

Das Finanzmarktaufsichtsrecht vom vierten Quartal 2022 bis ins vierte Quartal 2023

Urs Bertschinger*

Inhaltsübersicht

I. Leitthemen

1. Entschärfung der Credit Suisse-Krise – Verdauung einer Grossfusion
2. Bankenregulierung nach der Credit Suisse-Krise – Quo vadis?
3. Ausblick – Keine falschen Hoffnungen

II. Gerichts- und Behördenpraxis

1. Berufsverbot – Verantwortlichkeit aus der hierarchischen Stellung
2. Berufsverbot – Generalprävention
3. Berufsverbotsverfahren – Keine vermögensrechtliche Streitigkeit
4. Schweizer Finanzmarktaufsichtsrecht – Internationaler Geltungsanspruch
5. Eigenmittelzuschlag für die PostFinance – Nächste Runde
6. FINMA als Konkursliquidator – Keine Staatshaftung
7. Falsches Formular A als Urkundendelikt – Kein Grund für eine Praxisänderung

I. Leitthemen

1. Entschärfung der Credit Suisse-Krise – Verdauung einer Grossfusion

Ob gross oder klein, vor den Marktkräften sind sie alle gleich! Auch die ganz Grossen – «global systemically important financial institutions» (G-SIFIs)¹ – können straucheln, mit viel Getöse, es wird im Falle der Credit Suisse Gruppe noch lange nachhallen, sei es in regulatorischen Diskussionen, sei es in Rechtsstreitigkeiten, die im Nachgang zur Rettung der Credit Suisse Gruppe durch die UBS an verschiedenen Fronten aufgebrochen sind.² Die UBS ist eine mit viel Risiko behaftete Transaktion eingegangen. Im Auszug des Handelsregisters des Kantons Zürich zur UBS Group AG findet sich unter den besonderen Tatbeständen die Übernahme der Aktiven und Passiven der Credit Suisse Group AG mit dem SHAB-Datum vom 14. Juni 2023. Wie bei der Rettung der UBS 2008/2009 standen auch diesmal der Bundesrat, die Schweizerische

Nationalbank und die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA bereit. Vor 15 Jahren hat die Nationalbank einen grossen Klumpen illiquider Aktiven der UBS in den «SNB StabFund Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen» übernommen³ und sie in den Folgejahren gewinnbringend veräussert; eine Transaktion – wie es die Angelsachsen damals formulierten – «to the benefit of Swiss people». Nun musste sich die schwächelnde Credit Suisse Gruppe in die Arme der wieder erstarkten letzten Schweizer Grossbank werfen, eine Zwangsehe gestützt auf das Fusionsgesetz, für die das geltende Recht angesichts der zeitlichen Dringlichkeit beschnitten⁴ und staatliche Unterstützung in erheblichem Umfang bereitgestellt wurde,⁵ auch diesmal im Interesse der Stabilität der Schweizer Volkswirtschaft und des schweizerischen Finanzsystems.⁶

³ Siehe <www.snb.ch/de/publications/communication/press-releases/2009/pre_2009>.

⁴ Gemäss Art. 10a Abs. 1 lit. a und b der «Verordnung über zusätzliche Liquiditätshilfe-Darlehen und die Gewährung von Ausfallgarantien des Bundes für Liquiditätshilfe-Darlehen der Schweizerischen Nationalbank an systemrelevante Banken», SR 952.3 (Fassung vom 19. März 2023, im Folgenden «Notverordnung») waren für die Durchführung der Transaktion keine Beschlüsse der Generalversammlungen der beteiligten Gesellschaften erforderlich und die Art. 11 FusG (Zwischenbilanz), Art. 14 FusG (Fusionsbericht), Art. 15 FusG (Fusionsprüfung) und 16 FusG (Einsichtsrecht) fanden keine Anwendung, sofern die Transaktion in Abstimmung mit der FINMA erfolgte. Anwendbar blieben die Art. 12 und 13 FusG, sodass es des Abschlusses eines Fusionsvertrages mit dem gesetzlich vorgeschriebenen Inhalt bedurfte. Die FINMA trat an die Stelle der Aktionäre der beiden Grossbanken, indem die Absorptionsfusion aufgrund ihrer Zustimmung ermöglicht wurde. Rechtsgrundlage der Notverordnung bilden die Art. 184 Abs. 3 und Art. 185 Abs. 3 der Bundesverfassung. Art. 10a der Notverordnung wurde mit Wirkung per 15. September 2023 aufgehoben.

⁵ Unter anderem Liquiditätsversorgung (siehe Medienmitteilung der Schweizerischen Nationalbank, Nationalbank unterstützt Übernahme der Credit Suisse durch die UBS mit umfangreicher Liquiditätshilfe, 19. März 2023) und Verpflichtung zur Übernahme potentieller Verluste aus bestimmten Aktiven über einer bestimmten Schwelle im Umfang von CHF 9 Milliarden durch den Bund (<www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-93793.html>, zuletzt besucht am 4. November 2023).

⁶ Siehe Art. 1 Abs. 2 der Notverordnung.

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

¹ Siehe <www.fsb.org/work-of-the-fsb/market-and-institutional-resilience/global-systemically-important-financial-institutions-g-sifis/> (zuletzt besucht am 8. November 2023).

² Dazu unten nach Fn. 12.

a) «The winner is UBS»!?

Der Verwaltungsrat der UBS Group AG war im Hinblick auf diese Mega-Absorptionsfusion in erster Linie dem Gesellschaftsinteresse verpflichtet,⁷ sodass die mit der Transaktion verbundenen Risiken – trotz des kurzen Zeitraums für eine Due Diligence⁸ – von Gesellschaftsrechts und Aufsichtsrechts wegen möglichst «bewusst eingeschätzt» und soweit möglich eingegrenzt werden mussten.⁹ Die UBS hat mit der Übernahme der Credit Suisse Gruppe keine «Schulden» aus ihrer Rettung 2008/2009 gegenüber der Eidgenossenschaft oder dem Schweizer Volk abgetragen. Zwar war schnell von einem «Schnäppchenpreis» der UBS die Rede,¹⁰ die Schlussabrechnung zu dieser Transaktion ist aber noch längst nicht gemacht.¹¹ Aufgrund der Absorption der Credit Suisse Gruppe ist die UBS in ungeschützten Verkehr mit der Vergangenheit ihrer früheren Gross-Konkurrentin getreten; die Universalsukzession spülte auch die gesamten allenfalls unbekannten Passiven der Credit Suisse Gruppe in die UBS.¹² Mit viel Lärm wird etwa im Nachgang zur Ab-

schreibung der AT1-Anleihen¹³ um deren Wiederbelebung gekämpft,¹⁴ und das Umtauschverhältnis zugunsten der Aktionäre der Credit Suisse¹⁵ soll im Rahmen einer fusionsrechtlichen Überprüfungsklage (Art. 105 FusG) durch eine Ausgleichszahlung aufgebessert werden.¹⁶ Diese Rechtsstreitigkeiten und vieles mehr könnten für die UBS extrem ins Geld gehen. Und was die laufende Integration der Credit Suisse Gruppe für das Geschäftsmodell der UBS einbringt, wird ebenfalls die Zukunft weisen müssen.¹⁷ Unter dem Gesichtspunkt der Interessen der Schweizer Volkswirtschaft und der Finanzstabilität ist zu hoffen, dass die UBS letztlich als «winner» dasteht.

b) Systemrelevante Banken – Eine Herausforderung für die Schweizer Willkommenskultur?

Der Risikoappetit einer Volkswirtschaft determiniert die Existenz grosser Banken und mithin das Wohlstandsniveau: Ohne Risiko kein Gewinn! Die mahnenden Stimmen im Nachgang zur Absorbierung der Credit Suisse Gruppe durch die UBS waren zahlreich, die schiere Grösse der letzten Schweizer Grossbank – wenngleich deutlich kleiner als die UBS vor der Finanzkrise 2008/2009 – löste teilweise reflexartig Abwehrreaktionen aus.¹⁸ Mit einer Volksinitiative soll die Teilverstaatlichung der neuen UBS erreicht werden, sodass der Bund Mehrheitsaktionär würde.¹⁹ Ob

⁷ Art. 717 Abs. 1 OR sieht vor: Die Mitglieder des Verwaltungsrates sowie Dritte, die mit der Geschäftsführung befasst sind, müssen ihre Aufgaben mit aller Sorgfalt erfüllen und die Interessen der Gesellschaft in guten Treuen wahren.

⁸ Siehe das SEC Filing Form F-4 vom 26. April 2023 der UBS Group AG <<https://www.sec.gov/Archives/edgar/data/1610520/000119312523118754/d501320df4.htm>> (zuletzt besucht am 18. Oktober 2023), S. 31 ff.: Nachdem Vertreter der Eidgenossenschaft, der Schweizerischen Nationalbank und der FINMA am Nachmittag des 15. März 2023 mit dem Verwaltungsratspräsidenten der UBS Group AG und weiteren Vertretern der Grossbank erörtert hatten, dass mangels Rettungsaktion bis zum 19. März 2023 eine Abwicklung oder der Konkurs der Credit Suisse zu erwarten wäre, startete am 16. März 2023 eine «limited but intensive, targeted due diligence to review inherent risks and implications for UBS Group AG of a merger with Credit Suisse» (S. 32).

⁹ Siehe zur Business Judgement Rule Bundesgericht 4C.201/2001, E. 2.1.2.

¹⁰ Plädoyer, UBS: 29 Klagen am Zürcher Handelsgericht, 5/2023, S. 11.

¹¹ Siehe etwa Handelszeitung, UBS erbt den US-Steuerstreit von der Credit Suisse, 5. Oktober 2023, S. 3; Neue Zürcher Zeitung, UBS schreibt ersten Verlust seit 2017, 8. November 2023, S. 1.

¹² Art. 22 Abs. 1 FusG sieht vor: Die Fusion wird mit der Eintragung ins Handelsregister rechtswirksam. In diesem Zeitpunkt gehen alle Aktiven und Passiven der übertragenden Gesellschaft von Gesetzes wegen auf die übernehmende Gesellschaft über; Botschaft zum Bundesgesetz über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensüber-

tragung (Fusionsgesetz; FusG) vom 13. Juni 2000, BBl 2000, S. 4421.

¹³ Siehe FINMA Medienmitteilung, FINMA genehmigt Zusammenschluss von UBS und Credit Suisse, 19. März 2023.

¹⁴ Neue Zürcher Zeitung, Kollateralschäden der CS-Rettung, 8. November 2023, S. 17; siehe auch SNB, Bericht zur Finanzstabilität 2023, S. 31 f.

¹⁵ Ein Aktionär der Credit Suisse Group AG hat für jeweils 22.48 Namenaktien zu CHF 0.04 eine (eigene) Namenaktie zu USD 0.10 der UBS Group AG erhalten.

¹⁶ <www.anlegerschutzverein.ch/post/cs-aktionäre-eine-klagenach-art-105-fusg-ist-lanciert>; siehe auch <legalpass.ch/de> (zuletzt besucht am 16. Oktober 2023); siehe auch <www.nzz.ch/finanzen/gibt-der-verzicht-der-ubs-auf-die-staatsgarantie-geschaedigten-anlegern-der-credit-suisse-rueckenwind-ld.1751493> (zuletzt besucht am 6. November 2023); plädoyer 5/2023, S. 11 ff.

¹⁷ Siehe etwa NZZ am Sonntag, Genug vom Fusionsgerangel: Exodus aus dem Hause Ermotti, 5. November 2023, S. 27.

¹⁸ Siehe etwa Neue Zürcher Zeitung, Das Anliegen der Linken, Grossbanken zu zerschlagen, bekommt Aufwind, 28. März 2023, S. 21.

¹⁹ Der Initiativtext findet sich auf <www.bankeninitiative.ch> (zuletzt besucht am 7. November 2023); Sonntagszeitung,

die beabsichtigte Zählung der Mega-Bank UBS in den Fängen des Staates gelänge und dadurch volkswirtschaftlich der bestmögliche Nutzen entstünde, ist freilich eine offene Frage.²⁰

Nachdem die staatliche Liquiditätsversorgung für systemrelevante Banken in Not nun einen gesetzlichen Rahmen erhalten soll (sog. *Public Liquidity Backstop*, kurz *PLB*),²¹ wurde in der Vernehmlassung zur Gesetzesänderung mehrheitlich eine neue Gewerbesteuer für systemrelevante Banken verlangt. Das Spektrum an Begründungen ist breit und reicht von der Analogie zur – freilich rechtlich anders gelagerten – Staatsgarantie bei Kantonalbanken, dem Vorwurf der «Sozialisierung von Verlusten» bis zum Ausgleich von Wettbewerbsvorteilen durch die blosse Möglichkeit einer staatlichen Liquiditätshilfe.²² Die vom Gesetzesentwurf schlicht als «Pauschale» bezeichnete Abgabe, die nur in guten Zeiten, also ohne jegliche Verpflichtung des Bundes, geschuldet ist, entspricht einer Abgeltung des Risikos einer allfälligen Ausfallgarantie des Bundes für Liquiditätshilfe-Darlehen der Nationalbank; sie ist für den Bund im engeren Sinne also eine «Do nothing-Fee» und soll zugunsten des allgemeinen Bundeshaushalts erhoben werden.²³ Da der Abgabetatbestand im wirtschaftlichen Vorteil der systemrelevanten Banken aus der gesetzlichen PLB-Regelung gesehen wird,²⁴ lässt sich die Pauschale als Kausalabgabe in Gestalt eines sog. Beitrags bzw. einer Vorzugslast auffassen.²⁵

Die Pauschale soll jährlich fällig werden und berechnet sich aus einem einheitlichen Bemessungssatz und einer Bemessungsgrundlage für die einzelnen Banken.²⁶ Es soll sich um einen risikoorientierten Ansatz handeln, indem bei den Bemessungsgrundlagen insbesondere das bankspezifische Gesamtengage-

ment gemäss Basler Mindeststandards zu berücksichtigen ist, von dem die regulatorischen Eigenmittel, die qualitativ hochwertigen, liquiden Aktiven und die für die ausserordentliche Liquiditätshilfe der Nationalbank vorbereiteten Sicherheiten, nach Abzug von Risikowertabschlägen, abgezogen werden sollen.

Die Gesetzesmaterialien weisen für das Jahr 2022 unter Einbezug aller systemrelevanten Banken aufgrund der erwähnten individuellen Bemessungsgrundlagen und eines einheitlichen Bemessungssatzes zwischen 0,005 und 0,015 Prozent für diese Pauschale eine Bandbreite von CHF 70 bis 210 Millionen aus. Ohne den Sonderverlust der Credit Suisse entspreche dies rund 0,6 bis 1,8 Prozent der Summe aller im Jahr 2022 von den systemrelevanten Banken erwirtschafteten Konzerngewinne vor Steuern.²⁷ Mangels anderweitiger Anordnung im Gesetzesentwurf findet die Pauschale auch für systemrelevante Finanzmarktinfrastrukturen Anwendung.²⁸

Die Schweiz will für systemrelevante Banken also inskünftig einen neuen «Beherbergungsbeitrag» erheben – eine Nuance in der Schweizer Willkommenskultur, auch in der Hoffnung eines möglichst unaufgeregten Miteinanders in Wirtschaft und Gesellschaft.

2. Bankenregulierung nach der Credit Suisse-Krise – Quo vadis?

Albert Einstein soll Wahnsinn einmal als wiederholt gleiches Tun in der Erwartung anderer Ergebnisse definiert haben, was mitunter als Verhaltensmuster in der Bankenregulierung diagnostiziert wird.²⁹ Im Nachgang zur Credit Suisse-Krise ist denn auch reflexartig eine Regulierungsdiskussion aufgeflammt, um eine vergleichbar missliche Lage in Zukunft zu vermeiden. Aber welche *effektiven* Regulierungsbedürfnisse lassen sich ermitteln, sodass nicht der erwähnte «regulatorische Wahnsinn» eintritt? Der spezifische Anlass – das Ausscheiden einer international tätigen Grossbank – sollte grundsätzlich den Leitstern bilden, sodass Regulierungen, die auch kleinere Marktteilnehmer betreffen, einer umso sorgfältigeren Begründung bedürfen. Die Ausgangslage präsentiert sich in einer eingeschränkten Perspektive: Sollte die letzte

Volksinitiative verlangt Verstaatlichung der UBS, 17. September 2023, S. 7.

²⁰ Siehe zur Verstaatlichung auch I.2.b.

²¹ Dazu eingehender unter I.2.e.

²² Siehe Eidgenössisches Finanzdepartement EFD, Vernehmlassungsverfahren zur Änderung des Bankengesetzes – Gewährung von Ausfallgarantien des Bundes für Liquiditätshilfe-Darlehen der Schweizerischen Nationalbank an systemrelevante Banken, Ergebnisbericht, 6. September 2023, S. 6; Botschaft zur Änderung des Bankengesetzes vom 6. September 2023, BBl 2023 2165, S. 46.

²³ Botschaft BankG 2023 (Fn. 22), S. 15.

²⁴ Botschaft BankG 2023 (Fn. 22), S. 46 und S. 81 f.

²⁵ Siehe allgemein *Peter Karlen*, Schweizerisches Verwaltungsrecht, Zürich 2018, S. 431 f.

²⁶ Art. 32c E-BankG.

²⁷ Botschaft BankG 2023 (Fn. 22), S. 47.

²⁸ Art. 88 Abs. 1 FinfraG.

²⁹ Neue Zürcher Zeitung, Interview mit *Adriel Jost*, «Der Umgang mit den Banken erinnert an Wahnsinn», 4. September 2023, S. 21.

Schweizer Grossbank dereinst ins Schlingern geraten, kann sie nicht mehr durch ein vergleichbares Institut aufgefangen werden. Es bedarf daher belastbarer regulatorischer Mittel, die einen allfälligen Fall UBS zu entschärfen vermögen. Jedenfalls zu vermeiden ist eine Regulierungsdynamik nach dem Giesskannenprinzip, sodass einfach an vielen Stellschrauben etwas gedreht würde, was kaum zielführend sein kann.

a) Unbrauchbares TBTF-Regime?

Die Kritik fiel heftig aus, und das Bedauern war gross, nachdem sich die Erwartungen in die langen und aufwendigen Arbeiten, die in das Too big to fail-Regime gesteckt wurden, einstweilen nicht erfüllt haben; auch die Frage nach einem Rohrkrepiere kam auf.³⁰ Aus etwas grösserer Distanz fällt das Urteil differenzierter aus. Verschiedene Elemente der TBTF-Regulierung haben ihre Wirkung durchaus entfaltet, wenngleich sie der Credit Suisse letztlich nicht über die Runden geholfen haben.³¹ Auch die Handhabung der Credit Suisse-Krise mittels des – nicht favorisierten – Stabilisierungs- oder Abwicklungsplans wird *ex post* grundsätzlich positiv beurteilt,³² was in der Zukunft noch bedeutsam sein kann. Allerdings verdeutlicht diese Expertenmeinung zunächst einmal die Binsenwahrheit, dass sich Risiken *ex post* und ohne Realitätscheck einfacher beurteilen lassen. Klar ist auch, dass nun nicht die kleine Schweiz dem Rest der Welt erklären kann, dass zehn Jahre Arbeit an der TBTF-Thematik für die Katz waren, sodass die zahlreichen positi-

ven Einschätzungen zur Wirksamkeit der Notfallplanung kaum überraschen können.³³

(i) TBTF-Regime – Kann-, nicht Muss-Vorschrift

In der Gesamtbetrachtung im März 2023 haben die Entscheidungsträger eine für die Schweiz und das globale Finanzsystem bestmögliche Lösung angestrebt³⁴ und sich daher für die Fusion der Credit Suisse Gruppe mit der UBS entschieden.³⁵ Dieses Vorgehen ordnet sich in den bestehenden regulatorischen Rahmen ein, indem das TBTF-Regime als Kann-Vorschrift eine Menü-Erweiterung für die Bewältigung einer Krisensituation zur Verfügung stellt,³⁶ ohne die Behörden in eine Zwangsjacke zu stecken.³⁷ Die FINMA erachtet die Sanierungs- und Abwicklungsmechanismen der TBTF-Regulierung «als Instrument der letzten Hoffnung («measure of last resort»)».³⁸

Gemäss Art. 7 Abs. 2 BankG besteht der Zweck des TBTF-Regimes darin, im Zusammenwirken mit den allgemein anwendbaren bankenrechtlichen Vorschriften die von systemrelevanten Banken ausgehenden Risiken für die Stabilität des schweizerischen Finanzsystems zusätzlich zu vermindern, die Fortführung volkswirtschaftlich wichtiger Funktionen zu gewährleisten und staatliche Beihilfen zu vermeiden. Nach den Gesetzesmaterialien hat die Zweckbestimmung auch eine «normative Funktion», indem sie «als Auslegungshilfe» dient, «welche Massnahmen zulässig

³⁰ Siehe <www.blick.ch/wirtschaft/finma-bericht-zeigt-notfallplaene-von-postfinance-raiffeisen-und-zkb-nicht-umsetzen-id18470751.html> vom 8. April 2023 (zuletzt besucht am 4. November 2023).

³¹ Marlene Amstad, Präsidentin Verwaltungsrat FINMA, Referat anlässlich des Mediengesprächs vom 5. April 2023 in Bern, <www.finma.ch/de/~media/finma/dokumente/dokumentencenter/myfinma/finma-publikationen/referate-und-artikel/20230405-ref-anur-mediengespraech.pdf?sc_lang=de> (zuletzt besucht am 25. Oktober 2023), S. 3, verweist auf die erhöhten Kapital- und Liquiditätspolster, welche ein Ende der Credit Suisse bereits im Herbst 2022 verhindert haben und die AT1-Puffer, welche erstmals bei einer globalsystemrelevanten Bank genutzt wurden.

³² Siehe Bericht der Expertengruppe «Bankenstabilität», 1. September 2023, S. 31; Financial Stability Board, 2023 Bank Failures, Preliminary lessons learnt for resolution, 10. Oktober 2023, S. 2; NZZ am Sonntag, Kampf um die Lehren aus dem CS-Debakel, 22. Oktober 2023, S. 29.

³³ Siehe dazu auch Handelszeitung, Es gab Alternativen zur Rettung der CS, 2. November 2023, S. 11.

³⁴ Siehe Urban Angehrn, Direktor FINMA, Referat anlässlich des Mediengesprächs vom 5. April 2023 in Bern, S. 2 ff., <www.finma.ch/de/~media/finma/dokumente/dokumentencenter/myfinma/finma-publikationen/referate-und-artikel/20230405-ref-anur-mediengespraech.pdf?sc_lang=de> (zuletzt besucht am 25. Oktober 2023).

³⁵ SNB, Bericht zur Finanzstabilität 2023, S. 38; Angehrn (Fn. 34), S. 3.

³⁶ Art. 63 Abs. 1 BankV.

³⁷ Siehe schon Urs Bertschinger, Das Finanzmarktaufsichtsrecht Mitte 2013 bis Mitte 2014, SZW 2014, S. 549. Auch die Gesetzesmaterialien zur TBTF-Vorlage schliessen staatliche Unterstützung für systemrelevante Banken nicht *a priori* aus (BBl 2011, S. 4732: «Falls trotz aller TBTF-Massnahmen eine staatliche Unterstützung der systemrelevanten Banken notwendig sein sollte, [...]») und S. 4757: «Vom Grundsatz, dass die Notfallplanung ausgelöst wird, kann nur abgewichen werden, wenn mindestens äquivalente Massnahmen zur Sicherstellung der systemrelevanten Funktionen getroffen wurden.»

³⁸ Amstad (Fn. 31), S. 3; siehe auch FSB, 2023 Bank Failures (Fn. 32), S. 11.

sind».³⁹ Die Zweckbestimmung des Art. 7 Abs. 2 BankG bildet die allgemeine Grundlage für die Anwendung des TBTF-Regimes im Einzelfall und schliesst daher die Auslösung des Abwicklungsplans⁴⁰ aus, wenn – *ex ante* betrachtet – eine bessere Option verfügbar ist. Die unreflektierte Auslösung eines Abwicklungsplans könnte daher zur Verantwortlichkeit der FINMA führen⁴¹ und damit letztlich den Steuerzahler belasten.

Zwar betont auch das Financial Stability Board (FSB), dass mit dem internationalen Resolution Framework den Schweizer Behörden eine «executable alternative» zur Fusion zwischen UBS und Credit Suisse zur Verfügung stand,⁴² aber die Liste der To Dos, welche das FSB im Kontext des Krisenmanagements identifiziert, enthält Knackpunkte, die es nun zunächst weiter zu analysieren und zu entschärfen gilt. Dass dabei der Teufel im Detail steckt, zeigen etwa die Kautelen der amerikanischen Regulierung, wonach die Konversion der Credit Suisse Bail-in Bonds in Aktien einen Verkauf darstellen, der entweder der Registrierung bei der US-amerikanischen Securities and Exchange Commission (SEC) oder einer entsprechenden Ausnahme bedarf. Die SEC hat offenbar darauf hingewiesen, dass es für einen Emittenten schwierig wäre, über ein Resolution-Wochenende den amerikanischen Disclosure Anforderungen zu genügen, was entsprechende Vorbereitungsarbeiten verlangen.⁴³ Mit Blick auf die Anforderungen unter der US-amerikanischen Regulierung war die Funktionsfähigkeit der internationalen Abwicklungsplanung soweit ersichtlich also zumindest fraglich.⁴⁴ Wenn beklagt wird, dass die

«Option «Grossbankenpleite» [...] stark gelitten» habe,⁴⁵ bleibt der Blick auf die – *ex ante* betrachtet – für die Schweiz und das internationale Finanzsystem bessere Lösung verstellt. Das TBTF-Regime und damit die Resolution von systemrelevanten Finanzinstituten bleiben eine Option. Es bleibt allerdings noch einiges zu tun, um die Abwicklungs-Option noch valabler zu machen.

(ii) Organisatorische Eingriffe durch die FINMA

Die Expertengruppe «Bankenstabilität» moniert ein grosses Manko in der Steuerungsmöglichkeit der FINMA, da es ihr – im Unterschied zum internationalen Standard – nicht erlaubt sei, organisatorische Änderungen anzuordnen, um eine global tätige Bank sanierungsfähiger zu machen.⁴⁶ Dabei verweist die Expertengruppe auf Ziffer 10.5 der «Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions» des Financial Stability Board.⁴⁷ Gemäss Art. 9 Abs. 2 lit. d BankG müssen systemrelevante Banken insbesondere eine Notfallplanung hinsichtlich Struktur, Infrastruktur, Führung und Kontrolle sowie konzerninterner Liquiditäts- und Kapitalflüsse so vorsehen, dass diese umgehend umgesetzt werden kann und im Fall drohender Insolvenz die Weiterführung ihrer systemrelevanten Funktionen gewährleistet ist. Die systemrelevante Bank muss nachweisen, dass sie die besonderen Anforderungen nach Art. 9 Abs. 2 lit. d BankG erfüllt und im Fall drohender Insolvenz die systemrelevanten Funktionen weiterführen kann (Art. 10 Abs. 2 BankG). Erbringt die Bank diesen Nachweis nicht, so ordnet die FINMA die notwendigen Massnahmen an.⁴⁸ Allerdings kommt dem Subsidiaritätsprinzip in der Schweizer TBTF-Regulierung

³⁹ Botschaft zur Änderung des Bankengesetzes (Stärkung der Stabilität im Finanzsektor; too big to fail) vom 20. April 2011, BBl 2011, S. 4744.

⁴⁰ Siehe Art. 64 BankV.

⁴¹ Art. 19 FINMAG.

⁴² FSB, 2023 Bank Failures (Fn. 32), S. 2 und S. 10, wo allerdings auch die «execution risks and uncertainties» erwähnt werden.

⁴³ FSB, 2023 Bank Failures (Fn. 32), S. 16 ff.: «FINMA established an approach to accomplish the bail-in of securities issued in the US in a manner expected to be in compliance with Swiss and US securities law. CMG [Crisis Management Group] authorities were presented with this solution and understood that it was prepared to be carried out in a timely and effective manner. Credit Suisse bore the burden of establishing whether an exemption applied to the conversion of its TLAC instruments; the SEC cannot confirm or grant exemptions on an *ex ante* basis.» (S. 16 f.). Dabei ist auch bemerkenswert, dass das FSB festhält (S. 17): «US investors held bail-in bonds issued by Credit Suisse representing a significant portion of the firm's TLAC.»

⁴⁴ Siehe FSB, 2023 Bank Failures (Fn. 32), S. 30.

⁴⁵ Neue Zürcher Zeitung, Kritische Fragen zum Fall Credit Suisse, 12. Oktober 2023, S. 23.

⁴⁶ Bericht der Expertengruppe «Bankenstabilität» (Fn. 32), S. 35.

⁴⁷ Online Fassung unter <www.fsb.org/publications/>, letzte Änderung am 4. Januar 2022 (zuletzt besucht am 9. November 2023). Ziffer 10.5, unter dem Titel «Resolvability assessments», lautet wie folgt: «To improve a firm's resolvability, supervisory authorities or resolution authorities should have powers to require, where necessary, the adoption of appropriate measures, such as changes to a firm's business practices, structure or organisation, to reduce the complexity and costliness of resolution, duly taking into account the effect on the soundness and stability of ongoing business. To enable the continued operations of systemically important functions, authorities should evaluate whether to require that these functions be segregated in legally and operationally independent entities that are shielded from group problems.»

⁴⁸ Art. 10 Abs. 2 BankG; Art. 62 BankV und Art. 65a BankV.

eine tragende Bedeutung zu,⁴⁹ sodass der Verordnungsgeber die Eingriffsmöglichkeiten der FINMA hinsichtlich der Steuerung organisatorischer Defizite einstweilen auf Eigenmittel- und Liquiditätszuschläge beschränkt hat.⁵⁰ Aufgrund der offenen Formulierung von Art. 10 Abs. 2 BankG sollte sich auf Verordnungsstufe – wo nötig – eine direktere organisatorische Einflussnahme hinsichtlich der internationalen Sanierung und Liquidierbarkeit einer systemrelevanten Bank durch die FINMA etablieren lassen. In einer nächsten heiklen Situation – ohne greifbare Übernahmefähigkeit durch ein anderes Schweizer Finanzinstitut – werden die Behörden die Abwicklung (Resolution) einer international tätigen systemrelevanten Bank zwangsläufig in die (noch) engere Auswahl nehmen müssen.⁵¹

(iii) Relevanz von Marktindikatoren

Eine weitere Fragestellung betrifft die allfällige Berücksichtigung von Marktindikatoren – wie der Aktienkurs oder die Prämien für Credit Default Swaps (CDS) als Ausdruck des Kreditrisikos einer Bank⁵² – im Hinblick auf die Auslösung eines Stabilisierungs- oder Abwicklungsplans einer systemrelevanten Bank. Die Thematik kann heikel sein, soweit es um Marktüberreibungen geht. Es hat sich allerdings gezeigt, dass Marktindikatoren – in einer Gesamtsicht – als

relevante Faktoren zu erachten sind.⁵³ Sie wären – wie das gesamte TBTF-Regime – in einer Kann-Vorschrift aufzufangen. Freilich avanciert die FINMA in der Krisensituation damit stärker zum Bankmanager, sodass sich die Angriffsflächen – in einer *Ex post*-Betrachtung, in der es bekanntlich alle besser wissen – vergrössern. Mit dokumentiertem und nachvollziehbarem Judgement müsste die FINMA Kritikern *ex post* Paroli bieten können.⁵⁴

b) Verstaatlichung – Rückkehr in alte Muster?

Die Credit Suisse war Opfer eines breiten Vertrauensverlustes, der zu einem beispiellosen Abzug von Liquidität führte.⁵⁵ Dadurch gelangte die Bank letztlich in den Fokus der bankengesetzlichen Massnahmen bei Insolvenzgefahr.⁵⁶ Nachdem das TBTF-Regime seinen ersten Praxistest verfehlt hat, wird Nachbesserung verlangt. Dabei kommt – auch mit Blick auf ausländische Regelungen – die zeitweilige Verstaatlichung ins Spiel.⁵⁷ Die im Falle der Auslösung des Stabilisierungs- oder Abwicklungsplans nie gänzlich auszuschliessenden Restrisiken sollen dazu führen können, dem Steuerzahler unter Umständen enorme Risiken aufzubürden, welche durch das TBTF-Regime gerade vermieden werden sollten,⁵⁸ der Staat bliebe also in Geiselschaft der systemrelevanten Finanzinstitute. Zwar wird die zeitweilige Verstaatlichung auch im Regelwerk des Financial Stability Board vorgesehen, wobei mit der Übernahme der Credit Suisse durch die UBS direkt vollzogen wurde, was das FSB über den Umweg der Verstaatlichung vorsieht.⁵⁹

⁴⁹ Botschaft TBTF (Fn. 39), S. 4757 f., mit dem Verweis auf «funktionale statt inhaltliche Vorgaben», sodass «nur das Ziel, nicht aber der Weg vorgegeben wird» (S. 4758, wo sich auch der Hinweis findet, dass zwischen organisatorischen Massnahmen und Eigenmitteln «eine gewisse Substituierbarkeit» vorgesehen ist), und S. 4760 zu «Massnahmen der FINMA [...] in strikter Befolgung des Subsidiaritätsprinzips».

⁵⁰ Art. 65b BankV in Verbindung mit Art. 65a BankV; Eidgenössisches Finanzdepartement EFD, Änderung der Bankenverordnung (Insolvenz, Einlagensicherung, Segregierung und Resolvability) Erläuterungen, 23. November 2022, S. 7, wonach ausländische Rechtsordnungen unter bestimmten Umständen auch weitgehende Eingriffe in die Rechts- und Geschäftsstruktur zulassen, während die Schweiz auf Anreize über ergänzende zusätzliche verlustabsorbierende Mittel, Zuschläge auf die Liquidität sowie die Veröffentlichung des Stands der Resolvability der Banken setzt (siehe auch Art. 66 BankV).

⁵¹ In der Krise der Credit Suisse wurden die Optionen Konkurs und Notfallplan offenbar «wegen ihrer hohen materiellen und immateriellen Kosten früh depriorisiert» (*Angehrn* [Fn. 34], S. 3); siehe dazu auch unter I.2.b.

⁵² Siehe SNB, Bericht zur Finanzstabilität 2023, S. 7.

⁵³ Siehe SNB, Bericht zur Finanzstabilität 2023, S. 31 und S. 37 f.

⁵⁴ Siehe auch Basel Committee on Banking Supervision, Report on the 2023 banking turmoil, Oktober 2023, S. 21.

⁵⁵ Siehe SNB, Bericht zur Finanzstabilität 2023, S. 26.

⁵⁶ Siehe Art. 25 Abs. 1 BankG, der auf «ernsthafte Liquiditätsprobleme» einer Bank verweist.

⁵⁷ Siehe Yusuf Sume/Miro Witzig, Ende der Credit Suisse: Gesetzesrevisionen am Horizont?, *GesKR* 2023, S. 313 ff.; Neue Zürcher Zeitung, Schweizer Ökonomen missbilligen die Rettung der CS durch die UBS, 31. März 2023, S. 21, wonach Umfrageergebnisse eine fast 50-prozentige Zustimmung zur zeitweiligen Verstaatlichung der Credit Suisse zeigen.

⁵⁸ Siehe auch Bericht der Expertengruppe «Bankenstabilität» (Fn. 32), S. 37.

⁵⁹ Siehe FSB, Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions (Fn. 47), Ziffer 6.5: «As a last resort and for the overarching purpose of maintaining financial stability, some countries may decide to have a power to

Mitunter wird verlangt, die Verstaatlichung einer Bank müsse «mit der *entschädigungslosen* Übernahme aller Aktien von den bisherigen Aktionären und der Abschreibung verlustabsorbierender, nachrangiger Anleihenskategorien (AT1) einhergehen». Damit solle sichergestellt werden, dass der Staat nicht nur die Risiken übernehme, sondern diese Risiken über das verlusttragende Kapital auch absorbieren sowie bei einer erfolgreichen Reorganisation vom Gewinnpotenzial der Bank profitieren könne.⁶⁰ Die Verstaatlichung einer systemrelevanten Bank wird sich allerdings kaum unter allen Umständen entschädigungslos realisieren lassen.⁶¹ Daran knüpft sich die Frage nach der Finanzierung, welche auch eine zusätzliche Kapitalisierung der Bank betrifft. In Betracht fallen – wie ausländische Beispiele zeige⁶² – *Ex ante*- und *Ex-post*-Abgaben, welche die systemrelevanten Institute in Sippenhaft nehmen. Aufgrund der bereits erwähnten «PLB-Pauschale» der systemrelevanten Banken⁶³ bestünde bloss eine geringe *ex ante* Finanzierungs-komponente. Um die Chancen einer schnellen Gesundung einer Banken-Gruppe zu erhöhen, müsste eine Verstaatlichung – bei Erfüllung gesetzlich vorgesehener Trigger-Kriterien – gegen allfällige Abfindung der Eigner bereits in einem früheren Krisenstadium möglich sein, damit eine grösstmögliche Chance auf eine rasche Rückführung der Banken-Gruppe in den privaten Sektor bestünde.

Bei der Rettung der UBS im Jahr 2008 wurden – gegen marktübliche Entschädigung – risikobehaftete Aktiven der Bank verbundene Risiken im Rahmen einer Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen «verstaatlicht»,⁶⁴ wobei diese Kommanditgesellschaft vollständig von der Schweizerischen National-

bank (SNB) beherrscht wurde. Diese Struktur hat sich für den damaligen Asset Deal bewährt. Die zeitweilige Verstaatlichung einer systemrelevanten Bank unter der Ägide der Nationalbank läge grundsätzlich im Fokus ihres gesetzlichen Auftrags, soll sie doch gemäss Art. 5 Abs. 2 lit. e NBG zur Stabilität des Finanzsystems beitragen. Die SNB ist mit den Verhältnissen systemrelevanter Finanzinstitute von Gesetzes wegen vertraut,⁶⁵ sodass gute Voraussetzungen für einen erfolgreichen Transaktionsverlauf mit einer zeitnahen Rückführung der Bank in den Privatsektor bestünden. Allerdings wäre die Überführung einer international systemrelevanten Grossbank unter die Ägide der Nationalbank hinsichtlich der Komplexität und der damit verbundenen Risiken nicht mit der StabFund-Transaktion zugunsten der UBS in den Jahren 2008 bis 2013⁶⁶ zu vergleichen.⁶⁷ Der Fokus muss daher auch in der Zukunft auf dem TBTF-Regime liegen. Die Sollbruchstellen der systemrelevanten Banken sind kontinuierlich klar herauszuarbeiten, um die Veräusserungsfähigkeit einzelner Geschäftsfelder und die Weiterführung der systemrelevanten Funktionen⁶⁸ als möglichst realistische Option behandeln zu können. Dabei sind einzelne Geschäftsbereiche fortlaufend im Hinblick auf eine «Portability» zu analysieren, wie sie im Finanzmarktinfrastukturrecht vorausgesetzt wird.⁶⁹

c) Eigenmittel – «Swiss Finish+»?

Eigenmittel bilden ein Fundament für Vertrauen; umso erstaunlicher ist es, dass grosse Banken auch angesichts der hohen Sensitivität des Geschäftsmodells – im Vergleich zu Unternehmen in anderen Wirtschaftszweigen – eher schwach mit Eigenmitteln ausgestattet sind.⁷⁰ Neben dem Individualschutz bzw.

place the firm under temporary public ownership and control in order to continue critical operations, while seeking to arrange a permanent solution such as a sale or merger with a commercial private sector purchaser. Where countries do equip themselves with such powers, they should make provision to recover any losses incurred by the state from unsecured creditors or, if necessary, the financial system more widely.»

⁶⁰ Manuel Ammann/Niclas Käfer/Tobias Wiest, Reformbedarf in der Regulierung von «Too Big to Fail» Banken, 19. Mai 2023 (im Folgenden «Gutachten Ammann»), S. 8 (Hervorhebung hinzugefügt) und S. 47 ff.

⁶¹ Siehe auch Art. 31c und Art. 37g^{bis} BankG.

⁶² Siehe Sume/Witzig (Fn. 57), S. 319 f.

⁶³ Siehe dazu schon unter I.1.b.

⁶⁴ Die SNB StabFund Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen wurde am 27. November 2008 ins Handels-

register des Kantons Bern eingetragen und ist mittlerweile gelöscht.

⁶⁵ Siehe insbesondere Art. 52 Abs. 1 NBG.

⁶⁶ Siehe Medienmitteilung der Nationalbank vom 16. August 2013, SNB StabFund tilgt Darlehen der Schweizerischen Nationalbank.

⁶⁷ Kritisch auch Paul Richli, Es war richtig, dass nicht der Staat die CS übernommen hat, Neue Zürcher Zeitung, 4. April 2023, S. 18.

⁶⁸ Art. 8 ff. BankG.

⁶⁹ Art. 55 FinfraG; siehe auch Art. 27 Abs. 1 lit. c BankG und Bericht der Expertengruppe «Bankenstabilität» (Fn. 32), S. 35, und oben unter I.2.a.

⁷⁰ Siehe Neue Zürcher Zeitung, Grossbanken-Fiasko im Kleinstaat, 15. April 2023, S. 1.

dem Gläubigerschutz springt – angesichts der Disproportionalität der Grösse der neuen UBS zum Schweizer Bruttoinlandprodukt – auch der Systemschutz ins Auge.⁷¹ Die Auffassungen hinsichtlich einer weiteren Anhebung der Eigenmittelanforderungen sind allerdings geteilt.⁷² Wenngleich die Credit Suisse die Eigenmittelvorgaben selbst in der Krise eingehalten hat,⁷³ weisen Ökonomen auf den Zusammenhang von Eigenmitteln und Vertrauen hin, was sich auf die verfügbare Liquidität auswirke.⁷⁴ Trotzdem wird teilweise diagnostiziert, dass die Forderungen nach mehr Eigenkapital «leiser» werden.⁷⁵ Der Bundesrat wird sich zu den Eigenmittelanforderungen innert Jahresfrist in der nächsten Evaluation gemäss Art. 52 BankG äussern müssen.⁷⁶

d) Einlagensicherung – Schutz für den Notgroschen

In der Finanzkrise 2008 hat sich das Schweizer Einlagensicherungssystem international als nicht konkurrenzfähig erwiesen, sodass es in Eile ausgebaut wurde. Insbesondere wurde die Schwelle der gesicherten bzw. privilegierten Einlagen von CHF 30 000 auf CHF 100 000 und das Gesamtvolumen der Einlagensicherung von CHF 4 Milliarden auf CHF 6 Milliarden

erhöht.⁷⁷ Im Rahmen der Weiterentwicklung der Finanzplatzstrategie monierte die Expertengruppe im Jahr 2014 bei der Einlagensicherung weiteren Verbesserungsbedarf,⁷⁸ was in der Folge etwa zur Erhöhung der Obergrenze des Einlagensicherungssystems auf 1,6 Prozent der Gesamtsumme der gesicherten Einlagen, derzeit circa CHF 8 Milliarden,⁷⁹ bei einer Untergrenze von mindestens CHF 6 Milliarden führte. Zudem wurden die Banken zur hälftigen Vorfinanzierung verpflichtet und der Auszahlungsmechanismus verbessert.⁸⁰ Das Schweizer Einlagensicherungssystem beruht auf einer Selbstregulierung; eine staatliche Lösung im Gewand eines Bankeinlagensicherungsgesetzes ist in der Vernehmlassung durchgefallen.⁸¹

Hinsichtlich der Einlagensicherung führt die Krise der Credit Suisse einstweilen nur punktuell zu konkreten Anliegen. So hätten die schnellen Abzüge von Liquidität gezeigt, dass die gesetzliche Sieben-Tage-Frist für die Freigabe der Mittel durch den Träger der Einlagensicherung im digitalen Umfeld wahrscheinlich kaum noch eine präventive Wirkung habe und daher nicht mehr genüge.⁸² Da die enormen Liquiditätsabflüsse vor allem durch sehr vermögende Privatkunden und institutionelle Kunden stattfanden, wird in der Credit Suisse-Krise selbst einer verstärkten Einlagensicherung keine dämpfende Wirkung zugeschrieben.⁸³ Das Einlagensicherungssystem ist weit davon entfernt, die privilegierten Einlagen im Falle eines Flächenbrandes im Schweizer Finanzsystem nur

⁷¹ Siehe dazu die Übersicht im Gutachten *Ammann* (Fn. 60), S. 62, wonach die Bilanzsumme der kombinierten UBS und Credit Suisse gemäss Stand vom Dezember 2022 circa 212% des Schweizer Bruttoinlandprodukts im Jahr 2022 entspreche, wogegen dieses Verhältnis bei der grössten amerikanischen Bank JP Morgan Chase bloss 14% betrage; siehe zu diesem amerikanischen Finanzinstitut auch Neue Zürcher Zeitung, Die wahre «Megabank» schielt auf die Schweiz, 10. Oktober 2023, S. 21.

⁷² Befürwortend Gutachten *Ammann* (Fn. 60), S. 46: «massvolle, aber doch substanzielle weitere Erhöhung der Eigenmittelanforderungen für TBTF-Banken»; ablehnend Bericht der Expertengruppe «Bankenstabilität» (Fn. 32), S. 67 und S. 75; kritisch auch Schweizerische Bankiervereinigung (<www.swissbanking.ch/de/themen/uebernahme-der-credit-suisse-durch-die-ubs>, zuletzt besucht am 3. November 2023).

⁷³ Siehe <www.finma.ch/de/news/2023/03/20230315-mm-statement/> (zuletzt besucht am 5. November 2023).

⁷⁴ Sonntagszeitung, Interview mit Pascal Böni, 5. November 2023, S. 34 f.

⁷⁵ Siehe Neue Zürcher Zeitung (Fn. 71), S. 21.

⁷⁶ Siehe <www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20233443> (zuletzt besucht am 1. November 2023).

⁷⁷ Art. 37b und Art. 37h aBankG, in der Fassung vom 19. Dezember 2008.

⁷⁸ Siehe Expertengruppe zur Weiterentwicklung der Finanzmarktstrategie, Schlussbericht, 1. Dezember 2014, S. 50 ff. (<www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-55545.html>, zuletzt besucht am 3. November 2023).

⁷⁹ <www.esisuisse.ch/de/einlagensicherung/sicherung-schweizer-bankguthaben> (zuletzt besucht am 29. Oktober 2023). Der Bericht der Expertengruppe «Bankenstabilität» (Fn. 32), S. 42, hält fest, dass elf, inklusive aller systemrelevanten Banken, privilegierte Einlagen halten, welche die CHF-8-Milliarden Grenze übersteigen.

⁸⁰ Art. 37h und Art. 37i Abs. 2 BankG, in Kraft seit 1. Januar 2023.

⁸¹ <www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-32369.html> (zuletzt besucht am 30. Oktober 2023).

⁸² Bericht der Expertengruppe «Bankenstabilität» (Fn. 32), S. 43.

⁸³ SNB, Bericht zur Finanzstabilität 2023, S. 40; Bericht der Expertengruppe «Bankenstabilität» (Fn. 32), S. 43.

annähernd abzudecken.⁸⁴ Der Vorsorge durch den einzelnen Bankkunden kommt daher eine zentrale Bedeutung zu, und zwar nicht nur durch Verteilung von Liquidität auf verschiedene Banken, sondern bei Konten mit grösseren Liquiditätsbeständen auch durch die Kombination mit Wertschriftendepots, um sich aufgrund der raschen Umsetzung von Liquidität in aussonderungsfähige Vermögenswerte, wie Geldmarktfonds oder Staatsanleihen,⁸⁵ einen weiteren potentiellen Ausweg aus der Krise einer Bank zu sichern. Gemäss Financial Stability Board sollte die Deckung durch das Einlagensicherungssystem beschränkt sein, aber gleichwohl die grosse Mehrheit der Einleger abdecken: «The level and scope of protection should not undermine market discipline.»⁸⁶ Die Kunden können über den Mix ihrer Assets die eigenen Risiken managen; wer sich für hohe Liquiditätsbestände entscheidet, muss sich der damit verbundenen Risiken bzw. des steigenden potentiellen Selbstbehalts bewusst sein, *selbst ist der Kunde!*⁸⁷

e) Liquiditätsversorgung für systemrelevante Banken – Public Liquidity Backstop

Liquidität kann ein Bankinstitut eigentlich nie genug haben,⁸⁸ aber Liquiditätspuffer kosten. Unter dem Eindruck der Credit Suisse-Krise wird deshalb die Forderung erhoben, dass der Zugang der Banken zur Liquiditätsversorgung durch die Schweizerische Nationalbank erleichtert werden soll. Es geht sowohl um die Ausweitung der zulässigen Sicherheiten im Rahmen von Kreditgeschäften gemäss Art. 9 Abs. 1 lit. e NBG als auch um die Reduktion der «Haircuts» bei den einzelnen Typen von Sicherheiten, was zu höheren Anrechnungswerten und insgesamt einer erleichterten Liquiditätsschöpfung durch die Banken führen würde.⁸⁹ Damit können sich die Risiken für die National-

bank erhöhen. Art. 9 Abs. 1 lit. e NBG verlangt für die Kreditgeschäfte mit Banken «ausreichende Sicherheiten». Nach den Gesetzesmaterialien räumt diese Regelung der Nationalbank als «Lender of Last Resort» einen «weitreichenden Ermessensspielraum» ein. Bereits der Gesetzeswortlaut schliesse jedoch die Gewährung von Darlehen ohne jede Sicherheiten (Blankokredit) oder gegen Sicherheiten aus, welche die auftretenden Risiken, vor allem Markt- und Kreditrisiken, nicht vollständig abdecken.⁹⁰ Die Rettung der UBS im Jahr 2008, bei der die Nationalbank illiquide Aktiven der UBS in den SNB StabFund übernommen hat,⁹¹ verdeutlicht, dass den «ausreichenden Sicherheiten» auch ein zukunftsorientiertes Verständnis zu Grunde liegen kann.⁹² In diesem Sinne sind auch die Richtlinien der Nationalbank zu verstehen, wonach die ausserordentliche Liquiditätshilfe (Emergency Liquidity Assistance, ELA) «jederzeit» durch ausreichende Sicherheit gedeckt sein muss.⁹³ Nach Ansicht der Nationalbank besteht eine Lehre aus der Credit Suisse-Krise darin, dass Banken verpflichtet werden sollten, einen Mindestbestand an Aktiven zu halten, die sie als Sicherheiten für die Kreditaufnahme bei Zentralbanken verwenden können.⁹⁴

Nachdem sich die Eidgenossenschaft im Zuge der Bewältigung der Credit Suisse-Krise im Rahmen der Liquiditätsversorgung notrechtlich mit einer Ausfall-

menfassung der Eröffnungsrede an der Konferenz «The SNB and its Watchers», 1. November 2023, S. 3: «Das von der Nationalbank akzeptierte Kollateral ist hinsichtlich Umfang, Qualität und risikobasierten Abschlägen vergleichbar mit jenen anderer Zentralbanken.» (<www.snb.ch/de/publications/communication/speeches/2023/ref_20231101_tjn>, zuletzt besucht am 9. November 2023).

⁹⁰ Botschaft über die Revision des Nationalbankgesetzes vom 26. Juni 2002, BBl 2002, S. 6199.

⁹¹ Siehe dazu schon oben unter I.2.b.

⁹² Schweizerische Nationalbank, Gutachten zur notenbankrechtlichen Zulässigkeit der Beteiligung der Schweizerischen Nationalbank am Massnahmenpaket zur Stärkung des Finanzsystems («UBS-Transaktion»), 13. Oktober 2008, S. 7 ff. (siehe unter <www.snb.ch>, zuletzt besucht am 3. November 2023).

⁹³ Richtlinien der Schweizerischen Nationalbank über das geldpolitische Instrumentarium vom 25. März 2004 (Stand am 5. Mai 2023), S. 7; siehe auch *Urs Bertschinger*, in: Martin Plenio/Myriam Senn (Hrsg.), Nationalbankgesetz / Bundesgesetz über die Währung und die Zahlungsmittel, Zürich/St. Gallen 2020, Art. 9 Abs. 1 lit. e NBG, N 55 ff.

⁹⁴ SNB, Bericht zur Finanzstabilität 2023, S. 40.

⁸⁴ Siehe Fn. 79; siehe auch NZZ am Sonntag, «Ein Konkurs der CS hätte die Einlagensicherung überfordert», 28. Mai 2023, S. 27.

⁸⁵ Art. 16 und Art. 37d BankG.

⁸⁶ FSB, 2023 Bank Failures (Fn. 32), S. 32.

⁸⁷ Der Bundesrat wird die Einlagensicherung gestützt auf das Postulat 23.3443 (Fn. 76) innert Jahresfrist in die nächste Evaluation gemäss Art. 52 BankG einbeziehen.

⁸⁸ Siehe FINMA Risikomonitor 2023, S. 15, wonach Liquiditäts- und Refinanzierungsrisiken neu aufgeführt werden.

⁸⁹ Bericht der Expertengruppe «Bankenstabilität» (Fn. 32), S. 45 f. und S. 55; siehe auch Gutachten *Ammann* (Fn. 60), S. 40; *Thomas J. Jordan*, Die Rolle der SNB als Kreditgeberin in letzter Instanz in der Krise der Credit Suisse, Zusan-

garantie engagiert hat,⁹⁵ soll der *Public Liquidity Backstop (PLB)* eine gesetzliche Grundlage erhalten.⁹⁶ Damit kann der Bund inskünftig Ausfallgarantien gewähren für Liquiditätshilfedarlehen der Nationalbank an Banken, die systemrelevant oder Teil einer systemrelevanten Finanzgruppe sind. Der PLB kann nach dem Gesetzesentwurf im Wesentlichen nur zum Zuge kommen, wenn keine weiteren Sicherheiten für ausserordentliche Liquiditätshilfe-Darlehen der Nationalbank zur Verfügung stehen, ein Sanierungsverfahren durch die FINMA eingeleitet ist oder bevorsteht, Liquiditätshilfe-Darlehen mit Ausfallgarantie des Bundes für die Sanierung einer Bank geeignet und erforderlich sind sowie mangels Gewährung des PLB «eine erhebliche Schädigung der Schweizer Volkswirtschaft und des schweizerischen Finanzsystems» droht. Es soll für die systemrelevanten Banken also eine weitere Line of Defence geschaffen werden, die insbesondere dem Grundsatz der Subsidiarität unterliegt und durch ein offensichtliches öffentliches Interesse gedeckt sein muss.⁹⁷ Die bereits erwähnte Ausreizung der ELA-Kapazitäten⁹⁸ liegt auf der Linie des subsidiären Charakters des PLB.

Liquiditätshilfe-Darlehen mit Ausfallgarantie des Bundes sollen mit einer – im Bankenbereich üblichen – Bereitstellungskommission sowie Risikoprämien für Bund und Nationalbank verbunden sein.⁹⁹ Seitens der kreditnehmenden Bank ergeben sich Restriktionen im Finanzgebaren.¹⁰⁰ Die blossе Möglichkeit der Gewährung eines PLB soll – wie bereits oben dargelegt wurde¹⁰¹ – durch die potentiell begünstigten systemrelevanten Banken mit einer Pauschale abgegolten werden. Einen Rechtsanspruch auf die Gewährung einer Ausfallgarantie des Bundes für Liquiditätshilfe-Darlehen der Nationalbank will das Gesetz ausdrücklich ausschliessen,¹⁰² was dem Moral Hazard entgegenwirken soll.¹⁰³ Schliesslich wird ein Konkurs-

privileg für die Forderungen der Nationalbank aus Liquiditätshilfe-Darlehen mit Ausfallgarantie – wenn auch nur in der dritten Klasse nach Art. 219 Abs. 4 SchKG im Sinne des Vorrangs gegenüber allen übrigen Forderungen in dieser Klasse – vorgesehen.¹⁰⁴

In der Vernehmlassung wurde eine breitere Anwendung des PLB angeregt, die auch einer Sanierung gleichwertige Lösungen erfasst und gewisse Abweichungen vom Grundsatz der Sanierung ermöglicht. Der Bundesrat lehnt dieses Ansinnen unter Verweis auf internationale Standards ab.¹⁰⁵ Der Gesetzesentwurf verlangt als Voraussetzung des PLB zwingend ein tatsächliches oder bevorstehendes Sanierungsverfahren.¹⁰⁶ Diese Regelung ist zu eng. Der erwähnte Verweis auf die internationalen Standards hinkt schon angesichts der signifikant unterschiedlichen Gewichtsverhältnisse systemrelevanter Institute im Vergleich zu den länderspezifischen Bruttoinlandprodukten; die Schweiz erweist sich in dieser Optik als ganz spezieller Sonderfall.¹⁰⁷ Dass der PLB als blossе Kann-Vorschrift formuliert ist und überdies, wie bereits erwähnt, kein Rechtsanspruch auf eine Gewährung derartiger staatlicher Liquiditätshilfe besteht, vermeidet selbst bei einer breiteren Anwendungsmöglichkeit jede ungewollte Ausuferung. Da sich jede Krise anders präsentiert, liegt die Krisenresistenz von Krisenrecht in dessen Flexibilität; das Parlament sollte hier nachbessern. Im Vordergrund müsste die Sanierungsfähigkeit der systemrelevanten Bank im weitesten Sinne – also unabhängig vom konkreten Vorgehen – stehen, sodass nicht gutes Geld schlechtem nachgeworfen wird.¹⁰⁸

⁹⁵ Art. 4 der Notverordnung (SR 952.3 in der Fassung vom 16. März 2023); siehe auch unter <www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-937> (zuletzt besucht am 6. November 2023).

⁹⁶ Botschaft BankG 2023 (Fn. 22), S. 27 ff.; Art. 32a ff. E-BankG.

⁹⁷ Botschaft BankG 2023 (Fn. 22), S. 29.

⁹⁸ Siehe bei Fn. 89.

⁹⁹ Art. 32d E-BankG.

¹⁰⁰ Art. 32g E-BankG.

¹⁰¹ Siehe unter I.1.b.

¹⁰² Art. 32a Abs. 4 E-BankG.

¹⁰³ Botschaft BankG 2023 (Fn. 22), S. 31.

¹⁰⁴ Art. 32i E-BankG.

¹⁰⁵ Botschaft BankG 2023 (Fn. 22), S. 17 und S. 20; siehe auch EFD, Vernehmlassungsverfahren zur Änderung des Bankengesetzes, Ergebnisbericht (Fn. 22), S. 8.

¹⁰⁶ Art. 32a Abs. 3 lit. b E-BankG.

¹⁰⁷ Siehe dazu Fn. 71.

¹⁰⁸ Was das Bundesgericht, wenn auch im Rahmen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, ausgeführt hat (Urteil 4C.366/2000, E. 5.a: «Die Erhöhung der Liquidität war somit im zu beurteilenden Fall nur zulässig, wenn sie für die Fortsetzung der Geschäftstätigkeit notwendig war und zudem nach dem gewöhnlichen Geschäftsgang mit Gewinnen gerechnet werden durfte oder wenn durch flankierende Massnahmen derartige Gewinnaussichten geschaffen wurden. Andernfalls liefe sie darauf hinaus, gutes Geld schlechtem nachzuwerfen»), bildet auch eine Leitlinie für die Gewährung eines PLB.

f) FINMA-Aufbauorganisation – Checks and balances

Das Gesetz sieht für die FINMA eine duale Führungsstruktur mit einem Verwaltungsrat und einer Geschäftsleitung vor.¹⁰⁹ Damit beabsichtigte der Gesetzgeber «ein Gleichgewicht zwischen der strategischen und operativen Führungsebene» im Sinne angemessener «checks and balances».¹¹⁰ Der Verwaltungsrat der FINMA entscheidet von Gesetzes wegen «über Geschäfte von grosser Tragweite».¹¹¹ Gemäss Art. 2^{bis} des Organisationsreglements der FINMA¹¹² sind Geschäfte von grosser Tragweite Einzelfallgeschäfte mit potentiell weitreichenden Folgen für die Gesamtheit von Gläubigern, Anlegern, Versicherten oder Geschäfte, welche die Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte in erheblichem Masse betreffen. Dazu gehören insbesondere Geschäfte betreffend Beaufsichtigte der Aufsichtskategorien 1 und 2 (systemrelevante Banken),¹¹³ sofern sie weitreichende Folgen im Sinne der vorstehenden Umschreibung haben, namentlich (a) Neubewilligungen oder Bewilligungen, die wesentliche Umstrukturierungen des Beaufsichtigten zum Gegenstand haben; (b) Schutzmassnahmen, Sanierung, (Konkurs-)Liquidation; (c) Bewilligungsentzug; (d) erstmalige Genehmigung von gesetzlich vorgesehenen Notfallplänen sowie (e) Eigenmittel- und Liquiditätszuschläge oder -beschränkungen. Die Geschäfte von grosser Tragweite entsprechen den von Aufsichtsrechts wegen unentziehbaren und unübertragbaren Aufgaben des FINMA Verwaltungsrats. Das Bundesgericht hat diese Kompetenzabgrenzung für Eigenmittelzuschläge bei einer systemrelevanten Bank als zwingend erachtet, sodass eine Verfügung nicht durch die Geschäftsleitung der FINMA, sondern nur durch deren Verwaltungsrat erlassen werden kann.¹¹⁴ Aufgrund von personellen Abgängen in der jüngeren Vergangenheit wurde die duale Aufbaustruktur der FINMA – im Hinblick auf die

Stärkung der Stellung der Geschäftsleitung – in Frage gestellt.¹¹⁵

Die Geschäftsleitung nimmt das operative Geschäft der FINMA wahr.¹¹⁶ Sie erlässt die Verfügungen in allen Geschäften, die nicht, wie vorstehend erwähnt, gemäss Art. 2bis des FINMA Organisationsreglements dem Verwaltungsrat zum Entscheid übertragen sind. In weniger wichtigen Fällen kann die Geschäftsleitung die Verfügungskompetenz an die Geschäftsbereiche übertragen.¹¹⁷ Die Geschäftsleitung erarbeitet zudem die Entscheidungsgrundlagen für die Geschäfte, die in die Zuständigkeit des FINMA Verwaltungsrats fallen.¹¹⁸

Das operative Geschäft der FINMA führt mitunter zu intensiven Kontakten zwischen den Vertretern von Beaufsichtigten und Vertretern der FINMA. Hier kann es auch zu schwierigen Diskussionen kommen, sodass sich nicht *a priori* ausschliessen lässt, dass zwischenmenschliche Befindlichkeiten tangiert werden. Es ist daher im Hinblick auf die Gewährleistung der Unabhängigkeit, auch im Sinne der Independence in Appearance, und der Qualität der Entscheidungsfindung sinnvoll, die Geschäfte von grosser Tragweite der Beschlussfassung durch den Verwaltungsrat der FINMA vorzubehalten, dessen Mitglieder nicht in die laufenden Kontakte mit den Beaufsichtigten involviert sind.

Es kann nach dem Gesagten keinem Zweifel unterliegen, dass der Entscheid zur Entschärfung der Credit Suisse-Krise in der Zuständigkeit des FINMA Verwaltungsrats lag.¹¹⁹ Zudem ist es selbstverständlicher Ausdruck der gesetzlichen Aufbauorganisation der FINMA, dass der Zusammenschluss von UBS und Credit Suisse am 19. März 2023 gegenüber der Öffentlichkeit durch die Verwaltungsratspräsidentin der FINMA vertreten wurde, weil Entscheidungskompetenz und «Voice» – zumal unter den gegebenen Umständen – stufenkonform gehandhabt werden müssen, um die gesetzliche Kompetenzregelung seitens der FINMA in ihrer äusseren Wahrnehmung nicht in Frage zu stellen. Die Kom-

¹⁰⁹ Art. 9 und Art. 10 FINMAG.

¹¹⁰ Botschaft zum Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht vom 1. Februar 2006, BBl 2006, S. 2840.

¹¹¹ Art. 9 Abs. 1 lit. b FINMAG; Botschaft FINMAG (Fn. 110), S. 2840, wonach der Verwaltungsrat nur noch in denjenigen Fällen entscheidet, in denen Gläubiger, Anleger, Versicherte oder die Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte «in erheblichem Masse betroffen sind».

¹¹² Stand: 1. April 2023.

¹¹³ Siehe Art. 2 Abs. 3 BankV sowie Anhang 3.

¹¹⁴ Bundesgericht 2C_387/2018; dazu Urs Bertschinger, Das Finanzmarktaufsichtsrecht vom vierten Quartal 2018 bis ins vierte Quartal 2019, SZW 2019, S. 688 ff.

¹¹⁵ Handelszeitung, Was bei der FINMA schief läuft, 28. September 2023, S. 4: «Doch mehrere Finma-Insider sind sich einig: «Der Verantwortungszwitter funktioniert nicht. Der Direktor muss das Sagen haben.»»

¹¹⁶ Art. 14 Abs. 2 lit. a FINMA Organisationsreglement.

¹¹⁷ Art. 14 Abs. 3 FINMA Organisationsreglement.

¹¹⁸ Art. 10 Abs. 2 lit. b FINMAG; Art. 14 Abs. 2 lit. b FINMA Organisationsreglement.

¹¹⁹ Siehe auch Botschaft FINMAG (Fn. 110), S. 2863, zu den Geschäften von grosser Tragweite: «Dies bedeutet unter anderem, dass er Verfügungen mit grosser präjudizieller Tragweite oder mit weitreichenden wirtschaftlichen oder aufsichtspolitischen Folgen (z.B. die Schliessung einer grösseren Bank oder Versicherung) treffen wird.»

munikation der Entscheidung unterstreicht damit die Ordnungsmässigkeit der Entscheidungsfindung.

g) Bussenkompetenz der FINMA – Kein Muss

Die Bussenkompetenz gehört zum Standard-Repertoire von ausländischen Aufsichtsbehörden. Da der FINMA diese Kompetenz bislang nicht zukommt, dürfte sie in internationalen Enforcement-Fällen mitunter als Junior-Partner mit zu kleinem Werkzeugkasten wahrgenommen werden.¹²⁰ Wenngleich horrende Bussenbeträge dem Finanzmarktenforcement oftmals zu öffentlicher Sichtbarkeit verhelfen, ist damit freilich noch nicht gesagt, dass pekuniäre Verwaltungssanktionen generalpräventiv die Qualität der Führung von Finanzinstituten verbessern. Angesichts der Busseninflation an ausländischen Finanzplätzen in der jüngeren Vergangenheit, von der auch hiesige Finanzinstitute betroffen waren,¹²¹ liegt eher die Vermutung nahe, dass sich selbst aus Bussen in Milliardenhöhe unter dem Gesichtspunkt des Finanzmarktaufsichtsrechts nicht zwangsläufig bessere Verhältnisse in Finanzinstituten ergeben.

(i) Adressaten einer FINMA-Busse

In der öffentlichen Diskussion hat die Bussenkompetenz der FINMA seit der Credit Suisse-Krise ein deutlich höheres Profil.¹²² Zur Diskussion steht eine Bussenkompetenz gegenüber den Bewilligungsträgern, also in der Regel juristische Personen, in der Hoffnung, dass ein «wenig kooperatives Management [...] unter Umständen auf solche monetären Anreize» reagieren würde.¹²³ Damit käme es bei der Bussenkompetenz – im Unterschied zum Berufsverbot des Art. 33

FINMAG¹²⁴ – nicht zu einer Durchbrechung des Grundsatzes der Institutsaufsicht.¹²⁵

(ii) Relevante Rechtsverstösse und Bussenrahmen

Zu klären wäre, welche Rechtsverstösse eine Busse auslösen sollen. Soll schlicht an die Verletzung einer aufsichtsrechtlichen Pflicht eines Bewilligungsträgers angeknüpft werden,¹²⁶ sodass die Einhaltung dieser Pflichten finanziell bewehrt würde, oder wäre im Sinne eines Missorganisationsverschuldens eine Zurechnungsnorm nach dem Muster der Unternehmensverantwortung im allgemeinen Strafrecht¹²⁷ bzw. im Verwaltungsstrafrecht¹²⁸ zu schaffen, wonach der Bewilligungsträger nur subsidiär mit einer Busse belangt werden könnte? Letzteres hätte den Vorteil, dass der Bewilligungsträger, dessen Verhalten immer durch seine Organe und Mitarbeiter determiniert wird, im Finanzmarktenforcement nicht noch stärker in den Vordergrund rückt.

Mit Blick auf das bereits bestehende Instrument der Einziehung¹²⁹ liegt der Zweck einer Bussenkompetenz sinnvollerweise nicht in der Abschöpfung unrechtmässig erwirtschafteter Gewinne,¹³⁰ sodass die Stossrichtungen der aufsichtsrechtlichen Eingriffe trennscharf bleiben: Die Einziehung gelangt zur Anwendung, weil sich Rechtsverstösse nicht lohnen dürfen, wogegen mit einer Busse das Verhaltensunrecht

¹²⁰ Siehe dazu auch Nora Benninger/Urs Zulauf, in: Urs Zulauf/David Wyss (Hrsg.), Finanzmarktenforcement, 3. Aufl., Bern 2022, S. 472, bei Fn. 1961/1962.

¹²¹ Siehe Finanz und Wirtschaft, Credit Suisse kämpft mit ihren Altlasten, 19. Oktober 2022, S. 11; Neue Zürcher Zeitung, Die Ausgestossene unter Gleichen, 6. November 2023, S. 23, zu Bussen im Steuerstreit mit den USA.

¹²² Siehe etwa Amstad (Fn. 31), S. 5.

¹²³ Bericht der Expertengruppe «Bankenstabilität» (Fn. 32), S. 58; Gutachten Ammann (Fn. 60), S. 36, das aber auch darauf hinweist, dass das Risiko solcher Strafzahlungen im Ausland die Credit Suisse «nicht vollständig von Fehlritten abgeschreckt bzw. diese verhindert zu haben (scheint)»; kritisch auch Benninger/Zulauf (Fn. 120), S. 472 f.

¹²⁴ Bundesgericht 2C_747/2021, E. 13.1.

¹²⁵ Siehe Pekuniäre Verwaltungssanktionen, Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulates 18.4100 SPK-N vom 1. November 2018, 23. Februar 2022, BBl 2022 776, S. 16. Für die Organpersonen eines Bewilligungsträgers kann sich im Falle einer Busse zulasten des Bewilligungsträgers ein Verantwortlichkeitsrisiko aus mangelhafter Geschäftsführung ergeben (Art. 754 OR).

¹²⁶ BR-Bericht Pekuniäre Verwaltungssanktionen (Fn. 125), S. 17.

¹²⁷ Bundesgericht 2C_192/2019, E. 5.4.1 betreffend Art. 102 StGB: «Der Strafgrund liegt im Rahmen der subsidiären Verantwortlichkeit in der Erschwerung der Täterermittlung durch die Organisationsstrukturen, wobei das Scheitern der Zurechenbarkeit der Tat zu einer natürlichen Person als Individualtäter durch das Organisationsdefizit kausal begründet wird. Die Konstellation ist gegeben, wenn der Täter überhaupt nicht feststellbar ist, aber auch dann, wenn zwei oder mehrere Personen als Täter in Frage kommen, aber nicht festgestellt werden kann, wer für die Tat effektiv verantwortlich ist».

¹²⁸ Siehe auch Art. 7 VStrR.

¹²⁹ Art. 35 FINMAG zur Einziehung.

¹³⁰ BR-Bericht Pekuniäre Verwaltungssanktionen (Fn. 125), S. 16 f.

erfasst würde. Der Bussenrahmen müsste trotzdem nicht nur moderat ausfallen, da etwa ein Verhalten, welches dem Ansehen des Schweizer Finanzplatzes schadet,¹³¹ wie es bei mangelhafter Bekämpfung der Geldwäscherei regelmässig der Fall ist, grundsätzlich einen erheblichen Bussenrahmen zu rechtfertigen vermag.¹³²

(iii) Auswirkungen auf das Finanzmarktenforcementverfahren

Eine Bussenkompetenz der FINMA gegen beaufsichtigte Unternehmen muss vor den Verfahrensgarantien des nationalen Rechts und der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK)¹³³ standhalten. Zum Kerngehalt dieser Verfahrensgarantien gehört als Ausfluss von Art. 6 EMRK die Selbstbelastungsfreiheit (*nemo tenetur*-Grundsatz).¹³⁴ Auch juristische Personen und Personengesellschaften, also Unternehmen bzw. die Bewilligungsträger, können sich grundsätzlich auf die Verfahrensgarantien berufen, wenngleich die strafprozessualen Garantien der EMRK «nicht unbedingt in gleicher Weise anwendbar sind wie bei natürlichen Personen».¹³⁵

Nach dem Lösungsansatz des Bundesrats wäre zwischen den spezifischen und den allgemeinen Mitwirkungspflichten zu unterscheiden. Die spezifischen Mitwirkungspflichten wären im betreffenden Finanzmarktgesetz¹³⁶ oder im Finanzmarktaufsichtsgesetz zu regeln und würden sich beziehen auf «Herausgabe-, Dokumentations-, Berichterstattungs- oder Mel-

depflichten», die «der Rechenschaftsablegung über die Art und Weise der beaufsichtigten Geschäftstätigkeit (z.B. Einhaltung von Sorgfaltspflichten)» dienen. Diese Option sollte nach Auffassung des Bundesrats «auf im Voraus bestimmbare Unterlagen und dergleichen beschränkt bleiben, die im Zuge der Geschäftstätigkeit erstellt wurden oder hätten erstellt werden müssen. Eine Ausdehnung auf weitergehende Inhalte ginge dagegen mit Blick auf den *nemo tenetur*-Grundsatz zu weit.»¹³⁷ Anzumerken bleibt, dass der *nemo tenetur*-Grundsatz nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts lediglich bei unzumutbarem Zwang («improper compulsion») verletzt wäre,¹³⁸ was bei einer blossen Aufforderung zur Auskunftserteilung durch einen FINMA-Vertreter – etwa gegenüber einer Person bei einer Befragung anlässlich eines Enforcementverfahrens – nicht der Fall wäre.¹³⁹ Der Bundesrat weist in seinem Bericht zu den pekuniären Verwaltungssanktionen allerdings darauf hin, dass sich letztlich nicht mit Sicherheit vorhersagen lasse, wie der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte diesen Lösungsansatz beurteilen würde.¹⁴⁰

Alles, was Finanzmarktenforcementverfahren (noch) komplizierter macht, sollte im Interesse einer beförderlichen Sachverhaltsabklärung und Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes vermieden werden; eine Bussenkompetenz der FINMA darf nicht zulasten der allgemeinen Verfahrenseffizienz gehen.¹⁴¹ Der prinzipienbasierte Regulierungsansatz des Schweizer Finanzmarktaufsichtsrechts bietet die nötige Flexibilität im Umgang mit variierenden Sachverhaltskonstellationen, was von den Gerichten

¹³¹ Siehe Art. 4 FINMAG.

¹³² Siehe BR-Bericht Pekuniäre Verwaltungssanktionen (Fn. 125), S. 44 ff.

¹³³ SR 0.101.

¹³⁴ BR-Bericht Pekuniäre Verwaltungssanktionen (Fn. 125), S. 23.

¹³⁵ BR-Bericht Pekuniäre Verwaltungssanktionen (Fn. 125), S. 25; BGE 140 II 384 (Spielbank), E. 3.4: «Die einvernommenen Mitarbeiter waren nicht gehalten, sich selber oder ihre Arbeitgeberin zu belasten. Sie wurden als Auskunftspersonen lediglich zu Sachverhaltselementen (bspw. Spielverhalten des Spielers X., Einschätzung seines Umfelds und seiner Mittel, getroffene Massnahmen usw.) einvernommen.»; BGE 147 II 144, E. 5.2.3: «Die Aussagen der ehemaligen Organe können der Untersuchungsbetroffenen [Unternehmen] nicht zugerechnet werden; insofern sind die im Kartellsanktionsverfahren handelnden Organe bzw. ihre Rechtsvertreter frei darin, deren Aussagen in Frage zu stellen und sie gegebenenfalls zu widerlegen, ohne hierdurch widersprüchlich zu handeln.»

¹³⁶ Art. 1 Abs. 1 FINMAG.

¹³⁷ BR-Bericht Pekuniäre Verwaltungssanktionen (Fn. 125), S. 85 und S. 87; streng hinsichtlich der Geltung des *nemo tenetur*-Grundsatzes *Sume/Witzig* (Fn. 57), S. 313.

¹³⁸ BGE 140 II 384, E. 3.3.6 und E. 3.4; BR-Bericht Pekuniäre Verwaltungssanktionen (Fn. 125), S. 69.

¹³⁹ Siehe auch Bundesverwaltungsgericht B-645/2018, E. 18.4.3, wo ein Verstoss gegen den *nemo tenetur*-Grundsatz verneint wird: «Eine Selbstanzeigerin wird dementsprechend auch nicht in unverhältnismässiger Weise unter Druck gesetzt, sich zu belasten, wenn die Wettbewerbsbehörden – wie vorliegend – sie zur Auskunft über einzelne Sachverhaltsaspekte auffordern und auf die Möglichkeit einer Reduktion oder eines Verlusts des in Aussicht stehenden Bonus bei ungenügender Kooperation hinweisen.»

¹⁴⁰ BR-Bericht Pekuniäre Verwaltungssanktionen (Fn. 125), S. 70 f. und S. 91, unter Bezugnahme auf das Urteil zur Spielbank (BGE 140 II 384, siehe dazu Fn. 135).

¹⁴¹ Siehe BR-Bericht Pekuniäre Verwaltungssanktionen (Fn. 125), S. 71, zu typischen Konfliktsituationen.

grundsätzlich mitgetragen wird. Sofern der Gesetzgeber der FINMA eine Bussenkompetenz gewähren will, sollte zunächst eine minimale gesetzliche Regelung zur Anwendung gelangen. Der Grundsatz, dass Bewilligungsträger der Aufsichtsbehörde die gemäss Rechtssatz vorgeschriebenen Informationen und Unterlagen liefern müssen, ist durch die Rechtsprechung vom *nemo tenetur*-Grundsatz ausgenommen.¹⁴² Art. 6 Abs. 1 EMRK wird durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte unabhängig vom innerstaatlichen Recht, also autonom, ausgelegt.¹⁴³ Falls in Zukunft nötig, könnte dannzumal punktuell nachgebessert werden.

(iv) Beurteilung einer Bussenkompetenz der FINMA

Die Leitlinien zum Enforcement der FINMA¹⁴⁴ halten fest, dass die Aufsichtsbehörde gegen natürliche Personen, die für schwere Verletzungen aufsichtsrechtlicher Bestimmungen die Verantwortung tragen, «gezielt» vorgeht. Damit legt die FINMA den Fokus zu Recht auf die fehlbaren natürlichen Personen. Sofern eine gegen das beaufsichtigte Institut gerichtete Busse der FINMA in Einzelfällen dazu führen würde, dass Enforcement-Anstrengungen gegen die mutmasslich fehlbaren natürlichen Personen – etwa aufgrund einer Gesamtbeurteilung des Unrechtsgehalts oder des zusätzlich erforderlichen Ermittlungsaufwands – auch nur im Geringsten an Schwung verlieren, wäre die Glaubwürdigkeit und Effektivität des Finanzmarktenforcements negativ tangiert. Mit einer Busse gegen den Bewilligungsträger kann kein individuelles Fehlverhalten natürlicher Personen wegen institutsinterner Verantwortungsdiffusion abgegolten werden. Bussen der FINMA würden letztlich die Falschen tref-

fen, nämlich die Eigner der beaufsichtigten Institute und im schlimmsten Fall die Gläubiger. Eine Bussenkompetenz der FINMA vermag deshalb keine Begeisterung auszulösen.

h) **Erweiterte Enforcement-Kommunikation – Risiken und Nebenwirkungen**

Finanzmarktgeschäft im Allgemeinen und Bankgeschäft im Speziellen ist Informationsgeschäft. Offenlegung ist ein bedeutender Aspekt im Finanzmarkt; als Regulierungsansatz betont sie die Eigenverantwortung der Marktteilnehmer, da die Offenlegung eine Obliegenheit zur Informationsverarbeitung schafft. Um die Wirkungen von Enforcementverfahren zu erhöhen, wird die Ausweitung der allgemeinen Enforcement-Kommunikation¹⁴⁵ sowie des «naming and shaming» zur Diskussion gestellt.¹⁴⁶ Die höhere Sichtbarkeit des Finanzmarktenforcements soll – im Sinne der Generalprävention – zur verstärkten Disziplinierung der Beaufsichtigten beitragen.

(i) Information der Öffentlichkeit

Gemäss Art. 22 Abs. 2 FINMAG kann die Aufsichtsbehörde über einzelne Verfahren informieren, soweit dafür ein besonderes aufsichtsrechtliches Bedürfnis besteht, insbesondere, wenn die Information nötig ist zum Schutz der Marktteilnehmer oder der Beaufsichtigten, zur Berichtigung falscher oder irreführender Informationen oder zur Wahrung des Ansehens des Finanzplatzes Schweiz. Nach den Gesetzesmaterialien ist Letzteres «nicht leichthin anzunehmen».¹⁴⁷ Die Gründe, welche die Information der Öffentlichkeit im Einzelfall zu rechtfertigen vermögen, sind im Gesetz nicht abschliessend aufgezählt.

Offenbar hat die FINMA gegen die Credit Suisse mehrere Enforcementverfahren geführt, aber nicht alle publiziert.¹⁴⁸ Wieso hat die FINMA die Öffentlichkeit nicht über sämtliche Enforcementverfahren informiert, zumal der Schutz der Marktteilnehmer und die Wahrung des Ansehens des Finanzplatzes Schweiz, wie in Art. 22 Abs. 2 FINMAG vorgesehen, bei Enforcementverfahren gegenüber einer systemrelevanten

¹⁴² Gemäss BGE 140 II 384, E. 3.3.6, «steht es indessen nicht per se im Widerspruch zu Art. 6 EMRK, wenn eine Spielbank in einem gegen sie offengelegten Sanktionsverfahren verpflichtet wird, sachverhaltsbezogene Unterlagen und Dokumente gegenüber der spielbankenrechtlichen Aufsichtsbehörde herauszugeben, um dieser zu ermöglichen, die Einhaltung der gesetzlichen Bewilligungs- bzw. Konzessionsanforderungen zu prüfen» und E. 3.4: «Die auf Grund von Art. 13 Abs. 1 lit. c VwVG i.V.m. Art. 48 Abs. 3 lit. a SBG bestehende Mitwirkungspflicht ist nicht EMRK-widrig.» Die erwähnte Bestimmung des damaligen Spielbankengesetzes (SBG) sah allgemein vor, dass die Eidgenössische Spielbankenkommission die Geschäftsführung und den Spielbetrieb der Spielbanken überwacht.

¹⁴³ BR-Bericht Pekuniäre Verwaltungssanktionen (Fn. 125), S. 24.

¹⁴⁴ Fassung vom 25. September 2014.

¹⁴⁵ Amstad (Fn. 31), S. 5.

¹⁴⁶ Bericht der Expertengruppe «Bankenstabilität» (Fn. 32), S. 58.

¹⁴⁷ Botschaft FINMAG (Fn. 110), S. 2875.

¹⁴⁸ Bericht der Expertengruppe «Bankenstabilität» (Fn. 32), S. 57.

ten Bank fast zwangsläufig betroffen sein dürften? War es zur Vermeidung einer Destabilisierung der Bank doch besser, die Öffentlichkeit dannzumal nicht zu informieren?¹⁴⁹ Dieses Dilemma kann keine Regulierung auflösen. Selbst wenn der Gesetzgeber den Ruf der FINMA nach erweiterten Kommunikationsmöglichkeiten erhören sollte, wird der Aufsichtsbehörde weiterhin ein breites Ermessen hinsichtlich öffentlicher Kommunikation oder Nichtkommunikation zukommen müssen. Die Wirren um die Credit Suisse haben gezeigt, dass ein Finanzinstitut unabhängig von seiner Grösse über die digitalen Kanäle in enorme Bedrängnis gebracht werden kann.¹⁵⁰ Kommunikation ist also ein durchaus zweischneidiges Schwert.

Zwar liesse sich in Art. 22 Abs. 2 FINMAG Grundsatz und Ausnahme vertauschen, sodass die FINMA über einzelne Verfahren informieren könnte, sofern sich aufgrund der Ziele der Finanzmarktaufsicht¹⁵¹ eine Kommunikation nicht verbieten würde. Damit wäre aber der Druck auf die FINMA, über Enforcementverfahren zu kommunizieren, von Rechts wegen höher. Die Handhabung von Problemfällen durch die FINMA unter Ausschluss der Öffentlichkeit soll Anschlussprobleme von Problemfällen vermeiden; im Zweifel – mit Blick auf die Ziele der Finanzmarktaufsicht – also keine Kommunikation! Dies entspricht der geltenden Rechtslage. Um den Spielraum für die Kommunikation durch die FINMA zu erhöhen, liesse sich die Schwelle für die Kommunikation über ein Verfahren in dem Sinne etwas zurücknehmen, dass unter Art. 22 Abs. 2 FINMAG ein «aufsichtsrechtliches Bedürfnis» genügt, also nicht mehr ein «besonderes» Bedürfnis nötig wäre.

Da wirksame Kommunikation keinen Aufschub verträgt, stellt sich die Aufsichtsbehörde auf den Standpunkt, «dass die Hoheit über den Zeitpunkt der gesetzlich vorgesehenen Kommunikationsarbeit der FINMA» insbesondere dann nicht auf den Betroffenen übergehe, wenn es «keine offensichtlichen Zweifel an deren Rechtmässigkeit gibt».¹⁵² Damit sollen Verzö-

gerungen durch die gerichtliche Überprüfbarkeit von Realaktverfügungen vermieden werden.¹⁵³ Nach der Lehre weist Art. 25a VwVG hinsichtlich vorsorglicher Massnahmen eine Lücke auf, welche durch die Gerichte zu schliessen sei.¹⁵⁴ Um den vom Gesetz angestrebten Informationszweck nicht zu vereiteln, dürfte es für eine vorsorgliche Massnahme, die der FINMA die Publikation einer Medienmitteilung im Rahmen von Art. 22 FINMAG verbieten soll, seitens des betroffenen Beaufsichtigten in der Regel an einem schutzwürdigen Interesse fehlen. Im Grundsatz fällt deshalb bloss ein «nachgeschaltetes» Verwaltungungsverfahren in Betracht.¹⁵⁵

(ii) «Naming and shaming»

Wirtschaftsverwaltungsrechtliche Massnahmen müssen wie jedes staatliche Handeln verhältnismässig sein. Die Veröffentlichung einer aufsichtsrechtlichen Verfügung unter Angabe von Personendaten gemäss Art. 34 FINMAG («naming and shaming») setzt nach der Rechtsprechung voraus, dass «die Sicherstellung der Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte (Funktionsschutz) einerseits bzw. die Gewährleistung des Schutzes der Gläubiger, der Anleger und der Versicherten andererseits (Individualschutz) [...] die Sanktion rechtfertigen und die dem Betroffenen daraus entstehenden Nachteile in seinem wirtschaftlichen Fortkommen mit Blick auf die Schwere der aufsichtsrechtlichen Verletzung überwiegen».¹⁵⁶ Mit der Veröffentlichung wird eine «präventive Wirkung zum Schutz des Publikums» angestrebt, womit allerdings «ein schwerer Eingriff in die allgemeinen wie die wirtschaftlichen Persönlichkeitsrechte des Betroffenen» verbunden ist.¹⁵⁷ Unter dem Gesichtspunkt des Proportionalitätsgrundsatzes wäre eine gesetzliche Regelung denkbar, wonach bei systemrelevanten Banken die Veröffentlichung unter Angabe der Personendaten erleichtert würde. Allerdings gilt auch hinsichtlich des «naming and shaming», dass starre

¹⁴⁹ Siehe *Amstad* (Fn. 31), S. 5; *dies.*, NZZ am Sonntag, 26. März 2023, S. 23: «Aber gerade wenn wir scharf vorgehen, wird das meistens nicht öffentlich.»

¹⁵⁰ SNB, Bericht zur Finanzstabilität 2023, S. 25 f.

¹⁵¹ Art. 4 FINMAG.

¹⁵² FINMA, undatierter Verfügungsauszug, Veröffentlichung einer Medienmitteilung (Gesuch um vorsorgliche Massnahmen / Erlass einer anfechtbaren Verfügung, mit dem Vermerk «Zuletzt geändert: 17.11.2022»), E. 3 (34) (<www.finma.ch/de/dokumentation/enforcementbericht

erstattung/ausgewaehlte-verfuegungen/>, zuletzt besucht am 9. November 2023).

¹⁵³ Siehe auch FINMA, Leitlinien zur Kommunikation, 25. September 2014, S. 10.

¹⁵⁴ BSK FINMAG-Rayroux/Conti, 3. Aufl., Art. 22, N 48.

¹⁵⁵ David Wyss, in: Urs Zulauf/David Wyss (Hrsg.), Finanzmarktenforcement, 3. Aufl., Bern 2022, S. 525; siehe etwa BGE 140 II 315, E. 2.1.

¹⁵⁶ Bundesgericht 2C_359/2012, E. 3.2.

¹⁵⁷ Bundesgericht 2C_71/2011, E. 5.3.1, wenn auch in Kombination mit einem Werbeverbot.

Regeln angesichts der Sensitivität des Geschäftsmodells von Banken zu vermeiden sind.¹⁵⁸

i) Senior Manager Regime – Ausfluss der prinzipienbasierten Regulierung

Auch Banken können durch schlechtes Management untergehen.¹⁵⁹ Es erscheint daher als naheliegend, aufsichtsrechtlich bei der Verantwortung der Führungspersönlichkeiten anzusetzen. Selbstverständlich geht es dabei nicht darum, einer Bank die richtige Strategie aufzuzwingen und das damit verknüpfte Vertrauen der Kunden zu gewinnen.¹⁶⁰

(i) Angemessene Verwaltungsorganisation als Bewilligungsvoraussetzung

Die Bewilligung als Bank setzt gemäss Art. 3 Abs. 2 lit. a BankG eine der «Geschäftstätigkeit entsprechende Verwaltungsorganisation» voraus,¹⁶¹ und eine Finanzgruppe muss so organisiert sein, dass sie insbesondere alle wesentlichen Risiken erfassen, begrenzen und überwachen kann (Art. 3f Abs. 2 BankG).¹⁶² Damit besteht in enger Verschränkung des Bankenorganisationsrechts und der Vorschriften zum Risikomanagement eine offene gesetzliche Grundlage für die erforderliche wirksame Ausgestaltung der Führung einer Bank.¹⁶³ Im Hinblick auf ein griffiges Risi-

komanagement setzt wirksame Bankführung die detaillierte, lückenlose Zuweisung der Verantwortlichkeiten zwangsläufig voraus. Die personifizierte Verantwortung für die Bankführung im Allgemeinen und das Risikomanagement im Speziellen ist daher bereits in der allgemeinen Bewilligungsvoraussetzung niedergelegt, wonach eine Bank über eine «ihrer Geschäftstätigkeit entsprechende Verwaltungsorganisation» verfügen muss.¹⁶⁴ Ohne personifizierte Zuweisung der Verantwortlichkeit fühlt sich niemand zuständig,¹⁶⁵ was einer Missorganisation und damit einer Verletzung von Art. 3 Abs. 2 lit. a BankG bzw. Art. 3f Abs. 2 BankG entspricht.

(ii) Entwicklungen in der Praxis der FINMA

In grossen arbeitsteiligen Organisationen erweist sich die Zurechnung von Organisationsmängeln zu den verantwortlichen natürlichen Personen teilweise als Problem. Die Zurechnung muss zwangsläufig bei der Definition der Verantwortlichkeitsbereiche ansetzen. Es braucht klare Geschäfts- bzw. Organisationsreglemente, welche die Tätigkeitsbereiche – wenn auch über mehrere Führungsstufen hinweg – mit den letztlich verantwortlichen Führungskräften bzw. Top-Gre-

¹⁵⁸ Siehe dazu auch bei Fn. 149.

¹⁵⁹ Siehe dazu die Darstellung im Gutachten *Ammann* (Fn. 60), S. 56 ff.

¹⁶⁰ Siehe *Amstad* (Fn. 31), S. 5.

¹⁶¹ In Art. 3 Abs. 2 lit. a BankG wird auch die «sachgemässe Überwachung der Geschäftsführung» angesprochen.

¹⁶² Gemäss Art. 12 Abs. 3 BankV muss die Bank die interne Dokumentation über die Beschlussfassung und Überwachung der mit Risiko verbundenen Geschäfte so ausgestalten, dass sie der Prüfgesellschaft erlaubt, sich ein zuverlässiges Urteil über die Geschäftstätigkeit zu bilden; Bundesverwaltungsgericht B-3625/2014, E. 6.3.1, wo «das Risikomanagement als Schlüsselkategorie des Bankaufsichtsrechts» bezeichnet wird, die «eng mit dem Gläubigerschutz zusammen(hängt)». Weiter führt das Gericht aus: «Das Risikomanagement bezweckt die umfassende und systematische Steuerung und Lenkung von Risiken auf der Grundlage wirtschaftlicher und statistischer Kenntnisse. Risikomanagement umfasst die Identifikation, Messung, Beurteilung, Steuerung und Berichterstattung über einzelne wie auch über aggregierte Risikopositionen.»

¹⁶³ Gemäss Art. 12 Abs. 2 BankV regelt die Bank die Grundzüge des Risikomanagements sowie die Zuständigkeit und das Verfahren für die Bewilligung von mit Risiko verbundenen Geschäften in einem Reglement oder in internen Richtlinien. Sie muss insbesondere Markt-, Kredit-, Aus-

fall-, Abwicklungs-, Liquiditäts- und Imagerisiken sowie operationelle und rechtliche Risiken erfassen, begrenzen und überwachen; siehe dazu auch Bundesverwaltungsgericht B-4750/2019, E. 8.1.

¹⁶⁴ Art. 3 Abs. 2 lit. a BankG; schon die Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung betreffend den Entwurf eines Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen vom 2. Februar 1934, BBl 1934 I, S. 184, hat Folgendes ausgeführt: «Eine der wichtigsten Garantien für eine gesunde Geschäftsführung besteht in einer Verwaltung, deren Organe richtig ausgeschieden und deren Zuständigkeiten klar abgegrenzt sind. Eine richtige Verteilung der Kompetenzen erleichtert die Feststellung der persönlichen Verantwortlichkeiten bei Verfehlungen.» Art. 3 Abs. 1 und 2 E-BankG (BBl 1934 I, S. 191) entspricht grundsätzlich dem geltenden Art. 3 Abs. 2 lit. a BankG.

¹⁶⁵ Die bankinternen Regularien sind nicht immer klar, siehe Bundesverwaltungsgericht B-4750/2019, E. 7.2.1: «Aus den massgeblichen bankinternen Weisungen selbst ergibt sich nicht ausdrücklich, wer in diesen Fällen als «CEO Region» anzusehen war. [...] Welches die Interpretation der Bank selbst war, geht aus dem bankinternen Rapport «GIA Audit Report on LTJ» vom 30. September 2015 hervor: Darin wird klar ausgeführt, dass bei diesen Cross Entity Bookings unter dem «CEO Region» im Sinn dieser bankinternen Reglemente der «CEO Asia» zu verstehen war. «CEO Asia» aber war unbestritten ermassen der Beschwerdeführer.»

mien verknüpfen.¹⁶⁶ Die FINMA agiert hinsichtlich arbeitsteiliger Probleme zunehmend griffiger. In einem mit Verfügung vom 22. Mai 2022 abgeschlossenen Enforcementverfahren im Zusammenhang mit ungenügenden Vorgaben einer Bank im Bereich der Geldwäschereibekämpfung hat die FINMA als organisatorische Massnahme eine schriftliche Erklärung über die Zuordnung von Verantwortlichkeiten angeordnet. In dieser Erklärung sollen die Verantwortlichkeitsbereiche der Bankmanager «lückenlos festgehalten» werden, wobei jede Aufgabe einer Person zugeordnet werden soll und jede Position besetzt sein muss.¹⁶⁷

Mit Abschluss des «Greensill»-Enforcementverfahrens wurde die Credit Suisse im Februar 2023 verpflichtet, «die Verantwortlichkeitsbereiche der (rund 600) höchsten Manager der Bank künftig in einem Verantwortlichkeitsdokument» festzuhalten.¹⁶⁸ Sofern diese Manager ihren Bereich nicht entsprechend organisieren und führen, sodass Fehlverhalten möglichst verhindert werde, müssten diese Personen durch die Bank sanktioniert werden, beispielsweise mit einer Kürzung der variablen Entschädigung. Die FINMA hat in der Medienmitteilung zum Abschluss des «Greensill»-Verfahrens auch angekündigt, dass sie einen Prüfbeauftragten einsetzen werde, der die Einhaltung dieser aufsichtsrechtlichen Massnahmen kontrolliert,¹⁶⁹ womit sie dieser Anordnung Nachdruck verliehen hat.

In den Strategischen Zielen 2021 bis 2024 hat die FINMA beim Risikomanagement und der Corporate Governance «eine gezielte Einflussnahme auf [...] die Ausgestaltung von Entscheidungs- und Kontrollpro-

zessen» angekündigt.¹⁷⁰ Damit hat die FINMA für die verantwortungszentrierte Führung von Finanzinstituten nicht nur ihr Arbeitsprogramm umrissen, sondern mit den erwähnten Enforcementverfügungen auch Grundsteine gelegt. Die erwähnten FINMA-Verfügungen lassen sich als Ausdruck eines sog. Senior Manager Regimes verstehen.¹⁷¹ Die viel zitierte britische Ausprägung dieses Regimes bietet Anschauungsmaterial;¹⁷² es darf nicht überraschen, dass die personifizierte Verantwortung mit Formalismen daherkommt.¹⁷³ Das «Statement of Responsibilities» des einzelnen Senior Manager, wie es das britische Senior Manager Regime verlangt,¹⁷⁴ taucht in der Praxis der FINMA – im Rahmen der Institutsaufsicht – als Erklärung des Bewilligungsträgers auf.¹⁷⁵ Dafür bedarf es keiner neuen gesetzlichen Grundlage. Die Anordnungen der FINMA in den erwähnten Enforcementverfahren hinsichtlich der Klärung der bankinternen Verantwortlichkeiten bilden materiell Bestandteil der Organisations- bzw. Geschäftsreglemente, die von der FINMA zu genehmigen sind.¹⁷⁶ Schon in den Anhängen zu diesen Reglementen lassen sich die Kompetenzen und Verantwortlichkeiten für die verschiedenen Unternehmensbereiche detailliert regeln, was unter geltendem Recht eine unabdingbare Voraussetzung einer angemessenen Verwaltungsorganisation eines Finanzinstituts darstellt.¹⁷⁷ Aufgrund der Organisationspflicht des Bewilligungsträgers¹⁷⁸ greift nach der Praxis der FINMA mangels Zuweisung von Verantwortlichkeitsbereichen – in Abhängigkeit von der Auf-

¹⁶⁶ Siehe Urs Bertschinger, Das Finanzmarktaufsichtsrecht vom vierten Quartal 2021 bis ins vierte Quartal 2022, SZW 2022, S. 607; ders., Das Finanzmarktaufsichtsrecht vom vierten Quartal 2020 bis ins vierte Quartal 2021, SZW 2021, S. 745 ff.

¹⁶⁷ FINMA Jahresbericht 2022, S. 58, wo sich auch der Link auf die auszugsweise veröffentlichte FINMA Verfügung findet.

¹⁶⁸ Siehe auch FINMA Faktenblatt, Enforcement: Die FINMA setzt Aufsichtsrecht durch, Stand: 1. Januar 2023, wo unter den wichtigsten Enforcement-Massnahmen der FINMA aufgeführt wird: «Organisatorische und personelle Auflagen: Die FINMA kann Massnahmen anordnen, die in das Geschäftsmodell, die Organisation oder in Besetzung von Schlüsselfunktionen der betroffenen Unternehmung eingreifen.»

¹⁶⁹ <www.finma.ch/de/news/2023/02/20230228-mm-green-sill/>.

¹⁷⁰ FINMA Strategische Ziele 2021 bis 2024, Ziel 3 (Risikomanagement und Corporate Governance).

¹⁷¹ Siehe auch Bericht der Expertengruppe «Bankenstabilität» (Fn. 32), S. 58; Gutachten Ammann (Fn. 60), S. 36.

¹⁷² Siehe unter <www.bankofengland.co.uk/prudential-regulation/authorisations/senior-managers-regime-approvals> sowie unter <www.fca.org.uk/firms/senior-managers-and-certification-regime/senior-managers-regime> (zuletzt besucht am 7. November 2023).

¹⁷³ Siehe auch die Darstellung von Sume/Witzig (Fn. 57), S. 304 ff.

¹⁷⁴ Siehe bei Sume/Witzig (Fn. 57), S. 306.

¹⁷⁵ Siehe FINMA Verfügung, Exigences incombant à une banque suisse à la tête d'un groupe financier, 20. Mai 2022 (rechtskräftig), E. 6.3 (<www.finma.ch/de/dokumentation/enforcementberichterstattung/ausgewaehlte-verfuegungen/>, zuletzt besucht am 31. Oktober 2023).

¹⁷⁶ Art. 3 Abs. 3 BankG; Art. 9 FINIG.

¹⁷⁷ Siehe auch FINMA Rundschreiben 2017/1 Corporate Governance – Banken, Rz. 9 ff. und Rz. 47 ff.

¹⁷⁸ Siehe oben I.2.i(i).

gabenteilung gemäss FINMA Rundschreiben 2017/1 «Corporate Governance – Banken» – die Zuständigkeit und Verantwortlichkeit des CEO oder des Vorsitzenden des Verwaltungsrates.¹⁷⁹

Um Verantwortungsdiffusion und damit verknüpfte Unregelmässigkeiten in Finanzinstituten zu vermeiden, muss die Lückenlosigkeit der internen Organisation insbesondere durch die aufsichtsrechtlichen Prüfgesellschaften als verlängerter Arm der FINMA überprüft werden. Die durch das Finanzinstitut dokumentierten Organisations- und Überwachungsstrukturen sind zu «durchlaufen», sodass die Überprüfung letztlich zu einem zuständigen und verantwortlichen Entscheidungsträger gelangt.

(iii) *Grundzüge des aufsichtsrechtlichen Berufsverbotes*
Zwar kommt nach der Rechtsprechung dem Legalitätsprinzip beim aufsichtsrechtlichen Berufsverbot wegen der erforderlichen Voraussehbarkeit ein hoher Stellenwert zu,¹⁸⁰ sodass eine Anordnung in einem Gesetz im formellen Sinn oder in einer Verordnung aus dem Bereich der Finanzmarktaufsicht verlangt wird.¹⁸¹ Der Vorwurf gegen eine verantwortliche Person in leitender Stellung hinsichtlich organisatorischer Mängel bezieht sich im Rahmen von Art. 33 FINMAG nicht in erster Linie auf die Verletzung bankinterner Vorschriften bzw. Reglemente und Weisungen, sondern auf das gesetzliche Kriterium der angemessenen Verwaltungsorganisation, wie es sich im Einzelfall in den von der FINMA genehmigten Reglementen und weiteren Dokumentationen¹⁸² ausdrücken muss. Die schwere Verletzung einer aufsichtsrechtlichen Bestimmung kann daher beim Berufsverbot in der Verletzung des bankengesetzlichen Organisationserfordernisses durch die Bank liegen,¹⁸³ soweit diese Organisationsmängel einer verantwortlichen Person in leitender Stellung zugerechnet werden können.¹⁸⁴

In der bisherigen Diskussion um die Zurechnung von bankinternem Fehlverhalten zeigt sich ein gewisses Verständnis, dass hochrangige Führungskräfte unantastbar sind, solange sich nicht nachweisen lässt, dass ihnen Informationen, die auf Missstände hinweisen, zugegangen sind.¹⁸⁵ Führung wäre damit eine Bringschuld der Organisation; «nichts gesehen, nichts gehört» soll die Verantwortlichkeit ausschliessen. Mit Blick auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts ist diese Auffassung verfehlt, weil auch «eine pflichtwidrige Unkenntnis der Aufsichtsrechtsverletzung» genügt.¹⁸⁶ Das höchste Gericht hat auch darauf hingewiesen, dass nicht ein «Organisationsversagen» einem Berufsverbot gegen eine natürliche Person entgegenstehen kann, welcher die Einhaltung des Aufsichtsrechts obliegt; diese aufsichtsrechtliche Massnahme «soll nicht mit dem Hinweis auf die interne Aufgabenteilung ausgehebelt werden können».¹⁸⁷

2011 bis April 2015 geltenden Rechtsnormen, E. 2): «Bezüglich der Aufnahme von Geschäftsbeziehungen mit erhöhten Risiken schreibt Art. 17 aGwV-FINMA vor, dass diese der Zustimmung einer vorgesetzten Person oder Stelle oder der Geschäftsführung bedarf. Gemäss Art. 18 aGwV-FINMA entscheidet das oberste Geschäftsführungsorgan oder mindestens eines seiner Mitglieder über die Aufnahme von Geschäftsbeziehungen mit politisch exponierten Personen und alljährlich über deren Weiterführung (Art. 18 Abs. 1 Bst. a aGwV-FINMA) und die Anordnung regelmässiger Kontrollen aller Geschäftsbeziehungen mit erhöhten Risiken und ihrer Überwachung und Auswertung (Art. 18 Abs. 1 Bst. b aGwV-FINMA). Die gesetzliche Grundlage für Art. 17 und Art. 18 aGwV-FINMA ergibt sich ansatzweise aus Art. 8 GwG sowie aus der Gesamtheit der GwG-Bestimmungen, namentlich der Meldepflicht. Diese setzt eine klar identifizierbare Verantwortlichkeit bei den Finanzintermediären voraus. Dass Kontrollen auf einer höchsten Hierarchieebene durchgeführt werden sollen, ist geradezu selbstverständlich; gleiches gilt für die Aufnahme und Weiterführung von Beziehungen mit politisch exponierten Personen» (Hervorhebung hinzugefügt). Dabei ist bemerkenswert, dass Art. 8 GwG ganz allgemein wie folgt lautet: Die Finanzintermediäre treffen in ihrem Bereich die Massnahmen, die zur Verhinderung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung notwendig sind. Sie sorgen namentlich für genügende Ausbildung des Personals und für Kontrollen. In E. 8 kommt das Gericht zum Schluss, dass das Verhalten der Bank im Bereich der Geldwäschereibekämpfung mit dem Erfordernis einer angemessenen Verwaltungsorganisation nicht vereinbar ist.

¹⁸⁵ Siehe dazu schon Bertschinger, SZW 2021 (Fn. 166), S. 747.

¹⁸⁶ Bundesgericht 2C_747/2021, E. 13.2 (siehe dazu auch II.1.); 2C_192/2019, E. 3.2.

¹⁸⁷ Bundesgericht 2C_192/2019, E. 3.2.

¹⁷⁹ Siehe FINMA Verfügung, 20. Mai 2022 (Fn. 175), E. 6.3 (98). Bundesverwaltungsgericht B-4750/2019, E. 6.

¹⁸⁰ Bundesverwaltungsgericht B-664/2020, E. 3.6.4.

¹⁸¹ Siehe dazu bei Fn. 167 und Fn. 168.

¹⁸² Art. 3 Abs. 2 lit. a BankG bzw. Art. 3f Abs. 2 BankG.

¹⁸³ Siehe schon oben unter I.2.i(i); Bundesgericht 2C_747/2021, E. 14, zur Verletzung des bankengesetzlichen Organisationserfordernisses (siehe dazu Bundesverwaltungsgericht B-7186/2018, E. 6.3); Bundesverwaltungsgericht B-4750/2019, E. 7.1, zum Bestimmtheitsgrad von Organisationsvorschriften im Bereich der Geldwäschereibekämpfung (hinsichtlich der im Zeitraum von Ende

Die FINMA hat den Textblock zu Berufsverboten gemäss Art. 33 FINMAG, den sie in den Medienmitteilungen verwendet, entsprechend ergänzt, indem die Nachweise von Pflichtwidrigkeiten, die konkret zu Verletzungen von Aufsichtsrecht geführt haben, nun auch «beispielsweise pflichtwidrige Unterlassungen» erfassen.¹⁸⁸ Damit verdeutlicht sich, dass «nichts gesehen, nichts gehört» ein Verantwortlichkeitsrisiko darstellen kann, weil Führung als Ausfluss einer angemessenen Verwaltungsorganisation von Rechts wegen auch eine Holschuld darstellt. Das Führungsverständnis «no news is good news» kann – zumal über einen grösseren Zeitraum – Ausdruck unzureichender Überwachung sein. Damit ist selbstverständlich nicht kausalhaftungsähnlichen Zuständen das Wort geredet. Verantwortung unterliegt auch finanzmarktaufsichtsrechtlich dem Verschuldenskonzept, das sich im Curae-Ansatz ausdrückt, also in der sorgfältigen Auswahl, Instruktion und Überwachung,¹⁸⁹ wobei die Crux oftmals in Letzterem liegt.

(iv) Gesetzliche Vorschriften für ein Senior Manager Regime?

Aufgrund des prinzipienbasierten Ansatzes, wie er sich in den aufsichtsrechtlichen Kautelen der «entsprechenden Verwaltungsorganisation» und des wirksamen Risikomanagements ausdrückt,¹⁹⁰ erweist sich eine gesetzliche Regulierung für ein Senior Manager Regime gemäss dem hiervor dargelegten Verständnis nicht als erforderlich. Angesichts der erwähnten offenen Rechtsgrundlage ist von einem grundsätzlich grossen Spielraum der FINMA als Fachbehörde im Bereich der Organisations- und Risikomanagementstrukturen auszugehen. Die Gerichte schreiten im Rahmen dieses sog. «technischen Ermessens» nicht ein, soweit die FINMA «die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte geprüft und die erforderlichen Abklärungen sorgfältig und umfassend durchgeführt hat».¹⁹¹ Angesichts der herausragenden Bedeutung personifizierter Verantwortung für die wirksame Füh-

rung von Finanzinstituten bewegt sich die jüngste Praxis der FINMA im Bereich der organisatorischen Anordnungen¹⁹² im Rahmen ihres technischen Ermessens.

Die erwähnte Praxis der FINMA zu den Organisationserklärungen der Bewilligungsträger¹⁹³ kann auf der Ebene der FINMA Rundschreiben zur Corporate Governance¹⁹⁴ festgehalten werden, weil sie nicht «rechtsetzender Natur» ist.¹⁹⁵ Da es sich dabei, wie oben dargelegt wurde, um einen selbstverständlichen Bestandteil einer angemessenen Verwaltungsorganisation handelt, sollte sich die Regelung nicht bloss einzelfallweise auf Bewilligungsträger beziehen, deren Organisation sich im Rahmen von Enforcementverfahren als ungenügend erweist.¹⁹⁶ Die Organisationsfreiheit der Finanzinstitute bleibt gewahrt, indem die Verantwortung einer Einzelperson oder einem spezifischen Gremium zugeteilt werden kann.¹⁹⁷ Die kollektive Entscheidung bildet im schweizerischen Finanzmarktaufsichtsrecht keine «firewall» für die verantwortlichen Personen.¹⁹⁸

Will man gleichwohl ein Senior Manager Regime ins Gesetz formulieren,¹⁹⁹ würde sich wohl eine «rule based» Regulierung ergeben, was die Flexibilität einschränken kann. Auf dieser Linie läge auch eine gesetzliche Pflicht jeder verantwortlichen Person in leitender Stellung zur Abgabe einer persönlichen Erklärung über ihren Verantwortungsbereich, womit es zur

¹⁸⁸ <www.finma.ch/de/news/2023/02/20230228-mm-green-sill/>; siehe hingegen eine frühere Medienmitteilung unter <www.finma.ch/de/news/2021/01/20210121-mm-jb/> (zuletzt besucht am 6. November 2023).

¹⁸⁹ Siehe wenn auch zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit Art. 754 Abs. 2 OR.

¹⁹⁰ Siehe dazu allgemein oben unter I.2.i(i).

¹⁹¹ Siehe etwa Bundesverwaltungsgericht B-4004/2021, E. 6.2.6, wenn auch betreffend zusätzliche Eigenmittel.

¹⁹² Siehe dazu oben I.2.i(ii).

¹⁹³ Siehe bei Fn. 167.

¹⁹⁴ Siehe FINMA Rundschreiben 2017/1 und 2017/2.

¹⁹⁵ Siehe Art. 5 Abs. 2 der Verordnung zum Finanzmarktaufsichtsgesetz (SR 956.11).

¹⁹⁶ Siehe Art. 7 Abs. 2 FINMAG, wonach der Gesetzgeber die FINMA dazu anhält, prinzipienbasiert zu regulieren.

¹⁹⁷ Siehe Bundesverwaltungsgericht B-4750/2019, E. 7.2.2, wonach auch die Verantwortung innerhalb eines Entscheidungsgremiums als relevante Verantwortung im Sinne von Art. 33 FINMAG anzusehen ist.

¹⁹⁸ Siehe hingegen bei *Sume/Witzig* (Fn. 57), S. 305.

¹⁹⁹ Siehe *Amstad* (Fn. 31), S. 5: «Seit rund einem Jahr ist zudem basierend auf Vorarbeiten der FINMA ein zweckmässiger Vorschlag für den Gesetzgeber für ein Senior Manager Regime (SMR) in Arbeit. Derzeit ist der Nachweis einer direkten kausalen Verantwortung gefordert, wenn wir gegen einzelne Führungspersonen vorgehen wollen. Dies stellt eine hohe Hürde dar. Ein Senior Manager Regime kann helfen, die individuellen Verantwortlichkeiten der Führungsorgane klar zuzuordnen. Dies kann auch die Unternehmenskultur eines Instituts stärken, weil diese eng mit der klaren Zuteilung von Verantwortung und einer gesunden Toleranz für Risiken verbunden ist.»

Durchbrechung des Grundsatzes der Institutsaufsicht käme. Die Organisationspflicht obliegt den Bewilligungsträgern, sodass sich die FINMA – angesichts des Subsidiaritätsprinzips – nicht unnötig in den Vordergrund schieben und sich einen hohen zusätzlichen Arbeitsaufwand aufbürden muss. Eine abgestufte Regelung nach Massgabe des Proportionalitätsgrundsatzes wäre möglich. Dass durch die Entgegennahme und Prüfung individueller Organisations- und Verantwortlichkeitserklärungen bei einer international tätigen systemrelevanten Bank für die Aufsichtsbehörde ein nicht unerheblicher Aufwand entstehen könnte, leitet sich aus dem «Greensill»-Verfahren ab, wo von den rund 600 höchsten Managern die Rede ist.²⁰⁰

3. Ausblick – Keine falschen Hoffnungen

Finanzmarktregulierung will eine sicherere Finanzwelt schaffen. Bei der Liquiditätsversorgung der systemrelevanten Institute sind wir daran, regulatorisch nachzulegen.²⁰¹ Bei der Einlagensicherung ist der Spielraum gering,²⁰² die Eigenmittelanforderungen werden überprüft,²⁰³ und beim Aufsichtsinstrumentarium der FINMA sind allemal die Spielräume der geltenden prinzipienbasierten Regulierung zu nutzen, wobei punktuelle Ergänzungen in Betracht fallen.²⁰⁴ Schon kurze Zeit nach der Bewältigung der Credit Suisse-Krise wird gegen das Vergessen gekämpft, sodass dereinst «die richtigen Lehren aus dem Desaster» gezogen werden können.²⁰⁵ Wunder sind keine zu erwarten.

Kontraproduktiv wäre eine seitens der FINMA mit (zu) hohem öffentlichem Engagement geführte Diskussion um eine Erweiterung des aufsichtsrechtlichen Instrumentariums, die – mangels Erfüllung durch den Gesetzgeber – eine letztlich geschwächte FINMA hervorbrächte, indem sich die Behörde in mitunter selbstgeschnürten Fesseln wiederfände.²⁰⁶ For-

derungen an den Gesetzgeber sind daher auch hinsichtlich einer allfälligen negativen Perzeption auf die Wirksamkeit der Aufsicht unter dem geltenden Recht zu beurteilen.

Selbst ein ergänztes Regulierungsinstrumentarium funktioniert nur durch die Menschen, welche die Regulierung gegenüber den Beaufsichtigten glaubwürdig und – wo nötig – energisch vertreten. Dass der Druck auf die FINMA gross ist, leitet sich schon aus der Medienberichterstattung ab.²⁰⁷ Die Standfestigkeit der FINMA bildet einen Grundpfeiler der Schweizer Finanzmarktregulierung, deren Stellung sich aufgrund der erforderlichen funktionellen Unabhängigkeit «am ehesten mit derjenigen einer Justizbehörde vergleichen» lässt.²⁰⁸ Freilich wird kein Regulierungslevel in der Lage sein, eine (systemrelevante) Bank vor jeglichen Turbulenzen zu schützen; diese Erkenntnis, die schon auf die Anfänge der Bankengesetzgebung zurückgeht,²⁰⁹ dürfte zeitlose Gültigkeit beanspruchen. Es geht deshalb auch um das vernünftige Management der Erwartungen bei allen Stakeholdern, dass es keine absolute regulatorische Sicherheit vor der nächsten Schieflage einer (systemrelevanten) Bank geben kann.

II. Gerichts- und Behördenpraxis

1. Berufsverbot – Verantwortlichkeit aus der hierarchischen Stellung

Berufsverbotsverfahren sind oftmals gespickt mit Ausreden von Führungspersonlichkeiten, warum und wieso sie für spezifische Fehlleistungen in arbeitsteiligen Organisationen nicht verantwortlich sein sollen.²¹⁰ Dabei versuchen diese Personen auch immer wieder, sich Unklarheiten und Lücken in bankinternen Reglementen zu Nutze zu machen. Das Bundes-

Entscheidungssträger zeigt sich aber, dass es Lücken gibt, die zu schliessen sind.»; siehe dazu auch oben unter I.2.i.

²⁰⁷ Siehe NZZ am Sonntag, Kantonalbanken hadern mit der neuen Finma, 15. Oktober 2023, S. 31.

²⁰⁸ Botschaft FINMAG (Fn. 110) S. 2836.

²⁰⁹ Botschaft BankG 1934 (Fn. 164), S. 181, zudem mit der Aussage, dass «[d]ie gute Geschäftsführung» der Schweizer Banken «künftig eine Regel ohne Ausnahme bilden» dürfte.

²¹⁰ Siehe auch Bundesverwaltungsgericht B-4750/2019, E. 13.11, wo auf «eine ungewöhnliche, überdurchschnittliche Vehemenz und filibusterhaft häufige Wiederholungen dieser Bestreitungen» hingewiesen wird.

²⁰⁰ Siehe dazu bei Fn. 168.

²⁰¹ Siehe I.2.e.

²⁰² Siehe I.2.d.

²⁰³ Siehe I.2.c.

²⁰⁴ Siehe I.2.g-i.

²⁰⁵ Siehe Neue Zürcher Zeitung, Die Schweiz darf die CS-Krise nicht vergessen, 12. Oktober 2023, S. 19, mit Verweis auf die Arbeiten der parlamentarischen Untersuchungskommission.

²⁰⁶ Siehe etwa NZZ am Sonntag, Interview mit Marlene Amstad, 26. März 2023, S. 24, betreffend das Senior Manager Regime: «Im Bereich der Verantwortlichkeit einzelner

gericht hat im Urteil 2C_747/2021 vom 30. März 2023 seine bisherige Rechtsprechung bestätigt, wonach eine «[i]ndividuelle Zurechenbarkeit in einer arbeitsteiligen Organisation bedeutet, dass sich die schwere Verletzung von aufsichtsrechtlichen Bestimmungen im Verantwortungsbereich einer bestimmten Person ereignet haben muss, wobei für eine aufsichtsrechtliche Massnahme kumulativ oder alternativ drei Vorwürfe rechtsgenügend zutreffen müssen: (1) eine aktive Aufsichtsrechtsverletzung, (2) eine Kenntnis der Aufsichtsrechtsverletzung und pflichtwidriges Nichtein-schreiten dagegen oder (3) eine pflichtwidrige Unkenntnis der Aufsichtsrechtsverletzung. Die Sanktion des Berufsverbots soll nicht mit dem Hinweis auf die interne Aufgabenteilung ausgehebelt werden können.»²¹¹ Die FINMA hatte dem Beschwerdeführer in der Funktion des Head of Legal & Compliance der Bank ein Berufsverbot von drei Jahren ab Rechtskraft auferlegt.²¹² Hintergrund bildeten Versäumnisse in der Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung im Kontakt mit Sovereign Wealth Funds-Kunden, wobei das Transaktionsvolumen zwischen 2011 und 2015 rund USD 20 Milliarden betrug.

Im vorliegenden Fall stand eine strukturierte Treuhandlösung zur Diskussion, die nach Einschätzung des Gerichts «gerade bezweckte, zwecks Anonymisierung möglichst intransparent und komplex zu sein» und «zusammen mit den beträchtlichen Vermögenswerten und den Schuldnergesellschaften in Offshore-Destinationen insgesamt als ungewöhnlich bezeichnet werden» musste. Es wäre daher Aufgabe der Bank gewesen, zusätzliche Abklärungen vorzunehmen.²¹³ Ebenfalls zu beurteilen waren vermeintliche Investitionen in ein «pre IPO» (Initial Public Offering) sowie in Aktien in der Grössenordnung von mehreren hundert Millionen USD, ohne dass vertiefte Prüfungen stattgefunden hätten. Nachdem weder das IPO noch die zu erwartenden Transaktionen stattfanden, erfolgten im Rahmen der strukturierten Treuhandlösung zwischen Dezember 2011 und April 2014 in einer Geschäftsbeziehung Transaktionen von rund USD 1,065 Milliarden, ohne dass seitens der Bank abgeklärt worden wäre, ob und weshalb diese Transaktionen vorgenommen werden.²¹⁴ Das Gericht erachtet daher die Abklärungspflichten gemäss Art. 6 aGwG

sowie die Meldepflicht des Art. 9 aGwG durch die Bank als verletzt. Daran schliesst sich die Frage an, ob dem Beschwerdeführer individuelles Fehlverhalten vorzuwerfen ist.

Da der Leiter der Abteilung KYC Risk/CCC²¹⁵ dem Beschwerdeführer unterstellt gewesen sei, hatte das Bundesverwaltungsgericht erwogen, dass aufgrund der Position des Beschwerdeführers als Head of Legal & Compliance die individuelle Zurechenbarkeit bejaht werden müsse, selbst wenn untergeordnete Mitarbeiter die Fehler begangen hatten. Als Vorgesetzter wäre es seine Aufgabe gewesen, seine Mitarbeiter entsprechend zu instruieren. Weiter hätte er für vertiefte Abklärungen sorgen oder eine Meldung erstatten müssen.²¹⁶ Nachdem der Beschwerdeführer vor Bundesgericht rügte, dass die Vorinstanz seine Verantwortlichkeit lediglich aus seiner hierarchischen Stellung abgeleitet habe, ohne darzulegen, welche Aufgaben sich daraus ergaben,²¹⁷ hält das Bundesgericht fest: «Inwieweit von der hierarchischen Stellung nicht auf entsprechende Verantwortlichkeiten geschlossen werden kann, ist nicht ersichtlich [...] Massgeblich ist, dass beim Beschwerdeführer alle Fäden im Bereich Compliance zusammengelaufen sind; selbst wenn er nicht gewusst haben sollte, was die ihm unterstellten Organisationseinheiten bzw. Mitarbeiter machen, ist ihm dies anzurechnen, weil eine pflichtwidrige Unkenntnis für die Zurechenbarkeit genügt und die Verantwortlichkeit nicht mit dem Hinweis auf die interne Aufgabenteilung ausgehebelt werden kann.»²¹⁸ Die festgestellten Mängel hinsichtlich der geldwäschereirechtlichen Abklärungen und der Erfüllung der Meldepflicht²¹⁹ waren dem Beschwerdeführer daher trotz arbeitsteiliger Organisation über unterschiedliche Hierarchiestufen individuell zurechenbar.²²⁰

Es hat dem Beschwerdeführer ebenfalls zum Vorwurf gereicht, dass er im Rahmen des sog. «Action Plan» für die Rechts- und Reputationsrisiken der Sovereign Wealth Funds-Kunden als «koordinationszuständig» bezeichnet wurde und explizit für Regulator

²¹¹ E. 13.2.

²¹² Sachverhalt B.

²¹³ E. 10.4.3.

²¹⁴ E. 10.5.2.

²¹⁵ Gemäss Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-7186/2018, E. 2.1, in dieser Sache bedeutet «CCC» Compliance Competence Center.

²¹⁶ Siehe Bundesgericht 2C_747/2021, E. 13.4.1.

²¹⁷ E. 13.4.2.

²¹⁸ E. 13.4.3.

²¹⁹ Art. 6 und Art. 9 aGwG.

²²⁰ E. 13.6.

ry, Legal, Compliance und Reputational Risks verantwortlich war. Quarterly Reports habe er unterzeichnet, ohne die Lücken und Mängel in der Erfassung und Rapportierung zu beheben oder darauf hinzuweisen, wenngleich er als Koordinator des Informationsflusses zumindest hätte veranlassen müssen, dass sämtliche Angaben betreffend Betrag, Gegenpartei und Zweck der Transaktionen erfasst werden, um den verantwortlichen Personen eine Risikoeinschätzung zu ermöglichen.²²¹ Von vornherein bedeutungslos ist, ob die Bank durch das Fehlverhalten des Beschwerdeführers einen Schaden erlitten hat, weil die Finanzmarktaufsicht nicht den Schutz der Beaufsichtigten bezweckt; die Ziele der Finanzmarktaufsicht fokussieren hingegen auf den Schutz der Gläubiger, Anleger und Versicherten sowie den Schutz der Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte (Art. 4 FINMAG).²²² Das Bundesgericht hat das dreijährige Berufsverbot gegen den Head of Legal & Compliance bestätigt.²²³

Hinsichtlich der Erfassung arbeitsteiliger Phänomene im Finanzmarktaufsichtsrecht zeigt sich in der Rechtsprechung mit zunehmender Klarheit, dass sich die Verantwortlichkeit über unterschiedliche Hierarchiestufen erstreckt. Hierarchiestufen bilden keinen den Kausalzusammenhang unterbrechenden Umstand, was in Abhängigkeit von der Zeitdauer und der Intensität der Aufsichtsrechtsverletzungen auch über mehrere Hierarchiestufen gelten muss. Die Standardformulierung der FINMA – «Es genügt aufsichtsrechtlich hingegen nicht, eine Verantwortung für Gesetzesverletzungen allein aus der hierarchischen Stufe oder Position einer Person abzuleiten»²²⁴ – lässt sich im Lichte der aktuellen Rechtsprechung²²⁵ – nicht einschränkend verstehen. Dies muss auch für die Auffassung gelten, dass sich die aufsichtsrechtliche Verantwortung für Gesetzesverletzungen nicht allein aus «strategischen Richtungsentscheiden» ableiten lasse.²²⁶ Wird in einem Verwaltungsrat etwa eine aggressive Wachstumsstrategie für das individuelle Vermögensverwaltungsgeschäft beschlossen, muss parallel in die Compliance-Funktionen investiert werden, um

die Risiken in der aggressiven Anwerbung neuer Kunden angemessen handhaben zu können,²²⁷ andernfalls sich eine direkte kausale Verantwortung für die Mitglieder eines Bankverwaltungsrats ergeben kann.

2. Berufsverbot – Generalprävention

Schon nach den Gesetzesmaterialien kommt dem Berufsverbot gemäss Art. 33 FINMAG «präventive und repressive» Bedeutung zu.²²⁸ Im Urteil B-4750/2019 vom 16. Mai 2023²²⁹ führt das Bundesverwaltungsgericht aus, dass ein Berufsverbot nicht «nur aus spezialpräventiven Gründen verfügt werden dürfte. Vielmehr [sei] der Zweck dieser verwaltungsrechtlichen Sanktion primär ein generalpräventiver».²³⁰ Die FINMA hatte einem ehemaligen Mitglied der Geschäftsleitung einer Bank, das auch als CEO Asia fungierte, im Kontext der Korruptionsaffäre um den malaysischen Staatsfonds 1Malaysia Development Berhad (1MDB) ein vierjähriges Berufsverbot ab Rechtskraft der Verfügung auferlegt. Die Bedeutung der Generalprävention wird durch das Gericht unter den gegebenen Umständen damit begründet, dass die FINMA einem Geschäftsleitungsmitglied die Tätigkeit in leitender Stellung auch aufgrund einer Gewährsprüfung untersagen und das Berufsverbot sogar nach beendetem Arbeitsverhältnis aussprechen könnte.²³¹ Zudem rechtfertigt sich nach Auffassung des Gerichts das «erhebliche Gewicht» in generalpräventiver Hinsicht, welches die FINMA unter den gegebenen Umständen berücksichtigt hat, weil «die prominente und weltweit bekannte Rolle der Bank in der mutmasslichen Korruptionsaffäre um 1MDB, bei der es sich um einen der grössten bekanntgewordenen Geldwäschereifälle handle, [...] dem Ansehen des gesamten Finanzplatzes Schweiz erheblich geschadet (habe)».²³²

Dem Beschwerdeführer werden von der FINMA schwerwiegende Mängel im Bereich der Geldwäschereibekämpfung vorgeworfen, indem er etwa heikle Kontoeröffnungen, wenn auch zusammen mit dem

²²¹ E. 14.3.1 und E. 14.3.2.

²²² E. 7.6 und E. 10.4.3.

²²³ E. 16.

²²⁴ <www.finma.ch/de/news/2023/02/20230228-mm-green-sill/> (zuletzt besucht am 6. November 2023).

²²⁵ Siehe bei Fn. 211 sowie auch unter I.2.i(iii) bei Fn. 188.

²²⁶ <www.finma.ch/de/news/2021/01/20210121-mm-jb/> (zuletzt besucht am 6. November 2023).

²²⁷ Siehe auch Bundesverwaltungsgericht B-3625/2014, E. 6.3.1, wonach sich die Compliance von herkömmlichen Kontroll- und Revisionsmitteln vor allem durch ihre «proaktive Ausrichtung» unterscheidet.

²²⁸ Botschaft FINMAG (Fn. 110), S. 2882.

²²⁹ Das Urteil ist nicht rechtskräftig.

²³⁰ E. 13.4.

²³¹ E. 13.4 und E. 1.2.2.

²³² E. 13.5.

Group Head Legal & Compliance, genehmigt und teilweise direkt Transaktionen über diese Konten autorisiert habe.²³³ Im Verantwortlichkeitsbereich des Beschwerdeführers wurde nicht nur die Herkunft der in Aussicht gestellten Mittel ungenügend plausibilisiert,²³⁴ sondern es wird dem Beschwerdeführer auch vorgeworfen, dass er in einer Sitzung des Verwaltungsrats der Bank vom Februar 2014 sowie anlässlich der Diskussion um den Exit-Entscheid der Bank hinsichtlich der problematischen Geschäftsbeziehung im Januar 2015 «ihm selbst bekannte Verdachtsmomente und Risikofaktoren betreffend das Zusammenwirken der Staatsfonds-Kunden mit natürlichen Personen und BSI-Kunden aus deren Umfeld nicht angesprochen» habe. Daraus leitet sich nach Einschätzung des Gerichts ab, dass der Beschwerdeführer «eine Hauptverantwortung» dafür trage, dass die Bank weder eine informierte und adäquate Risikoeinschätzung der Staatsfonds-Kundschaft vorgenommen noch ein genügendes Reporting etabliert habe, sondern mindestens bis April 2015 weiterhin grossvolumige und mit Geldwäscherei- und Korruptionsrisiken verbundene Transaktionen durchführte, deren Hintergründe sie nicht kannte und die sie trotz erheblicher Verdachtsmomente nicht plausibilisierte.²³⁵

Nachdem die FINMA die Bank im Rahmen ihres Assessments für das Jahr 2013 und mit Schreiben vom Oktober 2013 ausdrücklich vor erheblichen Risiken, inklusive Korruptions- und Geldwäschereirisiken, im Zusammenhang mit den Transaktionen für die Staatsfonds-Kunden gewarnt hatte,²³⁶ führte die Bank Quartalsrapporte ein, um der Geschäftsleitung eine bessere Einschätzung der Risiken zu ermöglichen. Der Beschwerdeführer wurde sodann mit der Aufgabe betraut, dafür die entsprechenden Informationen zu sammeln und aufzubereiten; man hat also den Bock zum Gärtner gemacht. Trotzdem durfte sich der Beschwerdeführer aufgrund dieser Verantwortung nicht einfach damit zufriedengeben, die Zusammenfassungen durch andere Personen ungeprüft zu übernehmen, sondern er wäre verpflichtet gewesen, sich die relevanten Informationen für die in Frage stehende Risikoeinschätzung zu beschaffen. Dazu war er nach Auffassung des Gerichts umso mehr verpflichtet, als der Beschwerdeführer bereits selbst Kenntnis von

konkreten geldwäschereirechtlich verdächtigen Umständen hatte und daher nicht darauf vertrauen durfte, dass weitere Transaktionen dieser Kunden geldwäschereirechtlich unbedenklich sind oder seine Mitarbeiter allfällige Problempunkte erkennen und ihm ohne Weiteres melden.²³⁷ Aus einer Vielfalt weiterer Umstände, die den Beschwerdeführer hätten vorsichtiger machen sollen, sei die Kenntnis einer Äusserung des CFO von 1MDB herausgegriffen, dass gewisse Investitionen von 1MDB sehr sensitiv und vertraulich seien, «weshalb sie auch der externen Revisorin nicht bekannt seien». Das Gericht erachtet diese Information in geldwäschereirechtlicher Hinsicht als «offensichtlich alarmierend»; sie mündete auch in eine Fehlinformation der FINMA, da der Beschwerdeführer ein Schreiben an die FINMA mitunterzeichnet hatte, wonach die Qualität der externen Revision für die korrekte Bewertung der Investitionen garantiere.²³⁸ Das Bundesverwaltungsgericht teilt die Auffassung der FINMA, dass es sich um eine besonders schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen handle, sodass «nicht zuletzt auch aus generalpräventiven Gründen» ein Berufsverbot von vier Jahren gerechtfertigt sei.²³⁹

Die Betonung des generalpräventiven Charakters des Berufsverbots ändert freilich nichts daran, dass diese aufsichtsrechtliche Massnahme eine individuelle Verantwortlichkeit voraussetzt, die sich in einem wenn auch bloss leichten Verschulden der verantwortlichen Person ausdrückt.²⁴⁰ Die Generalprävention rechtfertigt also keineswegs, an einer verantwortlichen Person in leitender Stellung ein Exempel zu statuieren. Allerdings sind diese Personen auch Vertreter eines Berufsstandes, dessen Grundlage das Vertrauen der Kundschaft in rechtmässiges Verhalten bildet.²⁴¹ Die Generalprävention aufgrund des Berufsverbots (Art. 33 FINMAG) muss deshalb dazu führen, dass in Fällen – wie dem vorliegenden –, in denen die verantwortliche Person in leitender Stellung bewusst viel negative Energie einsetzte, die zur Unterdrückung entscheidungsrelevanter Informationen führ-

²³³ E. 7.

²³⁴ E. 7.4.

²³⁵ E. 8.

²³⁶ E. 8.2.

²³⁷ E. 8.5.

²³⁸ E. 9.3 und E. 9.4.

²³⁹ E. 13.12.

²⁴⁰ E.1.2.2 und E. 7.2.2.

²⁴¹ Siehe auch Bundesgericht 2C_747/2021, E. 17.2, wonach das Berufsverbot gemäss Art. 33 FINMAG «auf die (Wieder-)Herstellung des öffentlichen Vertrauens in einen bestimmten Berufsstand» abzielt.

te, eine strenge Beurteilung mit tendenziell langen Berufsverboten Platz greift. Auch mangelnde Einsicht einer verantwortlichen Person hinsichtlich eines Fehlverhaltens²⁴² kann mit Blick auf die Generalprävention bedeutsam sein. Dass sich noch schwerwiegendere Fälle nie ausschliessen lassen, sollte nach dem Gesagten nicht dazu führen, die gesetzliche Maximaldauer des Berufsverbots von fünf Jahren²⁴³ nur mit allergrösster Zurückhaltung auszusprechen, zumal diese Maximaldauer für gravierende Aufsichtsrechtsverletzungen durch verantwortliche Personen, die bedeutenden Geschäftsbereichen vorstehen, – im Vergleich zur Möglichkeit des zeitlich unbeschränkten Gewährsentszugs – als eher kurz erscheint.

3. Berufsverbotsverfahren – Keine vermögensrechtliche Streitigkeit

Das Bundesverwaltungsgericht hat einem Beschwerdeführer im Rahmen eines Berufsverbotsverfahrens Gerichtskosten in der Höhe von CHF 25 000 auferlegt. Dagegen hat der Beschwerdeführer vor Bundesgericht erfolgreich geltend gemacht, dass die gesetzliche Obergrenze von CHF 5000 nicht überschritten werden dürfe, da es sich nicht um eine vermögensrechtliche Streitigkeit handle. Im Urteil 2C_747/2021 vom 30. März 2023 führt das Bundesgericht aus, dass eine vermögensrechtliche Streitigkeit vorliege, wenn mit dem Verfahren letztlich und überwiegend ein wirtschaftlicher Zweck verfolgt werde. Ein Vermögensinteresse besteht allerdings nicht nur, wenn direkt die Leistung einer bestimmten Geldsumme umstritten ist, sondern schon dann, wenn der Entscheid unmittelbar finanzielle Auswirkungen auslöst oder mittelbar ein Streitwert konkret beziffert werden kann. Als nicht vermögensrechtlich gelten hingegen Streitigkeiten über Rechte, die ihrer Natur nach nicht in Geld geschätzt werden können.²⁴⁴

Gemäss Bundesgericht zielt der Gesetzgeber mit dem Berufsverbot des Art. 33 FINMAG auf die Wiederherstellung des öffentlichen Vertrauens in den betreffenden Berufsstand. Da ein Berufsverbot nicht zwingend mit wirtschaftlichen Einbussen verbunden sei, indem der Betroffene weiterhin – wenn auch nicht in leitender Stellung – in der Finanzbranche tätig sein

könne, dürfte nach Einschätzung des Bundesgerichts bei der Anfechtung eines Berufsverbots der Reputationsschaden im Vordergrund stehen, der sich für den Betroffenen selbst bei Aufgabe der beruflichen Tätigkeit negativ auswirkt. Daraus leitet das Gericht ab, dass es sich beim Berufsverbotsverfahren im verfahrensrechtlichen Sinne um eine Streitigkeit ohne Vermögensinteressen handelt.²⁴⁵

Das «Reglement über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht» (VGKE)²⁴⁶ legt in Art. 3 die Gerichtsgebühr in Streitigkeiten ohne Vermögensinteressen auf maximal CHF 5000 fest. Wenngleich die Ausnahmeregelung des Art. 2 Abs. 2 VGKE vorsieht, dass das Bundesverwaltungsgericht bei der Bestimmung der Gerichtsgebühr über die Höchstbeträge gemäss Art. 3 VGKE hinausgehen kann, wenn besondere Gründe, namentlich mutwillige Prozessführung oder ausserordentlicher Aufwand, es rechtfertigen, steht diese Regelung nicht im Einklang mit dem übergeordneten Recht.²⁴⁷ Eine Überschreitung der maximalen Gerichtsgebühr von CHF 5000 durch das Bundesverwaltungsgericht ist daher im Berufsverbotsverfahren nicht zulässig.²⁴⁸ Vor Bundesgericht ermöglicht Art. 65 des Bundesgerichtsgesetzes (BGG)²⁴⁹ eine Erhöhung des normalen Kostenrahmens für Streitigkeiten ohne Vermögensinteresse auf maximal CHF 10 000. Die Kosten des Rechtsschutzes im aufsichtsrechtlichen Berufsverbotsverfahren sind – soweit die Gerichtskosten betroffen sind – mit Blick auf den oftmals erheblichen Aufwand für das Gericht²⁵⁰ also moderat.

4. Schweizer Finanzmarktaufsichtsrecht – Internationaler Geltungsanspruch

Im Rahmen internationaler Geschäftsmodelle von Finanzinstituten ist immer wieder der räumliche Anwendungsbereich des Schweizer Finanzmarktaufsichtsrechts Gegenstand von Diskussionen. Im Urteil 2C_747/2021 vom 30. März 2023 hält das Bundesge-

²⁴² Siehe allgemein Bundesverwaltungsgericht B-4750/2019, E. 13.11.

²⁴³ Art. 33 Abs. 2 FINMAG.

²⁴⁴ E. 17.1.

²⁴⁵ E. 17.2 und E. 17.3.

²⁴⁶ SR 173.320.2.

²⁴⁷ Siehe Art. 63 Abs. 4bis VwVG.

²⁴⁸ E. 17.3.2.

²⁴⁹ SR 173.110.

²⁵⁰ Das Bundesverwaltungsgericht (B-4750/2019, E. 4.1.2) hat schon «aus eigener Erfahrung» bestätigt, dass «die Sichtung dieser Akten angesichts von deren Masse und Struktur überaus mühsam ist».

richt wieder fest, dass es mit der ausländischen Souveränität zu vereinbaren sei, dass die Schweiz die Folgen einer Geschäftstätigkeit, die auf ihrem Territorium ausgeübt wird, von diesem ausgeht oder sich auf dieses in relevanter Weise auswirkt, im Rahmen ihrer schutzwürdigen Interessen regelt, selbst wenn die entsprechende Aktivität formell einer im Ausland inkorporierten Gesellschaft zuzurechnen sei.²⁵¹ «[G]ewisse operationelle oder Backoffice-Aktivitäten im Ausland» vermögen also nichts daran zu ändern, dass die Ausübung einer Finanzintermediation einen hinreichend engen Bezug zur Schweiz aufweist.

In casu wurde die relevante Geschäftsbeziehung «zwar in Singapur» gebucht, die Abteilung KYC Risk/Compliance Competence Center (CCC) war als gruppeninterne Compliance-Einheit allerdings in der Schweiz lokalisiert und hatte im September 2012 eine positive Einschätzung zur Eröffnung der betreffenden Kundenbeziehung abgegeben. Zudem deuteten auch die weiteren internen Regeln der Bank darauf hin, dass die schweizerischen Geldwäschereiregeln befolgt werden mussten. Unter den gegebenen Umständen war damit nicht bloss die Tochtergesellschaft in Singapur betroffen, sodass die Vorgänge im Zusammenhang mit der erwähnten Geschäftsbeziehung unter dem Gesichtspunkt des schweizerischen Finanzmarktaufsichtsrechts zu berücksichtigen waren.²⁵²

Die FINMA verlangt von einem Schweizer Finanzintermediär als Mutterhaus einer internationalen Finanzgruppe, dass er die Einhaltung der grundlegenden Prinzipien des Geldwäschereigesetzes für sämtliche Gruppengesellschaften konsolidiert sicherzustellen vermag, unabhängig von einem ausländischen Domizil einer Tochtergesellschaft. Damit sollen Gesetzesumgehungen vermieden werden, indem Geschäftsbeziehungen in ausländischen Tochtergesellschaften eröffnet werden, die weniger strengen aufsichtsrechtlichen Regeln unterliegen.²⁵³ Das Bundesverwaltungsgericht legt im Urteil B-4750/2019 vom 16. Mai 2023 dar, dass die Zuständigkeit der FINMA aufgrund der konsolidierten Aufsicht gegeben ist, weil diese Gruppenaufsicht sämtliche im Finanzbereich tätigen Gruppengesellschaften einer Finanzgruppe erfasst.²⁵⁴ Eine Finanzgruppe muss so

organisiert sein, dass sie insbesondere alle wesentlichen Risiken erfassen, begrenzen und überwachen kann.²⁵⁵ Auf dieser Gesetzesgrundlage betont das Bundesverwaltungsgericht, dass eine schweizerische, international tätige Finanzgruppe, die den Anforderungen der konsolidierten Aufsicht genügen will, von der obersten schweizerischen Leitungseinheit (Konzernmutter) geführt werden muss, was eine entsprechende Ausgestaltung des Organisationsreglements voraussetze. Damit soll verhindert werden, dass die Governance Regeln bei den ausländischen Einheiten eine einheitliche Führung aus der Konzernmutter vereiteln. Durch ein gruppenweit geltendes Weisungswesen müsse zudem auf der operativen Ebene sichergestellt werden, dass ein angemessenes internes Kontrollsystem betrieben wird und die Steuerung und Überwachung der mit der Geschäftstätigkeit verbundenen Risiken für die gesamte Finanzgruppe nach einheitlichen Richtlinien erfolgt.²⁵⁶

Das Finanzmarktaufsichtsrecht verfasst damit ein starkes Stück Konzernrecht, indem es aufgrund des klassischen Top down-Ansatzes die wirtschaftliche Einheit der Gruppengesellschaften rechtlich umhüllt und einen globalen Geltungsanspruch formuliert. Wie die vorstehenden Fallbeispiele zeigen, ist die Thematik virulent, wenn auch nicht neu,²⁵⁷ sodass sie in Verwaltungsräten und Geschäftsleitungsgremien internationaler Finanzgruppen-Gesellschaften regelmässigen und allenfalls spontanen Bestandteil der Sitzungsagenda bilden muss. Aufgrund des globalen Anspruchs des Schweizer Finanzmarktaufsichtsrechts sind dabei auch allfällige Spanungsverhältnisse zum ausländischen Recht, welches auf die betreffenden Konzerngesellschaften anwendbar ist, zu erörtern.²⁵⁸

5. Eigenmittelzuschlag für die PostFinance – Nächste Runde

Die Diskussion um zusätzliche Eigenmittel für Zinsrisiken bei der PostFinance hat wiederholt Spuren bis

²⁵¹ Bundesgericht 2C_747/2021, E. 9.1.

²⁵² Bundesgericht 2C_747/2021, E. 9.3.

²⁵³ FINMA Jahresbericht 2022, S. 58; siehe auch Art. 5 und Art. 6 GwV-FINMA.

²⁵⁴ Art. 23 Abs. 1 BankV.

²⁵⁵ Art. 3f Abs. 2 BankG; Art. 24 Abs. 1 BankV.

²⁵⁶ Bundesverwaltungsgericht B-4750/2019, E. 3.1.

²⁵⁷ Siehe schon BGE 130 II 351, E. 6.1, auch unter Bezugnahme auf die Inkorporations- und die Sitztheorie im internationalen Gesellschaftsrecht (Art. 154 IPRG).

²⁵⁸ Siehe auch FINMA Rundschreiben 2023/1, Operationelle Risiken und Resilienz – Banken, Rz 100 (in Kraft ab 1. Januar 2024).

ans Bundesgericht gezogen.²⁵⁹ Nun läuft der Schlagabtausch in der Kernthematik. Es geht um den von der FINMA verfükten Eigenmittelzuschlag gemäss Art. 131b ERV in Verbindung mit Art. 45 lit. b ERV. Das Zinsdifferenzgeschäft stellt die wichtigste Ertragsquelle der PostFinance dar, die zudem die Grundversorgung mit Dienstleistungen des Zahlungsverkehrs sicherstellen muss.²⁶⁰ Die Auswirkungen von Zinsrisiken auf die Bewertung der Eigenmittel werden als sog. Eigenkapitalsensitivität ausgewiesen. Dieser Wert gibt die (positive oder negative) Veränderung des Barwerts der Eigenmittel an, die bei einer bestimmten Veränderung der Marktzinsen eintreten würde. Eine Eigenkapitalsensitivität von 10 Prozent in einem Zinsschockszenario, das den Marktzins um einen ganzen Prozentpunkt ansteigen lässt, bedeutet eine Veränderung des Barwerts des Eigenkapitals um 10 Prozent, wobei die Höhe dieser Barwertveränderung unter anderem von der Zinsbindung (Duration) der Kundeneinlagen abhängt.²⁶¹ Sie gibt den Zeitraum an, über den sich eine Veränderung von Marktzinsen nicht auf den Kundenzins auswirkt. Bei (nicht verfallenden) Kundengeldern, die vertraglich keine bestimmte Endfälligkeit aufweisen, lässt sich die Zinsbindung nicht eindeutig feststellen, während bei Produkten mit fixer Laufzeit, wie festverzinslichen Anleihen, die Zinsbindung vertraglich festgelegt und somit eindeutig feststellbar ist.²⁶²

Nach Auffassung der FINMA qualifiziert die PostFinance als sog. Ausreisserinstitut im Sinne des FINMA-Rundschreibens 2019/2 Zinsrisiken – Banken. Gemäss diesem Rundschreiben stützt sich die FINMA zur Identifikation von Ausreisserinstituten auf einen multi-kriteriellen Ansatz, dessen Anwendung durch das Bundesverwaltungsgericht im Urteil B-4004/2021

vom 30. März 2023 (nicht rechtskräftig) geschützt wird.²⁶³ Dabei hat sich etwa gezeigt, dass die Eigenkapitalsensitivität von 15 Prozent, wie sie im FINMA Rundschreiben 2019/2 als Ausreisserkriterium festgelegt ist, bei Zugrundelegung der relevanten durchschnittlichen Zinsbindung überschritten wird.

Die FINMA erachtet für die PostFinance eine Duration von zwei Jahren für Sicht- und Spargelder als gerechtfertigt und verhältnismässig,²⁶⁴ wogegen die von der PostFinance intern verwendeten Fristen länger sind. Gerechtfertigt wird die kürzere Zinsbindungsdauer von der FINMA mit verschiedenen Argumenten – verstärkte Konkurrenz im Zahlungsverkehr, Auslaufen der Staatsgarantie per Ende September 2017, Unterschiede in der Duration zu anderen Banken mit einer expliziten Staatsgarantie und Abzug von Kundengeldern – was das Bundesverwaltungsgericht als «insgesamt nachvollziehbar» erachtet.²⁶⁵

Nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts ist Art. 45 lit. b ERV «offen formuliert», was der FINMA «grundsätzlich Spielraum» lässt, institutsspezifisch eine Zinsbindungsdauer für Sicht- und Spareinlagen festzulegen. Im Rahmen dieses «technischen Ermessens» der FINMA als Fachbehörde schränkt das Bundesverwaltungsgericht seine Kognition ein. Die FINMA greift damit «nicht über Gebühr in die Bankführung ein», zumal es sich beim betreffenden Eigenmittelzuschlag technisch nicht um eine aufsichtsrechtliche Vorgabe an das Risikomanagement der PostFinance hinsichtlich nicht verfallender Kundeneinlagen handelt.²⁶⁶ Das Bundesverwaltungsgericht bricht eine Lanze für die prinzipienbasierte Regulierung, indem dem Argument der Beschwerdeführerin eine Absage erteilt wird, die aufsichtsrechtliche Zinsbindungsdauer bedürfe einer expliziten Normierung, um die Rechtssicherheit und die Rechtsgleichheit zu gewährleisten. Gemäss den Ausführungen des Gerichts benötigt die FINMA einen gewissen Spielraum, um internationale Entwicklungen nachzuvollziehen und institutsspezifisch im Hinblick auf die Widerstandsfähigkeit bzw. Verlusttragungsfähigkeit einer Bank agieren zu können. Art. 45 lit. b ERV enthalte als generell-abstrakte Norm die wesentlichen Wertungen (ausreichende Eigenmittel im Verhältnis zu den eingegangenen Risiken) und den Umsetzungsmechanismus (Ver-

²⁵⁹ Siehe Bertschinger, SZW 2021 (Fn. 166), S. 752 f.; ders., (Fn. 114), S. 688 f.

²⁶⁰ Bundesverwaltungsgericht B-4004/2021, E. 2.1.

²⁶¹ Bundesverwaltungsgericht B-4004/2021, E. 2.3.

²⁶² E. 2.2. Da die PostFinance gemäss Art. 3 Abs. 3 Postorganisationsgesetz (SR 783.1) keine Kredite und Hypotheken an Dritte vergeben darf, legt sie viele Kundengelder in Anleihen an. Gemäss Neue Zürcher Zeitung, Die Postfinance wehrt sich gegen schärfere Eigenkapitalvorschriften, 20. Mai 2023, S. 29, hat das Obligationen-Portfolio der PostFinance aufgrund des Anstiegs des Zinsniveaus CHF 4 Milliarden an Wert verloren, wobei die Gefahr, dass Anleihen frühzeitig verkauft werden müssen und die Verluste tatsächlich anfallen, als viel tiefer eingeschätzt wird, als bei den US-Banken.

²⁶³ E. 6.1.

²⁶⁴ E. 6.2.2.

²⁶⁵ E. 6.2.4.

²⁶⁶ E. 6.2.6.

schärfung der Eigenmittelanforderungen). Zudem beruhe Art. 45 lit. b ERV auf Art. 4 Abs. 3 BankG, also auf einem Gesetz im formellen Sinne, sodass das Legalitätsprinzip gewahrt sei.²⁶⁷ Auf dieser Grundlage wurde die Beschwerde der PostFinance gegen den Eigenmittelzuschlag abgewiesen.²⁶⁸ Nun hat das Bundesgericht in dieser Sache das letzte Wort, *à suivre!*

Nicht geschützt hat das Bundesverwaltungsgericht die Anordnung der FINMA, dass einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung entzogen sei. Zwar wurde die aufschiebende Wirkung durch das Gericht wiederhergestellt, gleichzeitig die PostFinance aber verpflichtet, die durch die FINMA verfügte Reservation von Eigenmitteln im Umfang von CHF 300 Millionen für die Risiko-Absicherung aufrechtzuerhalten.²⁶⁹ In der Wirkung erscheint der verfügte Eigenmittelzuschlag, soweit ersichtlich, also grundsätzlich gewahrt. Trotzdem lässt sich hier der Bedarf für «prompt corrective action» veranschaulichen,²⁷⁰ weil es in Sachen Eigenmittel unter Umständen keine jahrelangen Diskussionen verträgt.

6. FINMA als Konkursliquidator – Keine Staatshaftung

Nachdem die FINMA bei der Y. AG aufgrund des Handels mit Aktien eine gewerbsmässige Tätigkeit als Effektenhändlerin (Emissionshaus) sowie den Betrieb einer kollektiven Kapitalanlage ohne die erforderlichen Bewilligungen festgestellt hatte, löste sie die Y. AG auf und ordnete deren Liquidation an. Im September 2015 eröffnete die FINMA den Konkurs über die Y. AG und übernahm selbst die Aufgabe der Konkursliquidatorin. Zudem wies die FINMA den Beschwerdeführer an, finanzmarktrechtlich bewilligungspflichtige Tätigkeiten zu unterlassen und ordnete die Veröffentlichung auf ihrer Webseite für die Dauer von fünf Jahren ab Eintritt der Rechtskraft an. Nachdem der Beschwerdeführer diese Sache bis ans Bundesgericht gezogen hatte, wurde die FINMA verpflichtet, den rechtserheblichen Sachverhalt weiter abzuklären, um festzustellen, ob tatsächlich bewilligungspflichtige Aktivitäten vorgenommen wurden. Darauf stellte die FINMA das Verfahren ein, weil sich der Sachverhalt

nicht mehr erheben liess. Im November 2018 ordnete die FINMA die Rückabwicklung der Rechtsfolgen der Konkursöffnung an, indem sie das Handelsregisteramt des Kantons Zürich anwies, alle Eintragungen zur Y. AG betreffend die Konkursöffnung zu löschen und die Eintragungen der vertretungsbefugten Personen wiederherzustellen, wie sie vor dem finanzmarktaufsichtsrechtlichen Verfahren bestanden hatten. Sodann wurden sämtliche Publikationen im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) und auf der Internetseite der FINMA im Zusammenhang mit dem Konkursverfahren der Y. AG gelöscht.²⁷¹ Im Oktober 2019 reichte der Beschwerdeführer der FINMA ein Gesuch um Schadenersatz ein, welches sich auf entgangenes Einkommen und Verwertungshandlungen der FINMA im Konkursverfahren bezog. Mit Verfügung vom 15. April 2021 wies die FINMA das Schadenersatzbegehren ab, worauf der Beschwerdeführer ans Bundesverwaltungsgericht gelangte.

Die Verantwortlichkeit der FINMA, ihrer Organe und ihres Personals richtet sich gemäss Art. 19 FINMAG nach dem Verantwortlichkeitsgesetz (VG). Im rechtskräftigen Urteil A-2418/2021 vom 24. Juli 2023 erinnert das Bundesverwaltungsgericht daran, dass eine Schadenersatzpflicht nach dem Verantwortlichkeitsgesetz nach ständiger Rechtsprechung bejaht wird, wenn kumulativ folgende Voraussetzungen erfüllt sind: «Ein quantifizierter Schaden, das Verhalten (Tun oder Unterlassen) eines Bundesbeamten in Ausübung einer amtlichen Tätigkeit, ein adäquater Kausalzusammenhang zwischen diesem Verhalten und dem Schaden sowie die Widerrechtlichkeit des Verhaltens».²⁷² Die FINMA haftet gemäss Art. 19 Abs. 2 FINMAG nur, wenn sie wesentliche Amtspflichten verletzt hat und Schäden nicht auf Pflichtverletzungen eines Beaufichtigten zurückzuführen sind. Mit letzterem Kriterium werden Umstände angesprochen, welche geeignet sind, den Kausalzusammenhang zwischen einem Fehlverhalten der FINMA und der Schadensentstehung zu unterbrechen.²⁷³ Widerrechtlichkeit im Sinn von Art. 19 Abs. 1 lit. a VG in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 VG setzt voraus, dass ein absolutes Recht der geschädigten Person beeinträchtigt wird oder eine reine Vermögensschädigung durch Verstoss gegen eine Norm erfolgt, die dem Schutz

²⁶⁷ E. 7.4; siehe auch E. 6.2.4.

²⁶⁸ E. 9.

²⁶⁹ Sachverhalt B. und D.

²⁷⁰ Siehe allgemein Bericht der Expertengruppe «Bankenstabilität» (Fn. 32), S. 57.

²⁷¹ Bundesverwaltungsgericht A-2418/2021, Sachverhalt B.

²⁷² E. 3.

²⁷³ BSK FINMA-Bärtschi, 3. Aufl., Art. 19, N 94.

des Vermögens vor derartigen Schäden dient.²⁷⁴ Da Art. 19 Abs. 2 lit. a FINMAG die Verletzung einer wesentlichen Amtspflicht verlangt, ist lediglich ein «eindeutiger und gravierender Fehler im Kernbereich der Aufgaben bzw. eine Pflichtverletzung in Form einer unentschuldbaren Fehlleistung, die einem pflichtbewussten Beamten nicht unterlaufen wäre», haftungsbegründend. Diese Regel gilt für sämtliche Rechts- und Realakte der FINMA.²⁷⁵ Die Beurteilung unterliegt dabei einer *Ex ante*-Betrachtung zum Zeitpunkt der Handlung oder Unterlassung.²⁷⁶ Auf dieser Grundlage reicht es zur Begründung einer wesentlichen Amtspflichtverletzung nicht, wenn sich eine Verfügung der FINMA nachträglich als unrechtmässig bzw. willkürlich erweist und von einer Rechtsmittelinstanz aufgehoben wird.²⁷⁷

Im Zuge der Verwertung der Konkursmasse veräusserte die FINMA eine Beteiligung der Y. AG, was nach Rückgängigmachung der Konkurswirkungen zum Vorwurf des Beschwerdeführers führte, diese Beteiligung an der A. AG sei eindeutig unter dem tatsächlichen Wert und ohne vorgängige Bewertung des Unternehmens verkauft worden. Allerdings hatte die A. AG die FINMA informiert, eine Kapitalherabsetzung auf null mit einer unmittelbaren Wiedererhöhung des Kapitals (sog. Harmonika) durchführen zu wollen, worauf die FINMA mitteilte, dass sie diesem Vorgang nicht zustimmen werde, weil die Vernichtung der bestehenden Aktien²⁷⁸ nicht im Interesse der Konkursmasse der Y. AG liege. Da die von der Revisionsstelle geprüften Bilanzen der A. AG per Ende 2014 und Ende November 2015 eine klare Überschuldung auswiesen, erscheint der Verkauf der Namenaktien der A. AG für einen Betrag «leicht über dem Nominalwert» dem Gericht «jedenfalls nicht eindeutig verfehlt».²⁷⁹ Im Falle der erwähnten Kapital-Harmonika hätte die Konkursmasse einen Ausgabepreis der neuen Aktien von über CHF 150 000 finanzieren müssen, ohne dass ersichtlich war, dass die Konkursmasse über diese Mittel verfügte. In der gebotenen *Ex ante*-Betrachtung erachtet das Bundesverwaltungsgericht den Verkauf der Beteiligung durch die FINMA

nicht als unverhältnismässig, sodass keine qualifizierte Widerrechtlichkeit vorliegt.²⁸⁰

Nachdem die konkursite Y. AG in die B. AG investiert hatte, ergab sich in dieser Gesellschaft ein Organisationsmangel, weil es der Gesellschaft an einer vertretungsberechtigten Person mit Wohnsitz in der Schweiz fehlte, wie es Art. 718 Abs. 4 OR vorschreibt. Dies führte dazu, dass das Zürcher Handelsgericht die Gesellschaft im Juni 2016 auflöste und die Liquidation nach den Konkursvorschriften anordnete. In diesem Zusammenhang wirft der Beschwerdeführer der FINMA vor, sie habe es pflichtwidrig unterlassen, für die Beseitigung des Organisationsmangels zu sorgen. Allerdings teilten die Verwaltungsräte der B. AG der FINMA mit, «dass die Gesellschaft ihre Rechnungen nicht mehr zahlen könne, finanziell sehr schlecht dastehe und allenfalls ein Konkurs drohe». Aus der durch die FINMA verlangten Zwischenbilanz der B. AG per 15. März 2016 war ersichtlich, dass deren Eigenkapital fast vollständig aufgebraucht war und die Überschuldung drohte. Bei dieser Sachlage hatte die FINMA nach Auffassung des Gerichts zur Zeit des Organisationsmangels keine offensichtlichen Anhaltspunkte, dass die von der Y. AG an der B. AG gehaltenen Aktien werthaltig seien. Das vom Handelsgericht im Rahmen des Organisationsmängelverfahrens über die B. AG eröffnete Konkursverfahren wurde denn auch mangels Aktiven eingestellt. Auf dieser Grundlage erachtet es das Bundesverwaltungsgericht mit Blick auf die Werterhaltung und Verhältnismässigkeit nicht als verfehlt, dass die Vorinstanz keine Massnahmen zur Suche nach einer Vertretung der B. AG mit Wohnsitz in der Schweiz eingeleitet hat, sondern dies weiterhin als Sache der Verwaltungsräte der B. AG erachtete und die Liquidation nach den gesetzlichen Regeln geschehen liess.²⁸¹ Aus den Ausführungen des Gerichts leitet sich ab, dass die FINMA aus damaliger Sicht im Umgang mit dem Organisationsmangel der B. AG allenfalls dann ein anderes Verhalten hätte an den Tag legen müssen, wenn eindeutig eine künftige Wertsteigerung der von der Y. AG an der B. AG gehaltenen Aktien zu erwarten gewesen wäre.²⁸²

Das Bundesverwaltungsgericht erkennt damit in keiner der zu beurteilenden Sachverhaltskonstellationen eine wesentliche Amtspflichtverletzung der FIN-

²⁷⁴ So schon Botschaft FINMAG (Fn. 110), S. 2871.

²⁷⁵ So schon Botschaft FINMAG (Fn. 110), S. 2871 unten.

²⁷⁶ E. 4.3.

²⁷⁷ E. 4.4.4.

²⁷⁸ Siehe Art. 732a aOR; nun Art. 653r OR.

²⁷⁹ E. 4.5.5.

²⁸⁰ E. 4.5.6.

²⁸¹ E. 4.6.4.

²⁸² Siehe E. 4.6.5 am Ende.

MA, sodass die Staatshaftungsklage abzuweisen war. Ausdrücklich offen gelassen hat das Bundesverwaltungsgericht die Frage, ob die Normen, mit denen der Beschwerdeführer die Widerrechtlichkeit des Verhaltens der FINMA zu begründen versuchte, den Schutz seines Vermögens bzw. des Vermögens der Y. AG, deren Aktienmehrheit der Beschwerdeführer 2013 und 2014 hielt, bezwecken.²⁸³ Da der Beschwerdeführer soweit ersichtlich lediglich auf die Verantwortlichkeitsbestimmung des Art. 19 FINMAG bzw. die Bestimmungen des Verantwortlichkeitsgesetzes²⁸⁴ Bezug genommen hat, könnte sich die Widerrechtlichkeit nach Lehre und Rechtsprechung allenfalls aufgrund des Verstosses gegen einen allgemeinen Rechtsgrundsatz oder infolge einer qualifiziert fehlerhaften Ermessensbetätigung durch die FINMA ergeben,²⁸⁵ was unter den gegebenen Umständen aber nicht ersichtlich war.

Anzumerken bleibt, dass seit dem 1. Januar 2023 gemäss Art. 173b Abs. 2 SchKG der Konkurszuständigkeit der FINMA nur noch Schuldner unterstehen, die über die erforderliche Bewilligung der FINMA nach den Finanzmarktgesetzen²⁸⁶ verfügen. Das Ausüben einer bewilligungspflichtigen Tätigkeit ohne die erforderliche Bewilligung begründet die Konkurszuständigkeit der FINMA nicht mehr.²⁸⁷ Im vorliegenden Fall, in dem zunächst Aktivitäten ohne die erforderliche finanzmarktaufsichtsrechtliche Bewilligung zur Diskussion standen,²⁸⁸ wäre die FINMA nach geltendem Recht nicht mehr Konkursbehörde. Die Konkurszuständigkeit läge ausschliesslich bei den kantonalen Behörden, die das Verfahren nach den Regeln des SchKG führen.²⁸⁹

7. Falsches Formular A als Urkundendelikt – Kein Grund für eine Praxisänderung

Gemäss Art. 27 der Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken (VSB 20)²⁹⁰ verlangt die Bank vom Vertragspartner eine Erklärung darüber, wer an den Vermögenswerten wirtschaftlich berechtigt ist. Die Standesregeln sehen dafür das sog. Formular A vor. Damit wird Art. 4 GwG umgesetzt. Die Beschwerdeführerin hatte im Oktober 2008 und März 2009 je ein Konto bei einer Bank eröffnet und dabei auf dem Formular A bewusst wahrheitswidrig ihre Kinder als wirtschaftlich Berechtigte deklariert. Damit wollte sie verschleiern, dass in Tat und Wahrheit sie an den Werten berechtigt gewesen ist. Das Bundesgericht hat sich im Urteil 6B_731/2021 vom 24. November 2022 mit der Sache befasst. Ein Geldwäschereivorsatz und damit die Absicht, die Einziehung von Vermögenswerten zu vereiteln, war der Beschwerdeführerin nicht vorzuwerfen. Die falsche Ausfüllung eines Formular A vermittelt aber ein unzutreffendes Bild über die wirtschaftliche Berechtigung an Vermögenswerten, womit unter den gegebenen Umständen das Ziel verfolgt wurde, die Blockierung eigener Vermögenswerte zu vermeiden, die aufgrund einer Verbindung zu einem ausländischen Betrugsfall in Betracht fiel.²⁹¹ Da die Beschwerdeführerin durch das falsche Ausfüllen der Formulare A unliebsamen Fragen der Bank entgehen konnte, war ein Handeln in unrechtmässiger Vorteilsabsicht zu bejahen.²⁹²

Das Bundesgericht erinnert daran, dass dem Formular A betreffend die Angaben zum wirtschaftlich Berechtigten erhöhte Glaubwürdigkeit und somit Urkundenqualität zukommt. Ein Formular A, welches in Bezug auf die Person des wirtschaftlich Berechtigten unrichtig ist, stellt demnach eine Falschbeurkundung im Sinne von Art. 251 StGB dar.²⁹³ Das Bundesgericht führt aus, dass die Falschbeurkundung die Errichtung einer echten, aber unwahren Urkunde betrifft, bei welcher der wirkliche und der in der Urkunde enthaltene Sachverhalt nicht übereinstimmen. Erforderlich ist eine qualifizierte schriftliche Lüge, die angenommen wird, wenn dem Schriftstück eine erhöhte Glaubwürdigkeit zukommt und der Adressat ihm daher ein

²⁸³ E. 5; siehe dazu auch bei Fn. 274.

²⁸⁴ SR 170.32.

²⁸⁵ Gemäss BGE 132 II 449, E. 3.2, ist die Widerrechtlichkeit des Verhaltens gemäss Art. 3 Abs. 1 VG auch zu bejahen, wenn Beamte gegen einen allgemeinen Rechtsgrundsatz verstossen oder das ihnen gesetzlich eingeräumte Ermessen – im Sinne eines qualifizierten Ermessensfehlers – überschreiten oder missbrauchen; siehe auch BSK FINMAG-Bärtschi, 3. Aufl., Art. 19, N 68, mit Verweis auf die Verletzung des Legalitätsprinzips (Art. 5 Abs. 1 BV) im Falle einer fehlerhaften Ausführung des Gesetzes durch die FINMA, und N 73 betreffend Ermessensfehler.

²⁸⁶ Art. 1 Abs. 1 FINMAG.

²⁸⁷ Botschaft zur Änderung des Bankengesetzes (Insolvenz, Einlagensicherung, Segregierung) vom 19. Juni 2020, BBl 2020, S. 6413.

²⁸⁸ Siehe II.6. erster Abschnitt.

²⁸⁹ Botschaft BankG 2020 (Fn. 287), S. 6414.

²⁹⁰ Siehe unter <www.swissbanking.ch>.

²⁹¹ E. 3.4 und E. 5.3.

²⁹² E. 5.6.2.

²⁹³ E. 6.3.3.

besonderes Vertrauen entgegenbringt.²⁹⁴ Hinsichtlich des Formulars A sind diese Wirkungen Gegenstand von kontroversen Äusserungen. Das Bundesgericht sieht aber keinen Anlass für eine Praxisänderung, die sich grundsätzlich nur begründen lasse, wenn die neue Lösung besserer Erkenntnis des Gesetzeszweckes, veränderten äusseren Verhältnissen oder gewandelten Rechtsanschauungen entspreche.²⁹⁵ Da der Finanzintermediär zur Einholung einer Erklärung – mit dem Gehalt gemäss Formular A – von Gesetzes wegen verpflichtet sei und «praktisch keine Überprüfungsmöglichkeit» habe, müsse dem Formular A in Bezug auf die Angaben zum wirtschaftlich Berechtigten erhöhte Glaubwürdigkeit und somit Urkundenqualität zukommen. Das Bundesgericht rechtfertigt diese Haltung auch mit dem in Art. 4 Abs. 1 GwG verankerten Verhältnismässigkeitsprinzip, wo-

nach der Finanzintermediär die wirtschaftlich berechtigte Person «mit der nach den Umständen gebotenen Sorgfalt» feststellen muss. Könnte sich der Finanzintermediär mangels Urkundenqualität des Formulars A nicht mehr auf die Richtigkeit der Angaben des Vertragspartners verlassen, müsste er «folglich das wirtschaftliche Umfeld seiner zukünftigen Kunden stets und vorbehaltlos einer vertieften Überprüfung unterwerfen».²⁹⁶ Die damit verbundenen Kosten würden wohl den Kunden aufgebürdet. Die Urkundenqualität des Formulars A, welches diese Kosten vermeidet, steht daher auch im Dienste des Konsumentenschutzes. Das Vertrauen in die vom Geschäftspartner vermittelten Informationen bildet als Ausdruck einer liberalen Wirtschaftsordnung auch im Bereich der Geldwäschereibekämpfung die Regel, welche nur durch den «Zweifel» durchbrochen wird.²⁹⁷

²⁹⁴ E. 6.3.2.

²⁹⁵ E. 6.4.1.

²⁹⁶ E. 6.4.4.

²⁹⁷ Siehe Art. 4 Abs. 2 lit. a GwG und Art. 5 Abs. 1 GwG.