

Zeitschrift:	Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV
Herausgeber:	Schweizerischer Juristenverein
Band:	131 (2012)
Heft:	1
Artikel:	Das schweizerische Recht vor den Herausforderungen des internationalen Rechts : Bank- und Finanzmarktrecht
Autor:	Nobel, Peter
DOI:	https://doi.org/10.5169/seals-896169

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

Download PDF: 27.01.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

Das schweizerische Recht vor den Herausforderungen des internationalen Rechts – Bank- und Finanzmarktrecht

PETER NOBEL*

* o. Professor an der Universität Zürich, em. Prof. Universität St. Gallen, Mitglied der Eidgenössischen Bankenkommission 1988–2000, Handelsrichter am Zürcher Handelsgericht, Rechtsanwalt.

Ich danke für die akribische Unterstützung vor allem meinen Mitarbeitern: Herrn lic. iur. oec. Beat Brändli und meiner langjährigen wissenschaftlichen Mitarbeiterin Frau lic. iur. Charlotte M. Baer. Dank für die Unterstützung gebührt auch meinem Assistenten Ilhan Gönüler. Für eine Lektüre verschiedener Passagen danke ich Herrn Prof. Dr. Robert Waldburger und Herrn Fürsprecher Daniel Zuberbühler.

Inhaltsverzeichnis

A.	Erster Teil: Bank- und Finanzmarktrecht im Lichte der internationalen Rechtsentwicklung	118
I.	Geld und Währung	118
1.	Geld: seine historische und internationale Bedeutung	118
2.	Internationale Züge des Geldwesens	119
a.	Von verwahrlosten Münzverhältnissen zur Münzunion	120
b.	Banknoten und Notenbank – Die Anfänge der Schweizerischen Nationalbank	121
c.	Der Währungsvertrag mit dem Fürstentum Liechtenstein	123
3.	Die Schweizerische Nationalbank (SNB)	123
a.	Organisationsform	123
b.	Aufgaben und Kompetenzausweitung	123
4.	Der internationale Rahmen von Bretton Woods	125
5.	G-20 ohne die Schweiz	127
6.	Die Aufhebung der Goldbindung	127
7.	Die BIZ: Bank der Zentralbanken und Hort der Bankenregulierung	128
8.	Die Wurzel der Basler Standards: das Gegenparteirisiko	130
9.	Internationale Zahlungsverkehrs- und Effektenabwicklungssysteme im Börsenbereich	131
10.	Too big to fail – TBTF	132
11.	Einlegerschutz	134
12.	Die geldpolitischen Operationen der SNB	135
13.	Die VSB: vom Kind einer Krise zum Modell der internationalen Geldwäschereibekämpfung	138
II.	Geldwäscherei und Geldwäschereibekämpfung	139
1.	Pecunia non olet?	139
2.	Internationale Standards – FATF	139
3.	Gesetzliche Grundlagen: StGB und GwG	140
4.	Der internationale Informationsaustausch	141
5.	Das Bankgeheimnis und seine Entwicklung	142
a.	Strafbewehrung nur zur Verstärkung	142
b.	Rechts- und Amtshilfe	143
c.	Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken (VSB)	143
d.	Lex americana	144
e.	Der Schub von Art. 38 BEHG	144
f.	Der Steuerbereich und die Doppelbesteuerungsabkommen (DBA)	146
aa.	Das OECD-Musterabkommen	146
bb.	Der Spezialfall USA	147
cc.	Abkommen im EU-Raum	150
dd.	Weissgeldstrategie	152
6.	Die Holocaust-Diskussion	155
a.	Alliierte und Amerika	155
b.	Kommission BERGIER	156
III.	Bankengesetz und «Basel»	158
1.	1934: Banktätigkeit als öffentlicher Dienst	158

2.	Schutzzwecke des BankG	160
a.	Evolution der Schutzziele	160
b.	Internationale Dimensionen	163
3.	Der Aufsichtskanon	164
a.	Überblick	164
b.	Gesellschaftsrechtliche Durchdringung	165
c.	Konzernbetrachtung	165
aa.	Konzernrecht und Aufsichtsrecht	165
bb.	Informationsfluss	167
cc.	Keine Umgehungen über das Ausland	167
dd.	Extraterritoriale Anwendung des Melde- und Übernahmerechts	168
4.	Ausländisch beherrschte Banken	168
5.	Die Basler Standards	171
a.	Konkordat	171
b.	Accord zur Kapitalausstattung	172
c.	Grundsätze	173
6.	Gewährleistung der Systemstabilität	174
a.	Das Financial Stability Board	174
b.	Die neue Schweizer Gesetzgebung	175
aa.	Verlauf	175
bb.	TBTF-Gesetzgebung	175
IV.	Börsengesetz und IOSCO	177
1.	Die Entwicklung des Börsenwesens	177
2.	International Organization of Securities Commissions (IOSCO)	179
3.	Die Systemtransformation	180
a.	Bundeskompétenz im Börsenwesen	180
b.	Grenzüberschreitender Zusammenschluss technologischer Plattformen – Eurex	181
c.	Virt-x	181
d.	«Regulatorisches Trennbankensystem»	182
e.	Schaffung von Bucheffekten	183
4.	Börsenkotierung	184
5.	Funktionelle Angleichung	184
V.	Vom Anlagefondsgesetz zum Kollektivanlagengesetz	185
1.	Reformschritte	185
2.	Das geltende Kollektivanlagengesetz (KAG)	185
3.	Internationaler Rahmen und Teilrevision des KAG	187
VI.	Versicherungsaufsicht	188
1.	Europäischer Versicherungsbinnenmarkt und die Schweiz (Abkommen der Schweiz mit der EU im Versicherungsbereich)	189
a.	Die Entstehung eines freien Versicherungsmarktes in Europa	189
b.	Harmonisierung der Schweizer Versicherungsregulierung mit den europäischen Vorgaben	190
2.	Grundzüge des Versicherungsaufsichtsgesetzes	192
VII.	Die Aufsichtsinstitutionen	194
1.	Einführung	194
2.	Die FINMA	195
3.	Netzwerke des Regulators	197
4.	Verschiedene Aufsichtsgremien	197

VIII.	Europa	198
1.	Kapitalverkehrsfreiheit erga omnes	198
2.	Besonderheiten der MiFID	198
3.	Schweizer Zugang mit Hürden	199
B.	Zweiter Teil: Die wesentlichen Institutionen, Elemente und Ergebnisse der Internationalisierung	199
I.	Internationale Institutionen in der Schweiz	199
1.	Bedeutung	199
2.	Die Bank für Internationalen Zahlungsausgleich (BIZ)	199
3.	Der Basler Ausschuss für Bankenaufsicht und das Basler System a. Der Basler Ausschuss: Organisation und Funktion	201
b.	Von «Basel I» bis «Basel III»	201
4.	Financial Stability Board (FSB; vormals Financial Stability Forum)	206
5.	International Association of Insurance Supervisors – IAIS	208
6.	Das Joint Forum	209
7.	Die WTO mit dem Dienstleistungsabkommen GATS a. World Trade Organization (WTO)	210
b.	General Agreement on Trade in Services (GATS)	210
c.	Ausblick	212
8.	Fazit: Die Schweiz als Entwicklungszentrum des internationalen Finanzmarktrechts	213
II.	Standards als neue Form der Rechtsetzung	214
1.	Begriff und Etymologie	214
2.	Markt- und Praxisansatz statt formeller Gesetzgebungsprozess	215
3.	Standards im schweizerischen Finanzmarktrecht a. Börsenrecht: Die SIX als Standardsetter	216
b.	Bedeutung internationaler Standards im Rechnungslegungsrecht	216
c.	Prüfungsstandards für Revisionsgesellschaften	217
d.	Einzug der Basler Standards im Bankaufsichtsrecht	218
e.	Internationale Konvergenz von Compensation-Standards	219
4.	Fazit: «Défi des standards»	220
III.	Das Konzept des wirtschaftlich Berechtigten	220
1.	Feststellung der Identität	220
2.	Börsenrechtliche Meldepflicht	222
3.	QI-Verfahren mit den USA	222
4.	Bankbeteiligungen	222
IV.	Konzern	223
V.	Risiko und Risikoorientierung im Finanzmarktrecht	223
1.	«Risiko» – Begriff und Etymologie	223
2.	Risikoorientierung als Folge der Finanzkrise	224
3.	Risikokapital zwecks Risikoschutz	225
4.	Risikoinduzierende Kompensationssysteme	225
5.	Das Systemrisiko und seine internationale Dimension	226
6.	Reputationsrisiko – Vorstufe zur Widerrechtlichkeit	227
VI.	Informationstechnologie und Information	227
1.	Grenzübergreifende Kompatibilität als Gebot der Internationalisierung	227
2.	Elektronisierung versus Transaktionssicherheit	228

3. Missbrauchsgefahren	228
4. Das Gebot der Stunde: Internationale Informationsoffenheit	229
C. Schlussbemerkungen: Entwicklungslinien	230
I. Bankrecht ist internationales Recht	230
II. Die Beachtung kollisionsrechtlicher Fragen	230
III. Internationale Stärken der Schweiz: Private Banking und «Weissgeldstrategie»	231

Die wesentliche These ist hier, dass es ein Bank- und Finanzmarktrecht ohne einen systematischen und starken Einbezug der internationalen Rechtsentwicklung gar nicht gibt und auch nie gab. In Krisenzeiten rücken dabei die Geld- und Währungsverhältnisse (wieder) in den Vordergrund, die Teil einer internationalen Ordnung sind. Dann geht es um die Frage, was wesentliche Institutionen, Elemente und Ergebnisse der Internationalisierung sind. Schliesslich wie immer: Die Frage nach der näheren Zukunft. So werden in den Schlussbemerkungen auch Entwicklungslinien nachgezeichnet.

Ausschlaggebend scheint die «grenzenlose» Technologie-Entwicklung zu sein und parallel dazu eine zunehmende politisch-regulatorische Inpflichtnahme des Finanzsektors. Neuer Auslöser war hier die Sub-Prime Krise und die dadurch ausgelöste Hektik der Abklärungen, vor allem im Gefolge der staatlich orchestrierten Solvenz-Rettung der UBS¹, einschliesslich der anschliessenden notrechtlichen Bewahrung vor einem amerikanischen Indictment (BGE 137 II 431). Krisen gab es immer und wird es immer wieder geben² und die jetzt noch währende Verschuldungs- und Währungskrise ist nur eine Fortsetzung. Die «Entneutralisierung» des Finanzsektors wurde dadurch stark gefördert. Mit all dem ist aber verbunden, dass man wiederum zur «Realität» vordringen wollte – und diese damit allenfalls auch neu schuf; diese neue Realität ist aber weitgehend eine ökonomische und weiterhin auf Marktprozesse ausgerichtet, allerdings mit noch unbestimmten Zusätzen an «Moral».³

Beim Ganzen spielt natürlich auch die mit den Asymmetrien kämpfende Informationsökonomie ihre Rolle, die allenthalben als die wesentliche Begründung für die Notwendigkeit von Regulierung beigezogen wird. Dies besonders auch beim stets wachsenden Hang zum Konsumentenschutz im Finanzbereich. So kann man die internationalen Herausforderungen des Finanzmarktrechts auch als Kapitel von «Law and Economics» lesen. Der Altmeister RICHARD POSNER spricht sogar von der «Crisis of Capitalist Democracy».⁴ Dabei spielt, was auch POSNER anprangert, die Politik des billigen Geldes ihre Rolle.⁵ Ob

1 Die Finanzkrise hat eine Flut von Berichten und Gutachten ausgelöst, die sich nicht nur mit der UBS, sondern auch mit dem «System» in der Krise, aber auch mit dem Präventionsgedanken befassten, vgl. dazu die Übersicht bei PETER NOBEL, Das Finanzmarktaufsichtsrecht Mitte 2009 bis Mitte 2010, SZW 2010, S. 402 ff. sowie DERS., Entwicklungen im Bank- und Kapitalmarktrecht, SJZ 2011, S. 6 ff.; zu den Prinzipien internationaler Regulierungsarchitektur: HOWARD DAVIES/DAVID GREEN, Global Financial Regulation. The essential guide, Cambridge 2008.

2 CARMEN M. REINHART/KENNETH S. ROGOFF, This Time Is Different. Eight Centuries of Financial Folly, Princeton 2009.

3 Zu den diesbezüglichen Schwierigkeiten allgemein: ANDRÉ COMTE-SPONVILLE, Kann Kapitalismus moralisch sein?, Zürich 2009, S. 79 ff.; ROGER DE WECK, Nach der Krise: gibt es einen anderen Kapitalismus?, München 2009; ROBERT SHILLER, Finance and the Good Society, Princeton 2012.

4 RICHARD POSNER, The Crisis of Capitalist Democracy, Harvard University Press 2010.

5 HOWARD DAVIES/DAVID GREEN, Banking on the Future. The Fall and Rise of Central Banking, Princeton University Press 2010.

die nächste Krise nicht Inflation heisst, weiss niemand; wir leben in einem Zeitalter von «Trial and Error». Von den effizienten Markthypothesen schlägt das Pendel aber wieder – wie in den Anfängen des Wirtschaftsrechts – zurück zur Ordnungspolitik. Und nicht zu vergessen: «Vertrauen» ist immer noch die bestimmende Kategorie im Finanzrecht,⁶ heute oft auch Reputation genannt. Die ist bei SHAKESPEARE vielfach «got without merit and lost without deserving».⁷ Der Finanzsektor ist diesbezüglich auf einem Tiefstand.

Es ist eine Freude, nach langjähriger Beobachtung der nationalen und internationalen Entwicklung des Finanzmarktrechts am Ende der akademischen Lehrtätigkeit (2012) diesen Bericht als eine Art von Abschiedsgeschenk an die Kollegenschaft oder auch an sich selbst zu erstatten. «Habent sua fata libelli»; Bücherwurmschicksal.

A. Erster Teil: Bank- und Finanzmarktrecht im Lichte der internationalen Rechtsentwicklung

I. Geld und Währung

1. Geld: seine historische und internationale Bedeutung

Bankgeschäft heisst in den immer noch gültigen Worten des Bundesgerichts «faire le commerce de l'argent»⁸. Es steht hier Geld gegen Geld. Geld und Kredit sind denn auch die wesentlichen Entwicklungsparameter zur Moderne.⁹ Die Formen des Bankwesens sind auch so alt wie das Geld selber, dem etwa die Funktionen von Wertmesser, Tauschmittel und Wertaufbewahrung zugeschrieben werden.¹⁰ Die staatliche Monopolisierung des Geldwesens ist übrigens kein «Naturgesetz», sondern ein rechtlicher Entscheid.¹¹ Sobald sich überhaupt «Grenzen», d.h. hier besser: relativ abgeschlossene gesellschaftliche Organisa-

6 Für NIKLAS LUHMANN bekanntlich ein Mechanismus zur Reduktion sozialer Komplexität (s. NIKLAS LUHMANN, Vertrauen. Ein Mechanismus zur Reduktion sozialer Komplexität, 4. Aufl., Stuttgart 2000). Umfassend MARTIN HARTMANN, Die Praxis des Vertrauens, stw (2011) 1994 (kooperative Autonomie). Vertrauen aus der Abwesenheit von Gewalt resultierend sei hier nur erwähnt, vgl. JAN PHILIPP REEMTSMA, Vertrauen und Gewalt: Versuch über eine besondere Konstellation der Moderne, Hamburg 2008. Für das Recht: Art. 2 ZGB, Vertrauensprinzip, siehe neben der neueren Literatur z.B. ARTHUR MEIER-HAYOZ, Das Vertrauensprinzip beim Vertragsabschluss: ein Beitrag zur Lehre von der Auslegung und den Mängeln des Vertragsabschlusses beim Schuldvertrag, Aarau 1948.

7 WILLIAM SHAKESPEARE, Othello II, 3, 267.

8 BGE 62 I 271 E. 3.

9 NIALL FERGUSON, The Ascent of Money: A Financial History of the World, New York 2008; DAVID GRAEBER, Debt: the first 5000 years, New York 2011.

10 ROLF H. WEBER, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Bd. IV/1, 4. Teilbd. (Art. 68–96 OR), 2. Aufl., Bern 2005, Art. 84 OR N 63.

11 FRIEDRICH A. VON HAYEK, Entnationalisierung des Geldes. Schriften zur Währungspolitik und Währungsordnung, Tübingen 2011, S. 129 ff.

tionskreise entwickelten, ergaben sich mit den Tausch-, Kredit- und Wechselproblemen auch bereits «internationale» Konstellationen, die zu einer internationalen Geld- und Währungsordnung entwickelt wurden.¹²

Auch die moralische Frage ist alt. Wir kennen alle die Geschichte von der Tempelreinigung aus der Bibel, wo die Tische der Geldwechsler umgestürzt wurden und Jesus sich beklagte, aus dem Gotteshaus sei eine Räuberhöhle geworden. Und man kann auch schon bei PAULUS lesen: «Denn eine Wurzel aller bösen Dinge ist die Geldgier» (1. Timotheus 6, 10). Politische Kontroversen sind damit angesagt. Und der Graben von «Mind vs. Money» zieht sich durch die Geschichte.¹³

Geld ist per se international in einem weiteren Sinne.

Auch die mittelalterliche und frühneuzeitliche Kaufmanns- und Fernhandelsaktivität hat das Bankwesen in seinen grenzüberschreitenden Ausprägungen gefördert, insbesondere durch die Ermöglichung der Zahlungen auf fremden Plätzen. Der Wechsel entstammt dieser Tätigkeit und ist dann ja, zusammen mit dem Check, mit den Genfer Abkommen von 1930/1931 zu den ersten international vereinheitlichten Abschnitten in unserem Obligationenrecht geworden.¹⁴ In Genf muss man auch auf die Rolle hinweisen, die die privaten Geldhäuser bei der Finanzierung und Beratung von Herrscherhäusern und Staaten spielten. ALBERT GALLATIN wurde Amerikanischer Finanzminister, GEORGES PRÉVOST General-Gouverneur von Canada, PIERRE ISAAC TELLUSSON Direktor der Bank of England und JACQUES NECKER Finanzminister von LOUIS XIV, um einige Beispiele zu nennen.¹⁵ Nach LOUIS XIV waren die Staatsfinanzen übrigens in einem so desaströsen Zustand, dass es eines innovativen Finanzgenies wie JOHN LAW bedurfte, was dann aber zu einer fast unbeschreiblichen Totalkrise führte.¹⁶

2. Internationale Züge des Geldwesens

Wir sind hier nicht zu einer historischen Veranstaltung berufen, doch trug auch das Geldwesen in der Schweiz immer internationale Züge.

12 JOSEPH GOLD, Legal and Institutional Aspects of the International Monetary System. Selected Essays, Washington 1979; CHARLES PROCTOR/FRITZ ALEXANDER MANN (1907–1991), Mann on the legal aspect of money, 7. Aufl., Oxford 2012; FRANK VISCHER, Geld- und Währungsrecht im internationalen Kontext, Basel 2010.

13 ALAN S. KAHAN, Mind vs. Money: The War between Intellectuals and Capitalism, New York 2010.

14 THOMAS A. FRICK, in: Jolanta Kren Kostkiewicz/Peter Nobel/Ivo Schwander/Stephan Wolf (Hrsg.), OR Kommentar, Orell Füssli, 2. Aufl., Zürich 2009, Vorbem. zu Art. 990–1019 N 3; ausführlicher ARTHUR MEIER-HAYOZ/HANS CASPAR VON DER CRONE, Wertpapierrecht, 2. Aufl., Bern 2000, § 16 N 1 ff.

15 JÜRG ALTWEgg, Une Suisse en crise, De Ziegler à Blocher, Lausanne 2004, S. 11 ff.

16 Vgl. EDGAR FAURE, La banqueroute de Law, Paris 1977.

a. *Von verwahrlosten Münzverhältnissen zur Münzunion*

Erst mit der Schweizerischen Bundesverfassung (BV) von 1848 wurde das Münzregal dem Bund übertragen.¹⁷ Das erste Münzgesetz vom 7. Mai 1850 bestimmte sodann den Schweizer Franken als Silberwährung.¹⁸ 70 Münzsorten und 11 Währungen standen vorher nebeneinander, so dass es nicht verwundert, wenn von «einem Gemälde der Unordnung und Zerrissenheit», ja von «verwahrlosten Münzverhältnissen» die Rede war.¹⁹ Die Abhängigkeit vom Ausland blieb jedoch stets gross. Bereits das erste Münzgesetz lehnte sich bezüglich der Ausgestaltung der Silbersorten an das französische Vorbild an und verlieh gleichen ausländischen Münzen gesetzlichen Kurs.²⁰ Damit wurde unter vier Ländern (Frankreich, Belgien, Italien und der Schweiz) ein einheitlicher Münzumlauf geschaffen, der es dem jungen schweizerischen Bundesstaat ermöglichte, vorderhand mit der Prägung eines verhältnismässig kleinen Kontingents an eigenen Silbermünzen auszukommen.²¹ Zum gleichen Zeitpunkt hatte aber auch das Gold seinen Aufschwung, und das Bundesgesetz vom 31. Januar 1860 verlieh den französischen Goldmünzen gesetzlichen Kurs.

Auf Vorschlag Belgiens lud Frankreich 1865 Belgien, Italien und die Schweiz nach Paris zu einer Münzkonferenz ein, die am 23. Dezember gleichen Jahres zur Gründung der Lateinischen Münzunion führte. Diese bestand bis 1926.²² Anders als die schweizerischen, auf eine Goldwährung ausgerichteten Vorstellungen basierte die Münzunion auf einer bimetallischen Grundlage, nämlich Silber und Gold im «festen» Verhältnis von 15,5:1, d.h. 15,5g Silber sind gleichviel wert wie 1g Gold. Mit den Jahren trat neben den Metallgeldumlauf der Papiergegeldumlauf, der allmählich auch internationale Dimensionen annahm. Eine internationale Geldunion ohne gemeinsame Notenbankpolitik wurde zunehmend undenkbar. Die Zukunft gehörte einer Kooperation der Notenbanken.²³ «In der Tat wurde das Banknotenwesen zum Störenfried der Lateinischen Münzunion»²⁴. Übermässige Banknotenausgaben führten aber zu Inflation und Währungsentwertung und lösten damit unerwünschte Ströme des Edelmetalls aus, das in Strümpfe, Matratzen und Truhen oder eben ins Ausland flüchtete. Im Zentrum stand dabei stets das silberne Paradestück der Münzunion, das Bollwerk des international zirkulierenden Fünflibers. Als mit der Ausserkurssetzung der ausländischen Münzen der Versuch eines «Universal-

17 AS (alte Folge) I, S. 15.

18 Art. I Bundesgesetz über das Eidgenössische Münzwesen, BBI 1850 II 25 ff.

19 Expertenbericht und Entwurf eines Gesetzesvorschlags über das Münzwesen, BBI 1849 III 1 ff., 4 f.

20 Botschaft zum Entwurf eines Bundesgesetzes über das Münzwesen vom 8. Juli 1930, BBI 1930 II 1 ff., 2.

21 Schweizerische Nationalbank 1907–1957, Festschrift, Zürich 1957, S. 73, <www.snb.ch>.

22 SNB 1907–1957 (Fn. 21), S. 75.

23 PETER NOBEL, Notenbank und Banknoten, FS Leo Schürmann, Freiburg 1987, S. 291 ff., S. 294 f.

24 Botschaft Münzwesen (Fn. 20), BBI 1930 II 4.

münzsystems» schliesslich zusammenbrach und die Lateinische Münzunion sich Ende 1926 auflöste, gewann die Schweiz auch münzmässig ihre nationale Unabhängigkeit²⁵ und konnte ihr Münzwesen «in ein neues Rechtsgewand kleiden»²⁶ – nämlich ins totalrevidierte Münzgesetz vom 3. Juni 1931. Das Münzgesetz wurde alsdann 1952 (Anpassung an Bretton Woods) und 1970 (Goldparität des Frankens) teilrevidiert,²⁷ ehe es per 1. Mai 2000 vollständig ins Bundesgesetz über die Währung und die Zahlungsmittel (WZG)²⁸ integriert worden ist. Der Franken ist gesetzliches Zahlungsmittel mit Annahmepflicht einschliesslich der Anweisung auf Sichtguthaben (nur) bei der Schweizerischen Nationalbank (Art. 2 und 3 WZG). Geld als «geprägte Freiheit» (DOSTOJEWSKI) oder als «democratisation of desire» (GRAEBER) wird Zwangsgeld. Wertmässig hängt das Geld einerseits an einem politischen Index, demjenigen der Konsumentenpreise²⁹, dann aber auch am grundsätzlich flexiblen Wechselkurs.

b. Banknoten und Notenbank – Die Anfänge der Schweizerischen Nationalbank

Mit Bundesgesetz vom 6. Oktober 1905 kam es nach langen Diskussionen³⁰ zur Gründung der Schweizerischen Nationalbank (SNB); am 20. Juni 1907 nahm sie ihre Tätigkeit auf. Die SNB trat an die Stelle einer Vielzahl teils staatlicher, teils privater Emissionsbanken, die miteinander im Wettbewerb gestanden hatten.³¹ Die Welle der Gründungen neuer Zentralbanken im 19. Jahrhundert ist auf die Reaktion auf die Panikausbrüche an den Finanzmärkten zurückzuführen, sowie auf das Bedürfnis, die internationalen Kapitalströme zu regeln. Als Beispiele seien die Deutsche Reichsbank, die 1875 nach dem Börsenkrach von 1873 gegründet wurde, und das amerikanische Federal Reserve System, das Ergebnis der Panik von 1907, aufgeführt.³² Die Schweizerische Nationalbank wurde im Gegensatz dazu jedoch nicht unmittelbar aus einer Finanzkrise geboren. In der Mitte des 19. Jahrhunderts hatte de facto die Banque de France als schweizerische Zentralbank fungiert.³³ Die damalige Verflechtung der französischen und schweizerischen Finanzmärkte ist folglich evident. Es ist somit nicht erstaunlich, dass der Schweizer Finanzmarkt trotz des mangelhaften Bankno-

25 NOBEL, FS Schürmann (Fn. 23), S. 295; Botschaft Münzwesen (Fn. 20), BBI 1930 I 5 f.

26 Botschaft Münzwesen (Fn. 20), BBI 1930 II 6.

27 Historisches Lexikon der Schweiz, Stichwort «Geld», <www.hls.ch>.

28 Bundesgesetz vom 22. Dezember 1999 über die Währung und die Zahlungsmittel (WZG), SR 941.10.

29 Zum Landesindex der Konsumentenpreise (LIK) und dessen Berechnungsweise und aktuelle Resultate siehe unter <www.lik.bfs.admin.ch>. Die Jahresteuerung entwickelte sich in den letzten Jahren wie folgt: 2011 0.2%, 2010 0.7% und 2009 0.5%.

30 Zum politischen Prozess siehe SNB 1907–1957 (Fn. 21), S. 75.

31 Schweizerische Nationalbank 1907–2007, Festschrift, Zürich 2007, S. 31, <www.snb.ch>.

32 SNB 1907–2007 (Fn. 31), S. 30.

33 SNB 1907–2007 (Fn. 31), S. 32.

tenwesens in der Schweiz bis Ende des 19. Jahrhunderts ohne grössere Probleme funktionieren konnte. In den 1870er Jahren verschwanden jedoch die französischen Banknoten, die frei zirkuliert hatten.³⁴ 1881 wurde somit das neue Banknotengesetz³⁵ erlassen. Diese führte zu einem dezentralisierten Notenbanksystem, zu einer Banknoteneinheit bei Notenbankvielheit.³⁶ Mit der Einführung des Banknotenmonopols des Bundes³⁷ und der darauffolgenden Gründung der SNB³⁸ wurde diesem System ein Ende gesetzt. Die Botschaft zum neuen Nationalbankgesetz (NBG) fokussierte noch stark auf die Banknotenemission. Die SNB wurde mit der Hauptaufgabe betraut, den «Geldumlauf des Landes zu regeln, den Zahlungsverkehr zu erleichtern und für die Nutzbarmachung verfügbaren Kapitals zu sorgen.»³⁹ Die Ausgabe von Banknoten orientierte sich am «Bedürfnis des Verkehrs».⁴⁰ Die Währungspolitik erfolgte durch Diskontpolitik aber auch durch Interventionen am Goldmarkt, hauptsächlich durch Käufe von ausländischen Zentralbanken.⁴¹ Die SNB war somit seit ihrer Geburtsstunde international.

Die Antwort auf die Frage, was Geld im rechtlichen Sinne darstellt, hat sich demnach im Laufe der Zeit beträchtlich geändert, ist aber auch heute noch eine heisse Thematik. Art. 84 Abs. 1 OR besagt: «Geldschulden sind in gesetzlichen Zahlungsmitteln der geschuldeten Währung zu bezahlen». Nach Art. 2 WZG gelten lediglich vom Bund ausgegebene Münzen, von der SNB ausgegebene Banknoten und auf Franken lautende Sichtguthaben bei der SNB als gesetzliche Zahlungsmittel. Inwiefern daneben Buchgeld bei Geschäftsbanken, das an die 95 % der im Umlauf stehenden «monetären Masse» (eben nicht Geldmenge) in unserer Volkswirtschaft ausmacht, als «Geld» anzusehen ist, bleibt anachronistischer Gegenstand von Kontroversen.⁴² Auch die Ablehnung der Wahlfreiheit des Gläubigers (Art. 84 Abs. 2 OR) ist kaum mehr verständlich.⁴³

34 SNB 1907–2007 (Fn. 31), S. 32.

35 Bundesgesetz über die Ausgabe und die Einlösung von Banknoten vom 8. März 1881, BBl 1881 II 179 ff.

36 Überhaupt zur Geschichte der Banknoten siehe HANS-ULRICH VÖLLMY, Zur Geschichte des schweizerischen Papiergelei, Diss. Basel 1967.

37 Bundesbeschluss vom 29. Juli 1891 betreffend Revision von Art. 39 der Bundesverfassung, BBl 1891 136.

38 Bundesgesetz über die Schweizerische Nationalbank vom 6. Oktober 1905, BBl 1905 297.

39 Art. 2 NBG 1905 (Fn. 38).

40 Art. 18 NBG 1905 (Fn. 38).

41 SNB 1907–2007 (Fn. 31), S. 48.

42 Ablehnend BK-WEBER (Fn. 10), Art. 84 OR N 43; durch Interpretation bejahend VISCHER (Fn. 12), S. 14 ff.

43 BGE 134 III 151; kritisch dazu PETER NOBEL, So lautet die Devise: Richtig klagen, denn Schweizer Franken sind für Schuldner reserviert, SZW 2010, S. 156 ff.

c. *Der Währungsvertrag mit dem Fürstentum Liechtenstein*

Es ist auch nicht zu vergessen, dass die Schweiz mit dem Fürstentum Liechtenstein seit 1923 durch einen Zollvertrag verbunden ist.⁴⁴ Dieser erklärt in Art. 2, dass Beträge und Bussen in Schweizer Währung zu entrichten sind. Am 19. Juni 1980 wurde ein Währungsvertrag abgeschlossen,⁴⁵ der das Fürstentum in Bezug auf den Kapitalverkehr als schweizerisches Inland anerkennt und den Schweizerfranken zum offiziellen Zahlungsmittel im Fürstentum Liechtenstein erhebt (vgl. Präambel). Ferner werden die schweizerischen Rechts- und Verwaltungsvorschriften, welche die Geld-, Kredit- und Währungspolitik im Sinne des NBG betreffen, als anwendbar erklärt (Art. 1). Die SNB fungiert für Liechtenstein als Nationalbank (Art. 3 Abs. 1); ebenso amtet sie als Lender of Last Resort.⁴⁶ Folglich haben liechtensteinische Finanzintermediäre entsprechende Meldepflichten gegenüber der SNB (Art. 10).

3. *Die Schweizerische Nationalbank (SNB)*

a. *Organisationsform*

Die ursprüngliche Bundesverfassung von 1891 und 1951 (Art. 39 aBV) sah noch zwei mögliche Organisationsformen vor, nämlich eine Staatsbank oder eine zentrale Aktienbank. Erst die BV von 1999 (Art. 99) bezeichnete die SNB als «unabhängige Zentralbank», die «unter Mitwirkung und Aufsicht des Bundes verwaltet» werde.

Von Anfang an wurde aber das Rechtskleid der spezialgesetzlichen AG gewählt. Dies entsprach auch der ehemaligen internationalen, völkerrechtlichen Ansicht, dass ausserhalb der Staatsverwaltung stehende Zentralbanken als Privatrechtssubjekte vor der Konfiskation durch einen Aggressor sicherer seien.⁴⁷

b. *Aufgaben und Kompetenzausweitung*

Es ergaben sich aber massgebliche Änderungen. Art. 39 aBV von 1891 bezeichnete als Hauptaufgabe der mit dem Notenmonopol ausgestatteten Bank lediglich, den Geldeinkauf des Landes zu regeln und den Zahlungsverkehr zu erleichtern (Abs. 3). Mit der Revision von 1951 kam die Aufgabe dazu, im Rahmen der Bundesgesetzgebung eine den Gesamtinteressen des Landes die-

44 Vertrag zwischen der Schweiz und Liechtenstein über den Anschluss des Fürstentums Liechtenstein an das schweizerische Zollgebiet vom 29. März 1923, SR 0.631.112.514.

45 Währungsvertrag zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Fürstentum Liechtenstein vom 19. Juni 1980, SR 0.951.951.4.

46 BRUNO GEHRIG, Der Finanzplatz Liechtenstein an der Schwelle zum 3. Jahrtausend – Reflexionen eines Nachbarn, Vortrag in Vaduz vom 30. September 1999, <www.snb.ch>.

47 PETER NOBEL, Schweizerisches Finanzmarktrecht und internationale Standards, 3. Aufl., Bern 2010, § 6 N 51, 60; vgl. auch MARCELLO D'AMATO/BARBARA PISTORESI/Francesco SALSANO, On the determinants of Central Bank independence in open economies, International Journal of Finance & Economics, Volume 14, Issue 2, April 2009, S. 107 ff., S. 116.

nende Kredit- und Währungspolitik zu führen. In Art. 99 BV (1999) erfolgte eine Zusammenfassung:

«Die Schweizerische Nationalbank führt als unabhängige Zentralbank eine Geld- und Währungspolitik, die dem Gesamtinteresse des Landes dient; sie wird unter Mitwirkung und Aufsicht des Bundes verwaltet.»

Dazu ist aber noch ein Dreifaches anzumerken:

Erstens wurde im NBG 2003⁴⁸ das «Gesamtinteresse des Landes», wie international weit verbreitet (vgl. Art. 2 Satzung des Europäischen Systems der Zentralbanken [ESZB] und der Europäischen Zentralbank [EZB],⁴⁹ anders aber in den USA für das Federal Reserve Board [FED]⁵⁰), auf die Preisstabilität konzentriert (Art. 5 Abs. 1 NBG). Vollbeschäftigung und Wachstum wurden dadurch sozusagen zu konsequentiellen Größen.

Zweitens muss man sich über die Änderungen des Währungssystems Rechenschaft ablegen. Bis 1973 herrschte der Goldstandard und es war der Bundesrat, der mit der Festlegung der Goldparität des Frankens die internationalen Währungsverhältnisse der Schweiz bestimmte. Mit den freien Wechselkursen sind es der Markt und allfällige Zentralbankinterventionen, die diesen Kurs bestimmen. Noch die erkämpfte Revision des NBG von 1978 überantwortete das Dispositiv der Abwehr von Geldern aus dem Ausland dem Bundesrat (Art. 16i aNBG).

Drittens enthielt das NBG vor der Revision 2003 in Art. 2 Abs. 2 die folgende Pflicht zur Zusammenarbeit zwischen Bundesrat und SNB:

«Bundesrat und Nationalrat unterrichten sich vor Entscheidungen von wesentlicher konjunkturpolitischer und monetärer Bedeutung über ihre Absichten und stimmen ihre Massnahmen aufeinander ab.»

Diese Abstimmungspflicht ist durch eine blosse Rechenschafts- und Informationspflicht ersetzt worden (Art. 7 NBG).

Durch all das sind Bedeutung und Macht der SNB gestärkt worden. Dies betrifft vor allem die Stellung im internationalen Währungsgefüge, wo der politische Einfluss bei der Bestimmung bzw. Beeinflussung des Aussenwertes des Frankens verschwunden ist. Diese bedeutende Gewichtsverschiebung registriert auch das dem Bundesrat erstattete Gutachten von PAUL RICHLI.⁵¹

48 Bundesgesetz vom 3. Oktober 2003 über die Schweizerische Nationalbank (Nationalbankgesetz, NBG), SR 951.11.

49 Siehe auch Art. 127 Abs. 1 und Art. 282 Abs. 2 der Konsolidierten Fassung des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV), ABI. Nr. C 115 vom 9. Mai 2008, S. 47 ff.

50 Das FED hat mit seiner Geldpolitik neben der Preisniveaustabilität gleichzeitig auch einen hohen Beschäftigungsgrad und moderate langfristige Zinsen anzustreben (§ 225a U.S. Code Title 12, Chapter 3, Subchapter I).

51 PAUL RICHLI, Rechtsgutachten zur heutigen Regelung der Aufsicht über die Schweizerische Nationalbank sowie über die verfassungsrechtlichen Möglichkeiten und Grenzen unter Wahrung der Bankunabhängigkeit, 15. Februar 2012, S. 13, <www.efd.admin.ch>.

Es ist interessant, sich daran zu erinnern, dass bei der Beratung des NBG 2003 eine Anbindung des Schweizerfrankens an den Euro noch als ein ausserhalb des Systems stehender legislativer Akt bezeichnet wurde.⁵² Was man damit genau meinte, bleibt ungewiss. Jedenfalls verhinderte dies nicht, dass die SNB am 6. September 2011 das Kursziel von CHF 1.20/Euro versprach. Ein früheres Beispiel ist die Verteidigung der DM Relation mit «deutlich über 80 Rappen» im Jahr 1978, was Anfang der 1980er Jahre zu einer deutlichen Inflation von über 6 % führte.⁵³

Diese Machtstellung der SNB wurde mit dem Aufkommen der Systemdiskussion noch verstärkt. Systemdiskussion heisst, dass zur mikroprudentiellen Komponente des Blicks auf die Einzelinstitute (durch die FINMA) noch eine makroprudentielle, volkswirtschaftliche (durch die SNB) hinzutritt.

Die Unabhängigkeitsdiskussion gewinnt gewiss neue Dimensionen, wenn «Geld» nicht einfach «neutral» ist, sondern der Wert «gemacht» wird.

Dabei ist die Zukunft des internationalen Währungssystems unsicher.⁵⁴

4. *Der internationale Rahmen von Bretton Woods*

Wesentlich ist, dass auch heute noch der Rahmen des Internationalen Währungsfonds (IWF) besteht. Er wurde mit dem Bretton Woods System nach dem Zweiten Weltkrieg geschaffen, überlebte aber den Zusammenbruch des Goldstandards, der 1971/73 an den amerikanischen Verschuldungsproblemen aus dem Vietnamkrieg scheiterte.

Durch die Volksabstimmung vom 17. Mai 1992 wurde die Schweiz Mitglied im Internationalen Währungsfonds; die Teilnahme ist im Bundesgesetz über die Mitwirkung der Schweiz an den Institutionen von Bretton Woods vom 4. Oktober 1991 (SR 979.1)⁵⁵ geregelt. Schon zuvor war sie, wie heute, über die Allgemeinen Kreditvereinbarungen (AKV; engl. General Arrangements to Borrow – GAB) an den Finanzierungen beteiligt.

Die Rolle der Schweiz im IWF ist beschränkt; immerhin steht sie aber einer (heterogenen) Ländergruppe vor (Aserbaidschan, Serbien, Kirgisien, Polen, Usbekistan, Tadschikistan und Turkmenistan),⁵⁶ welche oft auch als «Helvestaner Gruppe» bezeichnet wird. Mit der Reform des IWF,⁵⁷ mit dem Ziel, den neuen

52 Bundesrat KASPAR VILLIGER, Amtl. Bull. SR 2003, S. 284.

53 Avenir Suisse, Der harte Franken. Optionen für die Unternehmen, die Geld- und Wirtschaftspolitik, Diskussionspapier Nr. 2, Februar 2011, S. 20.

54 World Economic Forum, Euro, Dollar, Yuan Uncertainties, Scenarios on the Future of the International Monetary System, Mai 2012, <www.weforum.org>; «In a globalized economy, an orderly international flow of money is essential.» (S. 6).

55 Vgl. auch Botschaft über den Beitritt der Schweiz zu den Institutionen von Bretton Woods vom 15. Mai 1991, BBI 1991 1153 ff.

56 Positionspapier «Die Schweiz im Internationalen Währungsfonds (IWF)», 15. Februar 2011, <wwwefd.admin.ch>.

57 IMF, Country Representation, <www.imf.org/external/about/govrep.htm>.

Ländern mehr Einfluss zu gewähren, ist auch diese Funktion der Schweiz gefährdet; sie wird ihren Sitz mit Polen in Zukunft teilen.⁵⁸

Die AKV sind eine seit 1962 bestehende, zusätzliche Kreditlinie des IWF mit einer Anzahl von Regierungen und Zentralbanken in der ganzen Welt. Die AKV werden alle fünf Jahre erneuert und geben dem IWF die Möglichkeit, im Falle einer Gefährdung des internationalen Währungssystems und bei Mittelknappheit des Fonds weitere Mittel in konvertierbaren Währungen von elf Industrieländern (USA, Japan, Frankreich, Grossbritannien, Italien, Kanada, Holland Belgien, Deutschland, Schweden und der Schweiz; Saudi-Arabien ist mit einem assoziierten Abkommen an die AKV gebunden) gegen Zahlung der marktüblichen Zinsen zu erhalten. Die letzte Erneuerung erfolgte im November 2007 für eine fünfjährige Periode ab Dezember 2008. Teilnehmerstaaten an den AKV waren anfänglich nur die G-10.⁵⁹ Seit 1982 besteht für den IWF die Möglichkeit, die AKV auch zur Finanzierung von Krediten an weitere Länder heranzuziehen. Die Finanzkrise in Mexiko von 1994/1995 zeigte die Grenzen des IWF bei der Gewährung von Krediten auf: Um die Kreditmöglichkeiten zu erhöhen, wurden 1998 zwischen dem IWF und einer Anzahl Staaten, darunter alle Teilnehmer der AKV, die Neuen Kreditvereinbarungen (NKV; engl. New Arrangements to Borrow – NAB) in der Höhe von 34 Mrd. Sonderziehungsrechten (SZR) geschlossen. Sowohl die AKV als auch die NKV sind zusätzliche Finanzierungsquellen des IWF.⁶⁰ Im Lichte der jüngsten Finanzkrise, welche mit ihren Extremsituationen eine rasche Mobilisierung von internationaler Liquidität in erheblichem Umfang erforderte, zeigte sich ein dringender Reformbedarf der NKV-1998. Kernpunkte dieser Reform sind eine massive Aufstockung auf 367 Mrd. SZR sowie eine verbesserte Ausrichtung auf eine flexible und rasche Bereitstellung liquider Mittel im Krisenfall.⁶¹ Diese geänderten NKV-2011 sind am 11. März 2011 in Kraft getreten. Die Schweiz ist mit Bundesbeschluss vom 1. März 2011 beigetreten⁶² und hat ihre Mittel von 1540 Mio. SZR auf 10 905 Mio. SZR aufgestockt. Diese erhebliche Erhöhung spiegelt die Systemrelevanz des Finanzplatzes Schweiz wider und bekräftigt das Bekenntnis, massgeblich zur Stabilität des internationalen Währungs- und Finanzsystems beisteuern zu wollen.⁶³

58 Vgl. CHRISTOPH EISENRING, Die Schweiz will mit Polen teilen, NZZ vom 16. April 2012, Nr. 88, S. 17.

59 Die G-10 (Zehnergruppe, Group of Ten) ist eine 1962 gegründete Gruppe der zehn (seit 1983 mit der Schweiz elf) führenden Industrieländer; Gründungsmitglieder sind die USA, Kanada, Grossbritannien, Frankreich, Deutschland, Italien, Belgien, die Niederlande, Schweden und Japan.

60 Dazu NOBEL, Finanzmarktrecht (Fn. 47), § 3 N 150 ff. m.w.H.

61 Botschaft über die Genehmigung des Beitritts der Schweiz zu den geänderten Neuen Kreditvereinbarungen des Internationalen Währungsfonds vom 8. September 2010, BBI 2010 6105 ff., 6107.

62 Bundesbeschluss über die Genehmigung des Beitritts der Schweiz zu den geänderten Neuen Kreditvereinbarungen des Internationalen Währungsfonds vom 1. März 2011, SR 941.16.

63 Botschaft geänderte NKV (Fn. 61), BBI 2010 6113, 6107.

Der IWF führt auch regelmässig Länderexamens durch (Art. IV Abschnitt 3 IWF-Übereinkommen), so auch zur Schweiz⁶⁴. Im Jahre 2001 unterwarf sich die Schweiz auch als erstes Land (um von einer schwarzen Liste wegzukommen) einem Financial Sector Assessment Program (FSAP); diese Prüfung anhand von 5 internationalen Key Standards⁶⁵ verlief positiv.

5. G-20 ohne die Schweiz

Die Group of 20 (G-20) wurde 1999 als Forum für die führenden Industriationen sowie die neuen Industrieländer («emerging market economies») geschaffen, um einen Kompromiss zwischen diesen beiden Staatengruppen in Währungs- und Finanzfragen zu erzielen, was wiederum das internationale Finanzsystem stärken sollte. Mitglieder der G-20 sind Argentinien, Australien, Brasilien, China, Deutschland, Frankreich, Grossbritannien, Indien, Indonesien, Italien, Japan, Kanada, Mexiko, Russland, Saudiarabien, Südafrika, Südkorea, die Türkei, die USA sowie die Europäische Union. Ausserdem nehmen an den G-20-Treffen auch die Bretton-Woods-Institutionen teil; sie werden durch den geschäftsführenden Direktor des IWF, den Präsidenten der Weltbank sowie die Vorsitzenden des Internationalen Währungs- und Finanzkomitees bzw. des Entwicklungskomitees des IWF und der Weltbank vertreten.⁶⁶

Die Schweiz ist bedauerlicherweise nicht in den Kreis der G-20 Staaten aufgenommen worden, der heute massgeblicher Impulsgeber nicht nur für Währungs- und Schuldenfragen der Länder der internationalen Gemeinschaft, sondern auch für makroprudentielle Regulierungsfragen geworden ist. Hingegen ist die Schweiz seit 2007 Mitglied im Financial Stability Board (FSB; dazu hinten A.III.6.a und B.I.4), welches eng mit den G-20 zusammenarbeitet.⁶⁷

6. Die Aufhebung der Goldbindung

Eine Einlösungspflicht von Franken in Gold war formell noch in der bis 31. Dezember 1999 geltenden Bundesverfassung festgehalten (Art. 39 Abs. 6 aBV) und fand sich auch im NBG (aArt. 19–23), wurde dann aber mit der neuen BV

64 IMF, Switzerland: 2011 Article IV Consultation, IMF Country Report No. 11/115, Mai 2011; IMF, Switzerland: 2012 Article IV Consultation, Concluding Statement (preliminary findings), 20. März 2012, beide unter <www.imf.org>.

65 Dabei handelte es sich um folgende Standards: (1) Grundsätze für eine wirksame Bankenaufsicht vom Basler Ausschuss für Bankenaufsicht (Basel Core Principles for Effective Banking Supervision); (2) Ziele und Grundsätze der Wertpapieraufsicht (IOSCO Objectives and Principles of Securities Regulation); (3) Grundsätze für die Versicherungsaufsicht (Insurance Core Principles); (4) Grundprinzipien für wichtige Zahlungsverkehrssysteme (CPSS Core Principles for Systemically Important Payment Systems); (5) Verfahrenskodex zur Transparenz der Geld- und Finanzpolitik (IWF Code of Good Practices on Transparency in Monetary and Financial Policies).

66 NOBEL, Finanzmarktrecht (Fn. 47), § 3 N 201 ff.

67 NOBEL, Finanzmarktrecht (Fn. 47), § 3 N 203, 227.

und dem revidierten NBG abgeschafft. Damit entfielen auch die beiden Bundesratsbeschlüsse betreffend die Festsetzung der Goldparität des Frankens⁶⁸ bzw. betreffend den gesetzlichen Kurs der Banknoten und die Aufhebung ihrer Einlösungspflicht in Gold.⁶⁹ Die Einlösungspflicht galt ja tatsächlich nur bis 1954. Seither lebten wir – in den Worten der alten Bundesverfassung – in Zeiten «gestörter Währungsverhältnisse» (Art. 39 Abs. 6 aBV).

Jedenfalls ist die Schweiz in ein internationales Währungssystem eingebettet. Dieses kennt die folgenden Züge:

Reserven sollen nicht mehr nur, sondern *dürfen* nicht mehr in Gold gehalten werden (Art. IV Abschnitt 2b IWF-Übereinkommen⁷⁰). Bis 1978 spielte Gold als Gegenwert der nationalen Währungen eine entscheidende Rolle im internationalen Währungssystem (sog. Goldstandard). Mit der zweiten Änderung des IWF-Übereinkommens 1978 wurden der offizielle Goldpreis und die Funktion des Goldes als Transaktionsmittel abgeschafft.⁷¹ Alsdann wurde auch der Goldstandard aufgehoben (s. vorne A.I.3.b). Damit war das Gold völkerrechtlich demonetisiert.⁷²

Am 1. Januar 2000 trat die total revidierte Bundesverfassung und damit auch der neue Geld- und Währungsartikel (Art. 99 BV) in Kraft. Dieser relativiert die Rolle des Goldes in der schweizerischen Währungsordnung in zweierlei Hinsicht: zum einen hebt er die Goldbindung des Schweizerfrankens auf, wodurch die bisherige Goldeinlösungs- und Golddeckungspflicht – wie erwähnt – definitiv entfallen. Damit erfüllte die Schweiz ihre Verpflichtungen als IWF-Mitglied verspätet. Trotzdem verpflichtet Art. 99 Abs. 3 BV die SNB, einen Teil ihrer Währungsreserven in Gold zu halten.

Man darf sich hier also keinen Illusionen hingeben; auch etliche andere Zentralbanken horten weiterhin Gold.⁷³ Und der Goldpreis zeigt, dass das zinslose Gold, nach dem alles drängt und hängt⁷⁴, eine so schlechte Anlage nicht ist.

7. *Die BIZ: Bank der Zentralbanken und Hort der Bankenregulierung*

Sagt man Banken- und Finanzmarktrecht, so denkt man nicht in erster Linie an Geld und Währung, ja an das Währungssystem, doch kann es nicht mehr zeit-

68 BRB vom 9. Mai 1971, SR 941.102.

69 BRB vom 29. Mai 1954, SR 951.171; vgl. auch PETER KLAUSER, Das neue Währungs- und Zahlungsmittelgesetz (WZG), in: Peter Nobel (Hrsg.), Aktuelle Rechtsprobleme des Finanz- und Börsenplatzes Schweiz, Bd. 8/1999, Bern 2000, S. 15 ff., S. 18 f. Vgl. auch NOBEL, FS Schürmann (Fn. 23), S. 303 ff.

70 Übereinkommen über den Internationalen Währungsfonds vom 22. Juli 1944, SR 0.979.1 (in Kraft getreten für die Schweiz am 29. Mai 1992).

71 Botschaft über den Beitritt der Schweiz zu den Institutionen von Bretton Woods vom 15. Mai 1991, BBI 1991 II 1153 ff., 1167.

72 NOBEL, Finanzmarktrecht (Fn. 47), § 3 N 164.

73 NOBEL, Finanzmarktrecht (Fn. 47), § 3 N 164 f., § 6 N 22 f. m.w.H.

74 JOHANN WOLFGANG VON GOETHE, Faust. Der Tragödie erster Teil, Tübingen 1808, S. 179 (Zeile 2800): «Nach Golde drängt, Am Golde hängt doch alles.»

gemäss sein – und ist eigentlich wirklichkeitsfremd – die konstitutiven Komponenten der Geldverfassung nicht miteinzuschliessen. Das Währungssystem ist denn auch international und zwar sowohl unter fixen, wie auch unter schwankenden Wechselkursen.⁷⁵ In der Krise waren denn auch die Zentralbanken die Rettungsquelle, so in der Schweiz die «Liquiditätsaktion» der SNB für die UBS. Die Liquiditätsspritze für die UBS mittels eines Stabilisierungsfonds war eine zentrale Frage für die SNB, deren Zulässigkeit in einem SNB-internen Rechtsgutachten vom 13. Oktober 2008 positiv beantwortet worden ist.⁷⁶ Das zentrale Element dieser Unterstützungsmassnahmen bildete die Möglichkeit, illiquide ausländische Vermögenswerte der UBS im Umfang von maximal USD 60 Mrd. auf eine Zweckgesellschaft der SNB zu übertragen und diese so einer geordneten Liquidation zuzuführen.⁷⁷ Die entsprechende Rechtsgrundlage ordnete das Gutachten in Art. 5 Abs. 2 lit. e NBG, nämlich in der Pflicht der SNB, zur Stabilität des Finanzsystems beizutragen, und in Art. 9 Abs. 1 lit. e NBG, d.h. in der Kompetenz zu Kreditgeschäften mit Banken, wobei die Qualität der erforderlichen «ausreichenden Sicherheiten» vom Direktorium definiert wird.

Die Zentralbanken werden auch allgemein immer stärker zu den Banken der Banken, weil im Interbankmarkt Misstrauen herrscht und der Liquiditätspool der Zentralbanken bevorzugt wird. Die Geldpolitik der SNB steuert auch die Geldschöpfungskapazität der Banken und damit auch die Geldmenge. Dazu kommt noch eine weitere dritte Stufe.

Bereits im Jahr 1930 ist in Basel die Bank für internationalen Zahlungsausgleich (BIZ) gegründet worden und zwar durch die Zentralbanken Belgiens, Deutschlands, Frankreichs, Großbritanniens, Italiens sowie von zwei Gruppen privater Banken aus Japan und aus den Vereinigten Staaten. Sie diente anfänglich der Abwicklung der deutschen Reparationszahlungen,⁷⁸ wandelte sich dann aber allmählich in eine Bank der Zentralbanken (Art. 3 BIZ-Statuten) und dann auch zu einem Hort der Bankenregulierung, indem dort sowohl das Basler Komitee, das Joint Forum (Forum zur Allfinanz-Zusammenarbeit zwischen Bank-, Börsen- und Versicherungsaufsicht, es entwickelt Prinzipien für eine wirksame Überwachung von internationalen Finanzkonglomeraten) als auch der «Rising Star» des Financial Stability Board (vormals Financial Stability Forum) beheimatet sind.⁷⁹

75 KLAUSER (Fn. 69), S. 20 ff.

76 Schweizerische Nationalbank, Gutachten zur notenbankrechtlichen Zulässigkeit der Beteiligung der Schweizerischen Nationalbank am Massnahmenpaket zur Stärkung des Finanzsystems («UBS-Transaktion») vom 13. Oktober 2008, <www.snb.ch>.

77 Schweizerische Nationalbank, 101. Rechenschaftsbericht 2008, S. 77 und S. 80, <www.snb.ch>.

78 «This is the BIZ», an exhibition celebrating 75 years of the Bank for International Settlement, Basel 2005, S. 28 ff., <www.bis.org>.

79 Bank für Internationalen Zahlungsausgleich, Die BIZ im Profil, Januar 2012, <www.bis.org>; vgl. zum Financial Stability Board hinten A.III.6.a sowie B.I.4.

8. *Die Wurzel der Basler Standards: das Gegenparteirisiko*

Es ist denn auch erinnerungswürdig, dass das, was man als Basler Standards des Bankaufsichtsrechts bezeichnen kann, sich aus einer Krise entwickelte; der Zusammenbruch der Bank Herstatt (1974) war der erste und spektakulärste Fall, bei dem nicht vollständig abgewickelte Devisenhandelstransaktionen zu Problemen bei den Zahlungsverkehrs- und Abwicklungssystemen führten.⁸⁰

Dies förderte das Bewusstsein des Gegenparteirisikos im Interbankengeschäft, das sich dadurch besonders akzentuiert, dass zwischen Lieferung und Zahlung oder Gegenlieferung eine gewisse Frist liegen kann (T+). Zur Bewältigung dieses Risikos wurden Zentrale Gegenparteien⁸¹ aufgebaut sowie das Continous Linked Settlement-System (CLS) geschaffen,⁸² eine Plattform, welche das Settlementrisiko für Devisengeschäfte minimiert, indem diese Transaktionen Zug-um-Zug (Delivery versus Payment – DVP) abgewickelt werden. Betreiberin dieses CLS-Systems ist die Clearingorganisation CLS Bank mit Sitz in New York, welche im Oktober 2002 ihren Betrieb aufnahm. Dem CLS sind rund 70 global tätige Banken angeschlossen, seitens der Schweiz sind es UBS, Credit Suisse sowie die Zürcher Kantonalbank; gehandelt wird in elf verschiedenen Währungen. Das Settlement der Schweizerfranken-Transaktionen läuft über einen direkten Link zwischen Swiss Interbank Clearing (SIC) und CLS Bank. Die teilnehmenden Schweizer Banken müssen ein Girokonto bei der Schweizerischen Nationalbank haben; die SNB stellt ihnen für ihre Devientransaktionen Schweizerfranken zur Verfügung (sog. Funding).⁸³

Die im Schosse der BIZ versammelten Zentralbanken der sog. Zehnergruppe, die hauptsächlich mit der Bankenaufsicht befasst sind, begannen sich seit der Herstatt-Krise zunehmend mit der Solvenz von Bankinstituten mit internationaler Tätigkeit zu beschäftigen. Es fing mit dem Cook Committee an.⁸⁴

Es ist nicht unwesentlich, dass auf internationaler Ebene im Basler Komitee Vertreter der SNB und der FINMA (ehemaligen EBK) stets vereint sassen. Denn weil nicht in allen Ländern die Zentralbanken mit der Bankenaufsicht beauftragt sind, werden zu den Arbeiten auch Vertreter der direkten Aufsichtsbehörden beigezogen, wenn sie von der Zentralbank getrennt operieren (dualistisches System; zum Basler System s. hinten A.III.5).

80 Vgl. GABRIELE GALATI, Das Erfüllungsrisiko im Devisenhandel und die CLS-Bank, BIZ-Quartalsbericht, Dezember 2002, S. 63 ff.

81 Vgl. THOMAS SCHÖNHOLZER, Zentrale Gegenparteien im elektronischen Börsenhandel: Begriff, Funktionen und rechtliche Rahmenbedingungen, Bern 2007.

82 Ausführlich zum CLS-System PETER R. ISLER, Continous Linked Settlement, in: Peter Nobel (Hrsg.), Aktuelle Rechtsprobleme des Finanz- und Börsenplatzes Schweiz, Bd. 10/2001, Bern 2002, S. 83 ff.

83 NOBEL, Finanzmarktrecht (Fn. 47), § 2 N 67 und § 6 N 87 ff.

84 Zur Geschichte des Basler Ausschusses vgl. CHARLES GOODHART, The Basel Committee on Banking Supervision: A History of the Early Years 1974–97, Cambridge 2011.

9. Internationale Zahlungsverkehrs- und Effektenabwicklungssysteme im Börsenbereich

Auch im Börsenbereich, wo Trading, Clearing und Settlement auseinander zu halten sind, erfolgt die Abwicklung auf der Zahlungsseite über Zentralbankgeld, nämlich über die Girokonti der Banken im Swiss Interbank Clearing (SIC), das im Auftrag der SNB (durch die SIX Interbank Clearing AG) geführt wird. Die internationale Komponente dazu ist, dass Zahlungen über das EU-Zahlungsverkehrssystem TARGET (Trans-European Automated Real-time Gross Settlement Express Transfer System, ab 2007 von TARGET2 abgelöst) im Verkehr mit der Schweiz dadurch ermöglicht werden mussten, dass die Telekurs AG einerseits sowie SIX Group, UBS, Credit Suisse und PostFinance anderseits im EU-Raum (Frankfurt) eine Zahlungsverkehrsbank aufbauten. Die SECB Swiss Euro Clearing Bank GmbH, Frankfurt a.M., wurde 1998 in Frankfurt als Direktteilnehmerin am deutschen RTGS^{plus} (Real Time Gross Settlement Plus) gegründet. Sie verfügt über Zugang zu TARGET2 und agiert gleichzeitig als Intermediärin für Zahlungen zwischen euroSIC und RTGS^{plus} sowie TARGET2. Deutsche Banken können Euro-Zahlungen in die Schweiz direkt via RTGS^{plus} ausführen, Banken im übrigen EU-Raum benutzen TARGET2.⁸⁵

Mit TARGET2-Securities (T2S) wird nun angestrebt, (über dieselbe Plattform wie TARGET2) eine europaweit harmonisierte und zentrale Wertpapierabwicklung mit Zahlung in Zentralbankgeld zu schaffen. Das Projekt wurde vom Rat der Europäischen Zentralbank bereits am 17. Juli 2008 auf den Weg gebracht. Mit der Entwicklung und dem späteren Betrieb der Plattform wurden vier Zentralbanken betraut.⁸⁶ T2S soll im Juni 2015 seinen Betrieb aufnehmen.⁸⁷ Auch hier ergeben sich Teilnahmeprobleme der Schweizer Institutionen (SNB, SIX Group).

Zahlungsverkehrs- und Wertpapierabwicklungssysteme waren es denn auch, die anfänglich die Komponente der Systemverantwortlichkeit der SNB seit der Reform des NBG von 2003 begründeten (Art. 5 lit. c und 19 NBG).⁸⁸ Es wurde dafür auch eine eigene internationale Amtshilfekompetenz der SNB geschaffen (Art. 21 NBG).

Diese systemwesentlichen Institutionen werden seither von der SNB zusammen mit der FINMA überwacht (Art. 1^{bis} und 23^{bis} Abs. 4 BankG⁸⁹ sowie Art. 19 Abs. 1 NBG) und es wird festgelegt, dass unter die Überwachung auch

⁸⁵ NOBEL, Finanzmarktrecht (Fn. 47), § 6 N 72 ff.

⁸⁶ Dabei handelt es sich um die Deutsche Bundesbank, die Banque de France, die Banca d'Italia und die Banco d'España.

⁸⁷ Vgl. dazu das Informationsblatt sowie die publizierten Dokumente zum T2S der deutschen Bundesbank, <www.bundesbank.de/zahlungsverkehr/zahlungsverkehr_t2securities.php>.

⁸⁸ Botschaft über die Revision des Nationalbankgesetzes vom 26. Juni 2002, BBI 2002 6097 ff., 6185 f.

⁸⁹ Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934 (Bankengesetz, BankG), SR 952.0.

Zahlungs- und Effektenabwicklungssysteme fallen, «deren Betreiber ihren Sitz im Ausland haben, wenn wesentliche Betriebsteile oder massgebliche Teilnehmer sich in der Schweiz befinden» (Art. 19 Abs. 2 NBG).

Auch im Bucheffektengesetz (BEG)⁹⁰ heisst es in Art. 1 Abs. 2:

«[...] Es trägt bei zur Rechtssicherheit im internationalen Verhältnis, zur effizienten Abwicklung von Effektengeschäften und zur Stabilität des Finanzsystems.»

Zur Entwicklung im schweizerischen Börsenwesen s. hinten IV.

10. Too big to fail – TBTF

Seit BAGEHOTS berühmter Mahnung in Lombard Street: «The cardinal maxim is, that any aid to a present bad Bank is the surest mode of preventing the establishment of a future good Bank»⁹¹ ist einige Zeit vergangen. Die Funktion einer Zentralbank als «Lender of Last Resort» ist heute dagegen anerkannt. Für die SNB ist dies allerdings bloss in ihren geldpolitischen Richtlinien festgehalten.⁹² Die «constructive ambiguity» wirkt nach. «Too big to fail» meint aber gerade das Gegenteil: Keine Bank soll so gross und bedeutend sein, dass sie nicht untergehen kann und der Staat sie, um ein noch grösseres Unglück zu vermeiden, retten muss. Eigentlich müsste die Systemschutzkomponente heissen: «No bank is too big to fail». Diese Lehre sucht man national und international aus der Finanzkrise zu ziehen.

Lange Zeit hat man versucht, zwischen Illiquidität und Insolvenz einen konzeptionellen Graben zu ziehen und die Ansicht vertreten, dass die Nationalbankhilfe sich nur der Ersteren anzunehmen habe,⁹³ während die Solvenz der Einzelinstitute das Geschäft der FINMA sei. Neben den wachsenden Zweifeln an der raschen Unterscheidbarkeit der beiden Aspekte im Krisenfall, kam die Problematik dazu, dass es jedenfalls als unverantwortlich erschien, sogenannte systemwesentliche Institute schlicht fallen zu lassen. Überdies sind Liquiditätsprobleme eher «krisengenetisch» als Eigenmittel-Fragen.

Der «Beitrag» der SNB zur Systemstabilität (Art. 5 lit. c NBG) wurde so unter dem schillernden Begriff «Systemschutz» zum eigenständigen Ziel. Die Krise der UBS wirkte als Katalysator, denn die (grösste) Schweizer Bank musste durch Staat und Nationalbank in einer technisch anspruchsvollen Operation konzertiert gestützt werden und zwar durch einen Eigenmittelzuschuss (CHF 6 Mrd. durch die Eidgenossenschaft) und durch eine liquiditätswirksame

90 Bundesgesetz über Bucheffekten vom 3. Oktober 2008, SR 957.1. Dazu hinten A.IV.3.e.

91 WALTER BAGEHOT, Lombard Street: A Description of the Money Market, London 1873, Kapitel 4, N 4.

92 Richtlinien der Schweizerischen Nationalbank (SNB) über das geldpolitische Instrumentarium vom 25. März 2004 (Stand am 1. Januar 2010), Ziff. 6, <www.snb.ch>. Das Gesetz, das für Kredite an die Banken «ausreichende Sicherheiten» verlangt (Art. 9 Abs. 1 lit. e NBG), lässt aber Flexibilität zu.

93 Siehe auch Richtlinien der SNB (Fn. 92).

Übernahme von internationalen Aktiven, deren Marktgängigkeit nicht mehr gegeben war (USD 34,8 Mrd. durch die SNB).⁹⁴

Die SNB und die FINMA revidierten im Gefolge im Februar 2010 auch das zwischen ihnen bereits am 23. Mai 2007 abgeschlossene Memorandum of Understanding (MoU) im Bereich der Finanzstabilität.⁹⁵ Die Kooperation der beiden Institutionen erstreckt sich auf ihre gemeinsamen Interessensgebiete wie die Beurteilung der Solidität systemrelevanter Banken bzw. des Bankensystems, die Regulierungen, welche die Solidität der Institute massgeblich beeinflussen (etwa Liquiditäts-, Eigenmittel- und Risikovorschriften) sowie die Krisenvorsorge und das Krisenmanagement (Ziff. 3 MoU). Darüber hinaus bestehen regelmässige Kontakte von SNB und FINMA mit ausländischen Aufsichtsbehörden und internationalen Gremien zwecks gegenseitiger Information über die laufenden Entwicklungen im Bereich der internationalen Systemstabilität (Ziff. 9 MoU). Als rechtliche Grundlage für die Zusammenarbeit derart bedeutender Institutionen ist das MoU freilich unbefriedigend, doch fehlt es am Willen, die notwendige Gesetzgebung zu schaffen. Im Januar 2011 wurde lediglich ein tripartites Memorandum mit dem Eidgenössischen Finanzdepartement als weiterem Player unterzeichnet. Dieses Dreiparteien-MoU⁹⁶ sichert die Zusammenarbeit und den Informationsaustausch zwischen SNB, FINMA und EFD in Krisenfällen (Ziff. 2). Organisatorisch werden ein Lenkungsgremium (bestehend aus dem Präsidenten des Direktoriums der SNB, der Präsidentin der FINMA und der Vorsteherin des EFD) sowie ein Ausschuss Finanzmarktkrisen bestellt (Ziff. 3); Letzterer ist für die Koordination von Vorbereitungsmassnahmen und das Krisenmanagement verantwortlich. Dieses tripartite MoU hat zum Ziel, «einen Beitrag zur Verbesserung und Stärkung der Stabilität des schweizerischen Finanzsystems zu leisten» (Präambel).

Auch im internationalen Konzert folgten Anstrengungen, das Risiko von finanziellen Problemen dieser Institute unter dem bereits gängigen Schlagwort «Too big to fail» gesetzgeberisch zu reduzieren. Zur neuen gesetzlichen Ordnung gehören Eigenmittolvorschriften, Liquiditätsmassnahmen und organisatorische Anforderungen an eine potentielle Abwicklung.⁹⁷

94 Botschaft zu einem Massnahmenpaket zur Stärkung des schweizerischen Finanzplatzes vom 5. November 2008, BBI 2008 8943 ff., 8961.

95 Memorandum of Understanding im Bereich Finanzstabilität zwischen der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA und der Schweizerischen Nationalbank SNB vom 23. Mai 2007/ 23. Februar 2010, <www.finma.ch>.

96 Memorandum of Understanding (MoU) im Bereich Finanzstabilität und Informationsaustausch zur Finanzmarktregelung zwischen dem EFD, der FINMA und der SNB, Januar 2011, <www.finma.ch>.

97 Vgl. Botschaft zur Änderung des Bankengesetzes (Stärkung der Stabilität im Finanzsektor; too big to fail) vom 20. April 2011, BBI 2011 4717 ff. und Gesetz vom 30. September 2011, BBI 2011 7487; die Änderungen sind am 1. März 2012 in Kraft getreten. Zum Ganzen vgl. DIEGO HAUNREITER, Die Krisenabwehr im Bankengesetz, Berner Bankrechtliche Abhandlungen Bd. 16, Bern 2011, S. 411 ff. sowie hinten A.III.6.b.bb.

Was aber in der bisherigen Diskussion zu kurz kam, ist der Befund, dass Institute nicht nur national systemwesentlich sein können, sondern auch international. Im November 2011 publizierte das FSB im Auftrag der G-20 unter anderem eine Liste⁹⁸ mit 29 international systemrelevanten Instituten; dabei wurden auch die UBS und die Credit Suisse erfasst. National ist für die Schweiz aber wohl auch ein Institut wie die Zürcher Kantonalbank systemrelevant. Es ist mithin zwischen nationaler und internationaler Systemrelevanz zu unterscheiden. In der Schweiz obliegt es der SNB über die nationale Systemrelevanz einen Entscheid zu fällen (Art. 8 Abs. 3 BankG).

Im Kontext international operierender, systemrelevanter Institute wird auch die Frage nach der internationalen Abwicklung aufgeworfen, deren Harmonisierung trotz Anstrengungen⁹⁹ sich aber als schwierig erweist.

Zur konkreten schweizerischen Antwort auf die Too big to fail-Problematik und deren gesetzgeberischen Konkretisierung s. hinten A.III.6.b.bb

11. Einlegerschutz

Die Schweiz hat im BankG in vorbildlicher Weise, wie das gesamte Ausland, ein Einlagensicherungssystem geschaffen (Art. 37h ff.), für das allerdings internationale Verbesserungen verlangt werden.¹⁰⁰

Der im Jahr 2008 notrechtlich im Rahmen der Finanzkrise verbesserte Einlegerschutz¹⁰¹ ist ins ordentliche Recht überführt worden und am 1. September 2011 in Kraft getreten.¹⁰² Zu nennen sind fünf Massnahmen:

- (1) Die pro Kunde gesicherten Einlagen sind von CHF 30 000 auf CHF 100 000 erhöht worden (Art. 37a Abs. 1 BankG).
- (2) Die Banken sind verpflichtet, in Abhängigkeit der privilegierten Forderungen ihrer Kunden ständig 125% inländisch gedeckte Forderungen oder übrige in der Schweiz belegene Aktiven zu halten; somit haben die Ein-

98 Die Liste befindet sich im Anhang eines Massnahmenkataloges, um das Problem der systemrelevanten Finanzinstitute zu adressieren, siehe FSB, Policy Measures to Address Systemically Important Financial Institutions, 4. November 2011, S. 4, <www.financialstabilityboard.org>.

99 Vgl. FSB, Effective Resolution of Systemically Important Financial Institutions. Recommendations and Timelines, 19. Juli 2011, <www.financialstabilityboard.org>.

100 So fordert insb. das FSB ein möglichst global geltendes Prozedere, welches die Abspaltung und gesonderte Fortführung von Geschäftszweigen insolventer systemrelevanter Institute einer klaren Jurisdiktion unterstellt, die überlebensfähigen Sparten isoliert und die anderen in einem geordneten und transparenten Liquidationsverfahren abbaut. Dazu sind die nationalen Gesetzgebungen verstärkt gegenseitig aufeinander abzustimmen («convergence») – ein Postulat, dessen Umsetzung schwierig ist und noch andauern dürfte. Daneben wird auch eine höhere Deckungssumme gefordert (vgl. FSB, Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions, Oktober 2011, S. 6, <www.financialstabilityboard.org>).

101 Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen (Verstärkung des Einlegerschutzes) vom 5. November 2008, BBl 2008 8841 ff.

102 Botschaft zur Änderung des Bankengesetzes (Sicherung der Einlagen) vom 12. Mai 2010, BBl 2010 3993 ff.

leger Gewissheit, dass ihre privilegierten Einlagen bei jeder Bank in der Schweiz abgesichert sind (Art. 37a Abs. 6 BankG).

- (3) Die FINMA legt die Höhe der sofortigen Auszahlung der privilegierten Einlagen im Einzelfall fest (Art. 37b BankG).
- (4) Die Systemobergrenze wurde von CHF 4 Mrd. auf CHF 6 Mrd. hinaufgesetzt (Art. 37h Abs. 3 lit. b BankG). Dabei bleibt festzuhalten, dass trotz Erhöhung damit eine Systemkrise (d.h. der Zusammenbruch mehrerer mittlerer Banken bzw. einer Grossbank) nicht aufzufangen wäre.¹⁰³ Das Gesamtvolumen der gesicherten Einlagen beläuft sich insgesamt auf ca. CHF 340 Mrd.¹⁰⁴ Die beiden Grossbanken halten alleine jeweils über CHF 55 Mrd. Einlagen, die an sich unter die Sicherung fielen (gesicherte Einlagen).¹⁰⁵ Auch wenn die Einlagensicherung nur dazu bestimmt ist, die Differenz zwischen den gesicherten Einlagen und dem (aus den Aktiven der konkursiten Bank) sofort auszahlbaren Betrag bereitzustellen, würde der Niedergang einer Grossbank die Systemobergrenze sprengen.¹⁰⁶
- (5) Die Guthaben bei Vorsorgestiftungen der Säulen 2 und 3a werden zusätzlich und unabhängig von anderen Einlagen im Umfang von maximal CHF 100 000 dem Konkursprivileg unterstellt (Art. 37a Abs. 5 BankG).

12. Die geldpolitischen Operationen der SNB

Das Nationalbankgesetz gibt der SNB zur Erfüllung ihrer geld- und währungspolitischen Aufgaben auf den Finanzmärkten unter anderem die Kompetenz, Devisen zu kaufen und zu verkaufen (Art. 9 Abs. 1 lit. c NBG). Sie kann auch Darlehensgeschäfte mit den Banken gegen ausreichende Sicherheiten tätigen (lit. c), worauf das die Geldpolitik bestimmende Geldmarktgeschäft des Repo (engl. Kurzform für «Sale and Repurchase Agreement», dt. Rückkaufvereinbarung) beruht. Dies ist heute das kardinale Instrument der Geldpolitik.¹⁰⁷ Solche Repos hat die SNB während der Krise auch in USD gewährt.¹⁰⁸ Diese wurden im Rahmen einer zwischen verschiedenen Zentralbanken abgestimmten Aktion Repo-Auktionen in US-Dollar durchgeführt. Die US-Dollar wurden von der US-Zentralbank auf der Basis eines Swapabkommens zur Verfügung gestellt. Die Repo-Geschäfte der Nationalbank in US-Dollar wurden mittels SNB-repo-fähiger Effekten besichert. Sie hatten keine Wirkung auf die Geldversorgung in

103 Vgl. Botschaft BankG, Sicherung der Einlagen (Fn. 102), BBI 2010 4001.

104 Botschaft BankG, Sicherung der Einlagen (Fn. 102), BBI 2010 4001.

105 Gemäss dem Geschäftsbericht der UBS von 2011 betragen die gesamten Kundeneinlagen Ende 2011 CHF 342 Mrd., diejenigen der CS im selben Jahr CHF 313 Mrd. Zieht man davon jeweils ca. CHF 55 Mrd. ab, wird ersichtlich, dass die ungesicherten Einlagen überdies ein Vielfaches der gesicherten Einlagen ausmachen.

106 Vgl. Botschaft BankG, Sicherung der Einlagen (Fn. 102), BBI 2010 4000 f.

107 Vgl. dazu Schweizerische Nationalbank, Ein Kurzporträt, Juni 2012, <www.snb.ch>.

108 Schweizerische Nationalbank, Geschäftsbericht 2010, S. 55, <www.snb.ch>.

Franken, erleichterten aber den Gegenparteien der Nationalbank den Zugang zu US-Dollar-Liquidität.¹⁰⁹

Die Nationalbank verfolgt heute eine offene Zugangspolitik und lässt auch Banken mit Sitz im Ausland zu ihren geldpolitischen Operationen zu. Daher akzeptiert sie neben Effekten in Franken auch Sicherheiten, die in Fremdwährungen denominiert sind. Eine Voraussetzung ist, dass der Schuldner von Effekten seinen Sitz in der Schweiz oder in einem Mitgliedstaat der EU oder des Europäischen Wirtschaftsraums (EWR) hat. Für Effekten in Fremdwährungen werden höhere Mindestanforderungen gestellt als für solche in Franken. Im Jahr 2010 waren 95 % des potenziellen notenbankfähigen Volumens der repofähigen Effekten in Fremdwährungen denominiert.¹¹⁰

Die Öffnung gegenüber ausländischen Geldern ist aber eher eine aktuelle Entwicklung. Noch im Nationalbankgesetz von 1953 gab es seit 1978 Dispositive zur Abwehr von Geldern aus dem Ausland, die zwar mit viel Aufwand erkämpft wurden, mit dem NBG 2003 aber ungebraucht wieder verschwanden.¹¹¹ Vorher gründeten solche Massnahmen, die effektiv auch erlassen wurden, im Notrecht. Das damals als ungenügend betrachtete notenbankpolitische Instrumentarium veranlasste einerseits die Nationalbank, immer wieder freiwillige Vereinbarungen mit den Banken zur Lösung der geld- und kreditpolitischen Probleme abzuschliessen.¹¹² Der Bundesrat erachtete jedoch diese Massnahmen weiterhin als unzureichend, und mit dem Kreditbeschluss von 1964¹¹³ kamen erstmals jene Instrumente zum Einsatz, welche die Geldpolitik der Notenbank unter dem Regime fixer Wechselkurse weitgehend prägten: Kreditbegrenzung, Emissionskontrolle, Verzinsungsverbot für ausländische Gelder und Verbot ihrer Anlage in inländischen Wertpapieren, sowie Abschöpfung des Zuwachses an Schweizerfranken-Guthaben von Ausländern durch die Erhebung von Mindestguthaben. Der wiederum starke Franken ruft solche vergangene Zeiten erneut in Erinnerung.

Im Juni 1972 setzte eine Pfundkrise den Schweizerfranken erneut einem starken Aufwertungsdruck aus. Dies veranlasste Bundesrat und Nationalbank, von den Kompetenzen aufgrund des dringlichen Bundesbeschlusses über den Schutz der Währung vom 8. Oktober 1971 Gebrauch zu machen und sechs Verordnungen zur Abwehr ausländischer Gelder zu erlassen. Sie sahen insbesondere ein Verzinsungsverbot für Bankeinlagen von Ausländern, die Belastung

109 SNB, Geschäftsbericht 2010 (Fn. 108), S. 55.

110 SNB, Geschäftsbericht 2010 (Fn. 108), S. 54.

111 Bundesgesetz über die Schweizerische Nationalbank, Änderung vom 15. Dezember 1978, BBl 1978 II 1732.

112 Botschaft über die Revision des Nationalbankgesetzes vom 27. Februar 1978, BBl 1978 I 769 ff., 776 f.

113 Botschaft vom 24. Januar 1964 über Massnahmen auf dem Gebiete des Geld- und Kapitalmarktes und des Kreditwesens sowie über konjunkturpolitische Massnahmen auf dem Gebiete der Bauwirtschaft, BBl 1964 I 181 ff.

neuer Bankeinlagen von Ausländern mit einer Kommission (Negativzins) von 2 % pro Quartal und eine weitreichende Erschwerung der Anlage ausländischer Gelder in inländischen Wertpapieren und Grundstücken vor. Der Negativzins für Neuzuflüsse von Ausländern wurde in den folgenden Jahren sogar noch erheblich verschärft (auf 3 % pro Quartal im Jahr 1974 und auf 10 % pro Quartal im Jahr 1975).¹¹⁴ Hauptziel dieser Massnahmen war die Dämpfung der Nachfrage nach Schweizerfranken, um die Nationalbank vom Zwang zum Ankauf von Devisen zu entlasten.¹¹⁵

Dies ist der Hintergrund für den 1977 ausgebrochenen überaus folgenreichen Texon-Skandals. Trotz Anlageverbot wurden bei der (damaligen) SKA in Chiasso Ausländern über eine liechtensteinische Anstalt (Texon) Anlagen in Schweizerfranken ermöglicht. (Dazu auch hinten B.III.1).

Die Nachfrage nach Schweizerfranken hat nichts an Aktualität eingebüßt. Aufgrund der jüngsten wirtschaftlichen und politischen Entwicklungen – die Zwangsrettung von Irland, später auch von Griechenland, und die nimmer aufhörenden Probleme um weitere EU-Länder wie Italien, Spanien und Portugal – hat eine regelrechte Flucht in den Schweizerfranken stattgefunden. Die Märkte fürchteten unter anderem ein Auseinanderbrechen des Euro.¹¹⁶ Der Franken verteuerte sich massiv und stieg im August 2011 bis zur faktischen Parität auf 1,0073 Euro.¹¹⁷ Vor allem die Exportindustrie, ein wichtiger Pfeiler der schweizerischen Wirtschaft, litt darunter. Zudem stiegen die Abwärtsrisiken für die Preisstabilität. So gab die SNB am 3. August 2011 bekannt, dass aufgrund der massiven Überbewertung des Schweizerfrankens Gegenmassnahmen ergriffen werden mussten. Der Dreimonats-Libor wurde auf praktisch Null gesenkt und die Liquidität am Schweizerfranken-Geldmarkt von rund CHF 30 Mrd. auf rund CHF 80 Mrd. angehoben.¹¹⁸ Am 10. August 2011 erhöhte die SNB die Liquidität nochmals auf CHF 120 Mrd., indem unter anderem Devisenswap-Geschäfte ausgeführt wurden.¹¹⁹ Eine Woche später musste die SNB mitteilen, dass sie die Liquidität nochmals auf CHF 200 Mrd. heraufsetzen und bei Bedarf weitere Massnahmen gegen die Frankenstärke ergreifen werde.¹²⁰ Als sich Ende August und Anfang September 2011 trotz der Massnahmen der SNB

114 Vgl. in diesem Zusammenhang auch BGE 105 Ib 348 (Texon).

115 Schweizerische Nationalbank, 75 Jahre Schweizerische Nationalbank. Die Zeit von 1957 bis 1982, Zürich 1981, S. 104, <www.snb.ch>.

116 Vgl. auch «Schweizer Notenbank setzt Mindestkurs zum Euro fest», Zeit Online, 6. September 2011, <www.zeit.de>.

117 <www.bloomberg.com>.

118 «Die Nationalbank trifft Massnahmen gegen den starken Franken», Pressemitteilung der SNB, 3. August 2011, <www.snb.ch>.

119 «Nationalbank weitet Massnahmen gegen den starken Franken aus», Pressemitteilung der SNB, 10. August 2011, <www.snb.ch>.

120 «Nationalbank intensiviert Massnahmen gegen die Frankenstärke», Pressemitteilung der SNB, 17. August 2011, <www.snb.ch>.

nochmals ein massives Erstarken des Schweizerfrankens abzeichnete,¹²¹ zog die SNB die Notbremse: Am 6. September 2011 teilte sie mit, dass sie keinen Euro-Kurs unter 1.20 Franken mehr zulassen und bei Bedarf unbegrenzt Devisen kaufen werde.¹²²

13. Die VSB: vom Kind einer Krise zum Modell der internationalen Geldwäschereibekämpfung

Das wesentlichste Kind der erwähnten Texon-Krise (hinten B.III.1) ist die von der SNB initiierte Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken (VSB), die erstmals 1977 abgeschlossen wurde und seither im 5-Jahresrhythmus erneuert (und stets leicht revidiert) wurde (zurzeit VSB 08).¹²³ Sie wird als «Mutter aller Selbstregulierungen» bezeichnet.¹²⁴

Diese Vereinbarung führte die Kundenidentifikation, KYC (Know Your Customer), ja diejenige des wirtschaftlich Berechtigten (Beneficial Owner) ein (Teil A).

Dabei wurde auch der weite Begriff der Sitzgesellschaft umschrieben, nämlich als alle Einrichtungen, die kein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betreiben und zwar unabhängig von einem in- oder ausländischen Personalstatut. Indizien für das Vorliegen einer Sitzgesellschaft sind gegeben, wenn keine eigenen Geschäftsräume bestehen (c/o-Adresse, Sitz bei einem Anwalt, bei einer Treuhandgesellschaft, bei einer Bank usw.) oder kein eigenes Personal angestellt ist (Art. 4 Ziff. 38 VSB 08). Nach heutiger Lesart sind das «Strukturen» zwischen Bank und Kunde.

Im Weiteren regelt die VSB, was man zu vergessen begann, die Verbote der aktiven Beihilfe zur Kapitalflucht (Teil B) und der aktiven Beihilfe zur Steuerhinterziehung und ähnlichen Handlungen (Teil C).

Die Technik der VSB wurde auch zum Modell für die Geldwäschereigesetzgebung, die im Übrigen auf internationaler Ebene von der Financial Action Task Force (FATF) initiiert wurde.¹²⁵

121 Vgl. den eindrücklichen Jahres-Chart des Euro-Schweizerfranken-Devisenkurses auf <www.bloomberg.com>.

122 «Nationalbank legt Mindestkurs von 1.20 Franken pro Euro fest», Pressemitteilung der SNB, 6. September 2011, <www.snb.ch>.

123 Siehe: <www.swissbanking.org>.

124 Vorwort von DANIEL ZUBERBÜHLER zu PAOLO BERNASCONI, Banche ed imprese nel procedimento penale, Basel 2011, S. XIII.

125 ZUBERBÜHLER, Vorwort (Fn. 124), S. XV.

II. Geldwäscherei und Geldwäschereibekämpfung

1. *Pecunia non olet?*

Wenn wir schon beim Geld sind, so darf daran erinnert werden, dass der Vater des Kaisers VESPASIAN, von dem der als «pecunia non olet» übertragene Ausspruch stammen soll,¹²⁶ bei den Helvetiern Geldverleiher war.¹²⁷ Heute stimmt diese Behauptung aber auch bei den Helvetiern nicht mehr, denn wir sind durch internationale Exerzitien zur Lösung der Geldwäschereifrage gegangen. Das Bundesgericht bezeichnete die Geldwäschereigesetzgebung als effizientes Instrument zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität. Das organisierte Verbrechen entblösste bei seinem permanenten Bedürfnis nach Kapitalkonzentration und Zusammenarbeit mit der legalen Wirtschaft seine «Achillesferse». Weil die Einspeisung von Bargeld in den legalen Finanz- und Kapitalmarkt eine kritische Phase bilde, müsse die Norm auch an dieser Schnittstelle ansetzen und den ersten Schritt, die Platzierung, erfassen.¹²⁸

Die Unterstellung der internationalen Finanzströme unter einen Herkunftsverdacht (Verbrechen) und dann sogar unter einen Bestimmungsverdacht (Terrorismusfinanzierung) hat die Finanzsphäre sozusagen «selbstreflexiv» gemacht und die Komplexität stark erhöht.

2. Internationale Standards – FATF

Die Schweiz wurde massgebliches Mitglied in der FATF zur Abwehr der Geldwäscherei bei der OECD.¹²⁹

Bei den 40 Empfehlungen,¹³⁰ die später noch durch weitere 9 zur Bekämpfung des Terrorismus¹³¹ ergänzt wurden, orientierte sich die FATF in ihrer Arbeit rund um die Konzepte zur Bestimmung der wirtschaftlich Berechtigten in nicht geringer Weise an den Erfahrungen, die man in der Schweiz mit dem Regime der VSB-Identifikationsregeln gemacht hatte (vgl. auch vorne A.I.13). Daneben wurde aus schweizerischer Sicht auch die EBK-Praxis zur Abklärung

¹²⁶ SUETON berichtet, er habe die ersten Einnahmen aus einer Toilettенsteuer dem Sohn unter die Nase gehalten und gefragt, ob sie schlecht röchen; als dieser verneinte, meinte er: «atqui e lotio est» (VIII, 23, 3).

¹²⁷ «Später machte er bei den Helvetiern seinen Reibach mit dem Verleihen von Geld» («Postea faenus apud Helvetios exercuit [...]», SUETON, VIII, 1, 3).

¹²⁸ BGE 136 IV 179 E. 2.3.3: «[...] mediante l'introduzione dell'art. 305^{bis} CP il legislatore ha voluto dotare le autorità inquirenti di uno strumento efficace nel contrastare e colpire il crimine organizzato nel momento in cui mostra il suo punto debole, il suo tallone d'Achille (...); ferner BGE 119 IV 247 unter Berufung auf die Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches (Gesetzgebung über Geldwäscherei und mangelnde Sorgfalt bei Geldgeschäften) vom 12. Juni 1989, BB1 1989 II 1061 ff., 1064 sowie das Votum des damaligen Bundesrates FLAVIO COTTI im Nationalrat, Amtl. Bull. NR 1989, S. 1844.

¹²⁹ ZUBERBÜHLER, Vorwort (Fn. 124), S. XV.

¹³⁰ FATF, 40 Recommendations, Oktober 2003, <www.fatf-gafi.org>.

¹³¹ FATF, IX Special Recommendations, Oktober 2001, <www.fatf-gafi.org>.

der wirtschaftlichen Hintergründe und zur erhöhten Sorgfalt im Umgang mit Geschäftsbeziehungen aus Problemländern in die FATF eingebracht.

3. *Gesetzliche Grundlagen: StGB und GwG*

Im StGB wurde 1990 das Geldwäschereiverbot (Art. 305^{bis} StGB) eingeführt. Ein Delikt «fahrlässige Geldwäscherei» (wie von PAOLO BERNASCONI vorgeschlagen¹³²) suchte man zu vermeiden und schuf stattdessen den Artikel 305^{ter} StGB zur Strafbarkeit der mangelnden Sorgfalt bei Finanzgeschäften.¹³³ Man er hob damit – sozusagen – die VSB ins Strafrecht.

Die «nach den Umständen gebotene Sorgfalt» zur Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten entnahm man grundsätzlich der VSB (siehe aber BGE 125 IV 139 E. 3d zur strafrechtsautonomen Betrachtungsweise). Da dieser Vereinbarung aber nicht alle Finanzintermediäre, sondern nur die Banken unterstanden, wurde das sich am Modell der VSB orientierende GwG geschaffen.

Über das rechtfertigende Anzeigerecht hinaus, wie es noch in Art. 305^{bis} StGB enthalten ist, wurde dabei eine Anzeigepflicht gefordert (Art. 9 GwG).

Aus internationaler Sicht spielte der Vortatenkatalog eine Rolle, wozu die Schweizer Norm besagt, dass dafür nur «Verbrechen» in Frage kommen (Art. 305^{bis} Abs. 1 StGB, Art. 6 Abs. 2 lit. b GwG). Dies sind Delikte, die mit einer Freiheitsstrafe von mehr als drei Jahren bedroht sind (Art. 10 Abs. 1 StGB). Mit der Revision vom 3. Oktober 2008¹³⁴ wurde, basierend auf den Empfehlungen der FATF, der Vortatenkatalog zur Geldwäscherei verlängert (Warenfälschung, bandenmässiger Schmuggel, Produktpiraterie, Menschen- schmuggel).¹³⁵

Am 16. Februar 2012 hat die FATF eine Revision ihrer Empfehlungen verabschiedet.¹³⁶ Die Grundtendenz geht in Richtung mehr Transparenz, aber auch mehr Kontrollen. Neu ist insbesondere, dass auch Steuerdelikte als Vortaten der Geldwäscherei qualifiziert werden sollen («tax crimes [related to direct taxes and indirect taxes]»)¹³⁷; betroffen sind freilich nur schwere Delikte. Aufgrund der international sehr unterschiedlichen Auffassung, was unter schwerem Steuerdelikt zu verstehen ist, wird es aber schwierig sein, hier einheitliche Re-

132 Die Geldwäscherei im schweizerischen Strafrecht, Bericht mit Vorschlägen zu einer Gesetzesrevision (neuer Art. 305^{bis} StGB) von PAOLO BERNASCONI, veröffentlicht vom EJPZ zusammen mit einem Kurzkommentar, Januar 1987, S. 41.

133 Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches (Gesetzgebung über Geldwäscherei und mangelnde Sorgfalt bei Geldgeschäften) vom 12. Juni 1989, BBl 1989 II 1061 ff., 1087 ff.

134 AS 2009 361 ff.; Inkraftsetzung am 1. Februar 2009.

135 Vgl. Botschaft zur Umsetzung der revidierten Empfehlungen der Groupe d'action financière (GAFT) vom 15. Juni 2007, BBl 2007 6269 ff., 6276 ff.; FINMA, Jahresbericht 2009, S. 77, <www.finma.ch>.

136 The FATF Recommendations, International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation, 16. Februar 2012, <www.fatf-gafi.org>.

137 FATF Recommendations 2012 (Fn. 136), S. 113.

geln aufzustellen. Ein weiterer Reformpunkt betrifft das Aktienrecht bzw. die Inhaberaktien. Hier ist künftig anzugeben, wer hinter Transaktionen, Konten und Firmen als wirtschaftlich Berechtigter steht.¹³⁸

Die Schweiz wird keine andere Wahl haben, als die Empfehlungen der FATF umzusetzen. Wie dies geschehen soll, ist zurzeit noch unklar. Auch wenn nur «schwere Steuerzuwiderhandlungen» als Vortaten zur Geldwäscherei zu qualifizieren wären, ist diese Bestimmung nach den Auseinandersetzungen mit den USA keine leichte Sache mehr. Für diese besteht dann aber auch eine Anzeigepflicht.

4. Der internationale Informationsaustausch

Auch der Geldwäschereibereich erfordert einen internationalen Informationsaustausch. Dieser ist im GwG auch vorgesehen (Art. 32 GwG). Das EJPD hat eine Reform des GwG ausgearbeitet, mit dem Ziel, die Meldestelle für Geldwäscherei (MROS) in die Lage zu versetzen, in Durchbrechung des Bankkundengeheimnisses ausländischen Partnerbehörden auch konkrete Finanzinformationen wie Bankkontonummern, Informationen zu Geldtransaktionen oder Kontosaldi zur Verfügung zu stellen.¹³⁹

Diese Reform des GwG erfolgt auf internationalen Druck. Die FATF fordert von den nationalen Geldwäschereistellen, dass sie sämtliche Informationen gegenseitig austauschen (Empfehlungen 26 und 40). Wer dem nicht nachkommt, gelangt auf eine Schwarze Liste. Druck kommt aber auch von der Egmont-Gruppe, einer Vereinigung von weltweit 127 Meldestellen für Geldwäscherei. Innerhalb dieser Egmont-Gruppe ist die schweizerische MROS anscheinend die einzige Meldestelle, welche Informationen unter Verweis auf das Bank- und Amtsgeheimnis zurückhält.¹⁴⁰ Diese Situation wirkt sich in der Bekämpfung der Geldwäscherei für alle Beteiligten – auch für die Schweiz – nachteilig aus. Diverse ausländische Meldestellen halten nämlich Gegenrecht und lassen der MROS ihrerseits keine Finanzinformationen zukommen.¹⁴¹

Die vorgesehene GwG-Reform dient aber nur dem Informationsaustausch zur Analyse einer Verdachtsmeldung durch eine andere Meldestelle, nicht aber um Daten an ausländische Strafverfolgungsbehörden weiterzuleiten. Diese Verdachtsmeldung muss sich zumindest auf eine Vortat eines Geldwäschereidelikts beziehen (Art. 30 VE-GwG).

138 FATF Recommendations 2012 (Fn. 136), S. 22.

139 Vgl. Botschaft zur Änderung des Geldwäschereigesetzes, Vorabdruck vom Juni 2012, S. 3, <www.ejpd.admin.ch>.

140 Botschaft GwG (Fn. 139), S. 17 f.

141 Botschaft GwG (Fn. 139), S. 24.

5. Das Bankgeheimnis und seine Entwicklung

a. Strafbewehrung nur zur Verstärkung

Es ist nicht möglich, über das Schweizerische Bankenrecht auf der internationalen Ebene zu sprechen, ohne auch auf das Bankgeheimnis zu kommen. Dieses soll uns, nach dem bereits berühmt gewordenen Diktum von HANS J. BÄR, dem langjährigen Doyen der Zürcher Bankenwelt, zwar «fett, aber impotent» gemacht haben.¹⁴²

Die Strafbewehrung des Bankgeheimnisses wurde aus internationalem Anlass geschaffen, nämlich als Folge der anfangs der 1930er Jahre sich häufenden Aktivitäten ausländischer Bankspione gegenüber ausländischen Kunden von Schweizer Banken.¹⁴³ Grundsätzlich wurzelt es im Persönlichkeitsrecht, im Schutz der Privatsphäre des Kunden und wurde auch stets als implizite Vertragspflicht des Bankiers verstanden; gegenwärtig würde man das mit «Privacy» umschreiben.¹⁴⁴ Als Grundlage wird heute denn auch Art. 13 BV (Schutz der Privatsphäre) betrachtet. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung weist dem Bankgeheimnis aber keinen Verfassungsrang zu.¹⁴⁵ Hingegen schützt es die EMRK (Art. 8).¹⁴⁶

In der Zeit vor dem Zweiten Weltkrieg musste man aber zum Schutz vor Bespitzelungen durch ausländische Behörden¹⁴⁷ zu drastischeren Mitteln greifen und schuf den (ursprünglichen) Art. 47 BankG. Dieser enthielt von Anfang an auch den Vorbehalt der «eidgenössischen und kantonalen Bestimmungen über die Zeugnispflicht und über die Auskunftspflicht gegenüber einer Behörde» (heute Abs. 5).

Diese Norm zum Bankgeheimnis wurde zu einer schweizerischen Grundnorm, obwohl es national wenige Verurteilungen wegen Verletzungshandlungen gab.¹⁴⁸ Am Dogma des Bankgeheimnisses, das international als nicht verhandelbar erklärt wurde,¹⁴⁹ ist aber von innen und aussen schon lange stark gerüttelt worden.

142 HANS J. BÄR, Seid umschlungen, Millionen – Ein Leben zwischen Pearl Harbour und Ground Zero, Zürich 2004, S. 423.

143 ROBERT U. VOGLER, Das Schweizer Bankgeheimnis: Entstehung, Bedeutung, Mythos, Zürich 2005, S. 29; mit zahlreichen Einzelheiten BARBARA BONHAGE/HANSPETER LUSSY/MARC PERRENOUD, Nachrichtenlose Vermögen bei Schweizer Banken, Depots, Konten und Safes von Opfern des nationalsozialistischen Regimes und Restitutionsprobleme in der Nachkriegszeit, Veröffentlichungen der Unabhängigen Expertenkommission Schweiz – Zweiter Weltkrieg, Bd. 15, Zürich 2001, S. 105 ff.

144 VOGLER (Fn. 143), S. 30.

145 BGE 104 Ia 49 ff. E. 4a; 105 Ib 429 ff. E. 6; 115 Ib 68 ff. E 4b; 137 II 431 E. 2.1.2.

146 EGMR, Niemitz gegen Deutschland, Nr. 13710/88 vom 16. Dezember 1992, Z. 29; André u.a. gegen Frankreich, Nr. 18603/03 vom 24. Juli 2008, Z. 21, 38 ff.

147 Siehe die Darstellung bei VOGLER (Fn. 143), 19 f.

148 BGE 108 IV 133 (SKA Lausanne/Biergeschäft); 111 IV 74 (UBS); 121 IV 45 (Pflicht des beauftragten Anwalts zur Wahrung des Bankgeheimnisses).

149 FRIEDRICH DÜRRENMATT gab 1990 in seiner Havel-Rede noch folgenden Sarkasmus zum Besten: «Andererseits muss jedes Gefängnis etwas bewachen, da aber die Gefangenen als Wär-

b. Rechts- und Amtshilfe

Der Zahn der Zeit setzte vor allem bei der internationalen Amts- und Rechtshilfe an. Bei der Stattgebung internationaler Gesuche kommen die schweizerischen straf- und verwaltungsrechtsprozessualen Regeln zur Anwendung, die einen Schutz des Bankgeheimnisses nicht vorsehen (vgl. heute Art. 173 Abs. 2 StPO¹⁵⁰). Art. 29 FINMAG¹⁵¹ i.V.m. Art. 47 Abs. 5 BankG bestimmen, dass Banken gegenüber der FINMA kein Recht haben, sich auf das Bankgeheimnis zu berufen, um ihre Auskunft zu beschränken. Das Bundesgericht hat in BGE 108 Ib 513 E. 2b in bemerkenswerter Weise festgehalten, dass sich diese Auskunftspflicht auch auf alle ausländischen Belange, unabhängig von ausländischen Geheimhaltungsvorschriften, beziehe:

«Au demeurant, il appartient à une banque suisse qui choisit de diriger un groupe de sociétés d'organiser ce groupe d'une manière lui permettant de respecter elle-même ses obligations selon la loi suisse, en particulier de donner à l'autorité suisse de surveillance les renseignements que celle-ci est en droit de requérir. Cela peut impliquer qu'elle obtienne de clients importants les autorisations nécessaires.»

Die FINMA darf ausländischen Aufsichtsbehörden Amtshilfe leisten sowie selbst beschaffte Informationen weiterleiten (Art. 42 FINMAG, Art. 38 BEHG¹⁵²). Soweit diese Informationen einzelne Kunden betreffen, sind diese gemäss Verwaltungsverfahrensgesetz darüber in Kenntnis zu setzen, da sie Anspruch auf rechtliches Gehör sowie Anfechtungsrechte haben (sog. Kundenverfahren, vgl. dazu auch hinten A.II.5.e).

c. Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken (VSB)

Bereits in der 1977 geschaffenen VSB wurden übrigens – dies zur Erinnerung – Vorschriften eingefügt, die bestimmte Formen einer aktiven Beihilfe zu Steuerhinterziehung und ähnlichen Handlungen, nämlich durch unvollständige oder irreführende Bescheinigungen, verboten. Steuerhinterziehung und ähnliche Handlungen wurden wie folgt umschrieben:

«Die Banken leisten Täuschungsmanövern ihrer Vertragspartner gegenüber Behörden des In- und Auslandes, insbesondere gegenüber Steuerbehörden, weder durch unvollständige noch auf andere Weise irreführende Bescheinigungen Vorschub.» (Art. 8 VSB 08).

ter sich selber bewachen, geht der Verdacht um, dass die Wärter noch etwas anderes bewachen als sich selber, weshalb die Meinung immer stärker wird, der eigentliche Sinn des Gefängnisses liege nicht darin, die Freiheit der Gefangenen, sondern das Bankgeheimnis zu bewachen.» (Die Schweiz ein Gefängnis, Zürich 1997, S. 23).

150 Schweizerische Strafprozeßordnung vom 5. Oktober 2007 (Strafprozeßordnung, StPO), SR 312.0, in Kraft seit 1. Januar 2011.

151 Bundesgesetz vom 22. Juni 2007 über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (Finanzmarktaufsichtsgesetz, FINMAG), SR 956.1.

152 Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel vom 24. März 1995 (Börsengesetz, BEHG), SR 954.1.

Die sog. Banken-Initiative von 1979, die 1984 vom Souverän wuchtig verworfen worden ist ($\frac{3}{4}$ Nein-Stimmen und kein einziger annehmender Stand), wandte sich auch den Beziehungen zum Ausland zu, und dies in einer aus heutiger Sicht milder Form:

«Die Gesetzgebung regelt den Grundsatz der Unterstützung von Strafverfahren im Ausland, auch bei Steuer- und Währungsdelikten. Vorbehalten bleiben die Sicherheit und Hoheitsrechte der Schweiz, der Schutz von Personen vor politischer und rassistischer Verfolgung sowie schwere Mängel des Verfahrens im Ausland und das Gegenrecht.»¹⁵³

Das Rechtshilfegesetz (IRSG)¹⁵⁴ hat dann aber schon 1981 die Rechtshilfe bei Abgabebetrug gestattet (s. sogleich A.II.5.f.).

d. Lex americana

Im Finanzbereich denke man auch vor allem an den frühen Leading Case «BSI» (1981), wo Richter JACKSON POLLACK sagte:

«It would be a travesty of justice to permit a foreign company to invade American markets, violate American laws if they were indeed violated, withdraw profits and resist accountability for itself and its principals for the illegality by claiming their anonymity under foreign law.»¹⁵⁵

Es kam dann zu einem Arrangement mit den Kunden und der Schaffung der Konvention XVI (1982) neben dem Rechtshilfevertrag von 1973¹⁵⁶ und schliesslich zur Schaffung der (ersten) Insidernorm im Strafgesetzbuch (Art. 161 StGB),¹⁵⁷ um die doppelte Strafbarkeit zu sichern. Das Bundesgericht bezeichnete diese Norm dann einmal auch schlicht als «lex americana».¹⁵⁸

e. Der Schub von Art. 38 BEHG

Ein grosser Schub erfolgte mit der Schaffung des Art. 38 BEHG (1995). Die Bestimmung sollte im Verhältnis zur Strafrechtshilfe Erleichterungen bringen. Lange war aber eigentlich das Gegenteil der Fall, weil das Bundesgericht sowohl an den Weitergabemodalitäten als auch an den ausländischen Offenle-

153 Art. 31^{quater} Abs. 3 lit. d E-BV, vgl. Botschaft über die Volksinitiative «gegen den Missbrauch des Bankgeheimnisses und der Bankenmacht» (Banken-Initiative) vom 18. August 1982, BBl 1982 II 1201 ff., 1204.

154 Bundesgesetz vom 20. März 1981 über internationale Rechtshilfe in Strafsachen, SR 351.1.

155 Cf. United States District Court, Southern District of New York. No. 81 Civ. 1836, 16. November 1981; Fed. Sec. Law Reports 98, 346, teilweise wiedergegeben bei PETER NOBEL, Praxis zum öffentlichen und privaten Bankenrecht der Schweiz, Ergänzungsb., Bern 1984, S. 109 ff.

156 Staatsvertrag vom 25. Mai 1973 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und den Vereinigten Staaten von Amerika über gegenseitige Rechtshilfe in Strafsachen (mit Briefwechseln), SR 0.351.933.6.

157 In Kraft gesetzt per 1. Juli 1988, vgl. Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches (Insidergeschäfte) vom 1. Mai 1985, BBl 1985 II 70 ff.

158 BGer 1A.12/2005 vom 9. März 2006, E. 4.1.

gungspraxen («litigation releases») Anstoss nahm.¹⁵⁹ Die meisten ausländischen Anfragen betrafen Insiderdelikte. Die Praxis zeigte übers Ganze dann aber doch, dass bei Insiderverdacht den ersuchenden Staaten die notwendige Amtshilfe geleistet werden konnte und das Bankgeheimnis keinen Schutz bot, insbesondere nachdem Art. 38 BEHG mit Änderung vom 7. Oktober 2005¹⁶⁰ noch revidiert wurde, um das Verfahren zu straffen und die Weitergabe ins Ausland zu erleichtern.¹⁶¹ Bei der revidierten Fassung von Art. 38 BEHG steht der Grundsatz der Vertraulichkeit neu unter dem Vorbehalt von ausländischen Vorschriften über die Öffentlichkeit von Verfahren. Mit der Aufhebung des Prinzips der langen Hand wurde die Weiterleitung von Informationen an ausländische Zweitbehörden erlaubt, sofern diese Behörden mit der Durchsetzung von Regulierungen über Börsen, Effektenhandel und Effektenhändler betraut sind. Zugleich entfällt unter dem Vorbehalt der Spezialität auch das Verbot der Weiterleitung an Strafverfolgungsbehörden und die damit zusammenhängende vormalige Bedingung der doppelten Strafbarkeit.¹⁶²

Eine weiterhin bestehende helvetische Besonderheit ist das sog. Kundenverfahren, welches den von einer Amtshilfe betroffenen Personen umfassende Partierechte (Akteneinsicht, rechtliches Gehör) einräumt. Dennoch hat die FINMA festgestellt, dass sie im internationalen Vergleich nicht mehr Zeit benötigt als andere Staaten, um dem ersuchenden Staat Informationen bereitzustellen. Dies liegt unter anderem auch daran, dass die Beschwerdefrist des Kunden bloss 10 Tage beträgt (Art. 38 Abs. 5 BEHG). Problematischer ist indessen die aus dem Kundenverfahren resultierende Kenntnis des Kunden über ein Amtshilfesuch, was den Überraschungseffekt einer Untersuchung vereitelt und der Kollusionsgefahr Vorschub leistet.¹⁶³ Die Schweiz stand daher international in der Kritik, wurde sodann als OECD-Mitglied¹⁶⁴ jedoch wieder von der «grauen Liste» gestrichen.¹⁶⁵

159 Siehe zur Veranschaulichung den Fall Elsag Bailey, BGE 126 II 126 sowie BGer 2A.349/2001 vom 20. Dezember 2001.

160 AS 2006 197; vgl. dazu auch Botschaft des Bundesrates vom 10. November 2004, BBl 2004 6747 ff.

161 FINMA, Die internationale Amtshilfe im Börsenbereich, Bericht vom August 2009, 12, <www.finma.ch>.

162 FINMA, Bericht Amtshilfe (Fn. 161), 10; NOBEL, Finanzmarktrecht (Fn. 47), § 7 N 251.

163 FINMA, Bericht Amtshilfe (Fn. 161), 24; NOBEL, Finanzmarktrecht (Fn. 47), § 7 N 255, 262 ff.

164 Übereinkommen über die Organisation für Wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung, abgeschlossen in Paris am 14. Dezember 1960, in Kraft getreten für die Schweiz am 30. September 1961, SR 0.970.4.

165 «Die Schweiz ist weg von der «grauen Liste» der OECD», Medienmitteilung des EFD, 24. September 2009, <wwwefd.admin.ch>. Das Sekretariat der OECD hatte die Schweiz auf eine Liste von Ländern gesetzt, welche sich an die OECD-Standards halten, diese aber aus ihrer Sicht noch nicht substantiell umgesetzt haben. Die Liste wurde am 2. April 2009 von den G-20-Staaten an ihrem Gipfel in London angepasst und anschliessend von der OECD auch veröffentlicht. Obwohl die Schweiz Gründungsmitglied der OECD ist, war sie nicht über die Erstellung der Liste informiert worden. Der Bundesrat hatte deswegen bei der OECD protestiert.

Die Anfragen decken heute ein wesentlich breiteres Feld ab als früher; von den im Jahre 2011 bei der FINMA (von 80 verschiedenen ausländischen Behörden) eingegangenen 396 Amtshilfegesuchen betrafen 175 Marktmissbrauchsfälle.¹⁶⁶ Die FINMA hielt insgesamt Folgendes fest: «Angesichts der Globalisierung der Finanzmärkte gewinnt die internationale Zusammenarbeit weiter an Bedeutung. Ziel der FINMA ist es, die erhöhten internationalen Anforderungen mit dem eher restriktiven Schweizer Rechtsrahmen zu vereinbaren.»¹⁶⁷ Bereits angesichts der geringen Erfolgsquote ist das Kundenverfahren eher zu Abschaffung zu empfehlen.

f. Der Steuerbereich und die Doppelbesteuerungsabkommen (DBA)

Im Steuerbereich beruhte das System weitgehend auf der Differenzierung zwischen Steuerhinterziehung und Steuer- bzw. Abgabebetrug.

Das IRSG führte schon 1981 unter den rechtshilfefähigen Delikten auch den Abgabebetrug ein (Art. 3 Abs. 3 lit. a IRSG) und nahm dafür Modell am Art. 14 VStrG¹⁶⁸ (vgl. Art. 24 IRSV¹⁶⁹). Dies führte dazu, dass zwischen dem internen Steuerbetrug (Verwendung von gefälschten, verfälschten oder inhaltlich unwahren Urkunden) und dem rechtshilfefähigen Abgabebetrug (Lügengebäude) die Parallelität zerbrochen wurde. Die internationale Entwicklung könnte hier mit Anpassungsbegehrungen auf die nationale Rechtslage zurückwirken.

Es sind denn auch Reformen im Gang, sowohl zur Herabsetzung der Rechtshilfeschwellen wie auch der Aufgabe der nationalen Differenzierung zwischen Steuerbetrug für die von den Kantonen erhobenen Steuern und von Abgabebetrug für die vom Bund erhobenen Steuern.

aa. Das OECD-Musterabkommen¹⁷⁰

Der Steuerbereich und die damit verbundene internationale Amtshilfe in Steuersachen war eigentlich immer eine von der allgemeinen Diskussion separierte Domäne von Spezialisten. Der gemeine Jurist lebte mit dem Merksatz, dass es bei Steuerhinterziehung von Ausländern mit Konti in der Schweiz keine Amts- und Rechtshilfe gebe.¹⁷¹

Die DBA sahen vor, dass Amtshilfe für die Durchführung der Abkommen gewährt werde. Zum Art. 26 der OECD-Musterkonvention hatte die Schweiz zunächst einen generellen Vorbehalt gemacht,¹⁷² diesen dann im Nachgang

166 FINMA, Jahresbericht 2011, S. 29, <www.finma.ch>.

167 FINMA, Jahresbericht 2011 (Fn. 166), S. 29.

168 Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht vom 22. Dezember 1974, SR 313.0.

169 Verordnung über internationale Rechtshilfe in Strafsachen vom 24. Februar 1982, SR 351.11.

170 Model Tax Convention on Income and Capital, Juli 2011, <www.oecd.org>.

171 BGE 96 I 737 E. 3d.

172 Vgl. auch PETER V. KUNZ, OECD-Musterabkommen und die Schweiz: Wie den Vorbehalt verzicht umsetzen?, Die Volkswirtschaft 6/2009, S. 4 ff.

zum Bankgeheimnisbericht des OECD-Fiskalausschusses¹⁷³ eingeschränkt und schliesslich unter dem Druck der G-20 Staaten am Freitag, den 13. März 2009 zurückgezogen.¹⁷⁴

bb. Der Spezialfall USA

Eine Ausnahme bildete stets die USA, von der man aber wohl zu wenig Notiz nahm. Bereits das DBA 1951 enthielt die Verpflichtung zur Amtshilfegewährung bei «tax fraud and the like». Das Bundesgericht sagte in BGE 96 I 737 E. 3d, dass die Terminologie dieser Wendung nicht einheitlich sei. Jedenfalls sei aber bei der Verwendung von Täuschungsmitteln, namentlich von falschen, gefälschten oder unwahren Urkunden sowie bei der absichtlichen Irreführung der Steuerbehörden zwecks Erzielung eines unrechtmässigen Steuervorteils von Betrugsdelikten auszugehen. Das DBA 1996¹⁷⁵ sieht ebenfalls Amtshilfe aufgrund des Passus «tax fraud and the like» vor und darum rankte sich sodann Interpretationsmaterial.¹⁷⁶ Was «the like» war, blieb allen Bemühungen zum Trotz allerdings so lange unklar, bis das Bundesverwaltungsgericht im zweiten Urteil i.S. UBS AG vom 21. Januar 2010 entschieden hat, dass dieser Wendung überhaupt keine Bedeutung zukomme, sondern lediglich Steuer- und Abgabebetrug umfasse.¹⁷⁷

Der Rechtshilfevertrag mit den USA von 1973 sieht Rechtshilfe in Steuersachen übrigens nur in Bezug auf führende Mitglieder von organisatorischen Verbrechergruppen vor (Art. 6). Allerdings geht jene Regelung über den Standard in den DBA von 1951 und 1996 hinaus und erlaubt für den genannten Personenkreis die Rechtshilfe auch wegen blosser Steuerhinterziehung. Subsidiär gilt aber auch hier das IRSG und dieses gestattet Rechtshilfe gleichermaßen bei Abgabebetrug (Art. 3), allenfalls sogar in vereinfachter Weise (Art. 80c).

2001 kamen dann die QI-Verträge (Qualified Intermediary Agreements, «QIA») mit den einzelnen Banken zum Abschluss,¹⁷⁸ wonach automatische Meldungen zu ergehen hatten, wenn «US-Persons», d.h. Personen, die in den

173 OECD, Improving Access for Banking Information for Tax Purposes, 2000, <www.oecd.org>.

174 Der Vollzug dieses bundesrätlichen Beschlusses geschah einige Tage später im März 2009.

175 Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und den Vereinigten Staaten von Amerika zur Vermeidung der Doppelbesteuerung auf dem Gebiete der Steuern vom Einkommen vom 2. Oktober 1996, SR 0.672.933.61, insb. Art. 26 Ziff. 1: «Betrugsdelikte[n] und dergleichen».

176 Verständigungsvereinbarung vom 23. Januar 2003 zwischen der Eidg. Steuerverwaltung und dem Department of Treasury der USA betreffend die Anwendung von Art. 26 DBA-USA 96; BVGer A-7342/2008 vom 5. März 2009; Abschluss und Inkrafttreten des Abkommens vom 19. August 2009 über ein Amtshilfegesuch des Internal Revenue Service der USA betreffend UBS AG, SR 0.672.933.612; Protokoll zur Änderung des DBA-USA von 1996, BBI 2010 247 ff.; Botschaft zur Genehmigung des Änderungsprotokolls DBA-USA, BBI 2010 235 ff.

177 BVGer A-7789/2009 vom 21. Januar 2010 = BVGE 2010/7.

178 Vgl. dazu JONAS MISTELI, Neuerungen in der steuerlichen Behandlung von Kapitalerträgen aus amerikanischen Quellen, in: Peter Nobel (Hrsg.), Aktuelle Rechtsprobleme des Finanz- und Börsenplatzes Schweiz, Bd. 9/2000, Bern 2001, S. 19 ff.

USA der unbeschränkten Steuerpflicht unterstehen,¹⁷⁹ amerikanische Wertpapiere besassen. Unklar blieb unter den QIA von Anfang an die Handhabung der Fälle, wo zwischen Bank und Klient «Strukturen», also juristische Personen (oder Trusts) standen, weil nicht nur direkte Kontoinhaber, sondern auch wirtschaftlich berechtigte US-Persons vom QI-System erfasst sind. Die USA selbst wollten unsere Umschreibungen der Sitzgesellschaften aus der Sorgfaltspflichtvereinbarung der Banken (VSB, heute 08) nicht übernehmen, sondern erklärten, eigene Kriterien zu haben. Das Bundesverwaltungsgericht sagte in Abgrenzung zum Steuer- bzw. Abgabebetrug, dass ein solcher nicht vorliege, wenn «das Spiel der juristischen Person» gespielt worden sei, also kein Direktverkehr zwischen dem wirtschaftlich Berechtigten an der Offshore-Struktur und der Bank erfolgte, sondern einzig die Organe der juristischen Person (oder des Trusts) handelten.¹⁸⁰ Es war fast eine Frivolität, hier von «Spiel» zu sprechen.¹⁸¹

Der UBS-Fall und die Whistleblower enthüllten aber noch anderes: Es war entgegen den amerikanischen Wertpapiergesetzen, für deren Umsetzung die SEC zuständig ist, auch zu mehr oder weniger versteckter Beratung auf amerikanischem Territorium oder mit amerikanischen Mitteln gekommen. Das führte zu weiteren Sanktionen. Umstritten und auch im UBS-Fall offengelassen wurde die Frage, ob auch «withholding taxes» wegen «deemed sales» und «deemed paid-ins» geschuldet waren.

Zum Schutz der UBS mussten notrechtsmässig die Daten von 255 Kunden ausgeliefert werden,¹⁸² und dann kam es im Zusammenhang mit der Abwehr eines gerichtlichen Herausgabebegehrens (John Doe Summons) zur amtshilfemässigen Übergabe von über 4000 Dossiers (wobei die erhobenen Beschwerden aber vom Bundesverwaltungsgericht geprüft wurden).¹⁸³

Und alles wurde in einem Staatsvertrag untergebracht,¹⁸⁴ der das UBS Deferred Prosecution Agreement (DPA) begleitete und in leicht angepasster Form vom Parlament (auf Weisung wiederum des Bundesverwaltungsgerichts) nachträglich gutgeheissen werden musste und auch wurde (Bundesbeschluss vom 17. Juni 2010¹⁸⁵). Die Schweiz gab da auch eine Erklärung ab, die später merkwürdigerweise aber zum Verdruss der Amerikaner in ihrer Allgemeinheit «ver-

179 Darunter fallen U.S.-Staatsbürger und Green Card Holder, unabhängig von ihrem Wohnsitz, sowie andere natürliche Personen, die den «substantial presence test» bestehen, d.h. deren Aufenthalte im laufenden Jahr, plus 1/3 der Aufenthalte im Vorjahr und 1/6 der diesem Jahr vorangehenden Jahr die Zahl von 183 erreicht oder überschreitet.

180 BVGer A-7342/2008 und A-7426/2008 vom 5. März 2009, E. 5.5.2.5.

181 Vgl. auch ein jüngstes Urteil des BVGer vom 5. April 2012 (A-737/2012), E. 7.5.5.

182 Das Bundesgericht stützte die Herausgabe der Kundendaten basierend auf der polizeilichen Generalklausel (BGE 137 II 431).

183 Vgl. etwa BVGer A-7342/2008 und A-7426/2008 vom 5. März 2009.

184 Abkommen vom 19. August 2009 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und den Vereinigten Staaten von Amerika über ein Amtshilfegesuch des Internal Revenue Service der Vereinigten Staaten von Amerika betreffend UBS AG, einer nach schweizerischem Recht errichteten Aktiengesellschaft, SR 0.672.933.612.

185 AS 2010 2907.

gessen» ging;¹⁸⁶ sie besagt, dass die Schweiz als ersuchter Staat «bereit ist, ergänzende Amtshilfegesuche des IRS gestützt auf Artikel 26 des geltenden Doppelbesteuerungsabkommens zu prüfen und zu bearbeiten, sofern sich diese auf ein Handlungsmuster und Umstände stützen, welche denjenigen im Falle der UBS AG entsprechen.»¹⁸⁷

Das Bundesverwaltungsgericht hat «obiter» und erstaunlicherweise auch festgestellt, dass unter dem DBA 1996 auch Gruppenanfragen zulässig seien, allerdings nur bei Steuer- bzw. Abgabebetrug.¹⁸⁸ Die fortgesetzte Hinterziehung grosser Steuerbeträge (Art. 190 Abs. 2 DBG) erachtete es indessen im Rahmen des DBA 1996 als nicht amtshilfefähig.¹⁸⁹ Erst der erwähnte Staatsvertrag in Sachen UBS¹⁹⁰ ermöglichte im Verhältnis zur USA auch die Amtshilfefähigkeit bei fortgesetzter schwerer Steuerhinterziehung.

Für das neue DBA 2012 herrschte lange die Ansicht, dass es (gemäss dem neuen Standard von Art. 26 OECD-Musterabkommen) nur dann Anfragen erlaube, wenn der IRS die Identität der betroffenen Person kennt.¹⁹¹ Die Frage der Kenntnis dieser Identität durch den IRS will man nun anders lesen und hatte dafür eine Erklärung des Parlaments einzuholen.¹⁹² Fürderhin wird das DBA Gruppenanfragen auch bei Steuerhinterziehung erlauben. Mühe wird die Abgrenzung von Fishing Expeditions bereiten.

Gemäss dem am 23. September 2009 unterzeichneten Revisionsprotokoll ist die Gewährung von Amtshilfe immer dann möglich, wenn die Information im ersuchten Staat voraussichtlich erheblich ist; damit sind auch Anfragen bei (blosser) Steuerhinterziehung möglich.

Die zweite Welle des Streites zwischen der Schweiz und den USA entzündete sich vor allem daran, dass eine grössere Anzahl von Banken Kunden übernahmen, die die UBS verlassen mussten. Das führte zu neuen Forderungen nach Namen, Schuldeingeständnissen und Geld. Die Verhandlungen verliefen harzig. Die Amerikaner erhöhten den Druck und klagten in den USA zuerst einzelne Individuen verschiedener Banken und dann die Bank Wegelin an (indictments). Zurzeit der Drucklegung ist der Ausgang vieler Fragen noch unklar.

186 Vgl. Botschaft des Bundesrates vom 14. April 2010 zur Genehmigung des Abkommens zwischen der Schweiz und den Vereinigten Staaten von Amerika über ein Amtshilfegesuch betreffend UBS AG sowie des Änderungsprotokolls, BBI 2010 2965 ff.

187 Erklärung der Schweizerischen Eidgenossenschaft zum UBS-Abkommen vom 19. August 2009 (Fn. 184).

188 BVGer A-7342/2008 und A-7426/2008 vom 5. März 2009.

189 Konkretisiert in BVGer A-7789/2009 vom 21. Januar 2010, E. 6.5.

190 Vgl. Fn. 184.

191 Art. 10 des Protokolls zum revidierten DBA USA.

192 Bundesbeschluss vom 16. März 2012, BBI 2012 3511 f.; die Referendumsfrist ist am 5. Juli 2012 abgelaufen. Zur Neuinterpretation siehe Zusatzbericht zur Botschaft vom 6. April 2011 zur Ergänzung der am 18. Juni 2011 von der Schweizerischen Bundesversammlung genehmigten Doppelbesteuerungsabkommen betreffend das Doppelbesteuerungsabkommen mit den Vereinigten Staaten von Amerika vom 8. August 2011, BBI 2011 6663 ff.

Was aber inzwischen für alle klar ist: Mit dem amerikanischen Bären lässt sich nicht einmal aus der Ferne spielen.

Die Lösung des immer noch währenden Konflikts mit den USA wird die Anstrengungen der einzelnen Banken aber auch des Staates brauchen.

cc. Abkommen im EU-Raum

Mit der EU kam es 2004 zu einem Zinsbesteuerungsabkommen,¹⁹³ wonach Abgaben auf Zinserträgen von anonym gehaltenen Anlagen von EU-Angehörigen (natürlichen Personen) unter Wahrung des Bankgeheimnisses an ihre Länder abgeführt wurden.¹⁹⁴

Im Betriebsabkommen mit der EU¹⁹⁵ wurde seitens der Schweiz Rechts- und Amtshilfe schon bei blosser Hinterziehung von Zollabgaben und indirekten Steuern (Zölle, Mehrwertsteuer, besondere Verbrauchsteuern) vereinbart.¹⁹⁶

Mit Deutschland und Grossbritannien wurden am 21. September 2011¹⁹⁷ bzw. am 6. Oktober 2011¹⁹⁸ Abgeltungssteuerabkommen geschlossen; in Kraft treten sollen sie am 1. Januar 2013. Ein analoges Abkommen wurde mit Österreich unterzeichnet. Die Abkommen erlauben den Schutz der Privatsphäre von Bankkunden bei Altlasten; diese sind, wenn es nicht zu einer Amnestie kommt, tatsächlich schwer zu bewältigen. Mittels einer anonymen Abgeltungssteuer wird eine Gleichbehandlung für die steuerliche Erfassung von Kapitalerträgen sichergestellt, unabhängig davon ob diese in der Schweiz oder im anderen Staat erzielt wurden.¹⁹⁹ Um zu verhindern, dass nach der steuer- und steuerstrafrechtlichen Vergangenheitserledigung durch Einmalzahlung künftig unversteuerte

193 Abkommen vom 26. Oktober 2004 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über Regelungen, die den in der Richtlinie 2003/48/EG des Rates im Bereich der Besteuerung von Zinserträgen festgelegten Regelungen gleichwertig sind, SR 0.641.926.81.

194 Vgl. Botschaft zu den bilateralen Abkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Union, einschliesslich der Erlasse zur Umsetzung der Abkommen («Bilaterale II») vom 1. Oktober 2004, BBI 2007 5965 ff., 5969.

195 Abkommen vom 26. Oktober 2004 über die Zusammenarbeit zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits zur Bekämpfung von Betrug und sonstigen rechtswidrigen Handlungen, die ihre finanziellen Interessen beeinträchtigen, SR 0.351.926.81.

196 Vgl. Art. 2 Ziff. 1 des Betriebsabkommens (Fn. 195); zum Gesamten ROBERT WALDBURGER, Amts- und Rechtshilfe in Steuersachen gemäss den sog. Bilateralen II, FS Peter Nobel, Bern 2005, S. 1037 ff.

197 Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Bundesrepublik Deutschland über die Zusammenarbeit in den Bereichen Steuern und Finanzmarkt, <www.edf.admin.ch>.

198 Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Vereinigten Königreich von Grossbritannien und Nordirland über die Zusammenarbeit im Steuerbereich, <www.edf.admin.ch>.

199 Medienmitteilungen des Eidgenössischen Finanzdepartements vom 21. September 2011 und vom 6. Oktober 2011, <www.edf.admin.ch>.

Gelder bei Schweizer Banken angelegt werden, enthalten diese Abkommen sehr weitgehende Amtshilfebestimmungen. Die ausländischen Behörden können immer dann, wenn sie gemäss ihrer Auffassung Anlass dazu haben, eine Anfrage zu starten, entsprechende Ersuchen über Personen stellen, ohne eine Vermutung zu haben, bei welcher Bank die fraglichen Gelder angelegt sind. Die Eidg. Steuerverwaltung muss sodann bei sämtlichen Banken abklären ob der ausländische Steuerpflichtige, der im Fokus dieses Ersuchens steht, zu irgendeiner Schweizer Bank eine Kundenbeziehung hat oder an einer solchen wirtschaftlich berechtigt ist. Ist dies der Fall, wird die entsprechende Information den deutschen Behörden gegeben, was diese in die Lage versetzt, ein Amtshilfeersuchen gemäss dem DBA mit Deutschland, das auch für einfache Steuerhinterziehung den Informationsaustausch vorsieht, zu stellen. Das rechtliche Schicksal, die Komplikationen der praktischen Anwendung und die Nachhaltigkeit, vor allem im Lichte der OECD-Bestrebungen, sowie die Kompatibilität mit dem Recht der EU müssen freilich noch weiterer Beobachtung standhalten.²⁰⁰ Obwohl die Abkommen detaillierte und direkt anwendbare Bestimmungen enthalten, ist der Erlass eines flankierenden Bundesgesetzes nötig. Zu diesem Zweck wurde vor kurzem das Gesetz über die internationale Quellenbesteuerung (IQG)²⁰¹ erlassen. Dieses enthält Vorschriften über die Organisation, das Verfahren, die Rechtswege sowie die anwendbaren Strafbestimmungen.

Nachdem der Bundesrat die Vorbehalte in Bezug auf den Informationsaustausch gemäss Art. 26 OECD-Musterabkommen zurückgezogen, d.h. die Unterscheidung der Amtshilfefähigkeit für Steuerhinterziehung als Übertretung und Steuer- bzw. Abgabebetrug als Vergehen gegenüber dem Ausland aufgegeben hatte,²⁰² soll der Informationsaustausch mit anderen Ländern im Einzelfall auf konkrete und begründete Anfrage ausgebaut werden. Im Rahmen von Reformen bestehender bilateraler Doppelbesteuerungsabkommen wird dieses Vorhaben nun schrittweise realisiert.²⁰³ Auch Gruppenanfragen werden hier wohl bald zum Standard gehören.

200 PETER NOBEL, Entwicklungen im Bank- und Kapitalmarktrecht, SJZ 2012, S. 10 ff., S. 11.

201 Vgl. Vorentwurf und erläuternder Bericht zu einem Bundesgesetz über die internationale Quellenbesteuerung vom 3. Oktober 2011, <www.efd.admin.ch>. Botschaft des Bundesrates vom 18. April 2012 zur Genehmigung der Abkommen mit Deutschland über die Zusammenarbeit im Steuer- und Finanzmarktbereich und mit dem Vereinigten Königreich über die Zusammenarbeit im Steuerbereich sowie zum Bundesgesetz über die internationale Quellenbesteuerung, BBI 2012 4943 ff. Am 13. Juni 2012 wurde das Bundesgesetz über die internationale Quellenbesteuerung (im Nachgang zur Zustimmung zu den Abkommen mit Deutschland und dem Vereinigten Königreich am 30. Mai 2012) von den Eidgenössischen Räten angenommen.

202 PETER V. KUNZ, Mitbestimmung des Volkes bei künftigen Doppelbesteuerungsabkommen (DBA)? Ein weiteres Beispiel zur Rechtsstaatsdebatte in der Schweiz, Jusletter vom 10. August 2009, Rz. 18, 43 ff.

203 STEFAN OESTERHELT, Amtshilfe im internationalen Steuerrecht der Schweiz, Jusletter vom 12. Oktober 2009, Rz. 8 ff. Für eine Übersicht zu den abgeschlossenen Doppelbesteuerungsab-

Der politische Druck auf die Schweiz mit Blick auf das Bankgeheimnis dürfte sich auch von europäischer Seite noch weiter erhöhen. Davon zeugt eine jüngste Resolution des Europarates²⁰⁴ gegen das Bankgeheimnis und gegen sog. Steuerparadise, welche europaweit den automatischen Informationsaustausch fordert. Im die Resolution begleitenden Bericht wird die Schweiz zudem unrühmlicherweise als grösstes Steuerschlupfloch der Welt dargestellt.²⁰⁵

dd. Weissgeldstrategie

Insgesamt brachte diese Entwicklung die Schweizer Banken zu dem, was sich Weissgeldstrategie nennt: «Der Schweizer Finanzplatz muss sich durch seine Stabilität, Berechenbarkeit und Integrität hervorheben [...] Das Interesse ausländischer Staaten auf Durchsetzung ihrer Steuergesetzgebung soll möglichst mit den langfristigen Interessen des Finanzplatzes in Übereinstimmung gebracht werden.»²⁰⁶ Der internationale Druck und das gesteigerte Verlangen nach Transparenz verlangen von den Banken somit auch rechtlich eine Änderung des Geschäftsmodells. Es ist in Zukunft damit zu rechnen, dass breite Amtshilfe auch bei Steuerhinterziehung geleistet werden wird.

Das Diskussionspapier des Bundesrates vom 22. Februar 2012 «Strategie für einen steuerlich konformen und wettbewerbsfähigen Finanzplatz» zeigt neu die künftige Marschrichtung: «Ein kombinierter Ansatz von Sorgfaltsmassnahmen, Quellenbesteuerung und internationaler Zusammenarbeit in Steuersachen ist am besten geeignet, das Interesse der Kunden am Schutz der Privatsphäre und dem Anspruch des Staates auf die Besteuerung ihrer Steuerpflichtigen in Einklang zu bringen.»²⁰⁷ Ferner wird festgehalten: «Die Integrität des Finanzplatzes ist neben der allgemeinen Geldwäscherbekämpfung auch eine Frage der Steuerkonformität – und diese wiederum ist unerlässlich zum Erreichen internationaler Akzeptanz.»²⁰⁸ – Sit venia verbo.

Konkret soll die bundesrätliche Strategie auf drei Ebenen umgesetzt werden:

kommen sowie deren Revisionen vgl. Website des Staatssekretariats für internationale Finanzfragen (SIF) unter <www.sif.admin.ch> (in der Rubrik: Themen, internationale Steuerpolitik, Doppelbesteuerung).

- 204 Resolution 1881 (2012) des Europarates, «Promoting an appropriate policy on tax havens», verabschiedet am 27. April 2012, <www.assembly.coe.int>.
- 205 Dabei stützt er sich auf eine Rangliste, die vom Tax Justice Network erstellt wurde, einer Nicht-regierungsorganisation, die für Transparenz auf den Finanzmärkten sowie gegen Steuerflucht und Steueroasen lobbyiert (vgl. Council of Europe, Promoting an appropriate policy on tax heavens. Report by Mr. DIRK VAN DER MAELEN, Doc. 12894, 5. April 2012, siehe Annex für die Rangliste).
- 206 Strategische Stossrichtungen für die Finanzpolitik der Schweiz, Bericht in Beantwortung des Postulats GRABER (Geschäftsnummer 09.3209) vom 16. Dezember 2009, S. 5, <wwwefd.admin.ch>.
- 207 Diskussionspapier des Bundesrates vom 22. Februar 2012, Strategie für einen steuerlich konformen und wettbewerbsfähigen Finanzplatz, S. 29, <wwwefd.admin.ch>.
- 208 Diskussionspapier des Bundesrates (Fn. 207), S. 3.

Auf der ersten Ebene sollen unversteuerte Vermögenswerte aus der Vergangenheit regularisiert werden, um die Rechtsrisiken der schweizerischen Finanzinstitute einzugrenzen und dem Finanzplatz eine saubere Ausgangslage für die Zukunft zu schaffen. Dazu sollen primär – und zumindest im europäischen Umfeld – bilaterale Abgeltungssteuerabkommen (nach dem Vorbild der bereits abgeschlossenen vom 21. September 2011 mit Deutschland und vom 6. Oktober 2011 mit dem Vereinigten Königreich) dienen, nach welchen die steuerpflichtigen Bankkunden über ein dreiseitiges Wahlrecht verfügen sollen. Der Kunde soll je nach Wahl einen einmaligen Pauschalbetrag bezahlen, der Offenlegung seiner Geschäftsbeziehung gegenüber der ausländischen Steuerbehörde zustimmen oder seine Konten und Depots in der Schweiz schliessen. Gemäss diesem Konzept sollen in der Schweiz am Ende keine unversteuerten Vermögenswerte mehr liegen. Im Gegenzug sollen die Vertragsstaaten auf die strafrechtliche Verfolgung von Finanzinstituten und ihrer Mitarbeiter verzichten.²⁰⁹

Im speziellen Verhältnis zu den USA dagegen geht es nun darum, die Rechtsrisiken schweizerischer Finanzinstitute zu minimieren, da bereits viele Institute auf das Geschäft mit US-Kunden verzichten bzw. zahlreiche US-Kunden ihre Geschäftsbeziehungen zu schweizerischen Instituten aufgelöst haben. Die Verhandlungen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und den USA sind im Zeitpunkt der Drucklegung noch im Gang. So begnügt sich der Bundesrat mit dem Hinweis, dass die Vergangenheitsbewältigung wohl nur durch den Abschluss eines *Closing-Agreements* zwischen jeder einzelnen Bank und dem IRS, welches eine einmalige Zahlung vorsehen wird, und der raschen Erledigung der von den USA gestellten Amtshilfegesuchen zu bewerkstelligen sein wird.²¹⁰

Auf der zweiten Ebene soll dann die Besteuerung der künftigen Kapitaleinkünfte der *offshore* Kunden sichergestellt werden. Dazu sollen wiederum internationale Quellensteuerabkommen oder ähnliche Konzepte (wie beispielsweise ein Rahmenabkommen mit den zuständigen US-Behörden betreffend die FATCA-Regelungen²¹¹ oder das Zinsbesteuerungsabkommen mit der EU vom 26. Oktober 2004²¹²) dienen, welche die Besteuerung der Vermögenswerte gewährleisten, ohne die Privatsphäre der Kunden (gegen deren Willen) aufzuheben.²¹³ Des Weiteren soll die Amts- und Rechtshilfe im Steuerbereich den internationalen Standards angepasst werden. Die Amtshilfe, materiell basierend auf

209 Diskussionspapier des Bundesrates (Fn. 207), S. 10 f. Vgl. Art. 5 DBA mit Grossbritannien vom 21. September 2011 (Fn. 198).

210 Diskussionspapier des Bundesrates (Fn. 207), S. 14.

211 Gemäss dem im März 2011 verabschiedeten US Gesetz «Foreign Account Tax Compliance Act» sollen alle Finanzinstitute der Welt zu Helfern der US-Steuerbehörden werden und sämtliche Informationen zu US-Kunden auf automatischer Basis liefern, ansonsten auf fast sämtlichen wichtigen Kapitaltransaktionen des betroffenen Finanzinstituts eine Quellensteuer von 30% des Bruttoertrages erhoben wird.

212 Vgl. Fn. 193.

213 Diskussionspapier des Bundesrates (Fn. 207), S. 16.

den Bestimmungen des jeweils anwendbaren Doppelbesteuerungsabkommens, soll künftig – nach staatsvertraglichen Anpassungen der jeweiligen DBA, falls dies noch nicht bereits geschehen ist – auch Steuerhinterziehungshandlungen umfassen. Diese Erweiterung soll durch die Aufhebung des Fiskalvorbehalts im IRSG auch für die internationale Rechtshilfe gegenüber jenen Staaten, mit denen eine Amtshilferegelung gemäss dem OECD-26-Standard vereinbart worden ist, gelten. Um die Amtshilfe verfahrensmässig zu regeln, soll auf Herbst 2012 das Steueramtshilfegesetz (StAHG) in Kraft treten.²¹⁴ Zu beachten ist insbesondere Art. 4 Abs. 1 E-StAHG, welcher Amtshilfe ausschliesslich auf Ersuchen im Einzelfall zulässt. Gruppenanfragen würden somit ausgeschlossen. Demgegenüber ist damit zu rechnen, dass die Neukommentierung von Art. 26 des DBA-Musterabkommens durch die OECD auch Gruppenanfragen vorsehen wird, so dass eine Revision von Art. 4 Abs. 1 in absehbarer Zeit nach Inkraftsetzung nötig sein wird.²¹⁵ Zudem soll es möglich sein, auf Ersuchen der ausländischen Behörde, der betroffenen steuerpflichtigen Person die Akteneinsicht und die Anhörung zu verweigern und einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu entziehen, da gemäss «[...] dem Peer-Review-Bericht [...] das rechtliche Gehör zugunsten der steuerpflichtigen Person in der Schweiz zu umfassend sei».²¹⁶ Dass im Gegenzug neu eine weitere Beschwerdeinstanz (Bundesgericht) vorgesehen wird, wird die Verfahrensgerechtigkeit aus der Sicht der betroffenen steuerpflichtigen Person wohl nicht wieder aufwiegen.

Auf der dritten Ebene sollen Finanzinstitute im Rahmen der Selbstregulierung neuen Sorgfaltspflichten bei der Aufnahme von Geschäftsbeziehungen und/oder der Annahme von Vermögenswerten unterstehen. Die Institute sollen in (erweiterter) Anwendung des Know Your Customer-Grundsatzes auch abklären, ob der Kunde steuerkonform ist bzw. seine Vermögenswerte ordentlich besteuert wurden. Der Bundesrat bringt dabei auch eine Selbstdeklaration des Kunden über die Erfüllung der Steuerpflicht im Wohnsitzstaat als Regelfall oder als Ausnahmeregelung bei Vorliegen besonderer Umstände ins Spiel.²¹⁷ Ob mit der Idee der Selbstdeklaration – sollte sie denn später realisiert werden – dem schweizerischen Finanzplatz wirklich ein Gefallen gemacht oder eher ein Schaden zugefügt wird, wird sich zeigen müssen. Problematisch ist, dass bei diesen Bestrebungen die Schweiz über die internationalen Standards hinausgehen will, ohne dazu von aussen gezwungen zu werden und ohne das von andern internationalen Finanzzentren mit Nachdruck verfolgte Prinzip der

214 Vgl. Botschaft zum Erlass eines Steueramtshilfegesetzes vom 6. Juli 2011, BBI 2011 6193 ff.; Bundesrat der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Strategie für einen steuerlich konformen und wettbewerbsfähigen Finanzplatz, Diskussionspapier vom 22. Februar 2012, S. 20.

215 Botschaft StAHG (Fn. 214), BBI 2011 6197, 6204 f., 6234.

216 Botschaft StAHG (Fn. 214), BBI 2011 6198; Diskussionspapier des Bundesrates (Fn. 207), S. 18 ff., insb. S. 20 f.

217 Diskussionspapier des Bundesrates (Fn. 207), S. 24 ff., insb. S. 25 f.

globalen Gleichbehandlung dieser Finanzzentren («level playing field») zu beachten.

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass künftig schwere Steuerdelikte als Vortat im Sinne der Geldwäsche gelten werden. Am 16. Februar 2012 hat die FATF in ihrer Stellungnahme zum Ergebnis der Anhörung über die vorgeschlagenen Änderungen ihrer Empfehlungen jedoch mitgeteilt, dass den einzelnen Ländern eine gewisse Flexibilität bei der konkreten Anwendung dieser neuen Regelung, vor allem betreffend die innerstaatliche Qualifikation des Begriffes des schweren Steuerdeliktes, gewährt werde.²¹⁸

6. *Die Holocaust-Diskussion²¹⁹*

a. *Alliierte und Amerika*

Es darf hier auch angemerkt werden, dass schon die sog. Holocaust-Diskussion Einbrüche in das Selbstverständnis der schweizerischen internationalen Stellung brachte. Der Schweiz wurde, neben Goldhandel und übrigen geschäftlichen Aktivitäten vorgeworfen, nachrichtenlose Konti («schlafende Konti»/ «dormant accounts») aus der Zeit des Zweiten Weltkrieges unter Berufung auf das Bankgeheimnis weiterhin zu verstecken.

Im Rahmen der Verhandlungen zum Washingtoner Abkommens (WA) vom 25. Mai 1946²²⁰ mit dem Hauptthema der Goldtransaktion zwischen der Schweiz und Deutschland hatte sich die Schweiz auch bereits verpflichtet, den Alliierten liquidierte Vermögenswerte von erbenlosen Opfern der nationalsozialistischen Verfolgung zum Zweck der Hilfe und Wiedergutmachung zur Verfügung zu stellen. Im Brief vom 25. Mai 1946 an die alliierten Delegationen (USA, Vereinigtes Königreich und Frankreich) äusserte sich WALTER STUCKI, Unterhändler der Schweiz, dazu wie folgt:

«[The Swiss Government will] examine sympathetically the question of seeking means whereby they might put at the disposal of the three Allied Governments, for the purpose of relief and rehabilitation, the proceeds of property found in Switzerland which belongs to victims who, by reason of violation by the late German Government, had died without heirs.»²²¹

Doch hat dieses Abkommen, aufgrund dessen die Schweiz CHF 250 Mio. zahlte,²²² die Aufarbeitung der Geschichte nicht vollständig erledigt. Trotz

²¹⁸ FATF's response to the public consultation on the revision of the FATF Recommendations, 16. Februar 2012, Ziff. 9 und 10; <www.fatf-gafi.org>.

²¹⁹ Vgl. dazu auch ausführlicher PETER NOBEL, Internationaler Druck auf die Schweiz, 1996–2002, in: Bitburger Gespräche, Jahrbuch 2003, München 2003, S. 91 ff.

²²⁰ Abkommen von Washington, abgeschlossen durch Briefwechsel vom 25. Mai 1946, SR 0.982.1.

²²¹ WALTER STUCKI, Brief vom 25. Mai 1946 an die alliierten Delegationen im Rahmen der Verhandlungen zum Washingtoner Abkommen.

²²² Ziff. II.2 Washingtoner Abkommen (Fn. 220).

mehrerer parlamentarischer Vorstösse dauerte es Jahre, bis das Problem der «victims' assets» an die Hand genommen wurde.

1962 erging der «Bundesbeschluss über die in der Schweiz befindlichen Vermögen rassistisch, religiös oder politisch verfolgter Ausländer oder Staatenloser»²²³ als Resultat eines politischen Kompromisses, der mit zahlreichen Mängeln behaftet war. So verpflichtete dieser Bundesbeschluss die Verwalter solcher Vermögen zur Meldung an die sogenannte Meldestelle, hob zu diesem Zweck das Bankgeheimnis auf und verhängte Bussen. Dieses Verfahren scheiterte jedoch kläglich. Die späteren Lösungsvorschläge wurden nicht aufgenommen.

1996 dynamisierte sich der Fragenkomplex plötzlich. Es folgte der VOLCKER-Bericht, die Berichte EIZENSTAT I und II, die Gründung des Spezialfonds der Schweizer Wirtschaft «zugunsten bedürftiger Opfer von Holocaust/Shoa» und der «Schweizerischen Stiftung für Solidarität». Dazu kamen die Sammelklagen gegen Banken und Versicherungen, welche letztlich im August 1998 in New York in einen denkwürdigen Vergleich mündeten: Gegen Bezahlung von USD 1,25 Mrd. wurden nicht nur die beiden Grossbanken UBS und Credit Suisse, weitere Geschäftsbanken und einzelne Versicherer, sondern auch die SNB und die Schweizerische Eidgenossenschaft eingebunden. Im Gefolge dieses Bankenvergleichs und der Genehmigung des Verteilungsplans durch den New Yorker Bezirksrichter EDWARD KORMAN, wurde (nach dem ersten Claim Resolution Tribunal [CRT-I] unter dem Vorsitz des Zürcher Professors HANS MICHAEL RIEMER) ein weiteres Claim Resolution Tribunal (CRT-II) gegründet, dessen Aufgabe die Zuteilung von USD 800 Mio. an die verschiedenen, durch den Vergleich abgedeckten Opfergruppen war; die übrigen USD 425 Mio. gingen an Organisationen und Anwälte. Die Arbeiten sind noch nicht abgeschlossen.

b. Kommission Bergier

In der Schweiz wurde kraft Beschlusses der Bundesversammlung vom 13. Dezember 1996²²⁴ für die Dauer von fünf Jahren eine unabhängige Expertenkommission «Schweiz – Zweiter Weltkrieg» unter dem Vorsitz von JEAN-FRANÇOIS BERGIER eingesetzt (sog. BERGIER-Kommission). Deren Aufgabe wurde in Art. 1 des Beschlusses des Bundesrates vom 19. Dezember 1996 wie folgt definiert:²²⁵

223 Bundesbeschluss vom 20. Dezember 1962, AS 1963 427.

224 Bundesbeschluss betreffend die historische und rechtliche Untersuchung des Schicksals der infolge der nationalsozialistischen Herrschaft in die Schweiz gelangten Vermögenswerte vom 13. Dezember 1996, SR 984.

225 Bundesratsbeschluss betreffend Einsetzung der unabhängigen Expertenkommission vom 19. Dezember 1996, auffindbar auf der Homepage der Unabhängigen Expertenkommission «Schweiz – Zweiter Weltkrieg» <www.uek.ch>.

«Die Untersuchung dient allgemein der historischen Wahrheitsfindung und soll Klarheit schaffen über den Umfang und das Schicksal der infolge der nationalsozialistischen Herrschaft in die Schweiz gelangten Vermögenswerte.

Im Rahmen des vom Bundesbeschluss vom 13. Dezember 1996 festgelegten Gegenstandes soll die Rolle der Schweiz, insbesondere des Schweizer Finanzplatzes untersucht werden, sowie der Umgang der Schweiz mit diesem Abschnitt ihrer Geschichte.»

Der BERGIER-Bericht besteht aus über 30 Einzelpublikationen (Zwischenberichte, Beihefte), 25 Bänden sowie dem Schlussbericht. Die Untersuchungen gingen auch weit über die Finanzsphäre hinaus. Das Mammut-Werk wurde überwiegend wohlwollend aufgenommen. Gelobt wurde vor allem die – bislang versäumte – «Opferperspektive» und die Herausarbeitung zahlreicher, wenn nicht unbedingt neuer, historischer Fragestellungen und Antworten. Kritisiert wurde dagegen die einseitige Konzentration auf wirtschaftshistorische Themen unter überwiegender Vernachlässigung beispielsweise militär- oder justizgeschichtlicher Perspektiven sowie die völlige Ausserachtlassung von «oral history»-Zeugnissen der Aktivdienstgeneration. Gemessen am Anspruch, eine «neue Geschichte» der Schweiz im Zweiten Weltkrieg und kurz danach zu schaffen, muss die Arbeit der BERGIER-Kommission demnach – zumindest teilweise – als nicht voll befriedigend beurteilt werden, was ihren Wert als Beitrag für zukünftige Diskussionen vor allem im Finanzbereich freilich nicht entscheidend schmälert.²²⁶

Die reiche juristische Ausbeute der BERGIER-Kommission findet sich insbesondere in den Abhandlungen zu den nachrichtenlosen Vermögen (Band 15)²²⁷ sowie zu den Gold- (Band 16)²²⁸, zu den Wertpapiergeschäften (Band 14)²²⁹ und zum Versicherungssektor (Band 12, Teile 1 und 2)²³⁰, aber auch zum Finanzplatz als Ganzem (Band 13)²³¹ und spezifisch zu den rechtlichen Aspekten

226 Für Veröffentlichungen der BERGIER-Kommission sowie begleitender Materialien vgl. das Dossier «Schweiz – Zweiter Weltkrieg» auf der Website des Schweizerischen Parlaments unter <www.parlament.ch>.

227 BONHAGE/LUSSY/PERRENOUD (Fn. 143).

228 BERGIER-Kommission (Hrsg.), Die Schweiz und die Goldtransaktionen im Zweiten Weltkrieg, Veröffentlichungen der Unabhängigen Expertenkommission «Schweiz – Zweiter Weltkrieg», Bd. 16, Zürich 2001.

229 HANSPETER LUSSY/BARBARA BONHAGE/CHRISTIAN HORN, Schweizerische Wertpapierge- schäfte mit dem «Dritten Reich». Handel, Raub und Restitution, Veröffentlichungen der Unab- hängigen Expertenkommission «Schweiz – Zweiter Weltkrieg», Bd. 14, Zürich 2001. Vgl. dazu auch FRANK VISCHER, Der Handel mit ausländischen Wertpapieren während des Krieges und die Probleme der deutschen Guthaben in der Schweiz sowie der nachrichtenlosen Vermögen aus rechtlicher Sicht, in: Bergier-Kommission (Hrsg.), Die Schweiz, der Nationalsozialismus und das Recht, II. Privatrecht, Veröffentlichungen der Unabhängigen Expertenkommission «Schweiz – Zweiter Weltkrieg», Bd. 19, Zürich 2001, S. 15 ff.

230 STEFAN KARLEN/LUCAS CHOCOMELI/KRISTIN D'HAEMER/STEFAN LAUBE/DANIEL C. SCHMID, Schweizerische Versicherungsgesellschaften im Machtbereich des «Dritten Reichs», Veröffentlichungen der Unabhängigen Expertenkommission «Schweiz – Zweiter Weltkrieg», Bd. 12, Teile 1 und 2, Zürich 2002.

231 MARC PERRENOUD/RODRIGO LOPEZ/FLORIAN ADANK/JAN BAUMANN/ALAIN CORTAT/ SUZANNE PETERS, La place financière et les banques suisses à l'époque du national-socia-

(Bände 18 und 19)²³². Daneben ist der IG-Farben Fall (Band 2)²³³ genauer beleuchtet worden. Die Umstellung der Beherrschung auf schweizerisch wurde von den USA lediglich als Kaschierung angesehen und die amerikanische Beteiligung, basierend auf dem *Trading with the Enemy Act* von 1917, beschlagnahmt. Anschliessend begann ein langer Rechtsstreit zwischen den USA und der neu nun auf Interhandel umfirmierten IG Chemie, der schliesslich in einem Vergleich endete und den Erlös aus der Versteigerung der amerikanischen Beteiligung hälftig teilte.²³⁴ Die Schweiz machte auch hier Erfahrungen mit der Härte der Amerikaner, wenn sie sich aufgrund bestimmter Ideen Ziele gesetzt haben.

III. Bankengesetz und «Basel»

1. 1934: *Banktätigkeit als öffentlicher Dienst*

Was Bankaufsicht ist, erfuhren die Schweizer mit dem Erlass des Bankengesetzes von 1934, das einer internationalen Krisenzeitalter entstammt. Die Botschaft kommt da elegant und bescheiden daher:

«Das hervorstechende Merkmal der modernen Wirtschaft liegt vielleicht weniger in der Konzentration des Reichtums als in der Häufung einer grossen wirtschaftlichen Macht in den Händen einer kleinen Zahl von Personen, die nicht Eigentümer, sondern lediglich Verwahrer der Kapitalien sind, die sie anzulegen und zu verwalten haben. Der unbeschränkte Einfluss derer, die den Geldmarkt beherrschen und den Kredit verteilen, ist unbestreitbar einer der grossen Machtfaktoren der Gegenwart. Bei diesen Verhältnissen ist die Banktätigkeit eine Art öffentlicher Dienst geworden. Es ist daher durchaus natürlich, dass eine Reihe von Ländern bereits Massnahmen zur Überwachung der Finanzinstitute ergriffen haben.»²³⁵

lisme, Les relations des grandes banques avec l'Allemagne (1931–1946), Veröffentlichungen der Unabhängigen Expertenkommission «Schweiz – Zweiter Weltkrieg», Bd. 13, Zürich 2002.

- 232 BERGIER-Kommission (Hrsg.), Die Schweiz, der Nationalsozialismus und das Recht, I. Öffentliches Recht, Veröffentlichungen der Unabhängigen Expertenkommission «Schweiz – Zweiter Weltkrieg», Bd. 18, Zürich 2001; BERGIER-Kommission (Hrsg.), Die Schweiz, der Nationalsozialismus und das Recht, II. Privatrecht, Veröffentlichungen der Unabhängigen Expertenkommission «Schweiz – Zweiter Weltkrieg», Bd. 19, Zürich 2001. Ich möchte hier noch besonders die Betrachtungen meines verstorbenen Freundes ERIC DREIFUSS hervorheben, mit dem ich darüber manche Diskussionen pflegte, besonders zum Verhältnis von Geschichte und Recht, die sich in der «Spielraumfrage» doch berühren (Bd. 19, S. 211 ff.).
- 233 MARIO KÖNIG, Interhandel. Die Schweizerische Holding der IG Farben und ihre Metamorphosen – eine Affäre um Eigentum und Interessen (1910–1999), Veröffentlichungen der Unabhängigen Expertenkommission «Schweiz – Zweiter Weltkrieg», Bd. 2, Zürich 2001 (mit juristischem Nachwort von FRANK VISCHER, S. 353 ff.).
- 234 Dargestellt auch bei PETER NOBEL, Internationales und Transnationales Aktienrecht, 2. Aufl., Bd. 1: IPR und Grundlagen, Bern 2011, 5. Kapitel, N 71 ff. (in der Voraufage sogar noch ausführlicher, vgl. PETER NOBEL, Transnationales und Europäisches Aktienrecht, Bern 2006, 8. Kapitel, N 103 ff.).
- 235 Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung betreffend den Entwurf eines Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen vom 2. Februar 1934, BBl 1934 171 ff., 180.

Weiter kommt auch das schweizerische Misstrauen gegenüber staatlichen Institutionen zum Vorschein:

«Der Eingriff eidgenössischer Kontrolleure hätte auch noch andere Unzukämmlichkeiten zur Folge: Die Bankenkundschaft, die dem Bankgeheimnis grosse Bedeutung beimisst und darauf will zählen können, würde beunruhigt. Die Folge davon wäre wahrscheinlich eine Kapitalflucht der bei unsren Banken angelegten Gelder, ein Schaden, vor dem wir unser Land bewahren müssen.»²³⁶

Das Letztere ist die Begründung für die Platzierung der Aufsicht ausserhalb der Bundesverwaltung, aber auch für die international einzigartige Stellung der Revisionsorgane als «verlängerter Arm» der FINMA.²³⁷

Als Behörde wurde die Eidgenössische Bankenkommission (EBK) mit ihrem «Sekretariat» eingesetzt. Ausschlaggebend war auch, dass weder die Nationalbank noch der Bund (bzw. der Bundesrat) die Verantwortung für die Bankenaufsicht (und für allfällige Bankinsolvenzen) übernahmen und man nicht einen unnötigen Beamtenapparat für die Aufsicht aufbauen wollte.²³⁸ Bis Ende 1975 wurde die EBK mit anfänglich fünf Kommissionsmitgliedern (Art. 21 Abs. 1 aBankG 1934) aus der Bundeskasse entschädigt. Erst 1976 wurde der erste selbständige²³⁹ Jahresabschluss der EBK verfasst. Dieser zeigte noch einen bescheidenen Aufwand von weniger als CHF 1 Mio. und Einnahmen von beinahe CHF 2 Mio. aufgrund auferlegter Gebühren für die Beaufsichtigung der Institute.²⁴⁰ Für das Jahr 2010 belief sich der Nettoerlös der FINMA auf CHF 107 026 Mio. Der Betriebsaufwand betrug CHF 97 109 Mio. und der Personalbestand durchschnittlich 396 Vollzeitstellen.²⁴¹

Die EBK wuchs und im Jahr 2008 wurde sie – nach dem letzten Jahresbericht ein Jahr vor dem 75-Jahre Jubiläum – mit schnippischer Formulierung «in die Rechtsgeschichte entlassen»²⁴²; an ihre Stelle trat die FINMA mit folgenden Aufgaben, die auch die Stellung der Schweiz im internationalen Umfeld zu berücksichtigen haben (Art. 5 FINMAG):

236 Botschaft BankG 1934 (Fn. 235), BBI 1934 180.

237 EBK, Jahresbericht 1978, S. 21, <www.finma.ch>/Rubrik «Archiv».

238 HUGO BÄNZIGER, Die Entwicklung der Bankaufsicht in der Schweiz seit dem 19. Jahrhundert, Bern/Stuttgart 1986, S. 103 ff.; HERMANN BODENMANN, Die Unabhängigkeit der schweizerischen Bankenaufsicht, in: Jubiläumsschrift 50 Jahre Eidgenössische Bankenaufsicht, Zürich 1985, S. 257 ff., S. 263; vgl. auch zur Unabhängigkeit ANDRÉ GRISEL, La Commission fédérale des banques sous le regard du juriste, in: Jubiläumsschrift 50 Jahre Eidgenössische Bankenaufsicht, Zürich 1985, S. 151 ff., S. 153 f.

239 Bis Ende 1975 gingen die Kosten der Aufsicht noch direkt zulasten der Bundeskasse und die Einnahmen beschränkten sich auf relativ geringe Spruchgebühren.

240 EBK, Jahresbericht 1976, S. 5, <www.finma.ch>/Rubrik «Archiv».

241 FINMA, Jahresrechnung 2011, S. 9 und S. 69, <www.finma.ch>.

242 EBK, Jahresbericht 2008, S. 18, <www.finma.ch>/Rubrik «Archiv»: «Am 31. Dezember 2008 wurde die Bankenkommission in die Rechtsgeschichte entlassen und durch die FINMA abgelöst. [...] vielleicht finden sich einmal Wirtschaftshistoriker, die ihre Leistungen und Taten oder ihre Versäumnisse und Untaten würdigen.»

«Die Finanzmarktaufsicht bezweckt nach Massgabe der Finanzmarktgesetze den Schutz der Gläubigerinnen und Gläubiger, der Anlegerinnen und Anleger, der Versicherten sowie den Schutz der Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte. Sie trägt damit zur Stärkung des Ansehens und der Wettbewerbsfähigkeit des Finanzplatzes Schweiz bei.»

Die Innenperspektive eines vermeintlichen totalen Neubeginns der FINMA war aber ein Grund für ihre partielle Krisenblindheit.

Der schweizerische Banksektor ist wirtschaftlich von grosser Bedeutung; die Bruttowertschöpfung beträgt knapp 7% (37 Mrd.) des Bruttoinlandprodukts. Zählt man alle damit verbundenen Tätigkeiten hinzu, werden 10% weit überschritten.²⁴³

2. *Schutzzwecke des BankG*

a. *Evolution der Schutzziele*

Das Bankrecht als branchenbezogenes Spezialrecht hat auch eine Evolution durchgemacht, die man international in gleicher Weise registrieren kann und insofern natürlich wenig autochthon ist.²⁴⁴

Auszugehen ist vom *Individualschutz*; diesem kann man nicht nur – wie gewohnheitsmässig – die entsprechende aufsichtsrechtliche Komponente und den Hauptzweck des BankG, nämlich den Gläubigerschutz, zuordnen, sondern auch das Bankprivatrecht, das über weite Teile spezifiziertes allgemeines Privatrecht (OR und ZGB) ist. Auch die Doppelnorm von Art. 11 BEHG ist Ausdruck davon; die Verhaltensregeln in Art. 11 BEHG erfüllen ebenso privatrechtliche Zwecke. Art. 11 BEHG kann sowohl von den Vertragsparteien angerufen als auch von Behörden von Amtes wegen angewendet werden.²⁴⁵ Hier ist auch die AGB-Diskussion zu situieren sowie Teile der «Codes of conduct».

Es folgt dann die Komponente des *Funktionsschutzes*, der nach bundesgerichtlicher Auffassung eng mit dem *Vertrauensschutz* verknüpft ist:

«Voraussetzung für die Ausübung der Bankentätigkeit ist die dauernde Gewähr für einwandfreie Geschäftstätigkeit [...]. Eine einwandfreie Geschäftstätigkeit gebietet, dass die Bank keine rechts- und sittenwidrigen Geschäfte tätigt [...]. Auch wenn das Bankengesetz hauptsächlich bezweckt, die Bankgläubiger vor Verlusten zu bewahren [...], so bezieht sich die Bankenaufsicht nicht allein auf die Solidität und Sicherheit der Banken, sondern insgesamt auf deren Vertrauenswürdigkeit». ²⁴⁶

Damit verbindet sich auch die zunehmende Forderung, den «wirtschaftlichen Hintergrund» auszuleuchten, wenn es Anzeichen dafür gibt, dass eine «Struk-

243 Zum Zahlenwerk vgl. Banking im Wandel: Zukunftsperspektiven für Banken in der Schweiz. Gemeinsame Studie der Schweizerischen Bankiervereinigung und The Boston Consulting Group, September 2011. Dann aber auch die jährliche Publikation der SNB «Die Banken in der Schweiz», <www.snb.ch>.

244 Vgl. dazu auch HAUNREITER (Fn. 97), S. 163 ff.

245 BGE 133 III 97 E. 5.2 m.w.H.

246 BGE 111 Ib 127.

tur» oder ein Geschäft mit einem Kunden Teil eines unsittlichen oder rechtswidrigen Sachverhalts bilden könnte. Denn die Verwicklung einer Bank in solche Geschäfte «kann das Vertrauen nicht nur in die betroffene Bank, sondern in die Schweizer Banken ganz allgemein beeinträchtigen.»²⁴⁷ Diese Gefahr wurde vor allem in internationalen Konstellationen erkannt.

Man wollte es dann auch nicht mehr auf sich beruhen lassen, dass all die Diktatoren dieser Welt ihr Geld in der Schweiz verstecken konnten. Schon mit dem Fall MARCOS erfolgte ein Paradigmawechsel²⁴⁸ und es kam zu Sperren und dem Begehr nach erhöhter Sorgfaltspflicht²⁴⁹ im Verhältnis zu Personen, die später «PEPs» (Politically Exposed Persons) genannt wurden. Dabei handelt es sich um Personen mit prominenten öffentlichen Funktionen im Ausland, wie Regierungschefs, hohe Funktionäre und Militärs sowie oberste Organe staatlicher Unternehmen, aber auch Unternehmen und Personen, die den PEPs aus familiären, persönlichen oder geschäftlichen Gründen erkennbar nahe stehen (Art. 2 Abs. 1 lit. a GwV-FINMA²⁵⁰).²⁵¹ Da Einziehungen und Rückweisungen sich aber oft als schwierig erweisen, wurde 2010 die sog. «Lex Duvalier» geschaffen, die am 1. Februar 2011 in Kraft getreten ist.²⁵² Aufgrund dieses Bundesgesetzes über die Rückerstattung unrechtmässig erworbener Vermögenswerte politisch exponierter Personen (RuVG) kann nun auf die Vermögenswerte von PEPs auch dann zugegriffen werden, wenn zufolge Versagens der staatlichen Strukturen des Heimatlandes («failed states», vgl. Art. 2 lit. c RuVG) einer PEP kein (gültiges) Rechtshilfeersuchen vorliegt. Es genügt schon die Wahrscheinlichkeit, dass die Vermögenswerte unrechtmässig erworben worden sind (vgl. Art. 6 RuVG) – all dies im Gegensatz zu Situationen vor ein paar Jahren, als im Fall Mobutu die Sperrungen der Vermögenswerte aufgehoben werden mussten, weil das Rechtshilfeverfahren ergebnislos endete.²⁵³

PEPs-Prävention ist heute Standard im Geldwäschereibereich. Geschäftsbeziehungen zu bzw. Transaktionen mit PEPs sind nicht verboten, gelten aber als erhöht risikobehaftet und sind von den Finanzintermediären entsprechend zu kennzeichnen und zu dokumentieren. Außerdem verlangen sie von den Finanzintermediären erhöhte Sorgfalt und zusätzliche Abklärungspflichten

247 BGE 119 IV 28 E. 3 f.

248 Beim Fall des Schahs von Persien blieb 1979 noch alles beim Alten; vgl. auch ZUBERBÜHLER, Vorwort (Fn. 124), S. XVI.

249 Vgl. dazu FINMA, Sorgfaltspflichten der Schweizer Banken im Umgang mit Vermögenswerten von «politisch exponierten Personen», Kurzbericht vom 11. März 2011, insb. Ziff. 3.3, <www.finma.ch>.

250 Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht über die Verhinderung von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung (Geldwäschereiverordnung-FINMA) vom 8. Dezember 2010, SR 955.033.0.

251 Vgl. auch FINMA, Kurzbericht PEPs (Fn. 249), S. 6.

252 Vgl. dazu Botschaft zum Bundesgesetz über die Rückerstattung unrechtmässig erworbener Vermögenswerte politisch exponierter Personen (RuVG) vom 28. April 2010, BBI 2010 3309 ff.

253 Botschaft RuVG (Fn. 252), BBI 2010 3349 und Anhang 2 für die Zusammenstellung des Falles Mobutu/Kongo; vgl. auch Anhang 3 für die Zusammenstellung des Falles Duvalier/Haiti.

(Art. 12 Abs. 3 und Art. 14 Abs. 2 lit. g GwV-FINMA). So sind unter anderem die Herkunft der eingebrachten Vermögenswerte, der Ursprung des Vermögens und die Hintergründe grösserer Zahlungseingänge zu klären.²⁵⁴ Umgekehrt kontrolliert die FINMA jährlich die Einhaltung dieser Sorgfalts- und Abklärungspflichten bei den Banken; nötigenfalls interveniert sie und in schweren Fällen kann die FINMA sogar Sanktionen aussprechen oder die Gewähr für einwandfreie Geschäftstätigkeit hinterfragen (Art. 9 GwV-FINMA).

So dient auch die *Geldwäschereiprävention* dieser Zielsetzung des Funktionsschutzes.

Zu dieser im Allgemeinheitsgrad aufsteigenden Pyramide der Schutzbereiche kommen nun auch noch die Anliegen des engeren *Konsumentenschutzes*. Dieser erschöpft sich nach den Grundauffassungen eben nicht einfach im Individualschutz, sondern will auch eine die Schutzvoraussetzungen verbessernde, verhaltensevolutorische Komponente (Codes of Conduct) dazu entwickeln. Wenn die Amerikaner «Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act» sagen, so meinen sie zwar vor allem, wie schon beim SOX²⁵⁵, die Betrugsverhinderung. Die Europäer arbeiten hier mit subtileren Elementen, nämlich «mit gleich langen Spiessen», Transparenz, Angemessenheit und Eignung.

In neuerer Zeit ist der Funktionsschutz von der Partizipation der Zentralbanken her auch noch in einen *Systemsschutz* gegossen worden. Dieser will erreichen, dass das Schadenspotential aus der Finanzsphäre beim Straucheln von Akteuren für die übrige Wirtschaft begrenzt werden soll. Diesem Anliegen dient die TBTF-Revision vom 11. September 2011.²⁵⁶

Der Jahresbericht der FINMA 2011 nennt als viertes Ziel nun auch spezifisch den *Reputationsschutz* und zielt damit vor allem auf die Rechtsrisiken aus dem grenzüberschreitenden Vermögensverwaltungsgeschäft ab.²⁵⁷ Dass wir uns hier auf schwankendem Grund bewegen, wissen wir seit OTHELLO.²⁵⁸

254 FINMA, Kurzbericht PEPs (Fn. 249), S. 7.

255 H.R. 3763; 107th Congress of the United States of America, at the Second Session, «An act to protect investors by improving the accuracy and reliability of corporate disclosure made pursuant to the securities laws, and for other purposes. Short title: Sarbanes-Oxley-Act of 2002», in Kraft seit 30. Juli 2002, <www.news.findlaw.com/hdocs/docs/gwbush/sarbanesoxley072302.pdf>.

256 Vgl. AS 2012 811. Ferner hinten A.III.6.b.bb.

257 FINMA Jahresbericht 2011 (Fn. 166), S. 22.

258 Vgl. SHAKESPEARE, Othello, II, 3, siehe auch Fn. 535. Eine Frage ist, wie die Ziele erreicht werden sollen, staatlich interventionistisch oder institutionell, vgl. bereits die Netzwerk-Ideen von MYRIAM SENN, Non-state regulatory regimes: understanding institutional transformation, Berlin 2011. Dann ein theoretisch neuer institutioneller Approach (mandatory architecture, customisable functionality), der einen Chief Compliance Officer (CCO) zur zentralen Figur erhebt bei MARC AMSTUTZ, Eroding Boundaries: On Financial Crisis and an Evolutionary Concept of Regulatory Reform, in: Poul F. Kjaer/Gunther Teubner/Alberto Frebbojo (Hrsg.), The Financial Crisis in Constitutional Perspective: The Dark Side of Differentiation, Oxford 2011, S. 223 ff.

b. Internationale Dimensionen

Diese Evolution hat auch Folgen internationalrechtlicher Art. Dies ergibt sich schon aus der Entwicklungsidee des Funktions- und Vertrauensschutzes. Dann aber auch beim Reputationsschutz, der schillernden Kategorie, die besagen will, dass nicht alles was das Inland erlaubt, das Ausland auch toleriert.

Dann sind unsere systemkritischen Grossbanken auch internationale «SIFIs» (Systemically Important Financial Institutions).²⁵⁹ Und die Entwicklung schlägt sich auch technisch nieder.

Die Banken können bei Konsumentenverträgen den Gerichtsstand nicht mehr frei verabreden, sondern dem Bankkunden-Konsumenten steht sein Wohnsitzgerichtsstand offen (Art. 32 Abs. 1 lit. a ZPO,²⁶⁰ Art. 114 IPRG,²⁶¹ Art. 16 und 17 LugÜ²⁶²).²⁶³

Die grenzüberschreitende Vermögensverwaltung wird zum speziellen Bewilligungsgegenstand. Dies insbesondere im Bereich der unabhängigen Vermögensverwalter, da diese in der Schweiz, im Gegensatz zum Grossteil des Auslandes, nicht der staatlichen Finanzaufsicht (FINMA) unterstehen. Der Druck, hier auch eine staatliche Überwachung zu etablieren, steigt mit der internationalen Entwicklung stetig an (z.B. AIFM²⁶⁴). Die FINMA hatte erst für eine reine Registrierung der «übrigen» Finanzdienstleister plädiert,²⁶⁵ fordert nun aber auch ein prudentielles Bewilligungs- und Überwachungssystem (Einführung einer Aufsicht über alle Vermögensverwalter) und will diese im Börsengesetz verankern.²⁶⁶

259 FSB, Policy Measures (Fn. 98); im Anhang zählt das FSB 29 sog. G-SIFIs («global systemically important financial institutions») auf, darunter die Credit Suisse und die UBS.

260 Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (Zivilprozessordnung, ZPO), SR 272.

261 Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht (IPRG), SR 291.

262 Übereinkommen vom 30. Oktober 2007 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Lugano-Übereinkommen, LugÜ), SR 0.275.12.

263 Welche Bankverträge Konsumentenverträge darstellen, führt das BGer aus in BGE 132 III 268 E. 2.2.4. Art. 32 ZPO entspricht dem ehemaligen Art. 22 Gerichtsstandsgesetz (GesG) vom 24. März 2000. In der Schweiz besteht hier eine grösere Zurückhaltung als etwa beim deutschen BGH, vgl. z.B. Urteil des BGH vom 22. März 2011, XI ZR 33/10 (Spread-Ladder-Swap-Urteil).

264 Richtlinie 2011/61/EU vom 8. Juni 2011 über die Verwalter alternativer Investmentfonds, ABl. Nr. L 174 vom 1. Juli 2011, S. 1 ff.

265 FINMA, Regulierung von Produktion und Vertrieb von Finanzprodukten an Privatkunden – Stand, Mängel und Handlungsoptionen («FINMA-Vertriebsbericht 2010»), Oktober 2010, S. 56, <www.finma.ch>.

266 FINMA, Regulierung der Produktion und des Vertriebs von Finanzprodukten («FINMA-Positionspapier Vertriebsregeln»), 24. Februar 2012, S. 19 und 23, <www.finma.ch>. Vgl. auch DANIEL ZUBERBÜHLER, Präsentation anlässlich der KPMG Medienkonferenz vom 17. Januar 2012, M&A Yearbook & Outlook 2012, S. 43 ff. Systematisch und aufschlussreich: CARLO LOMBARDINI, La protection de l'investisseur sur le marché financier, Analyse critique du droit suisse dans une perspective de droit européen, Diss. Lausanne 2012, Genf 2012.

Auch der Vertrieb von Finanzprodukten orientiert sich immer mehr an internationalen Standards. Die FINMA erläutert dies in ihren Diskussions- und Positionspapieren (2010, 2012); es sind dies die OECD-Standards, der Point of sale disclosure der International Organization of Securities Commissions (IOSCO), die Europäische Prospektlinie²⁶⁷ und die MiFID²⁶⁸. Eine markante Änderung ist, dass die Vorschriften auch für den bisher liberalen Vertrieb von ausländischen Produkten in der Schweiz gelten sollen.²⁶⁹ Der Protektionismus kommt wieder.

Geplant ist auch die Erarbeitung eines Finanzdienstleistungsgesetzes.

3. *Der Aufsichtskanon*

a. *Überblick*

Wollte man das Bankaufsichtsrecht in einen Kanon fassen, so müsste dieser enthalten:

- Bewilligung durch die Aufsichtsbehörde und permanente Erhaltung der Voraussetzungen;
- genügende Organisation und Gewähr der leitenden Personen für eine einwandfreie Geschäftsführung;
- Eigenmittelausstattung;
- Liquidität;
- Rechnungslegung und Reporting;
- materielle Revision;
- Transparenz und Offenlegung.

Dieser Kanon hat sich seit dem Erlass des BankG 1934 formell nur unwesentlich verändert. Bedeutend ist aber die einheitliche Evolution, die über den ganzen Katalog zu verzeichnen ist. Es ist hier nicht der Ort, sie im Einzelnen darzulegen. Sie wurde ganz wesentlich durch die Internationalisierung und die Basler Grundsätze geprägt (dazu hinten B.I.3). Dann hat, auch von der internationalen Entwicklung her, das Wertpapiergeschäft wachsende Bedeutung gewonnen. Die Geldwäschereiabwehr hat sodann zu einer gewaltigen Bürokratisierung geführt, wo die Einhaltung der internationalen Standards wohl wesentlicher als die Ergebnisse geworden ist. Die deutlichste Entwicklung liegt aber wohl darin, auch juristisch, dass neben die Erfassung der Einzelgesellschaft eine konse-

²⁶⁷ Richtlinie 2003/71/EG vom 4. November 2003, ABl. Nr. L 345 vom 31. Dezember 2003, S. 64 ff.

²⁶⁸ Markets in Financial Instruments Directive (MiFID), Richtlinie 2004/39/EG vom 21. April 2004, ABl. Nr. L 145 vom 30. April 2004, S. 1 ff. Revisionsvorschlag (MiFID II) der Kommission vom 20. Oktober 2011, KOM (2011) 656 endg.

²⁶⁹ SHELBY R. DU PASQUIER/PHILIPP FISCHER, Cross Border financial services in and from Switzerland, Regulatory frameworks and practical considerations, GesKR 2010, S. 436 ff.

quente Konzerndurchdringung getreten ist; eine solche ist per se international. Die Systemkomponente hat die Grossbanken sodann der Politik zugewendet.

b. Gesellschaftsrechtliche Durchdringung

Im Einzelnen ist zu erwähnen, dass die internationale «Corporate Governance-Diskussion» natürlich auch den Banksektor ergriffen hat. Schon der CADBURY Report war auf Finanzaspekte ausgerichtet, obwohl er die einfachste Umschreibung enthielt:

«Corporate governance is the system by which companies are directed and controlled.»²⁷⁰

Mit den Stakeholders, die heute im Zentrum zu stehen scheinen,²⁷¹ hat man auch im Bankenrecht noch nicht viel anfangen können.

Traditionell sah das Bankengesetz aber stets eine dualistische Leistungsstruktur von Geschäftsleitung und Oberleitung, Aufsicht und Kontrolle (VR) vor (Art. 3 Abs. 1 lit. a BankG).

Die FINMA hat, teilweise auch unter der Anregung internationaler Vorgaben,²⁷² dann besonders die bereits aktienrechtlich vorgegebene Komponente der Compliance (Art. 716a Ziff. 5 OR) weiterentwickelt.²⁷³

Die Banken blieben natürlich auch von anderen allgemeinen internationalen Entwicklungen, wie z.B. den Versuchen zur Betrugseindämmung des SOX nicht verschont.

Zu Compensation-Standards und Risikoapproach vgl. hinten B.II.3.e.

c. Konzernbetrachtung

aa. Konzernrecht und Aufsichtsrecht

Konzernrecht ist allen Bearbeitungen zum Trotz immer noch das Stiefkind des Gesellschaftsrechts. Besonders im Bankbereich und unter dem (internationa-

270 CADBURY Committee (benannt nach dem Vorsitzenden, DAVID CADBURY), Financial Aspects of Corporate Governance (CADBURY Report), London 1992, Ziff. 2.5, <www.ecgi.org>; vgl. auch PETER BÖCKLI, Corporate Governance: The «Cadbury Report» and the Swiss Board Concept of 1991, SZW 1996, S. 149 ff.; s. auch SUSAN EMMENEGGER/REGULA KURZBEIN, Finanzmarktkrise und neue Corporate Governance von Banken, GesKR 2012, S. 462 ff.

271 OECD, Principles of Corporate Governance, Paris 2004, S. 11: «Increasingly, the OECD and its member governments have recognised the synergy between macroeconomic and structural policies in achieving fundamental policy goals. Corporate governance is one key element in improving economic efficiency and growth as well as enhancing investor confidence. Corporate governance involves a set of relationships between a company's management, its board, its shareholders and other stakeholders.» Die OECD-Principles sind auffindbar unter <www.oecd.org>.

272 Basel Committee on Banking Supervision (BCBS), Enhancing corporate governance for banking organisations, Februar 2006; nicht spezifisch für den Bankbereich auch BCBS, Principles for enhancing corporate governance, October 2010. Beide Dokumente sind auffindbar unter <www.bis.org>.

273 FINMA-RS 2008/24 «Überwachung und interne Kontrolle Banken», <www.finma.ch>.

len) regulatorischen Druck ist das internationale Bankkonzernrecht aber am weitesten entwickelt worden.

Schon die Fragen der Eigenmittelkonsolidierung, gepflegt seit dem EBK-Rundschreiben vom 17. März 1978, mit der Vorschrift der vertikalen Konsolidierung, führten zur denkwürdigen Klarstellung des Bundesgerichts im Falle CS Holding (BGE 116 Ib 331). Dort wurde festgehalten, dass eine Bankgruppe eine Risikogemeinschaft sei und zwar eine ökonomische und internationale. Das Bundesgericht führte damals und heute noch²⁷⁴ gültig aus:

«Aus der Diskussion um das Ausmass der Eigenmittelbeschaffung im Bankkonzern ging hervor, dass moralische Verpflichtungen und Rücksichtnahme auf den eigenen Ruf die schweizerische Bank (Obergesellschaft) trotz rechtlicher Haftungsbeschränkung zur Befriedigung der Gläubiger der Untergesellschaft zwingen können [...]. Es liegt auf der Hand, dass für die Beurteilung der sich in einem atypischen Bankkonzern für eine der Aufsicht der Eidgenössischen Bankenkommission unterstehende Bank aus dem wirtschaftlichen Verbundsystem ergebenden Risiken eine wirtschaftliche Betrachtungsweise an Stelle einer formalrechtlichen Betrachtung Platz zu greifen hat. Wie auch im klassischen Bankkonzern beruhen diese Risiken ja eben nicht auf rechtlichen Verpflichtungen der Bank gegenüber andern Konzerngesellschaften. Wie die Eidgenössische Bankenkommission zutreffend festhält, besteht ein faktischer Beistandszwang einer Bank gegenüber einem anderen Unternehmen des Bank- und Finanzbereiches grundsätzlich dann, wenn aufgrund öffentlich zugänglicher Informationen eine derart enge Verbindung zwischen beiden Gesellschaften hergestellt wird, dass sie als Bestandteile derselben wirtschaftlichen Einheit bzw. Unternehmung erscheinen.»²⁷⁵

Als Folge davon fand die Idee der wirtschaftlichen Betrachtungsweise und des faktischen Beistandszwangs auch Eingang in die Gesetzgebung (Art. 3c Abs. 1 lit. c BankG, Art. 12 ff. BankV i.V.m. Art. 14 BEHG). Diese *Einheitsbetrachtung* steht heute aber noch in unaufgelöstem Widerspruch zur Idee der international koordinierten Abwicklung von Banken nach der TBTF-Problematik. Es ist zu vermuten, dass hier ein Beistand im Krisenfall gerade ausgeschlossen werden kann. In der Schweiz existiert sodann kein spezifisches Konkursrecht für Gruppengesellschaften. Das geltende Recht ermöglicht es nicht, alle Gesellschaften einer Unternehmensgruppe in einem einzigen Verfahren zu liquidieren.²⁷⁶ Die neuen Vorschriften im BankG streben aber die vor allem notwendige internationale Koordination von Insolvenzverfahren an (Art. 37f BankG).

274 Diese Idee kehrt durchwegs auch wieder in den bisher ergangenen Swissair-Entscheiden im Verantwortlichkeitsbereich.

275 BGE 116 Ib 337, 339. Die SKA hatte sich umstrukturiert und eine Schweizer Holding gegründet. Dadurch wurde die CSFB zur Schwester der SKA. Dem Argument: «Eine Schwester ist keine Tochter» (falsch schon für den, der die Oedipus-Geschichte kennt) trat das Bundesgericht entgegen.

276 Eidgenössische Bankenkommission, Bankinsolvenz – Situation in der Schweiz und auf internationaler Ebene (EBK-Bankinsolvenzbericht), Januar 2008, S. 25, <www.finma.ch>/Rubrik «Archiv».

Das Bankkonzernrecht führt nun dazu, dass die verschiedensten Elemente des Aufsichtsrechts sowohl auf der Basis des Einzelinstituts als auch auf Gruppenbasis betrachtet werden. Art. 14a BankV enthält einen umfangreichen Katalog mit dem Inhalt der *konsolidierten Aufsicht*. Danach hat die konsolidierte Aufsicht auch international zu überwachen, ob die Finanzgruppe:

- angemessen organisiert ist;
- über ein angemessenes internes Kontrollsyste m verfügt;
- die mit ihrer Geschäftstätigkeit verbundenen Risiken angemessen erfasst, begrenzt und überwacht;
- von Personen geleitet wird, welche Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten;
- die personelle Trennung zwischen der Geschäftsführung und dem Organ für die Oberleitung, Aufsicht und Kontrolle nach Art. 8 BankV einhält;
- die Eigenmittel- und Risikoverteilungsvorschriften einhält;
- über eine angemessene Liquidität verfügt;
- die Rechnungslegungsvorschriften korrekt anwendet;
- über eine anerkannte, unabhängige und sachkundige Prüfgesellschaft verfügt.

Daraus ergibt sich, dass Finanzgruppen heute einer *internationalistischen* Be trachtung unterliegen und Schweizer Standards auch zu einer extraterritorialen Anwendung gelangen.

bb. Informationsfluss

Zu verzeichnen sind auch die Anliegen des internationalen Informationsflusses im Konzern, materialisiert zuerst in der Pflicht zur konsolidierten Rechnungslegung (Art. 663e Abs. 1 OR) und dann aber auch mit Hilfe der regulatorisch wesentlichen Informationen (Art. 4^{quinquies} BankG) und schliesslich durch sog. «on site inspections» (vor Ort Inspektionen) von ausländischen Aufsichtsbehörden bei Konzerngesellschaften (Art. 23^{septies} BankG). Die Schweiz hat hier für Informationen, die das Vermögensverwaltungs- und Einlagengeschäft, das einzelne Kunden betrifft, einen «carve out» (eigene Erhebung und Anwendung des VwVG) angebracht.

Dann ist auch nicht zu übersehen, dass schon lange eine internationale Amtshilfe stattfindet, die ohne Förmlichkeiten abgewickelt wird, solange sie sich nur auf die bewilligten Institute selbst und sogar auf ihre Mitarbeiter und nicht auf Kundenbelange erstreckt.

cc. Keine Umgehungen über das Ausland

Dann ist auch in spezifischen Gebieten zu verzeichnen, dass ausländische Niederlassungen nicht für Umgehungszwecke eingesetzt werden dürfen. So haben nach der Geldwäschereiverordnung der FINMA auch Zweigniederlassungen

und Gruppengesellschaften im Ausland wesentliche Prinzipien einzuhalten (vgl. Art. 5 GwV-FINMA).

dd. Extraterritoriale Anwendung des Melde- und Übernahmerechts

Für die Melde- und Angebotspflichten nach dem BEHG für kotierte Gesellschaften (Art. 20, 32 BEHG und Art. 9, 10, 31 BEHV-FINMA²⁷⁷) kommt es nur auf den Sitz und die Kotierung des «Target» an und nicht auf die Lage der Aktionäre (wirtschaftlich Berechtigten). Die Normen sind in diesem Sinne universell und auch extraterritorial anwendbar; notfalls ist der Amtshilfeweg zu beschreiten (Art. 38 BEHG).

4. *Ausländisch beherrschte Banken*

Seit 1972 sind alle Auslandsbanken im Verband der Auslandsbanken in der Schweiz zusammengeschlossen. Zu den Auslandsbanken gehören sowohl ausländisch beherrschte Banken wie auch in der Schweiz tätige Filialen ausländischer Banken.²⁷⁸ Ende 2010 befanden sich gemäss der SNB 122 ausländisch beherrschte Banken und 32 Filialen ausländischer Banken in der Schweiz,²⁷⁹ insgesamt bestanden demnach 154 sog. «Auslandsbanken». Diese geniessen aufsichtsrechtlich eine besondere Behandlung, indem hier internationalrechtlich i.S. einer Kontrolltheorie auf die Beherrschungsverhältnisse geschaut wird.

Ein Anliegen der Bankgesetzgebung war auch immer die adäquate Behandlung ausländisch beherrschter Banken. Die Zulassung von Tochtergesellschaften ausländischer Banken wurde aber lange Zeit dem (internationalen) Gegenrechtsvorbehalt unterstellt. So hiess es schon in Art. 2 BankG 1934:

«[...]

² Der Bundesrat wird die Ausübung der Geschäftstätigkeit durch eine ausländische Bank von besonderen Bedingungen abhängig machen, so von der *Gewährung des Genrechts* durch den Staat, in dem die Bank ihren rechtlichen Sitz oder ihren Hauptgeschäftssitz hat, oder von der Leistung einer Sicherheit. Er entscheidet darüber nach Anhörung der Bankenkommission.»²⁸⁰

Im Jahre 1935 war wohl auch schon weitläufig bekannt, dass sich bei der künftigen Anwendung dieser Norm (noch) einige schwierige Probleme ergeben könnten.²⁸¹ An eine mögliche Umgehung der Voraussetzung der *Gewährung*

277 Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht über die Börsen und den Effektenhandel vom 25. Oktober 2008 (Börsenverordnung-FINMA, BEHV-FINMA), SR 954.193.

278 Schweizerische Nationalbank, Die Banken in der Schweiz 2010, 95. Jahrgang, Statistik, Zürich 2011, S. 23, <www.snb.ch>.

279 SNB, 2010 Statistik (Fn. 278), S. 26.

280 Hervorhebung durch den Verfasser.

281 PAUL ROSSY/ROBERT REIMANN, Schweizerisches Bankengesetz, Zürich 1935, S. 16 f.; die Autoren stellen u.a. die Frage nach der Folge für den Fall, dass eine Filiale die Eigenmittelausstattungen erfüllt, nicht aber die ausländische Bank in Beachtung des Gesamtgeschäfts.

des Gegenrechts durch die Neugründung einer Bank in der Schweiz oder die Übernahme einer bereits bestehenden Bank dachte damals wohl noch keiner. Mitte der 1960er Jahre wurden dann aber reihenweise Banken nach schweizerischem Recht von Ausländern gegründet oder bestehende Schweizer Banken von ausländischen Banken und Financiers übernommen.²⁸² Der Schock in der Öffentlichkeit – man muss sich in diese Zeiten zurückversetzen – war entsprechend gross, als eine *russische* Bank, nämlich die Wozchod Handelsbank AG, gegründet wurde.²⁸³ Die Eidgenossenschaft wollte eine solche Umgehungspraxis mit dem Bundesbeschluss vom 21. März 1969 unterbinden, indem sie auch die Gründung oder den Erwerb nach schweizerischem Recht organisierter Banken durch Personen im Ausland der Bewilligungspflicht unterstellte.²⁸⁴

Essentiell für die Durchsetzung des Gegenrechtsvorbehalts wurde dabei, dass mit der Revision vom 11. März 1971 neu auch Art. 3^{bis} und 3^{ter} in das BankG eingefügt wurden, welche die ausländischen und ausländisch beherrschten Banken näher regelten. Für die Gründung einer ausländisch beherrschten Bank in der Schweiz oder einer Niederlassung setzte Art. 3^{bis} BankG voraus, dass (1) die Staaten, in denen die ausländischen Gründer oder Erwerber ihren Wohnsitz oder Sitz haben, das *Gegenrecht gewährleisten*, (2) die Firma nicht auf einen schweizerischen Charakter der Bank hinweist oder auf einen solchen schliessen lässt und (3) die Bank die zum Schutze der schweizerischen Kredit- und Währungspolitik erforderlichen Zusicherungen gegenüber der SNB abgibt und sie auch über ihren Geschäftskreis und ihre Beziehungen zum Ausland informiert. Art. 5 der Bankenverordnung (BankV) vom 17. Mai 1972 definierte die Gewährleistung des Gegenrechts, und gemäss Art. 3^{bis} Abs. 3 BankG galten Banken als ausländisch beherrscht, an denen Ausländer direkt oder indirekt *mit mehr als der Hälfte des Gesellschaftskapitals oder der Stimmen* beteiligt sind oder auf welche sie *in anderer Weise einen beherrschenden Einfluss* ausüben, wozu gemäss Botschaft beispielsweise die starke Verschuldung bei einem ausländischen Kreditgeber zählen konnte, nicht aber der blosse Streubesitz.²⁸⁵ Die nachträgliche Beherrschung erforderte neu zudem eine Zusatzbewilligung (Art. 3^{ter} BankG).

Es folgte dann aber so etwas wie eine Flucht der Schweizer (Gross-)Banken vor ihren Aktionären, die zunehmend stärker aus dem Ausland stammten. Es ist nicht zu erkennen, dass mit der Abnahme der schweizerischen Eigentümer-

282 BERNHARD MÜLLER, Die Praxis der Eidgenössischen Bankenkommission, in: Jubiläumschrift 50 Jahre Eidgenössische Bankenaufsicht, Zürich 1985, S. 352 f.

283 PETER NOBEL, 49 Nummern «Leading Cases» – Die Vergangenheit ihrer Zukunft, EBK Jubiläumsbulletin 50/2007, S. 45 ff., insb. S. 49, <www.finma.ch>/Rubrik «Archiv»; DERS., Der heutige Stand der internationalen Bankenüberwachung, in: Société Suisse de droit international (Hrsg.), Aspects du droit international des sociétés, Zürich 1995, S. 91 ff., insb. S. 107.

284 Diese Regelung wurde kurze Zeit später in geringfügig abgeänderter Form durch die Revision vom 11. März 1971 in das Bankengesetz übernommen, vgl. MÜLLER (Fn. 282), S. 352 f.

285 Botschaft vom 13. Mai 1970 über die Revision des Bankengesetzes, BB1 1970, 1144 ff., insb. 1167 ff. Eigentlich ist «die andere Weise» aber immer noch rechtlich unklar.

schaft auch die Legitimation des schweizerischen Gesetzgebers vom Ausland skeptischer betrachtet wird. Das Beherrschungskriterium wurde mit der Revision vom 18. März 1994 entsprechend abgeändert. Seither gilt gemäss Art. 3^{bis} Abs. 3 BankG eine Bank als ausländisch beherrscht, «wenn Ausländer mit qualifizierten Beteiligungen direkt oder indirekt mit mehr als der Hälfte der Stimmen an ihr beteiligt sind oder auf sie in anderer Weise einen beherrschenden Einfluss ausüben». Somit ist die ausländische Beherrschung primär durch eine Mehrheit der Stimmen definiert und das Gesellschaftskapital als entscheidendes Beherrschungskriterium weggefallen. Nach Art. 3 Abs. 2 lit. c^{bis} BankG ist dabei eine Stimmabstimmung ab 10% als qualifiziert zu betrachten,²⁸⁶ so dass nur in Extremfällen eine ausländische Beherrschung im Sinne des Gesetzes entstehen kann.

Heute ist im Übrigen nicht ungewöhnlich, wenn schweizerische Konzerne zwischen 60 und 80% ausländische Aktionäre aufweisen.²⁸⁷

In Zusammenhang mit dem Gegenrechtserfordernis ist darauf hinzuweisen, dass durch die nachfolgende Revision vom 16. Dezember 1994 die Wendung «sofern keine anderslautenden internationalen Verpflichtungen entgegenstehen» in den Art. 3^{bis} Abs. 1 lit. a BankG eingefügt wurde. Dies geschah mit Hinblick auf den Beitritt der Schweiz zur WTO per 1. Juli 1995. Seitdem hat der Gegenrechtsvorbehalt aufgrund der Verpflichtungen aus dem GATS seine relevante Rolle eingebüßt und kann nur noch im Verhältnis mit Nichtmitgliedsländern praktische Relevanz erlangen.²⁸⁸

Abschliessend sei erwähnt, dass von der Ermächtigungsnorm von Art. 2 Abs. 2 BankG mit dem Erlass der Auslandsbankenverordnung (ABV) 1984 Gebrauch gemacht wurde.²⁸⁹ Die ABV wurde kurze Zeit später total revidiert und als Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht über die ausländischen Banken in der Schweiz (ABV-FINMA) vom 21. Oktober 1996 neu erlassen.²⁹⁰ Zu den Verträgen gemäss Art. 2 Abs. 3 BankG durch den Bundesrat auf der Basis einer «Gleichwertigkeitsanerkennung» von Aufsichtssystemen ist es bisher nicht gekommen.

286 NOBEL, Finanzmarktrecht (Fn. 47), § 8 N 114.

287 In der Schweiz halten Ausländer bereits seit Jahrzehnten hohe Beteiligungen, vgl. BARBARA KÖHLER, Schweizer Wirtschaft: Wem gehört die Schweiz?, Bilanz 12/05 vom 28. Juni 2005, <www.bilanz.ch>; NOBEL, Transnationales Aktienrecht (Fn. 234), Bd. I, 1. Kapitel N 7. Die CS wies bspw. Ende 2011 gemessen am Kapital 45% eingetragene ausländische Aktionäre und 21% schweizerische Aktionäre aus. 34% der Aktien waren nicht im Aktienregister eingetragen. Wird hier aber eine ähnliche Verteilung wie bei den eingetragenen Aktien angenommen (obwohl der Ausländeranteil wohl höher ist), wäre der Ausländeranteil insgesamt bei 68%.

288 NOBEL, Finanzmarktrecht (Fn. 47), § 8 N 116; vgl. auch hinten B.I.7.b.

289 NOBEL, 49 Nummern «Leading Cases» (Fn. 283), S. 49; DERS., Bankenüberwachung (Fn. 283), S. 107.

290 SR 952.111.

5. Die Basler Standards

a. Konkordat

Die unabhängige Entwicklung verlor das Rechtsgebiet der Bankenregulierung, und nicht nur in der Schweiz, mit der Begründung des Basler Komitees im Anschluss an die Herstatt-Krise (dazu vorne A.I.8).

Hier wurde zunächst gefordert, dass von international tätigen Banken keiner der einzelnen Teile der Aufsicht entgehen dürfe. Das war das sog. «Basler Konkordat» von 1983. Dieses postulierte, dass kein Glied international tätiger Banken unbeaufsichtigt sollte operieren können:

«erstens sollte keine ausländische Bankniederlassung der Beaufsichtigung entgehen und zweitens sollte diese Beaufsichtigung ausreichend sein.»²⁹¹

Das Basler Konkordat enthält auch schon den Grundsatz der *konsolidierten Überwachung* internationaler Bankengruppen:

«die Bankenaufsichtsbehörden [können] sich nur dann vollständig von der Solidität einzelner Banken überzeugen, wenn sie mittels des Verfahrens der Konsolidierung die Gesamtheit des weltweiten Geschäfts einer jeden Bank prüfen können.»²⁹²

Dabei wurde die Solvenzüberwachung primär als Aufgabe des Mutterlandes gesehen, während die Liquiditätsüberwachung verteilt wird auf das Gastland der Niederlassung und das Mutterland des Bankkonzerns.²⁹³ 1990 wurde das Basler Konkordat mit Empfehlungen zum Informationsaustausch zwischen den Aufsichtsbehörden des Mutterlandes einerseits und des Gastlandes anderseits ergänzt.²⁹⁴

1992 wurden dann einzelne Empfehlungen aus dem Basler Konkordat als Mindestanforderungen formuliert, deren Einhaltung von den Mitgliedern der Zehnergruppe²⁹⁵ erwartet wird. Dazu gehört vor allem die Herkunftslandkontrolle als Prinzip des internationalen Verwaltungsrechts.²⁹⁶

291 Basler Ausschuss für Bankenaufsicht, Grundsätze für die Beaufsichtigung der ausländischen Niederlassungen von Banken (Basler Konkordat), Mai 1983, Ziff. III, 1. Absatz, <www.bis.org>.

292 Basler Konkordat 1983 (Fn. 291), Ziff. I, 1. Absatz.

293 Basler Konkordat 1983 (Fn. 291), Ziff. IV.1–2.

294 Basler Ausschuss für Bankenaufsicht, Informationsaustausch zwischen Bankaufsichtsbehörden, April 1990, <www.bis.org>.

295 Vgl. dazu Fn. 59.

296 CHRISTINE BREINING-KAUFMANN, Internationales Verwaltungsrecht, ZSR 2006 II, S. 5 ff.; vgl. dazu Basler Ausschuss für Bankenaufsicht, Mindestanforderungen für die Beaufsichtigung internationaler Bankkonzern und ihrer grenzüberschreitenden Niederlassungen, Juli 1992, <www.bis.org>. Die Empfehlungen lauten wie folgt: 1) Alle internationalen Bankkonzern und internationalen Banken sollten im Mutterland durch eine Behörde beaufsichtigt werden, die fähig ist, eine konsolidierte Beaufsichtigung vorzunehmen. 2) Die Gründung einer grenzüberschreitenden Bankniederlassung oder Tochter sollte im Voraus von der Aufsicht des Gastlandes und der Aufsichtsbehörde des Mutterlandes der Bank und, wenn sie nicht identisch ist, des Bankkonzerns gebilligt werden. 3) Die Aufsichtsbehörden sollten das Recht haben, bei den Auslandsniederlassungen der Banken oder Bankkonzern, für die sie die Mutterland-Aufsichts-

b. *Accord zur Kapitalausstattung*

Zum Konkordat hinzu kam der «Accord» über die standardisierte Kapitalausstattung,²⁹⁷ später dann bekannt als «Basel I». Damit hielt das Konzept der «Risk Weighted Assets» (RWA) Einzug, das zu einer hochtechnischen Angelegenheit geworden ist (vgl. Eigenmittelverordnung²⁹⁸). Den Aktivpositionen der Bank wird ein Risikosatz in Prozenten (100% Normalrisiko, 50% reduziertes Risiko, 0% kein Risiko) zugewiesen; der Aktivposten wird mit diesem Satz multipliziert, alles wird addiert und die Summe ist mit wenigstens 8% Eigenmittel (EM) zu unterlegen.²⁹⁹ Heute nach der Finanzkrise laborieren wir an Basel III, das Basel II schon in der Einführungsphase überholte («Basel 2.5»; dazu hinten B.I.3.b). Der Basler Sündenfall war, vor allem, dass seit 1996 Marktrisiken mit mathematischen Modellen («Value at Risk», VaR) berechnet und allgemein unterschätzt wurden.³⁰⁰

Nach dem neuen System kommt man auch wieder auf die alte Methode zurück, schlicht eine «solvency ratio», d.h. einen Eigenkapitalanteil an der Bilanzsumme festzulegen (in Basel III wird von einer sog. «leverage ratio» gesprochen³⁰¹). Diese wurde auch in der Schweiz ergänzend zum Ansatz der Risk Weighted Assets (RWA)³⁰² eingeführt; in einer Verfügung der EBK vom 20. November 2008 einigte sich diese mit den beiden Grossbanken Credit Suisse und UBS auf minimal 3% auf Konzernebene und auf minimal 4% auf Ebene der Einzelinstitute.³⁰³

behörde sind, Informationen einzuholen. 4) Wenn die Behörde eines Gastlandes feststellt, dass irgendeine der vorgenannten Mindestanforderungen nicht zu ihrer Zufriedenheit erfüllt ist, könnte diese Behörde die Einschränkungen auferlegen, die entsprechend diesen Mindestanforderungen notwendig sind, um ihren Vorbehalten zu genügen, einschliesslich eines Verbots der Gründung von Bankniederlassungen.

- 297 Darunter werden die Regelungen des Basler Komitees zur ersten Basler Eigenkapitalvereinbarung von 1988 bezeichnet (Basel Committee on Banking Supervision, International Convergence of Capital Measurement and Capital Standards), Juli 1988, <www.bis.org>.
- 298 Verordnung vom 29. September 2006 über die Eigenmittel und Risikoverteilung für Banken und Effektenhändler (Eigenmittelverordnung, ERV), SR 952.03; in Revision.
- 299 Sind Wohnungshypotheken mit 50% zu gewichten, so ist die Hälfte mit 8% zu unterlegen, was einer effektiven Unterlegung von 4% entspricht.
- 300 Es kann hier nicht auf die technischen Fragen von Eigenmittelqualität oder Umrechnungen eingegangen werden. «Core Capital» ist jedenfalls Grundkapital und Reserven. Vgl. Basler Ausschuss für Bankenaufsicht, Änderung der Eigenkapitalvereinbarung zur Einbeziehung der Marktrisiken, Januar 1996, <www.bis.org>.
- 301 Basel Committee on Banking Supervision, Basel III: A global regulatory framework for more resilient banks and banking systems, Dezember 2010 (revidiert im Juni 2011), S. 4, S. 61 ff., <www.bis.org>.
- 302 Siehe dazu hinten B.I.3.b.
- 303 «EBK und Grossbanken einigen sich auf höhere Eigenmittelziele und die Einführung einer Leverage Ratio», Medienmitteilung der EBK vom 4. Dezember 2008, <www.finma.ch>/Rubrik «Archiv».

c. Grundsätze

1996 wurden sodann in Stockholm (mit Akklamation) die Grundsätze für die Bankaufsicht promulgiert (sog. *Stockholmer Empfehlungen*³⁰⁴). Dabei handelt es sich um 29 Empfehlungen, die von Mitgliedern des Basler Ausschusses für Bankenaufsicht und der Offshore-Gruppe von Bankenaufsichtsbehörden verfasst wurden. Diese behandeln die grenzüberschreitende, konsolidierte Aufsicht von Banken durch die Aufsichtsbehörde des Herkunftslandes. Konsolidierte Aufsicht wurde dabei definiert: «als ein konzernumfassendes Aufsichtsverfahren, bei dem sämtliche von einem Bankkonzern eingegangenen Risiken berücksichtigt werden, unabhängig davon, wo sie anfallen. Die Aufsichtsbehörde erhält somit befriedigende Informationen über die gesamten Geschäfte des Bankkonzerns, dem neben den eigentlichen Zweigstellen und Töchtern auch Nichtbanken und verbundene Finanzinstitute angehören können.»³⁰⁵

Die 25 *Core Principles* (Grundsätze) des Basler Ausschusses für eine wirksame Bankenaufsicht von 1997, welche thematisch wesentlich weiter reichen als die Stockholmer Empfehlungen, nehmen das Thema der konsolidierten Bankenüberwachung wiederum auf und geben namentlich zwei Aspekte her:³⁰⁶

1. Unternehmensverbindungen oder -strukturen sollen eine Bank nicht unbilligen Risiken aussetzen oder eine wirksame Aufsicht verhindern;
2. es ist eine weltweite konsolidierte Aufsicht zu praktizieren, welche eine Zusammenarbeit unter den Aufsichtsbehörden verlangt.

Man könnte die Core Principles beinahe als eine Art internationale Verfassung des Bankaufsichtsrechts bezeichnen. Diese haben Ende der 90er Jahre auch zu Revisionen im schweizerischen BankG geführt.³⁰⁷

Im Oktober 2006 wurde vom Basler Ausschuss zudem eine revidierte Fassung der Grundsätze für eine wirksame Bankenaufsicht veröffentlicht, die den Ländern noch verstärkt helfen soll, eine Selbsteinschätzung ihrer Aufsichtstätigkeit vorzunehmen.³⁰⁸

304 Die «Stockholmer-Empfehlungen» wurden ebenfalls vom Basler Ausschuss für Bankenaufsicht ausgearbeitet. Vertreter von Aufsichtsbehörden aus mehr als 140 Staaten erklärten diese im Juni 1996 an der Internationalen Bankaufseherkonferenz in Stockholm zum internationalen Mindeststandard, vgl. dazu «Grenzüberschreitende Bankenaufsicht», Bericht einer Arbeitsgruppe von den Mitgliedern des Basler Ausschusses für Bankenaufsicht und der Offshore-Gruppe von Bankenaufsichtsbehörden, Basel, Oktober 1996.

305 Bericht «Grenzüberschreitende Bankenaufsicht» (Fn. 304), S. 24.

306 Basler Ausschuss für Bankenaufsicht, Grundsätze für eine wirksame Bankenaufsicht, September 1997, insb. Grundsätze 5 und 25, <www.bis.org>, vgl. auch EBK-Bulletin 33/1997, S. 71 ff., <www.finma.ch>/Rubrik «Archiv».

307 Siehe dazu Botschaft des Bundesrates vom 27. Mai 1998 über die Revision des Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen, BBI 1998 3847 ff. Die Revision wurde angenommen am 22. April 1999 und auf den 1. Oktober 1999 in Kraft gesetzt (AS 1999 2405 ff.).

308 Basler Ausschuss für Bankenaufsicht, Grundsätze für eine wirksame Bankenaufsicht, Oktober 2006, S. 1 ff., <www.bis.org>.

6. Gewährleistung der Systemstabilität

a. Das Financial Stability Board

Die Überlegungen zur Systemstabilität werden auf internationaler Ebene im stark aufgewerteten Financial Stability Board (FSB; vormals Financial Stability Forum, FSF) zusammengeführt. Das FSF war schon zuvor der Hort des umfangreichen Kompendiums der Standards, Richtlinien und «best practice»-Regeln im Finanzbereich.³⁰⁹ Standards sind die neue Methode der «soften» internationalen Normschaffung (s. hinten B.II). Das FSB hat seinen Sitz bei der BIZ in Basel.

Das FSB beschäftigt sich heute vor allem mit den Schwächen im globalen Finanzsystem, um potentielle Risiken hervorzuheben. Zwecks Stärkung des Finanzsystems hat das FSB im April 2009 ein Update seiner im «Report on Enhancing Market and Institutional Resilience»³¹⁰ konzipierten Empfehlungen herausgegeben.³¹¹ Mit diesen Empfehlungen wird der Aktionsplan der G-20 vom November 2008 unterstützt. Die Schweiz hat bei der Erarbeitung des Berichts mitgewirkt. Die FSB-Empfehlungen gliedern sich in folgende fünf Bereiche:

- (i) Strengthening capital, liquidity and risk management in the financial system;
- (ii) enhancing transparency and valuation;
- (iii) changing the role and uses of credit ratings;
- (iv) strengthening the authorities's responsiveness to risks;
- (v) putting in place robust arrangements for dealing with stress in the financial system.

Wegweisender Gedanke dieser Empfehlungen ist: «a financial system that operates with less leverage, is immune to the set of misaligned incentives at the root of this crisis, where prudential and regulatory oversight is strengthened, and where transparency allows better identification and management of risks.»³¹²

Damit wurden nicht nur die internationalen Gremien, sondern auch die nationalen Gesetzgeber aufgerufen. Auf internationaler Ebene kam es beim FSB zur Liste der 29 SIFIs (Systemically important Financial Institutions), worunter sich auch die beiden Schweizer Grossbanken befinden. Internationale und nationale Sphäre greifen auch hier ineinander. Angestrebgt werden soll vor allem eine nicht systemstörende, auch international geordnete «Abwicklung». Dies ist aber ein schwieriges Unterfangen.³¹³

309 Vgl. dazu z.B. NOBEL, Finanzmarktrecht (Fn. 47), § 3 N 248 ff.

310 Report vom 7. April 2008, <www.financialstabilityboard.org>.

311 Report of the Financial Stability Forum on Enhancing Market and Institutional Resilience, Update on Implementation, 2. April 2009, insb. S. 2 f., <www.financialstabilityboard.org>.

312 Report of the Financial Stability Forum on Enhancing Market and Institutional Resilience, Follow-up Implementation, 10. Oktober 2008, S. 2, <www.financialstabilityboard.org>.

313 FSB, Policy Measures (Fn. 98).

b. *Die neue Schweizer Gesetzgebung*

aa. Verlauf

Die Komponente der Systemstabilität kam eigentlich schon seit längerem aus dem Recht der Nationalbank, die mit der Revision des NBG von 2003 als Aufgabe auch den Beitrag zur Stabilität des Finanzsystems erhielt (Art. 5 Abs. 2 lit. e NBG). Dies wurde aber nur für die Überwachung von Zahlungs- und Effektenabwicklungssystemen ausgemünzt (Art. 19 ff. NBG), deren Ausfall als für das Finanzsystem kritisch betrachtet wurde. Unter die Überwachung sollten dabei von Anfang an auch Zahlungs- und Abwicklungssysteme fallen, «deren Betreiber ihren Sitz im Ausland haben, wenn wesentliche Betriebsteile oder massgebliche Teilnehmer sich in der Schweiz befinden» (Art. 19 Abs. 2 NBG). Soweit ersichtlich, wurde diese extraterritoriale Komponente aber nie in die Praxis umgesetzt. Bereits seit 2003 publiziert die SNB einen jährlichen Bericht zur Systemstabilität. Derjenige von 2012 fördert erneut die Unsicherheit über die Kompetenzabgrenzung SNB/FINMA im Eigenmittelbereich.³¹⁴

Mit der Krise der UBS und anderen Banken im Ausland kam aber unter dem Titel des «Too big to fail» die Kategorie des *Systemrisikos* neu auf.³¹⁵ Dieses Risiko sollte vermieden werden und die Schweiz ist mit ihrer Gesetzgebung vorbildlich rasch vorangegangen.

bb. TBTF-Gesetzgebung

Unter dem Datum vom 30. September 2011 wurde eine TBTF-Vorlage verabschiedet und vom Bundesrat auf den 1. März 2012 in Kraft gesetzt. Die Änderung von BankV und ERV sind am 1. Juni 2012 vom Bundesrat beschlossen worden, das Parlament hat sich – unüblicherweise – erstmals die Genehmigung der Verordnungsstufe vorbehalten.³¹⁶ Die Verordnungsrevisionen sollen auf den 1. Januar 2013 in Kraft treten.

Bei dieser schweizerischen Vorlage handelt es sich im internationalen Vergleich um eine Pionierat, welche insbesondere bezüglich Eigenmittel-Systemrisikozuschlägen auch die Arbeiten auf internationaler Ebene beeinflusste.³¹⁷

Für die *Systemrelevanz* findet sich die folgende Umschreibung (Art. 7 Abs. 1 BankG):

314 SNB, Financial Stability Report 2012, S. 5 ff., 20 ff., <www.snb.ch>.

315 Zur Too big to fail-Problematik s. bereits vorne A.I.10; zum Systemrisiko s. hinten B.V.5.

316 Siehe AS 2012 817, Ziff. II. Vgl. Botschaft des Bundesrates vom 1. Juni 2012 zum Bundesbeschluss über die Genehmigung der Änderungen der Bankenverordnung und der Eigenmittelverordnung (too big to fail), BBI 2012 6669 ff.

317 Namentlich die Arbeiten des BCBS und des FSB, welche verbindliche Eigenmittel-Mindestzuschläge für Global Systemically Important Banks (G-SIBs) sowie Empfehlungen über die makroprudentielle Regulierung erlassen hatten (abgesegnet durch die G-20 Staatschefs am Gipfel von Cannes vom 4. November 2011); vgl. auch Fn. 98 und 454.

«Systemrelevante Banken sind Banken, Finanzgruppen und bankdominierte Finanzkonglomerate, deren Ausfall die Schweizer Volkswirtschaft und das schweizerische Finanzsystem erheblich schädigen würde.»

Die Vorlage wendet sich vorab den Themen von Liquidität, Eigenmitteln und Organisation zu, widmet sich daneben aber auch der Risikoverteilung durch eine Reduktion der Vernetzung.³¹⁸

Es wurden die Türen für eine zweckentsprechende Kapitalbeschaffung geöffnet und zwar mit den Instrumenten von Wandlungs- und Abschreibekapital (CoCos und Write Offs). Die Trigger, also die auslösenden Ereignisse sind das Niveau der im Verhältnis zu den RWAs verbleibenden Eigenmittel (High Trigger 7%, Low Trigger 5%). Es ist hier nicht der Ort, auf die technischen Einzelheiten einzugehen.³¹⁹ Die internationale Genese und der internationale Zusammenhang erhellen aber ausgezeichnet aus den Darstellungen im Jahresbericht 2011 der FINMA (vgl. insbesondere S. 38); sie schreibt dazu auch:

«Die FINMA gestaltet internationale Standards der Regulierung und Überwachung mit und treibt deren nationale Umsetzung voran. Das ist umso wichtiger, als die beiden Schweizer Grossbanken nicht nur für die Schweizer Volkswirtschaft relevant sind, sondern auch für die Stabilität des internationalen Finanzsystems.» (S. 17).

Auch bei der Umsetzung durch die Revisionsvorlagen zu BankV und ERV will man sich ganz im Rahmen der internationalen Vorgaben bewegen:

«Kernpunkt der Revisionsvorlage bildet die Umsetzung des internationalen Regelwerks zu den Eigenmitteln und der Risikoverteilung ohne spezifische Schweizer Sonderregeln.»³²⁰

Die Regimes des Swiss-Finish werden entsprechend von der FINMA bereits als «historisch bedingte punktuelle Abweichungen» bezeichnet.³²¹

Das Liquiditätsregime, das ebenfalls internationalen Vorgaben folgt, soll in einer eigenen Verordnung geregelt werden.³²²

Bereits auf den 1. Juli 2004 ist mit den revidierten Art. 25 ff. BankG ein Katalog von *Schutzmassnahmen* in Kraft getreten, welche bei Insolvenzgefahr zu ergreifen sind bzw. das Sanierungsverfahren regeln.³²³ Mit der Revision des

318 So sind in der ERV-Revision insb. tiefere Klumpenrisiko-Limiten der übrigen Banken im Vergleich zu den Grossbanken vorgesehen, während früher das Gegenteil der Fall war.

319 Siehe aber PETER BÖCKLI, CoCos, Write-offs: Eigenkapitalbeschaffung mit dem Zauberstab, erscheint in SZW 3/2012; DANIEL ZUBERBÜHLER, Risikobeurteilung aus Aufsichtsperspektive. Lehren aus der Finanzkrise. Executive Program, Präsentation am Swiss Finance Institute, 11. März 2012. Im Februar 2011 hat die Credit Suisse als erste Schweizer Bank Coco-Bonds mit 30-jähriger Laufzeit platziert, vgl. Credit Suisse, Information Memorandum der CS zum Tier 2 Buffer Capital Notes (engl.), <www.credit-suisse.com>.

320 FINMA, Jahresbericht 2011 (Fn. 166), S. 37.

321 FINMA, Jahresbericht 2011 (Fn. 166), S. 37.

322 FINMA Mitteilung 30 (2011), «Vorgehen zur Umsetzung der internationalen Liquiditätsvorschriften in der Schweiz», 11. November 2011, insb. S. 2, <www.finma.ch>.

323 Vgl. dazu Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen vom

Einlegerschutzes wurden sodann ebenfalls Verbesserungen bei der Bankensanierung vorgenommen. Durch die TBTF-Vorlage sollte neu die Möglichkeit geschaffen werden, Teile einer Bank weiterzuführen und auf andere Institute zu übertragen. Auf diese Weise können gewisse Bankdienstleistungen auch bei einem späteren Konkurs der Bank sichergestellt werden (Art. 30 BankG). Geregelt wird ausserdem die Anerkennung ausländischer Konkursdekrete und Massnahmen (Art. 37g BankG), und Art. 37f Abs. 1 BankG hält fest, dass eine Koordination mit ausländischen Verfahren zu erfolgen habe, sofern eine Bank im Ausland in ein Zwangsvollstreckungsverfahren involviert ist.³²⁴ In diesem Kontext scheint bemerkenswert, dass nicht nur für eine Verbesserung der nationalen, sondern auch der (noch unklaren) internationalen Abwicklung Eigenmittelrabatte sollen gewährt werden können (Art. 10 Abs. 3 BankG).³²⁵

Im Rahmen der Ausführungsbestimmungen wird die Bankenkonkursverordnung (BKV-FINMA)³²⁶ durch eine konkretisierende Sanierungsordnung ergänzt (vgl. zur Sanierung bereits Art. 28–32 BankG) und in eine Bankeninsolvenzverordnung (BIV-FINMA) gegossen. Zur Vorlage heisst es auch, dass sie «weitgehend den internationalen Vorgaben des Financial Stability Board» entspreche.³²⁷

Die Aktionärsrechte treten beim Ganzen stark in den Hintergrund. Dies kommt insbesondere bei den ebenfalls in Revision stehenden Bestimmungen insolvenzrechtlicher Art zum Ausdruck.

Wie noch unter dem alten Bankengesetz (aArt. 4 BankG), dessen Formulierung man zugunsten des Basler RWA-Systems aufgab, soll nun auch wieder eine Mindestkapitalquote ohne Berücksichtigung einer Risikogewichtung eingeführt werden (3/5 %).

IV. Börsengesetz und IOSCO

1. Die Entwicklung des Börsenwesens

Die Diskussion um ein Börsengesetz kam noch im 19. Jahrhundert im Zusammenhang mit dem Börsencrash von 1881/82 und der vorangehenden Spekulation um die Verstaatlichung der Eisenbahnen auf.³²⁸ Seither wurde 100 Jahre über ein Börsengesetz diskutiert.

20. November 2002, BBI 2002 8060 ff. sowie KARL SPÜHLER, Bankenkonkurs – Bankennachlassstundung – Bankensanierung – gestern und morgen, in: Peter Nobel (Hrsg.), Aktuelle Rechtsprobleme des Finanz- und Börsenplatzes Schweiz, Bd. 11/2002+2003, Bern 2004, S. 79 ff.

324 Vgl. auch NOBEL, SJZ 2012 (Fn. 200), S. 10 f.

325 Siehe auch Botschaft TBTF (Fn. 97), BBI 2011 4761.

326 Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht über den Konkurs von Banken und Effektenhändlern vom 30. Juni 2005, SR 952.812.32, in Kraft seit 1. August 2005.

327 «FINMA eröffnet Anhörung zur Bankeninsolvenzverordnung», Medienmitteilung vom 16. Januar 2012, <www.finma.ch>.

328 NOBEL, Finanzmarktrecht (Fn. 47), § 9 N 1 ff.; BÄNZIGER (Fn. 238), S. 11 f.

Emissionen ausländischer Schuldner führten aber immer auch zu Kapitalexport. In den 1920er und 1930er Jahren war der Kapitalexport noch gar nicht geschätzt und deshalb ein politischer Dauerbrenner. Die Nationalbank beschränkte zeitweise die Kapitalaufnahme in Schweizerfranken durch ausländische Schuldner. Bereits 1927 wurde zwischen den am Kapitalexport interessierten Grossbanken und der Nationalbank ein Gentlemen's Agreement über Auslandanleihen nach englischem Vorbild abgeschlossen.³²⁹ Dieses Gentlemen's Agreement wurde dann in leicht modifizierter Form in den Art. 8 des Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934 übernommen.³³⁰ In der Botschaft stand dazu: «In den letzten Jahrzehnten geniesst die schweizerische Wirtschaft die Vorzüge eines gewissen Geldüberflusses und entsprechend günstiger Zinssätze. Diesen wirtschaftlichen Vorteil gilt es zu erhalten. Das verlangt aber eine planmässige und rationelle Politik der Kreditgewährung an das Ausland, mit andern Worten: Der Kapitalexport muss den Interessen unserer nationalen Wirtschaftspolitik untergeordnet werden.»³³¹ Als dann kurze Zeit später, am 7. Juni 1938, die Schweizerische Zulassungsstelle für ausländische Wertpapiere gegründet wurde, bestand kein (politischer) Druck mehr für die Weiterverfolgung der Arbeiten zu einem Börsengesetz, da der Nationalbank ein Vetorecht gegenüber der Zulassung ausländischer Wertpapiere eingeräumt wurde.³³²

Ende der 1970er Jahre bestanden noch Börsenplätze in Zürich, Basel, Genf, Bern, Lausanne, Neuenburg und St. Gallen, die jeweils der kantonalen Gesetzgebung unterstanden. Nur langsam wurden die lokalen Beschränkungen abbaut. Eine richtige Konsolidierung der Börsenplätze kam erst mit der technologischen Entwicklung, dem, was zum «Big Bang» führte, nämlich Börsen als Computer. Auch darin kann man eine universalistische Tendenz sehen: die kommerzielle und regulatorische Tendenz folgt der Technik.

Die verschiedenen Börsenplätze schlossen sich 1989 zur Association Tripartite des Bourses zusammen und mit der Schaffung einer elektronischen Plattform (Elektronische Börse Schweiz, EBS) dann zur SWX (heute: SIX Swiss

329 BÄNZIGER (Fn. 238), S. 65 ff.; das Gentlemen's Agreement kam nur wegen dem politischen Druck der Bauern und Sozialdemokraten zustande (S. 78).

330 BÄNZIGER (Fn. 238), S. 73 f.; Schweizerische Nationalbank, Historische Zeitreihen 2: Kapitalmarkt und Börse, Mai 2007, S. 10, <www.snb.ch>; vgl. auch ROSSY/REIMANN (Fn. 281), S. 28 ff. und aArt. 8 Abs. 3 BankG 1934, der wie folgt lautete: «Die Nationalbank ist befugt, mit Rücksicht auf die Landeswährung die Gestaltung des Zinsfusses auf dem Geld- und Kapitalmarkt oder die wirtschaftlichen Landesinteressen gegen solche Geschäfte [Anm. d. Verf.: Anleihen zugunsten des Auslandes, Übernahme und Ausgabe von Aktien ausländischer Gesellschaften sowie gewisse Kredite und Anlagen im Ausland] Einsprache zu erheben oder an ihre Ausführung Bedingungen zu knüpfen. Die Prüfung der Sicherheit der Anlage ist nicht Aufgabe der Nationalbank.»

331 Botschaft BankG 1934 (Fn. 235), BBI 1934 I 182; siehe dazu aArt. 15 BankG 1934 mit dem Titel «Anlagen und Kredite im Ausland».

332 PETER NOBEL, Praxis zum öffentlichen und privaten Bankenrecht der Schweiz, Bern 1979, S. 263, insb. Fn. 39; DERS., Finanzmarktrecht (Fn. 47), § 9 N 1 ff., insb. N 3.

Exchange); diese wiederum vereinigte sich zusammen mit dem Zentralverwahrer SIS Group sowie der Telekurs Group zur *SIX Group*. Im Jahr 1988 erfolgte die Gründung der Derivatebörsse SOFFEX, die sich zehn Jahre später mit der Deutschen Terminbörsen grenzüberschreitend zur erfolgreichen Eurex zusammenschloss (dazu hinten A.IV.3.b).

Im Gefolge der internationalen Börsencrashes von 1987 und 1989 wurde dann auch der endgültige Entschluss für eine bundesweite Regulierung des Börsenwesens gefasst. Dieser Entschluss manifestierte sich im Erlass des Börsengesetzes (BEHG) vom 24. März 1995, das dann gestaffelt am 1. Februar 1997 und am 1. Januar 1998 in Kraft trat.³³³

2. International Organization of Securities Commissions (IOSCO)

1996 schloss sich die Schweiz der IOSCO an, welche aktuell etwa 140 Mitglieder zählt und ihren Sitz in Madrid hat.³³⁴ Das bisherige Hauptwerk der IOSCO sind die «*Objectives and Principles of Securities Regulation*» (*IOSCO-Principles*), welche die IOSCO 1998 veröffentlichte. Die IOSCO-Principles beinhalten die Grundsätze der Regulierung des Wertpapierhandels und bezwecken den Investoren- und Systemschutz sowie die Gewährleistung eines effizienten, transparenten und fairen Marktes. Mit der Revision vom Juni 2010 wurde das Werk von 30 auf 38 Prinzipien erweitert, da unter anderem auch ein separater Abschnitt betreffend Revisoren, Rating-Agenturen und anderer Informationsdienstleistungserbringer eingeführt worden ist. Die Regulierung in der Schweiz stimmt grösstenteils mit den IOSCO-Principles überein. Zu den weiteren relevanten Arbeiten der IOSCO zählen der «*International Conduct of business principles*», welcher die Schweiz mit den Verhaltensregeln von Art. 11 BEHG übernommen hat, sowie das «*Multilateral Memorandum of Understanding concerning Consultation and the Exchange of Information*» (MMOU), welches die Standards in der internationalen Amtshilfe in Börsensachen setzt.³³⁵ Die FINMA wurde aber erst im Januar 2010 als vollwertige Partnerin, d.h. als «A-Signatar» des MMOU, aufgenommen. Davor wurde lange Zeit moniert, dass das sog. Kundenverfahren nach Art. 38 BEHG, welche die Informationspflicht und die Beschwerdemöglichkeit des betroffenen Kunden vorsieht, der Insiderstrafverfolgung nicht dienlich sei. Die Schweiz hat aber aufgezeigt, dass die Zusammenarbeit dennoch gut funktionieren kann, da auf Begehren der ersuchenden Behörde die Information des Kunden in einer ersten Phase wegen Kollusionsgefahr verboten und im Kundenverfahren selbst der Einblick in das vollständige Original-Gesuch vermieden werden kann (vgl. dazu vorne A.II.5).

333 NOBEL, Finanzmarktrecht (Fn. 47), § 9 N 6 ff.

334 NOBEL, Finanzmarktrecht (Fn. 47), § 3 N 345 ff.; vgl. auch <www.iosco.org>.

335 NOBEL, Finanzmarktrecht (Fn. 47), § 3 N 345 ff.; <www.iosco.org>, wo auch die neuen 38 IOSCO-Principles zugänglich sind [die alten 30 Prinzipien sind bei NOBEL, Finanzmarktrecht (Fn. 47), § 3 N 353 ff. abgedruckt].

e); ferner können Beschwerden bei effektiver Kollusions- und Beseitigungsgefahr die aufschiebende Wirkung gemäss Art. 39 und 55 VwVG auch entzogen werden.

3. Die Systemtransformation

a. Bundeskompetenz im Börsenwesen

In der Schweiz wird traditionell das System der *Universalbanken* gepflegt, d.h. die Banken sind sowohl im Zinsdifferenzgeschäft (Einlagen und Kredite) als auch im Effektenbereich tätig.³³⁶ Im Sinne der alten Bundesverfassung (Art. 31^{quater}) gehört zum Bankwesen auch das Börsenwesen.³³⁷

Heute vermittelt die BV dem Bundesgesetzgeber formell die Kompetenz über das Banken- und Börsenwesen (Art. 98 Abs. 1 BV).

Die zersplittenen Kompetenzen zwischen der (damaligen) EBK, den Kantonen als Herren über das Börsenwesen und der Selbstregulierung durch die Börsen selber führte insbesondere auch auf der internationalen Ebene zu einer Zersplitterung der Vertretungs- und Zusammenarbeitskompetenzen.

Das BEHG brachte eine Vereinheitlichung des schweizerischen Effektenhandels- und Börsenrechts unter der Bundesgesetzgebung. Es blieb bei der Selbstregulierung der Börse (Art. 4 BEHG). Für die Materie des Offenlegungs- und Übernahmerechts diente der englische «City Code on Takeovers and Mergers» als inspirierende Vorlage.³³⁸ Hier ist auch zu berücksichtigen, dass das BEHG grundsätzlich für die Meldepflichten und die Angebotspflichten weltweite Geltung beansprucht, d.h. die Aktionäre und wirtschaftlich Berechtigten unabhängig davon erfasst, wo diese ihren Wohnsitz/Sitz haben (s. dazu B.III.3).

Die Technologie trieb auch hier die Internationalisierung voran. Die Terminbörsen (Derivate), aus den USA kommend, waren auch viel weniger traditionsbelastet als die Institutionen der Kassamärkte. Sie pflegten auch als erste das «Central Counter Party»-Konzept, d.h. dass die Börse (oder das Clearinghaus) gegenüber jeder Geschäftspartei als Gegenpartei eintritt. Dies geschieht rechtlich auf dem Wege der «open offer» oder Novation.³³⁹ Die Kassamärkte haben dies auch, aber erst später, übernommen; die Schweizer CCP SIX x-clear AG dehnte ihre Geschäftsaktivität 2009 auf europäische Börsen und auf Multi Trading Facilities (MTF) aus.³⁴⁰ Darin liegt ein grosser Internationalisierungsschritt.

336 Vgl. auch Botschaft BankG 1934 (Fn. 235), BBl 1934 I 171 ff., 173.

337 Eidg. Finanzdepartement (Hrsg.), Bericht der Studiengruppe über das Börsenwesen, Bern 1989, S. 85.

338 Botschaft zu einem Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel vom 24. Februar 1993, BBl 1993 I 1369 ff., 1389.

339 SCHÖNHOLZER (Fn. 81).

340 FINMA, Jahresbericht 2009 (Fn. 135), S. 31.

b. *Grenzüberschreitender Zusammenschluss technologischer Plattformen – Eurex*

Die bundesrechtliche Vereinheitlichung des Börsenrechts erlaubte es auch, dass im September 1998 die Swiss Options and Financial Futures Exchange AG (SOFFEX) sich mit der Deutschen Terminbörse (DTB) zur internationalen Börse *Eurex* zusammenschliessen konnte. Bei beiden Börsen handelte es sich um elektronische Börsen, welche auf der Basis derselben (fortentwickelten) amerikanischen Software auf separaten Plattformen in Zürich bzw. in Frankfurt betrieben wurden. Die Eurex Zürich AG wurde dabei sogar zu so etwas wie Stammhaus und Holding. Der Zusammenschluss wurde dank der Erkenntnis ermöglicht, dass auf einer technologischen Plattform funktionell ein internationaler Einheitsmarkt entstehen kann, wenn die Regeln identisch gestaltet werden, die Mitgliedschaften sich überkreuzen und die Organe mit den gleichen Personen besetzt werden.³⁴¹ Im Jahre 2012 hat die DBAG den schweizerischen Anteil an Eurex übernommen (15 % ökonomisch, 50 % Stimmrechte).

c. *Virt-x*

Als wegen der schweizerischen Stempelsteuer (Umsatzstempel) sich eine Verlagerung des schweizerischen SMI-Handels auf ausländische und ausserbörsliche Plattformen abzeichnete, erwarb die Schweizer Börse die englische Börse «Tradepoint», taufte sie auf «virt-x» um und handelte ab dem 25. Juni 2001 die SMI-Werte in London bei Aufrechterhaltung der Kotierung unter schweizerischem Recht und blosser «Handelszulassung» in London. Dies war nur auf Grund von Konstruktionen möglich, die auch Adaptionen an das in England umgesetzte Recht der EU erlaubten.³⁴² Aus schweizerischer Sicht diente das Kotierungsreglement (KR)³⁴³ als Grundlage, um die Kompetenz des Regulatory Board und die Kriterien festzulegen, «nach welchen bestimmte Effekten oder Effektenkategorien auf Börsenhandelsplätzen zu handeln sind, welche die SIX Swiss Exchange mit Dritten im In- oder Ausland verabredet.» (Art. 3 Abs. 2 KR).

Nachdem die virt-x als Folge des am 1. Januar 2008 vollzogenen Zusammenschlusses von SWX Group, SIS Group und Telekurs Group zur Swiss Financial Market Services AG in SWX Europe Ltd. umbenannt wurde, erfolgte im November 2008 der Rückzug dieser hochkomplexen Teilverlagerung aus dem EU-Raum; der Schweizer Blue Chip-Aktienhandel findet wieder an der SIX Swiss Exchange statt.

341 VOLKER POTTHOFF/MICHAEL WIDMER, Eurex als Modell einer grenzüberschreitenden Derivatebörsen: Funktions- und Aufsichtsprobleme, in: Peter Nobel (Hrsg.), Aktuelle Rechtsprobleme des Finanz- und Börsenplatzes Schweiz, Bd. 7/1998, Bern 1999, S. 187 ff.

342 PETER NOBEL/MICHAEL BLAIR/THOMAS SCHÖNHOLZER, virt-x: a real European Stock Exchange, SZW 2001, S. 217 ff., S. 224 ff.

343 Kotierungsreglement der SIX Swiss Exchange vom 12. November 2010, <www.six-exchange-regulation.com/regulation/listing_rules_de.html>.

Als Begründung für diese Rückzugsaktion wurden Kostengründe geltend gemacht; ferner werden die Einhaltung der Vorschriften sowie der Compliance für die Emittenten, Marktteilnehmer und SIX Swiss Exchange selbst vereinfacht. Ob der Entscheid auch strategisch richtig war, ist freilich zu bezweifeln,³⁴⁴ denn der SMI-Handel war so «europafähig».

d. «*Regulatorisches Trennbankensystem*»

Traditionell waren die Banken auch die massgeblichen Effektenhändler und dies änderte sich mit dem Erlass des BEHG nicht. Es gibt denn auch nur 72 reine Effektenhändler.³⁴⁵ Die auch im Effektenhandel tätigen Banken benötigten dann aber eine zweite Bewilligung, und die Effektenhändlerbewilligung wurde nicht einfach als Annex der Bankbewilligung betrachtet. So haben wir praktisch so etwas wie ein «regulatorisches Trennbankensystem» eingeführt.

In der Praxis wird denn auch vielfach unterschieden zwischen dem Investment Banking, also der ganzen wertpapierbezogenen Tätigkeit, und dem Banking im traditionellen Sinn. In der Finanzkrise hat sich gezeigt, dass das Kerngeschäft des Finanzplatzes, die internationale Vermögensverwaltung zwar gegenüber Krisen nicht immun ist, das Risiko aber mit einem deutlich positiven Beitrag zum Wohlstand der Schweiz kompensiert. Hingegen kann das globale Investment Banking der Grossbanken, und namentlich der Eigenhandel, auch ein hochriskantes Verlustgeschäft sein. Daraus lässt sich schliessen, dass der Finanzplatz Schweiz vor allem dann profitiert, wenn sich die Banken auf ihre Kernkompetenzen konzentrieren.³⁴⁶

Heute, nach der Krise, wird allenthalben wieder diskutiert, ob das Investment Banking nicht separat zu behandeln und zu regulieren sei. In Zusammenhang mit den TBTF-Gesetzgebungsarbeiten wurden auch wieder Vorschläge zu einem Trennbankensystem, d.h. vor allem die Trennung des Eigenhandels vom Einlagengeschäft, diskutiert. Letztlich hat man dann aber diese Möglichkeit als zu rigoros verworfen. Eine indirekte Belastung der Risiken aus Handelsgeschäften über angemessene Eigenkapitalanforderungen sei vorzuziehen.³⁴⁷ Die USA haben das Trennbankensystem teilweise wieder verwirklicht mit der sog. VOLCKER-Rule. Diese Regel – benannt nach dem ehemaligen Chef der US Federal Reserve, PAUL VOLCKER – wurde im Januar 2010 erstmals präsentiert und fordert die Trennung des Eigenhandels der Banken vom restlichen Bankge-

344 NOBEL, Finanzmarktrecht (Fn. 47), § 9 N 386 f.

345 FINMA, Jahresbericht 2010, S. 112, <www.finma.ch>.

346 Vgl. dazu PHILIPP M. HILDEBRAND, Weichenstellung für die Schweizer Wirtschaft – Herausforderungen und Zukunft des schweizerischen Finanzplatzes, Vortrag bei der Zürcher Volkswirtschaftlichen Gesellschaft vom 17. Mai 2010 in Zürich, insb. S. 14 f., <www.snb.ch>.

347 Zwischenbericht der Expertenkommission zur Limitierung von volkswirtschaftlichen Risiken durch Grossunternehmen, 22. April 2010, S. 27; Schlussbericht der Expertenkommission zur Limitierung von volkswirtschaftlichen Risiken durch Grossunternehmen, 4. Oktober 2010, S. 49, 120; beide Berichte sind abrufbar auf <wwwefd.admin.ch>.

schäft. Damit würde den lizenzierten Banken der Eigenhandel untersagt. Zur Vermeidung von Gefährdungen des Finanzsystems dürften nur sog. Nicht-Banken ohne Zugang zu Zentralbankgeld und ohne Refinanzierung durch (gesicherte) Einlagen Eigenhandel betreiben. In leicht abgeschwächter Form wurden die VOLCKER-Vorschläge in den Dodd-Frank Act³⁴⁸ übernommen.³⁴⁹ Die Normen sind aber noch sehr umstritten.

Diese ganze Diskussion wird natürlich in einem internationalen Umfeld und auch mit Argumenten zu «gleich langen Spiessen» geführt. Auch die FINMA zeigt aber Interesse, den Trennungsgedanken stärker zu akzentuieren.³⁵⁰

e. Schaffung von Bucheffekten

Mit dem zunehmenden Ersatz von Wertpapieren durch Wertrechte (mit gleicher Funktion), wie sie erstmals im Definitionenkatalog von Art. 2 BEHG unter der Rubrik der Effekten erschienen, ergab sich eine zunehmende Diskrepanz zwischen dem gesetzten Recht und den praktischen Vorgängen,³⁵¹ was vor allem im grenzüberschreitenden Verkehr auch zu Rechtsunsicherheiten führte. Dies war der Anlass, das *Bucheffektengesetz* zu schaffen, das die Verwahrung von Wertpapieren und Wertrechten durch Verwahrungsstellen und deren Übertragung regelt:

«Es gewährleistet den Schutz der Eigentumsrechte der Anlegerinnen und Anleger. Es trägt bei zur Rechtssicherheit im internationalen Verhältnis, zur effizienten Abwicklung von Effektengeschäften und zur Stabilität des Finanzsystems.» (Art. 1 BEG)

Eine massgebliche Rolle spielte bei diesem Unterfangen die SNB. Eine sog. technische Arbeitsgruppe unter ihrer Leitung hat den Vorentwurf zum Bucheffektengesetz ausgearbeitet.³⁵²

Dies führte auch zur Ergänzung des OR (Art. 973a–973c; Sammelverwahrung, Globalurkunde und Wertrechte) sowie des IPRG (Art. 108a–d über intermediärverwahrte Wertpapiere) und die Unterzeichnung des Haager Übereinkommens vom 5. Juli 2006 über intermediärverwahrte Wertpapiere,³⁵³ das mit dem Konzept PRIMA (Place of the relevant intermediary approach), d.h. Ab-

348 Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act, in Kraft seit dem 21. Juli 2010. Dieses Gesetz hat seine Wurzeln in der Finanzkrise von 2007 und ändert das US-Finanzmarktrecht grundlegend im Sinne der Empfehlungen der G-20.

349 Zwischenbericht (Fn. 347), S. 54; Schlussbericht (Fn. 347), S. 125.

350 FINMA Jahresbericht 2011 (Fn. 166), S. 8 f.

351 Vgl. zum Ganzen CHRISTOPH BRUNNER, Wertrechte – nicht verurkundete Rechte mit gleicher Funktion wie Wertpapiere, Berner Bankrechtliche Abhandlungen Bd. 1, Bern 1996.

352 Bericht der vom Eidg. Finanzdepartement eingesetzten technischen Arbeitsgruppe zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Verwahrung und Übertragung von Bucheffekten (Bucheffektengesetz) und zur Ratifikation des Haager Wertpapierübereinkommens vom 15. Juni 2004, <www.efd.admin.ch>; HANS KUHN, Schweizerisches Kreditsicherungsrecht, Bern 2011, § 26 Rz. 13.

353 Übereinkommen über die auf bestimmte Rechte an intermediärverwahrten Wertpapieren anzuwendende Rechtsordnung, AS 2011 1771.

stellen auf das Recht der Kunden-Bank-Beziehung, die notwendige Rechtssicherheit schaffen will. Es heisst in der Präambel, dass dies vereinbart wurde:

«in dem Bewusstsein, dass es in einem grossen und weiter wachsenden globalen Finanzmarkt in der Praxis dringend notwendig ist, Rechtssicherheit und Voraussehbarkeit im Hinblick auf die Rechtsordnung zu schaffen, die auf Wertpapiere anzuwenden ist, die jetzt gewöhnlich unter Einschaltung von Clearing- und Abrechnungs- und Liefer-systemen oder anderen Intermediären verwahrt werden».

Anstoss zu all dem war hier aber vor allem die technologische Entwicklung, die sich als geeignet erwies, die mit dem Sachcharakter des Wertpapiers verbundene Rechtssicherheit neu zu gewährleisten.

4. *Börsenkotierung*

Es ist eine Selbstverständlichkeit, dass an der Schweizer Börse auch ausländische Werte kotiert werden können.³⁵⁴

Auch das Kotierungsreglement für Schweizer Gesellschaften soll sich aber an «internationalen Standards» orientieren (Art. 8 BEHG). Damit war zuerst das EU-Recht gemeint, dann wurde die Anweisung aber offener verstanden.

5. *Funktionelle Angleichung*

Im Börsenbereich sind Trading, Clearing und Settlement klar auseinanderzuhalten. Über die Organisation als «Silo» oder als offenes Netzwerk scheiden sich die Geister vor allem in Europa. Während die einen wettbewerbsrechtliche Probleme sehen, stellen die anderen Transaktionssicherheit und Effizienz in den Vordergrund. Die Schweiz ist mit der SIX Group in diese Diskussionen und Systeme auch eingebunden. Die x-clear³⁵⁵ ist international tätig und ist auch eine der Clearing Organisationen der London Stock Exchange (LSE). Die EU hat sich nicht nur mit der MiFID³⁵⁶ den Handelssystemen zugewandt (regulierten Börsen, MTF und interne Kompensation), sondern insbesondere mit der Giovannini Gruppe³⁵⁷ auch dem «Plumbing», nämlich Clearing und Settle-

354 Art. 10 und 68 KR (vgl. Fn. 343), Richtlinie betreffend Kotierung von ausländischen Gesellschaften (RLAG) vom 29. Oktober 2008, Reglement für die Handelszulassung von internationalem Anleihen an SIX Swiss Exchange vom 29. Oktober 2008; die Regularien sind auffindbar unter <www.six-exchange-regulation.com>.

355 Die SIX clear AG ist Teil der SIX Group AG und übernimmt die Funktion des Clearing & Settlement. Sie ist seit 2009 aber nicht mehr nur für die SIX Swiss Exchange, sondern auch für die London Stock Exchange als Clearinghouse tätig. Die zukünftige Anbindung auch an weitere Börsen bzw. multilaterale Handelssysteme (Multilateral Trading Facility, MTF) ist geplant.

356 Richtlinie 2004/39/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. April 2004 über Märkte und Finanzinstrumente (sog. MiFID, Markets in Financial Instruments Directive) inklusive Änderungen (konsolidierte Fassung vom 1. April 2011), s. auch Fn. 268.

357 The Giovannini Group, Cross-border clearing and settlement arrangements in the European Union, November 2001, <www.ec.europa.eu/internal_market/financial-markets/docs/clearing/first_giovannini_report_en.pdf>.

ment. Die SIX hat sich dann dem daraus resultierenden Code auch angeschlossen.³⁵⁸

V. Vom Anlagefondsgesetz zum Kollektivanlagengesetz

1. Reformschritte

Im Bereich der Anlagefonds hat sich die Schweiz nach dem alten Anlagefondsgesetz (AFG) vom 1. Juli 1966 zwar stark an Europa zu orientieren begonnen, doch geriet der Schweizer Fondsplatz in den Schatten Luxemburgs, allen Anstrengungen zum Trotz.

Das AFG wurde unter dem Datum vom 18. März 1994 einer Totalrevision unterzogen – freilich nur in den Grundzügen mit dem einzigen Zweck des Anlegerschutzes; weitere Zielsetzungen, wie der Funktionsschutz oder die Förderung der Kapitalbeschaffung, konnten dannzumal nicht verfolgt werden. Herzuheben ist aber die Anpassung an die einschlägigen Richtlinien der EU sowie die Bildung einer Kategorie EU-kompatibler Anlagefonds. Indem man den Anlagemarkt für neue Anlagemöglichkeiten öffnete, hoffte man auf eine ergiebigere Konkurrenz mit dem Fondsplatz Luxemburg. Die Reform von 1994 brachte ferner eine Zusammenarbeit mit ausländischen FondsAufsichtsbehörden; außerdem wurden die bankinternen Sondervermögen erstmals gesetzlich geregelt und die bis dahin in einer separaten Verordnung geregelten ausländischen Anlagefonds ins Gesetz überführt.³⁵⁹ Im Übrigen blieb der Geltungsbereich des AFG 1966 insofern unverändert, als ihm nur die vertragliche Form der kollektiven Kapitalanlage unterstellt war; diese Selbstbeschränkung der für die AFG-Reform verantwortlichen Expertenkommission erwies sich rasch als einmenter Nachteil. Entsprechend erfolgte mit Botschaft vom September 2005 abermals eine Totalreform sowie die Umbenennung des AFG in «Bundesgesetz über die kollektiven Kapitalanlagen (Kollektivanlagengesetz, KAG)».³⁶⁰

2. Das geltende Kollektivanlagengesetz (KAG)

Als der Bundesrat 2002 die Revision des AFG anregte, standen zwei Hauptziele im Brennpunkt, nämlich die Kompatibilität mit den Regeln der EU sowie

358 European Code of Conduct on Clearing and Settlement, 7. November 2006, <www.ec.europa.eu/internal_market/financial-markets/docs/code/code_en.pdf>.

359 Botschaft zum revidierten Bundesgesetz über die Anlagefonds (Anlagefondsgesetz; AFG) vom 14. Dezember 1992, BBl 1993 I 217 ff., 218. Vgl. zur AFG-Reform von 1994 auch ROMAIN MARTI, Totalrevision des Anlagefondsgesetzes und der zugehörigen Verordnungen – Ein kurzer Überblick, in: Peter Nobel (Hrsg.), Aktuelle Rechtsprobleme des Finanz- und Börsenplatzes Schweiz, Bd. 3/1994, Bern 1995, S. 37 ff.

360 Botschaft zum Bundesgesetz über die kollektiven Kapitalanlagen (Kollektivanlagengesetz) vom 23. September 2005, BBl 2005 6395 ff.

mit den Empfehlungen der IOSCO. Die schweizerische Fondsindustrie musste in der Lage sein, EU-kompatible Fonds im europäischen Markt anbieten zu können. Zugleich sollte der Schweizer Markt für Finanzintermediäre aus der EU attraktiver werden. Ein zentrales Anliegen der Reform war daher, die *Wettbewerbsfähigkeit des Fondsplatzes Schweiz* zu verstärken. Dariüber hinaus wurden eine Erweiterung des gesetzlichen Geltungsbereiches auf zusätzliche Gesellschaftsformen und die Förderung von Risikokapital angestrebt. Zusammenfassend lassen sich die Neuerungen im Kollektivanlagengesetz per 1. Januar 2007 wie folgt gliedern:³⁶¹

- Das KAG ist geprägt von einer generellen Liberalisierung und Europäisierung, welches die Kompatibilität mit den EU-Richtlinien gewährleisten und den schweizerischen Fondsmarkt stärken will.
- Der Anwendungsbereich des KAG wird über die vertraglichen Anlageformen hinaus auf alle kollektiven Kapitalanlagen unabhängig von ihrer Rechtsform ausgedehnt (Art. 2 KAG); es gilt das Prinzip «same business, same risk, same rules». Auch Investmentgesellschaften mit festem Kapital, sog. SICAF, unterstehen dem KAG, sofern sie nicht an der Schweizer Börse kotiert sind oder ausschliesslich qualifizierte Aktionäre beteiligt sind.
- Um gegenüber ausländischen Rechtsordnungen aufzuholen, schafft das KAG neue Gesellschaftsformen und sprengt somit das im schweizerischen Gesellschaftsrecht bislang herrschende Prinzip des numerus clausus zulässiger Gesellschaftsformen. Zwei neue kommen hinzu, nämlich die Investmentgesellschaft mit variablem Kapital, welche der luxemburgischen Société d'investissement à capital variable, SICAV entspricht (Art. 8 Abs. 1 KAG), sowie die Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen als Korrelat zur angloamerikanischen Limited Partnership (Art. 9 Abs. 1, Art. 98 ff. KAG). Hier wird mit dem Grundsatz gebrochen, dass unbeschränkt haftende Gesellschafter nur natürliche Personen sein können (Art. 594 Abs. 2 OR).
- In Art. 119 ff. regelt das KAG die Bedingungen zur Gleichbehandlung von schweizerischen und ausländischen Anlagefonds.
- Für *strukturierte Produkte* ist das KAG grundsätzlich nicht anwendbar, da diese nicht als kollektive Kapitalanlagen qualifiziert werden können (Art. 5 Abs. 5 KAG). In Anbetracht der Innovationsfähigkeit und des ständigen Wandels auf den Finanzmärkten verzichtet der Gesetzgeber auf eine Legaldefinition der strukturierten Produkte. Jedoch können die Richtlinien der Schweizerischen Bankiervereinigung über die Information der Anlegerinnen und Anleger herangezogen werden, welche strukturierte Produkte folgendermassen umschreiben:

361 NOBEL, Finanzmarktrecht (Fn. 47), § 12 N 4 ff.

«Anlageinstrumente, deren Rückzahlungswert von der Entwicklung eines oder mehrerer jeweiliger Basiswerte abgeleitet ist.»³⁶²

Daraus lässt sich schliessen, dass es sich bei strukturierten Produkten um Derivate handelt, deren Entwicklung sich von einem Basiswert ableitet.³⁶³

Um den Anlegerschutz zu garantieren, muss jedem potentiellen Käufer ein vereinfachter Prospekt zugänglich gemacht werden, sobald strukturierte Produkte in der Schweiz oder von der Schweiz aus öffentlich angeboten werden. Dieser Prospekt muss namentlich die Risiken solcher Instrumente herausstreichen und sagen, dass strukturierte Produkte nicht als kollektive Kapitalanlagen qualifiziert werden und deshalb nicht der Bewilligung durch die FINMA unterstehen.

3. Internationaler Rahmen und Teilrevision des KAG

Im Nachgang zur Finanzmarktkrise wurde auf internationaler Ebene rasch die Regulierung und Überwachung der Hedge Funds³⁶⁴ forciert. Unter schweizerischer Beteiligung hat die IOSCO dazu sechs Prinzipien erarbeitet. Diese bringen namentlich verschärzte Transparenzpflichten gegenüber Investoren und Aufsichtsbehörden.³⁶⁵

Im KAG finden sich auch Normen, die direkt auf das europäische Recht Bezug nehmen. Insbesondere die Übergangsbestimmung von Art. 152 Abs. 2 KAG besagt, dass Bundesrat und FINMA «beim Erlass von Verordnungsrecht die massgebenden Anforderungen des Rechts der Europäischen Gemeinschaften» beachten.

Ferner wurde mit dem KAG der Status eines beaufsichtigten Vermögensverwalters neu eingeführt (Art. 13 Abs. 2 lit. f und Abs. 4 i.V.m. Art. 18 KAG), was auf die europäischen UCITS III-Richtlinien³⁶⁶ zurückzuführen ist, gemäss welchen nur prudentiell beaufsichtigte Unternehmen zur Verwaltung von Anlagefonds ermächtigt sind.³⁶⁷

Im Zuge der Alternative Investment Fund Directive (AIFMD) der EU³⁶⁸ befindet sich eine weitere Reform des KAG in Vorbereitung.³⁶⁹ Die AIFMD regelt

362 Richtlinien der Schweizerischen Bankiervereinigung über die Information der Anlegerinnen und Anleger zu strukturierten Produkten, Juli 2007, Ziff. 2 Abs. 1, <www.swissbanking.org>.

363 Vgl. ausführlich zu den strukturierten Produkten MIRJAM EGGEN, Strukturierte Produkte im schweizerischen Recht – Eine Untersuchung möglicher regulatorischer Ergänzungen, SZW 2011, S. 121 ff.

364 Ausführlich zu den Hedge Funds und ihrer Regulierung PASCAL BUSCHOR, Rechtliche Rahmenbedingungen für Hedge Funds in der Schweiz, Zürich/St. Gallen 2010 und DAVID WICKI, Hedge Funds im Schweizer Recht, Regulierung qua Transparenz?, Berlin 2011.

365 IOSCO, Hedge Funds Oversight, Final Report, Juni 2009, <www.iosco.org>.

366 Richtlinien 2001/107/EG, ABI. Nr. L 41 vom 13. Februar 2002, S. 20 ff. und 2001/108/EG, ABI. Nr. L 41 vom 13. Februar 2002, S. 35 ff. Mittlerweile besteht mit der Richtlinie 2009/65/EG (ABI. Nr. L 302 vom 17. November 2009, S. 32 ff.) bereits die UCIT IV.

367 NOBEL, Finanzmarktrecht (Fn. 47), § 12 N 15 ff.

368 Richtlinie 2011/61/EU vom 8. Juni 2011, ABI. Nr. L 174 vom 1. Juli 2011, S. 1 ff.

369 Botschaft über die Änderung des Kollektivanlagengesetzes (KAG) vom 2. März 2012, BBI 2012 3639 ff.

die Verwaltung, Verwahrung und den Vertrieb von kollektiven Kapitalanlagen, die nicht unter die UCITS-Regulierung der EU fallen. Sie hat zur Folge, dass der Zugang zu Geldern von professionellen EU-Anlegern via kollektive Kapitalanlage nur noch jenen Asset Managern offen steht, die sich dieser strikten Regulierung unterwerfen. Ziel der AIFMD ist es, einen einheitlichen Markt für alternative Anlagen zu schaffen.³⁷⁰

Die Schweiz als Drittland strebt den freien EU-Marktzutritt für Fondsmanager und damit den EU-Pass an. Zu diesem Zweck sind Kooperationsvereinbarungen der FINMA mit den ausländischen Aufsichtsbehörden sowie ein DBA mit dem Gehalt von Art. 26 des OECD-Musterabkommens nötig. Mit der vorgeschlagenen Teilrevision des KAG sollen sämtliche schweizerischen Vermögensverwalter von schweizerischen oder ausländischen kollektiven Kapitalanlagen einer Aufsicht unterstellt werden. Ferner sind die Anforderungen an die Verwahrstelle zu verschärfen; namentlich sind die Delegation von Tätigkeiten und die Haftung der Verwahrstelle bei einer solchen Delegation zu konkretisieren. Schliesslich ist der Vertrieb von ausländischen kollektiven Kapitalanlagen an qualifizierte Anleger in oder von der Schweiz aus zu regulieren. Ohne diese Änderungen des KAG würde den Schweizer Vermögensverwaltern ab Mitte 2013 die Tätigkeit für europäische kollektive Kapitalanlagen erschwert oder gar verunmöglich.

Ziel der Regulierung ist nun auch, dass das Schweizer Recht sowohl für die Anleger als auch für die Dienstleistungserbringer beim Vertrieb von Finanzprodukten an die geltenden internationalen Standards angepasst wird.³⁷¹

VI. Versicherungsaufsicht

Internationale Entwicklungen werden in der Versicherungsaufsicht auf globaler Ebene vor allem durch die Arbeiten der International Association of Insurance Supervisors (IAIS) und für Themen der Finanzstabilität zunehmend auch durch das Financial Stability Board geprägt. Diese Arbeiten werden hinten unter A.VI.2 behandelt. Von grosser Bedeutung sind darüber hinaus die Wechselwirkungen zwischen den Entwicklungen zur Versicherungsaufsicht in der Europäischen Union und der Schweiz, die Gegenstand der nachfolgenden Ausführungen bilden. Daneben ist erkennbar, dass auch das neue schweizerische Versicherungsaufsichtsrecht in überdurchschnittlichem Ausmass internationale Sachverhalten und Problemstellungen Rechnung trägt.

370 FINMA, Jahresbericht 2010 (Fn. 345), S. 29.

371 Vgl. FINMA-Positionspapier Vertriebsregeln (Fn. 266), S. 21 f.; die damit einhergehende Verschärfung der Vorschriften stösst insb. bei Hedge Funds auf Unbehagen, vgl. SAM JONES, Hedge Funds face Swiss clampdown, Financial Times Europe, 14. April 2012, S. 1.

1. *Europäischer Versicherungsbinnenmarkt und die Schweiz (Abkommen der Schweiz mit der EU im Versicherungsbereich)*

a. *Die Entstehung eines freien Versicherungsmarktes in Europa*

Mit der Richtlinie 64/225/EWG vom 25. Februar 1964 zur Aufhebung der Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs auf dem Gebiet der Rückversicherung und Retrozession³⁷² wurde erstmals eine Art von europäischem Binnenmarkt im Versicherungsbereich etabliert. Die Bemühungen zur Etablierung eines europäischen Binnenmarktes im Direktversicherungsbereich dagegen dauerten länger an. 1973 und 1979 wurden die Ersten Richtlinien in der Schadensversicherung und Lebensversicherung erlassen,³⁷³ welche die Geschäftsaufnahme und die Solvabilität regelten. Diese wurden 1988/90 durch die Zweiten Richtlinien,³⁷⁴ 1992 bereits durch die Dritten Richtlinien³⁷⁵ ergänzt. Neben diesen drei tragenden Säulen folgten noch weitere Richtlinien und Verordnungen.³⁷⁶

Mit der Richtlinie 2009/138/EG (Solvabilität II),³⁷⁷ welche – vorbehältlich einer sich abzeichnenden Verschiebung und zahlreichen besonderen Übergangsfristen – bis am 1. Januar 2013 umzusetzen ist, werden 14 bisherige Richtlinien zur Direktversicherung und Rückversicherung aufgehoben und in einer Richtlinie vereint. Die weit umfassende RL-Solvabilität II beinhaltet neben einer Konsolidierung der erwähnten bisherigen Richtlinien ein neues risikobasiertes ökonomisches Solvenzsystem, das in gewissen Punkten eine Verwandtschaft zu den Regelungen des Basler Ausschusses aufweist, sowie weitergehende qualitative Anforderungen, ein umfassendes Aufsichtskonzept für Einzelgesellschaften und Versicherungsgruppen sowie Bestimmungen zur Harmonisierung mit Drittstaaten.³⁷⁸

372 ABl. Nr. L 56 vom 4. April 1964, S. 878 ff.

373 Richtlinie 73/239/EWG vom 24. Juli 1973 (Schaden), ABl. Nr. L 228 vom 16. August 1973, S. 3 ff.; Richtlinie 79/267/EWG vom 5. März 1979 (Leben), ABl. Nr. 63 L vom 13. März 1979, S. 1 ff.

374 Richtlinie 88/357/EWG vom 22. Juni 1988 (Schaden), ABl. Nr. L 72 vom 4. Juli 1988, S. 1 ff.; Richtlinie 90/619/EWG (Leben), ABl. Nr. L 330 vom 29. November 1990, S. 50 ff.

375 Richtlinie 92/49/EWG vom 18. Juni 1992 (Schaden), ABl. Nr. L 228 vom 11. August 1992, S. 1 ff.; Richtlinie 92/96/EWG vom 10. November 1992 (Leben), ABl. Nr. L 360 vom 9. Dezember 1992, S. 1 ff.

376 Vgl. ANTON K. SCHNYDER, Europäisches Banken- und Versicherungsrecht, Eine systematisch-vergleichende Darstellung, Heidelberg 2005, § 2 N 22 ff.; für den aktuellen Stand der europäischen Gesetzgebung: <http://europa.eu/legislation_summaries/internal_market/single_market_services/financial_services_insurance/index_de.htm>.

377 Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2009 betreffend die Aufnahme und Ausübung der Versicherungs- und der Rückversicherungstätigkeit (Solvabilität II), ABl. Nr. L 335 vom 17. Dezember 2009, S. 1 ff.

378 Vgl. MORITZ W. KUHN, Privatversicherungsrecht, unter Mitberücksichtigung des Haftpflicht- und des Aufsichtsrechts, 3. Aufl., Zürich 2010, § 12 N 71 f.

b. *Harmonisierung der Schweizer Versicherungsregulierung mit den europäischen Vorgaben*

Die Schweiz verfolgte schon früh die europäischen Entwicklungen auf dem Versicherungsmarkt und versuchte, eine Harmonisierung mit der europäischen Versicherungsregulierung sicherzustellen. Der erste und bis heute aber auch einzige verbindliche Schritt dazu war der Abschluss des Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft betreffend die Direktversicherung mit Ausnahme der Lebensversicherung vom 10. Oktober 1989, welches am 1. Januar 1993 in Kraft getreten ist und immer noch gilt.³⁷⁹ Das Abkommen gilt nur für den Bereich der Schadensversicherung und bezweckt «Ungleichbehandlungen bzw. diskriminierende Sondervorschriften für Niederlassungen ausländischer Versicherungseinrichtungen auf der Grundlage der Gegenseitigkeit zu beseitigen, indem die Vertragsstaaten identische Bedingungen zur Aufnahme und Ausübung der Versicherungstätigkeit gewährleisten.»³⁸⁰ Ein Hauptanliegen, das mit dem Abkommen durchgesetzt werden sollte und auch wurde, war die Abschaffung der Pflicht zur Lokalisierung von erheblichen Eigenmitteln aufgrund der Tätigkeit der Niederlassungen schweizerischer Versicherungsgesellschaften im europäischen Raum, welche zur übermässigen Mittelbindung und zu enormen Währungsrisiken führte.³⁸¹ Aktiven zur Bedeckung von versicherungstechnischen Rückstellungen sind aber immer noch vor Ort zu halten. Die Schweiz erreichte mit diesem Abkommen die Niederlassungsfreiheit für ihre Versicherungsbranche, nicht aber die Dienstleistungsfreiheit.³⁸²

Die Schweiz versucht seither, die Harmonisierung weiter voranzutreiben. Bestrebungen zum direkten Marktzugang auch auf der Ebene der Dienstleistungsfreiheit sind dabei in den Hintergrund getreten. Obwohl die Schweiz die relevanten europäischen Regelungen der ersten beiden Richtliniengenerationen auf dem Wege des autonomen Nachvollzuges in das eigene Recht übernahm, konnte im Rahmen der Bilateralen I, welche am 1. Januar 2002 in Kraft traten, kein Marktzugang erreicht werden. Auch in unmittelbarer Zukunft ist mit einer umfassenden Dienstleistungsfreiheit nicht zu rechnen.³⁸³

379 SR 0.961.1. Zu beachten sind auch die Anhänge und Briefwechsel des Abkommens, welche im Anhang der Botschaft aufzufinden sind, sowie die Richtlinie 91/371/EWG des Rates vom 20. Juni 1991 über die Anwendung des Abkommens zwischen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der Schweizerischen Eidgenossenschaft betreffend die Direktversicherung mit Ausnahme der Lebensversicherung, ABII. Nr. L 205 vom 27. Juli 1991, S. 48.

380 Botschaft vom 14. August 1991 zum Abkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft betreffend die Direktversicherung mit Ausnahme der Lebensversicherung und zum Bundesgesetz über die Direktversicherung mit Ausnahme der Lebensversicherung, BBI 1991 IV 1 ff., insb. 2.

381 Botschaft Abkommen Direktversicherung (Fn. 380), BBI 1991 IV 4 und 7.

382 MORITZ W. KUHN (Fn. 378), § 12 N 63.

383 MORITZ W. KUHN (Fn. 378), § 12 N 176 f.

Aufgrund der Wichtigkeit des europäischen Marktes für die schweizerische Versicherungswirtschaft haben das Bundesamt für Privatversicherungen (BPV) und in der Folge die FINMA den regulatorischen Dialog mit CEIOPS³⁸⁴ und anschliessend mit EIOPA sehr bewusst betrieben und sich auch Äquivalenzprüfungen unterzogen. In diesem Zusammenhang hat CEIOPS die Äquivalenz der schweizerischen Rückversicherungsaufsicht zur noch geltenden europäischen Rückversicherungsrichtlinie festgestellt.³⁸⁵ Gegenwärtig läuft die Prüfung der Äquivalenz der schweizerischen Versicherungsaufsicht mit der Solvency II Richtlinie. Gemäss Art. 172 ff., 227 und 260 ff. RL-Solvabilität II können die Rückversicherungs-, die Solvenzaufsicht über drittstaatliche Tochtergesellschaften von EU Versicherungsgruppen und die Versicherungsgruppenaufsicht eines Drittlandes einer Gleichwertigkeitsprüfung unterzogen werden. Art. 172 Abs. 3 RL-Solvabilität II sieht ausdrücklich vor, dass «Rückversicherungsverträge mit Unternehmen, die ihren Gesellschaftssitz in diesem Drittland haben, genauso behandelt [werden] wie Rückversicherungsverträge mit Unternehmen, die gemäss dieser Richtlinie zugelassen sind.», falls das Solvabilitätssystem dieses Drittlandes als gleichwertig befunden worden. Der Gleichwertigkeitsbefund bedeutet, dass auch inskünftig Rückversicherungsleistungen grenzüberschreitend erbracht werden können; mangels Äquivalenz können diese Dienstleistungen allerdings auch eingeschränkt werden. Bei der Gruppenaufsicht (vgl. Art. 260 ff. RL-Solvabilität II) bewirkt die Äquivalenz eine Anerkennung der Ausübung der Gruppenaufsicht durch die Aufsichtsbehörde im Sitzstaat der Gesellschaft, welche die Gruppe steuert. Der Europäische Ausschuss für das Versicherungswesen und die betriebliche Altersversorgung (European Insurance and Occupational Pension's Authority, EIOPA) hat der Europäischen Kommission am 26. Oktober 2011 mitgeteilt, dass die Schweiz grundsätzlich, unter Vorbehalt weniger «caveats», über ein der RL-Solvabilität II gleichwertiges Aufsichtsregime verfügt.³⁸⁶ Daher kann davon ausgegangen werden, dass die Europäische Kommission nach Abschluss der weiteren Überprüfungsphasen die Gleichwertigkeit feststellen wird. Dieser Entscheid wird nicht vor Mitte 2013 erwartet.³⁸⁷

384 Das Committee of European Insurance and Occupational Pensions Supervisors CEIOPS, ein Zusammenschluss der europäischen Aufsichtsbehörden für Versicherungsunternehmen und Pensionsfonds, wurde bereits im Jahr 2003 von der EU-Kommission eingerichtet und per 1. Januar 2011 in eine einzige Behörde, die European Insurance and Occupational Pensions Authority EIOPA, überführt.

385 «CEIOPS and Swiss Financial Market Supervisory Authority agree to further enhance supervisory cooperation», CEIOPS Press Release, 1. Februar 2010, <www.eiopa.europa.eu>; «FINMA begrüßt Anerkennung der Gleichwertigkeit der schweizerischen Rückversicherungsaufsicht durch EU-Ausschuss», Medienmitteilung der FINMA, 1. Februar 2010, <www.finma.ch>.

386 EIOPA, EIOPA Advice to the European Commission, Equivalence assessment of the Swiss supervisory system in relation to articles 172, 227 and 260 of the Solvency II Directive (former Consultation Paper no. 3/2011), 26. Oktober 2011, S. 8 f., <<https://eiopa.europa.eu>>.

387 Schreiben von JONATHAN FAULL, Generaldirektor Binnenmarkt und Dienstleistungen, Euro-

2. Grundzüge des Versicherungsaufsichtsgesetzes

Das neue VAG³⁸⁸ als Rahmengesetz stellt eine moderne Versicherungsregulierung dar, welche Elemente der traditionellen Versicherungsregulierung mit einem ökonomischen, risikobasierten Solvenzsystem, dem *Swiss Solvency Test*, sowie qualitativen Anforderungen integriert.³⁸⁹ Bemerkenswert ist die Dichte der Normen zum örtlichen Anwendungsbereich im internationalen Verhältnis sowie die expliziten Grundlagen für Versicherungsgruppen- und Versicherungskonglomerataufsicht.³⁹⁰

Private Versicherungsunternehmen mit Sitz in der Schweiz unterstehen grundsätzlich der Aufsicht nach dem VAG, und zwar unabhängig davon, ob sie das Versicherungsgeschäft in der Schweiz oder bloss im Ausland betreiben.³⁹¹ Demnach ist ein privates Versicherungsunternehmen lediglich dann von der Aufsicht ausgenommen, wenn es den Sitz im Ausland hat und in der Schweiz nur die Rückversicherung betreibt. Ausgenommen sind ferner Unternehmen, die von Bundesrechts wegen einer besonderen Aufsicht unterstellt sind (als solche gelten insbesondere die in das Register für die berufliche Vorsorge eingetragenen Vorsorgeeinrichtungen) oder eine Versicherungstätigkeit von geringer wirtschaftlicher Bedeutung ausüben.³⁹²

Versicherungsunternehmen mit Sitz im Ausland, welche eine Versicherungstätigkeit in der Schweiz ausüben, sind der schweizerischen Versicherungsaufsicht unterstellt, sofern in der Schweiz gelegene Risiken betroffen sind (Art. 2 Abs. 1 lit. b VAG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 lit. a und b AVO). Es soll verhindert werden, dass ausländische Versicherer von der Schweiz aus Versicherungsgeschäfte ohne entsprechende Aufsicht tätigen, bei denen der Kunde davon ausgeht, dass der Versicherer der schweizerischen Aufsicht untersteht.³⁹³ Folgende Voraussetzungen müssen erfüllt sein, damit ausländische Direktversicherungsunternehmen in der Schweiz Versicherungstätigkeiten aufnehmen können (Art. 15 i.V.m. Art. 35 VAG): Zulassung im Sitzland, Errichtung einer Niederlassung in der Schweiz und Bestellung eines Generalbevollmächtigten, ausrei-

päische Kommission, an GABRIEL BERNARDINO, EIOPA-Vorsitzender, vom 22. November 2011, <http://ec.europa.eu/internal_market/insurance/solvency/index_de.htm>.

388 Bundesgesetz betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen vom 17. Dezember 2004 (Versicherungsaufsichtsgesetz, VAG), SR. 961.01.

389 MONICA MÄCHLER, Versicherungsaufsicht in der FINMA, GesKR 2009, S. 20 ff. m.w.H.

390 MONICA MÄCHLER, Evolution of Insurance Group Supervision, in: Cecelia Kempler/Michel Flamée/Charles Yang/Paul Windels (Hrsg.), Global Perspectives on Insurance Today. A Look at National Interest versus Globalization, New York 2010, S. 107 ff.

391 Die Ausnahmen werden in Art. 2 Abs. 2 und 3 VAG und Art. 1 Abs. 2 lit. a–c der Verordnung über die Beaufsichtigung von privaten Versicherungsunternehmen vom 9. November 2005 (Aufsichtsverordnung, AVO; SR 961.011) definiert.

392 NOBEL, Finanzmarktrecht (Fn. 47), § 13 N 54.

393 Botschaft zu einem Gesetz betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen (Versicherungsaufsichtsgesetz, VAG) und zur Änderung des Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag vom 9. Mai 2003, BBl 2003 3789 ff., 3808.

chendes Kapital und Solvabilitätsspanne, Organisationsfonds, Hinterlegung einer Kautions. Abweichende staatsvertragliche Bestimmungen bleiben vorbehalten (Art. 15 Abs. 2 VAG).

Wichtige internationale Züge sind weiter bei der Aufsicht der *Versicherungsgruppen und -konglomerate* zu finden (Art. 64 und 72 VAG). Diese unterstehen dem VAG (Art. 2 Abs. 1 lit. d VAG) und setzen sich aus zwei oder mehreren Unternehmen zusammen, die eine wirtschaftliche Einheit bilden oder auf andere Weise durch Einfluss oder Kontrolle miteinander verbunden sind (Art. 64 lit. c und 72 lit. d VAG). Pendants finden sich im Bankbereich (Finanzgruppe: Art. 3c Abs. 1 BankG, Finanzkonglomerat: Art. 3c Abs. 2 BankG). In ihrer Gesamtheit sind Versicherungsgruppen und -konglomerate hauptsächlich im Versicherungsbereich tätig (Art. 64 lit. b und 72 lit. c VAG) und mindestens eines der Unternehmen ist ein Versicherungsunternehmen (Art. 64 lit. a und 72 lit. a VAG). Mit dieser Erweiterung soll das Phänomen der *Allfinanz* erfasst werden.³⁹⁴ Allfinanz kann auch im internationalen Kontext beobachtet werden. In Europa findet dieses Konzept in ausgeprägtem Masse in Italien und Spanien Anklang, etwas weniger in Frankreich und den Beneluxstaaten und nur mässig in Deutschland.³⁹⁵

Art. 64 Abs. 1 VAG ermächtigt die Aufsichtsbehörde, eine Versicherungsgruppe, der ein Unternehmen in der Schweiz angehört, der Gruppenaufsicht zu unterstellen, wenn die Versicherungsgruppe entweder tatsächlich von der Schweiz aus geleitet wird oder zwar vom Ausland aus geleitet wird, dort aber keiner gleichwertigen Gruppenaufsicht unterstellt ist. Die Gruppe wird somit global erfasst. Sofern die Aufsicht teilweise oder vollständig auch von einer ausländischen Behörde beansprucht wird, soll sich die schweizerische Aufsichtsbehörde mit der ausländischen Aufsichtsbehörde über die Zuständigkeiten, die Modalitäten und den Gegenstand der Aufsicht verständigen.³⁹⁶ Um sowohl Lücken in der Aufsicht als auch Überbeaufsichtigung zu vermeiden, wirkt die FINMA auch aktiv bei den Bestrebungen der IAIS mit, die Aufsicht über einzelne Versicherungsunternehmen und -gruppen international zu koordinieren. Dabei wird die Angleichung der Aufsichtsregeln angestrebt, aber auch die gegenseitige Anerkennung der jeweiligen Aufsicht und aufsichtsrechtlichen Massnahmen.³⁹⁷

Die Erfassung der internationalen Verhältnisse ist auch bereits Bewilligungsvoraussetzung. Der Geschäftsplan des Versicherungsunternehmens muss Angaben und Unterlagen zur Organisation und den örtlichen Tätigkeitsbereich des Versicherungsunternehmens, gegebenenfalls auch der Versicherungsgruppe

394 NOBEL, Finanzmarktrecht (Fn. 47), § 13 N 41.

395 Bancassurance – Success in the South, The Economist, 26. Juli 2003, S. 66.

396 ROLF H. WEBER/PATRICK UMBACH, Versicherungsaufsichtsrecht, Bern 2006, S. 63.

397 NOBEL, Finanzmarktrecht (Fn. 47), § 13 N 58; MÄCHLER, Insurance Group Supervision (Fn. 390), S. 107 ff.

oder des Konglomerats (Art. 4 Abs. 2 lit. b VAG), enthalten. Bei Versicherungstätigkeit im Ausland muss die Bewilligung der zuständigen Aufsichtsbehörde oder eine gleichwertige Bescheinigung vorliegen (Art. 4 Abs. 2 lit. c VAG). Die internationalen Verhältnisse sind auch Grundlage für die Berechnung des Mindestkapitals (Art. 8 VAG) und der Eigenmittel (Art. 9 VAG).

Weiter fliessen internationale Konzepte bei der Berechnung der Eigenmittel ins Versicherungsaufsichtsrecht hinein. Art. 69 VAG bestimmt, dass die gruppenweit anrechenbaren Eigenmittel durch den Bundesrat, die erforderlichen Eigenmittel dagegen durch die Aufsichtsbehörde konkretisiert werden müssen. Dabei gelangen heute die Anforderungen des Schweizer Solvenztests (SST) auf die gesamte Gruppe zur Anwendung.

VII. Die Aufsichtsinstitutionen

1. Einführung

Die Schweiz bzw. das EFD legt die Finanzmarktziele fest, die stark auf die internationale Stellung ausgerichtet sind, nämlich:

1. Ermöglichung der internationalen Wettbewerbsfähigkeit;
2. Sicherstellung der Funktionsfähigkeit, Effizienz und Stabilität des Finanzsystems;
3. Bewahrung der ethischen Integrität des Finanzplatzes Schweiz.

Die Ziele sind gemäss dem EFD als gleichrangig zu betrachten und langfristig ausgerichtet.³⁹⁸

Die Schweiz kannte traditionell ein relativ integriertes Aufsichtssystem, dass in der EBK Banken- und Börsenwesen, sowie die Anlagefonds zusammenfasste. Die prudentielle Aufsicht war stets von der Zentralbank getrennt und insofern dualistisch. Sie war aber auch darum dualistisch, weil den «anerkannten» Revisionsstellen auch bei der Aufsicht grosses Gewicht eingeräumt wurde. Die Versicherungsaufsicht ging lange eigene Wege (BPV), und die Geldwäscherei wurde auch erst spät zu einem eigenen «issue». Mit der Schaffung des FINMAG wurden aber beide Bereiche integriert.

Die internationale Diskussion legte das Schwergewicht immer wieder auf die gemeinsamen Faktoren von Banken und Versicherungen (same risks – same rules) und es kam zur internationalen «Allfinanzdiskussion» (Banque-Assurance). Obwohl es auch in der Schweiz zu gewissen Akquisitionen und Überkreuzungen kam (Generali–BSI, CS–Winterthur, ZFS–Rüd Blass, Basler Versi-

398 Leitlinien für die Finanzplatzpolitik, August 2003, S. 16, <www.efd.admin.ch>. Zu beachten ist aber, dass aus Sicht der Finanzmarktaufsicht Art. 5 FINMAG den prudentiellen Zielen (Individualschutz und Funktionsschutz) einen gewissen Vorrang einräumt und die Stärkung des Ansehens sowie der Wettbewerbsfähigkeit des Schweizer Finanzplatzes als Reflexwirkung und Konsequenz einer sorgfältigen prudentiellen Aufsicht versteht.

cherungen–Baloise Bank SoBa), ist die Durchdringung der Sektorenlinien klein geblieben. Konzeptionell rückten aber auch im Versicherungsbereich die Eigenmittelanforderungen in den Vordergrund. Entsprechend ist der Schweizer Solvenztest seit dem 1. Januar 2011 vollumfänglich in Kraft, der ein ökonomisches, risiko-basiertes Solvenzsystem darstellt: «Dabei wird die finanzielle Situation der Versicherungsunternehmen aufgrund des Verhältnisses zwischen den anrechenbaren Eigenmitteln (risikotragendes Kapital) und den erforderlichen Eigenmitteln (Zielkapital) beurteilt.»³⁹⁹

Im Vermögensverwaltungsbereich stellt das «Einpacken» von Vermögensverwaltungsdepots in eine Versicherungspolice und Eigentumserwerb durch die Versicherung (Insurance Wrapper) einen noch nicht ganz befriedigend gelösten Bereich dar. Die FINMA hat hierzu 2010 zwei Mitteilungen erlassen (Nr. 9 und 18).⁴⁰⁰ Für nach dem 1. Januar 2011 eingerichtete «Wrapper» ist der Finanzintermediär verpflichtet, den Versicherungsnehmer (oder Prämienzahler) zu identifizieren, wenn dieser die Anlagestrategie des Depots (mit-)bestimmen kann. Die Allfinanz-Idee ist aber gewissermassen doch auf der Strecke geblieben.⁴⁰¹

Im Zusammenhang mit den angesprochenen Finanzgruppen bzw. -konglomeraten ist vorgesehen, dass die FINMA im Falle von positiven Kompetenzkonflikten mit ausländischen Aufsichtsbehörden eine Verständigungslösung über Zuständigkeit, Modalitäten und Gegenstand der Gruppen- oder Konglomeratsaufsicht suchen soll (Art. 3d Abs. 2 BankG und Art. 65 Abs. 2 VAG).

Die Internationalität des Zugangs wird hier schon aus den Bestimmungen evident.

2. Die FINMA

Das FINMAG schuf die integrierte Aufsichtsbehörde FINMA, die unter anderem folgende Bereiche beaufsichtigt: Bank-, Börsen- und Anlagefondswesen, den Versicherungsbereich sowie die Geldwäschereikontrolle (vgl. Art. 1 FINMAG), die ebenfalls «rückintegriert» wurde.

Das strategische Organ der FINMA ist der Verwaltungsrat. Er legt die strategischen Ziele der FINMA fest und unterbreitet sie dem Bundesrat zur Genehmigung (Art. 9 Abs. 1 lit. a FINMAG). Erstmals ist dies für die Jahre 2010 bis 2012 geschehen; dabei sind folgende sieben Ziele definiert worden:⁴⁰²

399 FINMA, Jahresbericht 2010 (Fn. 345), S. 52; vgl. auch FINMA Mitteilung 24 (2011), «Schweizer Solvenztest SST: Prüfung interner Modelle», 16. Juni 2011, <www.finma.ch>; zum Stand siehe auch FINMA, Jahresbericht 2011 (Fn. 166), S. 19 f.

400 FINMA Mitteilung 9 (2010), «Behandlung von Insurance Wrappers nach Geldwäschereigesetz», 27. April 2010, *ersetzt durch:* FINMA Mitteilung 18 (2010), «Behandlung von Lebensversicherungen mit separater Konto-/Depotführung», 30. Dezember 2010, <www.finma.ch>.

401 Vgl. FINMA, Positionspapier zu den Rechts- und Reputationsrisiken im grenzüberschreitenden Finanzdienstleistungsgeschäft («Positionspapier Rechtsrisiken»), 22. Oktober 2010, S. 16 f., <www.finma.ch>.

402 Strategische Ziele der FINMA, 30. September 2009, insb. S. 3, <www.finma.ch>.

1. Reduktion der systemischen Risiken und Komplexitäten.
2. Verbesserung des Kundenschutzes.
3. Straffung und Optimierung der Regulierung.
4. Steigerung von Effektivität und Effizienz in der Aufsicht.
5. Umsetzung einer griffigen Marktaufsicht und eines wirkungsvollen Enforcements.
6. Positionierung für internationale Stabilität und enge Vernetzung der Märkte.
7. Stärkung der FINMA als Behörde.

«Allen strategischen Zielen gemeinsam ist das Bestreben, den Kundenschutz zu verbessern. Der Schutz von Gläubigern, Anlegern und Versicherten ist die zentrale Aufgabe der FINMA und bildet die Grundlage für ihre Aufsichtstätigkeit. Dabei stehen insbesondere die Erhöhung der Krisenresistenz in den beaufsichtigten Bereichen, der Schutz von Einlegern und Versicherten vor den Folgen einer allfälligen Insolvenz sowie die Transparenz im Handel und im Vertrieb von Produkten im Mittelpunkt.»⁴⁰³ Die Finanzmarktziele werden im Dialog mit den wesentlichen Interessengruppen wie Politik, Verwaltung, Verbände und Aufsichtsbehörden umgesetzt. Jährlich erfolgt eine Standortbestimmung zwischen der FINMA einerseits und dem Bundesrat anderseits.⁴⁰⁴

Der Verwaltungsrat entscheidet auch über Geschäfte von grosser Tragweite (Art. 9 Abs. 1 lit. b FINMAG), was sehr umstritten war. Als solche bezeichnet das Organisationsreglement der FINMA⁴⁰⁵ in Art. 2 Abs. 3 insbesondere Geschäfte mit erheblichen Folgen für den Finanzmarkt, ebenso systemwesentliche Geschäfte, welche sich bei einem oder mehreren Beaufsichtigten manifestieren.⁴⁰⁶

Das FINMAG schafft eine Organisation, die den internationalen Anforderungen entsprechen kann.⁴⁰⁷ Der FINMA wird heute organisatorisch, methodologisch und insbesondere auch in Bezug auf die internationale Zusammenarbeit ein gutes Zeugnis ausgestellt. Aus den Defiziten der Krise werden die Lehren gezogen, insbesondere zur Risikoorientierung und zum Informationsfluss, der eine ganzheitliche Betrachtung erlauben soll, dann aber auch durch eine Neukonzeption und -ausrichtung der Bankrevision an internationalen Standards, um den schweizerischen Alleingang (dualistisches System) zu mildern. Ein

403 Strategische Ziele der FINMA (Fn. 402), S. 4.

404 Strategische Ziele der FINMA (Fn. 402), S. 12.

405 Organisationsreglement FINMA vom 18. Dezember 2008, <www.finma.ch>.

406 Vgl. auch GUIDO E. URBACH/OLIVIER WIDMER, in: Rolf Watter/Nedim Peter Vogt (Hrsg.), Basler Kommentar zum Börsengesetz und Finanzmarktgesezt, 2. Aufl., Basel 2011, Art. 9 FINMAG N 10 m.w.N.

407 LUCA ENRIQUES/GÉRARD HERTIG, Improving the Governance of Financial Supervisors, European Business Organization Law Review (EBOR), September 2011, S. 357 ff.

Kernproblem wird bleiben, nämlich die beiden Grossbanken, deren Wertschöpfung international erfolgt.⁴⁰⁸

3. Netzwerke des Regulators

Durch die Teilnahme der Aufsichtsbehörden im Basler Ausschuss und in anderen Gremien (IOSCO, IAIS, FATF usw.) war aber schon seit langem eine materielle Internationalisierung der Aufsichtstätigkeit im Gange. Es wurden eigentliche Netzwerke der (vertrauensvollen) Zusammenarbeit unter den Aufsichtsbehörden geschaffen. Bedauerlicherweise geschah dies lange Zeit ohne Teilnahmemöglichkeiten der Kommission selbst, so dass dieser Aspekt wenig aufscheinen konnte.

4. Verschiedene Aufsichtsgremien

Aufsichtsbehörden sind die SNB (Liquidität, System) und die FINMA (Solvenz, prudentielle Aufsicht, Geldwäschereiaufsicht, Codes of conduct). Die gewachsene Bedeutung der Zentralbank, bedingt auch durch die Konzentration in der Krise auf das «Geld- und Währungswesen» überhaupt, ist schon angemerkt worden (vgl. vorne A.I.7).

Das Eidgenössische Finanzdepartement war und ist immer noch Strafverfolgungsbehörde, dann aber auch die vorbereitende Instanz für die Gesetzgebung im Finanzbereich und die Verordnungen des Bundesrates. Dieses fast idealtypische Modell ist in den letzten Jahren mit mehr Leben versehen worden, so dass die Kompetenzen des EFD nicht mehr nur formell bestanden.

Daneben wurde aber auch erkannt, dass auch die finanzbereichsspezifische Diplomatie eine zunehmende Rolle spielte. So wurde, intern auch als Reaktion auf die mangelnde Koordination der Bundesbehörden in der Steueraffäre mit den USA in Sachen UBS, das *Staatssekretariat für internationale Finanzfragen (SIF)* eingerichtet. Dieses umschreibt seinen Auftrag wie folgt:

«Das Staatssekretariat für internationale Finanzfragen SIF verantwortet die Koordination und die strategische Führung in internationalen Finanz-, Währungs- und Steuerfragen. Das SIF dient der Stärkung der internationalen Stellung der Schweiz im Finanz- und Steuerbereich. Das Staatssekretariat vertritt die Interessen der Schweiz in internationalen Finanz- und Steuerfragen gegenüber dem Ausland und führt die internationalen Verhandlungen in diesen Bereichen. Aufgabe des Staatssekretariates ist im Weiteren die Wahrung namentlich der Interessen der Schweiz im Internationalen Währungsfonds und im Financial Stability Board sowie die aktive Beteiligung an den internationalen Bemühungen zur Bekämpfung der Finanzkriminalität. Im Staatssekretariat wer-

408 Zum Ganzen: Bericht des Bundesrates «Weiterentwicklung der Aufsichtsinstrumente und der Organisation der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA» vom 23. Mai 2012, BBI 2012 5785 ff. sowie Gutachten PETER HAYWARD vom November 2011 (Supervisory Instruments and the Organisation of FINMA).

den zudem die Entwicklungen auf den Finanzmärkten in der Schweiz und im Ausland analysiert und die Gesetzgebung für die Finanzbranche weiterentwickelt.»⁴⁰⁹

Es ist, wie auch beim EFD und bei der FINMA, eine gewisse inhaltliche Armut der Zielsetzungen zu verzeichnen. So wird kaum ausgeführt, was auf internationaler Ebene die «Interessen» der Schweiz konkret sind.⁴¹⁰

VIII. Europa

1. Kapitalverkehrsfreiheit *erga omnes*

Europa hat von seinen vier Kardinalfreiheiten die Kapitalverkehrsfreiheit von Anfang an «erga omnes» ausgestaltet. Daraus haben sowohl die Schweiz wie auch Europa Nutzen gezogen. Abgrenzungsprobleme zur Dienstleistungsfreiheit zeigten sich im Falle der Fidium Finanz AG mit Sitz in St. Gallen.⁴¹¹ Krediterteilung ist Dienstleistung und nicht schlicht Kapitalverkehr.

Leider ist im Rahmen der bilateralen Verhandlungen der Abschluss eines Dienstleistungsabkommens, das insbesondere auch den Finanzbereich umfasst hätte, auf Wunsch der Banken zurückgestellt worden.⁴¹² Hier wurde wahrscheinlich falsch spekuliert.

2. Besonderheiten der MiFID

Was die Entwicklung des Bank- und Kapitalmarktrechts betrifft, so ist auch Europa den internationalen Trends, vor allem den Basler und IOSCO-Ergebnissen

409 Vgl. <www.sif.admin.ch>.

410 Eine ländliche Ausnahme bilden hier die schweizerischen Anstrengungen im Rahmen von Basel III und TBTF, bei denen die Schweiz gemeinsam mit anderen Ländern klare prudentielle Ziele verfolgte und meist auch erreichte.

411 EuGH, Urteil C-452/04 vom 3. Oktober 2006, <www.curia.eu>.

412 Vgl. Economiesuisse, Schweiz-EU: Bilateralismus im gegenseitigen Interesse, Bern 2010, S. 6, 10, 48 ff.: Verhandlungen über ein allgemeines Dienstleistungsabkommen wurden im Rahmen der Bilateralen I (Abschluss 1999) aufgenommen, 2004 aber eingestellt, um den raschen Abschluss der anderen neun Dossiers der Bilateralen II zu ermöglichen. Die gegenseitige Anerkennung der Dienstleistungsfreiheit bedingte die Übernahme eines umfangreichen EU-Acquis (Dienstleistungsrichtlinie, Gesellschaftsrecht, Wettbewerbsrecht etc.). Diese Regulierungsflut wäre für schweizerische Unternehmen mit zusätzlicher administrativer Belastung verbunden und bedeutete für die Schweiz auch einen gewissen Verlust in der Souveränität der Ausgestaltung ihrer Wirtschaftspolitik. Zudem haben nur 9 von 27 EU-Staaten Dienstleistungen im Sinne der europäischen Richtlinie tatsächlich auch liberalisiert. Der europäische Binnenmarkt im Bereich der Dienstleistungen (insb. auch der Finanzdienstleistungen) ist demnach in realiter nur ungenügend umgesetzt und damit auch (noch) nicht sonderlich interessant für ein umfassendes bilaterales Abkommen. Angestrebt wird von der Schweiz daher eine Erweiterung der sektorellen Abkommen. Von Bedeutung wäre ein Finanzdienstleistungsabkommen (FDLA). Doch auch hier dürfte die Übernahme eines Acquis Communautaire von der EU gefordert werden, was wiederum Auswirkungen auf die Geschäftsmodelle ganzer Bankengruppen hätte. Zurzeit wiesen die potentiellen Kosten noch höher als der erwartete Nutzen eines solchen Abkommens. Mit der zunehmenden Harmonisierung des Finanzmarktrechts kann sich diese Einschätzung aber wieder verschieben.

gefolgt und hat eigentlich keine wesentlichen eigenen, gemeinschaftsgenuinen Akzente gesetzt.

Hier kann man wohl für die MiFID⁴¹³ eine Ausnahme machen, da sie es auch wagt, die Handelstypen anzugehen (regulierte Börse,⁴¹⁴ Multilateral Trading Facilities (MTF)⁴¹⁵, neuerdings Organized Trading Facilities (OTF) und interne Kompensation in grossen Instituten⁴¹⁶).

3. Schweizer Zugang mit Hürden

Für die Schweiz war das Kernproblem immer der Zugang zum europäischen Markt. Einerseits bremsten EU-Mitgliedstaaten, wie Deutschland, die grenzüberschreitende Dienstleistungserbringung (vgl. hinten B.I.7.c).

Die Erringung des Europa-Passes erwies sich dann aber doch als relativ einfach und zwar dadurch, dass im EU-Raum eine Tochtergesellschaft errichtet wurde, die dann die Grundfreiheiten in Anspruch nehmen konnte.

B. Zweiter Teil: Die wesentlichen Institutionen, Elemente und Ergebnisse der Internationalisierung

I. Internationale Institutionen in der Schweiz

1. Bedeutung

Wir haben uns leider in der schweizerischen Rechtswissenschaft, abgesehen von der Beschäftigung mit der WTO,⁴¹⁷ wohl zu wenig mit den internationalen Institutionen beschäftigt, obwohl sich eine bedeutende Anzahl gerade auch für den Finanzbereich in der Schweiz befindet und sie massgeblich an der internationalen Rechtsentwicklung beteiligt sind. Die Bedeutung dieser Institutionen kann nicht übertrieben werden. Ich erlaube mir hier einen kurzen Rundgang.

2. Die Bank für Internationalen Zahlungsausgleich (BIZ)

Eine der wichtigsten und zugleich die älteste internationale Finanzinstitution ist die *Bank für Internationalen Zahlungsausgleich (BIZ)*.⁴¹⁸ Sie wurde durch das

413 Richtlinie 2004/39/EG, vgl. Fn. 268.

414 Art. 36 ff. MiFID.

415 Art. 14 MiFID.

416 Sog. systematische Internalisierer, Art. 27 MiFID.

417 Stellvertretend, bereits vor 10 Jahren auf die Bedeutung der WTO für die Rechtsentwicklung aufmerksam machend: THOMAS COTTIER, Die Welthandelsordnung im Prozess der Globalisierung, Die Volkswirtschaft, 1/2002, S. 39 ff.

418 Vgl. HANS FEHR, Die Bank für Internationalen Zahlungsausgleich im Lichte des schweizerischen Rechts, in: Ernst Heymann (Hrsg.), Arbeiten zum Handels-, Gewerbe- und Landwirtschaftsrecht, Nr. 92, Sonderdruck, Marburg in Hessen 1931, S. 1145 f.; Botschaft vom 7. Feb-

Abkommen über die Bank für Internationalen Zahlungsausgleich vom 20. Januar 1930⁴¹⁹ als internationale Organisation im Rechtskleid einer schweizerischen Aktiengesellschaft gegründet, wobei die Schweizerische Nationalbank seit Beginn Aktionärin der BIZ war und immer noch ist.⁴²⁰ Die «Zentralbank der Zentralbanken» – wie die BIZ auch häufig genannt wird – untersteht nur beschränkt der schweizerischen Gerichtsbarkeit und unterscheidet sich auch in anderen organisatorischen Aspekten von einer gewöhnlichen Aktiengesellschaft.⁴²¹ So steht beispielsweise der Verwaltungsrat über der Generalversammlung und das Stimmrecht ist losgelöst von der Aktienbeteiligung. Die wichtigsten Organe der BIZ sind die Generalversammlung, wo jede der 60 Zentralbanken, welche der BIZ aktuell angeschlossen sind, über ein Teilnahme- und Stimmrecht verfügt, sowie der Verwaltungsrat mit momentan 18 Mitgliedern und die Geschäftsleitung.⁴²² Zudem enthält das Abkommen⁴²³ die «gesellschaftlichen, fiskalischen und administrativen Sonderrechte», welche der BIZ gewährt werden.⁴²⁴

Die BIZ soll gemäss ihrer statutarischen Zweckbestimmung die Zusammenarbeit zwischen den Zentralbanken fördern, wozu vor allem die Zusammenkünfte der Zentralbankpräsidenten dienen, die alle zwei Monate stattfinden. Zudem soll sie neue Möglichkeiten für internationale Finanzgeschäfte schaffen.

Die BIZ fungiert grundsätzlich als Geschäftsbank der Zentralbanken und weiterer internationalen Organisationen und kann dabei unter anderem Goldkäufe und -verkäufe tätigen, gegen Sicherheit Darlehen gewähren und aufnehmen, Devisentransaktionen ausführen sowie weitere Geschäfte abschliessen. Die BIZ ist aber nicht befugt, an Regierungen Darlehen zu geben, Aktiengeschäfte auszuführen oder beherrschenden Einfluss auf Unternehmen zu erlangen.

Eine zentrale Bedeutung hat die BIZ auch als Gastgeberin mehrerer Organisationen und Ausschüsse, wozu insbesondere die folgenden vier Ausschüsse zu zählen sind: Der Basler Ausschuss für Bankenaufsicht, der Ausschuss für Zah-

ruar 1930 betreffend die Genehmigung des Abkommens über die Bank für Internationalen Zahlungsausgleich und die Verlängerung der Gültigkeitsdauer dieses Abkommens für die Dauer der Bank, BBI 1930 I 69 ff., mit Ausführungen zum Zweck der Gründung der BIZ, welcher hauptsächlich in der Abwicklung der Reparationszahlungen im Zusammenhang mit dem Ersten Weltkrieg gesehen wurde.

419 Abkommen vom 20. Januar 1930 über die Bank für Internationalen Zahlungsausgleich (mit Grundgesetz der Bank), SR 0.192.122.971; Statuten der Bank für Internationalen Zahlungsausgleich vom 20. Januar 1930, <www.bis.org>.

420 Vgl. Botschaft vom 6. Juni 1930 über die Beteiligung der Schweizerischen Nationalbank an der Bank für Internationalen Zahlungsausgleich, BBI 1930 I 701 ff.

421 FEHR (Fn. 418), S. 1153.

422 «Die BIZ im Profil», Januar 2012, <www.bis.org>.

423 Genauer genommen ist es das in das Abkommen integrierte Grundgesetz, das Rechtswirkungen zeitigt. Der Einfachheit halber wird diese Differenzierung hier im Kontext ausgeblendet; vgl. dazu auch Botschaft BIZ (Fn. 418), BBI 1930 I 84 f., 89.

424 Botschaft BIZ (Fn. 418), BBI 1930 I 89.

lungsverkehrs- und Abrechnungssysteme, der Ausschuss für das weltweite Finanzsystem und der Märkteausschuss. Diese Ausschüsse sind rechtlich rein faktische Konferenzen der Zentralbankgouverneure bzw. der Bankenaufsichtsmitglieder der G-10, wobei ihnen die BIZ organisatorisch und logistisch zur Seite steht.

Die BIZ ist zudem die (administrative) Gastgeberin des Financial Stability Board (FSB, vormals Financial Stability Forum), der Internationalen Vereinigung der Einlagesicherungen und der Internationalen Vereinigung der Versicherungsaufsichtsbehörden (IAIS).

Eine hohe Beachtung kommt auch den Forschungsarbeiten der BIZ zu, deren Ergebnisse regelmässig unter der Bezeichnung «BIS Papers» veröffentlicht werden.⁴²⁵

3. Der Basler Ausschuss für Bankenaufsicht und das Basler System

a. Der Basler Ausschuss: Organisation und Funktion

Der Basler Ausschuss für Bankenaufsicht (Basel Committee on Banking Supervision, BCBS) wurde im Jahre 1974 als Reaktion auf die ersten grossen Bankkrisen von den G10-Staaten gegründet.⁴²⁶ Seit 2009 ist der BCBS kein G-10-Gremium mehr, sondern besteht mittlerweile aus 27 Mitgliedsländern (sog. «G-20 Plus»). Er untersteht dem Ausschuss der Zentralbankpräsidenten⁴²⁷ der Mitgliedländer (Group of [Central Bank] Governors and Heads of [Banking] Supervision, sog. GHOS) und kommt jeweils quartalsweise zu Sitzungen zusammen.

Da nicht alle Mitgliedsländer des BCBS ihre Zentralbanken mit der Beaufsichtigung ihrer Banken betraut haben, sondern dafür unabhängige Aufsichtsbehörden vorsehen, werden auch deren Vertreter zu den Arbeiten des Ausschusses beigezogen.

Seit seiner Gründung bemühte sich der BCBS vor allem um die Beaufsichtigung sämtlicher Banken sowie ihrer Auslandniederlassungen und um die Erarbeitung von *Grundprinzipien für eine angemessene Aufsicht*. Heute bezweckt der BCBS gemäss eigener Aussage «[...] to enhance understanding of key supervisory issues and improve the quality of banking supervision worldwide.»⁴²⁸

Der BCBS kann keine rechtlich verbindlichen Regelungen erlassen, doch werden seine Richtlinien als «*Mindeststandards*» angesehen und von den meisten Ländern aufgrund ihrer Überzeugungskraft in innerstaatliches Recht transformiert. Die BCBS-Regelungen können somit als internationales «soft law» be-

425 Vgl. NOBEL, Finanzmarktrecht (Fn. 47), § 3 N 258 ff. m.w.H.

426 Vgl. auch vorne A.I.7 und A.I.8 sowie GOODHART (Fn. 84).

427 Bzw. auch den Vorstehern der prudentiellen Bankaufsichtsbehörde, falls die prudentielle Bankaufsicht bei einer von der Zentralbank getrennten Behörde liegt (wie in der Schweiz bei der FINMA).

428 BIZ, About the Basel Committee, <www.bis.org/bcbs/about.htm>.

zeichnet werden (dazu hinten B.II), das sich vor allem auf die folgenden drei Bereiche konzentriert: die Grundprinzipien für eine wirksame Bankenüberwachung (beispielsweise die Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörden und das Bewilligungsprinzip), die Standards der konsolidierten Überwachung international tätiger Banken und der damit zusammenhängenden Behördenzusammenarbeit (beispielsweise die Zuständigkeit des Herkunftslandes für die konsolidierte Aufsicht bei Bankengruppen, Koordination und Kommunikation zwischen den Aufsichtsbehörden) sowie die Unterlegung der Bankrisiken mit Liquidität und Eigenmitteln.

Es geht grundsätzlich darum, wie Banken weltweit umfassend beaufsichtigt werden können und welche organisatorischen und finanziellen Voraussetzungen sie zu erfüllen haben.

In diesem Zusammenhang soll kurz auf die Basler Eigenkapitalvorschriften eingegangen werden.

b. Von «Basel I» bis «Basel III»

1988 hat der BCBS das Dokument «International Convergence of Capital Measurement and Capital Standards» publiziert, das als «Eigenkapitalvereinbarung», «Capital Accord» oder «Basel I» bezeichnet wird, obwohl es sich um keine Vereinbarung im juristischen Sinne handelt.⁴²⁹ Basel I bezweckte, die *Eigenmittelbasis von (internationalen) Banken zu stärken*, um sie gegen Verluste auf der Aktivseite der Bilanz, insbesondere Kreditausfälle, besser zu wappnen. Zudem sollten aus Gründen des «level playing field» die Eigenmittolvorschriften vereinheitlicht werden.

Basel I folgte der indirekten Methode: Aktivpositionen und ausserbilanzielle Position wurden mit dem Prozentsatz der statistischen Ausfallwahrscheinlichkeit der Gegenpartei multipliziert, d.h. risikogewichtet, und dann mit dem einheitlichen Satz von 8 % unterlegt. Die 8 % Eigenmittel hatten lediglich zu einem Viertel (d.h. 2 %) aus Aktienkapital und offenen Reserven – sog. hartem Kernkapital – zu bestehen.⁴³⁰ Der Rest konnte mit ergänzendem Kapital unterlegt werden, wozu beispielsweise stille Reserven, Rückstellungen, hybride Finanzierungsinstrumente und nachrangige Verbindlichkeiten zählten.

1991 schlug der BCBS zusätzlich ein System zur Erfassung und Überwachung von Grossrisiken vor.

Die Schweiz übernahm diese Systeme mit den Revisionen der Bankenverordnung vom 12. Dezember 1994 und vom 29. November 1995.

Der eigentliche «Sündenfall» ereignete sich bereits 1996. Basel II hat die damals entstandenen Regeln praktisch unverändert übernommen.⁴³¹

429 Vgl. auch vorne A.III.5.b.

430 Es galt 4 % Kernkapital zu erreichen, davon konnte allerdings die Hälfte in Hybridkapital gehalten werden, daher ergab sich ein «hartes» Kernkapital (auch als Common Equity Tier 1, bzw. CET1 bezeichnet) von 2 %.

431 Vgl. Basler Ausschuss für Bankenaufsicht, Änderung der Eigenkapitalvereinbarung zur Einbe-

Doch schon 1998 begannen die ersten Revisionsarbeiten zu Basel I. 2001 wurde ein erster Revisionsvorschlag veröffentlicht und 2004 die neue Eigenkapitalvereinbarung verabschiedet.⁴³² Nach einer weiteren Überarbeitung veröffentlichte die BIZ Mitte 2006 die «International Convergence of Capital Measurement and Capital Standards: A Revised Framework – Comprehensive Version»,⁴³³ die ein äusserst komplexes und technisches Regelwerk mit einem Umfang von über 300 Seiten darstellen und als «*Basel II*» bezeichnet werden. Die Schweiz übernahm das Basel II-Regime mit dem Erlass der Eigenmittelverordnung, welche am 1. Januar 2007 in Kraft trat.

Mit Basel II sollte primär die *Sicherheit des Finanzsystems gestärkt* werden, indem der Blick vermehrt auf den Zusammenhang zwischen eingegangenen Risiken und deren Unterlegung mit Eigenmitteln gerichtet wird. Zudem wurde die Erfassung und Unterlegung des *operationellen Risikos* eingeführt. Mit operationellem Risiko wird die Gefahr von Verlusten bezeichnet, die infolge der Unangemessenheit oder des Versagens von internen Verfahren, Menschen oder Systemen oder als Folge von externen Ereignissen eintreten. Enthalten sind Rechtsrisiken, nicht aber strategische Risiken und Reputationsrisiken (Art. 77 ERV). Basel II erlaubte den Banken zudem die Bemessung des Risikos nach bankeigenen internen Modellen vorzunehmen, sofern die Modelle bestimmten Voraussetzungen genügen.⁴³⁴

Basel II sieht erstens Eigenmittelmindestanforderungen für alle Banken vor. Dieser Bereich stellt die erste der *drei Säulen des Basel II-Konzepts* dar. Zur Säule 2 gehören die Regelungen über das Aufsichtsverfahren wie die individuelle Eigenmittelplanung⁴³⁵, Stresstests und die Frühintervention («regulatory action»). Im Rahmen der Eigenmittelplanung soll auch für die durch die Säule 1 nicht erfassten Risiken ein Risikopuffer von Eigenmitteln bereitgestellt werden. Die Säule 3 dagegen befasst sich mit der Transparenz und Offenlegung der Risiken und der Eigenmittel sowie mit Rechnungslegungsstandards.

Das Risikomanagement nach Basel II, vor allem die Erfassung und Berechnung der Risiken, ist äusserst technisch und komplex. Inwiefern aber eine im-

ziehung von Marktrisiken, November 2005, S. 1, Fn. 2, <www.bis.org>; EBK, Jahresbericht 1995, S. 87 ff., <www.finma.ch>/Rubrik «Archiv»; NOBEL, Finanzmarktrecht (Fn. 47), § 3 Rz. 335.

432 Anfänglich glaubte man, für die Revision von Basel I ca. zwei Jahre zu benötigen.

433 BCBS, International Convergence of Capital Measurement and Capital Standards: A Revised Framework – Comprehensive Version, June 2006, <www.bis.org>.

434 Diese Möglichkeit der internen Selbstberechnung der regulatorischen Eigenmittelanforderungen wurde erstmals 1996 mit der Veröffentlichung der Richtlinien zur Eigenmittelunterlegung von Marktrisiken eingeführt (vgl. Fn. 300); vgl. auch BCBS, Planned Supplement to the Capital Accord to Incorporate Market Risks, 1995. Beide Dokumente sind auffindbar unter <www.bis.org>.

435 Vgl. FINMA-RS 2011/2 «Eigenmittelpuffer und Kapitalplanung bei Banken», <www.finma.ch>.

mer grösser werdende Komplexität des Risikomanagements zu einer besseren Aufsicht führt, sei hier dahingestellt.⁴³⁶

2009 publizierte der BCBS das Konsultationspapier «Proposed enhancements to the Basel II framework»,⁴³⁷ das die Schwachstellen von Basel II, die in der Finanzkrise zum Vorschein traten, bekämpfen sollte, und auch als «Basel 2.5» bezeichnet wird.⁴³⁸ Das Papier berücksichtigte auch die Empfehlungen der G-20 und des FSB.⁴³⁹

Der Hauptaugenmerk lag dabei auf der Säule 1: Die Eigenmittelbasis der Banken sollte massiv verstärkt werden. Dazu sollen die Eigenhandelsaktivitäten der Banken, vor allem die CDOs (Collateralised Debt Obligations; Verbrie- fungen) und die Gegenpartei-Kreditrisiken aus OTC-Derivatgeschäften mit mehr Eigenmitteln unterlegt und die Risiken umfassend abgedeckt werden.

In der Säule 2 soll vor allem der aufsichtsrechtliche Überwachungsprozess auch hinsichtlich der Corporate Governance und des Risikomanagements verbessert werden. Durch geeignete Anreize, unter anderem auch durch entsprechende Entschädigungsmodelle,⁴⁴⁰ sollen künftig sämtliche Risiken konzernweit erfasst, eine kontrollierte Risikoneigung bzw. -kultur etabliert und Risikokonzentrationen vermieden werden. Zudem sollen die Standfestigkeit der Banken durch regelmässige Stresstests überprüft und die Liquiditätsrisiken besser kontrolliert werden.⁴⁴¹

Auch die Marktdisziplin der Säule 3 soll durch umfassende Offenlegungsvorschriften erhöht werden. Damit sollen das Risikoverständnis der Banken und die Aussagekraft der Bilanzen im Zusammenhang mit ihren Verbriefungsaktivitäten erhöht werden.

Die Schweiz hat das in der Finanzkrise rasch angepasste Basel II – auch als «Basel 2.5» bezeichnet – mit der Revision der ERV vom 10. November 2010

436 Berechtigt ist die Frage, ob es je einmal möglich sein wird, sämtliche Risiken umfassend zu erfassen. Mit dem (gegenüber den Marktteilnehmern kommunizierten) Anspruch auf eine vollständige Risikoerfassung wird, wenn die Krise wieder in Vergessenheit geraten wird – ein real nicht vorhandenes Sicherheitsgefühl betreffend Risikomanagement suggeriert. Auch der Risikogewichtungsansatz, der Bewertungsvorgang von Risiken, ist nicht unproblematisch. Wenn das Risiko eintrifft, trifft es mit voller Wucht, d.h. zu 100%, ein, vgl. dazu PETER NOBEL, Der Risikobegriff und rechtliche Risiken, ZSR NF 129/2010 Bd. I Heft 1, S. 3 ff., S. 3; vgl. zur Kritik des Konzeptes der risikoadjustierten Eigenmittelunterlegung KASPAR MÜLLER, Eigenkapital und Banken – Return of Equity statt Return on Equity, Jusletter vom 3. Mai 2010.

437 BCBS, Proposed enhancements to the Basel II framework, 2009; vgl. auch FINMA, Jahresbericht 2009 (Fn. 135), S. 16 und 29 f.

438 Konkret umfasste dies eine massive Erhöhung der Eigenmittelanforderungen für Markt- und Kreditrisiken im Handelsbuch (und von Verbriefungen auch im Bankenbuch) sowie die Unterlegung eines Stressed VaR. Gegenparteirisiken aus OTC-Derivaten wurden jedoch erst mit Basel III erfasst.

439 Vgl. FINMA, Jahresbericht 2009 (Fn. 135), S. 29 mit dem gleichen Schluss.

440 Vgl. auch FINMA-RS 2010/1 «Vergütungssysteme», <www.finma.ch>.

441 NOBEL, Finanzmarktrecht (Fn. 47), § 3 N 337 ff.; BCBS, Principles for Sound Liquidity Risk Management and Supervision, 2008, <www.bis.org>; vgl. auch «FINMA gibt Auskunft über Stresstests», Medienmitteilung der FINMA, 23. Juli 2010, <www.finma.ch>.

und den vier FINMA-Rundschreiben, die auf den 1. Januar 2011 in Kraft getreten sind, ebenfalls in Windeseile ins nationale Recht implementiert.⁴⁴² Die ERV nimmt nun ausdrücklich zur Bedeutung der internationalen Standards Stellung. So gelten durch die Neueinführung von Art. 4 lit. f ERV als «*Basler Mindeststandards*: diejenigen Dokumente des Basler Ausschusses für Bankenaufsicht, welche für die Berechnung der Eigenmittelanforderungen massgebend sind», und in Art. 76 Abs. 2 ERV wird zur Berechnung der Marktrisiken direkt auf die Basler Publikationen verwiesen: «Die FINMA präzisiert die Berechnung der erforderlichen Eigenmittel nach dem Marktrisiko-Modellansatz. Sie richtet sich dabei nach den Basler Mindeststandards.»

Nach Basel 2.5 ging es weiter. Der BCBS publizierte im Dezember 2010 das Regelwerk «*Basel III: A global regulatory framework for more resilient banks and banking systems*», das in Zusammenarbeit mit der Gruppe der Zentralbankpräsidenten und Leiter der Bankenaufsicht (Group of Governors and Heads of Supervision, GHOS) entworfen und im Juni 2011 bereits geringfügig abgeändert wurde.⁴⁴³ *Basel III* stellt eine Weiterentwicklung von Basel II und Basel 2.5 dar, umfasst (durch Verweise) auch andere Bereiche des BCBS und verlangt *deutlich mehr und qualitativ bessere Eigenmittel* zur besseren Absorption von Verlusten. Nebst den Eigenmitteln zu den erfassten Risiken und dem Eigenmittelpuffer wird auch ein zusätzlicher, antizyklischer Puffer verlangt.⁴⁴⁴

Durch Basel III wird auch das *Liquiditätsrisikomanagement verschärft*, indem die «*Principles for Sound Liquidity Risk Management and Supervision*» von 2008⁴⁴⁵ mit weiteren Liquiditätsvoraussetzungen ergänzt werden. Die Banken sollen über genügend Liquidität verfügen, so dass sie in Stresssituationen mindestens einen Monat lang den Betrieb aufrechterhalten können, was mit der «*Liquidity Coverage Ratio*» (LCR; auch Liquiditätspuffer genannt) ausgedrückt werden soll. Des Weiteren sollen Anreize für Banken geschaffen werden, ihre Aktivitäten auf einer stabileren und langfristigeren Basis zu finanzieren. Dazu soll die «*Net Stable Funding Ratio*» (NSFR) dienen.⁴⁴⁶ Der wesentlichste Grund, dass Banken in finanzielle Schwierigkeiten geraten, ist denn auch nicht eine Insolvenz, sondern Liquiditätsprobleme.

Um das Risiko künftiger Finanzkrisen zu verringern, führt Basel III auch eine Höchstverschuldungsquote, die sog. «*Leverage Ratio*», ein. Dadurch soll das fremdfinanzierte Bilanzwachstum, das gewisse Positionen mit falscher Ri-

442 Änderung der ERV vom 10. November 2010, AS 2010 5429; FINMA-RS 2008/19 «Kreditrisiken Banken», FINMA-RS 2008/20 «Marktrisiken Banken», FINMA-RS 2008/22 «Offenlegung Banken» und FINMA-RS 2008/23 «Risikoverteilung Banken» (jeweils mit Änderungen vom 17. November 2010).

443 Dazu auch vorne A.III.5.b.

444 Zu den Eigenmitteln zählen primär Eigenkapital und Reserven, aber unter gewissen Voraussetzungen auch bedingtes Kapital (Contingent Convertible Bonds, CoCos).

445 BCBS, Principles for Sound Liquidity Risk Management and Supervision, 2008 (Fn. 441).

446 Basel III (Fn. 301), N 34 ff.

sikogewichtung beinhalten könnte, begrenzt und eine weitere Sicherheit für Stresssituationen in das bestehende Eigenmittelkonzept eingebaut werden.⁴⁴⁷

Basel III wurde noch nicht umgesetzt. Die Details der Einführung der Leverage Ratio und deren Auswirkungen sowie der neuen Standards bezüglich Liquiditätsrisiken sind in der Beobachtungs- und Ausarbeitungsphase.⁴⁴⁸ Erste Revisionsvorlagen für deren Implementierung in das schweizerische Recht sind für das Jahr 2013 vorgesehen. Die neuen Eigenmittelvorschriften sollen dagegen schon mit der Revision der ERV und den vier erwähnten FINMAR-S,⁴⁴⁹ zu denen die Anhörung am 16. Januar 2012 endete, auf den 1. Januar 2013 in Kraft treten, wobei die Umsetzung etappenweise⁴⁵⁰ bis spätestens am 1. Januar 2018 vollständig gewährleistet werden muss.⁴⁵¹

Basel III spricht auch das Systemrisiko von Grossbanken an und verweist auf die Zusammenarbeit mit dem FSB. Zu den Lösungen gehören Kapitalanreize für den Gebrauch zentraler Gegenparteien für OTC-Derivate, höhere Kapitalanforderungen für Handels-, Verbriefungs- und derivative Aktivitäten sowie für ausserbilanzielle Ausstände (wie z.B. strukturierte Anlagevehikel), höhere Kapitalanforderungen für Ausstände im interfinanziellen Sektor und Liquiditätsbestimmungen, die übermässige Kurzfristfinanzierungen verhindern sollen.⁴⁵²

Die Schweiz stellt heute schon mit den Änderungen des BankG vom 30. September 2011, welche am 1. März 2012 in Kraft getreten sind, an ihre systemrelevanten Banken strengere Anforderungen bei den Eigenmitteln, der Liquidität und der Organisation und geht damit bereits über die internationalen Mindestanforderungen von FSB und BCBS zu Global Systemically Important Banks⁴⁵³ (G-SIBs) hinaus.⁴⁵⁴

4. *Financial Stability Board (FSB; vormals Financial Stability Forum)*

Das Financial Stability Board (FSB), wie die Organisation sich seit der Mandatserweiterung im Jahre 2009 durch die G-20 nennt, wurde 1999 unter dem

447 Basel III (Fn. 301), N 16 f. und N 151 ff.

448 Die LCR-Vorschriften (Liquiditätspuffer) müssen spätestens am 1. Januar 2015, die NSFR- und die Leverage-Ratio-Vorschriften dagegen spätestens am 1. Januar 2018 erfüllt werden; Basel III (Fn. 301), N 45 und N 167.

449 Vgl. vorne Fn. 442.

450 Diese beinhalten auch den gestaffelten Anstieg bzw. das Abschmelzen nicht mehr anerkannter Eigenmittelbestandteile.

451 FINMA, Neue Basel-III-Eigenmittelvorschriften und Revision mehrerer FINMA-Rundschreiben, Kernpunkte, 21. Oktober 2011, <www.finma.ch>; Basel III (Fn. 301), N 94 ff.

452 Basel III (Fn. 301), N 32 f.; vgl. auch BCBS, Report and Recommendations of the Cross-border Bank Resolution Group, Consultative Document, 2009, <www.bis.org>.

453 FSB, Key Attributes (Fn. 100); FSB, Policy Measures (Fn. 98).

454 Von den Schweizer Grossbanken wird bspw. CET1 (hartes Kernkapital) von 10 % der RWA anstatt 8–9,5 %, wie von FSB und BCBS empfohlen, verlangt. Vgl. auch vorne A.I.10, A.III.6.a und B.I.3.b.

Namen «Financial Stability Forum (FSF)» durch die G-7 gegründet. Seit der Krise 2008 hat sich das FSB, welches seinen Sitz bei der BIZ in Basel hat, zur weltweit führenden Institution für die Koordination und Entwicklung der internationalen Aktivitäten im Finanzwesen entwickelt. Das FSB wirkt heute als *das Konsultationsgremium schlechthin* und dient als Bindeglied zwischen nationalen Behörden und internationalen Standardsetzern. Der Blick auf die Mitgliederliste des FSB macht dies auch unmittelbar bewusst. Das FSB besteht aus Vertretern von Finanzministerien, Zentralbanken und/oder Aufsichtsbehörden aus aktuell 24 verschiedenen Ländern (inklusive der führenden Wirtschaftsnationen), der Europäischen Kommission, der EZB sowie aller wichtigen internationalen Organisationen im Finanzbereich: IWF, Weltbank, BIZ, OECD, BCBS, IOSCO, IAIS, CGFS [Committee on the Global Financial System], CPSS [Committee on Payment and Settlement Systems] und International Accounting Standard Board.⁴⁵⁵ Die Schweiz ist seit 2007 Mitglied im FSB. PHILIPP HILDEBRAND, ehem. Vorsitzender des Direktoriums der SNB, war zuletzt Vizepräsident des FSB.

Die Plenarversammlung als Entscheidungsgremium trifft sich zweimal und der Steuerungsausschuss, der die operationelle Führung innehat, viermal im Jahr. Die Treffen werden jeweils vom Vorsitzenden einberufen und geleitet. Daneben bestehen ständige Ausschüsse, Arbeits- und Expertengruppen, die sich mit Teilespekten des internationalen Finanzwesens wie der Implementierung von Standards, der internationalen Zusammenarbeit bei der Aufsicht oder des internationalen Krisenmanagements beschäftigen.

Die Mitglieder sind zur Stärkung der Finanzstabilität, zur Transparenz und Offenheit des Finanzsektors sowie zur Umsetzung internationaler Standards (wie z.B. Basel III) verpflichtet. Die Einhaltung dieser Pflichten wird regelmäßig überprüft. Die Schweiz wurde 2011 geprüft. Der Prüfbericht vom 25. Januar 2012⁴⁵⁶ stellt fest, dass die Schweiz bei der Regulierung systemrelevanter Banken sehr zügig vorangeschritten ist und bei den Eigenmittelvorschriften über die internationalen Standards hinausgeht. Das FSB empfiehlt der Schweiz unter anderem, die personellen Ressourcen der FINMA weiter auszubauen, um künftig besser in der Lage zu sein, eigenständig – und unabhängig von externen Prüfgesellschaften – Kontrollen auch in den Bereichen des Risikomanagements sowie der internen Kontrollen der Banken durchführen zu können. Erwähnenswert ist auch der Detailvorschlag, wonach die FINMA bei der Zuhilfenahme von externen Prüfgesellschaften für Aufsichts- und Kontrollhandlungen eine andere Prüfgesellschaft mandatieren solle, als jene, die ohnehin durch das beaufsichtigte Institut als Prüfgesellschaft gewählt worden sei. Zudem empfiehlt

⁴⁵⁵ <www.financialstabilityboard.org/about/fsb_members.htm>.

⁴⁵⁶ FSB, Peer Review of Switzerland, Review Report, 25. Januar 2012, <www.financialstabilityboard.org>.

das FSB aus level playing field-Gründen die Abschaffung der noch bestehenden Staatshaftung bei den Kantonalbanken.

Das FSB ist äusserst aktiv und hat schon unzählige Dokumente publiziert. Im Juli 2011 veröffentlichte es die zwei Dokumente «Effective Resolution of Systemically Important Financial Institutions» und «Global Systemically Important Banks: Assessment Methodology and the Additional Loss Absorbency Requirement» zur öffentlichen Anhörung, wobei das zweite vom BCBS erarbeitet wurde. Die Anhörungsergebnisse hat das FSB im November 2011 publiziert und die Dokumente verabschiedet.⁴⁵⁷

Eine der wohl wichtigsten Publikationen des FSB ist der im April 2008 veröffentlichte «Report of the Financial Stability Forum on Enhancing Market and Institutional Resilience», der 67 Empfehlungen enthält und somit die Marschrichtung der künftigen Finanzarchitektur vorgibt.⁴⁵⁸

Zu den wichtigeren Publikationen der letzten Monate gehören auch die Empfehlungen zur Regulierung des Schattenbankenwesens sowie der Bericht zur Einlagensicherung.⁴⁵⁹

Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass das FSB unter dem Begriff «International Standards and Codes to strengthen Financial Systems» nach wie vor die wichtigsten Standards zusammenfasst, welche internationale Anerkennung geniessen.⁴⁶⁰

5. International Association of Insurance Supervisors – IAIS

Die internationale Vereinigung der Versicherungsaufsichtsbehörden (IAIS) wurde 1994 gegründet. Mitglieder sind die Versicherungsaufsichtsbehörden aus beinahe 140 Ländern. Zudem partizipieren über 120 Berufsorganisationen, (Rück-)Versicherungen und internationale Finanzinstitutionen als beobachtende Mitglieder. Seit 1998 ist die BIZ die Gastgeberin der IAIS.

Die IAIS bezweckt die wirkungsvolle und global konsistente Aufsicht über das Versicherungswesen, um ausgewogene, sichere und stabile Versicherungsmärkte zum Schutz der Versicherungsnehmer zu gewährleisten, und zur globalen Finanzstabilität beizutragen.⁴⁶¹

Die FINMA würdigte dieses Gremium in ihrem Jahresbericht 2011 wie folgt:

457 FSB, Effective Resolution of Systemically Important Financial Institutions, Overview of responses to the public consultation, 4. November 2011; vgl. auch vorne A.III.6.a.

458 FSB, Enhancing Market and Institutional Resilience (Fn. 310); vgl. auch vorne A.III.6.a.

459 FSB, Shadow Banking: Strengthening Oversight and Regulation, Recommendations of the Financial Stability Board, 27. Oktober 2011; FSB, Thematic Review on Deposit Insurance Systems, Peer Review Report, 8. Februar 2012; beide Dokumente sind auffindbar unter <www.financialstabilityboard.org>.

460 Vgl. hinten B.II.1.

461 NOBEL, Finanzmarktrecht (Fn. 47), § 3 N 368 ff. m.w.H.

«Internationale Entwicklungen im Versicherungsbereich finden heute auf globaler Ebene statt, namentlich in der International Association of Insurance Supervisors. Vermehrt ist aber auch ein Interesse des Financial Stability Board am Einbezug des Versicherungsbereichs festzustellen, vor allem zu Fragen der Finanzstabilität.»⁴⁶²

Zentraler Arbeitsschwerpunkt der IAIS ist vor allem das *Standardsetting im Versicherungsbereich* sowie die Behandlung von Fragen zur *Finanzstabilität*. Diese Themen werden ergänzt durch Aktivitäten im Bereich der Umsetzung der Standards, des Informationsflusses und der Kooperation zwischen den Aufsichtsbehörden sowie in der Ausbildung. Ein wichtiges mehrjähriges Projekt der IAIS bildet das «Common Framework for the Supervision of Internationally Active Insurance Groups» (ComFrame), das seit dem 1. Juli 2010 entwickelt wird.⁴⁶³ Im Bereich der Finanzstabilität sind mit dem Bericht «Insurance and Financial Stability»⁴⁶⁴ Grundlagen erarbeitet worden, auf denen aufbauend nun eine Methodologie zur Identifikation von allfälligen systemrelevanten Versicherern sowie ein Massnahmenkatalog zur Behandlung dieser Systemically Important Insurers (SIIIs) entwickelt wird.

Auch für die Versicherungsbranche gilt, dass keine Versicherung der Aufsicht entgehen können soll.⁴⁶⁵ Zu diesem Zweck entwickelte die IAIS die am 1. Oktober 2011 revidierten «*Insurance Core Principles*» (ICPs), die durch Standards, Guidance und eine Assessment Methodology ergänzt werden.⁴⁶⁶ Bei den ICPs handelt es sich um 26 weltweit anwendbare «Kerngrundsätze» zur Ausgestaltung einer wirksamen Versicherungsaufsicht. Die Prinzipien stellen somit einerseits einen Leitfaden für die Aufsichtsbehörden und ein Instrument zu deren Selbstbeurteilung dar, andererseits dienen sie auch dem Internationalen Währungsfonds zur Beurteilung des Zustands des jeweiligen Aufsichtsregimes.⁴⁶⁷ Die Schweiz engagiert sich in den IAIS-Gremien intensiv.

6. Das Joint Forum

Das Joint Forum wurde 1996 von den Organisationen BCBS, IOSCO und IAIS gegründet. Dementsprechend stammen die Vertreter des Forums aus Banken-, Effektenhandels- und Versicherungsaufsichtsbehörden aus 13 Ländern sowie aus den drei Gründerinstitutionen, wobei die EU-Kommission Beobachtersta-

462 FINMA, Jahresbericht 2011 (Fn. 166), S. 49.

463 IAIS, Common Framework for the Supervision of Internationally Active Insurance Groups, Concept Paper, 1. Juli 2011, <www.iaisweb.org>.

464 IAIS, Insurance and Financial Stability, November 2011, <www.iaisweb.org>.

465 IAIS, Principles Applicable to the Supervision of International Insurers and Insurance Groups and their Cross-Border Business Operations, 2007, S. 5, <www.iaisweb.org>.

466 IAIS, Insurance Core Principles, Standards, Guidance and Assessment Methodology, 1. Oktober 2011, <www.iaisweb.org>.

467 FINMA, Jahresbericht 2011 (Fn. 166), S. 49.

tus hat. Auch dieses Forum ist bei der BIZ angesiedelt. Das Forum trifft sich dreimal jährlich.⁴⁶⁸

Der Hauptzweck des Joint Forums ist der *branchenübergreifende Informationsaustausch unter den verschiedenen Aufsichtsbehörden* und die Erarbeitung von *Prinzipien für eine wirksame Überwachung von internationalen Finanzkonglomeraten*. Thematische Arbeitsschwerpunkte des Forums sind das Risikomanagement, die interne Kontrolle, die Revision und die konsolidierte Aufsicht im Allfinanzkonzern. Es soll durch geeignete Massnahmen sichergestellt werden, dass eine Unternehmensgruppe ihre Stabilität bewahren kann, wenn ein Teil von ihr in Schwierigkeiten gerät. Dazu sollen vor allem die Kommunikation und die Koordination zwischen den Aufsichtsbehörden verschiedener Branchen und Länder verbessert und Grundsätze für eine branchenübergreifende Aufsicht entwickelt werden.

Zurzeit ist für jedes grosse Finanzkonglomerat die Aufsichtsbehörde des Heimatlandes zuständig; diese muss die Aufsicht über die grenzüberschreitenden Aktivitäten mit den ausländischen Behörden koordinieren.

Im Dezember 2011 hat das Forum die öffentliche Anhörung zu den «*Principles for the supervision of financial conglomerates*» publiziert. Die Vernehmlassungsfrist lief am 16. März 2012 ab.⁴⁶⁹

Weitere wichtige Publikationen des Forums sind jene zum Transfer von Kreditrisiken,⁴⁷⁰ zum Verkauf von Finanzprodukten an ungeeignete Investoren,⁴⁷¹ zu Special Purpose Entities (SPEs)⁴⁷² und zu den Anreizen in der Branche zur Verbriefung von Vermögenswerten.⁴⁷³

7. Die WTO mit dem Dienstleistungsabkommen GATS

a. World Trade Organization (WTO)

Die Welthandelsorganisation WTO wurde mit Abkommen vom 15. April 1994 gegründet⁴⁷⁴ und nahm ihre Tätigkeit am 1. Januar 1995 an ihrem Sitz in Genf auf. Die eigentlichen Regelungen über die internationalen Handelsbeziehungen sind in den Anhängen des WTO-Übereinkommens zu finden. Die Anhänge gelten als Bestandteile des WTO-Rahmenabkommens, das insgesamt etwa

468 NOBEL, Finanzmarktrecht (Fn. 47), § 3 N 379 ff. m.w.H.

469 The Joint Forum, Principles for the supervision of financial conglomerates, Consultative document, Dezember 2011, <www.bis.org/bcbs/jointforum.htm>.

470 The Joint Forum, Credit Risk Transfer, 2008, <www.bis.org/bcbs/jointforum.htm>.

471 The Joint Forum, Customer suitability in the retail sale of financial products and services, 2008, <www.bis.org/bcbs/jointforum.htm>.

472 The Joint Forum, Report on Special Purpose Entities, 2009, <www.bis.org/bcbs/jointforum.htm>.

473 The Joint Forum, Report on asset securitisation incentives, 2011, <www.bis.org/bcbs/jointforum.htm>.

474 Abkommen zur Errichtung der Welthandelsorganisation vom 15. April 1994, SR 0.632.20, in Kraft getreten für die Schweiz am 1. Juli 1995.

20 000 Seiten umfasst.⁴⁷⁵ Im ersten Anhang ist das allgemeine materielle Recht zu finden, nämlich in Form von drei Hauptabkommen: das allgemeine Zoll- und Handelsabkommen 1994 (GATT-1994), das Allgemeine Abkommen über den Handel mit Dienstleistungen (General Agreement on Trade in Services, GATS) und das Abkommen über handelsbezogene Aspekte des geistigen Eigentums (Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights, TRIPs). Im zweiten Anhang wird das Prozessuale durch die Vereinbarung über Streitbeilegungsvorschriften (Understanding on Rules and Procedures Governing Dispute Settlements) geregelt. Der dritte Anhang befasst sich mit dem Verfahren der Überprüfung der Handelspraktiken (Trade Policy Review Mechanism). Im vierten Anhang finden sich schliesslich die plurilateralen Handelsabkommen (Plurilateral Trade Agreements). Hier soll näher auf die Liberalisierung grenzüberschreitender Dienstleistungen, auf das GATS, eingegangen werden.

Oberstes Organ der WTO ist die Ministerkonferenz, an deren Tagungen alle Vertragsparteien teilnehmen und die alle zwei Jahre stattfindet. Die Ministerkonferenz kann in sämtlichen Angelegenheiten des internationalen Handels Beschluss fassen. Für das Tagesgeschäft ist der Allgemeine Rat (General Council) zuständig, der sich mehrmals im Jahr trifft. Die Unterorgane des Allgemeinen Rates sind der Rat für Güter (Council for Goods), der Rat für Dienstleistungen (Council for Services) sowie der Rat für handelsbezogene Aspekte von Schutzrechten für geistiges Eigentum (Council for Intellectual Property). Daneben bestehen noch eine Reihe von spezialisierten Ausschüssen und Arbeitsgruppen, die sich mit einzelnen Vereinbarungen bzw. Angelegenheiten befassen. Dem Sekretariat steht der jeweils für vier Jahre gewählte Generaldirektor vor.⁴⁷⁶

Der primäre Zweck der WTO ist die *Förderung des freien Welthandels*. Die WTO führt die GATT-Vereinbarungen (General Agreement on Tariffs and Trade) weiter, gewährleistet ein WTO-internes Streitbeilegungsverfahren⁴⁷⁷ und überprüft nationale Handelspolitiken,⁴⁷⁸ wobei die konkreten Aufgaben der WTO in den selbständigen multilateralen Handelsübereinkommen geregelt sind.⁴⁷⁹

Für die Streitbeilegung zwischen den WTO-Mitgliedern ist der «Dispute Settlement Body» zuständig. Diese Instanz besteht aus einem Panel von drei Rechts- bzw. Handelsexperten. Der Entscheid kann beim «Appellate Body» angefochten werden. Die Verfahren sind äusserst kurz: Mit einem Berufungsverfahren betragen sie in der Regel höchstens 15 Monate. Häufig werden eingeleitete Streitigkeiten ausserhalb des Panels gelöst. Interessant ist, dass der Grossteil der Verfahren (etwa 60%) die USA betrifft.⁴⁸⁰

475 <www.wto.org>.

476 Vgl. NOBEL, Finanzmarktrecht (Fn. 47), § 3 N 404 ff. m.w.H.

477 Anlage 2 WTO-Abkommen, Understanding on rules and procedures governing the settlement of disputes.

478 Anlage 3 WTO-Abkommen, Trade Policy Review Mechanism.

479 NOBEL, Finanzmarktrecht (Fn. 47), § 3 N 407.

480 NOBEL, Finanzmarktrecht (Fn. 47), § 3 N 409.

b. *General Agreement on Trade in Services (GATS)*

Das GATS bezweckt die liberalisierte Schaffung eines *multilateralen Rahmens von Grundsätzen und Regeln für den internationalen Dienstleistungsaustausch*, worunter auch die Niederlassung im Ausland und die zeitweise Migration von Dienstleistungserbringern zu verstehen sind. Das GATS enthält aber keine rechtliche Verpflichtung zur Liberalisierung. Zudem ist jedem einzelnen Vertragsstaat vorbehalten, das Angebot von Dienstleistungen auf ihrem Territorium zu regeln und auch neue Regulierungen einzuführen, um die Ziele nationaler Politiken zu verwirklichen («prudential carve out»). Dennoch müssen die Vertragsstaaten gewisse Prinzipien und Verbote beachten.

Gemäss dem Meistbegünstigungsprinzip (Art. II Abs. 1 GATS) müssen sie etwa alle Handelsvergünstigungen, die sie einem anderen Staat – unabhängig von seiner WTO-Mitgliedschaft – gewähren, auch allen (anderen) Vertragsstaaten unverzüglich und bedingungslos gewähren. Dieses Prinzip kennt aber gewisse Ausnahmen bei der regionalen Integration und den sog. «Negativisten», die sektorspezifische Einschränkungen vorsehen können (Art. XVI und XVII GATS).

Zudem darf ein Vertragsstaat gemäss Art. XVI GATS ausländische Dienstleistungen nicht ungünstiger behandeln, als es die entsprechende Liste (sog. «Positivliste») dieses Vertragsstaates vorsieht (Marktzugangsprinzip). So ist der freie Marktzugang für die in diesen Listen ausdrücklich erwähnten Sektoren gegeben, nicht aber für andere.

In diesem Zusammenhang ist auch das Prinzip der Inländerbehandlung (Art. XVII GATS) zu sehen. In den Sektoren, die auf der Positivliste eines Vertragsstaates erwähnt sind, darf dieser Staat die ausländischen Dienstleistungserbringer nicht ungünstiger als seine eigenen Dienstleistungserbringer behandeln.

Im *Finanzsektor* ist die Liberalisierung nicht so weit fortgeschritten wie in anderen Sektoren. Für diesen Sektor werden die Vorschriften des GATS durch einen Anhang «Finanzdienstleistungen» präzisiert. Erst 1997 konnte das «GATS-Abkommen über Finanzdienstleistungen» als Fünftes Protokoll zum GATS (in Kraft seit 1. März 1999) verabschiedet werden, in welchem sich die meisten WTO-Mitglieder verpflichteten, neue Liberalisierungszugeständnisse in ihre Positivlisten aufzunehmen. Das Abkommen enthält aber keine Mindestverpflichtungen bei den Liberalisierungsmassnahmen, doch umfasst es alle Formen grenzüberschreitender Dienstleistungserbringung inklusive Handel, Direktinvestitionen sowie Transaktionen. Dieses Abkommen gilt als grosser Liberalisierungserfolg der WTO. Obwohl es keinen Freihandel schafft, öffnet es die nationalen Märkte dem internationalen Wettbewerb, dies zumindest im Rahmen der durch die Vertragsstaaten eingegangenen Verpflichtungen (in den Positivlisten).⁴⁸¹

481 NOBEL, Finanzmarktrecht (Fn. 47), § 3 N 431 ff.

c. Ausblick

Im Jahr 2000 wurde eine neue *WTO-Verhandlungs runde in Doha* eröffnet, welche die bessere Integration von Entwicklungsländern in den Welthandel, die weitere Öffnung der Märkte sowie die aktive Gestaltung des Globalisierungsprozesses bezweckte. Nach einem Jahrzehnt von Konferenzen, einer zwischenzeitlichen Suspendierung der Verhandlungen und deren Wiederaufnahme angesichts der Finanzmarktkrise, wurde an der informellen Ministerkonferenz Ende Januar 2012 in Davos erkannt, dass die Doha-Runde als Verhandlungsgefäß heute nicht mehr zielführend ist. Künftig sollen die offenen Themen, auch Nicht-Doha-Themen, ohne Vorbedingungen und Querverbindungen zu anderen Themen zu einem Abschluss gebracht werden.⁴⁸²

Die Schweiz ist seit dem 1. Juli 1995 Mitglied der WTO und unterzeichnete auch das Fünfte Protokoll zum GATS. Die Verpflichtungen der Schweiz (Switzerland, Schedule of Specific Commitments) in Übereinstimmung mit dem Fünften Protokoll zum GATS richten sich nach dem «Understanding on Commitments in Financial Services», einem nicht verpflichtenden Verständnisabkommen der meisten OECD-Staaten über das Mindestmass an Liberalisierung im Finanzsektor,⁴⁸³ wobei die Ausnahmen von der Meistbegünstigungsklausel in der Vorbehaltstabelle der Schweiz aufgeführt sind. So dürfen beispielsweise Niederlassungen ausländischer Banken in der Schweiz nicht auf einen schweizerischen Charakter hinweisen.⁴⁸⁴

Abschliessend ist darauf hinzuweisen, dass die Schweiz als wichtiger Exporteur von Finanzdienstleistungen ein grosses Interesse an der Liberalisierung des Finanzsektors hat. So versuchte die Schweiz schon zu Beginn der Doha-Verhandlungs runde, durch Vorschläge zur Aufhebung bestehender handelshemmender Massnahmen ihre Interessen durchzusetzen und wird dies auch weiterhin tun.⁴⁸⁵

8. Fazit: Die Schweiz als Entwicklungszentrum des internationalen Finanzmarktrechts

Wir leben in der Schweiz mitten in einem Entwicklungszentrum des internationalen Finanzmarktrechts. Viele der wichtigsten internationalen Finanzorganisationen haben ihren Sitz in Basel. Die Welthandelsorganisation hat ihren Sitz in Genf. Man könnte der Versuchung unterliegen, zu meinen, die Zukunft der Globalisierung, vor allem deren Aspekte betreffend Wirtschaft, Handel und Fi-

482 Vgl. «WTO Doha-Runde: Stand der Verhandlungen», <www.seco.admin.ch>.

483 EBK, Jahresbericht 1997, S. 34, www.finma.ch/Rubrik «Archiv».

484 WTO, Trade in Services, Switzerland, List of Article II (MFN) Exemptions, Supplement 2 (GATS/EL/83/Suppl.2); vgl. auch Art. 3^{bis} Abs. 1 lit. a und b sowie Art. 3^{quater} Abs. 1 BankG, ferner Art. 2 Abs. 3 BankG.

485 NOBEL, Finanzmarktrecht (Fn. 47), § 3 N 444 ff.; SECO, WTO Doha-Runde – Verhandlungen im Bereich der Dienstleistungen, 25. Juli 2011, <www.seco.admin.ch>.

nanzarchitektur, würde in der Schweiz geschrieben. Auch wenn viele wichtige Konferenzen und Treffen nicht in der Schweiz stattfinden, werden doch die meisten Grundlagenarbeiten, Vorschläge und Konzepte in den Arbeitsgruppen und -ausschüssen der internationalen Organisationen entwickelt, die grundsätzlich von der Schweiz aus operieren, wie dies bei der BIZ, dem Basler Ausschuss für Bankenaufsicht oder dem FSB der Fall ist. Zudem haben die Organisationen ihr Tagesgeschäft und ihre Geschäftsführung in der Schweiz. Die WTO-Schiedsgerichtsbarkeit findet in Genf statt. Die Organisationen sind äusserst wichtig und aktiv in der internationalen Wirtschafts- und Finanzentwicklung. Allein die Entwicklungen der letzten Jahre auf dem Gebiet der Eigenmittelvorschriften für Banken (Basel II, Basel 2.5 und Basel III) und die Produkte der «Publikationsenergie» des FSB, die grundsätzlich auf der ganzen Welt beachtet werden (müssen), führen vor Augen, Welch enorme Bedeutung diese Organisationen und die internationalen Standards haben – auch für die Schweiz, dem Land, das sich tatsächlich mitten im Entwicklungszentrum des internationalen Finanzmarktrechts befindet.

II. Standards als neue Form der Rechtsetzung

1. Begriff und Etymologie

Der Begriff des «soft law» hat sich bereits eingebürgert und man weiss auch bereits, dass er so weich nicht ist und, wie «soft ice», auch genügend Kalorien enthält, um zur Verstärkung des «Corpus», hier: «iuris» beizutragen. «Soft law» wirkt insofern aufgrund seiner materiellen Überzeugungskraft, als es zunehmend in innerstaatliches Recht transformiert wird.

Herkommend von der Technik hat das Phänomen der Standardisierung auch weite Teile des internationalen Rechts erobert.⁴⁸⁶ Der Name kommt wirklich von der «Standarte» her, hinter der die Kriegsgenossen sich schlachtbereit versammelten.⁴⁸⁷

Die Erarbeitung von Standards ist eine neue Form der Rechtsentwicklung im internationalen Bereich. Sie entstehen auf internationaler Ebene, oft in nicht ganz durchsichtigen Prozessen und werden dann oftmals an den entsprechenden Stellen in das nationale Recht integriert.

Im Rechtsbereich wird aber nicht nur von Standards gesprochen, sondern auch von «best practice», Prinzipien und Richtlinien. Das *Financial Stability Board* definiert die Standards wie folgt:

486 VERA SCHREIBER, Internationale Standards – Neues Recht für die Weltmärkte?, St. Galler Studien zum Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht Bd. 75, Bern/Stuttgart/Wien 2005, S. 10 ff.

487 PETER NOBEL, Internationale Standards im Finanzmarktrecht: Im Allgemeinen und im Besonderen, FS Wolfgang Wiegand, Bern 2005, S. 869 ff., S. 870.

«Standards set out what are widely accepted as good principles, practices, or guidelines in a given area.»⁴⁸⁸

Die imposanteste Zusammenstellung findet sich im Kompendium des FSB, den «*International Standards and Codes to strengthen Financial Systems*».⁴⁸⁹ Es umfasst die wichtigsten wirtschaftlichen und finanziellen Standards, welche internationale Anerkennung im Bereich der Finanzstabilität und der Finanzmarktsysteme geniessen. Hervorgehoben werden *12 Key Standards*,⁴⁹⁰ daneben existieren weitere 60 Standards, welche einem funktionsfähigen Finanzsystem förderlich sind. Das Kompendium dient den Finanzbehörden und Marktteilnehmern als Anhaltspunkt und erleichtert den Zugang zu den Quellen, wo die vollständigen Standards, Zusatzdokumente und Bewertungsmethoden publiziert sind.

2. Markt- und Praxisansatz statt formeller Gesetzgebungsprozess

Diese Standardisierung könnte man, würde man aus der Warte der NGOs und Globalisierungsgegner schreiben, als neoliberale Entwicklung darstellen. Das Recht wird nämlich *marktgeprägt*; es wird von gemischt zusammengesetzten Kommissionen aus Praktikern erarbeitet und folgt nicht einem klar formulierten Gesetzgebungsprozedere. Die Erarbeitung der Standards erfolgt auch nicht mehr national, denn globale Märkte verlangen folgerichtig auch *globale* Regeln, denen nicht nur Harmonisierungs-, sondern auch Stabilitäts- und Vergleichbarkeitscharakter zukommt.⁴⁹¹

Als Beispiel kann man hier die International Financial Reporting Standards (IFRS)⁴⁹² des Ausschusses für internationale Rechnungslegungsstandards (IASB) nennen, welche im April 2000 entwickelt wurden und seither fortlaufend aktualisiert werden, ebenso die United States Generally Accepted Accounting Principles (US-GAAP) des amerikanischen Financial Accounting Standards Board (FASB). Es ist auch möglich, dass aus der Harmonisierung dieser beiden Regelwerke, die allerdings mit Schwierigkeiten verbunden ist, einmal so etwas wie ein Weltstandard entsteht.

Für Staatsrechtler muss dies ein Horrorszenario sein; die Gesetzgebung wandert aus den Parlamentssälen ab. Zwar sind die nationalen Regulatoren an der Ausarbeitung von Standards beteiligt, doch können sie praktisch keine eigenen Modelle entwickeln. Von Alleingängen ist ohnehin abzuraten, zumal die Globalisierung die Möglichkeit von «regulatory arbitrage» effektiver macht.⁴⁹³ In

488 FSB, What are Standards?, <www.financialstabilityboard.org/cos/standards.htm>.

489 <www.financialstabilityboard.org/cos/index.htm>.

490 Aufgelistet unter <http://www.financialstabilityboard.org/cos/key_standards.htm>. Die Key Standards sind ferner abgedruckt bei NOBEL, Finanzmarktrecht (Fn. 47), § 3 N 97.

491 PETER NOBEL, Wieviel Regulierung – wieviel globale Standards?, in: Brigitte Strelbel-Aerni (Hrsg.), Standards für nachhaltige Finanzmärkte, Zürich 2008, S. 59 ff., S. 69.

492 Vormals International Accounting Standards (IAS).

493 NOBEL, Wieviel Regulierung (Fn. 491), S. 69.

der EU hat dies denn auch zu erregten, vor allem von deutscher Seite initiierten Diskussionen geführt.⁴⁹⁴ Der Kompromiss bei den Rechnungslegungsstandards war, dass sie nicht mehr integral, paketweise übernommen werden sollen, sondern je einzeln.⁴⁹⁵

Standardisierung bedeutet nun wirklich, dass *marktnahe Kräfte und Fachleute* versuchen, die wünschbar beste Gesetzgebung zu entwickeln und in Verhaltensregeln für «best practice» zu gießen. Diese werden auch immer mehr zu «internationalen Mindestanforderungen». Es ist nämlich auch festzustellen, dass sich z.B. marktorientierte und politische Zielsetzungen, wie etwa zur Transparenz, kaum unterscheiden. Es ist ein Trugschluss zu glauben, es brauche immer den Staat als Regulator, um Ziele gegen den Widerstand der Wirtschaft sozusagen «durchzudrücken». Eine Anlage zur konsequenten Durchsetzung gewisser Ziele, sicherlich nicht aller, liegt oftmals bereits im System einer konkurrenzellen Wirtschaft, wo jeder möglichst viel wissen möchte.

Dies ist auch in der Schweiz so.

3. Standards im schweizerischen Finanzmarktrecht

Standards sind gewiss nicht einfach «Recht», sondern es braucht eine Verweisung oder eine Anordnung, um sie in das jeweilige nationale Recht zu transformieren. Standards haben stets nur empfehlenden Charakter; als Verhaltensregeln sind sie rechtlich unverbindlich, solange sie nicht in Völkerrecht oder innerstaatliches Recht umgesetzt werden.⁴⁹⁶ Sie können aber faktisch sehr wirksam sein.

In der Schweiz kann man z.B. Folgendes registrieren:

a. Börsenrecht: Die SIX als Standardsetter

Im BEHG wurde bei der Zulassung von Effekten festgehalten, dass das Kotierungsreglement internationalen Standards Rechnung zu tragen habe (Art. 8 Abs. 3).

Anfänglich mit Erlass des ersten Kotierungsreglements von 1996 waren dies zur Hauptsache die Richtlinien der EU, welche mit wenigen Ausnahmen übernommen wurden,⁴⁹⁷ doch rückte man später ins weniger Verbindliche ab.

494 KATI BECKMANN, Die Internationalisierung der Rechnungslegung und ihre Implikation für das Europäische Bilanzrecht, Schriften zum Europäischen und Internationalen Privat-, Bank- und Wirtschaftsrecht Bd. 25, Berlin 2008, S. 2 f. (zu den Zweifeln an der Zuverlässigkeit internationaler Rechnungslegungsstandards); vgl. zu den europäischen Vereinheitlichungsbemühungen DIES., a.a.O., S. 17 ff.; ANN-KRISTIN ACHLEITNER/GIORGIO BEHR/DIRK SCHÄFER, Internationale Rechnungslegung, 4. Aufl., München 2009, S. 23 ff., insb. S. 26 unten.

495 Vgl. dazu NOBEL, Transnationales Aktienrecht (Fn. 234), Bd. I, 4. Kapitel N 26 ff., insb. N 29.

496 NOBEL, Finanzmarktrecht (Fn. 47), § 3 N 86.

497 Kotierungsreglement der Schweizer Börse SWX vom 24. Januar 1996, 2. Abschnitt der Einführung.

Die SIX Swiss Exchange als Selbstregulierungsorganisation hat eine Richtlinie betreffend Rechnungslegung (RLR)⁴⁹⁸ erlassen, wonach die im Hauptsegment kotierten Gesellschaften nach internationalen Standards Rechnung zu legen haben. Gemäss Art. 6 Abs. 1 RLR müssen Emittenten von Beteiligungsrechten mit Sitz in der Schweiz, welche im Main Standard der SIX kotiert sind, entweder die IFRS oder die US-GAAP anwenden. Für Zwischenabschlüsse ist der gleiche Rechnungslegungsstandard anzuwenden wie für den Jahresabschluss (Art. 9 Abs. 1 RLR).

b. Bedeutung internationaler Standards im Rechnungslegungsrecht

Die Rechnungslegung nach Standards – etwa IFRS, US-GAAP, Swiss GAAP FER – soll nun auch ins ordentliche Rechnungslegungsrecht des OR aufgenommen werden (Art. 962 f. nOR). Gemäss Botschaft des Bundesrates von 2007 sollen wirtschaftlich besonders bedeutende Unternehmen zu einem zusätzlichen Abschluss nach einem anerkannten Rechnungslegungsstandard verpflichtet werden. Überdies soll nach Art. 963b nOR auch die Konzernrechnung nach anerkannten Standards erstellt werden;⁴⁹⁹ Letzteres war in den parlamentarischen Debatten freilich umstritten.

Dennoch wurde das neue Rechnungslegungsrecht mit den erwähnten Änderungen am 23. Dezember 2011 von der Bundesversammlung verabschiedet.⁵⁰⁰ Nach Ablauf der Referendumsfrist am 13. April 2012 und nach Inkraftsetzung des neuen Rechnungslegungsrechts durch den Bundesrat wird den Unternehmen noch eine zweijährige Übergangsfrist gewährt, wobei für die Konzernrechnung eine Übergangsfrist von drei Jahren und eine privilegierte Fristenbestimmung gelten.⁵⁰¹

In der EU wurde eine entsprechende Verordnung betreffend die Anwendung internationaler Rechnungslegungsstandards erlassen.⁵⁰² Die Zielsetzungen sind durchwegs die gleichen. Die zunehmende Fokussierung auf die Interessen des Kapitalmarktes verlangt von den teilnehmenden Gesellschaften die Anwendung international anerkannter Rechnungslegungsstandards, die «wirkliche Weltstandards darstellen».⁵⁰³

498 Richtlinie vom 21. April 2011, <www.six-exchange-regulation.com>.

499 Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts vom 21. Dezember 2007, BBI 2008 1589 ff., 1625 ff., 1719 ff.

500 BBI 2012 63.

501 Art. 2 Abs. 1 und 3 der Übergangsbestimmungen der Änderung vom 23. Dezember 2011, BBI 2012 63.

502 Verordnung (EG) Nr. 1606/2002 vom 19. Juli 2002, ABl. Nr. L 243 vom 11. September 2002, S. 1 ff.

503 Abs. 2 der einleitenden Erwägungen der Verordnung (EG) Nr. 1606/2002; vgl. auch Botschaft Änderung OR (Fn. 499), BBI 2008 1599.

Für den Bank- und Finanzbereich gelten neben den ordentlichen auch Spezialregeln,⁵⁰⁴ die sich in ständiger Entwicklung befinden (Art. 23 ff. BankV und Richtlinien).

c. Prüfungsstandards für Revisionsgesellschaften

Auch das Revisionsrecht wurde stark von den internationalen, namentlich den amerikanischen, Entwicklungen getrieben. So ist vor allem die Schaffung der *Eidgenössischen Revisionsaufsichtsbehörde (RAB)* als nationales Produkt des amerikanischen *Sarbanes-Oxley-Act*⁵⁰⁵ zu sehen.⁵⁰⁶ Der SOX erweitert unter anderem den Aufgabenbereich der Revisionsstellen und verschärft die Anforderungen an deren Unabhängigkeit. Es wurde auch schon behauptet, der SOX wolle für die Revisionsbranche das nachholen, was die Securities Acts (1933/1934) für den übrigen Bereich der Finanzindustrie getan haben. Prominent ist geworden, dass die Funktionsweise des internen Kontrollsystems zu testen sei (section 404 SOX); in der Schweiz hat man sich mit der Bestätigung der «Existenz» eines solchen Kontrollsystems begnügt (Art. 728 Abs. 1 Ziff. 3 OR). Hervorzuheben ist auch die Schaffung des US-amerikanischen *Public Company Accounting Oversight Board (PCAOB)* als Aufsichtsbehörde über die Revisionsunternehmen. Der PCAOB überwacht sämtliche Revisionsstellen, welche die Geschäftsabschlüsse einer in den USA börsenkotierten, auch ausländischen Gesellschaft prüft und zwar unabhängig vom Sitzland des zu prüfenden Unternehmens oder der Revisionsstelle. Eine solche extraterritoriale Anwendung von US-Recht kollidiert mit den ausländischen Rechtsordnungen. Um eine ebenbürtige Zusammenarbeit zu gewährleisten und Einmischungen abzuwenden, bleibt nur die Möglichkeit der Schaffung einer gleichwertigen Aufsichtsbehörde, was die Schweiz dazu bewog, die RAB ins Leben zu rufen.⁵⁰⁷ Zu diesem Zweck erliess sie das Revisionsaufsichtsgesetz (RAG) samt zugehöriger Verordnung.⁵⁰⁸ Die RAB legt die Prüfungsstandards fest, nach welchen die staatlich beaufsichtigten Revisionsunternehmen ihre Dienstleistungen zu erbringen haben (Art. 28 RAV). Dabei verweist sie auf national und international aner-

504 Vgl. NOBEL, Finanzmarktrecht (Fn. 47), § 8 N 269 ff; BGE 124 II 581 («Ebner», auch abgedruckt in EBK-Bulletin 37/1999, S. 13 ff. i.S. BZ Bank AG und BZ Gruppe Holding AG c. EBK, <www.finma.ch>/Rubrik «Archiv»).

505 Vgl. Fn. 255.

506 Vgl. zur Entstehung des RAG bzw. der RAB DANIEL ZUBERBÜHLER, Oligopol der Prüfgesellschaften als Aufsichtsproblem, FS Peter Nobel, Bern 2005, S. 795 ff.

507 HANS PETER WALTER/RETO SANWALD, Die Aufsicht über die Revisionsstellen – Instrument zur echten Qualitätsverbesserung?, SZW 2007, S. 450 ff., S. 451 f.; vgl. auch PETER NOBEL, Überblick über die Entwicklungen im internationalen Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, in: Ders. (Hrsg.), Schriften zum internationalen Gesellschaftsrecht, Heft 5, Bern 2004, S. 9 ff., S. 12 ff.

508 Bundesgesetz vom 16. Dezember 2005 über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren, SR 221.302 sowie Verordnung vom 22. August 2007 über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren, SR 221.302.3.

kannte Standards. Sie tut dies in ihrem «Rundschreiben über die Anerkennung von Prüfungsstandards» vom 17. März 2008.⁵⁰⁹

Die RAB muss aber auch mit der FINMA zusammenarbeiten; die Aufsichtstätigkeiten der beiden Behörden sind gegenseitig zu koordinieren, um Doppel-spurigkeiten zu vermeiden (Art. 22 Abs. 1 RAG, Art. 28 Abs. 2 FINMAG). Die FINMA ist zuständig für die Aufsicht über die Prüfgesellschaften von Banken und Versicherungen. FINMA und RAB haben folgende Aufgabenteilung beschlossen, welche sich in der Praxis bewährt hat: Die RAB ist bei den betroffenen Revisionsunternehmen für die «firm review» zuständig. Bei der «file review» im Zusammenhang mit Revisionsmandaten von Publikumsgesellschaften erfolgt eine Arbeitsteilung in dem Sinne, als die FINMA sich um die «file review» bei Mandaten von Banken und Versicherungen kümmert, während sich die RAB für die übrigen Mandate verantwortlich zeichnet.⁵¹⁰

Die EU hat mit Entscheid der Kommission vom 19. Januar 2011 das Aufsichtssystem der Schweiz als gleichwertig anerkannt und damit den Weg für die europaweit koordinierte Aufsicht geebnet.⁵¹¹ Zur Konkretisierung der Kooperation soll die RAB nun mit den jeweiligen Aufsichtsbehörden der europäischen Mitgliedstaaten (vorrangig mit den wesentlichen Handelspartnern) sog. MoU für die gegenseitige Zusammenarbeit und Anerkennung abschliessen. Bis dahin erstreckt sich die Zusammenarbeit aber noch auf Amtshilfemaßnahmen nach Art. 26 f. RAG. Während im Verhältnis zur EU, basierend auf dem Grundsatz der Gleichwertigkeit, bei der grenzüberschreitenden Aufsicht auf die Kontrolle durch die Aufsichtsbehörde des Heimatstaates («home country oversight») abgestellt werden kann, stellt sich die internationale Aufsicht in Kooperation mit den USA noch komplizierter dar. Hier werden gemeinsame Überprüfungen («joint inspections») zur Einhaltung der regulatorischen Vorschriften gefordert.

d. Einzug der Basler Standards im Bankaufsichtsrecht

Im Bankaufsichtsrecht sind die Basler Grundsätze zur Bankaufsicht ins nationale Recht überführt worden und werden in einem ständigen Prozess nachvollzogen. Dazu gehören das Konkordat über die Aufsicht über international tätige Banken, der Kapital-Accord (jetzt Basel III) und die Grundsätze für eine wirksame Bankenaufsicht (dazu vorne A.III.5).

509 RS 1/2008, <www.revisionsaufsichtsbehoerde.ch>.

510 Aufsichtskonzept der RAB für staatlich beaufsichtigte Revisionsunternehmen, 24. September 2010, Ziff. 7.1, <www.revisionsaufsichtsbehoerde.ch>.

511 «Europäische Kommission anerkennt Gleichwertigkeit der Schweizer Aufsicht über die Revision», Medienmitteilung der RAB, 20. Januar 2011, <www.revisionsaufsichtsbehoerde.ch>; die Entscheidung der Kommission ist unter <http://ec.europa.eu/internal_market/auditing/relations/index_de.htm#decision4> abrufbar.

e. Internationale Konvergenz von Compensation-Standards

Im Bereich der Compensation bei Banken hat sich eine beachtliche internationale Konvergenz entwickelt. Nach Ausbruch der Finanzkrise im Jahr 2007 wurden übermässige Vergütungen zuerst als eigentlicher Herd und Ursache der Verwerfungen auf den Finanzmärkten gebrandmarkt, bevor sich ein differenzierter Blick durchsetzte, der in übermässigen Entlöhnnungen und insbesondere in falschen Anreizstrukturen nicht mehr die Hauptursache, aber nach wie vor eine Mitursache der Finanzkrise sieht. Die Grundsätze zur Entlöhnung des FSB («*FSF Principles for Sound Compensation*» vom 2. April 2009) übten einen massgeblichen Einfluss aus auf die spätere Finanzmarktregelelung in diesem Bereich. Die Prinzipien basieren auf der Feststellung, dass hohe, kurzfristig angelegte Gewinne zu grosszügigen Bonuszahlungen geführt hatten, ohne dass die damit für die Firma auf längere Frist verbundenen Risiken angemessen berücksichtigt worden sind. Solche falsch angesetzten «*incentives*» hatten eine übermässige Risikobereitschaft gefördert, welche schliesslich nicht nur einzelne Institute an den Rand des Ruins, sondern die Finanzbranche insgesamt in eine schwere Krise getrieben hatte. In der Schweiz widerspiegeln sich die Prinzipien des FSB in den zehn Grundsätzen des FINMA-Rundschreibens 10/1 über Mindeststandards für Vergütungssysteme.⁵¹²

4. Fazit: «Défi des standards»

Insgesamt ergibt sich, dass die Standardisierung zu einem neuen Zweig internationaler Rechtsentwicklung geworden ist, den die Rechtswissenschaft aber weder in ihrem formellen, noch in ihrem materiellen Gehalt genügend verarbeitet hat. Ein echter «Défi des standards».

III. Das Konzept des wirtschaftlich Berechtigten

1. Feststellung der Identität

«Wirtschaftliche Berechtigung» war streng genommen lange Zeit ein juristisches Anathema, vorwurfsvoll ökonomistischer Denkweise zugeschoben. Für die Juristen war die Denkfigur des ungeteilten Eigentums massgebend. Spaltungstendenzen im Modell des Eigentums wurden anhand von Studien zum angloamerikanischen Rechtsdenken zwar registriert, aber nicht aufgenommen.⁵¹³ Heute ist hier Konvergenz angesagt.

512 FINMA-RS 2010/1 «Vergütungssysteme». Siehe zum Ganzen auch NOBEL, Finanzmarktrecht (Fn. 47), § 10 N 116–149; DERS., Notwendigkeit einer Bonusregelung?, SZW 2009, S. 448 ff.

513 Schon eingehend diskutiert am Schweizerischen Juristentag von 1954, siehe dazu FRIEDRICH T. GUBLER, Besteht in der Schweiz ein Bedürfnis nach Einführung des Instituts der angelsächsischen Treuhand (trust)?, ZSR 73 (1954), S. 119a ff., S. 215a ff.

Beim Aktionär tat sich zwar schon ein Zwiespalt auf. Man sah, dass er faktisch der Eigentümer des Unternehmens war, doch Eigentum kam ihm nur an seiner Aktie zu. Hier wurde aber das wirtschaftliche Eigentum dann doch zum Schutzgut der Eigentumsgarantie erhoben.⁵¹⁴

Selbst im Gewährleistungsrecht blieb es aber dabei: Die Aktien-Gewährleistung erfasste nicht die wirtschaftliche Substanz des Unternehmens, sondern nur die «Papierqualität».⁵¹⁵ Man blieb auch beim Durchgriff bei der Voraussetzung des Rechtsmissbrauchs⁵¹⁶ und den wirtschaftspolitischen Beweggründen (z.B. ausländische Beherrschung).

Die Zeiten haben sich geändert. Die Texon-Krise (1977) und die daraus als eines der Bewältigungsprodukte entstandene Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken (jetzt VSB 08 als fünfte Auflage) trieb neu sozusagen einen systematischen Durchgriff an und verlangte von den Banken die Identifizierung der Kunden und der wirtschaftlich Berechtigten (Art. 1–3), auch hinter den sog. Sitzgesellschaften (umschrieben durch das Fehlen eines kaufmännisch geführten Unternehmens, vgl. Art. 4).

Es zeigte sich, dass man sich hier eine politisch und auch technisch schwierige Aufgabe überband. (Das Formular A wurde sogar zur strafrechtlich relevanten Urkunde erhoben⁵¹⁷).

Die neue Tendenz setzte sich fort im Recht der Geldwäscherei. Art. 305^{ter} Abs. 1 StGB verlangt, dass mit der nach den Umständen gebotenen Sorgfalt die Identität des wirtschaftlich Berechtigten festzustellen sei. Dies wurde auch ins GwG übernommen (Art. 4 GwG). Die VSB-Standards wurden hier massgeblich.

Man darf wohl annehmen, dass in diesem Bereich die internationalen Konzepte des Know Your Customer (KYC) in den Empfehlungen der FATF von den schweizerischen Konzepten inspiriert wurden.⁵¹⁸

⁵¹⁴ ARTHUR MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht. Das Eigentum: Systematischer Teil und Allgemeine Bestimmungen. Art. 641–654 ZGB, 5. Aufl., Bern 1981, S. 180 f. (Syst. Teil Rz. 439 f.); siehe auch PETER NOBEL/ROBERT WALDBURGER, Der Unternehmensstandort Schweiz aus steuer- und aktienrechtlicher Sicht, FS Peter Böckli, Zürich 2006, S. 27 ff., S. 29; CAROLINE MÖHRLE, Delisting, Diss., Zürich 2006, S. 191. Mit Hinweis auf lediglich indirekte Drittewirkung der Eigentumsgarantie in der Schweiz: ROLAND VON BÜREN/MIRJAM EGGEN, Austrittsrechte für Aktionäre – Handlungsbedarf im schweizerischen Recht? Eine Untersuchung mit rechtsvergleichenden Hinweisen zum deutschen und zum EU-Recht, SZW 2006, S. 393 ff., S. 395 f.

⁵¹⁵ BGE 107 II 419 E. 1.

⁵¹⁶ BGE 108 II 213 E. 6a sowie 113 II 31 E. 3c.

⁵¹⁷ Vgl. BGE 125 IV 139 E. 4.

⁵¹⁸ Vgl. dazu MARK PIETH/GEMMA AIOLFI, The Private Sector becomes active: The Wolfsberg Process, 2002, S. 3, <www.wolfsberg-principles.com>.

2. *Börsenrechtliche Meldepflicht*

Das Börsengesetz (BEHG) nimmt für die Beteiligungsmeldungen und die Schwelle des Pflichtangebots schlicht in die Pflicht, «wer direkt, indirekt oder in gemeinsamer Absprache mit Dritten» handelt (Art. 20, 32 je Abs. 1 BEHG).

Die Börsenverordnung der FINMA ist dann noch expliziter:

«Meldepflichtig sind die wirtschaftlich Berechtigten an direkt oder indirekt erworbenen oder veräusserten Beteiligungspapieren [...]» (Art. 9 Abs. 1 BEHV-FINMA).

Diese Bestimmung war ein Wagnis, das wohl nicht bis ins Letzte durchgehalten werden kann. Für das Angebotsrecht wird gesagt, dass diese Vorschriften sinngemäß gelten sollen (Art. 30 BEHV-FINMA).

Dabei geht es um die Bestimmungen der Verordnung die «indirektes» Vorgehen erfassen wollen (nämlich Art. 9 Abs. 3 BEHV-FINMA). Hier geht es um treuhänderische Verhältnisse und damit in keiner Weise mehr um den an Rechtsmissbrauch gebundenen Durchgriff durch juristische Personen (allerfalls ganze multinationale Ketten) und andere «Strukturen»,⁵¹⁹ um zum wirtschaftlich Berechtigten zu gelangen.

3. *QI-Verfahren mit den USA*

Diese wirtschaftliche Berechtigung spielt übrigens auch in dem die QI-Absprachen betreffenden Teil des Konfliktes mit den USA eine Rolle. Die USA wollten für die Bestimmung des wirtschaftlich Berechtigten hinter «Strukturen» nicht die Kriterien der VSB zur Anwendung gelangen lassen (kein kaufmännisch geführtes Unternehmen), sondern eigene Kriterien («no sham»). Das Bundesverwaltungsgericht stellte dazu fest, wirtschaftlich berechtigt sei eine juristische Person, wenn «das Spiel der juristischen Person» gespielt werde.⁵²⁰

Dieses Spiel war aber doch auch ein Lied zum Tode eines Geschäftsmodells.

4. *Bankbeteiligungen*

Auch der wirtschaftlich Berechtigte an Beteiligungen einer Bank, der im Anhang zur Jahresrechnung nach Art. 25c Abs. 1 Ziff. 3.10.2 BankV aufzuführen ist, wird erfasst. Gemäss Bundesgericht ist hier nämlich die wirtschaftliche Berechtigung massgebend: «Nur so werden die Publikumsgläubiger bzw. Kunden in die Lage versetzt, sich mit Blick auf die wesentlichen Kapitaleigner ein Bild über die Sicherheit des Instituts zu machen, dem sie ihr Geld anvertrauen.»⁵²¹

519 Vgl. zum Durchgriff, der Rechtsmissbrauch voraussetzt, BGE 108 II 213 E. 6a sowie 113 II 31 E. 3c.

520 BVG A-7342/2008 vom 5. März 2009, E. 5.5.2.5; A-737/2012 vom 5. April 2012, E. 7.5.5.

521 BGE 124 II 581, 585.

IV. Konzern

Das Bankkonzernrecht ist in einer widersprüchlichen Phase. Zwar mehr aufsichts- als zivilrechtlich hat sich in einer längeren Entwicklung die Anerkennung der Unternehmenseinheit herauskristallisiert. Wegen der Betonung des aufsichtsrechtlichen Charakters sind die Rückwirkungen auf das Gesellschaftsrecht denn auch klein geblieben, obwohl man die «Gegenstände» einer konsolidierten Aufsicht (Art. 14a BankV) mutatis mutandis auch als Konzernstandards entwickeln könnte.

Die Ergebnisse der TBTF-Diskussion bringen nun die Gefahr einer erneuten Betonung von Trennungsprinzipien. Nationales «ring-fencing» spricht gegen einen internationalen wirtschaftlichen Verbund. Es ist zu vermuten, dass die Quadratur des Zirkels nur gelingt, wenn die wirtschaftliche Organisation und Leistungserstellung mit der rechtlichen Organisation wieder mehr in Übereinstimmung gebracht wird. Daneben dürfte resultieren, dass politisch relevante Konzentrationsrisiken (TBTF) in überblickbare und überblickbar finanzierte juristische Einheiten gegliedert werden (so z.B. eine UBS Schweiz AG).

V. Risiko und Risikoorientierung im Finanzmarktrecht

1. «Risiko» – Begriff und Etymologie

Es sind immer wieder neue Phänomene, die die Entwicklung vorantreiben. Anfänglich waren es Schutzanliegen aus der Krise 1934, dann die Internationalisierung der Bankenwelt, zuerst mit der gesonderten Erfassung der ausländisch beherrschten Banken, dann das Ringen mit international ausgelegten Bankkonzernen (Basler-Konkordat; BGE 116 Ib 331), dann die Geldwäscherieabwehr und schliesslich wiederum Krisenabwehr, die diesmal vor allem zu einer weltweiten, intensiven Beschäftigung mit der Kategorie des Risikos führte.⁵²² Die Aufsichtsphilosophie soll dezidiert risikoorientiert werden.⁵²³

In der Schweiz sind die *wesentlichen Risikoarten*, um die es im Finanzbereich immer wieder geht, an unscheinbarer Stelle in Art. 9 Abs. 2 BankV schon lange aufgeführt worden:

«Die Bank regelt die Grundzüge des Risikomanagements sowie die Zuständigkeit und das Verfahren für die Bewilligung von risikobehafteten Geschäften in einem Reglement oder in internen Richtlinien. Sie muss insbesondere Markt-, Kredit-, Ausfall-, Abwicklungs-, Liquiditäts- und Imagerisiken sowie operationelle und rechtliche Risiken erfassen, begrenzen und überwachen.»

522 PETER L. BERNSTEIN, Against the gods. The remarkable story of risk, New York 1996.

523 Siehe z.B. FINMA, Jahresbericht 2011 (Fn. 166), S. 16.

Die Herkunft des Risiko-Begriffs ist nicht einfach zu verorten, dürfte aber im Arabischen («rizqh») liegen, bei dem was man mit Hilfe Allahs und durch eigene Anstrengung für das Leben erwirbt.⁵²⁴

Wir sehen Risiko aber vor allem als *Gefahr*; das genügt aber nicht. Die Grundthese ist, dass mit dem Risikobegriff ein *erweiterter Planungshorizont eröffnet* wird. NIKLAS LUHMANN formuliert dies wie folgt:

«Risiken sind insofern eine ganz spezifische Form der Disposition über Zukunft, als über sie im Medium der Wahrscheinlichkeit/Unwahrscheinlichkeit entschieden werden muss. Die Fixierung von Rechtsnormen oder die Aneignung knapper Güter stellt für die Zukunft etwas Bestimmtes sicher und setzt sich mit ihrer Realisation allenfalls Gefahren aus.»⁵²⁵

BERNSTEIN ist sogar der Ansicht, dass mit dem Aufkommen der Wahrscheinlichkeitsrechnung das neue Zeitalter eingeläutet wurde:

«The revolutionary idea that defines the boundary between modern times and the past is the mastery of risk: the notion that the future is more than a whim of the gods and that men and women are not passive before nature. Until human beings discovered a way across that boundary, the future was a mirror of the past or the murky domain of oracles and soothsayers who held a monopoly over knowledge of anticipated events.»⁵²⁶

Es liegt darin aber auch die Möglichkeit, im Medium des (bloss) Wahrscheinlichen und erst noch aus vergangenen Erfahrungen Gezogenen zukunftsbezogene Entscheide zu treffen. Deren Auswirkung ist aber dann fatal, wenn das mit dem Wahrscheinlichkeitsfaktor kalkulierte Risiko eintritt; es tritt dann nämlich zu 100% ein und das Überleben hängt von der Vorsorge, d.h. modern, von der Stressresistenz ab.

2. *Risikoorientierung als Folge der Finanzkrise*

In der Finanzkrise hat sich gezeigt, dass mechanische Risikokalkulationen mit «Value at Risk» nicht bloss nicht ungefähr richtig, sondern genau falsch sein können, weil unerwartete oder übersehene Korrelationen auftreten oder die Märkte schlicht zugemacht haben und kein Preis mehr feststellbar ist. Mit diesen «Schwarzen Schwänen» sind wir alle konfrontiert worden.⁵²⁷ FRIEDRICH DÜRRENMATT hat dies schon 1962 anders, aber ebenso trefflich, formuliert:

524 Vgl. zur Etymologie auch NOBEL, Risikobegriff (Fn. 436), S. 8.

525 NIKLAS LUHMANN, Soziologie des Risikos, Berlin/New York 1991, S. 80.

526 BERNSTEIN (Fn. 522), Introduction.

527 NASSIM NICHOLAS TALEB, The Black Swan. The Impact of the Highly Improbable, New York 2007, S. 285. Es hat uns nicht geholfen, dass wir in der Schweiz schon länger schwarze Schwäne in der Tat auf dem Thunersee, importiert aus Australien, haben («Herzblut für Schwarze Schwäne», Zürcher Landzeitung vom 22. August 2008, S. 12 und «Schwarzschwäne breiten sich aus», Zürcher Landzeitung vom 25. Oktober 2008, S. 36).

«Je planmässiger die Menschen vorgehen, desto wirksamer vermag sie der Zufall zu treffen.»⁵²⁸

So werden international, und damit auch national, alle Diskussionen dem Risikotopos unterworfen. Es wird eine generelle «Risikoorientierung» verlangt. Das schlägt sich nieder in der Geschäftsführung; der Verwaltungsrat hat heute jährlich eine Risikobeurteilung durchzuführen und darüber Angaben zu machen, die auch der Revision unterliegen (Art. 663b Ziffer 12 OR).

Auch die Revision ist risikoorientiert durchzuführen.⁵²⁹

3. *Risikokapital zwecks Risikoschutz*

Wesentliches Mittel zum Risikoschutz ist aber das traditionelle Risikokapital, dessen Anforderungen im Bankbereich dem speziellen *Eigenmittelregime* unterliegen, das heute aus einer internationalen Diskussion hervorgeht. Früher sah man ein Risiko auch vor allem darin, dass Geschäftsvorgänge nicht genügend nachvollziehbar dokumentiert wurden (so noch der Gehalt von Art. 9 BankV).

Der «Grundsatz» von Art. 1 Abs. 1 und 2 der ERV lautet:

«¹Zum Schutz der Gläubiger und der Stabilität des Finanzsystems müssen Banken und Effektenhändler entsprechend ihrer Geschäftstätigkeit und Risiken über angemessene Eigenmittel verfügen und ihre Risiken angemessen begrenzen.

² Sie unterlegen Kreditrisiken, Markttrisiken, nicht gegenpartiebezogene Risiken und operationelle Risiken mit Eigenmitteln.»

Zurzeit sind wir damit beschäftigt, die infolge der Finanzkrise eigentlich schon im Einführungsprozess von Basel II auf Basel III ausgebauten Basler Regeln umzusetzen (vgl. vorne B.I.3.b).

4. *Risikoinduzierende Kompensationssysteme*

In der Krise wurde breit diskutiert, in welchem Umfang die Kompensationssysteme der Banken (Boni) als risikoinduzierenden Incentive zur Entstehung der Krise beigetragen haben.⁵³⁰ Im Endeffekt kam es aber bloss zur salomonischen Feststellung, dass hier wohl *ein Faktor* der Krisenursache zu sehen sei.

528 Programmheft zur Uraufführung der «Physiker», 21 Thesen, 1962.

529 WERNER KROMMES, Handbuch Jahresabschlussprüfung, 2. Aufl., Wiesbaden 2008, S. 44 ff.; LUKAS MARBACHER, Risikoorientierte Prüfung – ein Muss. Bankenbereich gibt Impulse für ganze Wirtschaft, ST 11/2000, S. 1179 ff.; MICHAEL ANNEN, Internes Kontrollsystem und Risikobeurteilung, TREX – der Treuhandexperte 2008, S. 270 ff., S. 274; MARIAN ELLERICH/URTE LICKFETT, Der risikoorientierte Prüfungsansatz im Rahmen der kommunalen Rechnungsprüfung nach NKF – Konzeption und Vorteile, Der Gemeindehaushalt Nr. 7/2010, S. 145 ff.; auch die Revisionsaufsicht erfolgt risikoorientiert, vgl. FRANK SCHNEIDER/SÉBASTIEN DERADA, Erneuerung der Zulassung von Revisionsunternehmen, ST 2011/10, S. 790 ff.

530 Vgl. dazu NOBEL, Bonusregelung (Fn. 512), S. 448 ff.

Es kam zu internationalen Richtlinien des FSB.⁵³¹ Man meint hier auf internationaler Ebene mit Aufschub («deferred compensation») und Rückforderungsmöglichkeiten («claw back») Lösungsansätze gefunden zu haben.⁵³² Die FSB-Principles sollen in den Vergütungssystemen falsche Anreize, welche zu übermässigen Risiken verleiten könnten, unterbinden.

In der Folge hat die FINMA ein Rundschreiben ausgearbeitet, welches sich massgeblich an den FSB-Grundsätzen orientiert und eine Kontrolle der risikofördernden Elemente der Kompensationssysteme postuliert.⁵³³

5. Das Systemrisiko und seine internationale Dimension

Die Kategorie des Systemrisikos ist nicht nur allgemein mit der Finanzkrise 2008, sondern insbesondere mit der Notwendigkeit der Unterstützung der UBS durch den schweizerischen Staat ins Bewusstsein gerückt. Öffentlichkeit, Aufsichtsorgane, SNB und Gesetzgeber meinten zu realisieren, dass die Bankgrössen, die aus einer globalen Tätigkeit entstanden waren, die Absorptionsmöglichkeiten der schweizerischen Volkswirtschaft im Falle eines Zusammenbruchs überfordern könnten, da auch die inländischen Marktanteile in kritischen Bereichen (Zahlungsverkehr, Einlagen, Kredite) ausserordentlich hoch waren.

Auf der anderen Seite, könnten die betroffenen Akteure, denen man Übergrösse vorwirft, auch entgegnen, dass die Schweiz für sie als Sitzland zu klein geworden ist.

Praktisch wird in erster Linie versucht, mit einer besseren Liquiditäts- und Eigenmittelausstattung solche Krisen zu verhindern. Treten sie trotzdem ein, so soll eine geordnete Liquidation möglichst wenig negative externe Effekte verursachen; dazu dienen sowohl die neuen Kapitalinstrumente als auch die generelle Möglichkeit der Umwandlung von Fremdverbindlichkeiten (Art. 31 BankG).

Am Ende wird aber nach wie vor die Möglichkeit einer staatlichen Hilfeleistung stehen.

Die neue Einstellung ist auch konzeptionell folgenreich. Sie revidiert mit noch ungewissem Ausgang sicherlich die lange gehegte Idee der Konzerneinheit und der «wirtschaftlichen Beistandspflicht» der Glieder, wie sie aus der Rechtsprechung (BGE 116 Ib 331 E. 3a) weiter entwickelt wurde und auch in die Gesetzgebung Eingang fand (vgl. Art. 3c Abs. 1 lit. c BankG).

Dann hält aber auch eine Makrobetrachtung Einzug, die man ohne weiteres als politökonomisch bezeichnen darf; es wird Strukturpolitik betrieben.

531 FSB Principles for Sound Compensation Practices, April 2009, <www.financialstabilityboard.org>.

532 FSB Principles for Sound Compensation Practices (Fn. 531), Ziff. 4 ff.; vgl. auch IOSCO, Report on Analyst Conflicts of Interest, September 2003, S. 10 ff., insb. S. 13, <www.iosco.org>.

533 FINMA-RS 2010/1 «Vergütungssysteme», insb. Grundsätze 3 und 4; vgl. auch vorne B.II.3.e.

Institutionell nimmt das Gewicht der SNB zu, aber auch die Gefahr ihrer Politisierung.

Volkswirtschaftlich wird an der Schweizer Grenze nicht mehr Halt gemacht, sondern nationale Akteure werden auch international erfasst und als Gefahrenherde perzipiert; das nagt am Prinzip des Home Regulators. Es ist denn auch nicht erstaunlich, dass an dessen Stelle «Supervisory Colleges» mit zunehmender Bedeutung treten.⁵³⁴

Es ist zu vermuten, dass die grossen Finanzintermediäre sich am Ende des Prozesses aus den nationalen Kontexten weitgehend lösen wollen und eine internationale Verfassung anstreben. Europa ist jedenfalls schon wesentlich grösser als die Schweiz.

6. *Reputationsrisiko – Vorstufe zur Widerrechtlichkeit*

Die *Imagerisiken* (wie schon in Art. 9 Abs. 2 BankV aufgeführt) sind zu den prominenten Reputationsrisiken geworden. «Reputation» ist ein schwieriger Begriff;⁵³⁵ er meint öffentliche Wertschätzung und Vertrauen und darauf gründet ja funktionell das ganze Finanzsystem. Neu ist die Kategorie des Reputationsrisikos auch zu so etwas wie einer *Vorstufe zur Widerrechtlichkeit* geworden, indem versucht wird, negative Rückwirkungen antizipierend zu vermeiden. So ist die Verletzung ausländischen (Steuer-)Rechts nach schweizerischem Recht nicht strafbar, ebenso wenig die Anstiftung und Gehilfenschaft dazu. Trotzdem hat die FINMA ihre Aufmerksamkeit auf die Frage geworfen, wie die Banken ihr sog. Reputationsrisiko im grenzüberschreitenden Vermögensverwaltungsgeschäft handhaben. Die Fragen aufzuwerfen ist richtig, in der Anhebung von Verfahren liegt aber ein beträchtliches Mass von Hypokrisie.

VI. Informationstechnologie und Information

1. *Grenzübergreifende Kompatibilität als Gebot der Internationalisierung*

Die technologische Entwicklung im Allgemeinen und im Finanzsektor im Besonderen ist schon oft beschrieben worden.⁵³⁶ Sie ist ein wesentlicher Faktor dafür, dass die grenzüberschreitenden Dienstleistungen derart ausgebaut und derart schnell und sicher abgewickelt werden konnten. Es musste für zunehmende Kompatibilität und zusammenwirkende Netzwerke gesorgt werden.

Es liegt hier nicht ein rechtlicher, sondern ein sachlicher, faktischer Umstand für eine *Internationalisierung* vor, der die Regelwerke zu folgen hatten.

534 FINMA, Jahresbericht 2011 (Fn. 166), S. 30.

535 SHAKESPEARE, Othello II, 3; RICHARD II, I, 1, 177: «The purest treasure mortal times afford, is spotless reputation».

536 Vgl. z.B. ANDREAS DEUBEL, Einfluss der Informationstechnologie auf die internationalen Finanzmärkte, Hamburg 2009.

Eine solche technische Entwicklung führt aber auch zu einer Homogenisierung der Geschäftsmodalitäten, ja der Geschäftsarten. Dabei spielte eine Rolle, dass die gewaltig gesteigerten Rechnerleistungen auch die Produkteinnovation und das Risikomanagement umwälzten. «Quants» spielten mit den Zahlen der Vergangenheit, um aus ihnen Prognosen der Zukunftswahrscheinlichkeiten zu extrahieren.

Es fand auch eine eigentliche *Dematerialisierung* statt, sozusagen ein Abschied vom Papier, und nicht nur vom Wertpapier.⁵³⁷

Eine Börse ist heute ein *Computersystem* mit Datenleitungen «to and from».

2. Elektronisierung versus Transaktionssicherheit

Mit der *Elektronisierung* haben die Geschäftsmodelle einen eigentlichen Quantensprung gemacht und sind viel informationssensitiver geworden.

Damit mussten einerseits auch zunehmend *Informationsbarrieren abgebaut* werden, besonders im grenzüberschreitenden Verkehr, andererseits musste die *Transaktionssicherheit* gewährleistet werden. In der EU geschah dies z.B. durch die beiden Richtlinien zum Zahlungsverkehr⁵³⁸ und zur Sicherungsbestellung.⁵³⁹

Der Ersatz der Wertpapiere durch Wertrechte, sozusagen der Rückfall vom Sachen- ins Schuldrecht (Zession), war nur dank den IT-Systemen überhaupt zu leisten.

Dann traten die Anliegen der *Systemsicherheit* in den Vordergrund. Dies ist auch der Hintergrund der gesteigerten Systemverantwortung der Nationalbanken. Vieles ist vom Funktionieren der Elektronik abhängig geworden.

Gewisse Strukturen wurden auch erst ermöglicht, so im Börsenbereich die Versuche, die Silostruktur der drei Funktionen Trading – Clearing – Settlement durch eine offene Netzwerkarchitektur zu ersetzen. Die Forderung nach mehr Wettbewerb brauchte überhaupt erst eine technische Grundlage, die sie ermöglichte.

3. Missbrauchsgefahren

Die Öffnung der Grenzen für die Technik, die eigentlich keine Grenzen kennt, hat auch das Missbrauchspotential erhöht, indem Lokalitäten blitzschnell geändert werden können. So musste sich z.B. auch die Geldwäschereiabwehr inter-

537 ARTHUR MEIER-HAYOZ, Abschied vom Wertpapier?, ZBJV 1986, S. 388 ff.

538 Vgl. Richtlinie 2007/64/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. November 2007 über Zahlungsdienste im Binnenmarkt, ABl. Nr. L 319 vom 5. Dezember 2007, S. 1 ff. (ersetzt Richtlinie 97/5/EG über grenzüberschreitende Überweisungen).

539 Richtlinie 98/26/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Mai 1998 über die Wirksamkeit von Abrechnungen in Zahlungs- sowie Wertpapierliefer- und -abrechnungssystemen, ABl. Nr. L 166 vom 11. Juni 1998, S. 45 ff.

nationalisieren. Der Zahlungsverkehr wurde «ent-anonymisiert»; die Banken konnten nicht mehr schlicht, wie früher, durchwegs in eigenem Namen auf fremde Rechnung handeln. Der zwischenstaatliche Informationsaustausch nahm zu, auf welchen Kanälen auch immer (s. sogleich).

4. Das Gebot der Stunde: Internationale Informationsoffenheit

Mit der Zunahme des zwischenstaatlichen Verkehrs nahmen auch die Bedürfnisse des offiziellen zwischenstaatlichen Informationsaustausches in den Bereichen Amts- und Rechtshilfe zu.

Noch einmal zur Unterscheidung: Mit Rechtshilfe wird diejenige in Strafsachen verstanden und mit Amtshilfe die internationale Verwaltungsrechtshilfe, die sich aber auf Aufsichtsmaterien oder (neuerdings) auch in erheblichem Masse auf Steuerangelegenheiten beziehen kann.

Die *Rechtshilfe in Strafsachen* umfasst alle gemeinrechtlichen Delikte und damit auch die Geldwäscherei. Hier ist an sich wesentlich, dass der ersuchende Staat das Thema setzt und das Bundesgericht sowie das Bundesstrafgericht (BStGer) in ständiger Praxis es den Gerichten dieses Staates überlassen wollen, was die materiellen Verteidigungspunkte sind. Diese Praxis wurde vom Bundesstrafgericht vor kurzem wie folgt zusammengefasst:

«Der Rechtshilferichter hat weder Tat- noch Schuldfragen zu prüfen und grundsätzlich auch keine Beweiswürdigung vorzunehmen, sondern ist vielmehr an die Sachdarstellung im Ersuchen gebunden, soweit sie nicht durch offensichtliche Fehler, Lücken oder Widersprüche sofort entkräftet wird (...).»⁵⁴⁰

Eine Schranke wurde im Fall Chodorkowski/Yukos gegenüber Russland gesetzt, indem das Bundesgericht die Rechtshilfe versagte, weil das russische Rechtshilfesuchen die Vermutung nahelegte, die russischen Behörden hätten sich nicht nur auf die strafrechtliche Verfolgung beschränkt, sondern es überdies darauf abgesehen, einen missliebigen politischen Gegner zu schwächen.⁵⁴¹

Die *Amtshilfe in Aufsichtssachen*, soweit nicht instituts- sondern kundenbezogen, hatte nach der Schaffung des Art. 38 BEHG in Börsensachen Hochkonjunktur, wobei es vor allem um Anfragen rund um vermutete Insiderdelikte von ausländischen Kunden mit Bankdepots in der Schweiz ging. Die Erfolgsquote vor Bundesgericht in den sog. Kundenverfahren war aber denkbar gering.⁵⁴²

540 BStGer RR.2011.94 vom 21. November 2011, E. 4.2.2, <www.bstger.ch>.

541 BGer 1A.215/2005 vom 4. Januar 2006, E. 3; BGer 1A.17/2007 vom 13. August 2007, E. 4: «L'ensemble de ces éléments corrobore clairement le soupçon selon lequel la procédure pénale serait en l'occurrence instrumentalisée par le pouvoir en place, dans le but de mettre au pas la classe des riches «oligarques» et d'écartier des adversaires politiques potentiels ou déclarés. Il s'ensuit que l'entraide judiciaire ne peut être accordée, conformément à l'art. 2 EIMP, sans qu'il y ait à s'interroger sur les autres conditions d'octroi (double incrimination, proportionnalité, infractions fiscales), et sur les divers autres griefs soulevés.»

542 FINMA, Bericht Amtshilfe (Fn. 161), S. 23.

Die Schweiz hat sich hier als amtshilfefähig erwiesen. Heute hat sich das Spektrum der Amtshilfe im Börsenbereich geweitet: Neben Insiderdelikten, spielen nun auch Kursmanipulation, Meldung von Beteiligungen oder unerlaubte Anlageerwerbung eine vermehrte Rolle.⁵⁴³

Die Amtshilfe in *Steuersachen*, wo es nicht um Abgabebetrug nach dem IRSG ging (Art. 3), ist eine neue Entwicklung (dazu vorne A.II.5.f). Sie reiht sich aber in das Bild ein, dass einfach mittels Grenzüberschreitung keine wesentlichen Schutzmechanismen mehr ausgelöst und vor allem gesichert werden können.

Informationsoffenheit ist das Gebot der Stunde.

C. Schlussbemerkungen: Entwicklungslinien

I. Bankrecht ist internationales Recht

Die Frage nach den internationalen Herausforderungen für das Bankrecht zu stellen heisst, auch die Fragen nach Situierung, Standing, Distinktionsfaktoren, Geschäftsmodellen und Einbettung des Finanzsektors im Verhältnis zur näheren und weiteren internationalen Gemeinschaft aufzuwerfen.

Für das Recht ist der Befund nämlich klar: *Bankrecht ist internationales Recht im mehrfachen Sinne*, nämlich von der inhaltlichen Harmonisierung her, sei es formell oder in Standards; dann braucht es kollisionsrechtliche Abstimmungen im Aufsichts-, Organisations- und auch im Aussenvertragsbereich, einschliesslich der Gerichtsstandsbestimmungen.

Dann kann aber auch an den internationalen politischen Anforderungen und Begehrungen nicht mehr vorbeigegangen werden.

Vermisst werden hier aber klarere Akzente betreffend legitimen schweizerischen Eigeninteressen.

II. Die Beachtung kollisionsrechtlicher Fragen

Natürlich steht dieses Recht dann im nationalen Anwendungskontext in Bezug auf die jeweiligen besonderen Sachverhalte. Zum nationalen Recht gehören aber nicht nur die kollisionsrechtlichen Fragen, die ja schon immer von einem internationalistischen Ethos getragen waren, sondern man merkt auch sofort, dass man längst nicht mehr allein ist und auch längst nicht mehr Herr seiner selbst sein kann.

Internationale Geschäftsteilnahme ist internationale Rechtsteilnahme.

543 FINMA, Jahresbericht 2011 (Fn. 166), S. 29.

III. Internationale Stärken der Schweiz: Private Banking und «Weissgeldstrategie»

Die Schweiz hat in den letzten Jahren Mühe bekundet, (wieder) einen einigermassen friktionsfreien Platz einzunehmen. Diesen können wir nur zurückerobern, wenn wir das Terrain der Rückzugsgefechte abandonnieren.

Die Stärken der Schweiz würde ich nach wie vor im *Private Banking* sehen, aber auch im *Firmenkundengeschäft*. Das Investment Banking hat sich nicht zu einem nachhaltigen Ertragsstandbein entwickeln können und ist in grossen Dimensionen eine Quelle ständigen Risikos.

Im Private Banking braucht es eine entschiedene *Strategie*, die der Tatsache Rechnung trägt, dass das Ausland schlicht nicht mehr toleriert, dass ihre Staatsangehörigen oder wegen Wohnsitz Steuerpflichtigen sich über die Schweiz Steuervorteile verschaffen können.

Diese Strategie wird neuerdings «*Weissgeldstrategie*» genannt (vgl. vorne A.II.5.f.dd).

Es wird dazu wenigstens vertrauenswürdige Erklärungen des Kunden brauchen, die man als Formular auch in der VSB (Kapitel C: Keine aktive Beihilfe zur Steuerhinterziehung) unterbringen könnte.

Skeptischer bin ich bezüglich der Abgeltungsabkommen; ihre Handhabung ist komplex und wird teuer bleiben. Teile des Auslands werden nie eine Bevorzugung gegenüber Inländern zulassen wollen. Der Streit verspricht bloss weiter zu schwelen.

Es wird keinen vollständigen automatischen Informationsaustausch brauchen, aber eine offene informationspolitische Haltung.

Internationalisierung heisst in diesem Sinne auch Rückkehr aus der nicht allzu informativen Vergangenheit.

