

CH-3003 Bern

A-Post

Bundesamt für Justiz
3003 Bern

Referenz: 1028423

Kontakt: Adriano Däppen

Telefon direkt: 031 327 92 93

E-Mail: adriano.daeppen@finma.ch

Bern, 17. Juli 2009

Vorentwurf eines Bundesgesetzes über die Unternehmensjuristinnen und –juristen (UJG)

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Bereits im Januar 2009 haben wir uns im Rahmen der Ämterkonsultation zum Vorentwurf eines Bundesgesetzes über die Unternehmensjuristinnen und –juristen geäußert und dabei unsere Vorbehalte gegen diese Vorlage dargelegt. Für uns unerwartet wurde die Vorlage am 23. April 2009 praktisch unverändert in die Vernehmlassung gegeben.

Die vorgesehenen Regelungen führen zu einer unverhältnismässigen Erschwerung der Aufsichtstätigkeit der FINMA, wenn nicht gar in Einzelfällen zu deren Verunmöglichung. Obwohl als staatliche Behörde nicht direkt Adressatin des Vernehmlassungsverfahrens möchten wir vor diesem Hintergrund (erneut und detaillierter) auf die wesentlichen Schwachpunkte hinweisen, welche diese Vorlage mit Blick auf die Rechtssicherheit und eine effiziente Rechtsdurchsetzung mit sich bringt.

1. Der gesetzgeberische Handlungsbedarf ist nicht ausgewiesen.

Der Erläuternde Bericht vermag die Notwendigkeit und Erforderlichkeit dieses Erlasses nicht ausreichend zu begründen. Die damit verfolgten Vorteile vermögen die gewichtigen Nachteile, soweit sie in den Unterlagen überhaupt diskutiert werden, nicht aufzuwiegen.

Der vorgeschlagene Erlass steht ferner isoliert da. In den Mitgliedstaaten der EU unterstehen gemäss den Ausführungen im Erläuternden Bericht (S. 9) die Unternehmensjuristen grossmehrheitlich keinem Berufsgeheimnis und sind in der Vertraulichkeit ihres geschäftlichen Verkehrs nicht geschützt.

Wir stellen daher den Antrag, dieses Gesetzesprojekt nicht weiterzuverfolgen. Sollte der Erlass dennoch vorangetrieben werden, beantragen wir die Berücksichtigung der nachfolgenden Anliegen:

Referenz: 1028423

2. Die negativen Auswirkungen der Vorlage werden nur ungenügend angesprochen.

Im Erläuterungsbericht werden die möglichen negativen Auswirkungen auf die Durchsetzung u.a. der Finanzmarktaufsichtsgesetze, des Embargogesetzes, des Kartellgesetzes sowie zahlreicher weiterer von der Bundesversammlung verabschiedeter Erlasse ungenügend angesprochen. Die vorgeschlagenen Regelungen würden aber die Arbeit der diese Erlasse durchsetzenden Behörden in gewissen Fällen stark erschweren.

Die Vorlage hätte auch im Verhältnis zum Ausland negative Auswirkungen, so insbesondere in Verfahren der internationalen Amts- und Rechtshilfe und den damit verbundenen politischen Implikationen, zumal die vorgesehenen Regelungen solche Verfahren verzögern können. Die Interessen des Finanzplatzes Schweiz erfordern jedoch einen auch in zeitlicher Hinsicht angemessenen Informationsaustausch mit ausländischen Aufsichts- und Justizbehörden, so zum Beispiel bei der Amtshilfe gestützt auf Artikel 38 des Börsengesetzes.

3. Aus Sicht der FINMA besteht keine hinreichende Klarheit über die Durchsetzbarkeit im Ausland.

Es besteht keine Gewissheit darüber, dass die vorgeschlagene Schweizer Regelung im Ausland, insbesondere in den USA, die beabsichtigte Wirkung tatsächlich entfaltet.

Da die Fragen des „Client-Attorney Privilege“ in den USA auf Ebene der Gliedstaaten geregelt sind, müsste die schweizerische Regelung in den USA in möglichst allen Gliedstaaten sowie auf Bundesebene als äquivalent angesehen werden. So anerkennen beispielsweise gewisse U.S. Bundesstaaten das Berufsgeheimnis eines ausländischen Unternehmensjuristen nur dann, wenn dieser eine funktional äquivalente Aufgabe zu derjenigen eines amerikanischen „in-house counsel“ wahrnimmt. Angesichts der sehr tiefen fachlichen Voraussetzungen für die Eintragung in das Register (Bachelor, einjährige juristische Berufspraxis in der Schweiz) erscheint in diesen U.S. Bundesstaaten eine Anerkennung als unwahrscheinlich, zumal in den USA einen Rechtsberuf nur ausüben darf, wer im betreffenden Bundesstaat vor Gericht zugelassen ist. Unseres Erachtens wäre es deshalb angezeigt, die Chancen und Risiken der Durchsetzbarkeit der vorgesehenen Schweizer Regelung vor U.S. Gerichten näher abzuklären.

4. Die FINMA verlangt eine klare Regelung betreffend Geheimnisherr und Schutzobjekt.

Zum Berufsgeheimnis wird im Erläuternden Bericht ausgeführt, dass in erster Linie das Unternehmen geschützt werde (S. 21). Weder aus dem Gesetzesentwurf noch aus dem Erläuternden Bericht geht jedoch explizit hervor, wer der Geheimnisherr und als solcher berechtigt ist, sich auf die Mitwirkungsverweigerungsrechte zu berufen.

Referenz: 1028423

Es muss klar festgelegt werden, dass nur das Unternehmen der Geheimnishaft und als solcher berechtigt ist, die damit zusammenhängenden Rechte auszuüben. Nur die Unternehmensleitung am Hauptsitz des Unternehmens sollte befugt sein, die Eintragung eines Unternehmensjuristen in das Register zu verlangen und im konkreten Anwendungsfall zu entscheiden, ob die Mitwirkung verweigert werden soll.

5. Die FINMA verlangt eine klare Regelung über die Aufhebung des Geheimnisschutzes.

Eng verbunden mit dem vorangehenden Problem des Geheimnishaft und mit Blick auf die Bestimmungen von Art. 271ff. StGB zentral ist die Frage, wie und nach welchem Verfahren ein allfälliger Geheimnisschutz aufzuheben wäre, wenn dies im Interesse des Unternehmens liegt. In dieser Frage bräuchte es eine eindeutige Regelung.

6. Die FINMA erachtet die fachlichen Voraussetzungen für die Eintragung in das kantonale Register als zu tief angesetzt.

Die fachlichen Voraussetzungen für den Eintrag in das Register für Unternehmensjuristinnen und –juristen sind zu tief angesetzt. Eintragungsfähig sollten lediglich Juristinnen und Juristen mit einem Anwaltspatent sein (vgl. hierzu auch Ziff. 3 oben). Die Frage spielt insbesondere im Zusammenhang mit dem Erfordernis der Äquivalenz zum U.S. Recht eine zentrale Rolle.

7. Die FINMA verlangt eine Bundesregelung.

Auch wenn damit eine Einschränkung der kantonalen Autonomie in Kauf genommen werden muss, ist die FINMA der Ansicht, dass im Interesse einer einheitlichen und transparenten Anwendung des UJG sowie mit Blick auf die Führung des Registers und die Disziplinaraufsicht eine Lösung auf Bundesebene dem vorgeschlagenen föderalen Ansatz vorzuziehen ist. Ansonsten droht bei komplexen Sachverhalten möglicherweise eine je nach zuständiger Aufsichtsbehörde über die Unternehmensjuristen unterschiedliche Praxis zu ein und derselben Frage, möglicherweise sogar im gleichen Fall.

8. Die FINMA verlangt für ihre Aufsichtstätigkeit eine Ausnahmebestimmung

Die Schaffung einer für Untersuchungsmassnahmen unzugänglichen unternehmensinternen Sphäre kann die zügige Durchführung von Aufsichtsverfahren erschweren oder vereinzelt gänzlich verunmöglichen. Die rasche und effiziente Durchsetzung von aufsichtsrechtlichen Verfahren spielt für das Vertrauen der Allgemeinheit in eine glaubwürdige Aufsicht eine wesentliche Rolle. Sollte die Vorlage weiter verfolgt werden, wäre mit Blick auf die Aufsichtstätigkeit der FINMA sicherzustellen, dass die heute bestehende umfassende Auskunftspflicht und Meldepflicht der Beaufsichtigten gemäss Artikel 29 FINMAG von der Vorlage unberührt bleibt.

Referenz: 1028423

Wir bedanken uns für die Kenntnisnahme unserer Eingabe und bitten Sie, unsere Anträge und Hinweise bei allfälligen Folgearbeiten zu dieser Vorlage zu berücksichtigen. Wir sind gerne bereit, die von uns aufgeworfenen Themen mit Ihrem zuständigen Fachamt eingehender zu diskutieren.

Freundliche Grüsse

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA

Dr. Patrick Raaflaub
Direktor

Dr. David Wyss