



Eidgenössische Bankenkommision  
Commission fédérale des banques  
Commissione federale delle banche  
Swiss Federal Banking Commission

13. Januar 2004

Eidg. Finanzdepartement  
3003 Bern

## Finanzmarktaufsichtsgesetz (FINMAG) - Ämterkonsultation

Sehr geehrte Damen und Herren

Wir danken Ihnen sehr für die Gelegenheit, zu diesem für die Eidg. Bankenkommision (EBK) ausserordentlich wichtigen Gesetzgebungsvorhaben Stellung nehmen zu können.

### 1. Die EBK begrüsst grundsätzlich das geplante FINMAG und die Schaffung einer voll integrierten Aufsichtsbehörde

Die EBK *begrüsst* grundsätzlich das geplante Finanzmarktaufsichtsgesetz und die damit verbundene Zusammenführung der Banken-, Börsen- und Anlagefondsaufsicht mit der Versicherungsaufsicht in einer künftigen FINMA. Die dafür im Bericht angeführten Hauptgründe (bessere Nutzung der Fachkompetenz des Aufsichtspersonals und Berührungspunkte zwischen Bank- und Versicherungsgeschäft im Anlagebereich) sind nach Ansicht der EBK *stichhaltig*. Unter den gegebenen Rahmenbedingungen erlaubt zudem nur die Schaffung einer vollständig integrierten (bereits heute beaufsichtigt die EBK nicht nur Banken und Effektenhändler, sondern auch Anlagefonds, Börsen und zum Teil die Effektenmärkte) Aufsichtsbehörde, die *administrative Unabhängigkeit* der Aufsicht zu *verstärken*. Der vorliegende Gesetzesentwurf bildet dazu eine gute Grundlage.

Die EBK erachtet insbesondere folgende Vorgaben des Bundesrates beziehungsweise Entscheidungen der Expertenkommission Zimmerli als *sinnvoll*: So strebt das FINMAG in einem ersten Schritt keine vollständige *Harmonisierung des materiellen Aufsichtsrechts* der verschiedenen Sektoren an. Immerhin sollen aber die *Aufsichtsinstrumente und insbesondere das Prüfungswesen harmonisiert werden*, was der EBK als zentral wichtig erscheint. Dadurch können die geltenden Aufsichtsgesetze wesentlich entschlackt und gekürzt, sowie Ungereimtheiten im Mitteleinsatz der FINMA vermieden werden. Leider kommt dies im Entwurf nicht vollständig zum Ausdruck, da in den Schlussbestimmungen diese Vorschriften (noch) nicht geändert sind. Die EBK hat der



Expertenkommission dazu im November 2002 Vorschläge übermittelt. Schliesslich begrüsst die EBK auch die vorgesehene weitgehende *Organisationsfreiheit* der FINMA.

## 2. Die FINMA braucht gute Rahmenbedingungen

Die EBK begrüsst zwar die Schaffung der FINMA, sie warnt aber vor der Vorstellung, die Integration der Banken- und Versicherungsaufsicht in einer neuen Aufsichtsbehörde löse als solche Aufsichtsprobleme. Eine erfolgreiche Tätigkeit der FINMA setzt vielmehr voraus, dass (unter anderem) folgende Rahmenbedingungen beachtet werden, welche der Bericht der Expertenkommission Zufferey im November 2000 richtig festhielt (S. 67):

- Vermehrte Professionalisierung und Internationalisierung
- Administrative Unabhängigkeit und Ressourcenhoheit
- Wahrung der sachlichen Unabhängigkeit von Politik und von den Beaufsichtigten
- Klare Strukturen bei „corporate governance“ und Kontrolle
- Rechenschaftspflicht ohne Politisierung

Sind diese Vorgaben erfüllt, können auch mehrere getrennte Aufsichtsbehörden ihre Aufgaben gut wahrnehmen. Sind sie nicht erfüllt, wird auch eine integrierte Aufsichtsbehörde scheitern. In der politischen Diskussion darf deshalb die FINMA nicht als Lösung materieller Aufsichtsprobleme dargestellt werden. Sie ist *einzig eine (richtige) Neuorganisation der Aufsicht*.

## 3. Die Arbeit der künftigen FINMA darf nicht durch aufsichtsfremde Vorgaben belastet werden

Die künftige FINMA wird die *Angriffsflächen* der beiden zu fusionierenden Behörden EBK und Bundesamt für Privatversicherungen (BPV) *vereinen*. Schwierigkeiten im einen Aufsichtsbereich werden zwangsläufig auf die anderen ausstrahlen und können das Ansehen und die Handlungsfähigkeit der FINMA als Ganzes gefährden. Aus diesem Grund wird eine kohärente Aufsichtspolitik der FINMA als Ganzes äusserst wichtig sein, was eine klare Einbettung der Tätigkeit der „Fachdepartemente“ in eine Gesamtstrategie erfordert.

Eine mögliche Angriffsfläche können zum Beispiel wirtschaftlich nicht fundierte politische Vorgaben bieten, welche mit den Zielen einer Finanzaufsichtsbehörde in Konflikt stehen. Zum Glück konnte die EBK als Aufsichtsbehörde über Banken, Effektenhändler, Anlagefonds und Börsen weitgehend ohne solche Vorgaben (wie zum Beispiel politische Festsetzung von Zinsen) agieren.

Im Hinblick auf eine künftige FINMA ist die EBK besorgt über die (noch) bestehenden unklaren *Schnittstellen* zwischen dem *Versicherungsaufsichts- und Sozialversicherungsrecht* und über die damit zusammenhängenden Zielkonflikte. Diese werden die FINMA wie heute das BPV ins Zentrum sozialpolitischer Auseinandersetzungen rücken. Die EBK wird Ende Januar über diesen Fragenkomplex eine Aussprache mit dem Direktor des Bundesamtes für Privatversicherungen führen. Sie behält sich vor, danach diese Stellungnahme in diesem Punkt zu ergänzen.



#### 4. Zahlreiche neue Aufgaben können die FINMA lähmen

Der vorliegende Entwurf klammert die Frage aus, ob der FINMA zusätzliche Aufgaben übertragen werden soll. Die Rede ist (in verschiedenen Zusammenhängen) von einer Aufsicht

- über Vermögensverwalter (rund 4'000 einschliesslich Treuhänder),
- andere Finanzintermediäre nach Geldwäschereigesetz (rund 2'000),
- über Spielcasinos (rund 20)
- über Revisionsstellen der an einer Börse kotierten Unternehmen (rund 400 allein an der SWX),
- über einzelne Revisoren (rund 4'000, im Sinne einer „Zulassung“, welche die fallweise Kontrolle ihrer Prüftätigkeit bei zehntausenden Gesellschaften einschliesst);
- über autonome Pensionskassen und Sammelstiftungen nach BVG (rund 11'000).

Die ersten beiden Punkte soll die Expertenkommission Zimmerli aufgrund ihres Mandates noch prüfen. Nach Ansicht der EBK zu Recht hat sich die Expertenkommission im Bericht oder an anderer Stelle dagegen ausgesprochen, der FINMA die Aufsicht über die Spielcasinos, die Revisionsstellen nicht beaufsichtigter Institute und die autonomen Pensionskassen zu übertragen. Die EBK ist zuversichtlich, dass die politischen Entscheidungsträger diesen Empfehlungen folgen.

Die EBK verschliesst sich nicht der Einsicht, dass es sinnvoll wäre, eine prudentielle Aufsicht über Vermögensverwalter direkt oder indirekt (über Selbstregulierungsorganisationen) der FINMA anzuvertrauen, falls eine solche Vermögensverwalteraufsicht überhaupt als notwendig erachtet wird. Die Aufgaben einer künftigen FINMA werden aber bereits aufgrund der nach dem Entwurf für sie vorgesehenen Aufsichtsbereiche sehr komplex sein. Auch die Organisation und Abwicklung der Fusion von EBK und BPV wird am Anfang angesichts der unterschiedlichen Aufsichtsmethodik und –kultur viel Zeit der Führung beanspruchen. Es ist deshalb ein Anliegen der EBK, schon jetzt auf die *Gefahr einer Lähmung der künftigen FINMA* durch eine massive Erhöhung neuer Aufsichtssubjekte hinzuweisen. Auch wenn die Aufsicht (richtigerweise) weniger tief gehen könnte, als bei den heute durch die EBK und das BPV Beaufsichtigten, ist doch die Belastung nicht zu unterschätzen. Zu warnen ist jedenfalls vor Lösungen, welche nicht realisierbare Erwartungen schaffen, ohne der Behörde die nötigen Aufsichtsmittel zu geben. Gratis, ohne Aufwand und Kosten, ist keine taugliche Aufsicht zu erreichen.

#### 5. Der Vernehmlassungsentwurf weist noch Schwachstellen auf

Nach Auffassung der EBK erfüllt der Entwurf die vorne genannten Vorgaben weitgehend. Vor allem hinsichtlich institutional governance, Unabhängigkeit, Information und Aufsichtsmittel erscheint er der EBK aber noch verbesserungsbedürftig. Besonders wichtig erscheinen der EBK zudem Anpassungen der Regeln für Zweit- und Vertiefungsprüfungen (dazu nachstehend Ziffer 13).

Im folgenden werden die wesentlichen Anliegen der EBK dargestellt und im beiliegenden Gesetzestext ausformuliert. ... Die EBK äussert sich in diesem Zeitpunkt grundsätz-



lich nicht zum Erläuterungsbericht, welcher im Hinblick auf eine künftige Gesetzesbotschaft noch einer grundlegenden Überarbeitung bedürfte.

## 6. Der französische Gesetzestext ist zu prüfen

Nach Meinung (insbesondere der französischsprachigen Mitglieder) der EBK bedarf der französische Gesetzestext noch einiger terminologischer Anpassungen. So wäre der Ausdruck Institut besser mit „entreprise financière“ statt mit „institut“ zu übersetzen (Art. 5), der „Sonderbeauftragte“ mit „chargé de mission“ statt „délégué spécial“. Die einheitliche Abkürzung FINMA in allen Sprachen ist aus Markenüberlegungen wichtig und richtig. Hingegen wäre als Name der Behörde „autorité du marché financier“ zu prüfen.

## 7. Der Kundenschutz ist als allgemeines Aufsichtsziel aufzunehmen

Die EBK teilt die *Skepsis* der Expertenkommission hinsichtlich der Aufnahme einer „Ethikklausel“ im FINMAG. Hingegen ist sie der Ansicht, der *Individualschutz* der Empfänger von Finanzdienstleistungen müsste als Richtschnur an erster Stelle in den Zielkatalog der FINMA aufgenommen werden (Art. 3). Ebenso wäre neben dem Schutz des „Ansehens des Finanzplatzes“ dessen Integrität oder Vertrauenswürdigkeit zu erwähnen.

## 8. Der Differenzierungsgedanke bei Regulierung und Aufsichtspraxis ist hervorzuheben

Zu Recht schlägt die Expertenkommission vor, es sei beim Erlass von *Ausführungsbestimmungen* den spezifischen Geschäften und Risiken der verschiedenen Gruppen von Instituten durch differenzierte Regeln Rechnung zu tragen (Art. 43). Dabei sind im Ergebnis allenfalls sogar umfangreichere und kompliziertere Regeln in Kauf zu nehmen. Nach Meinung der EBK verdiente es der Differenzierungsgrundsatz, sogar als *allgemeine Leitlinie für Regulierung und Aufsichtspraxis* prominent aufgenommen zu werden (Art. 3a).

## 9. Die „institutional governance“ in der FINMA sollte verbessert werden

An die FINMA werden (zu Recht) hohe Anforderungen gestellt werden. Sie kann diese nur erfüllen, wenn die Stellung und die Befugnisse ihrer Organe auf eine sachlich überzeugende und praktikable Weise bestimmt und gegeneinander abgegrenzt sind. Die EBK begrüsst grundsätzlich den von den Experten vorgeschlagenen Ansatz. Im einzelnen sind aber noch Verbesserungen nötig:

- Die EBK erachtet es als ausgesprochene Stärke der heutigen Bankenaufsicht, dass der EBK als Kommission *nicht nur eine beratende Rolle* zukommt, sondern sie auch selbst *Entscheide* (einschliesslich Verfügungen) trifft. Dadurch wird ein Gegengewicht zur (zu Recht) starken Stellung der Geschäftsleitung geschaffen, welche ihre Überlegungen in Anträgen zusammenfassen und vor einem Gremium vertreten muss, welches eine Frage mit Abstand aber Sachverstand beurteilen kann. So vermindert sich die Gefahr einseitiger oder übereilter Entscheide. Dieses bewährte



Prinzip sollte nach Auffassung der EBK auch in der FINMA grundsätzlich beibehalten werden. Es wäre jedoch insofern zu modifizieren, als die Geschäftsleitung nur dann Einzelentscheide dem Verwaltungsrat vorlegen sollte (und dürfte), wenn diesen nach ihrer Auffassung grundsätzliche Bedeutung zukommt. In diesen Fällen würde der Entscheid auch formell vom Verwaltungsrat getroffen (Beilage Art. 7 Abs. 3 Bst. a). Entsprechend seiner in dieser Weise verstärkten Stellung sollte der „Aufsichtsrat“ besser „Verwaltungsrat“ genannt werden, was dem in seinen Funktionen durchaus vergleichbaren obersten Organ einer Aktiengesellschaft entspricht.

- Sowohl der Verwaltungsrat als auch die Geschäftsleitung sollten Entscheidungskompetenzen nicht nur an „Fachdepartemente“ (dazu nachstehend Ziffer 10), sondern an Ausschüsse delegieren dürfen, was im Gesetz ausdrücklich anerkannt werden sollte (Beilage Art. 8 Abs. 3).

## 10. Die Unabhängigkeit der geplanten FINMA ist zu verstärken

Der Expertenentwurf gestaltet die FINMA zu Recht als unabhängige Behörde mit eigener Rechtspersönlichkeit aus. Die EBK begrüsst ausdrücklich die Verankerung dieser Unabhängigkeit in Artikel 4 und Artikel 19 des Entwurfs.

Die *politische Unabhängigkeit* der FINMA sollte aber durch folgende Änderungen verstärkt werden:

- Die FINMA sollte selbst abschliessend befugt sein, *Personalvorschriften* zu erlassen, ebenso wie dies auch im (alten und neuen) Nationalbankgesetz vorgesehen ist. Dies entspricht auch einer Empfehlung der internationalen Expertengruppe unter Führung des Internationalen Währungsfonds im „Financial Sector Assessment Program (FSAP)“ im Juni 2002.
- Um politisch (zu Recht) unerwünschte „Exzesse“ bei den Löhnen der Geschäftsleitung zu verhindern, wäre die FINMA zu verpflichten, die *Löhne der Geschäftsleitung offenzulegen* (Beilage Art. 7 Abs. 3 Bst. g).
- Ebenso sollte nach Auffassung der EBK der *Verwaltungsrat* allein (d.h. ohne Genehmigung durch den Bundesrat) befugt sein, die *Mitglieder der Geschäftsleitung zu wählen* (Beilage Art. 7 Abs. 3 Bst. e). Dies wäre konsequenter Ausdruck der vom FINMAG angestrebten Unabhängigkeit der FINMA. Sollte dieses Anliegen als politisch nicht realisierbar erachtet werden, so wäre zumindest der Genehmigungsvorbehalt auf den Vorsitzenden (oder die Vorsitzende) der Geschäftsleitung und dessen oder deren Stellvertreter oder Stellvertreterin zu beschränken. Bei einer weitergehenden Einflussmöglichkeit der politischen Behörden besteht die Gefahr einer Bestellung der gesamten Geschäftsleitung aufgrund sachfremder Kriterien. Eine solche abschliessende Wahlkompetenz der Aufsichtsbehörde kennt (zu Recht) auch das Spielbankengesetz aus dem Jahre 2000, wo der Bundesrat ebenfalls nur die Mitglieder der Spielbankenkommission zu wählen hat (Art. 46 SBG).
- Die Organisationsfreiheit der FINMA sollte nicht durch die Bestimmung beschränkt werden, dass ausser der oder dem Vorsitzenden der Geschäftsleitung jede Geschäftsleiterin oder jeder Geschäftsleiter zwingend ein „*Fachdepartement*“ zu führen habe. Vielmehr sollte die FINMA frei sein, wenn nötig einen *Ausschuss der Geschäftsleitung* zu bilden, welcher gemeinsam über wichtige Geschäfte der einzelnen



Organisationseinheiten beschliesst. Sonst besteht die Gefahr der Überlastung des oder der Geschäftsleitungsvorsitzenden oder der fehlenden Koordination der verschiedenen Geschäftsbereiche. Die EBK schlägt vor, den Ausdruck Fachdepartement im Gesetz überhaupt zu streichen. Die FINMA sollte frei sein, wie sie sich organisiert und wie sie ihre Organisationseinheiten bezeichnet (Beilage, Art. 8 Abs. 3).

Die *Unabhängigkeit von den Beaufsichtigten* wäre durch ein *Unabhängigkeitserfordernis für die Verwaltungsräte* zu verstärken. Auch wenn (so der Vorschlag der Expertenkommission) der „Aufsichtsrat“ nur für strategische Grundsatzfragen und den Erlass von Regulierungen zuständig sein soll, ist es nach Ansicht der EBK ausgeschlossen, dass die beaufsichtigten Institute darin durch abhängige Interessenvertreter vertreten sind. Es wäre dem Ansehen und der Unabhängigkeit der FINMA abträglich, wenn die Beaufsichtigten selber über die sie betreffenden (hoheitlichen) Regulierungen und Aufsichtsstrategien beschliessen würden. Die Beaufsichtigten müssen zwar ihre Interessen unbedingt in den Regulierungsprozess einbringen können, zum Beispiel durch Mitarbeit in Arbeitsgruppen, (formelle und informelle) Aussprachen und Vernehmlassungen. Der letzte Entscheid darüber muss aber einem unabhängigen Organ vorbehalten bleiben. Der Verzicht auf eine Regelung der Unvereinbarkeit mit dem Amt als Aufsichtsrat wird im Bericht nicht begründet und ist sachlich nicht gerechtfertigt. Erst recht erscheint das Fehlen einer Unabhängigkeitsregel ausgeschlossen, wenn die Aufgabe des Verwaltungsrates, wie von der EBK hier vorgeschlagen, auch Einzelentscheide über Grundsatzfragen umfassen soll. Für die EBK würde die Verankerung des Unabhängigkeitsgrundsatzes genügen, ergänzt durch einen beispielhaften Hinweis auf die Erwerbstätigkeit einer Person (etwa durch grosse und langdauernde Beratungsmandate für verschiedene beaufsichtigte Institute, vgl. Beilage, Art. 7 Abs. 2bis). Angesichts der streng anzuwendenden Ausstandsregel besteht dagegen kein Anlass, weitergehende förmliche Anforderungen aufzustellen und den Verwaltungsräten der FINMA den Einsitz im Verwaltungsrat eines kleinen Instituts förmlich zu verbieten (vgl. Antwort des Bundesrates auf das Postulat Béguelin 95.3539). Mit der nach Ansicht der EBK nötigen Unvereinbarkeitsbestimmung ist schliesslich auch eine aufwandgerechte (vom Bundesrat festzusetzende) Entschädigung der Verwaltungsräte verbunden. Andernfalls werden sich kaum fachkundige Verwaltungsräte finden lassen.

## **11. Die Verantwortlichkeit des Bundes ist im Gesetz (restriktiv) zu regeln**

Anstelle des schwer verständlichen Vorbehalts des Verantwortlichkeitsrechts in der Norm zu den Reserven (Art. 15), erscheint es der EBK besser, *eine eigene Norm zur Verantwortlichkeit* vorzusehen (vgl. Beilage, Art. 15a).

Die Haftungsnorm sollte zudem entsprechend internationaler Standards und der Regelung in verschiedenen Staaten die Verantwortlichkeit für unterlassene Aufsichtshandlungen in restriktiver aber sinnvoller Weise beschränken. Die FINMA und (subsidiär) der Bund sollten nur dann haften, wenn eine Handlung nach feststehender Aufsichtspraxis eindeutig geboten gewesen wäre (Beilage, Art. 15a Abs. 2 Bst.a). Es ist auch denkbar, diese Haftungsbeschränkung anders zu umschreiben. Auch ist die Anspruchsberechtigung entsprechend der Rechtsprechung des Bundesgerichts auf die durch die Aufsichtsgesetze geschützten Empfänger von Finanzdienstleistungen zu beschränken (zum Beispiel Gläubiger einer Bank, Versicherte, Anleger in kollektiven Kapitalanlagen,



Anleger als Kunden eines Effektenhändlers). Klarerweise und zu Recht ausgeschlossen wäre damit eine Haftung für Unterlassungen gegenüber beaufsichtigten Instituten und deren Aktionären. Diese müssen ihre Verantwortung selbst wahrnehmen und dürfen sie nicht auf die Aufsichtsbehörde und (subsidiär) den Steuerzahler übertragen. Diese Beschränkung der Aktivlegitimation soll nur für Unterlassungen gelten, nicht dagegen für im Sinne des Verantwortlichkeitsgesetzes widerrechtliches aktives Aufsichtshandeln. Wird ein beaufsichtigtes Institut durch ein solches Handeln der FINMA geschädigt, soll es (wie heute den Bund für EBK und BPV) die FINMA verantwortlich machen können.

In einer solchen Regelung läge kein Freipass für Schlendrian, willkürliche Unterlassungen oder Angst vor entschiedenem Eingreifen der Aufsichtsbehörde, wo solches geboten ist. Die Geschäftstätigkeit der beaufsichtigten Institute entwickelt sich sehr rasch. Entsprechend steht auch die Aufsichtspraxis (zu Recht) unter Druck sich anzupassen. Dies geschieht zwingend auch aufgrund von Lehren aus Fehleinschätzungen in der Vergangenheit. Die vorgeschlagene Bestimmung soll verhindern, dass die erwünschte und notwendige Lernfähigkeit der Aufsichtsbehörde dieser in (regelmässig Jahre nach den Ereignissen stattfindenden) Verantwortlichkeitsprozessen vorgehalten werden kann. Dies liegt auch im Interesse der Beaufsichtigten, da die Aufsichtsbehörde sonst in Versuchung kommen kann, Verantwortlichkeit durch Übervorsicht zu vermeiden und durch eine zu risikoscheue Aufsichtspraxis legitime Geschäftsentwicklungen zu verhindern. Eine Haftungsbeschränkung drängt sich zudem angesichts der in den letzten Jahren (zu Recht) erheblich vertieften Aufsicht mit immer weiter gehenden Informationen bei der Aufsichtsbehörde auf. Die Verantwortung für die Geschäftsführung muss auch bei staatlich beaufsichtigten Instituten bei deren gesellschaftsrechtlichen Organen verbleiben und nicht auf die staatlichen Aufsichtsbehörden oder den Staat selbst abgewälzt werden können.

Die EBK bemüht sich äusserst intensiv um eine zeitnahe, proaktive und qualitativ höchsten internationalen Standards verpflichtete Aufsichtstätigkeit sowie um deren stetige Weiterentwicklung. Dennoch *warnt sie dringend* vor den aus ihrer Aufsichtstätigkeit für den Bund folgenden *latenten Haftungsrisiken*, die durch die geltenden Verfahrensvorschriften noch verstärkt werden. Es gibt verschiedene Wege, um das Haftungsproblem zu lösen. Ein Verschweigen der Frage ist aber ein untauglicher, und das blosses Vertrauen auf die (bisher sehr vernünftige) Rechtsprechung des Bundesgerichts ein riskanter Weg.

## **12. Die Information der Öffentlichkeit durch die FINMA ist sachgerechter auszugestalten**

Die EBK erachtet es als richtig, dass die Informationstätigkeit der FINMA gegenüber der Öffentlichkeit im Gesetz angesprochen wird. Allerdings sind die Informationsregeln im Entwurf (Art. 20 und 21) und im Bericht von einem eher informationsfeindlichen Geist geprägt, welcher Information als notwendiges Ärgernis versteht, welche möglichst auf Ausnahmefälle zu beschränken ist. Auch bieten weder der Gesetzestext noch der Erläuterungsbericht der FINMA viel Hilfe bei der Redaktion von „Informationsrichtlinien“ (Art. 7 Abs. 3 Bst. f). So ist weitgehend unklar, wann die Persönlichkeitsrechte gewahrt oder wann eine Information über ein Verfahren „unmittelbar den Zielen der Finanz-



marktaufsicht“ dient (Art. 21 Abs. 2) oder dafür „ein besonderes aufsichtsrechtliches Bedürfnis besteht“ (Art. 21 Abs. 3) und, vor allem, wo die Unterschiede zwischen diesen beiden Kriterien liegen.

Die EBK ist sich bewusst, dass kurze aber doch aussagekräftige Kriterien schwierig zu formulieren sind. Sie schlägt jedoch eine massive Vereinfachung der wenig aussagekräftigen Bestimmung vor. Danach soll die Information über (abgeschlossene *und* laufende) Verwaltungsverfahren möglich sein, wenn ein besonderes aufsichtsrechtliches Bedürfnis besteht. Dabei ist etwa an Informationen über ein bereits öffentlich bekanntes Verfahren, zum Schutz der Marktteilnehmer oder zur Berichtigung falscher oder irreführender Nachrichten zu denken.

### **13. Die Prüfmöglichkeiten von Prüfgesellschaften und Aufsichtsbehörde sind zu verstärken**

Nach Ansicht der EBK soll die in Art. 27 (zu Recht) vorgesehene Zweitprüfung nicht voraussetzen, dass schwerwiegende Bedenken gegen die Tätigkeit des ordentlichen Prüfers bestehen. Vielmehr ist sie als Mittel der Qualitätskontrolle auszugestalten. In diesem Sinne lauteten auch die Empfehlungen der Expertenkommission unter Vorsitz von Prof. Nobel vom Dezember 2000. Die Zweitprüfung soll insbesondere nicht die Vorstellung erwecken, bei einem davon betroffenen Institut lägen die Dinge im argen. Die Zweitprüfung dient dem Einholen einer Zweitmeinung, wenn Zweifel am Prüfungsergebnis der ordentlichen Prüfgesellschaft bestehen. Nicht zuletzt angesichts der für das beaufsichtigte Institut mit der Zweitprüfung verbundenen Kosten wird die Zweitprüfung in der Regel aber nur Teilbereiche der Aufsichtsprüfung umfassen. Nach Ansicht der EBK ginge das FINMAG mit dem von der Kommission Zimmerli vorgeschlagenen engen Rahmen für die Zweitprüfung sogar hinter das geltende Bankengesetz zurück (ausserordentliche Revision in Art. 23bis Abs. 2), was ebenso abzulehnen ist, wie ein Umfunktionieren des (noch stärkeren) Aufsichtsinstruments des Sonderbeauftragten (Art. 31).

Zum einen würden damit die Aufsichtsmittel der FINMA massiv eingeschränkt. Zum andern hätte das Bekanntwerden einer Zweitprüfung für das betroffene Institut fatale Folgen, wenn diese mit "schwerwiegenden Bedenken" identifiziert wird. Die Befürchtung, die FINMA könnte das kostspielige Instrument der Zweitrevision flächendeckend und undifferenziert anwenden, ist aus Sicht der EBK zwar nicht begründet, aber dennoch ernst zu nehmen. Die EBK schlägt deshalb vor, die Zweitprüfung *risikoorientiert auf Institute zu beschränken, welche besonderer Risiken aufweisen, die von besonderer Bedeutung sind oder bei denen Zweifel am der Arbeit des Erstprüfers bestehen.* (Beilage, Art. 27 Abs. 1 und 2).

Nach den Erfahrungen der EBK ist zudem unbedingt erforderlich, dass nötigenfalls auch die Aufsichtsbehörde selbst eine Zweit- oder Vertiefungsprüfung anordnen kann, ohne zum (stärkeren) Aufsichtsinstrument des Sonderbeauftragten (Art. 31) greifen zu müssen (Beilage, Art. 27 Abs. 3). Schliesslich wären auch die Fälle paralleler Prüfungen durch die FINMA etwas weniger einschränkend zu formulieren (Art. 28).





#### **14. Die Beschränkung der Geschäftstätigkeit ist als Aufsichtsinstrument der FINMA vorzusehen**

Das neue Bankinsolvenzrecht sieht als Schutzmassnahme bei Insolvenzgefahr vor, die Geschäftstätigkeit von gefährdeten Banken zu beschränken (Art. 26 Abs. 1 Bst. e, BBl 2003 6793). Eine ähnliche Befugnis enthält auch der Entwurf zum Versicherungsaufsichtsgesetz (Art. 44 Abs. 1 Bst. g und Art. 49 Abs. 2, BBl 2003 3889 und 3891). Nach Ansicht der EBK erscheint es zumindest prüfenswert, ein solches *Instrument für alle Aufsichtsbereiche* allgemein im FINMAG zu verankern (Beilage, Art. 31a).

#### **15. Die Zusammenarbeit der FINMA mit inländischen Behörden ist zu klären**

Der Entwurf geht offenbar davon aus, dass die FINMA im Inland nur mit Strafbehörden einerseits (Art. 34) und Finanzmarktaufsichtsbehörden (Art. 35) Informationen austauschen soll. Jedenfalls regelt er Informationsersuchen anderer inländischer Behörden an die FINMA nicht und auch der Erläuterungsbericht äussert sich nicht dazu. Nach den Erfahrungen der EBK bedarf es unbedingt *einer allgemein gültigen Regelung*. Angesichts der zunehmenden, bei der FINMA dereinst verfügbaren Daten dürften sich noch mehr inländische Stellen dafür interessieren.

Das Fehlen einer Regelung im FINMAG bedeutet nämlich keineswegs, dass die FINMA diesen Stellen keine Informationen übermitteln dürfte oder sogar müsste. Vielmehr würde sich die Informationsübermittlung ausschliesslich nach der allgemeinen Datenschutzgesetzgebung oder aber nach der für die andere inländische Behörde massgebenden Gesetzgebung richten. So erlaubt die Rechtsprechung zum Beispiel den Steuerbehörden des Bundes, gestützt auf Art. 112 des Bundesgesetzes über die direkte Bundessteuer, bei Vorliegen eines Widerhandlungsverdachts von allen schweizerischen Behörden praktisch beliebige Informationen einzuholen (auch wenn diese zum Beispiel dem Bankgeheimnis unterliegen würden, aber von den Banken auf Ersuchen rechtmässig der Aufsichtsbehörde zu Aufsichtszwecken übermittelt wurden). Auch ist das Verfahren bei Vorliegen von Meinungsverschiedenheiten zwischen inländischen Behörden unklar, sieht man vom Informationsaustausch mit Strafbehörden (BGE 123 II 371, 123 IV 157) ab.

Aufgrund der Erfahrungen der EBK ist es deshalb wichtig, *den Informationsfluss von der FINMA zu anderen inländischen Behörden und vor allem auch das Verfahren abschliessend im FINMAG zu regeln*. Sie macht dazu einen Vorschlag, welcher konkreter ist als der Entwurf, wonach ein Informationsaustausch (nur) an Strafbehörden zulässig sei, „wenn dies mit wichtigen Anliegen der Finanzmarktaufsicht vereinbar ist.“ (Beilage, Art. 35a). Auch regelt der Vorschlag das Verfahren zwischen den Behörden auf formlose Weise (Beilage, Art. 35a). Die gleichen Regeln sollen für die Ermächtigung zu Aussagen gegenüber Gerichten und anderen Einvernahmen anwendbar sein (Beilage, Art. 13 Abs. 4). Diese Bestimmung ist zudem stufengerecht zu differenzieren (Beilage, Art. 13 Abs. 3).



## **16. Die organisatorischen Vorarbeiten zur Schaffung der FINMA sind rechtzeitig und unter Wahrung von deren Unabhängigkeit in die Wege zu leiten**

Die EBK hofft, mit diesen Bemerkungen zur *Verbesserung des (guten) Entwurfs* beizutragen. Sie möchte noch auf einen wichtigen Verfahrensaspekt aufmerksam machen. Der Bundesrat wird aufgrund der Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens beurteilen, ob das FINMAG notwendig, wünschbar und politisch realisierbar ist. Bejaht er dies, wäre zu bedenken, ob nicht bereits in diesem Zeitpunkt ein *Auftrag an das BPV und die EBK* als betroffene Behörden ergehen sollte, die künftige *Fusion administrativ vorzubereiten*, soweit dies im Rahmen der bestehenden Gesetzgebung möglich ist. In diesem Auftrag sollten die Verantwortlichkeiten für diese Fusionsarbeiten unter Wahrung der Unabhängigkeit der künftigen Behörde bezeichnet werden. Ohne einen solchen Auftrag ist zu befürchten, dass sich das Inkrafttreten des FINMAG beträchtlich verzögern könnte, da die Fusionsarbeiten nicht zu unterschätzen sind. Zudem hängen zur Zeit jedenfalls in der EBK wichtige Reorganisationsmassnahmen in der Luft, solange keine Klarheit über einen politischen Willen zur Realisierung des FINMAG besteht. Auch hat das Personal ein legitimes Interesse, rasch eine möglichst weitgehende Klarheit über die Absichten des Bundesrates zu erhalten. Idealerweise erfolgt diese Information zudem nicht über die Medien. Die Bedeutung dieses Punktes kann nicht genug betont werden, denn ebenso wichtig oder sogar noch wichtiger als gute gesetzliche Rahmenbedingungen sind hoch motivierte und qualifizierte Mitarbeiter.

Abschliessend möchten wir nochmals für die Gelegenheit zur Stellungnahme danken.

Mit freundlichen Grüssen

**EIDG. BANKENKOMMISSION**

Dr. Kurt Hauri  
Präsident

Daniel Zuberbühler  
Direktor

Beilage: Gesetzesentwurf