

06.017

**Botschaft  
zum Bundesgesetz über die Eidgenössische  
Finanzmarktaufsicht  
(Finanzmarktaufsichtsgesetz; FINMAG)**

vom 1. Februar 2006

---

Sehr geehrte Herren Präsidenten  
Sehr geehrte Damen und Herren

Mit dieser Botschaft unterbreiten wir Ihnen den Entwurf für ein Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht mit dem Antrag auf Zustimmung.

Gleichzeitig beantragen wir Ihnen, folgenden parlamentarischen Vorstoss abzuschreiben:

2000 P 98.3480      Eigenmittelvorschriften zur Abdeckung der Systemrisiken  
bei global tätigen Banken (N 24.3.00, Strahm)

Wir versichern Sie, sehr geehrte Herren Präsidenten, sehr geehrte Damen und Herren, unserer vorzüglichen Hochachtung.

1. Februar 2006

Im Namen des Schweizerischen Bundesrates

Der Bundespräsident: Moritz Leuenberger

Die Bundeskanzlerin: Annemarie Huber-Hotz

---

## Übersicht

*Ziel des vorliegenden Gesetzes ist es, in der Schweiz die staatliche Aufsicht über Banken, Versicherungsunternehmen und weitere Finanzintermediärinnen und -intermediäre in einer Behörde zusammenzufassen. Damit werden die drei Behörden, die Eidgenössische Bankenkommission, das Bundesamt für Privatversicherungen und die Kontrollstelle für die Bekämpfung der Geldwäscherei in der «Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht (FINMA)» zusammengeführt.*

*Vor dem Hintergrund dynamischer Entwicklungen auf den Finanzmärkten sowie der immer grösseren Komplexität der Aufgabe der Finanzmarktaufsicht wird auch die institutionelle Struktur der bisher bestehenden Aufsichtsorgane verbessert. Mit der Errichtung einer integrierten Aufsichtsbehörde wird auf die Veränderungen reagiert und eine organisatorische Neuausrichtung vollzogen, welche die schweizerische Finanzmarktaufsicht stärken und ihr als Gesprächspartner im internationalen Verhältnis ein grösseres Gewicht verleihen wird.*

*Die FINMA wird als öffentlich-rechtliche Anstalt ausgestaltet, die über funktionelle, institutionelle und finanzielle Unabhängigkeit sowie über eine zeitgemässe Führungsstruktur mit einem Verwaltungsrat, einer Geschäftsleitung und einer Revisionsstelle verfügt. Die Unabhängigkeit der FINMA verlangt im Gegenzug nach einer Rechenschaftspflicht und politischen Oberaufsicht durch den Bund.*

*Neben organisatorischen Fragen enthält das vorgeschlagene Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (Finanzmarktaufsichtsgesetz; FINMAG) auch Grundsätze zur Finanzmarktregulierung, eine Regelung zur Haftung sowie harmonisierte Aufsichtsinstrumente und Sanktionen. Damit kommt dem FINMAG gewissermassen die Funktion eines Dachgesetzes über die übrigen Gesetze, die die Finanzmarktaufsicht regeln, zu. Der gesetzlich umschriebene Auftrag der Aufsichtsbehörde bleibt jedoch der Gleiche, und den Besonderheiten der verschiedenen Aufsichtsbereiche wird Rechnung getragen. So haben die Banken weiterhin die Anforderungen des Bankengesetzes, die Versicherungsunternehmen diejenigen des Versicherungsaufsichtsgesetzes, die Anlagefonds diejenigen des Anlagefondsgesetzes usw. zu erfüllen. Auch das System der Selbstregulierung nach dem Geldwäschereigesetz und dem Börsengesetz wird beibehalten.*

*Im Weiteren wird auch die Behördenorganisation im Übernahmewesen angepasst. Dies drängt sich aufgrund der Revision der Bundesrechtspflege auf, da dadurch im Übernahmewesen ein vierstufiger Instanzenzug entsteht. Ein so langer Instanzenzug würde Übernahmetransaktionen faktisch blockieren und allenfalls sogar zum Scheitern bringen. Mit der Revision der Kompetenzen der verschiedenen Behörden wird diese Unzulänglichkeit behoben.*

# Inhaltsverzeichnis

<b>Übersicht</b>	<b>2830</b>
<b>1 Grundzüge der Vorlage</b>	<b>2833</b>
1.1 Ausgangslage	2833
1.2 Die Schaffung einer integrierten Finanzmarktaufsichtsbehörde	2834
1.2.1 Gründe für die Zusammenführung der heutigen Finanzmarktaufsichtsbehörden	2834
1.2.2 Funktionelle, institutionelle und finanzielle Unabhängigkeit als Voraussetzung für die Ausübung der Finanzmarktaufsicht	2836
1.2.3 Die Rechtsform der öffentlich-rechtlichen Anstalt	2837
1.2.4 Zeitgemässe Führungsstruktur der FINMA unter Einbezug der verschiedenen Fachbereiche	2840
1.2.5 Rechenschaftspflicht der FINMA und Steuerung durch den Bund	2841
1.2.6 Grundsätze für die Finanzmarktregulierung	2842
1.2.7 Kosten der Behörde sowie Finanzierung	2843
1.2.8 Personal	2844
1.2.9 Beschränkung der Haftung der FINMA und des Bundes	2844
1.2.10 Harmonisierung der Aufsichtsinstrumente	2846
1.2.11 Voraussetzungen für die Zusammenarbeit mit inländischen Behörden	2847
1.2.12 Harmonisierte Bestimmung für die Zusammenarbeit mit ausländischen Finanzmarktaufsichtsbehörden	2848
1.2.13 Stärkung, Harmonisierung und Straffung der Sanktionen	2848
1.2.14 Revision der Behördenorganisation im Übernahmewesen	2849
1.3 Ergebnisse des Vorverfahrens	2850
1.3.1 Vorbereitungsarbeiten	2850
1.3.2 Hauptpunkte der Vernehmlassungsentwürfe	2851
1.3.3 Vernehmlassungen	2852
1.3.3.1 Vernehmlassung zum I. Teilbericht «Integrierte Finanzmarktaufsicht»	2852
1.3.3.2 Vernehmlassung zum II. Teilbericht «Sanktionen in der Finanzmarktaufsicht»	2853
1.3.4 Überarbeitung der Vernehmlassungsentwürfe	2853
1.4 Rechtsvergleich und Verhältnis zum europäischen Recht	2854
1.5 Umsetzung	2856
1.6 Erledigung parlamentarischer Vorstösse	2857
1.6.1 Postulat 98.3480/Eigenmittelvorschriften zur Abdeckung der Systemrisiken bei global tätigen Banken	2857
<b>2 Erläuterungen zu den einzelnen Artikeln</b>	<b>2857</b>
2.1 1. Kapitel: Allgemeine Bestimmungen	2857
2.2 2. Kapitel: Organisation	2862
2.2.1 1. Abschnitt: Organe und Personal	2862
2.2.2 2. Abschnitt: Finanzierung und Finanzhaushalt	2867
2.2.3 3. Abschnitt: Unabhängigkeit und Aufsicht	2873
2.2.4 4. Abschnitt: Information der Öffentlichkeit und Datenbearbeitung	2874

2.3 3. Kapitel: Aufsichtsinstrumente	2876
2.3.1 1. Abschnitt: Prüfung	2876
2.3.2 2. Abschnitt: Weitere Aufsichtsinstrumente	2880
2.3.3 3. Abschnitt: Zusammenarbeit mit inländischen Behörden	2885
2.3.4 4. Abschnitt: Zusammenarbeit mit ausländischen Finanzmarktaufsichtsbehörden	2887
2.4 4. Kapitel: Strafbestimmungen	2887
2.5 5. Kapitel: Verfahren und Rechtsschutz	2892
2.6 6. Kapitel: Schlussbestimmungen	2893
2.6.1 1. Abschnitt: Vollzug	2893
2.6.2 3. Abschnitt: Übergangsbestimmungen	2893
2.7 Änderung bisherigen Rechts	2895
2.7.1 Öffentlichkeitsgesetz vom 17. Dezember 2004	2895
2.7.2 Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren	2896
2.7.3 Bundesgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005	2896
2.7.4 Verwaltungsgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005	2896
2.7.5 Strafgerichtsgesetz vom 4. Oktober 2002	2897
2.7.6 Pfandbriefgesetz vom 25. Juni 1930	2897
2.7.7 Finanzkontrollgesetz vom 28. Juni 1967	2898
2.7.8 Anlagefondsgesetz vom 18. März 1994	2898
2.7.9 Bankengesetz vom 8. November 1934	2899
2.7.10 Börsengesetz vom 24. März 1995	2903
2.7.11 Geldwäschereigesetz vom 10. Oktober 1997	2908
2.7.12 Versicherungsaufsichtsgesetz vom 17. Dezember 2004	2911
<b>3 Auswirkungen</b>	<b>2913</b>
3.1 Auswirkungen auf den Bund	2913
3.2 Auswirkungen auf die Kantone	2914
3.3 Auswirkungen auf die Volkswirtschaft	2914
<b>4 Verhältnis zur Legislaturplanung und zum Finanzplan</b>	<b>2915</b>
<b>5 Rechtliche Aspekte</b>	<b>2915</b>
5.1 Verfassungs- und Gesetzmässigkeit	2915
5.2 Vereinbarkeit mit internationalen Verpflichtungen der Schweiz	2915
5.3 Unterstellung unter die Ausgabenbremse	2915
5.4 Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen	2916
<b>Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (Entwurf)</b>	<b>2917</b>

# Botschaft

## 1 Grundzüge der Vorlage

### 1.1 Ausgangslage

Der Finanzsektor ist ein Wirtschaftszweig, der für die Schweiz von zentraler Bedeutung ist. Banken, Versicherungen und andere Finanzintermediärinnen und -intermediäre erarbeiten rund einen Siebtel des Bruttoinlandprodukts, beschäftigen fast sechs Prozent der Arbeitskräfte und generieren rund zehn Prozent des Steueraufkommens<sup>1</sup>. Dabei zeichnet sich der Finanzplatz Schweiz durch eine ausserordentliche internationale Verflechtung aus. Im grenzüberschreitenden Vermögensverwaltungsgeschäft nimmt die Schweiz eine führende Stellung ein. Der Finanzsektor trägt zu rund einem Viertel zum Aussenhandelsüberschuss der Schweiz bei.

Zu den notwendigen Rahmenbedingungen eines Finanzsektors gehört eine kompetente, wirksame und effiziente Finanzmarktaufsicht. Am guten Funktionieren der Finanzmärkte besteht ein eminentes öffentliches Interesse, denn Finanzintermediation zählt zu den Schlüsselfunktionen einer Volkswirtschaft. Wie die Geschichte eindrücklich lehrt, hat der Ausfall einer Bank oder einer Versicherung für ihre häufig zahlreichen Gläubigerinnen und Gläubiger oder Versicherten schwerwiegende Auswirkungen, welche die Volkswirtschaft als Ganzes in Mitleidenschaft ziehen können. Die Finanzmarktaufsicht dient dazu, die Wahrscheinlichkeit eines Ausfalls von Finanzinstituten und des Eintritts dieser Nachteile zu verringern. Die Notwendigkeit einer öffentlichen Regulierung und Beaufsichtigung des Finanzsektors ist deshalb heute weitgehend unbestritten. Bedingung ist jedoch, dass die Aufsichtsbehörden ihre Ziele wirksam und ohne unnötige Kosten für die Anbieterinnen und Anbieter sowie Nachfragerinnen und Nachfrager von Finanzdienstleistungen erreichen.

Heute wird die Finanzmarktaufsicht in der Schweiz im Wesentlichen durch die Eidgenössische Bankenkommission (EBK) und das Bundesamt für Privatversicherungen (BPV) wahrgenommen. Die EBK ist 1935 in der Folge der Bankenkrise der Dreissigerjahre als Aufsichtsbehörde nach dem Bundesgesetz vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen (Bankengesetz, BankG; SR 952.0) geschaffen worden<sup>2</sup>. 1966 kam die Aufsicht über die Anlagefonds hinzu, die zurzeit durch das Bundesgesetz vom 18. März 1994 über die Anlagefonds (Anlagefondsgesetz, AFG; SR 951.31) geregelt wird. Mit Inkrafttreten des Bundesgesetzes vom 24. März 1995 über die Börsen und den Effektenhandel (Börsengesetz, BEHG; SR 954.1) übernahm die EBK schliesslich auch die Aufsicht über die Börsen sowie die Effekthändlerinnen und Effekthändler. Ausserdem übt die EBK auch die Aufsicht nach dem Bundesgesetz vom 25. Juni 1930 über die Ausgabe von Pfandbriefen (Pfandbriefgesetz, PFG; SR 211.423.4) aus. Älter als die Bankenaufsicht ist die Aufsicht über das Privatversicherungswesen, für welche die verfassungsrechtliche Grundlage bereits mit der Bundesverfassung vom 29. Mai 1874 geschaffen wurde. Wichtigste gesetzliche Grundlage für die Aufsicht durch das BPV ist das neue Bundesgesetz

<sup>1</sup> Eidg. Finanzdepartement: Kennzahlen zum Finanzstandort Schweiz, Oktober 2005.

<sup>2</sup> Bänziger Hugo, Vom Sparerenschutz zum Gläubigerschutz – Die Entstehung des Bankengesetzes im Jahre 1934, in: Eidgenössische Bankenkommission (Hrsg.), 50 Jahre eidgenössische Bankenaufsicht, Zürich 1985, S. 3 ff.

vom 17. Dezember 2004 betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen (Versicherungsaufsichtsgesetz, VAG; SR 961.01). EBK und BPV nehmen für die ihnen unterstellten Institute auch die Aufsicht im Bereich der Bekämpfung der Geldwäscherei wahr. Für die übrigen Finanzintermediärinnen und -intermediäre wurde 1997 durch das Bundesgesetz vom 10. Oktober 1997 zur Bekämpfung der Geldwäscherei im Finanzsektor (Geldwäschereigesetz, GwG; SR 955.0) die Kontrollstelle zur Bekämpfung der Geldwäscherei (Kst GwG) geschaffen. Neben EBK, BPV und Kst GwG nehmen noch weitere Institutionen wie beispielsweise die Übernahmekommission (UEK), die Schweizerische Nationalbank (SNB) oder die Eidgenössische Spielbankenkommission (ESBK) Aufsichtsaufgaben wahr, die jedoch sachlich und persönlich eng begrenzt sind. Darüber hinaus spielen Selbstregulierungsorganisationen (SRO) in vielen Bereichen eine bedeutende Rolle. Ihre Aufgaben und Kompetenzen bleiben durch diese Vorlage unberührt.

## **1.2 Die Schaffung einer integrierten Finanzmarktaufsichtsbehörde**

### **1.2.1 Gründe für die Zusammenführung der heutigen Finanzmarktaufsichtsbehörden**

Damit sich die Schweiz im internationalen Umfeld behaupten kann, benötigt sie eine starke Finanzmarktaufsicht. Diese muss in die Lage versetzt werden, die vorhandene Fachkompetenz optimal nutzen zu können. Die Finanzmärkte sind seit einigen Jahren von einer ausserordentlich dynamischen Entwicklung gekennzeichnet. Dies stellt die Finanzmarktaufsicht in der Schweiz vor immer grössere Anforderungen. Es ist daher von Vorteil, wenn die Finanzmarktaufsicht ihre Kräfte und ihr Wissen bündelt, um den gestiegenen Anforderungen gerecht zu werden.

Der vorliegende Entwurf des Bundesgesetzes über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (Finanzmarktaufsichtsgesetz; FINMAG) sieht vor, die Rahmenbedingungen für die Finanzmarktaufsicht in der Schweiz zu optimieren. Mit dem FINMAG werden die heute getrennten Aufsichtsbehörden EBK, BPV und die Kst GwG in einer selbstständigen öffentlich-rechtlichen Anstalt mit dem Namen «Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA)» zusammengeführt. Die Aufsichtsinstrumente der Finanzmarktaufsicht werden dabei weitgehend vereinheitlicht. Mit den im FINMAG formulierten Regulierungsgrundsätzen bietet sich zudem die Möglichkeit, konzeptionell neu an die Regulierung der Finanzmärkte heranzugehen.

Mit der Zusammenführung der drei heute getrennten Aufsichtsbehörden unter das gemeinsame Dach der FINMA wird die Finanzmarktaufsicht in der Schweiz klar gestärkt. Eine starke und effiziente Finanzmarktaufsichtsbehörde wirkt wie ein Gütesiegel. Sie stärkt das Vertrauen der Kunden in die Integrität unseres Finanzplatzes und kann die Akzeptanz im Ausland erhöhen. Eine integrierte Aufsichtsbehörde schafft Synergien und gewährleistet auch künftig eine hohe Professionalität. Damit erfüllt sie wichtige Voraussetzungen, um noch mehr als die bestehenden Aufsichtsbehörden als gleichwertige Ansprechpartnerin für ausländische Behörden anerkannt zu werden. Damit besteht die Chance, dass sich die FINMA international optimal positionieren kann, was insbesondere auch im Interesse der Beaufsichtigten liegt.

Die Errichtung der FINMA führt überdies zu einer wirkungsvolleren und kostengünstigeren Verwaltungsführung. Das Kosten-Nutzen-Verhältnis der Aufsicht wird

verbessert. Eine integrierte Finanzmarktaufsicht verhindert Doppelspurigkeiten und verringert damit den administrativen Aufwand. Sie ermöglicht eine gesamtheitliche Betrachtung der Finanzmarktregulierung und fördert damit eine konsistente aufsichtsrechtliche Behandlung gleicher oder ähnlicher Sachverhalte.

Die EBK als Aufsichtsbehörde über Banken, Anlagefonds, Börsen, Effektenhändlerinnen und -händler, Pfandbriefwesen sowie über die Offenlegung von Beteiligungen und öffentliche Kaufangebote übt schon heute eine integrierte Aufsicht mit konsistenten Ansätzen aus. Bereits 1966 hat der Gesetzgeber der EBK neben der Bankenaufsicht die Aufsicht über die Anlagefonds übertragen. Mit dem Börsengesetz von 1995 hat er zudem bewusst einen weiteren Schritt zu einer integrierten Behörde getan, indem er ihr neben der Instituts- auch die Marktaufsicht übertragen und somit auf eine international geläufige Trennung der beiden Tätigkeiten auf zwei verschiedene Behörden verzichtet hat.

Mit der Zusammenlegung der Aufsichtsbehörden werden Synergieeffekte namentlich in den Bereichen der Geldwäschereibekämpfung, der Beurteilung gleicher oder ähnlicher Geschäftsrisiken sowie der Risikofähigkeit der Finanzinstitute entstehen. Ausserdem können Synergien bei der Beaufsichtigung von Anlageinstrumenten, bei der Durchführung von Verwaltungsverfahren sowie bei der Vollstreckung und Sanktionierung genutzt werden. Schliesslich sind Synergien sowohl bei der Wahrnehmung internationaler Aufgaben als auch in den Bereichen Personal, Wissensmanagement, Logistik (z.B. Informatik) und Kommunikation zu erwarten.

Die moderne Finanzmarktaufsicht folgt einer konsolidierten Betrachtungsweise, das heisst sie betrachtet das Finanzunternehmen als wirtschaftliche Einheit. In der Schweiz gibt es derzeit fünf so genannte Finanzkonglomerate<sup>3</sup>. Als Finanzkonglomerat wird eine Mehrheit von Unternehmen bezeichnet, die in unterschiedlichen Bereichen des Finanzsektors tätig sind. Sie bieten verschiedene Finanzdienstleistungen an, die häufig unter der Bezeichnung Allfinanz zusammengefasst werden<sup>4</sup>. Mit dem neuen Versicherungsaufsichtsgesetz ist die materielle Grundlage für die konsolidierte Aufsicht der Finanzkonglomerate geschaffen worden. Das FINMAG schafft nun zudem den institutionellen Rahmen, was die Koordination der Konglomeratsaufsicht wesentlich vereinfacht.

Die Finanzmarktaufsicht darf Innovationen nicht verhindern und muss auf Veränderungen der Märkte reagieren können. Die dynamische Entwicklung und die nachhaltige Veränderung der Finanzmarktstrukturen haben in den letzten zwanzig Jahren die Trennlinie zwischen den verschiedenen Finanzgeschäften zunehmend verwischt. Finanzinstitute versuchen vermehrt, Synergien zu nutzen. Von Banken und Versicherungen werden langfristige Anlage- und Versicherungsprodukte an der Schnittstelle der verschiedenen Finanzbranchen entwickelt. Es besteht damit ein Marktpotenzial für integrierte Finanzdienstleistungen, wie beispielsweise der Vertrieb verschiedenartiger Finanzprodukte durch unabhängige Vertriebssträgerinnen und -träger<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> Jahresbericht 2004 des BPV, S. 14.

<sup>4</sup> Boemle Max/Gsell Max, Geld-, Bank- und Finanzmarkt-Lexikon der Schweiz, Zürich 2002, S. 442.

<sup>5</sup> Bernet Beat, Wie tot ist die Allfinanz?, Student Business Review, 4/2003, S. 19 ff.; Deutsche Bundesbank, Die Aufsicht über Finanzkonglomerate in Deutschland, Monatsbericht April 2005, S. 40 ff.

Eine integrierte Finanzmarktaufsichtsbehörde trägt dazu bei, Bestrebungen der Integration von Finanzdienstleistungen von der Aufsichtsseite her zu unterstützen oder sie zumindest nicht zu hemmen. Sie erfasst die Schnittstellen der verschiedenen Branchen mit einheitlicher Aufsichtspraxis nach dem Grundsatz «same business, same risks, same rules». Das Ausnützen der Unterschiede in der Regulierung der verschiedenen Finanzbranchen (regulatorische Arbitrage) kann damit erkannt und vermieden werden.

Mit der Zusammenführung der verschiedenen Finanzmarktaufsichtsbehörden vergrössert sich das Aufgabenspektrum. Damit entstehen für das Personal vermehrte Entwicklungsmöglichkeiten innerhalb der Behörde. Dies dürfte dazu beitragen, die notwendigen qualifizierten Fachkräfte zu gewinnen und zu halten und damit auch die Effizienz der Finanzmarktaufsicht zu verbessern.

## **1.2.2 Funktionelle, institutionelle und finanzielle Unabhängigkeit als Voraussetzung für die Ausübung der Finanzmarktaufsicht**

Die bestehenden Organisationsstrukturen bieten bereits heute einen tauglichen Rahmen für das Funktionieren der Finanzmarktaufsicht. Die vorgeschlagene Organisationsform einer öffentlich-rechtlichen Anstalt führt jedoch zu einer Verbesserung der staatlichen Strukturen. Sie gilt als zweckmässige und effiziente Organisationsform und schafft die optimalen Bedingungen für eine professionelle, marktnahe und qualitativ hochstehende Finanzmarktaufsicht. Eine Integration der Finanzmarktaufsichtsbehörden bringt als solche keine Vorteile, wenn die grundsätzlichen Voraussetzungen für eine wirksame Aufsicht nicht gegeben sind. Dabei müssen insbesondere folgende Anforderungen erfüllt sein:

- Eine Finanzmarktaufsichtsbehörde benötigt zur zweckmässigen Erfüllung ihrer gesetzlichen Aufgaben eine funktionelle Unabhängigkeit von den politischen Behörden. Ohne diese Unabhängigkeit besteht die Gefahr, dass die Massnahmen der Finanzmarktaufsicht sachfremden Einflüssen unterliegen, was ordnungspolitisch unerwünscht ist. Die Stellung der Finanzmarktaufsichtsbehörde lässt sich demzufolge am ehesten mit derjenigen einer Justizbehörde vergleichen.
- Die Organisation einer Finanzmarktaufsichtsbehörde hat den allgemein gültigen Grundsätzen der Einfachheit, der Transparenz sowie der Nachvollziehbarkeit besonders Rechnung zu tragen. Nur so bietet sie Gewähr für eine wirkungsvolle und kostengünstige Leistungserbringung. Mit ihr wird es gelingen, im sensiblen Dreieck Staat – Finanzmarkt – Aufsicht bestmöglich bestehen zu können.
- Die Handlungsfähigkeit der Finanzmarktaufsichtsbehörde hängt stark vom Grad der institutionellen Selbstbestimmung ab. Eigene Rechtspersönlichkeit sowie Regelungs- und Organisationskompetenzen erlauben eine zweckmässige Ausrichtung auf die spezifischen Bedürfnisse. Der Gesetzgeber hat dabei zu entscheiden, auf welche Weise er die institutionelle Trennung der Finanzmarktaufsicht von der Bundesverwaltung verwirklichen will. Grundsätzlich kommen dabei verschiedene Rechtsformen in Frage (vgl. Ziff. 1.2.3).



- Wie jede Behörde ist auch die Finanzmarktaufsichtsbehörde auf hinreichende finanzielle und personelle Ressourcen, insbesondere auf leistungsfähige Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter mit hoher Fachkompetenz angewiesen. Um ihre Aufgabe wahrnehmen zu können, muss sie über die Möglichkeit verfügen, kurzfristig und möglichst autonom auf Veränderungen reagieren zu können.

Dabei hängen die aufgeführten Voraussetzungen für eine qualitativ hochstehende Aufgabenerfüllung durch die Finanzmarktaufsichtsbehörde eng zusammen. So ist die funktionelle Unabhängigkeit ohne eine institutionelle Selbstbestimmung und ohne die Möglichkeit, über die Ressourcen zu verfügen, kaum sinnvoll. Ist die Finanzmarktaufsicht als Arbeitgeberin wenig attraktiv, leidet die Fachkompetenz der Behörde. Dies wiederum gefährdet ihre Unabhängigkeit.

Auch die internationalen Standards im Bereich des Finanzmarktrechts fordern für die wirksame Ausübung der Finanzmarktaufsicht funktionelle Unabhängigkeit und angemessene Ressourcen<sup>6</sup>. Die Schweiz durchlief im Jahre 2001 als eines der ersten Industrieländer ein Programm des Internationalen Währungsfonds (IWF) zur Bewertung des Finanzsektors (Financial Sector Assessment Programm, FSAP). Dieses Programm prüft unter anderem die Einhaltung internationaler Standards einzelner Länder im Finanzbereich und dient der Aufdeckung von potenziellen Anfälligkeiten in deren Finanzsystemen. Die allgemeine Beurteilung des IWF fiel grundsätzlich positiv aus<sup>7</sup>. Er stellte jedoch fest, dass die EBK zwar in der Ausübung ihrer Aufsichtsfunktionen unabhängig sei, ihr aber die finanzielle Unabhängigkeit fehle. Administrative wie finanzielle Unabhängigkeit seien aber entscheidend für die Qualität der Aufsicht.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Finanzmarktaufsicht zur Erfüllung ihrer Aufgaben einen möglichst grossen Handlungsspielraum in funktionseller und institutioneller Hinsicht sowie bei den personellen und finanziellen Ressourcen benötigt. Zudem muss ihre Organisation einfach, transparent und nachvollziehbar sein.

### 1.2.3 Die Rechtsform der öffentlich-rechtlichen Anstalt

Es stellt sich die Frage, welche Organisationsform diesen Anforderungen am besten genügen kann. Dabei kommen neben der öffentlich-rechtlichen Anstalt Organisationsformen wie ein Bundesamt, eine Behördenkommission, eine spezialgesetzliche oder privatrechtliche Aktiengesellschaft in Frage:

- Soll eine Behörde Teil der Zentralverwaltung bilden, so wird in aller Regel die Rechtsform des *Bundesamtes* gewählt. Die Bundesämter sind die tragen-

<sup>6</sup> Basler Ausschuss für Bankenaufsicht: Grundsätze für eine wirksame Bankenaufsicht, Grundsatz 1; International Association of Insurance Supervisors (IAIS): Insurance core principles (ICP 3); International Organization of Securities Commissions (IOSCO), Objectives and Principles of Securities Regulation, 6.1 Principles Relating to the Regulator.

<sup>7</sup> IMF Country Report No. 02/108, Switzerland: Financial System Stability Assessment, including Reports on the Observance of Standards and Codes on the following topics: Banking Supervision, Securities Regulation, Insurance Regulation, Payment Systems, and Monetary and Financial Policy Transparency (completed on May 13, 2002).

den Verwaltungseinheiten. Sie besorgen die Verwaltungsgeschäfte, nehmen Aufgaben der Politikvorbereitung und -formulierung wahr und erbringen interne Steuerungsleistungen. Ein Bundesamt ist allerdings institutionell und finanziell in die Bundesverwaltung eingebunden und insbesondere gegenüber übergeordneten Stellen weisungsgebunden. Es verfügt damit nicht über funktionelle Unabhängigkeit. Das Bundesamt untersteht vollumfänglich der Finanzhaushaltsgesetzgebung und hat keine eigene Rechtspersönlichkeit. Es kann nur im Namen des Bundes handeln und Verträge schliessen. Was die Ressourcen anbelangt, ist das Bundesamt auf die Zuteilung der finanziellen und personellen Mittel durch den Bundesrat und die eidgenössischen Räte angewiesen.

Das BPV als Aufsichtsbehörde über die privaten Versicherungsgesellschaften ist als Bundesamt organisiert. Es ist dem Eidgenössischen Finanzdepartement (EFD) zugeordnet und gegenüber übergeordneten Stellen weisungsgebunden. Entsprechend der verwaltungshierarchischen Ausgangslage ist es denn auch für das BPV ein permanentes Problem, seinen Personalbestand sowohl in quantitativer als auch in qualitativer Hinsicht den stetig wachsenden Erfordernissen einer zunehmend professionalisierten und internationalisierten Versicherungsaufsicht anzupassen und auf dem Arbeitsmarkt die in verschiedenen Bereichen notwendigen hochqualifizierten Fachleute zu rekrutieren. Am Beispiel des BPV zeigt sich, dass die Voraussetzungen für die Ausübung der Finanzmarktaufsicht bei einem in der Zentralverwaltung eingebundenen Bundesamt nicht erfüllt sind. Da die Finanzmarktaufsicht sowohl funktionell als auch finanziell unabhängig sein sollte, ist die Organisationsform eines Bundesamtes nicht zweckmässig.

Für die Finanzmarktaufsicht sind vor allem Organisationsformen geeignet, die aus der Bundesverwaltung ausgegliedert sind und eine grössere Unabhängigkeit geniessen. Die Ausgliederung lässt sich insbesondere mit der fachlichen Unabhängigkeit und Weisungsungebundenheit, über die eine solche Behörde verfügen sollte, begründen. Ausgegliederte, dezentrale Verwaltungseinheiten sind zum Beispiel die Behördenkommission, die Aktiengesellschaft des privaten oder öffentlichen Rechts oder die selbstständige öffentlich-rechtliche Anstalt. Anhand der EBK kann allerdings gezeigt werden, dass bei einer *Behördenkommission* die Voraussetzungen für die Erfüllung der Aufgabe der Finanzmarktaufsicht nicht optimal erfüllt sind:

- Die EBK ist Teil der dezentralen Bundesverwaltung und unterliegt nicht den Weisungen des Bundesrates. Bezüglich der Ressourcen verfügen aber die EBK und ihr Sekretariat gegenüber Bundesrat und Verwaltung nicht über die nötige Unabhängigkeit. Grundsätzlich unterstehen sie wie die übrige Bundesverwaltung den Regeln der Personal- und Finanzhaushaltsgesetzgebung des Bundes. So werden die Personalbezüge durch das zuständige Departement bewilligt, welches auch für die Klassifizierung der Stellen zuständig ist. Das Departement unterliegt seinerseits den für die gesamte Bundesverwaltung geltenden personalpolitischen Vorgaben. Die Aufsichtsabgaben und -gebühren sowie die Kosten der Behördenkommissionen stellen überdies einen Teil des Finanzhaushalts des Bundes dar. So sind auch die Sachausgaben der Behördenkommissionen, insbesondere im Informatikbereich, beim EFD eingestellt. Trotz der Weisungsungebundenheit sind daher die institutionelle und finanzielle Autonomie bei einer Behördenkommission stark eingeschränkt. Die Voraussetzungen für die Ausübung

einer wirksamen und unabhängigen Finanzmarktaufsicht sind somit nicht vollumfänglich erfüllt.

Die administrative und ressourcenmässige Unabhängigkeit lässt sich umso mehr rechtfertigen, als die ausgegliederte Behörde finanziell selbsttragend ist, das heisst über Gebühren und Abgaben finanziert wird. Dies trifft auf die EBK, das BPV und die Kst GwG zu und gilt auch für die neu zu schaffende, integrierte Aufsichtsbehörde.

Rechtsformen, die die Unabhängigkeit in administrativer und ressourcenmässiger Hinsicht gewährleisten, sind die Aktiengesellschaften des öffentlichen oder privaten Rechts. Diese Rechtsformen sind aber nicht auf die Erfüllung der Aufgabe der Finanzmarktaufsicht zugeschnitten:

- Die Organisation einer *spezialgesetzlichen Aktiengesellschaft* richtet sich nach dem betreffenden Spezialgesetz des Bundes, nach den Statuten und ergänzend nach den Vorschriften des Obligationenrechts (OR; SR 220). Diese Form eignet sich besonders, wenn die Organisation mit privaten Unternehmen konkurriert, die Gewinnstrebigkeit neben der Verwirklichung öffentlicher Interessen im Vordergrund steht und sich neben dem Bund Dritte an der Gesellschaft beteiligen. Die Finanzmarktaufsicht steht aber weder zu einem privaten Unternehmen in Konkurrenz noch ist sie gewinnstrebig, womit diese Organisationsform in den Hintergrund tritt.
- Die Rechtsform einer *privatrechtlichen Aktiengesellschaft* nach den Artikeln 620 ff. OR muss aus ähnlichen Gründen ausgeschlossen werden. Diese Organisationsform macht nur dann Sinn, wenn ein gewinnstrebiges Unternehmen vollständig im Wettbewerb steht. Für die Erfüllung von hoheitlichen Aufgaben wie bei der Finanzmarktaufsicht eignet sich die Rechtsform einer privatrechtlichen Aktiengesellschaft nicht. Ausserdem ist die Übertragung von Rechtssetzungskompetenzen, über die die Finanzmarktaufsichtsbehörde namentlich im technischen Bereich verfügt (z.B. Erlass von Verordnungen), auf Private aus verfassungsrechtlicher Sicht problematisch.

Die Rechtsform der *selbstständigen öffentlich-rechtlichen Anstalt* erfüllt die Voraussetzungen zur Ausübung der Aufgabe der Finanzmarktaufsicht am besten: Sie ist eine organisatorisch selbstständige Verwaltungseinheit, der die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe obliegt und die mit eigenen personellen und finanziellen Mitteln ausgestattet ist. Es handelt sich um eine dezentralisierte Einheit der Bundesverwaltung<sup>8</sup> mit eigener Rechtspersönlichkeit, die sachlich unabhängig ist und auch ressourcenmässig Autonomie geniesst.

Diese Organisationsform bietet aus Sicht des Bundesrates optimale Voraussetzungen für eine starke und effiziente Aufsichtstätigkeit, da die Kriterien der funktionellen, institutionellen und ressourcenmässigen Unabhängigkeit erfüllt sind. Diese öffentlich-rechtliche Rechtsform ermöglicht es, eine Behörde unter Anwendung wirtschaftlicher Führungsstrukturen wie eine Aktiengesellschaft (vgl. Ausführungen unter Ziff. 1.2.4) zu organisieren. Mit der Rechtsform der Anstalt, welche gewissermassen als «öffentliches Unternehmen» bezeichnet werden kann, wird damit das Ziel einer einfachen, transparenten sowie nachvollziehbaren Organisation erreicht.

<sup>8</sup> Art. 8 Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung vom 25. November 1998 (RVVO; SR 172.010.1).

#### 1.2.4

### **Zeitgemässe Führungsstruktur der FINMA unter Einbezug der verschiedenen Fachbereiche**

Da die FINMA eine äusserst anspruchsvolle Aufgabe zu erfüllen hat, ist es von grosser Bedeutung, ihr eine einfache, funktionstüchtige sowie effiziente Führungsstruktur vorzugeben. Die Vorschriften zur Organisation der FINMA sollen für ein Gleichgewicht zwischen der strategischen und operativen Führungsebene sorgen («checks and balances») und den Anforderungen an eine moderne Verwaltungsführung genügen:

- So prägt der Verwaltungsrat die strategische Ausrichtung der FINMA, indem er die strategischen Ziele der FINMA festlegt und sie dem Bundesrat zur Genehmigung unterbreitet. Weiter entscheidet der Verwaltungsrat über Geschäfte von grosser Tragweite. Er erlässt die der FINMA delegierten Verordnungen und beschliesst die Rundschreiben. Er trägt die Verantwortung für das interne Kontrollsystem und erstellt den Geschäftsbericht. Er wählt die Mitglieder der Geschäftsleitung und erlässt das Organisationsreglement sowie die Richtlinien über die Informationstätigkeit. Schliesslich genehmigt er den Voranschlag.
- Der Geschäftsleitung obliegt die operative Führung der FINMA. Sie erlässt die Verfügungen, soweit das Organisationsreglement diese Befugnis nicht dem Verwaltungsrat vorbehält oder einzelnen Organisationseinheiten überträgt. Sie erarbeitet die Entscheidungsgrundlagen des Verwaltungsrates und berichtet ihm regelmässig über ihre Geschäftstätigkeit.
- Die Revisionsstelle prüft die Rechnungsführung, die Jahresrechnung und das richtige Funktionieren der Planungs-, Kontroll-, Steuerungs- und Berichtssysteme der FINMA.

Wie die Erfahrungen der EBK zeigen, muss die generelle Kompetenz für die operative Tätigkeit einer Finanzmarktaufsichtsbehörde (Sachentscheide, Ressourcen, Logistik etc.) nicht beim Verwaltungsrat liegen. Die Kommission hat beispielsweise einen grossen Teil ihrer Verfügungskompetenz – vor allem wenn es sich um Routinegeschäfte handelt – dem Sekretariat delegiert. Das nebenamtliche Gremium stösst zudem wegen seiner zeitlich beschränkten Kapazitäten an Grenzen. Kommen noch die Aufgabenbereiche des BPV und der Kst GwG dazu, so werden die Aufgaben so stark erweitert, dass sie von einem Milizorgan sowohl in zeitlicher als auch in fachlicher Hinsicht kaum mehr befriedigend erfüllt werden können. Die Entscheidungskompetenz des Verwaltungsrates wird deshalb auf die Geschäfte von grosser Tragweite beschränkt. Er entscheidet somit nur noch in denjenigen Fällen, in denen Gläubigerinnen und Gläubiger, Anlegerinnen und Anleger, Versicherte oder die Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte in erheblichem Masse betroffen sind.

Auch unter der neuen Behörde sollen die Besonderheiten der verschiedenen Aufsichtsbereiche beachtet werden. Die Finanzmarktaufsicht wird die Unterschiede, die zwischen den verschiedenen Branchen bestehen, weiterhin beachten und die branchenspezifischen Regelungen anwenden. Es wird Sache der Behörde sein, sich dementsprechend zu organisieren. Aus diesem Grund ist auch eine angemessene Vertretung der verschiedenen Fachbereiche im Verwaltungsrat und in der Geschäftsleitung vorgesehen.

### 1.2.5

## Rechenschaftspflicht der FINMA und Steuerung durch den Bund

Die Unabhängigkeit der FINMA verlangt im Gegenzug nach einer Rechenschaftspflicht und einer politischen Obergrenze beziehungsweise Steuerung durch den Bund. Bei der FINMA handelt es sich um eine Organisation, die sich nach der bis anhin geltenden Definition im so genannten 3. Kreis befindet<sup>9</sup>. Wird die neue, aus der so genannten Aufgabentypologie hergeleitete Definition zugrunde gelegt, gehört sie als Finanzmarktaufsichtsbehörde zu den «Einheiten mit Aufgaben der Marktaufsicht». Der Bundesrat erachtet die FINMA als wichtigen Modell- und Präzedenzfall im Rahmen seiner Eignerstrategie. Angesichts der staatspolitischen Bedeutung und der Grösse dieser Organisation kommt der Steuerung durch den Bund eine wichtige Funktion zu.

Der Gang in die Unabhängigkeit der Finanzmarktaufsichtsbehörden bedeutet nicht, dass der Bundesrat beziehungsweise die eidgenössischen Räte sämtliche Steuerungs- und Einflussmöglichkeiten aus der Hand geben. Gerade bei einer solchen Organisation ist es wichtig, dass sie im Staatsgefüge eingebunden bleibt und die vorhandenen Steuerungs- und Kontrollinstrumente institutionalisiert werden.

Die Steuerung erfolgt in erster Linie über die Vorgaben in den Gesetzen und Verordnungen. Sie geben den Rahmen vor, in dem sich bewegen darf. Sie definieren die Aufgaben der FINMA und bilden somit auch den Rahmen der Regulierung durch die FINMA. Dieser wird einerseits von den eidgenössischen Räten (durch Gesetz) und andererseits vom Bundesrat (durch Verordnung) bestimmt.

Bewegt sich die FINMA ausserhalb des gesetzlichen Rahmens, können die Betroffenen die entsprechenden Verfügungen auf dem Beschwerdeweg anfechten und deren Aufhebung oder Änderung verlangen. Dasselbe gilt für die Auferlegung der Aufsichtskosten mittels Gebühren. Lassen sich diese Kosten nicht rechtfertigen, können sich die Betroffenen gegen deren Auferlegung wehren. Die Anfechtung von Einzelentscheiden durch Beschwerde stellt ein wichtiges und griffiges Kontrollinstrument dar.

Neben diesen rechtlich geprägten Instrumenten verfügt der Bundesrat über eigene Instrumente zur Steuerung und Beaufsichtigung der FINMA: So hat die FINMA eigene strategische Ziele zu formulieren, welche vom Bundesrat zu genehmigen sind. Der Bundesrat kann damit ergänzend zur Gesetzgebung auf die mittelfristige Ausgestaltung der betrieblichen Tätigkeit der FINMA Einfluss nehmen. Als Ausfluss ihrer Autonomie legt die FINMA die Bereiche selbst fest, in welchen sie sich strategische Ziele geben will.

Ferner entscheidet der Bundesrat mit der Wahl des Verwaltungsrates über die Zusammensetzung des obersten strategischen Organs. Sind die Wahlvoraussetzungen eines der Mitglieder dieses Gremiums nicht mehr erfüllt, so kann der Bundesrat seine Abwahl beschliessen. Ausserdem genehmigt er die Wahl und die Auflösung des Arbeitsverhältnisses der Direktorin oder des Direktors der Geschäftsleitung durch den Verwaltungsrat. Er hat also auch bei der Wahl oder der Auflösung des

<sup>9</sup> Vier-Kreise-Modell: Regierungs- und Verwaltungsreform, Schlussbericht der Projektleitung, genehmigt durch den Bundesrat am 18. Oktober 2000, Bericht über das Führen mit Leistungsauftrag und Globalbudget – Evaluation und weiteres Vorgehen (Evaluationsbericht FLAG), BBl 2002 3535.

Arbeitsverhältnisses des obersten operativen Organs ein Mitspracherecht. Damit prägt er die Ausrichtung dieser Behörde wesentlich mit.

Des Weiteren erlässt der Bundesrat die Gebührenverordnung und genehmigt die Verordnung über Entlohnung, Nebenleistungen sowie weitere Vertragsbedingungen des Personals. Damit kann er einerseits wichtige personalpolitische Aspekte steuern und mitentscheiden. Andererseits legt er fest, nach welchen Kriterien die Gebühren und Abgaben zu erheben und zu bemessen sind. Bei der Regelung der Gebühren und Abgaben sowie des Personalwesens handelt es sich um zwei Bereiche von politisch grosser Bedeutung. Mit dem Erlass dieser Bestimmungen werden wichtige Weichenstellungen für die konkrete Ausgestaltung der Behörde und ihrer Tätigkeit getroffen.

Gegenüber dem Bundesrat besteht eine Rechenschaftspflicht der Aufsichtsbehörde im Rahmen des jährlichen Geschäftsberichts. Dieser ist vor seiner Veröffentlichung dem Bundesrat zur Genehmigung zu unterbreiten. Ausserdem finden zwischen Bundesrat und FINMA mindestens ein Mal im Jahr institutionalisierte Gespräche statt zur Strategie der Aufsichtstätigkeit und zur Finanzplatzpolitik. Der Bundesrat kann bei Bedarf jederzeit weitere Aussprachen verlangen. Dieser Austausch ermöglicht es dem Bundesrat, sich ein Bild über die Tätigkeit der Behörde zu machen und seine Vorstellungen bekannt zu geben. Zudem kann er Kritik anbringen, wenn er mit der Ausrichtung der Tätigkeit der FINMA nicht einverstanden ist<sup>10</sup>.

Die Aufsicht der eidgenössischen Räte wird im Rahmen der parlamentarischen Oberaufsicht ausgeübt. Diese ergibt sich aus der Bundesverfassung<sup>11</sup> sowie aus den Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 13. Dezember 2002 über die Bundesversammlung (Parlamentsgesetz, ParlG; SR 171.10). Bei den Anstalten des Bundes geht es in erster Linie darum, zu prüfen, ob der Bundesrat seine Interessen als Eigner beziehungsweise die ihm zugewiesenen Aufgaben und Funktionen korrekt wahrgenommen hat (indirekte Oberaufsicht).

Die erwähnten Steuerungsinstrumente des Bundesrates und der eidgenössischen Räte garantieren die Einbindung der FINMA in die staatspolitischen Strukturen, ohne dabei ihre für die Finanzmarktaufsicht erforderliche Unabhängigkeit zu tangieren.

## **1.2.6 Grundsätze für die Finanzmarktregulierung**

Finanzmarktregulierung bildet eine der Voraussetzungen für einen funktionsfähigen und effizienten Finanzsektor. Gläubigerinnen und Gläubiger, Anlegerinnen und Anleger sowie Versicherte vertrauen auf solvente und zuverlässige Beaufsichtigte. Diese wiederum verlassen sich auf berechenbare und sachgerechte Rahmenbedingungen. Die in- und ausländische Öffentlichkeit vertraut in einen sauberen, funktionierenden und leistungsfähigen Finanzmarkt. All dies macht Finanzmarktregulierung notwendig. Ohne Regulierung können die Beaufsichtigten in einem international regulierten Umfeld nicht tätig sein.

<sup>10</sup> Grisel André, La commission fédérale des banques sous le regard du juriste, in: Eidgenössische Bankenkommission (Hrsg.), 50 Jahre eidgenössische Bankenaufsicht, Zürich 1985, S. 158.

<sup>11</sup> Art. 169 BV.

Die Regulierung kann aber hohe Umsetzungskosten zur Folge haben, welche vor allem auch die kleineren Beaufsichtigten belasten. Ebenso kann Regulierung die internationale Wettbewerbsfähigkeit des Finanzplatzes beeinträchtigen oder zu unerwünschten Nebenwirkungen führen.

Neben der Aufsichtstätigkeit und dem Vollzug der Finanzmarktgesetze kommt der FINMA die Aufgabe der Mitwirkung bei der Gesetzgebung sowie der Regulierung auf technischer Ebene zu. Die Reorganisation der Finanzmarktaufsicht wird deshalb zum Anlass genommen, an den bestehenden Regulierungsgrundsätzen<sup>12</sup> und an der bisherigen Praxis anzuknüpfen und diesen einen gesetzlichen Rahmen zu geben. Die Finanzmarktaufsichtsbehörde wird sich bei ihrer Regulierung an diesen Grundsätzen, welche bereits heute auf freiwilliger Basis weitgehend beachtet werden, orientieren müssen.

Der Bundesrat verdeutlicht mit Regulierungsgrundsätzen, dass die Finanzmarktaufsicht keine Eigendynamik entwickeln darf. Es soll nur reguliert werden, soweit dies mit Blick auf die Ziele der Finanzmarktaufsicht nötig ist. Die Finanzmarktaufsichtsbehörde hat dabei insbesondere die Kosten, die den Beaufsichtigten entstehen, die Auswirkungen auf den Wettbewerb, die Innovationsfähigkeit und die internationale Wettbewerbsfähigkeit des Finanzplatzes zu berücksichtigen. Dabei ist auch den unterschiedlichen Geschäftstätigkeiten und Risiken der Beaufsichtigten Rechnung zu tragen. Weiter sind die internationalen Mindeststandards zu beachten.

Der Bundesrat ist der Auffassung, dass in Zukunft Kosten-Nutzen-Überlegungen systematisch in die Beurteilung von Regulierungsprojekten einfließen müssen. Damit können die Entscheidungsgrundlagen zur Beurteilung von Eignung, Erforderlichkeit und Verhältnismässigkeit vertieft werden. Dies erlaubt, das richtige Mass an Regulierung für eine konkrete Problemstellung zu finden.

### **1.2.7 Kosten der Behörde sowie Finanzierung**

Die Integration der Finanzmarktaufsichtsbehörden und die damit verbundene grössere Flexibilität bei den Ressourcen darf im Gegenzug nicht zur Anhebung von Gebühren und Abgaben führen. Der Auftrag der FINMA ist durch die Finanzmarktgesetzgebung vorgegeben und bleibt mit dieser Vorlage unverändert, weshalb auch nicht damit zu rechnen ist, dass die Kosten der Finanzmarktaufsichtsbehörde steigen werden. Vorbehalten bleibt die Pflicht zur Reservenbildung (vgl. Kommentar zu Artikel 16 FINMAG). In denjenigen Bereichen, in denen Synergien (vgl. Ziff. 1.2.1) genutzt werden können, werden die Kosten eher tiefer sein. Die Integration ermöglicht nämlich eine Optimierung des Einsatzes der Ressourcen (z.B. Kommunikation), der Logistik (z.B. Informatik) sowie der Infrastruktur (z.B. Unterbringung). So sollen die EBK, das BPV und die Kst GwG räumlich zusammengelegt werden, was bei der Unterbringung zu Einsparungen führen kann.

In diesem Zusammenhang ist jedoch zu betonen, dass eine starke Finanzmarktaufsicht ihren Preis hat. Die Anforderungen an die Finanzmarktaufsicht steigen ständig, da ihre Aufgabe immer komplexer wird (v.a. bei der Aufsicht über grössere Beaufsichtigte). Sofern der Gesetzgeber der FINMA zusätzliche Aufgaben überträgt, hat

<sup>12</sup> Richtlinien für Finanzmarktregulierung, Vorgaben für eine verhältnismässige, kostenbewusste und wirksame Regulierung des Finanzmarktes, September 2005, EFV, EBK, BPV, <http://www.efd.admin.ch/d/dok/grundlagenpapiere/finanzmarktregulierung/richtlinien.pdf>

dies zwangsläufig auch Auswirkungen auf ihren Personalbestand. Ausserdem ist darauf hinzuweisen, dass die FINMA Leistungen (z.B. im Ressourcenbereich) übernehmen muss, welche bis anhin von der Bundesverwaltung erbracht worden sind.

Die Einnahmen der FINMA setzen sich vollumfänglich aus Gebühren und Abgaben der Beaufsichtigten zusammen, welche die gesamten Kosten der FINMA decken werden. Die EBK und das BPV werden seit Jahren auf diese Weise finanziert. Ab 2006 wird auch die Kst GwG vollständig über Gebühren und Abgaben finanziert.

Bei der Gebühren- und Abgabenerhebung ist darauf zu achten, dass eine möglichst verursachergerechte Belastung der Aufsichtskosten erfolgt. Für Aufsichtsverfahren im Einzelfall und Dienstleistungen werden Gebühren erhoben. Für sämtliche übrigen Aufsichtskosten, die nicht durch Gebühreneinnahmen gedeckt sind, wird von den Beaufsichtigten eine jährliche Pauschalabgabe, die so genannte Aufsichtsabgabe, erhoben. Mit dieser werden diejenigen Kosten der FINMA gedeckt, die den beaufsichtigten Personen nicht individuell zugerechnet werden können (vgl. Kommentierung zu Art. 15).

### **1.2.8                    Personal**

Das Personal der FINMA wird privatrechtlich angestellt. Dies entspricht der Regelung, die in Bezug auf die Eidgenössische Revisionsaufsichtsbehörde (Revisionsaufsichtsbehörde) nach dem Bundesgesetz vom 16. Dezember 2005 über die Zulassung und Beaufichtigung der Revisorinnen und Revisoren (Revisionsaufsichtsgesetz, RAG; Referendumsvorlage, BBl 2005 7349) getroffen worden ist. Einerseits macht es Sinn, für beide Behörden, die ähnliche Aufgaben im Rahmen der Aufsicht über die Prüfgesellschaften erfüllen, eine analoge Regelung zu treffen. Andererseits verleiht die privatrechtliche Anstellung des Personals der FINMA mehr Freiraum. Der Verwaltungsrat wird eine Verordnung zu Fragen der Entlohnung, Nebenleistungen sowie zu weiteren Vertragsbedingungen (Art und Umfang der Vorsorgepläne, allfällige Abgangsentschädigungen, Kündigungsfristen etc.) erlassen. Diese untersteht der Genehmigung durch den Bundesrat. Damit kann der Bundesrat die Rahmenbedingungen für den Hauptkostenfaktor Personal wesentlich mitbestimmen und die Entrichtung von zu hohen Löhnen verhindern (vgl. Ziff. 1.2.5). Er wird allerdings berücksichtigen müssen, dass eine starke Aufsicht qualifizierte Fachkräfte braucht, die entsprechend entlohnt werden müssen.

### **1.2.9                    Beschränkung der Haftung der FINMA und des Bundes**

Nach Artikel 3 Absatz 1 des Bundesgesetzes vom 14. März 1958 über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördemitglieder und Beamten (Verantwortlichkeitsgesetz, VG; SR 170.32) haftet der Bund für Schäden, die Angestellte des Bundes in Ausübung ihrer amtlichen Tätigkeit Dritten widerrechtlich zufügen, ohne Rücksicht auf das Verschulden der Angestellten. Bei der Haftung nach Verantwortlichkeitsgesetz handelt es sich um eine strenge, betragsmässig unbegrenzte Kausalhaftung mit einem breiten Anwendungsbereich.



Dem Verantwortlichkeitsgesetz unterstellt sind alle Personen, die unmittelbar mit öffentlich-rechtlichen Aufgaben des Bundes betraut sind (Art. 1 Abs. 1 Bst. f VG). Somit richtet sich die Haftung für das Handeln der Organe und Angestellten der FINMA sowie der von der FINMA Beauftragten nach dem Verantwortlichkeitsgesetz. Ausserdem haftet eine ausserhalb der ordentlichen Bundesverwaltung stehende Organisation wie die FINMA gemäss Artikel 19 VG in erster Linie selbst für Schäden, die sie beziehungsweise ihre Organe und Angestellten Dritten zufügen. Vermag die FINMA den geschuldeten Schadenersatz nicht aus ihren Reserven zu leisten, so haftet der Bund dem Geschädigten für den ungedeckten Betrag subsidiär (Ausfallhaftung).

Im Bereich der Finanzmarktaufsicht führen vor allem Unterlassungen der Behörde zu einer Haftung. So beispielsweise wenn Beaufsichtigte in Konkurs fallen und geltend gemacht wird, ein früheres oder wirkungsvolleres Einschreiten der Aufsichtsbehörde hätte den daraus entstandenen Schaden verhindern können. Das Bundesgericht hat sich schon mehrmals mit der Frage der Haftung der EBK auseinandergesetzt. Dabei hielt es unter anderem fest, dass die Bestimmungen über die Bankenaufsicht nicht dem Schutz der Banken dienen, sondern deren Gläubigerinnen und Gläubiger. Eine Bank kann daher den Bund nicht wegen Verletzung der Aufsichtspflicht verantwortlich machen. Bei der Beurteilung, welche konkreten Massnahmen im Einzelfall hätten ergriffen werden müssen, könne zudem der EBK als fachkundiger Behörde im Einzelfall ein erheblicher Spielraum zukommen<sup>13</sup>. Der Bundesrat begrüsst diese Praxis des Bundesgerichts. Die Änderung der Haftungsvoraussetzungen im FINMAG soll daran jedenfalls nichts ändern.

Schadenfälle im Finanzmarktbereich können in die Milliarden gehen. Müssen die FINMA und, subsidiär, der Bund für solche Summen eintreten, so hat dies zur Folge, dass die Beaufsichtigten mit ihren Abgaben oder, subsidiär, die Steuerzahlerinnen und Steuerzahler über Gebühr belastet werden. Je schärfer eine Aufsichtsbehörde haftet, desto mehr wird sie auch geneigt sein, die Beaufsichtigten möglichst lückenlos und mit hohem Kontrollaufwand zu überwachen. Die scharfe Kausalhaftung im Bereich der Finanzmarktaufsicht kann infolgedessen dazu führen, dass die Behörde übervorsichtig agiert. Dies hat wiederum Auswirkungen auf die Kosten der Aufsicht und wird letztlich von den Beaufsichtigten als Überregulierung empfunden. Bei der Ausübung der Aufsicht sollte die FINMA aber je nach Grösse und Art der Geschäftstätigkeit und der Risiken der verschiedenen Beaufsichtigten differenziert handeln und Schwerpunkte bei ihrer Aufsichtstätigkeit setzen. Darüber hinaus verfügen die Beaufsichtigten über einen sehr grossen Spielraum für eigenverantwortliches und wirtschaftliches Handeln. Im Gegenzug darf die Finanzmarktaufsicht nicht für jeglichen Schaden, der bei den Beaufsichtigten entsteht, verantwortlich gemacht werden. Es ist stossend, wenn die Finanzmarktaufsicht haftet, obschon sie auf die für den Schaden Verantwortlichen keinen bedeutenden Einfluss nehmen kann und die Ursache für einen Schaden nicht bei der Finanzmarktaufsicht, sondern in der wirtschaftlich verfehlten Geschäftsführung oder im pflichtwidrigen Verhalten des Beaufsichtigten liegt.

Die Grenze der Verantwortlichkeit der FINMA ist daher neu zu definieren. Der Bundesrat schlägt vor, die Haftungsvoraussetzungen massgebend einzuschränken. Damit wird der Rechtslage im Ausland, insbesondere im europäischen Umfeld Rechnung getragen, welche beispielsweise in Deutschland den faktischen Aus-

<sup>13</sup> BGE 116 Ib 196 ff. E. 2b und 2d, BGE 106 Ib 357 E. 2c.

schluss der Haftung der Finanzmarktaufsichtsbehörde für ihre Aufsichtstätigkeit vorsieht (vgl. Ziff. 1.4).

Die uneingeschränkte Haftung führt zu einem beträchtlichen Haftungsrisiko der öffentlichen Hand<sup>14</sup>. Die FINMA soll deshalb für ihr Verhalten nur bei «Verletzungen von wesentlichen Amtspflichten» haften. Diesen Massstab verwendet das Bundesgericht bereits bei Rechtsakten, die nachträglich von einer Rechtsmittelinstanz aufgehoben werden<sup>15</sup>. Die Haftung setzt einen besonderen Fehler voraus, der nicht schon vorliegt, wenn sich Entscheide der FINMA als unrichtig erweisen. Der Staat soll nicht bereits dann haften, wenn die Aufsichtsbehörde ihr Ermessen falsch ausübt oder ihr trotz aller Vorsichtsmassnahmen ein Fehler unterläuft, da die Aufsichtstätigkeit auch faktischen Schranken und Unsicherheiten ausgesetzt ist<sup>16</sup>. Damit wird der FINMA für ihr Verhalten haftungsrechtlich gesehen ein grösserer Ermessenspielraum eingeräumt. Das bedeutet, dass ein im Nachhinein verfehltes Verhalten der Aufsichtsbehörde nur dann zur Haftung führt, wenn sie den ihr zugestandenem Gestaltungsspielraum eindeutig pflichtwidrig überschritten oder missbraucht hat.

Weiter wird eine Haftung der FINMA ausgeschlossen, wenn Schäden auf «Pflichtverletzungen der Beaufsichtigten» zurückzuführen sind. Eine wesentliche Amtspflichtverletzung der FINMA wird diesfalls für den Schaden nicht mehr als kausal angesehen und tritt damit vollständig in den Hintergrund. Es wird überdies Sache der Praxis der Gerichte sein, die Begriffe der «wesentlichen Amtspflichtverletzung» sowie der «Pflichtverletzung der Beaufsichtigten» im Einzelfall auszulegen und ihnen die nötigen Konturen zu geben.

### 1.2.10 Harmonisierung der Aufsichtsinstrumente

Das FINMAG führt zu einer Straffung der Finanzmarktgesetzgebung: Die Harmonisierung der Aufsichtsinstrumente («formelles Finanzmarktrecht») hat eine Entschlackung der so genannten Finanzmarktgesetze (Bankengesetz, Versicherungsaufsichtsgesetz, Anlagefondsgesetz, Börsengesetz, Geldwäschereigesetz, Pfandbriefgesetz, Versicherungsvertragsgesetz<sup>17</sup>) zur Folge. Mit dem FINMAG können ähnliche oder identische Instrumente (wie z.B. die Aufsicht über das Prüfwesen, die Informationstätigkeit, Auskunfts- und Meldepflichten der Beaufsichtigten) für die verschiedenen Bereiche der Finanzmarktaufsicht im gleichen Gesetz einheitlich geregelt werden. Das neue Gesetz harmonisiert somit die allgemeinen Instrumente der Finanzmarktaufsicht. Damit können zahlreiche Bestimmungen aufgehoben werden, so dass die Finanzmarktgesetzgebung kohärenter und übersichtlicher wird.

Abgesehen von der Vereinheitlichung der Aufsichtsinstrumente bleiben die Finanzmarktgesetze weitgehend unverändert, namentlich auch das bestehende System der Selbstregulierung (z.B. nach GwG oder BEHG) wird beibehalten. Wo sich überdies in einem Aufsichtsbereich punktuell eine abweichende oder ergänzende Regelung aufdrängt, wird diese im jeweiligen Finanzmarktgesetz belassen. Die Bestimmungen

<sup>14</sup> Schaerer Barbara, Haftung des Bundes für Dritte als «wachsendes Risiko», in: Der Schweizer Treuhänder, 2002, S. 1095 ff.

<sup>15</sup> BGE 112 Ib 449; BGE 118 Ib 163.

<sup>16</sup> Hauri Kurt, Erfahrungen der Bankenaufsicht, in: Berner Bankrechtstag, Band 2, Bern 1995, S. 20.

<sup>17</sup> Bundesgesetz vom 2. April 1908 über den Versicherungsvertrag (Versicherungsvertragsgesetz, VVG; SR 221.229.1).

in den besonderen Finanzmarktgesetzen gehen diesfalls den allgemeinen Bestimmungen des FINMAG vor (Art. 2 FINMAG). So übt die FINMA je nach Regelung in den Finanzmarktgesetzen die Aufsicht entweder direkt oder indirekt mit Unterstützung von Revisionsstellen (sog. dualistisches Aufsichtssystem) aus. Auch der Inhalt der Prüfungen wird durch die Finanzmarktgesetze vorgegeben. Die fachbereichsspezifischen Aufsichtsansätze werden somit mit dem vorliegenden Gesetz grundsätzlich beibehalten. So nimmt die FINMA beispielsweise bei der Versicherungsaufsicht auch Aufgaben im Bereich der Sozialversicherungen wahr, was andere Aufsichtsansätze als bei der Bankenaufsicht erfordert.

Sektorübergreifend kann indessen die Aufsicht über die Revisionsstellen (nachfolgend Prüfgesellschaften, vgl. Ziff. 2.3.1) geregelt werden. Bei der Aufsicht über die Prüfgesellschaften knüpft die FINMA bei der geplanten Revisionsaufsichtsbehörde an, die nach dem neuen Revisionsaufsichtsgesetz geschaffen werden soll. Die FINMA wird im Anschluss an die Prüfung der Revisionsaufsichtsbehörde somit lediglich noch prüfen, ob Prüfgesellschaften sowie leitende Prüferinnen und Prüfer darüber hinausgehend die spezifischen Anforderungen der Finanzmarktaufsicht erfüllen. Damit werden Doppelspurigkeiten mit der neuen Revisionsaufsichtsbehörde vermieden.

## **1.2.11 Voraussetzungen für die Zusammenarbeit mit inländischen Behörden**

Wie die heutigen Aufsichtsbehörden wird auch die FINMA intensive Kontakte mit anderen inländischen Behörden pflegen. Zu nennen ist die Zusammenarbeit mit der Schweizerischen Nationalbank (SNB). Die FINMA wird wie bisher die EBK die Anliegen der SNB, welcher die wesentliche Verantwortung im Bereich der Stabilität des Finanzsystems obliegt<sup>18</sup>, berücksichtigen und sich mit ihr abstimmen. Da die Aufsicht der FINMA ebenfalls Auswirkungen auf die Stabilität des Finanzsystems hat (z.B. Aufsicht über Grossbanken, Anforderungen an die Kapitalisierung und Liquidität), wird weiterhin eine enge Zusammenarbeit erforderlich sein.

Wichtig ist auch die Zusammenarbeit mit den Strafverfolgungsbehörden. Ebenso wird die Kooperation zwischen der FINMA und der Meldestelle für Geldwäscherei sowie der geplanten Revisionsaufsichtsbehörde notwendig sein.

Der FINMA wird jedoch die Möglichkeit eingeräumt, die Amts- und Rechtshilfe unter bestimmten Voraussetzungen gegenüber Strafverfolgungsbehörden oder anderen inländischen Behörden zu verweigern. So soll sie zur Verweigerung der Bekanntgabe von nicht öffentlich zugänglichen Informationen und Herausgabe von Akten berechtigt sein, wenn diese ausschliesslich der internen Meinungsbildung dienen, oder deren Bekanntgabe ein laufendes Verfahren gefährden oder die Erfüllung der Aufsichtstätigkeit der FINMA beeinträchtigen würde.

<sup>18</sup> Art. 5 Abs. 2 Bst. e Bundesgesetz vom 3. Oktober 2003 über die Schweizerische Nationalbank (Nationalbankgesetz, NBG; SR 951.11).

### 1.2.12

## **Harmonisierte Bestimmung für die Zusammenarbeit mit ausländischen Finanzmarktaufsichtsbehörden**

Die Finanzmarktgesetze regeln heute die Zusammenarbeit mit ausländischen Finanzmarktaufsichtsbehörden beinahe deckungsgleich, so dass es sich rechtfertigt, im FINMAG eine harmonisierte Bestimmung zu schaffen. Sachlich gerechtfertigte und gewollte Unterschiede sollen jedoch in den Finanzmarktgesetzen geregelt bleiben. So haben die eidgenössischen Räte am 7. Oktober 2005 eine Revision der Amtshilfe im Börsenbereich verabschiedet (Art. 38 BEHG<sup>19</sup>). Diese sieht gewisse Erleichterungen der Amtshilfe im Börsenbereich vor und soll der harmonisierten Bestimmung des FINMAG als *lex specialis* vorgehen. Es wird sich somit nichts daran ändern, dass nach Börsengesetz nicht nur zum Zwecke der Institutsaufsicht, sondern auch für die Marktaufsicht über den Effektenhandel, beispielsweise bei Insidergeschäften, Amtshilfe geleistet werden kann (Art. 38 Abs. 2 Bst. a BEHG)<sup>20</sup>. Schliesslich sollen auch weiterhin ausländische Aufsichtsbehörden bei Vor-Ort-Kontrollen bei Tochtergesellschaften in der Schweiz keine direkte Einsicht in deren Vermögensverwaltungsgeschäft erhalten (Art. 23<sup>septies</sup> E-BankG, Art. 38a E-BEHG).

Gleichzeitig mit der Harmonisierung werden vor allem sprachliche Präzisierungen vorgenommen. Die einzige materielle Änderung betrifft die im Anlagefondsgesetz (Art. 63 Abs. 4 AFG) und im neuen Versicherungsaufsichtsgesetz (Art. 81 Abs. 5 VAG), nicht aber im Banken-, Börsen- und Geldwäschereigesetz vorgesehene Befugnis des Bundesrates zum Abschluss von Staatsverträgen. In der Praxis hat sich diese Befugnis als nicht erforderlich erwiesen. Deshalb wird im FINMAG darauf verzichtet.

Aus der redaktionellen Vereinfachung der Bestimmungen ergeben sich keine weiteren Änderungen. Insbesondere die rechtliche Stellung der Kundinnen und Kunden der Beaufsichtigten bleibt unverändert.

### 1.2.13

## **Stärkung, Harmonisierung und Straffung der Sanktionen**

Mit der Neuorganisation der Finanzmarktaufsicht soll auch das Sanktionsinstrumentarium der Finanzmarktaufsicht verbessert werden, da sich dieses in der Vergangenheit als zu wenig differenziert und griffig erwiesen hat. Der vorliegende Entwurf sieht eine neue, gestraffte und harmonisierte Sanktionenordnung vor, die einerseits aus überarbeiteten Strafbestimmungen und andererseits aus neuen Verwaltungssanktionen besteht. Die Strafbestimmungen werden verwesentlicht und harmonisiert und die Strafrahen angehoben. Nicht praxisrelevante Straftatbestände werden gestrichen. Daneben werden neue verwaltungsrechtliche Instrumente vorgeschlagen (z.B. Einziehung und Berufsverbot). Die Harmonisierung und Straffung der Sanktionsinstrumente führt zu einer wesentlichen Entschlackung der Finanzmarktgesetze und fördert die Wettbewerbsgleichheit.

<sup>19</sup> BBl 2005 5993

<sup>20</sup> BGE 125 II 65.

Im Bereich des Finanzmarktsstrafrechts werden die Strafraumen wie folgt angepasst: Vergehen werden mit einer maximalen Strafe von Gefängnis bis zu drei Jahren oder Busse bis zu 1 000 000 Franken bedroht. Bei Übertretungen wird eine maximale Strafdrohung von 500 000 Franken vorgesehen. Die fahrlässige Begehungsweise bei Vergehen wird mit einer Busse bis maximal 250 000 Franken und bei Übertretungen mit einer Busse bis zu 150 000 Franken bestraft.

Das verwaltungsrechtliche Sanktionsinstrumentarium wird der FINMA erlauben, präventive und repressive Massnahmen zu ergreifen, die die Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte sicherstellen und den Schutz der Gläubigerinnen und Gläubiger, der Anlegerinnen und Anleger und der Versicherten gewährleisten. Die verwaltungsrechtlichen Sanktionen sind deshalb ausgebaut und verstärkt worden. So wird das Sanktionsspektrum mit dem Berufsverbot um ein wichtiges Instrument ergänzt. Danach kann die FINMA einer Person bei schweren Verletzungen aufsichtsrechtlicher Bestimmungen die Tätigkeit in leitender Stellung untersagen. Das Berufsverbot kann für eine Dauer bis zu 5 Jahren ausgesprochen werden.

Mit dem FINMAG wird der Aufsichtsbehörde überdies die Befugnis eingeräumt, Gewinne einzuziehen, welche eine Beaufichtigte, ein Beaufchtigter oder eine verantwortliche Person in leitender Stellung durch schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen erzielt hat. Mit der Einziehung wird im Bereich der Finanzmarktaufsicht ein neues verwaltungsrechtliches Instrument mit Ausgleichsfunktion eingeführt, welches die Beaufichtigten oder Personen in leitender Stellung davon abhalten soll, aufsichtsrechtliche Bestimmungen zu verletzen. Nur mit der Einziehung kann verhindert werden, dass sich eine schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen lohnt. Die Nichteinziehung von Gewinnen, die mittels schwerer Verletzungen aufsichtsrechtlicher Bestimmungen erzielt werden, führen zu Wettbewerbsverzerrungen. Beaufichtigte, die sich rechtmässig verhalten, erleiden dadurch einen Nachteil, die andern profitieren von ihren Regelverletzungen. Die Einziehung stellt daher lediglich eine Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustands dar und trägt zur Fairness unter den Finanzinstituten bei.

Daneben soll die Aufsichtsbehörde befugt sein, bei einer schweren Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen eine rechtskräftige Verfügung in einer ihr geeignet erscheinenden Form zu veröffentlichen. Auch dieses Instrument soll dazu beitragen, dass sich die Beaufichtigten an die aufsichtsrechtlichen Vorschriften halten.

## **1.2.14                      Revision der Behördenorganisation im Übernahmewesen**

Angesichts der Neuorganisation der Finanzmarktaufsicht und der bevorstehenden Änderung der Bundesrechtspflege erwies es sich als naheliegend, auch die Behördenorganisation im Übernahmewesen zu überprüfen. Diese Prüfung hat ergeben, dass sich eine Revision des Instanzenzugs und der Rechtsmittelfristen aufdrängt. Die hier entsprechend vorgeschlagenen Änderungen im Übernahmewesen sind in einer Anhörung durch die EBK auf überwiegende Zustimmung gestossen; den wenigen Kritiken wurde weitgehend Rechnung getragen.

Nach geltendem Recht (Art. 23 BEHG) überprüft die UEK die Einhaltung der Bestimmungen über öffentliche Kaufangebote im Einzelfall. Sie erlässt gegenüber den Beteiligten Empfehlungen und kann diese veröffentlichen. Die Empfehlungen

können innert fünf Börsentagen an die EBK weitergezogen respektive von der EBK an sich gezogen werden, welche in der Folge eine Verfügung erlässt. Diese unterliegt unmittelbar der Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht (Art. 39 BEHG). Mit Inkrafttreten der revidierten Bundesrechtspflege<sup>21</sup> auf den 1. Januar 2007 könnten die Verfügungen der EBK vorerst innert 30 Tagen mittels Beschwerde an das neu geschaffene Bundesverwaltungsgericht und anschliessend innert gleicher Frist ans Bundesgericht weitergezogen werden. Ein solcher Instanzenzug über vier Instanzen (UEK, EBK [bzw. FINMA], Bundesverwaltungsgericht, Bundesgericht) wird dem Bedürfnis der Praxis nach einem raschen definitiven Entscheid nicht mehr gerecht. Bereits das heutige dreistufige Verfahren hat sich namentlich im Falle von laufenden Übernahmetransaktionen als zu lang erwiesen. Mehrere Monate dauernde Verfahren führen zu einer faktischen Blockierung von Übernahmetransaktionen, womit volkswirtschaftlich bedeutsame und auch für Kleinaktionärinnen und -aktionäre interessante Transaktionen scheitern können.

Diese Unzulänglichkeiten sollen durch einen zeitlich gestrafften dreistufigen Instanzenzug behoben werden, bei welchem die UEK neu als Behördenkommission im Sinne von Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe e der Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung vom 25. November 1998 (RVOV; SR 172.010.1) Verfügungskompetenz erhält. Die bisherige blosse Empfehlungskompetenz der UEK hat sich auf deren Tätigkeit und Akzeptanz zwar nicht negativ ausgewirkt. Es ist aber klar, dass die Autorität der UEK als erste Instanz und damit als quasi operative Behörde aufgewertet wird, wenn sie Verfügungen erlassen kann. Da mit dieser Aufwertung die Akzeptanz der UEK-Entscheide verstärkt wird, dürfte der Rechtsweg weniger rasch beschritten werden. Dieser sieht neu vor, dass Verfügungen der UEK innert fünf Börsentagen an die neu als Beschwerdeinstanz eingesetzte FINMA weitergezogen werden können. Deren Entscheide sind innert 10 Tagen ans Bundesverwaltungsgericht als dritte und letzte Instanz weiterziehbar. Eine Beschwerde ans Bundesgericht soll analog zur geplanten Regelung im Bereich der internationalen Amtshilfe (vgl. Art. 83 Bst. h BGG) nicht möglich sein, weil sich mit einer zweiten gerichtlichen Beurteilung das Ziel einer auf wenige Wochen reduzierten Verfahrensdauer nicht erreichen lässt. Als weitere Massnahme ist schliesslich der Stillstand von Fristen für das Verfahren bei der UEK und der FINMA ausdrücklich ausgeschlossen. Dies entspricht der bereits heute für die Verfahren vor der UEK geltenden Regelung.

## **1.3 Ergebnisse des Vorverfahrens**

### **1.3.1 Vorbereitungsarbeiten**

Das EFD hat Ende 1998 eine Expertengruppe unter der Leitung von Prof. Jean-Baptiste Zufferey eingesetzt, die die Stärken und Schwächen der schweizerischen Finanzmarktgesetzgebung und -aufsicht untersucht und mit den Entwicklungen im internationalen Markt verglichen hat. Das Mandat beinhaltete insbesondere die Evaluation neuer Risiken und Tendenzen, etwa bei der Zusammenarbeit von Banken

<sup>21</sup> Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesverwaltungsgericht (Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG; Referendumsvorlage, BBl 2005 4093), Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG; Referendumsvorlage, BBl 2005 4045).

und Versicherungen. Diese erste Expertengruppe hat im November 2000 ihren Schlussbericht zur «Finanzmarktregulierung und -aufsicht in der Schweiz»<sup>22</sup> veröffentlicht, der 42 Empfehlungen enthält (Bericht Zufferey). So schlug die Expertengruppe Zufferey unter anderem vor, in der Schweiz eine integrierte Finanzmarktaufsicht zu bilden, welche die heutigen Aufsichtsfunktionen der EBK und des BPV übernimmt.

Nach der Veröffentlichung des Berichts hat das EFD im November 2000 verschiedene Kreise eingeladen, sich zu den Empfehlungen zu äussern. Gestützt auf den Bericht Zufferey und bestärkt durch das Resultat der durchgeführten Anhörung ist der Bundesrat zur Auffassung gelangt, dass gesetzgeberische Schritte zur Verbesserung der Finanzmarktgesetzgebung ergriffen werden sollten. So hat er am 30. November 2001 eine Expertenkommission unter der Leitung von Prof. Ulrich Zimmerli eingesetzt<sup>23</sup>. Diese wurde beauftragt, die Empfehlungen der Expertengruppe Zufferey zu konkretisieren und dem EFD einen Gesetzesentwurf samt erläuterndem Bericht vorzulegen.

Im Einvernehmen mit dem EFD erfüllte die Expertenkommission den Auftrag zeitlich gestaffelt: Im Rahmen eines I. Teilberichts hat sie im Juli 2003 den Entwurf eines Bundesgesetzes über die Finanzmarktaufsicht (Finanzmarktaufsichtsgesetz, FINMAG) vorgelegt, das die EBK und das BPV in der «Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht (FINMA)» zusammenführt sowie Vorschläge für harmonisierte, fachbereichsübergreifende Aufsichtsinstrumente enthält. Gestützt darauf hat die Kommission anschliessend im August 2004 einen II. Teilbericht zu den «Sanktionen in der Finanzmarktaufsicht» verabschiedet. Im Februar 2005 ist zudem der dritte und letzte Teilbericht zur Frage der Erweiterung der prudentiellen Aufsicht veröffentlicht worden. Dieser Bericht enthält keine konkreten Gesetzesvorschläge, sondern nur Empfehlungen an den Bundesrat für das weitere Vorgehen.

### 1.3.2 Hauptpunkte der Vernehmlassungsentwürfe

Gemäss dem I. Teilbericht «Integrierte Finanzmarktaufsicht» wird die FINMA als öffentlich-rechtliche Anstalt mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestaltet. In dieser neuen Behörde sollen laut der Expertenkommission vorerst die EBK und das BPV organisatorisch zusammengeführt werden. Für die Zusammenführung dieser Finanzmarktaufsichtsbehörden stand im Gegensatz zur Expertengruppe Zufferey

<sup>22</sup> <http://www.efd.admin.ch/d/dok/berichte/2000/11/finanzmarkt.htm>

<sup>23</sup> Mitglieder der Kommission: Prof. Dr. Ulrich Zimmerli, Universität Bern, Institut für öffentliches Recht (Präsident); Dr. iur. Barbara Schaefer, Fürsprecherin, LL.M., Vizedirektorin der Eidgenössischen Finanzverwaltung (EFV) und Chefin des Rechtsdienstes EFD (Vizepräsidentin); Prof. Dr. rer. pol. Niklaus Blattner, Vizepräsident des Direktoriums der Schweizerischen Nationalbank (SNB); Prof. Dr. oec. publ. Hans Geiger, Universität Zürich, Institut für schweizerisches Bankwesen (ISB); Prof. Dr. rer. pol. Philippe Gugler, Université de Fribourg, Chaire de politique économique et sociale; Dr. iur. Kurt Hauri, Präsident der EBK; Dr. iur. Monica Mächler-Erne, Rechtsanwältin, Leiterin Rechtsdienst Zurich Financial Services Group; bis Januar 2003: Peter Pfund, Fürsprecher, ehemaliger Direktor des Bundesamtes für Privatversicherungen (BPV); ab Januar 2003: Prof. Dr. Herbert Luethy, Direktor des Bundesamtes für Privatversicherungen (BPV); Alexander Rabian, Rechtsanwalt, Mitglied der Geschäftsleitung der Selbstregulierungsorganisation (SRO) des Verbandes Schweizerischer Vermögensverwalter (VSV); Dr. iur. Urs Roth, Vorsitzender der Geschäftsleitung der Schweizerischen Bankiervereinigung (SBVg). Das Sekretariat wurde geführt von Fürsprecherin Kathrin Tanner, EFV.

nicht mehr die Allfinanz im Vordergrund, sondern die Steigerung der Effizienz, die Verminderung der Kosten der Aufsicht sowie das Bedürfnis nach mehr operativer und finanzieller Unabhängigkeit.

Die FINMA erhält nach den Vorstellungen der Expertenkommission ein strategisches und ein operatives Organ: Der Aufsichtsrat (neu: Verwaltungsrat) soll sich vornehmlich mit der Strategie der integrierten Finanzmarktaufsicht auseinandersetzen und die Geschäftsleitung in Grundsatzfragen beraten. Der Geschäftsleitung hingegen obliegt der Vollzug der Aufsicht. Dementsprechend hat sie die Verfügungskompetenz inne. Die Geschäftsleitung kann, soweit es sich nicht um Verfügungen von grundsätzlichem Charakter und departementsübergreifender Bedeutung handelt, die Verfügungskompetenz an die so genannten Fachdepartemente delegieren. Neben der Neuorganisation legt die Expertenkommission auch ein fachbereichsübergreifendes Aufsichtsinstrumentarium vor. Darunter fallen zum Beispiel Regelungen zum Prüfungswesen, zur Informationstätigkeit der Behörde oder zur Zusammenarbeit mit den in- und ausländischen Behörden. Namentlich beim Prüfungswesen ist die Expertenkommission vom Grundsatz ausgegangen, dass sich die FINMA für die Ausübung ihrer Aufsicht auf Prüfgesellschaften stützen wird. Ausserdem sieht die Expertenkommission Regelungen zu Instrumenten wie Zweitprüfung sowie vertiefte Prüfungen von Prüfgesellschaften und parallele Prüfungen der Aufsichtsbehörde vor.

Ausgehend von der bestehenden Sanktionenordnung in der Finanzmarktaufsicht schlägt der II. Teilbericht «Sanktionen in der Finanzmarktaufsicht» eine neue, gestraffte und harmonisierte Sanktionenordnung vor, die einerseits aus überarbeiteten Strafbestimmungen und andererseits aus neuen harmonisierten Verwaltungssanktionen besteht. Die Strafbestimmungen werden verwesentlich und harmonisiert und die Strafraum einheitlich angehoben. Nicht praxisrelevante Straftatbestände werden gestrichen. Daneben werden neue harmonisierte Verwaltungssanktionen vorgeschlagen (z.B. Einziehung und Berufsverbot). Der II. Teilbericht ergänzt das im I. Teilbericht vorgeschlagene FINMAG durch ein Sanktionensystem. Darin wird aufgezeigt, mit welchen Sanktionsinstrumenten eine künftige integrierte Finanzmarktaufsicht ausgestattet werden soll. Weitergehende Vorschläge der EBK wurden von der Kommission abgelehnt<sup>24</sup>.

### **1.3.3 Vernehmlassungen**

#### **1.3.3.1 Vernehmlassung zum I. Teilbericht «Integrierte Finanzmarktaufsicht»**

Die Bildung einer integrierten Finanzmarktaufsicht wurde von beinahe allen Kantonen, allen politischen Parteien (mit Ausnahme der Schweizerischen Volkspartei), den Spitzenverbänden sowie weiteren Organisationen im Grundsatz befürwortet. Die konkrete Ausgestaltung der FINMA hat jedoch zu zahlreichen Bemerkungen Anlass

<sup>24</sup> «EBK-Sanktionenbericht», Bericht der Eidgenössischen Bankenkommission über die Sanktionsbefugnisse in der Aufsicht über Banken, Effektenhändler und Fondsleitungen («Institutsaufsicht») und in der Überwachung der Märkte hinsichtlich Insiderdelikten, Kursmanipulationen und anderen Marktverhaltensregeln («Marktaufsicht») im Hinblick auf die Neugestaltung der Finanzmarktaufsicht in der Schweiz, April 2003, <http://www.ebk.ch/d/archiv/2003/pdf/m030502-02d.pdf>, <http://www.ebk.ch/d/archiv/2003/pdf/m030502-03d.pdf> (Anhang).



gegeben. So wurde die Integration der Kst GwG gefordert. Viele Vernehmlassungsteilnehmerinnen und -teilnehmer vertraten zudem die Ansicht, dass schwerwiegende Entscheide wie der Bewilligungsentzug oder das Berufsverbot durch den Verwaltungsrat verfügt werden müssten. Ansonsten wurde die Kompetenzaufteilung zwischen dem Verwaltungsrat als strategischem Organ und der operativ tätigen Geschäftsleitung als sachgerecht bezeichnet. Zu Bemerkungen Anlass gegeben hat zudem der Einbezug der verschiedenen Fachbereiche beim Erlass von Verfügungen. Ausserdem ist die Bevorzugung des dualistischen Aufsichtssystems (vgl. Ziff. 1.2.10) von Versicherungskreisen kritisiert worden. Schliesslich wurde beantragt, dass in das FINMAG eine Bestimmung aufgenommen wird, die die Behörden vor Erlass neuer beziehungsweise überarbeiteter Regulierungen (Verordnungen, Rundschreiben) zu einer Kosten-Nutzen-Analyse verpflichtet.

### **1.3.3.2 Vernehmlassung zum II. Teilbericht «Sanktionen in der Finanzmarktaufsicht»**

Die neue Sanktionenordnung ist grossmehrheitlich begrüsst worden und wird als Verbesserung gesehen. Nach Auffassung der Sozialdemokratischen Partei sind die vorgeschlagenen Sanktionen aber zu wenig glaubwürdig. Die Wirkung der Sanktionen (Abschreckung und Strafe) müsse verstärkt werden, um den Schweizer Finanzplatz sauber zu halten. Die Schweizerische Volkspartei lehnt hingegen eine neue Sanktionenordnung ab. Sie führt an, dass der Gesetzesentwurf die Qualität der schweizerischen Finanzmarktaufsicht nicht stärke.

### **1.3.4 Überarbeitung der Vernehmlassungsentwürfe**

Gestützt auf die Vernehmlassung und im Rahmen der Bereinigung der Vorlage durch den Bundesrat wurden gegenüber der Vernehmlassungsvorlage folgende wesentlichen Änderungen vorgenommen:

- Die Kst GwG wird integriert, da auch hier Synergieeffekte bestehen. Mit der Integration wird eine einheitliche Kontrolle im Bereich der Geldwäschereiaufsicht ermöglicht. Bei der Aufsicht über den Finanzmarkt bildet das Geldwäschereibekämpfungssystem, das in den letzten Jahren durch die Bekämpfung der Terrorismusfinanzierung ergänzt worden ist, ein immer wichtigeres Element. Die Integration der Kst GwG in die FINMA betont daher den hohen Stellenwert der Geldwäschereibekämpfung in der Schweiz. Der Bundesrat ist überdies der Meinung, dass die Integration der Kst GwG, welche derzeit über 24 Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter verfügt, problemlos verkraftet werden kann.
- Die Rolle des Verwaltungsrates der FINMA ist gestärkt worden. Der Verwaltungsrat entscheidet neu auch über Geschäfte von grosser Tragweite. Im Gegenzug sind jedoch die Anforderungen an die Unabhängigkeit und Fachkunde der Mitglieder des Verwaltungsrats erhöht worden.
- Die «Fachdepartemente» werden nicht mehr gesetzlich verankert. Bei der Zusammensetzung des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung der FINMA ist aber dafür zu sorgen, dass das Fachwissen der verschiedenen Branchen angemessen vertreten ist (vgl. Kommentierung zu Art. 11). Damit

wird der FINMA eine grössere Organisationsautonomie und Flexibilität eingeräumt.

- Das Personal wird privatrechtlich angestellt (vgl. Ziff. 1.2.8).
- Für die Aufsichtstätigkeit der FINMA wird eine Haftungsbeschränkung eingeführt (vgl. Ziff. 1.2.9).
- Die Bestimmungen zur Prüfungspflicht werden im FINMAG so ausgestaltet, dass das direkte und das duale Aufsichtssystem einander gleichgestellt sind. Ausserdem enthält das FINMAG keine Regelungen mehr zur Zweitprüfung, zur vertieften Prüfung und zur parallelen Prüfung. Die FINMA verfügt mit der Möglichkeit der Einsetzung einer oder eines Untersuchungsbeauftragten über ein ausreichendes Instrument, um bei Bedarf einen aufsichtsrechtlichen Sachverhalt näher abzuklären.
- Im FINMAG werden Regulierungsgrundsätze aufgenommen. So sind insbesondere die Kosten, die bei den Beaufsichtigten durch die Regulierung entstehen, zu berücksichtigen.
- Im Bereich der Strafsanktionen wird eine Mindeststrafe für Wiederholungstaten eingeführt. Das Strafmass bei Widerhandlungen in Geschäftsbetrieben (Art. 7 VStrR) im Finanzmarktrecht wird im Verhältnis zu den übrigen Bussen angehoben (vgl. Art. 49 FINMAG). Die Bussenrahmen bei den Übertretungen werden von 250 000 auf 500 000 Franken erhöht.
- Weiter werden Vorschläge zur Revision der Behördenorganisation im Übernahmewesen aufgenommen (vgl. Ziff. 1.2.14).

## **1.4                      Rechtsvergleich und Verhältnis zum europäischen Recht**

Die Bildung einer integrierten Finanzmarktaufsichtsbehörde liegt im internationalen Trend: Norwegen hat schon seit 1986 eine integrierte Finanzmarktaufsicht, Kanada seit 1987, Dänemark seit 1988, Schweden seit 1991 und Finnland seit 1993. Grossbritannien gründete 1997 ihre Financial Services Authority (FSA). Japan und Korea zogen 1998 und Island 1999 mit einer integrierten Finanzmarktaufsicht nach. Österreich hat 2002 mit der «Finanzmarktaufsicht (FMA)» kurz vor Deutschland (Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht; BaFin) ebenfalls eine integrierte Finanzmarktaufsichtsbehörde errichtet. Beide Staaten haben für die Behördenorganisation die Form der Anstalt gewählt, die mit derjenigen nach schweizerischem Recht vergleichbar ist. Schliesslich hat das Fürstentum Liechtenstein vor kurzem eine integrierte Finanzmarktaufsicht (FMA) geschaffen. Diese hat anfangs 2005 die Aufsicht über die Banken, Fondsleitungen, Versicherungs- und Vorsorgeunternehmen sowie über weitere beaufsichtigte Finanzintermediärinnen und -intermediäre übernommen.

Nicht integriert überwacht wird der Finanzmarkt zum Beispiel in Italien, in Frankreich und auf dem grössten Finanzplatz der Welt, den USA. Als Folge des komplexen amerikanischen Finanzsystems mit unterschiedlichen Bankarten und Zulassungsstellen gestaltet sich die Bankenaufsicht als Zusammenspiel von mehreren unabhängigen nationalen und gliedstaatlichen Behörden. Die Aufsicht über den Wertpapierhandel und die Wertpapierfirmen wird von der U.S. Securities and

Exchange Commission (SEC) wahrgenommen. Derivate und Derivatbörsen hingegen werden von der Commodities Futures Trading Commission (CFTC) beaufsichtigt. Im Versicherungsbereich erfolgt die Aufsicht durch separate Organe der einzelnen Gliedstaaten. Obwohl mit dem Gramm-Leach-Bliley Act seit 2000 auch Allfinanzstrukturen rechtlich zulässig sind, erfährt die aufgesplittete Aufsichtsorganisation keine grundsätzliche Vereinfachung.

Ein besonderes Augenmerk ist auf die Haftung der Finanzmarktaufsichtsbehörden im Ausland zu richten. Grundsätzlich kann festgehalten werden, dass die Voraussetzungen für eine Haftung der Finanzmarktaufsichtsbehörden allgemein höher angesetzt werden als in der Schweiz. So wurde beispielsweise in Deutschland durch eine einschränkende Zweckbestimmung des Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetzes (FinDAG) die Haftung der Finanzmarktaufsichtsbehörde faktisch ausgeschlossen<sup>25</sup>. Gemäss § 4 Absatz 4 FinDAG nimmt die BaFin ihre Aufgaben und Befugnisse nur im öffentlichen Interesse wahr. Dies hat zur Folge, dass Geschädigte wie Gläubigerinnen und Gläubiger oder Versicherte die BaFin bei unzureichender Aufsicht überhaupt nicht haftbar machen können. In Belgien und Luxemburg haftet die Finanzmarktaufsicht nur bei vorsätzlichem oder grobfahrlässigem Handeln ihrer Organe. Nach kanadischem und englischem Recht besteht ein Haftungsanspruch lediglich bei bösgläubigem Handeln. Auch in den USA ist die Haftung der Finanzmarktaufsichtsbehörden beschränkt.

Die Sanktionen der Finanzmarktaufsicht sind im Ausland ebenfalls unterschiedlich geregelt: So macht das Richtlinienrecht der Europäischen Gemeinschaft keine detaillierten Vorgaben zu den Sanktionen in der Finanzmarktaufsicht. Die Mitgliedstaaten sollen beispielsweise bei Kreditinstituten (Banken) neben dem Bewilligungsentzug und neben den strafrechtlichen Sanktionen gegen «die Kreditinstitute oder ihre verantwortlichen Geschäftsführer Sanktionen verhängen oder Massnahmen ergreifen können»<sup>26</sup>. Die Art der Sanktionen und des Verfahrens ist nicht präzisiert. Im Bereich der Geldwäschereibekämpfung müssen gemäss der kürzlich verabschiedeten Richtlinie zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung<sup>27</sup> strafrechtliche und verwaltungsrechtliche Sanktionen ergriffen werden können. Die Sanktionen müssen «wirksam, verhältnismässig und abschreckend» sein<sup>28</sup>.

Die FSA in Grossbritannien hat die Befugnis, administrative Sanktionen gegen fehlbare Institute oder Personen anzuordnen. Sie kann Entschädigungen an geschädigte Anlegerinnen und Anleger festlegen. Die FSA informiert grundsätzlich über die verhängten Sanktionen. An Stelle der administrativen Sanktionen kann die FSA zudem gewisse Tatbestände als Anklagebehörde auch strafrechtlich verfolgen.

<sup>25</sup> Vgl. Urteil des Bundesgerichtshofes vom 20. Januar 2005 – III ZR 48/01; EuGH, Urteil vom 12. Oktober 2004 in der Rechtssache C-222/02, «Peter Paul u.a./Bundesrepublik Deutschland».

<sup>26</sup> Richtlinie 2000/12/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. März 2000 über die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit der Kreditinstitute ABl. Nr. L 126 vom 26. Mai 2000, S. 1 ff., Art. 32.

<sup>27</sup> Richtlinie 2005/60/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Oktober 2005 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung ABl. Nr. L 309 vom 25. November 2005, S. 15 ff.

<sup>28</sup> Art. 39 der Richtlinie zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung.

In Frankreich betragen die von der Autorité des marchés financiers (AMF) verhängten Bussen maximal 1,5 Millionen Euro oder das Zehnfache eines durch die pflichtwidrige Handlung erzielten Gewinns. Der Sanktionsentscheid kann veröffentlicht werden. Strafrechtliche Delikte kann die AMF auch bei den Strafbehörden zur Anzeige bringen. Die französische Versicherungsaufsichtsbehörde (Commission de contrôle des assurances; CCA) ist bei Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen gemäss dem Code des assurances berechtigt, ein Versicherungsunternehmen zu verwarnen oder sogar anzuprangern. Sie kann im Übrigen Bussen von bis zu drei Prozent des Umsatzes des Versicherungsunternehmens aussprechen.

In Deutschland können Verstösse gegen Bestimmungen des Finanzmarktrechts strafrechtliche sowie disziplinarrechtliche Folgen (Bussen) nach sich ziehen. Gemäss dem Gesetz über das Kreditwesen kann die BaFin im Verwaltungsstrafverfahren Bussen bis zu 500 000 Euro und gemäss dem Gesetz über den Wertpapierhandel bis zu 1,5 Millionen Euro zulasten natürlicher und juristischer Personen aussprechen. Für Ordnungswidrigkeiten im Bereich der Versicherungsaufsicht können Bussen von bis zu 150 000 Euro verhängt werden. Bei Erfüllung eines Straftatbestands sind die Strafverfolgungsbehörden zuständig.

## **1.5                      Umsetzung**

Wie Fusionen in der Wirtschaft beinhaltet auch die Integration von Behörden mit bisher unterschiedlichen Unternehmenskulturen Risiken, deren Bewältigung eine gute Projektorganisation erfordert. Damit die FINMA ihre operative Tätigkeit aufnehmen kann, bedarf es umfangreicher Vorbereitungsarbeiten, deren Komplexität nicht zu unterschätzen ist. Diese Arbeiten müssen demzufolge von sämtlichen Betroffenen rechtzeitig an die Hand genommen werden.

Als erstes wird der Bundesrat den Verwaltungsrat wählen, dieser wiederum wird die Geschäftsleitung bestimmen. Gleichzeitig sind Strategie, Geschäftsfelder und -prozesse zu bestimmen und gestützt darauf die Organisation im Organisationsreglement festzulegen. Die Gebührenverordnung und die Verordnung über die Vertragsbedingungen des Personals sind zu erarbeiten. Auch die Planung insbesondere der IT-Ressourcen (Hardware, Software, Netzwerke, Datenbanken) ist anspruchsvoll und zeitaufwändig.

Das EFD wird deshalb eine Projektorganisation unter der Leitung des EBK-Präsidenten einsetzen und sie beauftragen, die Errichtung der FINMA vorzubereiten. Das Projekt wird vom EFD begleitet. In erster Linie wird es aber von den Vertreterinnen und Vertretern der zu fusionierenden drei Aufsichtsbehörden getragen, welche das FINMAG umzusetzen haben. Diese haben die nötigen Ressourcen für die Projektarbeit freizustellen.

Aufgrund der Erfahrungen mit ähnlichen Projekten ist sicherzustellen, dass die organisatorische Vorbereitung vor der operativen Inbetriebnahme vollständig abgeschlossen ist. Die operative Startphase darf nicht durch Reorganisationsprojekte überlagert werden. Konkret heisst das, dass Ausführungsbestimmungen und Reglemente vor der operativen Startphase zu verabschieden und zu genehmigen sind.

## **1.6 Erledigung parlamentarischer Vorstösse**

### **1.6.1 Postulat 98.3480/Eigenmittelvorschriften zur Abdeckung der Systemrisiken bei global tätigen Banken**

Die Motion Strahm vom 8. Oktober 1998 beauftragt den Bundesrat, durch eine Revision des Bankengesetzes und der Bankenverordnung die Bankenaufsicht zu verstärken und durch Verbesserung der Eigenmittelvorschriften dazu beizutragen, dass die gegenüber international tätigen Banken faktisch bestehende Staatsgarantie vermindert wird. Der Motionär fordert überdies, dass im Bankengesetz der Grundsatz verankert wird, dass der EBK die nötigen Ressourcen zur wirksamen Bankenaufsicht durch kostendeckende Gebühren sichergestellt werden. Der Nationalrat hat die Motion am 24. März 2000 als Postulat überwiesen.

Die Forderung nach der Verbesserung der Eigenmittelvorschriften findet ihre Entsprechung in den neuen Richtlinien von Basel II, die eine vollständigere und sensitivere Erfassung der mannigfaltigen Risiken des Bankbetriebes, namentlich durch den Einbezug operationeller Risiken und durch eine so genannte Menü-Auswahl verschiedener Methoden zur Berechnung der Eigenmittelanforderungen für Kreditrisiken, Marktrisiken und operationelle Risiken bezwecken.

Die Frage der Ressourcen der Finanzmarktaufsicht wird in dieser Vorlage ausführlich abgehandelt, so dass der Vorstoss abgeschrieben werden kann.

## **2 Erläuterungen zu den einzelnen Artikeln**

### **2.1 1. Kapitel: Allgemeine Bestimmungen**

*Art. 1*                   Gegenstand

*Abs. 1*

Absatz 1 legt den Zuständigkeitsbereich der FINMA fest. Sie wird die Aufsicht nach Pfandbriefgesetz, Versicherungsvertragsgesetz, Anlagefondsgesetz, Bankengesetz, Börsengesetz, Geldwäschereigesetz und Versicherungsaufsichtsgesetz ausüben. Diese Gesetze werden im vorliegenden Entwurf mit dem Überbegriff «Finanzmarktgesetze» bezeichnet. Aus der Aufzählung der Finanzmarktgesetze geht überdies hervor, dass die Aufgabenbereiche der heutigen EBK, des BPV und der Kst GwG zusammengeführt werden, da sie die Aufgaben nach diesen Gesetzen wahrnehmen.

*Abs. 2*

Das vorliegende Gesetz beschränkt sich lediglich auf die Festlegung der Organisation und der Aufsichtsinstrumente der FINMA. Es regelt infolgedessen weder den materiellen Inhalt der Finanzmarktaufsicht noch die Pflichten, die die Beaufsichtigten nach Artikel 3 Buchstaben a und b (vgl. Kommentierung zu Art. 3 FINMAG) zu erfüllen haben. Diese werden nach wie vor in den Finanzmarktgesetzen umschrieben.

## *Art. 2*            Verhältnis zu den Finanzmarktgesetzen

Artikel 2 regelt das Verhältnis des FINMAG zu den Finanzmarktgesetzen. Soweit die Finanzmarktgesetze nichts anderes vorsehen, gilt das FINMAG. Folglich gehen ergänzende oder abweichende Regelungen in den Finanzmarktgesetzen als «lex specialis» (Spezialgesetz) dem FINMAG vor.

## *Art. 3*            Beaufsichtigte

Artikel 3 erläutert im Sinne einer Legaldefinition den im FINMAG verwendeten Begriff «Beaufsichtigte». Dazu gehören natürliche und juristische Personen, die nach den Finanzmarktgesetzen eine Bewilligung, eine Anerkennung, eine Zulassung oder eine Registrierung benötigen (Bst. a). Wer eine Bewilligung, Anerkennung, Zulassung oder Registrierung benötigt und unter welchen Voraussetzungen sie erteilt wird, richtet sich nach den Vorschriften der jeweiligen Finanzmarktgesetze.

Kollektive Kapitalanlagen<sup>29</sup> werden ebenfalls vom Begriff «Beaufsichtigte» erfasst (Bst. b). Da sie nicht zwingend eine körperschaftliche Form aufweisen müssen und diesfalls keine juristische Person im Sinne von Buchstabe a sind, werden sie in Buchstabe b gesondert erwähnt.

Auch die Prüfgesellschaften gehören zu den Beaufsichtigten (Bst. c), obwohl sie nicht Finanzmarktakteure sind. Sie unterstehen jedoch im Rahmen der Ausübung ihrer aufsichtsrechtlichen Funktionen nach den Finanzmarktgesetzen der Aufsicht der FINMA (Ausführungen unter Ziff. 1.2.10).

## *Art. 4*            Rechtsform, Sitz und Name

### *Abs. 1*

Die FINMA gehört als selbstständige Anstalt des öffentlichen Rechts zur dezentralen Bundesverwaltung wie beispielsweise das Institut für Geistiges Eigentum (IGE) oder das Heilmittelinstitut (Swissmedic). Sie hat ihren Sitz in Bern. Dieser hat sich auf Grund der Erreichbarkeit und Nähe zu den verschiedenen Finanzzentren der Schweiz (Zürich, Genf und Lugano) bewährt.

### *Abs. 2*

Die Behörde wird den Namen «Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA)» tragen. Dieser Name untersteht dem Schutz des Firmenrechts.

### *Abs. 3*

Die FINMA führt eine eigene Rechnung. Diese soll in die so genannte konsolidierte Rechnung des Bundes nach Artikel 55 des neuen Bundesgesetzes vom 7. Oktober 2005 über den Eidgenössischen Finanzhaushalt (Finanzhaushaltgesetz, FHG; Referendumsvorlage, BBl 2005 5973) einbezogen werden. Auf diese Weise wird eine möglichst umfassende Übersicht über die Vermögens-, Finanz- und Ertragslage des Bundes gewährleistet. Mit der konsolidierten Betrachtungsweise werden zudem Risiken wie die Ausfallhaftung des Bundes offengelegt (vgl. Ziff. 1.2.9).

<sup>29</sup> Zum Begriff vgl. BBl 2005 6416.

Die FINMA organisiert sich selbst nach wirtschaftlichen Grundsätzen. Dies bedeutet insbesondere, dass die Organisation nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen erfolgt. Damit wird sichergestellt, dass die Mittel sparsam eingesetzt werden, die Kosten und Nutzen in einem angemessenen Verhältnis stehen sowie die finanziellen Aufwendungen die erwartete Wirkung erzielen<sup>30</sup>.

#### *Art. 5*                    Ziele der Finanzmarktaufsicht

Ziel der Finanzmarktaufsicht ist der Schutz der Gläubigerinnen und Gläubiger, der Anlegerinnen und Anleger und der Versicherten sowie der Schutz der Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte, und zwar nach Massgabe der Finanzmarktgesetze. Diese umschreiben die Ziele der Finanzmarktaufsicht in unterschiedlicher Weise. Im Bankengesetz findet sich kein formeller Zweckartikel. Nach herkömmlicher Auffassung dient die Bankenaufsicht primär dem Gläubigerschutz; darunter wird der Schutz der Gläubigerinnen und Gläubiger vor dem Risiko einer Insolvenz oder Illiquidität der Bank verstanden<sup>31</sup>. Nach neuerer Auffassung dient die Aufsicht über die Banken darüber hinaus auch dem Schutz des Vertrauens des Publikums in die Finanzintermediation (Funktionsschutz)<sup>32</sup>. Auch das Börsengesetz nennt als Schutzobjekte sowohl den Individual- als auch den Funktionsschutz<sup>33</sup>, doch hat der Anlegerschutz hier eine etwas andere Stossrichtung als der bankengesetzliche: Im Vordergrund steht nicht primär der Schutz vor Kapitalverlusten, sondern vor Übervorteilung und Missbräuchen<sup>34</sup>. Das Anlagefondsgesetz führt nur den Anlegerschutz als Zweck auf (Art. 1 AFG). Doch ist bereits für das geltende Recht unbestritten, dass auch die Funktionsfähigkeit der Anlagefondsindustrie und die Konkurrenzfähigkeit der Schweiz in diesem Bereich ein Anliegen waren. Artikel 1 des Entwurfs des Bundesgesetzes über die kollektiven Kapitalanlagen (Kollektivanlagengesetz; KAG) formuliert dies nunmehr ausdrücklich: «Dieses Gesetz bezweckt den Schutz der Anlegerinnen und Anleger sowie die Transparenz und Funktionsfähigkeit des Marktes für kollektive Kapitalanlagen»<sup>35</sup>. Das Versicherungsaufsichtsgesetz bezweckt «insbesondere den Schutz der Versicherten vor den Insolvenzrisiken der Versicherungsunternehmen und vor Missbräuchen»<sup>36</sup>.

Einen Sonderfall stellt das Geldwäschereigesetz dar. Es nennt in Artikel 1 als Regelungszweck die Bekämpfung der Geldwäscherei und die Sicherstellung der Sorgfalt bei Finanzgeschäften. Aus aufsichtsrechtlicher Sicht kann man sagen, dass die Vorschriften zur Bekämpfung der Geldwäscherei dem Schutz des Finanzsystems vor Missbrauch durch das organisierte Verbrechen oder Terrorismus dienen, also dem Funktionsschutz. Solche Missbräuche beeinträchtigen das Vertrauen in die Finanzintermediation und damit die Funktionsfähigkeit des Finanzsystems. Die Vorschriften zur Bekämpfung der Geldwäscherei dienen auch den Interessen der Strafverfolgung, die gegenüber den aufsichtsrechtlichen Interessen häufig sogar in den Vordergrund treten. Davon ist im vorliegenden Zusammenhang jedoch abzusehen, weil die

<sup>30</sup> Vgl. Art. 5 Abs. 2 Bundesgesetz vom 28. Juni 1967 über die Eidgenössische Finanzkontrolle (Finanzkontrollgesetz, FKZ; SR **614.0**).

<sup>31</sup> BBl **1934** I 178, BBl **1970** I 1145, 1148; BGE **99** Ib 110, **116** Ib 193, **121** II 149.

<sup>32</sup> BGE **111** Ib 127.

<sup>33</sup> Art. 1 BEHG.

<sup>34</sup> Weber Rolf, Börsenrecht: Börsengesetz, Verordnungen, Selbstregulierungserlasse, Zürich 2001, Art. 1 BEHG, Rz. 3 f.

<sup>35</sup> Vgl. Entwurf Bundesgesetz über die kollektiven Kapitalanlagen, BBl **2005** 6507.

<sup>36</sup> Art. 1 Abs. 2 VAG.

FINMA in jedem Fall nur aufsichtsrechtliche Aufgaben wahrnimmt. Deshalb lässt sich das Geldwäschereigesetz im Zweckartikel des FINMAG unter dem Titel des Funktionsschutzes subsumieren.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass sämtliche Finanzmarktgesetze sowohl dem Individual- als auch dem Funktionsschutz dienen, dass Stossrichtung und Ausprägung insbesondere des Individualschutzes jedoch unterschiedlich sind. Deshalb kann auch das FINMAG die Zwecke der Finanzmarktaufsicht nicht losgelöst vom Zweck der einzelnen Finanzmarktgesetze formulieren, sondern nur in Abhängigkeit von diesen.

Als weitere Ziele der Finanzmarktaufsicht nennt Artikel 5 Satz 2 den Beitrag zum Ansehen des Finanzplatzes Schweiz und zu dessen Wettbewerbsfähigkeit. Dies wird insbesondere durch eine glaubwürdige Aufsichtstätigkeit der FINMA erreicht. Der Schutz von Gläubigerinnen und Gläubigern, Anlegerinnen und Anlegern sowie der Versicherten vor Insolvenzrisiken wird am wirksamsten gewährleistet, wenn die Finanzintermediärinnen und -intermediäre wettbewerbsfähig sind.

## *Art. 6*            Aufgaben

### *Abs. 1*

Die FINMA wendet im Rahmen ihrer Aufsichtstätigkeit sowohl die Finanzmarktgesetze als auch die Bestimmungen des FINMAG an. Die Bestimmungen des FINMAG kommen grundsätzlich für sämtliche Aufsichtsbereiche zur Anwendung (vgl. Kommentierung zu Art. 2).

### *Abs. 2*

Um das Ansehen und die Wettbewerbsfähigkeit des Finanzplatzes Schweiz international zu wahren, ist es wichtig, dass die FINMA auch Aufgaben der internationalen Finanzplatzpolitik wahrnimmt. Die FINMA wird somit wie ihre Vorgängerorganisationen in internationalen Organisationen Einsitz nehmen, die sich spezifisch mit Fragen der Finanzmarktaufsicht befassen (z.B. Basler Ausschuss für Bankenaufsicht, Internationale Vereinigung der Wertpapieraufseher [International Organisation of Securities Commissions, IOSCO], Internationaler Verband der Versicherungsaufsichtsbehörden [International Association of Insurance Supervisors, IAIS], Joint Forum [Gremium der Wertpapier-, Versicherungs- und Bankaufsichtsbehörden für sektorübergreifende Fragen der Aufsicht]).

Die Vertretung in diesen Organisationen wird jeweils im Einvernehmen mit dem EFD erfolgen, dem die Federführung für die internationale Finanzplatzpolitik obliegt. Hinsichtlich der Mitwirkung in internationalen Organisationen hat sich die FINMA daher mit dem EFD abzusprechen. Dies betrifft insbesondere auch die Formulierung internationaler Standards, die für den Schweizer Finanzsektor von grundsätzlicher Bedeutung sind. Die FINMA und das EFD können die Einzelheiten der Zusammenarbeit in einer Vereinbarung regeln.

Die globale Tätigkeit der Beaufichtigten und die Vernetzung der Finanzmärkte bedingen zudem eine enge bilaterale Zusammenarbeit unter den Aufsichtsbehörden. Diese erfolgt meist formlos oder gestützt auf unverbindliche Briefwechsel oder Vereinbarungen («Memoranda of Understanding»).



*Abs. 1*

Absatz 1 beschreibt, in welchen Formen die FINMA regulieren kann. Zum einen enthält die Finanzmarktgesetzgebung, insbesondere die Finanzmarktgesetze<sup>37</sup>, das FINMAG und die darauf gestützten Verordnungen, ausdrückliche Rechtssetzungsdelegationen an die Aufsichtsbehörde. Zum anderen hat sich in der Aufsichtspraxis der EBK und der Kst GwG das Instrument der Rundschreiben bewährt. In den Rundschreiben legt die Aufsichtsbehörde dar, wie sie die Finanzmarktgesetze anwendet. Die Rundschreiben haben nicht den Charakter eines Rechtserlasses, welcher Beaufsichtigten in unmittelbar verbindlicher und generell-abstrakter Form Pflichten auferlegt, Rechte verleiht oder Zuständigkeiten festlegt<sup>38</sup>. Daher kann eine Beaufsichtigte oder ein Beaufsichtigter ein Rundschreiben, sofern sie oder er es für rechtswidrig oder unangemessen erachtet, im konkreten Anwendungsfall gerichtlich anfechten und geltend machen, es sei nicht anwendbar beziehungsweise sie oder er sei nicht daran gebunden.

*Abs. 2*

Die FINMA soll nur regulieren, soweit dies mit Blick auf die Aufsichtsziele nötig ist. Das Gesetz nennt die wichtigsten Kriterien und Grundsätze, die dabei zu beachten sind. So berücksichtigt die FINMA die Kosten, die den Beaufsichtigten durch die Regulierung entstehen, sowie die Wirkung der Regulierung auf den Wettbewerb zwischen den einzelnen Beaufsichtigten, die Innovationsfähigkeit und die internationale Wettbewerbsfähigkeit des Finanzplatzes generell. Die FINMA beachtet zudem die unterschiedlichen Geschäftstätigkeiten und Risiken der Beaufsichtigten. Mit einer differenzierten Regulierung, welche auf die Unterschiede und Besonderheiten der verschiedenen Beaufsichtigten Rücksicht nimmt, soll die Verhältnismässigkeit bei der Aufsicht gewährleistet werden. Auch internationalen Mindeststandards ist Rechnung zu tragen.

Die Aufzählung der Grundsätze nach Absatz 2 ist nicht abschliessend. Ferner können sich bei ihrer Anwendung Zielkonflikte ergeben. So kann etwa die Beachtung internationaler Mindeststandards für, die Kosten der Umsetzung jedoch gegen eine Regulierung sprechen. Diesfalls muss die FINMA die verschiedenen Interessen abwägen und im Rahmen ihres Handlungsspielraums die optimale Lösung wählen.

*Abs. 3*

Die Selbstregulierung hat sich im Bereich der Finanzmarktaufsicht bewährt. Eine weit reichende Selbstregulierung gibt es insbesondere bei den Banken, den Anlagefonds, der Börse und der Bekämpfung der Geldwäscherei<sup>39</sup>. Die rechtliche Verankerung der Selbstregulierung und das Zusammenspiel mit der Finanzmarktaufsichtsbehörde ist dabei in den verschiedenen Bereichen unterschiedlich. Daran soll sich mit dieser Vorlage nichts ändern. Die FINMA wird aber aufgefordert, die Selbstregulierung zu unterstützen und ihr den nötigen Raum zu gewähren, soweit sich dies als sinnvoll erweist. Die FINMA soll gemäss heutiger bewährter Aufsichtspraxis

<sup>37</sup> Z.B. Art. 4 Abs. 2 BankG (Eigenmittel der Banken), Art. 41 GwG (Vollzug des Geldwäschereigesetzes).

<sup>38</sup> Art. 22 Abs. 4 ParlG.

<sup>39</sup> Thévenoz Luc/Zulauf Urs, BF 2005, Regulierung und Selbstregulierung der Banken, Börsen, Effektenhändler, Anlagefonds, Versicherung und Finanzmärkte in der Schweiz, Zürich 2005.



*Abs. 1*

*Bst. a*

Der Verwaltungsrat legt die strategischen Ziele der FINMA fest und unterbreitet sie dem Bundesrat zur Genehmigung. Zu den strategischen Zielen können namentlich die zukünftigen Tätigkeitsschwerpunkte, die Personal- und Ressourcenplanung sowie die Entwicklung der Verwaltungsführung der FINMA gehören. Es wird im Ermessen der FINMA liegen, in welchem Umfang und Detaillierungsgrad sie sich strategische Ziele geben will. Sie wird diese nach der Genehmigung durch den Bundesrat veröffentlichen.

*Bst. b*

Die Rolle des Verwaltungsrats wurde im Vergleich zum Entwurf der Expertenkommission (vgl. Ziff. 1.3.2) gestärkt. So soll der Verwaltungsrat bei Geschäften von grosser Tragweite und damit strategischer Bedeutung entscheiden. Dies bedeutet unter anderem, dass er Verfügungen mit grosser präjudizieller Tragweite oder mit weitreichenden wirtschaftlichen oder aufsichtspolitischen Folgen (z.B. die Schliessung einer grösseren Bank oder Versicherung) treffen wird. Die Geschäftsleitung unterbreitet ihm dabei einen Antrag. Im Weiteren können beispielsweise auch Personalentscheide oder grössere IT-Beschaffungen in seinen Kompetenzbereich fallen.

Der Verwaltungsrat wird die Aufteilung der Kompetenzen zwischen ihm und der Geschäftsleitung im Organisationsreglement regeln. Dritte können daraus keine Rechte ableiten. So sind die betroffenen Parteien insbesondere nicht befugt, einen Entscheid des Verwaltungsrats anstelle der Geschäftsleitung zu verlangen.

*Bst. c*

Strategische Aufgaben wie die Regulierung gehören zu den zentralen Aufgaben des Verwaltungsrates. So erlässt er die Verordnungen und beschliesst die Rundschreiben. Darüber hinaus wird er zu den ihm vom Bund vorgelegten Regulierungsvorhaben auf Gesetzes- oder Verordnungsstufe Stellung nehmen.

*Bst. d und e*

Der Verwaltungsrat übt auch Kontrollfunktionen aus. Als Gegengewicht zur starken Stellung der Geschäftsleitung bei der Geschäftsführung überwacht der Verwaltungsrat die Tätigkeit der Geschäftsleitung. Dazu dient unter anderem die Einrichtung einer internen Revision, welche ihm direkt unterstellt ist.

Mittels der internen Revision und weiterer Kontrollmechanismen kann der Verwaltungsrat die Einhaltung des Organisationsreglements überprüfen, Missstände aufspüren und in der Folge deren Beseitigung anordnen. Erkennt der Verwaltungsrat Probleme in der Organisation oder Führung der FINMA und ist die Geschäftsleitung ausser Stande, sie zu beheben, muss der Verwaltungsrat entsprechend einschreiten.

*Bst. f*

Der Verwaltungsrat erstellt einen Geschäftsbericht und unterbreitet ihn vor seiner Veröffentlichung dem Bundesrat zur Genehmigung. Der Bundesrat könnte die Genehmigung verweigern, wenn er mit grundlegenden Punkten der Berichterstattung nicht einverstanden ist.

Der Inhalt richtet sich sinngemäss nach dem Obligationenrecht (Art. 662 OR). Der Geschäftsbericht enthält einerseits Angaben zur Praxis des abgelaufenen Geschäfts-

jahrs. Damit kommt ihm der Charakter eines Rechenschaftsberichts zu. Andererseits bilden statistische Angaben sowie die Jahresrechnung Bestandteile des Geschäftsberichts.

Mit der Genehmigung des Geschäftsberichts durch den Bundesrat ist keine haftungsrechtliche Entlastung des Verwaltungsrats für die darin bekannt gegebenen Tatsachen verbunden.

#### *Bst. g*

Der Verwaltungsrat wählt die Direktorin oder den Direktor. Die Wahl sowie eine allfällige Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch den Verwaltungsrat untersteht der Genehmigung des Bundesrats.

#### *Bst. h*

Der Verwaltungsrat legt die Grösse der Geschäftsleitung fest und wählt deren Mitglieder. Entsprechend ist er auch zuständig, Mitglieder der Geschäftsleitung abzuberufen, sofern sich dies als notwendig erweisen sollte.

#### *Bst. i*

Im vorliegenden Entwurf sind nur die grundlegenden organisatorischen Rahmenbedingungen der FINMA festgelegt. Darüber hinaus werden keine konkreten Vorgaben zur Organisationsstruktur gemacht. Damit verfügt die FINMA über eine weitgehende Organisationsautonomie. Eine der Hauptaufgaben des Verwaltungsrats wird somit die Regelung der Organisationsstruktur der FINMA in einem Organisationsreglement sein. Dabei wird er unter anderem auch über die Zusammensetzung der Geschäftsleitung und die Einteilung der verschiedenen Fachbereiche in Organisationseinheiten entscheiden müssen. Der Bundesrat geht davon aus, dass insbesondere die Fachbereiche Banken- und Versicherungsaufsicht sowie Geldwäschereibekämpfung eigene Organisationseinheiten bilden werden.

#### *Abs. 2*

Da der Verwaltungsrat bei Geschäften von wesentlicher Tragweite selbst entscheidet (vgl. Abs. 1 Bst. b), müssen seine Mitglieder von den Beaufsichtigten grundsätzlich unabhängig sein. Mit dem Amt unvereinbar ist beispielsweise die Tätigkeit in einer Geschäftsleitung oder als Verwaltungsratspräsidentin oder -präsident bei Beaufsichtigten. Zu weit gehende Anforderungen an die Unabhängigkeit können im Gegenzug die Auswahl geeigneter Kandidatinnen und Kandidaten für diese anspruchsvolle Aufgabe erschweren und damit die erforderliche Professionalität der FINMA gefährden. Die Verwaltungsratsmitglieder haben nämlich insbesondere über Fachkunde zu verfügen. Damit dieses Erfordernis erfüllt ist, müssen sie aufgrund ihrer praktischen oder wissenschaftlichen Tätigkeit mit einem der Fachbereiche vertraut sein, was unter Umständen zumindest in der Vergangenheit eine Tätigkeit bei einer oder einem Beaufsichtigten voraussetzt. Bei der Zusammensetzung des Verwaltungsrats ist überdies die Verordnung vom 3. Juni 1996 über ausserparlamentarische Kommissionen sowie Leitungsorgane und Vertretungen des Bundes (Kommissionenverordnung; SR 172.31) zu beachten.

Interessenkonflikte der Verwaltungsratsmitglieder können besonders bei Einzelfallentscheiden auftreten. Der Verwaltungsrat wird daher im Organisationsreglement festlegen müssen, wann ein Mitglied in den Ausstand zu treten hat und welche

Interessenbindungen (z.B. Beratungs- oder Anwaltsmandate, finanzielle Beteiligungen an Beaufsichtigten etc.) offen zu legen sind.

#### *Abs. 3*

Der Bundesrat regelt die Entschädigung für die Mitglieder des Verwaltungsrats. Dabei kommen Artikel 6a des Bundespersonalgesetzes vom 24. März 2000 (BPG; SR 172.220.1) sowie die Verordnung vom 19. Dezember 2003 über die Entlöhnung und weitere Vertragsbedingungen der obersten Kader und Leitungsorgane von Unternehmen und Anstalten des Bundes (Kaderlohnverordnung; SR 172.220.12) zur Anwendung.

#### *Abs. 4*

Aufgrund des breiten Aufgabenspektrums der FINMA und zur Wahrung des institutionellen Gleichgewichts übt die Präsidentin oder der Präsident das Amt vollamtlich aus. Die Präsidentin oder der Präsident darf weder eine andere wirtschaftliche Tätigkeit ausüben noch ein eidgenössisches oder kantonales Amt bekleiden, es sei denn, dies liege im Interesse der Aufgabenerfüllung der FINMA. So wäre beispielsweise eine nebenamtliche Lehrtätigkeit an einer Hochschule mit diesem Amt vereinbar.

#### *Art. 10*            Geschäftsleitung

Die Geschäftsleitung hat die Unterschriftenkompetenz für alle Verfügungen, soweit sie gemäss Organisationsreglement nicht dem Verwaltungsrat vorbehalten oder einer untergeordneten Organisationseinheit übertragen ist. Bei einer Unterschriften-delegation an eine untergeordnete Organisationseinheit wird im Namen der FINMA verfügt. Dadurch entsteht nicht etwa eine Beschwerdemöglichkeit an die Geschäftsleitung. Überdies ist die Geschäftsleitung verpflichtet, die Entscheidungsgrundlagen des Verwaltungsrats vorzubereiten und ihm regelmässig oder bei besonderen Ereignissen von sich aus Bericht zu erstatten.

#### *Art. 11*            Fachvertretung

Die FINMA hat sich so zu organisieren, dass sie ihre Aufsichtsaufgabe sachgerecht und mit einem optimalen Ressourceneinsatz wahrnehmen kann. So soll in dieser Vorlage auf eine Zuteilung von Aufgaben auf verschiedene Organisationseinheiten sowie auf die Festlegung von Unterschriftenkompetenzen verzichtet werden. Diese Fragen werden Gegenstand des Organisationsreglements der FINMA bilden.

Das Gesetz legt hingegen fest, dass die verschiedenen Fachbereiche im Verwaltungsrat und in der Geschäftsleitung angemessen vertreten sein müssen. Das jeweilige Wahlgremium (Bundesrat oder Verwaltungsrat) hat somit dafür zu sorgen, dass das fachspezifische Wissen in den Führungsorganen vorhanden ist. Im Übrigen ist es Aufgabe der Geschäftsleitung, die Fachkompetenz des Personals zu sichern und zu fördern.

#### *Art. 12*            Revisionsstelle

Die Eidgenössische Finanzkontrolle (EFK) wird als Revisionsstelle der FINMA eingesetzt. Im Falle der FINMA drängt sich die Wahl der EFK als Revisionsstelle auf, da die FINMA bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben teilweise durch Prüfgesellschaften (vgl. Ziff. 1.2.10) unterstützt wird. Bei den Prüfgesellschaften handelt es

sich vornehmlich um Unternehmen aus der Revisionsbranche. Die Einsetzung einer Revisionsstelle aus der Privatwirtschaft würde daher unvermeidlich zu einem Interessenkonflikt führen.

Der Prüfauftrag der Revisionsstelle sowie die Form der Berichterstattung richten sich sinngemäss nach den kürzlich verabschiedeten Bestimmungen des Obligationenrechts<sup>42</sup>: Dem Verwaltungsrat wird gemäss Artikel 728*b* Absatz 1 nOR umfassend über die Prüfung berichtet. Dem Bundesrat wird hingegen nur der zusammenfassende Bericht (Art. 728*b* Abs. 2 nOR) unterbreitet.

## *Art. 13*            Personal

### *Abs. 1*

Um über mehr Flexibilität zu verfügen, wird das Personal der FINMA privatrechtlich angestellt. Die Arbeitsverhältnisse unterstehen damit dem Obligationenrecht (Art. 319 ff. OR). Dies hat unter anderem zur Folge, dass die arbeitsrechtlichen Streitigkeiten von einem Zivilgericht beurteilt werden (vgl. Art. 6 Abs. 7 BPG).

### *Abs. 2*

Der Verwaltungsrat wird in einer Verordnung Entlohnung, Nebenleistungen und weitere Vertragsbedingungen festlegen. Das FINMAG verwendet mit «Entlohnung», «Nebenleistungen» und «weiteren Vertragsbedingungen» Begriffe, welche aus der Kaderlohnverordnung stammen und in dieser genauer umschrieben werden<sup>43</sup>: Als Nebenleistungen gelten beispielsweise alle zusätzlich zum Lohn erbrachten Geldleistungen wie Bonifikationen<sup>44</sup>. Als weitere Vertragsbestimmungen werden Kündigungsfristen oder Abgangsentschädigungen erwähnt<sup>45</sup>. In der Personalverordnung kann allerdings über den Anwendungsbereich der Kaderlohnverordnung hinausgegangen werden, da sie die wichtigsten Bedingungen für den Abschluss der privatrechtlichen Arbeitsverträge umfassend festlegt.

Die Verordnung ist dem Bundesrat zur Genehmigung vorzulegen. Der Genehmigungsvorbehalt des Bundesrats lässt sich dadurch rechtfertigen, dass sich die Tätigkeit der FINMA im hoheitlichen Bereich bewegt. Es erscheint damit sachgerecht, dass der Bundesrat eine gewisse Kontrolle über die Anstellungsbedingungen des Personals ausübt, um ungerechtfertigte Abweichungen im Vergleich zum übrigen Bundespersonal zu vermeiden. Er wird überdies sicherstellen, dass die Anstellungsbedingungen sowohl den wirtschaftlichen als auch den politischen Anforderungen gerecht werden.

### *Abs. 3*

Für das oberste Kader kommen kumulativ Artikel 6*a* BPG sowie die Kaderlohnverordnung zur Anwendung, die die Grundsätze für die Entlohnung, die Vertragsbedingungen und die Nebenleistungen etc. regelt. Diese Grundsätze hat der Verwaltungsrat bei der Ausarbeitung zu beachten und in der Verordnung in Bezug auf die FINMA umzusetzen.

<sup>42</sup> Referendumsvorlage, BBl **2005** 7289.

<sup>43</sup> Art. 3, 5 und 6 Kaderlohnverordnung.

<sup>44</sup> Art. 5 Kaderlohnverordnung.

<sup>45</sup> Art. 6 Kaderlohnverordnung.

#### *Abs. 4*

Die berufliche Vorsorge des Personals richtet sich nach der Gesetzgebung über die Pensionskasse des Bundes. Aus pensionskassenrechtlicher Sicht wird die FINMA Arbeitgeberin im Sinne der PUBLICA-Gesetzgebung<sup>46</sup>. Es besteht jedoch keine absolute Anschlusspflicht. Vielmehr steht die Option offen, dass die FINMA ihr Personal gemäss der für PUBLICA geltenden Gesetzgebung später allenfalls auch bei einer anderen Vorsorgeeinrichtung versichern kann, allerdings nur, sofern der Bundesrat dem Austritt aus PUBLICA zustimmt<sup>47</sup>. Nach dem neuen PUBLICA-Gesetz besteht für die FINMA ein eigenes Vorsorgewerk.

#### *Art. 14*            Amtsgeheimnis

##### *Abs. 1*

Das Amtsgeheimnis verpflichtet dazu, alles geheim zu halten, was weder allgemein bekannt noch zugänglich ist und woran die FINMA oder Dritte, die in einer Rechtsbeziehung zur FINMA stehen, ein schutzwürdiges Geheimhaltungsinteresse haben. Die Pflicht zur Verschwiegenheit umfasst die amtlichen Wahrnehmungen der FINMA. In diesem Rahmen hat die FINMA insbesondere auch die Geheimhaltungsinteressen der Beaufsichtigten, namentlich deren Geschäftsgeheimnisse sowie deren Berufsgeheimnisse, beispielsweise das Bankkundengeheimnis nach Artikel 47 BankG, zu berücksichtigen. Verletzungen des Amtsgeheimnisses sind nach Artikel 320 des Schweizerischen Strafgesetzbuchs (StGB; SR 311.0) strafbar.

##### *Abs. 3*

Das Organisationsreglement wird die Zuständigkeit für die Entbindung vom Amtsgeheimnis regeln. Dabei wird es sich jeweils um eine vorgesetzte Stelle innerhalb der FINMA handeln. Diese entscheidet im Sinne von Artikel 320 Ziffer 2 StGB über die Entbindung vom Amtsgeheimnis, wie es bisheriger Praxis im Bereich der EBK entspricht. Im Falle eines Verwaltungsratsmitglieds beschliesst der Verwaltungsrat unter Ausstand des betroffenen Mitglieds.

##### *Abs. 4*

Das Amtsgeheimnis gilt gleichermassen für die Beauftragten (vgl. Kommentar zu Art. 19 Abs. 1 FINMAG) der FINMA.

## **2.2.2                            2. Abschnitt: Finanzierung und Finanzhaushalt**

#### *Art. 15*            Finanzierung

Mit Artikel 15 werden die bestehenden Regelungen über die Finanzierung der drei Aufsichtsbehörden (Art. 23<sup>octies</sup> BankG, Art. 50 VAG, Art. 22 GwG) weitgehend übernommen und im FINMAG zusammengefasst. Diese Finanzierungsregelungen zeichnen sich dadurch aus, dass die Kosten der Finanzmarktaufsicht vollständig

<sup>46</sup> Art. 4 Abs. 1 Entwurf Bundesgesetz über die Pensionskasse des Bundes (E-PUBLICA-Gesetz) in Verbindung mit Art. 32b Abs. 2 der Änderung des Bundespersonalgesetzes (E-BPG; BBl 2005 5829), vgl. heute Art. 3 Bst. c Bundesgesetz vom 23. Juni 2000 über die Pensionskasse des Bundes (PKB-Gesetz, SR 172.222.0).

<sup>47</sup> Art. 32a Abs. 2 und Art. 32f E-BPG (BBl 2005 5829), vgl. heute Art. 9 PKB-Gesetz.

durch die Beaufsichtigten finanziert werden. Für Aufsichtsverfahren im Einzelfall und Dienstleistungen werden Gebühren erhoben. Für sämtliche übrigen Kosten der FINMA, die nicht durch Gebühreneinnahmen gedeckt werden, wird von den Beaufsichtigten eine jährliche Pauschalabgabe, die so genannte Aufsichtsabgabe, erhoben.

Mit der Aufsichtsabgabe werden die Kosten der FINMA gedeckt, die den beaufsichtigten Personen nicht individuell, sondern als Gruppe zugerechnet werden können. Diese Zurechnung ist gerechtfertigt, weil sich der Kreis der Abgabepflichtigen mit dem Kreis der Personen, denen die Verwendung der Abgabe zugute kommt, deckt (qualifizierte Gruppenäquivalenz)<sup>48</sup>. Die jährlich erhobene pauschale Abgabe zur Deckung der Kosten der Aufsicht lässt sich als Kausalabgabe aufgrund qualifizierter Gruppenäquivalenz charakterisieren: Der von der Gruppe der Beaufsichtigten verursachte Aufsichtsaufwand wird verursachergerecht durch eine von den Beaufsichtigten erhobene Abgabe gedeckt.

Aufsichtsabgaben wurden in der Versicherungs- und Bankenaufsicht während Jahrzehnten erhoben, ohne dass sie als solche thematisiert wurden. In den letzten Jahren haben die Anforderungen an die Rechtsgrundlagen für ihre Erhebung zu Diskussionen geführt. Der Bundesrat ist der Ansicht, dass es sich um Abgaben handelt, welche im Gegensatz zu den Steuern gestützt auf die einschlägige Bundeskompetenz – hier Artikel 95 und 98 BV – in einer expliziten, formellgesetzlichen Grundlage statuiert werden können.

#### *Abs. 1*

In Absatz 1 werden als Objekte der Gebührenerhebung neben Dienstleistungen Aufsichtsverfahren im Einzelfall genannt. Die Formulierung «Aufsichtsverfahren im Einzelfall» ist auch mit Blick auf die Fälle gewählt worden, in denen Untersuchungen ohne Verfügung oder bloss mit einer Einstellungsverfügung beendet werden. Während der Aufwand für die Einstellungsverfügung selbst gering ist, kann der vorhergehende Untersuchungsaufwand gross sein. Die gewählte Formulierung ermöglicht, Gebühren auch für solchen Untersuchungsaufwand zu erheben. Die Kostenaufgabe dürfte namentlich im Rahmen des Unterliegerprinzips gerechtfertigt sein, wonach die oder der mutmasslich Unterliegende die Verfahrenskosten zu tragen hat<sup>49</sup>.

Wie bis anhin sollen die gesamten Kosten der FINMA durch Abgaben und Gebühren gedeckt werden. Zu diesen Kosten gehören daher neben den direkten Kosten zur Ausübung der Aufsicht auch Kosten, die indirekt mit der Aufsicht in Zusammenhang stehen, namentlich die Vorbereitung und Mitwirkung bei der Gesetzgebung, die Wahrnehmung internationaler Aufgaben (Art. 6 Abs. 2 FINMAG), Marktbeobachtung sowie angemessene Beiträge an die Äufnung der Reserven<sup>50</sup>. Die nicht durch Gebühren gedeckten Kosten sollen, soweit möglich, nach den einzelnen Aufsichtsbereichen, das heisst nach dem Anteil der einzelnen Kategorien der Beaufsichtigten am allgemeinen, über die Aufsichtsabgabe finanzierten Aufsichtsaufwand, unterschieden werden. Damit wird verhindert, dass die Beaufsichtigten aus dem einen Aufsichtsbereich allgemeinen Aufwand mitfinanzieren, der einem anderen Aufsichtsbereich zuzuordnen ist.

<sup>48</sup> Vgl. VPB 64.25, S. 355 ff.

<sup>49</sup> Vgl. BGE 128 II 247 ff.

<sup>50</sup> Vgl. BGE 125 I 457, Erw. 3 b. ff.



#### *Abs. 2*

Absatz 2 führt als Kriterien, nach welchen die Aufsichtsabgabe für die einzelnen Beaufsichtigten bemessen werden, verschiedene Kennziffern für den Umfang der geschäftlichen Aktivitäten auf wie Bilanzsummen, Umsätze, Prämieinnahmen, Bruttoerträge, Betriebsgrössen etc. Damit wird der allgemeine, nicht individuell zurechenbare Aufsichtsaufwand in Relation zum Umfang der geschäftlichen Aktivitäten der Beaufsichtigten gesetzt. Der Umfang der geschäftlichen Aktivitäten ist für die individuelle Kostenverteilung insofern relevant, als angenommen werden kann, dass die Beaufsichtigung grosser Unternehmen im Vergleich zu kleineren Unternehmen eine aufwändigere personelle Ausstattung der Aufsichtsbehörden erfordert. Bei den Versicherungsvermittlerinnen und -vermittlern nach Artikel 43 Absatz 1 VAG kann auch die Anzahl als Bemessungskriterium verwendet werden.

#### *Abs. 3*

Mit Absatz 3 wird ermöglicht, beim Erlass der Verordnungsregelung die namentlich im Bankenbereich getroffene Aufteilung der Aufsichtsabgabe in eine fixe Grundabgabe und eine variable Zusatzabgabe für die FINMA zu übernehmen. Die fixe Grundabgabe soll den «Sockel-Aufwand» der Aufsicht decken, der regelmässig jährlich und ungeachtet des Umfangs der geschäftlichen Aktivitäten für alle mehr oder weniger in der gleichen Höhe anfällt. Da die Aufsichtsabgabe nach Absatz 1 pro Aufsichtsbereich erhoben wird, ist auch die Differenzierung der Grundabgabe und der Zusatzabgabe nach Aufsichtsbereich möglich. Die Höhe der fixen Grundabgabe kann dabei sowohl nach Aufsichtsbereich als auch, falls sinnvoll, nach unterschiedlichen Teilgruppen von Beaufsichtigten innerhalb eines Aufsichtsbereichs differenziert werden.

#### *Abs. 4*

Der Bundesrat wird ermächtigt, die nötigen Einzelheiten auf Verordnungsstufe auszugestalten, da es dabei nicht um blosser Ausführung gesetzlicher Vorgaben, sondern um Konkretisierungen der von Artikel 15 offen gelassenen Spielräume geht. So wird der Bundesrat im Rahmen von Absatz 4 Buchstabe a auch die Frage der zeitlichen Bemessung regeln, also ob jeweils auf die Kosten des Rechnungsjahres (evtl. mit Vorschüssen) oder auf die Kosten des Vorjahres abgestellt wird.

Zudem wird der Bundesrat die einzelnen Aufsichtsbereiche, die nach Finanzierungsgesichtspunkten zu unterscheiden sind, bestimmen (Abs. 4 Bst. b). Diese brauchen sich nicht notwendigerweise mit den innerhalb der FINMA gebildeten Organisationseinheiten zu decken.

Der Bundesrat wird ebenfalls die Aufteilung der durch die Aufsichtsabgabe zu finanzierenden Kosten unter den Aufsichtsbereichen festlegen. Die Aufteilung betrifft insbesondere den allgemeinen Aufwand, der nicht direkt einem einzelnen Aufsichtsbereich zugeordnet werden kann, sondern allen Aufsichtsbereichen gemeinsam. Was die Gebühren betrifft, so braucht die Festlegung der Gebührensätze nicht in die Delegationsnorm aufgenommen zu werden, da der Bundesrat sich dafür direkt auf Artikel 46a des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes vom 21. März 1997 (RVOG; SR 172.010) stützen kann.

## *Art. 16*      Reserven

Für die mittel- und langfristige Sicherung des finanziellen Gleichgewichts der FINMA ist es wichtig, geschäftsmässig begründete Reserven aus dem Ertrag der Gebühren und Abgaben für unvorhergesehene Risiken und Einnahmeschwankungen, aber auch für geplante Investitionen (z.B. Informatik, Mobiliar) zu bilden. Neben der normalen Geschäftsführung sollte die FINMA auch auf unvorhersehbare Ereignisse wie beispielsweise einen Haftungsfall (vgl. Ziff. 1.2.9) vorbereitet sein. Sie hat demzufolge eine vernünftige, geschäftsmässig begründete Reservepolitik zu betreiben, das heisst, sie sollte über Reserven in der Höhe von durchschnittlich einem Jahresbudget verfügen. Aus heutiger Sicht beträgt dieses etwa 50 Millionen Franken (Summe der Budgets von EBK, BPV und Kst GwG). Da die Äufnung der Reserven über einen längeren Zeitraum erfolgen wird – als angemessen erscheint eine Dauer von ungefähr 10 Jahren –, wird die Belastung, die sich für die Beaufsichtigten daraus ergibt, wirtschaftlich tragbar sein.

## *Art. 17*      Tresorerie

Die FINMA schliesst sich für die Verwaltung ihrer liquiden Mittel der zentralen Tresorerie des Bundes an. Zur Gewährleistung ihrer Zahlungsbereitschaft kann der Bund die FINMA mit Fremdkapital versorgen. Abgewickelt werden solche Darlehen über ein Kontokorrent der FINMA beim Bund. Im Gegenzug legt die FINMA ihre überschüssigen Gelder beim Bund an. Auf diesen Geldern bezahlt ihr der Bund marktkonforme Zinsen. Die Einzelheiten werden zwischen dem Bund und der FINMA in einer Vereinbarung geregelt. Mit dem Anschluss an die zentrale Tresorerie werden unter anderem auch Interessenkonflikte vermieden. Als Aufsichtsbehörde kann die FINMA ihre Gelder nicht bei Beaufsichtigten anlegen oder Darlehen aufnehmen.

## *Art. 18*      Rechnungslegung

Die Rechnungslegung der FINMA hat ihre Vermögens-, Finanz- und Ertragslage vollständig darzustellen. Dabei folgt sie den allgemeinen Grundsätzen der Wesentlichkeit, Verständlichkeit, Stetigkeit und Bruttodarstellung und orientiert sich an allgemein anerkannten Standards. Der Verwaltungsrat wird unter Berücksichtigung dieser Grundsätze den Rechnungslegungsstandard bestimmen. Das angewendete Regelwerk ist offen zu legen.

## *Art. 19*      Verantwortlichkeit

### *Abs. 1*

Die Verantwortlichkeit der FINMA, ihrer Organe und ihres Personals richtet sich grundsätzlich nach dem Verantwortlichkeitsgesetz. Dies gilt auch für die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Organe und des Personals der FINMA<sup>51</sup>.

Soweit andere Personen unmittelbar mit öffentlich-rechtlichen Aufgaben betraut werden, greift ebenfalls die Haftung nach Verantwortlichkeitsgesetz (Art. 1 Abs. 1 Bst. f VG). Bei diesen Personen handelt es sich um die von der FINMA Beauftragten, so die Untersuchungsbeauftragten nach Artikel 36 FINMAG, die Sanierungs-

<sup>51</sup> Art. 19 Abs. 2 VG.

beauftragten nach Artikel 28 BankG, die Liquidatoren nach Artikel 23<sup>quinquies</sup> Absatz 1 BankG oder die beigezogenen Dritten nach Artikel 47 Absatz 2 VAG. Diese werden mit dem Oberbegriff «Beauftragte» bezeichnet.

Die Prüfgesellschaften gehören nicht zu den mit öffentlich-rechtlichen Aufgaben betrauten Personen, da sie von den Beaufsichtigten im Rahmen eines privatrechtlichen Mandats eingesetzt werden.

*Abs. 2*

*Bst. a*

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist eine Schadenszufügung dann widerrechtlich, wenn entweder ein absolut geschütztes Rechtsgut wie Leib, Leben, Freiheit, Persönlichkeit oder Eigentum verletzt oder eine reine Vermögensschädigung durch Verstoß gegen eine einschlägige Schutznorm bewirkt wird<sup>52</sup>. Bei den absoluten Rechtsgütern ergibt sich die Widerrechtlichkeit aus der blossen Rechtsgutverletzung. Die Widerrechtlichkeit liegt im verpönten Erfolg; man spricht diesfalls vom so genannten Erfolgsunrecht. Das Vermögen ist dagegen kein absolutes Rechtsgut. Seine Schädigung ist nur dann widerrechtlich, wenn sie durch Verstoß gegen einschlägige Schutznormen bewirkt wird (sog. Verhaltensunrecht). Die verletzte Norm muss dem Schutz des geschädigten Vermögens dienen<sup>53</sup>.

Das widerrechtliche Verhalten kann entweder in einem Tun oder Unterlassen bestehen. Bei Unterlassungen liegt die Widerrechtlichkeit nur dann vor, wenn das Gesetz ein Handeln verlangt, die Handlungspflicht im Interesse des Geschädigten besteht und sich aus einer Schutzvorschrift zu dessen Gunsten ergibt. Der den Schaden verursachenden Person oder Amtsstelle muss somit eine Garantenstellung gegenüber dem Geschädigten zukommen: Widerrechtlichkeit setzt bei Unterlassungen damit eine Amtspflichtverletzung voraus.

Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist eine wesentliche Amtspflichtverletzung ferner Voraussetzung für das Vorliegen einer Staatshaftung für Schäden infolge eines Rechtsaktes, der sich später als unrichtig erweist. Dabei setzt die Widerrechtlichkeit in Ausübung einer amtlichen Befugnis einen besonderen Fehler voraus, der nicht schon vorliegt, wenn sich die Entscheidung später als unrichtig, gesetzwidrig oder sogar willkürlich erweist. Haftungsbegründende Widerrechtlichkeit ist vielmehr erst dann gegeben, wenn die Richterin oder der Richter beziehungsweise die oder der Bundesangestellte eine für die Ausübung ihrer oder seiner Funktion wesentliche Pflicht, eine wesentliche Amtspflicht, verletzt hat und damit eine unentschuldbare Fehlleistung vorliegt, die einer pflichtbewussten Person nicht unterlaufen wäre<sup>54</sup>.

Die Voraussetzung der Verletzung von wesentlichen Amtspflichten soll bei der FINMA nicht nur auf Rechtsakte, sondern auf die gesamte Tätigkeit der Aufsichtsbehörde beziehungsweise der Organe, des Personals sowie der von der FINMA Beauftragten ausgedehnt werden (dazu Ziff. 1.2.9). Damit wird bei der FINMA und den von ihr Beauftragten das Kriterium der Widerrechtlichkeit eingeschränkt und der Begriff der wesentlichen Amtspflichtverletzung eingeführt. Die FINMA und die von ihr Beauftragten sollen nämlich für sämtliches Handeln nur noch dann haften,

<sup>52</sup> BGE 123 II 577, 118 Ib 473 ff., 116 Ib 367 ff.

<sup>53</sup> BGE 118 Ib 476 f.

<sup>54</sup> BGE 123 II 577 E. 4d/dd; 120 Ib 248 E. 2b; 119 Ib 208 E. 5a und b; 118 Ib 163 E. 2, mit Hinweisen.

wenn sie ihre Tätigkeit eindeutig fehlerhaft ausgeübt haben, beispielsweise wenn sie bei Schwierigkeiten bei einer oder einem Beaufsichtigten eindeutig zu spät oder gar nicht eingreifen. Angesichts der enormen Risiken und der Komplexität der Aufgabe lässt sich eine solche Haftungsbeschränkung durchaus rechtfertigen.

#### *Bst. b*

Die FINMA und die von ihr Beauftragten dürfen zudem nicht für Fehler zur Verantwortung gezogen werden, welche von Beaufsichtigten begangen werden. Deshalb wird in Buchstabe b der Grundsatz verankert, dass die FINMA oder die von ihr Beauftragten nur haften, wenn Schäden nicht auf Pflichtverletzungen (z.B. Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen oder auch privatrechtlicher Sorgfaltspflichten) einer oder eines Beaufsichtigten zurückzuführen sind. Die Pflichtverletzung der oder des Beaufsichtigten schliesst gemäss Buchstabe b die Haftung der FINMA und der von ihr Beauftragten aus, auch wenn diese bei der Aufsicht wesentliche Amtspflichten verletzt haben.

Aus Sicht des Bundesrates erscheint der Ausschluss der Haftung bei Pflichtverletzungen der Beaufsichtigten gerade im Bereich der Finanzmarktaufsicht gerechtfertigt. Die Akteure auf dem Finanzmarkt werden zwar beaufsichtigt, aber letztendlich müssen sie vor allem eigenverantwortlich handeln. Es kann daher nicht Aufgabe der Aufsicht und letztlich des Staates sein, bei pflichtwidrigem Verhalten einer oder eines Beaufsichtigten die Verantwortung für den Schaden zu übernehmen. Dies umso mehr, als es sich um riesige Summen handeln kann, die dadurch der Gesamtheit der Beaufsichtigten beziehungsweise, subsidiär, der Allgemeinheit aufgebürdet würden.

#### *Art. 20*      Steuerbefreiung

Gemäss Artikel 62d RVOG sind die Eidgenossenschaft sowie ihre Anstalten, Betriebe und unselbstständigen Stiftungen von jeder Besteuerung durch die Kantone und Gemeinden befreit.

Für die Besteuerung durch den Bund gilt Folgendes: Sofern die FINMA eine Dienstleistungstätigkeit auf privatrechtlicher Basis und im Wettbewerb mit privaten Anbieterinnen und Anbietern erbringt, unterliegt sie der Mehrwertsteuerpflicht gemäss Artikel 23 des Bundesgesetzes vom 2. September 1999 über die Mehrwertsteuer (Mehrwertsteuergesetz, MWSTG; SR 641.20). Der Gesetzgeber hat überdies darauf verzichtet, den Bund und seine Anstalten von der subjektiven Steuerpflicht der Verrechnungssteuer sowie den Stempelabgaben zu befreien, weshalb auch das Bundesgesetz vom 13. Oktober 1965 über die Verrechnungssteuer (VStG; SR 642.21) sowie das Bundesgesetz vom 27. Juni 1973 über die Stempelabgabe (StG; SR 641.10) vorbehalten bleiben.

### 2.2.3

## 3. Abschnitt: Unabhängigkeit und Aufsicht

#### *Art. 21*

##### *Abs. 1*

Mit dieser Bestimmung wird die fachliche Unabhängigkeit der FINMA betont und gesetzlich sichergestellt. Weder der Bundesrat noch die eidgenössischen Räte verfügen gegenüber der FINMA über ein Weisungsrecht. Ihre Entscheide können lediglich von den Betroffenen mittels Verwaltungsbeschwerde angefochten werden, womit eine richterliche Kontrolle gewährleistet ist. Ansonsten ist die FINMA fachlich unabhängig.

##### *Abs. 2*

Es macht jedoch Sinn, mindestens einmal jährlich Gespräche zwischen der FINMA und dem Bundesrat auf Gesetzesstufe zu institutionalisieren. Es handelt sich dabei um ein wichtiges Instrument des Bundesrats im Rahmen seiner Eignerstrategie. Damit erhält der Bundesrat Gelegenheit, mit den Organen der FINMA die Strategie der FINMA und Probleme, die im Rahmen ihrer Aufsichtstätigkeit aufgetaucht sind, oder generell Fragen zur Finanzplatzpolitik zu erörtern. Analoge Gespräche werden auch zwischen dem Bundesrat und der SNB geführt und haben sich bewährt (Art. 7 Abs. 1 NBG). Es steht der FINMA frei zu entscheiden, wer von ihrer Seite an diesen Gesprächen teilnehmen soll. Die Delegation wird sicher von der Präsidentin oder dem Präsidenten des Verwaltungsrats angeführt werden. Die weitere Zusammensetzung der Delegation wird sinnvollerweise jeweils an die besonderen Bedürfnisse des Gesprächs angepasst werden. Es steht aber auch dem Bundesrat frei, für diese Gespräche einen Ausschuss zu bestimmen. Der Bundesrat kann zudem jederzeit weitere Gespräche verlangen, falls er dies aufgrund spezieller Vorkommnisse als nötig erachtet.

##### *Abs. 3*

Die EBK, das BPV und die Kst GwG sind schon heute beim EFD angesiedelt. Zudem werden sowohl die Vorbereitung der Finanzmarktgesetzgebung als auch die Vertretung der Schweiz gegen aussen in internationalen Finanzgremien vom EFD wahrgenommen. Diese Arbeitsteilung hat sich bewährt und soll auch in Zukunft weitergeführt werden. Dem EFD wird somit weiterhin die Betreuung sämtlicher Geschäfte aus dem Bereich der Finanzmarktpolitik und des Finanzmarktrechts obliegen.

##### *Abs. 4*

Die Ausübung der Oberaufsicht durch die eidgenössischen Räte erstreckt sich auf die gesamte Tätigkeit des Bundesrats und der von ihm beaufsichtigten zentralen und dezentralen Bundesverwaltung. Adressat der Oberaufsicht ist der Bundesrat. Gestützt auf die Oberaufsicht können keine Entscheide aufgehoben oder geändert sowie Weisungen erteilt werden. Werden Mängel in der Geschäfts- oder Finanzhaushaltsführung festgestellt, so können Empfehlungen für das künftige Verhalten abgegeben werden. Bei der Ausübung der Oberaufsicht verfügen die Aufsichtskommissionen über umfassende Auskunfts- und Akteneinsichtsrechte. Dabei ist es

den Aufsichtskommissionen unbenommen, mit der FINMA direkt in Kontakt zu treten und von ihr zweckdienliche Auskünfte und Unterlagen einzufordern<sup>55</sup>.

Im Rahmen der parlamentarischen Oberaufsicht über Anstalten und Unternehmungen des Bundes wird geprüft, ob der Bundesrat die Interessen des Eigners wahrgenommen hat. Die Oberaufsicht bezieht sich dabei nicht nur auf die dem Bundesrat auf diesem Gebiet übertragenen Aufgaben im engeren Sinn (z.B. Wahlen, Festlegung und Kontrolle der Ziele), sondern auch auf die Aufsichtsfunktion, die der Bund auszuüben hat. Mit anderen Worten: Die Oberaufsicht beschäftigt sich nicht mehr mit den operativen Tätigkeiten der dezentralen Einheiten (direkte Oberaufsicht), sondern konzentriert sich auf die Art und Weise, wie der Bundesrat und die Vertreterinnen und Vertreter des Bundes diese Einheiten verwalten und überwachen (indirekte Oberaufsicht). Der Bundesrat muss ausserdem auch Rechenschaft über alle Ereignisse ablegen, die das ordentliche Funktionieren dieser Einheiten beeinträchtigen könnten<sup>56</sup>.

Werden Aufsichtsfunktionen des Bundes wie bei der FINMA in weisungsungebundene Einheiten der dezentralen Bundesverwaltung ausgelagert, so muss sich die Oberaufsicht im Vergleich zu anderen ausgelagerten Einheiten noch vermehrt auf eine externe politische Kontrolle beschränken, die keinen direkten Einfluss auf die Geschäftsführung nimmt. Dabei ist allerdings zu beachten, dass die Tätigkeit der Einheiten mit Aufgaben der Marktaufsicht und insbesondere ihre Entscheide einer gerichtlichen Überprüfung unterstehen. Im Rahmen dieser unabhängigen verwaltungsjustiziellen Funktion sind sie bezüglich der Oberaufsicht den Gerichten gleichzustellen. Die Kontrolltätigkeit des Bundesrats beschränkt sich dabei darauf, zu überprüfen, ob die Finanzmarktaufsichtsbehörde korrekt funktioniert und ob sie die Mittel, über die sie verfügt, ordnungsgemäss verwaltet<sup>57</sup>.

## 2.2.4 4. Abschnitt: Information der Öffentlichkeit und Datenbearbeitung

### *Art. 22* Information der Öffentlichkeit

Eine zurückhaltende, aber stetige und glaubwürdige Information ist für die Wirksamkeit der Finanzmarktaufsicht von Bedeutung. Mit dem FINMAG wird erstmals das Informationsverhalten der Finanzmarktaufsichtsbehörden normiert und eine formell-gesetzliche Grundlage für die Information der Öffentlichkeit geschaffen. Eine allgemeine Information über ihre Aufsichtstätigkeit und -praxis erfolgt mindestens einmal jährlich im Rahmen der Veröffentlichung des Geschäftsberichts.

<sup>55</sup> Vgl. Art. 150 und 153 ParlG; «Handlungsgrundsätze der Geschäftsprüfungskommissionen», abrufbar unter: <http://www.parlament.ch/ko-au-gpk-handlungsgrundsaeetze.htm>.

<sup>56</sup> Vgl. «Probleme von Swissmedic anlässlich der Inbetriebnahme und Beurteilung der heutigen Lage», Bericht der Geschäftsprüfungskommission des Ständerates vom 25. August 2004, BBl **2005** 284, Ziff. 2.2.

<sup>57</sup> Vgl. Bericht der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates vom 1. März 2001, Parlamentarische Initiative Parlamentsgesetz, BBl **2001** 3540, Kommentar zu Art. 27; sowie Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 28. Februar 2001, BBl **2001** 4279, Kommentar zu Art. 3.

## *Abs. 2*

Über einzelne Verfahren wahrt die FINMA das Amtsgeheimnis (Art. 14 FINMAG). Es kann jedoch in Ausnahmesituationen ein aufsichtsrechtliches Bedürfnis und damit ein öffentliches Interesse daran bestehen, dass die Öffentlichkeit über ein Verfahren orientiert wird. Drei solche Gründe werden im Gesetz aufgezählt. Der Verwaltungsrat wird diese Gründe in Richtlinien weiter konkretisieren (vgl. Art. 9 Abs. 1 Bst. i FINMAG).

Das Gesetz unterscheidet Informationen, welche zum Schutz der Marktteilnehmerinnen und -teilnehmer oder der Beaufsichtigten (Bst. a und b) und zur Wahrung des Ansehens des Schweizer Finanzplatzes (Bst. c) nötig sind. Letzteres wird nicht leichthin anzunehmen sein. In gewissen Einzelfällen muss aber die Aufsichtsbehörde in der Lage sein, öffentlich darzulegen, wie und warum sie Missbräuche untersucht. Nur so kann sie ungerechtfertigten Vorwürfen entgegentreten und das Ansehen des Finanzplatzes wahren.

Die Information über laufende Verfahren ist nicht zu verwechseln mit der Publikation einer rechtskräftigen Verfügung (Art. 34 FINMAG), der Sanktionscharakter zukommt. Es handelt sich dabei um zwei unterschiedliche Instrumente der Aufsichtsbehörde. Bei Verfahren, die mit der Publikation einer rechtskräftigen Verfügung enden, ist es unter den in Absatz 2 genannten Voraussetzungen zulässig, bereits vor Abschluss des Verfahrens zu informieren.

## *Abs. 3*

Falls über ein laufendes Verfahren informiert worden ist, informiert die FINMA in der Regel auch über dessen Einstellung. Falls private Interessen der oder des Beaufsichtigten gegen eine Veröffentlichung sprechen, wird darauf verzichtet.

## *Abs. 4*

Bei ihrer gesamten Informationstätigkeit trägt die FINMA den verfassungsmässig garantierten Persönlichkeitsrechten der Betroffenen Rechnung. Das Bundesgesetz vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz (DSG; SR 235.1) konkretisiert diesen verfassungsmässigen Persönlichkeitsschutz. Für die Bekanntgabe von Personendaten bedarf es gemäss Artikel 19 DSG einer gesetzlichen Grundlage, die hiermit geschaffen wird. Die Art der Publikation (in elektronischer oder gedruckter Form) steht der FINMA frei.

Sofern die Veröffentlichung von Personendaten in elektronischer Form erfolgt und das öffentliche Interesse an der Zugänglichmachung nicht mehr besteht, wird die FINMA die betreffenden Daten wieder aus dem automatisierten Informations- und Kommunikationssystem entfernen.

## *Art. 23*                    Datenbearbeitung und öffentliches Verzeichnis

### *Abs. 1*

Die FINMA wird im Rahmen ihrer Aufsicht eine Vielzahl von Personendaten bearbeiten, da umfassende Informationen über die Beaufsichtigten eine Grundvoraussetzung für die Ausübung der Finanzmarktaufsicht sind. Zu den zu bearbeitenden Daten gehören auch besonders schützenswerte Daten sowie Persönlichkeitsprofile.

Mit Absatz 1 wird die Berechtigung der FINMA zur Bearbeitung dieser Daten verankert. Es wird Aufgabe der FINMA sein, die Einzelheiten der Datenbearbeitung in einer Verordnung zu regeln.

#### *Abs. 2*

Die EBK<sup>58</sup> und das BPV<sup>59</sup> publizieren bereits heute eine elektronische Liste der von ihr bewilligten und anerkannten Beaufsichtigten. Die Veröffentlichung eines Verzeichnisses aller Beaufsichtigten auf elektronischem Wege ist einerseits ein Anliegen der Beaufsichtigten. Sie können dadurch ihren regulatorischen Status beweisen. Die Anlegerinnen und Anleger und Marktteilnehmerinnen und Marktteilnehmer können andererseits überprüfen, wer über eine Bewilligung der FINMA verfügt.

Das Verzeichnis der von der FINMA zugelassenen Prüfgesellschaften ist nicht mit dem Register nach Artikel 15 Absatz 2 RAG zu verwechseln, da dieses im Rahmen der Revisionsaufsicht eine andere Funktion erfüllt. So werden in diesem Register unter anderem auch die Qualifikationen der Revisorinnen und Revisoren veröffentlicht.

### **2.3 3. Kapitel: Aufsichtsinstrumente**

#### **2.3.1 1. Abschnitt: Prüfung**

Dieser Abschnitt enthält Regelungen zur Prüfung sowie zur Aufsicht über die Prüfgesellschaften. Der Unterschied in der Terminologie «Prüfgesellschaft» und «Prüferinnen und Prüfer» zum neuen Revisionsaufsichtsgesetz («Revisionsunternehmen», «Revisorinnen und Revisoren») ist gewollt. Das Revisionsunternehmen nach dem Revisionsaufsichtsgesetz unterscheidet sich von der Prüfgesellschaft. Ersteres ist ein (von der Generalversammlung) gewähltes Organ, deren Aufgaben sich aus dem Privatrecht ergeben. Diese sind im Wesentlichen auf die Revision der Jahresrechnung (Rechnungsprüfung) beschränkt. Demgegenüber handelt es sich bei der finanzmarktrechtlichen Prüfgesellschaft um eine vom Verwaltungsrat mandatierte Gesellschaft, deren Auftrag weit über denjenigen einer Revisionsstelle nach Obligationenrecht hinausgeht, da sie die Einhaltung des gesamten Aufsichtsrechts zu prüfen hat (Aufsichtsprüfung)<sup>60</sup>.

#### *Art. 24 Grundsatz*

Artikel 24 stellt klar, dass nach Massgabe der Finanzmarktgesetze die Prüfung von der FINMA selbst, durch von ihr beigezogene Dritte oder durch von den Beaufsichtigten beauftragte Prüfgesellschaften durchgeführt wird. Infolgedessen kommen die bis anhin geltenden unterschiedlichen Aufsichtssysteme zur Anwendung:

- Die Aufsicht über Banken, Effektenhändlerinnen und -händler und Anlagefonds beruht auf dem dualistischen Aufsichtssystem und damit auf dem Einsatz anerkannter Prüfgesellschaften. Diese werden zwar von den Beaufsich-

<sup>58</sup> Art. 2 Verordnung vom 17. Mai 1972 über die Banken und Sparkassen (Bankenverordnung, BankV; SR **952.02**).

<sup>59</sup> Art. 6 Abs. 4 VAG.

<sup>60</sup> Art. 53 Abs. 1 AFG, Art. 19 Abs. 1 BankG, Art. 19 Abs. 1 BEHG, Art. 18 Abs. 2 GwG, Art. 29 Abs. 1 VAG.



tigten beauftragt und bezahlt. Den Inhalt der Prüfung bestimmt jedoch die Aufsichtsbehörde.

Das dualistische Aufsichtssystem ist von der EBK in den letzten Jahren mit dem Erlass von Rundschreiben grundlegend reformiert worden<sup>61</sup>. Diese halten noch deutlicher als bisher<sup>62</sup> fest, dass die Prüfgesellschaften nicht nur die Rechnungsprüfung, sondern auch eine Aufsichtsprüfung vornehmen müssen. Die EBK hat zudem in den letzten Jahren eine Qualitätskontrolle über Prüfgesellschaften aufgebaut, um abzuklären, ob die Prüfungen mit der «Sorgfalt eines ordentlichen und sachkundigen Revisors» (bisher: Art. 20 Abs. 4 BankG) durchgeführt werden.

- Auch das neue Versicherungsaufsichtsgesetz verpflichtet die von den Versicherungsunternehmen eingesetzten Prüfgesellschaften, die Jahresrechnung und die aufsichtsrechtlichen Bestimmungen nach Massgabe der Weisungen der Aufsichtsbehörde zu prüfen (Art. 29 Abs. 1 VAG). Die Prüfgesellschaften, Prüferinnen und Prüfer bedürfen zudem einer Anerkennung des BPV (bisher: Art. 28 Abs. 2 Bst. c VAG). Das BPV kann aber jederzeit auch selbst Prüfungen vornehmen oder Dritte beiziehen<sup>63</sup>. Damit nimmt die direkte Aufsicht durch die Aufsichtsbehörde nach wie vor einen grösseren Stellenwert ein als bei der Aufsicht über Banken, Effekthändlerinnen und -händler sowie Anlagefonds.
- Das Geldwäschereigesetz sieht vor, dass die Kst GwG Kontrollen vor Ort durchführen kann. Sie kann diese einer von ihr bezeichneten Prüfgesellschaft übertragen (Art. 18 Abs. 2 GwG). Gemäss Praxis der Kst GwG werden die Prüfungen bei den SRO von der Kst GwG selber durchgeführt (mit Ausnahme der SRO der Anwältinnen und Anwälte, deren Prüfung sie einer von ihr ausgewählten Prüfgesellschaft übertragen hat [Art. 18 Abs. 3 GwG]). Bei den ihr direkt unterstellten Finanzintermediärinnen und -intermediären hingegen gibt sie dem dualistischen Aufsichtssystem den Vorzug und verlangt eine Prüfung durch eine von der Kst GwG anerkannte Prüfgesellschaft. Ausserdem prüft die Kst GwG alle direkt unterstellten Finanzintermediärinnen und -intermediäre periodisch auch selbst.

#### *Art. 25*            Pflichten der geprüften Beaufsichtigten

Die geprüften Beaufsichtigten, ihre Organe und ihre Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter unterliegen gegenüber der von ihnen beauftragten Prüfgesellschaft sowie den beigezogenen Dritten einer umfassenden Auskunft- und Herausgabepflicht, wie sie bisher in den Finanzmarktgesetzen vorgesehen war<sup>64</sup>.

<sup>61</sup> EBK-Rundschreiben 05/1 (Prüfung), 05/2 (Prüfbericht) und 05/3 (Prüfgesellschaften), <http://www.ebk.ch/d/regulier/rundsch/index.html>.

<sup>62</sup> Art. 53 Abs. 1 AFG, Art. 19 Abs. 1 BankG.

<sup>63</sup> Art. 46 Abs. 2 und 47 Abs. 1 VAG.

<sup>64</sup> Art. 55 Abs. 1 AFG, Art. 19 Abs. 2 BankG, Art. 17 Abs. 2 BEHG, Art. 29 Abs. 4 VAG.

## *Art. 26* Zulassungsvoraussetzungen

### *Abs. 1*

Prüfgesellschaften, die eine Zulassung der FINMA anstreben, unterstehen mit Ausnahme der Prüfgesellschaften nach dem Geldwäschereigesetz<sup>65</sup> in Zukunft als staatlich beaufsichtigte Revisionsunternehmen der Aufsicht der Revisionsaufsichtsbehörde<sup>66</sup>. Zusätzlich verlangt Artikel 26, dass eine Prüfgesellschaft für die Prüfungen nach den Finanzmarktgesetzen ausreichend organisiert ist (Bst. b). Auch darf sie keine bewilligungspflichtige Tätigkeit ausüben (Bst. c). Ansonsten würde sie nämlich mit den zu prüfenden Beaufsichtigten im Wettbewerb stehen und die Beaufsichtigten wären durch die umfassende Herausgabepflicht nach Artikel 25 gezwungen, der Konkurrenz Zugang zu Geschäftsgeheimnissen zu gewähren.

### *Abs. 2*

Die Zulassung für leitende Prüferinnen und Prüfer erfolgt analog zu derjenigen für Prüfgesellschaften: Sie müssen vorab als Revisionsexpertinnen oder -experten nach Artikel 4 RAG von der Revisionsaufsichtsbehörde zugelassen sein. Für die Zulassung durch die FINMA müssen sie zusätzlich das nötige Fachwissen für die Prüfung nach einem der Finanzmarktgesetze aufweisen.

### *Abs. 3*

Die Prüfungen nach den Finanzmarktgesetzen sind mit der Sorgfalt einer ordentlichen und sachkundigen Prüferin oder eines ordentlichen und sachkundigen Prüfers durchzuführen. Diese Bestimmung entspricht den bisherigen Artikeln 20 Absatz 4 BankG und 34 Absatz 1 Buchstabe a der Verordnung vom 2. Dezember 1996 über die Börsen und den Effektenhandel (Börsenverordnung, BEHV; SR 954.11).

## *Art. 27* Berichterstattung und Massnahmen

### *Abs. 1*

Die Prüfgesellschaften erstatten dem obersten Leitungsorgan der oder des Beaufsichtigten sowie der FINMA Bericht über ihre Prüfungen. Dies entspricht der bisherigen Regelung im Bankengesetz und derjenigen im Versicherungsaufsichtsgesetz<sup>67</sup>.

### *Abs. 2*

Stellt die Prüfgesellschaft Verletzungen aufsichtsrechtlicher Bestimmungen oder sonstige Missstände fest, so setzt sie der oder dem geprüften Beaufsichtigten eine angemessene Frist zur Herstellung des ordnungsgemässen Zustandes. Diese Regelung entspricht dem bisherigen Artikel 21 Absatz 3 BankG sowie Artikel 18 Absatz 4 BEHG und soll, ausser bei den direkt unterstellten Finanzintermediärinnen und -intermediären nach dem Geldwäschereigesetz<sup>68</sup> sowie den Versicherungsunternehmen<sup>69</sup>, für alle Aufsichtsbereiche gelten. Damit erhält die oder der Beaufsichtigte die Möglichkeit, einen erkannten Missstand zu beheben, ohne dass die Aufsichtsbehörde orientiert werden muss.

<sup>65</sup> Art. 19b E-GwG.

<sup>66</sup> Art. 26 Abs. 1 Bst. a FINMAG i.V.m. Art. 7 und 15 Abs. 1 Bst. c RAG.

<sup>67</sup> Art. 21 Abs. 2 BankG, Art. 29 Abs. 2 VAG.

<sup>68</sup> Art. 19a Abs. 3 E-GwG.

<sup>69</sup> Art. 30 VAG.

### *Abs. 3*

Bei schweren Verletzungen aufsichtsrechtlicher Bestimmungen und schweren Missständen benachrichtigt die Prüfgesellschaft die FINMA dagegen ohne Verzug. Zu denken ist an ernsthafte finanzielle Probleme oder andere Sachverhalte, die die Einhaltung der Bewilligungsvoraussetzungen unmittelbar in Frage zu stellen. Auch dieser Absatz ersetzt gleichlautende Bestimmungen in den Finanzmarktgesetzen<sup>70</sup>.

Der Begriff «Missstand» nach Absatz 3 ist nicht mit demjenigen nach Artikel 46 Absatz 1 Buchstabe g VAG zu verwechseln. Nach dieser Bestimmung schreitet die FINMA selbst gegen Missstände ein, welche die «Interessen der Versicherten» gefährden.

## *Art. 28*            Aufsicht über die Prüfgesellschaften

### *Abs. 1*

Die Prüfgesellschaften unterstehen in Bezug auf ihre Prüftätigkeit nach den Finanzmarktgesetzen der Aufsicht durch die FINMA. Diese hat mittels geeigneter Massnahmen (z.B. Qualitätskontrollen) die dauernde Einhaltung der Zulassungsvoraussetzungen nach Artikel 26 FINMAG zu überwachen und bei deren Nichteinhaltung die notwendigen Schritte zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands zu ergreifen.

### *Abs. 2*

Die Vereinheitlichung der Zulassungsvoraussetzungen über die Prüfgesellschaften und die leitenden Prüferinnen und Prüfer ist notwendig, da mit dem Revisionsaufsichtsgesetz neu eine Aufsicht über das Revisionswesen besteht. Prüfgesellschaften unterstehen demzufolge sowohl dem Regime des FINMAG als auch dem des Revisionsaufsichtsgesetzes. Die Prüfgesellschaften revidieren aber in der Regel auch Unternehmungen, die von der FINMA nicht beaufsichtigt werden (z.B. kotierte Handels- oder Industrieunternehmen). Eine Koordination zwischen der FINMA und der Revisionsaufsichtsbehörde zur Vermeidung von Doppelspurigkeiten ist deshalb unerlässlich. Die Beaufsichtigung der Prüfungstätigkeit nach den Finanzmarktgesetzen erfolgt daher grundsätzlich durch die FINMA und nicht zusätzlich durch die Revisionsaufsichtsbehörde. Die FINMA stellt hingegen auf die Zulassungsvoraussetzungen des Revisionsaufsichtsgesetzes ab und überlässt deren Überprüfung der Revisionsaufsichtsbehörde.

<sup>70</sup> Art. 21 Abs. 4 BankG, Art. 19 Abs. 5 BEHG.

### 2.3.2

## 2. Abschnitt: Weitere Aufsichtsinstrumente

### Art. 29      Auskunfts- und Meldepflicht

#### *Abs. 1*

Diese Vorschrift fasst die in den Finanzmarktgesetzen geregelten gleich lautenden Auskunfts- und Meldepflichten der Beaufsichtigten in einer Norm zusammen<sup>71</sup>. Bei den juristischen Personen sind die Organe Adressaten der Auskunfts- und Meldepflicht. Die übrigen Mitarbeiterinnen oder Mitarbeiter der Beaufsichtigten sind als Zeugen nach Artikel 15 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG; SR 172.021) zur Auskunft verpflichtet.

Die FINMA kann nicht nur Auskünfte von den Beaufsichtigten verlangen, sondern auch von qualifiziert oder massgebend an den Beaufsichtigten beteiligten Personen und Unternehmen. Die Auskunftspflicht trifft zudem gemäss Artikel 3 Buchstabe a FINMAG auch die massgebend an Finanzintermediärinnen und -intermediären Beteiligten, die ohne Bewilligung, Anerkennung, Zulassung oder Registrierung tätig sind, da auch sie als Beaufsichtigte im Sinne des FINMAG gelten<sup>72</sup>. Die Definition der massgebenden Beteiligung findet sich in den Finanzmarktgesetzen<sup>73</sup>.

Prüfgesellschaften sind in der Eigenschaft als Beaufsichtigte über ihre eigenen Belange auskunftspflichtig. Sodann benötigt die FINMA Auskunft über ihre mandatsbezogenen Wahrnehmungen bei der oder dem auftraggebenden Beaufsichtigten.

Ebenfalls gegenüber der FINMA auskunftspflichtig sind schliesslich die Revisionsstellen der Beaufsichtigten nach Obligationenrecht, soweit diese Funktion nicht bereits von einer Prüfgesellschaft nach dem FINMAG wahrgenommen wird.

#### *Abs. 2*

Die Beaufsichtigten müssen der FINMA zudem unverzüglich Vorkommnisse melden, die für die Aufsicht von wesentlicher Bedeutung sind. Zu denken ist etwa an gravierende finanzielle, personelle oder organisatorische Probleme, Schwierigkeiten mit ausländischen Behörden oder Änderungen der Geschäftsstrategie, welche sich wesentlich auf die Risiken einer oder eines Beaufsichtigten auswirken. Diese Regelung entspricht bereits Artikel 47 Absatz 3 VAG sowie der bisherigen Praxis in der Bankenaufsicht.

### Art. 30      Anzeige der Eröffnung eines Verfahrens

Ergeben sich Anhaltspunkte für Verletzungen aufsichtsrechtlicher Bestimmungen und eröffnet die FINMA ein Verfahren, so zeigt sie dies den Betroffenen an. Unter aufsichtsrechtlichen Bestimmungen sind Gesetze, Verordnungen und Rundschreiben zu verstehen, welche die Pflichten der Beaufsichtigten festlegen. Als aufsichtsrechtliche Bestimmungen gelten zudem die von der FINMA genehmigten Selbstregulierungsstandards.

<sup>71</sup> Art. 61 Abs. 1 und 2 AFG, Art. 23bis Abs. 2 BankG, Art. 35 Abs. 2 BEHG, Art. 19 GwG, Art. 47 Abs. 2 VAG.

<sup>72</sup> Art. 3 FINMAG.

<sup>73</sup> Vgl. Art. 10 Abs. 2 AFG i.V.m. Art. 13 Bst. b AFV, Art. 3 Abs. 2 Bst. c bis BankG, Art. 10 Abs. 2 Bst. d BEHG, Art. 4 Abs. 2 Bst. f VAG.

Mit der Anzeige der Verfahrenseröffnung soll Transparenz gegenüber den Betroffenen geschaffen werden. Aus denselben Überlegungen informiert die FINMA die Betroffenen auch über die Einstellung eines Verfahrens.

Die Eröffnung eines Verwaltungsverfahrens im Sinne dieser Bestimmung ist von der formlosen Aufsichtstätigkeit abzugrenzen. Das Vorgehen der Aufsichtsbehörde richtet sich nach den Grundsätzen des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren unter Einräumung sämtlicher Parteirechte. Die Eröffnung des Verfahrens an sich stellt aber eine verwaltungsinterne Handlung und damit keine anfechtbare Verfügung dar.

#### *Art. 31* Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustands

Artikel 31 entspricht den bisherigen Regelungen in den Finanzmarktgesetzen<sup>74</sup> und statuiert die Pflicht der FINMA, bei Missständen für die Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustands zu sorgen. Sie wahrt dabei den Grundsatz der Verhältnismässigkeit.

Gestützt auf Artikel 31 kann kein Rechtsanspruch namentlich der Anlegerinnen und Anlegern, Gläubigerinnen und Gläubiger, Versicherten sowie Konkurrentinnen und Konkurrenten auf ein Tätigwerden der FINMA abgeleitet werden.

#### *Art. 32* Feststellungsverfügung

Die FINMA wird in Anlehnung an die bewährte Praxis der EBK, des BPV und der Kst GwG mit diesem Artikel explizit ermächtigt, mittels Verfügung festzustellen, dass eine Beaufsichtigte oder ein Beaufsichtigter aufsichtsrechtliche Bestimmungen schwer verletzt hat, selbst wenn keine Massnahmen zur Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes mehr angeordnet werden müssen. Es handelt sich um eine Feststellungsverfügung von Amtes wegen<sup>75</sup>. Sie wird gestützt auf das öffentliche Interesse der Aufsichtsbehörde an einer lückenlosen Einhaltung der aufsichtsrechtlichen Bestimmungen durch die Beaufsichtigten erlassen und hat damit Sanktionscharakter. Die FINMA kann die Verfügung auch mit einer Verwarnung verbinden.

#### *Art. 33* Berufsverbot

Bereits heute sind die drei Aufsichtsbehörden befugt, verantwortliche Organe aus ihren Funktionen zu entfernen<sup>76</sup>. Nach geltendem Recht können die EBK und die Kst GwG jedoch nur gegen Mitglieder der obersten Organe der Beaufsichtigten vorgehen. Dazu gehören in der Regel Verwaltungsratsmitglieder und Mitglieder der Geschäftsleitung. Sie müssen dauernd «Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit» bieten<sup>77</sup>. Während diese Bestimmung bei kleineren Finanzintermediärinnen und -intermediären genügend Handhabe bietet, ist sie bei grösseren Beaufsichtigten mit mehreren Hierarchiestufen nicht mehr praktikabel. In solchen Fällen liegt vielfach die Verantwortung für einen Missstand nicht bei einer Vertreterin oder

<sup>74</sup> Art. 58 Abs. 1 AFG, 23<sup>ter</sup> Abs. 1 BankG, Art. 35 Abs. 3 BEHG, Art. 20 Abs. 1 GwG.

<sup>75</sup> Kölz Alfred/Häner Isabelle, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Auflage, Zürich 1998, Rz 206.

<sup>76</sup> Art. 20 Abs. 1 GwG, Art. 51 Abs. 2 Bst. f VAG.

<sup>77</sup> Vgl. Art. 9 Abs. 5 AFG, Art. 3 Abs. 2 Bst. c und c<sup>bis</sup> BankG, Art. 10 Abs. 2 Bst. d BEHG, Art. 14 Abs. 2 Bst. c GwG, Art. 14 VAG.

einem Vertreter des obersten Leitungsorgans, was im Endeffekt dazu führt, dass niemand zur Verantwortung gezogen werden kann.

Deshalb soll die FINMA bei schwerer Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen befugt sein, den verantwortlichen Personen die Tätigkeit in leitender Stellung bei Beaufsichtigten zu untersagen. Sie kann dieses Verbot auch nur auf einen bestimmten Tätigkeitsbereich beschränken. Dabei wird unter anderem auch die Wiederholungsgefahr zu berücksichtigen sein.

Das Berufsverbot nach Artikel 33 ist von den Massnahmen zu unterscheiden, welche im Rahmen der Prüfung der Bewilligungsvoraussetzungen nach den Finanzmarkt-gesetzen getroffen werden. Dabei prüft die FINMA unter anderem, ob die obersten Organe der Beaufsichtigten «einen guten Ruf geniessen und Gewähr für eine ein-wandfreie Geschäftstätigkeit bieten». Diese Prüfung und die damit verbundenen erforderlichen Massnahmen nimmt die FINMA weiterhin vor. Die FINMA kann im Rahmen der Gewährsprüfung in schwerwiegenden Fällen (z.B. bei Anlagebetrug) eine Person als Organ oder Eigentümer einer oder eines Beaufsichtigten ablehnen, auch wenn ihr gegenüber kein Berufsverbot ausgesprochen worden ist oder die Frist des Berufsverbotes abgelaufen ist. Sie kann ausserdem auf den Erlass eines Berufs-verbots verzichten, wenn die Person nie mehr im Finanzsektor tätig sein wird.

Das Berufsverbot ist weiter vom Tätigkeitsverbot nach Artikel 35a BEHG (bisher: Art. 35 Abs. 3 Bst. b BEHG) abzugrenzen. Diese bewährte Verwaltungssanktion bleibt neben dem Berufsverbot bestehen, weil im Bereich des Effektenhandels ein erhöhtes Missbrauchspotenzial bei Händlern besteht, welche keine leitende Stellung innehaben. Im Unterschied zum Berufsverbot nach FINMAG kann das Tätigkeits-verbot nach BEHG damit nicht nur gegen Mitglieder der leitenden Organe einer Effektenhändlerin oder eines Effektenhändlers verhängt werden, sondern gegen alle verantwortlichen Personen, die in der Handelsabteilung einer Effektenhändlerin oder eines Effektenhändlers tätig sind. Schliesslich enthält auch das Versicherungsauf-sichtsgesetz eine ergänzende Bestimmung, welche weiterhin zur Anwendung gelan-gen soll: So kann die Aufsichtsbehörde zur «Wahrung der Interessen der Versiche-ten» Massnahmen wie die Abberufung der mit Oberleitung, Aufsicht, Kontrolle oder Geschäftsführung betrauten Personen verlangen (vgl. Art. 51 Abs. 1 Bst. f VAG).

Das verwaltungsrechtliche Berufsverbot nach FINMAG unterscheidet sich ferner vom neuen strafrechtlichen Berufsverbot nach Artikel 67 des geänderten Straf-gesetzbuchs vom 13. Dezember 2002 (noch nicht in Kraft; Referendumsvorlage, BBl 2002 8240): Ein solches darf das Gericht nur aussprechen, wenn im Rahmen einer beruflichen Tätigkeit ein Verbrechen oder Vergehen begangen wurde, die Täterschaft zu einer Freiheitsstrafe von über sechs Monaten oder Geldstrafe von über 180 Tagessätzen verurteilt wurde und die Gefahr weiteren Missbrauchs besteht. Mit dem Berufsverbot nach Artikel 33 wird eine schwere Verletzung aufsichtsrecht-licher Bestimmungen geahndet und nicht die Begehung einer beliebigen Straftat in Ausübung eines Berufes. Diese im Ergebnis strengere Behandlung ist gerechtfertigt, da bei der Finanzmarktaufsicht Schutzgüter wie die Funktionsfähigkeit der Finanz-märkte, den Schutz der Gläubigerinnen und Gläubiger, der Anlegerinnen und Anle-ger und der Versicherten im Vordergrund stehen. Deshalb müssen der Aufsichts-behörde gegenüber verantwortlichen Personen in leitender Stellung präventive und repressive Massnahmen wie das Berufsverbot zur Verfügung stehen. Es kann zudem vorkommen, dass schwere Verletzungen aufsichtsrechtlicher Bestimmungen, welche Anlegerinnen und Anleger in grossem Ausmass schädigen, nicht zu einer Verurteil-ung im Strafprozess führen.

*Art. 34*            Veröffentlichung der aufsichtsrechtlichen Verfügung

Die FINMA kann bei schwerer Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen ihre Endverfügung nach Eintritt der Rechtskraft in gedruckter oder elektronischer Form unter Angabe von Personendaten veröffentlichen. Die Endverfügung regelt ein Rechtsverhältnis auf instanzabschliessende Weise. Bei einer zu veröffentlichenden Verfügung kann es sich beispielsweise um eine Feststellungsverfügung nach Artikel 32 oder einen Entzug der Bewilligung, der Anerkennung, der Zulassung oder der Registrierung nach Artikel 37 handeln.

Die Veröffentlichung ist in der Verfügung selbst anzuordnen und wird dadurch mit Beschwerde anfechtbar. Die FINMA hat im Übrigen darauf zu achten, dass in einer solchen Verfügung keine Daten von Drittpersonen publiziert werden.

*Art. 35*            Einziehung

*Abs. 1*

Die FINMA kann einen Gewinn einziehen, den eine Beaufichtigte oder ein Beaufchtigter oder eine verantwortliche Person in leitender Stellung durch schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen erzielt hat. Bei einer verantwortlichen Person in leitender Stellung könnte beispielsweise ein solcher Gewinn anfallen, wenn sie sich im Rahmen einer Emission unzulässigerweise Wertschriften zuteilt.

Die FINMA achtet darauf, dass die Einziehung nicht zu einer unverhältnismässigen Härte führt: Dies könnte dann der Fall sein, wenn einer oder einem Beaufchtigten durch die Einziehung der Konkurs drohen würde. Im Gegensatz zur Einziehung im Strafgesetzbuch kann die FINMA zudem nur bei den Beaufchtigten oder verantwortlichen Personen in leitender Stellung, nicht aber bei Dritten die erzielten Gewinne einziehen. Der Einziehung kommt damit in erster Linie ein ausgleichender, nicht aber ein pönaler Charakter zu<sup>78</sup>.

*Abs. 2*

Haben die oder der Beaufichtigte oder die verantwortliche Person in leitender Stellung durch eine schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen einen Verlust (z.B. durch Aufwand- oder Passivenverminderung) vermieden, so ist die FINMA ebenfalls befugt, den entsprechenden Betrag einzuziehen.

*Abs. 3*

Die Einziehung soll nicht an der fehlenden Errechenbarkeit des Einziehungsbetrags scheitern. Deshalb kann die FINMA den Umfang der einzuziehenden Vermögenswerte schätzen, wenn dieser nicht oder nur mit unverhältnismässigem Aufwand zu ermitteln wäre.

*Abs. 4*

Das Recht zur Einziehung verjährt sieben Jahre nach Verletzung der aufsichtsrechtlichen Bestimmungen.

<sup>78</sup> BGE 126 IV 265.

## *Abs. 6*

Bestehen zwischen der oder dem Beaufsichtigten oder der verantwortlichen Person in leitender Stellung und den Geschädigten unbestrittene (z.B. durch Vergleich) oder gerichtlich festgestellte Schadenersatzansprüche, die auf schwere Verletzungen aufsichtsrechtlicher Bestimmungen zurückzuführen sind, so kann die FINMA den Geschädigten auf deren Verlangen einen Betrag bis zur Höhe der eingezogenen Vermögenswerte entrichten.

Wird niemand durch die Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen geschädigt oder werden keine Schadenersatzansprüche geltend gemacht, gehen die eingezogenen Vermögenswerte an den Bund. Sind die Schadenersatzansprüche tiefer als die eingezogenen Vermögenswerte, so geht der Restbetrag ebenfalls an den Bund.

## *Art. 36*                    Untersuchungsbeauftragte oder Untersuchungsbeauftragter

Artikel 36 entspricht dem im Oktober 2003 von den eidgenössischen Räten verabschiedeten Artikel 23<sup>quater</sup> BankG, der auch auf Effektenhändlerinnen und -händler Anwendung findet (Art. 36a BEHG). Artikel 36 ersetzt diese Bestimmungen. Die Untersuchungsbeauftragten könnten im Übrigen auch für ausserordentliche Prüfungen (bisher: Art. 23<sup>bis</sup> Abs. 2 BankG) eingesetzt werden.

## *Art. 37*                    Entzug der Bewilligung, der Anerkennung, der Zulassung oder der Registrierung

### *Abs. 1*

Die Verwaltungssanktion des Entzugs der Bewilligung, der Anerkennung, der Zulassung oder der Registrierung wird mit dieser Bestimmung harmonisiert<sup>79</sup>. Die FINMA entzieht einer oder einem Beaufsichtigten die Bewilligung, die Anerkennung, die Zulassung oder die Registrierung, wenn sie oder er die Voraussetzungen für die Tätigkeit nicht mehr erfüllt oder aufsichtsrechtliche Bestimmungen schwer verletzt. Sie hat aber im Einzelfall gestützt auf das Verhältnismässigkeitsprinzip zu prüfen, ob keine mildere Massnahme getroffen werden kann.

### *Abs. 2*

Nach dem Entzug darf die bewilligungs-, anerkennungs-, zulassungs- oder registrierungspflichtige Tätigkeit nicht mehr ausgeübt werden. Die übrigen Folgen des Entzugs richten sich nach den anwendbaren Finanzmarktgesetzen. So führt der Entzug einer Bankbewilligung zu deren Liquidation<sup>80</sup>. Ein Versicherungsunternehmen darf nach dem Bewilligungsentzug keine neuen Versicherungsverträge mehr abschliessen<sup>81</sup>. Die Prüfgesellschaft darf keine Prüfungen nach den Finanzmarktgesetzen mehr durchführen. In letzterem Fall wird es Aufgabe der Revisionsaufsichtsbehörde sein, zu entscheiden, ob der Entzug der Zulassung durch die FINMA auch Auswirkungen auf die Tätigkeit der Prüfgesellschaft im Rahmen der ordentlichen Revision nach Obligationenrecht hat.

<sup>79</sup> Art. 57 AFG, Art. 23<sup>quinquies</sup> Abs. 1 BankG, Art. 36 Abs. 1 BEHG, Art. 20 Abs. 1 Bst. b und 28 Abs. 1 GwG, Art. 61 Abs. 1 Bst. a VAG.

<sup>80</sup> Art. 23<sup>quinquies</sup> BankG.

<sup>81</sup> Art. 61 Abs. 3 VAG.



### *Abs. 3*

Absatz 3 gibt die bisher vom Bundesgericht entwickelte Praxis der EBK zur Liquidation illegaler Banken und Effektenhändlerinnen und -händler wieder<sup>82</sup>, welche auch im Bereich des Geldwäschereigesetzes übernommen wurde<sup>83</sup>. Die Folgen eines Entzugs gelten analog, wenn eine Beaufsichtigte oder ein Beaufsichtigter tätig ist, ohne über eine Bewilligung, eine Anerkennung, eine Zulassung oder eine Registrierung zu verfügen.

## **2.3.3**

### **3. Abschnitt:**

### **Zusammenarbeit mit inländischen Behörden**

#### *Art. 38*            Straßbehörden

##### *Abs. 1*

Die FINMA und die Strafverfolgungsbehörden des Bundes und der Kantone leisten einander Rechts- und Amtshilfe. Die Pflicht zur Amts- und Rechtshilfe richtet sich nach den auf die Behörden jeweils anwendbaren Gesetze, das heisst für die Strafverfolgungsbehörden nach den auf sie anwendbaren Strafprozessordnungen und für die FINMA nach dem FINMAG.

##### *Abs. 2*

Die FINMA und die Strafverfolgungsbehörden des Bundes und der Kantone werden angehalten, ihre Verfahren, soweit möglich und erforderlich, zu koordinieren. Wenn Gefahr besteht, dass Interessen von Gläubigerinnen und Gläubiger, Anlegerinnen und Anleger oder Versicherten gefährdet sind, wird eine Zusammenarbeit kaum zustande kommen. Umgekehrt können die Interessen der Strafverfolgung einer Koordination entgegenstehen, wenn die Strafbehörden überraschend eingreifen müssen, um Beweismittel zu sichern.

##### *Abs. 3*

Nach dem Vorbild bereits bestehender Regelungen in den Finanzmarktgesetzen<sup>84</sup> soll die FINMA verpflichtet werden, die zuständigen Strafverfolgungsbehörden zu benachrichtigen, wenn sie bei ihrer Aufsichtstätigkeit von gemeinrechtlichen Verbrechen und Vergehen sowie Widerhandlungen gegen das FINMAG und die Finanzmarktgesetze Kenntnis erhält. Letztere bilden Gegenstand ihrer unmittelbaren Aufsichtstätigkeit. Weitere Anzeigepflichten bestehen nicht. Ferner ist die FINMA nicht verpflichtet, nach dem Vorliegen gemeinrechtlicher Delikte zu fahnden.

#### *Art. 39*            Andere inländische Behörden

Die Zusammenarbeit mit anderen inländischen Behörden richtet sich für die FINMA unter Vorbehalt der Artikel 40 und 41 nach den Finanzmarktgesetzen und für die anderen inländischen Behörden nach den für sie geltenden Gesetzen. So regeln das Bankengesetz und das Versicherungsaufsichtsgesetz die Zusammenarbeit mit ande-

<sup>82</sup> Vgl. EBK-Bulletin 46, S. 61 ff.

<sup>83</sup> BGE 129 II 438, Erw. 4.1.2.

<sup>84</sup> Art. 39 Abs. 3 PfG, Art. 58 Abs. 5 AFG, Art. 23<sup>ter</sup> Abs. 4 BankG, Art. 35 Abs. 6 BEHG.

ren Schweizer Finanzmarktaufsichtsbehörden wie beispielsweise der SNB (Art. 23<sup>bis</sup> Abs. 3 und 4 BankG, Art. 80 VAG).

#### *Art. 40*      Verweigerungsgründe

Die FINMA kann die Bekanntgabe von nicht öffentlich zugänglichen Informationen sowie die Herausgabe von Akten verweigern, wenn diese ausschliesslich der internen Meinungsbildung dienen oder wenn deren Bekanntgabe ein laufendes Verfahren gefährden oder die Aufsichtstätigkeit der FINMA beeinträchtigen würde (vgl. Ziff. 1.2.11).

Durch ihre Aufsichtstätigkeit gelangt die FINMA in den Besitz umfangreicher und sensibler Informationen über Beaufsichtigte und ihre Kundinnen und Kunden. Einerseits müssen diese Informationen geschützt werden, da sonst die Aufsichtstätigkeit der FINMA beeinträchtigt würde. Andererseits sind die legitimen Informationsinteressen der Strafverfolgungsbehörden und der anderen inländischen Behörden zu wahren. Diese Interessen hat die FINMA gegeneinander abzuwägen.

#### *Art. 41*      Streitigkeiten

Für den Fall, dass sich die heutigen Finanzmarktaufsichtsbehörden und eine um Informationen ersuchende Behörde nicht einigen können, gibt es im geltenden Recht kein einheitliches Verfahren. Bei Ersuchen kantonaler Strafverfolgungsbehörden entscheidet das Bundesstrafgericht<sup>85</sup> und bei Ersuchen der Bundesanwaltschaft der Bundesrat<sup>86</sup>. Das Verfahren bei Meinungsverschiedenheiten zwischen den Finanzmarktaufsichtsbehörden und anderen Bundes- oder Kantonsbehörden ist überhaupt nicht geregelt.

Diese Rechtslage ist unbefriedigend und muss für die Zusammenarbeit der FINMA mit den Strafverfolgungsbehörden oder anderen inländischen Behörden geklärt werden. Vorgesehen ist ein einfaches und formloses Verfahren, das der geltenden Regelung bei Anständen mit den Strafverfolgungsbehörden entspricht.

Neu ist das Bundesverwaltungsgericht zuständig, über Meinungsverschiedenheiten in der Zusammenarbeit zwischen der FINMA einerseits und Strafverfolgungsbehörden oder anderen inländischen Behörden andererseits endgültig zu entscheiden. Da es sich schon als ordentliche Beschwerdeinstanz<sup>87</sup> mit Fragen der Finanzmarktaufsicht befasst, kann es auch beurteilen, ob die Interessen der Finanzmarktaufsicht den Interessen der ersuchenden Behörde vorgehen. Entscheide, Informationen weiterzuleiten, stellen im Übrigen keine anfechtbaren Verfügungen dar.

<sup>85</sup> Art. 357 StGB, BGE **123** II 371.

<sup>86</sup> Art. 27 Abs. 5 Bundesgesetz vom 15. Juni 1934 über die Bundesstrafrechtspflege (BSStP; SR **312.0**).

<sup>87</sup> Art. 31 VGG.

#### 2.3.4

### 4. Abschnitt: Zusammenarbeit mit ausländischen Finanzmarktaufsichtsbehörden

#### *Art. 42*      Amtshilfe

Artikel 42 folgt in der Formulierung dem neusten Finanzmarktgesetz, dem Versicherungsaufsichtsgesetz<sup>88</sup>. Die Bestimmung ist einzig redaktionell verbessert worden, erfährt aber darüber hinaus keine materielle Änderung im Vergleich zu den Amtshilfeb Bestimmungen in den geltenden Finanzmarktgesetzen (vgl. Ziff. 1.2.12).

#### *Art. 43*      Grenzüberschreitende Prüfungen

Auch die Bestimmung zu den grenzüberschreitenden Prüfungen ist nur redaktionell vereinfacht worden. Sie ist aufgrund der Verweisung auf die Voraussetzungen von Artikel 42 kürzer, inhaltlich ist sie aber gleich geblieben. Weiter finden sich zwei ergänzende Bestimmungen im Bankengesetz und im Börsengesetz, welche einen Vorbehalt zugunsten von Vermögensverwaltungskundinnen und -kunden enthalten (Art. 23<sup>septies</sup> E-BankG und Art. 38a E-BEHG).

## 2.4

### 4. Kapitel: Strafbestimmungen

#### *Art. 44*      Tätigkeit ohne Bewilligung, Anerkennung, Zulassung oder Registrierung

Artikel 44 harmonisiert die verschiedenen Straftatbestände bezüglich der Widerhandlung gegen die in den Finanzmarktgesetzen vorgesehene Pflicht zur Registrierung oder zur Einholung einer Bewilligung, Anerkennung oder Zulassung und schafft eine Generalklausel. Der Begriff «Finanzmarktgesetze» wird in Artikel 1 FINMAG definiert.

Die Ausübung einer Tätigkeit ohne Bewilligung, Anerkennung, Zulassung oder Registrierung wurde bislang in sämtlichen Finanzmarktgesetzen – allerdings in unterschiedlicher Weise – unter Strafe gestellt. Obwohl die verschiedenen Straftatbestände vergleichbar sind, sind sie in manchen Finanzmarktgesetzen als Vergehen und in anderen als Übertretung ausgestaltet. Auch die Höhe der Bussen unterscheidet sich erheblich. Die Abweichungen lassen sich auf die unterschiedlichen Entstehungszeitpunkte der Finanzmarktgesetze zurückführen.

Artikel 69 Absatz 1 Buchstabe a AFG, Artikel 46 Absatz 1 Buchstaben a und b BankG und Artikel 87 Absatz 1 Buchstabe a VAG beispielsweise qualifizieren eine Tätigkeit ohne Bewilligung als Vergehen, wenn sie vorsätzlich, und als Übertretung, wenn sie fahrlässig begangen wird. Artikel 36 GwG stuft eine Tätigkeit ohne Bewilligung hingegen nur als Übertretung ein, und zwar sowohl für die vorsätzliche als auch für die fahrlässige Begehungsweise. Artikel 40 BEHG spricht ebenfalls von einer Übertretung, stellt diese jedoch nur bei vorsätzlicher Begehungsweise unter Strafe. Da es sich in allen Finanzmarktgesetzen um Straftatbestände handelt, die den Schutz derselben oder sehr ähnlicher Rechtsgüter bezwecken, rechtfertigt es sich, sie

<sup>88</sup> Art. 81 VAG.

soweit möglich zu harmonisieren und das Strafmass zu vereinheitlichen. Deshalb soll die vorsätzlich begangene Tätigkeit ohne Bewilligung, Anerkennung, Zulassung oder Registrierung künftig als Vergehen mit Gefängnis oder Busse bis zu 1 000 000 Franken bestraft werden. Die fahrlässige Begehungsweise soll als Übertretung mit einer Busse bis zu 250 000 Franken sanktioniert werden.

### *Abs. 3*

Mit dieser Vorlage werden für den Wiederholungsfall Mindestbussen eingeführt. Bei wiederholten Verstössen gegen das Finanzmarktrecht erscheint eine schärfere Sanktionierung angemessen; dies umso mehr, als dann in aller Regel von Vorsatz oder zumindest von Eventualvorsatz ausgegangen werden muss. Zudem können Wiederholungstäterinnen und -täter den Gläubigerinnen und Gläubigern und dem Ruf des Finanzplatzes Schweiz grossen Schaden zufügen. Die Einführung einer Mindestbusse für den Wiederholungsfall schafft darüber hinaus die Möglichkeit, sämtliche Verurteilungen wegen Widerhandlungen gegen das Finanzmarktaufsichtsrecht ins Strafregister einzutragen (Art. 9 Bst. c der Verordnung vom 1. Dezember 1999 über das automatisierte Strafregister; SR 331). Damit ist sichergestellt, dass Verstösse gegen das Finanzmarktrecht nicht unerkant bleiben. Ferner sieht bereits das geltende Geldwäschereigesetz eine Mindestbusse im Wiederholungsfall vor. Da der Wiederholungsfall schärfer sanktioniert wird, ist er an strenge Voraussetzungen geknüpft. Einerseits ist er zeitlich auf eine Frist von fünf Jahren seit der ersten rechtskräftigen Verurteilung beschränkt. Andererseits liegt er nur dann vor, wenn der Wiederholungstäter oder die -täterin innerhalb dieser Frist erneut gegen dieselbe Rechtsnorm verstösst, also beispielsweise von neuem eine Tätigkeit als Bank ausübt, ohne über eine Bankbewilligung im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 BankG zu verfügen.

Die neuen Bestimmungen des allgemeinen Teils des Schweizerischen Strafgesetzbuchs vom 21. Dezember 1937<sup>89</sup> werden bei ihrem Inkrafttreten Auswirkungen auf die Strafbestimmungen dieser Vorlage haben. Die Revision sieht vor, dass Vergehen mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe geahndet werden sollen<sup>90</sup>. Als Neuerung soll im Bereich der leichteren Kriminalität die kurze Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten zugunsten der Geldstrafe, die unbedingt oder (teil-)bedingt ausgesprochen werden kann, zurückgedrängt werden. Die Geldstrafe soll im so genannten Tagessatzsystem bemessen werden und maximal 360 Tagessätze umfassen, wobei ein Tagessatz höchstens 3 000 Franken betragen soll<sup>91</sup>. Übertretungen sollen ausschliesslich mit Busse, die nach dem so genannten Pauschalsystem bemessen wird, geahndet werden; eine Haftstrafe ist nicht mehr vorgesehen.

Die Strafbestimmungen der Finanzmarktgesetze werden an die vorgesehenen neuen Bestimmungen angepasst werden müssen. Bei den Vergehen wird die Strafandrohung Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe lauten. Im Fall der Wiederholungsstrafe wird anstelle der Mindestbusse eine Mindestgeldstrafe in Form einer Mindestanzahl von Tagessätzen angedroht. Bei den Übertretungen wird sich kein Anpassungsbedarf ergeben.

<sup>89</sup> Botschaft vom 29. Juni 2005 zur Änderung des Strafgesetzbuches in der Fassung vom 13. Dezember 2002 und des Militärstrafgesetzes in der Fassung vom 21. März 2003, BBl **2005** 4689.

<sup>90</sup> Art. 10 Abs. 2 E-StGB.

<sup>91</sup> Art. 34 E-StGB.

#### *Art. 45* Erteilen falscher Auskünfte

Der Straftatbestand des Erteilens falscher Auskünfte wurde mit einigen terminologischen Anpassungen aus Artikel 69 Absatz 1 Buchstabe d AFG, Artikel 46 Absatz 1 Buchstabe i BankG und Artikel 87 Absatz 1 Buchstaben d, e und i VAG übernommen und stellt neu einen harmonisierten Tatbestand dar. Geahndet wird das Erteilen falscher Auskünfte an die FINMA, an eine Prüfgesellschaft, an eine Beauftragte oder einen Beauftragten (vgl. Kommentar zu Art. 19 Abs. 1) sowie neu auch an eine Selbstregulierungsorganisation. Die vorsätzlich verübte Straftat wird als Vergehen ausgestaltet. Sofern die Tat fahrlässig begangen wird, stellt sie eine Übertretung dar.

#### *Art. 46* Pflichtverletzung der Prüfgesellschaften oder der Beauftragten

Nur das Anlagefondsgesetz (Art. 69 Abs. 1 Bst. f), das Bankengesetz (Art. 46 Abs. 1 Bst. k) und das Versicherungsaufsichtsgesetz (Art. 87 Abs. 1 Bst. l) sanktionieren die vorsätzliche Verletzung aufsichtsrechtlicher Pflichten durch Prüfgesellschaften. Das Börsengesetz sieht keine solche Sanktion vor, obwohl die Beaufsichtigten sich einer Prüfung durch eine anerkannte Prüfgesellschaft zu unterziehen haben. Diese Strafbarkeitslücke wird im Rahmen der Harmonisierung der Strafbestimmungen geschlossen. Da der Straftatbestand für alle Prüfgesellschaften gilt, wird er neu im FINMAG verankert.

Der Kreis der möglichen Täterschaft beschränkt sich nicht auf die Prüferinnen oder Prüfer in leitender Stellung, sondern umfasst wie bisher jede Person, die als Prüferin oder Prüfer, Beauftragte oder Beauftragter tätig ist.

Artikel 46 soll die ordnungsgemässe Durchführung der Prüfung sicherstellen und steht daher in engem Zusammenhang mit den diesbezüglichen Artikeln im FINMAG sowie in den Finanzmarktgesetzen.

Geahndet wird nur die grobe Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen, so dass ein leichtes Verschulden oder eine geringfügige Pflichtverletzung den Straftatbestand nicht erfüllen. Artikel 46 übernimmt im Wesentlichen das bestehende Recht, indem die schweren Pflichtverletzungen einzeln aufgezählt werden.

#### *Art. 47* Prüfung der Jahresrechnung

Das Anlagefondsgesetz, das Bankengesetz, das Börsengesetz und das Versicherungsaufsichtsgesetz schreiben den Beaufsichtigten vor, ihre Jahresrechnung prüfen zu lassen. Der Straftatbestand von Artikel 47 sanktioniert den Fall, dass die Beaufsichtigten es unterlassen, eine solche Prüfung durch eine zugelassene Prüfgesellschaft vornehmen zu lassen. Bisher sah nur das Bankengesetz eine solche Strafbarkeit vor. Diese Lücke wird im Sinne der Harmonisierung der Strafbestimmungen geschlossen. Ferner sanktioniert Artikel 47 den Fall, dass die Beaufsichtigten eine von der FINMA angeordnete Prüfung nicht vornehmen lassen oder die ihnen gegenüber der Prüfgesellschaft oder der oder dem Beauftragten gesetzlich obliegenden Pflichten nicht erfüllen. Der Straftatbestand ist bei vorsätzlicher Begehungsweise als Vergehen und bei fahrlässiger Begehungsweise als Übertretung ausgestaltet.

#### *Art. 48*

#### Missachtung von Verfügungen der FINMA

Artikel 70 Absatz 1 Buchstabe c AFG, Artikel 50 BankG, Artikel 38 GwG und Artikel 86 Absatz 1 Buchstabe h VAG stellen das Missachten einer Verfügung der Aufsichtsbehörde unter Strafe, sofern diese unter Hinweis auf die Strafdrohung erfolgt. Die Strafdrohung bezweckt, die von der Aufsichtsbehörde verfügte Anordnung durchzusetzen. Das Missachten der Verfügung wird in den Finanzmarktgesetzen als Übertretung qualifiziert, ausser im Bankengesetz, das diese Strafbestimmung als Vergehen einstuft. Das Börsengesetz hingegen sieht keine solche Strafbestimmung vor. Das FINMAG schliesst künftig diese Lücke. Die Strafbestimmung wird als Übertretung eingestuft, welche mit Busse bis zu 100 000 Franken bestraft wird.

Da die Verfügung den Beaufsichtigten unter Hinweis auf die Strafdrohung eröffnet werden muss, kann die Straftat nicht fahrlässig verübt werden. Infolgedessen wird nur die vorsätzliche Begehungsweise bestraft.

#### *Art. 49*

#### Widerhandlungen in Geschäftsbetrieben

Im Finanzmarktrecht wird neu eine von Artikel 7 des Bundesgesetzes vom 22. März 1974 über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR; SR 313.0) abweichende höhere Strafdrohung mit einer maximalen Busse bis zu 50 000 Franken vorgesehen. Gemäss Artikel 7 VStrR (Widerhandlungen in Geschäftsbetrieben) kann ein Unternehmen bestraft werden, wenn eine Busse von höchstens 5000 Franken in Betracht fällt und die Ermittlung der strafbaren Personen (Art. 6 VStrR) Untersuchungsmassnahmen bedingen würde, welche im Hinblick auf die verwirkte Strafe unverhältnismässig wären. Mit dieser Bestimmung wird der Strafbehörde bei geringfügigeren Widerhandlungen ermöglicht, auf zeitraubende und aufwändige Nachforschungen nach der oder dem verantwortlichen Angestellten oder dem verantwortlichen Organ im betroffenen Unternehmen zu verzichten. Dadurch wird das Unternehmen entlastet und sein Geschäftsbetrieb nicht wegen geringfügigeren Widerhandlungen in unverhältnismässigem Mass gestört. Da die Strafrahmen im Bereich der Finanzmarktaufsicht generell angehoben werden, drängt es sich auf, auch das Strafmass bei Widerhandlungen in Geschäftsbetrieben gemäss Artikel 7 VStrR zu erhöhen. Damit bleibt das aktuelle Verhältnis der Strafdrohungen bei natürlichen Personen und Widerhandlungen in Geschäftsbetrieben gewahrt.

Die Strafbehörde muss Untersuchungshandlungen vornehmen, um die strafbaren Personen oder Organe zu ermitteln. Nur wenn diese ohne zeitraubende und aufwändige Untersuchungen, welche im Hinblick auf die Widerhandlung unverhältnismässig wären, nicht ausfindig zu machen sind, kann von einer Strafverfolgung gegen sie abgesehen und an ihrer Stelle der Geschäftsbetrieb zur Bezahlung der Busse verurteilt werden.

Diese Bestimmung ist nicht mit der Verantwortlichkeit des Unternehmens nach Artikel 100<sup>quater</sup> StGB zu verwechseln. Artikel 49 bezweckt nicht die Bestrafung des Unternehmens wegen mangelhafter Organisation, sondern will den Grundsatz der Verfahrensökonomie gewährleisten. Zudem ist Artikel 49 auch auf Übertretungen anwendbar, während Artikel 100<sup>quater</sup> StGB nur für Vergehen und Verbrechen zur Anwendung gelangt.

## *Art. 50*            Zuständigkeit

### *Abs. 1*

Artikel 50 sieht eine einheitliche Regelung der sachlichen Zuständigkeit für die Verfolgung und Beurteilung von Verstössen gegen Strafbestimmungen des Finanzmarktrechts vor und ersetzt die bisher in den Finanzmarktgesetzen verankerten Kompetenzregeln<sup>92</sup>. Zuständig für die Verfolgung und die Beurteilung von strafbaren Handlungen nach dem Finanzmarktrecht ist wie bis anhin das EFD. Der Strafrechtsdienst des EFD untersucht den Sachverhalt. Das Verfahren richtet sich nach den Bestimmungen des Bundesgesetzes über das Verwaltungsstrafrecht. Ist der Straftatbestand erfüllt, spricht das EFD mittels Strafbescheid eine Busse aus (Art. 64 VStrR). Gegen den Strafbescheid kann innert 30 Tagen Einspruch erhoben werden. Dies führt dazu, dass dieser überprüft und gegebenenfalls mittels Strafverfügung bestätigt wird (Art. 70 VStrR). Im Sinne der Harmonisierung gilt diese Regelung der Zuständigkeit neu auch für den Versicherungsbereich. Eine Ausnahme gilt für Verletzungen des Kundengeheimnisses gemäss Bankengesetz, Börsengesetz oder des künftigen Kollektivanlagengesetzes. Hier obliegen Verfolgung und Beurteilung wie bisher den Kantonen.

### *Abs. 2*

Hat der Strafrechtsdienst des EFD den Strafbescheid mittels Strafverfügung bestätigt, so kann die betroffene Person innert 10 Tagen eine gerichtliche Beurteilung durch ein Strafgericht verlangen (Art. 72 und 73 VStrR). Zuständig ist nach geltendem Recht ein kantonales Gericht, das nach der Durchführung eines gerichtlichen Verfahrens zu entscheiden hat (Art. 73–79 VStrR). Gegen ein erstinstanzliches Urteil sind die kantonalen Rechtsmittel zulässig (Art. 80 VStrR). Schliesslich steht auch noch die Nichtigkeitsbeschwerde an das Bundesgericht offen (Art. 83 VStrR). Um diesen langen Instanzenzug zu verkürzen, ist für die Beurteilung der Straftatbestände des Finanzmarktrechts neu das Bundesstrafgericht zuständig, wenn die betroffene Person nach einer Strafverfügung des EFD die gerichtliche Beurteilung verlangt oder wenn das EFD dem Bundesstrafgericht die Ausfällung einer Gefängnisstrafe beantragt. Gegen das Urteil des Bundesstrafgerichts steht wie bis anhin die Nichtigkeitsbeschwerde an das Bundesgericht offen (Art. 83 VStrR). Da sich gesamtschweizerisch nur noch das Bundesstrafgericht als erste gerichtliche Instanz mit den Strafbestimmungen des Finanzmarktrechts befassen wird, führt dies zu einer Harmonisierung der Rechtsprechung und ermöglicht den Aufbau entsprechender gerichtlicher Fachkompetenz.

## *Art. 51*            Vereinigung der Strafverfolgung

Diese Kann-Vorschrift übernimmt sinngemäss die Bestimmung von Artikel 18 des Bundesgesetzes vom 15. Juni 1934 über die Bundesstrafrechtspflege (BStP; SR 312.0). Sie ermöglicht die Vereinigung einer vom EFD geführten Strafuntersuchung mit einer in derselben Angelegenheit von einer kantonalen oder bundesrechtlichen Strafverfolgungsbehörde geführten Strafuntersuchung. Damit soll vermieden werden, dass – bedingt durch unterschiedliche Zuständigkeiten – zwei verschiedene

<sup>92</sup> Art. 71 Abs. 1 AFG, Art. 51<sup>bis</sup> Abs. 2 BankG, Art. 44 Abs. 2 BEHG, Art. 39 Abs. 1 GwG, Art. 87 Abs. 5 VAG.

Behörden denselben Sachverhalt untersuchen müssen. Solche unterschiedlichen strafrechtlichen Zuständigkeiten kommen im Finanzmarktrecht häufig vor, wie beispielsweise bei Widerhandlungen gegen das Bankengesetz, wo vielfach zugleich der Straftatbestand des Anlagebetrugs gegeben ist. Die Erfahrung zeigt, dass die kantonalen Strafverfolgungsbehörden die Delegation der Strafverfolgung manchmal ohne triftigen Grund ablehnen, obwohl sie zweckmässig wäre. Es erscheint demnach angemessen, auf die Bestimmung von Artikel 20 Absatz 3 VStrR zu verzichten, wonach die kantonalen oder eidgenössischen Strafverfolgungsbehörden vorgängig ihre Zustimmung zur Vereinigung der Strafverfolgung erteilen müssen. Eine Vereinigung soll jedoch nur möglich sein, wenn das laufende Verfahren nicht in unvertretbarem Masse verzögert wird. Über allfällige Anstände zwischen den Behörden des Bundes und der Kantone soll die Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts entscheiden.

#### *Art. 52*      Verjährung

Die Frist der Verfolgungsverjährung einer Übertretung soll künftig im FINMAG geregelt werden. Sie wird für alle im Finanzmarktrecht geahndeten Übertretungen auf sieben Jahre festgelegt, was zu einer einheitlichen Verjährungsfrist für Übertretungen und Vergehen führt.

Da bisher die Verfolgungsverjährung einer Übertretung sehr unterschiedlich geregelt war, drängte sich eine Harmonisierung auf. Die Bestimmungen über die Verjährung in Artikel 71 Absatz 2 AFG, Artikel 51 Absatz 3 BankG und Artikel 39 Absatz 2 GwG werden aufgehoben und durch diesen Artikel ersetzt. Die generelle Anpassung an die Verjährungsfrist für Vergehen ist gerechtfertigt, da das EFD in der Regel erst nach dem Abschluss des Verwaltungsverfahrens der Aufsichtsbehörde mit der Strafverfolgung betraut wird und diese häufig aufwändig und zeitraubend ist. Eine kürzere Frist könnte zur Folge haben, dass Übertretungen straffrei blieben, weil sie während der Strafverfolgung verjähren.

Die Harmonisierung umfasst auch die Strafbestimmungen der Verletzung des Berufsgeheimnisses (Art. 47 BankG und Art. 43 BEHG), deren Verfolgung und Beurteilung den Kantonen obliegt.

Von Artikel 52 unberührt bleibt die Frist der Vollstreckungsverjährung einer Übertretung. Diese ist in Artikel 11 Absatz 4 VStrR geregelt und beträgt nach wie vor fünf Jahre.

## **2.5                      5. Kapitel: Verfahren und Rechtsschutz**

#### *Art. 54*      Rechtsschutz

Mit der Neuordnung der Bundesrechtspflege stehen für die Anfechtung der Verfügungen der FINMA zwei Instanzen, Bundesverwaltungsgericht und Bundesgericht, zur Verfügung.

Die erste Rechtsmittelinstanz, das Bundesverwaltungsgericht, wird insbesondere auch die Angemessenheit der Entscheide überprüfen<sup>93</sup>. Hat das Bundesverwaltungs-

<sup>93</sup> Art. 49 VwVG.



gericht entschieden, so kann schliesslich beim Bundesgericht mit einer Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nur noch die Prüfung der Rechtmässigkeit der Verfügung verlangt werden<sup>94</sup>.

## 2.6 6. Kapitel: Schlussbestimmungen

### 2.6.1 1. Abschnitt: Vollzug

## Art. 55 Ausführungsbestimmungen

*Abs. 2*

Sowohl dem Bundesrat als auch der FINMA kann in den Finanzmarktgesetzen der Erlass von Ausführungsbestimmungen delegiert werden. Absatz 2 verzichtet hingegen auf eine allgemeine Ermächtigung der FINMA zum Erlass von Ausführungsbestimmungen. Vielmehr wird der Bundesrat zur Subdelegation von gewissen Rechtsetzungsbefugnissen an die FINMA ermächtigt. Er wird dies im Rahmen der von ihm zu erlassenden Bundesratsverordnungen insbesondere dann tun, wenn es sich um technische Bestimmungen von untergeordneter Bedeutung handelt. Damit wird die Hierarchie der Ausführungsnormen gewährleistet, und es wird sichergestellt, dass die Regelungen der FINMA sich in die vom Bundesrat erlassenen Regelungen einfügen.

Art. 56      Vollzug

Artikel 56 ersetzt die Vollzugsbestimmungen in den Finanzmarktgesetzen<sup>95</sup>. Die FINMA trifft die zum Vollzug des FINMAG, der Finanzmarktgesetze sowie von deren Ausführungsbestimmungen notwendigen Massnahmen und Verfügungen.

### 2.6.2 3. Abschnitt: Übergangsbestimmungen

## Art. 58 Übergang von Rechten und Pflichten

Die FINMA erhält als Anstalt des öffentlichen Rechts eigene Rechtspersönlichkeit und kann sich damit künftig in eigenem Namen rechtsgeschäftlich verpflichten, klagen und verklagt werden. Der Bundesrat wird den Zeitpunkt der Inkraftsetzung des Gesetzes und der damit verbundenen Errichtung der FINMA sowie den Zeitpunkt der Übertragung der Aktiven und Passiven festlegen. Er hat das Übernahmeinventar sowie die Eröffnungsbilanz zu genehmigen. Dies geschieht mit Vorteil gleichzeitig. Der Übergang der Aktiven und Passiven erfolgt im Rahmen einer Universalsukzession. Das Bundesgesetz vom 3. Oktober 2003 über Fusion, Spaltung, Umwandlung und Vermögensübertragung (Fusionsgesetz, FusG; SR 221.301) ist nicht anwendbar. Die Erfahrungen aus anderen Projekten zeigen, dass in der Konkretisierungsphase der Errichtung von Unternehmen kurzfristig besonderer Regelungsbedarf entstehen kann. Aus diesem Grund wird dem Bundesrat die Kom-

94 Art. 82 ff. BGG.

<sup>95</sup> Art. 39 Abs. 1 PfG, Art. 56 AFG, Art. 23<sup>bis</sup> Abs. 1 BankG, Art. 35 Abs. 1 BEHG.

petenz eingeräumt, die für den Übergang notwendigen Vorkehren zu treffen und entsprechende Bestimmungen zu erlassen.

Die FINMA übernimmt überdies alle Verfahren der EBK, des BPV und der Kst GwG, die bei Inkrafttreten dieses Gesetzes hängig sind. Sie zeigt dies den zuständigen Gerichten und Parteien an.

#### *Art. 59*            Übergang der Arbeitsverhältnisse

##### *Abs. 1*

Bei der Überführung der EBK, des BPV und der Kst GwG in die FINMA gehen die Arbeitsverhältnisse von Gesetzes wegen vom bisherigen Arbeitgeber Bundesrat (Art. 3 Abs. 1 Bst. a BPG) an die neue Arbeitgeberin FINMA über. Weder muss das zuständige Arbeitgeberorgan der Bundesverwaltung den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern des BPV, der EBK und der Kst GwG kündigen noch muss die neue Trägerschaft FINMA sie neu anstellen. Die vom Übergang betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer haben nach Artikel 333 Absatz 2 OR die Möglichkeit, den Übergang ihres Arbeitsverhältnisses abzulehnen. Diesfalls endet das Arbeitsverhältnis auf Ablauf der gesetzlichen Kündigungsfrist, welche sich nach dem Bundespersonalgesetz richtet. Nach Errichtung der FINMA werden die daraus entstehenden Kosten bis zum Ablauf der entsprechenden Kündigungsfristen von der FINMA getragen (Art. 58 FINMAG).

##### *Abs. 2*

Die Arbeitsverhältnisse gehen vom öffentlichen Recht ins Privatrecht über. Die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer werden somit neue privatrechtliche Verträge mit neuen Anstellungsbedingungen erhalten, denen sie zustimmen müssen (Abs. 1). Wenn das Arbeitsverhältnis weitergeführt wird, besteht während der Dauer eines Jahres Anspruch auf den bisherigen Lohn.

Mit der Zusammenführung drei verschiedener Behörden wird es eine neue Organisationsstruktur geben. Das hat zur Folge, dass sich die einzelnen Arbeitsbereiche und Funktionen unter Umständen ändern. Die Betroffenen können daraus keine Ansprüche an den ehemaligen Arbeitgeber ableiten.

##### *Abs. 3*

Ob in Einzelfällen ein Bewerbungsverfahren durchgeführt wird, entscheidet der Verwaltungsrat beziehungsweise die Geschäftsleitung. Dies wird in der Regel bei Zusammenlegung von Funktionen oder bei Neuschaffung von Funktionen der Fall sein.

##### *Abs. 4*

Bei Umstrukturierungen gibt es immer Gewinnerinnen und Gewinner beziehungsweise Verliererinnen und Verlierer. Sollte es in gewissen Fällen nicht möglich sein, eine für beide Seiten befriedigende Lösung zu finden, wird die FINMA für diese Personen sozialverträgliche Lösungen suchen.

#### *Art. 60*            Zuständige Arbeitgeberin

Diese Norm stellt sowohl unter geltendem PKB-Gesetz als auch unter künftigem PUBLICA-Gesetz klar, dass die FINMA für alle bisherigen Alters-, Hinterlassenen-

und Invalidenrentenbezügerinnen und -bezüger der betroffenen Amtsstellen die zuständige Arbeitgeberin ist und die entsprechenden Arbeitgeberpflichten übernehmen muss.

Die FINMA wird als dezentrale Verwaltungseinheit der Bundesverwaltung im Sinne des Entwurfs von Artikel 32*b* Absatz 2 BPG<sup>96</sup> als ein eigener vorsorgerechtlicher Arbeitgeber gelten. Nach dem Entwurf von Artikel 32*d* BPG wird sie dabei über ein eigenes Vorsorgewerk und damit einen eigenen Anschlussvertrag verfügen.

Nach Artikel 32*f* Absatz 1 E-BPG ist bei einer rechtlichen Verselbstständigung von Verwaltungseinheiten (Statuswechsel) der neu entstehende Arbeitgeber auch für die bisherigen Rentenbezügerinnen und -bezüger der verselbstständigten Verwaltungseinheiten zuständig. Die den betroffenen Verwaltungseinheiten zurechenbaren Rentenbezügerinnen und -bezüger folgen somit dem aktiven Personal zum neuen Arbeitgeber beziehungsweise in dessen Vorsorgewerk. Gründe für die restriktiv zu handhabenden Ausnahmen nach Artikel 32*f* Absatz 2 oder 3 E-BPG sind in diesem Fall nicht gegeben.

Für den Fall, dass im massgeblichen Zeitpunkt die Rentnerkasse gemäss Artikel 23 PUBLICA-Gesetz bereits besteht, werden die Alters- und Hinterlassenenrentnerinnen und -rentner der betreffenden Ämter innerhalb dieses geschlossenen Rentenvorsorgewerks PUBLICA neu der Arbeitgeberin FINMA zugeordnet; die FINMA bezahlt die auf sie entfallenden Verwaltungskosten und finanziert eine allfällige ausserordentliche Teuerungsanpassung. Die übrigen bisherigen Rentenbezügerinnen und -bezüger (Invalidenrentnerinnen und -rentner sowie Neurentnerinnen und -rentner) folgen den aktiv Versicherten ins Vorsorgewerk der FINMA. Ohne eine solche Rentnerkasse werden sämtliche Rentenbezügerinnen und -bezüger (Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenrentnerinnen und -rentner) dem Vorsorgewerk der FINMA zugewiesen.

## **2.7                   Änderung bisherigen Rechts**

In zahlreichen Gesetzen sind nur formale Anpassungen nötig, indem die bisherigen Aufsichtsbehörden EBK, BPV und Kst GwG durch den Begriff «Eidgenössische Finanzmarktaufsicht» ersetzt werden.

### **2.7.1               Öffentlichkeitsgesetz vom 17. Dezember 2004**

#### *Art. 2 Abs. 2*

Das Bundesgesetz vom 17. Dezember 2004 über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ; SR 152.3) kehrt den Grundsatz der Geheimhaltung durch die Verwaltung um und gewährleistet jeder Person das Recht auf Zugang zu amtlichen Dokumenten, ohne dass ein besonderes Interesse nachgewiesen werden muss.

Das Öffentlichkeitsgesetz gilt nicht für die EBK (Art. 2 Abs. 2 BGÖ). Konsequenterweise ist auch die FINMA vom Geltungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes

<sup>96</sup> BBl 2005 5921

auszunehmen, da die FINMA weiterhin zu einem grossen Teil Daten bearbeitet, die den Geschäfts- oder Berufsgeheimnissen der Beaufsichtigten unterliegen.

### **2.7.2 Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren**

*Art. 14 Abs. 1 Bst. e und Abs. 2*

Die FINMA wird wie die drei bisherigen Aufsichtsbehörden Zeugen einvernehmen, wenn ein Sachverhalt nicht auf andere Weise hinreichend abgeklärt werden kann. Die Zeugeneinvernahme ist in Artikel 14 VwVG geregelt. Die darin enthaltene Liste der Behörden, welche Zeugeneinvernahmen anordnen können, ist deshalb mit der FINMA zu ergänzen.

### **2.7.3 Bundesgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005**

*Art. 83*

*Bst. u*

Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet im Übernahmewesen als dritte Instanz nach der UEK und der FINMA. Dem Bedürfnis nach einem raschen Verfahren entsprechend sollen seine Beschwerdeentscheide (analog zur Regelung bei der internationalen Amtshilfe) nicht an das Bundesgericht weiterziehbar sein.

*Bst. v*

Auch die Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts über Meinungsverschiedenheiten nach Artikel 36a VGG können nicht ans Bundesgericht weitergezogen werden (vgl. Kommentar zu Art. 41 FINMAG).

### **2.7.4 Verwaltungsgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005**

*Art. 33 Bst. b Ziff. 2*

Die Abberufung eines Verwaltungsratsmitgliedes sowie die Auflösung des Arbeitsverhältnisses der Direktorin oder des Direktors ist in Anlehnung an die Regelung, welche bei der Abberufung des Bankrats und des Direktoriums der SNB getroffen wurde, mit Beschwerde anfechtbar. Das Anfechtungsobjekt ist der Abberufungsentscheid oder im Fall der Direktorin oder des Direktors der Genehmigungsentscheid zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses. Diese Entscheide haben als Verfügungen nach Artikel 5 VwVG zu ergehen.

*Art. 36a*

Das Bundesverwaltungsgericht soll neu auch über Meinungsverschiedenheiten zwischen Behörden in der innerstaatlichen Amts- und Rechtshilfe entscheiden, wenn wie vorliegend ein Bundesgesetz die Kompetenz des Bundesverwaltungsgerichts

vorsieht (vgl. Art. 41 FINMAG). Dritte können sich aufgrund der besonderen Natur der Streitigkeiten zwischen zwei Behörden nicht an diesen Verfahren beteiligen und haben keine Parteirechte.

## **2.7.5                      Strafgerichtsgesetz vom 4. Oktober 2002**

### *Art. 26 Bst. b*

Das Bundesstrafgericht urteilt als einzige gerichtliche Instanz über Widerhandlungen gegen die Strafbestimmungen des FINMAG und der Finanzmarktgesetze (vgl. auch Kommentar zu Art. 50 Abs. 2 FINMAG). Dem Bedürfnis nach einem raschen Strafverfahren entsprechend sollen nicht mehr die kantonalen Strafgerichte zuständig sein. Gegen das Urteil des Bundesstrafgerichts kann beim Bundesgericht Nichtigkeitsbeschwerde erhoben werden.

## **2.7.6                      Pfandbriefgesetz vom 25. Juni 1930**

### *Formelles*

Das Pfandbriefgesetz ist an die Terminologie des FINMAG anzupassen.

### *Art. 5 Ziff. 3*

Ziffer 3 wird an die per Ende 2005 erfolgte Abschaffung des Lombardgeschäfts der SNB angepasst. Gleichzeitig werden die Anlagemöglichkeiten der Pfandbriefzentralen beispielsweise auf Schuldverschreibungen inländischer Schuldner, die an einem repräsentativen Markt gehandelt werden (Obligationen), ausgeweitet.

### *Art. 32 Abs. 2*

Der Ausdruck «Eidgenössische Bankenkommision» wird durch «Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA)» ersetzt.

### *Abschnitte III–VI*

Bisher prüfte das Sekretariat der EBK die Pfandbriefzentralen direkt. Neu soll für die Überwachung der Pfandbriefzentralen das dualistische Aufsichtssystem zur Anwendung gelangen, indem die Prüfung der Pfandbriefzentralen durch zugelassene Prüfgesellschaften erfolgt.

### *Art. 38a*

Wie im Bankengesetz wird auch im Pfandbriefgesetz der Inhalt der Prüfungen definiert. Mit der Prüfung der Pfandbriefzentralen durch die Prüfgesellschaften ist jedoch keine Erhöhung des Prüfungsumfangs verbunden.

#### *Art. 38b*

Die Prüfung des Pfandregisters und der Deckung bei den Mitgliedern obliegt den von den Beaufsichtigten beauftragten Prüfgesellschaften. Diese müssen den Prüfgesellschaften der Pfandbriefzentralen über die Ergebnisse ihrer Prüfung Bericht erstatten.

#### *Art. 39*

Wegen der besonderen Natur des Pfandbriefwesens finden die Verwaltungssanktionen nach FINMAG in diesem Bereich keine Anwendung.

#### *Art. 42 und 43*

Durch die Neuordnung des Prüfungswesens sind die Artikel 42 und 43 obsolet geworden.

### **2.7.7                      Finanzkontrollgesetz vom 28. Juni 1967**

#### *Art. 8 Abs. 2*

In Analogie zu den eidgenössischen Gerichten soll die FINMA der Finanzaufsicht durch die Eidgenössische Finanzkontrolle gemäss dem Finanzkontrollgesetz unterstehen, jedoch nur so weit, als dies der Ausübung der Oberaufsicht durch die Bundesversammlung dient. Da die Beurteilung der Aufsichtstätigkeit der FINMA nicht zum Prüfungsraster der Eidgenössischen Finanzkontrolle gehört, muss Artikel 8 Absatz 2 FKZ entsprechend angepasst werden.

### **2.7.8                      Anlagefondsgesetz vom 18. März 1994**

#### *Formelles*

Der Bundesrat hat den eidgenössischen Räten am 23. September 2005 eine Botschaft zur Totalrevision des Anlagefondsgesetzes unterbreitet. Er schlägt vor, das Anlagefondsgesetz durch ein Bundesgesetz über die kollektiven Kapitalanlagen (Kollektivanlagengesetz, KAG) zu ersetzen. Sofern die eidgenössischen Räte das neue Kollektivanlagengesetz vor dem FINMAG verabschieden, sind anstelle der Bestimmungen des Anlagefondsgesetzes diejenigen des Kollektivanlagengesetzes anzupassen. Die Strafbestimmungen des Kollektivanlagengesetzes wurden bereits weitgehend mit denjenigen dieser Vorlage koordiniert.

Da das FINMAG die Aufsichtsorganisation und die Aufsichtsinstrumente der Aufsichtsbehörde regelt, können zahlreiche Bestimmungen im Anlagefondsgesetz gestrichen werden. Als einziges anlagefondsspezifisches Aufsichtsinstrument wird die Sachwalterin oder der Sachwalter nach Artikel 60 AFG beibehalten.

#### *Art. 7 Abs. 1*

Der Ausdruck «Aufsichtsbehörde» wird durch «Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht (FINMA)» ersetzt.

#### *Art. 52 Abs. 1 und 2*

Artikel 52 verpflichtet die Beaufsichtigten, einen Prüfauftrag zu erteilen. Der bisherige Absatz 2 wird durch den neuen Artikel 25 Absatz 2 FINMAG ersetzt.

#### *Art. 53 Abs. 3 und 4*

Artikel 53 Absatz 3 wird durch Artikel 27 FINMAG (Berichterstattung und Massnahmen) ersetzt.

#### *Art. 55 Abs. 1*

Artikel 55 Absatz 1 behält die Auskunftspflichten der Depotbanken und der Immobiliengesellschaften, die zu einem Anlagefonds gehören, gegenüber der von der Fondsleitung beauftragten Prüfgesellschaft bei. Die Auskunftspflicht der Fondsleitung gegenüber den Prüfgesellschaften richtet sich dagegen nach der harmonisierten Bestimmung im FINMAG (Art. 25 FINMAG).

#### *Art. 57 Entzug der Bewilligung*

Artikel 57 enthält neu nur noch die spezifischen anlagefondsrechtlichen Folgen des Bewilligungsentzugs. Diese Bestimmung ergänzt Artikel 37 FINMAG.

#### *Art. 59 Kosten des Untersuchungsbeauftragten*

Die Einsetzung einer oder eines Untersuchungsbeauftragten richtet sich nach Artikel 36 FINMAG. Einzig die Kosten werden im Anlagefondsgesetz abweichend geregelt. Diese dürfen nicht auf die von der Fondsleitung verwalteten Anlagefonds abgewälzt werden.

## **2.7.9 Bankengesetz vom 8. November 1934**

### *Formelles*

Da das FINMAG Aufsichtsorganisation und -instrumente samt den Beziehungen der Aufsichtsbehörde zu Dritten regelt, können zahlreiche Bestimmungen im Bankengesetz gestrichen werden. Zudem sind Anpassungen in der Terminologie erforderlich.

#### *Art. 1 Abs. 4*

Der Ausdruck «Eidgenössischen Bankenkommision (Bankenkommision)» wird durch «Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht (FINMA)» ersetzt.

#### *Art. 2 Abs. 1 und 3*

Die Bewilligungspflicht in der Schweiz errichteter Sitze und Agenturen ausländischer Banken wird aufgehoben. Nach ständiger Praxis der EBK ist nur für die Banktätigkeit in der Schweiz eine Bewilligung erforderlich. Agenturen werden zudem über die bewilligten Zweigniederlassungen ausländischer Banken überwacht. Im Sinne einer Deregulierung entfallen diese Bewilligungspflichten.

#### *Art. 3d Abs. 2*

Die Gruppen- und Konglomeratsaufsicht wird mit Erlass des FINMAG nur noch von einer Behörde ausgeübt. Infolgedessen muss diese Bestimmung zur institutionellen Koordination entsprechend angepasst werden.

#### *Art. 3h*

Die Prüfungspflicht der Finanzgruppen und Finanzkonglomerate ist neu in Artikel 18 E-BankG verankert.

#### *Art. 3<sup>bis</sup> Abs. 1 Einleitungssatz*

Die Regelung des Gegenrechtserfordernisses im Bankengesetz wird der flexibleren Regelung des Börsengesetzes angepasst. Ein zwingendes Gegenrechtserfordernis ist nicht im Interesse eines offenen und kompetitiven Finanzplatzes.

#### *Art. 5*

Die im Bankengesetz enthaltene Bestimmung zur Reservepflicht der Banken ist überholt und weicht von der Regelung des Obligationenrechts ab. Sie bringt angesichts der Vorschriften zu Eigenmitteln, Risikoverteilung und Liquidität keinen Zusatznutzen und kann daher aufgehoben werden.

#### *Sechster Abschnitt (Art. 11–14)*

Die nicht mehr praxisrelevanten Artikel 11 und 12 werden ersatzlos aufgehoben, da die übrigen Schutzvorschriften des Bankengesetzes (Eigenmittelausstattung, Liquiditätsvorschriften und Risikoverteilungsvorschriften) zusammen mit den Vorschriften des Obligationenrechts und des Fusionsgesetzes einen ausreichenden Gläubigerschutz sicherstellen. Ebenfalls gestrichen wird der Formzwang nach Artikel 13. Es bestehen genügend Möglichkeiten, im Rahmen eines Bewilligungsverfahrens sicherzustellen, dass neu zu errichtende Banken ein angemessenes Gesellschafts-kleid wählen.

#### *Art. 18*

Beim Prüfungswesen sind nur noch die Prüfungspflicht sowie der Prüfungsinhalt im Bankengesetz geregelt. Die in den Rundschreiben zum Prüfungswesen der EBK eingeführte begriffliche Aufteilung in Rechnungs- und Aufsichtsprüfung wird neu auch ins Bankengesetz aufgenommen (Abs. 1). Zudem wird die bereits nach der Praxis der EBK geltende Pflicht für Prüfgesellschaften verankert, ihr Vorgehen mit den internen Revisoraten abzusprechen (Abs. 2).

#### *Zehnter Abschnitt: Aufsicht*

Die Instrumente sowie die Organisation der Aufsicht nach den bisherigen Artikeln 23 ff. BankG sind neu im FINMAG geregelt.



### *Art. 23*

Die neu in Artikel 23 verankerte Kompetenz der FINMA entspricht der unbestrittenen Praxis der EBK, bei der Aufsicht über die beiden Grossbanken sowie bei der Annahme von Marktrisikomodellen direkte Prüfungen durchzuführen. Am dualistischen Aufsichtssystem (vgl. Ziff. 1.2.10) wird jedoch grundsätzlich festgehalten. In gewissen Einzelfällen kann es hingegen angebracht sein, dass die FINMA sehr komplexe Sachverhalte selbst abklärt, statt eine Untersuchungsbeauftragte oder einen Untersuchungsbeauftragten nach Artikel 36 FINMAG einzusetzen.

### *Art. 23<sup>bis</sup> Abs. 2*

Das Instrument der ausserordentlichen Revision nach Artikel 23<sup>bis</sup> Absatz 2 BankG wird durch Artikel 36 FINMAG (Untersuchungsbeauftragte oder Untersuchungsbeauftragter) ersetzt. Sollte die FINMA eine ausserordentliche Prüfung anordnen, kann sie somit eine Untersuchungsbeauftragte oder einen Untersuchungsbeauftragten dafür einsetzen.

### *Art. 23<sup>septies</sup>*

In Artikel 43 FINMAG wird neu die grenzüberschreitende Prüfung für alle durch die von der FINMA Beaufsichtigten vorgesehen und deren Voraussetzungen einheitlich geregelt. Der Vorbehalt zugunsten der Vermögensverwaltungskundinnen und -kunden verbleibt jedoch im Bankengesetz und kommt ergänzend zur Anwendung.

### *Art. 26 Abs. 1 Bst. b*

Zu den Schutzmassnahmen bei Insolvenzgefahr einer Bank gehört namentlich auch die Einsetzung einer oder eines Untersuchungsbeauftragten nach Artikel 36 FINMAG.

### *Art. 38 Abs. 2*

Da der bisherige Absatz 2 auf Bestimmungen verweist, welche mit der Änderung des Bankengesetzes vom 3. Oktober 2003 aufgehoben wurden, ist der Verweis entsprechend anzupassen.

### *Art. 39 Abs. 2*

Die Verantwortlichkeit der von der FINMA Beauftragten ist neu in Artikel 19 FINMAG geregelt. Artikel 39 Absatz 2 kann daher aufgehoben werden.

### *Art. 46*

Artikel 46 enthält gravierende Pflichtverletzungen gegen das Bankengesetz, die als Vergehen qualifiziert werden. Absatz 1 Buchstabe c wird unverändert aus dem bisherigen Artikel 49 Absatz 1 Buchstabe a BankG übernommen und steht aufgrund der Schwere der Widerhandlung neu in diesem Artikel. Die Strafandrohung wird den neuen Straffrahmen angepasst.

Folgende Strafbestimmungen werden hingegen aufgehoben:

- *Absatz 1 Buchstaben a und b:* Diese Strafbestimmungen werden in Artikel 44 FINMAG aufgenommen und die Strafandrohungen den neuen Strafrahmen angepasst.
- *Absatz 1 Buchstabe c:* Das Bundesgericht schreibt vor, dass die mit der Bankbewilligung verbundenen Bedingungen im Dispositiv der Verfügung stehen müssen, was deren Lesbarkeit beeinträchtigt. Da die Einhaltung der Bedingungen mit verwaltungsrechtlichen Sanktionsinstrumenten durchgesetzt werden kann, wird diese Bestimmung aufgehoben. Die Rechtssicherheit wird dadurch nicht beeinträchtigt.
- *Absatz 1 Buchstabe d:* Diese Strafbestimmung wird zu Artikel 49 Absatz 1 Buchstabe a E-BankG.
- *Absatz 1 Buchstabe e:* Da das Bundesgesetz vom 19. Dezember 1996 gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG; SR 241) die irreführende Werbung unter Strafe stellt, kann auf diese Strafbestimmung verzichtet werden.
- *Absatz 1 Buchstabe f:* Diese Strafbestimmung wird neu zu Artikel 46 Absatz 1 Buchstabe a E-BankG. Die Strafandrohung wird den neuen Strafrahmen angepasst.
- *Absatz 1 Buchstabe g:* Mangels praktischer Bedeutung wird diese Strafbestimmung aufgehoben.
- *Absatz 1 Buchstabe i:* Diese Strafbestimmung geht in Artikel 45 FINMAG auf. Die Strafandrohung wird den neuen Strafrahmen angepasst.
- *Absatz 1 Buchstaben k und l:* Diese Strafbestimmungen werden in Artikel 46 FINMAG aufgenommen. Die Strafandrohungen werden den neuen Strafrahmen angepasst.

#### *Art. 47*

Die Verletzung des Geschäftsgeheimnisses wird unverändert beibehalten und die Strafe den neuen Strafrahmen angepasst. Wird die Straftat vorsätzlich verübt, stellt sie ein Vergehen dar, das mit Gefängnis bis zu drei Jahren oder Busse bis zu 1 000 000 Franken bestraft werden kann, während die Fahrlässigkeit eine Übertretung darstellt, die mit Busse bis zu 250 000 Franken geahndet wird. Wie bisher sind die Kantone für die Verfolgung und Beurteilung dieser Straftaten zuständig.

#### *Art. 48*

Mangels praktischer Bedeutung wird die Strafbarkeit der Kreditschädigung einer Bank oder einer Pfandbriefzentrale aufgehoben.

#### *Art. 49*

Die in diesem Artikel geahndeten Tatbestände stellen Übertretungen dar.

#### *Abs. 1*

#### *Bst. a*

Diese Bestimmung entspricht dem bisherigen Artikel 46 Absatz 1 Buchstabe d BankG. Die Strafandrohung wird den neuen Strafraumen angepasst.

*Bst. b*

Diese Bestimmung entspricht dem bisherigen Artikel 49 Absatz 1 Buchstabe e BankG. Die Strafandrohung wird den neuen Strafraumen angepasst.

*Bst. c*

Es handelt sich um eine neue Strafbestimmung. Bisher war die Werbung für die Entgegennahme von Spar- und Publikumseinlagen zwar gemäss Artikel 3 der Verordnung vom 17. Mai 1972 über die Banken und Sparkassen (BankV; SR 952.02) verboten, doch existierte keine Strafbestimmung für den Fall der Übertretung dieses Verbots. Buchstabe c schliesst diese Lücke und ahndet die Zuwiderhandlung gegen das Werbeverbot mit einer Busse.

## **2.7.10 Börsengesetz vom 24. März 1995**

*Grundsätzliches*

Da das FINMAG die Aufsichtsorganisation und die -instrumente samt den Beziehungen der Aufsichtsbehörde zu Dritten regelt, können zahlreiche Bestimmungen im Börsengesetz gestrichen werden. Zudem sind Anpassungen in der Terminologie erforderlich.

Die im Rahmen der Revision der Finanzmarktaufsicht gleichzeitig vorgesehene Revision der Behördenorganisation im Übernahmewesen bedingt im Wesentlichen eine Änderung des Börsengesetzes. Die geltende gesetzliche Regelung der öffentlichen Kaufangebote findet sich im 5. Abschnitt des Börsengesetzes (Art. 22–33, 41 Abs. 1 Bst. b und Abs. 2, 42, 44 Abs. 1 und 2 sowie 52–54 BEHG) sowie in den dazugehörigen Verordnungen und Reglementen<sup>97</sup>.

*Art. 3 Abs. 1*

Der Ausdruck «Aufsichtsbehörde» wird durch «Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht (FINMA)» ersetzt.

*Art. 11a*      **Verpfändungsverträge**

Mit Artikel 11a erfolgt eine Korrektur eines gesetzgeberischen Versehens. Die Vorschriften zur Weiterverpfändung von Kundendepots nach Artikel 17 BankG sollen auch für Effektenhändlerinnen und -händler zum Schutze ihrer Kundinnen und Kunden gelten. Eine Ungleichbehandlung von Banken und Effektenhändlerinnen und -händlern lässt sich in diesem Punkt nicht rechtfertigen<sup>98</sup>.

<sup>97</sup> Börsenverordnung, Verordnung der EBK vom 25. Juni 1997 über die Börsen und den Effektenhandel (Börsenverordnung-EBK, BEHV-EBK; SR 954.193), Verordnung der Übernahmekommission vom 21. Juli 1997 über öffentliche Kaufangebote (Übernahmeverordnung-UEK, UEV-UEK; SR 954.195.1), Reglement über die Eidgenössische Bankenkommision, Reglement der Übernahmekommission vom 21. Juli 1997 (Reglement-UEK, R-UEK; SR 954.195.2).

<sup>98</sup> Vgl. EBK-Bulletin 47, S. 101 ff.

## *Art. 17*      Prüfung

Zur Pflicht der Effektenhändlerinnen und -händler, einer Prüfgesellschaft einen Prüfauftrag zu erteilen, sowie zum Inhalt der Prüfung wird neu vollumfänglich auf das Bankengesetz verwiesen (Art. 18 E-BankG). Dies schliesst nicht aus, dass in den Ausführungsbestimmungen Unterschiede bei der Prüfung von Banken und Effektenhändlerinnen und -händlern vorgesehen werden, soweit dies sachlich gerechtfertigt ist. Eine eingeschränkte Revision nach Artikel 727a nOR bei Effektenhändlerinnen und -händlern wie auch bei Banken und Versicherungen ist in jedem Fall unzulässig.

Gleichzeitig wird in diesem Artikel auf Artikel 23 BankG verwiesen, was der geltenden Praxis der EBK bei den Effektenhändlerinnen und -händlern entspricht.

## *Art. 23*

### *Abs. 3*

Der erste Satz wird beibehalten und umschreibt die Aufgabe der UEK. Der zweite Satz wird aufgehoben. Im Detail werden die Aufgaben und Kompetenzen der UEK nunmehr in einem neuen Artikel 33a BEHG umschrieben. Wesentlicher Punkt der Revision ist, dass die UEK anstelle von Empfehlungen neu Verfügungen erlassen kann. Dies hat zur Folge, dass auf das Verfahren vor der UEK das Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren zur Anwendung kommt.

### *Abs. 4*

Infolge der neu eingeführten Verfügungskompetenz (Art. 33a Abs. 1 BEHG) wird der bisherige Absatz 4 obsolet, wonach bei abgelehnten oder missachteten Empfehlungen der UEK eine Meldung an die EBK erfolgt und diese eine Verfügung erlassen kann. Hingegen wird zur Verstärkung der Oberaufsicht festgelegt, dass die UEK der FINMA gegenüber rechenschaftspflichtig ist.

## *Art. 28 Bst. g*

Hier wird neu vorgesehen, dass die UEK Bestimmungen zu ihrem Verfahren erlässt. Artikel 4 VwVG bildet dabei den verbindlichen Rahmen. Die UEK kann im Interesse einer speditiven Verfahrensführung spezielle Bestimmungen vor allem technischer Natur vorsehen, damit es nicht zu Blockierungen oder untragbaren Verzögerungen der regelmässig unter grossem Zeitdruck zu behandelnden Übernahmeverfahren kommt. Zu diesen Bestimmungen werden Präzisierungen in Ergänzung zum neuen Artikel 33b Absatz 5 BEHG gehören (z.B. Art der Zustellung von Verfügungen, Eröffnungen mittels Publikation im Internet, Einräumung sehr kurzer Fristen für Stellungnahmen der Parteien, Arbeitssprache in Mehrparteienverfahren etc.).

## *Art. 32 Abs. 2 Einleitungssatz und Abs. 7*

In den Absätzen 2 und 7 übernimmt die UEK als nunmehr verfügende Instanz Kompetenzen, welche bisher der EBK vorbehalten waren.

### *Art. 33a*      Aufgaben der Übernahmekommission

Diese Bestimmung regelt die Aufgaben der UEK in Anlehnung an die bisherigen Artikel 35 Absätze 1 und 2 BEHG sowie an die Artikel 31, 34 und 38 Absatz 3 FINMAG.

#### *Abs. 1*

Die Bestimmung statuiert die neue Kompetenz der UEK, die zum Vollzug des Übernahmerechts und dessen Ausführungsbestimmungen notwendigen Verfügungen zu erlassen. Zu den gesetzlichen und reglementarischen Vorschriften, deren Einhaltung die UEK überwacht, gehören Artikel 22 ff. BEHG, Artikel 24 ff. BEHV-EBK, die Übernahmeverordnung-UEK sowie allenfalls auch Bestimmungen des Zivilrechts, namentlich des Aktienrechts. Wie bis anhin die Empfehlungen (bisher: Art. 23 Abs. 3 BEHG) kann die UEK auch die Verfügungen veröffentlichen.

#### *Abs. 2*

Hier wird neu und ausführlicher die Auskunftspflicht gegenüber der UEK geregelt (bisher: 2. Satz in Art. 23 Abs. 3 BEHG). Der Kreis der auskunftspflichtigen Personen darf nicht zu eng sein. Ansonsten kann die UEK ihrer Aufgabe, über die Einhaltung der Bestimmungen über die Kaufangebote zu wachen, nicht nachkommen. Auskunftspflichtig ist daher, wer einer Meldepflicht nach Artikel 31 BEHG untersteht oder wer vor der UEK nach dem neuen Artikel 33b Absätze 2 und 3 BEHG Parteistellung haben kann.

#### *Abs. 3*

Nach Artikel 23 Absatz 3 BEHG hat die UEK die Einhaltung der Bestimmungen über öffentliche Kaufangebote zu überprüfen. Verletzungen jeder Art – nicht nur bei laufenden Angeboten, sondern zum Beispiel auch bei Nichtbeachtung von gesetzlichen Pflichten – hat sie zu ahnden. Absatz 3 enthält den entsprechenden Handlungsauftrag, welcher sich an den bisherigen Artikel 35 Absatz 3 BEHG anlehnt.

#### *Abs. 4*

Wie die FINMA hat auch die UEK die Pflicht, bei Kenntnis von bestimmten Widerhandlungen die Strafverfolgungsbehörden zu benachrichtigen (Art. 38 Abs. 3 FINMAG).

### *Art. 33b*      Verfahren vor der Übernahmekommission

#### *Abs. 1*

Da die UEK neu Verfügungen nach Artikel 5 VwVG erlassen kann, gelten für das Verfahren vor der UEK die Bestimmungen des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren. Vorbehalten sind einige Ausnahmen, die den Eigenheiten des Übernahmeverfahrens Rechnung tragen. Sie werden in den Absätzen 2–5 geregelt.

#### *Abs. 2*

Aus Erfahrungen in der Praxis, vor allem aber auch aus verfassungsrechtlichen Gründen besteht Bedarf, auf Gesetzesstufe zu klären, wer in Übernahmesachen Parteistellung hat. Diesem Bedürfnis tragen die Absätze 2 und 3 Rechnung, welche der allgemeinen Bestimmung von Artikel 6 VwVG vorgehen. Parteien im Übernah-

meverfahren sind vorab die Anbieterinnen und Anbieter sowie Personen, die mit diesen in gemeinsamer Absprache handeln und die Zielgesellschaft.

#### *Abs. 3*

Es würde zu weit führen und die Verfahren übermässig belasten, wenn auch jeder Aktionärin und jedem Aktionär Parteistellung und entsprechend das Beschwerde-recht zukäme. Allerdings sollen die Parteirechte auch nicht über Gebühr eingeschränkt werden. Als angemessen erscheint, dass eine Aktionärin oder ein Aktionär mit einem Anteil von mindestens 2 Prozent der Stimmrechte an der Zielgesellschaft, ob ausübbar oder nicht, Parteistellung beanspruchen kann. Dies steht im Einklang mit Artikel 33 BEHG, welcher Beteiligungen unter 2 Prozent nach Abschluss des Übernahmeverfahrens nicht mehr schützt. Der Anspruch auf Parteistellung ist gesuchsweise geltend zu machen.

#### *Abs. 4*

Da Verfahren in Übernahmesachen oft unter hohem zeitlichem Druck abzuwickeln sind, wird festgelegt, dass die gesetzlichen Bestimmungen über den Stillstand der Fristen (vgl. Art. 22a VwVG) nicht anwendbar sind. Dies gilt auch für das Verfahren vor der FINMA (vgl. die Verweisung im neuen Art. 33c Abs. 3 BEHG), nicht hingegen für das Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht.

#### *Abs. 5*

Auch diese Bestimmung, welche Erleichterungen bei Formalitäten ermöglicht, trägt der zeitlichen Dringlichkeit der Verfahren Rechnung.

#### *Art. 33c*      Beschwerdeverfahren vor der FINMA

Artikel 33c enthält besondere Regeln für die Beschwerde an die FINMA. Namentlich ist eine Beschwerdefrist von fünf Börsentagen vorgesehen. Die Beschwerde an die FINMA hat Artikel 55 Absatz 1 VwVG entsprechend aufschiebende Wirkung.

#### *Art. 33d*      Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht

Für die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht gilt eine Frist von zehn Tagen.

In Abweichung zum neuen Verwaltungsgerichtsgesetz<sup>99</sup> wird vorgeschlagen, dass die Beschwerde in Übernahmesachen keine aufschiebende Wirkung hat. Damit soll dem Zeitfaktor Rechnung getragen werden.

#### *Art. 35*      Auskunftspflichten

In dieser Bestimmung sind nur noch die Personen aufgeführt, deren Auskunftspflicht gegenüber der FINMA sich nicht direkt aus Artikel 29 Absatz 1 FINMAG ergibt.

#### *Art. 35a*      Tätigkeitsverbot

Zum Tätigkeitsverbot nach diesem Artikel ist auf den Kommentar von Artikel 33 FINMAG zu verweisen.

<sup>99</sup> Vgl. Art. 37 VGG i.V.m. Art. 55 Abs. 1 VwVG.

#### *Art. 38a* Grenzüberschreitende Prüfungen

Für die grenzüberschreitende Prüfung (nicht aber für die Amtshilfe, vgl. Ziff. 1.2.12) gilt neu die harmonisierte Bestimmung im Artikel 43 FINMAG. Ergänzend kommt jedoch im Bereich des Börsengesetzes wie im Bankengesetz der Vorbehalt zugunsten von Vermögensverwaltungskundinnen und -kunden zur Anwendung.

#### *Art. 40*

Die Strafbestimmungen von Artikel 40 Buchstabe a (Betreiben einer Börse ohne Bewilligung) und Buchstabe b (Tätigkeit als Effektenhändlerin oder -händler ohne Bewilligung) werden aufgehoben, da sie im Rahmen der Harmonisierung der Strafbestimmungen in Artikel 44 FINMAG aufgenommen werden.

#### *Art. 41* Verletzung der Meldepflicht

Diese Strafbestimmung entspricht dem bisherigen Artikel 41. Angesichts der Schwierigkeit, den Vorsatz nachzuweisen, und im Sinne der Harmonisierung, wonach Widerhandlungen gegen das Finanzmarktrecht auch bei fahrlässiger Begehungsweise strafbar sind, wird künftig die Fahrlässigkeit mit Strafe bedroht. Aus rechtsstaatlichen Gründen wird die Busse nicht mehr aufgrund des Erwerbs- oder Verkaufspreises festgelegt, sondern es wird ein Höchstbetrag festgelegt. Für die vorsätzliche Verletzung der Meldepflicht beträgt die Busse bis 2 000 000 beziehungsweise für die fahrlässige Verletzung der Meldepflicht bis 1 000 000 Franken.

#### *Art. 42* Pflichtverletzungen durch die Zielgesellschaft

Die Pflichtverletzung durch die Zielgesellschaft wird weiterhin als Übertretung qualifiziert. Auch die fahrlässige Begehungsweise ist künftig strafbar. Im Rahmen der Harmonisierung der Strafrahen wird die Höchstbusse bei Vorsatz auf 500 000 und bei Fahrlässigkeit auf 150 000 Franken erhöht.

#### *Art. 42a* Pflichtverletzungen des Effektenhändlers

Diese Strafbestimmung sieht zwei neue Tatbestände vor, die als Übertretungen ausgestaltet sind und bei Vorsatz mit Busse bis zu 500 000 Franken bestraft werden. Bei Fahrlässigkeiten werden die Pflichtverletzungen mit Busse bis zu 150 000 Franken bestraft.

Das Gesetz sah bereits Journalführungs- und Meldepflichten vor, ohne jedoch für den Fall der Pflichtverletzung eine Strafe anzudrohen. Im Börsengesetz wird diese Strafbarkeitslücke nun geschlossen.

#### *Art. 43* Verletzung des Berufsgeheimnisses

Die Verletzung des Berufsgeheimnisses wird unverändert beibehalten und die Strafe den neuen Strafrahen angepasst. Demnach wird sie bei Vorsatz mit Gefängnis bis zu drei Jahren oder Busse bis zu 1 000 000 Franken beziehungsweise bei Fahrlässigkeit mit Busse bis zu 250 000 Franken bestraft. Absatz 6 entspricht, abgesehen von einigen Anpassungen, dem bisherigen Artikel 44 Absatz 3 BEHG und legt in Abweichung von Artikel 50 FINMAG die Zuständigkeit für die Verfolgung und Beurteilung fest. Diese liegt nach wie vor bei den Kantonen.

*Formelle Änderungen*

Der Ausdruck «Aufsichtsbehörden» wird durch «Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA) und Eidgenössische Spielbankenkommission» ersetzt. Damit wird aufgezeigt, dass es im Bereich der Bekämpfung der Geldwäscherei nur noch zwei Aufsichtsbehörden gibt. Die Bezeichnung «FINMA» tritt zudem an die Stelle der «Kontrollstelle für die Bekämpfung der Geldwäscherei» bzw. «Kontrollstelle».

*Art. 2 Abs. 2 Bst. c*

Unabhängige Versicherungsvermittlerinnen und -vermittler unterstehen heute, wenn sie geldwäschereirelevante Vermögensverwaltungsgeschäfte betreiben, der Geldwäschereikontrolle durch die Kst GwG (Art. 2 Abs. 3 GwG), jedoch nicht der Aufsicht durch das BPV, dem seinerseits die Geldwäschereikontrolle über Versicherungsunternehmen obliegt (Art. 2 Abs. 2 Bst. c GwG). Das Versicherungsaufsichtsgesetz hat in Ziffer 8 seines Anhangs (Referendumsvorlage, BBl 2004 7289) die Versicherungsvermittlerinnen und -vermittler der Aufsicht und der Geldwäschereikontrolle durch das BPV unterstellt.

Die eidgenössischen Räte wollten durch Einbezug der Versicherungsvermittlerinnen und -vermittler in Artikel 2 Absatz 2 Buchstabe c GwG die Aufsicht der Versicherungsvermittlerinnen und -vermittler mit der Geldwäschereikontrolle verbinden und damit eine Doppelaufsicht vermeiden. Die Kst GwG und das BPV werden nun aber in einer Behörde zusammengeführt. Die Frage der Doppelaufsicht wird mit dem FINMAG gegenstandslos. Damit würde eine Gesetzesänderung des Geldwäschereigesetzes durch das Versicherungsaufsichtsgesetz nur vorübergehend die gewünschte Wirkung entfalten. Der erforderliche Umstellungsaufwand erscheint nicht als gerechtfertigt. Daher verzichtete der Bundesrat auf die Inkraftsetzung der Änderung von Artikel 2 Absatz 2 Buchstabe c GwG.

Im Rahmen des FINMAG wird somit eine abermalige Änderung von Artikel 2 Absatz 2 Buchstabe c GwG vorgeschlagen, welches den neuen Gegebenheiten durch die Zusammenführung der drei Behörden Rechnung trägt.

*Art. 13 Abs. 2*

Der Umstand, dass die EBK und die Kst GwG in der FINMA zusammengeführt werden, macht Artikel 13 Absatz 2, welcher mit dem neuen Versicherungsaufsichtsgesetz eingeführt wurde, überflüssig. Neu werden die Finanzintermediärinnen und -intermediäre, die Teil einer Bankengruppe sind, ohnehin durch eine Finanzmarktaufsichtsbehörde überwacht, so dass eine institutionelle Regelung der Aufsicht über Gruppen nicht mehr notwendig ist.

*Art. 16*

Die Meldepflicht nach Artikel 16 Absatz 2 und Artikel 21 ist neu in Artikel 16 zusammengefasst und gleichzeitig redaktionell vereinfacht worden. Sie erfährt dadurch keine inhaltliche Änderung (vgl. auch die Meldepflicht der SRO nach Art. 27 Abs. 5 E-GwG).



Absatz 2 der geltenden Bestimmung kann zudem aufgehoben werden, da die der FINMA zustehenden Massnahmen im FINMAG ausführlich geregelt sind. Für die Spielbankenkommission richten sich die Massnahmen bei Verletzungen des Geldwäschereigesetzes nach dem Bundesgesetz vom 18. Dezember 1998 über Glücksspiele und Spielbanken (Spielbankengesetz, SBG; SR 935.52).

#### *Art. 17*

Artikel 17 regelt wie bis anhin Artikel 16 die Kompetenzen und Pflichten der Aufsichtsbehörden sowie deren Zusammenspiel mit den SRO betreffend Finanzintermediärinnen und -intermediäre nach Artikel 2 Absatz 2 GwG (vgl. Botschaft zum Geldwäschereigesetz; BBl 1996 1139). Dieses System bleibt unverändert. Die bisherigen unterschiedlichen Funktionen der Selbstregulierung für Finanzintermediärinnen und -intermediäre nach Artikel 2 Absatz 2 und für diejenigen nach Artikel 2 Absatz 3 bleiben weiterhin bestehen.

#### *Art. 18a*      Öffentliches Verzeichnis

Artikel 23 Absatz 2 FINMAG sieht vor, dass die FINMA ein öffentliches Verzeichnis aller Beaufsichtigten führt. Die einer SRO angeschlossenen Finanzintermediärinnen und -intermediäre gelten jedoch nicht als Beaufsichtigte im Sinne des FINMAG. Um die Vollständigkeit des Verzeichnisses der FINMA zu gewährleisten, sieht Artikel 18a vor, dass auch diese Finanzintermediärinnen und -intermediäre in das Verzeichnis der FINMA aufgenommen und deren Daten zusätzlich durch ein Abrufverfahren zugänglich gemacht werden. Diese Bestimmung ergänzt Artikel 23 FINMAG.

#### *Art. 19a*      Prüfung

##### *Abs. 1*

Nach diesem Absatz sind die direkt unterstellten Finanzintermediärinnen und -intermediäre nach Artikel 2 Absatz 3 GwG verpflichtet, sich periodisch einer Prüfung durch eine zugelassene Prüfgesellschaft zu unterziehen.

##### *Abs. 3*

Im Gegensatz zum Berichtssystem nach Artikel 27 FINMAG sollen bei der Prüfung der direkt unterstellten Finanzintermediärinnen und -intermediäre sämtliche Mängel im Bericht aufgeführt werden. Dies gilt auch für Mängel, die auf Aufforderung der Prüfgesellschaft hin behoben wurden. Angesichts der Vielzahl der in diesem Bereich zugelassenen Prüfgesellschaften ist diese Massnahme notwendig, um die Gleichbehandlung aller Finanzintermediärinnen und -intermediäre zu gewährleisten.

#### *Art. 19b*      Zulassung der Prüfgesellschaften

In Artikel 19b werden spezielle Zulassungsvoraussetzungen für Prüfgesellschaften festgehalten, indem an die Zulassung nach den Artikeln 5 und 6 des Revisionsaufsichtsgesetzes angeknüpft wird. Mit der im FINMAG vorgesehenen Regelung wären eine Mehrzahl der heute von der Kst GwG akkreditierten Prüfgesellschaften von den Prüfungen ausgeschlossen, da sie die Zulassungsvoraussetzungen nach Artikel 26 FINMAG wie beispielsweise die Beaufsichtigung durch die Revisionsaufsichts-

behörde nicht erfüllen. Da die Prüfung nach dem Geldwäschereigesetz jedoch nur ein eingeschränktes Fachwissen verlangt, wäre dieser Ausschluss nicht gerechtfertigt. Zudem könnte ein beträchtlicher Teil des bisher aufgebauten Fachwissens nicht mehr genutzt werden. Auch die Kostenfrage spielt eine Rolle, weshalb sich in diesem Bereich eine differenzierte Regelung aufdrängt.

#### *Art. 24 Abs. 2*

Es handelt sich um eine rein formale Änderung. Die Formulierung und die Gesetzeszitate werden dem aktuellen juristischen Status der Post und der Schweizerischen Bundesbahnen (SBB) angepasst.

#### *Art. 27 Informationsaustausch und Anzeigepflicht*

##### *Abs. 1*

Der bisher gesetzlich vorgesehene Informationsaustausch zwischen den SRO und den Aufsichtsbehörden hat sich in der Praxis als ungenügend erwiesen und ist den praktischen Bedürfnissen anzupassen. Neu kann die FINMA den SRO alle Auskünfte und Unterlagen übermitteln, die diese zur Erfüllung ihrer Aufgabe benötigen. Dabei erscheint es zweckmässig, dass der Informationsaustausch, wie er zwischen der FINMA und den SRO angestrebt wird, auch zwischen den einzelnen SRO erfolgen kann, da auch hier ein Bedürfnis nach Übermittlung von Auskünften und Unterlagen zur Erfüllung ihrer Aufgaben besteht.

##### *Abs. 2*

Um laufend über wichtige Entscheide und Verfahren der SRO informiert zu sein und bei Bedarf rechtzeitig handeln zu können, ist es notwendig, dass die FINMA über die in Absatz 2 genannten Vorgänge, wie die Eröffnung von Sanktionsverfahren, die mit dem Ausschluss enden können, unverzüglich informiert wird.

##### *Abs. 3*

Absatz 3 entspricht den früheren Absätzen 2 und 3, die die Berichterstattung der SRO regeln. Präzisiert wurde einzig, dass im Bericht auch die ergangenen Sanktionsentscheide aufzuführen sind.

#### *Art. 28 Entzug der Anerkennung*

Der Anerkennungsentzug ist neu in Artikel 37 FINMAG verankert. Die Vorschrift, dass bei einer SRO der Entzug der Anerkennung vorher anzudrohen ist, sowie die Folgen des Entzuges werden im Geldwäschereigesetz als ergänzende Sonderregelungen beibehalten.

#### *Art. 36*

Der Tatbestand der Geschäftsführung ohne Bewilligung ist neu in Artikel 44 FINMAG geregelt, weshalb diese Strafbestimmung aufgehoben werden kann.

#### *Art. 37 Verletzung der Meldepflicht*

Der bisherige Artikel 37 äusserte sich nicht zur Frage, ob der Straftatbestand auch bei fahrlässiger Begehungsweise erfüllt ist. Daraus ergab sich eine gewisse Rechts-

unsicherheit. In der Lehre wird mehrheitlich die Auffassung vertreten, dass auch Fahrlässigkeit strafbar ist<sup>100</sup>. Um die Rechtslage zu klären, wird vor dem Hintergrund der Harmonisierung der Strafbestimmungen eine Widerhandlung gegen den Straftatbestand von Artikel 37 auch bei fahrlässiger Begehungsweise mit Strafe bedroht. Die Strafraumen werden entsprechend differenziert. So wird bei vorsätzlicher Begehungsweise eine Busse bis zu 500 000 Franken und bei fahrlässiger Begehungsweise eine solche bis zu 150 000 Franken angedroht.

## **2.7.12                    Versicherungsaufsichtsgesetz vom 17. Dezember 2004**

### *Formelle Änderungen*

Auch beim kürzlich verabschiedeten Versicherungsaufsichtsgesetz sind terminologische Anpassungen vorzunehmen. Darüber hinaus sind Bestimmungen zu den Aufsichtsinstrumenten sowie Sanktionen gestrichen worden, welche nun im Rahmen der Harmonisierung im FINMAG geregelt sind.

#### *Art. 2 Abs. 3*

Der Ausdruck «Aufsichtsbehörde» wird durch «Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht (FINMA)» ersetzt.

#### *Art. 6 Abs. 2*

Die Gruppen- und Konglomeratsaufsicht wird mit Erlass des FINMAG nur noch von einer Behörde ausgeübt. Infolgedessen muss diese Bestimmung zur institutionellen Koordination entsprechend angepasst werden.

#### *Art. 22 Abs. 2 und 3*

Dem Grundsatz von Artikel 55 Absatz 2 FINMAG folgend, regelt die FINMA nur die technischen Angelegenheiten des Risikomanagements.

#### *Art. 27 Abs. 1 zweiter Satz*

Da der Begriff «interne Revisionsstelle» in Artikel 27 Absatz 1 nicht durch «Prüfgesellschaft» ersetzt wird, muss der Wortlaut dieser Bestimmung wiedergegeben werden.

#### *Art. 28                    Prüfgesellschaft*

Auch die Versicherungsunternehmen haben zugelassene Prüfgesellschaften (Art. 26 FINMAG) zu beauftragen.

<sup>100</sup> Thelesklaf Daniel, Wyss Ralph, Zollinger Dave, Geldwäschereigesetz, Zürich 2003, Art. 37, Rz. 8; de Capitani Werner, Kommentar Einziehung, Organisiertes Verbrechen, Geldwäscherei, Band II, Zürich 2002, Art. 37, Rz. 23.

*Art. 47*            Prüfungsbefugnisse und Auskunftspflicht bei Ausgliederung  
von Funktionen

Da die bisher in Artikel 47 vorgesehenen Auskunftspflichten neu im FINMAG enthalten sind, regelt Artikel 47 Absatz 2 nur noch die Auskunftspflicht bei Ausgliederungen von wesentlichen Funktionen bei Versicherungsunternehmen.

*Art. 61*            Entzug der Bewilligung

In Artikel 61 finden sich die ergänzenden Regeln zum Bewilligungsentzug nach Artikel 37 FINMAG, welche auf Versicherungsunternehmen zusätzlich Anwendung finden.

*Art. 80*            Nationaler Informationsaustausch

Da es neben der FINMA keine weiteren Finanzmarktaufsichtsbehörden in der Schweiz mehr gibt, muss dieser Artikel entsprechend angepasst werden. Zudem soll der Informationsaustausch mit dem Bundesamt für Gesundheit und dem Bundesamt für Sozialversicherung ermöglicht werden, falls diese zur Erfüllung ihrer Aufgaben Informationen der FINMA benötigen.

*Art. 86*            Übertretungen

Die Bussenhöhe wird an die neuen Strafraumen angepasst. Zudem werden in Absatz 1 zwei Strafbestimmungen aufgehoben.

*Bst. g*

Diese Strafbestimmung kann ersatzlos gestrichen werden. Da die Verletzung der Ausführungsbestimmungen mit Hilfe der verwaltungsrechtlichen Sanktionen des FINMAG sanktioniert werden kann, erübrigt sich eine solche Bestimmung. Bei Bedarf kann eine Verfügung mit einer Strafandrohung gemäss Artikel 48 FINMAG ergehen.

*Bst. h*

Diese Bestimmung geht neu in Artikel 48 FINMAG auf und kann deshalb aufgehoben werden.

*Art. 87*            Vergehen

*Abs. 1*

In Absatz 1 können verschiedene Strafbestimmungen des geltenden Rechts aufgehoben werden:

- *Buchstaben a und c:* Die Tätigkeit ohne Bewilligung oder Registrierung wird neu in Artikel 44 FINMAG sanktioniert.
- *Buchstaben d und e:* Diese Strafbestimmungen werden weitgehend durch die Strafbestimmungen von Artikel 45 und 46 FINMAG abgedeckt.
- *Buchstabe g:* Der Zweck dieser Strafbestimmung kann mit Hilfe der verwaltungsrechtlichen Sanktionen des FINMAG erreicht werden.

- *Buchstabe i:* Diese Strafbestimmung wird weitgehend durch die Strafbestimmungen von Artikel 45 und 46 FINMAG abgedeckt.
- *Buchstabe k:* Dieses Vergehen lässt sich mit den verwaltungsrechtlichen Sanktionen der FINMAG besser ahnden.
- *Buchstabe l:* Die Pflichtverletzung der Prüfgesellschaften wird durch Artikel 46 FINMAG sanktioniert.

Die nicht aufgehobenen Buchstaben b, f, h und j des geltenden Rechts werden neu zu den Buchstaben a, b, c und d. Zur Zuständigkeit des EFD wird auf den Kommentar zu Artikel 50 Absatz 1 FINMAG verwiesen.

#### *Abs. 2*

Die Strafandrohung bei fahrlässiger Begehung wird den neuen Strafraumen angepasst.

#### *Art. 88 Abs. 1*

Der zweite Satz dieser Bestimmung, wonach der Bundesrat die Aufsichtsbehörde bestellt, wird mit dem FINMAG obsolet.

## **3 Auswirkungen**

### **3.1 Auswirkungen auf den Bund**

Die Vorlage hat insofern keine Auswirkungen auf den Bundeshaushalt, als die drei Behörden vollständig durch Gebühren und Aufsichtsabgaben finanziert sind. Auch verfügen die Finanzmarktaufsichtsbehörden schon heute über das zur Ausübung der Aufsicht nötige Personal. Der Personalbestand der FINMA wird daher ungefähr der Summe der drei Behörden entsprechen. In denjenigen Bereichen, wo Synergieeffekte gewonnen werden können, wird er niedriger sein (vgl. dazu die Ausführungen unter Ziff. 1.2.7).

Die Revision der Behördenorganisation im Übernahmewesen hat keine Auswirkungen auf den Bundeshaushalt, da die involvierten Behörden vollständig durch Gebühren finanziert werden. Bereits nach geltendem Recht fällt die Arbeitsbelastung im Übernahmewesen hauptsächlich bei der UEK und in weit geringerem Ausmass bei der Aufsichtsbehörde an. Die Revision wird auf diese Situation nur geringfügige Auswirkungen haben. Auf Seiten der UEK könnte allenfalls ein beschränkter Ausbau der personellen Kapazitäten erforderlich sein.

Was die Auswirkungen auf den Bund betrifft, ist nicht ausgeschlossen, dass die Harmonisierung und Erhöhung der Strafdrohungen bei den Sanktionen einen grösseren Untersuchungsaufwand beim EFD bewirken könnten. Dies hätte allenfalls einen geringen personellen Mehrbedarf zur Folge. Bei der Bundesanwaltschaft und beim Bundesstrafgericht ist nicht von einem Mehrbedarf an Ressourcen auszugehen.

Die Kosten der Projektorganisation (z.B. zusätzliche Ressourcen, externe Beratung) werden von den betroffenen Behörden jeweils selber getragen werden müssen.

### 3.2

### Auswirkungen auf die Kantone

Neu wird für die gerichtliche Beurteilung der Straftatbestände, abgesehen von ein paar Ausnahmen (z.B. Art. 47 BankG), das Bundesstrafgericht zuständig sein<sup>101</sup>. Dies führt bei den Kantonen zu einer deutlichen Entlastung von Verfahren des Finanzmarktrafrechts. Überdies werden die Kantone auch von der Verfolgung der Tatbestände nach Artikel 87 VAG entlastet. Im Gegenzug kann die Bestimmung zur Delegation<sup>102</sup>, wonach das EFD die Vereinigung der Strafverfolgung in der Hand der bereits mit der Sache befassten Strafverfolgungsbehörde anordnen kann, eine geringfügige zusätzliche Beanspruchung der kantonalen Strafverfolgungsbehörden zur Folge haben. Unter dem Strich ist aber von einer Entlastung der Kantone auszugehen.

### 3.3

### Auswirkungen auf die Volkswirtschaft

Insgesamt kann davon ausgegangen werden, dass diese Vorlage für die Beaufsichtigten kostenneutral sein wird. Die direkten Kosten (Aufsichtsabgaben und Gebühren) dürften für die Beaufsichtigten weitgehend gleich bleiben (vgl. Ziff. 1.2.7). Ausserdem sollte diese Vorlage auch keine weiteren Umsetzungskosten (Kosten für die interne und externe Revision) bei den Beaufsichtigten zur Folge haben, da an sie keine neuen Anforderungen gestellt werden. Was die kleineren Beaufsichtigten (Finanzintermediärinnen und -intermediäre nach Art. 2 Abs. 3 GwG) betrifft, ist zu betonen, dass am bestehenden System der Selbstregulierung festgehalten wird.

In Bezug auf die Beurteilung des Nutzens einer integrierten Finanzmarktaufsicht für die Marktteilnehmerinnen und -teilnehmer sind zwei Ebenen relevant: Auf der gesamtwirtschaftlichen Ebene profitieren die Marktteilnehmerinnen und -teilnehmer insbesondere dann, wenn die FINMA zur besseren Erreichung der Ziele der Finanzmarktaufsicht beiträgt. Im ganzen Finanzmarktbereich spielt das Vertrauen in die Stabilität des Systems und in die beteiligten Akteurinnen und Akteure eine zentrale Rolle. Auf der einzelwirtschaftlichen Ebene können für die Marktteilnehmerinnen und -teilnehmer verschiedene Vorteile entstehen. Für die Beaufsichtigten, die bisher mehreren Behörden unterstanden, verringern sich die Transaktions- und Informationskosten, weil sie nur noch eine Finanzmarktaufsichtsbehörde als Ansprechpartnerin haben («one-stop-shop»). Dies ist insbesondere für Finanzkonglomerate von besonderer Bedeutung.

Durch die Integration mehrerer Behörden in einer integrierten Finanzmarktaufsicht erhält die Finanzmarktaufsicht in der Schweiz eine grössere Bedeutung. Dies schafft bei Gläubigerinnen und Gläubiger, Anlegerinnen und Anlegern sowie Versicherten Vertrauen, was wiederum zum Ansehen des Schweizer Finanzplatzes beitragen kann. Positive Wirkungen in Bezug auf den Vertrauens- und Rufschutz in Verbindung mit einem leistungs- und wettbewerbsfähigen Finanzplatz, der mobile Produktionsfaktoren wie qualifizierte Arbeitskräfte und Kapital anzulocken vermag, erhöhen die Attraktivität des Finanzplatzes Schweiz.

Auf der internationalen Ebene erhält eine integrierte Finanzmarktaufsicht aufgrund ihrer Grösse und Aufgaben mehr Gewicht. Dadurch können die Anliegen der

<sup>101</sup> Art. 50 FINMAG.

<sup>102</sup> Art. 51 FINMAG.

Schweiz in internationalen Gremien bei der Entwicklung internationaler Standards mit Nachdruck eingebracht werden. Gelingt es der integrierten Finanzmarktaufsichtsbehörde, diesen Prozess im Interesse des Finanzplatzes Schweiz stärker zu beeinflussen, dürfte dies auch zu einer Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit beitragen. Zugleich ist eine starke Aufsicht eine Voraussetzung für einen möglichst ungehinderten Marktzutritt von Anbieterinnen und Anbietern aus der Schweiz ins Ausland. Beaufsichtigte mit Hauptsitz in der Schweiz haben ein grosses Interesse an einer starken und glaubwürdigen Aufsicht in ihrem Herkunftsland. Fehlt eine solche, drohen ihnen stärkere Auflagen im Gastland oder sogar Behinderungen im Zugang zu ausländischen Märkten.

## **4 Verhältnis zur Legislaturplanung und zum Finanzplan**

Die Vorlage ist in der Legislaturplanung 2004–2007 und im Legislaturfinanzplan angekündigt (BBl 2004 1149, Beilage 1, Ziff. 1.2).

## **5 Rechtliche Aspekte**

### **5.1 Verfassungs- und Gesetzmässigkeit**

Die Vorlage stützt sich auf die Artikel 95 und 98 der Bundesverfassung, die dem Bund die Kompetenz geben, Vorschriften über das Banken-, Privatversicherungs- und Börsenwesen, über Finanzdienstleistungen in anderen Bereichen sowie über die Ausübung der privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit zu erlassen.

Auch die Ausgliederung der Finanzmarktaufsicht ist verfassungsrechtlich zulässig: Verwaltungsaufgaben, wie sie die FINMA erfüllt, können gemäss Artikel 178 Absatz 3 der Bundesverfassung durch Gesetz an Organisationen und Personen des öffentlichen oder des privaten Rechts übertragen werden, die ausserhalb der Bundesverwaltung stehen.

### **5.2 Vereinbarkeit mit internationalen Verpflichtungen der Schweiz**

Der vorliegende Entwurf ist mit internationalen Verpflichtungen der Schweiz vereinbar. Er tangiert keine Pflichten der Schweiz im Zusammenhang mit der Mitgliedschaft in internationalen Organisationen oder mit internationalen Abkommen.

### **5.3 Unterstellung unter die Ausgabenbremse**

Der Ausgabenbremse (Art. 159 Abs. 3 Bst. b BV) ist das FINMAG nicht unterstellt, da dieses keine Subventionen, Verpflichtungskredite oder Zahlungsrahmen vorsieht, die neue einmalige Ausgaben von mehr als 20 Millionen Franken oder neue wiederkehrende Ausgaben von mehr als 2 Millionen Franken nach sich ziehen.

## 5.4

### Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen

Die Vorlage enthält folgende Delegationsnormen an den Bundesrat:

- Der Bundesrat regelt die Einzelheiten zur Finanzierung der Behörde (vgl. Ausführungen zu Art. 15 Abs. 4).
- Nach Artikel 58 Absatz 2 FINMAG kann der Bundesrat alle für den Übergang notwendigen Vorkehren treffen (vgl. Kommentar zu Art. 58 Abs. 2 FINMAG).
- Gemäss Artikel 22 Absatz 2 VAG erlässt der Bundesrat Vorschriften über Ziel, Inhalt und Dokumentation des Risikomanagements.

Die FINMA erlässt gemäss Artikel 13 Absatz 2 FINMAG eine Verordnung über Entlohnung, Nebenleistungen und weitere Vertragsbedingungen. Diese untersteht dem Vorbehalt der Genehmigung durch den Bundesrat. Weiter wird die FINMA Einzelheiten der Datenbearbeitung regeln (Art. 23 Abs. 1 FINMAG). Schliesslich enthält die Vorlage diverse Subdelegationen an die FINMA in technischen Angelegenheiten (Art. 55 Abs. 2 FINMAG, Art. 38a Abs. 3 Satz 2 E-PfG, Art. 52 Abs. 2 Satz 2 E-AFG, Art. 18 Abs. 3 Satz 2 E-BankG, Art. 22 Abs. 3 und Art. 28 Abs. 2 Satz 2 VAG).

Ferner sieht Artikel 28 Buchstabe g E-BEHG vor, dass die UEK zusätzliche Bestimmungen über ihr Verfahren erlassen kann (vgl. Kommentar zu Art. 28 Bst. g E-BEHG).

Bei allen Delegationen handelt es sich um Fragen mit einem hohen Detaillierungsgrad, die aufgrund der konkreten Marktverhältnisse geregelt und bei veränderten Verhältnissen ohne allzu grossen Aufwand wieder geändert werden müssen.



## **Botschaft zum Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (Finanzmarktaufsichtsgesetz; FINMAG)**

In	Bundesblatt
Dans	Feuille fédérale
In	Foglio federale
Jahr	2006
Année	
Anno	
Band	1
Volume	
Volume	
Heft	11
Cahier	
Numero	
Geschäftsnummer	06.017
Numéro d'affaire	
Numero dell'oggetto	
Datum	21.03.2006
Date	
Data	
Seite	2829-2916
Page	
Pagina	
Ref. No	10 133 649

Die elektronischen Daten der Schweizerischen Bundeskanzlei wurden durch das Schweizerische Bundesarchiv übernommen.

Les données électroniques de la Chancellerie fédérale suisse ont été reprises par les Archives fédérales suisses.

I dati elettronici della Cancelleria federale svizzera sono stati ripresi dall'Archivio federale svizzero.