



18. Dezember 2014

Die FINMA und ihre Regulierungs- und Aufsichtstätigkeit

Bericht des Bundesrates in Erfüllung der Postulate
12.4095 Graber Konrad, 12.4121 de Courten 12.4122
Schneeberger und 13.3282 de Buman

Zusammenfassung

In vorliegendem Bericht unterzieht der Bundesrat die FINMA sowie ihre Regulierungs- und Aufsichtstätigkeit einer Prüfung und gibt der FINMA in der Konsequenz verschiedene Empfehlungen ab. Er erfüllt damit verschiedene parlamentarische Vorstösse.

Ausgangslage

Der Bundesrat ist in Umsetzung der Postulate 12.4095 Graber Konrad «Externe und unabhängige Beurteilung der FINMA», 12.4121 de Courten «Konsequenzen der FINMA-Regulierungen auf Finanzplatz und Wirtschaftsstandort Schweiz», 12.4122 Schneeberger «Stopp der Bürokratieflut aus der FINMA. Für eine starke, aber effiziente FINMA» und 13.3282 de Buman «Für eine Verbesserung der Arbeitsmethoden der FINMA» damit beauftragt, eine Überprüfung der FINMA sowie ihrer Regulierungs- und Aufsichtstätigkeit vorzunehmen. Mit vorliegendem Bericht werden die genannten Postulate erfüllt.

Thematisiert werden zudem verschiedene andere zurzeit im Parlament hängige parlamentarische Vorstösse, die sich mit der Tätigkeit der FINMA befassen und welche im Hinblick auf den vorliegenden Bericht sistiert wurden. Es handelt sich dabei um die parlamentarische Initiative 12.501 Lüscher «Anpassung des FINMAG zur Stärkung von Ansehen und Wettbewerbsfähigkeit des Finanzplatzes», die Motion WAK-N 11.3757 «FINMA. Kosten der Untersuchungen der Untersuchungsbeauftragten» sowie die Motion Engelberger 07.3711 «Aufsichtsabgabe nach Finanzmarktaufsichtsgesetz. Berücksichtigung der KMU-Interessen».

Der Bericht stützt sich unter anderem auf die vom Internationalen Währungsfonds (IWF) im Rahmen des «Financial Sector Assessment Programs» 2014 (FSAP) gewonnen Erkenntnisse sowie auf ein im Hinblick auf die Erarbeitung des vorliegenden Berichts Sabine Kilgus erstelltes Expertengutachten zur Regulierungs- und Kommunikationstätigkeit der FINMA. Die Meinung der Branche ist insofern in vorliegenden Bericht eingeflossen, als der IWF im Rahmen des FSAP Befragungen der Branche durchgeführt hat. Zudem berücksichtigt der Bundesrat die Ergebnisse der im Rahmen der Expertengruppe «Weiterentwicklung der Finanzplatzstrategie» unter Einbezug der Branche durchgeführten Prüfung des Regulierungsprozesses und der Regulierungsumsetzung im Schweizerischen Finanzmarktrecht.

Institutionelle Aspekte der FINMA

Der Bundesrat kommt in seinem Bericht zur Erkenntnis, dass in Bezug auf die Rechtsform, die Führungsstruktur, die Organisation und die finanziellen Ressourcen der FINMA sowie die Kompetenzabgrenzung zu anderen Behörden kein Handlungsbedarf besteht. Ebenfalls keinen Handlungsbedarf sieht er betreffend Aufgaben der FINMA. So rät er insbesondere davon ab, die Stärkung des Ansehens und der Wettbewerbsfähigkeit des Finanzplatzes Schweiz – wie von der parlamentarischen Initiative 12.501 Lüscher verlangt – zu einer eigenständigen Aufgabe der FINMA zu erheben. Dies hätte zur Folge, dass die FINMA unweigerlich in einen Zielkonflikt mit ihren vorrangigen aufsichtsrechtlichen Zielen des Individual- und Funktionsschutzes geraten würde. Die FINMA würde zudem als Finanzmarktaufsichtsbehörde international an Glaubwürdigkeit und Akzeptanz verlieren und könnte so die Interessen des Schweizer Finanzplatzes nicht mehr in gleichem Masse wahrnehmen.

Mit Blick auf die Aufsichtsinstrumente und das Aufsichtskonzept ortet der Bundesrat hingegen vereinzelt Verbesserungsbedarf. So empfiehlt er der FINMA, ihre eigene Überwachungstätigkeit weiter auszubauen, namentlich indem sie ihre Analysetätigkeit verstärkt und vermehrt Vor-Ort-Prüfungen vornimmt (Empfehlung 1). Zudem legt er der FINMA nahe sicherzustellen, dass sämtliche Beaufsichtigten mit vergleichbaren Tätigkeiten und Risiken auf eine gleichwertige Art und Weise beaufsichtigt werden (Empfehlung 2).

Weiter empfiehlt der Bundesrat der FINMA, ihre personellen Ressourcen entsprechend der Bedeutung der einzelnen Aufsichtsbereiche einzusetzen (Empfehlung 3) sowie die Kosten und den Nutzen der hohen Fluktuation kritisch zu würdigen und geeignete Massnahmen gegen diese zu ergreifen, insbesondere ist auf eine gute Durchmischung zwischen jüngeren Spezialisten und erfahrenen Mitarbeitenden zu achten (Empfehlung 4).

Regulierungstätigkeit der FINMA

Der Bundesrat erachtet die Regulierungskompetenzen der FINMA, welche sich von Gesetzes wegen auf Verordnungen und Rundschreiben beschränken, als sachgerecht. Die bestehenden Vorschriften gewährleisten, dass der FINMA ein ausreichender, aber auch nicht zu weit gehender Handlungsspielraum bei ihrer Regulierung zur Verfügung steht.

Was die Einhaltung der Regulierungsgrundsätze durch die FINMA betrifft, so erachtet der Bundesrat den Vorwurf, die FINMA sei einem «Regulierungseifer» verfallen und reguliere insofern nicht verhältnismässig, unbegründet. Zwar konnte für die Jahre 2012 und 2013 eine überdurchschnittliche Regulierungstätigkeit im Bereich der Rundschreiben festgestellt werden. Diese ist aber darauf zurück zu führen, dass infolge der Erkenntnisse aus der Finanzkrise mehrere Gesetzes- und Verordnungsänderungen notwendig wurden, welche eine Anpassung der Praxis in den entsprechenden Rundschreiben nach sich zogen.

Der Bundesrat kommt weiter zum Schluss, dass die FINMA im Rahmen ihrer Regulierungstätigkeit den unterschiedlichen Geschäftstätigkeiten und Risiken der Beaufsichtigten angemessen Rechnung trägt und berücksichtigt, wie sich ihre Regulierung auf die auf den Wettbewerb, die Innovationsfähigkeit und die internationale Wettbewerbsfähigkeit des Finanzplatzes Schweiz auswirkt. Festgestellt werden konnte zudem, dass der Regulierungsprozess der FINMA transparent geregelt ist und sich die Betroffenen spätestens im Rahmen der Anhörung und oft schon vorher angemessen beteiligen können.

Der Bundesrat empfiehlt der FINMA indessen, im Rahmen ihrer Regulierungsprojekte, die generelle Empfehlung der Expertengruppe «Weiterentwicklung der Finanzplatzstrategie» umzusetzen, den institutionalisierten Dialog mit den Marktteilnehmern und der Wissenschaft weiter zu fördern (Empfehlung 5).

Die von der Branche zuweilen geäusserte Besorgnis, dass Verordnungen und Rundschreiben der FINMA durch das übergeordnete Gesetzes- oder Verordnungsrecht nicht gedeckt sind, hat sich nur vereinzelt bestätigt. Die kritisierten Regelungen der FINMA waren jedoch materiell gerechtfertigt und wurden später im übergeordneten Gesetzes- oder Verordnungsrecht verankert. Dennoch empfiehlt der Bundesrat der FINMA, mit geeigneten Massnahmen sicherzustellen, dass Verordnungen und Rundschreiben eine genügende rechtliche Grundlage im übergeordneten Gesetzes- oder Verordnungsrecht haben (Empfehlung 6).

Aufsichtstätigkeit der FINMA

Für die Information ihrer Beaufsichtigten, der Öffentlichkeit und der Politik verwendet die FINMA verschiedene Kommunikationsinstrumente. Dies dient der adressatengerechten Vermittlung von Informationen und ist daher grundsätzlich zu begrüßen. Beim Einsatz der einzelnen Instrumente können jedoch Abgrenzungsschwierigkeiten zu den Regulierungsgefässen auftreten. Insbesondere (Aufsichts-)Mitteilungen, FAQ, Positionspapiere oder Wegleitungen können Inhalte aufweisen, die grundsätzlich in einem Rundschreiben oder einer Verordnung geregelt werden müssten. Ein Überblick über die in den letzten Jahren publizierten Kommunikationen ergibt zwar keine Hinweise auf ein systematisches oder grundlegendes Fehlverhalten bei der Wahl der Kommunikationsinstrumente. Insbesondere Mitteilungen enthielten jedoch in der Vergangenheit in einzelnen Fällen Inhalte mit rechtsetzendem Charakter.

Der Bundesrat empfiehlt der FINMA deshalb, die Kommunikationsinstrumente in ihren internen Vorschriften vollständig zu erfassen und voneinander abzugrenzen (Empfehlung 7). Regulierungsnahe Kommunikationsinstrumente sind zurückhaltend und ausschliesslich für den vorgesehenen Zweck einzusetzen. Generell ist im Zweifelsfall eine Regulierung in Form einer FINMA-Verordnung oder eines Rundschreibens zu erlassen. Um die falsche Verwendung von Aufsichtsmitteilungen zu vermeiden, empfiehlt der Bundesrat der FINMA zudem eine periodische Überprüfung der publizierten Aufsichtsmitteilungen. Entfalten diese über einen längeren Zeitraum nach ihrer Publikation eine massgebliche Wirkung, so formulieren sie die Praxis der FINMA zum fraglichen Thema und sind deshalb in ein Rundschreiben zu überführen (Empfehlungen 8). Zudem gilt es nach Ansicht des Bundesrates, die von der FINMA kürzlich erlassenen Leitlinien zur Kommunikation konsequent umzusetzen und entsprechende interne Prozesse zu definieren und einzuhalten. Ferner sind die Leitlinien periodisch und nach Möglichkeit unter Einbezug der Marktteilnehmerinnen und -teilnehmer zu überprüfen und gegebenenfalls anzupassen (Empfehlung 9).

Inhaltsverzeichnis

1	Ausgangslage	6
1.1	Parlamentarische Vorstösse	6
1.2	Aufbau und Erarbeitung des Berichts	7
2	Institutionelle Aspekte der FINMA.....	8
2.1	Rechtsform, Führungsstruktur und Organisation	8
2.2	Aufgaben	10
2.3	Aufsichtsinstrumente und Aufsichtskonzept	13
2.4	Personelle Ressourcen	18
2.5	Finanzielle Ressourcen	20
2.6	Kompetenzabgrenzung zu anderen Behörden	22
3	Regulierungstätigkeit der FINMA	24
3.1	Fragestellung	24
3.2	Geltende Regelung	24
3.2.1	Regulierungskompetenzen der FINMA	24
3.2.2	Regulierungsgrundsätze	25
3.2.3	FINMA-interne Vorschriften	26
3.2.4	Regulierungsgefässe im Einzelnen	26
3.3	Beurteilung	28
3.3.1	Regulierungskompetenzen	28
3.3.2	FINMA-interne Vorschriften	29
3.3.3	Beachtung der Regulierungsgrundsätze	29
3.3.4	Einsatz der Regulierungsgefässe	33
4	Aufsichtstätigkeit der FINMA.....	33
4.1	Fragestellung	33
4.2	Geltende Regelung	34
4.2.1	Aufsichtstätigkeit als Rechtsanwendung	34
4.2.2	Kommunikation als Teil der Aufsichtstätigkeit	34
4.2.3	Kommunikationsinstrumente im Einzelnen	35
4.3	Beurteilung	39
4.3.1	Aufsichtspraxis.....	39
4.3.2	Kommunikationsinstrumente	39
4.3.3	FINMA-interne Vorschriften	40
4.3.4	Einsatz der Kommunikationsinstrumente	40
5	Schlussfolgerungen und Empfehlungen	42
5.1	Institutionelle Aspekte der FINMA	42
5.2	Regulierungstätigkeit der FINMA	45
5.3	Aufsichtstätigkeit der FINMA.....	47

Bericht

1 Ausgangslage

1.1 Parlamentarische Vorstösse

Der Bundesrat ist in Umsetzung verschiedener parlamentarischer Vorstösse damit beauftragt, eine Überprüfung der Tätigkeit der FINMA vorzunehmen:

- Das Postulat 12.4095 Graber Konrad «Externe und unabhängige Beurteilung der FINMA» (Postulat Graber) beauftragt den Bundesrat zu prüfen, ob die Tätigkeit der FINMA durch ein unabhängiges externes Expertengremium beurteilt werden soll. Der Vorstoss enthält eine Reihe von Fragen, die durch ein solches Gremium beantwortet werden könnten. Sie betreffen einerseits die FINMA als Institution wie ihre Rechtsform, Organisation, Aufgaben und personellen Ressourcen und andererseits ihre Regulierungs- und Aufsichtstätigkeit. Das Postulat wurde vom Ständerat am 11. März 2013 überwiesen.
- Das Postulat 12.4121 de Courten «Konsequenzen der FINMA-Regulierungen auf Finanzplatz und Wirtschaftsstandort Schweiz» (Postulat de Courten) beauftragt den Bundesrat zu prüfen, ob und wie die FINMA in den letzten Jahren ihre eigenen Eckwerte für neue Regulierungsvorhaben eingehalten hat. Es wurde vom Nationalrat am 16. September 2014 überwiesen.
- Das Postulat 12.4122 Schneeberger «Stopp der Bürokratieflut aus der FINMA. Für eine starke, aber effiziente FINMA» (Postulat Schneeberger) beauftragt den Bundesrat damit, einen Bericht zur Effizienz der Tätigkeit der FINMA zu verfassen und dabei in anonymisierter Form die Ansicht der Finanzdienstleister einzuholen. Der Bericht soll die Dichte, Geschwindigkeit und Häufigkeit der Regulierung sowie die Häufigkeit von Änderungen von Regulierungen analysieren und zuhanden des Verwaltungsrates der FINMA operationelle und zuhanden des Parlamentes gesetzgeberische Änderungsvorschläge aufzeigen, damit die FINMA künftig ihren gesetzlichen Auftrag besser erfüllen kann. Das Postulat wurde vom Nationalrat am 25. September 2014 überwiesen.
- Das Postulat 13.3282 de Buman «Für eine Verbesserung der Arbeitsmethoden der FINMA» (Postulat de Buman) beauftragt den Bundesrat damit, einen Bericht über die Beachtung der Verfahren zur Ausarbeitung von FINMA-Mitteilungen sowie über deren Rechtmässigkeit und deren Verbindlichkeit vorzulegen. Das Postulat wurde vom Nationalrat am 21. Juni 2013 überwiesen.

Mit vorliegendem Bericht erfüllt der Bundesrat die genannten Postulate und beantragt deren Abschreibung.

Der Bundesrat thematisiert vorliegend zudem verschiedene andere zurzeit im Parlament hängige parlamentarische Vorstösse, die sich mit der Tätigkeit der FINMA befassen und welche im Hinblick auf den vorliegenden Bericht sistiert wurden. Es handelt sich dabei um die parlamentarische Initiative 12.501 Lüscher «Anpassung des FINMAG zur Stärkung von Ansehen und Wettbewerbsfähigkeit des Finanzplatzes» (parlamentarische Initiative Lüscher), die Motion WAK-N 11.3757 «FINMA. Kosten der Untersuchungen der Untersuchungsbeauftragten» (Motion WAK-N) sowie die Motion Engelberger 07.3711 «Aufsichtsabgabe nach Finanzmarktaufsichtsgesetz. Berücksichtigung der KMU-Interessen» (Motion Engelberger).

1.2 Aufbau und Erarbeitung des Berichts

Der vorliegende Bericht gliedert sich in drei Teile. Im ersten Teil (Ziffer 2) werden die im Rahmen der Postulats Graber, der Motionen WAK-N und Engelberger sowie der parlamentarischen Initiative Lüscher aufgeworfenen Fragen im Zusammenhang mit der FINMA als Institution (Rechtsform, Führungsstruktur, Organisation, Aufgaben, Aufsichtsinstrumente und Aufsichtskonzept, personelle und finanzielle Ressourcen sowie Kompetenzabgrenzung zu anderen Behörden) thematisiert. Dabei stützt sich der Bundesrat in erster Linie auf die vom Internationalen Währungsfonds (IWF) im Rahmen des «Financial Sector Assessment Programs» 2014 (FSAP) gewonnen Erkenntnisse, d.h. auf folgende Berichte: «Financial Sector Stability Assessment» (FSSA),¹ «Report on Observance of Standards and Codes» (ROSC)² «Detailed Assessment of Compliance – Basel Core Principles for Effective Banking Supervision» (DAR BCPs),³ «Detailed Assessment of Observance – Insurance Core Principles» (DAR ICPs)⁴ und «Detailed Assessment of Implementation – IOSCO Objectives on Principles of Securities Regulation» (DAR IOSCO Principles).⁵

Zudem stützt sich der Bundesrat ergänzend auf das von Peter Hayward im November 2011 erstellte Gutachten (Expertengutachten Hayward), das im Zusammenhang mit der Umsetzung der Empfehlungen 3 und 6 sowie des Postulats 1 (10.3389/10.3628) des Berichts der Geschäftsprüfungskommissionen des Nationalrats und des Ständerats «Die Behörden unter dem Druck der Finanzkrise und der Herausgabe von UBS-Kundendaten an die USA» vom 30. Mai 2010 erstellt wurde.⁶ Er nimmt weiter Bezug auf die Expertengutachten von Hans Geiger (Expertengutachten Geiger) und David Green (Expertengutachten Green),⁷ in welchen die FINMA im Rahmen der Umsetzung des Postulats 08.4039 David «Klärung des Verhaltens der Finanzmarktaufsicht in der Finanzkrise» und der Motion 09.3010 WAK-N «Funktionsfähigkeit der FINMA überprüfen» einer generellen Prüfung unterzogen wurde.

In einem zweiten Teil (Ziffer 3) setzt sich der Bundesrat mit der Regulierungstätigkeit und in einem dritten Teil (Ziffer 4) mit der Aufsichtstätigkeit der FINMA auseinander, wobei zur Aufsichtstätigkeit auch die Kommunikation gezählt wird. Er stützt sich dabei hauptsächlich auf das im Hinblick auf die Erarbeitung des vorliegenden Berichts von Sabine Kilgus erstellte Expertengutachten zur Regulierungs- und Kommunikationstätigkeit der FINMA. Sabine Kilgus verfügt über langjährige Erfahrung als Rechtsanwältin und Lehrbeauftragte, war von 2008 bis 2011 Mitglied des Verwaltungsrates der FINMA und Kommissionsmitglied der ehemaligen Eidgenössischen Bankenkommission (EBK) und ist seit 2013 Präsidentin der SRO-Treuhand/Suisse. Ihr Gutachten wird mit diesem Bericht veröffentlicht.

Die Meinung der Branche ist insofern in vorliegenden Bericht eingeflossen, als der IWF im Rahmen des FSAP Befragungen von Branchenvertretern durchgeführt hat. Zudem berücksichtigt der Bundesrat die Ergebnisse der im Rahmen der Expertengruppe zur Weiterentwicklung der Finanzplatzstrategie unter Einbezug der Branche durchgeführten Arbeiten im Zusammenhang mit dem Regulierungsprozess und der Regulierungsumsetzung im Schweizerischen Finanzmarktrecht.⁸

¹ [www.imf.org > countries > Switzerland > Country Report No. 14/144](http://www.imf.org/countries/Switzerland/CountryReportNo.14/144).

² [www.imf.org > countries > Switzerland > Country Report No. 14/145](http://www.imf.org/countries/Switzerland/CountryReportNo.14/145).

³ [www.imf.org > countries > Switzerland > Country Report No. 14/264](http://www.imf.org/countries/Switzerland/CountryReportNo.14/264).

⁴ [www.imf.org > countries > Switzerland > Country Report No. 14/265](http://www.imf.org/countries/Switzerland/CountryReportNo.14/265).

⁵ [www.imf.org > countries > Switzerland > Country Report No. 14/266](http://www.imf.org/countries/Switzerland/CountryReportNo.14/266).

⁶ <https://www.news.admin.ch/message/?lang=de&msg-id=44672>.

⁷ [www.efd.admin.ch > Dokumentation > Berichte > Das Verhalten der Finanzmarktaufsicht in der Finanzmarktkrise](http://www.efd.admin.ch/Dokumentation/Berichte/DasVerhaltenDerFinanzmarktaufsichtInDerFinanzmarktkrise).

⁸ <http://www.admin.ch/aktuell/00089/index.html?lang=de&msg-id=55545>

2 Institutionelle Aspekte der FINMA

2.1 Rechtsform, Führungsstruktur und Organisation

2.1.1 Fragestellung

Das Postulat Graber wirft die Fragen auf, ob die FINMA die Voraussetzungen erfüllt, um ihre gesetzlichen Aufgaben wahrzunehmen (vgl. Frage 1). Zudem soll geklärt werden, ob die Zusammenarbeit zwischen den verschiedenen Geschäftsbereichen zufriedenstellend funktioniert, insbesondere, ob Synergien genutzt werden (Frage 13). Angesprochen sind damit in erster Linie die Rechtsform, die Führungsstruktur und die Organisation der FINMA.

2.1.2 Geltende Regelung

Die FINMA nahm im Januar 2009 mit dem vollständigen Inkrafttreten des Finanzmarktaufsichtsgesetzes vom 22. Juni 2007⁹ (FINMAG) ihre Tätigkeit auf. Sie löste als sog. integrierte Finanzmarktaufsichtsbehörde die EBK, das Bundesamt für Privatversicherungen (BPV) und die Kontrollstelle zur Bekämpfung der Geldwäscherei (Kst GwG) ab. Sie ist als selbständige öffentlich-rechtliche Anstalt ausgestaltet, die funktionell, institutionell und finanziell unabhängig ist (Art. 4 Abs. 1 und Art. 21 FINMAG). Im Gegenzug zur weitgehenden Unabhängigkeit der FINMA verfügen der Bundesrat und die eidgenössischen Räte über gewisse Steuerungs- und Einflussmöglichkeiten. So hat der Bundesrat insbesondere die strategischen Ziele der FINMA zu genehmigen (Art. 9 Abs. 1 Bst. a FINMAG) und den Verwaltungsrat der FINMA zu wählen (Art. 9 Abs. 3 FINMAG). Die eidgenössischen Räte üben ferner die Oberaufsicht aus (Art. 21 Abs. 4 FINMAG). Die Oberaufsicht beschäftigt sich dabei nicht mit der operativen Aufsichtstätigkeit der FINMA.¹⁰ Die FINMA untersteht zudem der Finanzaufsicht der Eidgenössischen Finanzkontrolle (EFK), soweit dies der Ausübung der Oberaufsicht durch die Bundesversammlung dient (Art. 8 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 28. Juni 1967¹¹ über die Eidgenössische Finanzkontrolle).

Die Organe der FINMA sind der Verwaltungsrat, die Geschäftsleitung und die Revisionsstelle (Art. 8 FINMAG). Die Führungsstruktur der FINMA lehnt sich damit an das System der privaten Aktiengesellschaft an. Der Verwaltungsrat ist das strategische Organ. Er hat insbesondere die strategischen Ziele der FINMA festzulegen, die ihr delegierten Verordnungen und die Rundschreiben zu erlassen und über Geschäfte von grosser Tragweite zu entscheiden (Art. 9 FINMAG). Die Kriterien, ob und wann ein Geschäft von grosser Tragweite vorliegt, richtet sich dabei nach Artikel 2 Absatz 3 des Organisationsreglements der FINMA. Der Geschäftsleitung obliegt die operative Führung der FINMA. Sie erlässt grundsätzlich die Verfügungen (Art. 10 FINMAG).

Die FINMA organisiert sich nach Artikel 4 Absatz 3 FINMAG nach den Grundsätzen einer guten Corporate Governance und der wirtschaftlichen Betriebsführung. Sie verfügt damit über eine weitgehende Organisationsautonomie¹² Artikel 11 Absatz 1 FINMAG gibt vor, dass sich die FINMA in Fachbereiche zu gliedern hat. Die Organisation der FINMA umfasste von März 2011 bis Mai 2014 sechs Geschäftsbereiche (Banken, Versicherungen, Märkte, Enforcement, Strategische Grundlagen, Operations). Im Juni 2014 wurde der Geschäftsbereich Märkte in zwei Teile – Märkte und Asset Management – aufgeteilt. Die Leiter der sieben Ge-

⁹ SR 956.1

¹⁰ Vgl. Botschaft zum Finanzmarktaufsichtsgesetz vom 1. Februar 2006 (Botschaft FINMAG), BBl 2006 2829, S. 2874.

¹¹ SR 614.0

¹² Vgl. Botschaft FINMAG, S. 2864.

schaftsbereiche bilden zusammen mit dem Direktor die Geschäftsleitung.

2.1.3 Beurteilung

2.1.3.1 Rechtsform

Mit der Errichtung der FINMA wurde eine organisatorische Neuausrichtung vollzogen, welche die schweizerische Finanzmarktaufsicht gestärkt und ihr als Gesprächspartner insbesondere auch im internationalen Verhältnis grösseres Gewicht verliehen hat. Als integrierte Behörde bündelt die FINMA zudem die nötige Fachkenntnis und schafft die Möglichkeit Synergien der verschiedenen Aufsichtsbereiche zu nutzen. Die Ausgestaltung der FINMA als selbständige öffentlich-rechtliche Anstalt, die funktionell, institutionell und finanziell unabhängig ist, trägt zudem dem Umstand Rechnung, dass eine Finanzmarktaufsichtsbehörde zur glaubwürdigen und effektiven Erfüllung ihrer gesetzlichen Aufgaben von den politischen Behörden unabhängig handeln können muss (vorab im Bereich der Aufsicht über die einzelnen Institute).¹³ Dementsprechend sieht der Bundesrat in diesem Bereich keinen Handlungsbedarf.

2.1.3.2 Führungsstruktur

Was die Führungsstruktur der FINMA betrifft, so regt der IWF an, die Kompetenz des Verwaltungsrats, über Geschäfte von grosser Tragweite zu entscheiden, einzuschränken oder klarer zu umschreiben. Es wird angeregt, den Verwaltungsrat als rein strategisches Gremium auszugestalten. Zur Begründung wird im Wesentlichen vorgebracht, die Involvierung des Verwaltungsrats in die operative Tätigkeit im Bereich der Aufsicht über Einzelinstitute widerspreche einer guten corporate governance, indem sie die Kontrollfunktion des Verwaltungsrates über die operative Tätigkeit der FINMA beeinträchtigen und die Besetzung des Verwaltungsrates mit geeigneten Mitgliedern erschweren könnte.¹⁴

Wie der Bundesrat bereits in seinem Bericht «Das Verhalten der Finanzmarktaufsicht in der Finanzmarktkrise – Lehren für die Zukunft» vom 12. Mai 2010¹⁵ (Bericht Finanzmarktkrise) festgehalten hat, teilt er diese Ansicht nicht.¹⁶ Die Kompetenz des Verwaltungsrats, auch über Geschäfte von grosser Tragweite im Bereich der Aufsicht über Einzelinstitute zu entscheiden, sorgt für ein Gleichgewicht zwischen dem Verwaltungsrat und der Geschäftsleitung der FINMA («checks and balances»), wodurch eine ausgewogene Entscheidungsfindung und Entwicklung der relevanten Praxis sichergestellt wird.¹⁷ Im Übrigen haben Geschäfte von grosser Tragweite und strategische Entscheide einen direkten Zusammenhang und lassen sich nur schwer abgrenzen. So beeinflussen Geschäfte von grosser Tragweite nicht nur die generelle Strategie der FINMA, sondern können auch Auswirkungen insbesondere auf die FINMA-Regulierung (Verordnungen und Rundschreiben) haben, welche vom Verwaltungsrat beschlossen wird (vgl. Art. 9 Abs. 1 Bst. c FINMAG).

¹³ Expertengutachten Geiger, S. 13 f.; FSSA, S. 28; DAR BCPs, S. 8 und 21 ff; DAR ICPs, S. 55; DAR IOSCO, S. 8.

¹⁴ ROSC, S. 13, 19 und 22; DAR BCPs, S. 6 und 33; vgl. auch die Expertengutachten Geiger, S. 15; Green, S. 13 und Kilgus, S. 60 RZ 164.

¹⁵ www.efd.admin.ch > Dokumentation > Berichte > Das Verhalten der Finanzmarkt-aufsicht in der Finanzmarktkrise.

¹⁶ Bericht Finanzmarktkrise, S. 16.

¹⁷ Vgl. auch Botschaft FINMAG, BBl 2006 2829, S. 2840.

Dem Risiko, dass die Kompetenz des Verwaltungsrats, über Geschäfte von grosser Tragweite zu entscheiden, die Unabhängigkeit der FINMA gefährden könnte, wird dadurch begegnet, dass Verwaltungsratsmitglieder von den Beaufsichtigten heute generell unabhängig sein müssen und Konflikte zwischen eigenen Interessen und den Interessen der FINMA zu vermeiden haben (vgl. Ziffer 5.1 der vom Bundesrat am 9. Dezember 2013 genehmigten Bedingungen zur Ausübung des Amtes als Verwaltungsratsmitglied der FINMA¹⁸). Zudem hat der Verwaltungsrat beim Entscheid über Geschäfte von grosser Tragweite die in Artikel 10 Absatz 1 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968¹⁹ (VwVG) und in Artikel 11 des Organisationsreglements der FINMA vom 18. Dezember 2008 statuierten Ausstands- und Unvereinbarkeitsregeln zu beachten.

2.1.3.3 Organisation

Die Organisation der FINMA – insbesondere der Grossbankenaufsicht – wurde vom Bundesrat bereits gestützt auf das Gutachten von Peter Hayward in seinem «Bericht über die Weiterentwicklung der Aufsichtsinstrumente und der Organisation der FINMA, Bericht des Bundesrates in Erfüllung der Empfehlungen 3 und 6 sowie des Postulats 1 (10.3389/10.3628) der Geschäftsprüfungskommissionen des Nationalrats vom 23. Mai 2012»²⁰ (Bericht zur Weiterentwicklung der Aufsichtsinstrumente und der Organisation der FINMA) eingehend gewürdigt und positiv beurteilt. An dieser Einschätzung hat sich seither nichts geändert. Besonders hervorzuheben ist dabei die Einschätzung von Peter Hayward, wonach die gewählte Organisationsform des Geschäftsbereichs Banken eine einfache vertikale und horizontale Interaktion sowie Kommunikation gewährleistet.²¹ Ergänzend ist festzuhalten, dass die Geschäftsleitung der FINMA in der Regel wöchentlich tagt und damit sicherstellt, dass auch geschäftsbereichsübergreifende Synergien genutzt werden können. Zudem verfügt die FINMA in den Geschäftsbereichen über verschiedene Querschnittsfunktionen, die geschäftsbereichsübergreifend tätig sind.

2.2 Aufgaben

2.2.1 Fragestellung

Das Postulat Graber wirft die Frage auf, welchen Stellenwert die Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit des Finanzplatzes für die FINMA einnimmt und wie sie die damit verbundenen Aufgaben und Pflichten verfolgt (vgl. Frage 10). Die parlamentarische Initiative Lüscher hat ebenfalls die Aufgaben der FINMA zum Gegenstand. Sie verlangt, dass die Stärkung des Ansehens und der Wettbewerbsfähigkeit des Finanzplatzes Schweiz durch eine Änderung des FINMAG zu einer Hauptaufgabe der Finanzmarktaufsicht erhoben wird.

2.2.2 Geltende Regelung

Die Aufgabe der FINMA besteht darin, die Aufsicht nach dem FINMAG und den Finanzmarktgesetzen²² auszuüben. Sie nimmt zudem die internationalen Aufgaben wahr, die mit der Erfüllung ihrer Aufsichtstätigkeit zusammenhängen (Art. 6 FINMAG). Die Finanzmarktaufsicht bezweckt nach dem Wortlaut von Artikel 5 1. Satz FINMAG nach Massgabe der Fi-

¹⁸ <http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/33087.pdf>

¹⁹ SR **172.021**

²⁰ BBl **2012** 5785, S. 5793 ff.

²¹ Expertengutachten Hayward, S. 17.

²² Zu diesen zählen folgende Erlasse: Bankengesetz (BankG; SR **952.0**), Börsengesetz (BEHG; SR **954.1**), Kollektivanlagengesetz (KAG; SR **951.31**), Pfandbriefgesetz (PfG; SR **211.423.4**), Versicherungsaufsichtsgesetz (VAG; SR **961.01**), Versicherungsvertragsgesetz (VVG; SR **221.229.1**) und Geldwäschereigesetz (GwG; SR **955.0**).

finanzmarktgesetze den Schutz der Gläubigerinnen und Gläubiger, der Anlegerinnen und Anleger, der Versicherten sowie den Schutz der Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte. Nach Artikel 5 2. Satz FINMAG trägt sie damit zur Stärkung des Ansehens und der Wettbewerbsfähigkeit des Finanzplatzes Schweiz bei (Art. 5 FINMAG).

Artikel 5 1. Satz FINMAG setzt mit dem Kundenschutz (Individualschutz) und dem Schutz der Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte (Funktionsschutz) die aufsichtsrechtlichen Ziele der FINMA. Die in Artikel 5 2. Satz FINMAG erwähnte Stärkung des Ansehens und der Wettbewerbsfähigkeit des Finanzplatzes Schweiz ist nach dem Wortlaut der Bestimmung kein eigenständiges Ziel des Finanzmarktrechts, sondern eine Reflexwirkung des Individual- und Funktionsschutzes nach Artikel 5 1. Satz FINMAG. Dieser Vorrang der aufsichtsrechtlichen Ziele wird im geltenden Wortlaut von Artikel 5 FINMAG mit dem Begriff «damit» zum Ausdruck gebracht.²³ Auch gemäss der Botschaft zum FINMAG soll das Ziel der Stärkung des Ansehens und der Wettbewerbsfähigkeit des Finanzplatzes insbesondere durch eine glaubwürdige Aufsichtstätigkeit der FINMA erreicht werden.²⁴

Der Vorrang der aufsichtsrechtlichen Ziele ergibt sich weiter daraus, dass das FINMAG die Ziele der Finanzmarktaufsicht nicht losgelöst von den Zwecken der einzelnen Finanzmarktgesetze definieren kann, sondern nur in Abhängigkeit davon. Mit Erlass des FINMAG wurden die geltenden Finanzmarktgesetze nicht ersetzt, sondern im Bereich der Aufsicht lediglich «gebündelt». In diesem Sinne wurden auch die bisherigen Ziele der Finanzmarktaufsicht in Artikel 5 Satz 1 FINMAG lediglich harmonisiert.²⁵ Die einzelnen Finanzmarktgesetze definieren ihre Zwecke zwar unterschiedlich, zusammenfassend kann aber festgehalten werden, dass alle Finanzmarktgesetze sowohl dem Individual- als auch dem Funktionsschutz dienen.²⁶

2.2.3 Beurteilung

Die FINMA leistet als Aufsichtsbehörde insbesondere durch eine glaubwürdige und nach aussen transparente Aufsichtstätigkeit, welche das internationale Ansehen des Finanzplatzes Schweiz und dessen Akteure stärkt, einen wichtigen Beitrag zur Stärkung des Ansehens und der Wettbewerbsfähigkeit des Finanzplatzes Schweiz. Insbesondere in Krisensituationen ist es wichtig, dass die FINMA als verlässlicher und glaubwürdiger Partner von ausländischen Behörden auftreten kann, um die Interessen des Schweizer Finanzplatzes zu wahren. Darüber hinaus vertritt die FINMA in vielen internationalen Gremien die Interessen der Schweiz und setzt sich dort für prinzipien-basierte und einheitliche Regeln ein, welche die Schweizer Finanzindustrie international nicht benachteiligen. Diesen Weg gilt es nach Ansicht des Bundesrates konsequent weiterzugehen.

An der geltenden Formulierung von Artikel 5 FINMAG ist indessen zwingend festzuhalten. Würde die Stärkung des Ansehens und der Wettbewerbsfähigkeit des Finanzplatzes Schweiz – wie von der parlamentarischen Initiative Lüscher verlangt – zu einer eigenständigen Aufgabe der Finanzmarktaufsicht erhoben, hätte dies zur Folge, dass die FINMA unweigerlich in einen Zielkonflikt mit ihren vorrangigen aufsichtsrechtlichen Zielen des Individual- und Funktionsschutzes geraten würde. Eine glaubwürdige Aufsicht wirkt sich zwangsläufig auf die Geschäftstätigkeit von Beaufsichtigten und damit, je nach Konstellation, auch auf deren Wettbewerbsfähigkeit aus. Artikel 5 FINMAG regelt den damit verbundenen Interessenkonflikt und setzt die notwendigen Prioritäten: Die aufsichtsrechtlichen Ziele stehen im Zent-

²³ Christoph Winzeler, Basler Kommentar zum Börsengesetz und Finanzmarktaufsichtsgesetz, 2. Auflage, Basel 2011, N 12 zu Art. 5 FINMAG.

²⁴ Botschaft FINMAG, BBI 2006 2829, S. 2860.

²⁵ Winzeler, N 1 und 8 zu Art. 5 FINMAG.

²⁶ BBI 2006 2829, S. 2860; Winzeler, N 2–7 zu Art. 5 FINMAG.

rum der Finanzmarktaufsicht und sie dienen mit ihrer glaubwürdigen Umsetzung der Stärkung des Ansehens und der Wettbewerbsfähigkeit des Finanzplatzes Schweiz.

Bei einer Änderung von Artikel 5 FINMAG würde die FINMA als Finanzmarktaufsichtsbehörde auch international an Glaubwürdigkeit verlieren. Bereits die geltenden Artikel 5 und 7 FINMAG wurden vom FSB dahingehend kritisiert, dass sie den möglichen Konflikt zwischen den aufsichtsrechtlichen Zielen und dem Ziel, zur Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit beizutragen, nicht regeln. Das FSB empfahl deshalb in seiner Peer Review vom 25. Januar 2012, dass die Schweizer Behörden auch in Zukunft sicherstellen sollen, dass die aufsichtsrechtlichen und regulatorischen Standards nicht zugunsten der Wettbewerbsfähigkeit beeinträchtigt werden. Die FINMA solle zudem klar kommunizieren, dass sich bei einem Zielkonflikt der Aufgaben der FINMA der Vorrang der aufsichtsrechtlichen Ziele gegenüber den wettbewerbsrechtlichen durchsetzen werde.²⁷ Der IWF warnt vor eine Änderung von Artikel 5 FINMAG im Sinne der parlamentarischen Initiative Lüscher mit dem Hinweis darauf, dass die Änderung ein falsches Zeichen setzen und nicht mit internationalen Standards zu vereinbaren wäre.²⁸ Auch David Green hatte darauf hingewiesen, dass die gesetzliche Erwähnung der Wettbewerbsfähigkeit in den Aufgaben und Zielen der Finanzmarktaufsicht auffällig und im internationalen Vergleich ungewöhnlich sei.²⁹

In diesem Kontext ist anzufügen, dass im internationalen Vergleich einzig die Finanzmarktaufsichtsbehörde von Singapur (Monetary Authority of Singapore, MAS), die Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit zum Ziel hat.³⁰ Alle anderen massgeblichen Finanzmarktaufsichtsbehörden wie etwa diejenigen von den USA, UK, Deutschland, Hong Kong oder auch Luxemburg verfolgen die gleichen Hauptziele wie die FINMA, also namentlich den Gläubiger-, Anleger- und Versichertenschutz.³¹ Bei der MAS ist sodann die Besonderheit zu beachten, dass sie unter einem Dach das Wirtschaftsministerium, die Zentralbank und die Finanzaufsichtsbehörde vereint.³² Um die unweigerlichen Interessenkonflikte zu vermeiden, wird aber auch in Singapur die Ausübung der Aufsicht von der Förderung der Wettbewerbsfähigkeit des Finanzplatzes strikt getrennt, so dass faktisch voneinander unabhängige Verwaltungseinheiten zuständig sind.³³

Letztlich ist zu bedenken, dass die staatliche Förderung der Wettbewerbsfähigkeit des schweizerischen Finanzplatzes in erster Linie Aufgabe der sachlich zuständigen Verwaltungsbehörden ist. Die Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit, die Verbesserung des Marktzutritts, die Verbesserung der Krisenresistenz des Finanzsektors und die Sicherstellung der Integrität des Finanzplatzes gehören denn auch explizit zu den strategischen Stossrichtungen der Finanzmarktpolitik des Bundesrats.³⁴ Anliegen zu diesem Thema sind zudem Teil der Aussenwirtschaftspolitik der Schweiz und werden bei Finanzdialogen mit Partnerstaaten thematisiert. Schliesslich wurde das Staatssekretariat für internationale Finanzfragen (SIF) nicht zuletzt mit dem Ziel gegründet, die Interessen der Schweiz in internationalen Finanzfragen gegenüber dem Ausland zu wahren und die internationale Wettbewerbsfähigkeit des Finanzplatzes Schweiz zu stärken.³⁵

²⁷ FSB Peer Review vom 25. Januar 2012, S. 6 und 20.

²⁸ ROSC, S. 12 und 22; DAR BCPs, S. 5, 26 und 32 f; DAR ICPs, S. 28 und 55.

²⁹ Expertengutachten Green, S. 3.

³⁰ Vgl. Art. 4 des Monetary Authority of Singapore Act.

³¹ Vgl. dazu auch Winzeler, Art. 5 N 13–16 FINMAG.

³² Vgl. Expertengutachten Kilgus, S. 81 RZ 224.

³³ Vgl. Expertengutachten Kilgus, S. 83 RZ 230.

³⁴ Vgl. Bericht «Strategische Stossrichtungen für die Finanzmarktpolitik der Schweiz» vom 16. Dezember 2009, S. 34 ff.

³⁵ Vgl. <http://www.admin.ch/aktuell/00089/?lang=de&msg-id=31687>

2.3 Aufsichtsinstrumente und Aufsichtskonzept

2.3.1 Fragestellung

Das Postulat Graber wirft die Fragen auf, ob die FINMA die Voraussetzungen erfüllt, um ihre gesetzlichen Aufgaben zu erfüllen (vgl. Frage 1) und ob das Überwachungskonzept der FINMA adressatengerecht sei (Frage 7). Nachfolgend sind daher die Aufsichtsinstrumente und das Aufsichtskonzept der FINMA zu beleuchten. Mit diesen Aspekten befasst sich indirekt auch die Motion WAK-N, welche die Kosten der Untersuchung von Untersuchungsbeauftragten den betroffenen Beaufsichtigten nur dann auferlegen will, wenn sich der begründete Anfangsverdacht im Rahmen der Untersuchungen bestätigt.

2.3.2 Geltende Regelung

Mit dem FINMAG wurden ähnliche oder identische Aufsichtsinstrumente für die verschiedenen Bereiche der Finanzmarktaufsicht einheitlich geregelt. Abweichende oder ergänzende Regelungen der einzelnen Fachbereiche sind in den jeweiligen Finanzmarktgesetzen enthalten. Das FINMAG hat somit eine formelle, aber keine materielle Harmonisierung der Aufsichtsinstrumente gebracht (vgl. Art. 2 und 24 ff. FINMAG). In vorliegendem Zusammenhang besonders hervorzuheben sind dabei die Prüfung (vgl. Art. 24 ff. FINMAG) und die Möglichkeit, sogenannte Untersuchungsbeauftragte einzusetzen. Besonders zu erwähnen ist auch, dass die FINMA die Möglichkeit hat, den Gewinn einzuziehen, den Beaufsichtigte bei Verletzung des Aufsichtsrechts erzielt haben (Art. 35 FINMAG), nicht jedoch Bussen auszusprechen.

Gemäss Artikel 24 FINMAG führt die FINMA nach Massgabe der Finanzmarktgesetze die Prüfung selbst, durch von ihr beigezogene Dritte oder durch von den Beaufsichtigten beauftragte Prüfgesellschaften aus. Die Beaufsichtigten tragen die Kosten der Prüfung. Das schweizerische Aufsichtsrecht ist somit geprägt vom Einsatz von Prüfgesellschaften. Diese werden dabei traditionellerweise in der Bankenaufsicht eingesetzt.

Das Prüfwesen wurde in den letzten Jahren reformiert. So hat die FINMA per 1. Januar 2013 die bisher zwölf Rundschreiben der FINMA-Vorgängerbehörden zum Prüfwesen durch die zwei neuen Rundschreiben 2013/3 «Prüfwesen» und 2013/4 «Prüfgesellschaften und leitende Prüfer» ersetzt. Damit verfolgt sie das Ziel, das Prüfwesen zu harmonisieren, dessen Mehrwert für die Finanzmarktaufsicht zu steigern und das Rollenverständnis der Prüfgesellschaften zu klären. Die FINMA nimmt deshalb seither stärker Einfluss auf das Mandat der Prüfgesellschaften und steuert die Prüfgesellschaften intensiver.³⁶ Die FINMA entschied Anfang 2014 die bisherigen Instruktionen und Wegleitungen sowie Berichtsvorlagen für Prüfgesellschaften weiter auszubauen und konsistenter zu gestalten, den Dialog mit den Prüfgesellschaften zu intensivieren und insbesondere die Erwartungen der Aufsicht gegenüber den Prüfgesellschaften deutlich zu kommunizieren. Alle Initiativen haben zum Ziel, die Prüfgesellschaften als verlängerten Arm der FINMA für ihre Prüftätigkeit bei Beaufsichtigten stärker zu steuern und somit ihre Wirksamkeit zu erhöhen.

Die eidgenössischen Räte haben zudem am 20. Juni 2014 eine Änderung des Revisionsaufsichtsgesetzes vom 16. Dezember 2005³⁷ (RAG) verabschiedet, welche auf den 1. Januar 2015 in Kraft treten wird. Mit dieser Änderung wird die Aufsicht über Revisionsunternehmen und Prüfgesellschaften bei der Revisionsaufsichtsbehörde (RAB) konzentriert. Neu unterste-

³⁶ Vgl. für Einzelheiten den Bericht zur Weiterentwicklung der Aufsichtsinstrumente und der Organisation der FINMA, S. 14 ff.; FINMA Jahresbericht 2012, S. 36 f.

³⁷ SR 221.302

hen Prüfgesellschaften damit nicht mehr der Aufsicht der FINMA und es wird die Gefahr reduziert, dass Prüfgesellschaften der FINMA wichtige Informationen über Beaufsichtigte vor-enthalten oder Meldungen an die FINMA unterlassen, um zu vermeiden, dass ihnen die Missstände bei einem Beaufsichtigten als Versäumnis ihrer eigenen Prüfung angelastet werden.³⁸ Infolge der Änderung des RAG wurden die Finanzmarktpflichtverordnung vom 15. Oktober 2008³⁹ (FINMA-PV) und die Revisionsaufsichtsverordnung vom 22. August 2007 (RAV)⁴⁰ sowie das FINMA-Rundschreiben 2013/3 «Prüfwesen» und die RAB-Rundschreiben 1/2007 «Zulassung», 1/2008 «Prüfungsstandards» und 1/2010 «Berichterstattung» revidiert. Das FINMA-Rundschreiben 2013/4 «Prüfgesellschaften und leitende Prüfer» wurde ersatzlos aufgehoben.

Bei den Untersuchungsbeauftragten handelt es sich um fachkundige und unabhängige Personen, welche von der FINMA damit beauftragt werden können, einen aufsichtsrechtlich relevanten Sachverhalt abzuklären oder von ihr angeordnete Massnahmen umzusetzen (vgl. Art. 36 Abs. 1 FINMAG). Sie kommen damit nicht nur zum Einsatz, wenn ein Anfangsverdacht auf aufsichtsrechtlich relevante Gesetzesverletzungen besteht, sondern regelmässig auch zur Klärung komplexer aufsichtsrechtlicher Sachverhalte. Der Gesetzgeber hat dabei für alle Formen des Einsatzes von Untersuchungsbeauftragten in Artikel 36 Absatz 4 FINMAG eine einheitliche Kostentragungspflicht durch die betroffenen Beaufsichtigten vorgesehen. Bei Verdacht auf eine aufsichtsrechtlich relevante Gesetzesverletzung besteht die Kostentragungspflicht auch dann, wenn objektive Anhaltspunkte für einen begründeten Anfangsverdacht bestanden, dieser sich im Rahmen der Untersuchung jedoch nicht bestätigt.

Aufsichtsbehörden bestimmen in einem Aufsichtskonzept, welches Aufsichtsinstrument sie mit welcher Intensität bei einem Institut einsetzen. Die FINMA hat ihr Aufsichtskonzept seit 2009 zur Steigerung der Effektivität und Effizienz ihrer Aufsicht angepasst. In sämtlichen Aufsichtsbereichen erfolgt seither eine risikobasierte Aufsicht. Massgeblich für die Aufsichtstätigkeit sind damit die Risiken, die von den Beaufsichtigten für Gläubigerinnen, Gläubiger, Anlegerinnen, Anleger und Versicherte sowie für das Gesamtsystem und die Reputation des Schweizer Finanzplatzes ausgehen. Die FINMA teilt die Beaufsichtigten entsprechend ihrer Grösse, ihrer Bedeutung sowie ihrer Risikowirkung Aufsichtskategorien zu und versieht jedes Institut zusätzlich mit einer individuellen Risikobeurteilung, einem Rating.⁴¹ Die Kombination aus Aufsichtskategorie und Rating bestimmt direkt über die Aufsichtsintensität und den Einsatz der verschiedenen Aufsichtsinstrumente.

2.3.3 Beurteilung

2.3.3.1 Allgemeines

Die Aufsichtsinstrumente der FINMA und ihre Weiterentwicklung wurden sowohl von den Experten Green, Geiger und Hayward als auch vom IWF eingehend untersucht. Die Analysen fielen grundsätzlich positiv aus.⁴² Vom IWF besonders hervorgehoben wird dabei der Umstand, dass die FINMA seit der am 1. Mai 2013 in Kraft getretenen Revision des BEHG im Bereich Börsendelikte und Marktmissbrauch neu auch gegen Personen, die von ihr nicht beaufsichtigt werden, Massnahmen wegen Insiderhandel und Marktmanipulation ergreifen

³⁸ Vgl. Botschaft vom 28. August 2013 zur Bündelung der Aufsicht über Revisionsunternehmen und Prüfgesellschaften, BBl 2013 6857, S. 6858 f.

³⁹ SR 956.191

⁴⁰ SR 221.302.3

⁴¹ Vgl. den Bericht über Effektivität und Effizienz in der Aufsicht vom 21. April 2011, S. 6 f.

⁴² Vgl. insbesondere Expertengutachten Green, S. 24 f., Expertengutachten Hayward, S. 12 f.; ROSC, S. 31 und 54.

kann.⁴³ Teilweise kritisch äussert sich der IWF hingegen zum Einsatz von Prüfgesellschaften sowie zur fehlenden Möglichkeit der FINMA, Bussen auszusprechen. Auf diese Punkte wird daher nachfolgend näher eingegangen. Zudem erfolgt entsprechend der Motion WAK-N eine vertiefte Auseinandersetzung mit der Frage der Kostenverteilung beim Einsatz von Untersuchungsbeauftragten.

2.3.3.2 Prüfung

Der IWF begrüsst die von der FINMA seit der Finanzmarktkrise vorgenommenen Verbesserungen beim Einsatz von Prüfgesellschaften und die dadurch erzielte Verbesserung des Aufsichtsprozesses.⁴⁴ Er räumt ein, dass der Einsatz von Prüfgesellschaften Vorteile mit sich bringt, der Einsatz von Prüfgesellschaften als verlängerter Arm der FINMA müsse jedoch vorsichtig angewendet werden und sei weiterhin verbesserungsbedürftig.⁴⁵ So solle die FINMA den Prüfgesellschaften künftig vermehrt Leitlinien vorgeben und den Einsatz von Prüfgesellschaften harmonisieren. Zudem wird der FINMA nahe gelegt, vermehrt selbst Vor-Ort-Prüfungen durchzuführen – insbesondere bei der Überprüfung des Risikomanagements – sowie die von den Prüfgesellschaften durchgeführten Prüfungen in bestimmten Bereichen durch eigene Abklärungen zu ergänzen. Hierzu müsse im Bereich der Bankenaufsicht das Personal aufgestockt sowie die Fähigkeit der Mitarbeitenden gefördert werden, die Tätigkeit der Prüfgesellschaft zu überwachen und zu beurteilen. Zudem sei die Zusammenarbeit mit ausländischen Aufsichtsbehörden zu verstärken. Weiter schlägt der IWF vor, die Kosten der Prüfung nicht direkt durch die Banken, sondern indirekt über einen von ihnen finanzierten und von der FINMA verwalteten Fonds zu finanzieren. Angeregt wird zudem ein periodischer Wechsel der Prüfgesellschaften oder der Einsatz mehrerer Prüfgesellschaften pro Bank.⁴⁶

Der Bundesrat hat den Einsatz von Prüfgesellschaften gestützt auf das Expertengutachten Hayward im Rahmen des Berichts über die Weiterentwicklung der Aufsichtsinstrumente und der Organisation der FINMA eingehend geprüft. An seinen damaligen Empfehlungen an die FINMA ist festzuhalten. So begrüsst der Bundesrat nach wie vor den Umstand, dass die FINMA die eigene Überwachungstätigkeit in der Bankenaufsicht im Nachgang zu Finanzmarktkrise ausgebaut und ihre Analysetätigkeit verstärkt hat sowie vermehrt Vor-Ort-Prüfungen vornimmt, insbesondere bei den Grossbanken. Er empfiehlt der FINMA in Übereinstimmung mit dem IWF, auf diesem Weg konsequent weiterzugehen und vermehrt die Überwachungstätigkeit selbst auszuüben. Die intensive Auseinandersetzung mit einer Bank, ihrem Geschäftsmodell, ihren Risiken sowie ihrem Risikomanagement verbessert die Fähigkeiten der FINMA im Bereich der Früherkennung. Die Prüfhandlungen der FINMA sind komplementär zu jenen der Prüfgesellschaften. Die Kosten, die den Geprüften aus der Tätigkeit der Prüfgesellschaften und den Prüfhandlungen der FINMA erwachsen, sollen jene der Aufsichtsprozesse in anderen Staaten nicht übersteigen.

Der Bundesrat teilt ferner die Ansicht des IWF, dass die FINMA zur Umsetzung dieser Empfehlungen das Personal im Bereich der Bankenaufsicht gezielt aufstocken sowie die Fähigkeit der Mitarbeitenden fördern sollte, die Risiken und Fehlentwicklungen bei einem Beaufsichtigten frühzeitig zu erkennen und deren Behebung durchzusetzen (vgl. auch die Ausführungen zu Ziffer 2.4).

⁴³ FSSA, S. 32, ROSC, S. 44.

⁴⁴ ROSC, S. 14.

⁴⁵ FSAP FFSA, S. 8 und 27.

⁴⁶ Vgl. insbesondere FSSA, S. 8 und 27; ROSC, S. 14; DAR BCPs, S. 6, 8 und 32.

Der Ansicht des IWF, den Prüfgesellschaften sollten künftig vermehrt Leitlinien vorgeben und ihr Einsatz harmonisiert werden, wird nach Ansicht des Bundesrates mit dem kürzlich erfolgten Ersatz der bisher zwölf Rundschreiben der FINMA-Vorgängerbehörden zum Prüfwesen durch die neuen Rundschreiben 2013/3 «Prüfwesen» und 2013/4 «Prüfgesellschaften und leitende Prüfer» sowie der Weiterentwicklung und Verbesserung der Vorgaben zur Aufsichtsprüfung gegenüber den Prüfgesellschaften angemessen Rechnung getragen.

Den Vorschlag des IWF, einen periodischen Wechsel der Prüfgesellschaften oder den Einsatz mehrerer Prüfgesellschaften pro Bank vorzusehen, lehnt der Bundesrat hingegen zum heutigen Zeitpunkt ab. In der aktuellen nationalen und internationalen Fachdebatte ist umstritten, ob die Rotationspflicht von Prüfgesellschaften die Qualität der Prüfung und die Unabhängigkeit der Revisionsstelle nachhaltig stärkt. Die Beibehaltung des Status Quo ist vorzuziehen, bis die Rechtsentwicklung in anderen Ländern abgeschlossen ist und gegebenenfalls weitere Erkenntnisse zum Nutzen der Rotation vorliegen. Dem Risiko, dass auf Grund einer zu grossen persönlichen Vertrautheit zwischen dem leitenden Prüfer und dem geprüften Unternehmen die Objektivität des Prüfers beeinträchtigt wird, wird in der Zwischenzeit mit griffigen Unabhängigkeits- und Unvereinbarkeitsvorschriften (vgl. Ziff. 32 ff. FINMA-RS 2013/4 bzw. nach neuem Recht ab dem 1. Januar 2015 Art. 11 I RAV und Art. 7 FINMA-PV) und dadurch begegnet, dass mit der Revision des RAG analog der Regelung zur Rechnungsprüfung die Mandatsdauer des leitenden Prüfers (Art. 730a Abs. 2 OR) auf sieben Jahre beschränkt wird. Er darf das gleiche Mandat erst nach einem Unterbruch von drei Jahren wiederaufnehmen (vgl. Art. 8 FINMA-PV in der ab 1. Januar 2015 geltenden Fassung). Zusätzlich wird mit der Revision des RAG auf Gesetzesstufe ausdrücklich festgehalten, dass für die Prüfung im Rahmen eines Bewilligungsverfahrens sowie für die übrigen Prüfungen zwei unterschiedliche Prüfgesellschaften zu beauftragen sind und dass die FINMA in begründeten Fällen vom Beaufsichtigten den Wechsel der Prüfgesellschaft verlangen kann (Art. 28a FINMAG). Im neuen Artikel 24a FINMAG wird zudem vorgesehen, dass die FINMA neu in sämtlichen Aufsichtsbereichen Prüfbeauftragte mit zusätzlichen Prüfungen beauftragen kann.

Ebenfalls abzulehnen ist schliesslich der Vorschlag des IWF, die Kosten der Prüfung nicht direkt durch die Banken, sondern indirekt über einen von ihnen finanzierten und von der FINMA verwalteten Fonds zu finanzieren. Die Kostentragung durch die mandatierende Beaufsichtigte entspricht dem Verursacherprinzip (vgl. auch die Ausführungen zu Ziffer 2.5) und kommt auch im Bereich der Rechnungslegung zur Anwendung. Eine Umstellung auf eine direkte Mandatierung der Prüfgesellschaften durch die FINMA wäre eine tiefgreifende Veränderung des heutigen Systems. Derzeit besteht kein Anlass für einen solchen Wechsel. Sofern sich das Prüfwesen aber nicht in die vorgesehene Richtung entwickelt oder die Unabhängigkeit der Prüfgesellschaften durch die oben umschriebenen Massnahmen nicht gewährleistet wird, wäre dies nochmals zu prüfen.

2.3.3.3 Untersuchungsbeauftragte

Die in Artikel 36 Absatz 4 FINMAG vorgesehene Regelung zur Tragung der Kosten von Untersuchungsbeauftragten gab in keiner der durchgeführten Prüfungen Anlass zu Kritik. Der Bundesrat empfiehlt, an der Regelung festzuhalten. Der Vorschlag der Motion WAK-N, die Kosten der Untersuchung von Untersuchungsbeauftragten den betroffenen Beaufsichtigten nur dann aufzuerlegen, wenn sich der begründete Anfangsverdacht im Rahmen der Untersuchungen bestätigt, ist nicht sachgerecht. Er hätte zur Folge, dass nicht mehr derjenige Beaufsichtigte in die Pflicht genommen wird, der den Einsatz eines Untersuchungsbeauftragten und die damit einhergehenden Kosten durch sein Verhalten verursacht hat. Dies widerspräche

che in grundlegender Weise dem Verursacherprinzip.⁴⁷ Die beantragte Neuregelung wäre umso stossender, als die Höhe der Kosten erheblich von der Kooperationsbereitschaft des betroffenen Beaufsichtigten abhängt. Käme dieser seiner Auskunftspflicht und Mitwirkungspflicht nicht umfassend nach, müssten nach der geltenden Regelung sämtliche Beaufsichtigten über die allgemeinen Aufsichtsabgaben die dadurch verursachten höheren Aufsichtskosten tragen.

Die Interessen der betroffenen Beaufsichtigten sind bereits mit der heutigen Rechtslage geschützt: Sie können zunächst die Einsetzungsverfügung der FINMA – und damit die Frage, ob hinreichende Anhaltspunkte für die Einsetzung eines Untersuchungsbeauftragten bestehen – gerichtlich überprüfen lassen. Ausserdem können sie die Endverfügung der FINMA, die sich insbesondere auch auf die im Rahmen ihres Mandats gewonnenen Erkenntnisse von Untersuchungsbeauftragten stützt und mit welcher namentlich die definitive Kostentragung verfügt wird, mittels Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht und Bundesgericht anfechten. Zudem unterstellt die FINMA die Untersuchungsbeauftragten einer engen Kostenkontrolle, wozu auch die periodische Berichterstattung bezüglich der aufgelaufenen Kosten gehört. Genügt eine Zwischenabrechnung den Anforderungen der FINMA nicht, so wird sie zurückgewiesen und einstweilen nicht genehmigt.⁴⁸

2.3.3.4 Verwaltungsbusse

Der IWF empfiehlt der Schweiz im Weiteren, die Möglichkeit zu prüfen, das Aufsichtsinstrument der Verwaltungsbusse einzuführen.⁴⁹ Hierzu ist festzuhalten, dass diese Frage in den letzten Jahren mehrfach geprüft wurde, unter anderem durch die Expertengruppen «Zimmerli» sowie «Börsendelikte und Marktmissbrauch». Alle diese Prüfungen führten zum Ergebnis, dass monetäre (Verwaltungs-)Sanktionen für Widerhandlungen gegen die Finanzmarktgesetze ab einem gewissen Umfang repressive Verwaltungssanktionen darstellen, da sie einen abschreckenden und vergeltenden Charakter aufweisen und eine erhebliche Sanktionsdrohung enthalten. Sie gelten daher als «strafrechtliche Anklagen» im Sinne von Artikel 6 EMRK.⁵⁰ Als Folge dessen müssten bei der Verhängung solcher Sanktionen neben den allgemeinen Verfahrensgarantien auch die strafprozessualen Garantien wie die Unschuldsvermutung und die Freiheit vom Zwang zur Selbstbelastung berücksichtigt werden.

Die FINMA müsste somit bei der Ausfällung von Bussen die strafprozessualen Mindestgarantien nach Artikel 6 EMRK und 32 BV einhalten. Dies würde ein grundsätzliches Überdenken der Organisation und der Verfahren der FINMA sowie der Kompetenzausscheidung mit den Strafverfolgungsbehörden bedingen. Innerhalb der FINMA müssten zukünftig zwei unterschiedliche, voneinander völlig abgeschirmte Prozesse Aufsichtsverfahren führen: Eine Abteilung wäre zuständig für Verfahren nach dem VwVG, die andere für Verfahren nach dem Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht vom 22. März 1974⁵¹ (VStrR). Diese Neuorganisation wäre nicht nur mit hohen Kosten verbunden, sondern auch aus prozessökonomischer Sicht unverhältnismässig. Die bestehenden Aufsichtsinstrumente der FINMA, insbesondere die Gewinneinziehung, im Zusammenspiel mit den in der Finanzmarktgesetzgebung vorgesehenen Sanktionsmöglichkeiten der Strafverfolgungsbehörden – zu denen insbesondere die Möglichkeit zählt, Bussen auszusprechen – reichen zur Durchsetzung des Aufsichtsrechts aus.⁵² Ergänzend ist zu erwähnen, dass verschiedene ausländische Rechtsord-

⁴⁷ Vgl. Benedikt Maurenbecher/André Terlinden, Basler Kommentar zum Börsengesetz und Finanzmarktaufsichtsgesetz, 2. Auflage, Basel 2011, N 75 zu Art. 36; BGE 121 II 147.

⁴⁸ Maurenbecher/Terlinden, N. 76 zu Art. 36.

⁴⁹ FSSA, S. 32, ROSC, S. 44, DAR IOSCO, S. 62; vgl. aber auch ROSC, S. 20.

⁵⁰ Vgl. BGE 139 I 72 Erw. 2.2; BGE 135 II 60 E. 3.2.3

⁵¹ SR 313.0

⁵² Vgl. auch ROSC, S. 20

nungen zwar die Möglichkeit vorsehen, die Verletzung von Finanzmarktgesetzen mit monetären Sanktionen zu ahnden, sie müssen dabei aber auch den strafprozessualen Garantien Rechnung tragen.

2.3.3.5 Aufsichtskonzept

Das Aufsichtskonzept der FINMA wurde gestützt auf das Expertengutachten Hayward vom Bundesrat im Bericht über die Weiterentwicklung der Aufsichtsinstrumente und der Organisation der FINMA gewürdigt und positiv beurteilt. Er kam darin unter anderem zum Schluss, dass die Finanzmarktaufsicht der führenden Finanzplätze – gleich der Aufsicht der FINMA – risikobasiert erfolgt. Finanzinstitute, von denen höhere Risiken für die Stabilität des Finanzsystems ausgehen, verlangen nach einer intensiveren Aufsicht als solche mit niedrigerem Risikopotenzial.⁵³ Auch die Art und Weise, wie die FINMA ihr Aufsichtskonzept ausgestaltet hat, stimmt mit dem Ansatz der Aufsichtsbehörden der Vereinigten Staaten, Kanadas und Europas überein. Mit der risikoorientierten Aufsicht legt die FINMA die Grundlage für einen effizienten und wirksamen Einsatz ihrer personellen sowie finanziellen Ressourcen.

Auch der IWF begrüsst den risikoorientierten Aufsichtsansatz der FINMA.⁵⁴ Er weist jedoch darauf hin, dass die FINMA sicherstellen sollte, dass tatsächlich sämtliche Beaufsichtigte mit vergleichbaren Risiken auf eine einheitliche Art und Weise beaufsichtigt werden. Heute sei dies teilweise nicht der Fall. So stört sich der IWF daran, dass Asset Manager intensiver beaufsichtigt werden als Effekthändler, obschon beide Institute derselben Aufsichtskategorie (5) angehören.⁵⁵ Der Bundesrat schliesst sich dieser Empfehlung des IWF an. Wie er bereits in seinem Bericht über die Weiterentwicklung der Aufsichtsinstrumente und der Organisation der FINMA festgehalten hat, hängt die Wirksamkeit der risikoorientierten Aufsicht davon ab, dass die FINMA die Risiken der Beaufsichtigten erkennt. Dies fordert eine Auseinandersetzung mit dem Einzelinstitut sowie ein Verständnis für dessen Geschäftsmodell und die daraus resultierenden Risiken. Wichtig ist in diesem Zusammenhang auch die direkte Kommunikation der FINMA mit dem Einzelinstitut, zum Beispiel im Rahmen von Vor-Ort-Prüfungen.⁵⁶

2.4 Personelle Ressourcen

2.4.1 Fragestellung

Gemäss Frage 2 des Postulates Graber soll geprüft werden, ob die FINMA über die für ihre Aufgabenerfüllung erforderlichen personellen und fachlichen Ressourcen verfügt. In dieselbe Richtung zielt Frage 6 des genannten Postulats. Gemäss dieser ist zu klären, ob Fachkompetenz, Finanzpraxis, Marktkenntnisse und Vertrautheit mit dem Finanzplatz Schweiz in den Organen und bei den Mitarbeitenden der FINMA hinreichend vertreten sind.

2.4.2 Geltende Regelung

Das FINMAG schreibt in Artikel 9 Absatz 2 unter anderem vor, dass der Verwaltungsrat der FINMA aus fachkundigen Mitgliedern zu bestehen hat. Die Anforderungen an die VR-Mitglieder hat der Bundesrat im «Anforderungsprofil Verwaltungsrat FINMA» vom 18. August 2010 geregelt.⁵⁷ Was das Personal der FINMA angeht so ist dieses öffentlich-rechtlich angestellt (Art. 13 Abs. 1 FINMAG). Die vom Bundesrat genehmigte FINMA-Personalverordnung

⁵³ BBI 2012 5785, S. 5792 und 5802.

⁵⁴ Vgl. dazu auch das Expertengutachten Kilgus, S. 98 f. RZ 264 ff.

⁵⁵ FSSA, S. 32; ROSC, S. 44, DAR IOSCO, S. 6.

⁵⁶ BBI 2012 5785, S. 5792

⁵⁷ <http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/33103.pdf>

vom 11. August 2008⁵⁸, das FINMA-Personalreglement und der Verhaltenskodex präzisieren die personalrechtlichen Rahmenbedingungen.

Seit ihrem Bestehen hat die FINMA ihre Ressourcen gezielt ausgebaut. Teils ist dies auf externe Einflüsse wie neue Aufgaben in Folge der Revision der Finanzmarktgesetzgebung, teils auf den Ausbau von bestehendem Know-how zurückzuführen. Im Jahr 2013 beschäftigte sie durchschnittlich 504 Mitarbeitende, verteilt auf 468 Vollzeitstellen. Für das Jahr 2014 genehmigte der Verwaltungsrat einen Personalbestand von 481 Vollzeitstellen. Das Durchschnittsalter der Mitarbeitenden im Jahr 2013 betrug 41 Jahre. Rund 69 Prozent der Belegschaft gehören in die Altersgruppe 30 bis 49. 21 Prozent sind Mitarbeitende im Alter von 50 und mehr Jahren und elf Prozent jüngere Nachwuchskräfte (unter 30 Jahren). Die Fluktuationsrate (ohne Pensionierungen) betrug per Ende Dezember 2013 elf Prozent.⁵⁹ Dabei sind die Fluktuationsraten der verschiedenen Geschäftsbereiche unterschiedlich: Sie bewegen sich in den Geschäftsbereichen Banken, Versicherungen und Enforcement deutlich unter der Zehnprozent-Marke. Die restlichen Bereiche weisen gegenüber dem eigenen Richtwert der FINMA (10 bis 12 Prozent) eine höhere Fluktuation auf.⁶⁰

2.4.3 Beurteilung

Gemäss den Untersuchungsergebnissen der Experten Geiger und Green von Ende 2009 ist es der FINMA seit der Aufnahme ihrer operativen Tätigkeit gelungen, qualifizierte Spezialisten mit mehrjähriger Berufserfahrung im Finanzbereich für die Aufsichtstätigkeit zu gewinnen. Die beiden Experten kamen zum Schluss, dass bei der FINMA kein generelles Problem der Unterdotierung der personellen Ressourcen bestehe.⁶¹

Die neusten Untersuchungen des IWF kommen ebenfalls zum Schluss, dass die FINMA über hoch qualifiziertes Personal verfügt.⁶² Es wird begrüsst, dass die FINMA den Personalbestand aufgestockt hat und die Mitarbeitenden intern vermehrt schult. Zudem wird konstatiert, dass die FINMA Mitarbeitende mit Branchenkenntnissen einstellen konnte. Es wird generell geraten, das Know-how der Mitarbeitenden weiter zu fördern.⁶³ Es wird zudem empfohlen, die personellen Ressourcen im Bereich der Bankenaufsicht in quantitativer und qualitativer Hinsicht gezielt weiter zu erhöhen. Nach Einschätzung des IWF ist das von der FINMA selbst auferlegte Stellendach nicht zweckmässig.⁶⁴ Schliesslich beurteilt der IWF die relativ hohe Fluktuationsrate in gewissen Geschäftsbereichen kritisch.⁶⁵ Er empfiehlt der FINMA, die Kosten und Nutzen der hohen Fluktuation kritisch zu würdigen und geeignete Massnahmen gegen diese zu ergreifen.⁶⁶

Angemessene personelle Ressourcen in quantitativer und qualitativer Hinsicht sowie deren autonome Bewirtschaftung sind entscheidend für die Qualität der Aufsicht. Dies wird übereinstimmend als zentrales Element in den «Core Principles» der drei bedeutenden internationalen Standard Setters «Basel Committee on Banking Supervision» (BCBS), «International Association of Insurance Supervisors» (IAIS) und «International Organization of Securities Commissions» (IOSCO) festgehalten. Der Bundesrat empfiehlt daher der FINMA, die personellen Ressourcen entsprechend der Bedeutung der einzelnen Aufsichtsbereiche in quantita-

⁵⁸ SR 956.121

⁵⁹ FINMA-Jahresbericht 2013, S. 92.

⁶⁰ Reporting Personalmanagement FINMA Geschäftsjahr 2013, S. 9

⁶¹ Expertengutachten Geiger, S. 18 ff; Expertengutachten Green, S. 19 ff.; Bericht Finanzmarktkrise, S. 22.

⁶² FSSA, S. 8 und 29, ROSC, S. 29.

⁶³ FSSA, S. 39

⁶⁴ Vgl. insbesondere FSSA, S. 8, 27 und 28, ROSC, S. 14, 20, 39 und 51.

⁶⁵ ROSC, S. 51

⁶⁶ ROSC, S. 62.

tiver und qualitativer Hinsicht angemessen einzusetzen.

Die von der FINMA per Ende Dezember 2013 ausgewiesene Fluktuationsrate von 11 Prozent (ohne Pensionierungen) ist im Vergleich zur Fluktuationsrate anderer verselbständigter Einheiten des Bundes und der Nettofluktuation in der Bundesverwaltung von 4,1 Prozent relativ hoch. Werden bei der Berechnung der Fluktuationsrate die abgelaufenen Arbeitsverhältnisse mitberücksichtigt werden, so beträgt die Fluktuationsrate bei der FINMA für das Jahr 2013 13,9 Prozent, d.h. es erfolgten auf 504 Mitarbeitende 70 Austritte. Damit blieb die Fluktuationsrate im Vergleich zum Vorjahr konstant, reduzierte sich aber im Vergleich zu 2011 um ca. 3 Prozent.

Die hohe Fluktuationsrate ist gemäss der FINMA insbesondere darauf zurückzuführen, dass in gewissen Bereichen junge Akademiker die FINMA als «Karrieresprungbrett» nutzen. Entsprechend sei die Fluktuation bei dieser Zielgruppe etwas höher. Die FINMA nehme bewusst in Kauf, dass jüngere Mitarbeitende nach einer gewissen Zeit weitere Karrieremöglichkeiten suchen und der FINMA damit auch eine gewisse Ausbildungsfunktion zukomme.⁶⁷ Der Bundesrat begrüsst es grundsätzlich, dass die FINMA gezielt auch Berufseinsteiger mit akademischer Ausbildung einstellt. Er gibt jedoch zu bedenken, dass auf eine gute Durchmischung zu achten ist: Neben jüngeren Spezialisten am Anfang ihrer Laufbahn benötigt die Aufsichtsbehörde sowohl erfahrene Mitarbeitende, die über ausgewiesene Praxiserfahrung verfügen, als auch langjährige Aufsichtsspezialisten. Insbesondere im Geschäftsbereich Märkte war im Jahr 2013 auch nach eigener Darstellung der FINMA die Durchmischung noch verbesserungswürdig.⁶⁸ In diesem Sinne unterstützt der Bundesrat auch die Empfehlung des IWF, die Kosten und Nutzen der hohen Fluktuation kritisch zu würdigen und geeignete Massnahmen gegen diese zu ergreifen.

2.5 Finanzielle Ressourcen

2.5.1 Fragestellung

Die Motion Engelberger befasst sich mit der Finanzierung der FINMA. Sie verlangt, dass der Bund die Kosten für Leistungen der FINMA trägt, welche im Interesse der gesamten Volkswirtschaft erbracht werden. Zudem soll sich die Aufsichtsabgabe für Selbstregulierungsorganisationen nach dem GwG (SROs) nach der wirtschaftlichen Bedeutung der angeschlossenen Finanzintermediäre, der Anzahl ihrer Mitglieder sowie ihrem Beitrag zur Entlastung der Aufsichtsbehörde bemessen. Zur Begründung wird geltend gemacht, es sei die Aufgabe des Gesetzgebers, für eine faire Kostenverteilung zu sorgen. Mit der geltenden Regelung würden jene SROs, die eine «gründliche» und damit kostenintensivere Aufsicht ausüben, mit höheren Aufsichtsabgaben bestraft, obschon sie eigentlich die FINMA entlasten.

2.5.2 Geltende Regelung

Die Kosten der Finanzmarktaufsicht werden vollständig durch die Beaufsichtigten getragen. Für Aufsichtsverfahren im Einzelfall und Dienstleistungen werden Gebühren erhoben. Für Kosten der FINMA, die nicht durch Gebühreneinnahmen gedeckt werden, wird von den Beaufsichtigten pro Aufsichtsbereich eine jährliche Pauschalabgabe, die sogenannte Aufsichtsabgabe, erhoben (Art. 15 Abs. 1 FINMAG). Die Aufsichtsabgabe für SROs nach dem GwG bemisst sich dabei nach dem Bruttoertrag und der Anzahl Mitglieder (Art. 15 Abs. 2 Bst. d FINMAG).

⁶⁷ Reporting Personalmanagement FINMA Geschäftsjahr 2013, S. 8

⁶⁸ Reporting Personalmanagement FINMA Geschäftsjahr 2013, S. 9

Die Einzelheiten wurden vom Bundesrat in der FINMA-Gebühren- und Abgabeverordnung vom 15. Oktober 2008⁶⁹ (FINMA-GebV) geregelt. Diese sieht in Artikel 28 eine einheitliche Grundabgabe für alle SROs vor. Sie wurde mit der Änderung der FINMA-GebV vom 25. März 2009 rückwirkend per 1. Januar 2009 von 10 000 Franken auf 3000 Franken gesenkt.⁷⁰ Der Betrag, der darüber hinausgehend über die Zusatzabgabe gedeckt werden muss, berechnet sich pro SRO nach ihrem Anteil an der Summe der Bruttoerträge aller SROs und nach ihrem Anteil an der Gesamtanzahl aller Finanzintermediäre, die einer SRO angeschlossen sind (Art. 29 Abs. 1 und 2 FINMA-GebV). Der Bruttoertrag umfasst dabei im Wesentlichen den Erlös aus Lieferungen und Leistungen nach Artikel 663 OR⁷¹ (Art. 31 Abs. 1 FINMA-GebV).

2.5.3 Beurteilung

Die vollständige Finanzierung der FINMA über Gebühren und Abgaben der Beaufsichtigten ist – zusammen mit der Budgethoheit des Verwaltungsrates (Art. 9 Abs. 1 Bst. j FINMAG) – Ausfluss der finanziellen Unabhängigkeit der FINMA vom Staat.⁷² Eine teilweise Finanzierung der FINMA durch Steuergelder würde es der FINMA – beispielsweise aufgrund von möglichen Budgetrestriktionen – weitgehend verunmöglichen, kurzfristig und autonom auf Veränderungen zu reagieren und damit ihre Aufgaben effektiv und effizient wahrzunehmen.⁷³ Eine Finanzierung über Steuern würde zudem internationalen Standards zuwiderlaufen, die für die wirksame Ausübung der Finanzmarktaufsicht die funktionelle Unabhängigkeit und angemessene Ressourcen verlangen (vgl. auch Ziffer 2.1.3).

Die Beaufsichtigten ziehen im Übrigen aus sämtlichen Tätigkeiten der FINMA einen konkreten Nutzen. So zeugt ein streng überwachter Finanzplatz Schweiz von einer hochstehenden Qualität der erbrachten Dienstleistungen und erweckt Vertrauen bei den Kundinnen und Kunden. Dies kommt wiederum unmittelbar den Beaufsichtigten – und nicht der Allgemeinheit – zugute. Es ist daher gerechtfertigt, den Beaufsichtigten die gesamten Kosten der Finanzmarktaufsicht zu überbinden. Die Kosten der EBK, des BPV und Kst GwG wurden ebenfalls bereits von den Beaufsichtigten finanziert. Auch andere wichtige Finanzplätze, wie Deutschland, England und die USA, kennen eine entsprechende Kostentragungspflicht.⁷⁴ Aus diesen Gründen ist nach Ansicht des Bundesrates am ausdrücklichen Entscheid des Gesetzgebers⁷⁵ festzuhalten, auf eine teilweise Finanzierung der FINMA durch den Steuerzahler zu verzichten.

Was die Bemessung der Aufsichtsabgabe von SROs betrifft, so ist darauf hinzuweisen, dass die Motion Engelberger noch vor Erlass der FINMA-GebV eingereicht wurde. Diese schreibt nun vor, dass zur Berechnung der Abgabe auf den Bruttoertrag abgestellt wird und dass sich die von der einzelnen SRO zu tragende Abgabe unter anderem nach ihrem Anteil an der Summe der Bruttoerträge aller SROs richtet. Damit wurde das geäußerte Anliegen umgesetzt, bei der Bemessung die wirtschaftliche Bedeutung der Mitglieder mitzubetrachten. Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass die FINMA-GebV regelmässig überprüft und an veränderte Verhältnisse angepasst wird.

⁶⁹ SR 956.122

⁷⁰ Vgl. AS 2009 1559.

⁷¹ SR 220

⁷² Tomas Poledna/Philipp do Canto, Basler Kommentar zum Börsengesetz und Finanzmarktaufsichtsgesetz, 2. Auflage, Basel 2011, N 6 zu Art. 21;.

⁷³ Vgl. zur Bedeutung der finanziellen Unabhängigkeit auch die Botschaft FINMAG, BBl 2006 2829, S. 2836 f.

⁷⁴ Vgl. auch die Stellungnahme des Bundesrates zur zurückgezogenen Motion 09.3491 Heer «Finanziell unabhängige Finanzmarktaufsicht».

⁷⁵ Vgl. auch die parlamentarische Diskussion zur Art. 15 FINMAG, AB 2007 N 81 ff.

Entgegen der Motion Engelberger nicht zu berücksichtigen ist hingegen der Beitrag der SRO zur Entlastung der Aufsichtsbehörde. Gestützt auf Artikel 15 FINMAG werden den SROs nur jene Kosten überbunden, welche der FINMA durch die direkte Aufsicht über die SROs entstehen. Kosten, welche einer SRO durch die Aufsicht über ihre Mitglieder selber entstehen, tragen die Mitglieder. SROs, welche ihre Aufsicht besonders gut wahrnehmen, werden nicht mit höheren Gebühren bestraft. Im Gegenteil müssen SROs, welche ihre Aufgaben unzureichend wahrnehmen damit rechnen, dass die FINMA gegen sie ein gebührenpflichtiges Aufsichtsverfahren anstrebt. Abgesehen davon wäre es auch kaum möglich, das Kriterium der Entlastung der Aufsichtsbehörde zu quantifizieren.

2.6 Kompetenzabgrenzung zu anderen Behörden

2.6.1 Fragestellung

Das Postulat Graber wirft die Frage auf, ob die Zuständigkeiten zwischen der FINMA und anderen mit Aufsichtsaufgaben betrauten Stellen, insbesondere der SNB, ausreichend voneinander abgegrenzt sind (vgl. Frage 14).

2.6.2 Geltende Regelung

Die FINMA ist, wie unter Ziffer 2.2 dargelegt wird, zuständig für die Aufsicht nach dem FINMAG und den Finanzmarktgesetzen zum Schutz der Gläubigerinnen und Gläubiger, der Anlegerinnen und Anleger, der Versicherten (Individualschutz) sowie zum Schutz der Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte (Funktionsschutz). Der Funktionsschutz leistet dabei einen Beitrag zur Systemstabilität.

Nebst der FINMA nimmt insbesondere die Schweizerische Nationalbank (SNB) Aufgaben im Bereich des Finanzmarktes wahr. So gehört es gemäss Artikel 5 Absatz 2 Buchstabe e des Nationalbankgesetzes vom 3. Oktober 2003⁷⁶ (NBG) zu den Aufgaben der SNB, zur Stabilität des Finanzsystems beizutragen. Dieser Beitrag erfolgt im Rahmen ihrer Geld- und Währungspolitik. Darüber hinaus wird der Schutz der Finanzstabilität in Artikel 19 Absatz 1 NBG aufgenommen, welcher der SNB die Überwachung der Zahlungs- und Effektenabwicklungssysteme überträgt. Die Aufgaben der SNB und der FINMA ergänzen sich. Während bei der FINMA die einzelnen Institute im Vordergrund stehen (Institutsaufsicht), steht bei der SNB die Stabilität des Finanzsystems im Vordergrund (Systemaufsicht). Die gesetzlich definierten Aufgaben der FINMA und der SNB implizieren Interesse beider Institutionen auch in überschneidenden Bereichen, namentlich bei der Regulierung und der Beurteilung der Solidität von systemrelevanten Banken und bei der Krisenvorsorge sowie dem Krisenmanagement. Auch dem eidgenössischen Finanzdepartement (EFD) kommen im Übrigen im Bereich des Finanzsektors Aufgaben zu. So erarbeitet das EFD insbesondere die Finanzmarktpolitik sowie die Rechtserlasse im Bereich der Finanzmarktregulierung.⁷⁷

Die FINMA und die SNB haben ihre Zusammenarbeit in einem Memorandum of Understanding (MoU) geregelt.⁷⁸ Dieses wird durch ein MoU zwischen dem EFD, der FINMA und der SNB⁷⁹ ergänzt, welches insbesondere die Zusammenarbeit im Falle einer die Finanzstabilität gefährdenden Krise stärken soll.

⁷⁶ SR 951.11

⁷⁷ Art. 5 Bst. d^{bis} und 7 Abs. 2 Organisationsverordnung vom 17. Februar 2010 für das Eidgenössische Finanzdepartement (OV-EFD; SR 172.215.1).

⁷⁸ <http://www.finma.ch/d/aktuell/Documents/mou-snb-finma-d.pdf>

⁷⁹ <http://www.finma.ch/d/aktuell/Documents/MoU-tripartit-2011-d.pdf>

2.6.3 Beurteilung

Die Geschäftsprüfungskommissionen des National- und Ständerats hatten in ihrem Bericht «Die Behörden unter dem Druck der Finanzkrise und der Herausgabe von UBS-Kundendaten an die USA» vom 30. Mai 2010 hinsichtlich der Lehren aus der Finanzkrise empfohlen, Gesetzesänderungen zu prüfen, die der FINMA und der SNB präzise Ziele in der Überwachung des Finanzsektors setzen und die entsprechenden Kompetenzen übertragen.⁸⁰

In seiner Stellungnahme vom 13. Oktober 2010⁸¹ hielt der Bundesrat fest, dass die Ziele der SNB und der FINMA seiner Ansicht nach in Übereinstimmung mit diesen Behörden gesetzlich hinreichend umschrieben sind, und die genannten Behörden über ausreichende Kompetenzen und Ressourcen zur Erreichung dieser Ziele verfügen. Dies war bereits im Bericht Finanzmarktkrise so festgestellt worden.⁸² Der Bundesrat war jedoch der Meinung, dass der Analyse der Schnittstelle zwischen der makroökonomischen Einschätzung und dem Risikoprofil eines einzelnen Instituts zukünftig mehr Gewicht zu verleihen sei.

Das EFD hat daher in der Folge die Arbeitsgruppe «Finanzstabilität» eingesetzt. Im Februar 2012 kam die genannte Arbeitsgruppe in ihrem Bericht über die makroprudenzielle Aufsicht in der Schweiz ebenfalls zum Schluss, dass die gesetzlich definierten Mandate des EFD, der SNB und der FINMA in Bezug auf die makroprudenzielle Aufsicht hinreichend präzise sind, um eine griffige Aufsicht in der Schweiz zu gewährleisten.⁸³ Die Arbeitsgruppe empfahl indessen die Ergänzung des makroprudenziellen Instrumentariums um einen antizyklischen Puffer und eine Verstärkung der Eigenmittelunterlegung im Hypothekarbereich. Eine Mehrheit der Arbeitsgruppe empfahl zudem die Schaffung eines Anspruchs auf direkten Zugang der SNB zu Informationen der Finanzmarktteilnehmer, der über den bisherigen Zugang zu statistischen Daten hinausgeht.⁸⁴

Die Empfehlung der Arbeitsgruppe einen antizyklischen Puffer zu schaffen und eine Verstärkung der Eigenmittelunterlegung im Hypothekarbereich vorzusehen, wurde mit der Verordnung vom 1. Juni 2012⁸⁵ über die Eigenmittel und Risikoverteilung für Banken und Effekthändler (ERV) umgesetzt. Die Verantwortlichkeiten des EFD, der SNB und der FINMA bei der Aktivierung, Anpassung oder Deaktivierung des Kapitalpuffers sind dabei in Artikel 44 ERV klar festgelegt. An seiner Sitzung vom 13. Februar 2013 hat der Bundesrat beschlossen, dem Antrag der SNB stattzugeben und den antizyklischen Kapitalpuffer teilweise zu aktivieren. Danach sind die Banken seit dem 30. September 2013 verpflichtet, zusätzliche Eigenmittel für Wohnbauhypotheken zu halten. Der sektorielle Puffer wurde im Frühjahr 2014 noch einmal erhöht.

Der von der Arbeitsgruppe empfohlene direkte Zugang der SNB zu Informationen der Finanzmarktteilnehmer, der über den bisherigen Zugang zu statistischen Daten hinausgeht, soll mit dem neuen Finanzmarktinfrastrukturgesetz (FinfraG) geschaffen werden.⁸⁶ Die entsprechende Gesetzesvorlage befindet sich zurzeit in der parlamentarischen Beratung.

⁸⁰ BBI 2010 3099, Empfehlung 2.

⁸¹ <http://www.efd.admin.ch/dokumentation/zahlen/00578/02638/index.html?lang=en>

⁸² Vgl. Bericht Finanzmarktkrise, S. 28.

⁸³ Vgl. S. 8 des Berichts: <https://www.news.admin.ch/message/?lang=de&msg-id=43729>

⁸⁴ Vgl. S. 12 ff des Berichts: <https://www.news.admin.ch/message/?lang=de&msg-id=43729>

⁸⁵ SR 952.03

⁸⁶ Vgl. Botschaft des Bundesrates vom 3. September 2014, BBI 2014 7483, S. 7592 ff.

Schliesslich vertritt auch der IWF die Ansicht, dass in der Schweiz ein gut entwickelter Rahmen für die Zusammenarbeit zwischen der FINMA, der SNB und dem EFD besteht.⁸⁷

Im Ergebnis ist der Bundesrat der Ansicht, dass die Mandate des EFD, der SNB und der FINMA gesetzlich klar umschrieben und voneinander abgrenzbar sind, und dass die genannten Behörden über ausreichende Kompetenzen zur Erfüllung ihrer Mandate verfügen.

3 Regulierungstätigkeit der FINMA

3.1 Fragestellung

In Umsetzung der Postulate Graber, de Courten und Schneeberger ist der Bundesrat damit beauftragt, verschiedene Aspekte der Regulierungstätigkeit der FINMA zu prüfen. Gemäss dem Postulat Graber soll insbesondere geklärt werden, welche Rolle der FINMA im Gesetzgebungsprozess zukommt, ob die internen Prozesse der FINMA zum Erlass der verschiedenen Regulierungsinstrumente klar geregelt sind (Frage 3) und ob der Einsatz dieser Instrumente transparent und verständlich ist (Frage 5). Darüber hinaus soll insbesondere geprüft werden, ob die FINMA adressatengerecht und unter Berücksichtigung der Wettbewerbsfähigkeit des Finanzplatzes Schweiz reguliert (Frage 7) und die Eingaben der Anhörungsteilnehmerinnen und -teilnehmer angemessen berücksichtigt (Frage 8). In Umsetzung des Postulats de Courten soll der Bundesrat prüfen, ob und wie die FINMA in den letzten Jahren ihre eigenen Eckwerte für neue Regulierungsvorhaben eingehalten hat. Das Postulat Schneeberger beauftragt den Bundesrat im Wesentlichen damit, die Dichte, Geschwindigkeit und Häufigkeit von FINMA-Regularien sowie die Häufigkeit von Änderungen dieser Regularien zu analysieren. Angesprochen ist damit im Wesentlichen die Verhältnismässigkeit der Regulierungstätigkeit der FINMA.

3.2 Geltende Regelung

3.2.1 Regulierungskompetenzen der FINMA⁸⁸

«Regulierung» ist ein in der Rechts- und Wirtschaftswissenschaft gängiger Begriff, der vom Gesetzgeber jedoch nicht näher umschrieben wird.⁸⁹ In rechtlicher Hinsicht wird «Regulierung» grundsätzlich mit «Rechtsetzung», d.h. mit Gesetzgebung im materiellen Sinn, gleichgesetzt, also mit dem Erlass generell-abstrakter Normen.⁹⁰ Vorliegend wird Regulierung aber als Oberbegriff verwendet, der neben der Rechtsetzung durch Verordnungen auch den Erlass von Rundschreiben umfasst.

Im Bereich der Finanzmarktregulierung kommen sowohl dem Parlament, als auch dem Bundesrat und der FINMA Regulierungskompetenzen zu. Das Parlament erlässt alle wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen im Bereich des Finanzmarktrechts in der Form eines Bundesgesetzes (vgl. Art. 98 i.V.m. Art 164 Absatz 1 BV⁹¹). Der Bundesrat ist berechtigt, rechtsetzende Bestimmungen in der Form einer Verordnung (gesetzesvertretende Verordnung) zu erlassen, soweit er durch Verfassung oder Gesetz dazu ermächtigt ist (Art. 182 Abs. 1 BV). Er kann zudem direkt, d.h. ohne weitere Ermächtigung Verordnungen zum Vollzug der

⁸⁷ ROSC, S. 13; DAR BCPs, S. 8

⁸⁸ Vgl. dazu auch die Frage 5 des Postulats Graber.

⁸⁹ Winzeler, N 1 zu Art. 7 FINMAG.

⁹⁰ Expertengutachten Kilgus, S. 21 RZ 33.

⁹¹ SR 101

Finanzmarktgesetze erlassen (Vollziehungsverordnung; Art. 182 Abs. 2 BV).⁹²

Die Regulierungskompetenzen der FINMA sind von Gesetzes wegen auf Verordnungen und Rundschreiben beschränkt. Eigene Verordnungen kann die FINMA nur erlassen, wenn sie dafür eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage hat (Art. 7 Abs. 1 Bst. a FINMAG). In Rundschreiben macht die FINMA transparent, wie sie ihren Ermessensspielraum bei der Auslegung der Finanzmarktgesetzgebung handhabt. Dafür benötigt sie keine weitere gesetzliche Grundlage (Art. 7 Abs. 1 Bst. b FINMAG). Soll eine Regulierung rechtlich verbindlich Rechte und Pflichten festlegen, so gehört sie in eine Verordnung.

Die FINMA verfügt somit über keine selbständige Regulierungskompetenz.⁹³ Sie kann jedoch den Anstoss zu Regulierungsprojekten geben, wird in die Ausarbeitung dieser Projekte miteinbezogen und kann sich sowohl im Rahmen der verwaltungsinternen Ämterkonsultation als auch im Rahmen der öffentlichen Vernehmlassung zu diesen äussern. Ihre Fachkompetenz findet zudem im Rahmen der Wahrnehmung ihrer internationalen Aufgaben (vgl. Art. 6 Abs. 2 FINMAG) Eingang in die Regularien internationaler Standardsetter.⁹⁴

3.2.2 Regulierungsgrundsätze

Als staatliche Behörde ist die FINMA bei ihrer Regulierungstätigkeit an die verfassungsmässigen Vorgaben gebunden. Sie hat damit insbesondere die Grundsätze des rechtsstaatlichen Handels (Art. 5 BV), den Grundsatz der Subsidiarität (Art. 5a BV) sowie die Grundrechte (Art. 7 ff. BV) zu beachten. Darüber hinaus gibt Artikel 7 FINMAG inhaltliche Leitplanken für die Regulierungstätigkeit der FINMA vor. Sie darf gemäss diesen Grundsätzen nur regulieren, soweit dies mit Sicht auf die Aufsichtsziele nötig ist (Grundsatz der Verhältnismässigkeit). Dabei hat sie unter anderem zu berücksichtigen, wie sich die Regulierung auf den Wettbewerb, die Innovationsfähigkeit und die internationale Wettbewerbsfähigkeit des Finanzplatzes Schweiz auswirkt (Art. 7 Abs. 2 Bst. b FINMAG). Sie hat zudem die unterschiedlichen Geschäftstätigkeiten und Risiken der Beaufsichtigten zu beachten (Art. 7 Abs. 2 Bst. c FINMAG). Weiter verpflichtet das Gesetz die FINMA dazu, für einen transparenten Regulierungsprozess und eine angemessene Beteiligung der Betroffenen zu sorgen (Art. 7 Abs. 4 FINMAG).

Zur Umsetzung der Regulierungsgrundsätze hat die FINMA in Absprache mit dem EFD im April 2010 Leitlinien zur Finanzmarktregulierung erlassen, welche im Juli 2013 revidiert wurden (vgl. auch Art. 7 Abs. 5 FINMAG).⁹⁵ In diesen legt die FINMA öffentlich dar, wie sie die gesetzlichen Vorgaben im Regulierungsprozess umsetzt. Im Zentrum stehen ein konsequenter und nachvollziehbarer Regulierungsprozess, Transparenz sowie der angemessene Miteinbezug der Betroffenen.⁹⁶

⁹² Vgl. zur Unterscheidung zwischen gesetzesvertretenden Verordnungen und Vollziehungsverordnungen: Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Auflage, Zürich 2006, S. 27 RZ 136 ff; Pierre Tschannen/Ulrich Zimmerli/Regina Kiener, Allgemeines Verwaltungsrecht, Bern 2000, S. 65 f.

⁹³ Winzeler, N 3 zu Art. 7 FINMAG.

⁹⁴ Vgl. auch Expertengutachten Kilgus, S. 96 RZ 257 f.

⁹⁵ www.finma.ch > Regulierung > Leitlinien zur Finanzmarktregulierung

⁹⁶ Vgl. Ziffern 7, 9, 12 und 14 der Leitlinien zur Finanzmarktregulierung.

3.2.3 FINMA-interne Vorschriften

Zwecks Sicherstellung einer einheitlichen und konsistenten Regulierungstätigkeit hat die FINMA ein Handbuch zur Finanzmarktregulierung (FINMA-Handbuch) erstellt. Dieses gibt insbesondere einen Überblick über die verschiedenen Regulierungsgefässe und Kommunikationsinstrumente, beschreibt die einzelnen Schritte des allgemeinen Regulierungsprozesses und zeigt auf, was bei der Redaktion von Erlasstexten besonders zu beachten ist. Nebst diesem Handbuch hat die FINMA eine Dokumentation erarbeitet, welche in Form von Ablaufschemen den Regulierungsprozess für die einzelnen Regulierungsgefässe und Kommunikationsinstrumente darstellt. Sodann verfügt die FINMA über ein Team, das im Rahmen einer Querschnittsfunktion, die legalistische Qualitätssicherung über alle Geschäftsbereiche in sämtlichen Regulierungsprojekten übernimmt. Auch die zur Qualitätssicherung notwendigen Prozesse sind implementiert. Damit soll das Risiko von Regulierungen ohne rechtliche Grundlagen vermindert werden.

Die genannten Dokumente dienen in erster Linie als Arbeitshilfe für alle in den Regulierungsprozess involvierten Mitarbeitenden der FINMA. Sie sind daher nicht öffentlich zugänglich. Im Folgenden wird ihr Inhalt jedoch teilweise wiedergegeben.⁹⁷

3.2.4 Regulierungsgefässe im Einzelnen

3.2.4.1 Verordnungen

Eigene Verordnungen kann die FINMA nur erlassen, wenn dies in der Finanzmarktgesetzgebung vorgesehen ist (Art. 7 Abs. 1 Bst. a FINMAG). Der Erlass von gesetzesvertretenden Verordnungen setzt dabei eine Ermächtigung in einem Bundesgesetz voraus (Art. 48 Abs. 2 des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes vom 21. März 1997⁹⁸ [RVOG] sinngemäss). Eine Vollziehungsverordnung⁹⁹ kann sich hingegen auch auf eine Ermächtigung in einer Bundesratsverordnung stützen, jedoch nur für Belange von beschränkter Tragweite (vgl. Art. 55 Abs. 2 FINMAG). Durch diese Beschränkung wird die Hierarchie der Vollzugsnormen gewährleistet, und es wird sichergestellt, dass sich die Regelungen der FINMA kohärent in die vom Bundesrat erlassenen Regelungen einfügen.¹⁰⁰

Verordnungen der FINMA haben dieselbe Rechtsverbindlichkeit wie Bundesratsverordnungen. Sie legen den Beaufichtigten somit in unmittelbar verbindlicher und generell-abstrakter Weise Pflichten auf, verleihen Rechte oder legen Zuständigkeiten fest. Im Vergleich zu den Bundesratsverordnungen ist ihr Gegenstand technischer.¹⁰¹ Sie unterliegen wie Bundesratsverordnungen keiner abstrakten Normenkontrolle, können jedoch wie diese im Rahmen einer konkreten Normenkontrolle auf ihre Gesetzmässigkeit hin überprüft werden.¹⁰²

Gemäss den FINMA-internen Vorschriften bedarf die Erarbeitung einer Verordnung eines formellen Regulierungsmandats des Verwaltungsrats. Liegt dieses vor, so werden im Rahmen einer Projektorganisation gestützt auf ein Normkonzept der Entwurf der Verordnung sowie der Erläuterungsbericht erarbeitet. Werden diese von der Geschäftsleitung und vom Verwaltungsrat genehmigt, wird eine Anhörung durchgeführt. Gestützt auf die Stellungnah-

⁹⁷ Vgl. dazu auch Expertengutachten Kilgus, S. 97 RZ 261 und S. 104 RZ 294.

⁹⁸ SR **172.010**

⁹⁹ Vgl. zur Unterscheidung zwischen gesetzesvertretenden Verordnungen und Vollziehungsverordnungen: Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Auflage, S. 27 RZ 136 ff; Pierre Tschannen/Ulrich Zimmerli/Regina Kiener, Allgemeines Verwaltungsrecht, Bern 2000, S. 65 f.

¹⁰⁰ Botschaft FINMAG, BBI **2006** 2829, S. 2893.

¹⁰¹ Winzeler, N 8 zu Art. 7 FINMAG.

¹⁰² Tschannen/Zimmerli/Kiener, S. 99.

men der Anhörungsteilnehmerinnen und -teilnehmer wird der Verordnungsentwurf überarbeitet und es wird ein Bericht über die Ergebnisse der Anhörung erstellt. Die überarbeiteten Dokumente werden anschliessend durch den Verwaltungsrat verabschiedet.

Verordnungen der FINMA werden in Anwendung von Artikel 2 Buchstabe e, Artikel 11 Absatz 1 und Artikel 14 Absatz 1 des Publikationsgesetzes vom 18. Juni 2004¹⁰³ (PublG) in den drei Landessprachen in der Amtlichen und Systematischen Rechtssammlung des Bundes publiziert. Die FINMA veröffentlicht sie zudem zusammen mit dem Anhörungsbericht und den im Rahmen der Anhörung eingegangenen Stellungnahmen auf ihrer Webseite.¹⁰⁴

3.2.4.2 Rundschreiben

Aufgrund von Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b FINMAG kann die FINMA ohne weitere gesetzliche Grundlage Rundschreiben erlassen. In diesen legt sie dar, wie sie die Finanzmarktgesetze anwendet, d.h. wie sie ihren Ermessensspielraum bei der Auslegung der Finanzmarktgesetzgebung handhabt. Durch die Kodifizierung der Aufsichtspraxis soll eine einheitliche und transparente Praxis für alle Betroffenen gewährleistet werden.¹⁰⁵

Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung handelt es sich bei Rundschreiben nicht um Rechts-, sondern um Verwaltungsverordnungen.¹⁰⁶ Sie haben somit nicht den Charakter von Rechtsetzung – etwa eines Gesetzes oder einer Verordnung –, die für die Beaufsichtigten verbindlich Rechte und Pflichten festlegt. Sie können selber nicht direkt angefochten werden, sondern nur die von der FINMA erlassenen Verfügungen im Einzelfall und zwar wegen Verletzung der zugrundeliegenden Norm in den Gesetzen oder Verordnungen.¹⁰⁷ Darin liegt ein gewisser Widerspruch zum in Artikel 7 FINMAG behaupteten Regulierungscharakter von Rundschreiben. Dies aber nur faktisch, da hinter jedem Rundschreiben die Möglichkeit einer Verfügung und ihrer zwangsweisen Durchsetzung steht.¹⁰⁸ Insofern weisen Rundschreiben im Vergleich zur Rechtsetzung eine herabgesetzte Verbindlichkeit auf. Man spricht daher auch davon, dass Rundschreiben den Charakter von *soft law* haben.

Gemäss der höchstrichterlichen Rechtsprechung haben FINMA-Rundschreiben auch für Gerichte keine bindende Wirkung.¹⁰⁹ Sie berücksichtigen sie jedoch bei ihrer Entscheidungsfindung mit, sofern sie eine dem Einzelfall angepasste und gerecht werdende Auslegung der anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen zulassen.¹¹⁰ Die Rundschreiben binden zudem die FINMA selber in ihrer Aufsichtstätigkeit. Die Beaufsichtigten können sich daher im Sinne des Vertrauensschutzes auf die Rundschreiben verlassen und sich auf diese berufen.¹¹¹ Sie können zwar geändert werden, aber nur wenn sachliche Gründe für die neue Praxis sprechen. Eine entsprechende Praxisänderung hat die dafür entwickelten verwaltungsrechtlichen Grundsätze zu beachten.¹¹²

¹⁰³ SR 170.512

¹⁰⁴ Vgl. auch Ziffern 12 und 14 der Leitlinien zur Finanzmarktregulierung.

¹⁰⁵ Winzeler, N 19 zu Art. 7 FINMAG; Botschaft FINMAG, BBl 2006 2829, S. 2861.

¹⁰⁶ Vgl. zur Unterscheidung Verwaltungsverordnungen und Rechtsverordnungen: Häfelin/Müller/Uhlmann, S. 23 RZ 119 ff.; Tschannen/Zimmerli/Kiener, S. 63 f.

¹⁰⁷ Vgl. Expertengutachten Kilgus, S. 34 RZ 83 und 84 mit Hinweisen; Martin Karl Weber, Informationsmissbrauch im Finanzmarktrecht, Schweizer Schriften für Finanzmarktrecht, Band/Nr. 111 2013, S. 27.

¹⁰⁸ Winzeler, N. 19 zu Art. 7; Ziffer 2 der Leitlinien zur Finanzmarktregulierung

¹⁰⁹ Verdeutlicht beispielsweise in BGE 137 II 284.

¹¹⁰ BGE 119 V 259 E. 3a mit Hinweisen und BGE 122 V 19 S. 25.

¹¹¹ So auch Martin Karl Weber, S. 28

¹¹² Vgl. zu diesen: Häfelin/ Müller/Uhlmann, S. 108 RZ 509 ff und S. 134 RZ 638 f.

Der FINMA-interne Regulierungsprozess zum Erlass eines Rundschreibens entspricht im Wesentlichen demjenigen für FINMA-Verordnungen. So wird insbesondere zu jedem neuen Rundschreiben oder zu jeder geplanten Änderung eine Anhörung durchgeführt (vgl. Ziffer 3.2.4.1). Nach Verabschiedung veröffentlicht die FINMA die Rundschreiben in den drei Amtssprachen auf ihrer Webseite.

3.3 Beurteilung

3.3.1 Regulierungskompetenzen¹¹³

Die Kompetenz der FINMA zum Erlass von Verordnungen ist insofern sinnvoll, als sie gewährleistet, dass technische Vorschriften von einer Fachbehörde mit dem notwendigen Know-how erlassen werden. Zudem erlauben es FINMA-Verordnungen im dynamischen Umfeld der Finanzmärkte rasch und verbindlich auf die fortlaufenden Änderungen der Rahmenbedingungen zu reagieren.¹¹⁴

Die Kodifizierung einer Aufsichtspraxis in einem Rundschreiben ist ein in der Schweiz weit verbreitetes Mittel zur Sicherstellung einer einheitlichen und transparenten Praxis für alle Betroffenen. Selbstbindende Rundschreiben erlauben die Etablierung einer rechtsgleichen und vorhersehbaren und damit verlässlichen Praxis der Behörde. Sie können nicht nur zu einem gewissen präventiven Rechtsschutz für die Betroffenen, sondern auch zu tieferen Kosten und einer effizienteren Aufsicht führen.¹¹⁵ Das Finanzmarktrecht ist prinzipienbasiert, da es rasch und flexibel an die fortlaufenden Änderungen der Rahmenbedingungen angepasst werden können muss. Es enthält daher eine grosse Anzahl unbestimmter Rechtsbegriffe, was den Einsatz von Rundschreiben, welche diese Rechtsbegriffe einheitlich und transparent auslegen, besonders wichtig macht.

Dem Umstand, dass Rundschreiben zwar keine rechtssetzende Wirkung zukommt, hinter jedem Rundschreiben aber die Möglichkeit einer Verfügung und ihrer zwangsweisen Durchsetzung steht (vgl. Ziffer 3.2.4.2), wird dadurch Rechnung getragen, dass die Regulierungsgrundsätze gemäss Artikel 7 FINMAG auch für Rundschreiben gelten und der FINMA-interne Regulierungsprozess zum Erlass eines Rundschreibens demjenigen für eine FINMA-Verordnung entspricht. So wird insbesondere zu jedem neuen Rundschreiben oder zu jeder geplanten Änderung eine Anhörung durchgeführt, womit bereits präventiv eine gewisse Kontrolle besteht. Die Anhörungsergebnisse werden zusammen mit dem Anhörungsbericht publiziert und die Rundschreiben sind in den drei Amtssprachen öffentlich verfügbar. Damit erhalten Rundschreiben der FINMA eine höhere Legitimation als viele vergleichbare Verwaltungsverordnungen anderer Behörden.¹¹⁶

In inhaltlicher Sicht ist die FINMA bei ihrer Regulierungstätigkeit an die verfassungsmässigen Vorgaben gebunden. Darüber hinaus hat der Gesetzgeber der FINMA mit den in Artikel 7 FINMAG verankerten Regulierungsgrundsätze Leitplanken für ihre Regulierungstätigkeit gesetzt. Ist ein Beauftragter der Ansicht, eine FINMA-Verordnung oder ein FINMA-Rundschreiben bewege sich ausserhalb des rechtlichen Rahmens, kann er die gestützt darauf erlassene Verfügung erstinstanzlich beim Bundesverwaltungsgericht und zweitinstanzlich beim Bundesgericht anfechten. Der Rechtsschutz ist damit gewährleistet.

¹¹³ Vgl. Frage 3 Postulat Graber

¹¹⁴ Vgl. auch Expertengutachten Kilgus, S. 25 RZ 62.

¹¹⁵ Expertengutachten Kilgus, S. 44 f., RZ 113 ff. und S. 38 RZ 94 f.

¹¹⁶ Expertengutachten Kilgus, S. 37 RZ 92 und S. 40 f. RZ 100 ff.

Im Ergebnis erachtet der Bundesrat die Regulierungskompetenzen der FINMA als sachgerecht. Zu diesem Schluss führt auch eine rechtsvergleichende Analyse mit dem Vereinigten Königreich (UK) und Singapur. Diese zeigt auf, dass die Regulierungskompetenzen der FINMA vergleichbar sind mit denjenigen der Aufsichtsbehörden der genannten Jurisdiktionen.¹¹⁷ Abschliessend bleibt darauf hinzuweisen, dass die FINMA ihre im Rahmen der Aufsicht gewonnenen Erkenntnisse dazu nutzen kann und auch soll, um frühzeitig ein Regulierungsprojekt anzustossen.¹¹⁸

3.3.2 FINMA-interne Vorschriften¹¹⁹

Die FINMA hat die beiden Regulierungsgefässe, deren Zweck und die internen Abläufe zu ihrem Erlass in ihrem Handbuch zur Finanzmarktregulierung sowie den ergänzenden Ablaufschemen zum Regulierungsprozess festgelegt (vgl. Ziffer 4.2.2). Diese Dokumente sind übersichtlich, klar und dazu geeignet, eine einheitliche und konsistente Regulierungstätigkeit der FINMA sicherzustellen. Der Bundesrat sieht daher in diesem Bereich keinen Handlungsbedarf (vgl. aber Ziffer 3.3.4).¹²⁰

3.3.3 Beachtung der Regulierungsgrundsätze¹²¹

3.3.3.1 Allgemeines

Die FINMA ist bei ihrer Regulierungstätigkeit an die verfassungsmässigen Vorgaben sowie an die in Artikel 7 FINMAG genannten Regulierungsgrundsätze gebunden. In Absprache mit dem EFD hat die FINMA Leitlinien erlassen, welche die Regulierungsgrundsätze konkretisieren (vgl. Ziffer 3.2.2). In der Branche und der Politik wurde in letzter Zeit der Vorwurf laut, die FINMA halte sich nicht an diese Grundsätze. Insbesondere wird geltend gemacht, sie sei einem «Regulierungseifer» verfallen, reguliere nicht adressatengerecht und gefährde damit letztlich die Wettbewerbsfähigkeit des Finanzplatzes Schweiz.¹²² Ferner wird die Frage aufgeworfen, ob die FINMA die im Rahmen der Anhörung geltend gemachten Anliegen hinreichend berücksichtigt.¹²³

3.3.3.2 Grundsatz der Verhältnismässigkeit

Mit dem Vorwurf, die FINMA sei einem «Regulierungseifer» verfallen, wird geltend gemacht, sie reguliere nicht verhältnismässig. Diese Aussage kann nicht auf Verordnungen der FINMA zutreffen. Von diesen gibt es lediglich acht und es ist diesbezüglich keine unverhältnismässige hohe Frequenz von Neuerlassen oder Änderungen zu verzeichnen. Was sodann die Rundschreiben betrifft, so hat die FINMA bei Aufnahme ihrer Tätigkeit die Rundschreiben ihrer Vorgängerbehörden übernommen und formell überarbeitet. Dies hatte indessen keine materiellen Änderungen für die Betroffenen zur Folge. Allerdings wurde in den Jahren 2012 und 2013 überdurchschnittlich viele neue Rundschreiben erlassen, materiell geändert oder aufgehoben.

¹¹⁷ Vgl. dazu die eingehenden rechtsvergleichenden Ausführungen im Expertengutachten Kilgus, S. 66 ff.

¹¹⁸ Vgl. auch Expertengutachten Kilgus, S. 96 RZ 256 ff.

¹¹⁹ Vgl. Postulat Graber, Frage 3.

¹²⁰ Vgl. auch Expertengutachten Kilgus, S. 96 RZ 225.

¹²¹ Vgl. Postulat Graber, Fragen 7, 8, 10–12 und 15, Postulat de Courten und Postulat Schneeberger.

¹²² Vgl. insbesondere die Postulate de Courten und Schneeberger.

¹²³ Vgl. Postulat Graber, Frage 8.

Diesbezüglich ist vorweg darauf hinzuweisen, dass die FINMA über keine selbständige Regulierungskompetenz verfügt (vgl. Ziffer 3.2.1). Die festgestellte Zunahme der Regulierungstätigkeit der FINMA in den Jahren 2012 und 2013 ist sodann nicht auf ihre eigene Initiative zurückzuführen, sondern im Wesentlichen darauf, dass mehrere Gesetzes- und Verordnungsänderungen in Kraft getreten sind, welche eine Anpassung der entsprechenden Rundschreiben notwendig machten. Besonders hervorzuheben sind dabei die Änderung des KAG, die Änderung des BEHG im Bereich Börsendelikte und Marktmissbrauch sowie die Änderungen der Eigenmittelverordnung vom 1. Juni 2012¹²⁴ (ERV), der Liquiditätsverordnung vom 30. November 2012¹²⁵ (LiqV) und des OR (Rechnungslegungsvorschriften). Diese Gesetzes- und Verordnungsänderungen sind ihrerseits hauptsächlich Reaktionen auf die Finanzkrise und die entsprechenden internationalen und vorab europäischen Reaktionen auf diese.

Im Übrigen wurde im Nachgang zur Finanzkrise auch das Prüfwesen reformiert, was ebenfalls zu mehreren Anpassungen von Rundschreiben geführt hat. Die Anpassungen in diesem Bereich erfolgten auf Empfehlung von mehreren Experten und wurden sowohl vom Parlament als auch vom Bundesrat unterstützt (vgl. Ziffern 2.3.2 und 2.3.3.2). Schliesslich ist die in den Jahren 2012 und 2013 festgestellte materielle Zunahme der Regulierungstätigkeit der FINMA im Bereich der Rundschreiben dadurch zu relativieren, dass die betroffenen Rundschreiben nicht für sämtliche Beaufsichtigten geltenden, sondern immer nur einen bestimmten Adressatenkreis betreffen.

Aus diesen Gründen erachtet der Bundesrat den Vorwurf, die FINMA reguliere übermässig viel und damit unverhältnismässig, als unbegründet.¹²⁶

3.3.3.3 Differenzierte Regulierung

Weiter wird der FINMA der Vorwurf gemacht, sie reguliere zu wenig «adressatengerecht», also zu wenig differenziert, insbesondere was die Eigenmittel- und Liquiditätsvorschriften der Banken betreffe.¹²⁷ Diese Kritik dürfte zu einem grossen Teil den Umstand betreffen, dass die Kategorisierung der Eigenmittelvorschriften im FINMA-RS 2011/2 «Eigenmittel und Kapitalplanung bei Banken» erfolgt und nicht auf die Anforderungen an die systemrelevanten Banken abgestimmt ist. Diese auch in der Motion 12.3656 WAK-N «Konkrete Eigenmittelanforderungen für nichtsystemrelevante Banken in einer gesonderten Verordnung oder über eine zeitnahe Revision der Eigenmittelverordnung» geäusserte Kritik wird vom Bundesrat aufgenommen. Eine entsprechende Anpassung der ERV ist im Gange.

Im Übrigen beachtet die FINMA im Rahmen ihrer Regulierung die unterschiedlichen Geschäftstätigkeiten und Risiken der Beaufsichtigten nach Ansicht des Bundesrates hinreichend (Art. 7 Abs. 2 Bst. c FINMAG).¹²⁸ Dies zeigt sich insbesondere auch daran, dass die verschiedenen Rundschreiben, wie bereits erwähnt, nicht für alle Beaufsichtigten gelten, sondern immer nur einen bestimmten Adressatenkreis betreffen. Auch unter diesem Punkt kann aber im Übrigen darauf hingewiesen werden, dass die Bundesgesetze und Bundesratsverordnungen den Rahmen für die Regulierungstätigkeit der FINMA setzen. Für Banken sind dies vorab das BankG, die ERV und die LiqV. Die FINMA hat nicht die Kompetenz, über die dort festgelegte Regulierung hinauszugehen.

¹²⁴ SR 952.03

¹²⁵ SR 952.06

¹²⁶ Vgl. auch Expertengutachten Kilgus, S. 58 RZ 159.

¹²⁷ Vgl. insbesondere Begründung zum Postulat de Courten.

¹²⁸ Expertengutachten Kilgus, S. 98 RZ 264.

Als exemplarisches Beispiel dafür, dass die FINMA adressatengerecht reguliert, ist das Rundschreiben 15/2 «Liquiditätsrisiken Banken» zu erwähnen. Gemäss diesem wird das Proportionalitätsprinzip sowohl auf die qualitativen Anforderungen an das Liquiditätsrisikomanagement wie auch die quantitativen Anforderungen (Mindestliquiditätsquote; LCR) angewandt. Ziele des Proportionalitätsprinzips sind die Komplexitätsreduktion für kleine und mittelgrosse Banken, die Anforderungen an die Ausgestaltung des Liquiditätsrisikomanagements sollen verhältnismässig sein und die Anforderungen hängen von Art, Umfang, Komplexität und Risikogehalt der Geschäftstätigkeit der Bank ab. Mit dem Rundschreiben werden ferner kleine Banken (Aufsichtskategorie 5 und zum grössten Teil auch der Aufsichtskategorie 4) von diversen qualitativen Anforderungen ganz ausgenommen. Besonders hervorzuheben ist auch, dass die Rundschreiben 11/2 «Eigenmittelpuffer und Kapitalplanung Banken», 2015/2 «Liquiditätsrisiken Banken», 08/21 «Operationelle Risiken Banken», 08/23 «Risikoverteilung Banken», RS 10/1 «Vergütungssysteme», 08/24 «Überwachung und interne Kontrolle Banken» zahlreiche Ausnahmen und Differenzierungen enthalten, die auf die Grösse der beaufsichtigten Institute und in der Regel auf die Aufsichts-Risikokategorien Bezug nehmen. Dadurch werden die Institute organisatorisch und finanziell entlastet. Zudem wird etwa in den Rundschreiben 08/20 «Marktrisiken Banken» und 08/19 «Kreditrisiken Banken» insoweit eine Differenzierung in Bezug auf die Geschäftstätigkeit von Banken vorgenommen, als unterschiedliche Anforderungen betreffend Marktrisiken und Kreditrisiken gestellt werden.

Was die Beachtung der unterschiedlichen Risiken der Beaufsichtigten im Rahmen der Aufsicht betrifft, ist auf die Ausführungen zum risikobasierten Aufsichtskonzept der FINMA unter Ziffer 2.3.3.5 zu verweisen.

3.3.3.4 Auswirkungen auf die Wettbewerbsfähigkeit

Die FINMA hat gemäss Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe b FINMAG zu berücksichtigen, wie sich ihre Regulierung auf den Wettbewerb, die Innovationsfähigkeit und die internationale Wettbewerbsfähigkeit des Finanzplatzes Schweiz auswirkt. Dies bedeutet indessen nicht, dass die FINMA eine gezielte Wirtschaftsförderung zur Aufgabe hat.¹²⁹ Sie hat vielmehr dafür zu sorgen, dass die Regulierung der FINMA den Wettbewerb nach innen (zwischen den Finanzintermediären) und nach aussen (mit den anderen Finanzplätzen) nicht beeinträchtigt.¹³⁰ Dies kann sie jedoch wiederum nur im von den Bundesgesetzen und Bundesratsverordnungen vorgegebenen Rahmen tun. Es ist damit auch hier in erster Linie Sache des Parlaments und des Bundesrates die Auswirkungen der Regulierung auf den Wettbewerb und die Innovationsfähigkeit des Finanzplatzes zu beachten. Die FINMA ist an den Willen des Gesetzgebers gebunden.

Die Analyse der Regulierungstätigkeit der FINMA hat keine Hinweise darauf ergeben, dass die FINMA die Auswirkungen ihrer Regulierung auf den Wettbewerb, die Innovationsfähigkeit und die internationale Wettbewerbsfähigkeit des Finanzplatzes Schweiz zu wenig beachtet.¹³¹ Was ihren Beitrag zur Förderung der Wettbewerbsfähigkeit des Finanzplatzes Schweiz im Rahmen ihrer Aufsichtstätigkeit betrifft, ist auf die Ausführungen unter Ziffer 2.2 zu verweisen.

¹²⁹ Expertengutachten Kilgus, S. 101 RZ 283.

¹³⁰ Winzeler, BSK, N. 75 zu Art. 7 FINMAG.

¹³¹ Expertengutachten Kilgus, S. 101 RZ 182.

Zu ergänzen bleibt die generelle Feststellung, dass ein vom Gesetzgeber erlassener Swiss Finish – verstanden als eine über internationale Standards hinausgehende Regelung – nicht per se die internationale Wettbewerbsfähigkeit des Finanzplatzes Schweiz beeinträchtigt. Vielmehr kann ein solcher unter Umständen sogar zur Förderung der Funktionsfähigkeit des Finanzplatzes beitragen, was sich wiederum positiv auf sein Ansehen und damit auch auf seine Wettbewerbsfähigkeit auswirken kann.¹³²

3.3.3.5 Transparenter Regulierungsprozess und angemessene Beteiligung der Betroffenen

In den letzten Jahren hat sich im Bankenbereich zwischen den zuständigen Stellen des EFD und der FINMA ein Regulierungsprozess etabliert, der die betroffenen Kreise von Anfang an in die Projekte einbezieht. Beispielhaft seien hier die Umsetzung der Eigenmittelvorschriften nach Basel III, der Rechnungslegungsvorschriften (Anpassung an die OR-Revision) und die Liquiditätsvorschriften (auch hier Anpassung an Basel III) genannt. In all diesen Regulierungsvorhaben wurden unter Einbezug der betroffenen Banken (vornehmlich in nationalen Arbeitsgruppen) die Entwürfe für die Bundesratsverordnungen und die entsprechenden Rundschreiben der FINMA verfasst.

Im Weiteren führt die FINMA zu jeder neuen Verordnung und jedem neuen Rundschreiben oder zu jeder geplanten Änderung dieser Erlasse eine öffentliche Anhörung durch und gibt allen Interessierten (noch einmal) Gelegenheit, sich zu äussern. Die eingegangenen Stellungnahmen publiziert sie gemeinsam mit dem Anhörungsbericht. Dieser legt insbesondere die Reaktion der FINMA auf die in den Stellungnahmen vorgebrachten relevanten Anliegen dar.¹³³

Der Regulierungsprozess der FINMA ist damit nach Ansicht des Bundesrates transparent geregelt und die Betroffenen können sich, wenn nicht bereits bei der Erarbeitung der Regelungen, so doch im Rahmen der Anhörung beteiligen. Ob die im Rahmen der Anhörung eingebrachten Anliegen materiell berücksichtigt werden, hängt naturgemäss von deren Inhalt und Qualität sowie vom Spielraum ab, den die FINMA überhaupt hat. Das ist nicht anders als bei Vernehmlassungsvorlagen des Bundes.¹³⁴

Die Expertengruppe «Weiterentwicklung der Finanzplatzstrategie», in welcher auch die Branche vertreten ist, kommt in ihrem Schlussbericht zur Erkenntnis, dass das praxisbezogene Wissen der Branche insbesondere im Rahmen der Früherkennung von Regulierungsentwicklungen einen wertvollen Beitrag zur Regulierungsplanung und Positionierung der Schweiz nicht zuletzt auch auf internationaler Ebene darstellt. Der Einbezug des Marktes, der Wissenschaft und gegebenenfalls der Politik verleiht den Behörden ein erhöhtes Mass an Glaubwürdigkeit bei der Mitwirkung in internationalen Gremien und bei der Erarbeitung internationaler Standards. Sie empfiehlt daher im Bereich der Finanzmarktregulierung generell, den institutionalisierten Dialog zwischen Behörden, Marktteilnehmern und Wissenschaft zu fördern. Der Bundesrat empfiehlt der FINMA, diese Empfehlung im Bereich ihrer Regulierungstätigkeit ebenfalls umzusetzen. Er begrüsst in diesem Sinne, die von der FINMA signalisierte Absicht, in Zusammenarbeit mit der Privatwirtschaft themenspezifische Expertenpanels aus Entscheidungsträgern der Privatwirtschaft und Aufsichtsbehörden ins Leben zu rufen, um besser über ihre Regulierungstätigkeit und Aufsichtspraxis zu informieren.

¹³² Expertengutachten Kilgus, S. 101 RZ 283.

¹³³ Vgl. Ziffer 14 der Leitlinien zur Finanzmarktregulierung

¹³⁴ Expertengutachten Kilgus, S. 99 RZ 269; S. 103 RZ 290.

3.3.4 Einsatz der Regulierungsgefässe¹³⁵

In der Branche besteht zuweilen die Besorgnis, dass Verordnungen und Rundschreiben der FINMA durch das übergeordnete Gesetzes- oder Verordnungsrecht nicht gedeckt sind. Diese Gefahr besteht dabei hauptsächlich in Bezug auf Rundschreiben, da diese anders als Verordnungen keine explizite Delegationsnorm im übergeordneten Recht voraussetzen, sondern unbestimmte Rechtsbegriffe im Finanzmarktrecht auslegen. Sind die Betroffenen der Ansicht, eine Verordnungsbestimmung oder ein Rundschreiben sei durch das übergeordnete Recht nicht gedeckt, so können sie sich dagegen gerichtlich zur Wehr setzen (vgl. Ziffer 3.2.4). Eine entsprechende Beurteilung durch den Bundesrat würde die Unabhängigkeit der FINMA tangieren (vgl. Ziffer 4.1).

In der Vergangenheit hat das Bundesgericht etwa in seinem Entscheid 2C_98/2013 vom 29. Juli 2013 auf Beschwerde eines Betroffenen hin festgestellt, dass in Bezug auf Artikel 9 Absatz 2 der Börsenverordnung-FINMA vom 28. Oktober 2008¹³⁶ (BEHV-FINMA) nicht durch Artikel 20 BEHG gedeckt ist. Zudem kam das Bundesgericht in BGE 137 II 284 zum Schluss, dass einzelne Bestimmungen des FINMA-RS 2008/8 «Öffentliche Werbung kollektive Kapitalanlagen» nicht durch den damals geltenden Artikel 3 aKAG gedeckt waren. In der Folge wurden die betroffenen Regelungen der FINMA auf Gesetzesstufe verankert (KAG-Revision) oder sollen auf Gesetzesstufe verankert werden (E-FinfraG¹³⁷). Diese Beispiele zeigen, dass die FINMA in Einzelfällen eine Delegationsnorm oder einen unbestimmten Rechtsbegriff zu extensiv ausgelegt hat. Auch wenn die Regelungen der FINMA nachträglich auf Gesetzesstufe verankert wurden oder werden sollen, hat sie sich indessen aus rechtsstaatlichen Gründen an die Vorgaben der übergeordneten Gesetze und Verordnungen zu halten. Erweist sich ein Entscheid des Parlaments oder des Bundesrates aus bestimmten Gründen als nicht mehr sachgerecht oder besteht eine Lücke, so hat eine Revision der entsprechenden Gesetze oder Bundesratsverordnungen für Abhilfe zu sorgen. Der Bundesrat empfiehlt daher der FINMA, mit geeigneten Massnahmen sicherzustellen, dass ihre Verordnungen und Rundschreiben eine genügende rechtliche Grundlage im übergeordneten Gesetzes- oder Verordnungsrecht haben.

4 Aufsichtstätigkeit der FINMA

4.1 Fragestellung

In Umsetzung der Postulate Graber und de Buman ist der Bundesrat damit beauftragt, verschiedene Aspekte der Aufsichts- bzw. Kommunikationstätigkeit der FINMA zu prüfen.

Gemäss dem Postulat Graber soll insbesondere geklärt werden, ob die internen Prozesse der FINMA zum Erlass der verschiedenen Kommunikationsinstrumente klar geregelt sind (Frage 3) und ob der Einsatz dieser Instrumente transparent und verständlich ist (Frage 5). Darüber hinaus soll geprüft werden, ob die publizierte und nicht-publizierte Aufsichtspraxis der FINMA den Anforderungen an eine einwandfreie rechtliche Grundlage zu genügen vermag (Frage 4) und ob die Zeitdauer für die Erteilung von Bewilligungen im Vergleich zu anderen Finanzmärkten konkurrenzfähig ist (Frage 9). Mit dem Postulat de Buman wurde der Bundesrat zudem beauftragt, einen Bericht über die Beachtung der Verfahren zur Ausarbeitung der FINMA-Mitteilungen sowie über deren Rechtmässigkeit und deren Verbindlichkeit vorzulegen.

¹³⁵ Postulat Postulat Graber, Frage 4 und Postulat Schneeberger.

¹³⁶ SR **954.193**

¹³⁷ Vgl. Botschaft zum Finanzmarktinfrastrukturgesetz vom 3. September 2014, BBl **2014** 7483, S. 7582.

4.2 Geltende Regelung

4.2.1 Aufsichtstätigkeit als Rechtsanwendung

Primäre Aufgabe der FINMA ist die Aufsichtstätigkeit und damit die materielle Anwendung der einzelnen Finanzmarktgesetze (vgl. Ziffer 2.2). Unter Aufsicht wird dabei die laufende periodische Überwachung (Surveillance) – zu der auch die Bewilligungserteilung gehört –, aber auch die punktuelle, eingreifende Verwaltungstätigkeit (Enforcement) verstanden, die primär darauf ausgerichtet ist, Verstösse gegen die Finanzmarktgesetze festzustellen, zu korrigieren, gegebenenfalls zu sanktionieren und anbegehrte Bewilligungen zu verweigern.¹³⁸

Die FINMA übt ihre Aufsichtstätigkeit selbständig und unabhängig aus (Art. 21 FINMAG). Weder der Bundesrat noch die eidgenössischen Räte verfügen gegenüber der FINMA über ein Weisungsrecht.¹³⁹ Ohne die solchermassen sichergestellte Unabhängigkeit wäre eine Aufsichtstätigkeit ohne Beeinflussung durch sachfremde Interessen nicht gewährleistet.¹⁴⁰

Die Handlungsform der FINMA ist typischerweise die Verfügung im Sinne von Artikel 5 VwVG. Diese können von den Betroffenen an das Bundesverwaltungsgericht und in zweiter Instanz an das Bundesgericht weitergezogen werden (Art. 54 FINMAG). Das Bundesverwaltungsgericht kann die Verfügungen der FINMA mit voller Kognition überprüfen, d.h. es kann den Sachverhalt, die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung und Missbrauch von Ermessen sowie die Rüge der Unangemessenheit überprüfen (Art. 49 VwVG).¹⁴¹ Damit ist eine umfassende richterliche Kontrolle gewährleistet.

Darüber hinaus handelt die FINMA auch mittels verwaltungsrechtlichen Verträgen sowie durch Realakte, bei denen jede Person, die ein schutzwürdiges Interesse geltend machen kann, von der zuständigen Behörde eine Verfügung verlangen kann, dass widerrechtliche Handlungen unterbunden oder Folgen widerrechtlicher Handlungen beseitigt werden (Art. 25a VwVG).¹⁴²

4.2.2 Kommunikation als Teil der Aufsichtstätigkeit

Die FINMA nutzt im Rahmen ihrer Aufsichtstätigkeit verschiedene Instrumente, mit denen sie die Beaufsichtigten, die Öffentlichkeit oder die Politik über aufsichtsrechtliche Aspekte informieren will. Sie unterteilt diese gemäss dem FINMA-Handbuch in «Kommunikationsinstrumente gegenüber den Beaufsichtigten» und in «Kommunikationsinstrumenten gegenüber der Öffentlichkeit und der Politik».

Zu den Kommunikationsinstrumenten gegenüber den Beaufsichtigten zählt sie Mitteilungen, häufig gestellte Fragen (Frequently asked questions, FAQ) sowie Wegleitungen und Formulare. Sie haben nach dem FINMA-Handbuch rein informativen Charakter und sollen den Beaufsichtigten weder im Sinne einer Verordnung Pflichten auferlegen noch im Sinne eines Rundschreibens eine Praxis formulieren. Sie werden, sofern sie nicht von strategischer Bedeutung sind, von der Geschäftsleitung oder dem zuständigen Geschäftsleitungsmitglied erlassen.

¹³⁸ Expertengutachten Kilgus, S. 33 RZ 78; Urs Zulauf/David Wyss/Kathrin Tanner/Michel Kähr/ Claudia M. Fritsche/ Patric Eymann/ Fritz Ammann, Finanzmarktenforcement, 2. Auflage, Bern 2014, S. 4.

¹³⁹ Botschaft FINMAG, BBl 2006 2829, S. 2873 f.

¹⁴⁰ Poledna/de Canto, N 5 zu Art. 21 FINMAG.

¹⁴¹ Expertengutachten Kilgus, S. 11 RZ 25.

¹⁴² Expertengutachten Kilgus, S. 11 RZ 25.

Zu den Kommunikationsinstrumenten gegenüber der Öffentlichkeit und der Politik zählen gemäss dem FINMA-Handbuch insbesondere Diskussions- und Positionspapiere, Faktenblätter, Berichte, der Jahresbericht und das Bulletin. Im Gegensatz zu den Kommunikationsinstrumenten gegenüber den Beaufsichtigten nennt das FINMA-Handbuch den Zweck dieser Instrumente nicht. Auch die internen Prozesse zu ihrer Ausarbeitung und Verabschiedung sind – mit Ausnahme für Diskussions- und Positionspapiere – nicht festgelegt. Nach vorliegender Auffassung erfüllt die FINMA mit den genannten Instrumenten in erster Linie ihren gesetzlichen Auftrag, die Öffentlichkeit jährlich mindestens einmal über ihre Aufsichtstätigkeit und Aufsichtspraxis zu informieren (vgl. Art. 22 Abs. 1 FINMAG).¹⁴³ Insbesondere der Geschäftsbericht dient dabei auch der Information von politischen Instanzen, damit diese ihre Steuerungs- und Einflussmöglichkeiten über die FINMA wahrnehmen können (vgl. Ziffer 2.1.2).

Die Kommunikationsinstrumente sollen keine Rechtswirkung haben, sondern rein informativen Charakter. Sie dürften damit dem informellen Verwaltungshandeln der FINMA zuzuordnen sein und damit als Realakte gelten (vgl. dazu insbesondere Ziffer 4.2.3.1).

Ende Oktober 2014 veröffentlichte die FINMA Leitlinien zur Kommunikation.¹⁴⁴ Diese stellen die Grundsätze der FINMA-Kommunikation über allgemeine Regulierungs- und Aufsichtsthemen sowie zur öffentlichen Kommunikation über einzelne Unternehmen und Personen dar und geben einen Überblick über die verschiedenen Kommunikationsgefässe. Die Kommunikation zu allgemeinen Regulierungs- und Aufsichtsthemen ist weiter unterteilt in Kommunikation gegenüber der Öffentlichkeit, Regulierungskommunikation und Aufsichtskommunikation. Die jeweiligen Kommunikationsgefässe in diesen Bereichen entsprechen dabei grundsätzlich den bisher verwendeten und im internen Handbuch der FINMA umschriebenen Gefässe. Neu wird die Mitteilung als «Aufsichtsmitteilung» bezeichnet. Die Mitteilung wird neu durch das Gefäss der «Aufsichtsmitteilung» ersetzt. Sie soll gemäss der FINMA künftig zurückhaltender eingesetzt werden als die bisherige Mitteilung und sich auf aufsichtsrelevante Themen fokussieren. Zudem liegt der Entscheid über die Veröffentlichung einer Aufsichtsmitteilung neu in der Kompetenz der Geschäftsleitung und nicht mehr bei den einzelnen Geschäftsbereichen. Ferner wurde das Instrument des Positionspapiers abgeschafft. Nachfolgend werden die von der FINMA verwendeten Kommunikationsinstrumente näher beleuchtet. Besonders eingegangen wird dabei im Sinne des Postulats de Buman auf die Mitteilungen.

4.2.3 Kommunikationsinstrumente im Einzelnen

4.2.3.1 (Aufsichts-)Mitteilungen¹⁴⁵

Mit (Aufsichts-)Mitteilungen will die FINMA rasch spezifische Kreise von Beaufsichtigten über ausgewählte aufsichtsrelevante Themen informieren. (Aufsichts-)Mitteilungen können in diesem Sinn Warnungen aussprechen, Erwartungen an die Beaufsichtigten festhalten oder den Beaufsichtigten gewisse Pflichten in Erinnerung rufen. Im FINMA-Handbuch wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass Mitteilungen im Unterschied zu den Rundschreiben keine Aufsichtspraxis festhalten, sondern einen spezifischen Leserkreis auf aufsichtsrelevante Themen von bestimmter Bedeutung und Aktualität aufmerksam machen. Auch in den neuen FINMA Leitlinien zur Kommunikation wird festgehalten, dass die FINMA, in Aufsichtsmitteilungen gestützt auf ihre Beobachtungen und Erfahrungen, den Beaufsichtigten sachdienliche

¹⁴³ François Rayroux/Shelby du Pasquier, Kommentar zum Börsengesetz und Finanzmarktaufsichtsgesetz, 2. Auflage, Basel 2011, N 24 zu Art. 22 FINMAG.

¹⁴⁴ <http://www.finma.ch/d/aktuell/Seiten/mm-leitlinien-enforcement-kommunikation-20141030.aspx>

¹⁴⁵ Vgl. dazu auch das Postulat de Buman.

Hinweise über laufende Entwicklungen gibt oder diese auf Risiken aufmerksam macht. Damit beabsichtigt sie die Beaufsichtigten vorausschauend zu sensibilisieren, um diese in ihren Bemühungen zur Einhaltung der Finanzmarktgesetze zu unterstützen. Die Aufsichtsmitteilung ist gemäss den Leitlinien im Unterschied zu FINMA-Verordnungen und FINMA-Rundschreiben auf den Taterfolg, nicht auf die Rechtswirkung ausgerichtet.

(Aufsichts-)Mitteilungen waren gemäss den FINMA-internen Vorschriften bis anhin vom jeweils zuständigen Geschäftsbereich unter Absprache mit allenfalls weiteren betroffenen Geschäftsbereichen zu erarbeiten. Sie bedurften der Genehmigung der zuständigen Geschäftsleiterin oder des zuständigen Geschäftsbereichsleiters und, sofern sie im Internet veröffentlicht werden sollen, zusätzlich der Genehmigung durch die Geschäftsleitung. Neu fallen sie in die Kompetenz der Geschäftsleitung. Sofern sie von strategischer Bedeutung sind, sind sie vom Verwaltungsrat zu genehmigen. Dies war beispielsweise bereits für die Mitteilung 41 (2012) vom 26. November 2012 betreffend Retrozessionen der Fall. Sie sind in Deutsch, Französisch und Italienisch zu veröffentlichen, wobei die Übersetzungen unter entsprechendem Hinweis zeitlich verzögert publiziert werden können.

Über die rechtliche Qualifikation von FINMA-Mitteilungen wurde bis anhin von der Rechtsprechung nicht explizit entschieden; sie gab auch in der Lehre zu keinen grösseren Diskussionen Anlass. Sofern sie – wie von der FINMA verstanden – rein informativen Charakter haben und damit nicht auf die Herbeiführung einer Rechtswirkung abzielen, dürften sie dem informellen Verwaltungshandeln der FINMA zuzuordnen sein und somit Realakte darstellen.¹⁴⁶ Dies dürfte selbst für (Aufsichts-) Mitteilungen gelten, in denen die FINMA einzelnen Beaufsichtigten gewisse Empfehlungen abgibt. Für diese Auffassung spricht jedenfalls der Entscheid des Bundesgerichts BGer 2_C 1184/2013 vom 17. Juli 2014, wonach ein Schreiben der FINMA mit der Empfehlung an eine SRO, ihr Reglement in spezifischen Punkten an die Geldwäschereigesetzgebung anzupassen, lediglich ein informelles Verwaltungshandeln darstellt und nicht einen verbindlichen und erzwingbaren Akt, der auf das Erzielen von Rechtswirkungen ausgerichtet ist.¹⁴⁷

Realakte sind zwar nicht auf die Herbeiführung einer Rechtswirkung ausgerichtet und somit für die Adressaten rechtlich nicht verbindlich, sie bewegen sich deswegen aber nicht im rechtsfreien Raum. Reales Handeln ist wie jedes andere Handeln des Staats an die rechtsstaatlichen Handlungsgrundsätze gebunden.¹⁴⁸ Dies bedeutet insbesondere, dass FINMA-Mitteilungen übergeordnetem Recht entsprechen müssen (Art. 5 Abs. 1 BV) sowie im Einklang mit dem Verhältnismässigkeitsprinzip (vgl. 5 Abs. 2 BV) und den Grundrechten (z.B. Art. 8 und 9 BV) zu stehen haben.

Im Unterschied zu einer Verfügung oder einer Allgemeinverfügung sind Realakte nicht direkt anfechtbar. Vielmehr bedarf die Anfechtung – ähnlich einem Rundschreiben – zunächst einer Verfügung (vgl. Art. 25a VwVG).¹⁴⁹

4.2.3.2 Häufig gestellte Fragen (FAQ)

Ein weiteres Instrument der FINMA sind standardisierte Antworten auf häufig gestellte Fragen. Gemäss dem FINMA-Handbuch bezwecken diese, die Beaufsichtigten über wiederkehrende, im Markt und bei den Betroffenen immer wieder Fragen aufwerfenden Themen zu informieren. Dadurch soll die Rechtssicherheit erhöht werden. Die FINMA hält explizit fest,

¹⁴⁶ Vgl. auch Expertengutachten Kilgus, S. 48 RZ 126.

¹⁴⁷ Vgl. zur Empfehlung als Realakt auch Tschannen/Zimmerli/Kiener, S. 263 f.

¹⁴⁸ Markus Müller, S. 330 f.

¹⁴⁹ Häfelin/Müller/Uhlmann, S. 206 f. RZ 924 f.

dass die formulierten Standardantworten rein informativen Charakter haben, keine Rechtsansprüche begründen und die FINMA in ihren Entscheiden nicht binden.¹⁵⁰

FAQ werden gemäss dem FINMA-Handbuch durch die zuständige Geschäftsbereichsleiterin oder den zuständigen Geschäftsbereichsleiter genehmigt und anschliessend grundsätzlich in Deutsch, Französisch, Italienisch und Englisch auf der Webseite der FINMA veröffentlicht.

4.2.3.3 Wegleitung und Formulare

Gemäss dem FINMA-Handbuch sollen Wegleitungen den Beaufsichtigten in einfacher Sprache und kurzer, übersichtlicher Form eine praktische Hilfestellung bei konkreten Anwendungsfragen bieten. Sie bilden einen Leitfaden für die Ausarbeitung von Dokumenten durch Dritte, informieren die Beaufsichtigten über ihre Rechte und Pflichten und enthalten insbesondere Hinweise über die einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen. Zu denken ist vorab an Ausführungen, Tabellen oder Grafiken, die den Beaufsichtigten helfen, sich in verschiedenen Regulierungen zurecht zu finden, indem ihnen aufgezeigt wird, wie ein Bewilligungsgesuch zu formulieren und mit Beilagen zu versehen oder wie eine Meldung an die FINMA zu erstatten ist. Wegleitungen sind keine verbindlichen Rechtssätze, haben keinen normativen Charakter und begründen keine Praxis der FINMA.

Formulare sind gemäss dem FINMA-Handbuch standardisierte und strukturierte Vorlagen, in denen in der Regel freie Felder für Eintragungen vorhanden sind und die der FINMA vorrangig zur Erhebung von spezifischen Daten und Informationen dienen.

Wegleitungen und Formulare sind laut den FINMA-internen Vorgaben von der zuständigen Geschäftsbereichsleiterin oder vom zuständigen Geschäftsbereichsleiter zu genehmigen und anschliessend in Deutsch und Französisch und, im Bedarfsfall, in Italienisch auf der Webseite der FINMA zu veröffentlichen.

4.2.3.4 Positions- und Diskussionspapiere

In Positionspapieren bezog die FINMA grundsätzlich Position zu einem aktuellen Thema. Der damit verfolgte Zweck war in den drei bis anhin von der FINMA veröffentlichten Positionspapieren soweit ersichtlich ein unterschiedlicher: Formulierte die FINMA im «Positionspapier Rechtsrisiken» konkrete Erwartungen an die Beaufsichtigten, zeigte sie im «Positionspapier Vertriebsregeln» konkreten Regulierungsbedarf auf. Das «Positionspapier Sanierung und Abwicklung global systemrelevanter Banken» soll schliesslich, für die beteiligten Interessengruppen Transparenz darüber schaffen, welche Sanierungs- und Abwicklungsstrategie die FINMA bevorzugt. Die Veröffentlichung soll namentlich für die ausländischen Aufsichts- und Insolvenzbehörden, die betroffenen Banken, ihre Gläubiger und Investoren ein höheres Mass an Vorhersehbarkeit herstellen. Gemäss ihren Leitlinien zur Kommunikation will die FINMA das Kommunikationsinstrument des Positionspapiers in Zukunft nicht mehr nutzen.

Mit Diskussionspapieren macht die FINMA auf Sachverhalte aufmerksam, der sie bei der Ausübung ihrer Aufsichtstätigkeit begegnet und über die sie eine öffentliche Diskussion anstossen will. Das einzige bisher veröffentlichte Diskussionspapier «Regulierung von Produktion und Vertrieb von Finanzprodukten an Privatanleger – Stand, Mängel und Handlungsoptionen (FINMA-Vertriebsbericht 2010) vom Oktober 2010 zielte offenbar darauf ab, eine Diskussion über den Regulierungsbedarf im Bereich Produktion und Vertrieb anzuregen.

¹⁵⁰ www.finma.ch > faq

Die Positionspapiere und das Diskussionspapier wurden in den drei Amtssprachen und in Englisch veröffentlicht. Wie bereits erwähnt (vgl. Ziffer 4.2.2) sind die FINMA-internen Prozesse zur Verabschiedung der genannten Gefässe nicht geregelt. Aufgrund ihrer strategischen Bedeutung ist indessen davon auszugehen, dass sie durch den Verwaltungsrat zu verabschieden sind.

4.2.3.5 Faktenblätter

Faktenblätter sind ein relativ neues Informationsgefäss, mit dem die FINMA Interessierten einen kurzen Überblick über ausgewählte Aspekte des Aufsichtsrechts zu geben versucht. Sie werden in den drei Amtssprachen und in Englisch veröffentlicht.

4.2.3.6 Berichte

FINMA-Berichte werden vorab im Bereich der Versicherungsaufsicht veröffentlicht. So hat die FINMA jährlich einen Bericht über die Tätigkeit der von ihr beaufsichtigten Versicherungsunternehmen zu erstellen. Die Publikation dieses Berichts wird durch Artikel 22 FINMAG in Verbindung mit Artikel 25 des Versicherungsaufsichtsgesetzes vom 17. Dezember 2004¹⁵¹ (VAG) vorgeschrieben. Er bezweckt in erster Linie eine Übersicht über die Bewegungen und Änderungen der beaufsichtigten Institute aufzuzeigen.¹⁵² Darüber hinaus hat die FINMA in der Vergangenheit verschiedene Berichte zu aktuellen Themen oder Untersuchungen veröffentlicht. Neu beabsichtigt die FINMA auch einen jährlichen Bericht zu ihren Enforcementtätigkeiten zu veröffentlichen. Mit der Publikation eines Berichts soll die Transparenz über die Aktivitäten des rechtsdurchsetzenden Teils der FINMA erhöht werden.

Berichte werden auf Deutsch und Französisch, selten auf Italienisch publiziert.

4.2.3.7 FINMA-Bulletins

In Bulletins veröffentlicht die FINMA in der Regel periodisch Grundsatzentscheide aus dem Bereich des Aufsichtsrechts. Die Entscheide werden grundsätzlich in ihrer Originalsprache veröffentlicht und nicht übersetzt.

4.2.3.8 Geschäftsbericht

Der Geschäftsbericht ist von Gesetzes wegen zu erstellen, vom Bundesrat zu genehmigen und anschliessend zu publizieren (Art. 9 Abs. 1 Bst. f und Art. 22 Abs. 1 FINMAG). Der Inhalt des Geschäftsberichts hat sich sinngemäss nach dem Obligationenrecht zu richten. Er enthält Angaben zur Praxis des abgelaufenen Geschäftsjahrs. Damit kommt ihm auch der Charakter eines Rechenschaftsberichts gegenüber dem Bundesrat und den eidgenössischen Räten zu. Weiter bilden statistische Angaben sowie die Jahresrechnung Bestandteile des Geschäftsberichts.¹⁵³ Er wird in den drei Amtssprachen auf der Webseite der FINMA publiziert.

¹⁵¹ SR 961.01

¹⁵² Rayroux/du Pasquier, N. 26 zu Art. 22 FINMAG.

¹⁵³ Botschaft FINMAG, BBl 2006 2829, S. 2863.

4.3 Beurteilung

4.3.1 Aufsichtspraxis¹⁵⁴

Die FINMA übt ihre Aufsichtstätigkeit selbständig und unabhängig aus. Weder der Bundesrat noch die eidgenössischen Räte verfügen gegenüber der FINMA über ein Weisungsrecht. Die Entscheide der FINMA können von den Betroffenen an das Bundesverwaltungsgericht und in zweiter Instanz an das Bundesgericht weitergezogen werden (Art. 54 FINMAG), womit eine umfassende richterliche Kontrolle gewährleistet ist (vgl. Ziffer 4.1).

Aufgrund der aus der Branche teilweise zu vernehmenden Kritik, dass die Bewilligungs- oder Genehmigungsverfahren der FINMA im Bereich des Kollektivanlagerechts zu lange dauern, hat die FINMA im diesem Bereich verschiedene Bearbeitungsfristen für Gesuche betreffend schweizerische kollektive Kapitalanlagen und Vermögensverwalter kollektiver Kapitalanlagen definiert. Die Bearbeitungsfristen und auch die Voraussetzungen, unter welchen diese zur Anwendung gelangen, wurden den Marktteilnehmern kommuniziert. Der Bundesrat begrüsst diese Entwicklung und empfiehlt der FINMA, Bewilligungs- und Genehmigungsgesuche generell beförderlich zu behandeln. Gesetzgeberischen Handlungsbedarf sieht er indessen nicht. Gesetzlich statuierte Ordnungsfristen wären sehr unflexibel und würden die Gefahr mit sich bringen, dass der Sachverhalt in komplexen Fällen nicht mehr angemessen geprüft wird oder anstelle einer Bereinigung mit den Beaufsichtigten eine formelle Abweisung erfolgen müsste. Ist ein Beaufsichtigter der Ansicht, eine Bewilligung oder Genehmigung erfolge nicht genügend rasch, so kann er dies mit einer Rechtsverweigerungs- oder Rechtsverzögerungsbeschwerde beim Bundesverwaltungsgericht und beim Bundesgericht geltend machen.¹⁵⁵

4.3.2 Kommunikationsinstrumente¹⁵⁶

Eine angemessene und frühzeitige Information über die Aufsichtstätigkeit der FINMA ist eine wichtige Voraussetzung für die Effizienz in der Aufsicht.¹⁵⁷ Die Beaufsichtigten sowie die Anlegerinnen und Anleger erhalten dadurch Rechtssicherheit. Zudem können die politischen Instanzen ihre gesetzlich vorgesehenen Steuerungs- und Einflussmöglichkeiten über die FINMA nur unter Kenntnis der relevanten Sachverhalte wahrnehmen.

Für die Information ihrer Beaufsichtigten, der Öffentlichkeit sowie der Politik verwendet die FINMA verschiedene Kommunikationsinstrumente (vgl. Ziffer 4.2.2). Die Verwendung dieser Instrumente dient der adressatengerechten Vermittlung von Informationen und ist daher grundsätzlich zu begrüßen (vgl. auch Art. 22 FINMAG): (Aufsichts-)Mitteilungen erlauben es der FINMA, zeitnah über wichtige Entwicklungen zu kommunizieren. Dies ermöglicht es den Betroffenen, angemessen und eigenverantwortlich auf diese Entwicklungen zu reagieren.¹⁵⁸ Auch FAQ und Wegleitungen erlauben eine transparente und vorhersehbare Aufsicht. Sie dienen den Beaufsichtigten und Interessierten als Hilfsmittel und tragen zur Effizienz der Aufsicht und zum ressourcenadäquaten Einsatz der Mittel bei.¹⁵⁹ Diskussions- und Positionspapiere ermöglichen der FINMA schliesslich eine transparente Stellungnahme zu Themen, die künftig für Aufsicht und Regulierung wichtig werden oder werden könnten und erlauben es den Betroffenen, sich frühzeitig in den Regulierungsprozess einzubringen.¹⁶⁰

¹⁵⁴ Vgl. Postulat Graber, Fragen 4 und 9.

¹⁵⁵ Vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, S. 356 RZ 1657 ff.

¹⁵⁶ Vgl. Postulat Graber, Frage 3 sowie Postulat de Buman.

¹⁵⁷ Rayroux/de Pasquier, N. 2 zu Art. 158.

¹⁵⁸ Expertengutachten Kilgus, S. 49, RZ 129, S. 50 RZ 131, S. 64 Z. 9; S. 105 RZ 296.

¹⁵⁹ Expertengutachten Kilgus, S. 64 f. Ziff. 10 f.

¹⁶⁰ Expertengutachten Kilgus, S. 53 RZ 142 und S. 55 RZ 147.

Beim Einsatz der einzelnen Instrumente können jedoch Abgrenzungsschwierigkeiten zu den Regulierungsgefässen der Aufsichtsbehörde auftreten. So können vorab Mitteilungen, FAQ, Diskussions- und Positionspapiere oder Wegleitungen theoretisch Inhalte aufweisen, die grundsätzlich auch in einem Rundschreiben oder einer Verordnung geregelt werden müssten. Werden diese Kommunikationsinstrumente durch die Aufsichtsbehörde als faktische Regulierungsgefässe verwendet, so entfällt zum einen der für die Schaffung von Regulierungsgefässen vorgesehene Einbezug der Öffentlichkeit. Zum anderen fällt die Kompetenz zum Erlass dieser Kommunikationsinstrumente in der Regel nicht an den Verwaltungsrat, sondern verbleibt beim einzelnen Geschäftsbereichsleiter oder der Geschäftsleitung. Gerade vor der Publikation einer (Aufsichts-)Mitteilung ist deshalb sorgfältig abzuwägen, ob der vorgesehene Inhalt eine reine Kommunikation darstellt oder ob er nicht in der Form eines Rundschreibens oder einer Verordnung reguliert werden sollte.

Im Ergebnis sieht der Bundesrat bezüglich der von der FINMA grundsätzlich eingesetzten Kommunikationsinstrumente keinen Handlungsbedarf. Werden die Instrumente bestimmungsgemäss nur zur Kommunikation eingesetzt, so erscheint ihre Ausgestaltung und Anwendung gerechtfertigt. Ein Vergleich mit UK und Singapur zeigt denn auch, dass die von der FINMA eingesetzten Kommunikationsinstrumente international üblich sind.¹⁶¹ Der Einsatz bestimmter Instrumente wird erst dann problematisch, wenn sie nicht bestimmungsgemäss und für die Betroffenen missverständlich eingesetzt werden.

4.3.3 FINMA-interne Vorschriften¹⁶²

Das Handbuch der FINMA zur Finanzmarktregulierung enthält nicht nur Vorgaben zu den verschiedenen Regulierungsgefässen, sondern auch zu den Kommunikationsinstrumenten der FINMA (vgl. Ziffern 3.2.3 und 4.2.2). Ebenso bestehen ergänzenden Ablaufschemen, welche den Prozess zur Erstellung dieser Instrumente festlegen. Der von der FINMA im Vergleich zum Erlass einer Verordnung oder eines Rundschreibens grundsätzlich vorgesehene vereinfachte Prozess ist zu begrüßen, da ansonsten der flexible Charakter der Kommunikationsinstrumente verloren ginge. Positiv zu beurteilen sind zudem auch die Vorschriften zur Publikation in den Amtssprachen. Es ist darauf zu achten, dass diese Vorschriften auch eingehalten werden.

Zu bemängeln ist indessen, dass die FINMA-internen Vorschriften lückenhaft sind. So fehlen insbesondere Vorschriften zum Zweck von Diskussionspapieren und Faktenblättern. Zudem sollten (Aufsichts-)Mitteilungen auch auf Italienisch übersetzt werden. Der Bundesrat empfiehlt der FINMA daher, ihre Vorschriften zu vervollständigen. Nur so kann eine einheitliche und konsistente Kommunikationstätigkeit der FINMA sichergestellt werden.

4.3.4 Einsatz der Kommunikationsinstrumente¹⁶³

Der FINMA wird verschiedentlich vorgeworfen, dass die Kommunikationsinstrumente nicht mit dem übergeordneten Recht übereinstimmen, unzulässigerweise privatrechtliche Aspekte betreffen, aufgrund der häufigen Anpassungen zu Rechtsunsicherheit führen und nicht in sämtlichen Amtssprachen publiziert werden. Ferner wird geltend gemacht, die FINMA habe Kommunikationsinstrumente bisweilen zu Regulierungszwecken eingesetzt. Diese Vorwürfe beziehen sich dabei vorab auf Mitteilungen.¹⁶⁴

¹⁶¹ Vgl. dazu die eingehenden rechtsvergleichenden Ausführungen im Expertengutachten Kilgus, S. 66 ff.

¹⁶² Vgl. Postulat Graber, Frage 3 sowie Postulat de Buman.

¹⁶³ Vgl. Postulat Graber, Frage 3 sowie Postulat de Buman.

¹⁶⁴ Vgl. Begründung des Postulat de Buman.

Ein Überblick über die in den letzten Jahren publizierten Kommunikationen lässt keine Hinweise auf ein systematisches oder grundlegendes Fehlverhalten beim Einsatz der Kommunikationsinstrumente zu. Insbesondere ist zu erwähnen, dass sich das Aufsichtsrecht indirekt auch auf die privatrechtliche Gestaltung der Verträge zwischen den Finanzdienstleistern und den Kunden sowie die privatrechtliche Organisation der Finanzintermediäre selbst auswirken kann. Besonders deutlich wird dies im Bereich des GwG und seinen Anforderungen an die Vertragsgestaltung. Daneben enthalten das BEHG und das KAG Bestimmungen, die als Doppelnormen zu qualifizieren und damit sowohl öffentlich-rechtlicher als auch privatrechtlicher Natur sind. Es ist daher nicht per se zu beanstanden, wenn beispielsweise im Zusammenhang mit der Anwendung einer Doppelnorm eine (Aufsichts-)Mitteilung der FINMA auch privatrechtliche Verhältnisse tangiert. Es gehört im Übrigen zur Konzeption von (Aufsichts-)Mitteilungen, dass sie kurzfristig und punktuell zu einzelnen Themen veröffentlicht werden. Ändern sich die Verhältnisse, so müssen sie ebenso punktuell ergänzt, abgeändert oder ersetzt werden können.¹⁶⁵ Indessen ist zu beanstanden, dass nicht alle bisherigen Mitteilungen in den drei Amtssprachen veröffentlicht wurden. So wurde beispielsweise keine der im Jahr 2014 publizierten Mitteilungen auf Italienisch übersetzt.

Wie bereits erörtert, erachtet der Bundesrat die Abgrenzung zwischen den Regulierungsgefässen und Kommunikationsinstrumenten der FINMA grundsätzlich als befriedigend. Als problematisch kann sich im konkreten Anwendungsfall aber der Umstand erweisen, dass in Kommunikationsinstrumenten auch Inhalte mit rechtssetzendem Charakter formuliert werden können. Dies ist in der Vergangenheit vereinzelt geschehen. So verlangte die FINMA mit der Mitteilung Nr. 12 «Einsatz Prüfgesellschaften» vom 23. Juli 2010 per sofort eine strikte Trennung zwischen der Prüfgesellschaft, die ein Institut während der Bewilligungsphase begleitet, und der Prüfgesellschaft, die nach Bewilligungserteilung als statutarische Prüfgesellschaft tätig ist. Damit wurde eine Praxisänderung eingeleitet, die richtigerweise zum damaligen Zeitpunkt wohl im Rundschreiben 13/4 «Prüfgesellschaften und leitende Prüfer» oder gar in einer Bundesratsverordnung hätte erfolgen sollen. Auch stellt sich die Frage, ob die in den FAQ «Oberleitung von Banken und Effektenhändler» vom 28. August 2012 erwähnten Anforderungen zur Errichtung eines Risikoausschusses nicht besser in einem Rundschreiben hätten formuliert werden sollen. Weiter ist fraglich, ob das FINMA-Positionspapier Rechtsrisiken vom 22. Oktober 2010 mit seinen Erwartungen der Aufsichtsbehörde an die Beaufsichtigten nicht ebenfalls als Rundschreiben hätte formuliert werden sollen. Ferner lässt auch die im Expertengutachten Kilgus gemachte Feststellung, dass einzelne Mitteilungen Charakteristiken einer Verwaltungsverordnung aufweisen,¹⁶⁶ darauf schliessen, dass die FINMA Mitteilungen in der Vergangenheit in Einzelfällen zu Regulierungszwecken eingesetzt hat.

Aufgrund der in Ziffer 4.3.2 aufgezeigten Problematik von (Aufsichts-)Mitteilungen, FAQ und Positionspapieren empfiehlt der Bundesrat der FINMA, diese Kommunikationsinstrumente zurückhaltend und ausschliesslich für den vorgesehenen Zweck einzusetzen.¹⁶⁷ Aufsichtsmitteilungen sind vorab dann zu verwenden, wenn sie einen beschränkten Adressatenkreis betreffen und die FINMA kurzfristig über wichtige Entwicklungen informieren will. In Fällen, in denen wiederholt Mitteilungen zu sachverwandten Themen ergingen, sollte eine Überführung in ein Rundschreiben geprüft werden. Sollen spezifische aufsichtsrechtliche Anforderungen konkretisiert werden, so spricht dies eher für den Erlass eines Rundschreibens als für den Einsatz eines Kommunikationsinstrumentes (bzw. nach der neuen Terminologie eines Instruments der Aufsichtskommunikation). Generell ist im Zweifelsfall eine Regulierung in Form einer FINMA-Verordnung oder eines Rundschreibens zu erlassen.

¹⁶⁵ Vgl. auch Expertengutachten Kilgus, S. 105 RZ 296.

¹⁶⁶ Expertengutachten Kilgus, S. 48 RZ 126.

¹⁶⁷ Vgl. auch den Schlussbericht der Expertengruppe zur Weiterentwicklung der Finanzplatzstrategie, S. 20.

Um künftig zu vermeiden, dass Aufsichtsmitteilungen Inhalte mit rechtsetzendem Charakter aufweisen, empfiehlt der Bundesrat der FINMA zudem eine periodische Überprüfung der publizierten Aufsichtsmitteilungen. Entfalten diese über einen längeren Zeitraum nach ihrer Publikation eine massgebliche Wirkung, so formulieren sie die Praxis der FINMA zum fraglichen Thema und sind deshalb ebenfalls in ein Rundschreiben zu überführen. Mit diesem Vorgehen würden die Beständigkeit und die Transparenz der Regulierungs- und Kommunikationstätigkeit der FINMA erhöht.¹⁶⁸ Nicht leicht verständlich ist auch die Unterscheidung der FINMA-Website zwischen «jüngst veröffentlichten FINMA-Mitteilungen» und «älteren FINMA-Mitteilungen».¹⁶⁹ Insbesondere geht aus der Darstellung nicht hervor, ob die älteren FINMA-Mitteilungen weniger Geltungskraft haben als jüngere Kommunikationen. Wünschenswert – und heute bisweilen fehlend – wäre zudem die Wahl von aussagekräftigen Titeln für die einzelnen Mitteilungen. Der Bundesrat begrüsst, dass die FINMA in ihren kürzlich publizierten Leitlinien zur Kommunikation die von ihr verwendeten Kommunikationsinstrumente grundsätzlich aufzeigt. Dadurch wird der in der Branche bestehende Unsicherheit in Bezug auf die unterschiedlichen, von den FINMA verwendeten Instrumente und deren Rechtswirkung entgegengewirkt. Es gilt nun, diese Leitlinien konsequent umzusetzen und entsprechende interne Prozesse zu definieren und einzuhalten. Zudem sind die Leitlinien periodisch und nach Möglichkeit unter Einbezug der Marktteilnehmerinnen und -teilnehmer zu überprüfen und gegebenenfalls anzupassen.¹⁷⁰

Abschliessend ist darauf hinzuweisen, dass die FINMA beim Einsatz von Kommunikationsinstrumenten an die rechtsstaatlichen Handlungsgrundsätze gebunden ist (vgl. Ziffer 4.2.3.1). Ist ein Betroffener der Ansicht, die FINMA habe diese Grundsätze beim Einsatz von Kommunikationsinstrumenten, vorab bei Mitteilungen, missachtet, so kann er sich dagegen gerichtlich zur Wehr setzen.

5 Schlussfolgerungen und Empfehlungen

5.1 Institutionelle Aspekte der FINMA

Rechtsform, Führungsstruktur und Organisation

Eine starke und effiziente Finanzmarktaufsicht bedarf der funktionellen, institutionellen und ressourcenmässigen Unabhängigkeit von der zentralen Bundesverwaltung. Diese Voraussetzungen werden mit der Rechtsform einer selbständigen öffentlich-rechtlichen Anstalt optimal erfüllt. Die heutige Führungsstruktur der FINMA sorgt zudem für ein Zusammenwirken von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung im Sinne von «checks and balances», wodurch eine ausgewogene Entscheidungsfindung sichergestellt wird. Rechtsform und Führungsstruktur der FINMA gewährleisten somit eine effiziente und effektive Finanzmarktaufsicht. Dies trifft auch auf die Organisation der FINMA zu. Besonders hervorzuheben ist dabei, dass die FINMA geschäftsbereichsübergreifende Synergien nutzt. Dementsprechend sieht der Bundesrat in diesem Bereich keinen Handlungsbedarf.

¹⁶⁸ Vgl. Expertengutachten Kilgus, S. 50 RZ 131.

¹⁶⁹ www.finma.ch/d/finma/publikationen/finmamitteilungen/seiten/default.aspx

¹⁷⁰ Vgl. auch den Schlussbericht der Expertengruppe zur Weiterentwicklung der Finanzplatzstrategie, S. 20.

Aufgaben

Die Tätigkeit der FINMA dient dem Kundenschutz (Individualschutz) und dem Schutz der Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte (Funktionsschutz). Die Stärkung des Ansehens und der Wettbewerbsfähigkeit des Finanzplatzes Schweiz ist hingegen kein eigenständiges Ziel der FINMA, sondern eine Reflexwirkung des Individual- und Funktionsschutzes. An dieser Regelung ist nach Ansicht des Bundesrates festzuhalten. Würde die Stärkung des Ansehens und der Wettbewerbsfähigkeit des Finanzplatzes Schweiz – wie von der parlamentarischen Initiative Lüscher verlangt – zu einer eigenständigen Aufgabe der FINMA erhoben, hätte dies zur Folge, dass die FINMA unweigerlich in einen Zielkonflikt mit ihren vorrangigen aufsichtsrechtlichen Zielen des Individual- und Funktionsschutzes geraten würde. Die FINMA würde zudem als Finanzmarktaufsichtsbehörde international an Glaubwürdigkeit und Akzeptanz verlieren und könnte so die Interessen des Schweizer Finanzplatzes nicht mehr in gleichem Masse wahrnehmen.

Aufsichtsinstrumente und Aufsichtskonzept

Die FINMA hat im Nachgang zur Finanzmarktkrise die eigene Überwachungstätigkeit vorab in der Bankenaufsicht ausgebaut, ihre Analysetätigkeit verstärkt und sie nimmt vermehrt Vor-Ort-Prüfungen vor. Der Bundesrat empfiehlt der FINMA in Übereinstimmung mit dem IWF auf diesem Weg konsequent weiterzugehen und vermehrt die Überwachungstätigkeit selbst auszuüben. Die intensive Auseinandersetzung mit den Beaufsichtigten, ihrem Geschäftsmodell, ihren Risiken sowie ihrem Risikomanagement schärft die Wahrnehmungsfähigkeit der FINMA in der Früherkennung. Die Prüfhandlungen der FINMA sind komplementär zu jenen der Prüfgesellschaften. Die Kosten, die den Geprüften aus der Tätigkeit der Prüfgesellschaften und den Prüfhandlungen der FINMA erwachsen, sollen jene der Aufsichtsprozesse in anderen Staaten nicht übersteigen. Darüber hinaus sieht der Bundesrat im Bereich des Prüfwesens aufgrund der bereits erfolgten Revisionen keinen Handlungsbedarf.

Empfehlung 1

Der Bundesrat empfiehlt der FINMA, ihre eigene Überwachungstätigkeit weiter auszubauen, namentlich indem sie ihre Analysetätigkeit verstärkt und vermehrt Vor-Ort-Prüfungen vornimmt.

Nach Ansicht des Bundesrats ist ferner an der heutigen Regelung zur Tragung der Kosten von Untersuchungsbeauftragten festzuhalten. Die mit der Motion WAK-N vorgeschlagene Regelung, wonach die Kosten der Untersuchung von Untersuchungsbeauftragten den betroffenen Beaufsichtigten nur dann aufzuerlegen sind, wenn sich der begründete Anfangsverdacht im Rahmen der Untersuchungen bestätigt, widerspricht dem Verursacherprinzip. Die Interessen der betroffenen Beaufsichtigten werden mit der heutigen Rechtslage hinreichend geschützt.

Weiter kommt der Bundesrat zum Schluss, dass darauf zu verzichten ist, der FINMA die Möglichkeit einzuräumen, Bussen auszusprechen. Die FINMA müsste diesfalls die strafprozessualen Garantien wie die Unschuldsvermutung und die Freiheit vom Zwang zur Selbstbelastung beachten. Dies würde ein grundsätzliches Überdenken der Organisation und der Verfahren der FINMA sowie der Kompetenzausscheidung mit den Strafverfolgungsbehörden bedingen. Diese strukturelle Neuorganisation wäre nicht nur mit hohen Umsetzungskosten verbunden, sondern auch aus prozessökonomischer Sicht unverhältnismässig. Die bestehenden Aufsichtsinstrumente der FINMA, insbesondere die Gewinneinziehung, im Zusam-

menspiel mit den Sanktionsmöglichkeiten der Strafverfolgungsbehörden gewährleisten die Durchsetzung des Aufsichtsrechts. Ergänzend ist zu erwähnen, dass verschiedene ausländische Rechtsordnungen zwar die Möglichkeit vorsehen, die Verletzung von Finanzmarktgesetzen mit monetären Sanktionen zu ahnden, sie tragen aber in diesen Fällen auch den strafprozessualen Garantien Rechnung.

Schliesslich begrüsst der Bundesrat weiterhin den weiteren Ausbau des risikobasierten Aufsichtskonzepts der FINMA. Er empfiehlt der FINMA jedoch in Übereinstimmung mit dem IWF sicherzustellen, dass sämtliche Beaufsichtigte mit vergleichbaren Risiken auf eine gleichwertige Art und Weise beaufsichtigt werden. Dies betrifft etwa die Aufsicht über Effekthändler und Asset Manager.

Empfehlung 2

Der Bundesrat empfiehlt der FINMA sicherzustellen, dass sämtliche Beaufsichtigte mit vergleichbaren Tätigkeiten und Risiken auf eine gleichwertige Art und Weise beaufsichtigt werden

Personelle Ressourcen

Die FINMA verfügt grundsätzlich über hoch qualifiziertes Personal. Der IWF verlangt jedoch im Bereich der Bankenaufsicht eine weitere Erhöhung der personellen Ressourcen in quantitativer und qualitativer Hinsicht. Schliesslich beurteilt der IWF die relativ hohe Fluktuationsrate in gewissen Geschäftsbereichen kritisch. Er empfiehlt der FINMA, die Kosten und den Nutzen der hohen Fluktuation kritisch zu würdigen und geeignete Massnahmen dagegen zu ergreifen.

Angemessene personelle Ressourcen in den einzelnen Aufsichtsbereichen in quantitativer und qualitativer Hinsicht sind entscheidend für die Qualität der Aufsicht. Der Bundesrat unterstützt die Empfehlungen des IWF insofern, als die Ressourcenverteilung entsprechend der Bedeutung der einzelnen Aufsichtsbereiche zu erfolgen hat. Er gibt zudem zu bedenken, dass auf eine gute Durchmischung zu achten ist: Neben jüngeren Spezialisten am Anfang ihrer Laufbahn benötigt die Aufsichtsbehörde unbedingt auch erfahrene Mitarbeitende, die über ausgewiesene Praxiserfahrung verfügen, ebenso wie langjährige Aufsichtsspezialisten.

Empfehlung 3

Der Bundesrat empfiehlt der FINMA, ihre personellen Ressourcen entsprechend der Bedeutung der einzelnen Aufsichtsbereiche einzusetzen.

Empfehlung 4

Der Bundesrat empfiehlt der FINMA, die Kosten und den Nutzen der hohen Fluktuation kritisch zu würdigen und geeignete Massnahmen gegen diese zu ergreifen, insbesondere ist auf eine gute Durchmischung zwischen jüngeren Spezialisten und erfahrenen Mitarbeitenden zu achten.

Finanzielle Ressourcen

Die Kosten der Finanzmarktaufsicht werden vollständig durch die Beaufsichtigten finanziert. Diese Regelung ist Ausfluss der finanziellen Unabhängigkeit der FINMA und beizubehalten. Eine teilweise Finanzierung der FINMA durch Steuergelder – wie sie die Motion Engelberger verlangt – würde es der FINMA weitgehend verunmöglichen, kurzfristig und autonom auf Veränderungen zu reagieren und damit ihre Aufgaben effektiv und effizient wahrzunehmen. Sie würde zudem internationalen Standards zuwiderlaufen.

Kompetenzabgrenzung

Nebst der FINMA nehmen vorab die SNB und das EFD Aufgaben im Bereich des Finanzmarktes wahr. Die Ziele und Aufgaben der genannten Behörden sind gesetzlich klar umschrieben. Dementsprechend sieht der Bundesrat in diesem Bereich keinen Handlungsbedarf.

5.2 Regulierungstätigkeit der FINMA*Regulierungskompetenzen*

Die Regulierungskompetenzen der FINMA sind von Gesetzes wegen auf Verordnungen und Rundschreiben beschränkt. Eigene Verordnungen kann die FINMA nur erlassen, wenn sie dafür eine ausdrückliche Grundlage in der Finanzmarktgesetzgebung hat. Die Kompetenz der FINMA zum Erlass von Verordnungen ist insofern sinnvoll, als sie gewährleistet, dass technische Vorschriften von einer Fachbehörde mit dem notwendigen Know-how erlassen werden. Zudem erlauben es FINMA-Verordnungen im dynamischen Umfeld der Finanzmärkte rasch auf die fortlaufenden Änderungen der Rahmenbedingungen zu reagieren.

In Rundschreiben kodifiziert die FINMA ihre Aufsichtspraxis. Sie sind ein in der Schweiz weit verbreitetes Mittel zur Sicherstellung einer einheitlichen und transparenten Praxis für alle Betroffenen. Der Erlass von selbstbindenden Rundschreiben erlaubt die Etablierung einer rechtsgleichen und vorhersehbaren und damit verlässlichen Praxis. Dem Umstand, dass Rundschreiben zwar keine rechtssetzende Wirkung zukommt, hinter jedem Rundschreiben aber die Möglichkeit einer Verfügung und ihrer zwangsweisen Durchsetzung steht, wird dadurch Rechnung getragen, dass die im FINMAG vorgegebenen Regulierungsgrundsätze nicht nur für Verordnungen, sondern auch für Rundschreiben gelten und der FINMA-interne Regulierungsprozess zum Erlass eines Rundschreibens demjenigen für FINMA-Verordnungen entspricht. So wird insbesondere zu jedem neuen Rundschreiben oder zu jeder geplanten Änderung eine Anhörung durchgeführt.

In inhaltlicher Sicht ist die FINMA bei ihrer Regulierungstätigkeit an die verfassungsmässigen Vorgaben und die in Artikel 7 FINMAG verankerten Regulierungsgrundsätze gebunden. Ist ein Beaufsichtigter der Ansicht, eine FINMA-Verordnung oder ein FINMA-Rundschreiben bewege sich ausserhalb des rechtlichen Rahmens, kann er gerichtlich vorgehen. Der Rechtsschutz ist damit gewährleistet.

Im Ergebnis erachtet der Bundesrat die Regulierungskompetenzen der FINMA als sachgerecht. Die bestehenden Vorschriften gewährleisten, dass der FINMA ein ausreichender, aber auch nicht zu weit gehender Handlungsspielraum bei ihrer Regulierung zur Verfügung steht. Es besteht demgemäss in diesem Bereich kein Handlungsbedarf.

FINMA-interne Vorschriften

Die FINMA hat die beiden Regulierungsgefässe (Verordnungen und Rundschreiben), deren Zweck und die internen Abläufe zu ihrem Erlass in ihrem Handbuch zur Finanzmarktregulierung sowie den ergänzenden Ablaufschemen zum Regulierungsprozess festgelegt. Diese Dokumente sind übersichtlich, klar und dazu geeignet, eine einheitliche und konsistente Regulierungstätigkeit der FINMA sicherzustellen. Der Bundesrat sieht daher in diesem Bereich ebenfalls keinen Handlungsbedarf.

Beachtung der Regulierungsgrundsätze

Nach Ansicht des Bundesrates ist der Vorwurf, die FINMA sei einem «Regulierungseifer» verfallen und reguliere insofern nicht verhältnismässig, unbegründet. Zwar konnte für die Jahre 2012 und 2013 eine überdurchschnittliche Regulierungstätigkeit im Bereich der Rundschreiben festgestellt werden. Diese ist aber darauf zurückzuführen, dass infolge der Erkenntnisse aus der Finanzmarktkrise mehrere Gesetzes- und Verordnungsänderungen notwendig wurden, welche eine Anpassung der entsprechenden Rundschreiben nach sich zogen.

Weiter hat die Analyse der Regulierungstätigkeit der FINMA ergeben, dass die FINMA im Rahmen ihrer Regulierung den unterschiedlichen Geschäftstätigkeiten und Risiken der Beaufsichtigten Rechnung trägt. Was die zuweilen aus der Branche zu vernehmende Kritik betrifft, die Eigenmittel- und Liquiditätsvorschriften für Banken seien zu wenig differenziert, ist darauf hinzuweisen, dass es die ERV und die LiqV sind, die in diesem Bereich den Rahmen für die Regulierung der FINMA setzen. Die FINMA hat nicht die Kompetenz, über die dort festgelegte Regulierung hinauszugehen.

Ferner ist festzuhalten, dass die FINMA gemäss Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe b FINMAG zu berücksichtigen hat, wie sich ihre Regulierung auf den Wettbewerb, die Innovationsfähigkeit und die internationale Wettbewerbsfähigkeit des Finanzplatzes Schweiz auswirkt. Dies bedeutet indessen nicht, dass die FINMA eine gezielte Wirtschaftsförderung zur Aufgabe hat. Sie hat vielmehr dafür zu sorgen, dass die Regulierung der FINMA den Wettbewerb nach innen (zwischen den Finanzintermediären) und nach aussen (mit den anderen Finanzplätzen) nicht beeinträchtigen soll. Dies kann sie jedoch wiederum nur im von den Bundesgesetzen und Bundesratsverordnungen vorgegebenen Rahmen tun. Es ist damit in erster Linie Sache des Parlaments und des Bundesrates die Auswirkungen der Regulierung auf den Wettbewerb und die Innovationsfähigkeit des Finanzplatzes zu beachten. Die Analyse hat keine Hinweise darauf ergeben, dass die FINMA die Auswirkungen ihrer Regulierung auf den Wettbewerb, die Innovationsfähigkeit und die internationale Wettbewerbsfähigkeit des Finanzplatzes Schweiz zu wenig beachtet.

Abschliessend konnte festgestellt werden, dass der Regulierungsprozess der FINMA transparent geregelt ist und sich die Betroffenen im Rahmen der Anhörung und oft schon vorher angemessen beteiligen können. Ob die im Rahmen der Anhörung eingebrachten Anliegen materiell berücksichtigt werden, hängt von deren Inhalt und Qualität sowie vom Spielraum ab, den die FINMA überhaupt hat. Der Bundesrat empfiehlt der FINMA indessen, im Rahmen ihrer Regulierungsprojekte, die generelle Empfehlung der Expertengruppe «Weiterentwicklung der Finanzplatzstrategie» umzusetzen, den institutionalisierten Dialog mit den Marktteilnehmern und der Wissenschaft zu fördern. Er begrüsst in diesem Sinne die von der FINMA signalisierte Absicht, in Zusammenarbeit mit der Privatwirtschaft themenspezifische Expertenpanels aus Entscheidungsträgern der Privatwirtschaft und Aufsichtsbehörden ins Leben zu rufen, um besser über ihre Regulierungstätigkeit und Aufsichtspraxis zu informieren.

Empfehlung 5

Der Bundesrat empfiehlt der FINMA, im Rahmen ihrer Regulierungsprojekte im Sinne der Expertengruppe «Weiterentwicklung der Finanzplatzstrategie» den institutionalisierten Dialog mit den Marktteilnehmern und der Wissenschaft weiter zu fördern.

Einsatz der Regulierungsgefässe

In der Branche besteht zuweilen die Besorgnis, dass Verordnungen und Rundschreiben der FINMA durch das übergeordnete Gesetzes- oder Verordnungsrecht nicht gedeckt sind. Diese Gefahr besteht dabei hauptsächlich in Bezug auf Rundschreiben, da diese anders als Verordnungen keine explizite Delegationsnorm im übergeordneten Recht voraussetzen, sondern unbestimmte Rechtsbegriffe im Finanzmarktrecht auslegen. In der Vergangenheit wurde diese Besorgnis nur vereinzelt bestätigt und die kritisierten Regelungen der FINMA wurden in der Folge – da materiell gerechtfertigt – auf Gesetzesstufe verankert. Dennoch empfiehlt der Bundesrat der FINMA, mit geeigneten Massnahmen sicherzustellen, dass Verordnungen und Rundschreiben eine genügende rechtliche Grundlage im übergeordneten Gesetzes- oder Verordnungsrecht haben.

Empfehlung 6

Der Bundesrat empfiehlt der FINMA, mit geeigneten Massnahmen sicherzustellen, dass Verordnungen und Rundschreiben eine genügende rechtliche Grundlage im übergeordneten Gesetzes- oder Verordnungsrecht haben.

5.3 Aufsichtstätigkeit der FINMA*Kommunikationsinstrumente*

Eine angemessene und frühzeitige Information über die Aufsichtstätigkeit der FINMA ist eine wichtige Voraussetzung für die Effizienz in der Aufsicht. Die Beaufsichtigten sowie die Anlegerinnen und Anleger erhalten dadurch Rechtssicherheit. Zudem können die politischen Instanzen ihre gesetzlich vorgesehenen Steuerungs- und Einflussmöglichkeiten über die FINMA nur unter Kenntnis der relevanten Sachverhalte wahrnehmen.

Für die Information ihrer Beaufsichtigten, der Öffentlichkeit und der Politik verwendet die FINMA verschiedene Kommunikationsinstrumente. Sie unterteilt diese bisher in «Kommunikationsinstrumente gegenüber den Beaufsichtigten» (Mitteilungen, FAQ sowie Wegleitungen und Formulare) und in «Kommunikationsinstrumente gegenüber der Öffentlichkeit und der Politik» (FINMA-Geschäftsbericht, Bulletins, Berichte, Diskussions- und Positionspapiere sowie Faktenblätter).

Ende Oktober 2014 veröffentlichte die FINMA Leitlinien zur Kommunikation. Diese stellen die Grundsätze der FINMA-Kommunikation dar und geben einen Überblick über die verschiedenen Kommunikationsgefässe. Die Gefässe in den Bereichen der Kommunikation gegenüber der Öffentlichkeit (neu öffentliche Kommunikation genannt) und der Kommunikation gegenüber den Beaufsichtigten (neu Aufsichtskommunikation genannt) entsprechen dabei grundsätzlich den bisher verwendeten und im internen Handbuch der FINMA umschriebenen Ge-

fassen. Die Mitteilung wird neu durch das Gefäss der «Aufsichtsmitteilung» ersetzt und das Instrument des Positionspapiers wurde abgeschafft.

Die Verwendung der umschriebenen Kommunikationsinstrumente dient der adressatengerechten Vermittlung von Informationen und ist daher grundsätzlich zu begrüßen. Beim Einsatz der einzelnen Instrumente können jedoch Abgrenzungsschwierigkeiten zu den Regulierungsgefässen der Aufsichtsbehörde auftreten. Insbesondere (Aufsichts-)Mitteilungen, FAQ oder Wegleitungen können Inhalte aufweisen, die in einem Rundschreiben oder eine Verordnung gehören. Gerade vor der Publikation einer (Aufsichts-)Mitteilung ist deshalb sorgfältig abzuwägen, ob der vorgesehene Inhalt eine reine Kommunikation darstellt oder ob er nicht in der Form eines Rundschreibens oder einer Verordnung reguliert werden sollte.

Im Ergebnis sieht der Bundesrat bezüglich der von der FINMA grundsätzlich eingesetzten Kommunikationsinstrumente keinen Handlungsbedarf. Werden die Instrumente bestimmungsgemäss eingesetzt, so erscheint ihre Ausgestaltung und Anwendung gerechtfertigt. Der Einsatz bestimmter Instrumente wird erst dann problematisch, wenn sie nicht bestimmungsgemäss und für die Betroffenen missverständlich eingesetzt werden.

FINMA-interne Vorschriften

Das Handbuch der FINMA zur Finanzmarktregulierung enthält nicht nur Vorgaben zu den verschiedenen Regulierungsgefässen, sondern auch zu den Kommunikationsinstrumenten der FINMA. Ebenso bestehen ergänzende Ablaufschemen, welche den Prozess zur Erstellung dieser Instrumente festlegen. Diese Vorgaben sind indessen lückenhaft. So fehlen beispielsweise Vorschriften zum Einsatz von Faktenblättern. Zudem sollten (Aufsichts-)Mitteilungen auch auf Italienisch übersetzt werden. Der Bundesrat empfiehlt der FINMA daher, ihre Vorschriften zu vervollständigen. Nur so kann eine einheitliche und konsistente Kommunikationstätigkeit der FINMA sichergestellt werden.

Empfehlung 7

Der Bundesrat empfiehlt der FINMA, die Kommunikationsinstrumente in ihren internen Vorschriften vollständig zu erfassen und voneinander abzugrenzen.

Einsatz der Kommunikationsinstrumente

Ein Überblick über die in den letzten Jahren publizierten Kommunikationen ergibt keine Hinweise auf ein systematisches oder grundlegendes Fehlverhalten bei der Wahl der Kommunikationsinstrumente. Es hat sich jedoch gezeigt, dass Kommunikationsinstrumente vereinzelt falsch, nämlich als faktische Regulierungsgefässe, verwendet wurden. Dies betrifft vorab Mitteilungen, aber auch Positionspapiere und häufig gestellte Fragen (FAQ).

Der Bundesrat empfiehlt der FINMA deshalb, regulierungsnahe Kommunikationsinstrumente zurückhaltend und ausschliesslich für den vorgesehenen Zweck einzusetzen. Aufsichtsmitteilungen sind vorab dann zu verwenden, wenn sie einen beschränkten Adressatenkreis betreffen und die FINMA kurzfristig über wichtige Entwicklungen informieren will. In Fällen, in denen wiederholt (Aufsichts-)Mitteilungen zu sachverwandten Themen ergingen, sollte eine Überführung in ein Rundschreiben geprüft werden. Generell ist im Zweifelsfall eine Regulierung in Form einer FINMA-Verordnung oder eines Rundschreibens zu erlassen. Um die falsche Verwendung von Aufsichtsmitteilungen zu vermeiden, empfiehlt der Bundesrat der FINMA zudem eine periodische Überprüfung der publizierten Mitteilungen. Entfallen diese

über einen längeren Zeitraum nach ihrer Publikation eine massgebliche Wirkung, so formulieren sie die Praxis der FINMA zum fraglichen Thema und sind deshalb in ein Rundschreiben zu überführen.

Der Bundesrat begrüsst, dass die FINMA in ihren kürzlich publizierten Leitlinien zur Kommunikation die von ihr verwendeten Kommunikationsinstrumente aufzeigt. Dadurch wird der in der Branche bestehenden Unsicherheit in Bezug auf die unterschiedlichen von den FINMA verwendeten Instrumente und deren Rechtswirkung entgegengewirkt. Es gilt nun, diese Leitlinien konsequent umzusetzen und hierzu interne Prozesse zu definieren und einzuhalten. Zudem sind die Leitlinien periodisch und nach Möglichkeit unter Einbezug der Marktteilnehmerinnen und -teilnehmer zu überprüfen und gegebenenfalls anzupassen.

Empfehlung 8

Der Bundesrat empfiehlt der FINMA, die Kommunikationsinstrumente zurückhaltend und ausschliesslich für den vorgesehenen Zweck einzusetzen. Im Zweifelsfall ist eine Regulierung in Form einer FINMA-Verordnung oder eines Rundschreibens zu erlassen. Ergehen wiederholt (Aufsichts-)Mitteilungen zu sachverwandten Themen oder entfaltet eine (Aufsichts-)Mitteilung über einen längeren Zeitraum nach ihrer Publikation massgebliche Wirkung, ist zudem eine Überführung in ein Rundschreiben zu prüfen. Weiter hat die FINMA periodisch zu überprüfen, ob bestimmte Mitteilungen nicht in ein Rundschreiben überführt werden sollen.

Empfehlung 9

Der Bundesrat empfiehlt der FINMA, die neuen Leitlinien zur Kommunikation konsequent umzusetzen und hierzu interne Prozesse zu definieren und einzuhalten. Zudem sind die Leitlinien periodisch und nach Möglichkeit unter Einbezug der Marktteilnehmerinnen und -teilnehmer zu überprüfen und gegebenenfalls anzupassen.