

Verfügt die FINMA über genügend wirksame und scharfe Instrumente gegen (höchste) Bankmanager?

Nina Reiser*

In March 2023, Crédit Suisse (CS) had to be taken over by UBS. It was the first global systemically important bank to face imminent resolution since the financial crisis of 2007–2008. Unlike UBS in 2008, CS remained well capitalized until the end. But clients had lost confidence in the bank's management. This led to a bank run and thus to the bank's demise. The ongoing crisis of specialist and regional banks in the United States accelerated this further. The Swiss Financial Market Supervisory Authority

FINMA is now being criticized for not taking sufficiently assertive measures against the bank's management. A questionable culture had long prevailed at CS in particular, supervisory law had been seriously violated and yet not much had been done against the bank managers. However, the following questions arise not only at CS, but also at other banks: Does FINMA currently have sufficiently effective and stringent measures against (top) bank managers? What, if anything, should be changed?

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Aktueller rechtlicher Rahmen
 - 1. Grundsätze des rechtsstaatlichen Verwaltungshandelns
 - 2. Ziele der Finanzmarktaufsicht
 - 3. Information der Öffentlichkeit
 - 4. Massnahmen der FINMA gegen natürliche Personen
 - 5. Vorgaben der FINMA
 - 6. Zusammenfassung der Ergebnisse und Würdigung
- III. Überlegungen *de lege ferenda*
 - 1. Verantwortlichkeitsregime
 - 2. Weiterer Ausbau des FINMA-Instrumentariums?

I. Einleitung

Am 19. März 2023 war die Credit Suisse (nachfolgend CS) seit der Finanzkrise 2007–2008 die erste global systemrelevante Bank, die unmittelbar vor einer Abwicklung stand. Zahlreiche Skandale, verfehlte Strategien, schlechte Profitabilität der Bank und viele Führungswechsel während Jahren waren diesem Tag

vorangegangen. Dabei unterschied sich die Lage der CS deutlich von der Situation der UBS anlässlich ihrer Rettung im Jahr 2008. Die UBS litt damals an Fehlinvestitionen in verbrieft sub-prime Hypotheken. Sie befand sich in einer klassischen Solvenzkrise. Demgegenüber blieb die CS bis zuletzt gut kapitalisiert.¹ Der Verlust des Vertrauens ihrer Kunden in das Management und das Geschäftsgebaren der Bank, beschleunigt durch die anhaltende Krise einer ganzen Reihe von Spezial- und Regionalbanken in den USA in den ersten Monaten des Jahres 2023, führte zu einem massiven Liquiditätsabzug und damit zum Untergang der CS.²

Nach den Ereignissen rund um die CS-Krise steht die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA in der Kritik, im Allgemeinen und bei der CS bzw. den Grossbanken im Speziellen nicht genügend scharf gegen die höchsten Bankmanager vorgegangen zu sein. Gerade bei der CS habe schon lange eine fragwürdige Kultur geherrscht, es sei schwer gegen Aufsichtsrecht verstossen worden, und doch sei nicht viel gegenüber dem Bankkader passiert.³

* Prof. Dr. Nina Reiser, Rechtsanwältin, LL.M., ist Assoziierte Professorin für Finanzmarktrecht an der Universität St. Gallen (HSG). Beim vorliegenden Beitrag handelt es sich um die etwas ausführlichere schriftliche Grundlage der Antrittsvorlesung zum Thema «Die Regulierung nach der CS-Krise auf dem Prüfstand», welche die Autorin am 28. November 2023 an der HSG gehalten hat. Die Autorin dankt Denis Loher, B.A. HSG in Law and Economics, und Yannis Tobler, MLaw, für die geschätzte Unterstützung mittels Recherchen sowie den verschiedenen Kolleginnen und Kollegen aus Wissenschaft und Praxis für den wertvollen Austausch.

¹ Vgl. aber Zoé Baches/Jürg Meier, «Untergang der Credit Suisse: Und alles Negative landete in den Fussnoten» in der NZZ 10. Dezember 2023.

² Bericht der Expertengruppe «Bankenstabilität» 2023 vom 1. September 2023, 10.

³ Vgl. zum Ganzen etwa Lorenz Honegger/André Müller in der NZZ vom 15. Juni 2023, «Beisshemmung, miserable Kommunikation, falsches Personal: Warum ist die Finma an der Credit Suisse gescheitert?», verfügbar unter <<https://www.nzz.ch/wirtschaft/beisshemmung-miserable-kommunikation-falsches-personal-warum-ist-die-finma-an-der-credit-suisse-gescheitert-ld.1740286>> (alle Internetquellen zuletzt besucht am 4. Dezember 2023). Die FINMA hat elf Verfahren gegen die CS geführt und sechs davon publiziert (Expertenbericht «Bankenstabilität» [Fn. 2], 57). Von die-

Die FINMA verweist demgegenüber auf die geltende Rechtslage. Zum einen könne sie die Öffentlichkeit nur punktuell über Verfahren und ergriffene Massnahmen informieren. Zum anderen müsse die Behörde einer natürlichen Person eine kausale Verantwortlichkeit zuordnen, um gegen sie vorzugehen. Dies stelle eine hohe Hürde dar und akzentuiere sich schliesslich bei grossen, komplexen und hochgradig arbeitsteiligen Organisationen. Im Nachgang zur Übernahme der CS durch die UBS fordert die FINMA deshalb die Möglichkeit, aktiver über die eigene Arbeit zu informieren. Um die individuellen Verantwortlichkeiten besser zuordnen zu können, verlangt sie zudem die Implementierung eines «Senior Managers Regime». Schliesslich wäre nach der Aufsichtsbehörde die ebenfalls geforderte Bussenkompetenz gegenüber beaufsichtigten Instituten der Abschreckung zuträglich.⁴ Auch der Expertenbericht Bankenstabilität 2023 postuliert die Stärkung des FINMA-Instrumentariums und der FINMA als Behörde.⁵

Die individuelle Verantwortung von höchsten Bankmanagern ist nicht erst im Enforcement ein Thema, sondern bereits bei der Nominierung einer Person als neuen Gewährsträger.⁶ Beim Gewährserfordernis handelt es sich sodann um eine gesetzlich geregelte Bewilligungsvoraussetzung, die es dauernd einzuhalten gilt.⁷ Der Schwerpunkt des vorliegenden

Beitrags liegt auf dem Enforcementverfahren. Das Enforcementverfahren ist das letzte Eskalationsmittel der FINMA, wenn sie im Aufsichtsdialog nicht mehr weiterkommt.⁸ Dabei wird den folgenden Fragen nachgegangen: Verfügt die FINMA aktuell über genügend wirksame und scharfe Massnahmen gegen (höchste) Bankmanager? Was sollte ggf. geändert werden? Diese Fragen stellen sich nicht nur bei der CS, sondern auch bei anderen Banken. Beim Vorgehen gegen Bankmanager hat sich die Aufsichtsbehörde an die Grundsätze des rechtsstaatlichen Verwaltungshandelns, die gesetzlichen Vorgaben und an ihre eigenen Leitlinien zu halten. Dieser aktuelle rechtliche Rahmen wird vorab untersucht und gewürdigt (II.), gefolgt von Überlegungen *de lege ferenda* (III.).

II. Aktueller rechtlicher Rahmen

1. Grundsätze des rechtsstaatlichen Verwaltungshandelns

Als öffentlich-rechtliche Anstalt ist die FINMA⁹ an die allgemeinen Grundsätze rechtsstaatlichen Verwaltungshandelns gebunden.¹⁰ Das gilt bereits im Rahmen des informellen Verwaltungshandelns,¹¹ wozu die dem formellen Enforcementverfahren nach VwVG¹² vorausgehenden Vorabklärungen zählen.¹³

sen sechs veröffentlichten Verfahren wurden gemäss öffentlichen Informationen im Nachgang zu zwei gegen die Bank geführten Verfahren zusätzlich solche gegen Individuen initiiert (FINMA, Medienmitteilung Credit Suisse «Beschattungsaffäre», vom 19. Oktober 2021, 1 und 3; FINMA, Medienmitteilung, FINMA schliesst «Greensill»-Verfahren gegen Credit Suisse ab, vom 28. Februar 2023, 1 und 4).

⁴ Vgl. etwa *Marlene Amstad*, Mediengespräch vom 5. April 2023, verfügbar unter <<https://www.finma.ch/referate-und-artikel/20230405-ref-amme-mediengespraech.pdf>>, 5; *Marlene Amstad* in der NZZ vom 25. März 2023, «Die CS hatte ein kulturelles Problem, das sich in fehlenden Verantwortlichkeiten niederschlug», verfügbar unter <<https://www.nzz.ch/nzzas/nzz-am-sonntag/letztlich-war-es-ein-bank-run-ld.1732167>>.

⁵ Expertenbericht «Bankenstabilität» (Fn. 2), 57 ff. und 81; vgl. spezifisch in Bezug auf die persönliche Verantwortlichkeit von Bankkadern etwa bereits Postulat *Andrey* (21.3893), verfügbar unter <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20213893>>.

⁶ Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG; vgl. dazu eingehend *Nina Reiser*, Missmanagement im Bankensektor und die FINMA-Gewährsprüfung, SZW 2022, 543 ff.

⁷ 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. Oktober 2021, verfügbar unter <https://www.finma.ch/de/w_b_organmutation>, Ziff. I.4.

⁸ Vgl. *Patric Eymann*, in: Urs Zulauf/David Wyss (Hrsg.), *Finanzmarktenforcement*, 3. Aufl., Bern 2022, 8.

⁹ Vgl. Art. 5 FINMAG.

¹⁰ Vgl. auch *Lukas Müller/Julia Haas/Natalie V. Stauber*, FINMA-Enforcementverfahren gegen natürliche Personen, GesKR 2019, 388 ff., 398.

¹¹ *Peter Nobel*, *Schweizerisches Finanzmarktrecht*, 4. Aufl., Bern 2019, § 5 N 229.

¹² Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021).

¹³ BGE 136 II 304 E. 6.3; Urteil (des Bundesgerichts) 2C_1184/2013 vom 17. Juli 2014 E. 3.3; Urteil (des Bundesverwaltungsgerichts) B-3844/2013 vom 7. November 2013 E. 1.4.2.3.1; vgl. auch *Florian Schönknecht*, in: Urs Zulauf/David Wyss (Hrsg.), *Finanzmarktenforcement*, 3. Aufl., Bern 2022, 66.

1.1 Gesetzmässigkeit

Gemäss dem in Art. 5 Abs. 1 BV¹⁴ normierten Grundsatz der Gesetzmässigkeit (Legalitätsprinzip) muss jegliches Verwaltungshandeln auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen und darf zugleich nicht gegen das Gesetz verstossen.¹⁵ Das Legalitätsprinzip dient zunächst der Rechtssicherheit, indem das Verwaltungshandeln durch die Bindung an das Gesetz voraussehbar und berechenbar ist.¹⁶ Sodann schafft die Bindung an das Gesetz bzw. an eine generell-abstrakte Regelung zugleich insofern Rechtsgleichheit, als die Verwaltungsbehörden in gleichgelagerten Fällen grundsätzlich gleich zu entscheiden haben.¹⁷

Der Gesetzgeber ist indes nicht in der Lage, *ex ante* sämtliche künftigen Fälle vorzusehen und präzise zu regeln. Diesem Umstand tragen sog. offene Normen Rechnung, die den Tatbestand und/oder die Rechtsfolgen in offener Weise umschreiben.¹⁸ Nach h.L. und Rechtsprechung verwenden solche offenen Normen unbestimmte Rechtsbegriffe (Tatbestand) oder räumen der Verwaltungsbehörde einen Ermessensspielraum (Rechtsfolge) ein. Ermessensentscheidungen der Verwaltungsbehörden sind dabei grundsätzlich nur limitiert, die Anwendung von unbestimmten Rechtsbegriffen jedoch vollständig überprüfbar.¹⁹ Nach neuerer und vorliegender Ansicht nach überzeugenderer Lehre räumen jegliche offenen Normen Ermessen ein, weshalb man auf die Figur des unbestimmten Rechtsbegriffs verzichten kann.²⁰

Übt die Behörde das ihr eingeräumte Ermessen nicht pflichtgemäss aus, ist zwischen Unangemessenheit (einfache Ermessensfehler) und Rechtsfehler

(qualifizierte Ermessensfehler) zu unterscheiden.²¹ Die Verwaltungsbehörde handelt unangemessen, wenn sie zwar innerhalb ihres Ermessensspielraums bleibt, sie ihr Ermessen aber in einer Art und Weise ausübt, das im Einzelfall nicht optimal und somit unzweckmässig ist.²² Die angeordnete Massnahme bzw. die Rechtsfolge ist demnach fehlerhaft, nicht aber rechtswidrig. Insbesondere ist eine unangemessene Ermessensausübung noch immer verhältnismässig.²³ Rechtsfehler liegen dagegen bei Ermessensüberschreitungen, Ermessensunterschreitungen oder Ermessensmissbräuchen vor.²⁴ Bei einer Ermessensüberschreitung übt die Behörde Ermessen aus, wo kein solches besteht. Dies kann bei Überschreitung des eingeräumten Ermessens oder mittels Treffen einer nicht im Gesetz vorgesehenen Anordnung der Fall sein.²⁵ Im Falle einer Ermessensunterschreitung verzichtet die Aufsichtsbehörde auf die Ermessensausübung oder verkennt den ihr eingeräumten Ermessensspielraum und wähnt sich gesetzlich gebunden.²⁶ Bei einem Ermessensmissbrauch verletzt sie schliesslich durch die Ermessensausübung innerhalb der gesetzlichen Schranken die rechtsstaatlichen Grundsätze des Verwaltungshandelns, d.h., die Ermessensausübung ist unverhältnismässig, rechtsungleich, willkürlich oder treuwidrig.²⁷ Der Entscheid der Verwaltungsbehörde ist diesfalls somit nicht bloss unzweckmässig, sondern geradezu unhaltbar.²⁸

Ein Ermessensspielraum ist typischerweise sog. «Kann»-Vorschriften inhärent,²⁹ wie dies etwa auf die FINMA-Massnahmen gemäss Art. 32–36 FINMAG zutrifft. Hier richtet sich der Entscheid nicht bloss nach rechtlichen, sondern auch nach ausserrechtlichen Elementen wie Angemessenheit, Zweckmässig-

¹⁴ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 28. April 1999 (SR 101).

¹⁵ Zum Ganzen: Benjamin Schindler, in: Bernhard Ehrenzeller/Patricia Egli/Peter Hettich/Peter Hongler/Benjamin Schindler/Stefan G. Schmid/Rainer J. Schweizer (Hrsg.), St. Galler Kommentar, BV, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2023, Art. 5 BV N 20 und 31.

¹⁶ Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich/St. Gallen 2020, N 329.

¹⁷ Pierre Tschannen/Markus Müller/Markus Kern, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Bern 2022, N 397.

¹⁸ Tschannen/Müller/Kern (Fn. 17), N 581 f.; Häfelin/Müller/Uhlmann (Fn. 16), N 391 m.w.H.

¹⁹ Tschannen/Müller/Kern (Fn. 17), N 583 ff.; Häfelin/Müller/Uhlmann (Fn. 16), N 393 m.w.H.

²⁰ Vgl. etwa Benjamin Schindler, Verwaltungsermessen: Gestaltungskompetenzen der öffentlichen Verwaltung in der Schweiz, Habil. Zürich, Zürich/St. Gallen 2010, N 241 ff.

²¹ Tschannen/Müller/Kern (Fn. 17), N 598 ff.

²² BGE 129 I 139 E. 4.1.1; vgl. auch Tschannen/Müller/Kern (Fn. 17), N 593.

²³ Zum Ganzen: Tschannen/Müller/Kern (Fn. 17), N 593.

²⁴ BGE 137 V 71 E. 5.1; BGE 129 I 139 E. 4.1.1; BGE 116 V 307 E. 2.

²⁵ Zum Ganzen: BGE 125 II 29 E. 3d)bb); Tschannen/Müller/Kern (Fn. 17), N 595; Häfelin/Müller/Uhlmann (Fn. 16), N 437.

²⁶ BGE 135 IV 139 E. 2.4.2; Tschannen/Müller/Kern (Fn. 17), N 596; Häfelin/Müller/Uhlmann (Fn. 16), N 439.

²⁷ Zum Ganzen: BGE 141 V 365 E. 1.2; Tschannen/Müller/Kern (Fn. 17), N 597; Häfelin/Müller/Uhlmann (Fn. 16), N 434.

²⁸ Häfelin/Müller/Uhlmann (Fn. 16), N 435.

²⁹ Tschannen/Müller/Kern (Fn. 17), N 585; Häfelin/Müller/Uhlmann (Fn. 16), N 408; Peter Karlen, Schweizerisches Verwaltungsrecht, Zürich/Basel/Genf 2018, 126.

keit und Opportunität.³⁰ Die Anordnung einer Massnahme steht somit im Ermessen der FINMA. Selbstverständlich findet die Ermessensausübung aber nicht in einem rechtsfreien Raum statt. Vielmehr ist die Behörde an die Verfassung gebunden. Nicht als Kann-Vorschrift ist dagegen die Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes (Art. 31 FINMAG) formuliert.³¹ Wie bereits ausgeführt, wird sodann bei einem unbestimmten Gesetzesbegriff der Tatbestand gemäss h.L. und Rechtsprechung in offener Weise beschrieben. Typischerweise handelt es sich bei Formulierungen wie bspw. «schwerer Fall» um einen unbestimmten Rechtsbegriff.³² Nach neuerer und vorliegend befürworteter Lehre räumen wie erwähnt alle offenen Normen Ermessen ein. Auch das FINMAG kennt unbestimmte Rechtsbegriffe bzw. gesteht der FINMA ein Ermessen zu, wenn etwa in Art. 32–36 auf die schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen abgestellt wird.³³ Im Ergebnis belässt der Gesetzgeber der FINMA somit sowohl beim Entscheid, ob ein Enforcementverfahren eröffnet werden soll, als auch bei der Wahl der geeigneten Enforcementmassnahme einen grossen Ermessensspielraum.³⁴

Eine Abschwächung erfährt der Grundsatz der Gesetzmässigkeit im Falle eines Sonderstatusverhältnisses. Ist eine Person in einer engeren Rechtsbeziehung zum Staat als andere, werden weniger hohe Anforderungen an das Legalitätsprinzip gestellt.³⁵ Das trifft auf das Verhältnis zwischen der FINMA und den durch sie gemäss Art. 3 FINMAG beaufsichtigten Instituten zu. Organe und Mitarbeiter von Bewilligungsträgern stehen indes nicht in einem Sonderstatusverhältnis zur Behörde.³⁶

³⁰ Karlen (Fn. 29), 126.

³¹ Vgl. etwa Katja Roth Pellanda/Lara Kopp, in: Rolf Watter/Rashid Bahar (Hrsg.), Basler Kommentar, FINMAG/FinfraG, 3. Aufl., Basel 2019, Art. 31 FINMAG N 3, die von einer Pflicht der FINMA zur Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustands sprechen.

³² Tschannen/Müller/Kern (Fn. 17), N 605 m.w.H.; vgl. auch Häfelin/Müller/Uhlmann (Fn. 16), N 414 für weitere Beispiele.

³³ Peter Ch. Hsu/Rashid Bahar/Daniel Flühmann, in: Rolf Watter/Rashid Bahar (Hrsg.), Basler Kommentar, FINMAG/FinfraG, 3. Aufl., Basel 2019, Art. 32 FINMAG N 22.

³⁴ Eymann (Fn. 8), 105 ff.; Urs Zulauf/Hans Kuhn, Finanzmarktrecht in a nutshell, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2021, 209.

³⁵ Zum Ganzen: Häfelin/Müller/Uhlmann (Fn. 16), N 450 ff.

³⁶ Zum Ganzen: Jasmina Smokvina, Untersuchungen der FINMA und das Prinzip «nemo tenetur», Diss. Baden/Zürich 2020, Zürich/Basel/Genf 2021, 124; Claudia Carole Beck,

1.2 Öffentliches Interesse

Nach Art. 5 Abs. 2 BV muss das staatliche Handeln im öffentlichen Interesse liegen.³⁷ Im öffentlichen Interesse ist dabei der Schutz sog. Polizeigüter, wozu auch die in Art. 4 FINMAG normierten Ziele der Finanzmarktaufsicht zählen.³⁸ Stehen der Verwirklichung öffentlicher Interessen im Einzelfall andere öffentliche oder private Interessen entgegen, ist eine Interessenabwägung vorzunehmen.³⁹

1.3 Verhältnismässigkeit

Gemäss dem in Art. 5 Abs. 2 BV normierten Verhältnismässigkeitsprinzip muss staatliches Handeln geeignet, notwendig und zumutbar sein, um das im öffentlichen Interesse liegende Ziel zu erreichen.⁴⁰ Geeignet ist eine Massnahme, mit der das angestrebte Ziel erfüllt werden kann.⁴¹ Dieses Kriterium vermögen nur jene Massnahmen nicht zu erfüllen, die zur Zielerreichung gerade völlig ungeeignet sind.⁴² Ferner darf es kein milderes Mittel geben, das in gleichem Masse geeignet ist, das verfolgte Ziel zu erreichen (Erforderlichkeit).⁴³ Schliesslich muss zwischen dem angestrebten Ziel und dem Eingriff ein vernünftiges Verhältnis bestehen (Verhältnismässigkeit i.e.S.).⁴⁴ Die FINMA hat somit immer zu prüfen, ob zur Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes nicht ein milderes Mittel als ein formelles Enforcementverfahren möglich ist.⁴⁵ Denn bereits die blosseröffnung eines formellen Enforcementverfahrens hat einschneidende Auswirkungen auf die Betroffenen. Zu-

Enforcementverfahren der FINMA und Dissonanz zum nemo tenetur-Grundsatz, Diss. Zürich 2018, Zürich/Basel/Genf 2019 (= SSFM 128), N 308; Marcel Alexander Niggli/Stefan Maeder, Das Enforcementverfahren der Finanzmarktaufsicht (FINMA): Strafprozessuale Garantien im Verwaltungsrecht, Jusletter vom 7. März 2016, N 12.

³⁷ Häfelin/Müller/Uhlmann (Fn. 16), N 461.

³⁸ Christoph Winzeler, in: Rolf Watter/Rashid Bahar (Hrsg.), Basler Kommentar, FINMAG/FinfraG, 3. Aufl., Basel 2019, Art. 5 FINMAG N 13; vgl. zu den Zielen der Finanzmarktaufsicht Ziff. II.2.

³⁹ Vgl. etwa BGE 135 II 384 E. 4.3.

⁴⁰ BGE 147 I 346 E. 5.5; BGE 145 II 70 E. 3.5.

⁴¹ BGE 144 I 126 E. 8.1; BGE 136 I 29 E. 4.3 ff.

⁴² BGE 144 I 126 E. 8.1.

⁴³ Vgl. zum Ganzen Tschannen/Müller/Kern (Fn. 17), N 458;

Häfelin/Müller/Uhlmann (Fn. 16), N 527.

⁴⁴ Zum Ganzen: Häfelin/Müller/Uhlmann (Fn. 16), N 555 ff.; vgl. zudem auch Tschannen/Müller/Kern (Fn. 17), N 468.

⁴⁵ Vgl. Schönknecht (Fn. 13), 68 f.; Smokvina (Fn. 36), 23 f.

dem bindet ein solches Verfahren bei der FINMA viele Ressourcen.⁴⁶ Schon vor der Verfahrenseröffnung kommt dem Verhältnismässigkeitsprinzip folglich eine zentrale Rolle zu.⁴⁷

1.4 Rechtsgleichheit und Willkürverbot

Das Gebot der rechtsgleichen Behandlung nach Art. 8 BV gibt vor, dass Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich und Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich zu behandeln ist.⁴⁸ Somit verbietet das Rechtsgleichheitsgebot den Erlass unterschiedlicher Regelungen ohne sachlichen Grund und die rechtliche Gleichbehandlung von Sachverhalten, die sich in tatsächlicher Hinsicht unterscheiden.⁴⁹ Die FINMA hat folglich Ermessensausübungen in gleich gelagerten Fällen gleich handzuhaben. Sie verletzt das Gleichbehandlungsgebot, wenn sie zwei tatsächlich gleiche Situationen unterschiedlich beurteilt.⁵⁰ Das in Art. 9 BV kodifizierte Willkürverbot betrifft sodann die qualifiziert unrichtige Rechtsanwendung, wozu auch grobe Ermessensfehler zählen.⁵¹ Insbesondere ist es aber nicht ausreichend, wenn ein anderer Entscheid ebenfalls vertretbar oder sogar vertretbarer gewesen wäre. Erfasst wird lediglich offensichtlich unhaltbares staatliches Handeln.⁵²

1.5 Treu und Glauben

Im Kern verlangt der in Art. 5 Abs. 3 und Art. 9 BV normierte Grundsatz von Treu und Glauben ein «loyales und vertrauenswürdiges Verhalten im Rechtsverkehr»⁵³ zwischen den Privaten und dem Staat.⁵⁴ Erfasst wird zum einen der Vertrauensschutz und zum anderen das Verbot widersprüchlichen Verhaltens sowie das Verbot des Rechtsmissbrauchs.⁵⁵ Nach Treu

und Glauben muss sich die FINMA im vorliegenden Kontext insbesondere an ihren strategischen Zielen, der alten Enforcement Policy vom 17. Dezember 2009 [aktualisiert am 10. November 2011, nachfolgend Enforcement Policy (2009)],⁵⁶ den aktuell geltenden Enforcement-Leitlinien vom 25. September 2014 [nachfolgend Enforcement-Leitlinien (2014)]⁵⁷ und anderen einschlägigen öffentlichen Publikationen messen lassen.⁵⁸

1.6 Prozessökonomie

Das öffentliche Verfahrensrecht charakterisiert sich mitunter durch seine Rationalisierungsfunktion (vgl. Art. 5 Abs. 2 und Art. 29 Abs. 1 BV). Ziel des Verwaltungsverfahrens ist es, innerhalb einer nützlichen Frist mit verhältnismässigem Aufwand einen Entscheid herbeizuführen.⁵⁹ Somit ist der Prozessaufwand möglichst gering zu halten und von Schritten, die der Erreichung der Ziele der Finanzmarktaufsicht nicht dienlich sind, abzusehen.⁶⁰

2. Ziele der Finanzmarktaufsicht

Gemäss Art. 4 FINMAG bezweckt die Finanzmarktaufsicht nach Massgabe der Finanzmarktgesetze den Schutz der Gläubigerinnen, der Anleger, der Versicherten sowie den Schutz der Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte. Damit leistet die FINMA einen Beitrag zur Stärkung des Ansehens und der Wettbewerbsfähigkeit des Finanzplatzes Schweiz. Dies ist kein eigenständiges Ziel, sondern eine Reflexwirkung des Kunden- und Marktschutzes.⁶¹

Aus den Zielen der Finanzmarktaufsicht ergibt sich ausserdem, dass die FINMA nicht bei jeder Aufsichtsrechtsverletzung aktiv werden bzw. ein Enforcementverfahren eröffnen muss. Sie ist eben gerade keine dem Verfolgungszwang unterliegende Straf-

⁴⁶ Zum Ganzen: Eymann (Fn. 8), 106.

⁴⁷ Smokvina (Fn. 36), 23.

⁴⁸ BGE 127 I 185 E. 5.

⁴⁹ Zum Ganzen: Tschannen/Müller/Kern (Fn. 17), N 507; Häfelin/Müller/Uhlmann (Fn. 16), N 572.

⁵⁰ Vgl. BGE 136 I 345 E. 5; vgl. auch Häfelin/Müller/Uhlmann (Fn. 16), N 587.

⁵¹ BGE 130 I 337 E. 5.4.2.

⁵² Zum Ganzen: Tschannen/Müller/Kern (Fn. 17), N 523 f.; Häfelin/Müller/Uhlmann (Fn. 16), N 605.

⁵³ BGE 136 II 187 E. 8.1.

⁵⁴ Tschannen/Müller/Kern (Fn. 17), N 476; Häfelin/Müller/Uhlmann (Fn. 16), N 620.

⁵⁵ Tschannen/Müller/Kern (Fn. 17), N 477; Häfelin/Müller/Uhlmann (Fn. 16), N 621.

⁵⁶ Vgl. Ziff. II.5.2.

⁵⁷ Vgl. Ziff. II.5.3.

⁵⁸ Vgl. noch im Hinblick auf die alte Enforcement Policy (2009) Zulauf/Kuhn (Fn. 34), 209.

⁵⁹ Benjamin Schindler, in: Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, VwVG, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2019, Einleitung N 26.

⁶⁰ Vgl. Schindler (Fn. 59), Einleitung N 26; vgl. auch Beat Brändli, Prozessökonomie im schweizerischen Recht, Diss. Baden, Bern 2013 (= ASR 794), N 68 f.

⁶¹ Winzeler (Fn. 38), Art. 5 FINMAG N 14 m.w.H.

behörde.⁶² Ein Verfahren soll nur dann eröffnet werden, wenn dies für die Erreichung der Aufsichtsziele nötig ist.⁶³ Ob im konkreten Fall ein Enforcementverfahren gegen Individuen durchgeführt wird, sollte sich sodann namentlich auch nach den Prozesschancen bestimmen.⁶⁴ Denn würde die FINMA das Gros der Verfahren verlieren, wäre das ihrer Glaubwürdigkeit abträglich. Umgekehrt könnte es als Indiz für eine generell zu wenig strenge Vorgehensweise gewertet werden, wenn die FINMA vor Gericht immer gewinnen würde. Mit Blick auf die Aufsichtsziele macht ein Tätigwerden der FINMA sodann umso weniger Sinn, je tiefer die entsprechende Person in der Hierarchie ist. Im Zentrum des Enforcements steht eben gerade nicht die Pönalisierung von Individuen, sondern die Erreichung der Aufsichtsziele.⁶⁵ Bei einer persönlichen Verantwortlichkeit stehen deshalb jene Personen im Vordergrund, die das Institut vertreten und die Kultur innerhalb eines Instituts wesentlich prägen. Es geht mitunter um das «Gesicht» des Instituts. Bei Grossbanken trifft das u.U. nicht nur auf Mitglieder von VR und GL, sondern auch auf Personen unterhalb der obersten Führungsebene zu.

3. Information der Öffentlichkeit

Um den Anlegerschutz und die Funktionsfähigkeit der Märkte zu gewährleisten, hat die FINMA nach Art. 22 FINMAG die Öffentlichkeit in allgemeiner Weise über ihre Tätigkeit sowie zu Regulierungs- und Aufsichtsthemen zu informieren.⁶⁶ Für die Verwirklichung der Finanzmarktaufsicht ist gemäss Botschaft «zurückhaltende, aber stetige und glaubwürdige Information» bedeutsam.⁶⁷ Über spezifische Verfahren informiert die FINMA im Rahmen von Art. 22 FINMAG nur ausnahmsweise in den Fällen von Abs. 2 und 3.⁶⁸ Dies-

bezüglich verfügt die FINMA über einen gewissen Ermessensspielraum.⁶⁹ Die Information der Öffentlichkeit nach Art. 22 FINMAG schafft sodann Rechtssicherheit, stärkt sowohl die präventive Wirkung der Aufsicht als auch die Reputation des Finanzplatzes und erlaubt es der Aufsichtsbehörde, Aufsichtshandlungen zu erklären bzw. über unerlaubte Tätigkeiten zu informieren.⁷⁰ Wie bereits erwähnt, möchte die FINMA ihre Arbeit künftig öffentlicher machen können.⁷¹ Dies wird auch von der Politik teilweise gefordert.⁷² In Abgrenzung zur Veröffentlichung einer Verfügung nach Art. 34 FINMAG⁷³ kommt Art. 22 FINMAG keine general- und spezialpräventive Wirkung zu. Im Zentrum steht die Bedienung der Informations- und Transparenzbedürfnisse, um den Anlegerschutz und die Funktionsfähigkeit des Marktes zu gewährleisten.⁷⁴ Die parallele Anwendung von Art. 22 und 34 FINMAG im gleichen Verfahren ist (daher) denkbar.⁷⁵

4. Massnahmen der FINMA gegen natürliche Personen

Die FINMA-Massnahmen gemäss Art. 31 ff. FINMAG adressieren in erster Linie die beaufsichtigten Institute, können sich aber auch gegen Individuen richten. Bei Personen auf höchster Führungsstufe stehen insbesondere der Gewährsentzug und das Berufsverbot im Vordergrund.⁷⁶ Möglich sind aber auch die Veröffentlichung einer rechtskräftigen Verfügung, die Gewinneinziehung und die Feststellungsverfügung. Anders als viele ausländische Aufsichtsbehörden hat die FINMA aktuell aber weder gegen die beaufsichtigten Institute noch gegen Individuen eine Bussenkompetenz.⁷⁷

⁶² Bericht «Pekuniäre Verwaltungssanktionen» des Bundesrates in Erfüllung des Postulates 18.4100 vom 1. November 2018, BBl 2022 776, 52.

⁶³ Eymann (Fn. 8), 106.

⁶⁴ Vgl. auch Eymann (Fn. 8), 106 f. sowie Beck (Fn. 36), N 110 für weitere relevante Kriterien.

⁶⁵ Reiser (Fn. 6), 543 ff., 546.

⁶⁶ François Rayroux/Shelby du Pasquier, in: Rolf Watter/Rashid Bahar (Hrsg.), Basler Kommentar FINMAG/FinfraG, 3. Aufl., Basel 2019, Art. 22 FINMAG N 1.

⁶⁷ Botschaft zum Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht vom 1. Februar 2006, BBl 2006 2829 ff., 2874.

⁶⁸ Vgl. auch BGE 141 I 201 E. 4.2.

⁶⁹ Rayroux/du Pasquier (Fn. 66), Art. 22 FINMAG N 1.

⁷⁰ FINMA, Leitlinien zur Kommunikation vom 5. September 2014, verfügbar unter <<https://www.finma.ch/leitlinien-zur-kommunikation.pdf>>, Kap. 2.

⁷¹ Vgl. Ziff. I.

⁷² Vgl. etwa Motion Buffat/Widmer (23.3578), verfügbar unter <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20233587>>.

⁷³ Vgl. dazu Ziff. II.4.3

⁷⁴ Zum Ganzen: Rayroux/du Pasquier (Fn. 66), Art. 22 FINMAG N 4 und 17; vgl. auch Urteil (des Bundesverwaltungsgerichts) B-5579/2013 vom 14. Oktober 2014 E. 3.4.3.

⁷⁵ Botschaft FINMAG (Fn. 67), 2875.

⁷⁶ Vgl. Christoph Kuhn/David Wyss, in: Urs Zulauf/David Wyss (Hrsg.), Finanzmarktenforcement, 3. Aufl., Bern 2022, 352.

⁷⁷ Nora Benninger/Urs Zulauf, in: Urs Zulauf/David Wyss (Hrsg.), Finanzmarktenforcement, 3. Aufl., Bern 2022, 466 f.

4.1 Gewährsentzug

Nach Art. 31 FINMAG sorgt die FINMA bei der Verletzung von Bestimmungen des FINMAG oder anderer Finanzmarkterlasse durch Beaufichtigte sowie bei Bestehen sonstiger Missstände, wie etwa gröberer Verstösse gegen Statuten und Reglemente,⁷⁸ für die Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustands. Auch wenn es sich dabei um keine «Kann»-Vorschrift handelt,⁷⁹ führen nicht sämtliche Gesetzesverletzungen immer zu einem formellen Enforcementverfahren. Die FINMA trifft wie gezeigt kein Verfolgungszwang.⁸⁰ So kann der ordnungsgemässe Zustand namentlich auch durch vom Beaufichtigten freiwillig vorgenommene Massnahmen oder im Rahmen des Aufsichtsdialogs wiederhergestellt werden. In Anwendung des Verhältnismässigkeitsprinzips eröffnet die FINMA folglich nur dann ein Enforcementverfahren, wenn ein solches einen grösseren Nutzen verspricht als die Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustands auf andere Weise.⁸¹ Von besonderem Interesse ist im vorliegenden Kontext die Verletzung des in Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG⁸² normierten Gewährserfordernisses,⁸³ da die FINMA für die Entfernung eines fehlbaren Gewährsträgers mitunter das Instrument der Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustands verwendet.⁸⁴ Es besteht Einigkeit, dass die Behörde fehlbare Gewährsträger von ihrer Gewährsfunktion mittels ordnungswiederherstellender Verfügung entfernen kann.⁸⁵ Die Verfügung richtet sich dabei aber nur sekundär gegen die natürliche Person und primär gegen das Institut, das angewiesen wird, den Gewährsträger zu entfernen.⁸⁶ Das Gewährserfordernis verlangt, dass die mit der Verwaltung und Geschäftsführung einer Bank be-

trauten Personen einen guten Ruf geniessen und Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten. Über den Gesetzeswortlaut hinaus gelten als Gewährsträger sämtliche Personen, die durch ihre Stellung den Fortbestand der Bank gefährden könnten.⁸⁷ Die Gewähr setzt sich aus den beiden Komponenten fachliche Eignung (Fitness) für die konkret angestrebte Funktion und Integrität (Properness) zusammen.⁸⁸ Anders als das Berufsverbot unterliegt die Entfernung des Gewährsträgers aus einer Gewährsposition grundsätzlich keiner zeitlichen Beschränkung.⁸⁹ Die FINMA hat aber auch hier selbstverständlich den Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten.⁹⁰ Erfährt die Behörde von gewährsrelevanten Informationen und hat die betreffende Person zu diesem Zeitpunkt keine Gewährsposition inne, kann sie die Informationen in die Datensammlung Gewähr, welche die Behörde gestützt auf Art. 23 Abs. 1 FINMAG betreibt, aufnehmen.⁹¹ Welche Informationen die FINMA bearbeiten darf, richtet sich nach dem abschliessenden Katalog in Art. 11 Datenverordnung-FINMA.^{92,93}

4.2 Berufsverbot

Bei einer schweren Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen kann die FINMA der verantwortlichen Person gemäss Art. 33 FINMAG die Tätigkeit in leitender Stellung bei einem durch sie beaufichtigten Institut für bis zu fünf Jahre untersagen. Anders als beim Gewährsentzug ist der persönliche Anwendungsbereich hier offen formuliert.⁹⁴ Das Berufsverbot soll nicht nur gegen Personen der obersten Führungsriege, sondern auch gegen solche unterhalb der Gewährsschwelle möglich sein.⁹⁵ Während die Mehrheit der Lehre wegen des Gesetzeswortlauts sämtliche

⁷⁸ Vgl. dazu *Roth Pellanda/Kopp* (Fn. 31), Art. 31 FINMAG N 5.

⁷⁹ Vgl. Ziff. II.1.1.

⁸⁰ Vgl. II.2.

⁸¹ Zum Ganzen: *Eymann* (Fn. 8), 106.

⁸² Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934 (BankG; SR 952.0).

⁸³ Vgl. auch *Reiser* (Fn. 6), 548 ff.

⁸⁴ *Christoph Winzeler*, in: *Rolf Watter/Nedim Peter Vogt/Thomas Bauer/Christoph Winzeler* (Hrsg.), *Basler Kommentar, BankG*, 2. Aufl., Basel 2013, Art. 3 BankG N 18; vgl. auch *Kuhn/Wyss* (Fn. 76), 366.

⁸⁵ *Roth Pellanda/Kopp* (Fn. 31), Art. 31 FINMAG N 13a.

⁸⁶ *Kuhn/Wyss* (Fn. 76), 366; *Hsu/Bahar/Flühmann* (Fn. 33), Art. 33 FINMAG N 9; vgl. auch *Damian K. Graf*, *Berufsverbote für Gesellschaftsorgane: das Sanktionsregime im Straf- und Finanzmarktrecht*, AJP 2014, 1195 ff., 1199.

⁸⁷ *Winzeler* (Fn. 84), Art. 3 BankG N 16.

⁸⁸ *Elias Bischof*, *Die Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit, Eine Betrachtung des schweizerischen Finanzmarktrechts im Lichte internationaler Standards und des Rechts der Europäischen Union*, Diss. Basel, Zürich/Basel/Genf 2016, N 622; vgl. auch *Graf* (Fn. 86), 1200.

⁸⁹ *Beck* (Fn. 36), N 336.

⁹⁰ Vgl. Ziff. II.1.3.

⁹¹ Zum Ganzen: *Beck* (Fn. 36), N 339 ff.

⁹² Verordnung der FINMA über die Bearbeitung von Personendaten im Rahmen der Aufsicht vom 4. Mai 2023 (Datenverordnung-FINMA; SR 956.124).

⁹³ BGE 143 I 253 E. 7.2.2; Erläuterungen der FINMA zur Datenverordnung-FINMA – Totalrevision vom 4. Mai 2023, 10 f.

⁹⁴ *Hsu/Bahar/Flühmann* (Fn. 33), Art. 33 FINMAG N 12.

⁹⁵ Botschaft FINMAG (Fn. 67), 2881 f.; *Graf* (Fn. 86), 1202.

Mitarbeiter eines beaufsichtigten Instituts vom persönlichen Anwendungsbereich erfasst sehen will,⁹⁶ scheint das Bundesgericht diesen einzuschränken: Ein Berufsverbot sei nur gegen natürliche Personen mit Organfunktion oder Personen in leitender Stellung denkbar.⁹⁷ Demgegenüber hält das Bundesverwaltungsgericht in einem neueren Urteil fest, dass auch Personen, «die zum Zeitpunkt ihrer Verfehlung in untergeordneter Stellung beschäftigt sind», Adressaten eines Berufsverbots sein können.⁹⁸ Im Unterschied zum Gewährsentszug muss die betroffene Person in keinem bestimmten Verhältnis zum beaufsichtigten Institut stehen.⁹⁹ Das Berufsverbot kann somit auch noch nach Beendigung des Arbeits- bzw. des Mandatsverhältnisses verhängt werden.¹⁰⁰

Im Einklang mit dem Verhältnismässigkeitsprinzip setzt das Berufsverbot wie erwähnt eine schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen voraus.¹⁰¹ Dabei muss es sich aber nicht zwingend um ein aktives Tun handeln. Die Pflichtverletzung umfasst auch das pflichtwidrige Nichteinschreiten bei Kenntnis der Pflichtwidrigkeit oder die pflichtwidrige Unkenntnis der Pflichtverletzung.¹⁰² Was als schwere Verletzung zu werten ist, kann nicht abstrakt definiert werden, sondern ist jeweils im Einzelfall zu klären. Die Verletzung hat aber jedenfalls umso schwerer zu sein, je einschneidender eine Massnahme ist.¹⁰³ Entscheidend sind also mitunter die Intensität der Pflichtverletzung und die Bedeutung der missachte-

ten Pflicht.¹⁰⁴ Wegen der einschneidenden Wirkung eines Berufsverbots sind als Ausfluss des Legalitätsprinzips zudem hohe Anforderungen an die Bestimmtheit und Klarheit der im konkreten Fall verletzten aufsichtsrechtlichen Bestimmung zu stellen.¹⁰⁵

Zentral ist sodann, dass eine schwere Aufsichtsrechtsverletzung nur dann zu einem Berufsverbot führen kann, wenn die betreffende Person die Pflichtverletzung kausal und schuldhaft bewirkt hat, ihr das Fehlverhalten also individuell zurechenbar ist.¹⁰⁶ Nach einem neuen, angefochtenen Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts kann sich ein zustimmender Entscheidungsträger eines Gremiums aber nicht seiner Verantwortung entziehen, indem er diese den jeweils anderen Akteuren zuschiebt. Als relevante Verantwortung gilt vielmehr auch diejenige innerhalb eines Entscheidungsgremiums.¹⁰⁷ Zudem hält das Bundesgericht in einem neueren Entscheid sinngemäss fest, dass die Hierarchie den Kausalzusammenhang nicht unterbricht bzw. «die Verantwortlichkeit nicht mit dem Hinweis auf die interne Aufgabenteilung ausgehebelt werden kann».¹⁰⁸

Schuldhaftes Verhalten ist bei Vorsatz, aber auch bereits bei blosser Fahrlässigkeit gegeben.¹⁰⁹ Wegen der wirtschaftspolizeilichen Natur des Berufsverbots sind an die subjektive Vorwerfbarkeit gemäss Rechtsprechung keine hohen Anforderungen zu stellen.¹¹⁰ Da die potenziell verletzten aufsichtsrechtlichen Bestimmungen regelmässig das beaufsichtigte Institut und nicht direkt das durch das Berufsverbot erfasste Individuum adressieren,¹¹¹ sind Berufsverbotsverfahren schliesslich meist die Folge eines vorangehenden Enforcementverfahrens gegen das Institut.¹¹²

⁹⁶ Christoph Kuhn, in: Urs Zulauf/David Wyss (Hrsg.), Finanzmarktenforcement, 3. Aufl., Bern 2022, 370; Melanie Gottini/Hans Caspar von der Crone, Berufsverbot nach Art. 33 FINMAG, SZW 2016, 640 ff., 644 f.

⁹⁷ Urteil (des Bundesgerichts) 2C_305/2016 vom 24. November 2016 E. 2.3.1; Urteil (des Bundesgerichts) 2C_1055/2014 vom 2. Oktober 2015 E. 4.2; vgl. Hsu/Bahar/Flühmann (Fn. 33), Art. 33 FINMAG N 13a m.w.H.

⁹⁸ Urteil (des Bundesverwaltungsgerichts) B-4672/2017 vom 27. Februar 2020 E. 3.4.

⁹⁹ BGE 142 II 243 E. 2.2; Urteil (des Bundesgerichts) 2C_747/2021 vom 30. März 2023 E. 13.1; Urteil (des Bundesgerichts) 2C_929/2017 vom 23. April 2018 E. 2.1; Urteil (des Bundesgerichts) 2C_192/2019 vom 11. März 2020 E. 3.1.

¹⁰⁰ Hsu/Bahar/Flühmann (Fn. 33), Art. 33 FINMAG N 13b.

¹⁰¹ Urteil (des Bundesgerichts) 2C_220/2020 vom 15. Juni 2020 E. 4.2.2; Urteil (des Bundesgerichts) 2C_136/2019 vom 14. Januar 2020 E. 4.2; Kuhn (Fn. 96), 355; Hsu/Bahar/Flühmann (Fn. 33), Art. 32 FINMAG N 21; vgl. Ziff. II.1.3.

¹⁰² Urteil (des Bundesgerichts) 2C_192/2019 vom 11. März 2020 E. 3.2.

¹⁰³ Kuhn/Wyss (Fn. 76), 355.

¹⁰⁴ Hsu/Bahar/Flühmann (Fn. 33), Art. 33 FINMAG N 17.

¹⁰⁵ Kuhn (Fn. 96), 375; Hsu/Bahar/Flühmann (Fn. 33), Art. 33 FINMAG N 14.

¹⁰⁶ BGE 142 II 243 E. 2.2; Urteil (des Bundesgerichts) 2C_192/2019 vom 11. März 2020 E. 3.2; Hsu/Bahar/Flühmann (Fn. 33), Art. 33 FINMAG N 16; vgl. auch Reiser (Fn. 6), 548 ff., 549.

¹⁰⁷ Vgl. Urteil (des Bundesverwaltungsgerichts) B-4750/2019 vom 16. Mai 2023 E. 7.2.2.

¹⁰⁸ BGE 142 II 243 E. 2.2.

¹⁰⁹ Hsu/Bahar/Flühmann (Fn. 33), Art. 33 FINMAG N 13c.

¹¹⁰ Urteil (des Bundesgerichts) 2C_192/2019 vom 11. März 2020 E. 3.3.

¹¹¹ BGE 142 II 243 E. 2.3.

¹¹² Kuhn (Fn. 96), 375.

4.3 Veröffentlichung von Verfügungen

Wird in schwerwiegender Weise Aufsichtsrecht verletzt, kann die FINMA darüber hinaus die rechtskräftige Endverfügung unter Angabe von Personendaten in elektronischer oder gedruckter Form gegen sämtliche Adressaten von FINMA-Endverfügungen und damit auch gegen Empfänger von Berufsverböten¹¹³ veröffentlichen (naming and shaming¹¹⁴).¹¹⁵ Diese Massnahme soll abschreckend wirken¹¹⁶ und wird in der Praxis grösstenteils gegen unerlaubt auf dem Finanzmarkt tätige natürliche Personen eingesetzt.¹¹⁷ Da die Veröffentlichung einen schweren Eingriff in die Persönlichkeitsrechte der betroffenen Personen darstellt, ist der Grundsatz der Verhältnismässigkeit besonders zu beachten.¹¹⁸

4.4 Gewinneinziehung

Ferner ist die FINMA gemäss Art. 35 FINMAG befugt, den Gewinn einzuziehen, den ein beaufsichtigtes Institut oder eine verantwortliche Person in leitender Stellung durch schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen erwirtschaftet hat. Zu den Personen in leitender Stellung zählen dabei nicht nur die obersten Führungsorgane. Vielmehr umfasst der Begriff zum einen die Gewährträger,^{119/120} zum anderen aber auch weitere Personen mit einem gewissen Mass an Führungskompetenz,¹²¹ welche das Institut zu gefährden vermögen.¹²² Entscheidend ist hierbei nicht die (formelle) hierarchische Stellung des Individuums, sondern der tatsächliche Grad an Verantwortung und das der Person zukommende Schädigungs-

potenzial bei einer Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen.¹²³

Auch die Einziehung verlangt eine schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Pflichten.¹²⁴ Für die Bestimmung der Schwere der Verletzung ist aber nicht die Höhe des Gewinns bzw. des vermiedenen Verlustes¹²⁵, sondern das Ausmass der Abweichung von der aufsichtsrechtlichen Pflicht und die Bedeutung der verletzten Norm, entscheidend.¹²⁶ Ferner muss der erzielte Gewinn bzw. der vermiedene Verlust kausal aus der Pflichtverletzung hervorgegangen sein.¹²⁷ Als Gewinn gilt dabei die Differenz zwischen Aufwand und Ertrag in einer bestimmten Zeitperiode.¹²⁸ Verglichen wird also der tatsächliche Stand des Vermögens des Pflichtverletzers mit dem Stand, den das Vermögen ohne die Pflichtverletzung hätte.¹²⁹ In Anwendung des Nettoprinzip sind daher zur Berechnung des Gewinns jene Aufwände abzuziehen, die dem Verletzer zur Generierung des Ertrags erwachsen sind.¹³⁰ Die Kosten müssen hierbei in einem engen Konnex zum in schwerer Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen erzielten Ertrag stehen.¹³¹ Dies gilt auch für den vermiedenen Verlust.¹³² Obwohl die Gewinneinziehung ausgleichender Natur ist und keinen pönalen Charakter aufweist, darf sie nicht zu unverhältnismässiger Härte führen.¹³³

Bisher höchstrichterlich ungeklärt ist die Frage, ob gestützt auf Art. 35 FINMAG auch variable Lohnkomponenten einziehbar sind. Während durch die Verletzung aufsichtsrechtlicher Normen eine bessere Leistung und somit schliesslich auch ein Gewinn durchaus erzielbar ist, dürfte insbesondere der Nachweis des Kausalzusammenhangs regelmässig Probleme bereiten. Jedenfalls unzulässig wäre die Einzie-

¹¹³ Hsu/Bahar/Flühmann (Fn. 33), Art. 34 FINMAG N 15; Botschaft FINMAG (Fn. 67), 2883.

¹¹⁴ BGE 147 I 57 E. 2.1.

¹¹⁵ Art. 34 Abs. 1 FINMAG.

¹¹⁶ BGE 147 I 57 E. 4.2; Urteil (des Bundesgerichts) 2C_220/2020 vom 15. Juni 2020 E. 4.2.1; Hsu/Bahar/Flühmann (Fn. 33), Art. 34 FINMAG N 8.

¹¹⁷ Kuhn (Fn. 96), 386; Hsu/Bahar/Flühmann (Fn. 33), Art. 34 FINMAG N 12a.

¹¹⁸ Urteil (des Bundesgerichts) 2C_894/2014 vom 18. Februar 2016 E. 8.1; vgl. auch Kuhn (Fn. 96), 386.

¹¹⁹ Vgl. Ziff. II.4.1.

¹²⁰ Kuhn (Fn. 96), 398; René Bösch, in: Rolf Watter/Rashid Bahar (Hrsg.), Basler Kommentar, FINMAG/FinfraG, 3. Aufl., Basel 2019, Art. 35 FINMAG N 11.

¹²¹ Kuhn (Fn. 96), 398; Raoul Sidler, Die Einziehung nach Art. 35 FINMAG, Zürich/Basel/Genf 2014 (= NIWUZ 59), 18; vgl. auch Botschaft FINMAG (Fn. 67), 2883.

¹²² Sidler (Fn. 121), 17.

¹²³ Bösch (Fn. 120), Art. 35 FINMAG N 11.

¹²⁴ Vgl. dazu bereits im Zusammenhang mit dem Berufsverbot Ziff. II.4.2; vgl. auch BVGE 2013/59 E. 9.3.7.

¹²⁵ Art. 35 Abs. 2 FINMAG.

¹²⁶ Zum Ganzen: Bösch (Fn. 120), Art. 35 FINMAG N 18.

¹²⁷ BVGE 2013/59 E. 9.3.5; Urteil (des Bundesverwaltungsgerichts) B-1034/2017 vom 11. Dezember 2019 E. 2.

¹²⁸ Bösch (Fn. 120), Art. 35 FINMAG N 20.

¹²⁹ Urteil (des Bundesgerichts) 2C_422/2018 vom 10. März 2019 E. 2.4 und 3.2.

¹³⁰ Urteil (des Bundesgerichts) 2C_422/2018 vom 10. März 2019 E. 2 und 2.4.

¹³¹ Urteil (des Bundesgerichts) 2C_422/2018 vom 10. März 2019 E. 3.2; Kuhn (Fn. 96), 395.

¹³² Art. 35 Abs. 2 FINMAG; vgl. auch Bösch (Fn. 120), Art. 35 FINMAG N 23.

¹³³ Botschaft FINMAG (Fn. 67), 2883.

hung des Gewinns sowohl beim Individuum als auch beim Institut, weil dies die ausgleichende Natur der Massnahme missachten würde.¹³⁴

5. Vorgaben der FINMA

5.1 Strategische Ziele

Die durch den FINMA-Verwaltungsrat festgelegten und anschliessend dem Bundesrat zur Genehmigung unterbreiteten strategischen Ziele¹³⁵ konkretisieren, wie die Behörde ihre Ermessensspielräume nutzen bzw. ihr gesetzliches Mandat erfüllen möchte und welche Schwerpunkte sie dabei setzt.¹³⁶ Zum vorliegend interessierenden Vorgehen gegen höchste Bankkader geben die strategischen Ziele keine direkten, konkreten Anhaltspunkte. Indirekt von Bedeutung ist aber insbesondere das Ziel 3 der aktuellen strategischen Ziele von 2021–2024, das sich zum ersten Mal mit dem Risikomanagement und der Corporate Governance befasst. Demnach setzt sich die FINMA dafür ein, dass die beaufsichtigten Finanzinstitute ein vorbildliches Risikomanagement betreiben, und fördert mit ihrer Aufsichtstätigkeit eine verantwortungsvolle Corporate Governance.¹³⁷

5.2 Enforcement Policy (2009)

Gemäss Grundsatz 6 der alten und zwischenzeitlich durch die Enforcement-Leitlinien (2014) abgelösten Enforcement Policy (2009) hielt sich die FINMA bei der Eröffnung von eingreifenden Verfahren gegen natürliche Personen zurück. Die Behörde adressierte festgestellte Missstände vorab bei den Beaufsichtigten selbst. Davon nahm sie die Marktaufsicht und Offenlegungsfragen aus, weil dort individuelles Fehlverhalten im Vordergrund stehe. Aufdrängen könne sich die Anordnung personeller Massnahmen indes dann, wenn es die Beaufsichtigten unterlassen, eigeninitiativ das Notwendige zu unternehmen, oder bei der Verfolgung von Tätigkeiten, für die eine gesetzlich vor-

geschriebene Bewilligung fehlt (sog. Unterstellungsverfahren).¹³⁸

Zur Vermeidung von Kosten für die Betroffenen und zur Schonung eigener Ressourcen führte die FINMA sodann nach Grundsatz 7 in der Regel keine Verfahren gegen nicht mehr im durch sie beaufsichtigten Bereich tätige Individuen. Nur wenn eine Person eine ausreichend konkrete Aussicht auf eine verantwortliche Funktion im beaufsichtigten Sektor («Gewährsposition») hatte, klärte die Behörde die im Raum stehenden Vorwürfe nötigenfalls in einem Verfahren ab und äusserte sich zur beabsichtigten Funktion. Dies wurde den Betroffenen in einem Schreiben (ehemals «Gewährsbrief», neu «Informationsschreiben»)¹³⁹ mitgeteilt.¹⁴⁰ Gemäss Grundsatz 8 wog die Behörde die Verfügung dieses für die Betroffenen sehr einschneidenden Instruments im gesetzlichen Rahmen sorgfältig ab. Zum einen berücksichtigte sie die im Grundsatz 3 der Enforcement Policy (2009) für die Eröffnung von Verfahren geltenden Kriterien:¹⁴¹ Der Abschluss eines Enforcementverfahrens könne einen schweren Eingriff in Rechtspositionen der Parteien bedeuten. Die FINMA berücksichtige daher vor einer allfälligen Verfahrenseröffnung eingehend alle wesentlichen Umstände und prüfe alternative Handlungsoptionen. Dabei seien Kriterien wie die Gefahr für Anleger, Versicherte, Gläubigerinnen, Investoren, Beaufsichtigte und die Reputation des Finanzplatzes, die Schwere und der Zeitpunkt der in Frage stehenden Aufsichtsrechtsverletzungen sowie die Funktionen der für die Verletzung Verantwortlichen relevant. Als wesentlich in diesem Sinne gälten indes auch Elemente wie etwa die vorhandenen FINMA-Ressourcen, öffentliche Erwartungen und (Korrektur-)Massnahmen der Parteien.¹⁴²

Hinsichtlich der Funktionen der Betroffenen schätzte die FINMA das Gefahrenpotential höher ein, wenn für eine schwere Aufsichtsrechtsverletzung Vertreter der obersten Hierarchiestufen verantwortlich sind. Dies müsse den betroffenen Managern aber

¹³⁴ Zum Ganzen: *Kuhn* (Fn. 96), 400 f.

¹³⁵ Art. 9 Abs. 1 lit. a FINMAG; FINMA, Die Strategischen Ziele der FINMA, verfügbar unter <<https://www.finma.ch/de/finma/ziele/strategische-ziele/>>.

¹³⁶ Vgl. Art. 14 Abs. 2 der Verordnung zum Finanzmarktaufsichtsgesetz vom 13. Dezember 2019 (FINMAG-VO; SR 956.11); FINMA, Strategische Ziele (Fn. 135).

¹³⁷ FINMA, Strategische Ziele 2021 bis 2024, verfügbar unter <<https://www.finma.ch/20201118-strategische-ziele-2021-2024.pdf>>, 9.

¹³⁸ Zum Ganzen: FINMA, Enforcement-Policy der FINMA vom 17. Dezember 2009, verfügbar unter <https://www.finma.ch/medienmitteilungen/20111110-pl_enforcement.pdf>, 4.

¹³⁹ *Bertrand G. Schott/Florian L. Steiner*, in: Rolf Sethe/René Bösch/Olivier Favre/Ansgar Schott (Hrsg.), *Schulthess Kommentar, FINIG, Zürich/Basel/Genf 2021*, Art 11 FINIG N 56.

¹⁴⁰ Zum Ganzen: Enforcement Policy (2009) (Fn. 138), 4 f.

¹⁴¹ Zum Ganzen: Enforcement Policy (2009) (Fn. 138), 5.

¹⁴² Zum Ganzen: Enforcement Policy (2009) (Fn. 138), 3.

«konkret und rechtsgenügend» nachzuweisen sein, was eine sorgfältige Abwägung der Beweislage voraussetzt.¹⁴³ Gewährsverfahren verband die Behörde schliesslich nicht zwingend mit Berufsverbotsverfahren. Auch nach Ablauf eines Berufsverbots behielt sich die FINMA aber die Prüfung vor, ob die betreffende Person als Mitglied der obersten Führungsebene einer Beaufsichtigten Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bietet.¹⁴⁴

5.3 Enforcement-Leitlinien (2014)

Die zurückhaltende Einstellung der FINMA beim Enforcement gegen Individuen änderte sich mit dem Erlass der aktuell geltenden Enforcement-Leitlinien (2014). Demnach geht die FINMA nun gegen für schwere Aufsichtsrechtsverletzungen verantwortliche Individuen gezielt vor. Generell wird Enforcement als sichtbares Durchsetzungsmittel zur Erreichung der vorne unter Ziff. II.2 erläuterten Aufsichtsziele eingesetzt. Das Ziel des Enforcements besteht in der Beseitigung von Missständen, der Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustands und der präventiv wirkenden Sanktionierung von Gesetzesverstössen. Dabei werden gravierende Verfehlungen prioritär behandelt. Ferner legt die Behörde einen Fokus auf schwere Verletzungen der Marktintegrität und Marktmanipulation durch alle Marktteilnehmer auf dem Schweizer Effektenmarkt. Zudem ahndet sie bei bewilligten Marktteilnehmern und ihren Angestellten schweren Marktmissbrauch auf ähnlichen Märkten im In- und Ausland.¹⁴⁵

5.4 FINMA-Praxis zu Verzichtserklärungen

Im Jahresbericht 2022 veröffentlichte die FINMA sodann ihre Praxis zu Verzichtserklärungen im Rahmen von Enforcementverfahren gegen Individuen.¹⁴⁶ 2017 führte die Behörde gegen den ehemaligen CEO der Raiffeisen Schweiz das Verfahren nicht weiter.¹⁴⁷ Er

war kurz nach Verfahrenseröffnung aus allen Gewährspositionen ausgeschieden und hatte öffentlich erklärt, künftig keine Führungspositionen im Finanzmarkt mehr bekleiden zu wollen. Vereinzelt verzichtete die FINMA seither in weiteren Fällen auf die Eröffnung oder Weiterführung eines Verfahrens, nachdem die Betroffenen freiwillig von Positionen in leitender Stellung abgesehen hatten.¹⁴⁸ Würden die Aufsichtsziele bereits durch den Verzicht und ohne die Anordnung einer Massnahme wie etwa eines Berufsverbots gegen das betreffende Individuum vollständig erreicht, könne dies gemäss der Behörde verhältnismässig sein. Vorausgesetzt werde dabei aber, dass die betreffende Person die leitende Stellung aufgegeben und schriftlich eine umfassende, unbefristete, bedingungslose, unwiderrufliche und glaubhafte Verzichtserklärung abgegeben hat. Als glaubhaft erachtet die FINMA eine solche Verzichtserklärung etwa bei einer zwischenzeitlichen Berufstätigkeit im Ausland. Auch beim Vorliegen einer umfassenden Verzichtserklärung könne die FINMA bei potenziell schwerwiegenden Aufsichtsrechtsverstössen gleichwohl ein Verfahren weiterführen, wenn das öffentliche Interesse dies gebietet. Die Behörde behalte sich zudem vor, die Öffentlichkeit über den Verzicht und den Ausgang der Abklärungen oder des Verfahrens im Rahmen von Art. 22 FINMAG zu informieren. In diesem Sinne machte die FINMA die Abschreibung zweier Verfahren gegen Individuen im Zusammenhang mit der Beschattungsaffäre bei der CS bekannt,¹⁴⁹ nachdem diese auf eine künftige Tätigkeit bei einem durch die FINMA beaufsichtigten Institut verzichtet hatten.¹⁵⁰

Zumal die FINMA primär präventiv mittels Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustands die Erreichung der Aufsichtsziele zu verfolgen hat sowie mit Blick auf den Grundsatz der Rechtsgleichheit, das Prinzip der Prozessökonomie und den Verhältnismässigkeitsgrundsatz ist die FINMA-Praxis zu Verzichtserklärungen vorliegender Ansicht nach sachge-

¹⁴³ Zum Ganzen: Enforcement Policy (2009) (Fn. 138), 5.

¹⁴⁴ Zum Ganzen: Enforcement Policy (2009) (Fn. 138), 5.

¹⁴⁵ Zum Ganzen: FINMA, Leitlinien zum Enforcement vom 25. September 2014, verfügbar unter <<https://www.finma.ch/leitlinien-zum-enforcement.pdf>>, 2.

¹⁴⁶ Vgl. FINMA, Jahresbericht 2022, verfügbar unter <<https://www.finma.ch/leitlinien-zum-enforcement.pdf>>, 60 f.

¹⁴⁷ FINMA, Medienmitteilung, FINMA beendet Verfahren gegen Pierin Vincenz vom 21. Dezember 2017, verfügbar unter <<https://www.finma.ch/medienmitteilung/2017/12>>.

¹⁴⁸ Vgl. FINMA, Verfügung «Anforderungen an eine Verzichtserklärung im Rahmen eines Enforcementverfahrens gegen natürliche Personen», verfügbar unter <<https://www.finma.ch/verfuegungsmeldungen/20221104>>.

¹⁴⁹ FINMA, Medienmitteilung, Credit Suisse «Beschattungsaffäre»: FINMA stellt schwere Aufsichtsrechtsverletzungen fest, 19. Oktober 2022, verfügbar unter <<https://www.finma.ch/news/20211019>>.

¹⁵⁰ FINMA Jahresbericht 2022 (Fn. 146), 61.

recht.¹⁵¹ Sie steht zudem im Einklang mit der Botschaft zum FINMAG.¹⁵² Da die Namen der potenziell in Enforcementverfahren verwickelten Personen in informierten Kreisen, wenn nicht gar in der Öffentlichkeit, oftmals auch ohne entsprechende FINMA-Hinweise zirkulieren, dürfte sodann die anonymisierte Publikation von Verzichtserklärungen eine gewisse Wirkung haben. Vor dem Hintergrund des Verhältnismässigkeitsprinzips tut die FINMA daher aber gut daran, jeweils sorgfältig abzuwägen, ob und ggf. in welchen Fällen sie eine solche Veröffentlichung vornimmt.

5.5 Faktenblatt Enforcement (2023)

Gemäss dem Faktenblatt Enforcement vom 1. Januar 2023 [nachfolgend Faktenblatt Enforcement (2023)] geht die FINMA gegen Aufsichtsrechtsverletzungen und Missstände vor. Dabei sorgt sie mit den gesetzlich vorgesehenen Massnahmen dafür, dass der ordnungsgemässe Zustand wiederhergestellt wird. Das Faktenblatt Enforcement (2023) verschafft einen guten Überblick über das Finanzmarktenforcement, enthält aber keine spezifischen Hinweise zum Vorgehen gegen Individuen.¹⁵³

6. Zusammenfassung der Ergebnisse und Würdigung

Innerhalb der Grundsätze des rechtsstaatlichen Verwaltungshandelns, der gesetzlichen Schranken und ihrer eigenen Vorgaben hat die FINMA beim Vorgehen gegen Individuen sowohl bei der Frage nach der Verfahrenseröffnung als ggf. auch bei der Wahl der adäquaten Massnahme einen grossen Ermessensspielraum. Gegen natürliche Personen auf höchster Managementstufe stehen der FINMA insbesondere der

Gewährsentszug, das Berufsverbot, aber auch die Veröffentlichung von rechtskräftigen Verfügungen, die Gewinneinziehung und die Feststellungsverfügung zur Verfügung. Anders als viele ausländische Aufsichtsbehörden hat die FINMA indes weder gegen beaufsichtigte Institute bzw. Banken noch gegen natürliche Personen eine Bussenkompetenz.

Im Einklang mit den Zielen der Finanzmarktaufsicht und ihren eigenen Vorgaben muss die FINMA nicht bei jeder Aufsichtsrechtsverletzung aktiv werden, da sie gerade keine dem Verfolgungszwang unterliegende Strafbehörde ist. Vielmehr soll sie nur dann ein Verfahren eröffnen, wenn dies für die Erreichung der Aufsichtsziele nötig ist. Dabei sind namentlich die Prozesschancen zu berücksichtigen. Diese sind nur dann intakt, wenn die betreffende natürliche Person die Aufsichtsrechtsverletzung kausal und schuldhaft bewirkt hat, ihr das Fehlverhalten also individuell zurechenbar ist. Sodann macht ein Tätigwerden der FINMA umso weniger Sinn, je tiefer die entsprechende Person innerhalb der Bank in der Hierarchie ist. Im Zentrum des Finanzmarktenforcements steht gerade nicht die Pönalisierung von Individuen. Bei einer persönlichen Verantwortlichkeit sollen deshalb jene Personen belangt werden, die das Institut vertreten und die Kultur innerhalb eines Instituts wesentlich prägen. Anders ausgedrückt geht es um das «Gesicht» des Instituts. Bei Grossbanken betrifft dies nicht nur Mitglieder von VR und GL, sondern auch Personen unterhalb der obersten Führungsebene. Gerade in einer hochkomplexen Organisation wie derjenigen einer (Gross-)Bank ist es in der Praxis aber oftmals schwierig, den Vertretern auf höchster Managementstufe eine (schwere) Verletzung von auf Banken zugeschnittenen Aufsichtsrechts individuell zuzurechnen bzw. kausal nachzuweisen. Die Verantwortlichkeiten sind regelmässig verwischt, was sich auch negativ auf die Kultur innerhalb von Banken und das Verhalten von Bankmanagern auswirkt. Das geltende Verantwortlichkeitsregime in Grossbritannien bietet für dieses Problem allenfalls Lösungsansätze.

¹⁵¹ A.A. einige Teilnehmende des Sommeranlasses vom 19. Juni 2023 des Verbands der Auslandsbanken in der Schweiz (AFBS) mit der in die Vergangenheit gerichteten Argumentation, wonach die Zuwiderhandlung nicht rückgängig gemacht werden könne (Raoul Würzler/Jonathan Deneys, AFBS Get Together 2023, GesKR 2023, 404 ff., 405). Die FINMA soll aber m.E. gerade nicht Vergangenes pönalisieren, sondern primär zukunftsbezogen den ordnungsgemässen Zustand wiederherstellen.

¹⁵² Botschaft FINMAG (Fn. 67), 2882; vgl. auch FINMA Jahresbericht 2022 (Fn. 146), 61.

¹⁵³ Zum Ganzen: FINMA, Faktenblatt Enforcement vom 1. Januar 2023, verfügbar unter <<https://www.finma.ch/faktenblaetter/faktenblatt-enforcement.pdf>>, 1.

III. Überlegungen de lege ferenda

1. Verantwortlichkeitsregime

1.1 Geltendes Verantwortlichkeitsregime in Grossbritannien

Die Prudential Regulation Authority (PRA) und die Financial Conduct Authority (FCA) führten das Senior Managers and Certification Regime (SMCR) im März 2016¹⁵⁴ ein, um die Verantwortlichkeit von Individuen zu erhöhen und es den Instituten und deren Regulatoren zu erleichtern, diese zur Verantwortung zu ziehen.^{155/156} In den Geltungsbereich des SMCR fallen Institute, die von der PRA und der FCA oder nur von einer der beiden Behörden beaufsichtigt werden, also namentlich auch Banken.¹⁵⁷ Der in Rulebooks bzw.

Handbooks der Aufsichtsbehörden konkretisierte Financial Services and Markets Act 2000 (FSMA 2000) enthält die Grundsätze des SMCR.¹⁵⁸ Das hier mit Blick auf die höchste Hierarchiestufe hauptsächlich interessierende Senior Managers Regime (SMR) ist sodann vom auf tiefere Managementstufen anwendbaren Certification Regime (CR) abzugrenzen,¹⁵⁹ das nachfolgend nicht weiter vertieft wird.

Im vorliegenden Kontext sind insbesondere drei Aspekte von Interesse. Im Rahmen des mit dem Schweizer Gewährsprüfungsverfahren vergleichbaren Zulassungsverfahrens hat erstens ein klar formuliertes «Statement of Responsibilities» (SoR) die jeweiligen Verantwortlichkeiten aufzuzeigen,¹⁶⁰ wobei auf eine Vorlage zurückgegriffen werden kann.¹⁶¹ Zum einen sind dabei den einzelnen «Senior Manager Functions» (SMF) gewisse Verantwortlichkeitsbereiche zugeordnet.¹⁶² Zum anderen gibt es (weitere) vorgegebene Verantwortlichkeitsbereiche («Prescribed Responsibilities»), die den betreffenden SMF Managern zugeschrieben werden müssen.¹⁶³ Wenn die Verantwortlichkeiten eines Senior Managers ändern, ist das SoR aufzudatieren und neu einzureichen.¹⁶⁴ Das SoR ist erforderlich für alle Führungskräfte, die der Bank oder der Marktintegrität an sich erheblich schaden könnten.¹⁶⁵ Anders als gemäss aktueller

¹⁵⁴ 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. März 2021, verfügbar unter <<https://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/CBP-9168/CBP-9168.pdf>>, 10); Vgl. zur Entstehungsgeschichte Gavin Vaughan/Liam Finch, *The Fix: How Bankers Lied, Cheated and Colluded to Rig the World's Most Important Number*, Chichester 2017.

¹⁵⁵ 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>>.

¹⁵⁶ Vgl. eingehend zum SMCR etwa Susan Emmenegger, *Das UK Senior Managers and Certification Regime (SMCR)*, *AJP* 2022, 817 ff.

¹⁵⁷ 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.

¹⁵⁸ Vgl. Introductory Text (Part I) FSMA 2000.

¹⁵⁹ Vgl. 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/quarterly-bulletin/2018/senior-managers-certification-regime.pdf>>, 1.

¹⁶⁰ Bank of England, *seniority and accountability* (Fn. 159), 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; PRA CRR Rulebook, *Fitness and Propriety 5.2; Sec. 60(2A) und 60(2B) FSMA 2000; FCA Handbook, SUP (Supervision) 10C.11.3.*

¹⁶¹ Diese Vorlage ist verfügbar unter <<https://www.bankofengland.co.uk/prudential-regulation/authorisations/senior-managers-regime-approvals>>.

¹⁶² PRA, *Supervisory Statement SS28/15, Strengthening individual accountability in banking*, Dezember 2021, verfügbar unter <<https://www.bankofengland.co.uk/supervisory-statement/2021>>, 2.3 ff.; PRA Rulebook, *Senior Management Functions*, verfügbar unter <<https://www.prarulebook.co.uk/rulebook/>>, 3.1 ff.

¹⁶³ Vgl. für eine Übersicht der vorgeschriebenen Funktionen: PRA Rulebook (Fn. 162), *Allocation of Responsibilities*, 4.1 ff.

¹⁶⁴ Sec. 62A(2) FSMA 2000.

¹⁶⁵ FCA, *The Senior Managers and Certification Regime: Guide for FCA solo-regulated firms* (Fn. 157), 13.

FINMA-Praxis scheinen beim operativen Management deutlich mehr Personen als nur GL-Mitglieder vom SMR erfasst zu sein.¹⁶⁶ Demgegenüber ist der Adressatenkreis auf Stufe Aufsichtsorgan kleiner.¹⁶⁷ Soweit ersichtlich fallen nur Mitglieder mit spezifischen Rollen darunter, wie etwa der Verwaltungsratspräsident oder die Vorsitzenden von Risiko- und Prüfungsausschüssen.¹⁶⁸

Zweitens soll die «Management Responsibilities Map» (MRM) einen Überblick über das Management und die Governance im jeweiligen Institut verschaffen.¹⁶⁹ Konkret werden darin Informationen zur Berichterstattung, zu den Verantwortlichkeiten in den verschiedenen Bereichen und bei den beteiligten Personen aufgeführt. Darin eingeschlossen sind Angaben zu den Kompetenzen der Gesamtgremien, der Ausschüsse und deren Vorsitzender sowie zur Aufgabenteilung bei Gruppengesellschaften.¹⁷⁰ Anders als beim SoR gibt es für die MRM kein vorgegebenes Formular. Die Institute sind in der Gestaltung somit freier. Die PRA erwartet indes eine Kombination aus Texten und visualisierenden Darstellungen wie etwa Organigrammen.¹⁷¹ Wie das SoR soll auch die MRM durch die Festlegung von Entscheidungsstrukturen und Kompetenzabgrenzungen die unternehmensinterne Corporate Governance verbessern.¹⁷² Ausserdem bezweckt die MRM, den Aufsichtsbehörden ein klares Bild von den internen Abläufen im Entscheidungsprozess des Unternehmens zu vermitteln.¹⁷³

Drittens gelten Personen mit einer SMF nicht nur bei einer direkten vorsätzlichen oder fahrlässigen

Rechtsverletzung oder Beteiligung daran als «Guilty of Misconduct», sondern gemäss der «Duty of Responsibility» bereits dann, wenn in ihrem Verantwortungsbereich eine Rechtsverletzung auftritt und sie es versäumt haben, angemessene Massnahmen zu ergreifen, die von einer Person in ihrer Position vernünftigerweise erwartet werden könnten, um die Rechtsverletzung selbst oder deren Fortsetzung zu verhindern.¹⁷⁴ Auch gemäss der erläuterten¹⁷⁵ bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Berufsverbot muss es sich bei der Verletzung nicht zwingend um ein aktives Tun handeln. Vielmehr erfasst die Pflichtverletzung auch das pflichtwidrige Nichteinschreiten bei Kenntnis der Pflichtverletzung oder die pflichtwidrige Unkenntnis der Pflichtverletzung.¹⁷⁶

Der Nutzen des SMCR bei der Durchsetzung scheint bislang zwar nicht erwiesen.¹⁷⁷ Indes gibt es Anhaltspunkte dafür, dass die (prophylaktischen) Auswirkungen auf die Unternehmenskultur soweit bereits ersichtlich insgesamt positiv sind.¹⁷⁸ Ohnehin handelt es sich aber beim beschriebenen Verantwortlichkeitsregime nur um einen Bestandteil des SMCR, was (abschliessende) Aussagen zu dessen Wirksamkeit zusätzlich erschwert.

¹⁶⁶ Reiser (Fn. 6), 550 m.w.H.

¹⁶⁷ PRA, Supervisory Statement SS28/15, Strengthening individual accountability in banking (Fn. 162), 2.3.

¹⁶⁸ PRA, Supervisory Statement SS28/15, Strengthening individual accountability in banking (Fn. 162), 2.3.

¹⁶⁹ PRA, Supervisory Statement SS28/15, Strengthening individual accountability in banking (Fn. 162), 2.57; vgl. zudem FCA, Handbook SYSC (Fn. 160), 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).

¹⁷⁰ PRA Rulebook (Fn. 162), Allocation of Responsibilities, 7.1 f.

¹⁷¹ PRA, Supervisory Statement SS28/15, Strengthening individual accountability in banking (Fn. 162), 2.58 f.

¹⁷² PRA, Supervisory Statement SS28/15, Strengthening individual accountability in banking (Fn. 162), 2.46A.

¹⁷³ PRA, Supervisory Statement SS28/15, Strengthening individual accountability in banking (Fn. 162), 2.58B.

¹⁷⁴ Sec. 66A(5)(d) [Action by FCA] und 66B(5)(d) [Action by PRA] FSMA 2000. Zu den einzelnen Kriterien, welche die PRA in Betracht zieht, siehe PRA, Supervisory Statement SS28/15, Strengthening individual accountability in banking (Fn. 162), 2.76. Die im ursprünglichen SMCR-Regime von 2013 angedachte Verschuldensvermutung wurde 2016 wieder abgeschafft (vgl. Emmenegger [Fn. 156], 829).

¹⁷⁵ Vgl. vorne Ziff. II.4.2.

¹⁷⁶ Urteil (des Bundesgerichts) 2C_192/2019 vom 11. März 2020 E. 3.2.

¹⁷⁷ So postuliert die Lehre teilweise die stärkere Durchsetzung des SMCR (Samantha Bourton/Demelza Hall/Diana Johnson/Nicholas Ryder, Review of the senior managers & certification regime, Journal of Economic Criminology, 2023, verfügbar unter <<https://doi.org/10.1016/j.jeconc.2023.100029>>, 1 ff.); vgl. zu den Enforcementverfahren zudem FCA, Information on investigations opened under the Senior Managers' Regime – June 2022, verfügbar unter <<https://www.fca.org.uk/information-investigations-opened-under-senior-managers-regime-june-2022>>.

¹⁷⁸ Vgl. Anat Keller/Andreas Kokkins, The senior managers and certification regime in financial firms: an organisational culture analysis, Journal of Corporate Law Studies, 2022, verfügbar unter <<https://doi.org/10.1080/14735970.2022.2054165>>, 300 ff.

1.2 Genehmigungspflichtiges Verantwortlichkeitsregime in der Schweiz?

Das geltende Aufsichtsrecht fordert bei Banken eine der Geschäftstätigkeit der Bank angemessene Verwaltungsorganisation und die Abgrenzung der Befugnisse zwischen VR und GL auf eine Art und Weise, die eine sachgemässe Überwachung der Geschäftsführung sicherstellt.¹⁷⁹ Dass sich der Verwaltungsrat um eine klare Organisation kümmern muss, ergibt sich bei Aktiengesellschaften, der für Banken im Vordergrund stehenden Gesellschaftsform,¹⁸⁰ zudem bereits aus dem Aktienrecht.¹⁸¹ So kann nur ein Verwaltungsrat, der in der Lage ist, aufzuzeigen, dass er die Informations- und Entscheidungsabläufe gezielt gestaltet hat, für seine Entscheidungen auf die Vermutung der pflichtgemässen Ausübung des Geschäftsermessens verweisen.¹⁸²

Die Reglemente zur inneren Organisation prüft die FINMA zunächst anlässlich der Neubewilligung eines Instituts. Danach sind ihr spätere Änderungen anzuzeigen und von ihr zu genehmigen (Art. 3 Abs. 3 BankG). Pflichtenhefte kontrolliert die FINMA nicht standardisiert, sondern nur bei konkretem Anlass im Einzelfall. Während sich für die Prüfung von Organisationsreglementen eine gewisse Praxis herausgebildet hat, finden sich im Aufsichtsrecht für die Prüfung und Genehmigung der Verantwortlichkeiten von Gewährsträgern durch die FINMA keine über die für die jeweilige Gesellschaftsform hinausgehenden festgeschriebenen Vorgaben.¹⁸³

Gegen ein genehmigungspflichtiges Schweizer Verantwortlichkeitsregime kann man einwenden, dass es in einer solch komplexen Organisation wie derjeni-

gen einer Bank mit teilweise sehr vielen Mitarbeitenden schwierig sein dürfte, alle Verantwortlichkeiten an bestimmte Personen auf höchster Managementebene zu knüpfen. Ein zu starkes Festmachen an Einzelpersonen ist in einer sehr vielschichtigen, hochgradig arbeitsteiligen Organisation problematisch.¹⁸⁴ Es setzt zudem möglicherweise Anreize für risikoverhalten, könnte zum Verlust von Innovationskraft und zur Förderung von «Einzelkämpfern» führen, die in erster Linie sich selbst vor etwaigen Verantwortlichkeiten schützen wollen.

Der zentrale Vorteil eines genehmigungspflichtigen Verantwortlichkeitsregimes bestünde aber darin, dass es die Institute zwingen würde, sich mit ihren internen, teils hochkomplexen Verantwortlichkeitsstrukturen auseinanderzusetzen und mehr Klarheit in die Organisation zu bringen. Dies würde sich positiv auf die Unternehmenskultur auswirken. Nicht zu granulare und formalistische, aber doch sinnvoll präzisierbare Verantwortlichkeiten vermögen zudem möglicherweise eine präventive Wirkung zu entfalten, indem sie die Bankmanager auf ihre Verantwortlichkeiten und Pflichten sensibilisieren. Idealerweise würden sich die betreffenden Personen infolgedessen gar nicht erst fehl verhalten.¹⁸⁵ Schliesslich stärkt eine idealerweise damit einhergehende wirksamere Durchsetzung generell das Vertrauen in den (Schweizer) Finanzplatz¹⁸⁶ und die Reputation der Aufsichtsbehörde. Für die Wirksamkeit einer Regulierung sind deren Umsetzung und Vollzug wichtig.¹⁸⁷ Nur eine durchsetzbare Regulierung bzw. vorliegend ein funktionierendes Enforcement gegen höchste Bankmanager kann somit Vertrauen schaffen. Dies ist nicht zuletzt auch für den Ruf des Schweizer Regulators essenziell.¹⁸⁸

¹⁷⁹ Art. 3 Abs. 2 lit. a BankG. Zudem hat eine Finanzgruppe in einer Art und Weise organisiert zu sein, dass sie insbesondere alle wesentlichen Risiken begrenzen und erfassen kann (Art. 3f Abs. 2 BankG).

¹⁸⁰ Vgl. FINMA, Bewilligte Banken und Wertpapiere, verfügbar unter <<https://www.finma.ch/dokumente/bewilligungstrae ger/pdf>>.

¹⁸¹ Art. 716a Abs. 1 Ziff. 2 OR; vgl. etwa Hans Caspar von der Crone, Aktienrecht, 2. Aufl., Bern 2020, § 18 N 1312 ff.; Arthur Meier-Hayoz/Peter Forstmoser, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 13. Aufl., Bern 2023, § 16 N 704 ff.

¹⁸² Von der Crone (Fn. 181), § 18 N 1313, 1538 ff. Vgl. zum Verhältnis von Aufsichts- und Aktienrecht in diesem Kontext Susan Emmenegger, Bankorganisationsrecht als Koordinationsaufgabe. Grundlinien einer Dogmatik der Verhältnisbestimmung zwischen Aufsichtsrecht und Aktienrecht, Habil. Univ. Freiburg 2004, Bern 2004, *passim*.

¹⁸³ Reiser (Fn. 6), 543 ff., 554.

¹⁸⁴ Reiser (Fn. 6), 543 ff., 554.

¹⁸⁵ Ähnlich bereits Reiser (Fn. 6), 543 ff., 554.

¹⁸⁶ Vgl. zum Vertrauen in den Kapitalmarkt Harald Bärtschi/Yannick Hirschi, Vertrauen im Kapitalmarkt, SZW 2017, 771 ff.

¹⁸⁷ Christoph B. Bühler, Regulierung im Bereich der Corporate Governance, Habil. Univ. Zürich, 2009, Zürich/St. Gallen 2009, N 331; Nina Reiser, Durchsetzung heterogener börsengesellschaftlicher Normen, Habil. Zürich 2016, Zürich 2017, N 8.

¹⁸⁸ Vgl. zur Regulierung als Vertrauenstatbestand Hans Caspar von der Crone/Tatjana Linder, Regulierung: Reputation, Vertrauen und Verantwortung, in: Peter V. Kunz/Dorothea Herren/Thomas Cottier/René Matteotti (Hrsg.), Wirtschaftsrecht in Theorie und Praxis, Festschrift für Roland von Büren, Bern 2009, 730.

Vor dem Hintergrund des im Schweizer Finanzmarktrecht geltenden Grundsatzes der Prinzipienbasierung¹⁸⁹ wäre bei einem genehmigungspflichtigen Schweizer Verantwortlichkeitsregime vorab von einer zu granularen und formalistischen «tick-the-box»-Regelung sowie insbesondere von einer aktiven Vergabe von Rollen oder Profilen durch die FINMA abzusehen. Die Einführung eines genehmigungspflichtigen individuellen Verantwortlichkeitsdokuments in Anlehnung an das SoR in Grossbritannien scheint insbesondere für das operative Management prüfenswert. Aus diesem Dokument müsste klar ersichtlich sein, welche Personen für welche Bereiche verantwortlich sind. Die Institute hätten den betreffenden Personen dabei die jeweiligen Pflichten vertraglich aufzuerlegen. Einen (besseren) gesamtheitlichen Überblick über das Management und die Governance im jeweiligen Institut sowie die Vermittlung eines klareren Bildes der internen Abläufe im Entscheidungsprozess der jeweiligen Bank könnte mit der Pflicht zur Einreichung einer Übersicht in Anlehnung an das britische MRM erreicht werden. Hier gälte es, neben den individuellen Verantwortlichkeiten und Zuständigkeiten auch diejenigen von Gremien abzubilden. Bei der Ausgestaltung dieser individuellen Verantwortlichkeitsdokumente und Übersichten über die internen Entscheidungsabläufe und Verantwortlichkeiten sollten die Institute jedenfalls möglichst frei sein.

Für die Prüfung eines solchen dokumentierten Verantwortlichkeitsregimes zusammen mit den Reglementen zur angemessenen Verwaltungsorganisation je nach Ausgestaltung durch den Schweizer Regulator oder die Prüfgesellschaften spricht, dass die FINMA über veränderte Verantwortlichkeiten, Zuständigkeiten und Entscheidungsprozesse (etwa im Zuge von Umstrukturierungen) informiert würde und diese zu genehmigen hätte. Die Kontrolle eines dokumentierten Verantwortlichkeitsregimes würde zudem die Gefahr eines Missbrauchs entschärfen, unter dem Vorwand dieser Dokumentationspflicht für Verfehlungen einen «Sündenbock» vorzuschieben. Dass die FINMA auf der Basis von Art. 3 Abs. 3 BankG die Genehmigungspflicht eines solchen Verantwortlichkeitsregimes ohne weitere Leitplanken einführen und durchsetzen könnte, scheint möglich, geht es doch

um die innere Organisation der Bank.¹⁹⁰ Eine allfällige neue oder angepasste Rechtsgrundlage sollte jedenfalls nicht zu granular etwa Art. 3 Abs. 3 BankG bloss leicht ergänzen. Eine Konkretisierung im Rundschreiben 2017/1 Corporate Governance – Banken und unter Berücksichtigung des aus dem Verhältnismässigkeitsprinzip abgeleiteten Grundsatzes der Risikoorientierung¹⁹¹ könnte hier Rechtssicherheit schaffen.

Abschliessend dürfte die Implementierung eines genehmigungspflichtigen Schweizer Verantwortlichkeitsregimes zwar wie erwähnt insbesondere einen Beitrag zur Verbesserung von Kultur und Verhalten in den obersten Führungsgremien von Banken leisten, aber für sich allein wohl leider kaum jegliche dieser Probleme aus dem Weg schaffen.¹⁹² Ob, in welchem Masse und mit welchen Mitteln Aufsichtsbehörden darüber hinaus die Kultur und das Verhalten von höchsten Bankmanagern prüfen und darauf einwirken können und sollen, wird aktuell in verschiedenen Jurisdiktionen diskutiert.¹⁹³ Nicht zuletzt nach den Ereignissen im März 2023 sollte darüber auch in der Schweiz weiter nachgedacht werden.

¹⁹⁰ Noch etwas kritischer Reiser (Fn. 6) 543 ff., 555. Vgl. in diesem Zusammenhang auch Bühler, gemäss welchem der Gewährartikel nicht als alleinige Kompetenznorm zur Regulierung von Rechts- und Reputationsrisiken im Finanzdienstleistungsbereich verstanden werden kann (Bühler [Fn. 187], *passim*). Gemäss Bertschinger ist die vorgängige Genehmigungspflicht von Art. 3 Abs. 3 BankG klar erfasst und bedarf keiner neuen oder angepassten Rechtsgrundlage (Urs Bertschinger, Das Finanzmarktaufsichtsrecht vom vierten Quartal 2022 bis ins vierte Quartal 2023, SZW 2023, 714 ff., 731 f.).

¹⁹¹ Reiser (Fn. 6), 543 ff., 547 m.w.H.

¹⁹² Vgl. etwa zur Rolle der Compliance-Funktion zur Stärkung der individuellen Haftung von fehlbaren Managern Othmar Strasser, Die neue Arbeitswelt und der Ruf nach mehr individueller Haftung als Gründe für einen Wandel im Verständnis der Compliance von Banken, SJZ 2023, 1035 ff., 1045 ff.

¹⁹³ Vgl. Frank Elderson, Mitglied des Direktoriums und stellvertreter Vorsitzender des Aufsichtsgremiums der EZB, Treading softly yet boldly: how culture drives risk in banks and what supervisors can do about it, at the 10th Conference on the Banking Union organised by Freshfields Bruckhaus Deringer, the Institute for Law and Finance at Goethe University and the Center for Financial Studies, verfügbar unter <<https://www.bankingsupervision.europa.eu/press/speeches/date/2023/html>>.

¹⁸⁹ Vgl. dazu etwa Reiser (Fn. 6), 547 f. m.w.H

2. Weiterer Ausbau des FINMA-Instrumentariums?

Braucht es schärfere Massnahmen gegen Bankmanager? Die geltenden Massnahmen sind bereits sehr einschneidend. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung handelt es sich beim Berufsverbotsverfahren,¹⁹⁴ der neben dem Gewährerzug im Zentrum stehenden Massnahme gegen Individuen auf höchster Managementstufe, zwar um keine strafrechtliche Anklage i.S.v. Art. 6 EMRK.^{195,196} Diese Ansicht ist allerdings umstritten und es finden sich in der Lehre zahlreiche Stimmen, die sowohl beim Berufsverbot als auch bei anderen FINMA-Massnahmen eine strafrechtliche Anklage sehen.¹⁹⁷ Die Qualifikation als strafrechtliche Anklage hätte wegen des in Art. 6 Ziff. 1 EMRK verankerten *nemo tenetur*-Grundsatzes grosse Auswirkungen auf das FINMA-Verfahren.¹⁹⁸ Während sowohl Banken als auch das Bankkader eine verwaltungsrechtliche Mitwirkungspflicht trifft,¹⁹⁹ besteht in einem Strafverfahren insbesondere kein Zwang zur Selbstbelastung.²⁰⁰ Zudem ist die FINMA verpflichtet, bei der zuständigen Strafbehörde eine Anzeige zu machen, wenn sie Kenntnis von gemeinrechtlichen Verbrechen und Vergehen sowie Widerhandlungen gegen das FINMAG und die weiteren Finanzmarktgesetze hat.²⁰¹ Die Behörde berücksichtigt dieses Spannungsverhältnis, indem sie die betroffenen Personen auf ihr Aussageverweigerungsrecht aufmerksam macht, sollte die Gefahr einer Strafanklage bestehen.²⁰²

Stattete der Gesetzgeber die FINMA mit schärferen Massnahmen aus, wie etwa mit einer Bussen-

kompetenz,²⁰³ stellte sich umso mehr die Frage nach der Einhaltung des *nemo tenetur*-Prinzips wie auch der weiteren strafrechtlichen Verfahrensgarantien gemäss Art. 6 EMRK. Nach dem bundesrätlichen Bericht zu den pekuniären Verwaltungssanktionen vom 23. Februar 2022 räumen die schweizerischen Gerichte den verwaltungsrechtlichen Mitwirkungspflichten bei pekuniären Verwaltungssanktionen tendenziell Vorrang gegenüber dem Schutz des *nemo tenetur*-Prinzips ein, insbesondere bei gesetzlichen Informations- und Dokumentationspflichten.²⁰⁴ Demnach könne das *nemo tenetur*-Prinzip keine absolute Geltung beanspruchen.²⁰⁵ Zudem befänden sich die Parteien in einem besonderen Verwaltungsrechtsverhältnis (Konzession, Bewilligung etc.),²⁰⁶ weshalb der Grundsatz weniger streng angewandt werden müsse als im Kernstrafrecht.²⁰⁷ Eine konsequente Anwendung der Verfahrensgarantien nach Art. 6 Ziff. 1 EMRK bedeutete jedenfalls eine Verlangsamung des Enforcementverfahrens. Davon dürfte zumindest auf der Basis des erwähnten, in der Lehre aber teilweise kritisierten²⁰⁸ Berichts zwar möglicherweise nicht bei Bussen gegen Banken als Bewilligungsträger, mit grösster Wahrscheinlichkeit aber bei Bussen gegen deren Organe, die in keinem Sonderstatusverhältnis zur FINMA stehen, auszugehen sein. Dies wäre der Reputation des Schweizer Finanzplatzes nicht zuträglich.²⁰⁹ Würden der FINMA alsdann weder Mitwirkungspflichten noch Zwangsmassnahmen zur Verfügung stehen, könnte sie ihr Mandat nur schwerlich ausführen.

Über die verfahrensrechtlichen Herausforderungen hinaus ist vorliegender Ansicht nach auch die Wirksamkeit von Bussen gegen Banken fraglich, tref-

¹⁹⁴ Vgl. dazu Ziff. II.4.2.

¹⁹⁵ Konvention zum Schutze der Menschenrechte vom 28. November 1974 (EMRK; SR 0.101).

¹⁹⁶ BGE 142 II 243 E. 3.2 ff.

¹⁹⁷ Vgl. zur Qualifizierung des Berufsverbots *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. und zur Qualifizierung anderer FINMA-Massnahmen *Beck* (Fn. 36), N 478; *Niggli/Maeder* (Fn. 36), N 30 ff.; *Damian K. Graf*, Strafrechtlicher Umgang mit Verfehlungen in der Finanzbranche, GesKR 2018, 43 ff., 46.

¹⁹⁸ *Reiser* (Fn. 6), 543 ff., 546 f. m.w.H.; vgl. für Lösungssätze zudem *Reiser* (Fn. 187), N 246 ff.

¹⁹⁹ Art. 29 FINMAG.

²⁰⁰ Vgl. etwa *Roland Truffer*, in: Rolf Watter/Rashid Bahar (Hrsg.), *Basler Kommentar FINMAG/FinfraG*, 3. Aufl., Basel 2019, Art. 29 N 20.

²⁰¹ Art. 38 Abs. 3 FINMAG.

²⁰² *Reiser* (Fn. 6), 546.

²⁰³ So fordert die FINMA eine Bussenkompetenz gegenüber beaufsichtigten Instituten (vgl. vorne Ziff. I; vgl. zur Frage nach der Einführung einer Bussenkompetenz für die FINMA etwa auch kürzlich *Yusuf Sume/Miro Witzig*, Ende der Credit Suisse: Gesetzesrevisionen am Horizont?, GesKR 2023, 303 ff., 310 ff.).

²⁰⁴ Bericht Pekuniäre Verwaltungssanktionen (Fn. 62), 74.

²⁰⁵ 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.

²⁰⁶ BGE 140 II 384 E. 3.3.4.

²⁰⁷ Bericht «Pekuniäre Verwaltungssanktionen» (Fn. 62), 117; vgl. dazu *Nik Maurer*, Pekuniäre Verwaltungssanktionen gegen Unternehmen im schweizerischen Finanzmarktrecht, Analyse einer möglichen Einführung des Aufsichtsinstruments, Masterarbeit an der Universität St. Gallen, 2023.

²⁰⁸ Kritisch etwa *Sume/Witzig* (Fn. 203), 312.

²⁰⁹ Vgl. dazu bereits *Reiser* (Fn. 6), 546 f.

fen Bussen doch in erster Linie die Aktionäre der jeweiligen Bank.²¹⁰ Effektiver wäre allenfalls die Implementierung einer Pflicht der Banken zur (vertraglichen) Abwälzung entsprechender Bussen auf die verantwortlichen Manager, etwa durch Kürzungen von variablen Vergütungen in Anlehnung an das SMCR in Grossbritannien.²¹¹ Dies bedingte aber zunächst wiederum die Zurechenbarkeit der einschlägigen Aufsichtsrechtsverletzung zum betreffenden Individuum. Sodann stellte sich dabei die grundsätzliche Frage, ob Bussen wegen ihres pönalen Charakters ggf. nach Schweizer Recht überhaupt zivilrechtlich abgewälzt werden können bzw. ob es sich dabei um zivilrechtlich ersatzfähige Schäden handelt.²¹² Zudem wäre das Verhältnis einer solchen Bestimmung zum Arbeitsrecht zu klären bzw. gesetzgeberisch festzulegen. Die Frage nach einer Bussenkompetenz der FINMA gegen Banken und einer allfälligen Abwälzung auf Bankmanager kann hier nicht umfassend und abschliessend vertieft werden.²¹³ Das Thema dürfte aber jedenfalls weiterhin aktuell bleiben, nicht zuletzt auch wegen

der einschlägigen Empfehlungen des Internationalen Währungsfonds.²¹⁴

Der von der FINMA und teilweise auch von der Politik geforderte Ausbau ihrer Kommunikationsmöglichkeiten ist zunächst aus Rechtssicherheitsüberlegungen grundsätzlich zu begrüssen. Die Transparenz der Durchsetzung des materiellen Rechts ist wichtig, damit die Marktteilnehmer nachvollziehen können, welches Fehlverhalten wie sanktioniert wird. Zugleich stellt sich die Aufsichtsbehörde damit der Öffentlichkeit. Jeder kann sich davon überzeugen, dass die Durchsetzung des Rechts fair und rechtsgleich erfolgt. Das ist für das Vertrauen des Marktes in die Regulierung *per se* zentral.²¹⁵ Dabei hat aber die Bedienung der Informations- und Transparenzbedürfnisse zur Gewährleistung des Anlegerschutzes und der Funktionsfähigkeit des Finanzmarktes und nicht die «Sanktionierung» einer Person stets im Vordergrund zu bleiben.

²¹⁰ Vgl. *Bertschinger* (Fn. 190), 727; *Denis Loher/Luca Müller*, Bussenkompetenz für die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA?, *iusNet* 28. September 2023, 10.

²¹¹ Vgl. PCBS, *Changing Banking for Good*, First Report of Session 2013–14 (Fn. 155), N 163 ff.

²¹² Vgl. dazu eingehend *Nina Reiser*, Sanktionen der US-Aufsicht gegenüber Schweizer Banken: Rückgriffsmöglichkeiten gegenüber Kunden?, *ZSR* 2017, 319 ff.

²¹³ Vgl. dazu etwa *Manuel Ammann/Niclas Käfer/Tobias Wiest*, Gutachten zum Reformbedarf in der Regulierung von «Too Big to Fail» Banken, St. Gallen, 19. Mai 2023, 36 f.; *Benninger/Zulauf* (Fn. 77), 466 f.; *Maurer* (Fn. 207), *passim* m.w.H.; *Loher/Müller* (Fn. 210), *passim* m.w.H.

²¹⁴ International Monetary Fund, *Switzerland Financial Assessment Program*, IMF Country Report No. 19/183, Juni 2019, 38.

²¹⁵ Vgl. zum Transparenzgebot bereits etwa *Reiser* (Fn. 187), 120 f., 999 ff.; gl.M. etwa *Hans Caspar von der Crone/Jan Hoffmann/Matthias Maurer*, *Revision Börsendelikte und Marktmissbrauch*, *SZW* 2011, 533 ff., 537.