handelt sich um eine kollektive Kapitalanlage, die ohne Genehmigung der FINMA lanciert werden kann, aber ausschliesslich qualifizierten Anlegern offensteht. Als qualifizierte Anleger gelten gemäss Art. 10 Abs. 3 KAG⁷¹ Kunden nach Art. 4 Abs. 3–5 FIDLEG, Art. 5 Abs. 1 und 4 FIDLEG sowie Kunden mit Vermögensverwaltungsauftrag (Art. 10 Abs. 3^{ter} KAG).⁷² Der L-QIF kann als vertraglicher Anlagefonds, SICAV, Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen oder SICAF ausgestaltet werden.⁷³ Die Verwaltung eines L-QIF erfolgt durch eine Fondsleitung, wobei die Anlageentscheide an bewilligte Verwalter von Kollektivvermögen übertragen werden können.⁷⁴ Bei einem L-QIF in Form der Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen bedarf es für die Geschäftsführung keiner Fondsleitung, sofern eine Bank oder eine Versicherung als Komplementär auftritt.⁷⁵ Hinsichtlich der Anlagevorschriften und der Kompetenzen der FINMA soll es Ausnahmen geben.⁷⁶ Trotz der Beschränkung auf qualifizierte Anleger wird eine Etikettierungspflicht vorgeschlagen, wonach der L-QIF weder über eine Bewilligung der FINMA verfügt noch von ihr beaufsichtigt wird.⁷⁷ Der Begleitbericht verweist auf die Verbesserung bei der Time to Market

und das mit dem L-QIF verbundene Innovationspotential.⁷⁸

Der L-QIF wird als Bestandteil eines durchlässigen Systems konzipiert, sodass bereits von der FINMA bewilligte kollektive Kapitalanlagen in einen L-QIF mutieren können. Dazu wird einstweilen schlicht festgehalten, dass neben den gesetzlichen Anforderungen des L-QIF sichergestellt sein muss, dass die Rechte der Anleger gewahrt werden; der Bundesrat soll die Einzelheiten regeln.⁷⁹ Bei geschlossenen kollektiven Kapitalanlagen verweist der Begleitbericht auf die Zustimmung sämtlicher Anleger;⁸⁰ sie ist aus Praktikabilitätsgründen inskünftig als Erwerbsvoraussetzung in der ursprünglichen Produktdokumentation vorzusehen.

Umgekehrt besteht die Möglichkeit zur nachträglichen FINMA-Bewilligung, indem sich der L-QIF den Anlage- und sonstigen Vorschriften einer genehmigungspflichtigen kollektiven Kapitalanlage unterstellt.⁸¹ Diese nachträgliche Bewilligungsmöglichkeit ist wirtschaftlich attraktiv, weil sie ermöglicht, die regulatorischen Kosten der Zulassung und Beaufsichtigung eines Kollektivanlagenproduktes erst einzuziehen, sobald sich der Erfolg einer kollektiven Kapitalanlage am Markt einstellt. Aufgrund der erforderlichen Kompatibilität mit den genehmigungsfähigen Formen kollektiver Kapitalanlagen sind die Erleichterungen bei den Anlagevorschriften für den L-QIF⁸² mit der nachträglichen FINMA-Genehmigung eines derartigen Anlageproduktes hinfällig. Praktisch dürfte ein L-QIF bereits genehmigungsfähig lanciert werden.

Der Begleitbericht zur Vernehmlassung legt dar, dass in anderen Staaten bereits viel früher vergleichbare Fondsgefässe geschaffen wurden. Die Schweiz zieht also beim Innovationspotential bloss (verspätet) nach,⁸³ was die Frage aufwirft, ob die Branche Innovationsanliegen mit der erforderlichen Effizienz in die politischen Kanäle einspeist, um die Zukunfts-

⁷⁰ Siehe <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-75601.html>>.

⁷¹ Siehe Anhang Ziff. 3 zum Finanzdienstleistungsgesetz vom 15. Juni 2018 (BBl 2018, S. 3651).

⁷² Eidgenössisches Finanzdepartement EFD, Änderung des Kollektivanlagengesetzes (*Limited Qualified Investor Fund*; L-QIF), Erläuternder Bericht zur Vernehmlassungsvorlage (siehe die Quelle in Fn. 70), 26. Juni 2019, S. 13.

⁷³ Art. 118c VE-KAG.

⁷⁴ Art. 118g/h VE-KAG.

⁷⁵ Art. 118h Abs. 3 VE-KAG.

⁷⁶ Art. 118d VE-KAG.

⁷⁷ Art. 118e VE-KAG.

⁷⁸ Siehe EFD, KAG-Änderung, Erläuternder Bericht (Fn. 72), S. 7.

⁷⁹ Art. 118b VE-KAG.

⁸⁰ Siehe EFD, KAG-Änderung, Erläuternder Bericht (Fn. 72), S. 20 f.

⁸¹ Siehe EFD, KAG-Änderung, Erläuternder Bericht (Fn. 72), S. 16 und 21.

⁸² Siehe EFD, KAG-Änderung, Erläuternder Bericht (Fn. 72), S. 27.

⁸³ Siehe EFD, KAG-Änderung, Erläuternder Bericht (Fn. 72), S. 12.

fähigkeit⁸⁴ des Schweizer Fondsplatzes zu gewährleisten.

Wieso wird nicht auch ein *genehmigungsfreier Publikumsfonds* mit nachträglicher Genehmigungsmöglichkeit vorgeschlagen? Der geradezu axiomatische Dualismus von Instituts- und Produktebewilligung vermochte jedenfalls nie wirklich zu überzeugen, da die Trägerbewilligungen von Fondsleitung, Vermögensverwalter und Depotbank in der Produktion, Verwaltung und Überwachung kollektiver Kapitalanlagen allemal eine hohe Sicherheit schaffen und mit dem Finanzdienstleistungsgesetz im Fondsvertrieb für den Kundenschutz ein Level Playing Field geschaffen wird.⁸⁵ Eine kollektive Kapitalanlage entspricht wirtschaftlich der Summe identischer individueller Anlagen der einzelnen Anleger. Ein weiteres Abspecken bei der Regulierung kollektiver Kapitalanlagen lässt sich daher nach dem Grundsatz *«same business, same risks, same rules»*⁸⁶ bereits mit Blick auf die individuelle Vermögensverwaltung begründen, in der fortan eine blosser Trägerbewilligung gilt.⁸⁷ Der Grundsatz *«same business, same risks, same rules»* ist ansatzweise schon in den Anfängen der Anlagefondsgesetzgebung – und zwar in der Parallele zur Regulierung des Bankenwesens, mit blosser Trägerbewilligung – erkennbar.⁸⁸ In historischer und aktuel-

ler Perspektive schiesst die generelle Genehmigungspflicht kollektiver Kapitalanlagenprodukte übers Ziel hinaus, sodass sich die Diskussion zu regulatorischen Erleichterungen zugunsten sämtlicher Anleger in kollektiven Kapitalanlagen intensivieren sollte.

d) Distributed Ledger-Technologie (DLT) – Innovation und Rechtssicherheit

Der Bundesrat hat bis Ende Juni 2019 eine Vernehmlassung zu einem «Bundesgesetz zur Anpassung des Bundesrechts an Entwicklungen der Technik verteilter elektronischer Register» durchgeführt.⁸⁹ Am 27. November 2019 wurde die Botschaft zu diesem neuen Bundesgesetz verfügbar.⁹⁰ Nachdem im Vorentwurf noch die DLT-Terminologie vorherrschte, ist der Gesetzesentwurf neutraler formuliert. Das neue Bundesgesetz vereint Regelungsvorschläge, die sich vom Wertpapierrecht des Obligationenrechts, über das SchKG, das Internationale Privatrecht, das Nationalbankgesetz, das Bankengesetz, das Finanzinstitutsgesetz, das Geldwäschereigesetz bis zum Bucheffekten-gesetz und Finanzmarktinfrastukturgesetz erstrecken. So sollen die Rechtssicherheit im Umgang mit verteilten elektronischen Registern bzw. DLT-Anwendungen erhöht und Missbrauchsrisiken begrenzt werden.

Mit den sog. Registerwertrechten soll im Wertpapierrecht eine neue Kategorie digitaler Vermögenswerte geschaffen werden, die nur über das Wertregister geltend gemacht und übertragen werden können.⁹¹ Bei der Herausgabe im Konkurs soll – entgegen dem Vorentwurf – nicht mehr bloss die individuelle Zuordnung kryptobasierter Vermögenswerte im elektronischen Register massgeblich sein,⁹² sondern die individuelle Zuordnung in der institutsinter-

gelder des Publikums sammeln und verwalten, so ist es nicht minder notwendig, auch die Anlagefonds einer ähnlichen Aufsicht zu unterstellen. Das erfordert schon die Einheit der Rechtsordnung wie auch, vom Standpunkt der bereits unterstellten Unternehmen aus, die Rechtsgleichheit.»

⁸⁹ Siehe unter <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-74420.html>>.

⁹⁰ Botschaft zum Bundesgesetz zur Anpassung des Bundesrechts an Entwicklungen der Technik verteilter elektronischer Register, siehe die Mitteilung vom 27. November 2019 unter <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-77252.html>>.

⁹¹ Art. 973d ff. E-OR.

⁹² Siehe Art. 242a VE-SchKG.

⁸⁴ Siehe Art. 4 FINMAG.

⁸⁵ Siehe SFAMA, «Frequently Asked Questions» zum Thema Finanzdienstleistungs- und Finanzinstituts-gesetz (FIDLEG/FINIG), Stand: 23. Dezember 2019.

⁸⁶ Siehe dazu allgemein Bundesgericht Urteil 2C_345/2015, E. 4.2 (Hervorhebung in der Quelle), wonach die Gleichbehandlung von direkten Konkurrenten erfordert, «Anbieter der gleichen Branche, die sich mit demselben Angebot an das gleiche Publikum richten, um dasselbe Bedürfnis zu befriedigen, denselben Regeln zu unterstellen (*«same business, same risks, same rules»* [...]). Eine Ausnahme der Betreiber von Zahlungssystemen von den bankengesetzlichen Anforderungen an die Einlagensicherung im Sinne des Anleger- und Gläubigerschutzes (Art. 5 [alt]FINMAG) ist sachlich nur insofern gerechtfertigt, als ihr Geschäft nicht dieselben betriebsbedingten Risiken aufweist.»

⁸⁷ Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 lit. a FINIG.

⁸⁸ Botschaft zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Anlagefonds vom 23. November 1965, BBl 1965 III 280: «Der Erlass eines Anlagefondsgesetzes ist in der Schweiz in erster Linie nötig, weil die Anlagefonds sich, gleich wie die Banken [...], an das breite Publikum wenden und sich öffentlich zur Annahme von Geldern empfehlen. Wenn die gewerbepolizeiliche Aufsicht des Staates über die Banken und die Versicherungsgesellschaften schon längst als notwendig erachtet wurde, weil diese Unternehmen die Spar-

nen Depotbuchhaltung genügen.⁹³ Eine entsprechende Anpassung ist bei den bankengesetzlichen Depotwerten vorgesehen, die der Absonderung unterliegen.⁹⁴ Damit bleibt die Aussonderung kryptobasierter Vermögenswerte im Konkurs des Verwahrers auch bei Sammelverwahrung möglich, was die Verhältnisse vereinfacht und den Kundenschutz gleichwohl gewährleistet.⁹⁵ Der Einwand der FINMA, dass dadurch Kryptowährungen im Gegensatz zu Buchgeld zu erleichterten Bedingungen entgegengenommen werden können, überzeugte den Bundesrat nicht. Allerdings wird die Entgegennahme bestimmter, vom Bundesrat zu bezeichnender kryptobasierter Vermögenswerte der Bewilligungspflicht gemäss Art. 1b BankG unterstellt.⁹⁶ Zwar handelt es sich dabei nicht um Publikumseinlagen, sodass für diese ausserhalb der Bilanz gehaltenen absonderbaren Vermögenswerte die Begrenzung für Publikumseinlagen von CHF 100 Mio. nicht gilt. Die FINMA kann für die Entgegennahme kryptobasierter Vermögenswerte allerdings im Einzelfall einen Höchstwert festlegen, wenn dies aufgrund der Risiken des Geschäfts als erforderlich erscheint.⁹⁷ Damit weitet sich der Fokus des Bankengesetzes – über seine Wurzeln als Gläubigerschutzgesetz hinaus – in Richtung eines Anlegerschutzes.⁹⁸ Eine Entflechtung von Art. 1b E-BankG mithilfe eines allgemeinen Bewilligungsgefässes für Personen, die hauptsächlich im Finanzbereich tätig sind, ohne Publikumseinlagen entgegenzunehmen, wie es im Ständerat bereits anlässlich der Debatte zur bankenrechtlichen Innovationsförderung vorgeschlagen wurde,⁹⁹ würde der regulatorischen Klarheit dienen und über kryptobasierte Vermögenswerte hinaus – zukunftsorientiert – Flexibilität vermitteln.

Da die Registerführung bei den DLT-Vermögenswerten – im Unterschied zu den Bucheffekten¹⁰⁰ – jedwelchen Privaten obliegt, äusserte die FINMA schwerwiegende Bedenken hinsichtlich der Vertrau-

enswürdigkeit von DLT-Anwendungen.¹⁰¹ Die im Vorentwurf vorgesehene – aber mittlerweile verworfene¹⁰² – Kompetenz des Bundesrates, Mindestanforderungen für das verteilte elektronische Register vorzusehen,¹⁰³ erachtet die FINMA «jedenfalls bei einer Verwendung im regulierten Finanzmarktbereich» als zwingend. Informationspflichten zur Funktionsweise und Funktionssicherheit des Registers sowie zur zivilrechtlichen Haftung¹⁰⁴ erscheinen der FINMA als ungenügend.¹⁰⁵ Nach Auffassung der FINMA geht es auch darum, «das Vertrauen in die Funktionsfähigkeit des Finanzmarktes als öffentliches Gut zu schützen», weil davon auszugehen sei, dass DLT-Wertrechte «unter dem Label «Schweizer Finanzinstrumente» global beworben und vertrieben werden».

Unter dem Gesichtspunkt der Technologieneutralität der Regulierung ist im Vergleich der vorgeschlagenen digitalen Registerwertrechte zu den bestehenden (einfachen) Wertrechten¹⁰⁶ im Auge zu behalten, dass das Wertrechtebuch gemäss Art. 973c OR ebenfalls in den Händen von jedwelchen Players liegt,¹⁰⁷ ohne dass der Gesetzgeber spezifische Sicherheitsvorkehrungen verlangen würde. Integritätsdefizite von DLT-Anwendungen, die bereits im Finanzmarktenforcement der FINMA sichtbar geworden sind,¹⁰⁸ werden mit den Anforderungen an das Wertrechteregister adressiert.¹⁰⁹ Die FINMA versteht DLT-Anwendungen hinsichtlich ihrer technischen

⁹³ Art. 242a E-SchKG.

⁹⁴ Art. 16 VE-BankG und Art. 16 E-BankG.

⁹⁵ Botschaft DLT (Fn. 90), Ziff. 1.2.2.

⁹⁶ Botschaft DLT (Fn. 90), Ziff. 1.2.2.

⁹⁷ Der auf Banken zugeschnittene Art. 4^{sexies} E-BankG soll sinngemäss auch auf Personen nach Art. 1b BankG Anwendung finden (Botschaft DLT (Fn. 90), Ziff. 5.5).

⁹⁸ Siehe schon Art. 16/37d BankG.

⁹⁹ Siehe dazu Bertschinger (Fn. 20), S. 709.

¹⁰⁰ Siehe Art. 4 BEG.

¹⁰¹ FINMA, Vernehmlassungsvorlage zum Bundesgesetz zur Anpassung des Bundesrechts an Entwicklungen der Distributed Ledger-Technologie, 10. Juli 2019 (siehe unter <<https://www.finma.ch/de/dokumentation/finma-stellungnahmen/>>), S. 1 f.

¹⁰² Botschaft DLT (Fn. 90), Ziff. 1.2.1.1.

¹⁰³ Art. 973d Abs. 3 VE-OR.

¹⁰⁴ Art. 973i E-OR.

¹⁰⁵ FINMA DLT-Vernehmlassung (Fn. 101), S. 1 f.

¹⁰⁶ Siehe die ergänzte Marginalie zu Art. 973c E-OR.

¹⁰⁷ Siehe dazu Urs Bertschinger, Das Wertrechtebuch gemäss Art. 973c Obligationenrecht, in: Robert Waldburger u.a. (Hrsg.), Law & Economics, Festschrift für Peter Nobel zum 70. Geburtstag, Bern 2015, S. 312.

¹⁰⁸ Siehe nachstehend unter II.3.

¹⁰⁹ Siehe Art. 973d Abs. 2 E-OR, wonach das Wertrechteregister im Wesentlichen folgende Anforderungen erfüllen muss: (1) die Verfügungsmacht über ihre Rechte wird den Gläubigern, nicht aber dem Schuldner vermittelt; (2) angemessener Schutz gegen unbefugte Veränderungen; (3) der Inhalt der Rechte, die Funktionsweise des Registers und die Registervereinbarung sind im Register oder in damit verknüpften Begleitdaten festgehalten; (4) die Gläubiger können die sie betreffenden Informationen und

Ausgestaltung als «Kontinuum», was aus ihrer Sicht zur Anforderung führt, «die Funktionssicherheit und Integrität *nach dem neuesten Stand der Technik* sicherzustellen». ¹¹⁰ Dem steht entgegen, dass eine derartige zwingende Aktualisierungspflicht von Wertrechtregistern die Privatautonomie der Parteien zu stark beschneiden würde.

Im Unterschied zum Vorentwurf wurde für die Registerwertrechte – zu Recht – die Schnittstelle zu den Bucheffekten geschaffen, um die Anbindung dieses Innovationsraumes an die etablierten Strukturen sicherzustellen. Registerwertrechte können damit ebenfalls als «Underlyings» von Bucheffekten dienen, sofern sie im Wertrechtregister immobilisiert werden. ¹¹¹ Im Finanzmarktinfrastukturgesetz soll eine Grundlage für DLT-Handelssysteme geschaffen werden. ¹¹² DLT-Handelssysteme würden als Verwahrungsstellen im Sinne von Art. 4 Bucheffektengesetz gelten. Sofern sie als systemisch bedeutsame Finanzmarktinfrastrukturen erscheinen, unterliegen sie der Überwachung durch die Nationalbank. ¹¹³ Zudem werden DLT-Handelseinrichtungen – im Unterschied zu den Börsen – dem Geldwäschereigesetz unterstellt, weil Retail- und institutionelle Anleger direkten Zugang zum Handel haben. ¹¹⁴

II. Gerichts- und Behördenpraxis

1. Bankenrechtliche «Sandbox» – Keine Rückwirkung

Wer sich öffentlich zur Entgegennahme von Publikumseinlagen empfiehlt, bedarf der Bewilligung als Bank. Dabei ist die Verpflichtung als Rückzahlungsschuldner gegenüber den Einlegern massgeblich. ¹¹⁵ Nicht relevant ist hingegen, ob der Rückzahlungsschuldner hauptsächlich im Finanzbereich tätig ist, wie das Bundesverwaltungsgericht im Urteil B-5737/2017 vom 28. November 2018 (nicht rechtskräftig),

E. 3.4, festgehalten hat. Das Gericht hat auch wieder darauf hingewiesen, dass gemäss Art. 1 Abs. 2 BankG bloss auf das Passivgeschäft abgestellt wird, es also irrelevant sei, ob sich auch Aktivgeschäfte feststellen lassen. ¹¹⁶

Die Beschwerdeführer wollten unter Berufung auf die bankenrechtliche Sandbox-Ausnahme, die seit dem 1. August 2017 gilt, dem Vorwurf entgehen, sie hätten das Verbot der Entgegennahme von Publikumseinlagen durch Nichtbanken verletzt. Gemäss Art. 6 Abs. 1 BankV handelt gewerbmässig im Sinne des Bankengesetzes, wer dauernd mehr als 20 Publikumseinlagen entgegennimmt oder sich öffentlich zur Entgegennahme von Publikumseinlagen empfiehlt, selbst wenn daraus weniger als 20 Einlagen resultieren. Art. 6 Abs. 2 BankV regelt eine Ausnahme von diesem Grundsatz. Danach handelt nicht gewerbmässig im Sinne des Bankengesetzes, wer zwar dauernd mehr als 20 Publikumseinlagen entgegennimmt oder sich öffentlich dafür empfiehlt, aber (a) Publikumseinlagen von gesamthaft höchstens CHF 1 Mio. entgegennimmt; (b) kein Zinsdifferenzgeschäft betreibt ¹¹⁷ (in der bis Ende März 2019 geltenden Fassung war ein Anlage- und Verzinsungsverbot vorgesehen); und (c) die Einleger, bevor sie die Einlage tätigen, schriftlich oder in einer anderen Form, die den Nachweis durch Text ermöglicht, darüber informiert, dass er von der FINMA nicht beaufsichtigt wird und die Einlage nicht der Einlagensicherung unterliegt.

Ändert sich das anwendbare Recht während eines hängigen Verwaltungsverfahrens, bleibt das Recht massgeblich, welches bei der Verwirklichung des zu beurteilenden Sachverhalts relevant war, sofern nicht eine abweichende Übergangsregelung besteht. Da im Kontext der bankenrechtlichen Sandbox-Ausnahme keine vom Grundsatz abweichende Übergangsregelung geschaffen wurde und sich die zu beurteilenden Sachverhalte in den Jahren 2012 bis 2014 zugetragen haben, konnten sich die Beschwerdeführer nicht auf die bankenrechtlichen Erleichterungen bei der Entgegennahme von Publikumseinla-

Registereinträge einsehen sowie die Integrität des sie betreffenden Registerinhalts ohne Zutun Dritter überprüfen. ¹¹⁰ FINMA DLT-Vernehmlassung (Fn. 101), S. 2 f., Hervorhebung in der Quelle.

¹¹¹ Art. 6 Abs. 3 E-BEG.

¹¹² Art. 73a ff. E-FinfrAG.

¹¹³ Art. 19 Abs. 1 E-NBG.

¹¹⁴ Art. 2 Abs. 2 lit d^{quater} E-GwG.

¹¹⁵ Siehe dazu auch Bundesgericht Urteil 2C_122/2018 vom 2. April 2019, E. 4.

¹¹⁶ Siehe schon Bundesgericht Urteil 2C_929/2010, E. 3.3.1.

¹¹⁷ Fassung in Kraft seit dem 1. April 2019. In der Sandbox sind demnach keine Kleinst-Banken (mit Zinsdifferenzgeschäft) zulässig (Eidgenössisches Finanzdepartement EFD, Revision der Bankenverordnung (BankV) «FinTech-Bewilligung», Erläuterungen, 30. November 2018, S. 11).

gen berufen (E. 4.5/4.6).¹¹⁸ Da die bankenrechtliche Gewerbsmässigkeit gemäss Art. 6 Abs. 1 BankV präzise formuliert ist, bestand bei Darlehen von insgesamt mindestens EUR 400 000 sowie CHF 150 000, die zwischen 2012 und 2014 von mehr als 20 privaten Investoren stammten (E. 4.7), kein Raum für eine Gutheissung der Beschwerde gegen die Verfügung der FINMA.

2. Abwicklungskonti – Klare Perspektive

Gemäss Art. 5 Abs. 3 lit. c BankV gelten Habensaldi auf Kundenkonti von Effekten- oder Edelmetallhändlern, Vermögensverwaltern oder ähnlichen Unternehmen, die einzig der Abwicklung von Kundengeschäften dienen, nicht als Publikumseinlagen im Sinne des Bankengesetzes, wenn dafür kein Zins bezahlt wird und die Abwicklung innert 60 Tagen erfolgt.¹¹⁹ Diese maximale Haltefrist gilt seit dem 1. August 2017, wogegen zuvor gemäss Praxis der FINMA eine Frist von bloss sieben Tagen zur Anwendung gelangte. Auch in dieser Hinsicht besteht keine Rückwirkung, sodass die erweiterte Ausnahmenvorschrift nicht im Zusammenhang mit Vorgängen angerufen werden kann, die sich vor deren Inkrafttreten ereigneten.¹²⁰ Dies hat das Bundesverwaltungsgericht im Urteil B-1172/2018 vom 17. Dezember 2018 (nicht rechtskräftig), E. 3.8, festgehalten.

Das Gericht erinnert auch an die Voraussetzung, «dass das geplante Hauptgeschäft organisiert bzw. unmittelbar absehbar ist und die dafür erforderlichen Vertragsbeziehungen nicht erst noch ausgehandelt werden müssen; andernfalls handelt es sich bei bereits entgegengenommenen Geldern um Publikumseinlagen, die unter das Annahmeverbot von Art. 1 Abs. 2 BankG fallen» (E. 3.8).¹²¹ Es gilt daher, bei welchen Aktivitäten, die in den Anwendungsbereich der Ausnahmenvorschrift zu den Abwicklungskonti fallen sollen, darauf zu achten, dass zum Beispiel eine Crowdfunding-Lösung¹²² bereits «steht» und nicht ein unkontrollierter Projektstart oder «Versuchsbal-

lon» erfolgt, der nach dem Gesagten in ein Finanzmarkt-Enforcement-Verfahren führen kann.

3. Kryptowährung mit Bezug zu Stable Coin – Bankbewilligung

Der bankenrechtliche Einlagebegriff knüpft, wie bereits erwähnt wurde,¹²³ an die Rückzahlungsverpflichtung an, wobei nicht verlangt wird, dass die gesamte Summe zur Rückzahlung gelangt. Es muss sich um eine primäre Pflicht zu einer Geldleistung handeln, sekundäre Leistungspflichten auf Geld, wie Schadenersatz oder eine Leistung aus ungerechtfertigter Bereicherung, erfüllen den Einlagebegriff nicht. Das Bundesverwaltungsgericht befasst sich im Urteil B-6413/2017 vom 21. Januar 2019¹²⁴ mit einem sog. «E-Coins-System», welches von einem Verein betrieben wurde. Es war von einer «Kryptowährung» die Rede, was das Gericht zur Aussage veranlasst, dass das Verbot zur gewerbsmässigen Entgegennahme von Publikumseinlagen auch für Personen gilt, die eine Tätigkeit mit einer virtuellen Währung ausüben (E. 5.3).

Die Nutzer des Systems verfügten je über ein Guthaben in Euro sowie in E-Coins, die «Cash Wallets» der Nutzer gutgeschrieben wurden. Für beide Guthaben bestand eine Rückzahlungspflicht, wenn auch für die E-Coins mit einem Abschlag von 15% auf dem massgeblichen Tageskurs (Sachverhalt A.b., E. 5.1/5.2). Die Rückzahlungspflicht in Euro kam beim Austritt eines Nutzers aus dem Verein oder bei Auflösung des Vereins zum Tragen, sofern das Coin-Guthaben nicht vorher veräussert wurde. Für die Überweisung auf ein Bankkonto des Nutzers galt zudem eine Auszahlungsgebühr von 6%. Das Grundkonzept der E-Coins sollte darin bestehen, jeden Coin zu 80% mit Werten, wie Edelmetallen und stabilen Währungen, zu unterlegen, wobei die Hinterlegung aus dem Verkauf neuer Coins gespiesen wurde (5.4). Gemäss Sachverhalt B. werde der Pool aus hinterlegten Vermögenswerten durch eine unabhängige Institution gehalten. 20% des einbezahlten Ausgabebetrages neuer E-Coins sollten einem Administrativkonto gutgeschrieben werden, welches unter anderem für den Unterhalt und die Weiterentwick-

¹¹⁸ Ebenso Bundesstrafgericht SK.2019.14 vom 4. Juli 2019, E. 2./2.2.4.

¹¹⁹ Kundenkonti von Effekthändlern sind von der 60 Tage-Frist ausgenommen.

¹²⁰ Siehe dazu schon oben unter II.1.

¹²¹ So schon Bundesgericht 2C_929/2010, E. 3.4.2.

¹²² Siehe dazu auch FINMA Faktenblatt Crowdfunding, Stand: 1. August 2017.

¹²³ Siehe unter II.1.

¹²⁴ Siehe auch Bundesverwaltungsgericht Urteil B-5769/2017 vom 21. Januar 2019.

lung des IT-Systems reserviert war. Im Falle einer Liquidation des E-Coin-Systems sollte sich der Rückkaufswert der E-Coins anteilmässig aus dem Liquidationsergebnis des hinterlegten Vermögenspools errechnen. Da die Nutzer insbesondere beim Austritt aus dem Verein die Rückzahlung ihrer E-Coins in konvertibler Währung erzwingen konnten, war mit den E-Coins eine bankenrechtliche Einlage verbunden.

Sodann wurde der Ausnahmetatbestand von Art. 5 Abs. 3 lit. a BankV geprüft. Danach gelten Gelder nicht als Einlagen, die eine Gegenleistung aus einem Vertrag auf Übertragung des Eigentums oder aus einem Dienstleistungsvertrag darstellen oder als Sicherheitsleistung übertragen werden. Die Sachqualität der E-Coins wurde unter den gegebenen Umständen schon deshalb verneint, weil die Coins nicht mittels «Blockchain bzw. Distributed Ledger unabänderlich, abgrenzbar und beherrschbar seien». Dabei fiel ins Gewicht, dass die Systemadministratoren sowohl den Algorithmus als auch die Guthaben der Nutzer jederzeit beeinflussen konnten. Es bestand keine genügende Individualisierung der E-Coins, und die Nutzer waren nicht in der Lage, jederzeit ohne Mitwirkung des Vereins über ihre E-Coins zu verfügen (E. 5.1). Wenngleich ein Geschäftsmodell hinsichtlich einer virtuellen Währung geltend gemacht wurde, erachtet es das Gericht als «wirtschaftlich nicht vernünftig», dass der Kurs der Kryptowährung nicht ausschliesslich nach objektiven Kriterien bestimmt wird, sondern von den Verantwortlichen beeinflusst werden konnte. Der Ausnahmetatbestand von Art. 5 Abs. 3 lit. a BankV war daher nicht erfüllt, weil wirtschaftlich von einem Einlagegeschäft auszugehen war, die Anrufung des erwähnten Ausnahmetatbestandes mithin als missbräuchlich erschien (E. 5.5/5.3.3). Die Sachqualität der E-Coins und das Vorliegen eines Vertrags auf Eigentumsübergang im Sinne von Art. 5 Abs. 3 lit. a BankV konnten daher offenbleiben.

Die FINMA hat am 11. September 2019 eine Ergänzung der Wegleitung für Unterstellungsfragen betreffend Initial Coin Offerings (ICOs) publiziert.¹²⁵ Darin wird festgehalten, dass im Falle eines fixen Einlösungsanspruchs gegenüber dem Emittenten aufgrund der Anbindung eines Coins an eine bestimmte

Fiat-Währung eine Qualifikation als bankenrechtliche Einlage naheliege. Hier zeigt sich ein Bezugspunkt zur Konstellation, die das Bundesverwaltungsgericht beurteilte, da mit einem E-Coin ein Rückzahlungsanspruch zum massgeblichen Tageskurs (wenn auch mit einem Abschlag von 15% und Abzug einer Auszahlungsgebühr von 6%) verbunden war.¹²⁶ Im Falle der Liquidation des E-Coin-Systems sollte sich der Rückzahlungsanspruch, wie erwähnt, anteilmässig nach dem Liquidationserlös des zu Grunde liegenden Vermögenspools richten. Damit deutet sich ein Bezug zu einer kollektiven Kapitalanlage an, weil die Verwaltung der angebundenen Vermögenswerte auf Rechnung und Risiko der Nutzer von E-Coins erfolgte.¹²⁷

Die FINMA weist die Anleger in der Ergänzung der ICO-Wegleitung darauf hin, dass die Risiken von sog. «Stable Coins» von der genauen Ausgestaltung abhängen und betrügerische Absicht im Spiel sein kann. Davon zeugt auch das hier zu erörternde Urteil, weil es sich nach Auffassung der FINMA um ein «schneeballähnliches System» handeln könnte. Es wird zudem festgestellt, dass sich die Verantwortlichen E-Coins auf sog. «Nostro Accounts» gutschreiben liessen, ohne dass substantielle Gegenleistungen erfolgten, und es werden Eingriffe in die Preisbildung von E-Coins moniert (E. 5.5). Bei einer Preissteigerung der E-Coins innert Jahresfrist um mehr als 1600% war die Versuchung für gewisse Anleger offensichtlich zu gross; sie dürfen sich nicht über Schaden wundern: «Trau, schau wem» gilt als finanzmarktrechtliche Basisregulierung.

4. Organisation der FINMA – Kompetenzabgrenzung zwischen Verwaltungsrat und Geschäftsleitung

Der Gesetzgeber hat die FINMA mit einer dualen Führungsstruktur – Verwaltungsrat und Geschäftsleitung – ausgestaltet (Art. 8 FINMAG). Die Gesetzmaterien verlangen «ein Gleichgewicht zwischen der strategischen und operativen Führungsebene» im Sinne von «checks and balances». Daher wird die Entscheidungskompetenz des FINMA-Verwaltungsrates nach der Vorschrift des Gesetzes und den Materialien auf die Geschäfte von grosser Tragweite be-

¹²⁵ <<https://www.finma.ch/de/news/2019/09/20190911-mm-stable-coins/>>.

¹²⁶ Siehe Sachverhalt A.b., E. 5.1/5.2.

¹²⁷ Ergänzung der ICO-Wegleitung (Fn. 125), Ziff. 2.2.1.

schränkt (Art. 9 Abs. 1 lit. b FINMAG). Nach den Gesetzesmaterialien entscheidet der Verwaltungsrat «somit nur noch in denjenigen Fällen, in denen Gläubigerinnen und Gläubiger, Anlegerinnen und Anleger, Versicherte oder die Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte in erheblichem Masse betroffen sind».¹²⁸ An anderer Stelle halten die Gesetzesmaterialien fest, dass der FINMA-Verwaltungsrat «grundsätzlich nur für die strategischen Belange und Entscheide verantwortlich» sei.¹²⁹ Mit Blick auf den Gesetzgebungsprozess ist beachtlich, dass der Bundesrat statt des Konzeptes eines FINMA-«Aufsichtsrates», welches der Expertenkommission vorschwebte, das Modell eines «Verwaltungsrates» vorgeschlagen hat. Mit diesem terminologischen Wandel haben im erwähnten Sinne auch die Inhalte des Top-Gremiums der FINMA eine Aufwertung erfahren.¹³⁰

Der dargelegte Gesetzgebungsprozess findet in der Rechtsprechung seinen Niederschlag. Geht es um die besonderen Eigenmittelanforderungen für eine systemrelevante Bank,¹³¹ in casu war die Postfinance AG betroffen, ist damit ein «Geschäft von grosser Tragweite» angesprochen, falls sich die konkreten Anforderungen nicht hinreichend klar aus den anwendbaren Vorschriften und der Praxis der FINMA ergeben. Unter diesen Umständen hat das Bundesgericht im Urteil 2C_387/2018 vom 18. Dezember 2018 den Entscheid durch den Verwaltungsrat der FINMA als zwingend erachtet, weil sich die Eigenmittelverfügung potentiell auf die Stellung und Existenz der Beschwerdeführerin als systemrelevantes Finanzinstitut und mithin auch auf den Schweizer Finanzmarkt auswirkt. Die Verfügung durch die Geschäftsleitung der FINMA erfolgte daher durch eine nicht ordnungsgemäss zusammengesetzte Behörde, was Art. 29 Abs. 1 BV verletzt.¹³² Eine bloss Information des Verwaltungsrates genügt nicht (E. 3.7). Davon zu unterscheiden ist selbstverständlich der Umstand, dass die Geschäftsleitung dem Verwaltungsrat zum betreffenden Geschäft einen Antrag unterbreitet, was auch der Gesetzgeber anerkennt.¹³³ Die damit verbundene mass-

gebliche Entscheidungsvorbereitung ist der dualen Führungsstruktur der FINMA inhärent, da die erforderliche Detail-Sachkompetenz überwiegend auf der operativen Ebene liegt.

Die Eigenmittelausstattung systemrelevanter Finanzinstitute ist unter dem Gesichtspunkt des Funktionsschutzes relevant und damit von strategischer Bedeutung. Nach der gesetzlichen Kompetenzabgrenzung zwischen den strategischen und operativen Aufgaben der FINMA ist es daher nachvollziehbar, dass die Betätigung eines erheblichen Ermessensspielraums für zusätzliche Eigenmittel systemrelevanter Finanzinstitute¹³⁴ als zwingende Kompetenz des FINMA-Verwaltungsrates erachtet wird (E. 3.6.2). Die FINMA hat ihr Organisationsreglement entsprechend angepasst¹³⁵ und führt nun «Eigenmittel- und Liquiditätszuschläge oder -beschränkungen» unter den Geschäften von grosser Tragweite ausdrücklich auf.¹³⁶

Gemäss Organisationsreglement der FINMA kann der Verwaltungsrat «jederzeit ein Geschäft als Geschäft von grosser Tragweite bezeichnen und an sich ziehen».¹³⁷ Damit darf allerdings nicht die vom Gesetzgeber angeordnete Kompetenzabgrenzung zwischen dem Verwaltungsrat und der Geschäftsleitung ausgehebelt werden, die, wie erwähnt, den FINMA-internen *checks and balances* dient. Art. 9 Abs. 1 lit. b FINMAG stellt eine Ausnahme vom Grundsatz dar, dass Verfügungen in der Regel von der Geschäftsleitung zu erlassen sind (E. 3.5.3). Das Organisationsreglement der FINMA vermag am gesetzlichen Rahmen nichts zu ändern. Eine Kompetenzattraktion durch den FINMA-Verwaltungsrat unterliegt daher der gerichtlichen Überprüfung (siehe E. 3.8). Dem Begehren einer betroffenen Partei, die einen Entscheid des Verwaltungsrates anstelle der Geschäftsleitung verlangt,¹³⁸ darf der FINMA-Verwaltungsrat deshalb bloss im dargelegten gesetzlichen Rahmen entsprechen.

¹²⁸ Botschaft FINMAG (Fn. 6), S. 2840.

¹²⁹ Botschaft FINMAG (Fn. 6), S. 2862.

¹³⁰ Siehe Botschaft FINMAG (Fn. 6), S. 2863.

¹³¹ Siehe Art. 9 Abs. 2 lit. a BankG.

¹³² Siehe allgemein Gerold Steinmann, St. Galler Kommentar zur Bundesverfassung, 3. Aufl., Art. 29, N 34.

¹³³ Art. 10 Abs. 2 lit. b FINMAG; Botschaft FINMAG (Fn. 6), S. 2863.

¹³⁴ Art. 131b i.V.m. Art. 45 Eigenmittelverordnung (ERV).

¹³⁵ Siehe Art. 9 Abs. 1 lit. i FINMAG.

¹³⁶ Art. 2^{bis} Reglement über die Organisation der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA, nun Stand: 1. Januar 2020.

¹³⁷ Art. 2^{bis} Abs. 4 Organisationsreglement FINMA (Fn. 136).

¹³⁸ Siehe Botschaft FINMAG (Fn. 6), S. 2863.

5. Kein Berufsverbot – Verantwortungsdiffusion

Die Meldepflicht des Finanzintermediärs beim Verdacht auf eine kriminelle Herkunft von Vermögenswerten entspricht einem Kernelement in der Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung (Art. 9 GwG). Das Geldwäschereigesetz ist ein Finanzmarktgesetz (Art. 1 Abs. 1 FINMAG), wobei die sich daraus ergebenden Pflichten den Finanzintermediär treffen. Die FINMA hat dem General Counsel einer Bank ein zweijähriges Berufsverbot auferlegt, weil sie dessen Pflichten im Zusammenhang mit dem Geldwäschereigesetz als verletzt erachtete. Das Bundesverwaltungsgericht erinnert im Urteil B-488/2018 vom 17. Januar 2019 (nicht rechtskräftig), E. 4.3, zunächst daran, dass ein Berufsverbot (Art. 33 FINMAG) den Grundsatz der Institutsaufsicht durchbricht. Der aufsichtsrechtliche Tatbestand des Berufsverbots sei, wie bereits das Bundesgericht festgestellt habe,¹³⁹ nur erfüllt, «wenn eine Person durch ihr individuelles Fehlverhalten kausal und schuldhaft eine schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen durch die Beaufsichtigte bewirkt». Schuldhaft bedeute in diesem Zusammenhang, «dass dem Betroffenen eine individuelle Verantwortlichkeit nachgewiesen werden kann; mithin muss das Verhalten ihm persönlich zurechenbar sein». In diesem Zusammenhang weist das Gericht darauf hin, dass ein Berufsverbot die Wirtschaftsfreiheit des Betroffenen wesentlich einschränke und daher hohe Anforderungen an das Legalitätsprinzip bzw. an die Klarheit und Bestimmtheit der im konkreten Fall verletzten Bestimmungen zu stellen seien (E. 4.3).

Unter den gegebenen Umständen wurde ein *begründeter Verdacht* im Sinne von Art. 9 Abs. 1 lit. a Ziff. 2 GwG bejaht,¹⁴⁰ weil gemäss der Know Your Customer-Dokumentation bloss Vermögenswerte von USD 60 Mio. erwartet wurden, wogegen zunächst die enorme Summe von USD 1,265 Mrd. abgewickelt

wurde;¹⁴¹ insgesamt sollen sogar mutmasslich kriminelle Gelder in der Höhe von USD 1,8 Mrd. im Rahmen einer Geschäftsbeziehung mit der Bank betroffen sein.¹⁴² Zudem waren zahlreiche weitere Ungereimtheiten im Zusammenhang mit Verträgen, E-Mail-Adressen und involvierten Personen aufgetaucht. Das Gericht kommt auf dieser Grundlage zum Schluss, dass der Vorwurf der schweren Verletzung aufsichtsrechtlicher Pflichten gegenüber der Bank nicht zu beanstanden sei (E. 4.5.2).

Der General Counsel hatte einem Telefonat des CEO der Bank (mit R.; siehe dazu auch unten) beigezogen, in welchem dieser darauf hinwies, «dass wenn eine andere der involvierten Banken nur beiläufig die Dokumentation anschauen würde, die Transaktionen gemeldet würden und sie dann ein grosses Problem hätten (if anybody just looks at it remotely, this is going to be all over the place.)» (E. 4.5.2). Im Kontext weiterer Transaktionen äusserte sich der General Counsel bankintern wie folgt: «Wir haben vor 6 Monaten A gesagt, jetzt muss man auch B sagen – irgendwie». Er setzte zudem den Leiter einer ausländischen Niederlassung unter Druck, sodass das Gericht zum Schluss kam, der General Counsel habe auch die weiteren Transaktionen genehmigen wollen. Es springt ins Auge, dass das Gericht darauf verweist, der General Counsel habe die erwähnte Äusserung gegenüber ihm hierarchisch untergeordneten Mitarbeitern der Bank und nicht gegenüber Mitgliedern der Geschäftsleitung gemacht, was im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung zu berücksichtigen sei (E. 4.5.3).

Der General Counsel führte die Abteilung Legal & Compliance, wobei Compliance auch als Geldwäschereifachstelle der Bank amtierte.¹⁴³ Compliance hatte – nach vorgängiger Konsultation mit der Geschäftsleitung – eine allfällige Meldung an die Meldestelle für Geldwäscherei (MROS) zu erstatten. Das Gericht kommt denn auch zum Schluss, dass der Ge-

¹³⁹ BGE 142 II 243 E. 2.2.

¹⁴⁰ Siehe zum begründeten Verdacht auch Bundesstrafgericht Urteil SK.2018.32 vom 25. März 2019, E. 4.5. Ein zinsfreies Darlehen, dessen Rückzahlungstermin durch die Parteien später noch festzulegen ist, erscheint zwar als ungewöhnlich, vermag mit Blick auf Art. 313 Abs. 1 OR und Art. 318 OR allerdings keinen begründeten Verdacht auf eine kriminelle Herkunft von Vermögenswerten zu rechtfertigen.

¹⁴¹ Siehe zum Risiko im Zusammenhang mit der Höhe der Beträge auch das National Risk Assessment (NRA): Korruption als Geldwäschereivortat, Bericht der interdepartementalen Koordinationsgruppe zur Bekämpfung der Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung (KGGT), April 2019, Ziff. 2.4.3.

¹⁴² Siehe Sachverhalt A.b. Die Transaktionen stehen im Zusammenhang mit der mutmasslichen Korruptionsaffäre um den malaysischen Staatsfonds 1 Malaysia Development Berhad (1MDB), Sachverhalt A.a.

¹⁴³ Siehe allgemein Art. 24 GwV-FINMA.

neral Counsel auf eine GwG-Meldung hätte hinarbeiten sollen,¹⁴⁴ sodass in dieser Unterlassung ein individuelles Fehlverhalten liegt, das kausal und schuldhaft die Verletzung der GwG-Meldepflicht durch die Bank «mitbewirkt» hat (E. 4.5.3/4.7). Nach Auffassung des Gerichts wird damit über das «Verschulden» des General Counsel aber noch «keine differenzierte Aussage» getroffen (E. 5.5.1).

a) Verantwortungsdiffusion in Organisationsstrukturen

Unter dem Gesichtspunkt des Verschuldens des General Counsel wird massgeblich an die Organisationsstruktur der Bank angeknüpft: Compliance hatte zwar keine Entscheidungsbefugnis, der Geschäftsleitung der Bank wurde aber nachweislich nie die Erstattung einer GwG-Meldung beantragt, wie es das Regelwerk der Bank verlangte. Der General Counsel war nicht Mitglied der Geschäftsleitung, nahm jedoch als Gast ohne Stimmrecht an den wöchentlichen Sitzungen der Geschäftsleitung teil und amtierte zunächst auch als Stellvertreter des Chief Operating Officer (COO) und sodann als Stellvertreter des Chief Financial Officer der Bank.¹⁴⁵ Die wesentlichen Aspekte, welche auf einen begründeten Verdacht hinsichtlich der unrechtmässigen Herkunft der Gelder hindeuteten, waren auch den Entscheidungsträgern für die Geldwäscherei-Prävention, insbesondere dem CEO und dem COO der Bank, bekannt. Vor diesem Hintergrund erachtet es das Bundesverwaltungsgericht als «nachvollziehbar», dass der General Counsel der Geschäftsleitung gar nicht vorgeschlagen hat, eine GwG-Meldung zu erstatten (E. 5.5.1). Hier taucht auch nochmals die bereits erwähnte, vom Gericht als «zweideutig» bezeichnete Aussage des General Counsel auf: «Wir haben vor 6 Monaten A gesagt, jetzt muss man auch B sagen – irgendwie». Da sie gegenüber hierarchisch untergeordneten Mitarbeitern erfolgte, erachtet sie das Gericht als für einen Entscheid der Geschäftsleitung nicht massgeblich. Weil der General Counsel die Transaktionen nicht einfach «durchwinkte», er von seinen Vorgesetzten unter

Druck gesetzt wurde und dem Verwaltungsratspräsidenten der Bank täuschendes Verhalten vorzuwerfen war, erachtet das Gericht das Verschulden des General Counsel bloss als «leicht» (E. 5.5.1). Daran schliesst die Aussage des Gerichts an, dass das öffentliche Interesse an einem adäquaten Schutz vor dem General Counsel «insgesamt als gering einzustufen» sei (E. 5.5.2).

Wenngleich die detaillierten Sachverhaltsdarstellungen des Bundesverwaltungsgerichts auf eine erhebliche Komplexität hindeuten, kommt damit nur die in solchen Fällen zu erwartende Verschleierung zum Ausdruck. Sie drückte sich konkret etwa dadurch aus, dass sich offenbar Personen (Z., R. und S.), die als «Gruppe» wahrgenommen wurden und dem Verwaltungsratspräsidenten bekannt waren (E. 2.2), teilweise für einander ausgegeben haben (R. als Z.) (E. 4.5.2). Der General Counsel wohnte, wie bereits erwähnt wurde, einem Telefonat des CEO der Bank mit R. bei, wobei «[m]ildernd» berücksichtigt wurde, dass letztlich nur die Geschäftsbeziehung mit Z. Anlass zur GwG-Meldung gab, in deren Rahmen der General Counsel vom Verwaltungsratspräsidenten getäuscht und von den Vorgesetzten unter Druck gesetzt wurde (E. 5.5.3).

Dies ändert freilich nichts daran, dass der General Counsel «nach oben» (gegenüber der Geschäftsleitung) seinen Pflichten im Rahmen des Regelwerks der Bank zur Bekämpfung der Geldwäscherei nicht nachgekommen ist¹⁴⁶ und «nach unten» den Druck, welchen er von seinen Vorgesetzten spürte, weitergegeben hat.¹⁴⁷ Damit hat sich der General Counsel perfekt ins rechtswidrige System der Bank eingeordnet. Das Gericht findet das aber nicht so schlimm, weil den General Counsel eben «höchstens ein Mit- aber kein alleiniges Verschulden» trifft (E. 5.5.1 letzter Absatz). Selbst wenn es das Gericht als letztlich nicht ausschlaggebend erachtet, ob einem «unmissverständlichen Vorschlag» des General Counsel an die Geschäftsleitung zur Erstattung einer GwG-Meldung Rechnung getragen worden wäre, liegt das Urteil auf der Linie, dass das rechtmässige Alternativverhalten des General Counsel am rechtswidrigen Zustand nichts geändert hätte, weshalb das Berufsverbot unter den gegebenen Umständen nicht zumutbar sei.

¹⁴⁴ Siehe in diesem Zusammenhang auch SwissBanking, Zirkular 7986 vom 25. März 2019 betreffend Verdachtsmeldung an die MROS, wo auf die Bedeutung der besonderen Sorgfaltspflichten gemäss Art. 6 Abs. 2 GwG hingewiesen wird, da die Qualität von gewissen Verdachtsmeldungen abgenommen habe.

¹⁴⁵ Sachverhalt A.a.

¹⁴⁶ Siehe dazu bei Fn. 144.

¹⁴⁷ Siehe E. 2.2.2.

Mit Blick auf die praktischen Verhältnisse in Finanzinstituten ist festzuhalten, dass der Einhaltung der formellen Abläufe im Zusammenhang mit der Erfüllung aufsichtsrechtlicher Pflichten, wie der Meldepflicht nach Geldwäschereigesetz, eine hohe Bedeutung zukommt, weil die Führungskräfte im Range eines CEO oder COO erfahrungsgemäss auf das Verhalten der Fachspezialisten abstellen wollen.¹⁴⁸ Es ist daher zweifelhaft, ob mangels eines reglementsconformen bankinternen Ablaufes eine GwG-Meldung in die Wege geleitet würde; *in casu* erfolgte denn auch keine Meldung, wenngleich die verantwortlichen Mitglieder der Geschäftsleitung von den relevanten Umständen Kenntnis hatten (E. 5.5.1). Deshalb hätte der General Counsel bzw. die ihm unterstellte Abteilung Compliance der Geschäftsleitung – unabhängig von den konkreten Umständen – jedenfalls einen Antrag zur Erfüllung der Meldepflicht nach Geldwäschereigesetz stellen müssen. Diese Pflichtverletzung des General Counsel reflektiert daher allemal einen erheblichen Unrechtsgehalt. Der Sachverhaltsdarstellung des Gerichts lässt sich denn auch keinerlei Hinweis entnehmen, dass der General Counsel versuchte, die Mitglieder der Geschäftsleitung von einem rechtskonformen Verhalten zu überzeugen,¹⁴⁹ wenngleich der General Counsel nach den Ausführungen des Gerichts «organisatorisch und [...] faktisch grosse Möglichkeiten [hatte], den Entscheid der GL betreffend einer Meldung an MROS zu beeinflussen» (E. 5.5.1). Unabhängig davon, ob auch das Bundesgericht das von der FINMA verfügte zweijährige Berufsverbot gemäss Art. 33 FINMAG verneint, könnte sich für den General Counsel im Falle einer gleichwertigen Position das allgemeine Gewährskriterium als Hürde erweisen.¹⁵⁰

¹⁴⁸ Siehe dazu E. 2.2.1: «Der damalige CEO B._ sagte gegenüber der FINMA aus, dass die Transaktionen von einem Kernteam, vorwiegend bestehend aus Personen von Legal & Compliance, abgeklärt worden seien. Die Hauptaufgaben seien auf den Beschwerdeführer als GC, die Global Head Compliance, den Niederlassungsleiter Singapur sowie den COO C._, an welchen die Niederlassung Singapur damals rapportierte, verteilt gewesen. Das Business-Team, u.a. die Kundenberaterin, sei ebenfalls massgeblich involviert gewesen.»

¹⁴⁹ Siehe E. 4.1: Die FINMA erwartet von «Personen mit leitender Stellung im Compliance-Bereich», «dass sie sich – wo notwendig zur Geldwäscherei-Prävention – auch gegen internen Widerstand einer (für die Bank allenfalls ökonomisch interessanten) Transaktion widersetzen».

¹⁵⁰ Siehe auch E. 4.1.

b) Organisatorische Einbettung der Meldung an MROS

Das Gerichtsurteil wirft die Frage nach der angemessenen institutsinternen Organisation zur Erfüllung der Meldepflicht gemäss Art. 9 GwG auf.¹⁵¹ In der gerichtlich beurteilten Konstellation war jeder Bankmitarbeiter bei Verdacht auf Geldwäscherei verpflichtet, umgehend die Compliance-Abteilung zu informieren. Die GwG-Meldung konnte nur durch Compliance erstattet werden, wobei vorgängig die Geschäftsleitung zu «konsultieren» war (E. 2.1), Compliance also keine Entscheidungsbefugnis zukam (E. 5.5.1). Die teilrevidierte GwV-FINMA, die auf den 1. Januar 2020 in Kraft getreten ist, sieht in Art. 25a GwV-FINMA vor, dass das oberste Geschäftsführungsorgan über die Erstattung von Meldungen nach Art. 9 GwG entscheidet. Es kann «diese Aufgabe» unter anderem an ein einzelnes Mitglied der Geschäftsleitung oder eine Geldwäschereifachstelle übertragen. Nach den Materialien kommt es dabei zu einem Auseinanderfallen von Entscheidungs- und Umsetzungsverantwortung.¹⁵² Dies erklärt sich aufgrund von Art. 24 Abs. 1 GwV-FINMA, wonach die Geldwäschereifachstelle die Linienverantwortlichen und die Geschäftsleitung unterstützt und berät, ohne diesen die Verantwortung abnehmen zu können. Wie das vorstehend erörterte Gerichtsurteil zeigt, kann es dadurch zu diffusen Situationen kommen. Es ist aber im Auge zu behalten, dass gemäss den Materialien zur Delegation der Umsetzung der Meldepflicht – entgegen der gerichtlich beurteilten Konstellation – auch «der Entscheid über die Erstattung von Meldungen» gehört.¹⁵³ Dies kann zu einfacheren und damit klareren Verhältnissen in der Erfüllung der GwG-Meldepflicht führen.

c) Entzug der aufschiebenden Wirkung

Unabhängig vom Ausgang des gerichtlichen Verfahrens dürfte das gegen den General Counsel ausgesprochene Berufsverbot dannzumal bereits weitgehend abgelaufen sein. Das Bundesverwaltungsge-

¹⁵¹ Siehe E. 5.5.1, wonach ein Bericht der Prüfgesellschaft die Organisation und Überwachungsprozesse im Bereich der Geldwäscherei-Prävention der Bank positiv beurteilt habe.

¹⁵² FINMA Geldwäschereiverordnung-FINMA (GwV-FINMA), Bericht über die Anhörung zum Entwurf der Teilrevision der GwV-FINMA, 20. Juni 2018, S. 25 f. (<<https://www.finma.ch/de/news/2018/07/20180718-mm-gwv-finma/>>).

¹⁵³ Siehe FINMA-Anhörungsbericht (Fn. 152), S. 25.

richt hat mit Zwischenentscheid vom 26. März 2018 auf Antrag des General Counsel der Verfügung der FINMA die aufschiebende Wirkung entzogen.¹⁵⁴ Dabei verfiel die Argumentation des Beschwerdeführers, dass das Berufsverbot während laufender Verfahrensdauer bereits «faktisch» zu laufen begonnen habe und bei Abweisung der Beschwerde die faktische Verlängerung der Dauer des Berufsverbotes zu einem stossenden Ergebnis führe. Es kann in dieser Hinsicht auf die Bemerkungen zur Berichtsperiode 2017–2018 verwiesen werden.¹⁵⁵

6. Gewinneinziehung – Allgemeine Betriebskosten nicht abzugsfähig

Verfehlungen in Finanzinstituten, die im Zusammenhang mit Finanzflüssen betreffend den malaysischen Staatsfonds 1MBD stehen, beschäftigen wiederholt die hiesigen Gerichte. Die FINMA hatte die Einziehung von über CHF 2,5 Mio. verfügt, die aufgrund schwerwiegender Verletzung von Vorgaben zur Bekämpfung der Geldwäscherei angefallen waren. Vor Bundesgericht war noch die Frage strittig, ob allgemeine Betriebskosten vom Gewinn abgezogen werden können. Das Bundesgericht tritt im Urteil 2C_422/2018 vom 20. März 2019 der Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts entgegen, wonach allgemeine Betriebskosten bereits dann vom Gewinn abzuziehen sind, wenn keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die bei der Verletzung von aufsichtsrechtlichen Bestimmungen eingesetzten Produktionsmittel – wie Mitarbeiter involvierter Abteilungen – andernfalls nicht zur Erwirtschaftung von Erträgen hätten genutzt werden können (E. 3).

Im Einzelnen hält das Bundesgericht fest, dass sich die Ermittlung des herauszugebenden Gewinns im Rahmen von Art. 35 Abs. 1 FINMAG nach den Grundsätzen richtet, wie sie für die unechte Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 423 OR) entwickelt wurden (E. 2.5). Massgeblich ist der Nettogewinn, weshalb die Kosten, die dem fehlbaren Finanzinstitut für die Erzielung des illegalen Ertrags erwachsen, in Abzug zu bringen sind (E. 2.4): «Fixkosten bzw. nicht konkret zurechenbare Gemeinkosten bei der Verwendung von Infrastruktur [...] fallen je-

doch immer dann ausser Betracht, wenn vorhandene Produktionsmittel ohne die rechtsverletzende Produktion nicht ausgelastet wären oder nicht verwendet werden könnten und somit durch die betreffende Rechtsverletzung Verluste vermieden oder vermindert werden.»¹⁵⁶ Die vom Bundesgericht verwendete Gewinnermittlung, die diesen unrechtmässig vermiedenen Verlust nicht zum Abzug vom Bruttoerlös zulässt,¹⁵⁷ entspricht dem gesunden Menschenverstand, wonach sich illegales Verhalten nicht lohnen darf: Soweit allgemeine Geschäftskosten auch bei aufsichtsrechtlich korrekter Geschäftstätigkeit, also ohne die illegalen Aktivitäten angefallen wären, können sie folglich nicht vom Gewinn abgezogen werden, welcher gemäss Art. 35 Abs. 1 FINMAG der Einziehung unterliegt (E. 3.2). Damit bleibt kein Raum für das Argument, dass betriebliche Kapazitäten auch für legale Aktivitäten hätten genutzt werden können und diese allgemeinen Infrastruktur- und Personalkosten deshalb im Sinne des rechtmässigen Alternativverhaltens vom Gewinn abzuziehen seien; der Beauftragte hat sich eben für das illegale Handeln entschieden.¹⁵⁸

7. Zentralverwahrer – Preistransparenz

Im Urteil B-2203/2018 vom 12. August 2019 befasst sich das Bundesverwaltungsgericht mit der Pflicht eines Zentralverwahrers, gemäss Finanzmarktinfrastukturgesetz Preislisten für das Auslandsgeschäft zu veröffentlichen. Der Zentralverwahrer gilt gemäss Art. 2 lit. a Ziff. 4 FinfraG als Finanzmarktinfrastuktur, die der Publizitätspflicht nach Art. 21 FinfraG unterliegt. Art. 19 lit. b Finanzmarktinfrastukturverordnung (FinfraV) verpflichtet eine Finanzmarktinfrastuktur, regelmässig die Preise und Gebühren für die von der Finanzmarktinfrastuktur erbrachten Dienstleistungen, einschliesslich der Bedingungen für die Gewährung von Rabatten, zu veröffentlichen. Somit erstreckt sich die Pflicht zur Preisveröffentlichung auf die Dienstleistungen, welche der Zentralverwahrer als zentrale Verwahrungsstelle oder als Effektenabwicklungssystem¹⁵⁹ erbringt (E. 3.2).

¹⁵⁴ Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts ebenfalls unter der Geschäfts-Nr. B-488/2018.

¹⁵⁵ Bertschinger (Fn. 20), S. 719.

¹⁵⁶ Hervorhebung in der Quelle.

¹⁵⁷ E. 2.4 am Ende.

¹⁵⁸ Kritisch Floris Zuur/Lucas Forrer, Die Abzugsfähigkeit von Fixkosten bei einer Gewinneinziehung nach Artikel 35 FINMAG, GesKR 2019, S. 499 und S. 496 f.

¹⁵⁹ Siehe Art. 61 FinfraG.

Bei den Nebenleistungen von Finanzmarktinfrastrukturen unterscheidet Art. 10 FinfraG (i) Dienstleistungen, die mit der Bewilligung als Finanzmarktinfrastuktur integral verbunden sind, (ii) Dienstleistungen, die nach einem anderen Finanzmarktgesetz¹⁶⁰ der Bewilligung unterliegen, sowie (iii) Dienstleistungen, die keiner zusätzlichen Bewilligung bedürfen (E. 5.4.1). Die FINMA hat die Hauptdienstleistungen des Zentralverwahrers und die damit integral verbundenen Nebendienstleistungen in ihrer Verfügung wie folgt umschrieben (E. 5.4.1): «Betrieb einer zentralen Verwahrungsstelle (Endverwahrung von Effekten); Tresordienstleistungen, soweit es um die Endverwahrung von Wertpapieren geht; erstmaliges Verbuchen von Effekten in einem Effektenkonto (Schaffung von Bucheffekten) und Führung des Hauptregisters, beim Namenaktiensystem betrifft dies zusätzlich die Schaffung der Wertrechte; Bestandesabstimmung; Betrieb eines Effektenabwicklungssystems (in- und ausländische Effekten); Securities Lending and Borrowing (SLB); Corporate Actions sowohl beim Domestic als auch International Custody; Steuerdienstleistungen national und international; Verwahrung ausländischer Effekten im Zusammenhang mit dem Betrieb des Effektenabwicklungssystems (International Custody); übrige Triparty-Agent-Services (sog. «TPA-Services» betreffend Repo, Triparty Collateral Management, COSI und Securities Lending); Führen von Geldkonten; Gewährung kurzfristiger Zwischenfinanzierungen und Forex.»¹⁶¹

Der Zentralverwahrer stellte sich auf den Standpunkt, dass das «Auslandsgeschäft» nicht von der Preisveröffentlichungspflicht erfasst sei. Die FINMA hat die vorstehende Qualifikation, welche auch die ausländischen Effekten erfasst, damit begründet, dass dem Effektenabwicklungssystem des Zentralverwahrers hinsichtlich ausländischer Effekten für den Nachhandelsbereich¹⁶² eine erhebliche Bedeutung zukomme. Zudem verweist die FINMA darauf, dass die Effektenabwicklung bei in- und ausländischen Effekten operationell gleichermassen im SECOM vorgenommen werde¹⁶³ und das Abwicklungs-

system des Zentralverwahrers (Beschwerdeführerin) mit dem Zahlungssystem Swiss Interbank Clearing (SIC) gekoppelt sei. Die im Zusammenhang mit der Abwicklung von ausländischen Effekten erbrachte «(Zwischen-)Verwahrung» sei als integral verbundene Nebendienstleistung zur Effektenabwicklung zu kategorisieren, unabhängig davon, ob diese Effekten bei einem anderen Zentralverwahrer endverwahrt würden (E. 5.4.1). Damit erfasst die FINMA die Abwicklung ausländischer Effekten generell, ohne danach zu unterscheiden, ob die Abwicklung ausschliesslich über das System des Zentralverwahrers erfolgt oder zudem ausländische Abwicklungssysteme involviert sind, weil Transaktionen in ausländischen Effekten bloss über das SECOM initiiert werden (E. 5.4.3).

Das Bundesverwaltungsgericht hatte in der Sache selbst nicht zu entscheiden, da der Zentralverwahrer die Beschwerdefrist verpasst hatte, sodass die Verfügung der FINMA in Rechtskraft erwachsen war (E. 5.4.5–5.6). Angesichts der Verknüpfung der Abwicklung von Transaktionen in ausländischen Effekten mit dem System des Zentralverwahrers, wie sie durch die FINMA dargelegt wird, kann allerdings davon ausgegangen werden, dass das Auslandsgeschäft des Zentralverwahrers allemal von der Transparenzpflicht gemäss Art. 19 lit. b FinfraV erfasst wird. Dafür spricht schon die allgemeine Informationsfunktion von Art. 21 FinfraG,¹⁶⁴ der die Grundlage von Art. 19 FinfraV bildet. In den Materialien zur FinfraV wird bei Art. 19 auf das Principle 23 der Principles for financial market infrastructures (PFMI) des Committee on Payment and Settlement Systems der Bank for International Settlements vom Dezember 2012 verwiesen.¹⁶⁵ Danach muss eine Finanzmarktinfrastuktur diejenigen Informationen vermitteln, die es den Finanzmarktteilnehmern ermöglicht, «to have an ac-

text (Hervorhebung in der Quelle): «SECOM ist das Hauptsystem von SIX SIS AG. Entwickelt wurde es für die Verarbeitung und Abwicklung nationaler und internationaler Wertpapiertransaktionen. Es gehört zu den weltweit modernsten, sichersten und – nicht weniger wichtig – kostengünstigsten Clearing- und Abwicklungssystemen. [...]»

¹⁶⁰ Siehe Art. 1 Abs. 1 FINMAG.

¹⁶¹ Hervorhebungen in der Quelle.

¹⁶² Damit ist die Abrechnung und Abwicklung von Effekten-transaktionen gemeint.

¹⁶³ Siehe dazu unter <<https://www.six-group.com/securities-services/de/home/custody/domestic-custody/technical-communication/secom.html>> mit folgendem Einleitungs-

¹⁶⁴ Siehe Botschaft zum Finanzmarktinfrastukturgesetz vom 3. September 2014, BBl 2014, S. 7524.

¹⁶⁵ Siehe <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-59647.html>>; siehe dort den Erläuterungsbericht des EFD zur FinfraV vom 25. November 2015, S. 15.

curate understanding of the risks, fees, and other material costs they incur by participating in the FMI»,¹⁶⁶ Die sog. Key Consideration 4 zu Principle 23 führt dazu weiter aus: «An FMI should publicly disclose its fees at the level of individual services it offers as well as its policies on any available discounts. The FMI should provide clear descriptions of priced services for comparability purposes.» Dabei ist auch im Auge zu behalten, dass sich die Finanzmarktinfrastuktur gemäss Art. 21 Abs. 2 FinfraG und Art. 19 lit. i FinfraV bei der Veröffentlichung an anerkannten internationalen Standards orientiert. Die Ausklammerung des Auslandgeschäfts des Zentralverwahrers von der Publikationspflicht erschiene auch unter diesem Gesichtspunkt als nicht sachgerecht.¹⁶⁷

8. Konkurs einer Bank im Ausland – Abgekürztes Verfahren in der Schweiz

Im Hinblick auf eine effiziente internationale Zusammenarbeit sieht Art. 37g Abs. 2 BankG im Falle von Insolvenzmassnahmen gegen eine Bank im Ausland vor, dass die FINMA das in der Schweiz belegene Vermögen ohne Durchführung eines inländischen Verfahrens der ausländischen Insolvenzmasse zur Verfügung stellen kann, wenn im ausländischen Insolvenzverfahren die nach Artikel 219 SchKG pfandgesicherten und privilegierten Forderungen von Gläubigern mit Wohnsitz in der Schweiz gleichwertig behandelt und die übrigen Forderungen von Gläubigern mit Wohnsitz in der Schweiz angemessen berücksichtigt werden. Im Urteil B-5964/2017 vom 10. Mai 2019 befasst sich das Bundesverwaltungsgericht mit dem Vorwurf eines pfandgesicherten Gläubigers, dass seine Gleichbehandlung im antiguianischen Recht nicht gegeben sei, sodass es zu einem schweizerischen Hilfskonkursverfahren kommen müsse.

Da es sich bei Art. 37g Abs. 2 BankG um eine Kann-Vorschrift handelt, besteht kein Anspruch auf

das abgekürzte Verfahren, selbst wenn dessen Voraussetzungen erfüllt sind (E. 5.1). Das Gericht verweist darauf, dass die FINMA praxisgemäss nur auf das abgekürzte Verfahren verzichte, wenn es aufgrund «besonderer Umstände» angezeigt sei.¹⁶⁸ Auf dieser Grundlage war dem Einwand der Beschwerdeführerin, dass die Anordnung eines Hilfskonkursverfahrens die Regel, das abgekürzte Verfahren mit Aushändigung von Vermögenswerten ohne Hilfskonkursverfahren die Ausnahme bilde, kein Erfolg beschieden (E. 5.5).

Unter welchen Voraussetzungen die Behandlung der pfandgesicherten Gläubiger nach ausländischem Recht mit dem Schweizer Recht gleichwertig ist, wird im Gesetz nicht näher definiert. Es handelt sich somit um einen unbestimmten Rechtsbegriff. Nach Auffassung der FINMA¹⁶⁹ – die vom Bundesverwaltungsgericht gestützt wird – ist eine gleichwertige Behandlung bzw. eine Gewährleistung der Privilegierung gegeben, wenn ein Gläubiger unabhängig davon, ob er die Forderung in einem Schweizer oder ausländischen Insolvenzverfahren eingibt, in gleichem Masse behandelt wird, was sich auf die Berücksichtigung des Privilegs «in seiner Rangordnung und in seinem Umfang» bezieht. Unerheblich sei, ob ein pfandgesicherter oder privilegierter Gläubiger im ausländischen Verfahren die gleiche Dividende erziele, wie wenn seine Forderung in einem Schweizer Hilfsverfahren befriedigt würde. Dieser Umstand sei durch die von Art. 37g Abs. 2 BankG vorgesehene Teilnahme am ausländischen Verfahren naturgemäss bedingt, werde in diesem Verfahren doch kaum je dasselbe Verhältnis zwischen den relevanten Aktiven und Passiven bestehen, wie dies im schweizerischen Hilfsverfahren der Fall wäre. «Die im schweizerischen Konkursverfahren vorgesehene bevorzugte Befriedigung am in der Schweiz erhältlichen Vermögen durch die daran teilnehmenden Gläubiger werde nicht geschützt» (E. 4.6). Massgeblich sei, ob aufgrund der erwähnten Umstände einem Gläubiger für pfandgesicherte und privilegierte Forderungen im ausländischen Verfahren «voraussichtlich die gleiche Dividende» zukäme wie in einem Schweizer Hauptkonkursverfahren, wo-

¹⁶⁶ <<https://www.bis.org/cpmi/publ/d106.pdf>>, S. 72.

¹⁶⁷ Siehe auch <<https://www.six-group.com/securities-services/de/home/custody/domestic-custody/technical-communication/secom.html>>, wo unter der Überschrift «Cross-Border-Abwicklung» Folgendes ausgeführt wird: «SIX SIS bietet Ihnen konkurrenzlose internationale Abwicklungsdienstleistungen. Von der Direktanbindung an mehrere europäische Zentralverwahrer (CSD) über alle möglichen Anlageklassen bis hin zu unserem Cross-Border-Realignement-Service und De-Linked-Abwicklungsmodell.»

¹⁶⁸ Siehe auch Verfügung der FINMA vom 28. August 2012, FINMA-Bulletin 4/2013, S. 128 ff., Rz 93.

¹⁶⁹ Siehe Verfügung der FINMA vom 28. August 2012 (Fn. 168), Rz 60 ff.

bei bloss «[g]eringfügige Unterschiede»,¹⁷⁰ wie sie sich aufgrund unterschiedlicher Verwertungskosten ergeben können, als zulässig erachtet werden (E. 4.6).

Für den Vergleich zwischen schweizerischem und ausländischem Recht verweist das Gericht auf den Umstand, dass pfandgesicherte Forderungen gemäss Art. 219 SchKG insofern privilegiert seien, als sie durch den Verwertungserlös der Pfandgegenstände vorweg bezahlt werden, wogegen der ungedeckte Betrag einer pfandgesicherten Forderung nicht privilegiert sei, sondern entsprechend seinem Rang aus dem Erlös der übrigen Konkursmasse gedeckt werde. Die gleichwertige Behandlung im ausländischen Verfahren sei mit der Behandlung gemäss Art. 219 SchKG zu vergleichen (E. 4.7).¹⁷¹ Da sich im Bankengesetz keine Regelung zur Feststellung des ausländischen Rechts findet, stützt sich das Gericht aus systematischen und teleologischen Gründen auf Art. 16 IPRG (E. 4.8). Resultiert aufgrund des Vergleichs der Rechtspositionen im ausländischen Verfahren eine erhebliche finanzielle Schlechterstellung pfandgesicherter oder privilegierter Forderungen, sind die Voraussetzungen gemäss Art. 37g Abs. 2 BankG folglich nicht erfüllt.

Im vorliegenden Fall hatte die FINMA die Beschwerdeführerin nicht dazu aufgefordert, die Vermögenswerte zuhanden der ausländischen Konkursverwaltung herauszugeben. Die FINMA hatte der ausländischen Konkursverwaltung bloss erlaubt, in der Schweiz jene Rechtshandlungen vorzunehmen, die der ausländischen Bank selbst zustünden, wenn sie noch durch ihre eigenen Organe handeln könnte; die ausländische Konkursverwaltung kann damit von in der Schweiz domizilierten Schuldnern die Erfüllung von Forderungen verlangen. Damit wäre – angesichts der Verträge, welche schweizerisches Recht für anwendbar erklären und einen schweizerischen Gerichtsstand vorsehen – letztlich in zivilrechtlichen Klagen vor einem Schweizer Gericht über die Zahlungs- und Herausgabepflicht der Beschwerdeführerin zu entscheiden. Es war unter den gegebenen Umständen also gar kein Risiko ersichtlich, dass der Bestand und die Begründetheit der Pfandsicherung durch ein antiguanisches Gericht nach seinem Heimatrecht beurteilt werden würden (E. 4.10).

¹⁷⁰ Verfügung der FINMA vom 28. August 2012 (Fn. 168), Rz 61: «Gleichwertig bedeutet aber nicht gleich.»

¹⁷¹ Gemäss Botschaft zur Änderung des Bankengesetzes (Sicherung der Einlagen) vom 12. Mai 2010, BBl 2010, S. 4021, rechtfertigt sich der Verzicht auf ein Partikularverfahren, «wenn die Gleichbehandlung der Gläubigerinnen und Gläubiger in der Schweiz und die Berücksichtigung der ihnen nach Schweizer Recht zukommenden Privilegierung gewährleistet wird».