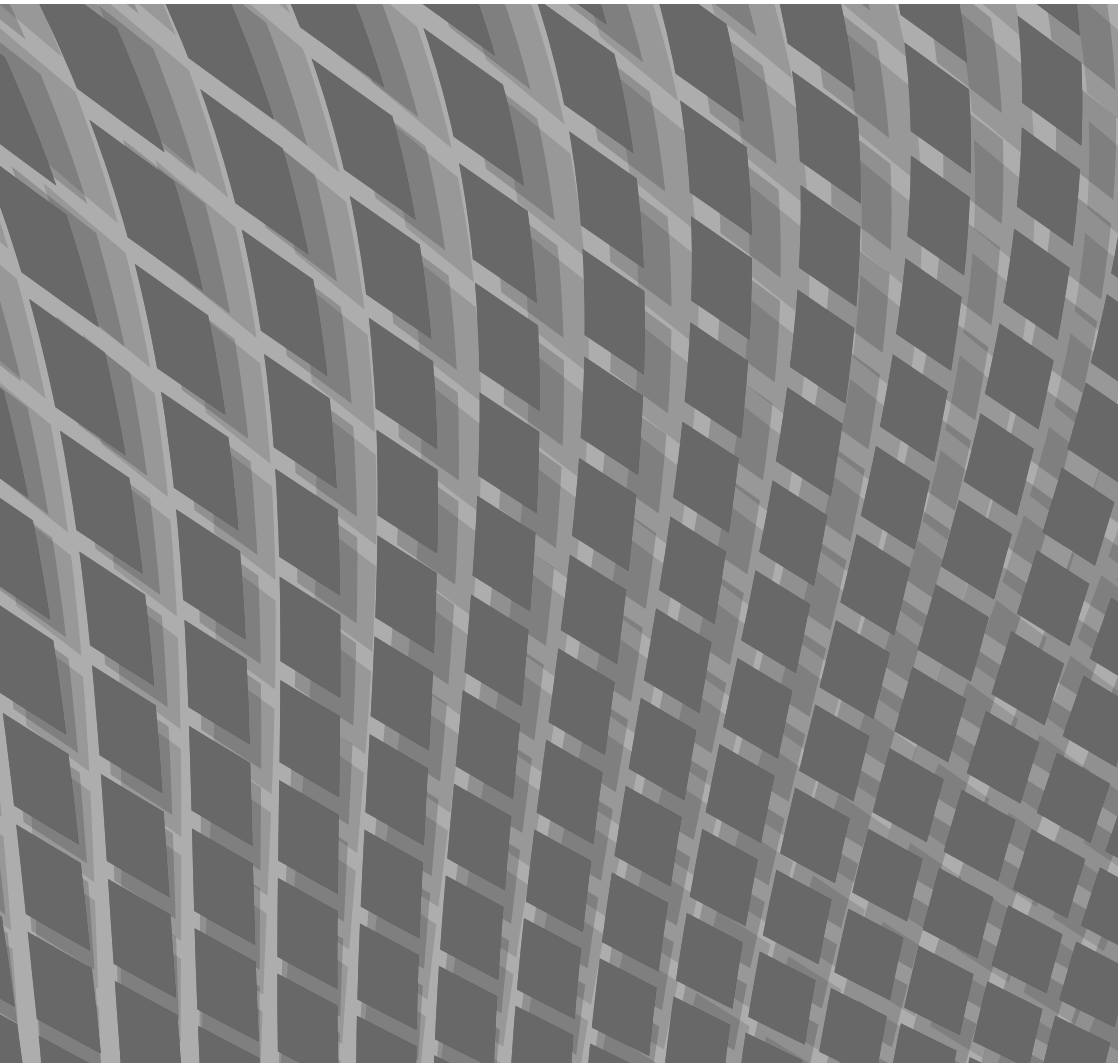
finma

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA
Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers FINMA
Autorità federale di vigilanza sui mercati finanziari FINMA
Swiss Financial Market Supervisory Authority FINMA

SONDERBULLETIN
BULLETIN SPÉCIAL
2/2013



SONDERBULLETIN ZUR RECHTSPRECHUNG DES BUNDESVERWALTUNGSGERICHTS UND DES BUNDESGERICHTS ZUM FINANZMARKTRECHT SEIT 2009

BULLETIN SPÉCIAL SUR LA JURISPRUDENCE DE DROIT ADMINISTRATIF DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF FÉDÉRAL ET DU TRIBUNAL FÉDÉRAL EN LIEN AVEC LE DROIT DES MARCHÉS FINANCIERS DEPUIS 2009

2/2013

Impressum

Herausgeber/Editeur: Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA
Einsteinstrasse 2
CH-3003 Bern
Tel. +41 (0)31 327 91 00
Fax +41 (0)31 327 91 01
info@finma.ch
www.finma.ch

Gestaltung/Mise en page: BBF AG, Basel

Druck/Impression: Jost Druck AG, Hünibach

12.13 1200 860323686

Inhalt / Sommaire / Sommario

Vorwort 4

Avant-propos 5

Prefazione 6

Dr. Urs Zulauf

Gewähr im Gericht – Die von den Schweizer Finanzmarktgesetzen geforderte «Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit» und das «Berufsverbot» im Lichte der jüngeren Rechtsprechung 8

Dr. Daniel Daeniker / Joël Bürgisser

Rechtsprechung zum Offenlegungs- und Übernahmerecht 44

Eva Schneeberger

Verfahrensfragen 70

Dina Beti

«Mitgegangen – mitgefangen – mitgehangen»: Von illegalen «Gruppentätern» und Internet-«Anprangerungen», aktuelle Themen der FINMA aus Sicht des Bundesgerichts 90

Prof. Christian Bovet

Jurisprudence en matière d'assistance administrative internationale 110

Vorwort

Am 14. November 2012 veranstaltete die FINMA eine Tagung zum Thema «Würdigung der verwaltungsrechtlichen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts und des Bundesgerichts zum Finanzmarktrecht seit 2009». Die Referenten beleuchteten in ihren Vorträgen Fälle der drei vorangehenden Jahre aus dem Blickwinkel eines FINMA-Vertreters (Dr. Urs Zulauf), eines Rechtsanwalts (Dr. Daniel Daeniker), einer Richterin des Bundesverwaltungsgerichts (Eva Schneeberger), einer Gerichtsschreiberin am Bundesgericht (Dina Beti) und eines Vertreters der Wissenschaft (Prof. Dr. Christian Bovet). Die Beiträge werden im vorliegenden Sonderbulletin veröffentlicht und stellen die schriftlichen Fassungen der gehaltenen Referate dar. Die Reihenfolge der Beiträge entspricht dem Verlauf des Tagungsprogramms. Den Referenten sei für ihre Arbeit herzlich gedankt. Ein Dank geht auch an alle Helfer, die zum Gelingen der Tagung und der Veröffentlichung der Referate in diesem Bulletin beigetragen haben.

Avant-propos

La FINMA a organisé le 14 novembre 2012 une conférence sur le thème « Appréciation de la jurisprudence de droit administratif du Tribunal administratif fédéral et du Tribunal fédéral en lien avec le droit des marchés financiers depuis 2009 ». Les intervenants ont apporté dans leur exposé un éclairage sur des cas survenus au cours des trois années précédentes en les commentant du point de vue d'un représentant de la FINMA (Urs Zulauf, docteur en droit), d'un avocat (Daniel Daeniker, docteur en droit), d'une juge du Tribunal administratif fédéral (Eva Schneeberger), d'une greffière du Tribunal fédéral (Dina Beti) et d'un représentant du monde scientifique (Prof. Christian Bovet). La version écrite des exposés est publiée dans le présent bulletin spécial, en respectant l'ordre dans lequel ils ont été tenus durant la conférence. Que les intervenants soient ici sincèrement remerciés, de même que toutes les personnes ayant collaboré pour rendre possible cette manifestation et la publication des exposés dans ce bulletin.

Prefazione

Il 14 novembre 2012 la FINMA ha organizzato un convegno sul tema «Apprezzamento della giurisprudenza amministrativa del Tribunale amministrativo federale e del Tribunale federale in materia di diritto dei mercati finanziari dal 2009». Nei loro interventi i relatori hanno illustrato alcuni casi trattati nei precedenti tre anni, presentando al riguardo il punto di vista di un rappresentante della FINMA (dott. Urs Zulauf), di un avvocato (dott. Daniel Daeniker), di un giudice del Tribunale amministrativo federale (Eva Schneeberger), di un cancelliere del Tribunale federale (Dina Beti) e di un rappresentante del mondo accademico (Prof. dott. Christian Bovet). I contributi pubblicati nel presente bollettino speciale rappresentano la versione scritta dei loro interventi. L'ordine segue il programma del convegno. Ringraziamo cordialmente i relatori per la loro disponibilità e tutti coloro i quali, con il loro aiuto, hanno contribuito alla riuscita del convegno e alla pubblicazione degli interventi nel presente bollettino.

Gewähr im Gericht

Gewähr im Gericht – Die von den Schweizer Finanzmarktgesetzen geforderte «Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit» und das «Berufsverbot» im Lichte der jüngeren Rechtsprechung

Dr. Urs Zulauf *

* Der Autor war bis Ende Januar 2013 General Counsel, stellvertretender Direktor und Mitglied der Geschäftsleitung der FINMA. Das Referat gibt jedoch ausschliesslich seine persönlichen Ansichten wieder und ist nicht mit der FINMA abgesprochen. Marc Mauerhofer und Simona Bustini sei für ihre Hilfe bei der Materialsammlung und Durchsicht eines Entwurfs sehr gedankt.

Inhalt

Zusammenfassung		**10**
Résumé		**11**
Summary		**12**
Ausgewählte Literatur		**13**
1	**Gewährsjargon**	**15**
2	**Gewährsgrundlagen**	**16**
3	**Gewähr und Berufsverbot**	**17**
4	**Gewährsinhalt**	**20**
5	**Gewährsmassstab – ausländisches Recht als Referenz?**	**22**
6	**Gewährspraxis**	**24**
7	**Gewährsprüfung**	**27**
7.1	Watchlist	27
7.2	Gewährsbrief	28
7.3	Gewährsprüfung	30
8	**Bundesverwaltungsgericht zu Gewähr und Berufsverbot**	**31**
8.1	Übersicht	31
8.2	Gewährsmassnahmen sind zeitlich zu beschränken	32
8.3	Kognition des Bundesverwaltungsgerichts in Gewährsfällen definiert	35
8.4	Gewährsbriefpraxis der FINMA ist rechtskonform	37
8.5	Berufsverbot bestätigt	39
9	**Fazit**	**40**

Zusammenfassung

Der Beitrag schildert, erläutert und kommentiert die Praxis der FINMA (sowie der Eidgenössischen Bankenkommission [EBK] als einer ihrer Vorgängerbehörden) und des Bundesverwaltungsgerichts zur «Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit». Diese Gesetzesbestimmung stellt als unbestimmter Rechtsbegriff fachliche und ethische Anforderungen an Finanzinstitute und ihre Organe. Aus der intensiven Umsetzung dieser Norm hat sich ein eigentlicher Berufsjargon entwickelt (Ziffer 1). Eine Gewährsnorm findet sich in ähnlicher Form in allen Finanzmarktgesetzen (Ziffer 2). Das Aufsichtsinstrument des Berufsverbotes ergänzt die Gewährsbestimmung, ersetzt sie aber nicht (Ziffer 3). Die Praxis von EBK und FINMA und jene der Gerichte haben die Gewährsanforderungen formelhaft zusammengefasst (Ziffer 4). Als Massstab für die Gewähr dient nicht nur das schweizerische, sondern teilweise auch ausländisches Recht (Ziffer 5). Die EBK und die FINMA haben aus der Norm konkrete Anforderungen entwickelt, welche oft nachfolgende gesetzliche Normen beeinflusst haben (Ziffer 6). Von entscheidender Bedeutung für die Betroffenen ist ein transparentes Gewährsverfahren (Ziffer 7). Das Bundesverwaltungsgericht hat die Gewährspraxis von EBK und FINMA in fünf Entscheiden seit 2008 intensiv geprüft und sie im Wesentlichen bestätigt (Ziffer 8). Trotz der (stark gegensätzlichen) Kritik wird die FINMA ermutigt, die über Jahrzehnte entwickelte Gewährspraxis sorgfältig weiterzuführen und dabei auch Verantwortung zu übernehmen (Ziffer 9).

Résumé

La contribution décrit, explique et commente la pratique de la FINMA (ainsi que de la Commission fédérale des banques [CFB], qui la précédait) et du Tribunal administratif fédéral quant à la « garantie d'une activité irréprochable ». Cette disposition légale est une norme juridique indéterminée imposant aux établissements financiers et à leurs organes des exigences professionnels et éthiques. La mise en œuvre intensive de cette norme a engendré la formation d'un véritable jargon juridique (chiffre 1). Une norme de garantie d'activité irréprochable se trouve sous une forme semblable dans toutes les lois relatives aux marchés financiers (chiffre 2). L'instrument de surveillance que constitue « l'interdiction d'exercer » vient compléter la disposition relative à la garantie d'une activité irréprochable, mais ne la remplace pas (chiffre 3). La pratique de la CFB et de la FINMA ainsi que celle des tribunaux ont résumé de manière formelle les exigences en termes de garantie (chiffre 4). Les critères de garantie d'une activité irréprochable se fixent non seulement en fonction du droit suisse, mais aussi en partie à l'aune du droit étranger (chiffre 5). La CFB et la FINMA ont élaboré à partir de cette norme des exigences concrètes qui ont elles-mêmes souvent influencé des normes légales par la suite (chiffre 6). La transparence de la procédure de vérification de la garantie d'une activité irréprochable est d'une importance capitale pour les établissements et personnes concernés (chiffre 7). Le Tribunal administratif fédéral a vérifié de manière intensive et, pour l'essentiel, confirmé la pratique de la CFB et de la FINMA par cinq décisions prises depuis 2008 (chiffre 8). Malgré les critiques (très contradictoires) reçues, la FINMA est encouragée à poursuivre cette pratique développée sur des décennies et à assumer sa responsabilité dans ce domaine (chiffre 9).

Summary

This contribution describes, explains and provides a commentary on the practice of FINMA (as well as the Swiss Federal Banking Commission [SFBC], one of its predecessor authorities) and the Federal Administrative Court concerning the 'assurance of proper business conduct'. This undefined legal term imposes professional and ethical requirements on financial institutions and their management. Its widespread implementation has created an entire field of professional jargon (section 1). All Swiss financial market laws contain such a provision on business conduct, phrased in similar terms (section 2). The supervisory instrument of prohibiting the practicing of a profession complements the business conduct provision, but does not replace it (section 3). The practice established by the SFBC and FINMA, and by the courts, has condensed the business conduct requirements into a standard formula (section 4). Swiss law is not the sole benchmark of proper business conduct; foreign law also partly contributes to its interpretation (section 5). The SFBC and FINMA have developed specific requirements based on the standard that have often influenced subsequent legislation (section 6). Transparency in proceedings to investigate business conduct is of crucial importance to those affected (section 7). The Federal Administrative Court has subjected the SFBC's and FINMA's practice in this area to detailed examination in five judgments since 2008, and has in essence confirmed said practice (section 8). Despite the (starkly contrasting) criticisms leveled against its practice with regard to the rule on business conduct standard, FINMA is encouraged to continue carefully applying the practice developed over the decades, and to assume responsibility in this area (section 9).

Ausgewählte Literatur

AELLEN, MARCEL L., Die Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit, Diss. Bern 1990

BAUMGARTEN, MARK-OLIVER/BURCKHARDT, PETER/ROESCH, ALEXANDER, Gewährsverfahren im Bankenrecht und Verhältnis zum Strafverfahren, AJP 2006, 169 ff.

BESSON, PIERRE, Abus de marché: point de la situation et perspectives, in: Thévenoz, Luc/Bovet, Christian (Hrsg.), Journée 2007 de droit bancaire et financier, Zürich 2008, 79 ff.

CHATTON, GREGOR T., La garantie d'une activité irréprochable et l'intérêt actuel du dirigeant revisités, AJP 2011, 1195 ff.

DE CAPITANI, WERNER, in: Schmid, Niklaus (Hrsg.), Kommentar, Einziehung, Organisiertes Verbrechen, Geldwäscherei, Band II, Zürich 2002

HERTIG, GÉRARD, La diligence des banques: les règles de conduite vis-à-vis des clients, aspects de droit public, ZSR 1994 II, 249 ff.

HIRSCH, ALAIN, La garantie d'une activité irréprochable: l'évolution de la pratique, in: EBK-Bulletin 50 (2007), 29 ff.

KILGUS, SABINE, Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit – Grundlage für ethisches Handeln von Finanzintermediären? abrufbar unter www.lawyerlutz.ch/newsletter/newsletter_03_07.pdf

KLEINER, BEAT/SCHWOB, RENATE, in: Zobl, Dieter et al. (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen, Zürich, Ausgabe April 2005

LOMBARDINI, CARLO, Droit bancaire suisse, Zürich 2008

NOBEL, PETER, 49 Nummern «leading cases»: die Vergangenheit ihrer Zukunft, EBK-Bulletin 50 (2007), 44 ff.

NOBEL, PETER, FINMAG – Ende der Magie?, SJZ 2009, 253 ff.

NOBEL, PETER, Schweizerisches Finanzmarktrecht und internationale Standards, 3.A., Bern 2010

ROTH, MONIKA, Retrozessionen – no sense of timing and reasoning?, Jusletter vom 11. Februar 2013

UHLMANN, FELIX, Berufsverbot nach Art. 33 FINMAG, SZW 2011, 437 ff.

WINZELER, CHRISTOPH, in: Watter, Rolf et al. (Hrsg.), Basler Kommentar zum Bankengesetz, Basel 2005

ZULAUF, URS, Gläubigerschutz und Vertrauensschutz: zur Sorgfaltspflicht der Bank im öffentlichen Recht der Schweiz, ZSR 1994 II, 359 ff.

ZULAUF, URS, «Weissgeldstrategie» für das Schweizer Private Banking?, in: Isler, Peter R./Cerutti, Romeo (Hrsg.), Vermögensverwaltung VI, Zürich (erscheint im Herbst 2013)
ZULAUF, URS/WYSS, DAVID/ROTH, DANIEL, Finanzmarktenforcement, Bern 2008

1 Gewährsjargon

Das Erfordernis eines guten Rufes und der «Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit» («toutes garanties d'une activité irréprochable», «garanzia di un'attività irreprensibile») ist wohl die berühmteste und kontroverseste Bestimmung der geltenden Schweizer Finanzmarktgesetzgebung. Sie geht zurück auf einen Bundesbeschluss von 1969[1]. Der sperrige amtsdeutsche Ausdruck sollte in der Folge eine grosse Strahlkraft entwickeln. Davon konnten die Beamten des damaligen Eidgenössischen Finanz- und Zolldepartementes (EFZD) kaum ausgehen, als sie die Formulierung erfanden oder irgendwo kopierten. Einer mag etwas geahnt haben, nämlich der damalige Chefjurist des EFZD Bernhard Müller. Dieser vor einigen Jahren verstorbene phantasievolle Jurist und sein Nachfolger Daniel Zuberbühler waren als langjährige Direktoren des Sekretariates der Eidgenössischen Bankenkommission (EBK) die Mentoren einer extensiven und kreativen Anwendung der «Gewährsbestimmung», welche am Ursprung von deren Prominenz stand.

Die ausgedehnte «Gewährspraxis» der FINMA (und vorher vor allem der EBK) und die damit verbundene häufige Anwendung des «Gewährsartikels» führten auf sprachlicher Ebene zu einem eigentlichen «Gewährsjargon», den eigentlich nur noch Personen deutscher Sprache und mit engem Bezug zur Schweizer Finanzmarktregulierung verstehen. Hier der Versuch einer Kostprobe:

> Hat ein Organ oder Grossaktionär («Aktionärsgewähr») eines beaufsichtigen Finanzinstituts in einer «Gewährsposition» als «Gewährsträger» wegen eines allenfalls «gewährswidrigen» Verhaltens ein «Gewährsproblem», so bietet er möglicherweise keine «Gewähr» mehr und verletzt das «Gewährserfordernis». Es drohen ihm eine «Gewährsabklärung», eine «Gewährsprüfung» oder gar ein formelles «Gewährsverfahren» der FINMA. Alle diese unangenehmen Weiterungen haben das Potenzial, ihm künftig alle «gewährsrelevanten» Tätigkeiten bei Finanzinstituten zu verschliessen. Dies kann ein «Gewährsbrief» als Möglichkeit andeuten oder eine «Gewährsverfügung» hoheitlich festhalten. Glück hat der Betroffene, wenn seine Position hierarchisch unter der «Gewährsträgerschwelle» angesiedelt ist. Auch hier vermag ihn aber allenfalls ein behördliches Berufsverbot zu treffen[2].

[1] Zur Entstehung der Bestimmung AELLEN, 52 ff.
[2] Dazu nachfolgend Ziffer 3.

Gegenüber diesem Gewährsjargon mag man skeptisch sein. Er hat sich in der Praxis, auch bei den Gerichten[3], aber wohl durchgesetzt. Er dürfte auch künftig kaum zu bremsen sein, weil er praktisch ist und deshalb das sprachliche Leben der Gewährsprofis vereinfacht.

2 Gewährsgrundlagen

Eine «Gewährsbestimmung» findet sich heute in fünf der sieben «Finanzmarktgesetze»[4]. Grundlage und Ausgangpunkt bildet die seit 1971 geltende Fassung des Bankengesetzes (BankG). Danach wird eine Bankbewilligung erteilt, «wenn … die mit der Verwaltung und Geschäftsführung der Bank betrauten Personen einen guten Ruf geniessen und Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten»[5].

Diese Formulierung wurde 1995 im Wesentlichen auch ins Börsengesetz übernommen[6], obschon sich die Finanzbranche dagegen wehrte, um der ihrer Ansicht nach ausufernden Praxis der EBK gesetzgeberisch Einhalt zu gebieten. Relevante Unterschiede zwischen den Texten bestehen nur in zwei Punkten: Zum einen stellt das Börsengesetz, ausgehend von der Praxis der damaligen EBK, klar, dass auch ein «Gesuchsteller», das heisst der Effektenhändler als juristische Person selbst, und seine «massgebenden Aktionäre» Gewähr bieten müssen. Zum andern erfasst die börsengesetzliche Bestimmung alle «verantwortlichen Mitarbeiter» im Gewährskreis, was neben dem Verwaltungsrat und der Geschäftsleitung auch hierarchisch tiefer stehende Personen umfasst. Den «guten Ruf» nennt das Börsengesetz nicht. Dies hat in der Praxis aber keine Bedeutung.

Eine leichte Nuance enthält das Geldwäschereigesetz (GwG) von 1997[7]. Danach müssen der Finanzintermediär «selbst sowie die mit seiner Verwaltung und Geschäftsführung betrauten Personen einen guten Ruf geniessen und Gewähr für die Erfüllung der Pflichten nach diesem Gesetz bieten». Die FINMA und die Gerichte[8] legen auch diese Formulierung in gleichem Sinne wie die Gewährsbestimmung des Bankengesetzes aus.

Die Formulierung im Kollektivanlagengesetz (KAG) von 2006 lautet fast gleich wie im Bankengesetz[9]. Die noch eingrenzende Formulierung des Vorgängererlasses, des Anlagefondsgesetzes von 1994[10], wurde zugunsten der etablierten Gewährsformulierung des Bankengesetzes aufgegeben. Ausdrücklich fordert das Kollektivanlagengesetz die «erforderlichen fachlichen Qualifikationen». Auch darin liegt keine inhaltliche Besonderheit.

Im Versicherungsaufsichtsgesetz (VAG) hat die Gewähr sogar eine eigene Artikelüberschrift erhalten[11]. Der Wortlaut beschränkt die Gewähr zwar auf die natürlichen Personen im Verwaltungsrat und in der Geschäftsleitung, wobei die FINMA laut Botschaft des Bundesrates auch Anforderungen an diese Gremien als Ganzes stellen können soll[12]. Bemerkenswert ist auch, dass das Gesetz die Konkretisierung der «beruflichen Fähigkeiten» der Organe dem Bundesrat und nicht der FINMA überträgt. Dieser ist diesem Auftrag allerdings nur rudimentär nachgekommen[13]. Der Wortlaut der Gewährsbestimmung im Versicherungsaufsichtsgesetz schliesst nicht aus, dass die FINMA abstrakte Anforderungen an die Gewähr der Versicherungsunternehmung formuliert. Mit Art. 46 Abs. 1 Bst. b wird die FINMA auch ausdrücklich aufgefordert, die Gewähr der Versicherungsunternehmen zu prüfen.

Die im Einzelnen unterschiedlichen Formulierungen der Gewähr in den Finanzmarktgesetzen machen, in den Worten des berühmten früheren Berner Obligationenrechtlers Hans Merz, «die Rechtsordnung bunter, aber nicht reicher». Die Aussagekraft und Bedeutung der Unterschiede ist minimal, und Praxis und Rechtsprechung gehen denn auch klar in Richtung eines einheitlichen Verständnisses[14]. Es wird sich zeigen, ob sich diese Gravitationskräfte auch auf verwandte Rechtsgebiete auswirken werden, welche wie die Revisionsaufsicht[15] und die berufliche Vorsorge[16] von den Beaufsichtigten ebenfalls einen guten Ruf und Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit verlangen.

3 Gewähr und Berufsverbot

Das Finanzmarktaufsichtsgesetz (FINMAG) führte im Januar 2009 das «Berufsverbot» im Schweizer Finanzmarktrecht ein[17]. Das Berufsverbot ergänzt für alle Finanzmarktgesetze das «Gewährserfordernis» sowie das «Tätigkeitsverbot» des Börsengesetzes[18]. Neben der Einziehung unrechtmässiger Gewinne ist es das einzige wesentliche neue Aufsichtsinstrument, welches mit dem FINMAG geschaffen wurde. Alle anderen Forderungen nach schärferen Sanktionsbefugnissen fielen

3 So beim Bundesverwaltungsgericht, vgl. Urteil B-3708/2007, 4. März 2008 (= BVGE 2008/23).
4 Vgl. Art. 1 FINMAG.
5 Art. 3 Abs. 2 Bst. c BankG; für Finanzgruppen und -konglomerate gilt Art. 3f BankG.
6 Art. 10 Abs. 2 Bst. d BEHG.
7 Art. 14 Abs. 2 Bst. c GwG.
8 Das Bundesgericht liess 2003 offen, ob die Praxis zur Gewährsbestimmung des BankG für das GwG vollständig zu übernehmen sei, schützte aber den entsprechenden Entscheid der damaligen Kontrollstelle für die Bekämpfung der Geldwäscherei, BGE 129 II 438, E. 3.3. Das Bundesverwaltungsgericht interpretierte im Jahre 2008 Art. 14 GwG aus Gründen der Kohärenz gemäss der Praxis zum BankG, Urteil B-2318/2006, 23.6.2008, E. 3.2.
9 Art. 14 Abs. 1 Bst. b KAG.

10 Art. 9 Abs. 5 AFG 1994 (AS 1994 2523): «Die geschäftsführenden Personen der Fondsleitung müssen einen guten Ruf geniessen sowie nach Ausbildung und Erfahrung zur Erfüllung ihrer Aufgaben geeignet sein.»
11 Art. 14 und (für Versicherungsgruppen) 67 VAG: «Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit».
12 BBl 2003 3814 f. Ebenso beauftragt Art. 46 Abs. 1 Bst. b VAG die FINMA, die Gewähr der «Versicherungsunternehmen» zu prüfen. Die FINMA hat dies in ihrem Rundschreiben 2008/32 «Corporate Governance Versicherer» in Rz. 10 ff. auch getan.
13 Art. 12 bis 14 AVO.
14 Vgl. die Hinweise in FN 8 sowie Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2274/2012, 19.6.2013, E. 4.1.3 (Auslegung des guten Rufes nach Revisionsaufsichtsgesetz im Lichte der Finanzmarktgesetze).
15 Art. 4 bis 6 RAG, SR 221.302: «unbescholtener Leumund» und «notwendige Fachpraxis», dazu das soeben zitierte Urteil.
16 Art. 51b Abs. 1 BVG.
17 Art. 33 FINMAG: «Berufsverbot».
18 Art. 35a BEHG: «Tätigkeitsverbot».

schon im Vorfeld der parlamentarischen Debatte der Lobbyarbeit der Finanzbranche in der Expertenkommission Zimmerli zum Opfer.

Das Berufsverbot kann parallel zu «Gewährsmassnahmen» zur Anwendung kommen. So führte der Bundesrat in seiner Botschaft aus:

> «Das Berufsverbot nach Artikel 33 ist von den Massnahmen zu unterscheiden, welche im Rahmen der Prüfung der Bewilligungsvoraussetzungen nach den Finanzmarktgesetzen getroffen werden. […] Die FINMA kann im Rahmen der Gewährsprüfung in schwerwiegenden Fällen (z.B. bei Anlagebetrug) eine Person als Organ oder Eigentümer einer oder eines Beaufsichtigten ablehnen, auch wenn ihr gegenüber kein Berufsverbot ausgesprochen worden ist oder die Frist des Berufsverbots abgelaufen ist. Sie kann ausserdem auf den Erlass eines Berufsverbots verzichten, wenn die Person nie mehr im Finanzsektor tätig sein wird.»[19]

Diese Aussage rief im Parlament keinen Widerspruch hervor. Berufsverbot und Gewähr unterscheiden sich vor allem in sieben Punkten. Weniger wichtig sind davon die folgenden vier:

1. Das Berufsverbot verfolgt auch ein repressives Ziel[20], während bei der Gewähr klar die Prävention im Vordergrund steht. Das Bundesverwaltungsgericht fragte sich im Jahre 2012 in einem (im konkreten Fall unnötigen) obiter dictum sogar, ob das Berufsverbot strafrechtlicher Natur im Sinne von Art. 6 Ziffer 1 EMRK sei, liess die Frage jedoch offen[21]. Ob der Gesetzgeber eine Massnahme präventiv oder repressiv betrachtet, ist in der Praxis kaum relevant. Die von einer Gewährsmassnahme der FINMA Betroffenen empfinden auch diese ebenfalls als repressive Sanktion. Zudem hat das Bundesgericht in seiner jüngsten Rechtsprechung auch für das durch die FINMA publizierte Werbeverbot das Gewicht wieder auf die Prävention gelegt[22].
2. Die FINMA kann nur natürlichen Personen ein Berufsverbot auferlegen, während sie und die Gerichte[23] das Gewährserfordernis auch abstrakt auf beaufsichtigte Institute («Institutsgewähr») anwenden.
3. Ein Berufsverbot kann nach dem Wortlaut des Gesetzes nur gegen Organe und leitende Mitarbeiter ausgesprochen werden. Demgegenüber verlangen die Finanzmarktgesetze in leicht modifiziertem Wortlaut auch eine Gewähr von qualifizierten Aktionären («Aktionärsgewähr»)[24].

[19] Bundesrat, Botschaft Finanzmarktaufsichtsgesetz BBl 2006 2882.
[20] A.a.O. 2448, 2882.
[21] «Gratisprüferfall»: Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-5121/2011, 31. Mai 2012 (= BVGE 2012/10), E. 5.3, vgl. dazu nachfolgend Ziffer 8.5.
[22] Urteile des Bundesgerichts 2C_30/2011 und 2C_543/2011, beide vom 12. Januar 2012, E. 5.2.2; anders noch 2C_929/2010 vom 13. April 2011, E. 5.2; dazu der Aufsatz von DINA BETI in diesem FINMA-Sonderbulletin, Ziffer 2.
[23] Dazu zuletzt das Bundesverwaltungsgericht im Fall Bellevue, B-2204/2011 (= BVGE 2012/33), 24. Juli 2012, E.10; die Verfügung der EBK im Fall UBS/US-Geschäft, 21. Dezember 2008, FINMA-Bulletin 1 (2010), 76 ff., Rz. 54; der Fall Bank Vontobel/Think Tools, EBK-Bulletin 45 (2003), 176 f.; und der Fall SKA/Biber, Bundesgerichtsurteil, 2. Februar 2000, EBK-Bulletin 40 (2000), 37. Leading Case ist der Schiffshypothekenfall aus dem Jahr 1985: BGE 111 Ib 126; für weitere Hinweise auf ältere Fälle vgl. ZULAUF (1994), 423, FN 351.
[24] Art. 3 Abs. 2 Bst. c BankG; Art. 10 Abs. 2 Bst. d BEHG; Art. 10 Abs. 1 Bst. b KAG; Art. 4 Abs. 2 Bst. f VAG; keine Aktionärsgewähr verlangt das GwG.

4. Schliesslich kann ein Berufsverbot wie eine Einziehung unrechtmässiger Gewinne nach Art. 34 FINMAG nur bei einer «schweren Verletzung des Aufsichtsrechts» ausgesprochen werden, während die Gewähr nicht ausdrücklich eine qualifizierende Schwere der implizit ebenfalls vorausgesetzten Rechtsverletzung verlangt. Auch dieser Unterschied sollte nicht überbewertet werden. So hat das Bundesverwaltungsgericht im bisher einzigen Entscheid zum Berufsverbot im Fall «Gratisprüfer»[25] eine eher strenge Auslegung der FINMA zur Unabhängigkeit leitender Prüfer geschützt und ihre Verletzung als «schwere Verletzung des Aufsichtsrechts» betrachtet.

Wichtiger als die genannten Unterschiede zwischen Berufsverbot und Gewähr sind die drei folgenden:

5. Die maximale Dauer eines Berufsverbotes ist gesetzlich auf fünf Jahre beschränkt, während die Gewährsbestimmungen sich nicht zu einer Befristung von Massnahmen äussern. Die Rechtsprechung zur Gewähr verlangt jedoch auch bei Gewährsmassnahmen gegen Organe eine zeitliche Beschränkung[26]. Allerdings geht aus der eingangs zu dieser Ziffer zitierten Stelle in der Botschaft des Bundesrates zum FINMAG hervor, dass die FINMA in extremen Fällen eine Person, wie etwa einen Anlagebetrüger, lebenslang von einer Gewährsposition in einem beaufsichtigten Institut ausschliessen kann.
6. Nach dem klaren Wortlaut von Art. 33 FINMAG und dem klaren Willen des Gesetzgebers[27] erfasst das Berufsverbot nicht nur Gewährsträger, sondern auch hierarchisch tiefere Funktionen. Die FINMA soll den für eine «schwere Verletzung des Aufsichtsrechts» «verantwortlichen Personen» eine «Tätigkeit in leitender Stellung» untersagen können. Damit geraten potenziell Zehntausende von Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern in der Finanzbranche auf den Radar der FINMA, was für diese eine grosse Herausforderung darstellt, vor allem angesichts des folgenden Punktes.
7. Nach der von den Gerichten geschützten Praxis von EBK und FINMA führen diese keine Gewährsverfahren, wenn die Person mit einem Gewährsproblem aktuell keine Gewährsposition (mehr) besetzt oder «[k]eine ausreichend konkrete Aussicht auf eine verantwortliche Funktion im beaufsichtigten Sektor»[28] hat. Ein Berufsverbot könnte die FINMA hingegen sogar dann erlas-

[25] Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-5121/2011, 31. Mai 2012 (= BVGE 2012/10), E. 8; dazu nachfolgend Ziffer 8.5.
[26] Dazu nachfolgend Ziffer 8.2.
[27] Bundesrat, Botschaft Finanzmarktaufsichtsgesetz BBl 2006 2881 f.
[28] FINMA-Enforcement-Policy (Stand 10.11.2011), Grundsatz 7. Die FINMA prüfte und bestätigte im Jahr 2009 diese Praxis der EBK: FINMA-Jahresbericht 2009, 19 f.

sen, wenn die Betroffenen nicht mehr im Finanzbereich tätig sind oder tätig sein wollen. Nach der zitierten Passage in der Botschaft zum FINMAG kann die FINMA jedoch auch auf den Erlass eines Berufsverbots verzichten, «wenn die Person nie mehr im Finanzsektor tätig sein wird»[29]. In ihrer «Enforcement-Policy» (Stand November 2011)[30] ist die FINMA denn auch vorsichtig. So signalisiert sie «Zurückhaltung bei Verfahren gegen natürliche Personen» (Grundsatz 6), führt «grundsätzlich keine Verfahren gegen ausgeschiedene Personen» (Grundsatz 8) und postuliert einen «abgewogenen Einsatz von Berufsverboten» (Grundsatz 9).

Diese Zurückhaltung wird allgemein als klug erachtet, es sei denn, politische Opportunitäten verlangen periodisch öffentliche Bekenntnisse zu (noch) mehr Härte im Finanzmarktenforcement[31].

Bisher hat die FINMA nur vereinzelte Berufsverbote ausgesprochen, aber mit zunehmender Tendenz in den letzten zwei Jahren[32]. Der wohl wichtigste Anwendungsfall gegen die Organe der KPT-Zusatzversicherung[33] ist nicht rechtskräftig und seit 17 Monaten (Stand Juli 2013) vor dem Bundesverwaltungsgericht hängig. Dieser Fall bestätigte die Tendenz einer integralen und sektorübergreifenden Anwendung des Gewährsartikels und des Berufsverbots durch die FINMA. Sie verbot zwei Verwaltungsräten des KPT-Krankenzusatzversicherers während vier Jahren eine Tätigkeit im gesamten Finanzbereich, nicht nur im Versicherungsbereich. Hintergrund war jedoch ein gewährswidriges Verhalten und eine schwere Aufsichtspflichtverletzung, welche nach Einschätzung der FINMA sogar als ungetreue Geschäftsbesorgung strafbar sein könnte. Auch das durch die FINMA deswegen ausgelöste Strafverfahren ist noch hängig.

4 Gewährsinhalt

Die Praxis hat in den letzten Jahren die Gewähr mit verschiedenen Standardformulierungen umschrieben.

So führte die FINMA im Januar 2011 in einem Marktmissbrauchsfall aus:

> «Die mit der Verwaltung und Geschäftsführung der Bank betrauten Personen müssen einen guten Ruf geniessen und Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten (...). Die Gewährsträger müssen fachlich kompetent sein und sich im Geschäftsverkehr korrekt verhalten. Unter korrektem Verhalten ist in erster Linie die Beachtung der Rechtsordnung, d.h. der Gesetze und Verordnungen, der Vorschriften und der Praxis der Aufsichtsbehörde, der Standesregeln und der internen Richtlinien zu verstehen. Was für die einzelnen Gewährsträger gilt, gilt auch für die Bank als Unternehmung, d.h. die Bank muss als Unternehmung die Bewilligungsvoraussetzung einer einwandfreien Geschäftstätigkeit ebenfalls erfüllen (...). Die gleichen Grundsätze sind analog anwendbar für Effektenhändler, ihre verantwortlichen Mitarbeiter sowie die massgebenden Aktionäre (vgl. Art. 10 Abs. 2 Bst. d des Börsengesetzes [...]). Der Gehalt der beiden Bestimmungen ist deckungsgleich (...).»[34]

Ähnlich lauten die Umschreibungen des Bundesverwaltungsgerichts:

> «Eine einwandfreie Geschäftstätigkeit erfordert fachliche Kompetenz und ein korrektes Verhalten im Geschäftsverkehr. Unter korrektem Verhalten im Geschäftsverkehr ist in erster Linie die Beachtung der Rechtsordnung, d. h. der Gesetze und der Verordnungen, namentlich im Banken- und im Börsenrecht, aber auch im Zivil- und Strafrecht, sowie der Statuten und des internen Regelwerkes der Bank bzw. des Effektenhändlers zu verstehen. Mit anderen Worten ist mit dem Gebot einwandfreier Geschäftstätigkeit nicht zu vereinbaren, wenn das Geschäftsgebaren gegen einschlägige Rechtsnormen, internes Regelwerk, Standesregeln oder vertragliche Vereinbarungen mit Kunden, bzw. gegen die Treue- und Sorgfaltspflichten diesen gegenüber, verstösst (...).»[35]

... und des Bundesgerichts:

> « Selon l'art. 3 al. 2 lettre c LB, une banque ne peut obtenir l'autorisation d'exercer qu'à la condition que les personnes chargées de l'administrer et de la gérer jouissent d'une bonne réputation et présentent toutes garanties d'une activité irréprochable. Cette disposition vise au premier chef à protéger les créanciers et, par là, à préserver la crédibilité dont doivent bénéficier les banques et l'ensemble de la place financière suisse (...). Il est ainsi nécessaire que ces personnes possèdent les compétences professionnelles

[29] Bundesrat, Botschaft Finanzmarktaufsichtsgesetz BBl 2006 2882.

[30] Dazu ZULAUF/WYSS/ROTH, 6 ff. Verschiedene Gerichtsurteile nehmen darauf Bezug und messen die Praxis der FINMA daran: Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-5121/2011, 31. Mai 2012 (= BVGE 2012/10), und B-1583/2011, 8. Juni 2011; BGE 137 II 284.

[31] So der Bundesrat in seinem Bericht zum «Verhalten der Finanzmarktaufsicht in der Finanzmarktkrise – Lehren für die Zukunft» (12. Mai 2010). Darin «legt er der FINMA nahe», «gegen Mitglieder von Unternehmensleitungen auch nach deren Ausscheiden Verfahren zu führen» (6, 27). Das Parlament überwies aus Anlass der Debatte über eine «Lex USA» im Juni 2013 eine Motion (13.3410), worin es den Bundesrat «beauftragt, mit der Finma unter Respektierung von deren Unabhängigkeit zu erreichen, dass diese ihre Enforcement-Policy im Bereich der Gewährserfordernis verschärft, damit Bankmanager im zutreffenden Fall mit dem in Artikel 33 des Finanzmarktaufsichtsgesetzes vorgesehenen Berufsverbot versehen werden. Die Finma soll in ihrem Jahresbericht darüber statistische Angaben liefern.»

[32] Die Detailangaben in den FINMA-Jahresberichten dazu sind jedoch rudimentär.

[33] Vgl. Medienmitteilung der FINMA vom 11. Januar 2012.

[34] Verfügung vom 21. Januar 2011, FINMA-Bulletin 3 (2012), 116 ff., Rz. 43; sehr ähnlich der Fall UBS/US-Geschäft, EBK-Verfügung vom 21. Dezember 2008, FINMA-Bulletin 1 (2010), 76 ff., Rz. 54.

[35] Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3708/2007, 4. März 2008 (= BVGE 2008/21), E. 3.1; ausführlicher im Fall «Kommanditärenstreit», Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-5535/2009, 6. Mai 2010 (= BVGE 2010/39), E. 4.

requises par leur charge, qui dépendent de l'étendue et de la nature de la fonction, de même que de la taille et de la complexité de l'établissement. Ces personnes doivent en outre se comporter correctement en affaires et respecter la législation en vigueur, les directives et la pratique des autorités de surveillance, ainsi que les usages de la profession et les directives internes. Si l'intéressé a quitté son dernier poste dans des circonstances douteuses, il faut encore tenir compte des éléments ayant mené à cette issue, de la portée des manquements constatés sur les nouvelles activités, du comportement adopté depuis le renvoi ou le départ, et du temps écoulé depuis les faits reprochés (...). »[36]

Die Formulierungen sind ähnlich. Sie variieren in Funktion der Besonderheiten der Fälle, der Sprache und der Präjudizien, welche ihre Redaktoren referenzieren. Die Bedeutung der Unterschiede in den Formulierungen ist jedoch nicht gross.

5 Gewährsmassstab – ausländisches Recht als Referenz?

Die Gewährsbestimmung ist ein unbestimmter Rechtsbegriff, bei dessen Auslegung sowohl die FINMA als auch die Gerichte vorfrageweise die Normen anderer Rechtsgebiete als Massstab benützen. Die vorne in Ziffer 4 wiedergegebenen Formulierungen der Praxis der Aufsichtsbehörde rechnen dazu in jedem Fall das schweizerische Aufsichtsrecht, aber auch das übrige Schweizer Straf-, Verwaltungs- und Zivilrecht (Vertragsrecht, Treu und Glaube, Recht und Sitte) sowie das interne Regelwerk der Beaufsichtigten, die Selbstregulierung und die Usanzen und Gebräuche des Rechtsverkehrs[37].

Die Frage stellt sich, ob und wieweit die FINMA auch ausländisches Recht als Referenz bei Gewährsprüfungen vorfrageweise prüfen soll. Die Fragestellung ist nicht neu[38]. Sie hat jedoch in den letzten Jahren vermehrte Aktualität gewonnen. Banknahe Autoren sind da sehr zurückhaltend, so etwa KLEINER/SCHWOB:

«Ausländische Strafnormen (EBK-Bulletin 1978/3 60) dürfen nur dann zur Beurteilung herbeigezogen werden, wenn der Tatbestand auch nach unserem Recht strafbar oder Unsittlichkeit nach unserer Rechtsauffassung (...) gegeben ist, ausländische Urteile nur dann, wenn das Verfahren unseren Standards entspricht. Angesichts der zunehmenden Rechtswillkür im internationalen Bereich ist Zurückhaltung zu üben.»[39]

Die Praxis der EBK nahm seit langem bei Gewährsprüfungen in Einzelfällen auch Bezug auf ausländisches Recht als Vorfrage von Gewährsbeurteilungen. Die FINMA nahm auch diese Praxis auf und beurteilte in den letzten Jahren verschiedentlich Sachverhalte unter dem Gewährsaspekt, welche sich im Ausland ereignet hatten[40]. Die FINMA vertiefte die Praxis und verband sie mit einer aus dem Organisationserfordernis folgenden Risikobetrachtung, vor allem im Kontext mit den erhöhten Risiken, welche sich aus der Missachtung von ausländischem Aufsichts- und Steuerrecht im grenzüberschreitenden Privatkundengeschäft der Banken ergeben:

«Das Beachten ausländischer Rechtsvorschriften folgt zwar nicht direkt aus dem Schweizer Aufsichtsrecht. Auch ist anzuerkennen, dass die anwendbaren Bestimmungen des US-Rechts dem Schweizer Aufsichtsrecht teilweise fremd sind. Angesichts der sehr grossen Exposition der A. AG in den USA war aber das konsequente Beachten des US-Rechts aus Sicht des Risikomanagements ein absolutes Erfordernis.»[41]

«Die Überprüfung der Einhaltung des ausländischen Aufsichtsrechts durch eine beaufsichtigte Bank gehört grundsätzlich nicht zu den Aufgaben der FINMA. Dies gilt insbesondere für ausländische Aufsichtsnormen, welche von den schweizerischen erheblich abweichen, indem sie beispielsweise grenzüberschreitende Dienstleistungen viel einschränkenderen Bedingungen unterstellen als das schweizerische Aufsichtsrecht. Die Verletzung ausländischen Aufsichtsrechts oder anderer ausländischer Normen durch beaufsichtigte Banken kann aber beträchtliche Rechts- und Reputationsrisiken bergen. Die Vorschriften des Bankengesetzes betreffend das Erfordernis des adäquaten Risikomanagements, der angemessenen Organisation sowie der Gewähr für einwandfreie Geschäftstätigkeit verlangen daher, dass in der grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringung Beaufsichtigte das anwendbare ausländische Aufsichtsrecht regelmässig abklären und die damit verbundenen Risiken erfassen, begrenzen und kontrollieren. Sie sind durch geeignete Massnahmen zu minimieren.»[42]

[36] Fall «Geheime Nostrokonti», Bundesgerichtsurteil 2A.261/2004, 27. Mai 2004 (= EBK-Bulletin 46/2004, 31), E. 1.
[37] Vgl. die Praxisübersicht bei KLEINER/SCHWOB, Art. 3 N. 199 ff.
[38] ZULAUF (1994), 399 ff.
[39] Kommentar zum Bankengesetz, Art. 3 N. 245 (Ausgabe April 2005).
[40] So beispielsweise in den Verfügungen i.S. UBS/Handelsverluste vom 18.11.2012 und UBS/LIBOR vom 19. Dezember 2012. Vgl. die Medienmitteilungen und Kurzberichte auf der FINMA-Website.
[41] FINMA-Verfügung vom 21. Dezember 2008, FINMA-Bulletin 1 (2010), 76 ff., Rz. 85.
[42] FINMA-Verfügung vom 11. Januar 2010, FINMA-Bulletin 1 (2010), 102 ff., Rz. 43.

«Auch wenn die übrigen Finanzmarktgesetze keine dem Versicherungsaufsichtsrecht nachgebildeten Normen kennen, können Verstösse gegen ausländische Vorschriften nach Schweizer Recht unter gegebenen Voraussetzungen relevant sein. Insbesondere kann die Verletzung ausländischen Rechts gegen bestimmte – offen formulierte – schweizerische Aufsichtsnormen verstossen; so insbesondere gegen das Erfordernis der Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit. Vor allem aber verlangen die aufsichtsrechtlichen Organisationsvorschriften, dass alle Risiken, einschliesslich Rechts- und Reputationsrisiken, angemessen erfasst, begrenzt und überwacht werden müssen …».[43]

Auch gegen diese Praxis der FINMA gab es die üblichen Reaktionen: Faust im Sack und vereinzelte öffentliche Proteste von Bankvertretern[44], langes Schweigen der Politik (welche froh war, sich nicht mit dem schwierigen Thema für den ganzen Finanzplatz beschäftigen zu müssen, und stattdessen einzelne Banken kritisierte) und nachträgliche Vorwürfe wegen zu späten und zu zögerlichen Verhaltens der FINMA[45].

6 Gewährspraxis

Wichtiger als die Formulierungen der zu Präjudizien geronnenen Gerichtspraxis zur Gewähr sind die langfristigen Trends in der Gewährspraxis der EBK und der FINMA. Seit den 80er Jahren hat die EBK mit einer extensiven Anwendung des Gewährsartikels insbesondere zwei Themenfelder beackert:

– Zum einen hat sie damit versucht, Missbräuche und Unsitten im Schweizer Private Banking und vor allem den «Missbrauch des Bankgeheimnisses» durch täuschende Handlungen aller Art[46] zu bekämpfen. Dies ist auch ein Anliegen des Gesetzgebers, was seit 1971 in der kuriosen Bestimmung von Art. 4[quater] BankG zum Ausdruck kommt. Demnach haben die Banken «im In- und Ausland jede irreführende sowie jede aufdringliche Werbung mit ihrem schweizerischen Sitz oder mit schweizerischen Einrichtungen zu unterlassen». Die «schweizerische Einrichtung» ist eine etwas verschämte Umschreibung des Bankgeheimnisses. In die gleiche Richtung geht der seit den 90er Jahren durch die Banken und ihnen nahestehende Autoren gepflegte Versuch, den Ausdruck Bankgeheimnis durch Bankkundengeheimnis zu ersetzen und damit salonfähiger zu machen. Das Bestreben blieb (in der Schweiz) nicht ohne Erfolg. So verwenden die Gerichte den Ausdruck «Bankkundengeheimnis» häufig, und er hat sogar höchstrichterliche Weihen empfangen[47]. Auch der Bundesrat ist eingeschwenkt[48], während es die FINMA soweit ersichtlich bei einer einmaligen Verwendung beliess[49].
– Zum anderen benutzten EBK und FINMA die Gewährsbestimmung, um Marktmissbräuche und Interessenkonflikte im Effektenhandel einzuschränken.

Die Praxis der EBK[50] wurde in mehreren Bereichen Vorläuferin späterer Regulierungen und Gesetzgebungen auf nationaler aber auch auf internationaler Ebene[51]:

– Seit Anfang der 80er Jahre entwickelte die EBK gestützt auf den Gewährsartikel eine Praxis[52], die von den Banken verlangt, die «wirtschaftlichen Hintergründe» eines Geschäftes abzuklären, welche darauf hindeuten, «dass es Bestandteil eines unsittlichen oder rechtswidrigen Sachverhaltes sein könnte, oder wenn es sich um ein kompliziertes, ungewöhnliches oder bedeutsames Geschäft handelt». Diese anfangs von den Banken heftig kritisierten[53] Abklärungspflichten haben sich durchgesetzt und sind heute in leicht modifizierter Form in Art. 6 Geldwäschereigesetz und Art. 12 ff. der FINMA-Geldwäschereiverordnung verankert. International hat die Praxis der EBK nachweislich die Geldwäschereiempfehlungen der Financial Action Task Force (FATF) beeinflusst[54].
– Grundlage dieser Gewährspraxis zur Abklärung der wirtschaftlichen Hintergründe bildete die Auffassung, dass das Bankengesetz nicht nur den Gläubigerschutz, sondern auch den Schutz des guten Funktionierens und des Rufes des Finanzplatzes und den Vertrauensschutz bezweckt. Auch diese Auffassung war hoch umstritten[55]. Die Kontroverse ist heute ohne Interesse, da der «Schutz der Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte» und die Stärkung des Ansehens» als Ziele des Gesetzes seit 2009 in Art. 5 FINMAG verankert sind.
– Unter anderem gestützt auf den Gewährsartikel erliess die EBK 1990 in einem Rundschreiben 91/3 ihre «Geldwäschereiricht-

43 FINMA-«Positionspapier Rechtsrisiken», Oktober 2010, 12.
44 KONRAD HUMMLER, «Fahrlässige Worte» des FINMA-Chefs, Sonntags-Zeitung, 7. März 2013.
45 MONIKA ROTH, Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit, Neue Zürcher Zeitung, 17. Juli 2013, 19. Sie kritisiert darin die FINMA für ihr «zögerliches Handeln». Die FINMA hätte nach Ansicht von ROTH nicht nur (was sie seit 2009 getan hat, vgl. ZULAUF [2013]) vor der Annahme unversteuerter Kundengelder unter dem Risikoaspekt warnen, sondern diese und jede andere potenzielle Verletzung ausländischen Rechts gestützt auf den Gewährsartikel unter einem Compliance-Aspekt verbieten sollen. Diese Bemerkung mehr als drei Jahre nach den ersten öffentlichen Warnungen durch Vertreter der FINMA zeigt exemplarisch die Spannweite der Erwartungshaltung gegenüber der Anwendung der Gewährsbestimmung durch die FINMA. Zur Frage des ausländischen Rechts als Massstab der Gewährsbeurteilung siehe Ziffer 5.
46 Die erneute Lektüre einer alten Liste von Praxisfällen ist im Rückblick eindrücklich: ZULAUF (1994), 512 ff. Damals sorgten solche Fälle mit steuerlichem Hintergrund nicht für Aufsehen.

47 So etwa im Fall «UBS/Kundendaten», BGE 137 II 431, E. 2.1.
48 Bundesrat, Botschaft FINMAG, BBl 2006 2868.
49 FINMA-Jahresbericht 2010, 6, mit dem bemerkenswerten Satz: «Da das Bankkundengeheimnis in seiner bisherigen Form künftig kaum mehr durchsetzbar sein wird, überdenken die Banken ihre Geschäftsmodelle (…).»
50 Für die FINMA kann nach erst viereinhalb Jahren Tätigkeit seit 2009 noch keine Aussage gemacht werden.
51 Dazu HIRSCH, 41 f.
52 HIRSCH, 30 ff.; ZULAUF (1994), 493 ff.
53 Vgl. die Hinweise bei ZULAUF (1994), FN 140.
54 So lautete in der ersten Fassung von 1990 die Empfehlung 15: 'Financial institutions should pay special attention to all complex, unusual large transactions, and all unusual patterns of transactions, which have no apparent economic or visible lawful purpose. The background and purpose of such transactions should, as far as possible, be examined, (…).' Die heute geltende Fassung von 2012 (Empfehlung 10) geht nicht mehr so weit: 'Understanding and, as appropriate, obtaining information on the purpose and intended nature of the business relationship'.
55 ZULAUF (1994), 378 ff. m.w.H.

linien», welche für den Bankensektor im Wesentlichen die Pflichten des Geldwäschereigesetzes von 1997 vorwegnahmen[56] und heute in der FINMA-Geldwäschereiverordnung von 2010 für alle von der FINMA beaufsichtigten Finanzintermediäre konkretisiert sind.

– Gestützt auf ihre langjährige Gewährspraxis in Einzelfällen, welche Banken die Annahme von Geldern aus Korruption verbot, ergänzte die EBK im Jahre 1998 nach den Fällen Mobutu und Bhutto[57] ihre Geldwäschereirichtlinien mit Regeln zu Personen «mit bedeutenden öffentlichen Funktionen für einen ausländischen Staat» (heute «politisch exponierte Personen»)[58]. Diese Regeln wurden in die Geldwäschereiverordnung der FINMA[59] übernommen und sollen neu auch auf Gesetzesstufe verankert werden[60]. Ebenso beeinflussten sie als international erste Regulierung in diesem für alle Finanzplätze relevanten Bereich die Revision der FATF-Empfehlungen im Jahre 2003[61].
– Auch die über lange Jahre gestützt auf die Gewähr und Art. 11 Börsengesetz weiterentwickelte Praxis der EBK zu Marktmissbräuchen im Effektenhandel und Interessenkonflikten in der Vermögensverwaltung[62] wurden ebenfalls gegen erhebliche Widerstände zuerst 2008 in einem Rundschreiben[63], dann 2012 im Börsengesetz[64] und 2013 in der Börsenverordnung[65] sowie durch eine Revision des Rundschreibens der FINMA[66] kodifiziert. Auch beeinflusste etwa der Entscheid Bank Vontobel/Thinktools vom März 2003[67] massgebend die Selbstregulierung der Banken[68]. Die von der EBK im Fall Biber erwogene aufsichtsrechtliche Einziehung unrechtmässiger Gewinne wurde vom Bundesgericht im Jahre 2000 abgelehnt[69], fand jedoch 2009 mit Art. 34 FINMAG Eingang ins Finanzmarktrecht.
– Nachdem die UBS 2008 wegen Beihilfe zu Steuerdelikten von US-Personen unter ihren Kunden ins Fadenkreuz der US-Justiz geriet, machte die FINMA in Aufsichtsgesprächen, in öffentlichen Äusserungen einzelner ihrer Exponenten und in einem Positionspapier auf die stark erhöhten Rechts- und Reputationsrisiken im grenzüberschreitenden Vermögensverwaltungsgeschäft aufmerksam. Sie führte dazu auch einzelne eingreifende Verfahren und erliess Verfügungen, welche sie auf die Bewilligungsvoraussetzungen der Gewähr und einer guten Organisation stützte[70]. Im Februar 2013 schlug der Bundesrat in einer Vernehmlassung vor, im Geldwäschereigesetz Sorgfaltspflichten zur Abwehr unversteuerter Gelder einzuführen[71].

[56] Vgl. DE CAPITANI, N. 143 ff.
[57] Dazu EBK-Jahresbericht 1997, 20 ff. m.w.H. auf die Einzelfallpraxis zu Korruptionsgeldern.
[58] Dazu EBK-Jahresbericht 1998, 35 f.
[59] Art. 2 Abs. 1 Bst. a und 12 Abs. 3 GwV-FINMA.
[60] Dies schlägt der Bundesrat am 27. Februar 2013 in seiner Vernehmlassungsvorlage zur Umsetzung der «revidierten Empfehlungen gegen Geldwäscherei» der FATF ins Schweizer Recht vor (Art. 2a Abs. 1 und 2 sowie Art. 6 Abs. 3 und 4 E-GwG).
[61] FATF Recommendations, Fassung von 2003: Empfehlung 6; geltende Fassung von 2012: Empfehlung 12.
[62] Dazu HIRSCH, 33 ff., und BESSON, 79 ff. mit Hinweisen auf die Praxis vor 2007. Seither nachzutragen wäre hier insbesondere der Fall Bank am Bellevue, Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2204/2011, 24. Juli 2012 (= BVGE 2012/33), dazu DANIEL DAENIKER in diesem FINMA-Sonderbulletin.
[63] EBK-Rundschreiben 08/1 (= FINMA-Rundschreiben 08/38).
[64] Art. 33e und 33f BEHG, in Kraft seit dem 1. Mai 2013.
[65] Art. 55a ff. BEHV zum zulässigen Marktverhalten.
[66] Dazu die am 27. März 2013 durch die FINMA eröffnete Anhörung.
[67] EBK-Bulletin 45 (2003), 164 ff.
[68] So erliess die Bankiervereinigung im Anschluss daran im Juni 2004 die «Zuteilungsrichtlinien für den Emissionsmarkt», welche von der FINMA als Mindeststandard anerkannt sind.
[69] EBK-Bulletin 40 (2000), 75 ff.
[70] Dazu vorne Ziffer 5. Zur Haltung der Aufsicht zu unversteuerten Kundengeldern ZULAUF (2013).
[71] http://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=de&msg-id=47934.

Trotz oder wegen dieser antizipativen Erfolgsgeschichte fand die Gewährspraxis auch Kritik, was nicht erstaunt. So kritisieren vor allem Banken nahestehende Autoren oder von Banken beauftragte Gutachter seit langem und bis heute, die EBK und die FINMA hätten mit ihrer Gewährspraxis die «Grenzen der Aufsichtskompetenz» überschritten und den Gewährsartikel als «allgemeine Kompetenznorm zu beliebiger zusätzlicher Rechtssetzung» missbraucht. Besonderen Unmut riefen in den letzten Jahren weniger die Einzelfallentscheide der FINMA hervor, sondern einzelne gewährsrelevante Erwartungen, welche die FINMA in der Form eines Positionspapiers oder einer Mitteilung oder in Antworten auf «Frequently Asked Questions» bekannt gab. Die Kritik in der Sache wurde hier überlagert von der Kritik an der Regulierungsform, welche entgegen den Vorgaben des FINMAG die Betroffenen nicht beteilige.

Andere Autoren unterstützen jedoch die Gewährspraxis[72]. Dabei luden einzelne die Aufsichtsbehörde zudem ein, gestützt auf die Gewährsbestimmung noch weitere Themenfelder zu beackern und z.B. Missbräuche bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Interessenkonflikten[73] und insbesondere Retrozessionen[74] zu bekämpfen oder über sämtliche Gewährsuntersuchungen mit Offenlegung der Namen der betroffenen Institute und Personen zu informieren[75]. Schliesslich gibt es Stimmen, die meinen, die Gewährsbestimmung gebiete ein viel rabiateres Vorgehen gegen Bankmanager, deren Institute Gelder politisch exponierter Personen[76] oder von Personen entgegennahmen, welche diese im Ausland nicht versteuert haben[77].

7 Gewährsprüfung

7.1 Watchlist

Die FINMA prüft die Gewähr von Einzelpersonen nur im Hinblick auf ihre konkrete Funktion bei einem bestimmten beaufsichtigten Institut. Sie tut dies zudem nicht flächendeckend für sämtliche Gewährsträger aller beaufsichtigten Institute, sondern nur aus einem bestimmten Anlass, etwa in Bewilligungsverfahren oder bei Hinweisen auf zweifelhaftes Verhalten im Einzelfall.

In ihrer Aufsicht gelangt die FINMA regelmässig zu Informationen über Handlungen, die Zweifel aufkommen lassen, ob die dafür verantwortlichen Personen noch Gewähr bieten. Zum Teil sind diese Handlungen durch die FINMA selbst oder andere Behör-

[72] So HERTIG, 277 ff., und HIRSCH, 41 f.
[73] HIRSCH, 41 f.
[74] ROTH, passim.
[75] So der Kolumnist RUDOLF STRAHM, «Fall Frick» ist ein Fall FINMA, Der Bund, 16. Juli 2013.
[76] MONIKA ROTH, Heikler Umgang von Banken mit politisch exponierten Personen, Neue Zürcher Zeitung, 5. Januar 2013, 28.
[77] MONIKA ROTH, Interview mit Der Bund/Tagesanzeiger, 14. Juni 2013; DIESELBE, Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit, Neue Zürcher Zeitung, 17. Juli 2013, 19, dazu vorne FN 45.

den oder Gerichte abgeklärt und erhoben worden. Zum Teil sind sie auch nicht restlos gesichert, beruhen aber doch immerhin auf zuverlässigen Quellen wie Berichten von beaufsichtigten Instituten oder Prüfgesellschaften. Sofern eine dieser Personen eine konkrete Gewährsposition in einem beaufsichtigten Institut anstrebt, muss die FINMA näher abklären, ob sie dagegen intervenieren will.

Um diese Abklärung zu ermöglichen, führt die FINMA eine Watchlist solcher Personen. Diese enthält potenziell belastende, aber noch ungeprüfte Informationen, die für die Beurteilung der Gewähr relevant sein könnten. Diese Watchlist ist eine Datensammlung im Sinne des Datenschutzgesetzes[78] und muss daher gemäss den Vorgaben dieses Erlasses geführt werden. Sie ist beim Eidg. Datenschutzbeauftragten angemeldet. Die betroffenen Personen haben gestützt auf das Datenschutzgesetz ein Auskunftsrecht, welches auch den Inhalt der Daten umfasst[79]. Der Eintrag in die Watchlist dient ausschliesslich dem behördeninternen Wissensmanagement. Damit wird sichergestellt, dass die Mitarbeiter der FINMA erkennen können, ob nach einem Wechsel bei einer Gewährsträgerfunktion zusätzliche Abklärungen notwendig sind. Die unbeschränkte Einsicht in die Unterlagen der Watchlist ist wenigen mit der Administration der Liste betrauten Mitarbeitern der FINMA vorbehalten. Die anderen müssen ein besonderes Interesse nachweisen, z.B. weil sie ein Bewilligungsgesuch mit einer in der Watchlist eingetragenen Gewährsperson behandeln und damit Einsicht in die entsprechenden Unterlagen nehmen müssen. Die Daten werden während zehn Jahren oder, wenn der Eintrag auf einem Strafurteil beruht, während zwanzig Jahren aufbewahrt und danach gelöscht.

7.2 Gewährsbrief

In gravierenden Fällen schreibt die FINMA den betroffenen Personen zudem einen Gewährsbrief. Sie beschreibt den Anlass dazu auf ihrer Internetseite[80]:

> «Soweit eine Person mit den Informationen über den Vorfall oder angeblichen Missstand in Verbindung gebracht wird, die aktuell nicht als ‹Gewährsträger› einzustufen ist (etwa weil sie gar nie ‹Gewährsträger› war oder weil sie die Gewährsfunktion aufgegeben hat), prüft die FINMA deren ‹Gewähr› nicht. Dazu fehlt der Anlass. Stattdessen überlegt sie, ob es angezeigt ist, diese Person einen ‹Gewährsbrief› zuzustellen. Sie tut dies, wenn
>
> – sie nicht ausschliesst, dass die Empfängerin oder der Empfänger in Zukunft (wieder) eine Gewährsträgerposition übernehmen könnte;
> – sie den Vorfall oder den angeblichen Missstand aufgrund der vorliegenden (noch ungeprüften und meist unvollständigen) Informationen für potenziell so gravierend erachtet, dass sie die ‹Gewähr› des Empfängers in Frage stellen könnten; und
> – sie es für angezeigt hält, dies der betroffenen Personen ausdrücklich mitzuteilen.»

Im Gewährsbrief schildert die FINMA kurz die Informationen, welche die Gewähr einer Person in Frage stellen. Der Wahrheitsgehalt und die Vollständigkeit der Informationen der FINMA werden darin ausdrücklich nicht gewertet. Der Empfänger wird eingeladen, dazu eine erste Stellungnahme abzugeben. Die FINMA gibt bekannt, sie behalte sich vor, die Gewähr des Empfängers konkret zu prüfen, sofern dieser in absehbarer Zukunft eine Gewährsposition einnehmen würde. Der Ausgang der Prüfung, die in der Regel im Rahmen eines eingreifenden Verwaltungsverfahrens erfolge, sei aber zu diesem Zeitpunkt völlig offen. Schliesslich ermuntert die FINMA den Empfänger, vor Übernahme einer (neuen) Funktion als Gewährsträger eines Instituts oder bei Unklarheit über die Einstufung einer Position mit der FINMA Rücksprache zu nehmen. Strebt der Empfänger des Gewährsbriefs in der Zukunft eine konkrete Gewährsposition an und verneint die FINMA seine Gewähr für die angestrebte Funktion, hat er Anspruch auf ein Verfahren mit allen Parteirechten und eine anfechtbare Verfügung der FINMA.

Die EBK wurde und die FINMA wird für ihre Praxis beim Versand von Gewährsbriefen anstelle von Gewährsprüfungen verschiedentlich kritisiert[81]. Es wird gerügt, Empfänger eines Gewährsbriefes seien in ihrem beruflichen Fortkommen empfindlich beeinträchtigt, ohne dass sie sich dagegen wehren könnten. Dies sei aus Sicht des Rechtsschutzes höchst unbefriedigend. Die Aussicht für den Empfänger eines Gewährsbriefs, dass seine Gewähr zu einem späteren Zeitpunkt im Zusammenhang mit einer konkreten Gewährsposition geprüft werde, ändere nichts daran, dass er belastet sei. Das Vorgehen der FINMA wirke sich als eigentliches «faktisches» Berufsverbot aus.

Es wurde erwartet, mit der Einführung des Berufsverbotes durch das FINMAG würde die «ominöse» Praxis des Gewährsbriefes überflüssig[82]. Diese Erwartung hat sich nicht erfüllt. Vielmehr hat die

[78] Die FINMA hat dazu 2011 entsprechend dem Auftrag von Art. 23 Abs. 1 FINMAG eine «Datenverordnung» erlassen, SR 956.124.

[79] Art. 6 Datenverordnung-FINMA.

[80] «Fragen und Antworten rund um den Gewährsbrief» (Stand September 2010).

[81] Vgl. die Nachweise auf die Literatur bis 2007 bei ZULAUF/WYSS/ROTH, 98 f.; in jüngster Zeit postuliert UHLMANN, FN 47, ein Nachdenken über die Gewährsbriefspraxis; CHATTON postuliert die Anwendbarkeit der für Strafverfahren geltenden Garantien der EMRK auf die Gewährsbriefpraxis, wobei die konkreten Folgerungen daraus unklar sind.

[82] NOBEL (2007), 53 f.

FINMA die alte Praxis weitergeführt, und das Bundesverwaltungsgericht hat sie im Wesentlichen bestätigt[83]. Bereits an anderer Stelle wurden die Argumente für die Gewährsbriefpraxis ausführlich dargelegt[84]. Der wichtigste Grund für den Gewährsbrief besteht darin, dass alle anderen Lösungen (auch) für die Betroffenen schlechter oder nicht praktikabel wären:

– Würde die FINMA einer Person, welche ihrer Ansicht nach in einer neuen Funktion mit hoher Wahrscheinlichkeit ein Gewährsproblem haben dürfte, dies nicht mitteilen, wäre das nicht in deren Interesse. Die Person könnte zwar unbelastet vom Damoklesschwert des Gewährsbriefes eine neue Gewährsfunktion suchen und einnehmen. Die FINMA müsste dann aber nachträglich intervenieren, was für alle Betroffenen noch unangenehmere Folgen hätte. Dies wäre sicher dann der Fall, wenn die FINMA die Gewähr für diese Gewährsposition aufgrund des Gewährsverfahrens verneinen müsste. Sogar das umgekehrte, für den Gewährsträger positive Ergebnis könnte aber je nach den Umständen des Falles möglicherweise erst nach einer mehrmonatigen Beweisaufnahme erreicht werden, was für die davon Betroffenen auch schlecht wäre.
– Die verfahrensrechtlich sauberste Lösung wäre sicher eine sofortige Durchführung eines Gewährsverfahrens mit allen Parteirechten auf Verlangen der Betroffenen, sobald die FINMA die gewährsrelevanten Informationen erhält. Dies scheitert daran, dass die Gewähr nicht abstrakt geprüft werden kann: Gerade im Licht des Verhältnismässigkeitsprinzips ist eine seriöse Gewährsprüfung ohne Kenntnis der Tätigkeit und der Grösse des Instituts, bei welchem der Gewährsträger tätig werden möchte, sowie der konkret in Frage stehenden Funktion des Gewährsträgers nicht möglich.

7.3 Gewährsprüfung

Immerhin muss die FINMA grundsätzlich bereit sein, ein Gespräch mit einem Empfänger eines Gewährsbriefes zu führen[85] und gestützt darauf und auf allfällige Unterlagen die Gewähr sofort und formlos zu bejahen oder sich prospektiv zu neuen Funktionen zu äussern[86]. Sie kann das aber nur tun, wenn ihre Zweifel an der Gewähr wirklich mit hinreichender Sicherheit ausgeräumt werden. Ein aufwendiges Beweisverfahren kann sie in dieser Phase nicht führen.

[83] Dazu nachfolgend Ziffer 8.4.
[84] ZULAUF/WYSS/ROTH, 99 ff.
[85] Zu Recht weist LOMBARDINI, 62, Rz. 73, auf das Interesse des betroffenen Gewährsträgers hin, das Gespräch mit der FINMA zu suchen. Diese sollte für ein Gespräch grundsätzlich immer offen sein, auch wenn sie sich oft ohne Erhebung des Sachverhalts nicht festlegen kann. Auch für NOBEL (2010), 546, Rz. 84, ist die «Gewährung ausreichender Verfahrensrechte» zentral.
[86] ZULAUF/WYSS/ROTH, 102 ff.

Die Bedeutung von Watchlist und Gewährsbrief dürfen nicht überbewertet werden. So bedeutet das Fehlen eines Eintrags in der Watchlist nicht, dass die FINMA die Gewähr nicht gestützt auf andere Informationen überprüfen darf und muss. Verzichtet die FINMA auf den Versand eines Gewährsbriefes, kann sie dennoch die Gewähr bei einer neuen Funktion des Gewährsträgers noch überprüfen. Versendet sie einen Gewährsbrief, gibt sie zu erkennen, dass sie dies mit grosser Wahrscheinlichkeit tun wird.

Wichtig ist auch in dieser Phase vor oder ausserhalb eines nach den Regeln des Verwaltungsverfahrensgesetzes durchgeführten Gewährsverfahrens ein transparentes Vorgehen gegenüber den Betroffenen. Unzulässig wären etwa Interventionen der FINMA bei potenziellen Arbeitgebern, welche eine Person mit einem Gewährsproblem anstellen möchten, ohne dass die Zweifel der FINMA an ihrer Gewähr ihr gegenüber offengelegt würden. Dies kann direkt durch die FINMA oder (mit Ermächtigung und Anweisung der FINMA) indirekt durch das beaufsichtigte Institut und den potenziellen neuen Arbeitgeber geschehen. Verdeckte und intransparente Interventionen der FINMA wären nicht zulässig und könnten allenfalls als Realakte[87] rechtlich angefochten werden.

8 Bundesverwaltungsgericht zu Gewähr und Berufsverbot

8.1 Übersicht

Seit Beginn seiner Tätigkeit im Jahre 2007 befasste sich das Bundesverwaltungsgericht in fünf zentralen Fällen mit der Gewähr oder dem Berufsverbot:

– Im März 2008 definierte es die zulässige Dauer einer Entfernung einer Person aus einer Gewährsposition, welche einen «Switch in Kundendepots» von irrtümlich durch eine Bank als Eigenbestand erworbenen Aktien veranlasst hatte[88]. Dabei knüpfte es an die Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 2004[89] zu einem Bankdirektor an, der «geheime Nostrokonti» geführt hatte.
– In einem Entscheid vom Mai 2010[90] befasste sich das Gericht mit einem Kommanditärenstreit in einer Privatbank, den die EBK nicht mehr länger tolerierte. Dabei präzisierte das Gericht seine Kognition in Gewährsfällen.

[87] Art. 25a VwVG, dazu im Zusammenhang mit der öffentlichen Kommunikation der Aufsichtsbehörde ZULAUF/WYSS/ROTH, 277 f.; obiter zu Realakt und FINMA: Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-1092/2009, 30.4.2009 (= BVGE 2009/31), E. 5.2 (im Zusammenhang mit der Datenherausgabe durch die FINMA im Fall UBS), und B-19/2012, 10. Januar 2012 (durch das Gericht abgelehnter Versuch, eine Medienmitteilung der FINMA im Fall KPT zu verhindern).
[88] Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3708/2007, 4. März 2008 (= BVGE 2008/23), dazu nachfolgend Ziffer 8.2.
[89] Urteil des Bundesgerichts 2A.261/2004, 27. Mai 2004.
[90] Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-5535/2009, 6. Mai 2010 (= BVGE 2010/39), dazu nachfolgend Ziffer 8.3.

– Im gleichen Monat Mai 2010 beurteilte das Bundesverwaltungsgericht in einem zweiten Entscheid[91] die Praxis der FINMA zum Gewährsbrief an einen «suspendierten Verwaltungsratspräsidenten».
– Zwei Jahre später, im Mai 2012, befasste sich das Bundesverwaltungsgericht ein erstes Mal mit dem Berufsverbot im Fall von zwei «Gratisprüfern», welche ohne Entgelt Prüfleistungen für einen künftigen Beaufsichtigten erbracht hatten[92].
– Im bisher letzten Entscheid schliesslich beurteilte das Bundesverwaltungsgericht im Juli 2012[93] die Gewähr der Bank am Bellevue im Zusammenhang mit ihrer Hilfe beim Aufbau einer verdeckten Beteiligung an der börsenkotierten Gesellschaft SIA-Abrasives ohne rechtzeitige Offenlegung.

8.2 Gewährsmassnahmen sind zeitlich zu beschränken

Ordnet die FINMA die Entfernung eines Gewährsträgers aus einer Gewährsposition an, so kann diese Massnahme der FINMA in ganz gravierenden Fällen von unbeschränkter Dauer sein. Das ist jedoch nicht die Regel. Im Normalfall akzeptiert die FINMA, dass sich ein Gewährsträger nach einem gewährswidrigen Vorfall wieder bewähren und nach einer bestimmten Dauer wieder eine Gewährsposition einnehmen kann. Diese Praxis der EBK wurde bereits im Jahre 2001 vom Bundesgericht überprüft und bestätigt:

Gewährsfall «Geheime Nostrokonti»[94]

Im Februar 2001 entlässt die Bank A ihren Generaldirektor X. Sie erstattet danach auch eine Strafanzeige wegen langjährigen Führens und Verschleierns von als Kundenkonti getarnten Nostrokonti zum Zweck des Abdeckens von Verlusten der Bank und der Kunden sowie undokumentierter Kompensationsgeschäfte für ausländische Kunden. X habe zudem Boni akzeptiert gestützt auf Gewinnzahlen, welche er verfälscht habe.

Im August 2003 will die Bank B Herrn X in den Verwaltungsrat aufnehmen. Damit ist die EBK nicht einverstanden, da sie die Gewähr von X verneint. Sie verbietet ihm im Februar 2004 in einer Verfügung, vor Januar 2007 im Verwaltungsrat der Bank B Einsitz zu nehmen. Das Bundesgericht erachtet in seinem Urteil vom Mai 2004 diese «Gewährssperre» von knapp sechs Jahren seit der Entlassung durch die Bank A für eine VR-Funktion als verhältnismässig.

[91] Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1360/2009, 11. Mai 2010, dazu nachfolgend Ziffer 8.4.
[92] Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-5121/2011, 31. Mai 2012 (= BVGE 2012/10), dazu nachfolgend Ziffer 8.5.
[93] Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2204/2011, 24. Juli 2012, Bank am Bellevue (= BVGE 2012/33), vgl. dazu den Aufsatz von DANIEL DAENIKER, Ziffer 4.4 in diesem FINMA-Sonderbulletin.
[94] Urteil des Bundesgerichts 2A.261/2004, 27. Mai 2004.

Das Bundesverwaltungsgericht überprüfte diese Praxis und Rechtsprechung im Jahre 2008 erneut und differenzierte sie:

Gewährsfall «Switch in Kundendepots»[95]

Ausgangspunkt der Geschichte war ein operationeller Fehler der Bank A. Sie kaufte im Oktober 2005 statt 15 000 Titel einer Aktie für eine Vermögensverwaltungskundin 15 Mal mehr für einen Einstandspreis von knapp 13 Mio. Euro. Der Kurs der Titel sank in den Tagen nach dem Kauf massiv. Nun folgt ein fataler Entscheid: Die Bank platzierte («Switch») die Titel in Depots von Vermögensverwaltungskunden, und zwar zum (höheren) Einstandskurs. Der für den «Switch» Verantwortliche X bekommt schon bald nach diesem Entscheid ein schlechtes Gewissen und informiert die Geschäftsleitung und die interne Revision der Bank A. Diese veranlasst die Stornierung des «Switch». Den Kunden erwächst damit kein Schaden. Die Bank A entlässt X im November 2005. Im Dezember 2005 unterzeichnet X einen Arbeitsvertrag für eine Position unterhalb der Gewährsschwelle. Die Bank B kündet jedoch an, sie möchte X im Verlaufe des Jahres 2008 in eine Gewährsposition befördern. Die EBK ist damit nicht einverstanden und eröffnet im Herbst 2006 ein Gewährsverfahren. In einer an X gerichteten Verfügung stellt sie im April 2007 eine «Gewährsverletzung» fest und erlaubt eine «Gewährsposition» erst im Oktober 2010, das heisst fünf Jahre nach dem «Switch».

In einem 45-seitigen Entscheid heisst das Bundesverwaltungsgericht im März 2008 die Beschwerde des X gegen den Entscheid der EBK teilweise gut und kürzt das Verbot, die beabsichtigte «Gewährsposition» bei der Bank B einzunehmen, aus Gründen der Verhältnismässigkeit auf drei Jahre.

Bemerkenswert ist auch an diesem Entscheid, wie genau das Gericht trotz des Hinweises auf den Beurteilungs- und Ermessensspielraum der FINMA den Sachverhalt überprüft (E. 5) und sich anhand eines Vergleichs mit ähnlichen Fällen einen eigenständigen Massstab zur Dauer von Gewährsmassnahmen erarbeitet (E. 6). Dabei stellt das Gericht hohe Anforderungen an die Begründung eines Verbots einer Gewährsposition:

[95] Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-3708/2007, 4. März 2008 (= BVGE 2008/21).

«Nur bei schweren Missachtungen der bankenaufsichtsrechtlichen Sorgfaltspflichten darf eine ungünstige Prognose in Bezug auf die künftige Geschäftstätigkeit gemacht werden (AELLEN, a.a.O., S. 214). Insofern muss weiteres Fehlverhalten in Zukunft als wahrscheinlich betrachtet werden. Blosse Möglichkeit weiteren Fehlverhaltens genügt nicht (KLEINER/SCHWOB, Kommentar zum Bankengesetz, Art. 3 N. 181 [Ausgabe April 2005]).
Bereits die Anordnung durch die EBK, dass ein bestimmter Gewährsträger aus der betreffenden Bank ausscheiden muss, stellt eine Massnahme dar, die nur bei einer gewissen Schwere und Tragweite des unkorrekten Verhaltens verfügt wird, z. B. bei Begehung von und der Verwicklung in Straftaten, insbesondere Vermögens- und Urkundendelikte, bei Fällen von Treue- und Sorgfaltspflichtverletzungen, um finanzielle und persönliche Vorteile zu erreichen, sowie bei Kumulation von gleichen und/oder verschiedenen Fehlverhalten (BAUMGARTEN/BURCKHARDT/ROESCH, a.a.O., S. 172, 3.3, mit Verweis auf AELLEN, a.a.O., S. 236). Dies muss umso mehr auch bei der Bestimmung einer Nichtwählbarkeitsperiode für eine bestimmte Gewährsposition bei einer andern Bank gelten.»[96]

Das Gericht würdigt die Argumente für und wider die von der EBK angeordnete fünfjährige Sperre und reduziert diese schliesslich auf drei Jahre, gestützt auf folgende Überlegungen:

«In die Würdigung einzubeziehen ist in erster Linie, dass das fehlerhafte Verhalten des Beschwerdeführers einen einmaligen Verstoss darstellt (vgl. vorne E. 6.4). Auch für die Zeit nach seinem Ausscheiden aus der Bank A. wird ihm von seinem jetzigen Vorgesetzten ein sehr gutes Zeugnis in fachlicher wie auch persönlicher Hinsicht ausgestellt. Im Weitern ist nicht abschliessend erstellt, wie es zur Anwendung des Einstandskurses gekommen ist; daher kann dem Beschwerdeführer jedenfalls keine absichtliche Treuepflichtverletzung nachgewiesen werden. Mit seinem Fehlverhalten wollte der Beschwerdeführer sich nicht selber begünstigen, sondern der Zweck der ‹Switches› – ob er bewusst verfolgt wurde oder nicht, muss nach dem Gesagten offen bleiben – lag letztendlich darin, den Verlust der Bank zu vermindern. Im Weiteren ist zugunsten des Beschwerdeführers zu berücksichtigen, dass er unverzüglich nachdem er selbst über den Verlustfall in Kenntnis gesetzt worden war den CEO informierte, dass er die N.-Titel vor den ‹Switches› nochmals einer Analyse unterziehen liess, sowie dass er nach dem Einschreiten des Konzerninspektorats kooperativ reagiert und sofort die Rückabwicklung der ‹Switches› veranlasst hatte.
Festzuhalten ist ferner, dass der Beschwerdeführer durch sein Ausscheiden aus der Bank A. und die entsprechende Rufschädigung wie auch durch die erlittenen finanziellen Einbussen für sein Fehlverhalten bereits erhebliche Nachteile zu tragen hatte.»[97]

[96] A.a.O., E. 6.2.

[97] A.a.O., E. 6.7.

8.3 Kognition des Bundesverwaltungsgerichts in Gewährsfällen definiert

Der zweite Gewährsfall seit 2008 gab dem Bundesverwaltungsgericht Gelegenheit, seine Kognition in Gewährssachen zu kalibrieren und die diesbezüglichen Ausführungen im soeben dargestellten Entscheid «Switch in Kundendepots» zu bestätigen.

Gewährsfall «Kommanditärenstreit»[98]
Zwei Brüder waren als Gesellschafter einer als Kommanditgesellschaft organisierten Privatbank X im Jahr 2009 heillos zerstritten. Es war dies der dritte massive familiäre Konflikt unter den Gesellschaftern dieser Bank seit 20 Jahren. Gutes Zureden der EBK und nach 2009 der FINMA halfen nichts. Der Bericht der Prüfgesellschaft beanstandete zudem viele Unregelmässigkeiten. Viele davon blieben während Jahren bestehen. Zwischen zwei Gesellschaftern und ihren Verbündeten waren Zivilrechtsklagen hängig. An einem gewissen Punkt wollte die FINMA diesen Auseinandersetzungen nicht mehr länger zusehen. Sie stellte in einer Verfügung vom Juli 2009 fest, dass die Bewilligungsvoraussetzungen einschliesslich der Gewähr nicht mehr erfüllt waren, gab der Bank eine letzte Frist zur Bereinigung der Situation, drohte sonst den sofortigen Bewilligungsentzug an und setzte einen Untersuchungsbeauftragten ein, welcher alle über die normale Geschäftstätigkeit hinausgehenden Beschlüsse der Gesellschafter zu genehmigen hatte. Das Bundesverwaltungsgericht bestätigte mit Urteil vom Mai 2010 die Massnahmen der FINMA und wies die Beschwerden verschiedener Gesellschafter ab.

[98] Entscheid B-5535/2009, 6. Mai 2010 (= BVGE 2010/39).

Dabei ging das Bundesverwaltungsgericht, wie bereits im Fall «Switch in Kundendossiers», in einem subtilen Hin und Her überaus kunstvoll ans Werk:

- In einem ersten Schritt wiederholt es den gesetzlichen Befund, dass es die Verfügungen der FINMA «grundsätzlich» mit voller Kognition prüfe, das heisst nicht nur auf falsche Rechtsanwendung, sondern auch auf eine falsche oder unvollständige Feststellung des Sachverhaltes und Unangemessenheit des Entscheids.
- In nächsten Schritt anerkennt das Gericht jedoch einen Beurteilungsspielraum der FINMA bei der Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs der Gewähr, welche technische Spezialkenntnisse erfordere. Das Gericht auferlege sich eine gewisse Zurückhaltung:

  « Dès lors, dans ce cas également, l'autorité de recours se doit de faire preuve d'une certaine retenue. En effet, il serait contraire à l'essence même du contrôle juridictionnel que le Tribunal fédéral (sic) rejette une interprétation soutenable de la notion juridique indéterminée en cause dont il s'écarterait à la faveur d'un réexamen librement effectué (cf. ATF 108 Ib 196 consid. 3b). »
- Das jedoch bedeute aber keinen Freipass für FINMA:

  « Cela ne signifie toutefois pas que l'autorité de surveillance disposerait de la compétence, dans ses décisions, de définir l'activité irréprochable avec une entière liberté de jugement ; au contraire, la liberté d'appréciation dont elle bénéficie ne doit être admise que dans un cadre aussi délimité que possible afin que le contrôle juridictionnel ne soit pas restreint de manière excessive (ATAF 2008/23 consid. 3.3 [...]). »[99]
- In einem letzten Schritt prüft das Gericht jedoch wiederum relativ detailliert die Gewährsbeurteilung durch die FINMA einschliesslich der prospektiven Gewährseinschätzungen im Lichte der Gesetzeszwecke und die Angemessenheit der angeordneten Massnahmen[100].

[99] A.a.O., E. 4.1.1. Im früheren Entscheid «Switch in Kundendepots» (B-3708/2007, E. 3.3) wies das Gericht zudem noch auf den Ermessensspielraum der EBK bei der Wahl der zu treffenden Massnahmen und auf die Grenzen dieses Ermessens (Verbot der Willkür und der rechtsungleichen Behandlung, Gebot von Treu und Glauben, Verhältnismässigkeit) hin.

[100] A.a.O., E. 4.2. bis E. 4.4.

8.4 Gewährsbriefpraxis der FINMA ist rechtskonform

Gewährsfall «Gewährsbrief an suspendierten Verwaltungsratspräsidenten»[101]

Im August 2008 suspendiert und entlässt die neue Hauptaktionärin der Auslandsbank A den Verwaltungsratspräsidenten X der Schweizer Bank und Verantwortlichen für den Handel auf Gruppenstufe wegen Unregelmässigkeiten in Handelsoperationen. X bestreitet die Vorwürfe und klagt gegen die Bank A vor Zivilgerichten in der Schweiz und im Herkunftsland. Er sei Opfer einer Abrechnung unter Aktionären und verlangt von der EBK Einsicht in interne Untersuchungsberichte der Bank. Die EBK gibt X im Dezember 2008 bekannt, sie hätte zusätzlich Informationen erhalten, wonach er Mitarbeiter zu falschen Auskünften über die Verwaltung eines Depots aufgefordert habe, um eine Amtshilfe an die SEC zu vermeiden. Gestützt auf diese Informationen würde sie ein Gewährsverfahren eröffnen, aber erst wenn X eine hinreichend konkrete Aussicht auf eine neue Gewährsposition hätte. X erhält einen Gewährsbrief. Im Dezember 2008 verlangt X von der EBK die Eröffnung eines Verwaltungsverfahrens, um seine Unschuld zu beweisen. Mit Verfügung vom Januar 2009 tritt die FINMA nicht auf dieses Begehren ein und lehnt entsprechend der Praxis der EBK ein Gewährsverfahren ab, solange X keine hinreichend konkrete Aussicht auf eine neue Gewährsposition hat. Sie gibt X Einsicht in die von ihm verlangten Dokumente, soweit sie ihn betreffen.

Das Bundesverwaltungsgericht weist mit Urteil vom Mai 2010 eine Beschwerde gegen die Nichteintretensverfügung ab.

Das Bundesverwaltungsgericht bestätigt die frühere Praxis des Bundesgerichts, wonach die Gewähr nicht abstrakt geprüft werden kann:

« Il n'existe pas de droit à un examen abstrait de la garantie future de l'exercice d'une activité irréprochable (Bulletin CFB 46 p. 21 consid. 2). En effet, selon une jurisprudence constante, les conditions pour la garantie d'une activité irréprochable ne s'examinent pas de manière abstraite et générale mais au contraire se définissent au cas par cas dans chaque situation concrète en tenant compte de la nature de la fonction à occuper ainsi que de la grandeur et du genre d'activités de l'entreprise soumise à

[101] Entscheid B-1360/2009, 11. Mai 2010.

autorisation (arrêt du TF 2A.261/2004 du 27 mai 2004 consid. 1, arrêt du TF 2A.573/2003 du 30 juillet 2004 consid. 2.4 ; arrêt du TAF B-2896/2007 du 12 juillet 2008 consid. 3.3.3). »[102]

Als Folge verneint das Gericht das schutzwürdige Interesse des Beschwerdeführers auf eine Gewährsprüfung durch die FINMA, solange er keine hinreichend konkrete Aussicht auf eine neue Gewährsposition hat:

« Il appert que le recourant ne peut se prévaloir d'un intérêt digne de protection que dans la mesure où il envisage d'occuper à nouveau une position concrète auprès d'un établissement déterminé soumis à la surveillance de la FINMA, ses qualifications devant alors être examinées de manière séparée et faire l'objet d'une décision (arrêt du TF 2A.573/2003 du 30 juillet 2004 consid. 2.4). »[103]

Schliesslich erachtet das Gericht auch die Gewährsbriefpraxis der FINMA als rechtmässig:

« A cet égard, dans sa lettre du 3 décembre 2008 (Gewährsbrief), l'autorité inférieure n'interdit pas au recourant d'exercer une quelconque activité, mais l'invite à prendre contact avec elle s'il entend exercer une position requérant la garantie d'une activité irréprochable ; cette recommandation a été notifiée au recourant seulement et n'est pas contraignante. Il ressort de ce courrier que si le destinataire envisage de manière concrète d'exercer une fonction dirigeante dans un établissement assujetti, il peut s'adresser à l'autorité inférieure afin qu'elle statue sur l'exigence de la garantie d'une activité irréprochable à la lumière du poste visé ; il a en outre la possibilité d'exercer, sans restriction et sans en référer à l'autorité de surveillance, toute activité professionnelle de son choix dans la mesure où il n'envisage pas d'occuper, dans le domaine bancaire, une fonction prépondérante. S'il est certes possible que les causes à l'origine de son licenciement et relatées par la presse aient pu l'entraver dans sa recherche d'un nouvel emploi, il n'en demeure pas moins que l'autorité inférieure n'a en aucune façon interdit à ce dernier d'exercer une activité dans le domaine bancaire. Elle n'est au demeurant nullement à l'origine du licenciement dont il a fait l'objet. »[104]

[102] A.a.O., E. 3.3.1.
[103] A.a.O., E. 3.3.1.
[104] A.a.O., E. 3.5.1.

8.5 Berufsverbot bestätigt

Im Jahr 2012 befasste sich das Bundesverwaltungsgericht erstmals mit dem Berufsverbot von Art. 33 FINMAG:

Gewährsfall «Berufsverbot für Gratisprüfer»[105]
Im Juni 2009 stellen zwei leitende Prüfer einer Prüfgesellschaft in Aussicht, aufgrund der vorliegenden Unterlagen wahrscheinlich eine positive Stellungnahme zu einem Bewilligungsgesuch als Vermögensverwalter nach Kollektivanlagengesetz abgeben zu können. Im Hinblick auf ein anschliessendes dauerndes Mandat als Prüfgesellschaft erklären sie sich bereit, für ihre Prüfarbeiten zum Bewilligungsgesuch kein Honorar zu verlangen. Die FINMA erachtet in einer Verfügung vom Juli 2011 den angebotenen Honorarverzicht als schwere Aufsichtsrechtsverletzung, weil ein solcher mit dem Unabhängigkeitsgebot eines Prüfers nicht vereinbar sei. Sie verbietet den beiden für sechs Monate die Tätigkeit als leitende Prüfer.

Das Bundesverwaltungsgericht weist mit Urteil vom Mai 2012 die Beschwerde der Prüfer ab.

Das Gericht hielt fest,

«dass eine Honorarverzichtsofferte im Rahmen der Verhandlungen zum Abschluss eines Prüfungsauftrages nicht mit dem von leitenden Prüfern im Sinne von Art. 26 Abs. 2 FINMAG zu beachtenden Unabhängigkeitserfordernis gemäss Art. 728 OR vereinbar ist.»[106]

Das Gericht bejahte die Verhältnismässigkeit der Massnahme und das Vorliegen einer «schweren Aufsichtsrechtsverletzung» durch die Verletzung des Unabhängigkeitserfordernisses für Prüfer auch im Lichte der «Enforcement-Policy» der FINMA:

«Die Unabhängigkeit ist im System der dualen Aufsicht, bei welchem die Beaufsichtigten nicht direkt von der Aufsichtsbehörde, sondern von Prüfgesellschaften im Auftrag und gegen Entschädigung der Beaufsichtigten überprüft werden, von zentraler Bedeutung (...). Die vorliegende Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen betrifft somit den Kernbereich der von den Beschwerdeführern als leitende Prüfer im Sinne von Art. 26 Abs. 2

[105] B-5121/2011, 31. Mai 2012 (= BVGE 2012/10). Die verfahrensrechtlichen Fragen des Entscheids werden hier nicht beleuchtet, dazu der Beitrag von EVA SCHNEEBERGER in diesem FINMA-Sonderbulletin.
[106] A.a.O., E. 6.3.

FINMAG einzuhaltenden Vorschriften. Von einer nur untergeordneten Verletzung finanzmarktrechtlicher Pflichten kann deshalb nicht die Rede sein, zumal die Beschwerdeführer wissen mussten, dass ihr Verhalten nicht mit den Anforderungen an die Unabhängigkeit vereinbar ist. Beiden Beschwerdeführern ist in gleichem Masse ein erhebliches Verschulden vorzuwerfen (...). Zu ihren Gunsten ist immerhin in Rechnung zu stellen, dass ihnen nur ein einmaliges Fehlverhalten zur Last gelegt werden kann und dass sie im Nachhinein rasch ein marktübliches Honorar in Rechnung stellten. Andererseits blieb die Vorinstanz mit ihrem je sechsmonatigen Berufsverbot nahe an der unteren Grenze und schöpfte den gesetzlichen Rahmen von bis zu fünf Jahren bei weitem nicht aus.

Unter Würdigung aller Umstände erscheint es als verhältnismässig und gerechtfertigt, dass die Vorinstanz von einer schweren Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen ausging und den Beschwerdeführern ein je sechsmonatiges Berufsverbot auferlegte. Im Rahmen des ihr zustehenden Beurteilungsspielraumes durfte die Vorinstanz mit Recht annehmen, dass vorliegend angesichts der Schwere des Verstosses gegen aufsichtsrechtliche Vorschriften eine mildere Massnahme wie eine Feststellungsverfügung im Sinne von Art. 32 FINMAG oder eine blosse ‹Adressierung› der Beschwerdeführer im Sinne von Grundsatz 6 Enforcement-Policy nicht genügt hätte.»[107]

9 Fazit

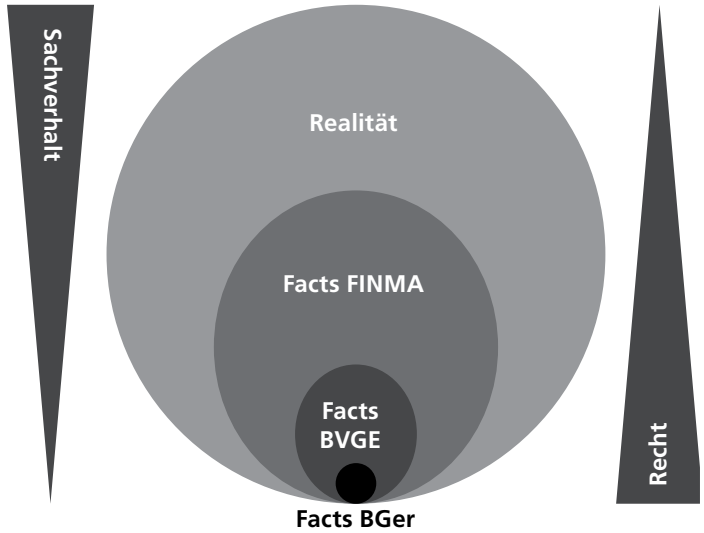
Die vorstehende Analyse bietet Anlass zu drei Schlussbemerkungen:

Die Gewährspraxis der EBK und daran anschliessend der FINMA war erstens immer Gegenstand intensiver aufsichtspolitischer Debatten. Während die Verteidiger der Gewährspraxis die Gewährklausel unterstützten[108], gingen ihre Kritiker teilweise hart mit der EBK und der FINMA ins Gericht. Die Vorwürfe reichen von einer rechtswidrigen Inanspruchnahme einer «autonomen Rechtssetzungskompetenz» und Tendenz zu «unerfassbarer Moralisiererei» und «willkürlichen Qualifikationen» durch Schaffen einer «neben der Rechtsordnung stehenden für Bankangestellte geltenden Moralordnung»[109]. Andere akzeptieren die Gewährspraxis als «Hebel zur Steuerung der Selbstregulierung»[110] oder als «im Grossen und Ganzen praxisnah»[111]. Wieder andere fordern die FINMA wie erwähnt[112]

[107] A.a.O., E. 8.2.
[108] NOBEL (2009), 260; HIRSCH, 42 f., KILGUS, 6 ff.
[109] KLEINER/SCHWOB, Art. 3 N. 167 und 191.
[110] WINZELER, Art. 3 N. 25.
[111] BAUMGARTEN/BURCKHARDT/ROESCH, 180.
[112] Vgl. vorne Ziffer 6.

auf, radikale Aufsichtsmassnahmen mit Hilfe des Gewährsartikels umzusetzen. Die Gewährspraxis bietet dabei ihren Rechtskommentatoren auch Anlass zu literarischen Höhenflügen: Der Gewährsartikel diene als «Zauberstab der FINMA»[113] und als «Einfallstor des Funktionsschutzes»[114], während der «ominöse» Gewährsbrief und der Gewährsartikel als «Damoklesschwert»[115] der Aufsichtsbehörde bedrohlich über den Gewährsträgern hingen.

Zweitens stehen die FINMA als rechtsanwendende Behörde und die Gerichte bei der Rechtsanwendung vor der Aufgabe, die anfangs meist diffusen realen Geschehnisse zu einem rechtsrelevanten Sachverhalt zu verdichten, diesen rechtlich zu würdigen und die richtigen und rechtlich zulässigen Massnahmen zu treffen. Während am Anfang des Prozesses die Ermittlung und Aufarbeitung des Sachverhaltes im Vordergrund steht, konzentriert und verfestigt sich dieser im gerichtlichen Instanzenzug immer mehr. Das Bundesgericht sollte sich als oberste richterliche Instanz praktisch ausschliesslich auf Rechtsfragen konzentrieren können. Dieser Verdichtungsprozess der Rechtstatsachen lässt sich grafisch darstellen:



In den oben dargestellten Gewährsfällen hat dieser Verdichtungsprozess gut funktioniert. Das Bundesverwaltungsgericht räumt zwar der FINMA einen Beurteilungsspielraum bei der Auslegung des unbestimmten Gewährsbegriffs ein. Es prüft aber sowohl die Sach-

[113] NOBEL (2009), 260.
[114] NOBEL (2010), 547, Rz. 86.
[115] WINZELER, N. 25 zu Art. 3 BankG; KILGUS, 6.

verhaltsermittlung als auch die Rechtsanwendung eigenständig und sachgerecht. Auch zeitlich war das Gericht in der Lage, innerhalb etwa eines Jahres einen Entscheid zu treffen. Vor allem aus Sicht der betroffenen Personen wäre hier eine Beschleunigung erwünscht. Dies ändert nichts am Befund, dass die richterliche Kontrolle der Gewährsprüfung funktioniert. Das Gericht über die Gewähr bietet Gewähr.

Drittens scheint die Gewährspraxis der FINMA und zuvor der EBK angesichts der dargestellten, fast diametral entgegengesetzten an sie gerichteten Erwartungen wohl nicht so falsch zu liegen. Eine Gewährspraxis, welche mit abgewogenen Massnahmen selbständig, verantwortungsbewusst und antizipativ auf Fehlentwicklungen und Missbräuche reagiert, dürfte den Zielen der Finanzmarktaufsicht langfristig am besten dienen. Eine solche Praxis ist jedenfalls der in letzter Zeit verschiedentlich feststellbaren Haltung von Behörden vorzuziehen, aus Angst vor unangenehmen Entscheiden und der damit verbundenen Verantwortung ihren rechtlichen Handlungsspielraum möglichst eng zu definieren, auf eigene Entscheide zu verzichten und stattdessen solche von anderen zu fordern. Die bisherige Gewährspraxis bietet Gewähr.