

Prof. Dr. Monika Roth
Binningen

Der FINMA-Verwaltungsrat und die Strategie – und sagte kein einziges Wort?

Nicht im Handel



Sonderdruck aus
«Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins»
Band 149 · 2013 · Heft 12

Stämpfli Verlag AG Bern

● Forum

Der FINMA-Verwaltungsrat und die Strategie – und sagte kein einziges Wort?¹

Von Prof. Dr. iur. MONIKA ROTH, Binningen²

«That urgency is not synonymous with importance»³

1. Einleitende Bemerkungen

Dass die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA) immer wieder in der Kritik steht, das gehört sozusagen zum System. Dies bildet nicht Thema dieses Beitrages. Vielmehr soll hinterfragt werden, ob der Verwaltungsrat der FINMA überhaupt die Bedeutung und das Gewicht hat, welche allenfalls notwendig wären, um seine Aufgabe zu erfüllen, und ob er den ihm gegebenen Rahmen konsequent ausfüllt. Damit ist angesprochen die unübertragbare Oberleitung, wozu die Festlegung der Strategie (Zielfestsetzung) gehört.⁴ Sowohl der Begriff der Strategie der Unternehmung als auch das Stichwort der Sorge für das finanzielle Gleichgewicht sind «beide für das Verständnis des wahren Inhalts von «Oberleitung» und die dann konkret zu treffenden Entscheide von grosser Bedeutung».⁵

Mit Blick auf die Entwicklungen und die Verlautbarungen der Aufsichtsbehörde seit 2009 zu strategischen Fragen wird untersucht, welches Bild sich diesbezüglich bei ihr ergibt und welche Schlussfolgerungen zu ziehen sind.

Fragen über Fragen – die letztlich in derjenigen nach der zweckmässigen, unabhängigen und angemessenen Ausgestaltung einer so wichtigen Organisation münden. Es geht nachstehend also nicht um Personen und ihre allfällige Eignung für den FINMA-Verwaltungsrat. Es wird dargestellt, ob

1 Fertiggestellt am 16. Oktober 2013.

2 Professorin an der Hochschule Luzern – Wirtschaft, Studienleiterin des DAS Compliance Management am IFZ Zug; Kanzlei roth schwarz roth in Binningen/BL und integrity gmbh Bern; VR von Ethos Services AG, Genf.

3 JOHN LE CARRÉ, *A delicate Truth*.

4 Vgl. ROLF WATTER, Basler-Kommentar OR II, N 4 zu Art. 716 a.

5 PETER BÖCKLI, Corporate Governance und «Swiss Code of Best Practice», in: Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht, Festschrift für Peter Forstmoser zum 60. Geburtstag, Zürich 2003, S. 266.

eine griffige Strategie spürbar ist, die der Erreichung der Ziele der FINMA gemäss Gesetz dient.

Die Strategie der FINMA ist Kommunikation darüber, wie sie ihre Gestaltungsfreiheit und Verantwortung wahrzunehmen gedenkt. Ihre Tätigkeit ist durch das Gesetz grundsätzlich beschrieben. Die FINMA hat Macht über fremdes Verhalten – und diese «ist dann gegeben, wenn das Verhalten bei Wegfallen dieser seiner Ursache anders abliefe».⁶ Diese Macht aufgrund rechtlicher Kompetenzen kann auch als Autorität bezeichnet werden.⁷

2. Die Corporate Governance der FINMA

2.1 Integrierte Finanzmarktaufsicht (FINMA) – warum?

Mit Schaffung der FINMA war das Ziel verbunden, die institutionelle Struktur der Aufsicht zu verbessern, um rascher, effizienter und koordiniert auf die sich fortwährend ändernden und von grosser Komplexität geprägten Aufgaben der Aufsicht reagieren zu können. Eine starke Aufsicht prägt die Reputation eines Finanzplatzes.⁸

Die FINMA ist indessen keine «Finanzplatz-Förderungsagentur»⁹. Art. 5 FINMAG definiert die Ziele der FINMA folgendermassen: «Die Finanzmarktaufsicht bezweckt nach Massgabe der Finanzmarktgesetze den Schutz der Gläubigerinnen und Gläubiger, der Anlegerinnen und Anleger, der Versicherten sowie den Schutz der Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte. Sie trägt damit zur Stärkung des Ansehens und der Wettbewerbsfähigkeit des Finanzplatzes Schweiz bei.» Das heisst, die FINMA gehört zwar zum «gesetzlichen und regulatorischen Unterbau des Finanzplatzes Schweiz», der so gestaltet sein muss, «dass eine Wahrung der eigenen Interessen möglich wird».¹⁰ Ihre Rolle ist aber diejenige der Aufsicht und eine entsprechende

6 NIKLAS LUHMANN, *Macht im System*, Berlin 2012, S. 16, und vgl. dort auch S. 17.

7 Siehe dazu LUHMANN (Fn. 6), S. 64 f.

8 Vgl. MONIKA ROTH/MARIO ERNI, *Regulation und Reputation. Der Finanzplatz Schweiz und die Compliance seiner Unternehmen*, Zürich/St. Gallen 2008, insbes. Rz. 72 ff., sowie z.B. NINA ARQUINT, Referat an Generalversammlung SVV vom 20.6.2013 mit dem Titel «Branche und Aufsicht: gemeinsame Herausforderungen – unterschiedliche Rollen»: «Damit wir auf internationaler Ebene Einfluss haben und uns für die Interessen der Schweiz einsetzen können, müssen wir als Institution national und international für unsere Unabhängigkeit und Glaubwürdigkeit anerkannt sein.»

9 So DANIEL ZUBERBÜHLER, «Steuerhinterziehung von der Schweiz gedeckt», Interview in: *Schweizer Bank* März 2013, S. 36.

10 NZZ vom 9.4.1988 (Integrität und Integration der Finanzmärkte).

Qualität der Arbeit soll Wirkungen im Sinne der Reputation und der Wettbewerbsfähigkeit des Finanzplatzes zeigen.

«Wettbewerbsgleichheit, Standortattraktivität und Ansehen des Finanzplatzes sind Nebenziele, die durch den Hauptzweck gefördert werden, aber im Konfliktfall zurücktreten.»¹¹ Mit anderen Worten: Es gibt zwei Hauptziele, nämlich *erstens* den Schutz der Gläubiger, Anleger und Versicherten sowie *zweitens* den Funktionsschutz; letzterer umfasst die Stabilität des Finanzsystems, das Funktionieren der Märkte, das Vertrauen in das Finanzsystem und den Schutz des Finanzsystems vor Missbrauch durch Verbrecher.¹² Die Meinung, dass die Aufsicht durch das Umsetzen dieser Ziele als Nebenziel das Ansehen und die Wettbewerbsfähigkeit des Finanzplatzes stärken solle, ist in der öffentlichen und politischen Debatte umstritten.¹³ So lautet die Kritik denn auch teilweise dergestalt, dass man sich von der Aufsicht ein «wettbewerbsfreundliches aufsichtsrechtliches Umfeld» wünsche.¹⁴ In einem Interview äusserte sich beispielsweise der Präsident der Schweizerischen Bankiervereinigung auf die Frage, «Kümmert sich die Finma nicht um die Wettbewerbsfähigkeit?», so: «Die Finma hat selber gesagt, dass es nicht in ihre Verantwortung gehört, diese zu fördern. Wir sind klar anderer Meinung.»¹⁵ Im gleichen Gespräch fordert Patrick Odier sinngemäss einen Dialog mit der FINMA darüber, was die Bankiervereinigung unter Förderung der Wettbewerbsfähigkeit versteht.

In Art. 7 Abs. 2 lit. b FINMAG heisst es, dass die FINMA bei ihrer Regulierung jeweilen zu berücksichtigen habe, «wie sich die Regulierung auf den Wettbewerb, die Innovationsfähigkeit und die internationale Wettbewerbsfähigkeit des Finanzplatzes Schweiz auswirkt.» Die Botschaft zum FINMAG erwähnt Zielkonflikte.¹⁶ Diese werden auch auf internationaler Ebene thematisiert und kritisiert, so etwa durch das Financial Stability

11 ZUBERBÜHLER (Fn. 9), S. 36.

12 Vgl. BBl 2006 2859.

13 Vgl. URS ZULAUF/MIRIAM EGGEN, Finanzmarktrecht – in a nutshell, Zürich/St. Gallen 2013, S. 115 ff.

14 MICHAEL FERBER, Lückenbüsser Asset Management, NZZ Equity 9/2013, S. 34.

15 Tages-Anzeiger vom 23. 9. 2013, S. 39 (Die Bankiers lieben ihre Aufseher nicht).

16 Vgl. BBl 2006 2861. Diese Zielkonflikte finden sich auch im Bericht des Bundesrates zur Finanzmarktpolitik des Bundes vom 19. 12. 2012, so zum Beispiel auf Seite 18, wo es heisst, dass die Finanzmarktregulierung attraktive Rahmenbedingungen für den Finanzplatz sichern solle. «Darüber hinaus sollte nur dann reguliert werden, wenn der Mehrwert daraus grösser ist als der Verlust an Attraktivität.» Es sprengt den Rahmen dieses Essays, die an gleicher Stelle aufgezählten Regulierungsgrundsätze zu kommentieren. Es fällt indessen auch hier auf, dass eine starke, unabhängige und konsequente Aufsicht nicht als Standortvorteil genannt wird. Von ihr ist gar keine Rede.

Board.¹⁷ Es wird gefordert: «Going forward, the Swiss authorities should continue to ensure that their financial regulations and supervisory standards are not compromised on the grounds of promoting competitiveness. In addition, FINMA should articulate clearly in other forms of communications that, in instances where prudential objectives and the competitiveness of the Swiss financial centre are in direct conflict, the primacy of prudential objectives will prevail.»¹⁸ Es ist unbefriedigend, dass Art. 7 FINMAG die Autonomie der Behörde beschränkt. Bemerkenswert ist zudem, dass der mittlerweile verstorbene Präsident des Verwaltungsrates der Credit Suisse in seiner optimistischen Analyse eine starke und unabhängige Aufsicht als Stärke des Finanzplatzes Schweiz mit keinem Wort erwähnte.¹⁹

2.2 Das Organisationskonzept und seine Begründung

In der Botschaft des Bundesrates zum Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (Finanzmarktaufsichtsgesetz; FINMAG) vom 1. Februar 2006²⁰ wird ausgeführt, dass die Stellung einer Finanzmarktaufsichtsbehörde sich «am ehesten mit derjenigen einer Justizbehörde vergleichen» lasse.²¹ «Eine funktionelle Unabhängigkeit von den politischen Behörden» wird als essenziell betrachtet und die Organisation als selbständige öffentlich-rechtliche Anstalt als zweckmässig und effizient bezeichnet, weil sie optimale Bedingungen schaffe für die FINMA.²²

Damit ist auch im Ergebnis und mit anderen Worten nichts anderes gemeint, als dass die FINMA nicht der Spielball von Branchen und Politik sein darf. Filzvorwürfe sollten kein Thema sein. Der Vergleich mit einer Justizbehörde enthält zudem die Abwesenheit von Lobbyisten, die Einfluss ausüben oder ihn jedenfalls anstreben. Weiter bedeutet der Vergleich mit Justizbehörden, dass es keine Bissstimmungen vor grossen Instituten und

17 Vgl. FINANCIAL STABILITY BOARD, Peer Review of Switzerland vom 25. 1. 2012, S. 6 f. und S. 18 ff., zur «competitiveness clause».

18 FINANCIAL STABILITY BOARD (Fn. 17), S. 20.

19 Vgl. HANS-ULRICH DOERIG, «Der Finanzplatz Schweiz hat beste Chancen», NZZ vom 11. 9. 2009, S. 25.

20 BBl 2006 2829 ff.

21 BBl 2006 2836.

22 Vgl. BBl 2006 2836 und Art. 4 FINMAG. Ähnliche Diskussionen zur Unabhängigkeit – also Aspekte der funktionellen, institutionellen und finanziellen Unabhängigkeit – haben auch bei der Ausgestaltung der Nationalbank eine grosse Rolle gespielt; vgl. dazu Botschaft über die Revision des Nationalbankgesetzes vom 26. 6. 2002, BBl 2002 6108 f.

grossen Tieren geben darf, ebenso wenig übrigens Gehorsam gegenüber von Politikern und Lobbyisten verordneten Denklücken.²³

Dass dies in der Praxis nicht oder sicher nicht immer funktioniert, zeigt das nachfolgende Beispiel. Dieses belegt, in welcher systemischen Falle die FINMA steckt bzw. ihre Vorgängerorganisation EBK steckte. Ihr Kennzeichen: Beide sind bzw. waren von der Politik und von der Branche selbst stark geprägt, was sich mit dem Satz «Es schwimmen alle im selben Teich» umschreiben lässt.

Die zutreffende Aussage eines Wegelin-Teilhabers, dass sich der Finanzplatz Schweiz während Jahren um die US-Steuer Gesetze focht habe, stiess bei vielen Akteuren auf helles Entsetzen. Der Wegelin-Teilhaber OTTO BRUDERER soll Anfang 2013 vor Gericht in New York gesagt haben: «Solches Verhalten war üblich in der Schweizer Bankenindustrie.» Er musste sich als Nestbeschmutzer und Verräter beschimpfen lassen.²⁴

23 Zu den systemischen Problemen in diesem Zusammenhang JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY, Regulating Financial Markets in Times of Stress is a Fundamentally Human Undertaking, in: European Company and Financial Law Review (ECFR) 2011, S. 270 f.: «There is also little doubt that a major source of the problem lies in the bank's size, which, in and of itself, places limits on the ability of the supervisory authority to impose disciplinary measures, even where it becomes aware of regulatory violations. Quite simply, small banks engaging in illicit activities can be shut down; banks so large that their closure would threaten the continued operations of a country's – or the world's – financial and economic systems cannot.»

24 Vgl. dazu z. B. Schweizer Bank März 2013, S. 37. Das hat in diesem Zusammenhang Tradition: Diese Beschimpfung, die eigentlich eine Argumentation der Verdrängung und Hilflosigkeit im gegebenen Zusammenhang darstellt, kannte auch HANS J. BÄR sehr gut. Ich hatte ihn vor dem Erscheinen seines bereits angekündigten Buches «Seid umschlungen, Millionen» angefragt, ob er 2004 als Mittagsgast in dem von mir schon damals geleiteten Studiengang Compliance Management am IFZ in Zug zum Buch und den damit verbundenen Fragen sprechen würde. Im Frühling, als der Sturm der Entrüstung über ihn hinwegbrauste, hat der stilvolle und von den Angriffen schwer betroffene Bankier trotz dieser teilweise verlogenen öffentlichen Entrüstung der üblichen Verdächtigen seinen Termin vor meinen Studierenden eingehalten, nachdem ich ihm zugesichert hatte, Respekt und Anstand in der Diskussion walten zu lassen. Was der Wirtschaftsethiker ULRICH THIELEMANN im Jahre 2009 über sich ergehen lassen musste, spricht ebenfalls Bände. Er hat mir einmal erzählt, welche Reaktionen er erfahren hat nach seinem Auftritt vor dem deutschen Bundestag zur Frage Steuerhinterziehung. In diesem Zusammenhang fällt einem dann wieder ein, woher der Begriff *snoob* stammt: *sine nobilitate*. Solche kollektiven Denkverbote und der Umgang mit Menschen, die sich nicht daran halten, sind zum Teil stilllos. Vgl. dazu CONSTANTIN SEIBT, Gut gefüllte Windeln, Tages-Anzeiger vom 7.9.2013, S. 11. Früher schon BRUNO SCHLETTI, System Titanic hat keine Zukunft, Tages-Anzeiger vom 12.4.2013, S. 11.

DANIEL ZUBERBÜHLER kommentierte: «Die Aussage der Wegelin-Teilhaber trifft zu. Dieses Verhalten der Banken war auch lange von der Politik der Schweiz gedeckt. Es konnte also nicht Aufgabe der Aufsichtsbehörde sein, eigenmächtig dagegen einzuschreiten.»²⁵ Man könnte sich immerhin vorstellen oder gar erwarten, dass diese Behörde unabhängig von der Politik dies im Rahmen ihres Risk Management für den Finanzplatz thematisiert und frühzeitig den Mahnfinger hebt und nicht erst dann, wenn der Druck von aussen anders nicht mehr zu bewältigen ist.²⁶ Wieso Eigenmächtigkeit als Ausdruck der stipulierten Unabhängigkeit nicht möglich sein sollte, erschliesst sich der Schreibenden keineswegs. Man hätte die Risiken benennen müssen; das ist Aufgabe der Aufsicht.

Die grundsätzlich unbestrittene Unparteilichkeit der FINMA soll darin begründet sein, sie sei «eine organisatorisch verselbständigte Verwaltungseinheit, der die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe obliegt und die mit eigenen personellen und finanziellen Mitteln ausgestattet ist. Es handelt sich um eine dezentralisierte Einheit der Bundesverwaltung mit eigener Rechtspersönlichkeit, die sachlich unabhängig ist und auch ressourcenmässig Autonomie genießt.»²⁷ Das Ziel einer «einfachen, transparenten sowie nachvollziehbaren Organisation»²⁸ werde mit der Anstalt, die als «öffentliches Unternehmen» bezeichnet werden könne, erreicht und es sollte damit eine Behörde unter Anwendung der wirtschaftlichen Führungsstrukturen wie eine Aktiengesellschaft organisiert werden.²⁹ Die Organe der FINMA sind denn auch der Verwaltungsrat, die Geschäftsleitung und die Revisionsstelle.³⁰

Eine «zeitgemässe Führungsstruktur» wurde angestrebt.³¹ «So prägt der Verwaltungsrat die strategische Ausrichtung der FINMA, indem er die strategischen Ziele der FINMA festlegt und sie dem Bundesrat zur Genehmigung vorlegt.»³² Im 1. Teilbericht der Expertenkommission Zimmerli zur Integrierten Finanzmarktaufsicht hiess es zum damals als Aufsichtsrat bezeichneten Verwaltungsrat: «Dem Aufsichtsrat werden weitreichende Kompetenzen übertragen: Er beschliesst die Strategie der Aufsicht.»³³ Der Ge-

25 DANIEL ZUBERBÜHLER (Fn. 9), S. 36.

26 Vgl. dazu MONIKA ROTH, Gewähr für eine einwandfreie Geschäftsführung, NZZ vom 17.7.2013, S. 19.

27 BBl 2006 2839.

28 BBl 2006 2839.

29 Vgl. BBl 2006 2839.

30 Vgl. Art. 8 FINMAG.

31 Vgl. BBl 2006 2840.

32 BBl 2006 2840 und BBl 2006 2841; siehe Art. 9 Abs. 1 FINMAG.

33 EXPERTENBERICHT ZIMMERLI, Integrierte Finanzmarktaufsicht, Juli 2003, S. 27; siehe Art. 9 Abs. 1 FINMAG.

schäftsleitung obliegt die operative Führung³⁴ und die Geschäftsleitung erlässt die Verfügungen³⁵, insoweit, als sie nicht dem Verwaltungsrat oder einzelnen Organisationseinheiten vorbehalten sind.³⁶ Die Geschäftsleitung hat zudem dem Verwaltungsrat die Grundlagen für die Beurteilung seiner Strategie zu liefern – was nicht heisst, dass dies die einzige Grundlage sein darf und muss. Es gibt denn auch bei der FINMA einen Geschäftsleitungsbereich «Strategische Grundlagen».³⁷

«Als Ausfluss ihrer Autonomie legt die FINMA die Bereiche selbst fest, in welchen sie sich strategische Ziele geben will.»³⁸ Der Bundesrat entscheidet über die Zusammensetzung des obersten strategischen Organs und über die Genehmigung der Ziele der FINMA.³⁹ Das Gesetz spricht weiter davon, dass die FINMA mindestens einmal jährlich mit dem Bundesrat die Strategie erörtere.⁴⁰ Die Botschaft hält fest, dass der Bundesrat der FINMA gegenüber kein Weisungsrecht habe und dass es um institutionalisierte Gespräche ginge.⁴¹

Das Ganze ist nicht widerspruchsfrei, denn der Einfluss besteht zum einen auch ohne Weisungen; die braucht es gar nicht.⁴² Und zum andern heisst es in der Botschaft⁴³, dass der Bundesrat die strategischen Ziele genehmigt; zudem läuft die dortige Ziff. 1.2.5 unter dem Titel «Rechenschaftspflicht der FINMA und Steuerung durch den Bund» und in Abs. 4 steht dort: «Der Bundesrat kann damit ergänzend zur Gesetzgebung auf die mittelfristige

34 Vgl. Art. 10 Abs. 1 FINMAG.

35 Vgl. Art. 10 Abs. 2 lit. a FINMAG.

36 BBl 2006 2840 und 2865.

37 Vgl. dazu beispielsweise Schweizer Bank März 2013, S. 9. Dort wurde berichtet, dass der bisherige General Counsel und Mitglied der GL Urs ZULAUF zurückgetreten sei und seine Nachfolgerin per 1. 2. 2013 das Amt übernommen habe: «Seine juristische Expertise und langjährige Tätigkeit bei der EBK und später bei der Finma bescherten Urs Zulauf einen besonderen Status innerhalb der Organisation. Neben seiner Funktion als Leiter des Geschäftsbereichs «Strategische Grundlagen» amtierte er als Chefjurist der Finanzmarktaufsicht. Seine Nachfolgerin trägt diesen Titel nicht mehr. Sie übernimmt als neues Geschäftsleitungsmitglied die Verantwortung für die strategischen Grundlagen der Finma-Tätigkeit».

38 BBl 2006 2841.

39 Vgl. BBl 2006 2841. Dass Fragen der Ernennung von Schlüsselpersonen, der Rechenschaftspflicht etc. und damit des politischen Einflusses im Vordergrund stehen, zeigt sich auch bei der Schaffung der europäischen Bankenaufsicht; siehe NZZ vom 13. 9. 2013, S. 25 (Weg frei für die Bankenaufsicht).

40 Art. 21 Abs. 2 FINMAG.

41 Vgl. BBl 2006 2873 zu Art. 21 Abs. 1 FINMAG.

42 Man denke nur an das Lobbying; vgl. MARK DITTLI, Die verpasste Chance, Finanz und Wirtschaft vom 14. 9. 2013, S. 3.

43 Vgl. BBl 2006 2841.

Ausgestaltung der betrieblichen Tätigkeit der FINMA Einfluss nehmen.» Dieses «damit» bezieht sich auf die Genehmigung der von der FINMA formulierten eigenen strategischen Ziele. Mit anderen Worten: Die Frage der strategischen Ziele und deren Genehmigung durch den Bundesrat bildet zusammen mit der Wahl der Mitglieder des FINMA-VR eigentlich die weitgehende Definitionsmacht der Politik über die Strategie der FINMA sowie deren Unabhängigkeit: Letztere ist schon konzeptionell so nicht möglich. Und Glaubwürdigkeit geht diesem Konzept ab.

Was der Bundesrat weiter genehmigt, ist der Geschäftsbericht der FINMA.⁴⁴ Er bestimmt den Präsidenten bzw. die Präsidentin des Verwaltungsrats sowie das Vizepräsidium.⁴⁵ Der Präsident bzw. die Präsidentin darf namentlich keine andere wirtschaftliche Tätigkeit ausüben.⁴⁶ Zudem wählt der VR zwar den CEO der Behörde, aber dieser muss vom Bundesrat bestätigt werden.⁴⁷

Die FINMA ist in der Ausübung ihrer gesamten Tätigkeit selbständig und unabhängig⁴⁸ und sie unterliegt weder einem Weisungsrecht des Bundesrates noch dem der Eidgenössischen Räte.⁴⁹ In diesem Zusammenhang ist zu bemerken, dass man Einfluss auch ohne formelle Weisungen ausüben kann. Die gegenwärtige Präsidentin der FINMA wurde in der Schweizer Versicherung bezüglich der umstrittenen Wahl von Bruno Frick in den FINMA-VR zitiert, dass dieser «nicht nur ein erfahrender Jurist und Praktiker, sondern auch ein profunder Kenner der Bundespolitik» sei. Das Magazin kommentierte: «Lachats Aussage signalisiert auch, was sie sich wünscht: Eine bessere Vernetzung mit wichtigen politischen Kreisen».^{50,51}

44 Vgl. Art. 9 Abs. 1 lit. f FINMAG.

45 Vgl. Art. 9 Abs. 3 FINMAG.

46 Vgl. Art. 9 Abs. 4 FINMAG. Die gegenwärtige Präsidentin erhält für ihre Vollzeitfunktion ein Jahressalär von 320 000 Franken; ein einfaches VR-Mandat (25%) wird mit 80 000 Franken entlohnt, ein Vizepräsidium (35%) entsprechend höher, vgl. WERNER ENZ/MICHAEL FERBER, NZZ vom 14. 9. 2013, S. 30 («Für manche sind wir nur eine Station»).

47 Vgl. Art. 9 Abs. 1 lit. g FINMAG.

48 Vgl. Art. 21 Abs. 1 FINMAG.

49 Vgl. BBl 2006 2873 zu Art. 21 Abs. 1 FINMAG.

50 Schweizer Bank August 2013, S. 8.

51 Das Organisationsreglement der FINMA (Reglement über die Organisation der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA vom 18. 12. 2008) «legt in Ergänzung zu den Bestimmungen des FINMAG den Rahmen für die Organisation, die Aufgaben und Zuständigkeiten des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung und der Internen Revision fest» (Art. 1).

Das bleibt nicht ohne Folgen – jedenfalls mit Blick auf die Unabhängigkeit, welche wie die einer Judikative sein sollte.⁵² Bereits hier kann festgestellt werden, dass mit solchen Äusserungen vonseiten des VR-Präsidiums die schon durch die Gesetzgebung geschaffene Gefährdung der Unabhängigkeit verstärkt wird.

2.3 Massgebliches aus dem Recht der AG zur Rolle des FINMA-VR

Die bekannten und allgemein geltenden Prinzipien der Corporate Governance werden häufig mit Blick auf börsenkotierte Unternehmen diskutiert und auch auf diese bezogen. Sie sollen sicherstellen, dass sich der Verwaltungsrat und die Geschäftsleitung so verhalten, wie wenn sie Alleineigentümer der Gesellschaft wären. Dabei spielt der *tone at and from the top* eine grosse Rolle: Das Rollenverständnis des VR ist massgeblich: «Gute Corporate Governance beginnt im Verwaltungsrat.»⁵³

Angesichts der vorstehend umschriebenen Erwartungen an den VR der FINMA sind diese Standards und Vorgaben von Bedeutung für den FINMA-VR, namentlich was folgende Aspekte anbelangt:

1. Grösse des VR
2. Zusammensetzung des VR (Unabhängigkeit vs. Interessenvertreter, fachliche Qualifikation, Reputation, Verfügbarkeit)
3. Moralischer Standard⁵⁴
4. Organisation des VR (Ausschüsse)
5. Rolle des Präsidiums
6. Verhältnis zwischen Präsidium und Gesamt-VR sowie zwischen VR und Geschäftsleitung

Diese Parameter beeinflussen den Umgang mit der dem gesamten VR in Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1 OR zugeordneten unübertragbaren und unentziehbaren Aufgabe der Oberleitung der Gesellschaft (hier der Behörde) und der

52 Vgl. dazu ELINOR OSTROM, *Understanding institutional diversity*, Princeton University Press 2005, S. 3: «To understand institutions one needs to know what they are, how and why they are crafted and sustained, and what consequences they generate in diverse settings.»

53 SUSAN EMMENEGGER, *Prudentielle Corporate Governance*, in: Susan Emmenegger (Hrsg.), *Corporate Governance*, Basel 2011, S. 34; zum Kontrollumfeld MONIKA ROTH, *Compliance – Voraussetzung für nachhaltige Unternehmensführung*, Zürich/St. Gallen 2010, S. 157 ff.

54 «Für ein VR-Gremium ist es ganz entscheidend, dass ein hoher moralischer Standard bei jedem Mitglied vorhanden ist» WALTER KNABENHANS, Panel Diskussion in: Susan Emmenegger (Hrsg.) (Fn. 53), S. 91.

Erteilung der notwendigen Weisungen. Mit Oberleitung ist namentlich die strategische Führung angesprochen. Der Verwaltungsrat muss sich vornehmlich mit der Strategie der integrierten Finanzmarktaufsicht auseinandersetzen, diese definieren und rollend überprüfen, und die Geschäftsleitung hat sie dann umzusetzen.⁵⁵

Zu den Aufsichtsverpflichtungen eines VR im Rahmen des eigenen Betriebes gehört das Risk Management. Dieses überschneidet sich beim FINMA-VR gewissermassen mit der Aufgabe gegenüber den unterstellten Instituten: Das Erkennen und Bewerten von Entwicklungen und Erwartungen und die damit verbundenen Risiken beschlägt zunächst die ureigene unternehmerische Aufgabe der FINMA für sich selbst, aber auch im Aussenverhältnis zu den Beaufsichtigten. Es gibt denn auch die Konstellation, bei der Vorwürfe an die FINMA laut wurden, sie hätte Entwicklungen entweder nicht richtig eingeschätzt und/oder Banken nicht rechtzeitig gewarnt.⁵⁶ Andererseits gilt: «Die Übernahme von Risiken zu verweigern, oder ihre Ablehnung zu fordern, ist selbst riskantes Verhalten.»⁵⁷ Damit ist angesprochen, dass die FINMA in ein Politiksystem eingebettet ist, welches den ihr gesteckten gesetzlichen Rahmen ergänzt.

Der Regulierungsprozess der FINMA basiert auf der Beobachtung der Finanzmärkte, den internationalen regulatorischen Entwicklungen oder auch der Erwartungen von Politik und Öffentlichkeit.⁵⁸ Damit hängen insbesondere zusammen präventive Regulierungsmassnahmen der FINMA⁵⁹, aber auch Kundgaben (Positionspapiere), die eigentliche Standortbestimmungen bilden.

Inhalt und Qualität von Informationen, Diskussion bzw. Entscheidungsfindungen im FINMA-VR im Hinblick auf die Umschreibung und Bestimmung der Strategie werden von der Zusammensetzung des VR massgeblich mitbestimmt wie auch die Wahrnehmung der diesem Organ übertragenen Aufsicht und Kontrolle.

55 Vgl. dazu Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance, 2008: «Der Verwaltungsrat bestimmt die strategischen Ziele, die generellen Mittel zu ihrer Erreichung und die mit der Führung der Geschäfte zu beauftragenden Personen» (Rz. 9).

56 Vgl. dazu z. B. ZOÉ BACHES, Vom Fall UBS zum Fall Schweizer Private Banking, NZZ vom 15.3.2012, S. 29, sowie die Chronologie zum Bankgeheimnis, NZZ Sonderbeilage Vermögensverwaltung vom 26.6.2013, S. 5.

57 NIKLAS LUHMANN, Soziologie des Risikos, Berlin/New York 2003, S. 4 f.

58 Vgl. dazu ZULAUF/EGGEN (Fn. 13), S. 19.

59 Dazu SABINE KILGUS, Effektivität von Regulierung im Finanzmarktrecht, Zürich/St. Gallen 2007, N 693, S. 342.

Es ist bemerkenswert, dass die FINMA selbst in ihrem Bericht «Finanzmarktkrise und Finanzmarktaufsicht» vom 14. September 2009 darauf verweist, dass der Bundesrat mit der Wahl der Mitglieder des obersten strategischen Organs die Ausrichtung der FINMA präge.⁶⁰ Die Weichenstellung erfolgt hier und dieser Aspekt ist für die Frage der Unabhängigkeit nicht ohne Belang. Dabei geht es nicht um Ausstandsregeln – die lösen diese Ausgangslage nicht: Das ist reine Politik. Damit aber stellt sich die Frage nach der Legitimation der Aufsichtsbehörde als unabhängiges Organ und als Behörde, die eigene Positionen bezieht. Dazu gehört eben eine gewisse «Meinungsfreudigkeit», die frei von Einflüssen sein muss. Ob dies hier gegeben ist, muss bezweifelt werden.

Weiter hält die FINMA nämlich im selben Bericht fest: «Eine denkbare Verlängerung der Amtszeit auf acht bis zehn Jahre ohne Wiederwahl hätte zur Folge, dass die Steuerung der FINMA durch den Bund in diesem Punkt merklich geschwächt würde, indem Änderungen in der Zusammensetzung des Verwaltungsrates während einer acht- bis zehnjährigen Amtsperiode nur bei Austritten oder Abberufungen aus wichtigem Grund vorgenommen werden könnten.»⁶¹ KAUFMANN schreibt denn auch zu Recht von einem befremdlich anmutenden «Anlehnsbedürfnis» der FINMA an den Bundesrat.⁶²

3. Strategie

3.1 Allgemeines

Art. 5 FINMAG umschreibt, wie bereits an anderer Stelle erwähnt, die Ziele der FINMA: «Die Finanzmarktaufsicht bezweckt nach Massgabe der Finanzmarktgesetze den Schutz der Gläubigerinnen und Gläubiger, der Anlegerinnen und Anleger, der Versicherten sowie den Schutz der Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte. Sie trägt damit zur Stärkung des Ansehens und der Wettbewerbsfähigkeit des Finanzplatzes Schweiz bei.» Der Funktionsschutz ist bereits in Art. 1 BEHG verankert.⁶³

⁶⁰ Vgl. FINMA, Bericht Finanzmarktkrise und Finanzmarktaufsicht vom 14. 9. 2009, S. 48.

⁶¹ FINMA (Fn. 60), S. 48.

⁶² CHRISTINE KAUFMANN, SNB und FINMA in neuen Rollen?, SZW 6/09, S. 425.

⁶³ «Dieses Gesetz (...). Es schafft den Rahmen, um die Funktionsfähigkeit der Effektenmärkte zu gewährleisten.»

Es ist im Sinne einer allgemeinen Erwartung davon auszugehen, dass die FINMA ihre Ziele prudenziell verfolgt, das heisst namentlich mit Klugheit, Umsicht und mit dem Grundgedanken der Prävention von Rechts- und Reputationsrisiken sowie strategischen Risiken für den Finanzplatz.⁶⁴ Eine distanziert-kritische Gesamtsicht des Finanzplatzes und eine ebenso definierte Haltung gegenüber seinen Akteuren bilden dafür Grundvoraussetzung. Im Fall UBS hat das gefehlt: «*we were all blind*».⁶⁵ Es mangelte an Weitsicht.⁶⁶

Die FINMA hat nicht nur die Aufsicht über die Marktverhaltensregeln, sondern sie ist auch ausgestattet mit den zentralen Kompetenzen im Bereich der Solvenz- und Liquiditätsaufsicht. Die systemischen Risiken bilden immer einen grundlegenden Aspekt der Tätigkeit.⁶⁷

3.2 Strategie im Einzelnen

Gemäss Art. 9 FINMAG legt der FINMA-VR periodisch die strategischen Ziele der Behörde fest und muss diese dem Bundesrat zur Genehmigung unterbreiten. Er tat dies 2009 ein erstes Mal; 2012 folgten die Ziele 2013–2016.

3.2.1 *Strategische Ziele der FINMA 2009–2012*

Der FINMA-VR definierte sieben strategische Ziele. Ihnen gemeinsam sei «das Bestreben, den Kundenschutz zu verbessern».⁶⁸

Es waren dies:

- Reduktion der systemischen Risiken und Komplexitäten
- Verbesserung des Kundenschutzes
- Straffung und Optimierung der Regulierung⁶⁹
- Steigerung von Effektivität und Effizienz in der Aufsicht

64 Zur Begriffsumschreibung «prudenziell» siehe SUSAN EMMENEGGER (Fn. 53), S. 11 ff. mit zahlreichen Verweisen. Zu den strategischen Risiken MONIKA ROTH, Kompetenz und Verantwortung: Non-Compliance als strategisches Risiko, insb. S. 18 ff.

65 DANIEL ZUBERBÜHLER, Paneldiskussion, in: SUSAN EMMENEGGER (Fn. 53), S. 80.

66 Vgl. dazu CHRISTINE KAUFMANN (Fn. 62) S. 424; *The Economist* vom 7.9.2013, S. 57 (Regulators asleep at the wheel).

67 Vgl. SUSAN EMMENEGGER (Fn. 53), S. 16.

68 Strategische Ziele der FINMA 2009–2012, S. 4.

69 Ist das wirklich eine strategische Zielsetzung? Wohl eher nicht.

- Umsetzung einer griffigen Marktaufsicht und eines wirkungsvollen Enforcements⁷⁰
- Positionierung für internationale Stabilität und enge Vernetzung der Märkte
- Stärkung der FINMA als Behörde⁷¹

3.2.2 *Strategische Ziele 2013–2016*

Die FINMA hat sich zu fünf Themen strategische Ziele formuliert:⁷²

- Prudenzielle Aufsicht: Stabilität und Krisenresistenz des Finanzplatzes Schweiz werden durch konstant eingehaltene und international anerkannte prudenzielle Standards gestärkt.
- Geschäftsverhalten: Zur Stärkung der Reputation und zur Förderung von Integrität und Fairness führt die FINMA Bewilligungsverfahren konsequent durch, schafft Transparenz über Überwachungsintensitäten und setzt sich ein für Vorschriften hinsichtlich Kunden- und Anlegerschutz.
- Die FINMA setzt sich national und international mit wichtigen Themen auseinander.
- Die FINMA reguliert mit Kompetenz und nur wenn notwendig.⁷³
- Die FINMA verfügt über kompetente Mitarbeitende, ist dialogbereit und informiert die Öffentlichkeit.⁷⁴

3.3 **Jahresberichte und Jahresmedienkonferenzen**

3.3.1 *Allgemeines*

Die FINMA muss gegenüber dem Bundesrat und dem Parlament Rechenschaft ablegen.⁷⁵ Sie informiert die Öffentlichkeit mindestens einmal jährlich über ihre Aktivitäten.⁷⁶ Sie tut dies jeweils anlässlich einer Jahres-

70 Das ist ein politischer und im Gesetz verankerter Auftrag und kaum ein strategisches Ziel; vgl. dazu Urs ZULAUF/DAVID WYSS/DANIEL ROTH, Finanzmarktenforcement, Bern 2008, S. 6 und S. 14 ff.

71 Das ist nach der hier vertretenen Meinung eindeutig kein strategisches Ziel, sondern bewegt sich auf der politischen Ebene.

72 Vgl. Strategische Ziele der FINMA 2013–2016, S. 9 ff.

73 Das ist gesetzlicher Auftrag und keine Strategie.

74 Das sind keine strategischen Ziele, sondern es sind Fragen zur Ausgestaltung der Behörde.

75 Art. 21 Abs. 2 und 3 FINMAG.

76 Art. 22 Abs. 1 FINMAG.

medienkonferenz. Dort werden der Jahresbericht und die Jahresrechnung der FINMA für das Vorjahr vorgestellt.

Die nachstehenden Ausführungen befassen sich nur mit dem Verwaltungsrat bzw. mit Äusserungen zu strategischen Fragen.

3.3.2 *Im Einzelnen*

- 2009: Anlässlich der 1. Jahresmedienkonferenz vom 31. März 2009 wurden von der FINMA die Jahresberichte 2008 der drei Fusionsbehörden Bundesamt für Privatversicherungen BPV, Eidgenössische Bankenkommission EBK und Kontrollstelle für die Bekämpfung der Geldwäscherei Kst GwG präsentiert.

Der Präsident der EBK und der FINMA, EUGEN HALTNER, sprach in seinem Referat mit dem Titel «Abschied von der Vergangenheit» auch zur neuen Führungsstruktur der FINMA:⁷⁷

«Für die FINMA wurde gesetzlich eine Führungsstruktur gewählt, die den Verwaltungsrat und die Geschäftsleitung im Grundsatz als Kollektivorgane ausgestaltet. Nebst der Oberleitung verantwortet der Verwaltungsrat gemäss dem FINMAG die Geschäfte von grosser Tragweite in allen Fachbereichen, auch erlässt er die Behördenverordnungen und Rundschreiben. Die dem Verwaltungsrat zugewiesenen Aufgaben bedingen somit, dass die Verwaltungsratsmitglieder aufgrund ihrer praktischen oder wissenschaftlichen Tätigkeit mindestens mit einem der Fachbereiche eng vertraut sein müssen.»

- 2010: Die Jahresmedienkonferenz vom 23. März 2010 widmete sich dem Jahresbericht 2009. Der Präsident des Verwaltungsrats, EUGEN HALTNER, hielt in seinem unter dem Titel «FINMA 2009 – ein Rückblick des Präsidenten» gehaltenen Referat zur Strategie der FINMA Folgendes fest: «Ende September genehmigte der Bundesrat die von der FINMA vorgelegten strategischen Ziele, welche die Jahre bis 2012 überspannen. Sie stecken die Marschroute ab, gliedern sich in sieben Themenbereiche und werden mit Kernpunkten der Umsetzung unterlegt, die konkrete Initiativen und bereits laufende sowie einige noch auszulösende Projekte beschreiben. Allen strategischen Zielen der FINMA gemeinsam ist das Bestreben, den Kundenschutz weiter zu verbessern. Der Schutz von Gläubigern, Anlegern und Versicherten ist die Kernaufgabe der FINMA und bildet die Grundlage ihrer Aufsichtstätigkeit. Entsprechend adressieren die strategischen Ziele der

⁷⁷ Der Einfachheit halber sei für diese Verweise sowie weitere zu Unterlagen der FINMA auf die FINMA-Website verwiesen: www.finma.ch.

FINMA das Eingrenzen systemischer Risiken, den Kundenschutz im engeren Sinn, die Regulierungsdoktrin, die Weiterentwicklung der Aufsichtstätigkeit, das Enforcement, die internationale Vernetzung und Anerkennung der Gleichwertigkeit und schliesslich eine Stärkung der FINMA als Behörde.»

URS ZULAUF befasste sich mit «Rechtsrisiken im grenzüberschreitenden Privatkundengeschäft – Herausforderung für Finanzplatz und Behörden». Er formulierte dabei Anliegen an die Politik. «Die zu wählende Strategie für den Finanzplatz ist Sache der Politik und der Wirtschaft. Die FINMA erhofft und unterstützt im Rahmen ihrer Möglichkeiten aber ein koordiniertes Vorgehen, um mittels Verhandlungslösungen mit einzelnen Staaten oder Staatengruppen einerseits die Rechtsrisiken im grenzüberschreitenden Geschäft einzugrenzen und andererseits die Rechtssicherheit wieder herzustellen. Je nach Lösungsansatz sind unterschiedliche Rückwirkungen auf die Aufsichtstätigkeit zu erwarten. Gelingt es der Schweiz, die Rechtsrisiken mittels nachhaltiger Lösungen in Absprache mit den wichtigsten Zielländern zu verringern, kann die FINMA auf zusätzliche Anforderungen zur Kontrolle der Rechtsrisiken eher verzichten. Wird dies nicht erreicht oder werden sie gar noch erhöht, so beispielsweise wenn die Finanzinstitute die Steuerehrlichkeit ihrer Kunden abzuklären hätten, wird die FINMA gezwungen sein, Schritte zur Kontrolle dieser Risiken allenfalls massiv zu verstärken.»

- 2011: Die Jahresmedienkonferenz vom 22. März 2011 hatte die Vorstellung des Jahresberichts 2010 zum Inhalt. Dort finden sich Äusserungen zu den strategischen Zielsetzungen der FINMA und ihrer Umsetzung. In der «Einleitung des Direktors» heisst es: «In der Schweiz stand für die FINMA denn auch das strategische Ziel im Vordergrund, angemessene regulatorische Antworten auf die systemischen Risiken für den Schweizer Finanzplatz zu finden, die namentlich durch die Grösse und Komplexität der Grossbanken ausgelöst werden.»⁷⁸ Und danach: «Die gezielte Verbesserung des Kundenschutzes stellt ein weiteres übergeordnetes strategisches Ziel der FINMA dar, zu dem wichtige Arbeiten vorangetrieben wurden.»⁷⁹

In ihrem Referat spricht ANNE HÉRITIER LACHAT, die Präsidentin des Verwaltungsrates, unter dem Titel «Eine nächste Phase im Integrationsprozess der FINMA» und äussert sich bezüglich der strategischen

⁷⁸ Jahresbericht 2010 der FINMA, S. 10.

⁷⁹ Jahresbericht 2010 der FINMA, S. 10.

Zielsetzungen deckungsgleich zum Jahresbericht zu systemischen Risiken und zur Too-big-to-fail-Problematik.

- 2012: Am 27. März 2012 fand die Jahresmedienkonferenz statt, an welcher der Jahresbericht 2011 Gegenstand der Präsentation bildete. Im Editorial der Präsidentin heisst es: «Von den 2009 festgelegten strategischen Zielen sind die Verbesserung der Aufsicht, die Minimierung des Risikos aus systemrelevanten Finanzinstituten und die Verstärkung des Kundenschutzes zentral. Sie spielten 2011 eine wichtige Rolle und verlangten vor dem Hintergrund der anhaltenden Krise und eines instabilen wirtschaftlichen Umfelds beträchtliche Anstrengungen sowie ein grosses Anpassungsvermögen.»⁸⁰

Als strategische Ziele sind neben den bereits genannten aufgeführt:

- Straffung und Optimierung der Regulierung
- Effektive und effiziente Aufsicht
- Griffige Marktaufsicht und wirkungsvolles Enforcement
- Positionierung für internationale Stabilität
- Stärkung der FINMA als Behörde

«2012 möchte die FINMA vor allem in folgenden Bereichen bedeutende Fortschritte erzielen:

- in der weiteren Konkretisierung der Too-big-to-fail-Massnahmen, einerseits auf Verordnungsstufe, andererseits in der Umsetzung bei den Banken selbst,
- in der Umsetzung der Standards nach Basel III,
- im Vertrieb von Finanzprodukten,
- in der Aufsicht der Verwalter von kollektiven Kapitalanlagen,
- in der Umsetzung des SST,
- in der Operationalisierung des Enforcementkonzepts sowie
- in der Erfüllung der Erwartungen der FINMA durch die Beaufsichtigten im Zusammenhang mit den rechtlichen Risiken des grenzüberschreitenden Finanzdienstleistungsgeschäfts.»⁸¹

Die Präsidentin äussert sich in ihrem Referat «Die FINMA – eine unabhängige Aufsichtsbehörde» unter anderem wie folgt: «Der Verwaltungsrat legt die Strategie der FINMA fest, erlässt Verordnungen und Rundschreiben, entscheidet über Geschäfte von grosser Tragweite, genehmigt das Budget und überwacht die Geschäftsleitung. Die Verantwortung, die mit den

⁸⁰ Jahresbericht 2011 der FINMA, S. 7; er enthält auf S. 14 f. grafische Darstellungen zur Strategieumsetzung 2011.

⁸¹ Jahresbericht 2011 der FINMA, S. 15.

zentralen Aufgaben des Verwaltungsrates verbunden ist, erfordert eine ausgewogene Zusammensetzung dieses strategischen Organs: Im Verwaltungsrat müssen Finanzmarktspezialisten eng mit Experten zusammenarbeiten, die vom Finanzmarkt unabhängig sind.»

- 2013: Am 26. März 2013 fand schliesslich die Jahrespressekonferenz zum Jahresbericht 2012 statt: In diesem Bericht befindet sich wiederum ein Editorial der Präsidentin unter dem Titel «Den Kurs halten». «Nach einer Analyse des schwierigen Umfelds, in dem sich die Beaufsichtigten der FINMA und die Aufsichtsbehörde bewegen, haben wir für die Jahre 2013 bis 2016 die neuen strategischen Ziele verabschiedet.»⁸² Und es findet sich eine Darstellung der Ziele und der Umsetzungsmassnahmen zu den neuen Zielen im Allgemeinen: «Die FINMA hat sich für die Jahre 2013 bis 2016 zu fünf Themen strategische Ziele gesetzt. Im Zentrum steht wie bis anhin die prudenzielle Aufsicht über Banken, Versicherungen und kollektive Kapitalanlagen. Daneben strebt die FINMA auch Verbesserungen des Geschäftsverhaltens der beaufsichtigten Institute an.»⁸³

3.3.3 Strategische Ziele 2013–2016

Die neuen strategischen Ziele 2013 bis 2016 sind: ⁸⁴

- *Prudenzielle Aufsicht: Finanzstabilität und Krisenresistenz mit prudenzieller Aufsicht stärken*

Die Stabilität und die Krisenresistenz des Schweizer Finanzplatzes werden durch konstant eingehaltene und international anerkannte prudenzielle Standards gestärkt. Geordnete und rasch umgesetzte Marktaustritte erfolgen möglichst ohne Schädigung für die Finanzmarktkunden.

- *Geschäftsverhalten: Integrität, Transparenz und Kundenschutz im Geschäftsverhalten fördern*

Zur Stärkung der Reputation des Finanzplatzes und zur Förderung von fairem Geschäftsverhalten und der Integrität der Finanzmarktakteure führt die FINMA Bewilligungsverfahren konsequent, schafft Transparenz über die unterschiedlichen Überwachungsintensitäten und setzt sich ein für international anerkannte Vorschriften im Kunden- und Anlegerschutz.

⁸² Jahresbericht 2012 der FINMA, S. 7.

⁸³ Jahresbericht 2012 der FINMA, S. 16.

⁸⁴ Vgl. Jahresbericht 2012 der FINMA, S. 17. Die zwei letztgenannten dieser fünf Ziele sind keine strategischen.

- *Nationale und internationale Zusammenarbeit: Internationale Kräfte bündeln und national effizient zusammenarbeiten*

Bei den internationalen Tätigkeiten bündelt die FINMA ihre Kräfte und setzt sich für die wichtigen Kernthemen ein. In der nationalen Zusammenarbeit funktioniert der Informationsfluss effizient, und die Kompetenzen der Behörden sind klar.

- *Regulierung: Fachkompetenz einbringen und mit Blick auf die Aufsichtsziele regulieren*

Die FINMA analysiert bestehende Regulierungen und Rechtsentwicklungen aus Sicht der Finanzmarktaufsicht, schlägt relevante Änderungen vor, unterstützt mit ihrer fachlichen Expertise die prioritären Regulierungsvorhaben und legt ihre eigenen Anliegen frühzeitig und transparent dar. In ihrem Zuständigkeitsbereich reguliert die FINMA nur, soweit dies mit Blick auf die Aufsichtsziele notwendig ist.

- *Die FINMA als Behörde: Als Behörde leistungsfähig und dialogbereit handeln*

Die FINMA erbringt ihre Leistung mithilfe von kompetenten und integren Mitarbeitenden und auf der Grundlage effizienter Prozesse. Sie führt einen sachlichen und offenen Dialog mit ihren Anspruchsgruppen und informiert die Öffentlichkeit über ihre Tätigkeit.

Die Präsidentin des Verwaltungsrates hielt ein Referat, das dem Thema «Aufsicht ist keine exakte Wissenschaft, eher eine Kunst» gewidmet war. Mit einiger Verblüffung liest man den Satz: «Die systematische Anwendung des Zivilrechts durch die unterstellten Institute bildet ein wesentliches Element der Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit. Die verschiedenen Gesetze, die unseren Aufsichtsbereich regeln, verlangen ausdrücklich, dass die beaufsichtigten Institute diese Anforderung erfüllen und sich entsprechend organisieren.»

Es ging um die Frage der Vertriebsentschädigungen, welche nichts anderes als Retrozessionen sind.⁸⁵ Es lässt sich sagen, dass EBK und FINMA dieses Thema während mehr als einem Jahrzehnt verschlafen haben,⁸⁶ genauso wie die ganz grundsätzliche Problematik der Vermischung der Rollen von Berater und Verkäufer.⁸⁷ Die Aufsichtsbehörde hätte aufgrund ihrer ei-

⁸⁵ Vgl. dazu umfassend MONIKA ROTH, No sense of timing and reasoning?, Jusletter vom 11.2.2013.

⁸⁶ Siehe dazu schon früh z.B. CHARLOTTE JACQUEMART, Überfällig und rechtlich fragwürdig, Handelszeitung vom 28.2.2001, S. 49.

⁸⁷ Vgl. dazu kürzlich ERMES GALLAROTTI, Totalrenovation, NZZ Equity 9/2013, S. 10 ff., sowie MONIKA ROTH, Retrozessionen und Interessenkonflikte. Wenn der Berater in Tat und Wahrheit ein Verkäufer ist, ZBJV 7/8 2010, S. 521–553.

genen «Rechtsprechung» zur Gewährserfordernis ohne Weiteres eingreifen müssen.⁸⁸

Und weiter befasst sich das Referat unter anderem mit dem strategischen Ziel der Förderung von Fairness und Integrität im Geschäftsverhalten. Dieses strategische Ziel lautet: «Zur Stärkung der Reputation des Finanzplatzes und zur Förderung von fairem Geschäftsverhalten und der Integrität der Finanzmarktakteure führt die FINMA Bewilligungsverfahren konsequent, schafft Transparenz über die unterschiedlichen Überwachungsintensitäten und setzt sich ein für international anerkannte Vorschriften im Kunden- und Anlegerschutz.»

4. Schlussfolgerungen

Es zeigt sich, dass zum Teil eine Strategie zwar definiert wird, aber dass sie nicht wirklich spürbar, überzeugend und vorausschauend formuliert ist und dass sie letztlich mutlos ist.

Es fehlt vor allem an einer wirklichen Weitsicht und einer ganz klaren Abgrenzung zur Branche. Dies manifestiert sich namentlich durch ein eher krisengetriebenes statt weit vorausschauendes, klares und kritisches Handeln. Prioritäten, wie zum Beispiel die Steuerdebatte oder die Retrozessionen, wurden nicht ausreichend und frühzeitig behandelt; wirkliche frühzeitige Impulse sind kaum erkennbar. Es geht sowohl um geschriebene wie auch ungeschriebene Regeln – und bei beiden Dimensionen fehlt teilweise der Biss. Dass die FINMA ihr eigenes Standing als strategisches Ziel formuliert, befremdet. Ebenso stört, dass sie den klaren gesetzlichen Auftrag als Strategie bemüht.

Die Idee, die FINMA mit einer Justizbehörde zu vergleichen, wirkt an sich überzeugend. Sie ist aber, wie dargestellt, nicht in die Realität umgesetzt worden. Der faktische und gestalterische Einfluss des Bundesrates und damit der Politik ist prägend und somit die Unabhängigkeit schon vom Ansatz her konsequenterweise zu verneinen.⁸⁹ Das Vorbild Justiz könnte ganz anders überlegt werden: Diese hat keine politische Strategie zu entwickeln, sondern das Gesetz umzusetzen. Das gilt auch für die FINMA.

⁸⁸ Vgl. dazu CHRISTOPH WINZELER, Das «Einfallstor» der Finanzmarktregulierung, ZSR 2013 I, S. 448. Dass der Missstand flächendeckend war, kann nicht ernsthaft in Zweifel gezogen werden.

⁸⁹ Vgl. dazu ebenfalls kritisch CHRISTINE KAUFMANN (Fn. 62), S. 426.

Zudem kann sich die FINMA wie zuvor auch die EBK auf den polizeilichen Charakter ihrer Aufgabe berufen – und Polizei ist nicht Politik. Die FINMA selbst umschreibt ihre Aufgaben so:⁹⁰

- *Bewilligungen*: Massgeblich sind die gesetzlichen Voraussetzungen.
- *Überwachung*: Leitplanke bilden die gesetzlichen Ziele.
- *Enforcement*: Die Feststellung einer Verletzung von Aufsichtsrecht und die Umsetzung der gesetzlichen vorgesehenen Massnahmen; auch hier ist das Gesetz Grundlage.
- *Regulierung*: Hier besteht strategischer Spielraum, allerdings auf niedriger Flughöhe.⁹¹

Somit kann als Fazit zur Strategiediskussion festgehalten werden, dass der FINMA dafür kaum Spielraum bleibt und dass die Umsetzung des Gesetzes und das Standing der Behörde keine strategischen Zielsetzungen darstellen.

Die FINMA läuft weiter Gefahr, sich von Denkverboten bestimmen zu lassen, die in Branche und Politik herrschen. Der Präsident der Schweizerischen Bankiervereinigung sagte in seiner Präsidialrede am Bankiertag vom 3. September 2013 unter dem Titel «Die Zukunft muss in der eigenen Geschichte gründen» zum Thema Bankgeheimnis und Steuern: «Nicht nur unser Umfeld unterlag dabei Veränderungen. Vor allem wir selbst mussten unsere Einstellungen und unsere Haltung überdenken und teilweise revidieren. In weniger als fünf Jahren kamen wir dabei weg vom bis dahin geltenden <Denkverbot>, jegliche Änderung am geltenden Bankkundengeheimnis abzulehnen, und bewegten uns hin zu einer offenen Diskussion über die Bedingungen für die Akzeptanz und Umsetzung des automatischen Informationsaustauschs als internationalen Standard.»⁹²

Trotz der statuierten Unabhängigkeit ist die Aufsichtsbehörde stark in das System eingebunden, vom Bundesrat geprägt und bekundet Mühe, als Vordenkerin zu handeln. Wenn noch 2008 ein Bundesrat davon spricht, dass sich das Ausland am Bankgeheimnis die Zähne ausbeissen wird, dann zeugt das nicht nur von Realitätsverweigerung, sondern auch davon, was diesbezüglich eben die Metaebene des Denkens in der Verwaltung und in der Politik ist. Und wenn die Finanzmarktaufsicht hier nicht Gegensteuer in der Debatte gibt, geht sie schlecht mit Rechts- und Reputationsrisiken

90 Siehe dazu Finma – ein Portrait (27.9.2013), S. 11 ff.

91 Siehe dazu Portrait (Fn. 90), S. 13.

92 Vgl. dazu auch NZZ vom 4.9.013 S. 24 (Reflexe, Die Gefahr des Bumerangs) und S. 25 (Der Bankenverband übt Selbstkritik).

um.⁹³ Sie darf sich keineswegs als Teil einer homogenen Einheit von Politik und Branche verstehen. Sie sollte vielmehr sich im Wissen um die systemische Problematik, die durch das Gesetz zementiert wird, ganz bewusst der Unabhängigkeit verpflichtet fühlen und dies manifestieren. In diesem Sinne ist «Randständigkeit» im positiven Sinne gefordert und nicht Anschmiegsamkeit. Das heisst, dass bewusste Distanz, Klarheit und weitsichtige Konsequenz zu pflegen sind. Aufsicht ist keine exakte Wissenschaft, aber Unabhängigkeit ist ihre Grundlage überhaupt.

93 Vgl. dazu auch Finanz und Wirtschaft vom 4. 9. 2013, S. 11 (Für eine neue Welt den bisherigen Präsidenten).