



Urs Zulauf*

Take it or leave it? – Vom Umgang einer Aufsichtsbehörde mit ihren eigenen Rechtsrisiken

1

Regulator's Page

Abstract

Starting from considerations on legal risk created by financial supervisors and law enforcers and on symbiotic profits out of this for all members of the legal and consulting profession this text focuses on supervisors' own legal risk. It argues that the degree of legal risk appetite of a supervisory authority highly matters for various stakeholders. The reflections conclude that legal risk taking by a supervisor is both unavoidable and necessary but needs to be based on a careful balancing of the interests at stake and to be embedded in a robust general risk management framework.

Geschätzte Leserinnen und Leser dieser Zeilen

Ich stelle mir vor, Sie sind spezialisierte Anwältinnen oder Anwälte in einem Unternehmensrechtsdienst, einer grossen oder mittleren Anwaltskanzlei, bei einem Wirtschaftsprüfer oder einer der neuen regulatorischen Beratungsboutiquen. Wer weiss, vielleicht sind Sie auch als Professor oder als eine der (noch) wenigen (aber aufstrebenden) Professorinnen im Finanzmarktrecht tätig. Sie haben einen harten Tag hinter sich. Vielleicht sitzen Sie gerade schlecht gelaunt im überfüllten Pendlerzug. Sie sind daran, einige Sekunden Ihrer wertvollen Zeit in die Durchsicht der Inhaltsangabe dieser Zeitschrift zu investieren. An ihre sperrige Abkürzung «GesKR» haben Sie sich ja mittlerweile gewöhnt. Sie lesen den Titel und allenfalls das abstract dieses Beitrags und fragen sich: Interessiert mich das? Will ich das wirklich wissen? Weshalb soll ich mich mit den Rechtsrisiken und deren Management in einer Aufsichtsbehörde befassen?

I. Wäre die Frage nach der Aufsichtsbehörde als Rechtsrisiko nicht relevanter?

Ich verstehe diese Fragen: Sie wären wohl viel mehr an einem Aufsatz über «Die Aufsichtsbehörde als Rechtsrisiko» interessiert. Das ist verständlich, denn die vereinigt

ten Aufsichts-, Straf-, Wettbewerbs-, Steuer-, Geldwäscherei-, Antikorruptions-, Sanktions- oder «Wer kennt schon ihre Funktion»-behörden dieser Welt machen Ihnen oder Ihren Klienten oft das Leben schwer. Unvorhersehbare Enforcement-Aktionen und neue teilweise kaum umsetzbare oder gestützt auf zweifelhaftes Rechtsgrundlagen erlassene Regulierungen kosten Unsummen an Bussen, Umsetzungskosten und Honoraren für Anwälte und Berater. Regulatoren und Strafverfolger verschieben durch Verfahren und Vergleiche an der Grenze zur Nötigung Risiken von Geschäften in Milliardenhöhe rückwirkend von sophistizierten Investoren zurück zu den Investmentbanken. Steuerbehörden stellen hinterzogene Steuern gleich mehrfach den Steuersündern und der Kette ihrer Banken als Beihelfer in Rechnung, mit Strafzuschlag versteht sich.

Es genügen auch blosser Mitteilungen oder öffentlich geäusserte Erwartungen der Aufsichtsbehörde, welche von den neue Geschäfte witternden Prüfern sofort als *hard law* betrachtet werden. Dabei gehen diese und die anderen Berater immer nach dem gleichen Schema vor: Zuerst schildern sie den Klienten die drohenden Risiken der neuen Regulierung, übertreiben dabei ein wenig oder auch viel, schimpfen vielleicht auch etwas über die Regulatoren und bieten anschliessend ihre Lösung («solution») zur Bewältigung des Problems an. Diese Lösung wird beim ersten Klienten entwickelt (gegen Rechnung), bei den nächsten getestet und verifiziert (gegen Rechnung) und bei allen anderen ausgerollt (gegen Rechnung). Die Hilfe der Berater hat eben ihren (angemessenen aber stolzen) Preis.

II. Wie funktioniert die Symbiose der Regulierungsgewinner?

Vor diesem Hintergrund haben es die «Rechtsrisiken von Aufsichtsbehörden» als Thema schwer, Sie als Leser bei der Stange zu halten. Weshalb soll Sie interessieren, weshalb und wie eine Aufsichtsbehörde zu vermeiden versucht, vor einem Gericht zu unterliegen oder umgekehrt aus Sorge über eine Abfuhr beim Gericht vorschnell auf eine aus ihrer Sicht nötige Massnahme zu verzichten?

* Derzeit Gastprofessor an der Cornell Law School, bis Ende Januar 2013 General Counsel, stellvertretender Direktor und Mitglied der Geschäftsleitung der Eidg. Finanzmarktaufsicht FINMA.

Einige unter Ihnen werden dennoch weiterlesen, vielleicht wegen der tief im Unterbewussten schlummernden Erkenntnis, Kollateralnutznießer all der beschriebenen regulatorischen Unbill zu sein. Seien wir ehrlich: wir Juristen in allen Positionen und auf allen Seiten und Stufen der regulatorischen Nahrungskette leben zwar hektisch in diesem Umfeld, aber nicht schlecht:

- Die Wirtschaftskanzleien bauen ihr regulatorisches Know-how aus (zu Recht),
- erweitern ihre Kapazitäten für interne Untersuchungen (zu Recht),
- bei denen die Kosten angesichts der Dringlichkeit des Problems für den Klienten zwar schmerzlich aber am Ende zweitrangig sind (zu Recht).
- Einzelne Partner der Kanzleien werden zu General Counsels grosser Konzerne (zu Recht),
- als General Counsels angesichts der potentiell existenzgefährdenden Rechtsrisiken zu Konzernleitungsmitgliedern (zu Recht) und
- später zu Verwaltungsratspräsidenten des Konzerns (zu Recht).
- Neue regulatorische Beratungsboutiquen bieten ihre Dienste nach neuen Preismodellen an und schaffen einen zusätzlichen Preisdruck (zu Recht).
- Headhunter erweitern ihr Netzwerk zum Besetzen regulatorischer Schlüsselstellen bei Unternehmen und Aufsichtsbehörden (zu Recht).
- Wirtschaftsprüfer beraten ihre Prüfkunden nicht mehr (zu Recht), sondern
- nur noch übers Kreuz die Kunden der anderen Mitglieder des Prüferoligopols (zu Recht).
- Professoren geben auf bestehenden oder wegen der Regulierungsflut neu geschaffenen Lehrstühlen kluge Kommentare zu allem (zu Recht) und
- werden von der Regierung in Expertenkommissionen berufen (zu Recht).
- Regulatoren erweitern ihr Know-how und ihre Durchschlagskraft durch die Anstellung von Managern und Juristen aus der beaufsichtigten Branche (zu Recht).
- Die Finanzbranche und ihre Berater, Verbände und Lobbyisten tun das Gleiche und engagieren frühere Regulatoren in hohen Positionen (natürlich auch zu Recht).

So lässt die Zunahme von Regulierungen und Verfahren uns Juristen und Berater auf allen Positionen und in allen Funktionen gewinnen. Deshalb aber mit einem schlechten Gewissen zu hadern und den vollends negativ besetzten Ausdruck «Regulierungsgewinner» zu verwenden, wäre falsch: Der Gewinn ist nicht unverdient, sondern das Resultat harter Arbeit bis zu den oder jenseits der gesetzlich bei Unternehmen erlaubten Arbeitszeitgrenzen. Vergessen wir zudem nicht: Regulierungen und Verfahren erfolgen nicht aus einer blossen Laune der Behörden,

sondern um ernsthafte und von der Öffentlichkeit verlangte *Policy*-Ziele zu erreichen. Alle Kosten, Ausgaben und Honorare fliessen schliesslich in das Bruttosozialprodukt und wieder in den Wirtschaftskreislauf. Davon profitieren dann auch das Berghotel, der Händler unseres Fahrrads oder das Opernhaus, mit deren Hilfe wir uns vom Regulierungsstress, der «regulatory fatigue» oder dem Verarbeiten von tausenden Aktenseiten erholen.

III. Betrifft ein hoher oder tiefer Risikoappetit der Aufsichtsbehörde auch Dritte?

Vielleicht lesen einzelne von Ihnen aber auch weiter in der bangen Ahnung, dass die Rechtsrisiken der Aufsichtsbehörden mit den Rechtsrisiken der Beaufsichtigten oder Dritter korrelieren. Ich teile diese Ahnung. Es verhält sich tatsächlich so. Ein *hoher* Rechtsrisikoappetit der Aufsichtsbehörde wirkt sich potentiell erheblich auf Dritte aus:

- Begründet die Aufsichtsbehörde unter Inkaufnahme hoher Rechtsrisiken eine neue Praxis (und verlangt zum Beispiel von einer Bank unter Annahme eines faktischen Beistandszwangs das Erfüllen der Eigenmittelanforderungen auf Holdingstufe), können Beaufsichtigte oder ihre Organe oder je nach Konstellation auch ihre Kunden in ihrem Vermögen, ihrer Reputation oder sogar ihrer beruflichen Existenz davon betroffen sein.
- Die ganze beaufsichtigte Branche kann sich unvermittelt in einem zentralen Geschäftsfeld mit neuen rechtlich riskanten Erwartungen der Aufsichtsbehörde konfrontiert sehen, welche die Behörde mittels Enforcement *durchsetzt*, wenn die Branche sie nicht unter hohen Kosten *umsetzt*.
- Der Gesetzgeber kann von Gesetzgebung absehen, wenn eine Aufsichtsbehörde unter Inkaufnahme von hohen Rechtsrisiken die bestehenden Gesetze extensiv auslegt, um damit neuen Erfordernissen gerecht werden, und die Gerichte die Praxis gutheissen.

Auch ein *tiefer* Rechtsrisikoappetit der Aufsichtsbehörde kann erhebliche Drittwirkungen haben:

- Investoren erhalten wegen rechtlicher Bedenken der Aufsichtsbehörde keine kollektiv organisierte Entschädigung, sondern werden zur Durchsetzung ihrer Ansprüche auf den teuren und schwierigen Zivilweg verwiesen.
- Legt die Aufsichtsbehörde *blocking statutes*, ihre eigene Rolle und die Rechtsrisiken eng aus, erhalten Beaufsichtigte von ihr keine Rückendeckung und müssen die Rechtsrisiken einer Informationsübermittlung an eine ausländische Behörde vollumfänglich selber tragen.

- Beaufsichtigte werden aus rechtlichen Gründen vor Risiken im *cross-border* Geschäft nicht gewarnt, schätzen die Risiken falsch ein und geraten in Verfahren, die in hohen Bussen, ihrem Untergang oder beidem enden.
- Anleger werden wegen rechtlichen Bedenken und Furcht vor Beschwerden nicht vor dubiosen Finanzdienstleistern gewarnt und verlieren mit ihrer Anlage viel Geld.
- Einleger kommen in einer Bank mit betrügerischen Organen zu Schaden, welche die Aufsichtsbehörde trotz Zweifeln bewilligt hat, weil sie das Rechtsrisiko einer Bewilligungsverweigerung angesichts der schwachen Beweislage nicht tragen wollte.
- Die Aufsichtsbehörde saniert wegen rechtlicher Bedenken gegen das *bail-in* von Gläubigern eine Bank nicht und eröffnet stattdessen den Konkurs mit möglicherweise verheerenden volkswirtschaftlichen Auswirkungen.
- Die Aufsichtsbehörde verzichtet auf eine gewagte Rechtsauslegung und deshalb auf ausserordentliche Massnahmen, eine Anklagedrohung einer ausländischen Strafbehörde gegen eine Grossbank abzuwehren. Die Anklage erfolgt mit katastrophalen Auswirkungen für die betroffene Bank, ihre Kunden, Mitarbeiter und die Schweizer Volkswirtschaft.
- Die Aufsichtsbehörde interveniert bei einem Beaufsichtigten oder einem Unternehmen mit möglicherweise bewilligungspflichtiger Tätigkeit wegen des zu hohen Rechtsrisikos nicht oder zu spät, mit erheblichen Schäden für Investoren, Einleger oder Versicherte.
- Der Gesetzgeber muss trotz eigentlich bestehender Rechtsgrundlagen tätig werden, was ein Angehen des Problems um Jahre verzögert, da die Aufsichtsbehörde die Frage während der ganzen Dauer der Gesetzgebung parkiert und die bestehende Praxis nicht weiterentwickelt.

Aus diesen Gründen verdient die Frage des Umgangs einer Aufsichtsbehörde mit ihren Rechtsrisiken Ihr Interesse, geschätzte Leserinnen und Leser. Um Ihnen die Lektüre und mir das Schreiben zu verkürzen, verzichte ich gänzlich auf Fussnoten.

IV. Welches sind die Hauptrisiken einer Aufsichtsbehörde?

Die Arbeit einer Aufsichtsbehörde ist mit mannigfachen Risiken verbunden. Ausgangspunkt meiner Überlegungen ist dabei eine Finanzmarktaufsichtsbehörde wie die FINMA. Analoge Fragestellungen könnten sich aber allenfalls auch für andere Aufsichtsbehörden wie etwa diejenigen über Pensionskassen, Kraftwerke, Nuklearanlagen, Seilbahnen, Flugverkehr oder Medikamente ergeben. Ich habe dies jedoch nicht näher geprüft.

Es gibt keine in Stein gemeisselte Kategorisierung der Hauptrisiken einer Aufsichtsbehörde. Sinnvoll erscheinen mir etwa die folgenden fünf Gruppen von Hauptrisiken:

- Ökonomische Umfeldrisiken realisieren sich, wenn die Aufsichtsbehörde die makro-ökonomische Entwicklung und ihre Auswirkungen auf die von ihr Beaufsichtigten falsch einschätzt und deshalb die erforderlichen Schritte in der Aufsichtsstrategie verpasst. Ein aktuelles Beispiel (natürlich nur für das Risiko nicht für das Verpassen) bilden die Risiken der gegenwärtigen und andauernden Tiefzinsphase.
- Ganz wichtige Rahmenbedingungen für die Aufsichtsbehörde setzt die Politik. Darin liegen erhebliche *politische Risiken*. Sie realisieren sich etwa dann, wenn die Politik der Aufsichtsbehörde massiv widersprüchliche oder nicht vernünftig umsetzbare gesetzliche Aufträge erteilt. Absurdes Schulbeispiel wäre ein Bundesgesetz zur Abschaffung der Mortalität mit Vollzugauftrag an das Bundesamt für Gesundheit. Darüber lacht nur, wer nicht an die Umsetzungsprobleme einzelner bereits angenommener oder bald zur Abstimmung gelangender Volksinitiativen denkt.
- Verwandt mit den politischen Risiken sind die *strategischen Risiken*, wenn sich die Aufsichtsbehörde eine angesichts des ökonomischen oder politischen Umfelds verfehlte Strategie gibt oder eine richtige Strategie schlecht oder überhaupt nicht umsetzt.
- Wie Unternehmen tragen Aufsichtsbehörden zahlreiche *operationelle Risiken*. Sie liegen in Fehlern von Personen oder Systemen oder in Drittereignissen begründet und reichen von Betrügen oder Schädigungen durch Organe, Mitarbeiter oder Dritte über den Zusammenbruch von internen Prozessen und Systemen etwa in der IT bis zu Fehlern in der Finanzberichterstattung.
- Schliesslich unterliegt die Aufsichtsbehörde *Rechtsrisiken*, womit wir endlich bei unserem Thema wären. Die Rechtsrisiken werden oft (zu Recht) den operationellen Risiken zugerechnet, aber wir Juristen und das Recht als Gegenstand unserer Künste verdienen ja schliesslich eine besondere Risikokategorie. Die gegenwärtigen horrenden Geldbussen haben auch die letzten Zweifler davon überzeugt. Solche Rechtsrisiken bestehen in zwei Richtungen:

Zum *einen* können die Gerichte hoheitliches Handeln der Aufsichtsbehörde als rechtswidrig betrachten. Zumindest kann die Rechtswidrigkeit von Parteien, Lehre und Öffentlichkeit nachhaltig behauptet werden, da bleibt dann immer etwas hängen. In diesem Fall geht die Aufsichtsbehörde bewusst oder (schlimmer) unwissentlich *zu hohe Rechtsrisiken* ein. Sie können sich zum *andern* aber auch realisieren, wenn die Aufsichtsbehörde *Rechtsrisiken* vermeiden will und deswegen ein nötiges Handeln unterlässt (*zu tiefe Rechtsrisiken*). Solches «hoheitliches Un-

terlassen» der Aufsichtsbehörde wird seltener durch Gerichte beurteilt. Ausgeschlossen ist das aber nicht, etwa bei Verantwortlichkeitsverfahren wegen zu spätem oder gänzlich unterbliebenem Vorgehen gegen Unternehmen, welche ohne Bewilligung eine bewilligungspflichtige Tätigkeit ausüben.

V. Welches ist der Schaden bei realisierten Rechtsrisiken?

Wie bei Unternehmen kann die Realisierung zu hoher oder zu tiefer Rechtsrisiken auch bei einer Aufsichtsbehörde einen *finanziellen Schaden* bewirken. Das ist freilich weniger häufig der Fall als bei privaten Unternehmen. Zum einen sind die Aufsichtsbehörden in erster Linie hoheitlich tätig. Immerhin handeln sie auch unternehmerisch, indem sie z.B. Räume mieten oder IT-Projekte abwickeln, wo bekanntlich immer etwas schief laufen kann. Schadenersatzklagen wegen einer hoheitlichen Tätigkeit sind in der Schweiz wie in vielen anderen Staaten (zu Recht) gesetzlich mehr oder weniger eingeschränkt. Ausgeschlossen sind sie jedoch nicht. So ist etwa die zivilrechtliche Haftung der FINMA *materiell* zwar an hohe Anforderungen geknüpft. Das *formelle* Verantwortlichkeitsverfahren ist dagegen im Vergleich zu normalen Zivilverfahren einfach, schnell und günstig. Der Gesetzgeber geht von der Möglichkeit beachtlicher finanzieller Haftung der FINMA aus, indem er von dieser zur Abdeckung erfolgreicher Haftungsansprüche den Aufbau von Reserven im Umfang eines Jahresbudgets (derzeit über 100 Millionen Franken) verlangt.

Für eine Aufsichtsbehörde fast wichtiger als der eher seltene finanzielle Schaden ist der potentielle *Reputationsschaden*. Das gilt auch, wenn sich Rechtsrisiken verwirklichen. Der Reputationsschaden kann an Stelle oder zum finanziellen Schaden hinzu treten. So wird die Reputation einer Behörde beschädigt, wenn Gerichte ihre Entscheide regelmässig mit scharfer Begründung als rechtswidrig aufheben. Umgekehrt leidet ihre Reputation auch, wenn sie wegen zu hoher Rechtsrisiken davon absieht, harte Massnahmen z.B. gegen Banken oder ihre Organe oder zu Gunsten von Anlegern zu ergreifen. Der Vorwurf der Mutlosigkeit bis hin zu Befangenheit oder «regulatory capture» folgt auf dem Fuss.

Oft bezeichnet man diesen Reputationsschaden auch als *Reputationsrisiko*. Der Begriff des Reputationsrisikos ist aber sehr unscharf. Er umschreibt anders als die anderen genannten Risikoarten mehr die Art des Schadens als seine Ursache, die irgendwo liegen kann. Jedes falsche oder ungeschickte Handeln, jede verfehlte öffentliche Äusserung oder sogar eine blossige Geste kann die Reputation einer Behörde, eines Unternehmens oder einer Person beschädigen. Um die Welt ging das von einem Fotografen zufällig festgehaltene *Victory*-Zeichen des angeschul-

digten Vorsitzenden einer globalen Bank im Gerichtssaal zu Beginn des Strafprozesses. Aus diesem Grund ist das Management von Reputationsrisiken für eine Aufsichtsbehörde ebenso schwer wie für ein Unternehmen. Das Reputationsrisiko lauert und versteckt sich überall und schlägt oft dort zu, wo man es am wenigsten erwartet. Ich bleibe deshalb beim Rechtsrisiko.

Bei privaten Unternehmen und insbesondere bei den vom Vertrauen ihrer Kunden abhängigen Banken besteht eine hohe Rückkoppelung zwischen Reputationsschaden und finanziellem Schaden. Das zeigt sich gerade bei Rechtsrisiken etwa bei Banken: Schon der öffentliche Hinweis auf ein Verfahren einer Behörde kann lange vor einer Busse die Reputation beschädigen und Kundengelder abfliessen und den Aktienkurs sinken lassen. Eine Busse bewirkt dann neben dem direkten Schaden allenfalls noch einmal das Gleiche, wenn Kunden und Aktionäre sie nicht schon antizipiert haben. In diesem Punkt ist die Aufsichtsbehörde scheinbar im Vorteil. Ein Reputationsverlust führt kaum zu finanziellen Verlusten. Dieser vermeintliche Vorteil erweist sich aber bei näherem Hinsehen als Risiko: Anders als bei Unternehmen steht einer Aufsichtsbehörde ein Ablass durch Busse nicht zur Verfügung. Vielmehr kann ein Reputationsschaden bei unglücklichen Umständen direkt die Existenz der Behörde gefährden. Dies zeigt etwa das traurige Schicksal der britischen Financial Services Authority: Eine neue Regierung lastete ihr ein Versagen in der Finanzkrise an und entliess sie im März 2013 nach einem kurzen Leben von (rechtlich) bloss elf Jahren und vier Monaten in den Orkus der Aufsichtsrechtsgeschichte.

VI. Wen trifft der Schaden realisierter Rechtsrisiken?

Verwirklicht sich ein Rechtsrisiko, wird der finanzielle Schaden oder der Reputationsschaden in erster Linie die Aufsichtsbehörde als Behörde treffen. Für diese handeln aber Personen. Auch wenn die persönliche zivil- und strafrechtliche Verantwortung etwa der für die FINMA handelnden Personen gesetzlich beschränkt ist, ist sie doch vorhanden. Vor allem strafrechtliche Verfahren gegen Einzelpersonen sind bei Handlungen mit hohem Rechtsrisiko nicht ausgeschlossen. Solches Spielen auf den Mann oder die Frau kann die Risikobereitschaft einer Aufsichtsbehörde stark beeinflussen. Wie Bankangestellte werden auch Angestellte der FINMA ungern in Strafverfahren verwickelt, wenn sie in bester Absicht ihren Job machen. Im Rahmen ihrer Fürsorgepflicht muss die Aufsichtsbehörde ihren Angestellten deshalb beistehen, einschliesslich dem Stellen eines Rechtsbeistands, wenn diese mit hinreichender Sorgfalt und in gutem Glauben gehandelt haben.

VII. Welches Tun oder Unterlassen begründet Rechtsrisiken einer Aufsichtsbehörde?

Rechtsrisiken lauern für eine Aufsichtsbehörde hinter jeder Ecke und überall, auch dort, wo man sie kaum vermutet:

- Bereits erwähnt habe ich das Risiko, dass hoheitliche Verfügungen der Aufsichtsbehörde vor den Gerichten als rechtswidrig aufgehoben werden, sei es wegen Verletzung von materiellem Recht oder von Verfahrensrecht.
- Auch das verfügungsfreie Handeln durch Realakte wie eine öffentliche Information oder Warnung oder das Übermitteln von Informationen an andere Behörden im In- oder Ausland kann Rechtsrisiken beinhalten.
- Rechtsrisiken sind auch mit Rechtsauskünften verbunden, welche die Aufsichtsbehörde gibt. Im Sinne einer bürgernahen Verwaltung sollte sie solche Auskünfte geben. Die Anwälte werden dadurch nicht überflüssig. Zum Teil sind sie die Fragesteller. Auskünfte der Behörden können wie Gerichtsurteile lange Rechtsgutachten, Memos und Aufsätze erübrigen und so einfache Rechtsfragen ohne grossen Aufwand rasch klären. Nötig sind aber Vorbehalte seitens der Aufsichtsbehörden, um nicht nach Treu und Glauben eine Bindung zu bewirken, wo dies nicht möglich und gewollt ist. So umschreibt die Behörde auch mit Vorteil in eigenen Worten den Sachverhalt, den sie ihrer Auskunft zu Grunde legt. Viele Anfrager pflegen nämlich in der Anfrage nur das offen zu legen, was die von ihnen erwünschte Auskunft stützt.
- Auch in unterlassenen Handlungen der Aufsichtsbehörde liegt ein Rechtsrisiko. So können geschädigte Anleger in einem Staatshaftungsverfahren geltend machen, ihr Schaden wäre vermieden worden, hätte die Aufsichtsbehörde nicht rechtswidrig zu spät oder überhaupt nicht interveniert. Je mehr Informationen der Aufsichtsbehörde vorliegen, desto grösser ist diese Gefahr. Das Schlimmste sind Informationen bei der Aufsichtsbehörde, welche diese nicht beachtet, verarbeitet oder versteht.
- Operationelle Probleme können auch zu Rechtsrisiken werden. So drohen bei schwerwiegenden Verfahrensverzögerungen Beschwerden wegen Rechtsverweigerung.
- In der Erhebung von Aufsichtsabgaben bei den zur Abgabe verpflichteten Beaufsichtigten liegen nicht nur grosse operationelle Risiken, sondern auch Rechtsrisiken. Wird die Rechtmässigkeit einer Abgabeberechnung vor Gericht erfolgreich bestritten, kann dies im schlimmsten Fall angesichts korrelierender Gebührentöpfe die rückwirkende Neuberechnung sämtlicher Abgaben und neue Rechnungen an tausende von Abgabepflichtigen zur Folge haben.
- Wie viele Beispiele von Behörden zeigen, stellt das öffentliche Beschaffungsrecht z.B. bei IT-Projekten hohe Hürden, entsprechend hoch sind die Rechtsrisiken.
- Auch Aufsichtsbehörden unterliegen dem Arbeitsgesetz. Dessen Verletzung etwa durch zu viele Stundenzahlen bei Vertrauensarbeitszeit kann sogar strafrechtliche Konsequenzen für die Verantwortlichen haben.
- Auch bei anderen Verletzungen arbeitsrechtlicher Bestimmungen, etwa in Fällen von Mobbing oder Geschlechterdiskriminierung, können sich Rechtsrisiken realisieren.

Realisieren sich solche Rechtsrisiken, kann dies für die Aufsichtsbehörde einen finanziellen Schaden bewirken. Wie erwähnt häufiger, und am Ende auch schlimmer ist die damit potentiell geschädigte Reputation und Glaubwürdigkeit.

VIII. Darf, soll oder muss eine Aufsichtsbehörde Rechtsrisiken eingehen?

Die Frage ist berechtigt vor allem für das hoheitliche Aufsichtshandeln einer Aufsichtsbehörde. Der Laie erwartet zu Recht, dass sich eine Aufsichtsbehörde wie alle anderen Behörden an das Recht hält und rechtmässig handelt, Punkt Schluss. In dieser einfachen Sicht hat die Frage nach den Rechtsrisiken einer Behörde keinen Platz. Geradezu monströs erscheint aus diesem Blickwinkel die Vorstellung, eine Aufsichtsbehörde könnte einen grösseren oder kleineren Rechtsrisikoappetit haben.

Nun ist die Sache aber nicht so einfach. Der Volksmund weiss es bereits («Zwei Juristen, drei Meinungen»): die Rechtsanwendung und die Rechtsfindung sind keine exakte Wissenschaft, da gibt es neben Schwarz und Weiss viel Grau. Das gilt besonders (aber nicht nur) für Rechtsbereiche wie das Finanzmarktrecht, wo der Gesetzgeber verbreitet und mit gutem Grund mit Rahmengesetzen und unbestimmten Gesetzbegriffen arbeitet («schwere Aufsichtsrechtsverletzung», «Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit», «geeignete Organisation» u.a.). Er begründet damit ein Recht und nach meiner Sicht auch eine Pflicht der Aufsichtsbehörde, diesen Handlungsspielraum verantwortungsbewusst auszuschöpfen. Das kann auch bedeuten, den Inhalt dieser Normen mit der nötigen Umsicht an neue Erfordernisse anzupassen. Damit geht die Übernahme des Rechtsrisikos einher, dass die Gerichte dies am Ende anders sehen.

Auch für Aufsichtsbehörden gilt: es ist fast immer einfacher rechtlich zu begründen, nichts zu tun. Es ist einfacher, den Gesetzgeber wegen angeblich mangelnden Rechtsgrundlagen zum Lösen eines Problems aufzufordern, als vorher zuerst selber das geltende Recht auszuschöpfen und dabei Rechtsrisiken zu übernehmen.

Entscheidet sich die Aufsichtsbehörde, selbst sofort zu handeln, beinhaltet dies aber neben dem Rechtsrisiko auch das Risiko, dass der Gesetzgeber erst nach jahrelangen Gerichtsverfahren tätig wird, was die Lösung der Frage um Jahre verzögern kann. Diese Risiken sind gegeneinander abzuwägen.

Eine andere Frage ist: wie geht die Aufsichtsbehörde ihre Rechtsrisiken ein? Wartet sie ab, bis sich zufällig ein geeigneter Anwendungsfall für ein Enforcement ergibt, oder wählt sie den Regulierungsweg. Der erste Weg führt potentiell rascher zu einem gerichtlich überprüfbareren Resultat. Der zweite Weg liesse mehr Raum für den (gesetzlich vorgesehenen) Dialog mit den Betroffenen. Im Ergebnis ist die Wirkung aber ähnlich, denn auch mit einem (publizierten) Einzelfallentscheid setzt sich die Aufsichtsbehörde einen Massstab, an dem sie sich in anderen Fällen messen lassen muss.

Zwischenfazit: Bewegen ist anstrengender als beharren, aber am Ende meist besser.

IX. Wie kann eine Aufsichtsbehörde Rechtsrisiken begrenzen?

Sicherlich darf eine Aufsichtsbehörde nicht leichtfertig Rechtsrisiken eingehen, sondern nur mit Vorbedacht und unter Abwägung der Risiken und Interessen. Das bedeutet, dass sie diese Risiken erkennt, erfasst, abwägt und kontrolliert. Dies wiederum setzt ein funktionierendes und robustes Risikomanagement voraus, das sämtliche Risiken, nicht nur Rechtsrisiken umfasst. Für die Schaffung eines solchen Systems ist das oberste strategische Organ einer Aufsichtsbehörde zuständig. Die internen Entscheidungsprozesse sind so zu organisieren, dass die Rechtsrisiken einen Advokaten oder (für Altberner) Fürsprecher haben, der auf sie aufmerksam macht. Das kann der General Counsel einer Aufsichtsbehörde sein, wo ein solcher besteht, oder eine besondere Rechtsfunktion, welche die Sicht der Rechtsrisiken in die Entscheide einbringt. Nützlich ist auch, wenn diese Stelle regelmässig im direkten Gespräch mit wichtigen Entscheidungsträgern der Aufsichtsbehörde deren Aufgabenportfolio auf allfällige Rechtsrisiken analysiert und diese Analyse für die Führung der Behörde aufbereitet.

Das Management der Rechtsrisiken einer Aufsichtsbehörde erfordert zwingend eine genaue Analyse der sie betreffenden Gerichtsentscheide. Dabei ist mit Vorteil auch die Metaebene der unterliegenden Botschaften der Gerichte zu beachten. Es entwickelt sich in der Folge ein eigenartiger, zeitverzögerter und in Erwägungen verdichteter Dialog zwischen Gerichten und Aufsichtsbehörden. Die Gerichte definieren mit ihrer Praxis den Spielraum der für die Aufsichtsbehörde akzeptablen Rechtsrisiken. Sie nehmen damit eine eminent rechtspolitische Aufgabe wahr. Damit verbunden ist auch eine

rechtspolitische Verantwortung. Wenn sie den Handlungsspielraum der Aufsichtsbehörde einschränken, stellen sie Anforderungen an den Detaillierungsgrad der Gesetze, welche den Gesetzgeber inhaltlich und zeitlich fordern oder sogar überfordern können.

X. Soll eine Aufsichtsbehörde externe Rechtsgutachten einholen?

Für Anwälte besonders interessant ist die Frage, ob die Aufsichtsbehörde bei heiklen Rechtsfragen ihre Rechtsrisiken begrenzen soll, indem sie externe Rechtsmeinungen einholt. Das mag in Einzelfällen gerechtfertigt sein. Grundsätzlich sollte aber abgewandelt auch für Aufsichtsbehörden der für Gerichte geltende Grundsatz gelten: «iura novit curia». Es muss zu den Kernkompetenzen einer Aufsichtsbehörde gehören, Rechtsfragen jedenfalls des Aufsichtsrechts kompetent zu beantworten. Daraus folgen dann auch die Grundlagen zur Beurteilung der Rechtsrisiken. Das schliesst in Einzelfällen das Beiziehen externer Rechtsexperten etwa zu aufsichtsfremden Vorfragen oder zum ausländischen Recht nicht aus. Ob die Aufsichtsbehörde sich dabei an das Bundesamt für Justiz oder an Professoren und Anwälte wendet, muss sie im Einzelfall abwägen. Es versteht sich, dass die Aufsichtsbehörde von sich aus die Frage von aktuellen oder potentiellen Interessenkonflikten der Kandidaten prüft.

XI. Was ist das Ergebnis dieser Überlegungen?

Die Aufsichtsbehörde darf, soll und muss sogar bei ihrer Aufsichtstätigkeit Rechtsrisiken übernehmen. Das kann auch bedeuten, die Beaufsichtigten im öffentlichen Interesse des Finanzplatzes beim Tragen von Rechtsrisiken zu unterstützen, wenn sie die Risiken besser als die Beaufsichtigten tragen kann. Übernimmt die Aufsichtsbehörde keine Rechtsrisiken, droht ihr der Vorwurf, sie sei übervorsichtig und zögerlich, setze das Gesetz nicht konsequent um und wahre die von ihr zu schützenden Interessen ungenügend. Die Übernahme von Rechtsrisiken muss aber bewusst und verantwortungsvoll geschehen. Dies bedingt ein Risikomanagement, welches mit dem eines privaten Unternehmens vergleichbar ist.

Die Antwort auf die Titelfrage mit Blick auf die Rechtsrisiken einer Aufsichtsbehörde lautet somit weder «take it», noch «leave it» sondern: «take the right amount of risk after due consideration ...». Im Sinne der erwähnten Symbiose der Regulierungsgewinner wäre hinzuzufügen: «... and based on solid legal advice».