

Die Zuständigkeit des Verwaltungsrates der FINMA bei Geschäften von grosser Tragweite

Die Corporate Governance der FINMA bei der Festlegung der Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats bei Einzelfallgeschäften

Zertifikatsarbeit eingereicht der Universität Bern
im Rahmen des Certificate of Advanced Studies in Public Administration (CeMaP)

Betreuender Dozent: **Prof. Dr. Andreas Lienhard**
Kompetenzzentrum für Public Management
Schanzeneckstrasse 1
CH-3001 Bern

Verfasserin: **Kathrin Tanner-Martens**
aus Lützelflüh (Bern)

Bern, 28. November 2019

Die vorliegende Arbeit wurde im Rahmen des Lehrgangs «Management und Politik öffentlicher Institutionen» (CeMaP) der Universität Bern verfasst.

Die inhaltliche Verantwortung für die eingereichte Arbeit liegt bei der Autorin.

Zusammenfassung

Die vorliegende Arbeit entstand als Zertifikatsarbeitsarbeit im Rahmen des Certificate of Advanced Studies in Public Administration (CeMaP). Sie hat die Herleitung einer möglichst präzisen Kompetenzzuordnung in Bezug auf Einzelfallgeschäfte der strategischen und operativen Organe der FINMA zum Ziel. Die Fragestellung ist aktuell, da gestützt auf ein Bundesgerichtsurteil die Frage des zuständigen Organs vermehrt aufgegriffen werden könnte.

Nach Vorstellung der Organisationsformen der Vorgängerorganisationen der FINMA wird der Entstehungsprozess der öffentlich-rechtlichen Anstalt FINMA erläutert. Anhand von gesellschafts- und bankenorganisationsrechtlichen Grundsätzen wird aufgezeigt, wie eine Funktionsabgrenzung zwischen Verwaltungsrat und Geschäftsleitung in der Privatwirtschaft erfolgt. Die Zuständigkeit des Verwaltungsrates für Geschäfte von grosser Tragweite wird rechtswissenschaftlich beleuchtet und es wird auf die heutige Umsetzung der Zuständigkeitsordnung für Einzelfallgeschäfte im Organisations- und Geschäftsreglement eingegangen. Daran anknüpfend wird auf einzelne praktische Abgrenzungsfragen eingegangen und Lösungsansätze aufgezeigt.

Ergänzend wird die Zuständigkeitsordnung der FINMA mit derjenigen anderer öffentlich-rechtlichen Anstalten wie dem Eidgenössischen Nuklearsicherheitsinspektorat (ENSI) und dem Schweizerischen Heilmittelinstitut (Swissmedic) verglichen. Die Zuständigkeitsordnung der FINMA wird schliesslich ausgewählten ausländischen Finanzmarktaufsichtsbehörden wie der deutschen Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) sowie den englischen Behörden Financial Conduct Authority (FCA) und Prudential Regulation Authority (PRA) gegenübergestellt.

Die Arbeit kommt zum Schluss, dass die strategischen Aufgaben des Verwaltungsrates von den operativen Aufgaben der Geschäftsleitung zu trennen sind, entsprechend den Grundsätzen, welche auf Beaufsichtigte, aber auch auf andere gleichartige inländische oder ausländische Behörden Anwendung finden.

Für die Frage, was als Geschäft von grosser Tragweite zu betrachten ist, ist darauf abzustellen, wie schwerwiegend ein Entscheid sich auf die Zielerreichung der FINMA auswirkt und damit auch welchen strategischen Charakter ein Entscheid hat. Für die Qualifikation als Geschäft von grosser Tragweite ist dagegen unbeachtlich, wie sich die Entscheide auf die Aktionäre eines Beaufsichtigten oder den unternehmerischen Spielraum auswirken.

Inhaltsverzeichnis

1.	Einleitung	1
1.1	Ausgangslage	1
1.2	Zielsetzung	1
1.3	Aufbau und Methodik	1
2.	Grundlagen	2
2.1	FINMA als öffentlich-rechtliche Anstalt (Vorgängerbehörden und Entstehung)	2
2.2	Strategische und operative Aufgaben innerhalb der FINMA.....	3
2.2.1	Ausgangslage	3
2.2.2	Strategische Aufgaben des Verwaltungsrates	4
2.2.3	Operative Aufgaben der Geschäftsleitung	5
2.3	Gesellschafts- und bankorganisationsrechtliche Grundsätze zur Funktionsabgrenzung zwischen Verwaltungsrat und Geschäftsleitung.....	6
2.3.1	Gesellschaftsrechtliche Grundsätze.....	6
2.3.2	Bankorganisationsrechtliche Grundsätze	6
2.4	Rollenprofile des Verwaltungsrates	7
3.	Was sind Geschäfte von grosser Tragweite?.....	7
3.1	Die Kompetenz des Verwaltungsrates der FINMA für Geschäfte von grosser Tragweite aus grammatikalischer, historischer, systematischer und teleologischer Sicht	7
3.1.1	Grammatikalische Auslegung	8
3.1.2	Historische Auslegung	8
3.1.3	Systematische Auslegung.....	10
3.1.4	Teleologische Auslegung	11
3.2	Das Bundesgerichtsurteil i.S. PostFinance.....	12
3.3	Das Geschäft von grosser Tragweite als strategischer Entscheid sui generis	13
3.4	Heutige Umsetzung und praktische Anwendung.....	14
3.4.1	Heutige Definition des Geschäfts von grosser Tragweite im Organisationsreglement FINMA.....	14
3.4.2	Instrumente zur Sicherstellung der Entscheidgouvernanz	16

4.	Rechtsvergleich	17
4.1	Vergleich mit anderen öffentlich-rechtlichen Anstalten des Bundes (ENSI und Swissmedic)	17
4.2	Vergleich mit ausgewählten Finanzmarktaufsichtsbehörden.....	17
4.2.1	Deutschland: Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht	17
4.2.2	England: Financial Conduct Authority und Prudential Regulation Authority	18
4.2.2.1	Financial Conduct Authority.....	18
4.2.2.2	Prudential Regulation Authority	18
5.	Folgerungen und Empfehlungen	19
5.1	Folgerungen.....	19
5.2	Empfehlungen	20
	Literaturverzeichnis	XXI
	Rechtsquellen	XXII

Abkürzungsverzeichnis

AB	Amtliches Bulletin
Abs.	Absatz
AJP	Allgemeine juristische Praxis
Art.	Artikel
BaFin	Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht
BankG	Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934 (Bankengesetz; SR 952.0)
BankV	Verordnung über die Banken und Sparkassen (Bankenverordnung; SR 952.02)
BBl	Bundesblatt
BPV	Bundesamt für Privatversicherungen
Bst.	Buchstabe
BV	Bundesverfassung
d.h.	das heisst
E.	Erwägung
EBK	Eidgenössische Bankenkommission
ENA	Enforcementausschuss
ENSI	Eidgenössisches Nuklearsicherheitsinspektorat
ENSIG	Bundesgesetz über das Eidgenössische Nuklearsicherheitsinspektorat vom 22. Juni 2007 (SR 732.2)
f.	folgende [Seite]
ff.	folgende [Seiten]
FCA	Financial Conduct Authority
FinDAG	Gesetz über die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetz)
FINMA	Eidgenössische Finanzmarktaufsicht
FINMAG	Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht vom 22. Juni 2007 (Finanzmarktaufsichtsgesetz; SR 956.1)
GesKR	Schweizerische Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht sowie Umstrukturierungen
HMG	Bundesgesetz über Arzneimittel und Medizinprodukte vom 15. Dezember 2000 (Heilmittelgesetz; SR 812.21)
IMF	International Monetary Fund
inkl.	inklusive
i.S.	in Sachen
i.V.m.	in Verbindung mit
IWF	Internationaler Währungsfonds
Kst GwG	Kontrollstelle für die Bekämpfung der Geldwäscherei
No.	Number
Nr.	Nummer
Rz.	Randziffer

resp.	respektive
S.	Seite
sog.	sogenannt
SR	Systematische Rechtssammlung
Swissmedic	Schweizerisches Heilmittelinstitut
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 30. März 1911 (Fünfter Teil: Obligationenrecht; SR 220)
PRA	Prudential Regulation Authority
v.a.	vor allem
vgl.	vergleiche
z.B.	zum Beispiel
zit.	zitiert

1. Einleitung

1.1 Ausgangslage

Die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA) ist als selbständige öffentlich-rechtliche Anstalt mit eigener Rechtspersönlichkeit organisiert. Organe der FINMA sind der Verwaltungsrat, die Geschäftsleitung sowie die Revisionsstelle. Der Verwaltungsrat ist das strategische Organ der FINMA, während die Geschäftsleitung für die operativen Aufgaben zuständig ist. Zu den Aufgaben des Verwaltungsrates gehören auch Entscheide über „Geschäfte von grosser Tragweite“. Das Bundesgericht hat sich mit Urteil 2C_387/2018 vom 18. Dezember 2018 erstmals zur Zuständigkeit des Verwaltungsrates bei Geschäften von grosser Tragweite geäußert und die Anordnung eines Eigenmittelzuschlags bei der PostFinance als Geschäft von grosser Tragweite eingestuft. Die FINMA hat in der Folge per 1. Juli 2019 ihr Organisations- wie Geschäftsreglement angepasst und den Begriff des Geschäfts von grosser Tragweite unter Berücksichtigung des Bundesgerichtsurteils konkretisiert.

1.2 Zielsetzung

Zielsetzung der vorliegenden Arbeit ist die Herleitung einer möglichst präzisen Kompetenzzuordnung in Bezug auf Einzelfallgeschäfte der strategischen und operativen Organe der FINMA. Die Fragestellung ist aktuell, da gestützt auf das Bundesgerichtsurteil die Frage des zuständigen Organs vermehrt aufgegriffen werden könnte. Behandelt werden zudem Instrumente, die die Zuständigkeitsordnung in der Praxis sicherstellen.

Die Arbeit befasst sich nur mit dem bestehenden Rechtsrahmen. Andere potentiell mögliche Organisationsformen für die Finanzmarktaufsicht werden einleitend insbesondere anhand der Vorgängerbehörden gestreift. Auf die Frage, ob die Kompetenzen des Verwaltungsrates bei Einzelfällen gesetzgeberisch ausgebaut werden sollten, wird im Rahmen der Empfehlungen kurz eingegangen.

1.3 Aufbau und Methodik

Nach Vorstellung der Organisationsformen der Vorgängerorganisationen der FINMA wird der Entstehungsprozess der öffentlich-rechtlichen Anstalt FINMA erläutert. Anhand von gesellschafts- und bankenorganisationsrechtlichen Grundsätzen wird aufgezeigt, wie eine Funktionsabgrenzung zwischen Verwaltungsrat und Geschäftsleitung in der Privatwirtschaft erfolgt. Die Zuständigkeit des Verwaltungsrates für Geschäfte von grosser Tragweite wird rechtswissenschaftlich beleuchtet und es wird auf die heutige Umsetzung der Zuständigkeitsordnung für Einzelfallgeschäfte im Organisations- und Geschäftsreglement eingegangen. Daran anknüpfend wird auf einzelne praktische Abgrenzungsfragen eingegangen und Lösungsansätze aufgezeigt.

Ergänzend wird die Zuständigkeitsordnung mit derjenigen anderer öffentlich-rechtlichen Anstalten wie dem Eidgenössischen Nuklearsicherheitsinspektorat (ENSI) und dem Schweizerischen Heilmittelinstitut (Swissmedic) verglichen. Die Zuständigkeitsordnung wird schliess-

lich ausgewählten ausländischen Finanzmarktaufsichtsbehörden wie der deutschen Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) sowie den englischen Behörden Financial Conduct Authority (FCA) und Prudential Regulation Authority (PRA) gegenübergestellt.

2. Grundlagen

2.1 FINMA als öffentlich-rechtliche Anstalt (Vorgängerbehörden und Entstehung)

Die öffentlich-rechtliche Anstalt Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA) ist für die Aufsicht über den Finanzmarkt nach dem FINMAG und den Finanzmarktgesetzen zuständig (vgl. Art. 1 Abs. 1 i.V.m. 6 Abs. 1 FINMAG). Nach Verabschiedung des FINMAG im Jahr 2007 entstand die FINMA vor über 10 Jahren durch die Zusammenführung der drei Vorgängerbehörden Eidgenössische Bankenkommission (EBK), Bundesamt für Privatversicherungen (BPV) und Kontrollstelle für die Bekämpfung der Geldwäscherei (Kst GwG).

Im Vordergrund für die Wahl der Organisationsform „öffentlich-rechtliche Anstalt“ stand die Frage, wie die Unabhängigkeit der Behörde optimal gewährleistet werden kann. Eine Finanzmarktaufsichtsbehörde benötigt zur zweckmässigen Erfüllung ihrer gesetzlichen Aufgaben eine funktionelle Unabhängigkeit von den politischen Behörden wie Bundesrat oder Parlament. Ohne diese Unabhängigkeit besteht das Risiko, dass Massnahmen der Finanzmarktaufsicht sachfremden Einflüssen unterliegen (Botschaft FINMAG, 2006; BBl 2006 2836). Die FINMA hat daher ihre Aufsichtstätigkeit insbesondere im konkreten Einzelfall selbstständig und unabhängig auszuüben (Art. 21 Abs. 1 FINMAG). Neben der funktionellen Unabhängigkeit ist für eine Finanzmarktaufsichtsbehörde entscheidend, dass sie über institutionelle wie auch finanzielle Unabhängigkeit verfügt. Die Unabhängigkeit der schweizerischen Finanzmarktaufsicht wird regelmässig durch internationale Organisationen wie den Internationalen Währungsfonds (IWF) geprüft (vgl. Botschaft FINMAG, 2006; BBl 2006 2836f.; IMF Country Report No. 19/183 Switzerland, Financial System Stability Assessment, completed on May 30, 2019, S. 6).

Anhand der Organisationsformen der Vorgängerbehörden kann hergeleitet werden, welche Organisationsformen die Anforderung an die geforderte Unabhängigkeit nicht in optimaler Weise gewährleisten würden (vgl. Botschaft FINMAG, 2006; BBl 2006 2837f.):

- Bundesamt: Ein Bundesamt verfügt nicht über eigene Rechtspersönlichkeit. Bezüglich der Zuteilung von finanziellen und personellen Ressourcen ist dieses auf die Zusprennung derselben durch den Bundesrat und die eidgenössischen Räte angewiesen. Ein Bundesamt ist zudem in die Verwaltungshierarchie eingebunden, gegenüber übergeordneten Stellen weisungsgebunden und damit funktionell nicht unabhängig. Die Vorgängerbehörde BPV war als Bundesamt organisiert. Auch die Kst GwG war als Abteilung eines Bundesamtes, der Eidgenössischen Finanzverwaltung, in die Hierarchie der zentralen Bundesverwaltung eingebunden. Namentlich beim BPV stellte sich zum Zeitpunkt vor Schaffung der FINMA die Frage, ob der Personalbestand sowohl in quantitativer als auch in qualitativer Hinsicht den stetig wachsenden Anforderungen der Versicherungs-

aufsicht gewachsen und neu ausgerichtet werden müsste. Dies wäre jedoch im Rahmen des Bundeshaushaltes nur erschwert möglich gewesen. Es zeigte sich somit, dass die Organisationsform eines Bundesamtes für eine Finanzmarktaufsichtsbehörde nicht zweckmässig ist.

- **Behördenkommission:** Die EBK war für die Aufsicht über Banken, Anlagefonds, Börsen und Effekthändler, das Pfandbriefwesen, Offenlegungen von Beteiligungen und öffentliche Kaufangebote zuständig (1. Teilbericht, 2003, S. 12). Sie war Teil der dezentralen Bundesverwaltung und weisungsungebunden, womit zumindest die Organisationsform der Behördenkommission das Erfordernis der funktionellen Unabhängigkeit erfüllte. Bezüglich der Ressourcen verfügten die EBK und ihr Sekretariat gegenüber Bundesrat und Verwaltung hingegen nicht über die ausreichende Unabhängigkeit. Grundsätzlich unterstand die EBK wie die übrige Bundesverwaltung den Regeln der Personal- und Finanzhaushaltgesetzgebung des Bundes. Die institutionelle und finanzielle Autonomie ist damit bei einer Behördenkommission zu stark eingeschränkt und somit für die Ausübung einer Finanzmarktaufsichtsaufgabe ebenfalls nicht zweckmässig (Botschaft FINMAG, 2006; BBl 2006 2839).

In den Materialien wird auch die spezialgesetzliche Aktiengesellschaft als mögliche Rechtsform erwähnt: Eine entsprechende Rechtsform wird v.a. dann geprüft, wenn Gewinnstreben neben der Umsetzung von öffentlichen Interessen im Vordergrund steht und sich auch Dritte an der Aktiengesellschaft beteiligen. Beides trifft bei einer Finanzmarktaufsichtsbehörde offensichtlich nicht zu, weshalb hier nicht näher auf diese Rechtsform eingegangen wird (Botschaft FINMAG, 2006; BBl 2006 2838f.).

Nach Prüfung der verschiedenen Organisationsformen kam der Bundesrat zum Schluss, dass vorliegend die öffentlich-rechtliche Anstalt aus den folgenden Gründen die geeignetste Organisationsform ist: Sie ist eine organisatorisch verselbständigte Verwaltungseinheit, welche mit eigenen personellen und finanziellen Mitteln ausgestattet und bei der als sog. dezentralisierte Einheit der Bundesverwaltung auch die funktionelle Unabhängigkeit sichergestellt ist (Botschaft FINMAG, 2006; BBl 2006 2839).

2.2 Strategische und operative Aufgaben innerhalb der FINMA

2.2.1 Ausgangslage

Die Organisation der FINMA hat nach dem Willen des Gesetzgebers den Grundsätzen der Einfachheit, der Transparenz sowie der Nachvollziehbarkeit besonders Rechnung zu tragen (Botschaft FINMAG, 2006; BBl 2006 2836). Das Anliegen des Gesetzgebers war, der FINMA eine einfache, funktionstüchtige sowie effiziente Führungsstruktur vorzugeben. So hat sich die FINMA selbst nach den Grundsätzen einer guten Corporate Governance zu organisieren (vgl. Art. 5 Abs. 3 FINMAG). Unter Corporate Governance ist die Gesamtheit der auf das nachhaltige Interesse der Organisation ausgerichteten Grundsätze zu verstehen, die unter Wahrung der Entscheidungsfähigkeit und Effizienz auf der obersten Ebene der Organisation

Transparenz und ein ausgewogenes Verhältnis von Führung und Kontrolle anstreben (Economesuisse, 2014, S. 6).

Der Bundesrat hat verschiedene Leitlinien für ausgelagerte Einheiten wie die FINMA formuliert. Nach diesen soll das Zusammenwirken der Organe der ausgelagerten Einheiten eine effiziente und effektive betriebliche Führung und Aufsicht sicherstellen. Die Organe sind personell voneinander abzugrenzen, damit ihr Zusammenwirken nach dem Prinzip von „Checks and Balances“ funktionieren kann. Zwischen den Organen soll eine klare Kompetenzregelung bestehen (Corporate-Governance-Bericht, 2006; BBl 2006 8269f., 2. und 3. Leitsatz).

Diese Grundsätze galt es auch bei der FINMA umzusetzen: Die Vorschriften zur Organisation der FINMA sollten für ein Gleichgewicht zwischen der strategischen und operativen Führungsebene sorgen, um so den Anforderungen an eine moderne Verwaltungsführung zu genügen. Die Führungsstruktur der FINMA wie auch die von anderen öffentlich-rechtlichen Anstalten orientieren sich somit an privatrechtlichen, d.h. gesellschaftsrechtlichen Modellen (Botschaft FINMAG, 2006; BBl 2006 2839; Lienhard, 2008, S. 62).

2.2.2 Strategische Aufgaben des Verwaltungsrates

Der Verwaltungsrat der FINMA übt die Oberleitung sowie die Aufsicht und Kontrolle über die Geschäftsführung aus (Art. 2 Abs. 1 Organisationsreglement FINMA). In Umsetzung des FINMAG nimmt der Verwaltungsrat namentlich folgende Aufgaben wahr (vgl. Art. 2 und 2^{bis} Organisationsreglement FINMA):

1. Er legt die strategischen Ziele der FINMA fest und unterbreitet sie dem Bundesrat zur Genehmigung. Dabei handelt es sich um übergeordnete Ziele, an denen sich die FINMA langfristig zu orientieren hat und welche den Gesetzesauftrag der FINMA umsetzen (Arquint, 2009, S. 17);
2. Er verabschiedet den Strategieumsetzungsbericht, in welchem er über die Umsetzung der strategischen Ziele zuhanden des Bundesrates Rechenschaft ablegt und verabschiedet den jährlichen Geschäftsbericht;
3. Er erlässt die Leitlinien zur Kommunikation, zur Umsetzung der Regulierungsgrundsätze und zum Enforcement;
4. Er trifft weitere strategische Policy-Entscheide generell-abstrakter Natur;
5. Er erlässt die der FINMA delegierten Verordnungen und beschliesst die Rundschreiben;
6. Er entscheidet über Geschäfte von grosser Tragweite;
7. Er überwacht die Geschäftsleitung;
8. Er genehmigt Vereinbarungen von grundsätzlicher Bedeutung mit inländischen Behörden;

9. Er erlässt das Organisations- und das Geschäftsreglement;
10. Er wählt den Direktor und bestimmt die Mitglieder der Geschäftsleitung;
11. Er regelt das Anstellungsverhältnis sowie Grundsätze der Personalvorsorge;
12. Er erlässt im Rahmen der Aufsicht einen für den Verwaltungsrat und das Personal gültigen Verhaltenskodex;
13. Er setzt eine interne Revision ein und sorgt für die interne Kontrolle;
14. Er genehmigt die Finanzplanung, den Voranschlag und die Jahresrechnung und bestimmt den Rechnungslegungsstandard.

Diese Aufgaben lassen sich in Aufgaben mit Aussenwirkung und in Aufgaben mit organisatorischer Binnenwirkung unterscheiden. Während die Aufgaben von Ziffer 1 bis 6 vor allem eine Aussenwirkung zeitigen, haben die Aufgaben Ziffer 7 bis 14 in erster Linie eine Binnenwirkung. Es kann auch zwischen strategischen Aufsichtsfragen (Aufgaben Nr. 1 bis 6) und strategischen Behördenfragen (Aufgaben Nr. 7 bis 14) unterschieden werden.

2.2.3 Operative Aufgaben der Geschäftsleitung

Die Geschäftsleitung trägt gemeinsam die Verantwortung für die operative Führung der FINMA (Arquint, 2009, S. 73).

Sie hat insbesondere folgende Aufgaben (vgl. Art. 5 Abs. 3 Geschäftsreglement FINMA):

1. Sie führt das operative Geschäft der FINMA und hat so die gesetz- und strategiekonforme Aufsichtstätigkeit sicherzustellen (Arquint, 2009, S. 73);
2. Sie hat dem Verwaltungsrat über das operative Geschäft zu berichten, bei besonderen Ereignissen ohne Verzug;
3. Sie hat die Entscheidungsgrundlagen für den Verwaltungsrat auszuarbeiten und die Beschlüsse des Verwaltungsrates umzusetzen;
4. Als Kollektivorgan entscheidet die Geschäftsleitung über Praxisbegründungen und -änderungen sowie Policy- und Aufsichtsfragen von wesentlicher Bedeutung, sofern diese Entscheide nicht ohnehin dem Verwaltungsrat vorzulegen sind.

Der Enforcementausschuss (ENA) als spezialisierter Ausschuss der Geschäftsleitung erlässt die sog. eingreifenden Verfügungen der FINMA wie Massnahmen gegen Beaufsichtigte, Bewilligungsverweigerungen, Anordnungen von Liquidationen, Insolvenzen und Sanierungsmassnahmen bei Beaufsichtigten. Der ENA ist zudem das zuständige Entscheidorgan über eine Verfügung, wenn ein Beaufsichtigter zu einer Aufsichtsmassnahme eine anfechtbare Verfügung verlangt oder sofern erkennbar ist, dass eine Massnahme strittig ist (vgl. Art. 10 Abs. 1 und 2 Geschäftsreglement FINMA).

Die Geschäftsleitung erfüllt sämtliche Aufgaben, welche nicht einem anderen Organ wie dem Verwaltungsrat oder der Revisionsstelle vorbehalten sind (Art. 10 Abs. 2 Bst. c FINMAG). Die Geschäftsleitung stellt damit das sog. Kompetenzauffangbecken dar (vgl. dazu nachfolgend 2.3.1).

2.3 Gesellschafts- und bankorganisationsrechtliche Grundsätze zur Funktionsabgrenzung zwischen Verwaltungsrat und Geschäftsleitung

Wie oben ausgeführt, orientiert sich die Funktionsabgrenzung von Organen von verselbständigten öffentlich-rechtlichen Anstalten an gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen. Von der FINMA Beaufsichtigte unterliegen überdies spezialgesetzlichen Grundlagen, namentlich im Bankorganisationsrecht.

2.3.1 Gesellschaftsrechtliche Grundsätze

Nach Art. 716a OR hat der Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft die Oberleitung einer Gesellschaft inne, ist zuständig für die Erteilung der nötigen Weisungen sowie für die Oberaufsicht über die mit der Geschäftsführung betrauten Personen. Die Hauptaufgabe eines Verwaltungsrates liegt dabei gemäss Lehre in der Oberleitung. Der Verwaltungsrat trifft die letzte Entscheidung über die Wahl der Strategie, also die Festlegung der konkreten unternehmerischen Ziele aufgrund des Unternehmensleitbildes, sowie die Wahl der Mittel und Ressourcen, um diese Unternehmensziele zu erreichen (Bühler, 2018, S. 833). Er hat die Geschäftsleitung bezüglich der Zielverfolgung zu kontrollieren (Stöckli, 1994, S. 584).

Zur Vermeidung positiver und negativer Kompetenzkonflikte der Organe einer Aktiengesellschaft statuiert Art. 716 Abs. 1 OR eine Exekutivkompetenzvermutung zugunsten des Verwaltungsrates, was in der Lehre als Kompetenzauffangbecken bezeichnet wird (Chapuis, 2016, Art. 716 Rz. 1).

Der Vergleich mit den schweizerischen gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen zeigt, dass die Aufgabenzuteilung sinngemäss auch bei öffentlich-rechtlichen Anstalten wie der FINMA übernommen wird, indem die Oberleitung sowie Oberaufsicht über die Geschäftsführung einer Anstalt dem jeweiligen Aufsichtsorgan übertragen wird. Einzig die Kompetenzauffangbeckenfunktion wird bei der FINMA wie auch anderen öffentlich-rechtlichen Anstalten der Geschäftsleitungsstufe zugewiesen.

2.3.2 Bankorganisationsrechtliche Grundsätze

Bei den von der FINMA beaufsichtigten Banken ist eine strikte Trennung der strategischen und operativen Organe vorgesehen: Nach Art. 3 Abs. 2 Bst. a BankG sind besondere Organe für die Geschäftsführung einerseits und für die Oberleitung, Aufsicht und Kontrolle andererseits auszuscheiden. Die Befugnisse der Organe sind so abzugrenzen, dass eine sachgemässe Überwachung der Geschäftsführung gewährleistet ist.

Das Oberleitungsorgan Verwaltungsrat hat die Geschäftsstrategie und die Risikopolitik festzulegen, ist verantwortlich für eine angemessene Unternehmensorganisation, trägt die oberste Verantwortung für die Finanzen des Instituts, sorgt für die angemessene Ressourcenausstattung und übt die Oberaufsicht über die Geschäftsleitung aus und entscheidet über wesentliche Änderungen der Unternehmensstruktur. Der Verwaltungsrat hat schliesslich über weitere Projekte von strategischer Bedeutung für das Institut zu entscheiden (2017/01 FINMA Rundschreiben „Corporate Governance – Banken“, Rz. 9ff.). Gemäss Lehre handhabt die Finanzaufsicht die Funktionentrennung zwischen Verwaltungsrat und operativer Ebene „streng“ und bewilligt nur zeitlich und sachlich beschränkte Ausnahmen (Kleiner et al., 2015, Art. 3 Rz. 61).

Eine Gegenüberstellung mit dem Bankorganisationsrecht zeigt, dass die Funktionsabgrenzung der FINMA weitgehend derjenigen der von ihr beaufsichtigten Banken entspricht.

2.4 Rollenprofile des Verwaltungsrates

In der Betriebswirtschaftslehre werden für Aufsichtsorgane folgende Rollenprofile diskutiert (Müller-Stewens & Brauer, 2009, S. 475f.):

1. Der Verwaltungsrat als strategischer Auditor: In dieser Rolle überprüft der Verwaltungsrat die strategischen Entscheidungsprozesse des Managements. Daneben tritt die Überprüfung der wesentlichen Unternehmensentscheide auf ihre strategische Sinnhaftigkeit. Die Rolle des Auditors kann so eine objektive (Aussen-)Sicht gewährleisten.
2. Aktiver Berater der Geschäftsleitung: Dieser gibt sich aktiv in einen strategischen Dialog mit der Geschäftsleitung und prägt so durch Meinungen oder Vorschläge die Strategie einer Unternehmung.
3. Träger der Verantwortung für die strategische Führung (obliegt nach OR wie auch dem Bankorganisationsrecht der Verwaltungsratsstufe).

In Bezug auf die FINMA kann hier festgehalten werden, dass der gesetzliche wie reglementarische Rahmen in erster Linie das dritte Rollenprofil (Träger der Verantwortung für die strategische Führung) vorsieht.

3. Was sind Geschäfte von grosser Tragweite?

3.1 Die Kompetenz des Verwaltungsrates der FINMA für Geschäfte von grosser Tragweite aus grammatikalischer, historischer, systematischer und teleologischer Sicht

Die Auslegung von Art. 9 Abs. 1 Bst. b FINMAG und damit des offenen Begriffs „Geschäft von grosser Tragweite“ erfolgt rechtswissenschaftlich nach dem sog. pragmatischen Methodenpluralismus (vgl. unter vielen BGE 121 III 219 E. 1d/aa, S. 225 mit weiteren Hinweisen). Demnach sind bei der Suche nach dem Rechtssinn einer Norm oder eines unbestimmten Gesetzesbegriffs alle klassischen Methoden der Auslegung – grammatikalisch, historisch, syste-

matisch, geltungszeitlich und teleologisch – zu berücksichtigen, ohne dass eine Methode besonderen Vorrang beanspruchen könnte.

Die geltungszeitliche Auslegung stellt auf das Normverständnis und die Verhältnisse ab, wie sie zur Zeit der Rechtsanwendung bestehen (Häfelin et al., 2016, Rz. 114). Das FINMAG wurde am 22. Juni 2007 vom Parlament verabschiedet. Es handelt sich daher um einen relativ jungen Erlass, so dass sich die grundsätzliche Bedeutung, die den Bestimmungen bei ihrem Inkrafttreten zukam, nicht wesentlich verändert haben dürfte, weshalb nachfolgend nicht mehr auf die geltungszeitliche Auslegungsmethode eingegangen wird.

3.1.1 Grammatikalische Auslegung

Die grammatikalische Auslegung stellt auf Wortlaut, Wortsinn und Sprachgebrauch ab (Häfelin et al., 2016, Rz. 91). Der Duden definiert den Begriff „Tragweite“ als „Ausmass, in dem sich etwas (ziemlich weitreichend) auswirkt“ (Online-Duden; URL: <http://www.duden.de/rechtschreibung/Tragweite>, 25.11.2019).

Das Adjektiv „gross“ dient der Quantifizierung und bezeichnet grundsätzlich alles, was in irgendeiner Weise (z.B. Ausmass, Umfang, Bedeutung) den Durchschnitt oder einen Vergleichspunkt übertrifft (Online-Duden; URL <http://www.duden.de/rechtschreibung/gross>, 25.11.2019).

Beide Begriffe enthalten somit das Element der Überdurchschnittlichkeit.

3.1.2 Historische Auslegung

Die historische Auslegung fragt nach dem Willen des historischen Gesetzgebers und dem Sinn, den man der Norm zur Zeit ihrer Entstehung gab (Häfelin et al., 2016, Rz. 101).

Ursprünglich sah der Vorentwurf gemäss dem 1. Teilbericht der Expertenkommission eine strikte Trennung von Verwaltungsrat (damals noch Aufsichtsrat genannt) und Geschäftsleitung vor: Danach hat der Aufsichtsrat (im Gegensatz zur damaligen EBK) keine materiellen Einzelfallentscheide zu fällen. Der Aufsichtsrat hat die Strategie zu beschliessen und die Geschäftsleitung in Grundsatzfragen zu beraten, der Geschäftsleitung obliegt im Gegenzug die operative Führung der FINMA (1. Teilbericht, 2003, S. 26f.).

In der Vernehmlassung wurde diese Aufgabenteilung kritisiert (vgl. Bericht des Eidgenössischen Finanzdepartements über die Vernehmlassungsergebnisse zum 1. Teilbericht der vom Bundesrat eingesetzten Expertenkommission „Integrierte Finanzmarktaufsicht“ vom Juni 2004, [1. Teilbericht], S. 15). Gestützt auf das Vernehmlassungsergebnis passte der Bundesrat die Kompetenzen des Verwaltungsrates an, in dem er in Art. 9 Abs. 1 Bst. b FINMAG neu vorsah, dass der Verwaltungsrat über Geschäfte von grosser Tragweite entscheidet. Gleichzeitig war es das Anliegen des Bundesrates, an der Aufgabenteilung zwischen Verwaltungsrat und Geschäftsleitung festzuhalten: Der Verwaltungsrat solle grundsätzlich nur für strategische

Belange und Entscheide verantwortlich sein. Er sei vom Tagesgeschäft weitestgehend zu entlasten und soll sich der langfristigen Führung der FINMA widmen (Botschaft FINMAG, 2006; BBl 2006 2862).

In der FINMAG-Botschaft verweist der Bundesrat darauf, dass es sich beim Verwaltungsrat um ein nebenamtliches Gremium handelt, welches wegen seiner zeitlich beschränkten Kapazitäten an Grenzen stossen kann. Mit der Zusammenführung von drei Behörden kommen neben den Aufgaben der EBK noch Aufgabenbereiche des BPV und der Kst GwG dazu. Damit werden die Aufgaben so stark erweitert, dass sie von einem Milizorgan wie einer Behördenkommission nicht mehr bewältigt werden können. Es war somit nicht die Absicht des Bundesrates das EBK-Modell weiterzuführen, welches vorsah, dass sämtliche operativen Aufsichtsgeschäfte (sofern nicht an das Sekretariat delegiert wie z.B. Routinegeschäfte) auf Stufe des obersten Organs, der Kommission, zu entscheiden sind (vgl. Art. 9 des Reglements über die Eidgenössische Bankenkommission). Der Bundesrat schlug daher im Rahmen seines Entwurfs zuhanden der Eidgenössischen Räte vor, die Entscheidkompetenz des Verwaltungsrates auf die Geschäfte von grosser Tragweite zu beschränken. Er entscheidet somit nur noch in denjenigen Fällen in denen Gläubiger, Anleger, Versicherte oder die Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte in erheblichem Masse betroffen sind (Botschaft FINMAG, 2006; BBl 2006 2840). Bei diesen Geschäften handelt es sich unter anderem um Verfügungen mit grosser präjudizieller Tragweite oder mit weitreichenden wirtschaftlichen oder aufsichtspolitischen Folgen. Als Beispiel werden in der Botschaft die Entscheide über die Schliessung einer grösseren Bank oder Versicherung genannt (Botschaft FINMAG, 2006; BBl 2006 2863).

Im Rahmen der Beratung des FINMAG in den Eidgenössischen Räte hatte eine Minderheit der beratenden Kommission des Erstrates den Antrag gestellt, die Vorlage an den Bundesrat zurückzuweisen, unter anderem um die Aufgaben des Verwaltungsrats („Was sind Geschäfte mit grosser Tragweite?“) klarer zu definieren. Eine Mehrheit der Kommission beantragte demgegenüber, die Bestimmung mit dem Zusatz „Geschäfte von grosser Tragweite, insbesondere über solche, die mit dem Ansehen des Finanzplatzes im Zusammenhang stehen“ zu ergänzen. Beide Anträge wurden schliesslich abgelehnt. An der bundesrätlichen Fassung von Art. 9 Abs. 1 Bst. b FINMAG wurde somit festgehalten (AB 2007 N 72ff., AB 2007 S 410f.).

Die Entstehungsgeschichte von Art. 9 Abs. 1 Bst. b FINMAG zeigt zusammenfassend Folgendes: Die Kompetenz, über Geschäfte von grosser Tragweite zu entscheiden, soll die Rolle des Verwaltungsrats im Vergleich zum Entwurf der Expertenkommission Zimmerli stärken. Dagegen sollte die ursprüngliche Aufgabenteilung zwischen der damaligen Eidgenössischen Bankenkommission und ihrem Sekretariat nicht weitergeführt werden. Am Modell der Trennung von strategischen und operativen Aufgaben, d.h. am Governancemodell, welches die Expertenkommission Zimmerli im Vorentwurf vorgeschlagen hatte, wurde somit weitgehend festgehalten.

3.1.3 Systematische Auslegung

Bei der systematischen Auslegung wird der Sinn einer Rechtsnorm bestimmt durch ihr Verhältnis zu anderen Rechtsnormen und durch den systematischen Zusammenhang, in dem sich die Norm in einem Gesetz präsentiert (Häfelin et al., 2016, Rz. 97).

Die Kompetenz, über Geschäfte von grosser Tragweite zu entscheiden (Art. 9 Abs. 1 Bst. b FINMAG) ist im Kapitel „Organisation“, Abschnitt „Organe und Personal“ verankert. In diesem Abschnitt werden neben Organisation und Aufgaben des Verwaltungsrats auch die Aufgaben der Geschäftsleitung geregelt (Art. 10 FINMAG). Für die systematische Auslegung des Begriffs des Geschäfts von grosser Tragweite ist einerseits der Vergleich mit den übrigen dem Verwaltungsrat zugewiesenen Geschäften zu berücksichtigen. Andererseits ist zu prüfen, welche Aufgaben der Gesetzgeber der Geschäftsleitung zugewiesen hat.

Der Gesetzgeber weist dem Verwaltungsrat neben dem Entscheid über Geschäfte von grosser Tragweite folgende Aufgaben zu (Art. 9 Abs. 1 FINMAG):

- Er legt die strategischen Ziele der FINMA fest und unterbreitet sie dem Bundesrat zur Genehmigung;
- Er erlässt die der FINMA delegierten Verordnungen und beschliesst die Rundschreiben;
- Er überwacht die Geschäftsleitung;
- Er setzt eine interne Revision ein und sorgt für die interne Kontrolle;
- Verabschiedung Geschäftsbericht sowie Unterbreitung an den Bundesrat zur Genehmigung;
- Wahl Direktor unter Vorbehalt der Genehmigung durch den Bundesrat sowie Wahl der Mitglieder der Geschäftsleitung;
- Erlass Organisationsreglement und Richtlinien über die Informationstätigkeit;
- Genehmigung Voranschlag.

Das Gesetz sieht damit unter Berücksichtigung von gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen vor, dass dem Verwaltungsrat strategische Aufgaben zukommen, so namentlich in der Festlegung der strategischen Ausrichtung der Aufsicht durch die Formulierung von strategischen Zielen und die Verabschiedung von Rundschreiben. Mit beiden Instrumenten wird die Aufsichtstätigkeit der FINMA langfristig geprägt. Daneben kommt ihm auch eine Überwachungsfunktion in Bezug auf die Aufgabenerfüllung der FINMA zu. Betreffend der Wirkungen dieser gesetzlich definierten Kompetenzen kann auf 2.2.2 (Aussen- und Binnenwirkung) verwiesen werden.

Der Gesetzgeber hat der Geschäftsleitung folgende Aufgaben zugewiesen (Art. 10 Abs. 1 FINMAG):

- Die Geschäftsleitung erlässt die Verfügungen nach Massgabe des Organisationsreglements;
- Sie erarbeitet die Entscheidungsgrundlagen des Verwaltungsrats und berichtet ihm regelmässig, bei besonderen Ereignissen ohne Verzug;
- Sie erfüllt alle Aufgaben, die nicht einem anderen Organ zugewiesen sind.

Eine systematische Auslegung ergibt, dass dem Verwaltungsrat die Aufgabe der langfristigen Ausrichtung der Aufsichtstätigkeit der FINMA durch die Verabschiedung von Regulierungen sowie die Festlegung der strategischen Ziele zukommt. Im Gegensatz dazu zeichnet die Geschäftsleitung für das Tagesgeschäft verantwortlich, welches die Umsetzung dieser strategischen Vorgaben, namentlich im Rahmen von Einzelfallentscheidungen wie z.B. den Erlass von Verfügungen, zum Gegenstand hat; unter Berücksichtigung der übrigen strategischen Aufgaben des Verwaltungsrates, kann aus systematischer Sicht hergeleitet werden, dass einem Geschäft von grosser Tragweite damit die Bedeutung eines strategischen Entscheids zukommen müsste (vgl. 3.3).

Aus systematischer Sicht ist schliesslich auch die Auffangbeckenfunktion der Geschäftsleitung zu berücksichtigen. Ist eine Geschäftskategorie nicht dem Verwaltungsrat zugewiesen, so fällt der entsprechende Sachgegenstand in die Kompetenz der Geschäftsleitung und damit der operativen Stufe. Diese Regelung steht im Gegensatz zu den gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen (vgl. 2.3.1). Das deutet darauf hin, dass bei Unklarheit über die Kompetenzabgrenzung die Geschäftsleitung zuständig sein soll.

3.1.4 Teleologische Auslegung

Die teleologische Auslegung stellt ab auf die Zweckvorstellung, die mit einer Rechtsnorm verbunden ist. Der Wortlaut einer Norm ist somit im Zusammenhang mit den Zielvorstellungen des Gesetzgebers zu betrachten (Häfelin et al., Rz. 120f.). Gemäss Botschaft zum FINMAG sollen die Vorschriften zur Organisation der FINMA für ein Gleichgewicht zwischen der strategischen und operativen Führungsebene („checks and balances“) sorgen. Dabei sollte insbesondere der Zuständigkeitsbereich des Verwaltungsrats nicht überfrachtet und seine Entscheidungskompetenzen auf die Geschäfte mit grosser Tragweite beschränkt werden. Er entscheidet somit in denjenigen Fällen, in denen Gläubigerinnen und Gläubiger, Anlegerinnen und Anleger, Versicherte oder die Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte in erheblichem Masse betroffen sind (Botschaft FINMAG, 2006; BBl 2006 2840). Die Botschaft nimmt damit hinsichtlich der Definition des Geschäfts von grosser Tragweite auf die gesetzlichen Ziele (Art. 4 FINMAG) Bezug, welche in den allgemeinen Bestimmungen zum FINMAG verankert sind.

Im Rahmen der teleologischen Auslegung kann zudem auf Art. 5 Abs. 3 FINMAG verwiesen werden, wonach sich die FINMA nach einer guten Corporate Governance zu organisieren hat.

Der Zweck der Bestimmung von Art. 9 Abs. 1 Bst. b FINMAG ist somit die Beschränkung der Aufgaben des Verwaltungsrats auf Geschäfte von strategischer Bedeutung im Hinblick auf die Ziele der Finanzmarktaufsicht sowie die Umsetzung einer guten Corporate Governance.

3.2 Das Bundesgerichtsurteil i.S. PostFinance

Mit Verfügung vom 22. Juli 2016 hat die FINMA die PostFinance verpflichtet, zusätzliche Eigenmittel im Umfang von CHF 270 Mio. resp. CHF 540 Mio. unter Berücksichtigung der sog. Eigenkapitalsensitivität zu halten. Als „Eigenkapitalsensitivität“ bezeichnete die FINMA die relative Veränderung des Eigenkapitals unter einer positiven und negativen Zinsverschiebung (vgl. B.a. des Sachverhalts des Bundesgerichtsurteils). Mit Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht rügte die PostFinance insbesondere, die Verfügung der FINMA sei als „Geschäft von grosser Tragweite“ zu betrachten und hätte daher vom Verwaltungsrat der FINMA erlassen werden müssen. Das Bundesverwaltungsgericht wies die Beschwerde mit Urteil vom 14. März 2018 ab, soweit es auf diese eintrat. Die PostFinance erhob gegen das Urteil Beschwerde beim Bundesgericht. Anders als das Bundesverwaltungsgericht kommt das Bundesgericht zum Schluss, die Verfügung der FINMA stelle ein „Geschäft von grosser Tragweite“ dar und hätte durch den Verwaltungsrat der FINMA erlassen werden müssen.

In genereller Hinsicht hält das Bundesgericht in seinem Urteil 2C_387/2018 vom 18. Dezember 2018 fest, der Gesetzgeber habe die Rolle des Verwaltungsrats der FINMA nach der Vernehmlassung zum Entwurf der Expertenkommission Zimmerli stärken wollen und die Verfügungskompetenz des Verwaltungsrats stelle zwar eine Ausnahme vom Grundsatz dar, wonach Verfügungen in der Regel durch die Geschäftsleitung zu treffen seien, jedoch sei daraus nicht zu schliessen, der Verwaltungsrat der FINMA sei nur für die Schliessung eines grösseren Instituts zuständig. In Bezug auf den konkreten Fall der PostFinance stellt das Bundesgericht auf die (aktuelle) Gesamtsituation der Bank ab, namentlich deren Systemrelevanz, die gesetzlich vorgegebenen Restriktionen und das besonders zinsrisikolastige Geschäftsmodell der PostFinance (vgl. dazu die Ausführungen im Sachverhalt [A] sowie E. 3.6.1), die potentiell existenzbedrohende Wirkung der Massnahme der FINMA sowie den verbleibenden Ermessensspielraum der FINMA in Anwendung der revidierten Eigenmittelverordnung samt ausführendem Rundschreiben (E. 3.6.2).

Das Bundesgericht fasst seine zentralen Beweggründe in E. 3.7. wie folgt zusammen:

Im Ergebnis ist aufgrund der Offenheit des Begriffs „Geschäfte von grosser Tragweite“, der besonderen Stellung der Beschwerdeführerin unter den systemrelevanten Finanzinstituten sowie der möglichen Auswirkungen von Eigenmittelverfügungen auf die Existenz der Beschwerdeführerin, und mithin auch auf den Schweizer Finanzmarkt, davon auszugehen, dass die strittige Verfügung in die Kompetenz des Verwaltungsrats der FINMA gefallen wäre.

Das Bundesgerichtsurteil führte dazu, dass die FINMA die Definition des Geschäfts von grosser Tragweite in ihrem Organisationsreglement anpasste und so auch ihre bisherige Praxis transparent machte (vgl. dazu 3.4).

3.3 Das Geschäft von grosser Tragweite als strategischer Entscheid sui generis

Für die Herleitung, was ein Geschäft von grosser Tragweite darstellt, ist auch die bisherige Praxis der FINMA relevant. Diese wurde unmittelbar in der Startphase der FINMA begründet, da diese mitten in die Finanzkrise fiel. In dieser Phase kamen Schweizer Banken unter starkem Druck von US-Behörden. Dies führte dazu, dass der Verwaltungsrat der FINMA bereits in der unmittelbaren Startphase der FINMA ein Geschäft von grosser Tragweite zu behandeln hatte. Am 18. Februar 2009 ordnete er die Herausgabe einer begrenzten Zahl von UBS-Kundendaten an US-Behörden an, um eine drohende Anklage durch US-Behörden und damit eine akute Bedrohung der Liquidität und Stabilität der Bank zu vermeiden. Eine Anklage der UBS im Februar 2009 hätte die Liquiditätssituation und damit die Existenz der Bank insgesamt akut bedroht. Angesichts der Grösse und Vernetzung der UBS in der Schweiz gefährdete dies auch die Stabilität des Finanzplatzes. Die Möglichkeit einer geordneten Abwicklung der UBS und der Schutz der für die Schweizerische Volkswirtschaft systemrelevanten Funktionen waren unter den damaligen Umständen nicht gegeben (vgl. auch Medienmitteilung der FINMA vom 15. Juli 2011. URL: <https://www.finma.ch/de/news/2011/07/mm-bg-urteil-20110715/>, 25.11.2019).

Der Entscheid hatte somit durch die Herausgabe einer sehr begrenzten Anzahl Kundendaten zum Ziel, die überwiegend hohe Anzahl der übrigen Kunden der Bank als Gesamtheit der Gläubiger und die Stabilität des Finanzplatzes als Ganzes vor einer akuten Bedrohung zu schützen. Es ist unbestritten, dass es sich hier um einen strategischen Entscheid der FINMA handeln und eine entsprechende Verfügung durch den Verwaltungsrat getroffen werden musste. Wie das Bundesgericht letztlich festhielt, war die FINMA befugt, gestützt auf die polizeiliche Generalklausel im Einvernehmen mit dem Bundesrat die entsprechende Datenherausgabe zu verfügen (BGE 137 II 431 Erw. 3.2.3 S. 443f.). Der Einbezug des Bundesrates zeigt zudem auf, von welcher überragender strategischer Bedeutung die damalige Verfügung für den Finanzplatz als Ganzes war.

Die Erwägungen des nun kürzlich ergangenen Bundesgerichtsurteils i.S. PostFinance verdeutlichen, dass sich die Frage der grossen Tragweite nicht aus der Optik des betroffenen Beaufsichtigten, sondern nur aus der Behördenoptik der FINMA resp. aus der Tragweite für die Umsetzung der gesetzlichen Ziele ableitet. Die Frage der strategischen Bedeutung eines Entscheids muss sich aus dem Gesetzeszweck ergeben. Die Finanzmarktaufsicht bezweckt nach Massgabe der Finanzmarktgesetze den Kundenschutz sowie den Schutz der Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte (Art. 4 FINMAG). Würde im Gegenzug dazu die Optik des Betroffenen eingenommen, so müssten Entscheide in den allermeisten Fällen als „von grosser Tragweite“ eingestuft werden, da jeder Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit vom Beaufsichtigten als überdurchschnittlich wahrgenommen würde.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass der Entscheid von grosser Tragweite in Einzelfällen neben den strategischen Aufgaben des Verwaltungsrates wie der Verabschiedung von Regulierungen, strategischen Zielen oder Policygeschäften eine eigenständige Kategorie von strategischen Entscheiden der FINMA darstellt und für die Umsetzung der gesetzlichen Ziele von herausragender strategischer Bedeutung ist.

3.4 Heutige Umsetzung und praktische Anwendung

3.4.1 Heutige Definition des Geschäfts von grosser Tragweite im Organisationsreglement FINMA

Das im Nachgang zum Bundesgerichtsurteil angepasste und heute gültige Organisationsreglement sieht vor, dass Geschäfte von grosser Tragweite Einzelfallgeschäfte sind mit potentiell weitreichenden Folgen für die Gesamtheit von Kunden oder Geschäfte, welche die Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte in erheblichem Masse betreffen (vgl. Art. 2^{bis} Abs. 2 Organisationsreglement FINMA).

Es wird zudem präzisiert, dass es sich um Einzelfallgeschäfte von Beaufsichtigten der sog. Aufsichtskategorie 1 und 2 handelt, wenn derartige Entscheide die erwähnten weitreichenden Folgen haben können (Art. 2^{bis} Abs. 3 Organisationsreglement FINMA). Der Hintergrund dieser Präzisierung liegt darin, dass sich die Aufsicht der FINMA an den Risiken, die vom Beaufsichtigten für ihre Kunden und die Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte ausgehen können, orientiert (vgl. Art. 24 Abs. 2 FINMAG). In Umsetzung dieses risikobasierten Ansatzes werden die von der FINMA beaufsichtigten Institute nach ihrer Risikowirkung für Kunden und für das schweizerische Finanzsystem in Aufsichtskategorien eingeteilt.

Die Aufsichtskategorien von Banken sind in der Bankenverordnung transparent gemacht. Banken der Aufsichtskategorie 1 erfüllen drei von vier der folgenden Kriterien (Art. 2 Abs. 3 BankV):

- Bilanzsumme ab 250 Milliarden Schweizer Franken;
- verwaltete Vermögen ab 1 000 Milliarden Schweizer Franken;
- sog. privilegierte Einlagen (vgl. Art. 37a BankG) ab 30 Milliarden Schweizer Franken;
- erforderliche Eigenmittel ab 20 Milliarden Schweizer Franken.

Banken der Kategorie 2 erfüllen drei der vier nachfolgenden Kriterien:

- Bilanzsumme ab 100 Milliarden Schweizer Franken;
- verwaltete Vermögen ab 500 Milliarden Schweizer Franken;
- privilegierte Einlagen ab 20 Milliarden Schweizer Franken;
- erforderliche Eigenmittel ab 2 Milliarden Schweizer Franken.

Die Grössenordnungen dieser Kennzahlen zeigen auf, von welcher systematischen Relevanz die entsprechenden Bankinstitute der Aufsichtskategorie 1 und 2 für den Finanzmarkt Schweiz sind. Entscheide von grosser Tragweite müssen davon ausgehend nicht bloss in absoluter, sondern auch in relativer Hinsicht eine erhebliche Dimension aufweisen, um überhaupt potentiell weitreichende Folgen zu zeitigen. So kann z.B. eine Verhängung einer Einziehung wegen schwerer Verletzung von Aufsichtsrecht bei einer Bank der Kategorie 1 im Millionenbereich keine potentiell weitreichende Wirkung auf die Gesamtheit der Gläubiger oder die Stabilität des Finanzplatzes entfalten. Selbst wenn absolut sogar eine dreistellige Millionenanzahl vorliegen würde, kann eine derartige Massnahme unter Umständen bloss eine Gewinnschmälerung für die Aktionäre bewirken, sich jedoch nicht auf die Kunden, d.h. die Gläubiger der Bank, und auch nicht auf ihre Existenz auswirken. Dies zeigt wiederum auf, dass sich die Tragweite nicht aus der Optik des beaufsichtigten Instituts resp. dessen Aktionäre ableiten lässt, welche durch eine Massnahme z.B. eine (gewisse) Gewinnschmälerung in Kauf nehmen müssen oder die Unternehmensstrategie auf die verhängten Massnahmen ausrichten müssen.

Sollte jedoch ein Institut der Aufsichtskategorie 1 oder 2 einer Insolvenzgefahr ausgesetzt sein, so ist grundsätzlich davon auszugehen, dass sich eine Schutzmassnahme (vgl. Art. 25f. BankG) sowohl auf die Gesamtheit der Kunden als auch die Stabilität des Finanzplatzes als Ganzes auswirkt.

Das Organisationsreglement definiert anhand von spezifischen Geschäften, welche Entscheide betreffend Beaufsichtigte der Aufsichtskategorie 1 und 2 die oben dargelegten Folgen haben können (Art. 2^{bis} Abs. 3 Organisationsreglement FINMA):

- Neubewilligungen oder Bewilligungen, die wesentliche Umstrukturierungen zum Gegenstand haben; dazu würde etwa eine Fusion gehören;
- Schutzmassnahmen bei Insolvenzgefahr oder Sanierungen oder Liquidationen;
- Bewilligungsentzüge;
- Genehmigung von gesetzlich vorgesehenen Notfallplänen (vgl. Art. 9 Abs. 2 Bst. d BankG);
- Eigenmittel- und Liquiditätszuschläge oder -beschränkungen, jedoch nur, wenn sie die oben erwähnten weitreichenden Folgen haben.

Ausser den Bewilligungen, welche wesentliche Veränderungen der Institute zum Gegenstand haben, handelt es sich hier um typische Krisen(präventions-)entscheide, welche sich weitreichend und (hoffentlich effektiv im Sinne der gesetzlichen Ziele der FINMA) auf die Kunden und die Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte auswirken sollen. Die Beschränkung auf die Institute der Aufsichtskategorie 1 und 2 zeigt auf, dass bei Geschäften von Beaufsichtigten unterhalb dieser Kategorie auch bei schwerwiegenden Entscheiden davon auszugehen ist, dass diese von der Natur her nur dann als Geschäft von grosser Tragweite zu qualifizieren sind,

wenn ein Entscheid sich erheblich auf die Funktionsfähigkeit des Finanzplatzes als Ganzes auswirken könnte (z.B. wenn eine potentielle Kettenreaktion ersichtlich wäre, welche sich erheblich auf eine sehr hohe Anzahl von Kunden oder die Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte auswirken könnte). Die Qualifikation als Geschäft von grosser Tragweite kann zudem nur aus einer ex-ante-Optik, d.h. auf Basis des Wissens der Entscheidträger zum Zeitpunkt des Entscheids, erfolgen.

Umgekehrt kann aufgrund der Erwägungen des Bundesgerichts festgehalten werden, dass Entscheide, die sich nicht spürbar auf die Kunden von Instituten der Aufsichtskategorie 1 und 2 auswirken, keine Entscheide von grosser Tragweite darstellen.

3.4.2 Instrumente zur Sicherstellung der Entscheidgouvernanz

Damit die Kompetenzabgrenzung zwischen Verwaltungsrat und Geschäftsleitung gewahrt bleibt, braucht es Instrumente im Zusammenspiel zwischen Geschäftsleitung und Verwaltungsrat. Da der Verwaltungsrat jederzeit ein Geschäft als Geschäft von grosser Tragweite bezeichnen und an sich ziehen kann (Art. 2^{bis} Abs. 4 Organisationsreglement FINMA), ist der Informationsfluss zwischen den Organen sicherzustellen, damit der Verwaltungsrat Gelegenheit erhält, die Frage zu diskutieren, ob ein Einzelfallgeschäft als Geschäft von grosser Tragweite zu behandeln ist. Dies bedingt eine transparente Berichterstattung der Geschäftsleitung zuhanden des Verwaltungsrates über den operativen Geschäftsgang ihrer Aufsichtstätigkeit. Eine solche ist bereits aufgrund der Aufsicht des Verwaltungsrates über die Wahrnehmung der operativen Aufgaben der Geschäftsleitung geboten.

Gegenüber dem Verwaltungsrat besteht daher eine umfassende Auskunft- und Informationspflicht der Geschäftsleitung. So kann jedes Verwaltungsratsmitglied von der Geschäftsleitung Auskunft über alle Sachgeschäfte verlangen (Art. 13 Abs. 1 Organisationsreglement FINMA). Die Geschäftsleitung ist zudem verpflichtet, über den Gang der operativen Geschäfte und sich abzeichnende Entwicklungen zu berichten (Art. 13 Abs. 2 Organisationsreglement FINMA), bei dringendem Bedarf ohne Verzug. Es versteht sich damit von selbst, dass die Geschäftsleitung laufend über relevante Geschäfte zu berichten hat.

Damit die Berichterstattung zuhanden der Verwaltungsratsstufe vollständig sichergestellt ist, sorgen die Geschäftsleitung wie auch ihr Enforcementausschuss dafür, dass sämtliche von ihnen behandelten Geschäfte vor Beschlussfassung sowie auch die entsprechenden Protokolle nach Beschlussfassung dem Verwaltungsratspräsidenten und dem Sekretär des Verwaltungsrates zugestellt werden (Art. 13 Abs. 3 Organisationsreglement FINMA). Der Verwaltungsratspräsident wird damit in umfassender Weise über anstehende Entscheide auf Geschäftsleitungsstufe informiert und kann dem Verwaltungsrat bei Bedarf die Frage zum Beschluss unterbreiten, ob ein entsprechendes Geschäft als Geschäft von grosser Tragweite behandelt werden müsste (Art. 2^{bis} Abs. 4 Organisationsreglement FINMA). Daneben hat auch die Geschäftsleitung die angemessene Eskalation sicherzustellen (Art. 5 Abs. 5 Geschäftsreglement FINMA).

Wichtig ist auch die Abgrenzung zu den übrigen (strategischen) Geschäften des Verwaltungsrates: Hat der Verwaltungsrat bereits Grundsatzentscheide wie z.B. Policy-Entscheide generell-abstrakter Natur nach Art. 2 Abs. 2 Bst. d Organisationsreglement FINMA getroffen, so kann die Umsetzung im Einzelfall kein Geschäft von grosser Tragweite mehr darstellen, ausser es handelt sich um Geschäfte, die spezifisch in Art. 2^{bis} Abs. 3 Organisationsreglement FINMA bezeichnet sind. Bei Policy-Entscheidungen ist der „strategische“ Entscheid bereits getroffen worden und die operative Stufe, die Geschäftsleitung, hat die Aufgabe, diese strategischen Entscheide im Rahmen des Tagesgeschäfts einzelfallgerecht unter Wahrung des Rechtsgleichheitsgrundsatzes (Zimmerli, 2009, S. 7) umzusetzen.

4. Rechtsvergleich

4.1 Vergleich mit anderen öffentlich-rechtlichen Anstalten des Bundes (ENSI und Swissmedic)

Die FINMA nimmt nach der Aufgabentypologie des Corporate Governance-Berichts sog. Aufgaben der Wirtschafts- und der Sicherheitsaufsicht wahr. Neben der FINMA nehmen beispielsweise auch das Eidgenössische Nuklearsicherheitsinspektorat (ENSI) und das Schweizerische Heilmittelinstitut (Swissmedic) derartige Aufgaben wahr (Corporate-Governance-Bericht, 2006; BBl 2006 8262). Sie sind wie die FINMA als öffentlich-rechtliche Anstalten organisiert.

Im Gegensatz zur FINMA wurde sowohl beim ENSI als auch bei der Swissmedic eine konsequente Trennung der strategischen und operativen Aufgaben vorgenommen. Sowohl der ENSI-Rat wie auch der Institutsrat der Swissmedic sind für die Formulierung der strategischen Ziele zuständig und überwachen die Geschäftsführung (Art. 6 Abs. 6 Bst. a ENSIG; Art. 72a Abs. 1 HMG). Demgegenüber zeichnet die Geschäftsleitung für die Umsetzung dieser Ziele und die Geschäftsführung verantwortlich (Art. 7 ENSIG, Art. 21 Organisationsreglement ENSI; Art. 73 HMG, Art. 9 Organisationsreglement Swissmedic). Die Geschäftsleitungen des ENSI wie auch der Swissmedic übernehmen jeweils die Kompetenzauffangbeckenfunktion (Art. 7 Abs. 2 Bst. d ENSIG; Art. 73 Abs. 2 Bst. g HMG, vgl. auch 2.3.1).

4.2 Vergleich mit ausgewählten Finanzmarktaufsichtsbehörden

4.2.1 Deutschland: Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht

Die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) ist eine selbstständige Anstalt des öffentlichen Rechts (§ 1 Abs. 1 FinDAG). Sie weist damit ein mit der FINMA vergleichbares Rechtskleid aus. Ihr höchstes Gremium ist der Verwaltungsrat. Dieser ist nach § 5 Abs. 1 der Satzung der BaFin verantwortlich für die Überwachung der Geschäftsführung der BaFin und unterstützt diese bei der Erfüllung ihrer Aufgaben. Das Direktorium leitet und verwaltet die BaFin gesamtverantwortlich (§ 2 Abs. 1 Satzung der BaFin) und hat dem Verwaltungsrat über die operative Tätigkeit zu rapportieren (§ 4 Abs. 2 Satzung der BaFin). Daneben verfügt der Verwaltungsrat ähnlich wie der Verwaltungsrat der FINMA über die sog.

Haushaltsrechte: So ist er insbesondere mit der Feststellung des Haushaltsplans, resp. des Budgets (§ 12 Abs. 2 FinDAG) und der Jahresrechnung betraut (vgl. § 4 Satzung der BaFin).

Der Vergleich zeigt auf, dass die Kompetenzen des Verwaltungsrats der BaFin grundsätzlich auf Aufgaben des Finanzhaushaltes beschränkt sind. Strategische Fragen wie die Formulierung der Aufsichtspraxis werden bei der BaFin auf operativer Stufe behandelt (vgl. § 6 Abs. 3 FinDAG).

4.2.2 England: Financial Conduct Authority und Prudential Regulation Authority

4.2.2.1 Financial Conduct Authority

Die englische Financial Conduct Authority (FCA) ist eine unabhängige öffentlich-rechtliche Behörde, die über das Geschäftsverhalten der ihr unterstellten Finanzinstitute wacht. Die FCA hat die Funktionsfähigkeit des ihr unterstellten Finanzsektors unter dem Blickwinkel des Kundenschutzes, der Integrität und des Wettbewerbs sicherzustellen (Financial Services Act 2012, Part 1A Chapter 1B). Sie übt damit die sog. Conduct-Aufsicht aus wie z.B. die Aufsicht über die Einhaltung der Bestimmungen zur Bekämpfung der Geldwäscherei. Das höchste Gremium der FCA ist das FCA Board. Dieses ist für die Strategie der FCA sowie für die Überwachung der Geschäftsleitung verantwortlich (vgl. 3.1 Corporate Governance of the Financial Conduct Authority). Es hat hierzu die nötigen finanziellen und personellen Ressourcen zu sprechen (3.2 Corporate Governance of the Financial Conduct Authority). Das Direktorium ist im Gegenzug verantwortlich für die Umsetzung der Strategie des Boards. Es hat dem Board über sämtlichen signifikanten Angelegenheiten zu berichten (vgl. 4.6. Corporate Governance of the Financial Conduct Authority).

Bei der FCA erfolgt eine klare Trennung zwischen strategischer und operativer Stufe. Grundsätzlich ist nicht vorgesehen, dass Einzelgeschäfte ans FCA Board eskaliert werden.

Auch die FINMA übt eine sog. Verhaltensaufsicht über ihre beaufsichtigten Institute aus. Einzelfallgeschäfte zur Verhaltensaufsicht können nur dann ein Geschäft von grosser Tragweite darstellen, wenn z.B. bei einem Institut der Aufsichtskategorie 1 und 2 aufgrund von schweren Aufsichtsrechtsverletzungen die Bewilligung entzogen werden müsste. Diesfalls kann sich eine Massnahme der FINMA überhaupt signifikant auf die Kunden des Instituts oder auf die Funktionsfähigkeit des Finanzmarktes auswirken. Sonstige Massnahmen zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands (Art. 31ff. FINMAG) können jedoch üblicherweise kein Geschäft von grosser Tragweite darstellen.

4.2.2.2 Prudential Regulation Authority

Die Prudential Regulation Authority (PRA) ist eine Aufsichtsfunktion, welche durch die Zentralbank Englands (Bank of England) wahrgenommen wird. Die PRA übt die sog. prudentielle Institutsaufsicht über den Finanzsektor aus. Die PRA soll sicherstellen, dass die Kunden von beaufsichtigten Instituten insbesondere durch Halten von Eigenmitteln oder angemessenes Risikomanagement der beaufsichtigten Institute ausreichend geschützt sind (Financial Ser-

vices Act 2012, Part 1A Chapter 2 Section 2B). Höchstes Gremium der PRA ist das Prudential Regulation Committee (PRC). Es legt die übergeordnete Strategie fest und hat die Policies zu verabschieden. Das PRC ist auch zuständig für gewisse Entscheide betreffend sog. Kategorie 1 Institute. Dazu gehören Finanzinstitute, welche bei einer Schieflage durch ihren Ausfall aufgrund ihrer Grösse, ihrer Vernetzung oder ihrem Geschäftsfeld eine signifikante Störung des Finanzsystems des Vereinigten Königreichs verursachen könnten (vgl. Terms of Reference for the Prudential Regulation, S. 6f.)

Die FINMA ist sowohl für die Verhaltensaufsicht wie auch die prudentielle Aufsicht zuständig. Die Kompetenzabgrenzung der FINMA weist ähnliche Ansätze wie bei der PRA aus, indem sich die Kompetenzabgrenzung an der Kategorisierung der beaufsichtigten Institute orientiert.

5. Folgerungen und Empfehlungen

5.1 Folgerungen

Der Vergleich zu anderen inländischen Behörden wie Anstalten, die mit Aufgaben der Wirtschafts- und Sicherheitsaufsicht betraut sind, sowie Finanzmarktaufsichtsbehörden in Deutschland und dem Vereinigten Königreich zeigt auf, dass die Trennung der Aufgaben der strategisch sowie operativ tätigen Organe weitgehend konsequent vorgenommen wird. Unter Berücksichtigung eines risikobasierten Aufsichtsansatzes werden höchstens Einzelfallgeschäfte an das oberste Gremium der Behörde eskaliert, wenn sie ein Institut in der höchsten Aufsichtskategorie betreffen.

Der Verwaltungsrat der FINMA hat die Geschäftsleitung in seiner Überwachungsfunktion kritisch zu begleiten und Korrekturen einzuleiten, wenn er mit der Ausrichtung einer Praxis nicht einverstanden ist. Dies sollte jedoch nicht durch den eigenen Entscheid des Organs in Einzelfällen geschehen, sondern im Rahmen seiner mitschreitenden Aufsicht und Strategieformulierung.

Für die Frage, was als Geschäft von grosser Tragweite zu betrachten ist, ist darauf abzustellen, wie schwerwiegend sich dieses auf die Zielerreichung der FINMA auswirkt und damit auch welchen strategischen Charakter ein Entscheid hat. Für die Qualifikation als Geschäft von grosser Tragweite ist somit unbeachtlich, wie sich die Entscheide auf die Aktionäre oder den unternehmerischen Spielraum eines Beaufsichtigten auswirken.

Daneben sind die Funktionsfähigkeit als auch die Corporate Governance der FINMA im Auge zu behalten: Angesichts der Fülle an Aufgaben wäre eine Überfrachtung der Kompetenzen eines Verwaltungsrates, welcher als Milizorgan konzipiert ist, problematisch. Es ist zudem darauf hinzuweisen, dass entsprechend den gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen der Verwaltungsrat neben seinen strategischen Aufgaben eine Überwachungsfunktion zu erfüllen hat. Die Involvierung in operative Einzelfallgeschäfte hat zur Folge, dass der Verwaltungsrat die mitschreitende Überwachungsfunktion in diesem Geschäft nicht mehr wahrnehmen kann.

Zwar wird auch die FINMA resp. ihr Verwaltungsrat wiederum vom Bundesrat überwacht, diese Überwachungsfunktion des Bundesrates erstreckt sich jedoch gerade nicht auf Einzelfallgeschäfte. Die Aufsichtstätigkeit im Einzelfall hat funktionell unabhängig von politischen Behörden zu erfolgen. Es ist daher richtig, dass die Aufgaben des Verwaltungsrates auf sehr schwerwiegende Entscheide und damit Einzelfallgeschäfte von strategischem Charakter beschränkt bleiben. Eine allfällige gesetzgeberische Erweiterung der Aufgaben des Verwaltungsrates im Bereich von Einzelfallgeschäften ist daher nicht empfehlenswert.

5.2 Empfehlungen

- Die strategischen Aufgaben des Verwaltungsrates sind von den operativen Aufgaben der Geschäftsleitung zu trennen, entsprechend den Grundsätzen, welche auf die Beaufsichtigten, aber auch auf andere gleichartige inländische oder ausländische Behörden Anwendung finden.
- Der Verwaltungsrat sollte im Rahmen der Aufsicht über die Geschäftsleitung überprüfen, ob die Ausrichtung der Praxis den anwendbaren rechtlichen Vorschriften, den strategischen Zielen und den beschlossenen Policies entspricht. Ist der Verwaltungsrat mit einer Ausrichtung der Aufsichtstätigkeit nicht einverstanden, so hat er die entsprechenden Grundsatzentscheide losgelöst von Einzelfällen im Rahmen seiner übrigen strategischen Aufgaben zu treffen und Korrekturen der Aufsichtspraxis im Rahmen seiner Aufgabe als Träger der Strategie der FINMA einzuleiten.
- Es wird empfohlen, die Kompetenz des Verwaltungsrates für Einzelfallgeschäfte gesetzgeberisch weiterhin zu beschränken; dieser sollte sich nur schwerwiegenden Einzelfallgeschäften annehmen, welche für die Aufgabenerfüllung der FINMA von herausragender strategischer Bedeutung sind. Dementsprechend wird empfohlen, die Kompetenz des Verwaltungsrates bei Einzelfallgeschäften nicht weiter auszubauen.
- Das Geschäft von grosser Tragweite ist nur aus Optik der gesetzlichen Ziele nicht aus Optik der betroffenen Institute zu definieren. Die Qualifikation eines Geschäfts von grosser Tragweite kann schliesslich nur aus einer ex-ante-Sicht erfolgen.

Literaturverzeichnis

Arquint N. (2009). Die FINMA als unabhängige Behörde. *Schweizerische Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht sowie Umstrukturierungen (GesKR)*, S. 12ff.

Bühler Ch. (2018). *Zürcher Kommentar* (3. Aufl.). S. 833f. Zürich: Schulthess.

Chapuis C. (2016). *OR Kommentar*, (3. Aufl.). S. 1813f. Zürich: Orell Füssli.

Häfelin U. et al. (2016). *Schweizerisches Bundesstaatsrecht* (9. Aufl.). Zürich: Schulthess (zit. Häfelin et al.).

Kleiner B., Schwob R. Zobl D., Schwob R., Weber R.H., Winzeler C., Kaufmann C. & Kramer S. (Hrsg.) (2015). *Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen, vom 8. November 1934 sowie zu der Verordnung vom 17. Mai 1972 (V) und der Vollziehungsverordnung (VV) vom 30. August 1961 (VV) – mit Hinweisen auf das Bankenrecht der Europäischen Union, auf das Allgemeine Dienstleistungsabkommen (GATS) und mit Erläuterungen zu den Massnahmen gegen die Geldwäscherei*. Zürich: Schulthess (zit. Kleiner et al.).

Lienhard A. (2008). Grundlagen der Public Corporate. In: Schweizerische Vereinigung für Verwaltungsorganisationsrecht SVVOR (Hrsg.), *Verwaltungsorganisationsrecht – Staatshaftungsrecht – öffentliches Dienstrecht*, S. 43ff. Bern: Stämpfli.

Müller-Stewens G. & Brauer M. (2009). *Corporate Strategy & Governance, Wege zur nachhaltigen Wertsteigerung im diversifizierten Unternehmen*. Stuttgart: Schäffer-Poeschel.

Stöckli J.-F. (1994). Unübertragbare Aufgaben des Verwaltungsrates. *Allgemeine juristische Praxis (AJP)*, S. 581ff.

Zimmerli U. (2009). Integrierte Finanzmarktaufsicht in der Schweiz – Ausgangslage – Konzept – Umsetzung – Ausblick. *GesKR*, S. 4ff.

Rechtsquellen

Bundesgesetze

Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934 (Bankengesetz, BankG; SR 952.0)

Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht vom 22. Juni 2007 (Finanzmarktaufsichtsgesetz, FINMAG; SR 956.1)

Verordnungen

Verordnung über die Banken und Sparkassen vom 30. April 2014 (Bankenverordnung, BankV; SR 952.02)

Reglemente

Reglement über die Organisation der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA (Organisationsreglement FINMA, Stand 31. Oktober 2019; zit. Organisationsreglement FINMA)

Reglement über die Organisation der Geschäftsleitung und der nachgelagerten Bereiche der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA (Geschäftsreglement FINMA, Stand 1. Juli 2019; zit. Geschäftsreglement FINMA)

Reglement über die Eidgenössische Bankenkommission vom 20. November 1997 (*aR-EBK*; AS 2003 2223)

Organisationsreglement ENSI (Stand 5. März 2018)

Organisationsreglement Swissmedic (Stand 18. März 2016)

Rundschreiben

2017/01 FINMA Rundschreiben „Corporate Governance – Banken“

Selbstregulierung

Economiesuisse, Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance (Stand 28. August 2014)

Gesetze und Reglemente anderer Staaten

Gesetz über die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetz – FinDAG)

Satzung der BaFin (Stand 1. Januar 2018)

Financial Services Act 2012 (Stand 25. August 2019)

Financial Conduct Authority, Corporate governance of the Financial Conduct Authority (Stand Januar 2019)

Prudential Regulation Authority, Terms of Reference for the Prudential Regulation (Stand 16. März 2018)

Materialien

Bundesrat: Botschaft zum Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht vom 1. Februar 2006 (BBl 2006 2829 ff.) (zit. Botschaft FINMAG, 2006)

Bericht des Bundesrates vom 13. September 2006 zur Auslagerung und Steuerung von Bundesaufgaben, BBl 2006 8233 (zit. Corporate-Governance-Bericht, 2006)

Bericht des Eidgenössischen Finanzdepartements über die Vernehmlassungsergebnisse zum 1. Teilbericht der vom Bundesrat eingesetzten Expertenkommission „Integrierte Finanzmarktaufsicht“ vom Juni 2004 (1. Teilbericht)

Expertenkommission Zimmerli, Integrierte Finanzmarktaufsicht (gesetzgeberische Folgearbeiten zum Schlussbericht der Expertengruppe Finanzmarktaufsicht; Bericht Zufferey), 1. Teilbericht der vom Bundesrat eingesetzten Expertenkommission, Juli 2003 (zit. 1. Teilbericht, 2003)

Amtliches Bulletin des Nationalrates, AB 2007 N 72ff.

Amtliches Bulletin des Ständerates, AB 2007 S 410f.

Internationaler Währungsfonds: IMF Country Report No. 19/183 Switzerland; Financial System Stability Assessment, completed on May 30, 2019 (URL: <https://www.imf.org/en/Publications/CR/Issues/2019/06/26/Switzerland-Financial-Sector-Assessment-Program-47045>, 25.11.2019)

Selbständigkeitserklärung

„Ich erkläre hiermit, dass ich diese Arbeit selbständig verfasst und keine anderen als die angegebenen Hilfsmittel benutzt habe. Alle Stellen, die wörtlich oder sinngemäss aus Quellen entnommen wurden, habe ich als solche kenntlich gemacht. Mir ist bekannt, dass andernfalls der Senat gemäss dem Gesetz über die Universität zum Entzug des auf Grund dieser Arbeit verliehenen Titels berechtigt ist.“

Bern, 28. November 2019

Kathrin Tanner-Martens

Über die Autorin

Kathrin Tanner-Martens, 1972, lic. iur., Fürsprecherin, LL.M. ist seit 2009 Co-Leiterin des Behördenrechtsdienstes (Recht und Compliance) der FINMA. Zuvor war sie als stellvertretende Sektionsleiterin/Juristin beim Rechtsdienst des Eidgenössischen Finanzdepartements und der Eidgenössischen Finanzverwaltung tätig.