

Das Finanzmarktaufsichtsrecht vom vierten Quartal 2023 bis ins vierte Quartal 2024

Urs Bertschinger*

Inhaltsübersicht

- I. **Aufarbeitung der Credit Suisse-Krise – Zahlreiche Regulierungsanliegen**
 1. Paketlösung des Bundesrates – Primat des Insolvenzrechts
 2. Private Problemlösungen – Maximale Flexibilität
 3. Frühinterventionen der FINMA – Aufseher als Bankmanager
 4. Genehmigungspflichtiges Verantwortlichkeitsregime – Bewilligungsrecht
 5. Erweiterte Enforcement-Kommunikation der FINMA – Vorrang des Individual- und Systemschutzes
 6. Bussenkompetenz der FINMA – Disruptionsrisiken im Finanzmarktenforcement
 7. Unabhängigkeit der FINMA – Grundlage von Vertrauen
- II. **Prüfwesen im Wandel – Ansätze zur Stärkung des Aufsichtssystems**
 1. Direktprüfungen der FINMA – Akzentverschiebung in der dualen Aufsicht
 2. Noch stärkere Anbindung der Prüfgesellschaften an die FINMA – Was bringt's?
 3. Bussenkompetenz der Revisionsaufsichtsbehörde – Eine valable Option
 4. Vermeidung von Doppelspurigkeiten – Prüfwesen als Kooperationsmodell
- III. **Ein Zwischen-Ausblick – Regulierung mit Augenmass**
- IV. **Gerichts- und Behördenpraxis**
 1. Interne Untersuchungen – Keine strafrechtlichen Garantien
 2. Interne Untersuchungen und Siegelung – Keine Aushöhlung des Anwaltsgeheimnisses
 3. «Voucher Token» – Effekten
 4. Meldepflicht bei Geldwäschereverdacht – Einbettung in der Corporate Governance
 5. Verantwortlichkeit – Schutzschild für die FINMA
 6. Anschluss an eine Selbstregulierungsorganisation gemäss Geldwäschereigesetz – Verfügung
 7. FINMA Datensammlung Gewähr («Watchlist») – Kein umfassendes Akteneinsichtsrecht
 8. Bankenrechtlicher Konkurs – Wertsteigerungen von Kryptowährungen als unzulässiges echtes Novum

I. Aufarbeitung der Credit Suisse-Krise – Zahlreiche Regulierungsanliegen

1. Paketlösung des Bundesrates – Primat des Insolvenzrechts

Im April 2024 hat der Bundesrat seinen Bericht zur Bankenstabilität einschliesslich der periodischen Evaluation der Too-big-to-fail-Regulierung gemäss Art. 52 BankG präsentiert. Es handelt sich um eine umfangreiche Sammlung von Regulierungsvorschlägen, die unter dem Eindruck der Credit Suisse-Krise steht und sich als Paketlösung versteht,¹ was noch zu diskutieren ist. Die Bankiervereinigung hat bereits Widerstand angekündigt.² Einiges steht noch unter dem Vorbehalt vertiefender Abklärungen und den Ergebnissen der Parlamentarischen Untersuchungskommission, die ihren Bericht gegen Ende 2024 veröffentlichen dürfte. Es zeichnet sich ab, dass die Credit Suisse-Krise nicht nur für die systemrelevanten Banken zu neuen regulatorischen Belastungen führen wird. Zu ausgewählten Aspekten wird nachstehend Stellung genommen.

a) Risikoorientierte Regulierung und Regulierungsabstinenz

Die vom Bundesrat im Bericht zur Bankenstabilität zugrunde gelegte Leitlinie, wonach die subsidiäre Rolle von Regulierung und Aufsicht umso relevanter sei, je gravierender sich unternehmerisches Scheitern eines Finanzinstituts auf die Finanzstabilität, die Volkswirtschaft und die Steuerzahlenden auswirken könne,³ verlangt nach einem differenzierten Verständnis: Die einzelnen regulatorischen Massnahmen sind genauso auf ihre Wirksamkeit und ihre Kollateraleffekte – wie die Staatshaftung⁴ oder die Effizienz des Aufsichtsprozesses⁵ – zu überprüfen. Dieses risikoorientierte Verhalten verlangt, weitere Verzahnungen der Auf-

¹ Bericht des Bundesrates zur Bankenstabilität einschliesslich Evaluation gemäss Artikel 52 des Bankengesetzes, 10. April 2024, BBl 2024/1023, S. 6.

² Siehe <www.swissbanking.ch/de/themen/uebernahme-der-credit-suisse-durch-die-ubs>; Neue Zürcher Zeitung, Die Banken wollen den Bundesrat bremsen, 25. Oktober 2024, S. 21.

³ Bericht des Bundesrates zur Bankenstabilität (Fn. 1), S. 4.

⁴ Siehe dazu insbesondere unter I.3. und unter II.2.

⁵ Siehe dazu insbesondere unter I.6.

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

sichtsbehörde mit der Finanzindustrie mit Bedacht anzugehen, um potentielle Risiken für die Steuerzahler möglichst zu vermeiden. Im Falle des unternehmerischen Scheiterns einer Bankleitung müssen auch die Sollbruchstellen im Verhältnis zwischen der FINMA und dem Finanzinstitut möglichst reibungslos funktionieren: Weniger (Regulierung) kann mehr sein!

b) Insolvenzrecht als Leitstern

Der primäre Fokus der weiteren regulatorischen Arbeiten sollte auf dem Insolvenzrecht, also der Sanierung und Abwicklungsfähigkeit systemrelevanter Finanzinstitute liegen. Die zum Ausdruck gebrachten «Grenzen selbst intensiver Aufsichtstätigkeit»⁶ weisen ebenfalls in diese Richtung; nicht die mit der Aufsicht betrauten Behörden, sondern die Verwaltungsräte und Geschäftsleitungen führen Finanzinstitute.⁷ Mit dem Fokus auf das Insolvenzrecht könnte sich auch bei der Diskussion um zusätzliche Eigenmittel für systemrelevante Finanzinstitute⁸ eine gewisse Entspannung ergeben, zumal es keine wirklich sichere, aber eine mit Sicherheit im Wettbewerb schädliche Kapitaldecke gibt.⁹

Der Bundesrat will eine Erweiterung der Abwicklungsoptionen. Davon könnten auch die systemrelevanten Funktionen – namentlich das inländische Einlagen- und Kreditgeschäft sowie der Zahlungsverkehr¹⁰ – betroffen sein, die es nach dem geltenden Recht zu bewahren gilt.¹¹ Diese Entwicklung folgt wirtschaftlichen Überlegungen, weil sich Situationen einstellen können, in denen die systemrelevanten Funktionen keine eigenständige wirtschaftliche Perspektive vermitteln. Sie wären daher ebenfalls geordnet herunterzufahren, was unter Umständen über einen mehrjährigen Zeitraum erfolgen muss.¹² Die aktuellen Anforderungen der FINMA an die Stabilisierungs- und Notfallpläne der UBS – etwa durch den Marktaustritt

mittels Veräusserung oder Herunterfahren einzelner Geschäftssegmente oder den Verkauf der Bank¹³ – stehen bereits im Rahmen der insolvenzrechtlichen Stossrichtungen des Bundesrates.¹⁴

2. Private Problemlösungen – Maximale Flexibilität

Die Credit Suisse war nach Einschätzung der zuständigen Behörden im März 2023 nicht mehr überlebensfähig; gesucht und gefunden wurde ein Problemlöser. So sieht es auch der Verwaltungsratspräsident der UBS: «Im Grunde genommen wickeln wir die CS für die Schweizer Regierung ab.»¹⁵ Probleme in der Privatwirtschaft sollten idealerweise durch die Privatwirtschaft gelöst werden. Bei der Übernahme der Credit Suisse durch die UBS war Notrecht unter anderem deshalb nötig, um bei der Absorptionsfusion Aktionärsrechte auszuschalten¹⁶ und damit die Transaktion rechtssicher und zeitnah abzuwickeln.¹⁷

Um die Abwicklungsoptionen zu erweitern, ist für private Lösungen auf Gesetzesstufe eine rechtliche Grundlage zu schaffen. Der FINMA würde dadurch ermöglicht, statt ein Finanzinstitut abzuwickeln, es mit einem gesunden, ebenfalls von der FINMA beaufsichtigten Institut zusammenzuführen.¹⁸ Da eine Transaktion auf den Aufsichtspereimeter der FINMA und allenfalls ausländischer Aufsichtsbehörden begrenzt bliebe, liesse sich die erforderliche Kontrolle – etwa im Rahmen eines Finanz- oder Versicherungskonglomerates¹⁹ oder eines Finanzmarktinfrastruktur-

⁶ FINMA Jahresbericht 2023, S. 13.

⁷ Siehe RAB Geschäftsbericht 2023, S. 18, wo die Behörde im Kontext der Credit Suisse-Krise auf den Fokus ihrer Aufsichtstätigkeit hinweist.

⁸ Bericht des Bundesrates zur Bankenstabilität (Fn. 1), S. 101 ff.

⁹ Siehe dazu Handelszeitung, Neue Bewegung im Streit um das Eigenkapital der UBS, 14. November 2024, S. 7.

¹⁰ Art. 8 Abs. 1 BankG.

¹¹ Art. 9 Abs. 2 lit. d BankG.

¹² Bericht des Bundesrates zur Bankenstabilität (Fn. 1), S. 199 f.

¹³ FINMA Medienmitteilung, Resolutionberichterstattung UBS: Stabilisierungs- und Notfallpläne werden überarbeitet, 15. Oktober 2024.

¹⁴ Bericht des Bundesrates zur Bankenstabilität (Fn. 1), S. 217 und S. 221; siehe auch Urs Bertschinger, Das Finanzmarktaufsichtsrecht vom vierten Quartal 2022 bis ins vierte Quartal 2023, SZW 2023, S. 720.

¹⁵ Blick, Interview mit Colm Kelleher, 29. September 2024.

¹⁶ Siehe Art. 18 FusG.

¹⁷ Siehe Art. 10a (Abweichungen vom Fusionsgesetz) 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), Stand: 19. März 2023.

¹⁸ Der Bericht des Bundesrates zur Bankenstabilität (Fn. 1), S. 213, lehnt diesen Ansatz ab, geht dabei aber – entgegen der hier vertretenen Auffassung – davon aus, dass «unbeteiligte Banken zu einer Übernahme einer sanierungsbedürftigen Bank verpflichtet werden könnten».

¹⁹ Art. 3c ff. BankG; Art. 72 ff. VAG.

konzerns – auch nach Vollzug der Übernahme eines Finanzinstituts gewährleisten. Allerdings könnte die FINMA eine derartige Transaktion nicht erzwingen, wäre also auf den freien Willen eines «White Knight» angewiesen. Das Finanzmarktaufsichtsrecht würde insbesondere die Kompetenzen der Generalversammlung seitens der gesunden, übernehmenden Gesellschaft ausschalten, was sich nicht nur auf die fusionsgesetzlichen, sondern auch auf die aktienrechtlichen Belange beziehen müsste.²⁰ In dieser Hinsicht wären die Entscheide der FINMA für die Handelsregisterbehörden bindend.²¹ Da die Aktionäre mit den Verwaltungsräten ihre Vertrauensleute wählen,²² liesse sich eine Transaktion – für diesen Ausnahmefall – trotz Ausschaltung der Eignerrechte in der Interessensphäre der Eigner eines gesunden Finanzinstituts verorten.²³

Der Verwaltungsrat der übernehmenden Gesellschaft hätte als Ausfluss seiner Oberleitungsfunktion die Möglichkeit, eine im Gesellschaftsinteresse liegende,²⁴ grosse Transaktion einzugehen. Er würde eine potenzielle Transaktion mit den massgeblichen Aktionären sicherlich vorgängig erörtern wollen, um der Richtigkeitsgewähr eines (unter künftigen Recht nicht erforderlichen) Beschlusses durch die Aktionäre möglichst nahe zu kommen; das muss und kann alles schnell gehen. Hier verdeutlicht sich der Vorang der wirtschaftlichen Betrachtungsweise im Finanzmarktaufsichtsrecht, welche im insolvenzrechtlichen Kontext die formalrechtliche Gestaltung des Gesellschaftsrechts im Interesse des Finanzplatzes und der Volkswirtschaft überspielen sollte. Dieser Regulierungsansatz, wonach der Verwaltungsrat eines gesunden Finanzinstituts ohne formelle Zustimmung der Eigner eine Stabilisierungstransaktion eingehen könnte, wäre kein ordnungspolitischer Sündenfall, sondern eine Chance für Win-win-Situationen in Bankkrisen.

²⁰ Seitens der übertragenden Gesellschaft sieht Art. 31 Abs. 2 BankG im Kontext der Genehmigung des Sanierungsplanes bereits vor, dass die Zustimmung der Eigner nicht notwendig ist.

²¹ Siehe dazu Art. 10a Abs. 2 NLV (Fn. 17).

²² Art. 698 Abs. 2 Ziff. 2 OR.

²³ Der Gesetzgeber greift umständehalber auch an anderer Stelle in die gesellschaftsrechtliche Kompetenzordnung ein, siehe Art. 132 Abs. 2 FinfraG, wenn auch hinsichtlich der Verschiebung von Kompetenzen des Verwaltungsrates in die Generalversammlung (SK FinfraG-Catrina Luchsinger Gähwiler/Roger Ammann/Mark Montanari, Art. 132, N 75).

²⁴ Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1 OR; Art. 717 Abs. 1 OR.

3. Frühinterventionen der FINMA – Aufseher als Bankmanager

a) In der Ruhe liegt die Kraft

Der neue Direktor der FINMA hat anlässlich seines ersten öffentlichen Auftritts am 14. Mai 2024 sein Drei-Phasenmodell «der Krise» im Finanzmarkt vorgestellt: «Phase der Ruhe», «Phase der Instabilität» und «Phase der Schadensbegrenzung».²⁵ In der Phase der Ruhe laufen die Institute und das System im Normalbetrieb, wobei die FINMA bei Bedarf «frühzeitig», also bereits vor der Phase der Instabilität, einschreiten soll. Der Fokus liegt bei der «vorbeugende[n] Aufsicht» und damit der «Frühintervention», wobei die Krisen der jüngeren Vergangenheit gezeigt hätten, «dass die wesentlichen Probleme typischerweise mit einer unzureichenden Risikokultur beginnen».²⁶ Deshalb verlangt die FINMA allgemein «die notwendigen Kompetenzen und Fähigkeiten, um frühzeitig einzugreifen und Missstände beheben zu können». Der FINMA soll auch die Kompetenz gewährt werden, Ausschüttungen und Vergütungen einzuschränken, wenn vorausschauende Stresstests eine potenzielle Kapitallücke offenlegen.²⁷ Zudem müsse die FINMA die Kompetenz haben, in Geschäftsmodelle einzugreifen, die einer effektiven Abwicklung eines Instituts im Wege stehen könnten. Idealerweise solle bestimmten Fallgruppen von Verfügungen, die sich auf Frühinterventionen beziehen, keine aufschiebende Wirkung zukommen.²⁸ Es müsse in die «Phase der Ruhe» investiert werden; das «Spiel» werde am Anfang gewonnen,

²⁵ Stefan Walter, Direktor der FINMA, FINMA – Best-in-Class-Aufsicht für die Zukunft sichern, Kleinbankensymposium vom 14. Mai 2024; siehe zu diesem und den weiteren Referaten des FINMA Direktors die entsprechenden Texte unter <www.finma.ch>.

²⁶ Walter (Fn. 25), S. 4. An anderer Stelle hat der FINMA Direktor ausgeführt, die Erfahrung zeige, dass «Probleme oft mit einer schlechten Governance und Risikokultur beginnen und sich dann in einem nicht nachhaltigen Geschäftsmodell niederschlagen» und «Marktindikatoren» wichtige zusätzliche Hinweise geben können (Stefan Walter, FINMA Direktor, Eine effektive Finanzmarktaufsicht für nachhaltigen Wohlstand – schlagkräftig, verhältnismässig und risikobasiert, Finanz und Wirtschaft Forum, 5. September 2024, S. 5).

²⁷ Walter (Fn. 25), S. 4; siehe auch Stefan Walter, FINMA Direktor, Best-in-Class-Aufsicht in Zeiten des stetigen Wandels, Finance-Forum Zürich, 1. Oktober 2024, S. 5.

²⁸ Walter (Fn. 26), S. 5 f.; siehe auch Bericht des Bundesrates zur Bankenstabilität (Fn. 1), S. 308 ff.

sodass die Wirksamkeit der FINMA zeitlich vorverlagert werden müsse.²⁹

Der Bundesrat nimmt die Frühinterventionen durch die FINMA auf und verweist auf die Schutzmassnahmen des Art. 51 VAG, die allgemein an der Gefährdung von Interessen der Versicherten anknüpfen. Derartige Schutzmassnahmen könnten schon vor einer Stabilisierungsphase und über die Stabilisierungsmassnahmen einer Bank hinaus – falls nötig auch gegen den Willen der Bankleitung – ergriffen werden.³⁰ Das Financial Stability Board verlangt FINMA-Kompetenzen zur Ersetzung von Geschäftsleitungsmitgliedern oder zur zeitlich begrenzten Einsetzung eines Administrators.³¹ Der Bundesrat will erweiterte Kompetenzen der FINMA prüfen, aber «besonders kritisch dem Prinzip der Verhältnismässigkeit [...] unterwerfen».³²

Gute Führung von Finanzinstituten will Risiken früh erkennen und einen verantwortungsvollen, nachhaltigen Umgang mit den unvermeidlichen Risiken im Finanzmarktgeschäft sicherstellen. Das «Spiel» erst gegen das allfällige Ende oder gar in der Nachspielzeit zu gewinnen, steht im Widerspruch zu den Zielen der Finanzmarktaufsicht, da dadurch zumindest das Ansehen und die Wettbewerbsfähigkeit des Finanzplatzes Schweiz in Mitleidenschaft gezogen werden können, selbst wenn Krisen von Finanzinstituten gerade noch rechtzeitig entschärft werden, ohne dass Kunden, Anleger oder Versicherten ein materieller Schaden entsteht (Art. 4 FINMAG). Soweit virulente Interessen des Individual- oder Systemschutzes betroffen sind, erscheint eine frühzeitige Intervention geradezu als geboten. Fraglich ist allerdings, wie stark die Führung von Finanzinstituten verstaatlicht werden soll. Der Bundesrat verweist auf die höhere Verantwortung der FINMA, «da ein stärkeres Eingreifen in die Geschäftsentscheidungen der Bank im Going Concern ermöglicht wird».³³ Selbst wenn die erweiterten Kompetenzen der FINMA zu Frühinterventionen als Kann-Vorschriften formuliert würden, wären sie im Rahmen des pflichtgemässen Ermessens der FINMA letztlich als Frühinterventionspflichten aufzu-

fassen. Dass der Staat nicht zwangsläufig besser wirtschaftet als Private, mahnt bei den Frühinterventionskompetenzen der FINMA zur Zurückhaltung.

b) Verantwortlichkeitsrisiken

Nach der Vorstellung des FINMA Direktors sollen Frühinterventionen der FINMA verantwortlichkeitsrechtlich ein «free lunch» sein: «Die Frühintervention kann mit gezielten Massnahmen erreicht werden, ohne dass die Aufsicht anstelle des Instituts die Verantwortung für die erwähnten Bereiche übernimmt.»³⁴ Die Verantwortlichkeit der FINMA und ihrer Mitarbeitenden richtet sich nach dem Verantwortlichkeitsgesetz, wobei die Haftung insofern eingeschränkt ist, als sie nur bei Verletzung wesentlicher Amtspflichten und bloss für Schäden greift, die nicht auf Pflichtverletzungen eines Beaufichtigten zurückzuführen sind.³⁵ Frühinterventionen dürften oftmals in den Kreis wesentlicher Amtspflichten im Sinne von Art. 19 Abs. 2 lit. a FINMAG fallen.

Wenngleich eine Frühintervention der FINMA als notwendige Konsequenz einer früheren Unzulänglichkeit bzw. Pflichtverletzung des Beaufichtigten aufzufassen ist, beruht sie auf einem eigenen Business Judgement der FINMA, sodass sich nicht *a priori* beurteilen lässt, ob im Falle einer Schadensverursachung der Kausalzusammenhang zur Frühintervention der FINMA durch das frühere Verhalten des Beaufichtigten (gänzlich) unterbrochen wird.³⁶ Das Business Judgement der FINMA ist allerdings nur angreifbar, sofern die Aufsichtsbehörde ihren Gestaltungsspielraum eindeutig pflichtwidrig überschreitet oder missbraucht.³⁷

Frühinterventionen erfolgen nach den Vorstellungen der FINMA idealerweise bereits in der «Phase der Ruhe».³⁸ Dannzumal dürfte es noch Handlungsalternativen geben, was die konkrete Ausgestaltung einer Frühintervention anspruchsvoll machen kann. Wie ist die Situation, wenn die FINMA Bonuskürzungen

²⁹ Walter (Fn. 25), S. 6.

³⁰ Bericht des Bundesrates zur Bankenstabilität (Fn. 1), S. 182 f.

³¹ Financial Stability Board, Peer Review of Switzerland, 29. Februar 2024, S. 31.

³² Bericht des Bundesrates zur Bankenstabilität (Fn. 1), S. 183.

³³ Bericht des Bundesrates zur Bankenstabilität (Fn. 1), S. 183.

³⁴ Walter (Fn. 26), S. 9.

³⁵ Art. 19 FINMAG.

³⁶ Siehe allgemein BSK FINMAG–Harald Bärtschi, 3. Aufl., Art. 19, N 93 ff.; zur konkurrierenden Kausalität BSK OR I–Martin A. Kessler, 7. Aufl., Art. 41, N 22 ff.

³⁷ Botschaft zum Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (Finanzmarktaufsichtsgesetz; FINMAG) vom 1. Februar 2006, BBl 2006, S. 2846; BSK FINMAG–Harald Bärtschi, 3. Aufl., Art. 19, N 89 f.

³⁸ Siehe dazu schon bei Fn. 25.

gen im Hinblick auf den verstärkten Kapitalaufbau einer Bank anordnen würde³⁹ und in der Folge die guten Leute davonlaufen? Zwar haben die Gerichte nicht die Tendenz, Gemeinplätze von Verantwortlichkeitsklägern aufzunehmen.⁴⁰ Allerdings liesse sich ein «brain drain» bei einer Bank infolge einer FINMA Frühintervention zur drastischen Beschränkung des Bonus-Pools wohl plausibel darlegen, und ohne die richtigen Leute gibt es keine Bank.⁴¹ Damit kann das Business Judgement der FINMA, selbst wenn es «informed» und frei von Interessenkonflikten erfolgte, in der nachträglichen Beurteilung des Richters als unvernünftig erscheinen und damit haftungsrechtlich relevant sein.⁴² Frühinterventionen rücken die FINMA stärker in den Fokus der Geschäftsführung, sodass sich die Aufsichtsbehörde grundsätzlich an den Leitlinien eines «reasonable business judgement» messen lassen muss. Damit rückt auch die Qualität der Informationen, die der FINMA zur Verfügung stehen, in den Brennpunkt des Interesses,⁴³ was sich unter den gegebenen Umständen als Holschuld der FINMA darstellen kann.

³⁹ Siehe dazu schon bei Fn. 27.

⁴⁰ Siehe Bundesgericht 4A_306/2009, E. 7.2.4, wonach die Kläger geltend machten, «dass ein Personalabbau bei massiven Liquiditätsschwierigkeiten zufolge auftragsrückgangsbedingter Überkapazität ein probates Mittel sei, einen Konkurs zu vermeiden» und das Gericht entgegnete, dass darzutun gewesen wäre, «welche konkreten Personen hätten entlassen werden müssen, damit dies S. (Tochtergesellschaft) genützt und nicht vielmehr geschadet hätte».

⁴¹ Siehe *Colm Kelleher*, Präsident des Verwaltungsrates der UBS, im Interview mit dem Blick, 29. September 2024: «Es wird, vielleicht zu Unrecht, sehr viel bezahlt. Aber wenn man nicht zahlt, bekommt man nicht die Leute, die man braucht.»

⁴² Siehe – wenn auch unter der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit – Bundesgericht 4A_217/2021, E. 5.1: «Il faut garder à l'esprit que les activités de l'administrateur ou du directeur comportent un certain risque entrepreneurial. Aussi les tribunaux font-ils preuve de retenue lorsqu'ils doivent juger *a posteriori* des décisions concernant la conduite des affaires. Du moment qu'elles résultent d'un processus décisionnel irréprochable, se fondent sur des informations adaptées et ne résultent pas d'un conflit d'intérêts, les juges se bornent à examiner si elles étaient ou non défendables»; Bundesgericht 4A_268/2018, E. 6.5.1.

⁴³ Gemäss Bericht des Bundesrates zur Bankenstabilität (Fn. 1), S. 176 f., waren die Datenqualität und der Informationsgehalt im Fall Credit Suisse «oft ungenügend».

4. Genehmigungspflichtiges Verantwortlichkeitsregime – Bewilligungsrecht

a) Ein To-do für die Aufsichtspraxis oder den Gesetzgeber?

Nach den Ausführungen des Bundesrates gestaltet sich die Zuordnung der Verantwortlichkeit in grossen Finanzinstituten in der Aufsichtspraxis als schwierig, sodass infolge der Dokumentationspflichten im Rahmen eines genehmigungspflichtigen Verantwortlichkeitsregimes (sog. Senior Manager Regime) «sich die Institute klar darüber werden, welche Verantwortlichkeiten welchen Individuen zugeordnet werden».⁴⁴ Soweit sich in der Praxis derartige Fälle zeigen,⁴⁵ erlässt die FINMA bereichsspezifisch oder institutsweit organisatorische Anordnungen zur individuellen Erfassung von Zuständigkeit und Verantwortlichkeit.⁴⁶ Der Bundesrat ordnet das Verantwortlichkeitsregime denn auch zu Recht bei den Bewilligungsvoraussetzungen ein,⁴⁷ da unter geltendem Recht keine Bankbewilligungen gesprochen oder aufrechterhalten werden können, ohne dass ein funktionsfähiges Risikomanagement vorhanden ist. Zuständigkeit und Verantwortlichkeit müssen sich aus dem Organisations- bzw. Geschäftsreglement und der zugehörigen Kompetenzordnung lückenlos ergeben.⁴⁸

Die FINMA moniert, dass die Bestimmungen zur Corporate Governance, dem Risikomanagement und der internen Kontrolle, die im Bankengesetz und der Bankenverordnung enthalten sind, «stark prinzipienbasiert» seien.⁴⁹ Präzisierungen in Gesetz und Verordnung, wie sie von der Aufsichtsbehörde zur Prüfung

⁴⁴ Bericht des Bundesrates zur Bankenstabilität (Fn. 1), S. 252 und S. 257.

⁴⁵ Siehe etwa Response der Credit Suisse zum Paul-Weiss-Bericht, 29. Juli 2021, S. 4: «Schliesslich dürften verbesserte, schriftlich festgelegte Aufgaben und Zuständigkeiten für alle relevanten Managementpositionen, die auf Performance-Scorecards basieren, einen starken Risikofokus für alle Führungskräfte zur Folge haben.»

⁴⁶ Siehe dazu bei Fn. 52 und 53.

⁴⁷ Bericht des Bundesrates zur Bankenstabilität (Fn. 1), S. 270, auch mit dem Hinweis: «Je besser eine Bank ihr Risikomanagement aufgestellt hat, desto eher erfüllt sie diese Anforderungen bereits.»

⁴⁸ Siehe dazu schon eingehend *Bertschinger* (Fn. 14), S. 729 ff. sowie die erforderlichen Dokumente unter <www.finma.ch/de/bewilligung/banken-und-wertpapierhauser/neube-willigung/banken/>.

⁴⁹ Bericht der FINMA Lessons Learned aus der CS-Krise, 19. Dezember 2023, S. 50.

angeregt werden,⁵⁰ könnten allerdings die Konturen einzelner Aspekte schärfen und damit das bislang regulierte Prinzip eingrenzen, was kontraproduktiv wäre. Es dürfen sich durch Ergänzungen in den rechtlichen Grundlagen im Vergleich zum geltenden Recht, welches bereits ein funktionierendes Risikomanagement und damit eine individuelle Zuordnung von Zuständigkeiten und Verantwortlichkeit verlangt,⁵¹ keine Lücken auftun, und es sollte auch nicht der Eindruck entstehen, dass den Finanzinstituten neue Pflichten auferlegt werden. Die Enforcement-Praxis der FINMA, welche bei organisatorischen Defiziten, die in spezifischen Bereichen⁵² oder institutsweit sichtbar werden, Anordnungen zur klaren Zuordnung von Verantwortlichkeiten in Bankinstituten im Sinne eines Senior Manager Regime trifft,⁵³ steht unter geltendem Recht auf einer soliden Grundlage.⁵⁴ Gestützt darauf könnte die FINMA zur Zuordnung der Zuständigkeiten und Verantwortung in Finanzinstituten in einem Rundschreiben gewisse Regeln festhalten.⁵⁵ Dabei liesse sich im Sinne eines Basisstandards verlangen, dass personel-

le Zuständigkeiten von gewissen Kernverantwortlichkeiten gegenüber der FINMA bestätigt würden, verknüpft mit der allgemeinen Anforderung, dass die institutsinternen Zuständigkeiten und Verantwortlichkeiten lückenlos zu identifizieren und den Verantwortlichkeitsträgern nachvollziehbar zuzuweisen sind. Die entsprechenden Dokumentationen wären fortlaufend zu aktualisieren und durch die Prüfgesellschaften im Rahmen der Prüfprogramme zu verifizieren.

Der Bundesrat befürwortet die Basisregelung eines Senior Manager Regimes im Gesetz und Konkretisierungen auf Verordnungsstufe. Der Aufwand soll sich für die betroffenen Institute «in engen Grenzen» halten,⁵⁶ was nach einer prinzipienbasierten Regulierung verlangt, die Abstriche in der Granularität der Regelung in Kauf nimmt. Es ist daher davon auszugehen, dass die individuelle Zurechenbarkeit von Zuständigkeiten und Verantwortung weiterhin durch die Praxis der Finanzinstitute sowie die Aufsicht und das Enforcement der FINMA geprägt würden.

Da die Bankiervereinigung ein Senior Manager Regime unterstützt,⁵⁷ könnte im Sinne grösstmöglicher Praxisnähe und Flexibilität eine Selbstregulierung der Branche initiiert werden, welche durch die FINMA zu genehmigen wäre.⁵⁸ Dieser Auffassung liegt die Überzeugung zugrunde, dass die Verantwortung für ein funktionsfähiges Risikomanagement beim einzelnen Finanzinstitut verbleiben muss. Einen Genehmigungsprozess für Senior Manager – über den Kreis der Gewährspersonen hinaus – samt deren Pflichten, welcher die FINMA weit in die betriebliche Organisation von Finanzinstituten einbinden und zusätzlich belasten würde,⁵⁹ ist schon unter dem Gesichtspunkt neuer (Verantwortlichkeits-)Risiken im Aufsichtsprozess abzulehnen.

⁵⁰ FINMA Lessons Learned (Fn. 49), S. 50.

⁵¹ Siehe dazu schon vor Fn. 48.

⁵² Siehe FINMA Medienmitteilung, Credit Suisse «Beschattungsaffäre»: FINMA stellt schwere Aufsichtsrechtsverletzungen fest, 19. Oktober 2021, S. 3: «Zudem müssen allfällige Observationen von der obersten Führungsebene (CEO und VR-Präsidium) genehmigt werden, womit künftig die Verantwortung klar, schnell und dokumentiert zugeordnet werden kann.»

⁵³ Siehe FINMA Verfügung vom 20. Mai 2022, Rz 98 (unter <www.finma.ch/de/dokumentation/enforcementberichte/stattung/ausgewahlte-verfuegungen/>): «Cette déclaration écrite devra en outre revêtir un caractère exhaustif, en ce sens que chaque domaine et tâche devront être attribués à une fonction. Si un domaine ou une tâche fait défaut, il ou elle sera considéré(e) selon la répartition des tâches prévue par la Circ.-FINMA 17/1 – comme relevant de la responsabilité [du directeur général] ou du Président de son CA [conseil d'administration]»; <www.finma.ch/de/news/2023/02/20230228-mm-greensill/>; dazu auch Bertschinger (Fn. 14), S. 729 ff.

⁵⁴ Dies verkennt das Financial Stability Board, Peer Review Switzerland (Fn. 31), S. 30, indem es erklärt, dass es einer Gesetzesänderung («legislation») bedürfe, um der FINMA die Möglichkeit zu gewähren, «(to) directly assess the senior bank management responsible for managing the relevant risk».

⁵⁵ Gl.M. Nina Reiser/Nora Markwalder, Genehmigungspflichtiges Verantwortlichkeitsregime aus aufsichts- und strafrechtlicher Perspektive, SZW 2024, S. 600, die im Hinblick auf die Rechtssicherheit zumindest eine nicht zu granulare Ergänzung des FINMA Rundschreibens Corporate Governance – Banken fordern.

⁵⁶ Bericht des Bundesrates zur Bankenstabilität (Fn. 1), S. 257, und S. 270: «Insbesondere für die Umsetzung eines Verantwortlichkeitsregimes ist auf eine hohe Effizienz und im Fall einer Umsetzung über die SIBs hinaus auf die Proportionalität zu achten, da dieses Regime bei nicht angemessener Umsetzung als neues regulatorisches Konzept potenziell hohen Aufwand im Vergleich zum Nutzen verursachen kann.»

⁵⁷ Siehe <www.swissbanking.ch/de/medien/news/stellungnahme-zum-bericht-des-bundesrates-zur-bankenstabilitaet>: «schlankes Verantwortlichkeitsregime».

⁵⁸ Art. 7 Abs. 3 FINMAG.

⁵⁹ Siehe Bank of England, Discussion Paper 1/23, Review of the Senior Managers and Certification Regime (SM&CR), S. 17, betreffend Verzögerungen im Genehmigungsprozess.

Nach dem Gesagten besteht auf der Grundlage des geltenden Rechts die Erwartungshaltung, dass im Rahmen der Neuordnung der Grossbankenaufsicht⁶⁰ die individuelle Zuständigkeit und Verantwortlichkeit bei der UBS überprüft und nötigenfalls Korrekturen durch die FINMA unabhängig von der weiteren regulatorischen Diskussion zur Bewältigung der Credit Suisse-Krise angeordnet werden.

b) Zurechnung von Verantwortlichkeiten – Eine praktische Herausforderung

Im Kontext des aufsichtsrechtlichen Berufsverbots (Art. 33 FINMAG) entspricht es gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichts, dass 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 Nichteinschreiten dagegen oder (3) eine pflichtwidrige Unkenntnis der Aufsichtsrechtsverletzung. Die Sanktion des Berufsverbots soll nicht mit dem Hinweis auf die interne Aufgabenteilung ausgehebelt werden können.»⁶¹ Auf dieser Grundlage ist bei klaren Zuständigkeiten «auf dem Papier» im Falle von bankinternen Unzulänglichkeiten *theoretisch* automatisch von einer rechtserheblichen Unterlassung bzw. einer pflichtwidrigen Unkenntnis der Aufsichtsrechtsverletzung im Sinne der erwähnten Rechtsprechung des Bundesgerichts auszugehen, was zur Sanktionierung der zuständigen Person führen müsste. Ist ein Gremium zuständig, stünden – zwecks Vermeidung von Verantwortungsdiffusion – automatisch sämtliche Gremiumsmitglieder im Fokus einer Sanktion.⁶² Aber wie sieht es mit der individuellen Zuordnung von Verantwortlichkeiten unter *praktischem* Gesichtspunkt aus?

Internationale Abklärungen, welche das Staatssekretariat für internationale Finanzfragen (SIF) in Auftrag gegeben hat, zeigen, dass unter dem hiezulande mitunter hoch gelobten UK Senior Managers and Certification Regime (SMCR bzw. SM&CR)⁶³ von 2016 und 2022 insgesamt 120 Fälle eröffnet wurden, wobei es bloss in zwei Fällen zu Sanktionen kam, was teilweise mit den hohen Hürden der Beweisführung erklärt wird.⁶⁴ Von einer tendenziell hohen Beweisschwelle ist auch im Schweizer Recht auszugehen, weil in Finanzinstituten – trotz der Zuständigkeiten «auf dem Papier» – keine kausalhaftungsähnlichen Zustände entstehen dürfen. Allerdings resorbieren die hiesigen Gerichte vermehrt arbeitsteilige Konstellationen.⁶⁵ Die im Auftrag des SIF erfolgten Abklärungen belegen, dass es nicht den einen richtigen Ansatz für das persönliche Verantwortlichkeitsregime gibt: Auch in den Vereinigten Staaten von Amerika gibt es kein spezifisches Verantwortlichkeitsregime, aber es besteht eine starke Enforcement- und Litigation-Kultur, welche über Präjudizien und entsprechende Erwartungshaltungen die individuelle Verantwortlichkeit einfordert.⁶⁶ Ansätze einer griffigen Enforcement-Praxis im Sinne eines individuellen Verantwortlichkeitsregimes gibt es unter geltendem Recht auch seitens der FINMA und der Schweizer Gerichte.⁶⁷ Wieso also eine rechts-

⁶³ Der Bericht des Bundesrates zur Bankenstabilität (Fn. 1), S. 256, hält fest: «Im UK, das über das am weitesten entwickelte Verantwortlichkeitsregime verfügt, herrscht die Meinung vor, dass es zu wesentlichen Verhaltensänderungen in die richtige Richtung geführt hat.» Der FINMA Direktor verweist im Interview in der Neue Zürcher Zeitung, 4. Juni 2024, S. 21, auf den «grossen Erfolg», den die britischen Aufsichtsbehörden mit dem Senior Manager Regime haben. Gemäss Neue Zürcher Zeitung, Manager zur Verantwortung ziehen – aber wie?, 7. März 2024, S. 22, unterliegt das britische Modell aufgrund seiner «Checklisten-Mentalität und einem bürokratischen Aufwand, der den Nutzen des Regimes nicht rechtfertigt,» der Kritik.

⁶⁴ Gutachten von PA Consulting, Individual Accountability Regimes: A Comparative Report, 1. September 2023, S. 28.

⁶⁵ Siehe dazu bei Fn. 69.

⁶⁶ Gutachten PA Consulting (Fn. 64), S. 13 und S. 37.

⁶⁷ Siehe dazu bei Fn. 52, 53 und 69 sowie unter <www.finma.ch/de/dokumentation/finma-publikationen/kennzahlen-und-statistiken/statistiken/enforcement/>. FINMA Medienmitteilung, Verstösse gegen Geldwäschereibestimmungen: FINMA klärte Verantwortlichkeit von Julius Bär Managern ab, 21. Januar 2021, S. 2: «Die FINMA setzt das Instrument des Berufsverbots insbesondere seit 2014 vermehrt ein. Sie hat insgesamt rund 60 solcher Verbote angeordnet. Betroffen waren Manager aller Hierarchiestufen.» Gemäss Urs Zulauf, «Es droht eine Schattenauf-

⁶⁰ Siehe dazu FINMA Jahresbericht 2023, S. 15 f., wo auch der Austausch zum Kontrollumfeld der UBS angesprochen wird.

⁶¹ Bundesgericht 2C_747/2021, E. 13.2 sowie Urteil 2C_192/2019, E. 3.2.

⁶² Siehe hingegen FINMA Lessons Learned (Fn. 49), S. 47 f., wonach «eine Organisation mit zahlreichen Ausschüssen auf operativer Stufe eine klare Zuordnung von Verantwortlichkeiten (verhinderte)».

politische Diskussion um ein Senior Manager Regime, zumal der Bundesrat keinen grossen Aufwand für die Finanzinstitute will?⁶⁸

Die Rechtsprechung des Bundesgerichts weist in die richtige Richtung: «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.»⁶⁹ Die eingeschlifene Formulierung der FINMA, dass es aufsichtsrechtlich nicht genügt, «eine Verantwortung für Gesetzesverletzungen allein aus der hierarchischen Stufe oder Position einer Person abzuleiten»,⁷⁰ kann bei Führungskräften zu falschen Vorstellungen führen⁷¹ und darf nicht hinter der erwähnten Rechtsprechung zurückbleiben.

Auch die Haltung der FINMA, dass es aufsichtsrechtlich nicht genügt, eine Verantwortung für Gesetzesverletzungen allein aus «strategischen Richtungsentscheiden einer Person» abzuleiten,⁷² erscheint nicht ohne Weiteres als tragfähig: Aus dem aktien-

rechtlichen Aufgabenkatalog folgt, dass die strategischen Entscheide als Ausfluss der Oberleitungspflicht durch den Verwaltungsrat gefällt oder genehmigt werden und die Umsetzung strategischer Entscheide sodann im Rahmen der Oberaufsichtspflicht durch den Verwaltungsrat zu überprüfen ist.⁷³ Wird etwa eine aggressive Kundenakquisitionsstrategie lanciert und fehlt es in der Folge an entsprechenden Ressourcen auf der Compliance-Ebene, muss dies zumindest im Rahmen der Überwachungspflicht aufgedeckt werden.⁷⁴ Betriebsinterner «Blindheit», die grundlegende wirtschaftliche Zusammenhänge ausblendet und damit Verantwortungsdiffusion in Kauf nimmt, ist ein Riegel zu schieben. Dabei ist auch im Auge zu behalten, dass das Bundesgericht schon erklärt hat, dass das Gesetz an die Mitglieder des Verwaltungsrats einer Bank erhöhte Anforderungen stelle, indem sie Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten müssen (Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG).⁷⁵

5. Erweiterte Enforcement-Kommunikation der FINMA – Vorrang des Individual- und Systemschutzes

Im Anschluss an die Credit Suisse-Krise strebt die FINMA an, nicht nur gemäss Art. 22 Abs. 2 FINMAG in

sicht», Interview in Finanz und Wirtschaft, 7. August 2024, S. 5, «führte die FINMA von 2014 bis 2021 ohne Senior Managers Regime gut viermal mehr Verfahren gegen Manager als die britische Aufsichtsbehörde durch».

⁶⁸ Dazu schon bei Fn. 56.

⁶⁹ Bundesgericht 2C_747/2021, E. 13.4.3.

⁷⁰ Siehe unter <www.finma.ch/de/news/2021/01/20210121-mm-jb/> sowie unter <www.finma.ch/de/news/2023/02/20230228-mm-greensill/> am Ende.

⁷¹ Gemäss Bundesgericht 2C_747/2021, E. 13.4.2, rügte der Beschwerdeführer, dass die Vorinstanz seine Verantwortlichkeit lediglich aus seiner hierarchischen Stellung abgeleitet habe, ohne darzulegen, welche Aufgaben sich daraus ergaben.

⁷² FINMA Medienmitteilung, Verstösse gegen Geldwäscherbestimmungen: FINMA klärte Verantwortlichkeit von Julius Bär Managern ab, 21. Januar 2021, S. 2.

⁷³ Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1 und 5 OR; Bundesverwaltungsgericht B-4185/2020 vom 16. Januar 2024, E. 4.4.3 (Hervorhebung hinzugefügt): «Die Sorgfaltspflicht umfasst unter anderem die umsichtige Wahrnehmung der Oberaufsicht gemäss Art. 716a Abs. 1 Ziff. 5 OR. Ein Verwaltungsrat muss sich über den laufenden Geschäftsgang informieren, falls notwendig zusätzliche Informationen oder ergänzende Auskünfte einholen und Massnahmen zur Korrektur von Fehlentwicklungen oder Unregelmässigkeiten ergreifen. Die Stellung als Verwaltungsrat und die Oberaufsicht über die Gesellschaft setzen grundsätzlich eine *kritische Haltung* voraus. Besondere Kontrollen sind dann erforderlich, wenn Zweifel aufkommen oder solche aufgrund der Umstände jedem Organ vernünftigerweise hätten aufkommen müssen. Wenn trotz Unregelmässigkeiten in der Geschäftsführung, die bekannt sind oder bekannt sein müssten, keine Massnahmen ergriffen werden, verletzt ein Mitglied des Verwaltungsrates seine Überwachungs-pflichten.»

⁷⁴ Bundesgericht 4C.358/2005, E. 5.2.1, unter der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit (Art. 754 OR), wonach sich der nicht geschäftsführende Verwaltungsrat «laufend über den Geschäftsgang informiert», was bei einer aggressiven Anwerbung neuer Kundengelder durch eine Bank auch den dafür erforderlichen Compliance-Prozess erfasst.

⁷⁵ Bundesgericht 4C.201/2001, E. 2.2.1.

Ausnahmefällen über abgeschlossene Enforcementverfahren öffentlich zu informieren,⁷⁶ sondern als Grundsatz. Zudem regt die FINMA an, dass der Gesetzgeber ein grösseres Ermessen hinsichtlich der Veröffentlichung von Informationen über Abklärungen und Verfahrenseröffnungen einräumt. Die FINMA will eine erhöhte präventive Wirkung erzielen sowie «die Transparenz, die Berechenbarkeit und die Sichtbarkeit der Tätigkeit der FINMA stärken» und schliesslich «zur nationalen und internationalen Stärkung des Finanzplatzes Schweiz beitragen».⁷⁷

a) Kommunikationsstrategie und Druck zur Enforcement-Kommunikation

Eine Änderung des Kommunikationskonzeptes, wie sie der FINMA mit der weitgehenden öffentlichen Kommunikation über Enforcementverfahren vorschwebt, hätte potenziell weitreichende Konsequenzen, da sie Kommunikationsdruck schafft. Die Finanzmarktteilnehmer würden eine von Rechts wegen grundsätzlich berechnete Erwartung bilden, dass mangels öffentlicher Kommunikation der FINMA bei einem Finanzinstitut keine nennenswerten Probleme bestehen. Würde diese Erwartungshaltung im Einzelfall enttäuscht, könnten sich die Angriffsflächen seitens der FINMA signifikant erhöhen. Bei der Kommunikation über blosser «Abklärungen», wie sie die FINMA beabsichtigt,⁷⁸ kann sich eine problematische Konnotation zur Vorverurteilung ergeben.⁷⁹

b) Zielhierarchie des FINMAG und Kommunikationsstrategie

Die Ziele der Finanzmarktaufsicht betreffen in erster Linie den Individualschutz, also den Schutz von Gläubigern, Anlegern und Versicherten, sowie den Funktionsschutz.⁸⁰ Die Stärkung des Ansehens, der Wettbewerbsfähigkeit und der Zukunftsfähigkeit des Finanz-

platzes Schweiz gelten als sekundäre Ziele der Finanzmarktaufsicht.⁸¹ Im FINMAG besteht also eine Zielhierarchie,⁸² welche nicht nur die Wettbewerbsfähigkeit, sondern auch die Stärkung des Ansehens des Schweizer Finanzplatzes hinter die primären Schutzziele – Individual- und Funktionsschutz – zurücktreten lässt.⁸³

Soweit die präventive Wirkung öffentlicher Enforcement-Kommunikation angesprochen wird,⁸⁴ besteht die Erwartungshaltung, dass eine allfällige öffentliche Kommunikation den Personen eines Finanzinstituts nicht egal ist, weil nur in diesem Fall überhaupt von einer präventiven bzw. verhaltenssteuernden Wirkung auszugehen ist. Jedenfalls muss die Kommunikationsstrategie auch pathologischen Konstellationen gewachsen sein. Die Risiken einer Fehleinschätzung der Wirkung einer öffentlichen Kommunikation liegen allemal vollständig auf Seiten der FINMA. Was, wenn die öffentliche Kommunikation das Vertrauen der Finanzmarktteilnehmer in ein Finanzinstitut untergräbt? Dann wird die FINMA aufgrund einer fixen Kommunikationsidee zum Totengräber im Finanzmarkt. Dabei bedarf die enorme zerstörerische Kraft öffentlicher Kommunikation gerade im Nachgang zur Credit Suisse-Krise keiner speziellen Betonung.⁸⁵

Nach dem Gesagten reflektiert das zurückhaltende Kommunikationskonzept gemäss Art. 22 FINMAG, wonach die Enforcement-Kommunikation die Ausnahme bildet, die erwähnte Zielhierarchie des Gesetzes.⁸⁶ Es geht in erster Linie um die primären Schutzziele, also den Individual- und Funktionsschutz. Dar-

⁸¹ Art. 4 Satz 2 FINMAG.

⁸² FINMA Strategische Ziele 2017 bis 2020, S. 2.

⁸³ FINMA Jahresbericht 2014, S. 14: «Das Mandat der FINMA stellt die Schutzziele in den Vordergrund. Eine verschiedentlich geforderte Änderung, die Stärkung des Ansehens und der Wettbewerbsfähigkeit des Finanzplatzes Schweiz zu einer eigenständigen Aufgabe der FINMA zu erheben, hätte auch in den Augen des Bundesrates unweigerlich Zielkonflikte und national wie international Glaubwürdigkeitsverluste zur Folge.»; ebenso Bericht des Bundesrates, Die FINMA und ihre Regulierungs- und Aufsichtstätigkeit, 18. Dezember 2014, S. 11, wo die Sekundärziele der Finanzmarktaufsicht als «Reflexwirkung des Individual- und Funktionsschutzes» bezeichnet werden, was durch das «damit» in Satz 2 von Art. 4 FINMAG (damals noch Art. 5) zum Ausdruck komme.

⁸⁴ Siehe dazu vor Fn. 77.

⁸⁵ Siehe FINMA Lessons Learned (Fn. 49), S. 34.

⁸⁶ Siehe dazu bei Fn. 82.

⁷⁶ Das Bundesgericht hat mit Urteil 2C_682/2023 (zur Publikation vorgesehen), E. 4–4.8, bestätigt, dass eine Publikation unter Art. 22 Abs. 2 FINMAG auch dann möglich ist, wenn die Veröffentlichung nicht unter Art. 34 FINMAG angeordnet wurde.

⁷⁷ FINMA Lessons Learned (Fn. 49), S. 50 f.

⁷⁸ Siehe dazu nach Fn. 76.

⁷⁹ Siehe allgemein Bericht des Bundesrates zur Bankenstabilität (Fn. 1), S. 273, wonach einer allfälligen Veröffentlichung die Ermittlung des Sachverhalts und eine Würdigung der wesentlichen Aspekte vorausgehen muss.

⁸⁰ Art. 4 Satz 1 FINMAG.

aus leitet sich ab, dass das Informationsinteresse der breiten Öffentlichkeit grundsätzlich zurücktreten muss. Mit anderen Worten ist öffentliche Enforcement-Kommunikation unzulässig, sofern dadurch etwa das Finanzsystem selbst oder bestehende Gläubiger einer Bank gefährdet werden könnten; der Schutz der Marktteilnehmer gemäss Art. 22 Abs. 2 lit. a FINMAG ist in diesem Sinne zu verstehen, um den Individualschutz nicht seines Gehaltes zu entleeren, zumal eine zurückhaltende Enforcement-Kommunikation auch die Interessen von Marktteilnehmern schützen kann, die sich erst anschicken, mit einem Finanzinstitut in Kontakt zu treten. Auch die Wahrung des Ansehens des Finanzplatzes Schweiz (Art. 22 Abs. 2 lit. c FINMAG), die nach den Gesetzesmaterialien «nicht leichthin anzunehmen» ist,⁸⁷ ordnet sich dem primären Individual- und Funktionsschutz unter. Ebenso unterliegt die präventive Wirkung von Enforcement-Kommunikation diesen Einschränkungen, solange dadurch Interessen im Rahmen der primären Schutzziele der Finanzmarktaufsicht einer besonderen Gefahr ausgesetzt würden. Da von Rechts wegen stets davon auszugehen ist, dass die FINMA ihren Aufgaben nachkommt, besteht auch in dieser Hinsicht grundsätzlich kein besonderes öffentliches Informationsinteresse.⁸⁸

Die Forderung der FINMA nach verstärkter öffentlicher Kommunikation⁸⁹ stützt sich im Wesentlichen auf die sekundären Ziele der Finanzmarktaufsicht, insbesondere das Ansehen des Schweizer Finanzplatzes.⁹⁰ Dies ist in der weiteren Diskussion zu berücksichtigen, weil die Zielhierarchie des FINMAG gemäss den vorstehenden Ausführungen dem Wechsel vom geltenden zurückhaltenden Kommunikationskonzept (Art. 22 Abs. 2 FINMAG) zu einer öffentlichen Kommunikation über Enforcementverfahren als Grundsatz entgegensehen kann.

Ist es wirklich in künftigen Situationen eines Finanzinstitutes *grundsätzlich* richtig, Informationen im Stile des Greensill Enforcement gegen die Credit Suisse öffentlich zu machen und zu erklären, dass die FINMA zusätzlich zu den umfangreichen organisatorischen Massnahmen, welche die Bank selbst beschlossen hat, weitere Massnahmen anordnete, «um das Risikomanagement und die Governance der Bankgruppe weiter zu verbessern»?⁹¹ Dabei wurde auch öffentlich bekannt, dass die Bankgruppe künftig ihre circa 500 wesentlichen Geschäftsbeziehungen nach Risiken bewerten müsse. Die Verantwortlichkeitsbereiche der – rund 600 – höchsten Manager der Bank sollen künftig in einem Verantwortlichkeitsdokument festgehalten werden, und die betreffenden Unternehmensbereiche müssten so geführt werden, dass Fehlverhalten möglichst verhindert werde, ansonsten die Bank gegen fehlbare Personen Sanktionen ergreifen müsse, beispielsweise mit einer Kürzung der variablen Entschädigung. In der öffentlichen Kommunikation hat die FINMA zudem erklärt, dass sie einen Prüfbeauftragten einsetzen werde, der die Einhaltung dieser aufsichtsrechtlichen Massnahmen überprüfe. Diese öffentliche Kommunikation zum Greensill Enforcementverfahren gegen die Credit Suisse offenbart also bestehende und zudem gravierende organisatorische Probleme der Bank, die im Zeitpunkt der öffentlichen Kommunikation – aus Sicht des Aussenstehenden – durchaus in weiten Teilen als ungelöst erschienen. Bekanntlich kam es dann nicht mehr zur Lösung dieser Probleme, weil sich die Credit Suisse Gruppe infolge behördlicher Begleitung bereits 19 Tage nach der Greensill Enforcement-Kommunikation im Zusammenschluss mit der UBS befand.

Enforcement-Kommunikation kann unter dem Gesichtspunkt der Finanzmarktstabilität heikel sein.⁹² Gleichwohl will – wie die FINMA – auch der Bundesrat mehr Enforcement-Kommunikation und streicht deren Nutzen für die «Finanzstabilität» insbesondere hinsichtlich systemrelevanter Banken heraus, weist aber auch auf Gefahren hin.⁹³ Das vorstehend zur Illustration verwendete Beispiel zeigt eine grosse Bankengruppe in einer Sanierungssituation, die ausserhalb des Finanzsektors gegenüber der breiten

⁸⁷ Botschaft FINMAG (Fn. 37), S. 2875.

⁸⁸ Siehe den allgemeinen Hinweis in Bundesgericht 2C_682/2023 (zur Publikation vorgesehen), E. 5.4: «le fait de communiquer sur l'issue de cette procédure et sur les sanctions et mesures prises dans ce cadre permettra de rappeler au public que la FINMA n'est pas restée inactive face aux manquements soupçonnés de la Banque.»

⁸⁹ Siehe unter I.5 erster Abschnitt.

⁹⁰ Art. 4 Satz 2 FINMAG; siehe auch Bundesgericht 2C_682/2023 (zur Publikation vorgesehen), E. 5.4, mit Bezug auf die Wahrung des Ansehens des Finanzplatzes Schweiz gemäss Art. 22 Abs. 2 lit. c FINMAG.

⁹¹ <www.finma.ch/de/news/2023/02/20230228-mm-greensill/>.

⁹² Siehe dazu schon Bertschinger (Fn. 14), S. 727 f.

⁹³ Bericht des Bundesrates zur Bankenstabilität (Fn. 1), S. 276 f.; dazu auch Bundesgericht 2C_682/2023 (zur Publikation vorgesehen), E. 4.5 und E. 5.1.

Öffentlichkeit kaum in einer derartigen Offenheit angesprochen würde, wenngleich die betreffenden Geschäftsmodelle oftmals weit weniger labil sind als das Bankgeschäft. Das geltende zurückhaltende Konzept zur Enforcement-Kommunikation sollte mit Blick auf die Finanzmarktstabilität nicht vorschnell aufgegeben werden!

6. Bussenkompetenz der FINMA – Disruptionsrisiken im Finanzmarkt-enforcement

Die FINMA will Bussen verteilen.⁹⁴ Ein vom SIF bestelltes Gutachten zeigt sich gegenüber pekuniären Verwaltungssanktionen für natürliche Personen zu Recht kritisch, rechtfertigt Bussen für juristische Personen hingegen im Wesentlichen damit, dass die finanzmarktaufsichtsrechtlichen Sanktionen «gegenüber natürlichen Personen [...] weit einschneidender sind als diejenigen gegenüber den juristischen Personen», weshalb «[d]ieses Ungleichgewicht des Sanktionsregimes insofern korrigiert werden [sollte]».⁹⁵ Dieses Argument des mangelnden «level playing field» bei den Sanktionen erscheint allerdings schon deshalb nicht als belastbar, weil zwangsläufig die natürlichen Personen dem Willen von juristischen Personen Ausdruck verleihen,⁹⁶ sodass jegliche Unzulänglichkeiten in juristischen Personen ausschliesslich dem Fehlverhalten natürlicher Personen entspringen. Dies rückt die natürlichen Personen im finanzmarktaufsichtsrechtlichen Sanktionsregime zwangsläufig in den Vordergrund. Das von der Gutachterin herangezogene Argument des Sanktionsüberhangs zulasten natürlicher Personen erscheint mit Blick auf das geltende Finanzmarktaufsichtsrecht zudem aus folgendem Grund als unzutreffend: Angesichts der Möglichkeit des Bewilligungsentzugs und der damit verbundenen Liquidation juristischer Personen, welche der «corporate death penalty» entspricht,⁹⁷ kann das finanzmarktaufsichtsrechtliche Sanktionsregime für juristische Personen existenzbedrohend sein, wogegen natürliche Personen, selbst wenn sie aus der Finanzindustrie dauernd ausgeschlossen werden, sich immer

noch anderweitigen Betätigungsfeldern zuwenden können. Damit zeigt sich, dass das Argument der Asymmetrie der Sanktionsordnungen für natürliche und juristische Personen zur Rechtfertigung der Bussenkompetenz der FINMA zulasten der Letzteren in mehrfacher Hinsicht nicht verfangt.

Es ist damit zu rechnen, dass Bussen für juristische Personen das Potenzial haben, im Institutsverfahren Sand ins Getriebe der Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes⁹⁸ zu bringen, soweit die Verfahrensrechte ein höheres Profil erhalten (müssen).⁹⁹ Im Falle von Einschränkungen bei der Sammlung des Verfahrensstoffes in Institutsverfahren könnten sich auch Auswirkungen auf die nachgelagerten Verfahren gegenüber natürlichen Personen ergeben, selbst wenn sie nicht mit pekuniären Verwaltungssanktionen belegt werden könnten. Wollen wir diese Geister wirklich rufen? Wir würden sie nicht mehr los. Dass Bussen einen positiven Effekt auf das Verhalten von Finanzinstituten haben, wird man nach den bisherigen Erfahrungen mit den teilweise astronomischen Bussenbeträgen, welche Schweizer Finanzinstituten auferlegt wurden, kaum behaupten können.¹⁰⁰ Auch internationale Standards sollten uns bei der Frage zur Bussenkompetenz der FINMA nicht beirren.¹⁰¹ Wir werden die grossen Player in der Finanzindustrie mit Bussen nicht bändigen;¹⁰² der Bundesrat

⁹⁸ Art. 31 FINMAG.

⁹⁹ Siehe Gutachten Häner (Fn. 95), Rz 51 f. und Rz 81 ff.; David Wyss, FINMA-Bussenkompetenz – ein wirksames Mittel zur Abschreckung? GesKR 2024, S. 152 f.; Zulauf (Fn. 67), S. 5, zur Bussenkompetenz: «Zudem müsste die Finma wohl langfristig einen hohen Preis in der Form von höheren Anforderungen an ihre Verfahren zahlen, die ihr das Leben sehr schwer machen könnten.»

¹⁰⁰ Siehe <www.srf.ch/news/wirtschaft/credit-suisse-unter-druck-die-bussen-sammlerin>.

¹⁰¹ Siehe FINMA Medienmitteilung, Archegos: FINMA schliesst Verfahren gegen Credit Suisse ab, 24. Juli 2023, S. 4, wo die Aufsichtsbehörde die gute Zusammenarbeit im Rahmen des Enforcementverfahrens mit der Federal Reserve Board (USA) und der Prudential Regulation Authority (UK) hervorhebt und neben einem allgemeinen Hinweis auf die Veröffentlichung der Ergebnisse zum Fall durch diese ausländischen Aufsichtsbehörden festhält: «Sie verhängten Bussen in der Höhe von 268,5 Millionen US-Dollar beziehungsweise 87 Millionen britischen Pfund.»

¹⁰² Ablehnend Wyss (Fn. 99), S. 153: «keinen glaubwürdigen Mehrwert»; Zulauf (Fn. 67), S. 5: «eher skeptisch»; Bertschinger (Fn. 14), S. 725 ff. (727): «keine Begeisterung».

⁹⁴ FINMA Lessons Learned (Fn. 49), S. 50.

⁹⁵ Isabelle Häner, Rechtsgutachten über pekuniäre Verwaltungssanktionen im Finanzmarktrecht, 10. November 2023, Rz 124.

⁹⁶ Art. 55 Abs. 1 ZGB.

⁹⁷ Siehe Art. 23^{quinqies} BankG; Art. 66 FINIG; Art. 52 VAG.

will die Bussenkompetenz für die FINMA weiter prüfen.¹⁰³

7. Unabhängigkeit der FINMA – Grundlage von Vertrauen

a) Unabhängigkeit – Eine Kernaufgabe der FINMA

Gemäss Art. 21 Abs. 1 FINMAG übt die FINMA ihre Aufsichtstätigkeit selbstständig und unabhängig aus.¹⁰⁴ Im Vergleich zur Eidgenössischen Bankenkommission (EBK) wurde diese Position der FINMA zwar gestärkt,¹⁰⁵ ohne dass die Behörde dadurch absolut unabhängig geworden ist, was sich insbesondere in der Pflicht der FINMA manifestiert, die strategischen Ziele durch den Bundesrat genehmigen zu lassen.¹⁰⁶ Die Gesetzesmaterialien betonen die Unabhängigkeit der FINMA, indem weder dem Bundesrat noch den eidgenössischen Räten gegenüber der FINMA ein Weisungsrecht zukommt und die FINMA bezüglich der Oberaufsicht durch die eidgenössischen Räte¹⁰⁷ den Gerichten gleichzustellen sei, ohne dass ein direkter Einfluss auf die Geschäftsführung bestehe.¹⁰⁸ In einer Gesamtsicht erscheint die funktionelle Unabhängigkeit der FINMA von Gesetzes wegen als weitgehend gewährleistet.

Der FINMA Direktor verweist auf die Bedeutung einer «starken, unabhängigen Finanzmarktaufsicht», was auch mit der überproportionalen Grösse des Finanzsektors in der Schweizer Wirtschaft begründet wird. Zudem stellt er fest, dass die Wichtigkeit dieser Säule des Finanzsystems «oft nicht so klar erkannt» werde.¹⁰⁹ Was will uns der FINMA Direktor damit sagen? Die funktionelle Unabhängigkeit der FINMA bil-

det, wie erwähnt, einen Grundpfeiler der Schweizer Finanzmarktaufsicht, deren Unabhängigkeit von den politischen Behörden sich nach den Gesetzesmaterialien «am ehesten mit derjenigen einer Justizbehörde vergleichen» lässt;¹¹⁰ die Unabhängigkeit der FINMA ist entsprechend zu respektieren. Unter praktischem Gesichtspunkt ist die Unabhängigkeit der Finanzmarktaufsichtsbehörde insbesondere ein «Schlechtwetter-Konzept», das selbst bei widrigen äusseren Bedingungen, ungeachtet deren Ursprungs,¹¹¹ durch die Aufseher gelebt und mit Vehemenz verteidigt werden muss.

b) Mitglieder des Verwaltungsrates

Die Mitglieder des FINMA Verwaltungsrates werden auf vier Jahre gewählt, wobei eine zweimalige Wiederwahl möglich ist, was zu einer maximalen Gesamtmandatsdauer von zwölf Jahren führt.¹¹² Gemäss Art. 9 Abs. 5 FINMAG beruft der Bundesrat Mitglieder des Verwaltungsrats ab und genehmigt die Auflösung des Arbeitsverhältnisses des FINMA Direktors durch den Verwaltungsrat, wenn die Voraussetzungen für die Ausübung des Amtes nicht mehr erfüllt sind. Daraus wird abgeleitet, dass die Mitglieder des Verwaltungsrates während laufender Amtsdauer werden können.¹¹³ Die FINMA selbst hat eine «denkbare Verlängerung der Amtszeit (von Mitgliedern des Verwaltungsrates) auf acht bis zehn Jahre ohne Wiederwahl» mit der Schwächung der Steuerung der FINMA durch den Bundesrat verknüpft.¹¹⁴ Eine Verlängerung der Amtsdauer von Verwaltungsratsmitgliedern auf sechs Jahre bei einmali-

¹⁰³ Bericht des Bundesrates zur Bankenstabilität (Fn. 1), S. 285 f.

¹⁰⁴ Das Bundesgericht weist etwa im Urteil 2C_682/2023 (zur Publikation vorgesehen), E. 4.1, im Kontext der Enforcement-Kommunikation der FINMA auf Art. 21 Abs. 1 FINMAG hin.

¹⁰⁵ FINMA, Finanzmarktkrise und Finanzmarktaufsicht, 14. September 2009, S. 46.

¹⁰⁶ Art. 9 Abs. 1 lit. a FINMAG; BSK FINMAG-François Rayroux/Christelle Conti, 3. Aufl., Art. 21, N 12; FINMA Strategische Ziele 2017 bis 2020, S. 2: «Der gesetzliche Auftrag lässt der FINMA aufgrund ihrer institutionellen Unabhängigkeit Handlungsspielraum, eigene Schwerpunkte zu setzen. Diese Schwerpunkte werden in Form von strategischen Zielen festgehalten.»

¹⁰⁷ Art. 21 Abs. 4 FINMAG.

¹⁰⁸ Botschaft FINMAG (Fn. 37), S. 2873 f.

¹⁰⁹ Walter (Fn. 26), S. 2 f.

¹¹⁰ Botschaft FINMAG (Fn. 37) S. 2836.

¹¹¹ FINMA Finanzmarktkrise (Fn. 105), S. 41 (Hervorhebung hinzugefügt): Im Kontext der Finanzkrise 2008–2009 kam die FINMA zum Schluss, dass die von der Eidgenössischen Bankenkommission (EBK) bei der UBS festgestellten Problemfelder von der Bank nicht bestritten und Korrekturmassnahmen in Aussicht gestellt wurden. Allerdings stellte die FINMA fest, «dass die EBK zu wenig strukturiert und mit Nachdruck die Umsetzung dieser Massnahmen kontrollierte und somit tatsächlich einforderte. [...] Im damals herrschenden De-Regulierungsumfeld wäre ein härteres Durchgreifen vermutlich als bürokratisch, wettbewerbsbehindernd und realitätsferne Intervention gewertet und von der Politik nicht unterstützt worden.»; Rudolf Strahm, Politische Fesseln für die Finma, Handelszeitung, 11. Januar 2024, S. 16.

¹¹² Art. 9 Abs. 2 FINMAG.

¹¹³ FINMA Finanzmarktkrise (Fn. 105), S. 48.

¹¹⁴ FINMA Finanzmarktkrise (Fn. 105), S. 48.

ger Möglichkeit zur Wiederwahl wäre im Sinne einer weiteren Stärkung der personellen Unabhängigkeit der FINMA denkbar.

c) Personal der FINMA

Der Entwurf zu einem Finanzmarktaufsichtsgesetz sah noch vor, das Personal der FINMA – wie bei der Revisionsaufsichtsbehörde¹¹⁵ – privatrechtlich anzustellen.¹¹⁶ Gemäss dem geltenden Art. 13 Abs. 1 FINMAG stellt die FINMA ihr Personal allerdings öffentlich-rechtlich an, was unter dem Gesichtspunkt der personellen Unabhängigkeit der FINMA allerdings kaum eine massgebliche Rolle spielen dürfte. Die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses durch die FINMA setzt einen sachlichen Grund voraus.¹¹⁷ Für die Mitglieder der FINMA Geschäftsleitung beträgt die Kündigungsfrist sieben und für deren Direktor neun Monate. Die FINMA Geschäftsleitung kann, soweit aufgrund besonderer Umstände notwendig, weitere Schlüsselfunktionen bezeichnen, für die Kündigungsfristen bis sieben Monate gelten.¹¹⁸ Da die operativ tätigen Führungspersonen der FINMA die Hauptlast der Finanzmarktaufsicht und die entsprechende Exposure gegenüber den Finanzinstituten, Branchenverbänden, Medienvertretern und weiteren Stakeholdern tragen, erscheinen die erwähnten Kündigungsfristen für die FINMA Führungskräfte als kurz.

Art. 38a FINMA-Personalverordnung regelt den Wechsel zu einem Beaufsichtigten. Darüber ist die FINMA beim Vertragsschluss zu informieren. Die FINMA kann Massnahmen zur Vermeidung von Interessenkonflikten ergreifen, wie Freistellung, Verset-

zung oder Ausstand.¹¹⁹ Mit Mitarbeitenden, die in einem dauernden Austausch mit Beaufsichtigten stehen, für deren Aufsicht sie direkt verantwortlich sind, muss beim Abschluss des Arbeitsvertrags vereinbart werden, dass sie bis zu einem Jahr nach Beginn der Kündigungsfrist nicht für diese Beaufsichtigten tätig sein dürfen und keine Entschädigung für den Zeitraum nach Ablauf des Arbeitsverhältnisses erhalten. Bei einem Mitglied der FINMA Geschäftsleitung (mit einer Kündigungsfrist von sieben Monaten), das für einen Aufsichtsbereich die Oberleitungsverantwortung trägt, führt dies – vorbehaltlich der erwähnten Massnahmen zur Vermeidung von Interessenkonflikten – zu einer Cooling-off Periode von gerade mal fünf Monaten.¹²⁰

Die Unabhängigkeit der FINMA darf weder tatsächlich noch dem Anschein nach beeinträchtigt sein.¹²¹ In diesem Zusammenhang vermögen die vorstehend erwähnten kurzen Kündigungsfristen für die FINMA Führungskräfte und das Cooling-off Konzept der FINMA-Personalverordnung nicht zu genügen. Für das Cooling-off beim Wechsel aus einer FINMA Geschäftsleitungs- oder vergleichbaren Schlüsselfunktion¹²² drängt sich die Anlehnung an Art. 11 Abs. 2 RAG auf. Nach dieser Vorschrift darf eine Gesellschaft des öffentlichen Interesses keine Personen beschäftigen, die während der zwei vorausgegangenen Jahre Revisionsdienstleistungen für diese Gesellschaft geleitet haben oder im betreffenden Revisionsunternehmen eine Entscheidungsfunktion innehatten. Dabei fällt in Betracht, dass Unternehmen, die der Aufsicht der FINMA unterstehen, ebenfalls als Gesellschaften des öffentlichen Interesses gelten.¹²³ Auf

¹¹⁵ Art. 33 Abs. 1 RAG, wogegen in Art. 34 Abs. 1 E-RAG noch die öffentlich-rechtliche Anstellung vorgesehen war (Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Revisionspflicht im Gesellschaftsrecht) sowie zum Bundesgesetz über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren vom 23. Juni 2004, BBl 2004, S. 4086, wo auch auf den grösseren Handlungsspielraum der Aufsichtsbehörde bei den Anstellungsbedingungen des Personals im Vergleich zum Bundespersonalrecht, insbesondere hinsichtlich der Entlohnung von Fachleuten, hingewiesen wird.

¹¹⁶ Art. 13 Abs. 1 E-FINMAG (BBl 2006, S. 2920); Botschaft FINMAG (Fn. 37), S. 2844, was auch damit begründet wurde, dass die privatrechtliche Anstellung mehr Freiraum verschafft, und S. 2866.

¹¹⁷ Art. 9 Abs. 4 FINMA-Personalverordnung (SR 956.121).

¹¹⁸ Art. 9 FINMA-Personalverordnung.

¹¹⁹ Gemäss Art. 19 Abs. 2 des Verhaltenskodexes der FINMA, Stand 1. April 2023, entscheidet beim Wechsel zu einem Beaufsichtigten der Vorgesetzte nach Rücksprache mit Compliance FINMA, ob Massnahmen zur Vermeidung von Interessenkonflikten wie Freistellung, Versetzung oder Ausstand notwendig sind.

¹²⁰ FINMA Medienmitteilung, Bundesrat genehmigt FINMA-Personalverordnung, 13. Mai 2015: «Zusätzlich werden unbezahlte Karenzfristen für Mitarbeitende eingeführt, die für die Aufsicht über ein bestimmtes, grosses Finanzinstitut verantwortlich sind. Die Karenzfrist greift dann, wenn die Mitarbeitenden zu ebendiesem Institut wechseln möchten. Cooling-off und Karenzfrist können zusammen maximal 12 Monate betragen. Dies betrifft insgesamt rund ein Dutzend FINMA-Mitarbeitende.»

¹²¹ Siehe dazu allgemein Art. 728 Abs. 1 OR.

¹²² Siehe Art. 9 Abs. 2^{bis} FINMA-Personalverordnung.

¹²³ Art. 2 lit. c Ziff. 2 RAG.

dieser Grundlage ist ein Aufseher auf der Stufe der FINMA Geschäftsleitung oder in einer vergleichbaren Schlüsselfunktion einer Person mit Entscheidungsfunktion in einem Revisionsunternehmen¹²⁴ gleichzustellen, sodass sich für die FINMA eine zu Art. 11 Abs. 2 RAG analoge Regelung aufdrängt. Die Unabhängigkeit der FINMA wird massgeblich durch die Perception eines unvoreingenommen Dritten determiniert. Aus dieser Warte sollte in die personelle Unabhängigkeit der Finanzmarktaufsichtsbehörde investiert werden.

II. Prüfwesen im Wandel – Ansätze zur Stärkung des Aufsichtssystems

1. Direktprüfungen der FINMA – Akzentverschiebung in der dualen Aufsicht

Der FINMA Direktor beklagt, dass Direktprüfungen der FINMA gemäss Art. 23 BankG nur unter eingeschränkten Voraussetzungen möglich seien, wogegen Art. 47 Abs. 1 VAG Vor-Ort-Kontrollen ohne Einschränkungen jederzeit ermögliche.¹²⁵ Gemäss Bankengesetz setzen direkte Prüfungen der FINMA insbesondere voraus, dass sie angesichts der wirtschaftlichen Bedeutung der Institute oder der Komplexität des abzuklärenden Sachverhalts notwendig sind. Diese Regelung entspricht im Wesentlichen dem Proportionalitätsgrundsatz. Die sehr restriktive Haltung in den Gesetzesmaterialien, wonach es «[i]n gewissen Einzelfällen» angebracht sein könne, dass «die FINMA sehr komplexe Sachverhalte» selbst abklärt,¹²⁶ hat im Gesetz keinen hinreichenden Niederschlag gefunden, sodass sie den Spielraum der FINMA für Direktprüfungen nicht über den allgemeinen Verhältnismässigkeitsgrundsatz hinaus einzuschränken vermag. Das verfügbare Datenmaterial zeigt, dass jeweils deutlich über 80 Prozent aller Vor-Ort-Kontrollen der FINMA im Bankensektor bei den Banken der Kategorie 1–3 durchgeführt wer-

den.¹²⁷ Bei diesen Banken dürfte a priori die von Art. 23 BankG geforderte «wirtschaftliche Bedeutung des Instituts» gegeben sein, da Probleme bei einer Bank dieser Grössenordnung zu erheblichen Verwerfungen im Schweizer Finanzmarkt führen könnten. Im Bericht zur Bankenstabilität hält der Bundesrat lediglich fest, dass es der FINMA freistehe, gestützt auf Art. 23 BankG vermehrt eigene Überwachungshandlungen vorzunehmen.¹²⁸

Im Versicherungsbereich gilt aufgrund Art. 47 Abs. 1 VAG – im Unterschied zum Bankensektor – als Grundsatz die direkte Aufsicht der FINMA,¹²⁹ wenn gleich sie durch den Beizug von Prüfgesellschaften ergänzt wird.¹³⁰ Weil die FINMA im Versicherungsbereich nach eigenem Bekunden im Jahr 2023 den grössten Teil der Aufsicht selbst wahrgenommen hat, betrug der Kostenanteil der Prüfgesellschaften – im Vergleich zu den von der FINMA und den Prüfgesellschaften insgesamt fakturierten Aufsichtskosten – lediglich zwölf Prozent, während der entsprechende Kostenanteil der Prüfgesellschaften in der Bankenaufsicht – die grundsätzlich nach dem Modell der indirekten Aufsicht funktioniert – bei 45 Prozent lag.¹³¹ Der Anwendungsbereich von Art. 47 Abs. 1 VAG erscheint aufgrund des Wortlautes, wonach die FINMA jederzeit Prüfungen vornehmen kann, zwar als weit, da zeitlich gar keine Einschränkungen bestehen («jederzeit») und der Ausdruck «Prüfungen» einem thematisch weiten Verständnis nicht entgegensteht.¹³² Einschränkungen ergeben sich allerdings generell unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit sowie unter dem Proportionalitätsgrundsatz.¹³³

¹²⁷ Siehe FINMA Jahresbericht 2023, S. 64, mit Daten für die Jahre 2021–2023.

¹²⁸ Bericht des Bundesrates zur Bankenstabilität (Fn. 1), S. 306.

¹²⁹ BSK VAG–Shelby du Pasquier/Valérie Menoud, Art. 47, N 5.

¹³⁰ Siehe Art. 28, Art. 70 und Art. 78 VAG.

¹³¹ FINMA Jahresbericht 2023, S. 101.

¹³² Siehe dazu Botschaft zu einem Gesetz betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen (Versicherungsaufsichtsgesetz, VAG) und zur Änderung des Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag vom 9. Mai 2003, BBl 2003, S. 3829: «Die Prüfungen, welche die Aufsichtsbehörde durchführen kann, können sowohl die Notwendigkeit der Unterstellung eines Unternehmens unter die schweizerische Versicherungsaufsicht als auch den gesamten Geschäftsbereich des Versicherungsunternehmens und der Vermittler und Vermittlerinnen zum Gegenstand haben.»

¹³³ Siehe Botschaft VAG (Fn. 132), S. 3822: «Es versteht sich von selbst, dass die Aufsichtsbehörde in ihren Weisungen

¹²⁴ Siehe BSK Revisionsrecht–Corrado Rampini/Rolf Watter, Art. 11 RAG, N 17.

¹²⁵ Walter (Fn. 27), S. 6; ebenso wird der FINMA Mediensprecher in der Sonntagszeitung, 3. November 2024, S. 37, zitiert.

¹²⁶ Botschaft FINMAG (Fn. 37), S. 2901, wobei zu beachten ist, dass Art. 23 E-BankG weitestgehend dem Wortlaut des geltenden Art. 23 BankG entspricht.

Da die Qualität der verfügbaren Informationen die Qualität der Aufsicht determiniert, vermag es nicht zu überraschen, dass Vor-Ort-Kontrollen bei der FINMA ein steigendes Profil erhalten.¹³⁴ Im Bereich der Grossbankenaufsicht bildet die Vor-Ort-Tätigkeit einen thematischen Schwerpunkt neben Kapital/Liquidität, Verhaltensaufsicht und Risikokontrolle.¹³⁵ Die FINMA hat angekündigt, Einsparungen im indirekten Prüfwesen teilweise in eigene Vor-Ort-Kontrollen investieren zu wollen.¹³⁶ Nach dem Gesagten dürfte diesem Ansinnen schon unter geltendem Recht oftmals kaum eine rechtliche Hürde entgegenstehen.¹³⁷

Aufgrund des Druckes zur Intensivierung der Aufsicht im Nachgang zur Credit Suisse-Krise liesse sich der Gehalt von Art. 47 Abs. 1 VAG, wonach die FINMA jederzeit Prüfungen vornehmen kann, auf die Stufe des Finanzmarktaufsichtsgesetzes hieven. Damit könnte die Kombination von Direktprüfungen der FINMA und dem Einsatz der Prüfgesellschaften – je nach den konkreten Umständen – variabler gestaltet werden. Eine derartige sektorunabhängige Regelung der Vor-Ort-Kontrollen wäre nicht als Abkehr von der dualen Aufsicht zu verstehen, könnte angesichts der Bedeutung dieses Aufsichtsinstrumentes¹³⁸ den Zielen der Finanzmarktaufsicht (Art. 4 FINMAG) dienen und das Vertrauen stärken.

die Revisionsstelle nicht beauftragen soll, in jedem Fall und systematisch vollständige Prüfungen durchzuführen; angesichts des damit verbundenen Aufwandes und vor allem auch der Kosten, die letztlich von den Versicherten getragen werden müssen, wird sie die Prüfungen vielmehr auf die wesentlichen Sachverhalte ausrichten lassen (Verhältnismässigkeitsprinzip).» Dies muss auch für Direktprüfungen durch die FINMA im Versicherungsbereich gelten.

¹³⁴ Im aktuellen FINMA Jahresbericht 2023 zeigt eine digitale Suche den Ausdruck «Vor-Ort-Kontrolle/n» über 50 Mal an, während dieser Begriff im FINMA Jahresbericht 2009 lediglich dreimal auftaucht.

¹³⁵ FINMA Jahresbericht 2023, S. 15.

¹³⁶ FINMA Jahresbericht 2023, S. 87 f.

¹³⁷ Siehe unter II.1 erster Abschnitt.

¹³⁸ Siehe auch FINMA Faktenblatt, Vor-Ort-Kontrollen: Ein zentrales Aufsichtsinstrument der FINMA, Stand: 1. Januar 2020.

2. Noch stärkere Anbindung der Prüfgesellschaften an die FINMA – Was bringt's?

Die Rolle der FINMA im Kontakt mit den Prüfgesellschaften, die für den «regulatory audit» zuständig sind, variiert je nach Aufsichtsbereich: Im Versicherungsbereich gibt die FINMA die Prüfstrategie direkt vor,¹³⁹ während sie bei Banken der Aufsichtskategorien 1 und 2¹⁴⁰ die Prüfstrategie im Austausch mit der Prüfgesellschaft festlegt.¹⁴¹ Bei den übrigen Finanzinstituten kann sie die von der Prüfgesellschaft festgelegte Strategie anpassen,¹⁴² was dem Charakter der dualen Aufsicht entspricht.

a) Viel Kritik an den Prüfgesellschaften

Bereits im Nachgang zur Finanzkrise von 2008–2009 hat die Aufsichtsbehörde die «zu wohlwollend[e]» Beurteilung von Feststellungen der Prüfgesellschaften bei ihren Kunden kritisiert, was sich dadurch erkläre, dass sie «zwar aufsichtsrechtlich tätig sind, aber von ihren Kunden beauftragt und entschädigt werden».¹⁴³ Schon damals wurde gutachterlich zur vertiefteren Prüfung angeregt, dass die FINMA bei den Grossbanken die Federführung in der laufenden Aufsicht übernehmen und die Prüfgesellschaft, vorbehaltlich von Routineprüfungen zum Beispiel in der Geldwäschereibekämpfung, die Prüfaufträge von der FINMA erhalten solle.¹⁴⁴ Im Bericht zur Finanzkrise 2008–2009 bemängelt die FINMA, dass sich die EBK zu stark auf die Beurteilung der UBS durch die Prüfgesellschaft, die der UBS im Zeitraum zwischen 2005 und 2007 jeweils ein angemessenes Kontrollumfeld bestätigte, abstützte. Für die EBK bestanden nach der damaligen Einschätzung der FINMA allerdings «keine ernsthaft-

¹³⁹ FINMA Rundschreiben 2013/3 Prüfwesen, Rz 128; FINMA Jahresbericht 2023, S. 101, wobei für den Versicherungsbereich alternativ die Vorgabe des «Prüfprogramm[s]» durch die FINMA erwähnt wird; Art. 49 Aufsichtsprüfverordnung FINMA, die am 1. Januar 2025 in Kraft tritt.

¹⁴⁰ Siehe Art. 2 BankV.

¹⁴¹ FINMA Rundschreiben 2013/3 Prüfwesen, Rz 87 und 107; Art. 32 Abs. 1 Aufsichtsprüfverordnung FINMA.

¹⁴² FINMA Rundschreiben 2013/3 Prüfwesen, Rz 120; FINMA Jahresbericht 2023, S. 101; Art. 35 Aufsichtsprüfverordnung FINMA.

¹⁴³ FINMA Jahresbericht 2009, S. 74.

¹⁴⁴ Hans Geiger, Expertengutachten über das Verhalten der Finanzmarktaufsicht in der Finanzkrise, 31. Dezember 2009, S. 21 f.

ten Anzeichen», dass an den Berichten der Prüfgesellschaft etwas nicht stimmte; sie «lieferten generell keinen Beitrag zur Erkennung oder Vermeidung der Krise».¹⁴⁵ Der Bundesrat stellt in seinem Bericht vom Mai 2010 zur Finanzkrise das duale Aufsichtssystem insbesondere bei den systemrelevanten Finanzinstituten in Frage. Dabei kritisierte der Bundesrat, dass die Prüfgesellschaften nicht nur von den beaufsichtigten Banken ernannt, sondern auch von diesen entschädigt werden, was einen «institutionalisierten Interessenkonflikt» darstelle; der Bundesrat befürwortete eine stärkere direkte Überwachung durch die FINMA.¹⁴⁶ Der Internationale Währungsfonds (IWF) hat in verschiedenen Analysen des Schweizer Finanzmarktes eine Stärkung der Unabhängigkeit der Prüfgesellschaften verlangt, was sich sowohl in der vertraglichen Anbindung als auch in der Vergütung der Prüfgesellschaften durch die FINMA ausdrücken sollte.¹⁴⁷ Seit der Credit Suisse-Krise hat die FINMA diesen Aspekt wiederholt aufgenommen und zur Stärkung der Unabhängigkeit der Prüfung die Analyse der Direktmandatierung der Prüfgesellschaften durch die FINMA angeregt.¹⁴⁸

Im Zuge der Bündelung der Aufsicht über das Prüfwesen bei der Revisionsaufsichtsbehörde (RAB),

die Anfang 2015 in Kraft getreten ist, bestand die Erwartungshaltung, dass sich die Kommunikation zwischen den Prüfgesellschaften und der FINMA verbessern würde, weil die Zulassung, Beaufsichtigung und Sanktionierung der Prüfgesellschaften auf die RAB übertragen wurden und die FINMA sich fortan darauf beschränkt, die Prüfgesellschaften als wichtiges Aufsichtsinstrument¹⁴⁹ zu nutzen.¹⁵⁰ Die Berichterstattung der RAB legt nahe, dass sich diese Erwartungshaltung nicht im erhofften Masse erfüllt hat. Verlangt wird, dass die Prüfgesellschaften «mit der FINMA noch proaktiver» kommunizieren und «der FINMA qualitativ hochwertige Informationen zur Verfügung stellen».¹⁵¹

b) Kostenkontrolle durch FINMA

Gemäss Art. 8 Abs. 2 Finanzmarktprüfverordnung (FINMA-PV) dürfen Prüfmandate nicht pauschal entschädigt werden, und es ist namentlich die Vereinbarung eines bestimmten Zeitaufwands nicht erlaubt. Bei den Banken und Wertpapierhäusern müssen die Prüfgesellschaften nach der Praxis der FINMA mit der

¹⁴⁵ FINMA Finanzmarktkrise (Fn. 105), S. 41.

¹⁴⁶ Bundesrat, Das Verhalten der Finanzmarktaufsicht in der Finanzmarktkrise – Lehren für die Zukunft, 12. Mai 2010, S. 24 f.

¹⁴⁷ IWF, Switzerland – 2010 Article IV Consultation Conclusions of the Mission, 23. März 2010, Ziff. 17: «The independence of the external auditors should be better ensured. For example, payments to auditors should come directly from FINMA. This will clarify lines of control and reinforce the auditors' public responsibilities.»; IWF, Switzerland Financial System Stability Assessment, 16. April 2014, S. 8: «The auditors should not be paid by the supervised entities, but rather from a FINMA-administered bank-financed fund.»; IWF, Switzerland Financial Sector Assessment Program, Juni 2019, S. 7: «While bank supervision has become more effective under FINMA's stewardship, a more robust FINMA-led supervision is needed. [...] conflicts of interest risks need to be managed, and supervisory audits need to be focused. FINMA – rather than banks – should contract and pay audit firms directly for supervisory audits.»

¹⁴⁸ FINMA Medienmitteilung, Ex-post-Evaluation zur Revision des Rundschreibens «Prüfwesen» abgeschlossen, 31. Mai 2023; FINMA Jahresbericht 2023, S. 103. In der Sonntagszeitung, 3. November 2024, S. 37, wird der FINMA Mediensprecher wie folgt zitiert: «Um die Unabhängigkeit der weiterhin eingesetzten Prüfgesellschaften zu stärken, ist eine Direktmandatierung durch die Finma zwingend notwendig.»

¹⁴⁹ Art. 24 FINMAG.

¹⁵⁰ Botschaft zur Bündelung der Aufsicht über Revisionsunternehmen und Prüfgesellschaften vom 28. August 2013, BBl 2013, S. 6864 f: «Eine weitere Problematik ergibt sich daraus, dass die Prüfgesellschaften im Rahmen der Aufsichtsprüfung gleichzeitig sowohl als Aufsichtsinstrument und damit als «verlängerter Arm» der FINMA tätig sind als auch der Aufsicht und Sanktionierung durch die FINMA unterstehen. Diese Doppelstellung kann bei den Prüfgesellschaften Interessenkonflikte zur Folge haben, was den Nutzen ihres Einsatzes empfindlich reduziert: Es besteht die Gefahr, dass Prüfgesellschaften der FINMA wichtige Informationen über beaufsichtigte Finanzinstitute vorenthalten oder Meldungen an die FINMA unterlassen, um zu vermeiden, dass ihnen die Missstände bei einem Finanzinstitut als Versäumnis ihrer eigenen Prüfung angelastet werden. Diese Doppelstellung der Prüfgesellschaften bildet die Hauptschwachstelle des heutigen Aufsichtsregimes und zeigt die Grenzen des heutigen Systems.»; RAB Tätigkeitsbericht 2013, S. 8: «Gleichzeitig wird die FINMA im Umgang mit Prüfgesellschaften an Unabhängigkeit gewinnen, was den Austausch zwischen den Prüfgesellschaften und der FINMA über Probleme bei den beaufsichtigten Finanzinstituten verbessert.»

¹⁵¹ RAB Geschäftsbericht 2023, S. 26 sowie S. 29, wonach Feststellungen aus der Prüfung nicht im Aufsichtsbericht an die FINMA als Beanstandungen oder Empfehlungen rapportiert wurden; S. 30, wonach die RAB bei Inspektionen einige Prüfmängel festgestellt habe, die auch auf den fehlenden Austausch mit der FINMA zurückzuführen seien.

Prüfstrategie für das Berichtsjahr eine Kostenschätzung für ihre geplanten Prüfungshandlungen einreichen, wobei die geschätzten Kosten für Zusatzprüfungen separat auszuweisen und gemäss aktueller Wegleitung weiter aufzuschlüsseln sind.¹⁵² Die FINMA kann also bereits unter geltendem Recht eine detaillierte Kostenkontrolle ausüben¹⁵³ und damit wesentlichen Einfluss auf die Qualität der Prüfdienstleistungen nehmen. Allerdings übt die FINMA gemäss Berichtserstattung der Revisionsaufsichtsbehörde Druck auf die Prüfkosten aus, was kritisch gewürdigt wird.¹⁵⁴ Es ist schon aus diesem Grund keineswegs sicher, ob sich die Qualität der aufsichtsrechtlichen Prüfung aufgrund einer vertraglichen Anbindung und Abgeltung der Prüfgesellschaften durch die FINMA verbessern würde, da die Höhe der Kostenbudgets die Prüfqualität massgeblich beeinflusst.

c) Keine Patentrezepte in Sicht

Ausgangspunkt bildet die erwähnte Kritik an den Prüfgesellschaften:¹⁵⁵ In Anbetracht der wirtschaftlichen Gegebenheiten dürfte selbst bei einer Direktmandatierung der Prüfgesellschaft durch die FINMA die Beziehungsebene, auf der sich die Vertreter der Prüfgesellschaft und des beaufsichtigten Instituts begegnen, die Funktionsweise des Prüfwesens bestimmen. Dass die Honorare durch die FINMA, statt durch das beauftragte Finanzinstitut an die Prüfgesellschaft geleistet würden, erscheint – auch angesichts der Kostenkontrolle durch die FINMA im Rahmen des geltenden Rechts¹⁵⁶ – von untergeordneter Bedeutung. Da die Prüfgesellschaften im Falle einer Direktmandatierung durch die FINMA ebenfalls periodisch rotieren würden,¹⁵⁷ könnten für Wirtschaftsprüfungsgesellschaften mit breiter Dienstleistungspalette auch andere wirtschaftliche Interessen in der Zeit nach der Erbringung von Prüfdienstleistungen für ein beaufsichtigtes Institut relevant sein.¹⁵⁸ Es ist – im Vergleich zum aktuellen Prüfsystem – deshalb nicht ersichtlich, dass infolge einer Direktmandatierung durch die FINMA ein kritischeres Prüfverhalten für die Prüfgesellschaften mit einem wirtschaftlichen Vorteil verknüpft wäre. Die beabsichtigte Stärkung der Unabhängigkeit der Prüfgesellschaften aufgrund einer erweiterten Rolle der FINMA – als formeller Vertragspartner und «Brötchengeber» der Prüfgesellschaften – scheint daher weitgehend auf dem Prinzip Hoffnung zu basieren.¹⁵⁹ Zu erwarten ist hingegen, dass sich die FINMA als Vertragspartner der Prüfgesellschaften im Rahmen von

¹⁵² FINMA Rundschreiben 2013/3 Prüfwesen, Rz 106. Gemäss Wegleitung für Prüfgesellschaften von Banken, Wertpapierhäusern und Finanzgruppen zur Durchführung der Aufsichtsprüfung, Ausgabe vom 2. Februar 2024, S. 3, gilt für die Schätzung der Prüfkosten bei Banken und Wertpapierhäusern folgende weitere Aufschlüsselung: «Diese erfolgt aufgeteilt in (i) direkt für die Prüfung der Prüfgebiete anfallende Kosten und (ii) allgemeine Kosten, welche nicht den Prüfgebieten zugeordnet werden können (bspw. für Prüfungsplanung, Berichterstattung, Qualitätssicherung). Bei Beaufsichtigten der Aufsichtskategorien 1 bis 3 erfolgt die Schätzung der den Prüfgebieten zuzuordnenden Prüfkosten pro einzelnes Prüfgebiet bzw. Prüffeld.»; Art. 33 Abs. 2 Aufsichtsprüfverordnung FINMA, der am 1. Januar 2025 in Kraft tritt, betrifft zudem die Aufsichtsprüfung von Pfandbriefzentralen, Finanzmarktinfrastrukturen und Personen nach Art. 1b BankG.

¹⁵³ Siehe FINMA Lessons Learned (Fn. 49), S. 13, wo im Kontext des allgemeinen Rückgangs der Prüfkosten ausgeführt wird, dass aufgrund der Risikobeurteilung der FINMA und der Verschlechterung des FINMA-Ratings der Credit Suisse auf die höchste Stufe (rot) im Jahr 2020 das Budget für die Aufsichtsprüfung der Credit Suisse wieder erhöht wurde.

¹⁵⁴ RAB Geschäftsbericht 2023, S. 26 f., wo die Reduktion der Prüfkosten teilweise als «beunruhigend» bezeichnet wird, was «zu einer unangemessenen Abdeckung der Risiken bei der Prüfung einer Bank führen» könne, und S. 28, wo sich die Feststellung findet, dass neue Prüftechnologien in der Aufsichtsprüfung (Data Analytics) praktisch nicht eingesetzt werden, was unter anderem mit «sinkenden Prüfbudgets aufgrund der Intervention durch die FINMA» begründet wird.

¹⁵⁵ Siehe unter II.2.a).

¹⁵⁶ Siehe dazu unter II.2.b).

¹⁵⁷ Siehe Bericht des Bundesrates zur Bankenstabilität (Fn. 1), S. 305.

¹⁵⁸ Auch der Bericht des Bundesrates zur Bankenstabilität (Fn. 1), S. 303, verweist im Kontext aufsichtsrechtlicher Probleme von Prüfkunden auf «zukünftige Mandate» der Prüfgesellschaft. Der FINMA Jahresbericht 2023, S. 103, spricht im Kontext der Unabhängigkeit von neu nominierten Prüfgesellschaften die vorangegangenen Beratungsmandate, Personalbeistellungen und Begleitungen von Unternehmensübernahmen an.

¹⁵⁹ Ebenfalls kritisch Bericht des Bundesrates zur Bankenstabilität (Fn. 1), S. 307: «Unklar ist zudem, ob die Direktmandatierung mögliche Interessenkonflikte der Prüfgesellschaft tatsächlich zusätzlich einschränkt. Es besteht durchaus die Möglichkeit, dass die von der FINMA mandatierte Prüfgesellschaft weiterhin Eigeninteressen verfolgt, um dem geprüften Beaufsichtigten oder der FINMA zu gefallen.»

Art. 19 FINMAG haftungsmässig weiter exponiert. Die (systemrelevanten) Finanzinstitute würden damit noch mehr zur Staatssache, was mit der Too-big-to-fail-Regulierung gerade verhindert werden soll. Zwar spricht auch der Bundesrat die erhöhten Staatshaftungsrisiken an, hält die Direktmandatierung der Prüfgesellschaften durch die FINMA aber für «erstrebenswert» und will gar die Abschaffung des dualen Aufsichtssystems für die systemrelevanten Banken weiter prüfen.¹⁶⁰ Zu Letzterem hat ein langjähriger früherer Direktor der Eidgenössischen Bankenkommission eine klare Meinung: «Die Qualität wäre aber deswegen nicht sichergestellt».¹⁶¹

Es steht – vorbehaltlich der erforderlichen personellen Ressourcen – nichts entgegen, dass die FINMA die Prüfgesellschaften in ihren Arbeiten stärker begleitet, wie es bereits im Nachgang zur Krise der UBS 2008–2009 angekündigt wurde.¹⁶² Soweit sich die Begleitung durch Vertreter der FINMA im Rahmen des Prüfprogramms hält, handelt es sich nicht um eine verkappte Vor-Ort-Kontrolle der Aufsichtsbehörde. Die Begleitung erfolgt im Hinblick auf das vertiefere Verständnis der Vorgehensweise und der Erlangung der Prüfungsergebnisse durch die Prüfgesellschaften, was einer zweckorientierten Auslegung der Berichterstattungspflicht der Prüfgesellschaft gegenüber der FINMA entspricht.¹⁶³ Der Klarheit halber könnte im FINMAG festgelegt werden, dass die Beaufichtigten der Aufsichtsbehörde zur Begleitung der Prüfgesellschaften jederzeit Zugang zu ihren Geschäftsräumen und Systemen gewähren müssen.¹⁶⁴

3. Bussenkompetenz der Revisionsaufsichtsbehörde – Eine valable Option

Der Bericht des Bundesrates zur Bankenstabilität hält fest, dass eine Kompetenz der Revisionsaufsichtsbehörde zur Auferlegung von pekuniären Verwaltungssanktionen gegenüber Revisionsunternehmen eingeführt werden könnte.¹⁶⁵ Es erscheint nicht als zwingend, die Prüfgesellschaften bzw. Revisionsunternehmen für sämtliche Revisionsdienstleistungen¹⁶⁶ einer Bussenregelung zu unterstellen, wengleich die erwähnten Vorbehalte gegen die Qualität von Prüfgesellschaften¹⁶⁷ auch bei der gesellschaftsrechtlichen Revisionsstelle¹⁶⁸ moniert werden.¹⁶⁹ Eine umfassende Bussenkompetenz der RAB hätte über den Finanzsektor hinaus volkswirtschaftliche Bedeutung und ist – auch im Hinblick auf die ausreichende Verfügbarkeit von Revisionsdienstleistungen – einer separaten Beurteilung zu unterziehen.

Aufgrund der wiederholt angesprochenen Qualitätsdefizite in der Aufsichtsprüfung¹⁷⁰ erscheint die Bussenkompetenz der Revisionsaufsichtsbehörde grundsätzlich als eine verhältnismässige Variante, welche insbesondere steigende Staatshaftungsrisiken anderer Eingriffe ins Prüfwesen vermeidet.¹⁷¹ Wengleich sich eine Bussenkompetenz der RAB in Enforcementverfahren gegenüber Prüfgesellschaften negativ auswirken könnte, wie es auch bei Finanzinstituten zu befürchten ist,¹⁷² präsentiert sich die Situation insofern anders, als eine Prüfgesellschaft, mit der sich im Rahmen eines Enforcementverfahrens der RAB eine langwierige Auseinandersetzung ergibt, durch das Finanzinstitut ausgewechselt werden kann.¹⁷³ Auf dieser Grundlage können auch Bussen ge-

¹⁶⁰ Bericht des Bundesrates zur Bankenstabilität (Fn. 1), S. 308.

¹⁶¹ Daniel Zuberbühler, Oligopol der Prüfgesellschaften als Aufsichtsproblem, Festschrift für Peter Nobel, Bern 2005, S. 817 (Hervorhebung in der Quelle), der sich dabei auf Beispiele staatlicher Examinatoren im Ausland bezieht und das Ende des dualistischen Aufsichtssystems als «ein Horrorszenario, das es tunlichst zu vermeiden gilt,» begreift. Gemäss Zulauf (Fn. 67), S. 5, sollte eine «reine Direktaufsicht der FINMA» für systemrelevante Banken erwogen werden: «Das wäre effizienter und günstiger.»

¹⁶² FINMA Jahresbericht 2009, S. 74.

¹⁶³ Siehe Art. 27 Abs. 1 FINMAG mit der offenen Formulierung «Die Prüfgesellschaft erstattet der FINMA Bericht», was eine laufende Berichterstattung gegenüber der FINMA im Rahmen der Prüfungsbegleitung nicht ausschliesst.

¹⁶⁴ Siehe auch Art. 13 Abs. 2 RAG.

¹⁶⁵ Bericht des Bundesrates zur Bankenstabilität (Fn. 1), S. 285.

¹⁶⁶ Siehe Art. 2 lit. a RAG.

¹⁶⁷ Siehe dazu unter II.2.a).

¹⁶⁸ Siehe insbesondere Art. 727 ff. OR.

¹⁶⁹ Siehe etwa 10 Jahre RAB, Jubiläumsbeilage, Einleitung | RAB 2017, S. 4 und S. 6 f.

¹⁷⁰ Siehe unter II.2.a).

¹⁷¹ Dazu insbesondere unter II.2.

¹⁷² Siehe unter I.6.

¹⁷³ Die Bedenken der Revisionsaufsichtsbehörde hinsichtlich der Konzentration von Prüfmandaten bei einzelnen grossen Wirtschaftsprüfungsgesellschaften im Sinne des Klumpenrisikos und der Wissenskonzentration (RAB Geschäftsbericht 2023, S. 19) sind auch in diesem Zusammenhang zu sehen.

gen leitende Prüfer¹⁷⁴ in Betracht fallen, was die Wirksamkeit des Prüfwesens weiter erhöhen dürfte.

Könnte eine Bussenkompetenz der RAB Sand ins Getriebe von Enforcementverfahren der FINMA streuen?¹⁷⁵ Die Prüfgesellschaften unterliegen neben den Beaufsichtigten der Auskunftspflicht und Meldepflicht gemäss Art. 29 FINMAG. Auf dieser Grundlage könnte eine Prüfgesellschaft im Rahmen eines Enforcementverfahrens der FINMA gegen ein Finanzinstitut unter Berufung auf das Selbstbelastungsverbot eine eingeschränkte Mitwirkungspflicht monieren, sofern sich die Prüfgesellschaft vor negativen Auswirkungen in einem gegen sie gerichteten Enforcementverfahren der RAB schützen will.¹⁷⁶ Begründet würde dies damit, dass Informationen, welche die Prüfgesellschaft an die FINMA leistet, aufgrund von Art. 28 Abs. 2 FINMAG an die Revisionsaufsichtsbehörde gelangen. Zwar soll nach einer Lehrmeinung hinsichtlich einer Informationsübermittlung keine Interessenabwägung möglich sein.¹⁷⁷ Unter gesetzessystematischem Gesichtspunkt fallen seitens der FINMA aber die Verweigerungsgründe gemäss Art. 40 FINMAG in Betracht.¹⁷⁸ Somit lässt sich den Umständen des Einzelfalles angemessen Rechnung tragen, zumal Art. 40 lit. b FINMAG Konstellationen erfasst, bei denen die Bekannt- oder Herausgabe ein laufendes Verfahren der FINMA gegen ein Finanzinstitut oder deren Vertreter gefährden könnte. Der Bussenkompetenz der Revisionsaufsichtsbehörde stehen somit grundsätzlich keine Hindernisse aus dem Aufsichtsbereich der FINMA entgegen.

Die Bussenkompetenz der Revisionsaufsichtsbehörde ist bei den Instituten, die durch die FINMA beaufsichtigt werden, sowohl für die Aufsichts- als auch für die Rechnungsprüfung weiterzuverfolgen; sie könnte die Revisionsunternehmen und die leitenden

Prüfer erfassen. Wir sollten beim Prüfwesen wirkungsorientiert nachlegen!

4. Vermeidung von Doppelspurigkeiten – Prüfwesen als Kooperationsmodell

Das Bundesgericht ordnet die Prüfung seit langem dem «Kern- und Angelpunkt» des Bankengesetzes zu.¹⁷⁹ Gleichwohl findet sich schon im Entwurf zu einem Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen in der Botschaft vom 2. Februar 1934 eine Bestimmung (Art. 18 Abs. 3), wonach eine Bank, die ein fachkundiges Revisorat besitzt, dessen Berichte der Revisionsstelle vorzulegen hat; «Doppelspurigkeiten in der Kontrolle sind möglichst zu vermeiden.»¹⁸⁰ Diese Vermeidung von Doppelspurigkeiten bildet also quasi Bestandteil der bankengesetzlichen DNA und damit ein wichtiges Element im Bauplan des Bankengesetzes; eine entsprechende Regelung findet sich nun in Art. 24 Abs. 2 Satz 2 FINMAG.

Die FINMA hat im Rundschreiben 2013/3 Prüfwesen in der am 1. Januar 2013 in Kraft getretenen Fassung festgelegt, dass Prüfgesellschaften sich in einem Prüfgebiet nicht in zwei aufeinanderfolgenden Prüfzyklen auf die Arbeiten der internen Revision abstützen dürfen.¹⁸¹ Mit der Änderung des FINMA Rundschreibens 2013/3 vom 20. Juni 2018 wurde diese Restriktion – unter Kritik der Revisionsaufsichtsbehörde¹⁸² – aufgegeben und die Abstützung auf Arbeiten der internen Revision durch die Prüfgesellschaften ausgeweitet,¹⁸³ was nun in die Verordnung der FINMA

¹⁷⁴ Siehe Art. 6 FINMA-PV.

¹⁷⁵ Diese Frage stellt sich, selbst wenn auf eine Bussenkompetenz der FINMA gegenüber den Finanzinstituten verzichtet wird (dazu unter I.6).

¹⁷⁶ Siehe dazu bei Fn. 99.

¹⁷⁷ BSK FINMAG – Daniel C. Pfiffner, 3. Aufl., Art. 28, N 74.

¹⁷⁸ Siehe Botschaft zum Finanzmarktinfrastrukturgesetz (FinfraG) vom 3. September 2014, BBl 2014, S. 7609, wo unter den «anderen inländischen Aufsichtsbehörden» im Sinne von Art. 39 FINMAG (mit der Sachüberschrift «Andere inländische Behörden») auch die Revisionsaufsichtsbehörde erwähnt wird. Auf dieser Grundlage dürfte die RAB auch als «andere inländische Behörde» gemäss Art. 40 FINMAG qualifizieren.

¹⁷⁹ BGE 103 Ib 350, E. 7.a.

¹⁸⁰ BBl 1934 I 197.

¹⁸¹ Rundschreiben 2013/3 Prüfwesen, Stand 1. Januar 2013, Rz 49.

¹⁸² RAB, Anhörung: Rundschreiben 2013/3 Prüfwesen, 31. Januar 2018, S. 2 zu Rz 49: «Wenn sich die Prüfgesellschaft über Jahre hinweg in denselben Prüfgebieten auf die Arbeiten der internen Revision abstützt, ohne eigene Prüfungshandlungen durchzuführen, entsteht das Risiko einer «Betriebsblindheit». Wir beantragen deshalb, eine maximale Abstützungsdauer festzulegen (z.B. 3 Jahre). Alternativ könnte vorgesehen werden, dass die Prüfgesellschaft die Arbeiten der internen Revision in der Prüftiefe «Prüfung» in angemessener Weise wiederholt (Reperformance); damit kann die Qualität der Arbeiten der internen Revision besser beurteilt werden.»

¹⁸³ Siehe FINMA Rundschreiben 2013/3 Prüfwesen, Stand 20 Juni 2018, Rz 47.1 ff.; Art. 5 Abs. 3 FINMA-PV.

über die Aufsichtsprüfung überführt wurde.¹⁸⁴ In der Ex-post Evaluation zur Teilrevision des FINMA Rundschreibens 2013/3 Prüfwesen bestätigt die FINMA, dass die angestrebte Kostenreduktion von 30 Prozent für die Basis- und Zusatzprüfung bei den Banken und im Asset Management erreicht wurde.¹⁸⁵ Aufgrund der beabsichtigten Effizienzsteigerung im Prüfwesen bildete auch eine breitere Abstützung auf Arbeiten und Erkenntnisse der internen Revision, um Doppelspurigkeiten zu vermeiden, Gegenstand der Ex-post Evaluation.¹⁸⁶ Gemäss Berichterstattung der RAB ist das unsachgemässe Abstützen auf Arbeiten der internen Revision eine wiederholte Ursache von mangelhaften Prüfungsleistungen, indem zum Beispiel nicht präzise geprüft werde, ob die interne Revision die zu bestätigenden Prüfpunkte vollumfänglich abgedeckt oder ob sie die Prüfungshandlungen mit der kritischen Grundhaltung und der notwendigen Sorgfalt durchgeführt habe.¹⁸⁷

Angesichts der «Effizienzsteigerungen» im Prüfwesen durch vermehrtes Abstellen auf Arbeiten der internen Revision darf nicht aus den Augen verloren werden, dass es sich bei der internen Revision um ein Führungsinstrument des Verwaltungsrates des beaufsichtigten Finanzinstituts handelt.¹⁸⁸ Die Prüfung von Beaufsichtigten erfolgt also massgeblich durch Ressourcen, die selbst der Prüfung unterliegen müssen, was die Sicherheit der externen Aufsichtsprüfung tendenziell einschränkt.¹⁸⁹ Bereits für das Jahr 2010 hielt die FINMA fest, dass der Anteil der internen Revision am gesamten Prüfaufwand, gemessen in Personen-

jahren, rund 60 Prozent betrage.¹⁹⁰ Dieser Prozentsatz dürfte sich seither weiter erhöht haben. Die FINMA sollte regelmässig über den Anteil der internen Revision am gesamten Prüfaufwand Bericht erstatten, so dass sich die Tragweite der Kooperation bei der Aufsichtsprüfung zwischen den unternehmensinternen Prüfressourcen und der externen Prüfgesellschaft für Aussenstehende besser nachvollziehen lässt.

Die interne Revision von Finanzinstituten sollte aufgrund ihrer Bedeutung in der externen Aufsichtsprüfung aufsichtsrechtlich noch stärker erfasst werden, sei es dass deren Berichte – wie diejenigen der externen Aufsichtsprüfung¹⁹¹ – an die FINMA gelangen,¹⁹² sei es dass der Leiter der internen Revision der Meldepflicht gemäss Art. 29 Abs. 2 FINMAG unterstellt wird.¹⁹³

III. Ein Zwischen-Ausblick – Regulierung mit Augenmass

Die Wettbewerbsfähigkeit des Finanzplatzes Schweiz bildet ein bedeutendes Sekundärziel der Finanzmarktaufsicht.¹⁹⁴ Damit ist auch die wirtschaftliche Effizienz von Finanzinstituten angesprochen, welche durch die Regulierung massgeblich beeinflusst wird. Im Hinblick auf die regulatorische Bewältigung der Credit Suisse-Krise liegt bereits viel Papier auf dem

¹⁸⁴ Art. 4 Abs. 2 und Art. 19 Aufsichtsprüfverordnung FINMA, die am 1. Januar 2025 in Kraft tritt.

¹⁸⁵ FINMA, Bericht über die Ergebnisse der Ex-post-Evaluation zur Teilrevision des FINMA-Rundschreibens 2013/3 «Prüfwesen», 31. Mai 2023, S. 6 f., mit kritischen Anmerkungen der RAB, etwa dass sich das Nichtaufdeckungsrisiko erhöht habe; FINMA Jahresbericht 2023, S. 87 f.

¹⁸⁶ FINMA Ex-post-Evaluationsbericht Prüfwesen (Fn. 185), S. 5 f.

¹⁸⁷ RAB Geschäftsbericht 2023, S. 29; siehe auch die kritische Haltung der RAB, die im FINMA Ex-post-Evaluationsbericht Prüfwesen (Fn. 185), S. 17, wiedergegeben wird.

¹⁸⁸ Siehe FINMA Rundschreiben 2017/1 Corporate Governance – Banken, Rz 82 ff.; FINMA Rundschreiben 2017/2 Corporate Governance – Versicherer, Rz 44 ff.

¹⁸⁹ Siehe Bundesgericht 4A_91/2016, E. 2.5.1 «Eine Abklärung, deren Wahrheitswert allein davon abhängt, dass sich die Gegenpartei ehrlich verhält, ist in der Regel kein geeignetes Instrument zur Kontrolle der Ehrlichkeit dieser Partei, da sie voraussetzt, was kontrolliert werden soll.»

¹⁹⁰ FINMA Jahresbericht 2010, S. 76; siehe auch <www.finma.ch/de/news/2010/04/aktuell-umfrage-pruefarbeiten-20100419/>.

¹⁹¹ Art. 27 Abs. 1 FINMAG.

¹⁹² Siehe dazu etwa <www.finma.ch/de/dokumentation/enforcementberichterstattung/kasuistik/2022-07/>, wonach trotz wiederholten Warnungen seitens der internen Revision ein in der Krankenversicherung tätiges Versicherungsunternehmen die sich aus der Geschäftsbeziehung mit einer Versicherungsvermittlungsgesellschaft ergebenden Risiken ungenügend erfasste, begrenzte und überwachte, so dass teilweise wirtschaftlich nicht gerechtfertigte Provisionen bezahlt wurden, welche die Rentabilität der Neuabschlüsse in Frage stellten. Die FINMA verpflichtete das Versicherungsunternehmen unter anderem, die Zusatzversicherten wegen der Fehlallokationen zwischen 2013 und 2019 im Umfang von CHF 129 Mio. zu entschädigen, wobei der Fall auch in den Medien hohe Wellen geworfen hat. Gemäss Art. 13 Abs. 3 FINMA-PV müssen die Beaufsichtigten den Prüfgesellschaften die Berichte ihrer internen Revision rechtzeitig zustellen.

¹⁹³ Siehe zur Ausweitung der meldepflichtigen Personen im Allgemeinen den Bericht des Bundesrates zur Bankenstabilität (Fn. 1), S. 295 f.

¹⁹⁴ Art. 4 Satz 2 FINMAG.

Tisch, und es kommt noch mehr. Die Gefahr ist gross, dass ein grosser Fall zu einem grossen regulatorischen Aktivismus führt. Die Wunschliste der FINMA, welche der Bundesrat durch umfangreiche Empfehlungen und weitere Abklärungen unterstützt,¹⁹⁵ ist kritisch zu reflektieren und unnötige oder gar kontraproduktive¹⁹⁶ Lösungsansätze sind vom Fuder zu entfernen.

Als der Chefredaktor der Neuen Zürcher Zeitung die Verwaltungsratspräsidentin der FINMA zum Interview empfing, war in der Ankündigung zu lesen, dass «insbesondere die FINMA vor der Herausforderung [steht], das Vertrauen der Bevölkerung und der Anleger zurückzuholen».¹⁹⁷ Vertrauen kann nicht herbeireguliert werden, Vertrauen entsteht durch beherrschtes Agieren im Aufsichtsalltag. Dass dies nie zur Freude aller erfolgen kann, ist eine Binsenwahrheit. Der FINMA Direktor hat es bereits auf den Punkt gebracht: «Wir werden proaktiver kommunizieren, wo wir neue Risiken sehen, was wir machen, um diesen vorzubeugen, und wie wir abgeschnitten haben.»¹⁹⁸ Damit kann die FINMA Vertrauen in ihre Arbeit schaffen, ohne dass es einer erweiterten Enforcement-Kommunikation bedürfte.¹⁹⁹

Es ist eine risikoorientierte Weiterentwicklung der Regulierung anzustreben, welche bei den grossen Risiken im Finanzmarkt auch die Möglichkeit des Scheiterns von Finanzinstituten und der Finanzmarktaufsicht einbezieht. Im Hinblick auf eine vermehrte Verzahnung der FINMA mit den (grossen) Finanzinstituten ist daher grösste Vorsicht geboten.²⁰⁰ Wenn ein systemrelevantes Finanzinstitut in Schieflage gerät, müssen wir es fallen lassen können, ohne damit eine Welle von Verantwortlichkeitsklagen (Art. 19 FINMAG) loszutreten. Das Insolvenzrecht mit erweiterten Abwicklungsmöglichkeiten bildet daher den Leitstern in den weiteren Regulierungsbemühungen.²⁰¹

IV. Gerichts- und Behördenpraxis

1. Interne Untersuchungen – Keine strafrechtlichen Garantien

Tauchen in einem Finanzinstitut Probleme auf, die sich nicht sofort zweifelsfrei aufklären lassen, verlangen die gesellschafts- und finanzmarktaufsichtsrechtlichen Vorgaben²⁰² nach einer vertieften Abklärung, oftmals in Form einer internen Untersuchung.²⁰³ So war es auch, als gegen eine Führungskraft einer Bank («Director») der Vorwurf sexueller Belästigung aufkam. Im Urteil 4A_368/2023 vom 19. Januar 2024 hat das Bundesgericht die arbeitsrechtlichen Folgen beurteilt. Die Ausführungen des Gerichts zu den Rahmenbedingungen für interne Untersuchungen werden nachstehend im finanzmarktaufsichtsrechtlichen Kontext beleuchtet.

Das Gericht kommt zum Schluss, dass ein unabhängiges Team²⁰⁴ den im Fokus stehenden Arbeitnehmer und weitere Personen befragt, die Ergebnisse in einem Untersuchungsbericht festgehalten und der internen Disziplinarstelle präsentiert hat.²⁰⁵ «Nur schon der Untersuchungsbericht zeige», dass die Bank «die Vorwürfe sorgfältig untersucht habe» (E. 3.2). Soweit diese Rahmenbedingungen erfüllt sind, unterstützen sie unter finanzmarktaufsichtsrechtlichem Blickwinkel das Anliegen, wonach die FINMA, wenn immer möglich, auf Untersuchungsberichte von Beaufichtigten abstellen sollte, sodass auf zusätzliche Abklärungen durch aufsichtsrechtliche Prüf- oder Untersuchungsbeauftragte²⁰⁶ verzichtet werden kann.²⁰⁷ Doppelspurigkeiten sind im Finanzmarktenforcement – ebenso wie im Verhältnis der Prüfgesellschaft –

¹⁹⁵ Siehe I.1.

¹⁹⁶ Siehe insbesondere unter I.5 und I.6 sowie unter II.2.

¹⁹⁷ Neue Zürcher Zeitung, 19. Oktober 2024, S. 28.

¹⁹⁸ Walter (Fn. 25), S. 7.

¹⁹⁹ Siehe dazu unter I.5.

²⁰⁰ Siehe dazu unter II.2.

²⁰¹ Siehe dazu schon oben unter I.1.b).

²⁰² Siehe Art. 716a Abs. 1 Ziff. 5 OR; Art. 717 Abs. 1 OR sowie in allgemeiner finanzmarktaufsichtsrechtlicher Hinsicht die Gewährbestimmungen (Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG; Art. 11 Abs. 1 FINIG).

²⁰³ Bundesverwaltungsgericht B-3625/2014, E. 4.2.

²⁰⁴ E. 4.5: «umfangreiche Abklärungen durch ein eigens dafür vorgesehenes Team». Im Urteil 4A_694/2015, E. 2.4, hält das Bundesgericht zur Unabhängigkeit des Untersuchungsteams fest: «éventuellement par un mandataire externe si l'accusation est grave».

²⁰⁵ Gemäss E. 4.3 wurde auch ein Teil der elektronischen Kommunikation des Arbeitnehmers untersucht.

²⁰⁶ Art. 24a und Art. 36 FINMAG.

²⁰⁷ Siehe dazu auch Bundesverwaltungsgericht B-3625/2014, E. 4.2.

ten und der internen Revision von Finanzinstituten²⁰⁸ – möglichst zu vermeiden.

a) Einhaltung des bankinternen Regelwerkes

Gemäss dem «Merkblatt sexuelle Belästigung» der Bank hatte der Arbeitnehmer das Recht auf Begleitung durch eine Vertrauensperson. Gegen diesen Grundsatz wurde im Rahmen der internen Untersuchung verstossen, zumal der betroffene Arbeitnehmer nur eine Einladung zu einem Gespräch – ohne Hinweis auf dessen Inhalt oder Zweck – erhalten habe. Er habe daher keine Gelegenheit gehabt, sich auf das Gespräch vorzubereiten (E. 3.3). Nach Auffassung des Bundesgerichts überspannte die Vorinstanz die Anforderungen an die interne Untersuchung, indem sie verlangte, dass dem betroffenen Arbeitnehmer vorgängig hätte mitgeteilt werden müssen, worum es beim «Gespräch» bzw. der Befragung im Rahmen der internen Untersuchung geht. Es sei ausreichend, dass der Arbeitnehmer «erst zu Beginn des Gesprächs (...) dessen Zweck und Inhalt erfuhre». Selbst die strafprozessualen Vorgaben gemäss Art. 158 Abs. 1 lit. a StPO verlangen nach den Ausführungen des Gerichts lediglich, dass die Polizei oder die Staatsanwaltschaft die beschuldigte Person zu Beginn der ersten Einvernahme in einer ihr verständlichen Sprache darauf hinweist, dass gegen sie ein Vorverfahren eingeleitet worden ist und welche Straftaten Gegenstand des Verfahrens bilden. Art. 143 Abs. 6 StPO hält sodann fest, dass die einzuvernehmende Person ihre Aussagen aufgrund ihrer Erinnerung macht und sie nur mit Zustimmung der Verfahrensleitung schriftliche Unterlagen verwenden darf, was vermeiden soll, dass die einzuvernehmende Person aufgrund einer vorbereiteten schriftlichen Stellungnahme argumentiert (E. 4.4.1). Die Anwendbarkeit der strafprozessualen Grundsätze im Rahmen arbeitsrechtlicher interner Untersuchungen lehnt das Gericht generell ab.²⁰⁹ Für interne Untersuchungen im finanzmarktaufsichtsrechtlichen Kontext kann nichts anderes gelten.

Den Verstoß gegen das «Merkblatt sexuelle Belästigung» der Bank, welches das Recht des Arbeitnehmers auf Vertretung durch eine Vertrauensperson vorsah, erachtet das Bundesgericht als nicht problematisch (E. 4.4.2). Nach Auffassung des Gerichts gilt dies umso mehr, als der Arbeitnehmer kein weiteres

Gespräch unter Anwesenheit einer Vertrauensperson verlangte. In diesem Kontext wird auch erwähnt, dass der betroffene Arbeitnehmer Gelegenheit hatte, das Protokoll der Befragung durchzusehen und Änderungen anzubringen.²¹⁰

Um sich gegen Vorwürfe im Zusammenhang mit der Durchführung von internen Untersuchungen zu wappnen, kommt der einwandfreien prozeduralen Ausgestaltung eine zentrale Rolle zu. Jedenfalls sollte die prozedurale Gerechtigkeit nicht der materiellen Wahrheitsfindung geopfert werden. Ansonsten erscheint die Beeinträchtigung der institutsinternen Compliance-Kultur als unausweichlich: Die Untreue der Bank gegenüber dem eigenen internen Regelwerk weicht unweigerlich die Disziplin der Mitarbeitenden gegenüber diesem Regelwerk auf. Es mangelt daher einer internen Untersuchung, die sich nicht an die betriebseigenen Regeln hält, an Glaubwürdigkeit, was umso schwerer wiegt, als die Verwendung dieses oftmals ressourcenintensiven Instruments für sich in Anspruch nimmt, im Dienste einer ausgeprägten Compliance-Kultur zu stehen.

b) Wie sind zu befragende Personen zu informieren?

Es lässt sich den Erwägungen des Gerichts entnehmen, dass einer zu befragenden Person die Umstände der Vorwürfe nicht minutiös genau mitzuteilen sind – *in casu* «wann er wen, wo und wie sexuell belästigt habe» –, sondern dass die Vorwürfe gemessen an den Anforderungen an eine interne Untersuchung «hinreichend präzise» sein müssen, um sich dagegen verteidigen zu können.²¹¹ Das Bundesgericht verweist auf den «Zielkonflikt zwischen dem legitimen Selbstverteidigungsrecht des beschuldigten Arbeitnehmers und dem Schutz der meldenden [*in casu* offenbar sexuell belästigten] Personen» (E. 4.4.3). Eine generische und anonymisierte Information kann sich in Abhängigkeit von den konkreten Umständen daher als genügend erweisen. Unter finanzmarktaufsichtsrechtlichem Gesichtspunkt rechtfertigt sich ein derartiges Vorgehen, weil es im Rahmen von internen

²⁰⁸ Art. 24 Abs. 2 Satz 2 FINMAG; dazu auch oben unter II.4.

²⁰⁹ E. 4.1 und E. 4.4.2.

²¹⁰ E. 4.3.

²¹¹ E. 4.4.3, wonach die Bank in Abrede stellte, «dass die Vorwürfe völlig im Vagen geblieben seien» und Ausführungen zu den konkreten Vorwürfen, mit denen der Arbeitnehmer im Rahmen der internen Untersuchung konfrontiert wurde.

Untersuchungen – schon mit Blick auf die Ziele der Finanzmarktaufsicht²¹² – vermieden werden sollte, Mitarbeitende eines Finanzinstituts mit zusätzlichem Wissen zu versorgen, welches über die Abklärung ihres konkreten Beitrags zu einem Fehlverhalten hinausgeht. Andernfalls könnten sich zudem die Risiken für das Finanzinstitut erhöhen.

c) Interne Untersuchung – Übung mit Tiefgang

Da Verdachtskündigungen im Arbeitsrecht als zulässig gelten, behalten die Ergebnisse nach erfolgter Kündigung selbst dann ihre Wirksamkeit, wenn sich der Verdacht später als unbegründet erweist (E. 4.4.3). Wenn gleich die Unfehlbarkeit von internen Untersuchungen als theoretisches Postulat erscheint, sind bloss «Verdachtsergebnisse» zu vermeiden, weil sie nicht im Gesellschaftsinteresse des Finanzinstituts liegen,²¹³ mangels der erforderlichen Qualität auch im Aufsichtsprozess keine Rolle spielen können²¹⁴ und allenfalls für das Finanzinstitut zu neuen (aufsichtsrechtlichen) Problemen führen. Interne Untersuchungen müssen im Finanzmarktbereich Gewähr für (möglichst) einwandfreie Erkenntnisse liefern, sodass einem Verdacht mit Nachdruck auf den Grund zu gehen ist.

2. Interne Untersuchungen und Siegelung – Keine Aushöhlung des Anwaltsgeheimnisses

Im Urteil 7B_158/2023 vom 6. August 2024 (zur Publikation vorgesehen) hat das Bundesgericht die Entsigelung eines internen Untersuchungsberichts samt Anhängen und Beilagen abgelehnt. Soweit es sich der Sachverhaltsdarstellung des Bundesgerichts und entsprechenden Medienberichten entnehmen lässt, wurde die Untersuchung durch eine grosse Wirtschaftsprüfungsgesellschaft unter der Leitung einer Anwaltskanzlei geführt, wobei sich die Arbeitsteilung unter diesen Dienstleistern nicht im Einzelnen nachvollziehen lässt.²¹⁵ Erfahrungsgemäss kümmert sich eine Wirtschaftsprüfungsgesellschaft etwa um die fo-

rensische Grobanalyse grosser digitaler Datensätze, welche sie der Anwaltskanzlei zur vertiefteren Abklärung zur Verfügung stellt.

Die Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich hat sich in Verallgemeinerung der Rechtsprechung des Bundesgerichts auf den Standpunkt gestellt, dass die Abklärung komplexer Sachverhalte generell keine anwaltstypische Tätigkeit darstelle (E. 3.3). Davon will das Bundesgericht nichts wissen. Massgeblich ist also nicht die Mandatsgrösse bzw. der Umfang einer internen Untersuchung, sondern «ob gesetzlich vorgeschriebene Dokumentations- und Aufbewahrungspflichten dadurch umgangen werden, dass sie an eine Anwaltskanzlei delegiert werden».²¹⁶ Das Bundesgericht bemerkt, dass es sich *in casu* nicht um bankinterne Abklärungen im Zusammenhang mit dem Geldwäschereigesetz handelt, sondern um die «Abklärung, Zusammentragung und Aufbereitung des rechtlich relevanten Sachverhalts im Hinblick auf verschiedene bereits hängige und noch drohende Rechtsstreitigkeiten», in welchen die Bankengruppe durch die Anwaltskanzlei in rechtlicher Hinsicht vertreten und beraten werde (E. 3.2).

Von vornherein irrelevant ist, ob es sich um körperliche oder in elektronischer Form vorliegende Unterlagen handelt, sodass auch E-Mails und deren Anhänge ins geschützte Vertrauensverhältnis zwischen Anwalt und Klientschaft eingebracht werden können (E. 4.1). Es war im vorliegenden Fall unbestritten, dass die bankinternen Unterlagen, die von den Anwälten zwecks Erstellung des Untersuchungsberichts gesichtet bzw. analysiert wurden, nicht als vom Anwaltsgeheimnis geschützt gelten (E. 4.3). Entgegen dem unbearbeiteten Datenpool stellt allerdings das Ergebnis der Datenselektion als anwaltstypische Tätigkeit gemäss Vorinstanz ein geschütztes Produkt dar (E. 4.2). Das Bundesgericht nimmt diesen Gedanken auf und unterwirft die Kopien, welche als Beilagen dem Untersuchungsbericht angefügt wurden, dem anwaltsrechtlichen Vertrauensbereich.²¹⁷

In diesem Zusammenhang hält das Bundesgericht fest, «[d]ass die Schwierigkeiten bei der Wahrheitsfindung durch das Anwaltsgeheimnis möglicherweise erhöht werden, muss in einem Rechtsstaat in Kauf genommen werden» (E. 4.3). Allerdings bleibt der unbe-

²¹² Art. 4 FINMAG.

²¹³ Siehe dazu unter IV.1.a).

²¹⁴ Siehe dazu nach Fn. 205.

²¹⁵ Sachverhalt A. und E. 3.2, wonach es sich bei der C. AG um die Anwaltskanzlei handelt, welche die E. AG (Wirtschaftsprüfungsgesellschaft) als Hilfsperson beizog, wengleich dieser Dienstleister offenbar direkt von der Bankengruppe

mandatiert war; siehe auch Sonntagszeitung, 15. September 2024, S. 37.

²¹⁶ E. 3.3.

²¹⁷ E. 4.3.

arbeitete Datensatz bankintern integral erhalten und kann von den Strafverfolgungsbehörden selbst durchsucht werden. Das Anwaltsgeheimnis verursacht in dieser Hinsicht keinerlei Erschwernis, kann aber selbstverständlich nicht zur Erleichterung der Arbeit der Strafverfolgungsbehörden ausgeblendet werden, indem sich diese Behörden bei den durch anwaltliche Dienstleistungen gewonnenen Erkenntnissen einfach bedienen können.

a) Rückblick

Im März 2018 hat das Bundesgericht zugunsten der Entsigelung von Unterlagen entschieden, die sich auf eine umfangreiche bankinterne Untersuchung im Bereich der Geldwäschereibekämpfung bezogen.²¹⁸ Dabei wurde im Wesentlichen argumentiert, dass nicht ersichtlich sei, weshalb für komplexe interne Untersuchungen und Audits dieser Art – mit Befragungen von Mitarbeitern und Auswertungen von zahlreichen Informationsquellen – «notwendigerweise Anwaltskanzleien herangezogen werden müssten und weder bankinterne Rechts- und Controlling-Abteilungen noch spezialisierte externe Wirtschaftsprüfungs-, Revisions- und Auditingunternehmen den massgeblichen Sachverhalt ausreichend hätten abklären können». Nach damaliger Auffassung des Bundesgerichts bleiben nur «berufstypische – etwa forensische, rechtsgeschäftsplanende oder rechtsberatende – anwaltliche Aufgaben» ausgenommen, weshalb unter den gegebenen Umständen – es «wurden auf anderem 520 000 E-Mails und zahlreiche Telefonaufzeichnungen ausgewertet und diverse Bankmitarbeiter zu den verdächtigen Sachverhalten befragt» – bloss auf eine «akzessorische anwaltliche <Geschäftstätigkeit>» geschlossen wurde.²¹⁹ Dieses Urteil aus dem Jahre 2018 basiert auf den ausgeprägten Dokumentationspflichten des Finanzintermediärs, wie sie sich insbesondere aus Art. 7 Abs. 2 GwG und Art. 22 GwV-FINMA ergeben. Die Vorinstanz hatte gemäss den Ausführungen des Bundesgerichts zwar festgehalten, dass «zu keinem Zeitpunkt die Gefahr einer Umgehung der Bestimmungen des GwG» bestanden habe.²²⁰ Nach Auffassung des Bundesgerichts «droht hier (mangels einer

geeigneten erhältlichen GwG-Dokumentation) eine Umgehung der geldwäschereigesetzlichen Dokumentationspflicht», weshalb eine Delegation der bank-eigenen gesetzlichen Compliance- und Controlling-Aufgaben sowie der damit verbundenen Pflicht, verdächtige Geschäftsabläufe sachgerecht zu dokumentieren,²²¹ quasi fingiert wurde. Im Urteil vom März 2018 hat das Bundesgericht mangels einer durch die geldwäschereirechtlichen Pflichten verlangten, «geeignete[n] Dokumentation» seitens der Bank²²² auf die Entsigelung von Unterlagen aus einer internen Untersuchung geschlossen.

b) Rechtslage bei umfassenden internen Untersuchungen in Finanzinstituten

Das Urteil des Bundesgerichts vom August 2024 hält fest, dass nicht abschliessend darüber entschieden werden müsse, «ob komplexe interne Untersuchungen (insbesondere mit umfassenden Befragungen von Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern einer Unternehmung) – oder Aufträge, die sich allenfalls gar auf die reine Ermittlung des Sachverhalts begrenzen – generell als anwaltstypische Tätigkeiten qualifiziert werden können».²²³ Allerdings weist das Urteil in die richtige Richtung. Die Grössenverhältnisse einer internen Untersuchung können nach den Ausführungen des Bundesgerichts, wie erwähnt, keine Rolle spielen. Auch die Form der «Unterlagen» ist nach Auffassung des Gerichts nicht von Bedeutung.²²⁴ Das Anwaltsgeheimnis muss nach richtiger Auffassung auch Informationen umfassen, die aufgrund von Mitarbeiterbefragungen gewonnen werden. In der Befragung von Mitarbeitenden kommt der «Zuspitzung» auf die rechtlichen Belange eine erhebliche Bedeutung zu, so dass juristisches Fachwissen in der Regel als unentbehrlich erscheint. Das Finanzinstitut, das eine Anwaltskanzlei mit der Durchführung einer internen Untersuchung beauftragt, welche die Befragung von Mitarbeitenden einschliesst, bringt somit auch die damit verbundenen Erkenntnisse in den Vertraulichkeitsbereich des Kontaktes mit den Anwälten ein. Dass derartige Befragungen durch Anwälte im Vorfeld einer Untersuchung durch die Strafverfolgungsbehörden die Wahrnehmung und Bewertung von Aspekten des

²¹⁸ Bundesgericht 1B_433/2017; siehe dazu *Urs Bertschinger*, Das Finanzmarktaufsichtsrecht vom vierten Quartal 2017 bis ins vierte Quartal 2018, SZW 2018, S. 723 f.

²¹⁹ Bundesgericht 1B_433/2017, E. 4.16.

²²⁰ Bundesgericht 1B_433/2017, E. 4.1.

²²¹ Bundesgericht 1B_433/2017, E. 4.13.

²²² Bundesgericht 1B_433/2017, E. 4.18.

²²³ Bundesgericht 7B_158/2023, E. 3.3 *in fine*.

²²⁴ E. 4.1.

Sachverhalts seitens von Mitarbeitenden eines Finanzinstituts beeinflussen können, ist als Ausfluss der Unternehmensführung hinzunehmen,²²⁵ zumal Bankorgane von Gesellschafts- und Finanzmarktaufsichtsrechts wegen zur Abklärung undurchsichtiger Situationen verpflichtet sind.²²⁶ Im Hinblick auf die Qualitätssicherung, zumal bei potenziell gravierenden Verfehlungen, werden unabhängige externe Dienstleister beigezogen, um seitens der Institutsorgane der erforderlichen Sorgfalt im Zusammenhang mit den Abklärungen zu genügen.²²⁷ Dabei spielt die Perzeption eines unvoreingenommenen Dritten, dass die Unabhängigkeit einer internen Untersuchung selbst dem Anschein nach nicht beeinträchtigt sein darf, eine bedeutende Rolle.²²⁸

c) Anwaltsgeheimnis und Umgehung finanzmarktaufsichtlicher Dokumentationspflichten

Das Geschäft von Finanzinstituten verlangt nach Dokumentation. In allgemeiner Form fliesst die Dokumentationspflicht bereits aus dem (bankengesetzlichen) Gewährserfordernis und einer ordnungsgemässen Verwaltungsorganisation.²²⁹ Die vorstehend dargelegte Rechtsprechung des Bundesgerichts aus dem Jahr 2018²³⁰ basiert letztlich darauf, dass die Finanzintermediäre des Geldwäschereigesetzes – aufgrund ausgeprägter Dokumentationspflichten – als Gehilfen der Strafverfolgungsbehörden aufgefasst werden.²³¹ Wie dem auch sei, für die unter den übrigen Finanzmarktgesetzen²³² erfassten Finanzdienstleister trifft dies nicht zu, sodass auch die Ergebnisse von komplexen

internen Untersuchungen mit Befragungen von Mitarbeitenden dem Anwaltsgeheimnis unterliegen müssen. Das Abstellen auf finanzmarktaufsichtliche Dokumentationspflichten ist keine hinreichende Begründung, um die Einschränkung des Anwaltsgeheimnisses zu rechtfertigen. Anders entscheiden hiesse, den finanzmarktaufsichtlichen Vorschriften generell eine der Strafverfolgung dienende Funktion zuzuerkennen, wofür keine Grundlage ersichtlich ist. Dass interne Untersuchungen oftmals vorwiegend Sachverhaltsabklärungen betreffen, sodass in diffusen Situationen überhaupt einmal Klarheit darüber geschaffen wird, was abgelaufen ist, ändert daran nichts, weil derartige Abklärungen durch Anwälte, wie bereits erwähnt wurde, stets im rechtlichen Kontext erfolgen. Wer diesen rechtlichen Kontext nicht kennt, weiss oftmals gar nicht, wonach er suchen soll.

Analysen von Unzulänglichkeiten und der entsprechenden Verantwortlichkeiten in einem Bankbetrieb durch Anwälte lassen sich nach dem Gesagten nicht ohne Weiteres als «gesetzlich vorgeschriebene Compliance-Aufgaben» auffassen, die vom Schutzbereich des Anwaltsgeheimnisses auszuklammern seien.²³³ Das Aufzeigen von Fehlerquellen und sogar das Auflisten von spezifischen fehlenden Dokumentationen, etwa nach den Vorgaben des Finanzdienstleistungsrechts,²³⁴ im Rahmen von anwaltlichen Dienstleistungen zur Untersuchung von Organisationsmängeln in Finanzinstituten können deshalb grundsätzlich nicht der Compliance-Funktion dieser Organisationen zugeordnet werden. Ansonsten würde anwaltliche Tätigkeit stets als Erfüllung von Geschäftsführungsaufgaben der Finanzdienstleister fingiert, womit das Anwaltsgeheimnis zum Zwecke der Erleichterung der Strafverfolgung ausgehöhlt wäre.

d) Offenlegung des Untersuchungsberichts gegenüber der FINMA und Anwaltsgeheimnis

Sobald die FINMA davon erfährt, dass ein Finanzinstitut in einem potenziellen Problemfall eine interne Untersuchung angestossen hat, werden erfahrungs-

²²⁵ In dieser Hinsicht kann die bereits erwähnte Auffassung des Bundesgerichts, wonach das Anwaltsgeheimnis die Schwierigkeiten bei der Wahrheitsfindung möglicherweise erhöhe (siehe nach Fn. 217), einen gewissen realen Gehalt aufweisen.

²²⁶ Siehe dazu unter IV.1 am Anfang.

²²⁷ Art. 717 Abs. 1 OR sowie die aufsichtsrechtliche Gewähr (Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG; Art. 11 FINIG).

²²⁸ Hier reflektiert sich der Gehalt von Art. 728 Abs. 1 OR.

²²⁹ Daniel Koller, Das Schweizerische Bankgeschäft, 2021, S. 743 f.; siehe auch Bundesverwaltungsgericht B-2204/2011, E. 10.1–10.6, wo unter anderem als problematisch erachtet wurde, dass bloss «mündliche Verträge abgeschlossen» wurden.

²³⁰ Siehe IV.2.a).

²³¹ Kritisch Marcel Alexander Niggli/Dimitros Karathanassis, Finanzintermediäre werden zu Ausführungsgehilfen der Behörden, Neue Zürcher Zeitung, 25. Juli 2017.

²³² Siehe Art. 1 Abs. 1 FINMAG.

²³³ Siehe Bundesgericht 7B_158/2023, E. 3.1 *in fine*, wo sich auch der Zusatz «insbesondere Banken-Compliance im Zusammenhang mit der Geldwäschereigesetzgebung» findet.

²³⁴ Siehe Art. 15 FIDLEG.

gemäss die Zwischenberichte und der Schlussbericht zur Einlieferung an die Aufsichtsbehörde abgerufen. Das Bundesgericht hat sich im Urteil 7B_158/2023 auch mit der Frage befasst, ob der Untersuchungsbericht dadurch den Schutzbereich des Anwaltsgeheimnisses verlässt. Zwar entfällt der Schutz des Anwaltsgeheimnisses durch «freiwillige und bewusste Kundgabe» ursprünglich geheimer Informationen an einen Dritten, etwa an eine Versicherungsunternehmung oder eine Behörde (E. 5.1). Gegenüber der FINMA bestehen für die Finanzinstitute allerdings aufsichtsrechtlich durchsetzbare Mitwirkungspflichten,²³⁵ was – selbst im Falle einer freiwilligen Offenlegung – gegen den Verlust des Geheimnischarakters eines Untersuchungsberichts spricht (E. 5.2).

Schliesslich lief die beschwerdeführende Oberstaatsanwaltschaft vor Bundesgericht auch mit dem Argument auf, dass der Untersuchungsbericht auch bei der FINMA erhoben werden könne, was nicht Gegenstand des Verfahrens war. In einem anderen Verfahren hat sich denn auch gezeigt, dass die FINMA nicht ohne Weiteres kooperationsbereit ist.²³⁶ Zwar tauschen die FINMA und die Strafverfolgungsbehörden Informationen aus,²³⁷ wobei der FINMA gemäss Art. 40 FINMAG verschiedene Verweigerungsgründe zustehen. Es stellt sich ganz allgemein die Frage, ob es Aufgabe des Finanzmarktaufsichtsrechts sein kann, das Anwaltsgeheimnis auszuhebeln, indem die FINMA Untersuchungsberichte, welche beaufsichtigte Institute erarbeiten lassen und der Aufsichtsbehörde liefern (müssen), ohne Weiteres den Strafverfolgungsbehörden zugänglich machen würde. Dagegen sprechen sowohl die potenzielle Beeinträchtigung der Aufsichtstätigkeit als auch der Zweck der Finanzmarktaufsicht,²³⁸ und zwar unabhängig davon, ob der Beaufsichtigte – wie im vorliegenden Fall – bei einer Übermittlung von geheimnisgeschützten Informatio-

nen an die FINMA zum Ausdruck bringt, am Anwaltsgeheimnis festhalten zu wollen.²³⁹

3. «Voucher Token» – Effekten

Das Finanzmarktaufsichtsrecht unterliegt im Wesentlichen dem Grundsatz «*substance over form*».²⁴⁰ Es wird also grundsätzlich auf den wirtschaftlichen Gehalt von Sachverhalten abgestellt und nicht auf die formal-rechtliche Ausgestaltung. Letzteres würde die Umgehung finanzmarktaufsichtsrechtlicher Vorgaben begünstigen, was den Wirkungsgrad des Aufsichtsrechts empfindlich schwächen könnte. Nach der Praxis der FINMA gilt die wirtschaftliche Betrachtungsweise auch für die finanzmarktaufsichtsrechtliche Einordnung von kryptobasierten Vermögenswerten.²⁴¹ Im Rahmen eines Verfahrens betreffend unerlaubte Tätigkeit als Effektenhändler hat sich das Bundesverwaltungsgericht im Urteil B-4185/2020 vom 16. Januar 2024 mit der Qualifikation von Token als Effekten im Sinne von Art. 2 lit. b aFinfraG²⁴² befasst. Konkret ging es um sog. Voucher Token, welche auf der Ethereum-Blockchain basierten und im Hinblick auf die Gründung einer Bank im Ausland emittiert wurden. Der Zweck der Token bestand einzig darin, in Coins umgewandelt zu werden, die von einer noch zu gründenden Bank emittiert werden sollten und sodann gewisse Rechte im Verkehr mit dieser Bank verkörpern würden.²⁴³ Diese Voucher Token stellten damit – nach dem Verständnis der FINMA²⁴⁴ –

²³⁵ Siehe Art. 29 FINMAG.

²³⁶ Siehe BGE 142 IV 207, E. 7.2.1 und E. 8.14, wonach sich die FINMA einem Ersuchen der Strafverfolgungsbehörde um Aktenherausgabe gestützt auf Art. 40 FINMAG widersetzt: «Die FINMA begründete dies mit der «sehr hohen Kooperationsbereitschaft», welche sie (als Aufsichtsbehörde) von der beschuldigten Bank erwarte. Eine Herausgabe des Memorandums durch die FINMA würde deren Aufsichtstätigkeit «auf Dauer nachhaltig beeinträchtigen.»»

²³⁷ Art. 38 FINMAG.

²³⁸ Siehe Art. 40 lit. b und c FINMAG.

²³⁹ E. 5.2.

²⁴⁰ Siehe Urs Bertschinger, Institutsaufsicht – Bewilligungspflicht und Bewilligungsverfahren für Finanzdienstleister und Finanzprodukte, in: Peter Sester u.a. (Hrsg.), St. Galler Handbuch zum Schweizer Finanzmarktrecht, Finanzmarktaufsicht und Finanzmarktinfrastrukturen, Zürich/St. Gallen 2018, S. 384, N 4.

²⁴¹ Siehe FINMA Wegleitung für Unterstellungsanfragen betreffend Initial Coin Offerings (ICOs) vom 16. Februar 2018 und deren Ergänzung betreffend Stable Coins vom 11. September 2019.

²⁴² Der relevante Sachverhalt spielte sich im Wesentlichen zwischen Juli 2018 und Mai 2019 ab (E. 2.), sodass noch nicht die Bestimmungen zur Anpassung des Bundesrechts an Entwicklungen der Technik verteilter elektronischer Register, die erst am 1. August 2021 in Kraft traten, zur Anwendung gelangten.

²⁴³ Sachverhalt B. und E. 4.2.6.

²⁴⁴ FINMA Wegleitung für Unterstellungsanfragen betreffend Initial Coin Offerings (ICOs) vom 16. Februar 2018, S. 3.

Anlage-Token dar,²⁴⁵ womit sie grundsätzlich im Fokus der Effektdenition lagen.

Unbestritten war, dass es sich bei den Token um Wertrechte im Sinne von Art. 973c aObligationenrecht handelte (E. 4.2). Umstritten war jedoch, ob die Token übertragbar sein müssen, um als Effekten zu qualifizieren. In der damals geltenden – ebenso wie in der aktuellen Fassung – verlangt die entsprechende Definition des Finanzmarktinfrastrukturgesetzes, dass die Effekten vereinheitlichte und zum massenweisen Handel geeignete Instrumente darstellen.²⁴⁶ Das Bundesverwaltungsgericht fasst die Übertragbarkeit – entgegen der Einschätzung der FINMA – als zwingenden Bestandteil der Eignung zum massenweisen Handel auf (E. 4.2.8). Da im «Token Offer Document» kein generelles Übertragungsverbot verankert wurde und die Übertragung auch unter technischen Gesichtspunkten («Freezing») nicht grundsätzlich unterbunden war, erachtet das Bundesverwaltungsgericht die Handelbarkeit der Voucher Token als gegeben.²⁴⁷

Anzumerken bleibt, dass ein bloss vertragliches Übertragungsverbot hinsichtlich kryptobasierter Instrumente in einem Offering Document deren Handelbarkeit bzw. Effektenqualität nicht auszuschliessen vermag, sofern die technische Infrastruktur die Übertragbarkeit ermöglicht. Es kann im Hinblick auf die Verwirklichung der Ziele der Finanzmarktaufsicht²⁴⁸ nicht massgeblich sein, was die Parteien vereinbart haben, da sich Verstösse gegen derartige Vereinbarungen nicht ausschliessen lassen.²⁴⁹

4. Meldepflicht bei Geldwäschereiverdacht – Einbettung in der Corporate Governance

Im Urteil 6B_1176/2022, 6B_1198/2022 vom 5. Dezember 2023 hat das Bundesgericht eine Meldepflichtverletzung unter dem Geldwäschereigesetz (GwG) beurteilt. Massgeblich war die Fassung von

Art. 9 aGwG, wie sie bis Ende 2015 in Kraft war. Es geht um den «begründeten Verdacht», ob die involvierten Vermögenswerte einen kriminellen Hintergrund haben:²⁵⁰ Der Keim des Zweifels schafft einen Handlungsdruck, der sich – aufgrund weiterer Abklärungen – nur in der zweifelsfreien «Clearance» von Transaktionen oder einer Meldung an die Meldestelle für Geldwäscherei (MROS) auflösen lässt. Dabei kann eine ungewöhnliche Transaktion einen Schatten auf andere, zunächst als unproblematisch eingeschätzte Transaktionen werfen, sodass stets die gesamte Geschäftsbeziehung zu einem Kunden hinsichtlich ihrer Legalität im Auge zu behalten ist (E. 4.2.2). Selbstverständlich entfällt die Meldepflicht nicht durch die bloss Sperrung der Vermögenswerte oder den Abbruch der Geschäftsbeziehung (E. 4.2.3). Nachdem die Bank Kenntnis von Verfahrensschritten im Zusammenhang mit Abklärungen zu einem betrügerischen Konkurs im Umfeld der Kundenbeziehung hatte, hätte sie eine Meldung an die MROS gemäss Art. 9 aGwG absetzen müssen (E. 4.2.4).

a) Rechtsgrundlagen zur Governance der geldwäschereirechtlichen Meldepflicht

Die Verantwortlichkeit für die Erfüllung der Meldepflicht wird in den internen Weisungen geregelt.²⁵¹ Das interne Regelwerk der Bank sah im vorliegenden Fall vor, dass die Compliance-Abteilung und der CEO der Bank für die Erfüllung der Meldepflicht zuständig sind. Obwohl die Vorinstanz feststellte, dass der beschuldigte CEO die Meldepflicht fahrlässig verletzte, wurde er infolge Verjährung freigesprochen (E. 5.1). Dazu verlangt das Bundesgericht in der Rückweisung des Falles an die Vorinstanz eine vertiefte Prüfung.²⁵²

Nachdem der CEO am 1. Oktober 2012 die Funktion des Verwaltungsratspräsidenten der Bank übernommen hatte, war er folglich nicht mehr der Direktverantwortliche («responsible direct») für die Erfüllung der Meldepflicht. Das Bundesgericht verweist aber auf Art. 6 Abs. 2 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR). Nach dieser Bestimmung un-

²⁴⁵ E. 4.2.7.

²⁴⁶ Art. 2 lit. b aFinfraG bzw. Art. 2 lit. b FinfraG.

²⁴⁷ E. 4.2.9 bis E. 4.2.14, wo auch darauf hingewiesen wird, dass die Token *in casu* nicht für eine Gegenpartei gesondert geschaffen und bei mehr als 20 Kunden platziert wurden (Art. 2 Abs. 1 aFinfraV).

²⁴⁸ Siehe Art. 4 FINMAG.

²⁴⁹ Ausgenommen bleiben lediglich gewisse Fälle im Kontext des Individualschutzes, soweit sie sich unter dem Gesichtspunkt des mündigen Anlegers rechtfertigen; siehe dazu im Kontext der Eignungsprüfung Art. 17 Abs. 4 FIDLEV.

²⁵⁰ Zwar hat sich die Gesetzgebung zum begründeten Verdacht seither weiterentwickelt (dazu *Urs Bertschinger*, Das Finanzmarktaufsichtsrecht vom vierten Quartal 2020 bis ins vierte Quartal 2021, SZW 2021, S. 749 f.), ohne dass dies die Aktualität des Urteils beeinträchtigen würde.

²⁵¹ Art. 24 aGwV-FINMA in Kraft bis Ende 2015; Art. 26 GwV-FINMA.

²⁵² E. 5.2.4 *in fine*.

tersteht der Geschäftsherr, Arbeitgeber, Auftraggeber oder Vertretene, der es vorsätzlich oder fahrlässig in Verletzung einer *Rechtspflicht* unterlässt, eine Widerhandlung des Untergebenen, Beauftragten oder Vertreters abzuwenden oder in ihren Wirkungen aufzuheben, den Strafbestimmungen, die für den entsprechend handelnden Täter gelten. Art. 6 Abs. 3 VStrR sieht sodann vor, dass, falls der Geschäftsherr, Arbeitgeber, Auftraggeber oder Vertretene eine juristische Person, Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft, Einzelfirma oder Personengesamtheit ohne Rechtspersönlichkeit ist, Art. 6 Abs. 2 VStrR auf die schuldigen Organe, Organmitglieder, geschäftsführenden Gesellschafter, tatsächlich leitenden Personen oder Liquidatoren angewendet wird. Damit blieb der ehemalige CEO der Bank, welcher in das Präsidium des Bankverwaltungsrates wechselte, – wenn auch indirekt – im Fokus der Verantwortlichkeit für die Erfüllung der GwG-Meldepflicht.

Mit Blick auf die in Art. 6 Abs. 2 VStrR erwähnte «Rechtspflicht» fiel unter den gegebenen Umständen Art. 716a Abs. 1 Ziff. 5 OR in Betracht.²⁵³ Diese aktienrechtliche Bestimmung verpflichtet den Verwaltungsrat einer Bankaktiengesellschaft, die Oberaufsicht über die mit der Geschäftsführung betrauten Personen, namentlich im Hinblick auf die Befolgung der Gesetze, Statuten, Reglemente und Weisungen, im Sinne einer unübertragbaren und unentziehbaren Aufgabe zu erfüllen. Das Bundesgericht erachtet Art. 716a Abs. 1 Ziff. 5 OR als Ausdruck der Garantstellung («position de garant») im Sinne von Art. 6 Abs. 2 VStrR, die sich in der Pflicht zur Vermeidung unerwünschten Verhaltens manifestiert, indem eine

Überwachung, die Erteilung von Weisungen und, sofern nötig, korrigierende Interventionen erfolgen.²⁵⁴

Zur Tragweite der Überwachungspflicht wird ausgeführt, dass nicht erwartet werden könne, dass der Bankverwaltungsrat spezifisch und andauernd alle delegierten Geschäfte überprüft. Trotz der Delegation, welche im Bankgeschäft grundsätzlich von Verordnungsrechts wegen erfolgen muss,²⁵⁵ bleibt der Bankverwaltungsrat hinsichtlich einer angemessenen Kontrolle über die Geschäftsführung («contrôle approprié») in der Pflicht. Hier liegt die eigentliche Krux in arbeitsteiligen Organisationen. Die Überwachungspflicht des Bankverwaltungsrates findet ihre Grenze gemäss Bundesgericht im Vertrauensprinzip («principe de la confiance»). Dabei verweist das Gericht auch auf das strassenverkehrsrechtliche Vertrauensprinzip, wonach jede Person, soweit es die Umstände rechtfertigen, mit einer gewissen Vorsicht der anderen Personen rechnen dürfe: «Transposé à la collaboration dans le travail, ce principe signifie que chaque personne est en droit de présumer que la personne affectée à une tâche exécutera celle-ci dans les règles de l'art, à moins que des indices permettent d'en douter objectivement.» Eine intensivierete Überwachung durch den Bankverwaltungsrat dränge sich nur auf, wenn konkrete Indizien für ein Fehlverhalten («indices concrets») geschäftsführender Personen bestehen (E. 5.2.2).

b) Bedeutung der bankenrechtlichen Gewaltenteilung

Im vorliegenden Fall versuchte sich der Präsident des Verwaltungsrates der Bank – und frühere CEO – seiner Verantwortung für die Erfüllung der geldwäschereirechtlichen Meldepflicht dadurch zu entziehen, indem er sich auf eine Anordnung der FINMA berief, wonach er sich nicht in operative Belange einmischen dürfe. Konkret hatte die FINMA offenbar angeordnet, dass der Bankverwaltungsratspräsident nicht ein «mandat à caractère opérationnel» ausüben und die neue Geschäftsleitung auch nicht beraten könne. Zudem hat sich der Verwaltungsratspräsident auf die Regelungen in den FINMA Rundschreiben zur Corporate Governance berufen, wonach es dem Präsidenten des Verwaltungsrates verwehrt sei, als Mitglied des Audit

²⁵³ Das Bundesgericht verweist in E. 5.2.2 auf BGE 122 III 195, E. 3.a, wo sich zur Geschäftsführungshaftung der Mitglieder des Verwaltungsrates folgende Ausführungen finden: «De manière générale, l'administrateur doit faire preuve de toute la diligence nécessaire à la gestion des affaires sociales (art. 722 al. 1 aCO); il ne suffit pas d'observer la «diligentia quam in suis» (...). Il est tenu en particulier de surveiller les personnes chargées de la gestion et de la représentation, afin d'assurer à l'entreprise une activité conforme à la loi, aux statuts et aux règlements; il doit également se faire renseigner régulièrement sur la marche des affaires (art. 722 al. 2 ch. 3 aCO). En cas de délégation valable, l'administrateur ne répond pas personnellement des fautes commises par ses subordonnés, mais uniquement, en principe, de la «cura in eligendo, instruendo et custodiendo.»»

²⁵⁴ E. 5.2.2 und E. 5.2.1.

²⁵⁵ Art. 11 Abs. 2 BankV.

Committee zu wirken.²⁵⁶ Auf dieser spezialrechtlichen Grundlage habe er gar nicht mehr im Hinblick auf die Erfüllung der Meldepflicht – als operative Aufgabe – durch die Bank intervenieren können, sodass die Überwachungspflicht gemäss Art. 716a Abs. 1 Ziff. 5 OR verdrängt werde. Davon will das Bundesgericht verständlicherweise nichts wissen, indem es hervorhebt, dass der Bankverwaltungsratspräsident gerade deshalb von der Entscheidungsfunktion ausgeschlossen sei, um seiner Überwachungspflicht nachkommen zu können: «interdit d'être partie et juge» (E. 5.2.3).²⁵⁷

c) Zurechnung von Verantwortlichkeit auf der obersten Führungsebene der Bank

Die Sachverhaltsdarstellung des Bundesgerichts zeigt, dass der nun als Präsident des Verwaltungsrats agierende frühere CEO der Bank offenbar über Kenntnisse heikler Vorgänge im Kontext der relevanten Kundenbeziehung verfügte. So war er über die Vermögenssperre informiert, welche die Bank infolge der Probleme im Heimatland des Kunden als «mesure de contôle interne» über das Kundenvermögen legte.²⁵⁸ Anlässlich einer Sitzung des Audit Committee der Bank vom 29. März 2011, zu welcher der Beschuldigte eingeladen war, wurde ausgeführt, dass es sich bei der betreffenden Kundenbeziehung um eine russische PEP-Beziehung²⁵⁹ handelt, die von der Compliance Abteilung der Bank aktiv verfolgt werde. Anlässlich dieser Sitzung wurde zur geldwäschereirechtlichen Meldepflicht auch festgehalten, dass aufgrund einer «transaction non expliquée» nicht automatisch eine Meldung an die MROS erfolgen müsse. Sodann war der Beschuldigte zu einer Sitzung des Audit Committee der Bank vom 20. März 2012 eingeladen, an welcher unter anderem eine Liste mit PEP-Beziehungen, die als

«high risk» bezeichnet waren, kommentiert wurde, wobei auch die fragliche Kundenbeziehung auf dieser Liste figurierte. Aus einem Dokument, welches dem Sitzungsprotokoll beigelegt wurde, ergab sich, dass es im Kontext der betreffenden Kundenbeziehung zu einer Untersuchung wegen eines betrügerischen Konkurses gekommen war.²⁶⁰

Auf dieser Grundlage wurde der Bankverwaltungsratspräsident zunächst wegen fahrlässiger Meldepflichtverletzung (Art. 37 Abs. 2 GwG) verurteilt, vor zweiter Gerichtsinstanz aber freigesprochen.²⁶¹ Das Bundesgericht verlangt von der Vorinstanz vertiefende Sachverhaltsabklärungen, ob und inwiefern der Beschuldigte von weiteren Sachverhaltselementen – einem russischen Rechtshilfeersuchen, welches durch die Genfer Strafverfolgungsbehörden bearbeitet wurde, sowie einer Schweizer Strafuntersuchung – Kenntnis hatte, welche die früheren Verdachtsmomente verstärken und eine Meldung an die MROS hätten auslösen müssen oder ob zumindest weitere Abklärungen bei den zuständigen Stellen der Bank hätten eingeleitet werden sollen (E. 5.2.4). Es ist auf dieser Grundlage nicht klar zu erkennen, welche Bedeutung das Bundesgericht der Überwachungspflicht des Verwaltungsratspräsidenten gemäss Art. 716a Abs. 1 Ziff. 5 OR²⁶² zumisst. Würde allein das Wissen des Beschuldigten zur fraglichen Kundenbeziehung, welches er als CEO der Bank erlangte und in seine Funktion als Verwaltungsratspräsident mitgenommen hat, unter seiner Überwachungspflicht als relevant erachtet, wäre die Frage nach weiteren Abklärungen bei den zuständigen Stellen der Bank nicht von der Kenntnis weiterer Sachverhaltselemente seitens des Verwaltungsratspräsidenten abhängig, wie es die vorstehenden Ausführungen des Bundesgerichts nahelegen. Stattdessen wäre durch die Vorinstanz zu klären, ob der Verwaltungsratspräsident aufgrund seines aktuellen Wissens aus seiner früheren Position als CEO der Bank tatsächlich periodisch Abklärungen zum Stand der betreffenden Kundenbeziehung bei den bankinternen Stellen getroffen oder Weisungen erteilt hat, über diese Kundenbeziehung informiert zu werden, sowie ob er von diesen internen Stellen korrekt informiert wurde. Ob und inwiefern die Überwachungspflicht des Verwaltungsratspräsidenten in der weiteren Beurteilung des Falles relevant ist, lässt sich auf-

²⁵⁶ aFINMA-Rundschreiben 2008/24 Überwachung und interne Kontrolle Banken, Rz 40: «Der Vorsitzende des Verwaltungsrats soll dem Audit Committee nicht angehören. Entscheidet das Institut, dass dieser dem Audit Committee angehört, so ist dies im Jahresbericht zu begründen»; FINMA-Rundschreiben 2017/1 Corporate Governance – Banken, Rz 33: «Der Präsident des Oberleitungsorgans soll grundsätzlich weder Mitglied des Prüfausschusses noch Vorsitzender des Risikoausschusses sein.»

²⁵⁷ Das Verbot der Überprüfung eigener Arbeiten, welches der Aktienrechtsgesetzgeber in Art. 728 Abs. 2 Ziff. 4 OR für den Revisor verankert hat, bildet Ausdruck einer allgemeinen Leitlinie wirksamer Corporate Governance.

²⁵⁸ Sachverhalt C.c.

²⁵⁹ PEP für «Politically Exposed Person».

²⁶⁰ Sachverhalt C.d.

²⁶¹ Sachverhalt A., B. und C.

²⁶² Siehe dazu E. 5.2.1 bis E. 5.2.3.

grund der Rückweisung an die Vorinstanz, wie erwähnt, nicht eindeutig abschätzen.

Der Verwaltungsratspräsident war nicht direkter Adressat der GwG-Meldepflicht.²⁶³ Unter der Überwachungspflicht des Art. 716a Abs. 1 Ziff. 5 OR hängt die Beurteilung aus Sicht des Verwaltungsratspräsidenten von seinem Wissensstand ab. Wenn man bedenkt, dass im Rahmen der betreffenden Geschäftsbeziehung, die im Jahr 2007 eröffnet wurde und im Jahr 2010 30 Konten und Unterkonten umfasste, über welche insgesamt über US Dollar 700 Millionen geflossen waren, und es sich seit Beginn der Geschäftsbeziehung um eine PEP-Beziehung bzw. eine Geschäftsbeziehung mit erhöhtem Risiko handelte,²⁶⁴ wird die Frage unausweichlich: Musste der Bankverwaltungsratspräsident, nachdem er auf den 1. Oktober 2012 von seiner ehemaligen Funktion als CEO ins Präsidium des Verwaltungsrates der Bank wechselte, diese umfangreiche und für ihn – in seiner Funktion als CEO – ersichtlich problematische Geschäftsbeziehung als Ausfluss seiner aktienrechtlichen Überwachungspflicht weiter verfolgen? Er verfügte nach der Darstellung des Bundesgerichts aufgrund seiner früheren Funktion als CEO der Bank über eigene Verdachtsmomente («anciens soupçons déjà présents») und hatte Kenntnis von der Vermögenssperre hinsichtlich der fraglichen Kundenbeziehung, ohne dass eine Meldung an die MROS erfolgte.²⁶⁵ Diese Vermögenssperre stand – als bloss internes Kontrollmittel²⁶⁶ – unter dem damals geltenden Recht im Dunstkreis einer Meldepflicht an die MROS²⁶⁷ oder einer Vertragsverletzung seitens der Bank.²⁶⁸ Der Verwaltungsrat muss allemal auf eine gesetzeskonforme Geschäftsführung achten, die sich auch in Übereinstimmung mit den vertraglichen Pflichten der Bank gegenüber den Kunden befindet.

²⁶³ Siehe dazu nach Fn. 252.

²⁶⁴ Sachverhalt C.b.

²⁶⁵ Siehe dazu bei Fn. 258.

²⁶⁶ Sachverhalt C.c.

²⁶⁷ Der ab 1. Januar 2010 geltende Art. 10 GwG (Vermögenssperre) sah Folgendes vor: «Ein Finanzintermediär muss ihm anvertraute Vermögenswerte, die mit der Meldung nach Artikel 9 im Zusammenhang stehen, unverzüglich sperren. Er erhält die Vermögenssperre aufrecht, bis eine Verfügung der zuständigen Strafverfolgungsbehörde bei ihm eintrifft, längstens aber fünf Werktage ab dem Zeitpunkt, in dem er der Meldestelle Meldung erstattet hat.»

²⁶⁸ Siehe BSK GwG-Lea Ruckstuhl, Art. 10, N 5, wenn auch im Kontext des Melderechts.

Das Urteil des Bundesgerichts sollte Bankverwaltungsräte jedenfalls nicht in falscher Sicherheit wiegen. Zwar nimmt das Bundesgericht die «surveillance rapprochée» des Verwaltungsrates nur an im Falle von «indices concrets», dass die Geschäftsleitungsmitglieder («délégués») ein mangelhaftes Verhalten an den Tag legen.²⁶⁹ Im Hinblick auf ein wirksames Risikomanagement in einer Bank kann dies freilich einen trügerischen Eindruck von der tatsächlich erforderlichen Handhabung der Überwachungspflicht des Verwaltungsrates vermitteln. Positives Wissen aus einer früheren Funktion im Unternehmen kann die Brücke zu einer pflichtwidrigen Unterlassung schlagen. Das Bundesgericht hat im Rahmen der Geschäftsführungshaftung des Art. 754 OR schon festgehalten, dass der nicht geschäftsführende Verwaltungsrat «zwar nicht verpflichtet [ist], jedes einzelne Geschäft der mit der Geschäftsführung und Vertretung Beauftragten zu überwachen, sondern sich auf die Überprüfung der Tätigkeit der Geschäftsleitung und des Geschäftsganges beschränken [darf]. Dazu gehört, dass er sich laufend über den *Geschäftsgang* informiert».²⁷⁰ Es darf daher nicht überraschen, falls ein Gericht den Verwaltungsratspräsident *in casu* fragt, ob er sich bankintern nach dem *Gang* dieser komplexen und offensichtlich problematischen Kundenbeziehung²⁷¹ erkundigte.

5. Verantwortlichkeit – Schutzschild für die FINMA

Aufsicht ist kein «free lunch»; das Damoklesschwert der Verantwortlichkeit schwebt über der FINMA und ihren Mitarbeitenden (Art. 19 FINMAG). Mit dem Inkrafttreten des Finanzmarktaufsichtsgesetzes wurde die Verantwortlichkeit der FINMA auf die Verletzung wesentlicher Amtspflichten beschränkt, wobei ein Schaden nicht einer Pflichtverletzung eines Beaufichtigten entspringen darf.²⁷² Unter praktischem

²⁶⁹ E. 5.2.2 *in fine*.

²⁷⁰ Bundesgericht 4C.358/2005, E. 5.2.1, Hervorhebung hinzugefügt.

²⁷¹ Dass bankintern genügend Umstände bekannt waren, die einen begründeten Verdacht im Sinne von Art. 9 Abs. 1 lit. a aGwG zu rechtfertigen vermochten, ergibt sich aus dem Umstand, dass das Bundesgericht die Verurteilung des Compliance-Verantwortlichen der Bank wegen vorsätzlicher Verletzung der GwG-Meldepflicht bestätigt hat (E. 9.2).

²⁷² Art. 19 Abs. 2 FINMAG.

Gesichtspunkt kann von erheblicher Bedeutung sein, unter welchen Voraussetzungen das Verhalten eines Beaufsichtigten den Kausalzusammenhang unterbricht, was seitens der FINMA zur Haftungsbefreiung führt.²⁷³ In den Gesetzesmaterialien wird die eingeschränkte Haftungsordnung mit den «riesige[n] Summen» begründet, die ansonsten «der Gesamtheit der Beaufsichtigten beziehungsweise, subsidiär, der Allgemeinheit aufgebürdet würden».²⁷⁴ Gemäss Urteil A-4224/2022 des Bundesverwaltungsgerichts vom 6. Mai 2024 hat sich der Gesetzgeber beim Verantwortlichkeitsregime auch von der Befürchtung leiten lassen, «dass die FINMA bei einer schärferen Haftung mit hohem Kontroll- und Kostenaufwand übervorsichtig und – nach dem Empfinden der Beaufsichtigten – überregulierend agieren könnte» (E. 4.3.1).

a) Schutzzweck des Bankengesetzes

Die Haftung der FINMA setzt in erster Linie einen Schaden voraus. Das Vermögen gilt nicht per se als geschütztes Rechtsgut, und seine Schädigung ist damit auch nicht ohne Weiteres widerrechtlich. Vielmehr bedarf es im Falle eines ersatzfähigen Vermögensschadens der Verletzung einer Norm, welche spezifisch den Schutz des Vermögens beabsichtigt. Im Urteil A-985/2021 vom 2. Oktober 2023 hat sich das Bundesverwaltungsgericht zum Schutzzweck des Bankengesetzes geäussert. Zwar ist das Bankengesetz ein Gläubigerschutzgesetz, ohne dass dieser Schutzzweck – mangels Konkretisierung der Widerrechtlichkeit einer Schädigung am Vermögen – allein genügen würde, um eine Haftung für Vermögensschäden aufgrund des Verhaltens der Aufsichtsbehörde zu begründen (E. 5.4). Dies ergibt sich schon aus dem Umstand, dass das Bankengesetz neben dem Individualschutz zumindest gleichwertig dem Systemschutz dient,²⁷⁵ sodass den bankengesetzlichen Bestimmungen die ausreichende Bestimmtheit für einen individuellen Vermögensschutz fehlt.²⁷⁶

b) Grundsätze der Aufsichtsarbeit

Im Rahmen des Verantwortlichkeitsregimes spielt das sog. technische Ermessen der FINMA eine wichtige

Rolle. Weicht die FINMA etwa von den Feststellungen im Bericht eines Untersuchungsbeauftragten²⁷⁷ ab, so stellt dies – selbst wenn dieses Vorgehen, welches letztlich zu einer fehlerhaften Sachverhaltserstellung führt, durch die FINMA unbegründet bleibt – nicht per se eine schwere Amtspflichtverletzung dar.²⁷⁸ In *casu* ging es um die Qualifikation eines Geschäftsmodells unter den bankengesetzlichen Bestimmungen, wobei sich die Rechtsauffassung der FINMA im Nachhinein als unzulässig erwies. Der Anlage, die den Kunden angeboten wurde, lag ein kaskadenartiges Vertragssystem in einem internationalen Umfeld zugrunde. Auf Landparzellen, die auf den Philippinen lagen, konnten die Kunden Napiergras-Setzlinge pflanzen und bewirtschaften lassen und so letztlich von den Ernteergebnissen profitieren. Die entsprechende Broschüre versprach den Kunden zwar eine «Auszahlungsgarantie», was für nicht rechtskundige Kunden – auch nach Einschätzung des Untersuchungsbeauftragten – eine Täuschungsgefahr darstellte.²⁷⁹ Eine Pflicht zur Rückzahlung des Investments oder zur Leistung einer Zahlung bei Ernteausfall, wie es für die Qualifikation als bankenrechtliche Publikumseinlage erforderliche wäre, wurde mit den Kunden allerdings nicht vereinbart.²⁸⁰ Unter diesen Umständen verneinte das Bundesverwaltungsgericht eine schwere Amtspflichtverletzung infolge des Abweichens der FINMA vom Bericht des Untersuchungsbeauftragten. Diese Rechtsauffassung liegt auf der Linie, dass die Ziele der Finanzmarktaufsicht nur möglichst wirkungsvoll erreicht werden können, wenn sich das Handeln der Aufsichtsbehörde im Zweifel am Individual- und Funktionsschutz orientiert.²⁸¹ Dass sich eine Verfügung nachträglich als unrechtmässig bzw. willkürlich erweist und von einer Rechtsmittelinstanz aufgeho-

²⁷⁷ Art. 36 FINMAG.

²⁷⁸ Bundesverwaltungsgericht A-4224/2022, E. 6.4.4.

²⁷⁹ Bundesverwaltungsgericht A-4224/2022, E. 6.4.2.

²⁸⁰ Bundesverwaltungsgericht A-4224/2022, Sachverhalt A.

²⁸¹ Siehe Bundesverwaltungsgericht A-4224/2022, E. 7.1.3, mit Verweis auf folgende Argumentation der FINMA: «Sie habe daher gemäss bisheriger Praxis mit Fokus auf den Gläubigerschutz bei der Prüfung, ob der Tatbestand der gewerbmässigen Entgegennahme von Publikumseinlagen erfüllt sei, eine wirtschaftliche Gesamtbetrachtung der Umstände vorgenommen, die von den nachfolgenden Gerichtsinstanzen nicht gestützt worden sei.»; sowie E. 7.4, wonach der FINMA «gerade auch mit Blick auf das Ziel des Gläubigerschutzes (vgl. Art. 4 FINMAG) – kein Vorwurf gemacht werden [könne]».

²⁷³ Siehe BSK FINMAG–Harald Bärtschi, 3. Aufl., Art. 19, N 94 ff.

²⁷⁴ Botschaft FINMAG (Fn. 37), S. 2872.

²⁷⁵ Siehe insbesondere Art. 7 ff. BankG.

²⁷⁶ Siehe allgemein BSK OR I–Martin A. Kessler, 7. Aufl., Art. 41, N 34.

ben wird, reicht nicht aus, um eine wesentliche Amtspflichtverletzung zu begründen.²⁸²

Dem technischen Ermessen der FINMA kommt im Bereich der bewilligungslosen Aktivitäten in den Finanzmärkten eine umso grössere Bedeutung zu, als die Aufsichtsbehörde auch der Möglichkeit Rechnung tragen soll, dass die betroffenen Finanzmarktteilnehmer tatsächlich gar keiner unterstellungspflichtigen Tätigkeit nachgehen und aufsichtsrechtliche Massnahmen sie in materiell ungerechtfertigter Weise massiv beeinträchtigen könnten.²⁸³ Wirksame Finanzmarktaufsicht erfordert eine kritische Grundhaltung, ohne dass sie dem Misstrauensprinzip unterliegen würde. Es entspricht daher keiner Amtspflichtverletzung, sofern sich die Aufsichtsbehörde bei ihrer Beurteilung von Geschäftsaktivitäten in erster Linie auf die Aussagen und Unterlagen stützt, welche ihr betroffene Finanzmarktteilnehmer zur Verfügung stellen.²⁸⁴ Dass dies nach Auffassung des Gerichts «in einer Betrachtung ex post stossend erscheinen [mag]», findet in den vorliegenden Umständen keine Stütze, weil nach den Erwägungen des Gerichts nicht von berechtigten Zweifeln an der Vertrauenswürdigkeit von Informationen, welche der Aufsichtsbehörde durch die betroffenen Finanzmarktteilnehmer zugänglich gemacht wurden, auszugehen war.²⁸⁵ Zwar spricht das Gericht die *Ex post*-Betrachtung an, räumt einen Rückschaufehler (*hindsight bias*) aber sogleich wieder aus.

6. Anschluss an eine Selbstregulierungsorganisation gemäss Geldwäschereigesetz – Verfügung

Bereits in einem Urteil vom März 2021 hatte das Bundesgericht auf das steigende Profil der Selbstregulierungsorganisationen (SRO) unter dem Geldwäschereigesetz hinsichtlich der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben hingewiesen.²⁸⁶ Mit Urteil B-2149/2022 vom 21. November 2023 beurteilte das Bundesverwaltungsgericht die Frage, ob eine SRO im Kontext eines Anschlussgesuchs gestützt auf öffentliches Recht des

Bundes entscheidet, was in der Form einer Verfügung erfolgen muss.

Das Geschäftsmodell der X. GmbH bezieht sich auf Wechselautomaten zum An- und Verkauf von virtuellen Währungen gegen Fiat Geld (Schweizer Franken oder Euro), was als Geldwechsellätigkeit im Sinne von Art. 2 Abs. 3 lit. c GwG gilt.²⁸⁷ Auf dieser Grundlage musste sich die X. GmbH gemäss Art. 14 Abs. 1 GwG einer SRO anschliessen. Der Verein zur Qualitätssicherung von Finanzdienstleistungen (VQF) verweigerte der X. GmbH allerdings die Aufnahme, sodass der Finanzintermediär ans Bundesverwaltungsgericht gelangte.

Mit der im GwG vorgesehenen Regelung stellt der Staat die Grundlage für eine private Selbstregulierung zur Verfügung (E. 5.1). Die gemäss Art. 24 GwG anerkannten Selbstregulierungsorganisationen erfüllen trotz ihrer privatrechtlichen Organisation eine öffentliche-rechtliche Aufgabe.²⁸⁸ Nachdem mit der am 1. Januar 2020 in Kraft getretenen GwG-Revision die Möglichkeit zur freiwilligen Unterstellung unter die direkte Aufsicht der FINMA (sog. DuFi-Status) entfallen ist,²⁸⁹ rückt der Anschluss an eine SRO gemäss Bundesverwaltungsgericht «in die Nähe einer Polizeibewilligung», da Tätigkeiten gemäss Art. 2 Abs. 3 GwG ohne den erforderlichen SRO-Anschluss verboten sind (E. 5.3). Die SRO-Anschlusspflicht des Finanzintermediärs findet ihre logische Konsequenz in der Aufnahmepflicht seitens der SRO gemäss Art. 14 Abs. 2 GwG. Wer die in dieser Gesetzesbestimmung aufgeführten Voraussetzungen erfüllt, hat einen Rechtsanspruch, durch die SRO aufgenommen zu werden. In diesem Rahmen können die Selbstregulierungsorganisationen den Anschluss lediglich von der Tätigkeit in bestimmten Bereichen abhängig machen (Art. 14 Abs. 3 GwG). Da die SRO eine öffentliche Aufgabe wahrnehmen, sind sie an die Grundrechte gebunden.²⁹⁰ Das Anschlussverfahren der SRO muss willkürfrei sein, die Finanzintermediäre sind rechtsgleich zu behandeln, und es ist ihnen das rechtliche Gehör zu gewähren (E. 5.4).

Zwar bezeichnet es das Bundesverwaltungsgericht zunächst noch als «fraglich», ob sich der Entscheid einer SRO, dem Anschlussgesuch eines Finanz-

²⁸² Bundesverwaltungsgericht A-4224/2022, E. 7.2.1.

²⁸³ Bundesverwaltungsgericht A-985/2021, E. 5.4 *in fine*, wenn auch betreffend die Eidgenössische Bankkommission, also eine der Vorgängerbehörden der FINMA.

²⁸⁴ Bundesverwaltungsgericht A-985/2021, E. 6.1.

²⁸⁵ Bundesverwaltungsgericht A-985/2021, E. 6.

²⁸⁶ Siehe zum Urteil des Bundesgerichts 2C_887/2017 vom 23. März 2021 Bertschinger (Fn. 250), S. 755 f.

²⁸⁷ Siehe auch Art. 5 Geldwäschereiverordnung; FINMA Rundschreiben 2011/1 Tätigkeit als Finanzintermediär nach GwG, Rz 70.

²⁸⁸ E. 5.2.

²⁸⁹ Art. 14 Abs. 1 GwG *e contrario*.

²⁹⁰ Art. 35 Abs. 2 Bundesverfassung.

intermediärs zuzustimmen oder es abzulehnen, unmittelbar auf Art. 14 Abs. 2 GwG und damit auf öffentliches Recht stützt, oder ob eine SRO in ihren Vereinsstatuten und Reglementen von Art. 14 Abs. 2 GwG abweichen kann und der Entscheid der SRO damit letztlich auf einer privatrechtlichen Grundlage basieren würde.²⁹¹ Die Auslegung von Art. 14 Abs. 2 GwG durch das Bundesverwaltungsgericht macht allerdings deutlich, dass diese Gesetzesbestimmung im Sinne von Minimal- und Maximalvoraussetzungen konzipiert ist, sodass für die SRO keine Möglichkeit besteht, von diesen Vorgaben abzuweichen. Sofern ein Finanzintermediär die Voraussetzungen des Art. 14 Abs. 2 GwG erfüllt, kann er von der SRO folglich, wie erwähnt, nur abgelehnt werden, sofern er nicht dem Tätigkeitsbereich zuzuordnen ist, der von der SRO abgedeckt wird (Art. 14 Abs. 3 GwG). Auf dieser Basis kommt das Gericht zum Schluss, dass sich der Aufnahmebeschluss einer SRO nicht auf das entsprechende SRO-Reglement stützt, «sondern letztlich nur auf Art. 14 Abs. 2 GwG und somit auf öffentliches Recht des Bundes».²⁹² Das Bundesverwaltungsgericht weist darauf hin, dass dieses Ergebnis der Änderung des Geldwäschereigesetzes entspringt und nicht eine Praxisänderung darstellt.

Folglich ergeht der Entscheid einer SRO über den Anschluss oder Nichtanschluss in Form einer Verfügung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 VwVG, und die SRO gilt als Behörde im Sinne von Art. 1 Abs. 2 lit. e VwVG und Art. 33 lit. h des Bundesgesetzes über das Bundesverwaltungsgericht (VGG).²⁹³ Da hinsichtlich des ablehnenden Entscheides der SRO kein Nichtigkeitsgrund ersichtlich war, hatte die X. GmbH durch das Zuwarten mit der Beschwerdeerhebung von über acht Monaten die Beschwerdefrist verpasst.²⁹⁴ Das Gericht weist darauf hin, dass die X. GmbH erneut ein Aufnahmegesuch bei der betreffenden SRO (VQF) stelle könne (E. 13).

Das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts ordnet die Selbstregulierungsorganisationen nach Geldwäschereigesetz in den öffentlich-rechtlichen Kontext ein, was sich durch den Funktionsschutz²⁹⁵ und die Interessen der Strafverfolgung bei der Bekämpfung

der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung erklärt (E. 6.2). Diese Rechtslage dient auch der Rechtssicherheit, indem der Anschluss an die Selbstregulierungsorganisationen durch den Gesetzgeber als Standard-Modell etabliert und privatautonomer Gestaltung entzogen wird.

7. FINMA Datensammlung Gewähr («Watchlist») – Kein umfassendes Akteneinsichtsrecht

Die FINMA betreibt eine Datensammlung Gewähr,²⁹⁶ auch als «Watchlist» bezeichnet; sie bedarf einer Grundlage in einem formellen Gesetz.²⁹⁷ Aus Sicht des Bundesgerichts ist diese Datensammlung mit einem schweren Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung der Betroffenen verbunden; sie hat denn auch schon hohe Wellen geworfen.²⁹⁸ Ausgangspunkt für den Rechtsstreit, den das Bundesverwaltungsgericht im Urteil B-915/2022 vom 3. April 2024 beurteilte, bildete eine bankinterne Untersuchung, in welcher Vorkommnisse von 2009 bis 2017 abgeklärt wurden. Der Untersuchungsbericht befasst sich auch mit der Rolle des Beschwerdeführers, der aufgrund dieses Berichts in die Datensammlung Gewähr aufgenommen wurde. Zu diesem Eintrag verlangte der Betroffene Auskunft nach dem Datenschutzgesetz. Zudem wollte er den Eintrag in der Datensammlung Gewähr löschen lassen, was die FINMA ebenso ablehnte wie die ungeschwärzte Übermittlung des Untersuchungsberichts.

a) Akteneinsicht

Bei der Datensammlung Gewähr handelt es sich nach der Darstellung der FINMA ausschliesslich um ein Hilfsmittel des internen Wissensmanagements, hingegen nicht um eine Beurteilung der Gewähr des Beschwerdeführers.²⁹⁹ Der Beschwerdeführer befand sich denn auch nicht in einem Gewähns- oder sonsti-

²⁹¹ E. 5.5.

²⁹² E. 6 bzw. E. 6.6.

²⁹³ E. 7 und E. 8.

²⁹⁴ E. 9 bis E. 12.

²⁹⁵ Siehe auch Art. 1 GwG sowie Art. 1 Abs. 1 lit. f FINMAG i.V.m. Art. 4 FINMAG.

²⁹⁶ Siehe dazu die geltenden Art. 9 ff. (Datenbank zur Sicherstellung der Gewähnsbeurteilung) in der Datenverordnung FINMA (SR 956.124).

²⁹⁷ Art. 34 Abs. 2 DSG; siehe zudem – wenn auch unter altem Recht – BGE 143 I 253, E. 4.8 und E. 4.9.

²⁹⁸ Siehe zu BGE 143 I 253 *Urs Bertschinger*, Das Finanzmarktaufsichtsrecht vom vierten Quartal 2016 bis ins vierte Quartal 2017, SZW 2017, S. 843 f.

²⁹⁹ Sachverhalt C.a.; siehe auch FINMA, Datenverordnung-FINMA – Totalrevision, Erläuterungen, 4. Mai 2023, S. 10.

gen finanzmarktaufsichtsrechtlichen Verfahren, so dass seine Anliegen ausschliesslich unter dem Gesichtspunkt des (alten) Datenschutzrechts zu beurteilen waren.³⁰⁰ In diesem Rahmen stand ihm das Akteneinsichtsrecht nur insoweit zur Verfügung, als es um die Überprüfung der materiellen Grundsätze des Datenschutzrechts ging. Dass Art. 25 Abs. 4 aDSG – ebenso wie Art. 41 Abs. 6 DSG – auf das Verwaltungsverfahrensgesetz verweist, ändert daran nichts. Beim Datenschutzrecht geht es um die informationelle Selbstbestimmung und mithin um die Durchsetzung des Persönlichkeitsschutzes, ohne dass es im Sinne einer sachlichen Begrenzung – wie beim Akteneinsichtsrecht, das in ein Verwaltungsverfahren eingebettet ist – eines schutzwürdigen Interesses bedarf. Dies kann im Rahmen eines datenschutzrechtlichen Auskunftersuchens aber nicht zu einer voraussetzungslosen und unbeschränkten Akteneinsicht führen, weil damit das Datenschutzrecht missbräuchlich eingesetzt würde (E. 4.4.2). Dem Beschwerdeführer stand daher kein Anspruch auf Herausgabe einer ungeschwärzten Fassung des Untersuchungsberichts zu, nachdem die FINMA bereits Einsicht in diejenigen Informationen gewährt hatte, die in persönlichem oder sachlichem Zusammenhang mit dem Beschwerdeführer stehen.³⁰¹

b) Bericht zu einer bankinternen Untersuchung als Grundlage für einen Eintrag in die Datensammlung Gewähr

Im Rahmen des Löschungsbegehrens, welches der Beschwerdeführer hinsichtlich des ihn betreffenden Eintrages in der Datensammlung Gewähr anstrebte, stellte sich die Frage, ob der Untersuchungsbericht zu Recht als Grundlage für den betreffenden Eintrag diene. Dabei wurde auf die vom Bundesgericht in BGE 143 I 253 entwickelten Kriterien abgestellt, wonach durch Art. 23 Abs. 1 aFINMAG³⁰² «lediglich erhärtete Angaben zur Person in Verbindung mit zuverlässigen Daten zur Geschäftstätigkeit» gedeckt sind. «Dazu zählen solche aus mit Parteirechten verbundenen Verfahren, namentlich Straf- und Administrativ-

sowie Aufsichts- und Disziplinarverfahren, oder aus weiteren zuverlässigen Quellen (...) wie Registerinträgen oder Ergebnissen aus korrekt durchgeführten internen oder externen Audits und Personalbeurteilungen.»³⁰³ Da der Untersuchungsbericht *in casu* «auf Belege abgestützt» wurde und «nicht auf blossen Verdachtsmomenten oder auf einer versuchten Schuldzuweisung» an den Beschwerdeführer beruhte, erachtet das Bundesverwaltungsgericht den Untersuchungsbericht als Dokument, welches in die Datensammlung Gewähr aufgenommen werden kann.³⁰⁴

Dass der Beschwerdeführer nach eigenem Bekunden nie zum Gegenstand des Untersuchungsberichts befragt wurde und zum Untersuchungsergebnis auch keine Stellungnahme abgeben konnte,³⁰⁵ ändert an der datenschutzrechtlichen Zuverlässigkeit des Untersuchungsberichts nichts, zumal die – wenn auch umfangreichen Schwärzungen des Untersuchungsberichts – den Beschwerdeführer nicht daran hinderten, von den Personendaten Kenntnis zu nehmen, die bei der FINMA vorhanden waren. Es war dem Beschwerdeführer denn auch unbenommen, in der Datensammlung Gewähr der FINMA einen Bestreitungsvermerk aufnehmen zu lassen,³⁰⁶ der in einem allfälligen Gewährsverfahren zu berücksichtigen wäre, wovon der Betroffene aber keinen Gebrauch machen wollte.³⁰⁷

c) Neues Datenschutzrecht und FINMA Datensammlung Gewähr

Mit Inkrafttreten des neuen Datenschutzrechts per 1. September 2023 haben sich die rechtlichen Grundlagen verändert. Die Datenbearbeitung durch die FINMA wird in der geltenden Fassung des Art. 23 FINMAG differenzierter erfasst, indem die FINMA zwar allgemein zur Bearbeitung von Personendaten, einschliesslich besonders schützenswerter Personendaten, berechtigt ist.³⁰⁸ Zum sog. Profiling, einschliesslich des Profilings mit hohem Risiko, nach dem Datenschutzgesetz ist die FINMA gemäss Art. 23 Abs. 3 FINMAG allerdings nur hinsichtlich Art. 23 Abs. 2 lit. e FINMAG ermächtigt. Diese Bestimmung bezweckt die

³⁰⁰ E. 3.2.

³⁰¹ E. 4.6.

³⁰² Art. 23 Abs. 1 aFINMAG lautet wie folgt: «Die FINMA bearbeitet im Rahmen der Aufsicht nach diesem Gesetz und den Finanzmarktgesetzen Personendaten, einschliesslich besonders schützenswerter Personendaten und Persönlichkeitsprofilen. Sie regelt die Einzelheiten.»

³⁰³ BGE 143 I 253, E. 6.5.3.

³⁰⁴ E. 5.2.5 und E. 5.2.6.

³⁰⁵ E. 5.2.1.

³⁰⁶ Siehe dazu auch Art. 32 Abs. 3 DSG.

³⁰⁷ Sachverhalt C.a. und E. 6.

³⁰⁸ Art. 23 Abs. 1 FINMAG.

Beurteilung des Verhaltens einer Person bei einer Tätigkeit für einen Beaufichtigten oder auf dem Finanzmarkt. Art. 23 Abs. 2 lit. d FINMAG, der die Beurteilung der Gewähr für einwandfreie Geschäftstätigkeit bezweckt, wird vom Profiling nicht erfasst. Dabei ist zu beachten, dass die Begriffe «Persönlichkeitsprofil» des alten Rechts und «Profiling» nach geltendem Recht nicht identisch sind.³⁰⁹ Nach der Rechtsprechung handelt es sich bei der Datensammlung Gewähr um ein Persönlichkeitsprofil nach altem Datenschutzgesetz,³¹⁰ wobei unter dem geltenden Recht nicht zwingend ein «Profiling» vorliegt.³¹¹ «Profiling» ist gemäss den Gesetzesmaterialien gegeben, wenn der Bewertungsprozess einer Person vollständig automatisiert ist, wobei als automatisierte Auswertung «jede Auswertung mit Hilfe von computergestützten Analysetechniken» gilt.³¹² Angesichts der zunehmenden Automatisierung von Prozessen dürfte der Übergang zum Profiling im Sinne des geltenden Rechts – welches für die Beurteilung der Gewähr für einwandfreie Geschäftstätigkeit, wie erwähnt, nicht vorgesehen ist – fließend sein.

In einer systematischen Betrachtung erscheint der Gehalt des Art. 23 Abs. 2 lit. d FINMAG (Beurteilung der Gewähr für einwandfreie Geschäftstätigkeit) durch den allgemeinen Ausdruck des «Verhaltens einer Person bei einer Tätigkeit für eine Beaufichtigte» in Art. 23 Abs. 2 lit. e FINMAG als gedeckt. Es ist jedenfalls nicht ersichtlich, dass der Gesetzgeber unter Art. 23 Abs. 2 lit. e FINMAG die Gewährsthematik ausschliessen wollte. Selbst ein «Profiling» im Rahmen der FINMA Datensammlung Gewähr im Hinblick auf eine Gewährungsbeurteilung stützt sich daher auf eine genügende gesetzliche Grundlage.

³⁰⁹ Siehe Botschaft zur Totalrevision des Datenschutzrechts vom 15. September 2017, BBl 2017, S. 7151, zu Art. 23 E-FINMAG: «Im Gesetzesentwurf wird der Begriff «Persönlichkeitsprofil» aufgehoben und somit die entsprechende Gesetzesgrundlage in Artikel 23.»

³¹⁰ BGE 143 I 253, E. 4.4; Bundesverwaltungsgericht B-915/2022, E. 3.1.

³¹¹ Art. 5 lit. f DSGVO betreffend «Profiling: jede Art der automatisierten Bearbeitung von Personendaten, die darin besteht, dass diese Daten verwendet werden, um bestimmte persönliche Aspekte, die sich auf eine natürliche Person beziehen, zu bewerten, insbesondere um Aspekte bezüglich Arbeitsleistung, wirtschaftlicher Lage, Gesundheit, persönlicher Vorlieben, Interessen, Zuverlässigkeit, Verhalten, Aufenthaltsort oder Ortswechsel dieser natürlichen Person zu analysieren oder vorherzusagen.»

³¹² Botschaft DSGVO (Fn. 309), S. 7022.

Dass «von Beteiligten oder Behörden ausgesprochene Vermutungen und Anschuldigungen oder unbelegte Verdächtigungen sowie sonstige, nicht in einem kontradiktorischen oder sonst wie glaubwürdigen Verfahren erhobene und geprüfte Äusserungen mündlicher oder schriftlicher Art»³¹³ in der FINMA Datensammlung Gewähr nichts zu suchen haben, ergibt sich schon aus den allgemeinen Grundsätzen des geltenden Datenschutzrechts.³¹⁴

8. Bankenrechtlicher Konkurs – Wertsteigerungen von Kryptowährungen als unzulässiges echtes Novum

Im Rahmen einer unerlaubten Tätigkeit als Effektenhändlerin hatte die FINMA infolge Überschuldung den Konkurs über die Beschwerdeführerin eröffnet. Unter dem damals anwendbaren Recht richtete sich die Beurteilung nach den Bestimmungen des Bankenkursrechts.³¹⁵ Dabei war gemäss Darstellung des Bundesverwaltungsgerichts im Urteil B-4185/2020 vom 16. Januar 2024 unbestritten, dass sich der Wert des Bestands der Beschwerdeführerin an den Kryptowährungen Bitcoin und Ethereum im Verlauf des Rechtsmittelverfahrens wesentlich erhöht hatte, sodass dann zumal möglicherweise keine Überschuldung vorlag. Es stellte sich daher die Frage, ob das Bundesverwaltungsgericht diese Wertveränderung im Rahmen des Beschwerdeverfahrens berücksichtigen musste (E. 5.6).

a) Wertsteigerung von Kryptowährungen und Gläubigerschutz

Da die Wertsteigerung der erwähnten Kryptowährungen erst im Rechtsmittelverfahren erfolgte, handelt es sich um ein sog. echtes Novum. Soweit das Bankrecht keine Spezialbestimmungen enthält, sind für das Konkursverfahren die Bestimmungen des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes (SchKG) massgeblich.³¹⁶ In systematischer Auslegung erachtet das Bundesverwaltungsgericht Art. 174 Abs. 2 SchKG für anwendbar (E. 5.6.7). Damit bleiben die im Rechtsmittelverfahren zulässigen echten Noven auf die

³¹³ BGE 143 I 253, E. 6.5.3.

³¹⁴ Siehe Art. 6 DSGVO, wo sich etwa der Grundsatz der Bearbeitung nach Treu und Glauben (Abs. 2) und die Richtigkeitsgewähr (Abs. 5) finden.

³¹⁵ Art. 37 Abs. 2 und 3 FINMAG i.V.m. Art. 36a aBEHG.

³¹⁶ Siehe Art. 34 BankG.

spezifischen, in dieser Norm erwähnten Fälle beschränkt,³¹⁷ die aufgrund des erforderlichen Urkundenbeweises allesamt liquide Situationen betreffen, wobei der Schuldner zusätzlich seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft machen muss.³¹⁸ Die Zulassung weiterer echter Noven könnte zu einer wesentlichen Verlängerung des Rechtsmittelverfahrens führen (E. 5.6.6). Dies wäre nicht zwangsläufig im Interesse der Gläubiger, da im Falle der Weiterführung der Geschäftstätigkeiten auch die Gefahr im Auge zu behalten wäre, dass sich die verfügbaren Aktiven weiter im Wert vermindern und sich infolge Hinzutretens neuer Gläubiger die Deckungsquote der Altgläubiger zusätzlich verringert. Mit Blick auf die erwähnten Kryptowährungen fällt zudem in Betracht, dass sich die konkrete Wertbestimmung dieser kryptobasierten Vermögenswerte schon als schwierig und sich deren Wert mitunter als flüchtig erwiesen hat. Käme das Gericht im Urteilszeitpunkt zum Schluss, dass infolge der Wertsteigerungen der Kryptowährungen keine Überschuldung besteht, so könnte dies kurze Zeit später wieder anders sein. Das Bundesverwaltungsgericht erachtet die Wertsteigerungen der Kryptowährungen auf dieser Grundlage als echtes Novum, welches gemäss den auf den Bankkonkurs anwendbaren Vorschriften im Rechtsmittelverfahren gegen die Konkurseröffnung nicht berücksichtigt werden kann (E. 5.6.9).

b) Bewilligungsloses Handeln und Konkursordnung unter geltendem Recht

Anzumerken bleibt, dass der vorliegende Sachverhalt, der einen unbewilligten Finanzmarktteilnehmer betraf, unter dem geltenden Recht nicht mehr der Konkurszuständigkeit der FINNMA und damit nicht den

finanzmarktaufsichtsrechtlichen Konkursregeln unterstünde, sondern gemäss Art. 173b Abs. 2 SchKG ausschliesslich in der Zuständigkeit der betreffenden kantonalen Behörden liegen würde, die das Verfahren nach den Regeln des SchKG handhaben. Im vorliegenden Fall hätte dies allerdings zum gleichen Ergebnis führen müssen.³¹⁹

Die Gesetzesmaterialien begründen die neue Ordnung mit der Verbesserung des Gläubigerschutzes, weil trotz des Vorliegens eines Konkursgrundes Auseinandersetzungen, ob eine ausgeübte Tätigkeit bewilligungspflichtig war, zu Verzögerungen führten. Zudem erachten die Materialien die besonderen Kenntnisse der FINMA bei bewilligungslosem Handeln als nicht erforderlich, was auch damit begründet wird, dass diese Player «mangels Bewilligung gerade nicht an den restlichen Finanzmarkt angeschlossen» seien.³²⁰

Wirtschaftlich bestehen Parallelen, wenn ein Wertpapierhaus- oder Bankbetrieb mit oder ohne FINMA-Bewilligung konkursrechtlich liquidiert werden muss. Dass der Konkurs eines unbewilligten Finanzmarktunternehmens – im Unterschied zum alten Recht – nicht mehr dem finanzmarktaufsichtsrechtlichen Grundsatz «substance over form» unterliegt, ändert daran nichts. Unter praktischem Gesichtspunkt ist es daher fraglich, ob die geltende konkursrechtliche Zuständigkeitsregelung den Anleger- und Gläubigerinteressen tatsächlich besser dienen wird, zumal die aufsichtsrechtliche Liquidation eines bewilligungslos tätigen Finanzmarktunternehmens nach wie vor in der Zuständigkeit der FINMA liegt.³²¹ Für sämtliche Finanzmarktteilnehmer bleibt es ohnehin bei der enormen Bedeutung des privatrechtlichen Grundsatzes «Trau, schau wem!».

³¹⁷ Art. 174 Abs. 2 SchKG sieht vor, dass die Rechtsmittelinstantz die Konkurseröffnung aufheben kann, wenn der Schuldner seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden beweist, dass inzwischen: 1. die Schuld, einschliesslich der Zinsen und Kosten, getilgt ist; 2. der geschuldete Betrag beim oberen Gericht zuhanden des Gläubigers hinterlegt ist; oder 3. der Gläubiger auf die Durchführung des Konkurses verzichtet.

³¹⁸ BSK SchKG–Roger Giroud/Fabiana Theus Simoni, 3. Aufl., Art. 174, N 24 und 25a.

³¹⁹ Siehe unter IV.8.a).

³²⁰ Botschaft zur Änderung des Bankengesetzes (BankG) (Insolvenz, Einlagensicherung, Segregierung) vom 19. Juni 2020, BBl 2020, S. 6413 f.

³²¹ Art. 23^{quinquies} BankG; Art. 66 FINIG; Art. 52 VAG; siehe auch SK FINIG–Patrick Hünerwadel, Art. 66, N 5.