

# Fundierte Einführung in die Bankenaufsicht

## Das «Enforcement» als Pfeiler der Finanzmarktkontrolle

Die Durchsetzung materiellen Rechts ist entscheidend für die Glaubwürdigkeit einer Aufsichtsbehörde. Dies gilt besonders im Rahmen der neuen integrierten Finanzmarktaufsicht (Finma).

Die Durchsetzung materiellen Rechts in rechtsstaatlichen Verfahren ist entscheidend für die Glaubwürdigkeit hoheitlichen Handelns. Das gilt auch für die Finanzmarktaufsicht: Ihr dritter Pfeiler, neben Regulierung und Überwachung, ist das «Enforcement». Die bei der Eidgenössischen Bankkommission (EBK) tätigen Anwälte Urs Zulauf, David Wyss und Daniel Roth legen zu diesem Thema die erste umfassende Monografie vor. Sie haben die Enforcement-Praxis der EBK in den letzten Jahren wesentlich mitgeprägt. Das erklärt, warum das Buch keine kritische Würdigung der EBK-Praxis sein will, sondern darzustellen versucht, wie die Behörde das Aufsichtsrecht durchsetzt und welchen Regeln das eingreifende Verwaltungsverfahren unterworfen ist.

### Detailliertes zum Gewährsbrief

So wird zum Beispiel detailliert auf die umstrittene Praxis zum Gewährsbrief eingegangen: Kommt die EBK in Untersuchungen gegen eine Bank zum Schluss, dass ein mittlerweile ausgeschiedener Gewährsträger, das heisst eine Person, die mit der Geschäftsführung des Instituts betraut war, möglicherweise nicht mehr Gewähr für eine einwandfreie Tätigkeit bietet, wird ihm ein Vorbehalt mitgeteilt, ohne dass indessen die Tauglichkeitsfrage tatsächlich geprüft würde. Denn, so die EBK, eine solche Prüfung erfolge nie abstrakt, sondern sei nur möglich, wenn bekannt sei, welche Funktion der Empfänger des Gewährsbrieft bei einem neuen Arbeitgeber übernehmen wolle.

Da die betroffene Person gemäss dieser Praxis der EBK, die vom Bundesgericht und neu auch vom Bundesverwaltungsgericht geschützt wird, mithin kein schutzwürdiges Interesse an einem Entscheid über die Gewähr hat, solange sie nicht eine neue Gewährsposition zumindest in Aussicht hat, kann sie sich gegen den Gewährsbrief rechtlich auch nicht wehren. Dies, obwohl sie durch ihn in ihrem beruflichen Fortkommen beeinträchtigt ist: Eine Bank oder eine Fondsleitung wird sich nämlich reiflich überlegen, jemanden etwa als Geschäftsleitungsmitglied einzustellen, der im Anstellungsgespräch offenlegt, einen Gewährsbrief erhalten zu haben.

Verschweigt der Stellensuchende aber diesen Umstand gegenüber der Bank, riskiert er, dass die EBK nach Kenntnisnahme seiner Anstellung ein Verfahren gegen das Institut führt, was bei Verneinung der Gewähr zur Entfernung der Person aus der neuen Stelle führen kann. Die Autoren verteidigen zwar «ihre» Praxis mit guten Argumenten, räumen zugleich aber ein, dass es sich wohl bloss um «die am wenigsten schlechte Lösung» handle. Nicht zurückhaltend sind sie dagegen in der punktuell vorgebrachten Kritik am Gesetzgeber, etwa dort, wo sie bedauern, dass entgegen dem EBK-Reformvorschlag der Aufsichtsbehörde im neuen Finanzmarktaufsichtsgesetz (Finmag) keine Kompetenz zum Aussprechen von verwaltungsrechtlichen Sanktionen mit pönalem Charakter eingeräumt wurde.

### Vollstreckungsrecht wird wichtiger

Spannend sind auch weitere Erörterungen über das richtige Enforcement-Instrumentarium im neuen Finmag. Das neue Recht wie auch die Praxis der EBK in den letzten drei Jahren zeigen, dass dem Vollstreckungsrecht in Zukunft viel grössere Bedeutung zukommen wird. Dafür sorgt zum Teil auch in verfehlter Weise das materielle Recht. Paradebeispiel ist die gesetzgeberische Fehlleistung, notabene gegen den Widerstand der EBK, Beteiligungsgesellschaften in Form der nicht börsenkotierten Aktiengesellschaft dem Bundesgesetz über die kollektiven Kapitalanlagen zu unterstellen. Dies hat viele Verfahren gegen seit je bestehende, nicht bewilligte Gesellschaften dieses Typus zur Folge, oftmals ohne dass dies zu mehr Anlegerschutz führen würde.

Gegenüber bewilligten, der laufenden EBK-Überwachung unterworfenen Instituten wie Banken, Fondsleitungen und Effektenhändlern wird Enforcement, verstanden als verwaltungsrechtliche Vollstreckung, dagegen nach wie vor die Ausnahme bleiben. Kommen bei diesen Instituten Fehler vor, werden sie so weit wie möglich mittels informellen Verwaltungshandelns abgeklärt und korrigiert. Die Autoren gehen auf die Spielregeln dieses in der Praxis wichtigen Teils des Enforcement ein, nicht ohne darauf hinzuweisen, dass diese pragmatische Vorgehensweise nicht so erfolgreich wäre, wenn nicht alle Beteiligten um das effektive verwaltungsrechtliche Instrumentarium der Behörde wüssten.

«Finanzmarkt-Enforcement» bietet neben der präzisen Abhandlung zum Recht der eingreifenden Verwaltungsverfahren eine spannende Einführung ins Bankenaufsichtsrecht, da immer auch die den Enforcement-Fragen zugrunde liegenden materiell-rechtlichen Aspekte erörtert werden; zusammen mit den umfassenden Hinweisen auf die ab 1. Januar 2009 mit Einführung der Finma geltende Rechtslage (in 34 «Finma-Boxen») macht dies das Buch zum Referenzwerk.

*Sandro Abegglen*