

Missmanagement im Bankensektor und die FINMA-Gewährsprüfung

Nina Reiser*

This article addresses the following questions: Can the fitness and propriety audit of bank managers deliver what it promises? How could the fitness and propriety audit be improved within the framework of the existing legal basis or, if necessary, by means of new or adapted regulations? The tension between FINMA's supervisory procedure on the one hand and criminal proceedings on the other hand initially argues in principle against tightening FINMA's enforcement measures or equipping FINMA with criminal sanctions. Consistent application of the procedural guarantees under Article 6(1) of the ECHR when FINMA is given the power to impose fines – which, in view of the Federal Council's report on pecuniary administrative sanctions of 23 February 2022, is unlikely to be the case for fines against banks as licence holders, but may nevertheless be the case for fines against their bodies that do not have a FINMA li-

cence – would in any case mean slowing down the enforcement process. This would not be favourable for the reputation of the Swiss financial sector. Furthermore, a possible expansion of the addressees (currently members of the executive board and the board of directors) should be limited to a restricted group of clearly defined key persons. Would a responsibility document along the lines of the Senior Management and Certification Regime provide a remedy? Such a responsibility document would clarify the bank's organisation and accountability structures and have a preventive effect. In a very complex organisation with a high degree of division of labour, however, too much attachment to individuals is problematic. As a result, the fitness and propriety audit can only – but at least – prevent known "crooks" or persons unsuitable for the position in question from obtaining a management function in a bank.

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Grundlagen
 - 1. Gewähr für eine einwandfreie Geschäftsführung
 - 2. Ziele der Finanzmarktaufsicht
 - 3. Corporate Governance als strategisches Ziel der FINMA
 - 4. Spannungsverhältnis zwischen dem Enforcement- und dem Strafverfahren
 - 5. Grundsätze der prudenziellen Governance-Aufsicht
- III. Gewährsprüfung durch die FINMA
 - 1. Vorgängige Bewilligungspflicht von Organmutationen
 - 2. Adressatenkreis
 - 3. Properness- und Fitnessprüfung
 - 4. Persönliche Zurechenbarkeit
 - 5. Expectation Gap
- IV. Senior Managers and Certification Regime der PRA bzw. der FCA in Grossbritannien
 - 1. Überblick
 - 2. Vergleich des Schweizer Systems mit dem Senior Managers and Certification Regime
- V. Zusammenfassung der Ergebnisse

I. Einleitung

Kann die Gewährsprüfung von Bankmanagern leisten, was sie verspricht? In den vergangenen Jahren wurde die mangelnde persönliche Verantwortlichkeit von Mitgliedern von Verwaltungsräten oder Geschäftsleitungen – vor allem im Bankensektor – immer wieder in den Medien aufgenommen und der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA «Zahnlosigkeit» vorgeworfen.¹ Auch in der Politik ist die persönliche Verantwortlichkeit von fehlbaren Bank-

* Prof. Dr. Nina Reiser, Rechtsanwältin, LL.M. (Harvard), ist Assoziierte Professorin für Finanzmarktrecht an der Universität St. Gallen. Davor war sie mehrere Jahre in verschiedenen Funktionen bei der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA tätig, zuletzt als Gruppenleiterin Bewilligungen im Geschäftsbereich Banken. Sie ist zudem Privatdozentin für Privat- und Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich sowie Professorin für Privat- und Wirtschaftsrecht an der Kalaidos Law School, Zürich. Die Verfasserin dankt Dr. Annemarie Nussbaumer, Rechtsanwältin, M.Jur, MBA, für die wertvollen Anregungen und Hinweise sowie Valérie Fleissner, B.A. HSG in Law and Economics, Denis Loher, stud. HSG in Law and Economics und Yannick Tobler, B.A. HSG in Law and Economics für die geschätzte Unterstützung beim Verfassen dieses Beitrags.

¹ Anstelle vieler: Peter V. Kunz in der Sonntagszeitung vom 24.10.2021 «Die einzige Sprache, die die Manager verstehen, sind Bussen, die wehtun», verfügbar unter <<https://www.tagesanzeiger.ch/die-einzige-sprache-die-die-manager->

managern wiederholt ein Thema: Zum einen hat Nationalrat *Gerhard Andrey*² am 18. Juni 2021 ein Postulat mit dem Titel «Schlanke Werkzeuge, um höchste Finanzmarktkader besser in die Pflicht zu nehmen» eingereicht. Das Postulat soll den Bundesrat beauftragen, in einem Bericht aufzuzeigen, welche Anpassungen der FINMA-Werkzeuge nötig wären, um Anreize zu stärkerer individueller Verantwortungsübernahme der höchsten Kader der Finanzinstitute zu schaffen und die individuellen Verantwortlichkeiten den Führungsorganen zuzuordnen. Dies mit dem Ziel, das Vertrauen in den Schweizer Finanzmarkt zu stärken und dessen Wettbewerbsfähigkeit zu steigern.³ Zum anderen reichte Nationalrätin *Prisca Birrer-Heimo*⁴ am 17. Dezember 2021 das Postulat «Wirksame Sanktionen der FINMA gegen fehlbare Finanzinstitute» ein, das die Ausstattung der FINMA mit strafrechtlichen Kompetenzen fordert, also auch die Verhängung von Bussen und weiteren Sanktionen.⁵

Die individuelle Verantwortlichkeit von Bankkadern ist allerdings nicht erst im Enforcementverfahren ein Thema, sondern bereits bei der Nominierung der Person als neue Gewährsträger.⁶ So bedürfen nach Art. 8a Abs. 2 BankV Änderungen von wesentlicher Bedeutung, die der Bewilligung zugrunde liegen, wozu auch Organmutationen zählen,

einer Bewilligung durch die FINMA.⁷ Das Gewährserfordernis ist zudem eine gesetzlich geregelte Bewilligungsvoraussetzung, die es dauernd einzuhalten gilt.⁸ Die FINMA prüft aber – anders als vereinzelt im Ausland – die Gewähr nicht laufend, sondern nur beim Vorliegen gewährsrelevanter Informationen.⁹ Die Beaufsichtigten und die Prüfgesellschaften, die bei ihnen Prüfungen durchführen, müssen der FINMA nämlich Vorkommnisse melden, die für die Aufsicht von wesentlicher Bedeutung sind (Meldepflicht, Art. 29 Abs. 2 FINMAG). Diese Meldepflicht erfasst auch gewährsrelevante Vorkommnisse wie etwa die Eröffnung eines Strafverfahrens gegen einen Gewährsträger.¹⁰ Schliesslich stehen der FINMA nicht nur gegen die Institute bzw. die Beaufsichtigten, sondern auch gegen natürliche Personen, also auch gegen Personen in den höchsten Führungssetzen von Banken, verschiedene Enforcementmassnahmen wie etwa die Entziehung der Gewähr, das Berufsverbot, das Tätigkeitsverbot, die Veröffentlichung einer Verfügung oder die Gewinneinziehung zur Verfügung.¹¹ Anders als ausländische Finanzmarktaufsichtsbehörden kann die FINMA aber weder gegen beaufsichtigte Institute, so auch nicht gegen

verstehen-sind-bussen-die-wehtun-135863165951 > (alle Internetquellen zuletzt besucht am 28.9.2022).

- ² FR, Grüne, Mitglied des Verwaltungsrates der Alternativen Bank Schweiz.
- ³ Im August 2021 beantragte der Bundesrat die Annahme des Postulates. Im Oktober 2021 bekämpfte Nationalrat *Thomas Matter* (VRP der Helvetischen Bank) das Postulat, worauf die Diskussion im Nationalrat verschoben wurde. Der Nationalrat nahm den Antrag des Bundesrates am 1.3.2022 an. Postulat *Gerhard* (21.3893) ist verfügbar unter <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20213893>>.
- ⁴ LU, SP, bis Ende März 2022 Präsidentin der Schweizer Stiftung für Konsumentenschutz.
- ⁵ Das Postulat beauftragt den Bundesrat aufzuzeigen, wie der FINMA zusätzlich zu den bestehenden Aufsichtsinstrumenten die Kompetenz für Bussen bzw. weitere Sanktionen gegen fehlbare Institute und Personen gegeben werden kann. Der Bundesrat beantragte die Ablehnung des Postulates. Die Behandlung im Nationalrat steht noch aus. Das Postulat *Birrer-Heimo* (21.4628) ist verfügbar unter <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20214628>>.
- ⁶ Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG.

- ⁷ *Nina Reiser/Miriam Dobbins*, Melde- und bewilligungspflichtige Tatsachen von Banken, in: Astrid Epiney/Petru Emanuel Zlătescu (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2019/2020, Zürich/Basel/Genf 2020, 373 ff., 391; vgl. dazu ausführlich Ziff. III.1.
- ⁸ BGE 142 II 243 E. 2.2; *Christoph Winzeler*, in: Rolf Watter/Nedim Peter Vogt/Thomas Bauer/Christoph Winzeler (Hrsg.), Basler Kommentar, BankG, 2. Aufl., Basel 2013, Art. 3 BankG N 2; Wegleitung betreffend Änderungen bei den mit der Verwaltung und Geschäftsführung von Banken betrauten Personen («Organmutationen»), 22.10.2021, verfügbar unter <https://www.finma.ch/de/~media/finma/dokumente/dokumentencenter/myfinma/1bewilligung/w_b_organmutation_20210922.pdf?la=de>, Ziff. I.4.
- ⁹ *Urs Zulauf/David Wyss/Kathrin Tanner/Michel Kähr/Claudia M. Fritsche/Patric Eymann/Fritz Ammann*, Finanzmarktenforcement, Verfahren zur Durchsetzung des Schweizer Finanzmarktrechts, 2. Aufl., Bern 2014, 79; *Elias Bischof*, Die Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit, Eine Betrachtung des schweizerischen Finanzmarktrechts im Lichte internationaler Standards und des Rechts der Europäischen Union, Zürich/Basel/Genf 2016 (= SSFM 121), N 807.
- ¹⁰ *Roland Truffer*, in: Rolf Watter/Rashid Bahar (Hrsg.), Basler Kommentar, FINMAG/FinfraG, 3. Aufl., Basel 2019, Art. 29 FINMAG N 42.
- ¹¹ Art. 31–35 FINMAG.

Banken, noch gegen natürliche Personen Bussen verhängen.¹²

Um den Finanzmarkt (wirksamer) vor fehlbaren Bankmanagern zu schützen, fordern die Politik und die Medien, wie eingangs erwähnt, primär wirksamere Enforcementmassnahmen. Der vorliegende Beitrag fokussiert aber auf die (initiale) Gewährsprüfung. Dabei wird den folgenden Fragen nachgegangen: Kann die Gewährsprüfung von Bankmanagern leisten, was sie verspricht? Wie könnte allenfalls die Gewährsprüfung im Rahmen der bestehenden rechtlichen Grundlagen bzw. ggf. mittels neuer oder angepasster Regulierungen verbessert werden? Vor einer Analyse der konkreten Gewährsprüfung durch die FINMA (III.) werden die einschlägigen Grundlagen erläutert (II.). Es folgt ein Überblick über das Senior Managers and Certification Regime (SMCR) der Prudential Regulation Authority (PRA) und der Financial Conduct Authority (FCA) in Grossbritannien sowie eine Analyse der wesentlichen Unterschiede im Vergleich zum Schweizer System (IV.) mit dem Ziel, Aspekte zu eruieren, die ins Schweizer System übernommen werden könnten. Auch das Postulat *Andrey* nennt das SMCR. Abschluss bildet eine Zusammenfassung der Ergebnisse (V.).

II. Grundlagen

1. Gewähr für eine einwandfreie Geschäftsführung

Nach Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG muss jede Person, die aufgrund ihrer Zuständigkeit in einer Bank deren Fortbestand gefährden könnte,¹³ einen guten Ruf geniessen und Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten, wobei dem «Gewährsartikel» der Charakter einer Generalklausel zugesprochen wird.¹⁴ Aufgrund des Gesetzeswortlauts gibt es keine Beschränkung auf Verwaltungsrats- und Geschäfts-

leitungsmitglieder.¹⁵ Wie bereits ausgeführt, handelt es sich bei der Gewähr für einwandfreie Geschäftsführung um eine dauernd einzuhaltende Bewilligungsvoraussetzung, die aber von der FINMA in der laufenden Aufsicht nicht flächendeckend geprüft wird (wie dies ausländische Finanzmarktaufsichtsbehörden teilweise tun), sondern nur bei Mutationen und beim Vorliegen gewährsrelevanter Informationen.¹⁶ Aus Ressourcenüberlegungen ist vorliegender Ansicht nach die Einführung einer laufenden, flächendeckenden Prüfung der Gewähr abzulehnen. Ist das Gewährserfordernis bei einer Person sodann nicht mehr gegeben, setzt die FINMA zu deren Entfernung regelmässig die Instrumente der Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustands (Art. 31 FINMAG) oder des Berufsverbots (Art. 33 FINMAG) ein.¹⁷ Kommt eine Bank der Aufforderung zur Entfernung einer Person aus ihrer Gewährsposition gemäss Art. 31 FINMAG nicht nach, kann die FINMA diesen Bewilligungsentzug androhen.¹⁸ Der Bewilligungsentzug der Bank ist zudem (als *ultima ratio*) denkbar, wenn die Gewähr der Bank als Institut in Frage steht.¹⁹

2. Ziele der Finanzmarktaufsicht

Die Finanzmarktaufsicht bezweckt den Schutz der Gläubigerinnen und Gläubiger, der Anlegerinnen und Anleger, der Versicherten sowie den Schutz der Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte (Art. 4 FINMAG). Bei der «Stärkung des Ansehens und der Wettbewerbsfähigkeit des Finanzplatzes Schweiz» (Art. 4 Abs. 2 FINMAG) handelt es sich sodann um kein eigenständiges Ziel, sondern um eine Reflexwirkung des Kunden- und Marktschutzes.²⁰

¹² Bericht «Pekuniäre Verwaltungssanktionen» des Bundesrates in Erfüllung des Postulates 18.4100 vom 1. November 2018, BBl 2022 776, 12–14 *e contrario*; Zulauf et al. (Fn. 9), 219.

¹³ Winzeler (Fn. 8) mit Verweis auf René Rhinow/Manfred Bayerdörfer, Rechtsfragen der schweizerischen Bankenaufsicht, N 16.

¹⁴ Winzeler (Fn. 8), N 25; Urs Bertschinger, Bewilligungspflicht und Bewilligungsverfahren für Finanzdienstleister und Finanzprodukte, in: Peter Sester/Beat Brändli/Oliver Bartholet/Reto Schiltknecht (Hrsg.), St. Galler Handbuch

zum Schweizer Finanzmarktrecht, Finanzmarktaufsicht und Finanzmarktinfrastrukturen, Zürich 2018, 381 ff., 393.

¹⁵ Winzeler (Fn. 8), N 16; vgl. zudem Urteil (des Bundesverwaltungsgerichts) B-2204/2011 vom 24.7.2012 E. 10.1, gemäss welchem Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG auch Anwendung auf den Bewilligungsträger findet.

¹⁶ Art. 8 und 8a BankV.

¹⁷ Winzeler (Fn. 8), N 18.

¹⁸ Zulauf et al. (Fn. 9), 226.

¹⁹ Winzeler (Fn. 8), N 24.

²⁰ Winzeler (Fn. 8), N 14.

3. Corporate Governance als strategisches Ziel der FINMA

Die FINMA sprach sich im Jahresbericht 2019 erstmals öffentlich für eine massvolle Akzentuierung der Corporate-Governance-Aufsicht bei grösseren Banken und Versicherungen aus.²¹ Ferner verabschiedete der Bundesrat im Herbst 2020 die strategischen Ziele der FINMA für die Jahre 2021–2024. Dabei lautet das dritte Ziel wie folgt: «Die FINMA setzt sich dafür ein, dass die beaufsichtigten Finanzinstitute ein vorbildliches Risikomanagement betreiben, und fördert mit ihrer Aufsichtstätigkeit eine verantwortungsvolle Corporate Governance».²²

4. Spannungsverhältnis zwischen dem Enforcement- und dem Strafverfahren

Im Unterschied zu einer Strafbehörde ist es auf der Basis der geltenden Finanzmarktgesetze nicht die Aufgabe der FINMA, fehlbare Bankmanager *ex post* zu bestrafen. Vielmehr hat sie zum Schutz der obgenannten Güter²³ *ex ante* dafür zu sorgen, dass es möglichst gar nicht erst zum Missmanagement durch Bankkader kommt. Da es kaum je gelingen dürfte, mittels (initialer) Gewährsprüfung alle potenziell fehlbaren Bankmanager ausfindig zu machen, braucht es zusätzlich die genannte Meldepflicht nach Art. 29 Abs. 2 FINMAG und insbesondere auch wirksame Enforcementmassnahmen, nicht nur gegen die Banken selbst, sondern auch gegen natürliche Personen.

Insbesondere aus verfahrensrechtlichen Überlegungen scheinen vorliegender Ansicht nach die von der Politik und den Medien geforderte Verschärfung der bestehenden Enforcementmassnahmen bis hin zur Ausstattung der FINMA mit strafrechtlichen Kompetenzen aber nicht der ideale Ansatzpunkt. Während im Enforcementverfahren der FINMA sowohl die Institute als auch Bankkader kraft ihrer Organstellung zur Mitwirkung verpflichtet sind (vgl. Art. 29 FINMAG), gilt im Strafverfahren u.a. die aus dem Anspruch auf ein faires Verfahren i.S.v. Art. 6 Ziff. 1 EMRK abgelei-

tete Unschuldsvermutung (*nemo-tenetur*-Prinzip).²⁴ Bereits heute besteht ein Spannungsverhältnis zwischen der aufsichtsrechtlichen Mitwirkungspflicht und der strafprozessrechtlichen Unschuldsvermutung:²⁵ Zum einen ist die FINMA zur Strafanzeige bei den zuständigen Strafbehörden verpflichtet, wenn sie Kenntnis von gemeinrechtlichen Verbrechen und Vergehen sowie Widerhandlungen gegen das FINMAG und die Finanzmarktgesetze hat (Art. 38 Abs. 3 FINMAG). Zum anderen hat das Bundesgericht entschieden, dass es sich etwa beim Berufsverbot nach Art. 33 FINMAG um keine strafrechtliche Anklage i.S.v. Art. 6 Ziff. 1 EMRK handelt.²⁶ In der Lehre gibt es aber Stimmen, die das – auch mit Bezug auf andere Enforcementmassnahmen²⁷ – anders oder einzel-fallbasiert beurteilen.²⁸ Mit Blick auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (sog. Engelkriterien)²⁹ gibt es durchaus (auch) Argumente, bspw. das Berufsverbot oder den Entzug der Gewähr als strafrechtliche Anklagen nach Art. 6 EMRK zu qualifizieren. Die FINMA berücksichtigt das

²⁴ Urteil (des Bundesstrafgerichts) CA.2020.10 vom 2.8.2021 E. 2.1.5.5; *Zulauf et al.* (Fn. 9), 263; vgl. Bericht Pekuniäre Verwaltungssanktionen (Fn. 12), 21 f. und 23–29 m.w.H.

²⁵ Vgl. zum (Spannungs-)Verhältnis zwischen der verwaltungsrechtlichen Mitwirkungspflicht und dem *nemo-tenetur*-Prinzip *Nina Reiser*, Durchsetzung heterogener börsengesellschaftsrechtlicher Normen, Habilitationsschrift, Universität Zürich 2016, Zürich 2017, N 230 ff.

²⁶ BGE 142 II 243 E. 3.2 ff.; vgl. dazu eingehend *Melanie Gottini/Hans Caspar von der Crone*, Berufsverbot nach Art. 33 FINMAG, Bemerkungen zu BGer 2C_739/2015, SZW 2016, 640 ff.

²⁷ *Zulauf et al.* (Fn. 9), 269; *Carole C. Beck*, Enforcementverfahren der FINMA und Dissonanz zum *nemo tenetur*-Grundsatz, Zürich 2019 (=SSFM 128), 185; *Marcel A. Niggli/Stefan Maeder*, Das Enforcementverfahren der Finanzmarktaufsicht (FINMA), Jusletter vom 7.3.2016, N 30 ff.; *Damian K. Graf*, Strafrechtlicher Umgang mit Verfehlungen in der Finanzbranche, GesKR 2018, 43 ff., 46.

²⁸ Vgl. zur Frage nach der Qualifikation des Berufsverbots als strafrechtliche Anklage i.S.v. Art. 6 Ziff. 1 EMRK etwa *Felix Uhlmann*, Berufsverbot nach Art. 33 FINMAG, SZW 2011, 437 ff., 441 ff.; *Guillaume Braid*, L'interdiction d'exercer selon l'art. 33 LFINMA: étendue, délimitations et qualification, SZW 2013, 204 ff., 213 ff.; *Gottini/von der Crone* (Fn. 26), 645 ff.; *Peter Ch. Hsu/Rashid Bahar/Daniel Flühmann*, in: Rolf Watter/Rashid Bahar (Hrsg.), Basler Kommentar, FINMAG/FinfraG, 3. Aufl., Basel 2019, Art. 33 FINMAG N 10d.

²⁹ Urteil des EGMR vom 8.6.1976, Engel u.a. gegen Niederlande, Serie A Bd. 22 § 82.

²¹ Jahresbericht der FINMA 2019, verfügbar unter <<https://bit.ly/3p5dr3L>>, 22.

²² Strategische Ziele der FINMA 2021–2024, verfügbar unter <<https://bit.ly/3JFEfkk>>, 9.

²³ Vgl. zu den Zielen der Finanzmarktaufsicht Ziff. II.2.

erwähnte Spannungsverhältnis, indem sie Personen in Einvernahmen auf ihr Aussageverweigerungsrecht hinweist, falls sie sich dadurch der Gefahr einer strafrechtlichen Anklage aussetzen würden.³⁰

Würde der Gesetzgeber die FINMA mit schärferen Instrumenten ausstatten, wie etwa mit einer Busenkompetenz, stellt sich auch hierbei die Frage nach der Einhaltung der strafrechtlichen Verfahrensgarantien nach Art. 6 EMRK. Gemäss dem Bericht des Bundesrates zu den pekuniären Verwaltungsanktionen vom 23. Februar 2022 räumen die schweizerischen Gerichte den verwaltungsrechtlichen Mitwirkungspflichten bei pekuniären Verwaltungsanktionen tendenziell Vorrang gegenüber dem Schutz des *nemo-tenetur*-Grundsatzes ein, insbesondere bei gesetzlichen Informations- und Dokumentationspflichten.³¹ Zum einen könne der *nemo-tenetur*-Grundsatz keine absolute Geltung beanspruchen.³² Zum anderen befänden sich die Parteien in einem besonderen Verwaltungsrechtsverhältnis (Konzession, Bewilligung etc.),³³ weshalb das Prinzip weniger streng angewandt werden müsse als im Kernstrafrecht.³⁴ Eine konsequente Anwendung der Verfahrensgarantien nach Art. 6 Ziff. 1 EMRK, wovon mit Blick auf den genannten Bericht zwar wohl nicht bei Bussen gegen Banken als Bewilligungsträger, möglicherweise aber gleichwohl bei Bussen gegen deren Organe, die über keine FINMA-Bewilligung verfügen, auszugehen sein dürfte, bedeutete jedenfalls eine Verlangsamung des Enforcementverfahrens. Dies wäre für die Reputation des Schweizer Finanzplatzes nicht förderlich.

5. Grundsätze der prudenziellen Governance-Aufsicht

Bei der Regulierung, aber auch bei der Aufsicht lässt sich die FINMA von den miteinander verwandten Grundsätzen der Risikoorientierung und der Prinzipienbasierung leiten.³⁵ Die Risikoorientierung der FINMA bildet zunächst das allgemeine verwaltungs-

rechtliche Verhältnismässigkeitsprinzip ab und wird u.a. durch die Unterteilung der beaufsichtigten Banken in fünf Kategorien konkretisiert, die der Differenzierung der Aufsichtsintensität zugrunde liegen.³⁶ Die verschiedenen Institute werden somit nicht gleich intensiv beaufsichtigt. Vielmehr werden die Ressourcen bei den relevanten Instituten und deren Risiken gebündelt.³⁷ Am Proportionalitätsgrundsatz orientiert sich zudem auch das Rundschreiben «Corporate Governance – Banken» der FINMA, wonach die Behörde die Anforderungen an die Institute je nach Grösse, Komplexität und Struktur sowie nach Risikoprofil zu differenzieren hat.³⁸ Die eigentliche Ausgestaltung der Governance müssen die Finanzinstitute aber selbst vornehmen.³⁹

Bei der Prinzipienbasierung als zweitem Grundsatz handelt es sich um einen allgemeinen Leitgedanken der Finanzmarktregulierung,⁴⁰ der sich ebenfalls im Rundschreiben «Corporate Governance – Banken» der FINMA wiederfindet. Ferner ist die Prinzipienbasierung massgebend für die Ausgestaltung des Aufsichtsalltags.⁴¹ Die in den Gesetzen und Verordnungen enthaltenen qualitativen Vorschriften sind nur allgemein formuliert.⁴² Die Finanzmarktregulierung besteht aus Rahmengesetzen.⁴³ Damit bleibt es den Beaufsichtigten überlassen, festzulegen, wie sie die Prinzipien betriebsintern umzusetzen gedenken.⁴⁴ Die Finanzinstitute können folglich die Governance entlang und gemäss den unternehmensspezifischen, sich aus dem jeweiligen Geschäftsmodell ergebenden Risiken konzipieren und ausgestalten. Denn auch eine flächendeckende, differenzierte und detaillierte

³⁰ Zulauf et al. (Fn. 9), 279 f. und 282 m.w.H.; Beck (Fn. 27), 303 ff. m.w.H.

³¹ Bericht Pekuniäre Verwaltungsanktionen (Fn. 12), 74.

³² BGE 140 II 384 E. 3.3.5; BGE 142 IV 207 E. 8.3.3; Urteil (des Bundesgerichts) 6B_439/2010 vom 29. Juni 2010 E. 5.3.

³³ BGE 140 II 384 E. 3.3.4.

³⁴ Bericht Pekuniäre Verwaltungsanktionen (Fn. 12), 117.

³⁵ Thomas Bauer, Governance im Fokus der Bankenaufsicht, EF 2021, 608 ff., 609.

³⁶ Bauer (Fn. 35), 610.

³⁷ Jan Blöchliger, in: Peter Sester/Beat Brändli/Oliver Bartholet/Reto Schiltknecht (Hrsg.), St. Galler Handbuch zum Schweizer Finanzmarktrecht, Finanzmarktaufsicht und Finanzmarktinfrastrukturen, Zürich 2018, 400 ff., 409.

³⁸ FINMA-RS 17/1 «Corporate Governance – Banken», verfügbar unter <<https://bit.ly/3BRfHmU>>, N 8.

³⁹ Bauer (Fn. 35), 610 m.w.H.

⁴⁰ Art. 7 Abs. 2 FINMAG.

⁴¹ Bauer (Fn. 35), 610.

⁴² Verordnung zum Finanzmarktaufsichtsgesetz – Erläuternder Bericht zur Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens, 1.5.2019, verfügbar unter <<https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/56742.pdf>>, 6.

⁴³ Christoph B. Bühler, Gewährsartikel: Regulierung der FINMA an der Grenze von Rechtsetzung und Rechtsanwendung, SJZ 2014, 25 ff., 26.

⁴⁴ FINMA, Rundschreiben «Corporate Governance – Banken» (Fn. 38), *passim*.

Regulierung würde die Vielfalt der im Markt vorhandenen, unterschiedlichen Geschäftsmodelle kaum je alle erfassen können. Anders als bei quantitativen Vorgaben im Finanzmarktrecht (Kapital, Liquidität) liegt es somit im Bereich der Governance am Finanzinstitut selbst, sich ein adäquates Risikomanagement zu verordnen.⁴⁵

III. Gewährsprüfung durch die FINMA

1. Vorgängige Bewilligungspflicht von Organmutationen

Am 1. Januar 2019 ist in der Schweiz Art. 8a BankV in Kraft getreten. Die Norm äussert sich erstmalig generell zu den Pflichten von Banken mit Blick auf die Änderung von Tatsachen, die der Bewilligung zugrunde liegen. Nach Abs. 1 sind jegliche solche Änderungen der FINMA zu melden. Handelt es sich um Änderungen von wesentlicher Bedeutung, ist gemäss Abs. 2 für die Weiterführung der Tätigkeit vorgängig die Bewilligung der FINMA einzuholen. Bis anhin wurden Änderungen der in Art. 8 BankV genannten Angaben zu Personen und Beteiligten von den beaufsichtigten Instituten in gewissen Konstellationen auf freiwilliger Basis gemeldet und von der FINMA zur Kenntnis genommen. Art. 8a BankV fokussiert nun nicht auf Organmutationen, sondern spricht generell von der Bewilligung zugrunde liegenden Tatsachen und unterscheidet zwischen melde- und bewilligungspflichtigen Änderungen.⁴⁶

Das Bankengesetz inkl. ausführender Erlasse statuieren zwar keine explizite Bewilligungspflicht von Organmutationen. Die einschlägigen Bestimmungen für Wertpapierhäuser sehen aber eine Bewilligungspflicht für Organmutationen vor. Vorliegender Ansicht nach würde es somit der *ratio legis* von Art. 8a Abs. 2 BankV geradezu widersprechen, wenn die FINMA Organmutationen nicht darunter subsumieren würde.⁴⁷ Zum einen dürfte die Wesentlichkeit der Zusammensetzung von Geschäftsleitung und Verwaltungsrat unbestritten sein. Mit Blick auf die Bewilligungskaskade, wonach die Bewilligung zur Tätigkeit als Bank u.a. auch zur Tätigkeit als Wertpapierhaus ermächtigt (vgl. Art. 6 Abs. 1 FINIG), kann es zum anderen

nicht sein, hier bei Wertpapierhäusern, einer im Vergleich zu Banken weniger risikohaften Institutsart, strenger zu sein als bei Banken selbst.⁴⁸ Dies hält nun auch die im September des vergangenen Jahres publizierte Wegleitung «Organmutationen» der FINMA fest. Ziff. III stellt klar, dass der FINMA eine Organmutation vorgängig einzureichen ist,⁴⁹ Organmutationen also i.S.v. Art. 8a Abs. 2 BankV vor Amtsantritt durch die FINMA zu bewilligen sind.

Bei einer Verletzung der Bewilligungspflicht würde die FINMA aufsichtsrechtlich gegen die Ausübung der Gewährsposition einschreiten, wenn die Gewähr nicht gegeben ist. Bereits die Bekanntgabe einer Nomination bzw. die Nomination ohne positive Rückmeldung der FINMA über die Gewährsprüfung birgt somit sowohl für das Institut als auch für das betreffende Organ Reputationsrisiken. Nach Art. 49 Abs. 1 lit. b BankG wird sodann mit Busse von bis zu CHF 500 000 bestraft, wer es vorsätzlich unterlässt, die vorgeschriebenen Meldungen an die FINMA zu erstatten. Bei Fahrlässigkeit kommt eine Busse von bis zu CHF 150 000 in Betracht (Art. 49 Abs. 2 BankG). Ist eine Organmutation ohne positive Rückmeldung der FINMA über die Gewährsprüfung von dieser Strafnorm erfasst? Zum einen bezieht sich die genannte Norm ausdrücklich auf die gemäss Gesetz vorgeschriebenen Meldungen. Vorliegend haben wir es aber nicht mit einer Melde-, sondern mit einer Bewilligungspflicht zu tun. Zum anderen ist zweifelhaft, ob die Strafbarkeit nach Art. 49 Abs. 1 Bst. b BankG eine nicht im BankG, sondern auf Verordnungsstufe vorgesehene Pflicht erfasst, die zudem erst lange nach der Einführung der einschlägigen Strafbarkeitsbestimmung in Kraft getreten ist. Vorliegender Ansicht nach dürfte sich die Begründung einer Strafbarkeit daher als schwierig erweisen.

2. Adressatenkreis

Gemäss Ziff. I.1 der Wegleitung «Organmutationen» sind jegliche Wechsel im Verwaltungsrat und in der Geschäftsleitung von Banken bewilligungspflichtig, d.h. auch Austritte und Funktionsänderungen. Auch im Falle eines Austritts eines Mitglieds oder einer Funktionsänderung muss die Funktionsfähigkeit des

⁴⁵ Zum Ganzen: *Bauer* (Fn. 35), 610.

⁴⁶ Zum Ganzen: *Reiser/Dobbins* (Fn. 7), 373 f.

⁴⁷ Vgl. dazu *Reiser/Dobbins* (Fn. 7), 391 m.w.H.

⁴⁸ Nach Art. 10 lit. b FINIV i.V.m. Art. 8 Abs. 2 FINIG sind Wertpapierhäuser explizit dazu verpflichtet, Organmutationen vorgängig von der FINMA bewilligen zu lassen.

⁴⁹ Wegleitung Organmutationen (Fn. 8), Ziff. III.

Gesamtgremiums sichergestellt sein. Infolgedessen ist eine Prüfung der Gewähr grundsätzlich bei jeder Erstwahl und bei einer Funktionsänderung eines Verwaltungsrats- oder Geschäftsleitungsmitglieds vor Antritt der jeweiligen Funktion erforderlich.⁵⁰ Hingegen sind Wechsel von Schlüsselpersonen, die nicht der Geschäftsleitung oder dem Verwaltungsrat angehören, nach aktueller Praxis der FINMA *e contrario* nur in Ausnahmefällen bewilligungspflichtig.

3. Properness- und Fitnessprüfung

Die Gewähr setzt sich aus den beiden Komponenten fachliche Eignung (Fitness) für die konkret angestrebte Funktion und Integrität (Properness) zusammen.⁵¹ Zur fachlichen Eignung zählen die Fachkompetenz und die Fähigkeiten der betreffenden Person, wobei Aspekte wie Fachkenntnisse, Ausbildung, Laufbahn etc. hierbei zentrale Aspekte bilden.⁵² Die Integrität bildet sodann die moralische Komponente. Die Integrität einer Person wird dabei bejaht, wenn sich diese in den relevanten Bereichen korrekt verhält und vertrauenswürdig ist.⁵³ Gemäss der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist unter korrektem Verhalten «in erster Linie die Beachtung der Rechtsordnung, d.h. der Gesetze und der Verordnungen, namentlich im Banken- und Börsenrecht, aber auch im Zivil- und Strafrecht sowie der Statuten und des internen Regelwerks der Bank (...), zu verstehen. Mit anderen Worten ist mit dem Gebot einwandfreier Geschäftstätigkeiten nicht zu vereinbaren, wenn das Geschäftsgebaren gegen einschlägige Rechtsnormen, interne Regelwerke, Standesregeln oder vertragliche Vereinbarungen mit Kunden, bzw. gegen die Treue- und Sorgfaltspflicht diesen gegenüber, verstösst».⁵⁴ Die FINMA prüft sowohl die Fitness als auch die Properness vor der Aufnahme einer neuen Funktion. Während der Schweizer Regulator bei der Properness eigenständige und detaillierte Abklärungen trifft, bilden bei der Fitness die entsprechenden Auswahlpro-

zesse und Ausführungen der jeweiligen Bank die Basis für die Beurteilung durch die Behörde.⁵⁵

Dies steht im Einklang mit dem vorhin erläuterten Grundsatz der Prinzipienbasierung.⁵⁶ Falls erforderlich, kann die FINMA im Einzelfall jedoch nachfragen und bei Bedarf «Massnahmen vorschlagen bzw. zusätzliche Anforderungen an zukünftige Gewährspersonen richten».⁵⁷ In Übereinstimmung mit dem vorhin thematisierten Grundsatz der Risikoorientierung⁵⁸ berücksichtigt die FINMA bei der Beurteilung zudem die unterschiedlichen Grössen, Komplexitäten, Strukturen, Geschäftstätigkeiten und Risiken der Beaufsichtigten.⁵⁹ Die Wegleitung «Organmutationen» hält im Einzelnen fest, was sie mit Blick auf die Properness und die Fitness genau prüft und welche Unterlagen zur kandidierenden Person und zum Institut einzureichen sind. Im Falle eines negativen Entscheids eröffnet die FINMA das Prüfungsergebnis auf Verlangen des Instituts in der Form einer anfechtbaren Verfügung.⁶⁰

4. Persönliche Zurechenbarkeit

Für einen negativen Entscheid braucht die FINMA handfeste Anhaltspunkte gegen die Gewähr der kandidierenden Person in Bezug auf die von dieser konkret angestrebte Funktion. Blosser Zweifel genügen nicht. Dies entspricht der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Berufsverbot nach Art. 33 FINMAG.⁶¹ Dabei reicht es aber gemäss der Praxis der FINMA grundsätzlich, wenn bei einer kandidierenden Person bereits einmal ein einschlägiges Fehlverhalten festgestellt wurde, das nicht durch zwischenzeitliches Wohlverhalten geheilt wurde.⁶²

⁵⁰ Vgl. zur Bewilligungspflicht bei Organmutationen Ziff. III.1.

⁵¹ *Bischof* (Fn. 9), N 622.

⁵² *Bischof* (Fn. 9), N 700.

⁵³ *Bischof* (Fn. 9), N 623 und 628.

⁵⁴ Urteil (des Bundesverwaltungsgerichts) B-3708/2007 vom 4.3.2008 E. 3.1.

⁵⁵ Zum Ganzen: Wegleitung Organmutationen (Fn. 8), Ziff. I.5.

⁵⁶ Vgl. zur Prinzipienbasierung Ziff. II.5.

⁵⁷ Wegleitung Organmutationen (Fn. 8), Ziff. I.5.

⁵⁸ Vgl. zur Risikoorientierung Ziff. II.5.

⁵⁹ Wegleitung Organmutationen (Fn. 8), Ziff. I.6.

⁶⁰ Wegleitung Organmutationen (Fn. 8), Ziff. I.7.

⁶¹ Vgl. auch BGE 142 II 243 E. 2.2 und *Hsu/Bahar/Flühmann* (Fn. 28), N 16, gemäss welchen die Person eine schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen schuldhaft und kausal bewirkt haben muss.

⁶² Vgl. auch Urteil (des Bundesverwaltungsgerichts) B-2204/2011 vom 24.7.2012 E. 11.2, gemäss welchem bei einem aufsichtsrechtlichen Verfahren der Umstand der Wiederholung als erschwerend berücksichtigt wird.

In der Praxis ist indes in vielen kritischen Fällen ein individuelles Fehlverhalten nicht erwiesen. Geht es bspw. um eine kandidierende Person, die zuvor in leitender Stellung bei einem Institut tätig war, welchem schwere Verstösse gegen Aufsichtsrecht vorgeworfen werden, die jedoch innerhalb der Organisation niemandem direkt angelastet werden können, so kommt eine Verweigerung der Bewilligung meist nicht in Frage. Anders ist die Rechtslage, wenn die FINMA konkrete Hinweise auf gewährsrelevantes Verhalten der betreffenden Person hat. Diesfalls kann sie grundsätzlich jederzeit ein Gewährsverfahren gegen die betreffende Person eröffnen mit dem möglichen Ergebnis, dass der betreffenden Person die Gewähr entzogen wird.

5. Expectation Gap

Das zentrale Problem bei der Gewährsprüfung besteht im Expectation Gap (Erwartungslücke) zwischen dem, was die FINMA durch die Gewährsprüfung herausfinden kann, und dem, was die Gewährsprüfung verspricht: Bekanntlich ist es selbst in einem Assessment Center schwierig herauszufinden, ob sich ein Kandidat in heiklen Situationen korrekt verhält. Plakativ ausgedrückt kann die Gewährsprüfung nur – aber immerhin – verhindern, dass bekannte «Gauner» (Properness) und für die betreffende Funktion ungeeignete Personen (Fitness) eine Leitungsfunktion in einer Bank erhalten.

IV. Senior Managers and Certification Regime der PRA bzw. der FCA in Grossbritannien

1. Überblick

In Grossbritannien führten die PRA und FCA das Senior Managers and Certification Regime (SMCR) im März 2016⁶³ mit dem Ziel ein, die Verantwortlichkeit natürlicher Personen zu erhöhen und es den Institu-

ten und den Regulatoren zu erleichtern, diese zur Verantwortung zu ziehen.^{64/65} Es gilt für Institute, die von der PRA und der FCA oder nur von einer der beiden Behörden beaufsichtigt werden (Banken, Versicherer, Investment Firms)⁶⁶ und umfasst im Wesentlichen die nachfolgenden Elemente. Zunächst gilt das Senior Managers Regime (SMR) für die Inhaber einer von der PRA bzw. der FCA vorgegebenen «Senior Management Function».⁶⁷ Im Vergleich mit den durch die FINMA gemäss aktueller Praxis geprüften Gewährspersonen (Mitglieder von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung)⁶⁸ scheinen beim operativen Management deutlich mehr Funktionsträger vom SMR erfasst zu sein.⁶⁹ Demgegenüber werden auf

⁶³ Für Versicherungsdienstleister seit Dezember 2018 und für die restlichen, lediglich von der FCA beaufsichtigten Finanzdienstleister, seit Dezember 2019 in Kraft (House of Commons Library, Briefing Paper, Executive accountability in financial services: the Senior Managers and Certification Regime, in: Briefing Paper No. 9186, 15.3.2021, verfügbar unter <<https://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/CBP-9168/CBP-9168.pdf>>, 10).

⁶⁴ Vgl. FCA (Financial Conduct Authority), «Senior Managers and Certification Regime», verfügbar unter <<https://www.fca.org.uk/firms/senior-managers-certification-regime>>; FCA, Strengthening Accountability in Banking: A New Regulatory Framework for Individuals, FCA Consultation Paper (CP) 14/13, PRA CP 14/14, Juli 2014, verfügbar unter <<https://www.fca.org.uk/publication/consultation/cp14-13.pdf>>, 5; diese Ziele ergeben sich auch aus dem zweiteiligen Bericht PCBS (Parliamentary Commission on Banking Standards), Changing Banking for Good, First Report of Session 2013–14, Volume I: Summary, and Conclusions and recommendations, Juni 2013, verfügbar unter <<https://www.parliament.uk/globalassets/documents/banking-commission/Banking-final-report-volume-i.pdf>> und PCBS, Changing Banking for Good, Report of the Parliamentary Commission on Banking Standards, Volume II: Chapters 1 to 11 and Annexes, together with formal minutes, Juni 2013, verfügbar unter <<https://www.parliament.uk/globalassets/documents/banking-commission/Banking-final-report-vol-ii.pdf>>.

⁶⁵ Vorliegend wird im Sinne eines Überblicks bloss auf die in Bezug auf die hier untersuchte FINMA-Gewährsprüfung relevanten, wichtigsten Merkmale des SMCR eingegangen. Vgl. eingehend zum SMCR Susan Emmenegger, Das UK Senior Managers and Certification Regime (SMCR), AJP 2022, 817 ff.

⁶⁶ FCA, The Senior Managers and Certification Regime: Guide for FCA solo-regulated firms, Juli 2019, verfügbar unter <<https://www.fca.org.uk/publication/policy/guide-for-fca-solo-regulated-firms.pdf>>, 5.

⁶⁷ Bank of England, Strengthening the link between seniority and accountability: the Senior Managers and Certification Regime, Quarterly Bulletin Q3, 2018, verfügbar unter <<https://www.bankofengland.co.uk/-/media/boe/files/quarterly-bulletin/2018/senior-managers-certification-regime>>, 3; vgl. für detailliertere Ausführungen hierzu auch Emmenegger (Fn. 65), 825 f.

⁶⁸ Vgl. Ziff. III.2.

⁶⁹ FCA Handbook, Glossary, Release 22, August 2022, verfügbar unter <<https://www.handbook.fca.org.uk/handbook/Glossary.pdf>>, S13. Zum Ganzen: Bank of England, Ap-

Stufe Aufsichtsorgan, soweit ersichtlich, gewöhnliche Mitglieder nicht abgedeckt, sondern nur jene mit spezifischen Rollen wie Verwaltungsratspräsident, Präsident eines Ausschusses oder Senior Independent Director.⁷⁰ Für jeden Senior Manager muss ein klar formuliertes «Statement of Responsibilities» die jeweiligen Verantwortlichkeiten aufzeigen.⁷¹ Ändern die Verantwortlichkeiten eines Senior Managers, ist das Statement of Responsibilities aufzudatieren und neu einzureichen.⁷² Darüber hinaus haben die Institute einen Überblick über ihr Management und ihre Governance in den sog. «Management Responsibilities Maps» darzustellen.⁷³ Nach einer vorgängigen Prüfung von Fitness und Properness durch die jeweiligen Institute werden Senior Manager von der PRA bzw. der FCA bewilligt.⁷⁴ Dabei können die genannten Behörden die Bewilligung unter Auflagen oder auch nur für einen begrenzten Zeitraum erteilen.⁷⁵ Die per Ende 2020 durchgeführte Evaluation hat indes gezeigt, dass von diesen beiden Mitteln bisher noch we-

niger Gebrauch gemacht wird, als im Vorfeld angenommen wurde.⁷⁶

Sodann ist das Certification Regime (CR) auf Personen anwendbar, die nicht dem Senior Management Regime unterstehen, aber als «Significant Risk-taking Individuals» qualifizieren,⁷⁷ weil sie einen wesentlichen Einfluss auf Kunden, das Unternehmen oder die Marktintegrität haben und somit «Significant Harm Functions» wahrnehmen.⁷⁸ Die Funktionen sind in Kategorien zusammengefasst wie bspw. «Significant Management Functions», «Proprietary Traders», «Functions Subject to Qualification Requirements», «Client Dealing Functions», Vorgesetzte von Mitarbeitenden in «Certified Functions», die selbst nicht Senior Manager sind, «Material Risk Takers» und «Algorithmic Traders».⁷⁹ Personen, auf die das CR Anwendung findet, unterstehen keiner Bewilligungspflicht durch die FCA bzw. die PRA.⁸⁰

Darüber hinaus wurden sog. «Regulatory References» als Teil des Anstellungsprozesses von Personen eingeführt, die unter das SMR und das CR fallen.⁸¹ Institute müssen demnach zwingend Referenzen der Arbeitgeber der vergangenen sechs Jahre einholen.⁸² Damit soll verhindert werden, dass sog. «Rolling Bad Apples» – Personen mit zweifelhafter Vergangenheit – von einem Institut zum andern wechseln.⁸³ Nahezu alle Mitarbeitenden der betreffenden Institute unterliegen zudem «Conduct Rules» (Verhaltenspflichten), wobei für die Senior Manager erhöhte Conduct-Anforderungen gelten.⁸⁴ Die Institute sind verpflichtet, die Regulatoren über (vermutete) Verstöße der «Conduct Rules» und bereits dagegen

proach to Non-Executive Directors in Banking and Solvency II Firms & Application of the Presumption of Responsibility to Senior Managers in Banking Firms, London, 2015, verfügbar unter <<https://www.bankofengland.co.uk/-/media/boe/files/prudential-regulation/consultation-paper/2015/cp715.pdf?la=en&hash=D5A1F3E1852C8D83B785CA99EE6924B2FD1F094A>>.

⁷⁰ Vgl. dazu PRA (Prudential Regulation Authority), Supervisory Statement SS28/15, Strengthening individual accountability in banking, Dezember 2021 (zuletzt geändert Juni 2021), verfügbar unter <<https://www.bankofengland.co.uk/-/media/boe/files/prudential-regulation/supervisory-statement/2021/ss2815-december-2021.pdf>>, Ziff. 2.4.

⁷¹ Bank of England, Seniority and Accountability (Fn. 67), 3 f.; FCA, Handbook SYSC (Senior Management Arrangements, Systems and Controls), verfügbar unter <<https://www.handbook.fca.org.uk/handbook/SYSC/>>, Ziff. 25.4.2.

⁷² Sec. 62A(2) FSMA 2000.

⁷³ Vgl. FCA, Handbook SYSC (Fn. 71), Ziff. 25.2.1 und 25.4.2. Bestimmte Verantwortlichkeiten sind zudem nicht fix mit einer Funktion verknüpft, sondern müssen einzelnen Mitgliedern des Managements zugeteilt werden (z.B. betreffend Implementierung der Firmenkultur, Effektivität der Whistleblowing Policy und Umgang mit Outsourcing).

⁷⁴ Vgl. Sec. 61 FSMA 2000 (Financial Services and Markets Act 2000). FCA/PRA haben die Möglichkeit, zu diesem Zweck Interviews durchzuführen (vgl. dazu Slaughter and May, SMF Interviews at the FCA and PRA: A Practical Guide for Firms Subject to the SMCR, April 2019, verfügbar unter <<https://prodstoragesam.blob.core.windows.net/highq/2536406/smf-interviews-at-the-fca-and-pra-a-practical-guide-for-firms-subject-to-the-smcr.pdf>>).

⁷⁵ Sec. 61(2B) FSMA 2000.

⁷⁶ PRA (Prudential Regulation Authority), Evaluation of the Senior Managers and Certification Regime, Dezember 2020, verfügbar unter <<https://www.bankofengland.co.uk/-/media/boe/files/prudential-regulation/report/evaluation-of-smcr-2020.pdf>>, 5.

⁷⁷ PRA, Evaluation of SMCR (Fn. 76), 8.

⁷⁸ Vgl. Sec. 63E(5) FSMA.

⁷⁹ Vgl. FCA, Handbook SYSC (Fn. 71), Ziff. 27.7.3, mit Definitionen der einzelnen Kategorien in Ziff. 27.8.

⁸⁰ PRA, Evaluation of SMCR (Fn. 76), 8.

⁸¹ PRA, Evaluation of SMCR (Fn. 76), 9.

⁸² PRA, Evaluation of SMCR (Fn. 76), 9.

⁸³ Bank of England, Fair and Effective Markets Review – Final Report, Juni 2015, verfügbar unter <<https://www.bankofengland.co.uk/-/media/boe/files/report/2015/fair-and-effective-markets-review-final-report.pdf>>, Ziff. 5.1.2, N 12.

⁸⁴ PRA, Evaluation of SMCR (Fn. 76), 9.

erhobene Massnahmen zu informieren.⁸⁵ Die Prüfung der Fitness und der Properness betrifft sowohl die unter das SMR als auch die unter das CR fallenden Personen, wobei für Letztere die Prüfung ausschliesslich durch das Institut vorgenommen wird.⁸⁶ Auch für Senior Manager muss somit eine derartige Prüfung durch das Institut vorgenommen werden, die aber zusätzlich durch die FCA bzw. die PRA entsprechend bewilligt werden muss.⁸⁷ Die Institute haben die Fitness und die Properness für beide Mitarbeiterkategorien jährlich zu überprüfen.⁸⁸ Darüber hinaus zählen ergänzend auch die «Remuneration Rules» (Regeln zur Vergütung) zum SMCR, obwohl sie zumindest teilweise unabhängig davon schon früher eingeführt wurden. Unter bestimmten Voraussetzungen können bspw. variable Vergütungen für einen bestimmten Zeitraum zurückgestellt oder bereits ausbezahlte Vergütungen zurückgefordert werden.⁸⁹ Die Verhältnismässigkeit wird offenbar dadurch sichergestellt, dass die Institute mit Blick auf die Einhaltung des SMCR in verschiedene (Risiko-) Kategorien eingeteilt werden mit entsprechend unterschiedlich strengen Anforderungen.⁹⁰

⁸⁵ Bank of England, Fair and Effective Markets Review (Fn. 83), Ziff. 5.1.2, N 9.

⁸⁶ Bank of England, Seniority and Accountability (Fn. 67), 5 f. Diese Aufteilung stellt offenbar im Vergleich zu vorher eine Erleichterung dar, da früher die Regulatoren auch für die Prüfung der nun unter das CR fallenden Personen zuständig waren.

⁸⁷ Vgl. Sec. 60A FSMA 2000.

⁸⁸ PRA, Evaluation of SMCR (Fn. 76), 15. Sie sind gegeben, wenn die nötigen Qualifikationen, Ausbildungen, Kompetenzen und persönlichen Charakteristika vorliegen, um die Funktion effektiv und im Einklang mit den einschlägigen Anforderungen auszuüben und ein «sound and prudent»-Management sicherzustellen (PRA, Evaluation of SMCR [Fn. 76], 9).

⁸⁹ Bank of England, Fair and Effective Markets Review (Fn. 83), Executive Summary, N 15.

⁹⁰ PRA, Evaluation of SMCR (Fn. 76), 5. Differenziert wird zwischen Limited Scope, Core oder Enhanced Firms, wobei die Limited Scope Firms reduzierten und die Enhanced Firms strengeren Anforderungen zu genügen haben als Core Firms. So muss bspw. eine Enhanced Firm deutlich mehr SMF (Senior Management Functions) zwingend besetzen als eine Core oder eine Limited Scope Firm. Zudem fliessen die Grösse und die Komplexität des Instituts in die Beurteilung individueller Anforderungen ein. Gegen 80% der Beaufsichtigten halten das SMCR für verhältnismässig, wobei die Beurteilung bei den kleineren Instituten kritischer ausfällt.

2. Vergleich des Schweizer Systems mit dem Senior Managers and Certification Regime

2.1 Regulatorische Grundlagen

Das SMCR ist im britischen Financial Services and Markets Act (FSMA) selbst angelegt.⁹¹ Der FSMA entspricht von der Normstufe her einem Bundesgesetz in der Schweiz. Inhaltlich kann der FSMA als «Mantelerlass» für die Finanzmarktregulierung in Grossbritannien bezeichnet werden.⁹² Diese regulatorische Ausgangslage unterscheidet sich somit klar von derjenigen in der Schweiz. Die FINMA verfügt nicht über vergleichbar granular auf Gesetzesstufe festgehaltene Kompetenzen und Ermächtigungen.

2.2 Adressatenkreis

Auf der Stufe des operativen Managements ist der Adressatenkreis in Grossbritannien deutlich weiter als gemäss aktueller Praxis der FINMA. Beim Aufsichtsorgan gibt es demgegenüber nur spezifische Vorgaben für den Verwaltungsratspräsidenten, die Präsidenten von Ausschüssen und den sog. «Senior Independent Director». Neben den Senior Managers haben zudem noch weitere sog. «Significant Risk-taking Individuals» ebenfalls Anforderungen an die Properness und die Fitness zu erfüllen. Letztere unterliegen aber keiner Prüfung durch die PRA bzw. die FCA. Demgegenüber prüft die FINMA derzeit nur die Gewähr sämtlicher Verwaltungsrats- und Geschäftsleitungsmitglieder systematisch, diejenige von Schlüsselpersonen aber nur in Ausnahmefällen.⁹³ Besondere Rollen haben dabei der Verwaltungsratspräsident

⁹¹ Änderungen des FSMA gemäss Sec. 18–35 Financial Services Banking Reform Act 2013.

⁹² Er beinhaltet neben den Kompetenzen der Bank of England (BoE), FCA und PRA auch die Bewilligungsanforderungen für Finanzdienstleister, weitgehende Conduct-Regeln und eben auch das SMCR. Auf den Schweizer Regulierungsrahmen übertragen entsprechen diese Themenkreise somit einem Zusammenschchnitt aus FINMAG, BankG, FINIG, FIDLEG, VAG, FinfraG und GwG. Der FSMA beinhaltet beispielsweise eine Definition für den Begriff des «Senior Managers» sowie eine Delegation an die FCA und PRA, diesen Begriff weiter im Rahmen ihres Handbooks/Rulebooks zu konkretisieren. Ferner ist das Zustimmungs-/Antragsverfahren des SMCR detailliert in einzelnen Bestimmungen geregelt und auch für die Durchsetzung von Negativverfügungen gibt es für die FCA und die PRA entsprechende rechtliche Grundlagen.

⁹³ Vgl. dazu vorne Ziff. III.2.

und der Vorsitzende der Geschäftsleitung. Beim Verwaltungsrat liegt der Fokus sodann auf dem Risk- und Audit-Know-how, bei der Geschäftsleitung wird ein besonderes Augenmerk auf die Kontrollfunktionen gelegt.

Der Fokus der FINMA auf Verwaltungsrats- und Geschäftsleitungsmitglieder ist Ausfluss der im Laufe der Zeit entwickelten Aufsichtspraxis. Würde auf die tatsächlich ausgeübte Funktion und den massgeblichen Einfluss auf die Geschäftsführung abgestellt, könnten – je nach Grösse und Risikoprofil des jeweiligen Instituts – andere wichtige, unterhalb der Geschäftsleitung angesiedelte Rollen wie bspw. der Chief Risk Officer, der Chief Compliance Officer, der Head of Trading, der Head of Credit oder der Head Internal Audit ebenfalls als gewährsrelevant eingestuft und in die Gewährsprüfung einbezogen werden. Die Erweiterung des systematisch auf seine Gewähr hin überprüften Adressatenkreises nach dem Vorbild von Grossbritannien wäre für die FINMA allerdings sehr ressourcenintensiv.⁹⁴ Die aktuelle Abgrenzung anhand der Organzugehörigkeit schafft zudem klare Verhältnisse für beide Seiten. Sie führt aber u.a. auch dazu, dass sich die Gewähr für die operative Geschäftstätigkeit bei grossen Instituten im Vergleich zu Grossbritannien auf verhältnismässig wenige Personen verteilt. Für eine Erweiterung der Gewährsträger und damit der Gewährsträgerprüfung auf wesentliche Funktionen unterhalb der Stufe Geschäftsleitung wäre keine Gesetzesänderung notwendig.^{95/96} Aus Rechtssicherheits- und Ressourcenüberlegungen gälte es, eine allfällige Erweiterung der systematischen Gewährsprüfung auf einen beschränkten Kreis klar definierter Schlüsselpersonen einzuzugrenzen.

2.3 Rolle der Institute bei der Gewährsprüfung

Die PRA bzw. die FCA verlangen von den Instituten u.a. die Einholung von Referenzen bei früheren Ar-

beitgebern.⁹⁷ Zudem müssen sie bei Senior Managern vor Einreichung des Gesuchs selbst eine Prüfung von Properness und Fitness durchführen und diese jährlich wiederholen.⁹⁸ Bei den dem CR unterliegenden Personen obliegen die Prüfung von Properness und Fitness sowie das jährliche Assessment vollständig dem Institut.⁹⁹ Wie erwähnt, geht es hier um Personen, die nach aktueller Praxis der FINMA keiner Gewährsprüfung unterliegen.

In der Schweiz legt der Verwaltungsrat die Anforderungsprofile seiner Mitglieder, seines Präsidenten und allfälliger Ausschussmitglieder sowie des Vorsitzenden der Geschäftsleitung fest und schafft damit eine Grundlage für die für ein Mandat erforderliche Fitness. Zudem genehmigt und beurteilt er periodisch das Anforderungsprofil der übrigen Mitglieder der Geschäftsleitung, des Chief Risk Officers und des Leiters der internen Revision.¹⁰⁰ Des Weiteren muss das Institut der FINMA das Anforderungsprofil für die zu besetzende Position und das Gesamtgremium sowie Erläuterungen zum Auswahlprozess einschliesslich einer Beurteilung, aufgrund welcher Überlegungen das Institut die kandidierende Person als für die zu besetzende Position geeignet betrachtet, einreichen.¹⁰¹

Es wäre denkbar, die Institute entsprechend dem Vorbild von Grossbritannien zu einer der Einreichung einer Nomination bei der Behörde vorausgehenden eigenen, formellen Prüfung von Properness und Fitness anzuhalten und diese periodisch wiederholen zu lassen. Ferner könnte die Einführung eines Referenzsystems geprüft werden, indem der neue Arbeitgeber zur Einholung und die ehemaligen zur Abgabe einer Referenz verpflichtet werden. So zeigt die Evaluation der PRA von Ende 2020 diesbezüglich eher positive Ergebnisse.¹⁰² Dies könnte zu einer besseren Reflexion und zu einer gewissen Standardisierung der Nominationen führen. Zumindest teilweise wird dies aber schon durch die aktuell einzureichenden Unterlagen (Anforderungsprofil für die zu besetzende Position und das Gesamtgremium sowie Erläuterungen zum Auswahlprozess einschliesslich einer Beurtei-

⁹⁴ Auf diese Problematik weist auch *Emmenegger* hin, welche die regulatorischen Herausforderungen für eine Umsetzung des SMCR in der Schweiz betont. Die Übernahme des Systems von Grossbritannien bedürfe eines «Swiss Finish» im positiven Sinne (*Emmenegger* [Fn. 65], 830).

⁹⁵ Die rechtlichen Grundlagen würden es aber wie erwähnt erlauben, über die Mitglieder der genannten Gremien hinaus auch weitere Personen zu erfassen, die aufgrund ihrer Zuständigkeit in der Bank deren Fortbestand gefährden könnten.

⁹⁶ Vgl. Ziff. II.1.

⁹⁷ Vgl. Ziff. IV.1.

⁹⁸ Vgl. Ziff. IV.1.

⁹⁹ Vgl. Ziff. IV.1.

¹⁰⁰ FINMA, Rundschreiben «Corporate Governance – Banken» (Fn. 38), N 27.

¹⁰¹ Wegleitung Organmutationen (Fn. 8), Ziff. IV.2.

¹⁰² PRA, Evaluation of SMCR (Fn. 76), 15.

lung, aufgrund welcher Überlegungen das Institut die kandidierende Person als für die zu besetzende Position geeignet betrachtet) genügend abgedeckt. Zwar sind die Institute nicht zu einer jährlichen Prüfung von Properness und Fitness verpflichtet, haben aber der FINMA aufgrund von Art. 29 FINMAG gewährsrelevante Vorkommnisse zu melden. Schliesslich ist davon abzusehen, den Instituten die Prüfung von Fitness und Properness gänzlich zu übertragen oder eine Kategorie von Mitarbeitenden zu schaffen, deren Fitness und Properness allein durch die Institute geprüft wird, ist doch in der Schweiz die Population der bewilligungspflichtigen Gewährsträger ohnehin deutlich kleiner als in Grossbritannien. Für eine formelle Prüfung von Fitness und Properness durch die Institute sowie für ein allfälliges Referenzsystem bedürfte es vorliegender Ansicht nach einer Rechtsgrundlage. Aus den obgenannten Gründen sollte darauf verzichtet werden.

2.4 Verantwortlichkeitsdokument?

Die FCA bzw. die PRA arbeiten mit klar definierten Rollen, indem sie den Instituten mehr oder weniger vorgeben, welche Funktionen sie zu besetzen haben und welche Verantwortlichkeiten diese umfassen. Eine Feinabstimmung für das jeweilige Institut bzw. die jeweilige Person findet in der Management Responsibilities Map bzw. im konkreten Statement of Responsibilities statt.¹⁰³ Insgesamt fokussiert das SMCR stark auf das Individuum.¹⁰⁴

Die Pflichten und Verantwortlichkeiten von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung werden bei Schweizer Banken in internen Organisationsvorgaben und Pflichtenheften abgebildet. Die FINMA prüft die die innere Organisation betreffenden Reglemente anlässlich der Neubewilligung eines Instituts. Anschliessend sind ihr spätere Änderungen anzuzeigen und von ihr zu genehmigen (Art. 3 Abs. 3 BankG). Pflichtenhefte werden seitens der FINMA nicht standardisiert, sondern nur bei konkretem Anlass im Einzelfall angeschaut. Während sich für die Prüfung von Organisationsreglementen eine gewisse Praxis heraus-

gebildet hat, finden sich im Aufsichtsrecht hinsichtlich der Verantwortlichkeiten der Gewährsträger keine über die für die jeweilige Gesellschaftsform hinausgehenden festgeschriebenen Vorgaben.

Eine aktive Vorgabe der Rollen oder der Profile durch die FINMA passt nicht zum Grundsatz der Prinzipienbasierung.¹⁰⁵ Ein zentrales Hindernis bei der Herstellung persönlicher Verantwortlichkeit besteht darin, dass (Aufsichts-)Rechtsverletzungen des Instituts keinem Gewährsträger zugeordnet werden können.¹⁰⁶ Dies könnte mittels Einführung einer Pflicht der Institute zur Erstellung eines sog. Verantwortlichkeitsdokuments (entsprechend dem Statement of Responsibilities und der Management Responsibility Map in Grossbritannien) entschärft werden. Aus diesem Dokument hätte klar hervorzugehen, welche Personen auf der Stufe der Geschäftsleitung für welche Bereiche die Verantwortung tragen. Dabei müssten die Institute den betreffenden Personen die entsprechenden Pflichten vertraglich auferlegen (prescribed responsibilities). Gegen die Schaffung eines solchen Verantwortlichkeitsdokuments spricht, dass es in einer solch komplexen Organisation wie derjenigen einer Bank mit teilweise sehr vielen Mitarbeitenden kaum je gelingen dürfte, sämtliche Verantwortlichkeiten an bestimmte Personen zu knüpfen. In einer sehr komplexen, hochgradig arbeitsteiligen Organisation ist ein zu starkes Festmachen an Einzelpersonen problematisch. Wichtiger wäre aber, dass ein solches Dokument die Institute dazu zwingen würde, sich mit ihren internen, teils hochkomplexen Verantwortlichkeitsstrukturen auseinanderzusetzen und mehr Klarheit in die Organisation zu bringen. So weit möglich und sinnvoll präzisierete Verantwortlichkeiten könnten zudem eine präventive Wirkung entfalten, indem die Manager auf ihre Verantwortlichkeiten und Pflichten sensibilisiert würden. Damit würde ein Beitrag dazu geleistet, Fehlverhalten gar nicht erst entstehen zu lassen. Dass diese Ziele durch die Schaffung solcher Verantwortlichkeitsdokumente bis zu einem gewissen Grad erreicht werden können, zeigen erste Erfahrungen der Behörden in Grossbritannien.¹⁰⁷

Mit der Genehmigungspflicht der Reglemente, welche die interne Organisation betreffen, verfügt die FINMA zwar über ein ausbaufähiges Instrument,

¹⁰³ FCA, Handbook SYSC (Fn. 71), Ziff. 25.2 und Ziff. 25.4.2.

¹⁰⁴ Zum Ganzen: FCA, The Expanding Scope of Individual Accountability for Corporate Misconduct, 2017, verfügbar unter <<https://www.fca.org.uk/news/speeches/expanding-scope-individual-accountability-corporate-misconduct>>; vgl. Emmenegger (Fn. 65), 821 f.

¹⁰⁵ Vgl. dazu vorne Ziff. II.5.

¹⁰⁶ Vgl. dazu vorne Ziff. III.4.

¹⁰⁷ Vgl. PRA, Evaluation of SMCR (Fn. 76), 11.

um die Pflichten und Verantwortlichkeiten der gewährsrelevanten Personen festzulegen und zu schärfen. Das Aufsichtsrecht bleibt aber relativ vage, was die konkreten Anforderungen an die interne Organisation einer Bank betrifft. Art. 3 Abs. 2 lit. a BankG verlangt u.a. eine der Geschäftstätigkeit der Bank angemessene Verwaltungsorganisation und die Abgrenzung der Befugnisse zwischen Verwaltungsrat und Geschäftsleitung auf eine Art und Weise, die eine sachgemässe Überwachung der Geschäftsführung gewährleistet. Es scheint fraglich, ob die FINMA vor diesem Hintergrund eine Standardisierung der Verantwortlichkeiten verschiedener Rollen ohne weitere gesetzgeberische Leitplanken einführen und durchsetzen könnte.¹⁰⁸ Für die Aufnahme eines solchen Dokuments in die durch die FINMA mit Blick auf eine angemessene Verwaltungsorganisation zu prüfenden Reglemente spricht, dass der Schweizer Regulator über (etwa im Zuge von Umstrukturierungen) veränderte Verantwortlichkeiten informiert würde und diese genehmigen müsste. Die Prüfung eines solchen Dokuments (je nach Ausgestaltung des Prozesses durch die FINMA oder durch Prüfgesellschaften) würde auch die Gefahr eines Missbrauchs entschärfen, mit Hilfe des Dokuments für Verfehlungen einen «Sündenbock» zu finden. Aus den obgenannten Gründen sollte ein entsprechendes Dokument jedenfalls nicht zu weit in die Details gehen (müssen).

V. Zusammenfassung der Ergebnisse

Das Spannungsverhältnis zwischen Enforcement- und Strafverfahren spricht zunächst grundsätzlich

gegen eine Verschärfung der FINMA-Enforcementmassnahmen bzw. die Ausstattung der FINMA mit strafrechtlichen Kompetenzen. Eine konsequente Anwendung der Verfahrensgarantien nach Art. 6 Ziff. 1 EMRK bei der Ausstattung der FINMA mit einer Bussenkompetenz, wovon mit Blick auf den Bericht des Bundesrates zu den pekuniären Verwaltungssanktionen vom 23. Februar 2022 zwar wohl nicht bei Bussen gegen Banken als Bewilligungsträger, möglicherweise aber gleichwohl bei Bussen gegen deren Organe, die über keine FINMA-Bewilligung verfügen, auszugehen sein dürfte, bedeutete jedenfalls eine Verlangsamung des Enforcementverfahrens. Dies wäre für die Reputation des Schweizer Finanzplatzes nicht förderlich. Sodann sollte sich eine allfällige Erweiterung des Adressatenkreises (derzeit Geschäftsleitungs- und Verwaltungsratsmitglieder) auf einen eingegrenzten Kreis klar definierter Schlüsselpersonen beschränken. Würde ein Verantwortlichkeitsdokument nach dem Vorbild des SMCR Abhilfe schaffen? Die Vorteile eines solchen Dokuments bestehen in einer Verbesserung der Klarheit der Organisation und der Verantwortlichkeitsstrukturen der Bank sowie in dessen präventiven Wirkung. In einer sehr komplexen, hochgradig arbeitsteiligen Organisation ist aber ein zu starkes Festmachen an Einzelpersonen problematisch. Im Ergebnis kann die Gewährsprüfung somit nur – aber immerhin – verhindern, dass bekannte «Gauner» bzw. für die betreffende Funktion ungeeignete Personen eine Leitungsfunktion in einer Bank erhalten.

¹⁰⁸ Vgl. in diesem Zusammenhang *Bühler*, gemäss welchem der Gewährsartikel nicht als alleinige Kompetenznorm zur Regulierung von Rechts- und Reputationsrisiken im Finanzdienstleistungsbereich verstanden werden kann (*Bühler* [Fn. 43], *passim*).