

Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht

Band XV

Finanzmarktaufsicht Surveillance des marchés financiers

Christian Bovet (Hrsg.)



Préface

Le droit suisse de la surveillance des marchés financiers n'a cessé d'évoluer ces dernières années, en particulier, d'une part, en raison des crises financières à répétition ou de leurs effets prolongés et, d'autre part, sous la pression d'organismes ou phénomènes internationaux. L'interpénétration des économies, voire des entreprises, dans ce secteur accélère encore le phénomène. Traiter des nombreux aspects d'une régulation en constante mutation était un pari difficile. Les auteurs de cet ouvrage en sont conscients et ont dû s'imposer plusieurs limites : d'abord le choix de présenter de manière souvent synthétique, mais toujours claire et complète, le régime applicable aussi bien aux intermédiaires financiers qu'aux plates-formes de négociation, aux assurances, aux réviseurs, qu'aux placements collectifs de capitaux.

L'entrée en vigueur au début de cette année de la loi sur l'infrastructure des marchés financiers et de nouvelles règles en matière de lutte contre le blanchiment a justifié que les auteurs procèdent à une mise à jour significative au niveau des premières épreuves d'imprimerie, tout en fixant le 30 avril 2016 comme date butoir pour la prise en compte de changements législatifs et réglementaires.

Cet ouvrage offre donc en quelque sorte un arrêt sur image, alors que les projets de lois sur les services et établissements financiers ont été publiés (FF 2015 8101/BB1 2015 8901) et les travaux parlementaires les concernant ont débuté. Ces projets ont été incorporés aux contributions dans la mesure utile, en sachant cependant que les débats sur certaines questions touchant notamment à la surveillance des gérants de fortune risquent d'être animés et pourraient conduire à des amendements de fond. L'éditeur n'a pas voulu tomber dans le piège du livre « *that never comes to a close* » : d'abord parce que certains domaines de la régulation bancaire et financière seront le cas échéant peu impactés par la réforme en cours ; ensuite parce qu'il est essentiel dans ce type de mouvement d'avoir en mémoire le droit et la jurisprudence applicables avant la révision, ce d'autant que ceux-ci sont le plus souvent en grande partie maintenus ou inspirent fortement la pratique des autorités par la suite ; enfin parce que l'exercice qui consiste à paraphraser les messages du Conseil fédéral et à compiler les bulletins officiels des deux Chambres est quelque peu éloigné du concept de cette collection.

C'est dire que les auteurs ont été fortement sollicités et ont fait preuve d'une rare endurance et persévérance face au renouvellement quasi constant de ce domaine du droit. Leur patience est récompensée par ce très beau volume du « *Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht* » qui porte un nombre symbolisant l'effort : XV. Qu'ils trouvent ici l'expression de la gratitude sincère des responsables de l'édition : les lecteurs sauront aussi apprécier l'ampleur de leur travail. Par ailleurs, plusieurs assistants de la Faculté de droit de l'Université de Genève ont contribué activement à l'élaboration de cet ouvrage : M. Rémy BUCHELER dans la phase initiale, puis Mme Nevena PULJIC pour la mise en forme et l'édition de l'intégralité des chapitres ainsi que le contrôle des bibliographies, enfin M. Leandro LEPORI pour la mise à jour des deux premières parties de cet ouvrage. Celui-ci doit enfin beaucoup à la collaboration intense avec le lectorat de la maison d'édition, dans un premier temps avec Mme Veronica ROHRER, puis dans la phase décisive avec Mme Virginia BALLY, qui a soutenu, sans jamais faillir, la naissance d'un livre que chacune des personnes mentionnées dans cette préface souhaite qu'il soit source d'intérêt et de transfert de connaissance.

Inhaltsübersicht

Vorwort der Reihenherausgeber	V
Préface	VII
Autorinnen und Autoren	IX
Inhaltsübersicht	XI
 A Contexte général (CHRISTIAN BOVET/ANNE HÉRITIER LACHAT)	 1
Bibliographie	5
Liste des abréviations	7
 Chapitre I	
Sources	17
 Chapitre II	
Autorités	29
 B Intermédiaires financiers (CHRISTIAN BOVET/URSULA CASSANI/ ANNE HÉRITIER LACHAT/OLIVIER HARI)	 53
Bibliographie	62
Liste des abréviations	65
 Chapitre I	
Banques	75
 Chapitre II	
Négociants	95
 Chapitre III	
Lutte contre le blanchiment d'argent	103
Bibliographie	103
Travaux préparatoires	110
 Chapitre IV	
La garantie d'une activité irréprochable	165
 Chapitre V	
Fonds propres	183
Table des sources	183
 Chapitre VI	
Assainissement/Insolvabilité	207
Bibliographie	207
Table des sources	209

Chapitre VII	
Audit externe	249
Bibliographie	249
Table des sources	250
Chapitre VIII	
Procédure et entraide	265
Bibliographie	272
Travaux préparatoires	273
C Das Schweizer Börsenrecht (LUKAS FAHRLÄNDER)	287
Literaturverzeichnis	299
Materialienverzeichnis	321
Abkürzungsverzeichnis	324
Erstes Kapitel	
Einführung in das Schweizer Börsenrecht	331
Zweites Kapitel	
Organisation der Handelsplätze	357
Drittes Kapitel	
Aufsicht über die Handelsplätze	401
Viertes Kapitel	
Publikumsgesellschaften	403
Fünftes Kapitel	
Strafbestimmungen	525
D Les placements collectifs	
(FRANÇOIS RAYROUX/LAURENCE VOGT SCHOLLER)	543
Bibliographie	550
Table des sources	554
Abréviations	559
Chapitre I	
Le cadre légal	564
Chapitre II	
Le champ d'application	571
Chapitre III	
La notion de placement collectif de capitaux	585
Chapitre IV	
La surveillance	601

Chapitre V	
Le fonds de placement contractuel	607
Chapitre VI	
La société d'investissement à capital variable (SICAV)	629
Chapitre VII	
Les types de placements collectifs ouverts	649
Chapitre VIII	
La société en commandite de placements collectifs	655
Chapitre IX	
La société d'investissement à capital fixe (SICAF)	673
Chapitre X	
Le gestionnaire de placements collectifs	675
Chapitre XI	
Le distributeur de placements collectifs	681
Chapitre XII	
Les placements collectifs étrangers	685
E Versicherungsaufsicht (MONICA MÄCHLER)	697
Literaturverzeichnis	703
Materialienverzeichnis	707
Abkürzungsverzeichnis	708
Erstes Kapitel	
Versicherung und Versicherungsaufsicht	711
Zweites Kapitel	
Grundlagen der schweizerischen Versicherungsaufsicht	715
Drittes Kapitel	
Markteintritt nach schweizerischem Versicherungsaufsichtsrecht	727
Viertes Kapitel	
Quantitative Anforderungen an das laufende Versicherungsgeschäft	735
Fünftes Kapitel	
Qualitative Anforderungen an die laufende Versicherungstätigkeit	745
Sechstes Kapitel	
Weitere Anforderungen an die laufende Versicherungstätigkeit	757

Siebttes Kapitel	
Marktaustritt nach schweizerischem Versicherungsaufsichtsrecht	773
Achtes Kapitel	
Versicherung und Systemrisiken	777
Neuntes Kapitel	
Zusammenfassung und Ausblick	783
F Revisionsaufsicht (RETO SANWALD)	785
Literaturverzeichnis	797
Materialienverzeichnis	802
Abkürzungsverzeichnis	804
Erstes Kapitel	
Einführung	809
Zweites Kapitel	
Gegenstand und Begriffe	829
Drittes Kapitel	
Allgemeine Bestimmungen über die Zulassung zur Erbringung von Revisionsdienstleistungen	835
Viertes Kapitel	
Zulassung zur Erbringung von Revisionsdienstleistungen für Gesellschaften des öffentlichen Interesses	881
Fünftes Kapitel	
Pflichten staatlich beaufsichtigter Revisionsunternehmen	901
Sechstes Kapitel	
Zulassung und Aufsicht	933
Siebentes Kapitel	
Amts- und Rechtshilfe	963
Achtes Kapitel	
Organisation der Aufsichtsbehörde	983
Neuntes Kapitel	
Strafbestimmungen	1007
Zehntes Kapitel	
Schlussbestimmungen	1015
Sachregister	1019

Chapitre III

Lutte contre le blanchiment d'argent

Bibliographie

- ACKERMANN JÜRIG-BEAT, Geldwäscherei – Money Laundering. Eine vergleichende Darstellung des Rechts und der Erscheinungsformen in den USA und der Schweiz, thèse, Zurich 1992 (cité : thèse).
- Geldwäschereinormen – taugliche Mittel für den privaten Geschädigten ?, in : Schmid N./Ackermann J.-B. (éd.), Wiedererlangung widerrechtlich entzogener Vermögenswerte mit Instrumenten des Straf-, Zivil-, Vollstreckungs- und internationalen Rechts, Zurich 1999 (cité : Geldwäschereinormen).
 - Geldwäscherei (StGB Art. 305^{bis}), in : Schmid N. (éd.), Kommentar Einziehung Organisiertes Verbrechen Geldwäscherei, vol. I, 1^{ère} éd., Zurich 1998, p. 355-684 (cité : Kommentar Geldwäscherei).
 - Geldwäschereistrafrecht, in : Ackermann J.-B./Heine G. (éd.), Wirtschaftsstrafrecht der Schweiz, Berne, 2013, p. 407-456 (cité : Geldwäschereistrafrecht).
- ACKERMANN JÜRIG-BEAT/D'ADDARIO DI PAOLO GABRIELLA, Kriminelle Organisation als Geldwäschereivortat, forumpoenale 2010, p. 177-183 (cité : forumpoenale 2010).
- ALONSO SILVIO, La révision des délits boursiers et ses conséquences pour les intermédiaires financiers, in : Perspectives et risques de nouveautés juridiques, Zurich 2010, p. 54-60.
- ARTER OLIVER, Trust und Bankbeziehungen – «Wer ist Wirtschaftlich Berechtigter?», PJA 4/2012 p. 506-529.
- ARZT GUNTHER, Organisierte Kriminalität – Bemerkungen zum Massnahmenpaket des Bundesrates vom 30. Juni 1993, PJA 2/1993 p. 1187-1195 (cité : PJA 1993).
- Organisiertes Verbrechen (StGB Art. 260^{ter}), Finanzierung des Terrorismus (StGB Art. 260^{quinquies}), in : Schmid N. (éd.), Kommentar Einziehung Organisiertes Verbrechen Geldwäscherei, vol. I, 2^{ème} éd., Zurich 2007, p. 303-424 (cité : Kommentar Kriminelle Organisation).
 - Wechselseitige Abhängigkeit der gesetzlichen Regelung der Geldwäscherei und der Einziehung, in : Trechsel Stefan (éd.), Geldwäscherei, Zurich 1997, p. 25-37 (cité : Wechselseitige Abhängigkeit).
 - Zur Rechtsnatur des Art. 305^{ter} StGB (Mangelnde Sorgfalt bei Geldgeschäften), RSJ 1990 p. 189-197.

- AUGSBURGER-BUCHELI ISABELLE/PERRIN BERTRAND, Les règles de fond sur la lutte contre le crime organisé, Rapport national suisse présenté au XVII^e Congrès international de droit comparé d'Utrecht, 16-22 juillet 2006, Publications de l'Institut suisse de droit comparé, n° 54, Zurich 2006.
- BASSE-SIMONSOHN DETLEV MICHAEL, Geldwäschereibekämpfung und organisiertes Verbrechen, thèse, Berne 2004 (cité : thèse).
- BAUMANN FELIX, Geldwäscherei in Fiskalsachen – Versuch am untauglichen Objekt ?, in : Ackermann J.-B./Hilf M. (éd.), Geldwäscherei – Asset Recovery, Zurich (Schulthess) 2012, p. 105-132 (cité : Fiskalsachen)
- BÉGUIN NICOLAS/UNTERNAEHRER OLIVIER, Transit de fonds d'origine criminelle – responsabilité civile de la banque, PJA 9/2007 p. 1105-1123 (cité : PJA 2007).
- BERNASCONI PAOLO, Banche e impresa nel procedimento penale, Bâle 2011.
- Finanzunterwelt. Gegen Wirtschaftskriminalität und organisiertes Verbrechen, Zurich 1988 (cité : Finanzunterwelt).
 - Förderung der internationalen Zusammenarbeit dank der schweizerischen Normen zur Bekämpfung der Geldwäscherei : automatic paper and assets tracing, in : Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht : Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen : Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag, Cologne 2008, p. 1473-1488.
 - Internationale Amts- und Rechtshilfe bei Einziehung, organisiertes Verbrechen und Geldwäscherei, in : Schmid Niklaus (éd.), Kommentar Einziehung, organisiertes Verbrechen, Geldwäscherei, vol. II, Zurich 2002, p. 143-518.
 - Le blanchissage d'argent en droit pénal suisse, Rapport explicatif avec proposition de révision législative (nouvel art. 305^{bis} CP), Lugano, dactyl., 1986 (cité : Rapport explicatif).
- BETI DINA, Stellung, Aufgaben und Funktion des EFD in der Finanzmarktaufsicht, in : St. Galler Bankrechtstag 2009, Berne 2010, p. 21-30.
- BOVET CHRISTIAN, De la CFB 2007 à la FINMA 20..., in : Thévenoz L./Bovet C., Journée 2006 de droit bancaire et financier, Zurich 2007, p. 197-217.
- Lutte contre le blanchiment, appel au public et autres développements de la surveillance bancaire et financière, in : Thévenoz L./Bovet C. (éd.), Journée de droit bancaire et financier, 2003, p. 175-203.
- BURCKHARDT PETER/HÖSLI ANDREAS, Neue strafrechtliche Risiken für Händler bei Barzahlungen über CHF 100'000, Jusletter 1^{er} février 2016.
- CAPUS NADJA, Country-Report : Combating Money Laundering in Switzerland, in : Pieth M./Aiolfi G. (éd.), A Comparative Guide to Anti Money Laundering. A Critical Analysis of Systems in Singapore, Switzerland, the UK and the USA, Cheltenham/Northampton 2004, p. 114-216.
- Kaleidoskop der Geldwäschereivortaten : die strafgesetzliche Definition der Geldwäscherei und ihre Abwandlung durch die Rechtsprechung, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 2010 p. 274-290.
 - Schweizerische Geldwäschereibekämpfung mittels Selbstregulierung : Die Einführung einer neuen Steuerungsmethode, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 2002 p. 696-719.

- Selbstregulierung: Ein taugliches Instrument zur Kontrolle der Geldwäsche ?, in : Capus N./Cassani U./Cimichella S./Oberholzer N. (éd.), Public – privé: vers un nouveau partage du contrôle de la criminalité Zurich/Coire 2006, p. 259-281.
 - Self-Regulation in Combating Money Laundering, Journal of Money Laundering Control, vol. 6 (2003), n° 4, p. 355-366.
- CASSANI URSULA, Commentaire du droit pénal suisse, vol. 9: Crimes ou délits contre l'administration de la justice, art. 303-311, Berne 1996 (cité : Commentaire).
- Droit pénal économique et financier – Chronique législative (2008), RSC 2009 p. 701-706.
 - Fondements et objectifs des incriminations et des peines en droit pénal international et en droit pénal européen en matière de blanchiment, in : Bernard D. et al. (dir.), Fondements et objectifs des incriminations et des peines en droit pénal international et européen, Limal 2013, p. 247-265.
 - Infractions fiscales et blanchiment d'argent, in : Journée 2004 de droit bancaire et financier, Genève/Zurich/Bâle 2005, p. 13-49.
 - L'argent des organisations criminelles, in : Thévenoz L./Bovet C., Journée 1994 de droit bancaire et financier, vol. 1, Zurich 1994, p. 55-80.
 - L'infraction fiscale comme crime sous-jacent au blanchiment d'argent : considérations *de lege ferenda*, RSDA 2013/1, p. 12-24 (cité : RSDA 2013).
 - L'internationalisation du droit pénal économique et la politique criminelle de la Suisse : la lutte contre le blanchiment d'argent, Rapport à la Société suisse des juristes 2008, RDS 2/2008 II, p. 227-398 (cité : RDS 2008 II/2).
 - La « Proceeds of Crime Act 2002 » du Royaume-Uni, Première partie : présentation générale, confiscation, recouvrement civil et taxation des profits illicites, RPS 2004 p. 280-309.
 - Deuxième partie : blanchiment d'argent, moyens d'investigation et coopération internationale, RPS 2004 p. 313-345.
 - La confiscation de l'argent des « potentats » : à qui incombe la preuve ?, SJ 2009 II p. 229-256.
 - Le blanchiment d'argent, un crime sans victime ?, in : Ackermann J.-B./Donatsch A./Rehberg J. (éd.), Wirtschaft und Strafrecht, Festschrift für Niklaus Schmid, Zurich 2001, p. 393-415 (cité : FS Schmid).
 - Le puzzle des infractions préalables au blanchiment : hasard ou système ?, in : Perrin B. (dir.), La lutte contre le blanchiment d'argent : pistes d'action entre prévention et répression, Paris 2009, p. 17-27.
 - Les avoirs mal acquis, avant et après la chute du « potentat », RSDIE 2010 p. 465-482.
 - Le train de mesures contre le financement du terrorisme : une loi nécessaire ?, RSDA 6/2003, p. 293-313.
 - L'extension du système de lutte contre le blanchiment d'argent aux infractions fiscales : Much Ado About (Almost) Nothing, RSDA 2015/1, p. 78-90 (cité : RSDA 2015).

- 124 La loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme dans le secteur financier²¹⁴ a fait l'objet d'un processus de révision relativement important : une série de normes tendant à mettre en œuvre les recommandations du Groupe d'action financière (GAFI), révisées en 2012, est ainsi entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2016²¹⁵. Ces règles modifient de nombreux textes légaux, tels que le Code civil, le Code des obligations, le Code pénal, la loi sur le blanchiment d'argent et la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, mais entraînent aussi l'amendement de plusieurs règles en matière fiscale et de la loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale²¹⁶. En substance, il s'agit de mettre en place des mécanismes d'identification des détenteurs d'actions au porteur ou de parts sociales voire de leur ayant droit économique, d'élargir la notion de personne politiquement exposée (PEP) et de formaliser la pratique relative aux sanctions internationales. Par ailleurs, afin de limiter le risque de blanchiment dans le cadre d'opérations de vente, la loi introduit des obligations de diligence lors du paiement en espèces, au travers d'un « négociant », d'un prix de vente excédant 100'000 francs.
- 125 Le second pan de cette révision, qui s'inscrit pour sa part dans la « stratégie de l'argent propre », plus connue sous sa dénomination allemande de « *Weissgeldstrategie* », a été largement revu par le Conseil fédéral, suivi en cela par le Parlement, afin de coordonner le traitement de ces questions avec les travaux relatifs à l'échange automatique d'informations en matière fiscale : plutôt que de créer des crimes dans les lois en matière de fiscalité directe, le législateur a fait le choix d'introduire le concept de « délit fiscal qualifié », en tant qu'infraction préalable au blanchiment d'argent, à l'art. 305^{bis} ch. 1 et 1^{bis} CP. En raison de l'exigence de la double incrimination, ce choix limite l'entraide judiciaire en matière pénale.
- 126 Dans ce contexte, rappelons par ailleurs l'entrée en vigueur, le 1^{er} novembre 2013²¹⁷, des nouvelles règles renforçant les pouvoirs du Bureau de communication en matière d'obtention d'informations de la part des intermédiaires financiers et facilitant la transmission de renseignements à des autorités étrangères.
- 127 Après un exposé de l'infrastructure de la surveillance mise en place par le législateur pour lutter contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme (§ 4 à 6), nous mettons l'accent sur les obligations des intermédiaires financiers (§ 7).

§ 4 Assujettis

I. Système

- 128 L'art. 2 de la loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme dans le secteur financier (loi sur le blanchiment d'argent ; LBA)²¹⁸ détermine les assujettis à cette réglementation. Laconiquement, le premier alinéa de cette disposition indique que la loi s'applique aux « intermédiaires financiers ». Cette notion est précisée *positivement* dans les deux alinéas suivants : d'une part, elle englobe une série

214 LBA ; RS 955.0.

215 Loi fédérale du 12 décembre 2014 sur la mise en œuvre des recommandations du Groupe d'action financière, révisées en 2012 (RO 2015 1389).

216 EIMP ; RS 351.1.

217 RO 2013 3493.

218 RS 955.0.

d'intermédiaires financiers soumis à la surveillance de la FINMA ou d'une autre autorité. Il s'agit plus particulièrement :

- des banques²¹⁹ ;
- des négociants en valeurs mobilières²²⁰ ;
- des directions de fonds²²¹, pour autant qu'elles gèrent des comptes de parts ou qu'elles distribuent elles-mêmes des parts de placements collectifs ;
- des gestionnaires de placements collectifs²²², pour autant qu'ils distribuent eux-mêmes des parts de placements collectifs ;
- des SICAVs²²³, des SICAFs²²⁴ et des sociétés en commandite de placements collectifs²²⁵ ;
- des institutions d'assurance²²⁶, si elles exercent une activité en matière d'assurance directe sur la vie ou si elles proposent ou distribuent des parts de placements collectifs ;
- des contreparties centrales²²⁷ et les dépositaires centraux²²⁸ au sens de la loi sur l'infrastructure des marchés financiers ;
- des systèmes de paiement²²⁹, pour autant qu'ils doivent obtenir une autorisation de la FINMA ;
- des maisons de jeu²³⁰.

La liste est exhaustive²³¹.

D'autre part, la loi intègre dans le champ d'application de la LBA des intermédiaires financiers qui ne font pas partie des acteurs assujettis à la FINMA en vertu d'une autre loi, à savoir « les personnes qui, à titre professionnel, acceptent, gardent en dépôt ou aident à placer ou à transférer des valeurs patrimoniales appartenant à des tiers »²³². Il ressort deux éléments substantiels de cette définition relativement large : la personne physique ou morale doit accomplir, « à titre professionnel » (infra III), une activité d'intermédiation financière (infra II). L'art. 2 al. 3 LBA illustre cela par plusieurs exemples, comme :

- les gérants de fortune indépendants²³³ ;
- les entreprises qui effectuent des opérations de crédit (par exemple, crédits hypothécaires, crédits à la consommation, leasing, affacturages)²³⁴ ;
- celles qui fournissent des services dans le domaine du trafic des paiements (notamment la gestion de moyens de paiement comme les cartes de crédit ou l'exécution de virements électroniques pour le compte de tiers)²³⁵ ;

219 Art. 2 de l'ordonnance sur les banques et les caisses d'épargne (OB ; RS 952.02).

220 Art. 2 lit. d de la loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (LBVM ; RS 954.1) et art. 3 de l'ordonnance sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (OBVM ; RS 954.11).

221 Art. 28 ss de la loi fédérale sur les placements collectifs de capitaux (LPCC ; RS 951.31).

222 Art. 18a et 18b LPCC.

223 Art. 36 LPCC.

224 Art. 110 LPCC.

225 Art. 98 LPCC.

226 Voir en particulier la partie consacrée au droit des assurances dans le présent ouvrage.

227 Art. 48 de la loi fédérale sur les infrastructures des marchés financiers et le comportement sur le marché en matière de négociation de valeurs mobilières et de dérivés (LIMF ; RS 958.1).

228 Art. 61 LIMF.

229 Art. 81 LIMF.

230 Voir à ce propos, la loi fédérale sur les jeux de hasard et les maisons de jeu, du 18 décembre 1998 (Loi sur les maisons de jeu ; LMJ ; RS 935.52) et la réglementation d'application.

231 DE CAPITANI, p. 661 N 27.

232 Art. 2 al. 3 *in initio* LBA. Ces activités se retrouvent dans une teneur similaire à l'art. 305^{ter} al. 1 CP.

233 En particulier, art. 2 al. 3 lit. e LBA. Eg. art. 2 al. 3 lit. f et g.

234 Art. 2 al. 3 lit. a LBA.

235 Art. 2 al. 3 lit. b LBA.

- les personnes qui, pour leur propre compte ou pour celui de tiers, font le commerce de billets de banque ou de monnaies, d'instruments du marché monétaire, de devises, de métaux précieux, de matières premières ou de valeurs mobilières²³⁶.
- 130 Procédant ensuite *négativement*, le législateur exclut, à l'art. 2 al. 4 LBA, une série d'intermédiaires financiers, tels que la BNS²³⁷, les institutions de prévoyance professionnelle exemptées d'impôts²³⁸ et les personnes fournissant des services uniquement à ces dernières²³⁹, ainsi que les intermédiaires financiers fournissant des services uniquement à leurs pairs en Suisse ou à l'étranger, sous réserve, dans ce cas, d'une surveillance équivalente à celle que l'on trouve en Suisse²⁴⁰.

II. Intermédiation financière

- 131 Ni la LBA ni ses ordonnances d'application²⁴¹ pas plus que la Circulaire FINMA 2011/1²⁴² ne donnent une définition précise de l'activité d'intermédiation financière. Au plus, l'art. 2 al. 3 LBA *in initio* énonce des services portant sur le dépôt, le placement et le transfert de valeurs patrimoniales pour le compte de tiers. S'il s'agit principalement d'activités dans le secteur financier, on soulignera cependant que des personnes ou entreprises fournissant des prestations dans d'autres secteurs peuvent également tomber dans le champ d'application de la LBA²⁴³.
- 132 Pour éviter de qualifier d'intermédiation financière des activités éloignées des buts et de l'esprit de la LBA, on a eu recours à un procédé pyramidal habituel: tant l'OBA que la Circulaire FINMA 2011/1 précisent et délimitent la notion large proposée par la loi. L'autorité de surveillance rappelle que la gestion de fortune, au sens de la LBA, s'effectue pour un cocontractant, sur la base d'une procuration, qui permet au gérant de fortune indépendant de gérer les avoirs de son client « en les plaçant ou en les investissant dans des instruments financiers »²⁴⁴. Sont ainsi en particulier exclues du régime de la LBA la simple transmission d'ordres d'achat passés par le client²⁴⁵ et l'activité de conseil en placement pur²⁴⁶, étant entendu dans ce dernier cas que même des mandats de gestion isolés suffisent à en-

236 Art. 2 al. 3 lit. c LBA.

237 Art. 2 al. 4 lit. a LBA.

238 Art. 2 al. 4 lit. b LBA.

239 Art. 2 al. 4 lit. c LBA.

240 Art. 2 al. 4 lit. d LBA.

241 Ordonnance sur la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme, du 11 novembre 2015 (OBA ; RS 955.01) ; ordonnance de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers sur la prévention du blanchiment d'argent et du financement du terrorisme, du 3 juin 2015 (Ordonnance de la FINMA sur le blanchiment d'argent ; OBA-FINMA ; RS 955.033.0) ; Ordonnance sur le Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent, du 25 août 2004 (OBCBA ; RS 955.23).

242 Circulaire FINMA 2011/1 : Activité d'intermédiaire financier au sens de la LBA – Précisions concernant l'Ordonnance sur l'activité d'intermédiaire financier exercée à titre professionnel (OIF). Bien que cette circulaire se réfère et soit basée sur des dispositions aujourd'hui abrogées (OIF) ou largement modifiée (LBA), elle n'a pas (encore) été remplacée par un nouveau texte de la FINMA et peut donc le plus souvent servir de base à une meilleure compréhension de la notion d'intermédiaire financier LBA. Il faut toutefois utiliser la Circulaire FINMA 2011/1 avec précaution et, en particulier, bien vérifier que le droit matériel n'a pas été modifié. Par exemple, alors que le marché de l'art était jusqu'au 31 décembre 2015 en principe exclu du champ d'application de la LBA (Circulaire FINMA 2011/1, Cm 92), il convient désormais de s'assurer qu'une personne active dans ce domaine n'est pas un « négociant » au sens de l'art. 2 al. 1 lit. b LBA et n'est pas soumise aux obligations de diligence de l'art. 8a LBA.

243 Circulaire FINMA 2011/1 (n. 242), Cm 3.

244 Idem, Cm 90. Eg. art. 6 al. 1 lit. a OBA. Les instruments financiers comprennent en particulier les billets de banque, les monnaies nationales et étrangères, les devises, les métaux précieux, les valeurs mobilières (art. 2 lit. b LIMF).

245 Circulaire FINMA 2011/1 (n. 242), Cm 91.

246 Idem, Cm 96.

traîner la soumission du conseiller en placement à la LBA²⁴⁷. L'activité d'organe de sociétés de domicile entre naturellement dans le cadre de l'intermédiation financière²⁴⁸.

Le trafic des paiements est une autre activité habituelle d'intermédiation financière. Sans 133
entrer dans le détail de la casuistique de l'OBA²⁴⁹ et de la Circulaire FINMA 2011/1²⁵⁰, on soulignera que cette activité reçoit une acception large et comprend notamment la transmission de fonds ou de valeurs, soit « le transfert de valeurs patrimoniales qui consiste à accepter des espèces, des métaux précieux, des monnaies virtuelles, des chèques ou d'autres instruments de paiement, puis : (a) à payer la somme équivalente en espèces, métaux précieux ou monnaies virtuelles ; ou (b) sans numéraire, à effectuer une transmission ou un virement par un système de paiement ou de compensation »²⁵¹.

La novelle du 12 décembre 2014, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2016, introduit par ailleurs 134
une nouvelle catégorie d'acteurs soumis à la LBA : les « négociants », c'est-à-dire des « personnes physiques ou morales qui, à titre professionnel, négocient des biens et reçoivent des espèces »²⁵². Ces personnes peuvent intervenir pour leur propre compte – et donc généralement échapper à la qualification étroite d'intermédiaire financier au sens de la LBA²⁵³ – ou au nom et pour le compte de tiers²⁵⁴. Quant aux biens, ils peuvent être tant des objets mobiliers que des immeubles, le critère déterminant consistant à savoir si l'on en dispose par le biais d'une vente selon le Code des obligations²⁵⁵. Selon la définition ordinaire dans le domaine bancaire et financier, l'activité professionnelle se définit comme « une activité économique indépendante orientée vers l'obtention d'un revenu durable »²⁵⁶, sans égard à son caractère principal ou accessoire²⁵⁷. Les critères quantitatifs de l'art. 7 OBA ne s'appliquent pas pour décider si l'on est en présence d'un négociant ou non²⁵⁸ ; par contre, le montant de 100'000 francs en espèces sert à déclencher les obligations de diligence du négociant prévues spécifiquement à l'art. 8a LBA. Ce nouveau sujet LBA doit être distingué : d'une part, du négociant en valeurs mobilières soumis à la loi sur les bourses et tombant sous le coup de l'art. 2 al. 2 lit. d LBA et, d'autre part, de l'intermédiaire financier qui exerce une « activité de négoce » en opérant, pour son compte ou le compte de tiers, le commerce d'instruments financiers selon les art. 2 al. 3 lit. c LBA et 5 OBA²⁵⁹.

Moyennant le respect de strictes conditions, les auxiliaires d'intermédiaires financiers titu- 135
laires d'une autorisation ou affiliés à un organisme d'autorégulation (OAR) en Suisse ne sont pas soumis à la LBA²⁶⁰. Hormis le cas de la transmission de fonds ou de valeurs, où une clause d'exclusivité s'applique²⁶¹, les auxiliaires peuvent exercer leur activité pour plusieurs intermédiaires financiers²⁶².

247 Ibidem et art. 6 al. 1 lit. b OBA.

248 Art. 6 al. 1 lit. d et 2 OBA, ainsi que Circulaire FINMA 2011/1 (n. 242), Cm 100 ss.

249 Art. 4 al. 1 OBA.

250 Circulaire FINMA 2011/1 (n. 242), Cm 58 ss.

251 Art. 4 al. 2 OBA.

252 Art. 2 al. 1 lit. b LBA.

253 DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DES FINANCES, Rapport explicatif concernant l'ordonnance sur le blanchiment d'argent (OBA) – mise en œuvre des recommandations du GAFI, du 11 novembre 2015, p. 7 s.

254 Précision de l'art. 13 OBA (« Sont également considérés comme négociants ... »/« gelten auch Personen ... »).

255 Art. 15 OBA.

256 Art. 14 al. 1 OBA.

257 Art. 14 al. 2 OBA.

258 Rapport explicatif OBA (n. 253), p. 7 : « Les dispositions réglant le rôle des négociants sont subsidiaires aux dispositions de la législation sur le blanchiment d'argent qui régissent les intermédiaires financiers et ne s'appliquent par conséquent que lorsque les négociants ne sont pas déjà considérés comme des intermédiaires financiers au sens de la LBA pour la même activité ».

259 Pour plus de détails, voir Circulaire FINMA 2011/1 (n. 242), Cm 70 ss.

260 Art. 2 al. 2 lit. b OBA.

261 Circulaire FINMA 2011/1 (n. 242), Cm 26.

262 Idem, Cm 27.

- 136 De même, les relations de crédit entre personnes proches²⁶³ ou autrement liées²⁶⁴ ainsi que le leasing opérationnel²⁶⁵ – par opposition au leasing financier²⁶⁶ – ne tombent pas sous le coup de la LBA.
- 137 En rapport avec le négoce d'instruments financiers, l'art. 5 al. 3 OBA exempte les activités de change exercées à titre accessoire. L'autorité de surveillance pose à ce propos deux critères alternatifs : les opérations isolées ou liées entre elles ne dépassent pas 5'000 francs suisses ou le bénéfice brut issu de cette activité ne représente pas plus de 10 % du bénéfice de l'entreprise par année civile²⁶⁷. Ces « *safe harbor rules* » sont particulièrement utiles pour déterminer le caractère accessoire d'activités consistant, typiquement, à effectuer des opérations de change ponctuelles pour « dépanner » le client étranger d'un hôtel à son arrivée ou après la fermeture des banques et offices de change. Bien que figurant sous la rubrique « intermédiation financière », elles servent aussi à qualifier une activité de « professionnelle ».

III. Activité professionnelle

- 138 La personne physique ou morale soumise à l'OBA doit en outre exercer son activité « à titre professionnel »²⁶⁸. Il n'existe aucune définition générale de cette condition dans la réglementation suisse en matière de lutte contre le blanchiment. C'est donc au moyen de critères quantitatifs alternatifs que l'ordonnance²⁶⁹ délimite, puis la Circulaire FINMA 2011/1²⁷⁰ précise les contours de cette notion : produit annuel brut supérieur à 50'000 francs ; plus de 20 clients ; pouvoir de disposition sur plus de 5 millions de francs ; ou volume annuel des transactions dépassant 2 millions de francs. L'activité d'intermédiaire financier exercée pour des institutions ou des personnes assujetties à la surveillance de la FINMA ou de la Commission fédérale des maisons de jeu n'est pas prise en compte lors de l'évaluation visant à déterminer si l'activité est exercée à titre professionnel²⁷¹. Lorsqu'elle est exercée pour des personnes proches, celle-ci n'est par ailleurs considérée que pour autant que, en plus, le produit annuel brut excède 50'000 francs²⁷².
- 139 L'OBA traite par ailleurs spécialement trois situations :
- pour les opérations de crédit, le produit annuel brut doit être supérieur à 250'000 francs et le volume des crédits octroyés doit dépasser 5 millions de francs à un moment donné²⁷³ ;
 - pour le négoce d'instruments financiers, le critère déterminant est le bénéfice brut au lieu du produit brut ; la valeur seuil de 50'000 francs reste en revanche la même²⁷⁴ ;

263 Art. 3 lit. e OBA.

264 Art. 3 lit. c et d OBA.

265 Art. 3 lit. g OBA et Circulaire FINMA 2011/1 (n. 242), Cm 53, qui rappelle notamment que « le leasing opérationnel est proche de la location, raison pour laquelle il n'est pas considéré comme un octroi de crédit ».

266 Voir à ce propos Circulaire FINMA 2011/1 (n. 242), Cm 32.

267 Idem, Cm 85-87.

268 Art. 2 al. 3 LBA.

269 Art. 7 OBA.

270 Circulaire FINMA 2011/1 (n. 242), 142 ss.

271 Art. 7 al. 3 OBA.

272 Art. 7 al. 4 OBA. Sur la notion de « personnes proches », art. 7 al. 5 OBA.

273 Art. 8 OBA. Eg. Circulaire FINMA 2011/1 (n. 242), Cm 149 s.

274 Art. 10 OIF.

- la transmission de fonds ou de valeurs est présumée exercée à titre professionnel²⁷⁵ ; l'ordonnance rappelle cependant expressément l'exception relative aux personnes proches, avec le respect du plafond de 50'000 francs²⁷⁶.

§ 5 Reconnaissance de l'OAR

Les intermédiaires financiers LBA ont le choix entre adhérer à un organisme d'autorégulation (OAR)²⁷⁷ ou être assujéti à la surveillance directe de la FINMA (infra § 6). Comme la plupart optent pour la première solution et que la FINMA a déjà fait l'objet d'une présentation détaillée, il convient de s'intéresser brièvement à la reconnaissance des OAR par l'autorité de surveillance étatique, ainsi qu'à leurs obligations et à leur fonctionnement général, avant d'exposer les modalités de l'affiliation d'un membre.

I. Rôle de la FINMA

L'art. 18 al. 1 LBA fixe les quatre devoirs principaux de la FINMA à propos des OAR : elle leur octroie ou leur retire la reconnaissance ; elle les surveille ; elle approuve les règlements qu'ils édictent et les modifications qui y sont apportées ; elle veille à ce qu'ils fassent appliquer ces règlements. Comme les OAR sont des assujettis au sens de l'art. 3 lit. a LFINMA, ils peuvent en particulier faire l'objet des²⁷⁸ mesures de surveillance prévues aux art. 31 ss LFINMA (p.ex. désignation d'un chargé d'enquête, décision en constatation ou suspension de la reconnaissance). La loi fédérale sur la procédure administrative est applicable²⁷⁹. Dans le même sens, la FINMA peut effectuer des contrôles sur place ou charger une société d'audit d'accomplir ceux-ci²⁸⁰.

Le retrait de la reconnaissance intervient lorsque l'OAR « ne remplit plus les conditions requises ou s'il viole gravement le droit de la surveillance »²⁸¹. L'art. 28 al. 1 LBA souligne que ce retrait ne peut être prononcé « qu'après sommation préalable » ; cette démarche découle cependant déjà en grande partie du principe de proportionnalité.

La FINMA perçoit des émoluments pour chaque procédure et pour les prestations qu'elle fournit, ainsi qu'une taxe de surveillance pour financer les coûts non couverts par les émoluments²⁸². Pour les OAR, cette taxe de surveillance est calculée sur la base du revenu brut et du nombre de membres affiliés²⁸³.

²⁷⁵ Art. 9 OBA (1^{ère} hypothèse).

²⁷⁶ Art. 9 OBA (2^{ème} hypothèse).

²⁷⁷ On trouve une liste des OAR reconnus par la FINMA sur le site internet de cette dernière, à l'adresse : < <https://www.finma.ch/fr/autorisation/organisme-d-autoregulation-oar/> > (dernière consultation : 30 avril 2016).

Sur les relations entre la norme générale de l'art. 37 LFINMA et les règles spéciales de l'art. 28 LBA, voir l'art. 37 al. 2, phr. 2, LFINMA qui prévoit que : « Les autres conséquences du retrait sont régies par les lois sur les marchés financiers applicables ». À ce propos, cf. art. 28 al. 2 à 4 LBA.

²⁷⁸ Sur les relations entre la norme générale de l'art. 37 LFINMA et les règles spéciales de l'art. 28 LBA, voir l'art. 37 al. 2, phr. 2, LFINMA qui prévoit que : « Les autres conséquences du retrait sont régies par les lois sur les marchés financiers applicables ». À ce propos, cf. art. 28 al. 2 à 4 LBA.

²⁷⁹ Art. 53 LFINMA.

²⁸⁰ Art. 24 et 25 LFINMA.

²⁸¹ Art. 37 al. 1 LFINMA.

²⁸² Art. 15 al. 1 LFINMA. Sur la légalité du système fondé sur l'ancien art. 22 LBA (aujourd'hui entièrement abrogé), arrêt du TF 2C_731/2007, du 2 octobre 2008, ainsi qu'arrêt du TAF B-2322/2006, du 6 septembre 2007. Eg. OBERSON/HOTTELIER, p. 51.

²⁸³ Art. 15 al. 2 lit. d LFINMA. Pour plus de détails, art. 28 ss Oém-FINMA et ch. 5 de son annexe.

II. Conditions de la reconnaissance

- 144 Les art. 24 et 25 LBA énoncent en termes généraux, respectivement, les conditions de la reconnaissance d'un OAR et celles présidant à l'approbation du document central²⁸⁴ de cet organisme – son règlement – par la FINMA. Ni l'OBA ni l'OBA-FINMA, qui toutes deux visent avant tout les intermédiaires financiers plutôt que les OAR, ne contiennent des dispositions plus précises²⁸⁵. Il faut donc se reporter, en particulier, à la « liste des informations et documents que les [OAR] doivent annexer à leur demande de reconnaissance ou d'approbation de mutations personnelles ou réglementaires » – publiée par l'ancienne Autorité de contrôle LBA et toujours disponible sur le site internet de la FINMA²⁸⁶ – pour mieux saisir la pratique de l'autorité de surveillance dans ce domaine.
- 145 En substance, l'*organisation* de l'OAR doit lui permettre d'atteindre les objectifs fixés par la loi en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme. L'OAR doit ainsi, naturellement, comporter un comité, une direction, une administration (y compris un secrétariat) et un organe de révision; dans ce cadre, il conviendra notamment de définir qui assume la représentation de l'OAR en général et qui sont les répondants vis-à-vis de la FINMA. Des organes et fonctions plus spécifiques peuvent, voire doivent, en outre figurer dans cette structure, tels qu'un délégué à l'information en matière de blanchiment, un responsable de la formation, des chargés d'enquêtes, un ou plusieurs organes internes de recours (tribunal arbitral)²⁸⁷ et/ou en charge de prononcer des sanctions²⁸⁸.
- 146 Outre, évidemment, les connaissances professionnelles requises²⁸⁹, les *personnes* chargées du contrôle et de la révision²⁹⁰ doivent, d'une part, être indépendantes des intermédiaires financiers dont elles assument la surveillance et, d'autre part, présenter « toutes garanties quant à une activité de contrôle irréprochable ». C'est ainsi que si les membres du comité (ou conseil) de l'association professionnelle peuvent être actifs auprès de sociétés affiliées, la direction effective de l'OAR et les contrôleurs ne peuvent pas être en outre employés par l'une de celles-ci; lorsque, minoritairement²⁹¹, certains membres de la direction assu-

284 Ce document est en effet mentionné en tête de liste des conditions d'autorisation à l'art. 24 al. 1 LBA (lit. a).

285 Notons au passage que contrairement à ce qui a été fait pour les banques et les négociants en valeurs mobilières (<<https://www.finma.ch/fr/autorisation/banques-et-negociants-en-valeurs-mobilières/nouvelle-autorisation/>>) ou pour les assujettis en matière de placements collectifs de capitaux (<<https://www.finma.ch/fr/autorisation/instituts-et-produits-au-sens-de-la-loi-sur-les-placements-collectifs/>>), le site internet actuel de la FINMA fournit peu d'informations institutionnelles à propos du processus de reconnaissance des OAR (<<https://www.finma.ch/fr/autorisation/organisme-d-autoregulation-oar/>> [dernière consultation du site de la FINMA pour ces pages: 30 avril 2016]).

286 <<http://www.finma.ch/archiv/gwg/f/dokumentationen/publikationen/wegleitungen/index.php>> (dernière consultation: 30 avril 2016).

287 Alors que le règlement d'autorégulation de l'Association romande des intermédiaires financiers (ARIF), en son ch. 49, rappelle le recours au juge civil contre les sanctions prononcées par le comité, l'art. 24 des statuts de l'Association suisse des gérants de fortune (ASG) stipule notamment que le Tribunal d'honneur est compétent pour connaître « des litiges entre les organes et entre les membres de l'ASG au sujet de l'Association » et « des litiges entre l'ASG et ses membres au sujet de l'Association ». Un tribunal arbitral peut en outre intervenir « en tant qu'instance d'appel pour contrôler les décisions du Tribunal d'honneur » (art. 27 desdits statuts). Voir ég. infra N 153 ss.

288 À l'image du Tribunal d'honneur de l'ASG (art. 24 et 25 des statuts ASG [cf. note précédente]). Voir ég. infra N 154.

289 Pour établir cela, l'OAR requérant devra en particulier produire les documents figurant sous ch. 2 de la liste précitée (n. 286).

290 Le texte allemand pour désigner ces personnes est, à notre sens, plus clair: « *die von ihr mit der Kontrolle betrauten Personen und Revisionsstellen* ».

291 À titre d'illustration, voir p.ex. le comité de l'ARIF, à l'adresse internet <<http://www.arif.ch/organisation.htm>> (dernière consultation: 30 avril 2016).

ment d'autres fonctions pouvant entrer en contradiction avec l'exigence d'indépendance, ils doivent respecter les règles strictes applicables en matière de gestion des conflits d'intérêts et, en particulier, de récusation²⁹². Quant à la garantie d'une activité irréprochable, elle s'apprécie au regard des principes présentés dans le paragraphe consacré spécialement à cette condition dans le présent ouvrage²⁹³.

Les *textes* et leur mise en œuvre constituent naturellement le troisième pilier de cette reconnaissance. Les OAR de droit privé étant habituellement constitués sous la forme d'associations (art. 60 ss CC), on trouvera dans leurs statuts des normes traitant aussi bien de la structure et du fonctionnement de l'OAR que des règles de fond, qui seront précisées ou complétées par le règlement de l'OAR, ainsi que par d'autres documents tels qu'un code de conduite ou des directives. Les objets traités par ces dispositions sont nombreux : organes, affiliation et exclusion des membres (conditions et procédure), obligations de diligence et leurs modalités d'application (y compris les contrôles), prises de décisions, sanctions, etc.²⁹⁴ L'harmonisation réglementaire initiée par l'ancienne Autorité de contrôle LBA, au moment de l'entrée en vigueur de cette loi en 1998, a été renforcée par la Circulaire FINMA 2009/1, sur les « Règles-cadres pour la reconnaissance de l'autorégulation en matière de gestion de fortune comme standard minimal »²⁹⁵.

En cas de *retrait de la reconnaissance*²⁹⁶, les intermédiaires financiers membres de l'OAR disposent de deux mois pour s'affilier à un autre organisme privé, faute de quoi le régime transitoire du deuxième alinéa de l'art. 28 LBA – la surveillance directe par la FINMA – leur est applicable à l'expiration de ce délai²⁹⁷.

III. Obligations d'information des OAR

Le régime de l'autorégulation implique une étroite collaboration entre l'OAR et l'autorité de surveillance étatique²⁹⁸. C'est ainsi que, notamment, pour permettre à la FINMA d'exercer les tâches de surveillance qui lui incombent²⁹⁹, l'art. 27 al. 2 LBA impose à l'OAR des devoirs de communication portant spécifiquement sur la démission de membres, les refus d'affiliation, les exclusions et l'ouverture de procédures de sanction

292 Comme le rappelle par exemple le TAF dans sa décision incidente dans la cause C-1392/2013, du 11 juin 2013, « un motif de récusation ne peut résulter que de faits justifiant objectivement et raisonnablement la méfiance chez une personne réagissant normalement » ; en outre, « il ne suffit ainsi pas qu'il existe dans l'esprit d'une partie un sentiment de méfiance pour que l'impartialité d'une personne appelée à rendre ou à préparer une décision soit suspecte, mais [...] faut encore que ce sentiment repose sur des raisons objectives qui soient de nature à prouver que la personne appelée à décider peut avoir une opinion préconçue ». Enfin, l'apparence d'une prévention suffit pour conduire à la récusation du membre concerné (p.ex. JAAC 67.90 : décision de la Commission fédérale de la communication [ComCom], du 25 avril 2003, consid. 3, b).

293 Voir le Chapitre IV de la présente Partie B.

294 Voir en particulier art. 25 al. 2 et 3 LBA, ainsi que le ch. 3.1 de la liste des informations et documents que les OAR doivent annexer à leur demande de reconnaissance (n. 268).

295 Révisée le 30 mai 2013, avec entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2013. Conformément à la disposition finale de cette circulaire, la FINMA a reconnu le 13 décembre 2013 les règles de conduite de huit organisations professionnelles (voir supra n. 277 la liste *actuelle* de ces OAR). Cette reconnaissance doit par ailleurs être mise en relation avec la modification de décembre 2013 de l'Annexe à la Circulaire FINMA 2008/10 (« Normes d'autorégulation reconnues comme standards minimaux par l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers »), soit en particulier la section III de ladite circulaire (« Autres organismes professionnels »).

296 Voir aussi supra N 142

297 Art. 28 al. 3 LBA.

298 Eg. supra N 141 ss.

299 Circulaire FINMA 2008/17 : Échange d'informations entre les OAR et la FINMA concernant les affiliations, les exclusions et les démissions d'intermédiaires financiers, Cm 1 s.

pouvant aboutir à une exclusion. La Circulaire FINMA 2008/17 assimile en outre le retrait d'une demande à un refus d'affiliation³⁰⁰; bien que ne reposant pas sur une base légale aussi explicite que les autres hypothèses, on peut admettre cette adjonction sous l'angle des art. 27 al. 1 LBA et 29 LFINMA.

- 150 Afin d'éviter toute objection liée au secret professionnel ou commercial et, plus largement, de favoriser l'échange d'informations entre l'OAR et la FINMA, l'art. 27 al. 1 LBA pose comme principe que chacun peut transmettre à l'autre « tous les renseignements et documents nécessaires à l'exercice de leur tâche ». Le rapport annuel³⁰¹ et les annonces trimestrielles³⁰² offrent un cadre formel à ce processus.
- 151 Il appartient aux OAR d'informer les requérants écartés et les membres démissionnaires ou exclus que de telles décisions sont communiquées à la FINMA. Selon la Circulaire FINMA 2008/17, il est de plus attendu des OAR qu'ils orientent les intermédiaires financiers concernés sur les bases juridiques de leur assujettissement, sur la procédure à respecter lors du passage à une activité d'intermédiaire financier à titre professionnel³⁰³, ainsi que sur les dispositions pénales relatives à l'exercice d'une activité sans autorisation³⁰⁴.
- 152 Reflétant en grande partie les devoirs des autorités fédérales de surveillance³⁰⁵, l'art. 27 al. 4 LBA exige des OAR qu'ils dénoncent au Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent (MROS) les cas où des soupçons fondés permettent de présumer l'existence d'activités de blanchiment d'argent ou d'une organisation criminelle ou encore que des valeurs patrimoniales proviennent d'un crime ou sont dans le pouvoir de disposition d'une organisation criminelle ou servent au financement du terrorisme.

IV. Procédure et voies de droit

- 153 Les rapports que nous venons de décrire, entre les OAR et la FINMA, montrent que les premiers, bien que le plus souvent constitués sous une forme de droit privé, exercent des tâches fondées sur le droit public³⁰⁶. Conformément à l'art. 35 al. 2 Cst., cette délégation impose d'abord aux OAR de « respecter les droits fondamentaux » des intermédiaires financiers qui sont membres de son organisation; cette exigence concerne en particulier les garanties générales de procédure de l'art. 29 Cst. et des textes conventionnels³⁰⁷, ainsi que la garantie de l'accès au juge³⁰⁸.

300 Idem, Cm 8 s.

301 Art. 27 al. 3 LBA.

302 Pex. Circulaire FINMA 2008/17 (n. 299), Cm 6.

303 La FINMA tient à l'évidence beaucoup au respect de l'art. 11 al. 1 lit. b OBA, qui impose à l'intermédiaire financier qui passe à une activité à titre professionnel, dans un délai de deux mois à compter de son changement de statut, d'avoir obtenu son affiliation à un organisme d'autorégulation ou d'avoir déposé une demande d'autorisation d'exercer l'activité à titre professionnel auprès de la FINMA. En effet, aussi bien en cas d'affiliation que de retrait de la demande ou de refus d'affiliation, l'OAR doit dénoncer à la FINMA les cas où il sait ou doit présumer qu'il y a eu violation de l'art. 11 al. 1 lit. b OBA. Circulaire FINMA 2008/17 (n. 299), Cm 7, 9 et 11. Voir aussi la situation analogue relative aux démissions, idem, Cm 13.

304 Idem, Cm 5.

305 Art. 16 LBA.

306 Voir en particulier l'art. 12 lit. c ch. 1 LBA, qui requiert des OAR qu'ils « veillent à ce que les intermédiaires financiers respectent les obligations définies au chapitre 2 » de cette loi, c'est-à-dire les obligations de diligence (identification, vérification, clarification, organisation) et de communication au MROS ainsi que de blocage des avoirs. Eg. art. 18 LBA (« Tâches de la FINMA »). Pour un arrêt récent illustrant très bien les critères applicables à la distinction entre droit public et droit privé, voir ATF 138 II 134 *Cremo*.

307 À ce propos, p.ex. AUER ANDREAS/MALINVERNI GIORGIO/HOTTELIER MICHEL, *Droit constitutionnel suisse, Volume II: Les droits fondamentaux*, Berne 2013, p. 561 ss, qui font largement référence aux instruments internationaux, en particulier la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés

Ce premier constat met déjà en doute le régime mis en place par certains OAR : certes, l'art. 24 des statuts de l'Association suisse des gérants de fortune (ASG) prévoit que les litiges entre l'ASG, ses organes et ses membres peuvent être soumis à son Tribunal d'honneur ; de même, le Tribunal arbitral institué par les statuts de l'ASG est compétent « en tant qu'instance d'appel pour contrôler les décisions du Tribunal d'honneur »³⁰⁹. Toutefois, le dernier alinéa de l'art. 27 des statuts de l'ASG stipule que les décisions du Tribunal arbitral sont définitives et exclut expressément tout recours devant les tribunaux étatiques. En tous les cas³¹⁰, cette disposition viole aussi bien la norme fondamentale que constitue l'art. 29a Cst que l'art. 389 du Code de procédure civile (CPC), selon lequel toute sentence arbitrale doit pouvoir faire l'objet d'un recours devant le Tribunal fédéral³¹¹ pour les motifs prévus à l'art. 393 CPC.

Pour sa part, l'Association romande des intermédiaires financiers (ARIF) a renoncé à la voie du tribunal arbitral, pour la remplacer par la compétence des tribunaux du Canton de Genève, sous réserve de recours au Tribunal fédéral³¹². Faute de précision, on peut partir de l'idée que les rédacteurs de ces dispositions avaient à l'esprit la voie de droit de l'art. 75 CC : les litiges entre l'ARIF et ses membres devraient donc être soumis d'abord au Tribunal de première instance, puis en appel à la Chambre civile de la Cour de Justice, enfin au Tribunal fédéral par la voie du recours en matière civile³¹³. Au regard de l'affirmation faite en tête de cette section, on doit toutefois admettre que les OAR sont des « organisations indépendantes de l'administration [qui] statuent dans l'accomplissement de tâches de droit public à elles confiées par la Confédération »³¹⁴ : ce sont donc les règles de la loi fédérale sur la procédure administrative qui s'appliquent dans ce cas. L'art. 33 lit. h LTAF³¹⁵ – dont la rédaction est très proche de celle de l'art. 1 al. 2 lit. e PA – ouvre ensuite,

fondamentales (Convention européenne des droits de l'homme : CEDH ; RS 0.101) et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (Pacte II ; RS 0.103.2).

308 Art. 29a Cst.

309 Art. 27 des statuts de l'ASG.

310 Voir le paragraphe suivant.

311 Art. 77 LTF. Sur le caractère impératif de l'art. 389 al. 1 CPC, p.ex. SCHWEIZER PHILIPPE, art. 389 CPC N 5, in: BOHNET F./HALDY J./JEANDIN N./SCHWEIZER PH./TAPPY D. (éd.), Code de procédure civile commenté, Bâle 2011. Les règlements de la VQF Verein zur Qualitätssicherung von Finanzdienstleistungen (VQF) ont bien intégré cette dimension : alors que l'art. 32 des statuts prévoit que les décisions de l'arbitre sont finales (« *endgültig* »), l'art. 38 al. 1 du règlement d'arbitrage de cette association (« *Schiedsreglement* ») (« *Rules of arbitration* ») réserve la voie du recours au Tribunal fédéral et de la révision (« *Die Entscheide des Schiedsrichters sind endgültig. Vorbehalten bleiben die Beschwerde an das Bundesgericht [Art. 389 ff. ZPO] und die Revision [Art. 396 ff. ZPO]* ») (« *The arbitrator's decisions are final. Appeal to the Federal Court [Article 389 et seq. SCCP] and revision [Article 396 et seq. SCCP] are reserved* »).

312 Ch. 51 des statuts de l'ARIF. La première note de bas de page de ces statuts indique que ce changement a été décidé le 4 novembre 2010 et a été approuvé le même jour par la FINMA.

313 On réservera en outre le recours à la Cour européenne des droits de l'homme (CourEDH). Pour une illustration dans le domaine du droit de l'association, certes dans un secteur bien différent, arrêt *Association Rhino* du 11 octobre 2011, requête n° 48848/07.

314 Art. 1 al. 2 lit. e PA. Cette qualification juridique a été retenue par le Tribunal des mesures de contrainte du Canton de Genève : en l'espèce, l'ASG devait bel et bien être considérée comme une autorité déléguée, et le Ministère public ne pouvait user à son encontre des « moyens de contrainte que la loi met à la disposition des autorités de poursuite pénale pour saisir des papiers en mains de particuliers ». Ordonnance de levée des scellés, du 19 décembre 2012 (OTMC/3896/2012), dans la procédure P/2412/2009 – 17. À propos de l'entraide entre autorités, voir ATF 129 IV 141, CFB c. Juge d'instruction du canton de Genève (cité dans ladite ordonnance).

315 Sur cette disposition, voir p.ex. KÖLZ ALFRED/HÄNER ISABELLE/BERTSCHI MARTIN, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3^{ème} éd., Zurich/Bâle/Genève 2013, p. 289 N 827, qui rappellent que cette règle se fonde sur les art. 178 al. 3 Cst. et 2 al. 4 de la loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (LOGA ; RS 172.010). En raison de l'art. 1 al. 2 lit. e PA, il faut exclure, pour l'ARIF, la compétence de la Chambre administrative de la Cour de Justice du Canton de Genève. Le siège genevois de cet OAR (ch. 2 des statuts de l'ARIF) ne suffit pas pour fonder une juridiction administrative cantonale, même si l'art. 5 lit. g de la loi genevoise sur la procédure administrative (LPA/GE ; RS/GE E 5 10) qualifie également d'autorités administratives, contre les décisions desquelles un recours peut être

de manière parfaitement cohérente, la voie du recours au Tribunal administratif fédéral, puis celle du recours en matière de droit public au Tribunal fédéral³¹⁶.

- 156 En conclusion, si la voie de l'arbitrage est en soi admissible au niveau interne³¹⁷ – en particulier en raison d'une certaine autonomie laissée à l'OAR dans son organisation³¹⁸ –, les recours en matière de droit public et la procédure administrative encadrent l'ensemble du système, car les OAR veillent, par délégation, à la bonne application du droit public fédéral³¹⁹. La voie judiciaire de l'art. 75 CC n'est ouverte que contre les décisions strictement liées au droit civil régissant les associations (p.ex. en cas de violation de la procédure relative à la nomination du comité)³²⁰.

§ 6 Affiliation et autorisation

- 157 Les intermédiaires financiers au sens de la LBA ont l'obligation de s'affilier à un OAR (I) ou d'être directement soumis à la surveillance de la FINMA (II).

I. Affiliation à un OAR

- 158 Les conditions d'affiliation à un OAR sont fixées par ses statuts et, le cas échéant, ses règlements ou autres textes d'application³²¹. Sans entrer dans les particularités de chacun des OAR, on se bornera à indiquer que l'affiliation n'est possible que si le requérant exerce une activité dans le domaine financier ; selon l'ampleur du secteur économique visé par le but statutaire, cette activité sera définie de manière relativement étroite (p.ex. sociétés d'investissement³²²) ou au contraire relativement large (p.ex. fournisseur de prestations dans le domaine financier³²³). Un siège, une succursale, un bureau ou, en tous les cas, une activité suffisante d'intermédiaire financier en Suisse est aussi exigée³²⁴. La précision des statuts varie quant à d'autres conditions telles que :

formé (art. 132 al. 2 de la loi genevoise sur l'organisation judiciaire [LOJ ; RS/GE E 2 05]), « les personnes, institutions et organismes investis du pouvoir de décision par le droit fédéral ou cantonal ». La procédure administrative fédérale prévaut.

316 Art. 82 lit. a cum 86 al. 1 lit. a LTF.

317 Pour une étude récente, portant cependant essentiellement sur les aspects contractuels, MCGREGOR ELEANOR, L'arbitrage en droit public suisse : une comparaison avec la France, les États-Unis et l'arbitrage d'investissement, Genève/Zurich/Bâle 2015. Comme le soulignent TANQUEREL THIERRY/MCGREGOR ELEANOR, L'arbitrage en droit public suisse, in : RENDERS D./DELVOLVÉ P./TANQUEREL T. [dir.], *L'arbitrage en droit public*, Bruxelles [Bruylant/LGDJ] 2010, p. 227, p. 244 : « tant l'article 98, lettre e [a]OJ que l'article 33, lettre g LTAF ne constituent pas des habilitations légales à instituer des tribunaux arbitraux, mais plutôt des indices que de tels tribunaux ne sont pas *a priori* interdits par le droit fédéral de procédure ». Eg. MCGREGOR ELEANOR, L'arbitrage en droit public : un orphelin au sein de la LTF ?, in : Bulletin ASA 29/2 (2011), p. 279.

318 Sur le rôle de la FINMA dans ce processus, supra N 141 ss.

319 La situation est différente de celle que l'on rencontre dans la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (LCart ; RS 251), qui offre au justiciable aussi bien la voie administrative (art. 18 ss LCart) que la voie civile (art. 12 ss LCart), tout en proposant les mêmes règles de droit matériel (surtout art. 5 à 8, mais aussi art. 2 à 4 LCart). Rappelons à ce propos au passage que dans son ATF 123 III 193 *Verband der Schweizerischen Uhrenindustrie FH c. Titoni AG*, le Tribunal fédéral s'est penché uniquement sur des questions de droit de l'association, sans référence au droit de la concurrence, sur lequel il aurait pourtant aussi pu appuyer son raisonnement.

320 Sur la possibilité de transférer cette compétence à un tribunal arbitral, FOEX BÉNÉDICT, Art. 75 CC N 3, in : PICHONNAZ P./FOEX B. (éd.), *Code civil I (Commentaire romand)*, Bâle 2010.

321 P.ex. § 3 à 5 des statuts de PolyReg Association Générale d'Autorégulation (PolyReg).

322 P.ex. ch. 2.1 des statuts du *Schweizer Verband der Investmentgesellschaften* (SVIG).

323 P.ex. § 3 al. 1 des statuts de PolyReg (n. 321).

324 P.ex. ch. 2.1, 2^{ème} para., des statuts du SVIG (n. 322).

Erstes Kapitel

Einführung in das Schweizer Börsenrecht

§ 1 Der Schweizer Börsenplatz

Während Vorläufer der heutigen Börsen bis ins Altertum nachzuverfolgen sind, entwickelten sich die ersten Wertpapierbörsen im 15. Jahrhundert in Nordeuropa.¹ Erst relativ spät entstanden dagegen in Genf (1850), Basel (1876) und Zürich (1877) im Rahmen der fortschreitenden Industrialisierung die ersten Börsen der Schweiz. Bis Anfang des 20. Jahrhunderts bildeten sich weitere Börsen in Lausanne, Bern, St. Gallen und Neuenburg. Sie wurden alle von privaten Vereinigungen betrieben, unterstanden jedoch kant. Gesetzen und wurden von den Kantonen beaufsichtigt.²

Obwohl mehrmals eine gesamtschweizerische Regelung des Börsenwesens in Betracht gezogen wurde (so etwa nach dem Börsencrash von 1891 oder nach dem Erlass des Bankengesetzes von 1934),³ blieb es bis Ende der 1990er-Jahre bei den kant. Regelungen. In den 1980er-Jahren kam es jedoch zu einer kompletten Umgestaltung der internationalen Börsenplätze. Der durch die Globalisierung und Deregulierung der Finanzmärkte sowie die rasanten technologischen Fortschritte verschärfte internationale Wettbewerb verlangte auch in der Schweiz nach einer Straffung des Börsenhandels. So kam es 1991 zur Schliessung der Börsen in Neuenburg, St. Gallen und Lausanne. Die Berner Börse stellte den Ringhandel ebenfalls ein, führte jedoch weiterhin einen Telefonhandel durch. Die Genfer, Basler und Zürcher Börsen schlossen sich 1993 zur Schweizer Effektenbörse (SEB) zusammen. 1996 wurde die Elektronische Börse realisiert, was dazu führte, dass der Ringhandel an den drei noch bestehenden kant. Börsen eingestellt wurde.⁴ Im Zuge dieser Entwicklungen löste 1997/1998 das eidg. Börsengesetz (BEHG), dessen Bestimmungen heute weitgehend im Finanzmarktinfrastrukturgesetz (FinfraG) enthalten sind, die kant. Regelungen ab.⁵

Heute ist die nun als SIX Swiss Exchange firmierende Börse in die SIX integriert, welche die gesamte Wertschöpfungskette der Finanzplatzinfrastruktur abdeckt.⁶ Die SIX Swiss Exchange unterhielt früher zwei Joint Ventures mit der Deutschen Börse: Die Derivatbörse

1 Erstmals in Brügge, gefolgt von Antwerpen und Lyon. So soll denn auch der Begriff «Börse» vom Namen der Brüggener Kaufmannsfamilie VAN DER BUERSE stammen. Einer anderen Theorie zufolge wird der Begriff vom lateinischen Wort «bursa» (Geldbeutel) abgeleitet, vgl. SENN MARCEL, Banken und Börsen am Zürcher Finanzplatz im 19. Jahrhundert, in: Hans-Caspar von der Crone et al. (Hrsg.), Aktuelle Fragen des Bank- und Finanzmarktrechts, Festschrift für Dieter Zobl zum 60. Geburtstag, Zürich/Basel/Genf 2004, 407–417, 410. Zur internationalen Entwicklung des Börsenwesens KÜNG/HUBER/KUSTER, Börsengesetz Bd. I, § 1.

2 Vgl. zur Entstehung der Schweizer Börsen und den entsprechenden kant. Gesetzen die eingehenden Abhandlungen bei LÜSCHER-BURCKHARDT RUDOLF, Die schweizerischen Börsen, Zürich 1914, sowie VONTOBEL HANS-DIETER, Kritische Betrachtungen zum Recht der Schweizerischen Effektenbörse, Diss. Zürich 1972.

3 Dazu WOLF JULIUS, Börsenreform in der Schweiz, Gutachten erstattet an das Justiz- und Polizeidepartement der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zürich 1895; KURZ HERMANN, Entwurf eines Bundesgesetzes betr. die Effektenbörsen und den Verkehr in Wertpapieren nebst Motivenbericht, 1936.

4 Zur neueren Geschichte des Schweizer Börsenplatzes vgl. MEIER RICHARD T./SIGRIST TOBIAS, Der helvetische Big Bang, Die Geschichte der SWX Swiss Exchange, Zürich 2006.

5 Zur Entstehungsgeschichte des BEHG und des FinfraG hinten Rz 5 ff.

6 Vgl. <<http://www.six-group.com/about/de/home.html>> (besucht am: 30.4.2016). Die SIX ging Anfang 2008 aus dem Zusammenschluss der damaligen SWX Group, der SIS Group und der Telekurs Group hervor und

Eurex Zürich und die Scoach Schweiz, welche auf den Handel mit strukturierten Produkten spezialisiert war. Ihre Beteiligung an der Eurex hat die SIX jedoch per 1.1.2012 an die Deutsche Börse veräussert.⁷ Der Scoach-Kooperationsvertrag wurde auf den 30.6.2013 beendet, wodurch der Markt für strukturierte Produkte an die SIX zurückging.⁸ Die Handelsplattform der SIX für Blue Chips wurde bereits im Mai 2009 von London zurück nach Zürich verlegt, wodurch die SWX Europe (früher Virt-x) aufgehoben wurde.⁹

- 4 Neben der SIX besteht als einzige Schweizer Börse noch die von der BX Swiss AG betriebene BX Berne eXchange, welche als Nachfolgerin der Telefonischen Börse Bern seit 2002 ebenfalls ein vollelektronisches Handelssystem unterhält.¹⁰ Die vorwiegend auf nationale KMU zugeschnittene Plattform ist derzeit noch im Besitz einer Bewilligung als börsenähnliche Einrichtung.¹¹

§ 2 Die Schweizer Börsengesetzgebung

I. Das Finanzmarktinfrastrukturgesetz (FinfraG)

1. Entstehungsgeschichte

- 5 Zusätzlich zur oben beschriebenen Verschärfung des Wettbewerbs zwischen den internationalen Kapitalmärkten im letzten Drittel des 20. Jahrhunderts kam die Einführung neuer Finanzinstrumente, die Entmaterialisierung der Wertpapiere sowie eine Zunahme des ausserbörslichen Handels. Weiter gab es Druck aus den USA bzgl. der Insider-Problematik und Handlungsbedarf im Übernahmerecht, welches bis dahin gesetzlich nicht geregelt war. Auch war bereits Ende der 1980er-Jahre absehbar, dass sich die Börsen in Genf, Basel und Zürich zusammenschliessen würden. Vor diesem Hintergrund war der Börsencrash von 1987 der letzte Tropfen, der das Fass zum Überlaufen brachte und eine erneute Überprüfung der Regulierung des Schweizer Effektenhandels auslöste. Denn die kant. Börsengesetze waren diesen veränderten Verhältnissen nicht mehr gewachsen.¹²
- 6 So wurde im Herbst 1988 vom Bundesrat eine Studiengruppe über das Börsenwesen eingesetzt, welche in ihrem Bericht vom 21.12.1989 die Schaffung eines eidg. Börsengesetzes als angemessene Antwort auf die internationalen Entwicklungen und die globalen Verflechtungen der Finanzmärkte befürwortete.¹³ Daraufhin wurde im Juni 1990 eine Exper-

hiess zunächst SIX Group; seit Mai 2012 tritt sie einheitlich unter der Marke SIX auf. Für einen illustrativen Überblick über die SIX vgl. SIX SWISS EXCHANGE (Hrsg.), Die Börse, 2. Aufl., Zürich 2014.

7 Die Deutsche Börse verpflichtete sich als Alleinaktionärin der Eurex Zürich den Schweizer Derivatemarkt im bisherigen Umfang während mind. 3 Jahren weiterzuführen, was sie auch heute nach Ablauf dieser Frist noch tut; vgl. Medienmitteilung der SIX Group vom 7.6.2011; Ad-hoc-Meldungen der Deutsche Börse Group vom 7. und 16.6.2011. Zur früheren Organisation der Eurex als Joint Venture der SIX und der Deutschen Börse NOBEL, Finanzmarktrecht, § 9 Rz 395 ff.

8 Medienmitteilung der SIX und der Deutsche Börse Group vom 20.2.2013. Die SIX betreibt den Handel mit strukturierten Produkten neu unter dem Namen SIX Structured Products Exchange. Die Marke «Scoach» darf weder von der Deutschen Börse Group noch von der SIX verwendet werden; vgl. NZZ vom 27.11.2013, 33.

9 Vgl. Medienmitteilung der SIX Group vom 11.11.2008; SIX Swiss Exchange Mitteilung Nr. 20/2009 vom 17.4.2009. Eingehend dazu MALACRIDA RALPH/SPILLMANN TILL, Repatriierung der Schweizer Blue Chip Unternehmen, GesKR 2/2009, 210–219; NOBEL, Finanzmarktrecht, § 9 Rz 386 f.

10 Vgl. <https://www.berne-x.com> (besucht am: 30.4.2016).

11 Zum Zeitpunkt der Drucklegung dieses Beitrages war die Übergangsfrist zur Stellung eines neuen Bewilligungsgesuchs im Sinne des FinfraG noch nicht abgelaufen; vgl. dazu Rz 8 f.

12 Botschaft BEHG, 5 f.; Bericht Studiengruppe, 10 ff.

13 Bericht Studiengruppe, 7 f., 62.

tengruppe beauftragt, einen Entwurf zu einem Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel auszuarbeiten. Die Ergebnisse der im Sommer 1991 durchgeführten Vernehmlassung dieses Entwurfes waren überwiegend positiv, sodass der Bundesrat am 24.2.1993 eine entsprechende Botschaft veröffentlichte. Zwei Jahre später, am 24.3.1995, wurde das Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel (BEHG) von den eidg. Räten verabschiedet. Ein Referendum dagegen wurde nicht ergriffen. Weil die Ausarbeitung der dazugehörenden Verordnungen unterschiedlich lange dauerte, erfolgte das Inkrafttreten des Gesetzes in zwei Teilen: Diejenigen Bestimmungen, die sich nicht mit den Meldepflichten und den Übernahmeangeboten befassen, wurden am 1.2.1997, die übrigen Normen am 1.1.1998 in Kraft gesetzt. Damit löste das BEHG, nach Ablauf der in Art. 48 BEHG vorgesehenen Übergangsfristen, die kant. Regelungen von Genf, Basel und Zürich ab.

Die Finanzmarktkrise im Jahr 2008 führte zur Erkenntnis, dass die schweizerische Regulierung der Finanzmarktinfrastrukturen im Hinblick auf die Entwicklungen an den Finanzmärkten nicht mehr angemessen war.¹⁴ Die Finanzmarktinfrastrukturen sollten zusammen mit dem ausserbörslichen Derivatehandel (OTC-Derivate) in einem neu zu schaffenden Finanzmarktinfrastrukturensgesetz (FinfraG) geregelt werden.¹⁵ Daher erteilte der Bundesrat dem Eidg. Finanzdepartement mit Beschluss vom 29.8.2012 den Auftrag, eine entsprechende Vernehmlassungsvorlage auszuarbeiten, welche das EFD Ende 2013 präsentierte. Gestützt auf die Ergebnisse der Vernehmlassung, die im Frühjahr 2014 durchgeführt wurde, verabschiedete der Bundesrat am 3.9.2014 den Entwurf und die Botschaft zum Finanzmarktinfrastrukturensgesetz.¹⁶ Die Vorlage wurde vom Parlament mit geringfügigen Änderungen am 19.6.2015 angenommen¹⁷ und das FinfraG trat am 1.1.2016 in Kraft. Seit diesem Zeitpunkt befinden sich die früher im BEHG verankerten Bestimmungen sowohl über die aufsichtsrechtlichen Vorgaben für Börsen und andere Handelsplätze als auch über die Offenlegung von Beteiligungen, die öffentlichen Kaufangebote sowie den Insiderhandel und die Marktmanipulation im FinfraG.¹⁸

2. Übergangsbestimmungen

Börsen, welche bei Inkrafttreten des FinfraG über eine Bewilligung verfügten, müssen innert eines Jahres ein neues Bewilligungsgesuch stellen, wobei sich das Bewilligungsverfahren auf die Prüfung der neuen Anforderungen beschränkt. Bis zur Entscheidung über die Bewilligung können sie ihre Tätigkeit fortführen (Art. 159 Abs. 1 FinfraG). Handelsplätze, welche bisher keine Bewilligung brauchten, neu aber dem FinfraG unterstehen, müssen sich innert sechs Monaten ab Inkrafttreten des FinfraG bei der FINMA melden und innert eines Jahres den Anforderungen des FinfraG genügen sowie ein Bewilligungsgesuch stel-

¹⁴ Botschaft FinfraG, 7489 ff.

¹⁵ Das FinfraG wird zusammen mit einem Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG), einem Finanzinstituts-gesetz (FINIG) und dem bereits bestehenden Finanzmarktaufsichtsgesetz (FINMAG) eine der vier Säulen einer fundamental umgestalteten Architektur der schweizerischen Finanzmarktregulierung bilden. Das FIDLEG und das FINIG befanden sich zum Zeitpunkt der Drucklegung dieses Beitrages noch in der parlamentarischen Beratung. Eingehend zur neuen Architektur des Schweizer Finanzmarktrechts BÄRTSCH HARALD, Finanzmarktregulierung im Fluss, SZW 5/2014, 459–491; BÖSCH RENÉ/KRAMER STEFAN, Schweizer Finanzmarktrecht im Umbruch – Das Finanzmarktinfrastrukturensgesetz als eine der neuen Säulen, SJZ 5/2014, 249–258; NOBEL PETER, Finanzmarktrecht: Neue Architektur – Neuer Wein?, BJM 2015, 129–153; ROTH DANIEL, Gesetzgebungsprojekte: FIDLEG, FINIG und FinfraG, SZW 6/2014, 608–614.

¹⁶ Botschaft FinfraG, 7483 ff.

¹⁷ AB N 2015, 1304; AB S 2015, 683.

¹⁸ Das Börsengesetz enthält nur mehr Normen betr. die Effektenhändler. Diese sollen jedoch in einer zweiten Phase in das neu zu schaffende FINIG überführt werden. Damit wird das BEHG vollständig aufgehoben; vgl. Botschaft FIDLEG/FINIG, 8928.

len. Auch sie können bis zum Entscheid über die Bewilligung ihre Tätigkeit fortführen (Art. 159 Abs. 2 FinfraG).

- 9 Das FinfraG trat am 1.1.2016 in Kraft, womit die Übergangsfrist zur Stellung eines neuen Bewilligungsgesuchs sowie zur Umsetzung der neuen Anforderungen des FinfraG Ende 2016 abläuft. Der vorliegende Beitrag entstand vor dem Ende der Übergangsfrist. Daher war bei der Drucklegung noch nicht klar, welche Handelsplätze zukünftig über welche Bewilligung (Börse, multilaterales Handelssystem oder organisiertes Handelssystem) verfügen werden.¹⁹ Zudem hatten die Handelsplätze, so insb. die SIX Swiss Exchange, deren Regulierung in diesem Beitrag vertieft betrachtet wird, ihre Reglemente noch nicht an sämtliche neuen Anforderungen des FinfraG angepasst.²⁰

3. Konzept

- 10 Das FinfraG ist wie die meisten Finanzmarktgesetze als Rahmengesetz konzipiert. Es enthält nur die für die Zweckerreichung erforderlichen Grundlagen, während die Konkretisierungen auf Verordnungsstufe, durch die Aufsichtsbehörde sowie durch Selbstregulierung erfolgen.²¹ Durch dieses Konzept ist einerseits eine rasche Anpassung der sich schnell wandelnden Materie möglich.²² Andererseits kann dadurch vom Fachwissen der betroffenen privaten Organisationen sowie der Aufsichtsbehörde profitiert werden. Schliesslich folgt diese Lösung auch dem Subsidiaritätsprinzip, wonach der Staat Raum für Selbstregulierungsmassnahmen lassen soll, wo dies sinnvoll ist.²³ Diese Vorgehensweise hat zur Folge, dass ein relativ komplexes Gebilde von verschiedensten Erlassen zu beachten ist.²⁴

4. Rechtsnatur

- 11 Das Finanzmarktinfrastrukturgesetz gehört zum Wirtschaftsaufsichtsrecht und hat überwiegend gewerbepolizeiliche Zielsetzungen (insb. den Schutz von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr).²⁵ Dementsprechend sind die meisten Normen öffentlich-rechtlicher Natur. Ihre verfassungsmässige Grundlage bilden Art. 95 und 98 Abs. 1 und 2 BV.²⁶ Bisweilen finden sich jedoch auch privatrechtliche Bestimmungen, wie etwa Art. 125 Abs. 4 FinfraG (Aufnahme eines Opting out in die Gesellschaftsstatuten) und Art. 137 FinfraG (Kraftloserklärung der restlichen Beteiligungspapiere nach einem öffentlichen Übernahmeangebot), welche das Aktienrecht betreffen. Diese wurden gestützt auf Art. 122 BV erlassen. Schliesslich enthält das Gesetz auch strafrechtliche Bestimmungen, welche sich auf Art. 123 BV stützen.²⁷

¹⁹ Vgl. hierzu Rz 87 ff.

²⁰ Vgl. hierzu Rz 168 ff., 197 ff.

²¹ Dazu hinten Rz 51 ff.

²² Botschaft FinfraG, 7531, 7639.

²³ LANGHART, Rahmengesetz, 103 ff.; BEHG-Kommentar-ZOBL, Einleitung N 64.

²⁴ In diesem Zusammenhang wird bisweilen von «Regulierungsarchitektur» gesprochen; vgl. etwa NOBEL PETER, Zur Regulierungsarchitektur im Finanzmarktbereich, in: Hans-Caspar von der Crone et al. (Hrsg.), Aktuelle Fragen des Bank- und Finanzmarktrechts, Festschrift für Dieter Zobl zum 60. Geburtstag, Zürich/Basel/Genf 2004, 105–128.

²⁵ Noch zum Börsengesetz BEHG-Kommentar-ZOBL, Einleitung N 53 ff.

²⁶ Botschaft FinfraG, 7638.

²⁷ Einzelheiten bzgl. der Rechtsnatur noch zum BEHG bei SCHLUEP WALTER R., Prolegomena zur wirtschaftsrechtlichen Beurteilung von Börsengesetzen, SZW Sondernummer 1997, 3–13.

5. Zweck

Das Finanzmarktinfrastrukturgesetz bezweckt die Gewährleistung der Funktionsfähigkeit und der Transparenz der Effekten- und Derivatemärkte, der Stabilität des Finanzsystems, des Schutzes der Finanzmarktteilnehmer sowie der Gleichbehandlung der Anleger (Art. 1 Abs. 2 FinfraG). In Bezug auf die in diesem Beitrag interessierenden Bestimmungen über die Handelsplätze, die Offenlegung von Beteiligungen, die öffentlichen Kaufangebote sowie den Insiderhandel und die Marktmanipulation gilt der in Art. 1 aBEHG genannte Zweck (Sicherstellung der Transparenz und der Gleichbehandlung für den Anleger sowie Gewährleistung der Funktionsfähigkeit der Effektenmärkte) weiterhin, auch wenn er im FinfraG aus redaktionellen Gründen etwas anders umschrieben wird.²⁸ Die Hauptziele des FinfraG sind somit – wie in der modernen Kapitalmarktgesetzgebung üblich – der Anleger- und der Funktionsschutz.²⁹ Unter Anlegerschutz ist Vertrauensindividuenschutz zu verstehen; der einzelne Anleger soll vor einer Übervorteilung durch Händler, Emittenten und andere Investoren geschützt werden. Nicht erfasst davon ist freilich der Schutz vor Kursverlusten.³⁰ Beim Funktionsschutz steht der Kapitalmarkt als Institution von eminenter volkswirtschaftlicher Bedeutung im Zentrum. Ziel ist es, die Funktionsfähigkeit der Effektenmärkte zu gewährleisten. Funktionsschutz ist mithin Vertrauenskollektivschutz. Ein Element des Funktionsschutzes ist der Systemschutz, welcher die Stabilität des Finanzsystems garantieren soll.³¹ Als weiteres – jedoch umstrittenes³² – Ziel des FinfraG gilt die Sicherung der Wettbewerbsfähigkeit des Finanzplatzes Schweiz.³³

Der Anleger- und der Funktionsschutz sollen durch eine Reihe von konkreten Zielsetzungen gewährleistet werden, welche sich ebenfalls aus dem Zweckartikel sowie aus den Materialien³⁴ ergeben. Zu diesen gehören insb. Effizienz, Liquidität, Transparenz und das Gebot der Gleichbehandlung.³⁵

6. Geltungsbereich

a) *Persönlich*

Dem Finanzmarktinfrastrukturgesetz unterstellt sind zunächst die Finanzmarktinfrakturen (Art. 1 Abs. 1 FinfraG). Als solche gelten neben den in diesem Beitrag interessierenden Börsen (Art. 26 lit. b FinfraG)³⁶ und multilateralen Handelssystemen (sog. MTF; Art. 26 lit. c FinfraG)³⁷ auch zentrale Gegenparteien, Zentralverwahrer, Transaktionsregister und Zahlungssysteme (Art. 2 lit. a FinfraG). Da das Erfordernis der Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit auch für die leitenden Mitarbeiter und qualifiziert

28 Botschaft FinfraG, 7512 f.

29 Eingehend hierzu WERLEN, Grundlagen, passim; ZOBL/KRAMER, Kapitalmarktrecht, Rz 24 ff. Zur Wechselbeziehung von Anleger- und Funktionsschutz BLOCHLINGER, 12 ff.; DAMRAU, Selbstregulierung, 30 ff.

30 So noch ausdrücklich die Botschaft BEHG, 1381 f.

31 Botschaft FinfraG, 7513.

32 Kritisch u.a. WERLEN, Grundlagen, 197 f.

33 Botschaft FinfraG, 7513. So muss z.B. nach Art. 35 Abs. 2 FinfraG das Kotierungsreglement der Börse anerkannten internationalen Standards Rechnung tragen. Zudem wird der Bundesrat mehrfach angehalten, bei der Konkretisierung des FinfraG die anerkannten internationalen Standards zu berücksichtigen (z.B. Art. 29 Abs. 3 FinfraG); vgl. NOBEL PETER, Was heisst «internationale Standards»? , SZW 6/2015, 556–561, 559. Vgl. auch Art. 5 FINMAG, der ausdrücklich die Stärkung des Ansehens und der Wettbewerbsfähigkeit des Finanzplatzes Schweiz als Ziel der Finanzmarktaufsicht nennt.

34 Vgl. Botschaft FinfraG, 7512 f.; ferner zum aBEHG Bericht Studiengruppe, 8.

35 Hierzu BEHG-Kommentar-ZOBL, Einleitung N 35 ff. Auf die einzelnen Postulate wird im Laufe des Beitrages näher eingegangen.

36 Zum Begriff der Börse hinten Rz 66 ff.

37 Zum Begriff des multilateralen Handelssystems hinten Rz 81 f.

Beteiligten gilt (Art. 9 FinfraG), werden diese ebenfalls – zumindest indirekt – vom Anwendungsbereich des Gesetzes erfasst. Das Gleiche gilt für die Prüfgesellschaften der Finanzmarktinfrastrukturen, weil sie die Einhaltung der aufsichtsrechtlichen Bestimmungen überprüfen müssen (Art. 84 Abs. 1 FinfraG). Keine Finanzmarktinfrastrukturen stellen hingegen organisierte Handelssysteme (sog. OTF) gemäss Art. 42 FinfraG dar.³⁸ Dies hat zur Folge, dass die allg. Bewilligungsvoraussetzungen und Pflichten in Art. 4–25 FinfraG auf OTF nicht zur Anwendung kommen.³⁹ Vielmehr sind deren Voraussetzungen in Art. 42 ff. FinfraG separat geregelt.

- 15 Art. 1 Abs. 1 FinfraG dehnt den persönlichen Anwendungsbereich des Gesetzes in Bezug auf die Marktverhaltensregeln auf sämtliche Finanzmarktteilnehmer im Effekten- und Derivatehandel aus.⁴⁰
- 16 Des Weiteren enthält das Gesetz Vorschriften für börsenkotierte Gesellschaften (Art. 122, 124, 125 Abs. 3 und 4, 132, 133, 134 Abs. 4 und 135 Abs. 1 i.f. FinfraG) und für Anleger (Art. 120 f., 125 ff. und 135 FinfraG). Diesbezüglich spricht man vom Börsengesellschaftsrecht.⁴¹
- 17 Schliesslich unterstehen auch die Aufsichtsorgane nach Massgabe ihres gesetzlichen Auftrages dem Finanzmarktinfrastukturgesetz und seinen Ausführungserlassen.⁴²

b) Sachlich

- 18 Hauptsächlicher Regelungsgegenstand des FinfraG ist der Effekten- und der Derivatemarkt (vgl. Art. 1 FinfraG). Die in diesem Beitrag interessierenden Regelungen betr. Handelsplätze, Offenlegung von Beteiligungen, öffentliche Kaufangebote sowie Insiderhandel und Marktmanipulation sind jedoch auf den Effektenmarkt beschränkt. Infolgedessen fällt nur der Handel mit Effekten i.S.v. Art. 2 lit. b FinfraG (vereinheitlichte und zum massenweisen Handel geeignete Wertpapiere, Wertrechte, Derivate und Bucheffekten; vgl. auch Art. 2 Abs. 1 FinfraV) in den Anwendungsbereich dieser Regelungen. Nicht erfasst wird dagegen etwa der Handel mit nicht standardisierten Derivatkontrakten oder mit nicht vertretbaren Wertpapieren. Ebenfalls nicht anwendbar sind die entsprechenden Regelungen auf Märkte für Waren oder Dienstleistungen.
- 19 Der Geltungsbereich des Gesetzes ist zudem im Wesentlichen auf den Sekundärmarkt beschränkt. Darunter wird der börsliche und ausserbörsliche Handel mit bereits emittierten Effekten verstanden. Der Sekundärmarkt führt zu einer Umverteilung der Effekten, wobei deren Gesamtbestand unverändert bleibt. Ebenfalls dem Sekundärmarkt zugeordnet wird in regulatorischer Hinsicht der Graumarkt, obwohl dieser sich ausserhalb der Börse abspielende Handel von Anleiheobligationen zeitlich während der Zeichnungsfrist stattfindet.⁴³
- 20 Nicht in den Regelungsbereich des FinfraG fällt dagegen grundsätzlich der Primärmarkt. Als solcher wird die Syndizierung und Platzierung von neu emittierten Wertpapieren bezeichnet.⁴⁴ Er führt zu einer Erhöhung des Gesamtbestandes an Effekten. Seine Ausklam-

38 Zum Begriff des organisierten Handelssystems hinten Rz 83 ff.

39 Botschaft FinfraG, 7513.

40 Vgl. etwa Rz 155, 682, 698.

41 Zum Börsengesellschaftsrecht hinten Rz 248 ff.

42 Zur Aufsicht über die Handelsplätze hinten Rz 243 ff.

43 Zum Ganzen ZOBL/ARPAGAU, SZW 5/1995, 246 ff.

44 Eingehend hierzu statt vieler REUTTER, IPO, 7 ff.; WEBER/KRONAUER/HUBER, Börsenzulassung, § 44 Rz 79 ff.; ZOBL/KRAMER, Kapitalmarktrecht, Rz 1064 ff.

merung wurde vom Gesetzgeber beim Erlass des Börsengesetzes damit begründet, dass die wesentlichen Bestimmungen des Primärmarktes – die Prospektpflicht (Art. 652a und 1156 OR) und die Prospekthaftung (Art. 752 und 1156 Abs. 3 OR) – bereits im OR enthalten sind und eine Regelung im aBEHG daher rechtssystematisch störend gewesen wäre.⁴⁵

Des Weiteren regelt das Finanzmarktinfrastrukturgesetz mit den Bestimmungen über die Offenlegung von Beteiligungen (Art. 120 ff. FinfraG) und die öffentlichen Kaufangebote (Art. 125 ff. FinfraG) den Unternehmenskontrollmarkt.⁴⁶ 21

c) Örtlich

Das Kriterium für den örtlichen Anwendungsbereich des Börsenrechts ist grundsätzlich die physische Anwesenheit des zu Beaufsichtigenden in der Schweiz. Dem Finanzmarktinfrastrukturgesetz unterstellt sind folglich in der Schweiz ansässige Handelsplätze sowie solche mit Sitz im Ausland, die aber in der Schweiz eine physische Präsenz unterhalten (Art. 41 FinfraG). Nicht dem FinfraG unterstellt sind nach hier vertretener Ansicht ausländische (elektronische) Handelsplätze, die inländischen Teilnehmern den Zugang über das Internet ermöglichen.⁴⁷ 22

Die Bestimmungen über die Offenlegung von Beteiligungen und über die öffentlichen Kaufangebote galten früher nur für Gesellschaften mit Sitz in der Schweiz, deren Beteiligungspapiere mindestens teilweise in der Schweiz kotiert sind.⁴⁸ Um negative Regelungskonflikte zu vermeiden, wurde der Anwendungsbereich per 1.5.2013 auf Gesellschaften mit statutarischem Sitz im Ausland, deren Beteiligungspapiere ganz oder teilweise in der Schweiz hauptkotiert sind, ausgeweitet (Art. 120 Abs. 1, Art. 125 Abs. 1 lit. b FinfraG).⁴⁹ Ist im Zusammenhang mit einem öffentlichen Kaufangebot gleichzeitig schweizerisches und ausländisches Recht anwendbar, so kann nach Art. 125 Abs. 2 FinfraG unter bestimmten Voraussetzungen auf die Anwendung der Vorschriften des Schweizer Rechts verzichtet werden.⁵⁰ 23

7. Verhältnis zu anderen Kapitalmarkterlassen

a) Kapitalmarktrecht als Querschnittsmaterie

Die Schweiz verfügt nicht über ein einheitliches Kapitalmarktgesetz. Vielmehr ist das Kapitalmarktrecht – entsprechend seiner Eigenschaft als Querschnittsmaterie – in verschie- 24

45 Botschaft BEHG, 1379, 1383 ff. Die Bestimmungen über die Prospektpflicht und die Prospekthaftung sollen in Zukunft vom OR in das geplante FIDLEG überführt werden; vgl. Botschaft FIDLEG/FINIG, 9004; REHM/WERLEN, Paradigmenwechsel, 55 ff.

46 Zum Unternehmenskontrollmarkt vgl. hinten Rz 435.

47 A.M. BREITENSTEIN, 74 FN 33; DIETZI/LATOUR, Börsenrecht, 47, und BSK BEHG-SCHAAD, Art. 37 N 22 f. Näheres dazu hinten Rz 89.

48 Die damalige EBK hatte jedoch bereits 1999 bei einem öffentlichen Kaufangebot bzgl. der TAG Heuer International SA, deren Aktien in der Schweiz kotiert waren, verfügt, dass diese Transaktion dem aBEHG unterstand, obwohl die TAG Heuer ihren statutarischen Sitz in Luxemburg hatte. Dies rechtfertigte die Übernahmekammer der EBK damit, dass die tatsächliche operative Verwaltung der TAG Heuer in der Schweiz lag; Verfügung der Übernahmekammer der EBK vom 30.9.1999, veröffentlicht in: EBK-Bulletin 39/2000, 25 ff.; dazu BRÜGGER/DUBS, SZW 2/2000, 69 ff.; MEIER-SCHATZ/GASSER, SZW 3/2000, 121 ff. Eingehend zum örtlichen Anwendungsbereich des Übernahmerechts unter alter Rechtslage, RÜEDI PASCAL, Der örtliche und sachliche Anwendungsbereich des Schweizer Übernahmerechts, Diss. Bern 2011, Rz 71 ff.

49 Der örtliche Anwendungsbereich wurde im Rahmen der Teilrevision des aBEHG per 1.5.2013 ausgeweitet; die Änderung wurde später ins FinfraG überführt. Vgl. Botschaft Änderung BEHG, 6889 ff., 6899 ff.; dazu hinten Rz 273 ff., 444 ff.

50 Dazu hinten Rz 451.

denen Erlassen geregelt. Es existiert weder eine Legaldefinition noch eine einheitliche Umschreibung des Begriffes Kapitalmarktrecht.⁵¹ Trotzdem besteht in der Lehre weitgehend Einigkeit darüber, welche Gesetze zu diesem Gebiet zählen.⁵² Einerseits gehören die in Art. 1 Abs. 1 FINMAG explizit als «Finanzmarktgesetze» aufgezählten Erlasse dazu: neben dem FinfraG das PfG, VVG, KAG, BankG, BEHG, GwG und VAG.⁵³ Andererseits sind auch das Aktien- und Wertpapierrecht, das BEG, gewisse Bestimmungen des StGB sowie sämtliche entsprechenden Ausführungserlasse für das Kapitalmarktrecht relevant.

b) Verhältnis zum FINMAG

- 25 Am 1.1.2009 nahm die Eidg. Finanzmarktaufsicht (FINMA) ihre Tätigkeit auf. Sie fasst die Aufsicht über sämtliche Finanzintermediäre, welche früher durch die Eidg. Bankenkommision, das Bundesamt für Privatversicherungen und die Kontrollstelle für die Bekämpfung der Geldwäscherei durchgeführt wurde, in einer integrierten Behörde zusammen.⁵⁴
- 26 Das FINMAG bildet eine Art Dachgesetz über die in seinem Art. 1 Abs. 1 genannten Finanzmarktgesetze. Es führt zu einer Harmonisierung der Aufsichtsinstrumente und der Strafbestimmungen. Daneben legt es die Organisation der FINMA fest (Art. 8 ff. FINMAG). Das FINMAG enthält jedoch weder Bestimmungen über den Inhalt der Aufsicht⁵⁵ noch über die Pflichten, welche die Beaufsichtigten treffen.⁵⁶ Diese Regelungen bilden Gegenstand der einzelnen Finanzmarktgesetze und gehen dem FINMAG als *lex specialis* vor (Art. 2 FINMAG).⁵⁷
- 27 Das Finanzmarktinfrastrukturgesetz ist ein «Finanzmarktgesetz» im Sinne des FINMAG (Art. 1 Abs. 1 lit. h FINMAG). Sowohl Börsen wie auch andere Finanzmarktinfrastrukturen brauchen eine Bewilligung der FINMA (Art. 4 Abs. 1 FinfraG i.V.m. Art. 3 lit. a FINMAG). Die Bewilligungsvoraussetzungen werden jedoch entsprechend dem Gesagten im Finanzmarktinfrastrukturgesetz selber geregelt (Art. 4 ff. FinfraG). Bei der Aufsicht über Finanzmarktinfrastrukturen stehen der FINMA die Instrumente in Art. 24 ff. FINMAG zur Verfügung. Dabei sind insb. das Berufsverbot (Art. 33 FINMAG) sowie die Einziehung von Vermögenswerten (Art. 35 FINMAG) zu nennen, welche seit Inkrafttreten des FINMAG neu zur Verfügung stehen. Als *ultima ratio* kann die FINMA einer Finanzmarktinfrastuktur die Bewilligung entziehen (Art. 37 FINMAG). Spezifisch die

51 In der Lehre werden verschiedene Ansätze zur Begriffsbestimmung vertreten. Nach der bewährten Definition von HOPT umfasst das Kapitalmarktrecht die Gesamtheit der Grundsätze und Normen, die sich mit dem öffentlichen Vertrieb und Umlauf von Wertpapieren und Wertrechten befassen, um den Individualschutz der Anleger und den Funktionsschutz des Kapitalmarkts zu gewährleisten (HOPT, ZHR 1977, 431). Vgl. zum Begriff Kapitalmarktrecht auch BLÖCHLINGER, 5 ff.; ZOBL, Kapitalmarktrecht, 3 ff., sowie zu dessen Grundlagen im Allgemeinen WERLEN, Grundlagen, passim.

52 BLÖCHLINGER, 8 m.w.V.

53 Die Aufzählung in Art. 1 Abs. 1 FINMAG soll zukünftig durch die geplanten FIDLEG und FINIG ergänzt werden; Botschaft FIDLEG/FINIG, 9012, 9071.

54 Vgl. zur FINMA A Rz 70 ff. sowie BSK FINMAG, Art. 1 ff.; BankG-Kommentar-KRAMER, Verhältnis des Bankengesetzes zu anderen Gesetzen N 18 ff.; NOBEL, Finanzmarktrecht, § 7 Rz 1 ff.

55 Vgl. Art. 24 Abs. 1 FINMAG: Die FINMA führt die Aufsicht «nach Massgabe der Finanzmarktgesetze» durch. Ebenso sieht Art. 5 FINMAG vor, dass die FINMA ihre Ziele «nach Massgabe der Finanzmarktgesetze» erreichen soll.

56 Vgl. Art. 3 lit. a FINMAG, wonach der Aufsicht jene Personen unterstehen, «die nach den Finanzmarktgesetzen eine Bewilligung, eine Anerkennung, eine Zulassung oder eine Registrierung der FINMA benötigen».

57 Daraus ergibt sich, dass durch das FINMAG zwar eine formelle, nicht aber eine materielle Vereinheitlichung des Aufsichtsrechts erfolgte.

Aufsicht über dem Finanzmarktinfrastukturgesetz unterstellte Personen betreffende Bestimmungen befinden sich überdies in Art. 83 ff. und Art. 144 ff. FinfraG.⁵⁸ Das Gleiche gilt für die Strafbestimmungen: Einerseits sind die vereinheitlichten und seit Inkrafttreten des FINMAG teilweise massiv verschärften Strafandrohungen in Art. 44 ff. FINMAG zu beachten (z.B. Tätigkeit ohne Bewilligung in Art. 44 FINMAG). Andererseits enthält das FinfraG in Art. 147 ff. eigene Strafbestimmungen, so z.B. zur Sanktionierung von Insiderhandel (Art. 154 FinfraG), Kursmanipulation (Art. 155 FinfraG) oder Meldepflichtverletzungen (Art. 151 FinfraG).⁵⁹

c) Verhältnis zum BEHG

Bis zum 31.12.2015 war das gesamte Börsenrecht im Börsengesetz (BEHG) enthalten. Mit dem Inkrafttreten des FinfraG wurden die Bestimmungen zu den Handelsplätzen, den Meldepflichten, den öffentlichen Kaufangeboten, den Marktverhaltensregeln und der Amtshilfe in das FinfraG überführt und im BEHG gestrichen.⁶⁰ Dies hat zur Folge, dass das Börsengesetz derzeit nur noch die Aufsicht über die Effektenhändler regelt (vgl. Art. 1 Abs. 1 BEHG). Geplant ist, dass die Regulierung der Effektenhändler – neu unter dem Titel «Wertpapierhäuser» – ins FINIG überführt und das BEHG gänzlich aufgehoben wird.⁶¹

Gemäss Art. 2 lit. d BEHG sind Effektenhändler Personen und Personengesellschaften, die gewerbsmässig für eigene Rechnung zum kurzfristigen Wiederverkauf oder für Rechnung Dritter Effekten auf dem Sekundärmarkt kaufen und verkaufen, auf dem Primärmarkt öffentlich anbieten oder selbst Derivate schaffen und öffentlich anbieten.⁶² De lege lata bestehen verschiedene Berührungspunkte aber auch Differenzen zwischen dem FinfraG und dem BEHG. So richtet sich der in Art. 2 lit. d BEHG erwähnte Begriff der «Effekten» nach der Definition in Art. 2 lit. b FinfraG und Art. 2 Abs. 1 FinfraV. Der Begriff der «Derivate» in Art. 2 lit. d BEHG ist hingegen anders zu verstehen als jener in Art. 2 lit. c FinfraG und Art. 2 Abs. 2 FinfraV. Während die Definition der Derivate im FinfraG auf «Finanzkontrakte», also standardisierte oder zwischen zwei Parteien (OTC) abgeschlossene Verträge,⁶³ beschränkt ist und die als «Kassageschäfte» qualifizierten Effekten explizit ausnimmt (Art. 2 Abs. 3 lit. a i.V.m. Art. 2 Abs. 4 lit. b FinfraV), kann sich Art. 2 lit. d BEHG von seinem Wortlaut her nur auf von Effektenhändlern emissionsweise geschaffene Derivate in der Form von Effekten gemäss Art. 2 lit. b FinfraG (also strukturierte Produkte und verbrieft Optionsscheine, sog. Warrants) beziehen.⁶⁴ Eine weitere Verbindung zwischen den beiden Gesetzen besteht darin, dass in der Praxis für die Zulassung als Teilnehmer an einem Handelsplatz wohl meist eine Bewilligung als Effektenhändler nach Art. 10 BEHG notwendig sein wird (Art. 34 Abs. 2 lit. a FinfraG).⁶⁵ Ähnliches gilt auch für die Bewilligung als organisiertes Handelssystem: Gemäss Art. 43 Abs. 1 FinfraG

58 Zur Aufsicht über die Handelsplätze hinten Rz 243 ff.

59 Zu den Strafbestimmungen hinten Rz 652 ff.

60 Vgl. hierzu Rz 5 ff.

61 Botschaft FIDLEG/FINIG, 9032.

62 Eingehend zu den Effektenhändlern s. B Rz 95 ff.

63 Botschaft FinfraG, 7513.

64 Dieser unterschiedliche Derivatebegriff im FinfraG und im BEHG scheint jedoch nicht beabsichtigt, sondern ein Versehen des Gesetzgebers zu sein. Die Differenz sollte m.E. bei der Überführung der Effektenhändlerregulierung in das FINIG behoben werden. Vgl. auch Rz 35 FN 72.

65 Als Teilnehmer infrage kommen gem. Art. 34 Abs. 2 FinfraG neben Effektenhändlern von der FINMA bewilligte ausländische Teilnehmer, die SNB und andere nach Art. 3 FINMAG Beaufsichtigte, sofern sie gleichwertige technische und operative Voraussetzungen erfüllen wie Effektenhändler. Vgl. hierzu Rz 163 ff.

bedarf einer Bewilligung als Effekthändler, Bank oder Handelsplatz, wer ein OTF betreibt.⁶⁶

d) Verhältnis zum BankG

- 30 Das Bankengesetz regelt die Bewilligung und die Überwachung von Banken.⁶⁷ Diverse Bestimmungen des Bankenrechts sind aufgrund von Gesetzesverweisung auch im Börsenrecht anwendbar, so z.B. die Vorschriften über Finanzgruppen (Art. 15 Abs. 3 FinfraG i.V.m. Art. 3b ff. BankG), über das Vorgehen bei Insolvenz (Art. 88 Abs. 1 FinfraG i.V.m. Art. 24 ff. und Art. 37d ff. BankG) oder über den Aufschub von Verträgen (Art. 75 Abs. 2 FinfraG i.V.m. Art. 30a BankG). Darüber hinaus ist es Instituten, die über eine Bewilligung als Bank verfügen, gem. Art. 43 Abs. 1 FinfraG erlaubt, ein organisiertes Handelssystem zu betreiben. Schliesslich befreit die Bewilligung als Bank von der Bewilligungspflicht als Zahlungssystem (Art. 4 Abs. 2 FinfraG).

e) Verhältnis zum KAG

- 31 Das Kollektivanlagengesetz (KAG) ist seit dem 1.1.2007 in Kraft. Zuerst nur als Revision des bis dahin geltenden Anlagefondsgesetzes (AFG) gedacht, führte das KAG schliesslich einen eigentlichen Paradigmenwechsel im Recht der kollektiven Kapitalanlagen herbei. Während dem AFG nur (offene) vertragliche Anlagefonds unterstellt waren, regelt das KAG neben diesen auch die SICAV als offene sowie die Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen und die SICAF als geschlossene kollektive Kapitalanlagen.⁶⁸ Zudem unterliegen dem Gesetz ausländische kollektive Kapitalanlagen.⁶⁹
- 32 Der Anwendungsbereich des KAG ist weitgehend auf den Primärmarkt beschränkt. Der Sekundärmarkthandel mit Anteilen von kollektiven Kapitalanlagen untersteht dagegen dem FinfraG. Als weiterer Unterschied zum FinfraG und auch zum BankG besteht im KAG nicht nur eine Bewilligungspflicht für die Intermediäre (Art. 13 f. KAG), sondern auch die einzelnen Produkte müssen von der FINMA genehmigt werden (Art. 15 KAG).
- 33 Die Bestimmungen über öffentliche Kaufangebote nach Art. 125 ff. FinfraG sind auf die Investmentgesellschaft mit variablem Kapital (SICAV) nicht anwendbar (Art. 45 KAG). Begründet wird dies damit, dass die SICAV eine blossе Finanzanlage darstellt, und es nicht ihrem Wesen entspricht, auf die Geschäftsführung einer Zielgesellschaft Einfluss zu nehmen.⁷⁰ Nicht betroffen von dieser Ausnahme sind die Meldepflichten gem. Art. 120 ff. FinfraG, welche auf alle kollektiven Kapitalanlagen anwendbar sind.

⁶⁶ Vgl. hierzu Rz 85.

⁶⁷ Vgl. zum Bankenrecht B Rz 1 ff.

⁶⁸ Obwohl Art. 2 Abs. 1 KAG festhält, dass dem Gesetz sämtliche kollektiven Kapitalanlagen, unabhängig ihrer Rechtsform, unterstellt sind, besteht ein *numerus clausus* der bewilligungsfähigen Rechtsformen. Es gibt also weiterhin zulässige Formen der kollektiven Kapitalanlage, die nicht dem KAG unterstellt sind; vgl. dazu LUCHSINGER GÄHWILER CATRINA, Die SICAF, in: Gaudenz G. Zindel/Patrik R. Peyer/Bertrand Schott (Hrsg.), *Wirtschaftsrecht in Bewegung*, Festgabe zum 65. Geburtstag von Peter Forstmoser, Zürich 2008, 281–295, 283 ff.

⁶⁹ Vgl. zum Recht der kollektiven Kapitalanlagen D Rz 1 ff.

⁷⁰ Botschaft KAG, 6454.

f) Verhältnis zum Aktien-, Wertpapier- und Vertragsrecht

Das Aktienrecht regelt mit der AG die für die Aufnahme grosser Kapitalien geeignete Gesellschaftsform. Dementsprechend sind viele Normen auch für das Kapitalmarktrecht von Bedeutung. So bspw. die Bestimmungen über die Aktien, die Rechnungslegungsnormen (Art. 957 ff. OR), die Offenlegungsvorschriften für Publikumsgesellschaften (Art. 663b^{bis} und 663c OR) sowie die Vinkulierungsbestimmungen für börsenkotierte Namenaktien (Art. 685d ff. OR). Die Offenlegungsvorschriften des Aktienrechts werden allerdings durch das FinfraG verschärft (vgl. Art. 120 ff. FinfraG). Zudem finden sich im Aktienrecht mit der Prospektpflicht und der Prospekthaftung (Art. 652a, 752 OR) genuine kapitalmarktrechtliche Normen.⁷¹ 34

Ein Wertpapier ist nach der Legaldefinition jede Urkunde, mit der ein Recht derart verknüpft ist, dass es ohne die Urkunde weder geltend gemacht noch auf andere übertragen werden kann (Art. 965 OR). Das Finanzmarktinfrastukturgesetz geht dagegen von einem eigenen Effektenbegriff aus (Art. 2 lit. b FinfraG). Dieser ist insofern enger, als nur vereinheitlichte und zum massenweisen Handel geeignete Wertpapiere erfasst werden. Gleichzeitig ist der Begriff der Effekte in dem Sinne weiter als der des Wertpapiers, als auch nicht verurkundete Wertrechte und standardisierte Derivatkontrakte⁷² darunter fallen. Dementsprechend ist das Wertpapierrecht dann auf das Kapitalmarktrecht anwendbar, wenn physische Wertpapiere gehandelt werden.⁷³ Weiter sind aus dem Wertpapierrecht die Bestimmungen über die Anleiensobligationen (Art. 1156 ff. OR) zu beachten (so insb. Art. 1156 OR zur Prospektpflicht und Prospekthaftung).⁷⁴ 35

Auch das Vertragsrecht ist für das Kapitalmarktrecht von grosser Bedeutung. So kommt das Auftrags-, Kommissions- und Kaufvertragsrecht sowohl bei der Platzierung wie auch beim Handel von Effekten zur Anwendung. Für die Verfügung über nicht verurkundete Wertrechte ist zudem Zessionsrecht (Art. 164 ff. OR) anwendbar, sofern es sich nicht um Bucheffekten im Sinne des BEG handelt. 36

g) Verhältnis zum BEG

Das zentrale Element des seit 1937 unveränderten Schweizer Wertpapierrechts ist die Verknüpfung des Rechts mit der physischen Urkunde (vgl. Art. 965 OR). Mit der rasant wachsenden Verbreitung von Wertpapieren stellte sich diese jedoch als Hindernis für den Rechtsverkehr heraus, weshalb es zu einer schrittweisen Rationalisierung kam.⁷⁵ Heute ist die sog. mediatisierte Wertpapierverwahrung üblich, bei der Wertpapiere nicht mehr durch die Anleger selbst, sondern durch Verwahrungsstellen gelagert und verwaltet werden. Für die damit einhergehende Immobilisierung und Entmaterialisierung der Wertpa- 37

71 Die Bestimmungen über die Prospektpflicht und die Prospekthaftung sollen jedoch vom Aktienrecht in das geplante FIDLEG überführt werden; vgl. Botschaft FIDLEG/FINIG, 9004; REHM/WERLEN, Paradigmenwechsel, 55 ff.

72 Derivate können sowohl Gegenstand von emissionsweise geschaffenen Wertpapieren oder Wertrechten (z.B. Warrants) als auch von standardisierten Verträgen (z.B. Traded Options und Financial Futures) sein. Im ersten Fall werden sie an Wertpapierbörsen gehandelt, im letzteren Fall an Derivatbörsen (z.B. Eurex). Individuell ausgehandelte Derivate gelten dagegen aufgrund der fehlenden Standardisierung nicht als Effekten i.S.v. Art. 2 lit. b FinfraG. Vgl. dazu Erläuterungsbericht FinfraV, 6; CONTRATTO, Regulierung, 128 ff.; BEHG-Kommentar-ZOBL, Art. 2a N 3 ff.; ZOBL/KRAMER, Kapitalmarktrecht, Rz 535 ff.

73 Zu den Bucheffekten s. hinten Rz 37 ff.

74 Art. 1156 OR zur Prospektpflicht und Prospekthaftung bei Anleiensobligationen soll in Zukunft vom OR in das geplante FIDLEG überführt werden; vgl. Botschaft FIDLEG/FINIG, 9004; REHM/WERLEN, Paradigmenwechsel, 55 ff.

75 Vgl. dazu NOBEL, Finanzmarktrecht, § 11 Rz 1 ff.; ZOBL DIETER/LAMBERT CLAUDE, Zur Entmaterialisierung der Wertpapiere, SZW 3/1991, 117–139, insb. 125 ff.

piere war die gesetzliche Grundlage im OR ungenügend.⁷⁶ Mit dem Bucheffektengesetz (BEG), welches am 1.1.2010 in Kraft trat, wurde dieses Manko behoben.

- 38 Das BEG schafft mit der Bucheffekte ein neues Vermögensojekt *sui generis*.⁷⁷ Dieses entsteht jedoch nicht originär, sondern leitet sich von bereits bestehenden Wertpapieren, Globalurkunden oder Wertrechten ab (sog. Underlyings; Art. 6 Abs. 1 BEG). Zudem kommt für die Entstehung und Übertragung von Bucheffekten sowie für die Begründung von Rechten daran der Gutschrift im Effektenkonto konstitutive Wirkung zu. Sind Bucheffekten einmal einem Effektenkonto gutgeschrieben, kommt es nicht mehr auf die Art des Underlyings an, sondern es gilt das einheitliche Regelungskonzept des BEG.⁷⁸
- 39 Der Begriff der Bucheffekte nach Art. 3 Abs. 1 BEG ist zugleich enger und weiter als der Begriff der Effekte gem. Art. 2 lit. b FinfraG. Einerseits stellen auch standardisierte Derivatkontrakte Effekten im Sinne des FinfraG dar,⁷⁹ während Bucheffekten nur Wertpapiere, Globalurkunden oder Wertrechte unterlegt werden können. Andererseits müssen Effekten im Sinne des FinfraG zum massenweisen Handel geeignet sein. Eine Bucheffekte kann dagegen jeder Titel sein, sofern er vertretbar ist.⁸⁰ Darüber hinaus ist zu beachten, dass der Anwendungsbereich des BEG auf Bucheffekten, die eine Verwahrungsstelle⁸¹ einem Effektenkonto gutgeschrieben hat, beschränkt ist (Art. 2 Abs. 1 BEG).⁸²

h) Verhältnis zum NBG

- 40 Weil die dem Börsenhandel nachgelagerten Zahlungs- und Effektenabwicklungssysteme nicht unter den Börsenbegriff gem. Art. 2 lit. b aBEHG fielen,⁸³ war der Betrieb solcher Systeme früher bewilligungsfrei möglich, sofern der Betreiber nicht gleichzeitig eine bewilligungspflichtige Tätigkeit als Bank oder Effektenhändler ausübte.⁸⁴ Die grosse Bedeutung solcher Systeme für den gesamten Finanzmarkt machte indessen eine gesetzliche Regelung deren Überwachung notwendig. In einem ersten Schritt wurde deshalb mit der Totalrevision des Nationalbankgesetzes im Jahr 2003 eine staatliche Aufsicht über Zahlungs- und Effektenabwicklungssysteme sowie über die Systembetreiber eingeführt. Die neue Regelung sah eine Aufgabenteilung zwischen der Schweizerischen Nationalbank und der FINMA vor (sog. Komplementärmodell): Während die Systemüberwachung der

⁷⁶ Botschaft BEG, 9324 ff.

⁷⁷ BGE 138 III 137 E. 5.2.1; BSK Wertpapierrecht-KUNZ, Art. 3 BEG N 5 ff. m.w.V.; krit. BEG-Kommentar-ZOBL/GERICKE, Systematischer Teil N 42 ff., nach welchen die Bucheffekte im Ergebnis ein obligatorisches Recht darstellt, mit welchem ein Miteigentumsanteil bzw. eine Mitberechtigung an Underlyings subjektiv-dinglich verbunden ist.

⁷⁸ Zum Bucheffektengesetz im Allgemeinen BÄRTSCHI HARALD, Die rechtliche Umsetzung des Bucheffektengesetzes, AJP 9/2009, 1071–1087; BEELER LUKAS, Bucheffekten, Übertragung, Stornierung und gutgläubiger Erwerb, Diss. Zürich 2013; BEG-Kommentar, passim; BSK Wertpapierrecht, passim; HANTEN MARION, Das Bucheffektengesetz: eine rechtliche Analyse der schweizerischen Lösung für die sog. mediatisierte Wertpapierverwahrung, Basel 2012; HESS MARTIN/FRIEDRICH ALAIN, Das neue Bucheffektengesetz (BEG), GesKR 2/2008, 98–118; NOBEL, Finanzmarktrecht, § 11 Rz 77 ff.; STEINER FLORIAN LOUIS, Besicherung nach dem Bucheffektengesetz, Diss. St. Gallen, Zürich 2012.

⁷⁹ Botschaft FinfraG, 7513; vgl. dazu vorne Rz 35.

⁸⁰ Botschaft BEG, 9345.

⁸¹ Nach Art. 4 Abs. 2 lit. d BEG gelten als Verwahrungsstellen im Sinne des Bucheffektengesetzes u.a. Zentralverwahrer gem. Art. 61 FinfraG.

⁸² Für Querbezüge des BEG zum Aktienrecht (und damit auch zu kotierten Aktien) vgl. VON DER CRONE HANS CASPAR/BILEK EVA, Aktienrechtliche Querbezüge zum geplanten Bucheffektengesetz, SZW 2/2008, 193–207, 200 ff.

⁸³ Auch heute fallen solche Systeme nicht unter den Börsenbegriff gem. Art. 26 lit. b FinfraG; vgl. dazu hinten Rz 78.

⁸⁴ Immerhin unterstanden die wichtigen Betreiber schon damals auf freiwilliger Basis einer Aufsicht; dazu BSK BEHG-KRAMER, Art. 10^{bis} N 6.

SNB übertragen war (Art. 19 ff. NBG), war die FINMA für die Beaufsichtigung der Systembetreiber zuständig (Art. 10^{bis} aBEHG; Art. 1^{bis} aBankG).⁸⁵ Diese Regelung entsprach den vom Committee on Payment and Settlement Systems (CPSS)⁸⁶ und von der International Organization of Securities Commissions (IOSCO) erarbeiteten und damals geltenden internationalen Standards.⁸⁷

In den Principles for Financial Market Infrastructures vom April 2012 verlangen diese bei- 41
den Organisationen nun generelle Vorgaben für die Regulierung von Finanzmarktinfrastrukturen.⁸⁸ Um diesen Anforderungen gerecht zu werden, erfolgt mit dem FinfraG eine einheitliche Erfassung aller Finanzmarktinfrastrukturen,⁸⁹ wobei systemisch bedeutsame Infrastrukturen besonderen Voraussetzungen genügen müssen (Art. 22 ff. FinfraG). Als systemisch bedeutsame Finanzmarktinfrastrukturen kommen gem. Art. 22 Abs. 1 FinfraG und Art. 19 Abs. 1 NBG nur zentrale Gegenparteien (Art. 48 ff. FinfraG), Zentralverwahrer (Art. 61 ff. FinfraG) und Zahlungssysteme (Art. 81 f. FinfraG) infrage. Bei Börsen und anderen Handelsplätzen besteht dagegen regelmässig kein Gegenparteirisiko und ihre Dienstleistung ist substituierbar, weshalb sie nicht als systemrelevant gelten.⁹⁰ Die Überwachung von systemisch bedeutsamen Finanzmarktinfrastrukturen erfolgt gleich wie in der bisherigen Regulierung: Während die FINMA institutsbezogen die Einhaltung der Bewilligungsvoraussetzungen prüft (sog. «supervision»; Art. 83 Abs. 2 FinfraG), erfolgt die Systemüberwachung weiterhin durch die SNB (sog. «oversight»; Art. 83 Abs. 1 FinfraG i.V.m. Art. 19 ff. NBG).⁹¹

Mit Effektenabwicklungssystemen sind Dienstleistungen im Bereich des Clearing (Füh- 42
rung, Bewertung und Verrechnung von Positionen) und des Settlement (Übertragung bzw. Umbuchung der gehandelten Effekten) gemeint.⁹² Solche Systeme fallen gem. Art. 61 Abs. 1 FinfraG unter den Begriff des Zentralverwahrers.⁹³ Aus dem Wortlaut von Art. 61 Abs. 3 FinfraG, welcher von «Geschäften mit Effekten und anderen Finanzinstrumenten» spricht, geht hervor, dass nicht nur Systeme zur Abwicklung von Effekten i.S.v. Art. 2 lit. b FinfraG, sondern auch solche zur Abwicklung von nicht standardisierten oder nicht zum massenweisen Handel geeigneten Instrumenten erfasst werden.⁹⁴ Dabei ist namentlich an den OTC-Handel von nicht standardisierten Derivaten zu denken. Nicht von der Systemüberwachung erfasst werden demgegenüber die Handelssysteme zum Abschluss der Geschäfte (Börsen und multilaterale Handelssysteme). Deren Überwachung ist abschliessend im FinfraG geregelt. Als Zahlungssysteme gelten schliesslich Einrichtungen, die gestützt auf einheitliche Regeln und Verfahren Zahlungsverpflichtungen abrechnen und abwickeln (Art. 81 FinfraG).

In der Schweiz wird das Clearing vor allem durch die SIX x-clear AG erbracht, welche 43
gleichzeitig als zentrale Gegenpartei i.S.v. Art. 48 FinfraG fungiert. Das Settlement wird auf der Geldseite von der SIX Interbank Clearing AG über die Zahlungssysteme SIC und euroSIC, auf der Effektenseite von der SIX SIS AG über das Abwicklungssystem SECOM ausgeführt. Alle diese Betreiber bilden zusammen mit dem Handelssystem der SIX Swiss Exchange AG unter dem Dach der SIX die sog. Swiss Value Chain, eine vollautomatisierte

85 Vgl. zum Komplementärmodell Urteil BGer vom 24.11.2015, 2C_345/2015, E. 4.4.

86 Das Committee on Payment and Settlement Systems (CPSS) wurde per 1.9.2014 umbenannt in Committee on Payments and Market Infrastructures (CPMI).

87 Dazu BSK BEHG-KRAMER, Art. 10^{bis} N 26.

88 Vgl. <<http://www.bis.org/cpmi/publ/d101a.pdf>> (besucht am: 30.4.2016).

89 Vgl. hierzu Rz 14.

90 Botschaft FinfraG, 7524.

91 Botschaft FinfraG, 7557 f.

92 Botschaft Revision NBG, 6170.

93 Vgl. Botschaft FinfraG, 7548.

94 Noch zum alten Recht Botschaft Revision NBG, 6218.

Prozesskette auf Echtzeitbasis zur Wertschriftenabwicklung (sog. Straight Through Processing). Der hohe Automatisierungsgrad führt zu niedrigen Transaktionskosten. Zudem wird durch das Prinzip «Lieferung gegen Zahlung» das Erfüllungsrisiko eliminiert.⁹⁵

- 44 Ziel der Systemüberwachung der SNB gem. Art. 19 ff. NBG ist es, Systemrisiken zu minimieren und dadurch einen Beitrag an die Stabilität des Finanzsystems zu leisten.⁹⁶ Das NBG sieht zu diesem Zweck ein dreistufiges Überwachungskonzept vor.⁹⁷ Zu den systemisch bedeutsamen Finanzmarktinfrastrukturen i.S.v. Art. 22 ff. FinfraG und Art. 19 ff. NBG zählen gegenwärtig sowohl die SIX x-clear AG wie auch das SIC und das SECOM.⁹⁸

i) Verhältnis zum GwG

- 45 Die Regeln zur Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung im Finanzsektor ergeben sich aus einem Komplex verschiedener nationaler und internationaler Normen, welche historisch gewachsen sind.⁹⁹ In aufsichtsrechtlicher Hinsicht ist insb. das Geldwäschereigesetz (GwG) von Bedeutung. Es statuiert für Finanzintermediäre verschiedene Sorgfaltspflichten bei der Aufnahme und Überwachung von Geschäftsbeziehungen (Art. 3 ff. GwG) sowie Pflichten bei begründetem Geldwäschereiverdacht (Art. 9 ff. GwG). Das Gesetz unterscheidet zwei Kategorien von Finanzintermediären: Einerseits solche, die bereits spezialgesetzlich unter Aufsicht stehen (Art. 2 Abs. 2 GwG). Diese werden auch bzgl. der Pflichten des Geldwäschereigesetzes von der FINMA beaufsichtigt (Art. 12 lit. a GwG).¹⁰⁰ Andererseits werden auch alle nicht spezialgesetzlich regulierten Finanzintermediäre erfasst (Art. 2 Abs. 3 GwG), sofern sie nicht unter eine Ausnahme in Art. 2 Abs. 4 GwG fallen. Die Aufsicht über letztere obliegt grundsätzlich den anerkannten Selbstregulierungsorganisationen (sog. SRO; vgl. Art. 24 ff. GwG). Ist ein nicht regulierter Finanzintermediär keiner SRO angeschlossen, ist die FINMA direkt zuständig (sog. DUFI; Art. 12 lit. c GwG). In diesem Fall muss bei der FINMA eine Bewilligung für die Ausübung der Tätigkeit eingeholt werden (Art. 14 GwG).
- 46 Im Anwendungsbereich des FinfraG unterstehen die zentralen Gegenparteien und die Zentralverwahrer als spezialgesetzlich beaufsichtigte Finanzintermediäre dem Geldwäschereigesetz (Art. 2 Abs. 2 lit. d^{bis} GwG). Auf Zahlungssysteme findet das GwG nur Anwendung, wenn sie bewilligungspflichtig i.S.v. Art. 4 Abs. 2 FinfraG sind (Art. 2 Abs. 2 lit. d^{ter} GwG). Entsprechend werden vom Geldwäschereigesetz die für das Clearing und Settlement zuständigen SIX x-clear AG und SIX SIS AG¹⁰¹ erfasst. Nicht in den Geltungsbereich des GwG fallen dagegen Börsen und multilaterale Handelssysteme gem. Art. 26 lit. b und c FinfraG (Art. 2 Abs. 2 GwG e contrario). Im Weiteren sieht die Geldwäschereiverordnung der FINMA für DUFI verschiedene Erleichterungen vor, falls die Vertragspartei eine börsennotierte juristische Person ist. In diesem Fall kann etwa auf die Identifi-

95 Näheres zur Swiss Value Chain bei HIRSZOWICZ, Bankpolitik, 567 f.; ZOBL/KRAMER, Kapitalmarktrecht, Rz 1316 ff.

96 Botschaft Revision NBG, 6170.

97 Eingehend dazu BRÄNDLI, SZW 1/2011, 5 ff.; KRAMER, Rechtsprobleme, 220 ff.; ZOBL/KRAMER, Kapitalmarktrecht, Rz 1014 ff.

98 Vgl. <http://www.snb.ch/de/i/about/finstab/finover/id/finstab_systems#t2> (besucht am: 30.4.2016); vgl. auch Bericht «Die Überwachung von Zahlungs- und Effektenabwicklungssystemen durch die Schweizerische Nationalbank» der SNB vom Mai 2009, 4.

99 Dazu im Einzelnen B Rz 124 ff. sowie NOBEL, Finanzmarktrecht, § 5 Rz 1 ff.; BankG-Kommentar-SCHWOB/COSANDEY, Erläuterungen zu den Massnahmen gegen die Geldwäscherei N 1 ff.; ZOBL/KRAMER, Kapitalmarktrecht, Rz 182 ff., 844 ff.

100 Spielbanken werden von der Eidg. Spielbankenkommission beaufsichtigt (Art. 2 Abs. 2 lit. e i.V.m. Art. 12 lit. b GwG).

101 Vgl. dazu vorne Rz 42 f.

zierung der Vertragspartei oder auf die Feststellung der Kontrollinhaberin bzw. der wirtschaftlich berechtigten Person verzichtet werden (Art. 53 Abs. 1, Art. 58 lit. a, Art. 63 Abs. 4 GwV-FINMA).

j) *Verhältnis zum StGB*

Neben den Strafbestimmungen in den einzelnen Finanzmarktgesetzen finden sich auch im StGB Tatbestände, die dem sog. Finanzmarktstrafrecht angehören.¹⁰² Im Börsenrecht betraf dies früher die Insiderstrafnorm (Art. 161 aStGB) und das Verbot der Kursmanipulation (Art. 161^{bis} aStGB). Diese beiden Tatbestände wurden jedoch aufgrund ihres engen Sachzusammenhangs zum Börsenwesen bereits per 1.5.2013 in das damalige Börsengesetz überführt (Art. 40 und 40a aBEHG)¹⁰³ und finden sich heute im Finanzmarktinfrastrukturgesetz (Art. 154 und 155 FinfraG).¹⁰⁴ 47

k) *Verhältnis zur Steuergesetzgebung*

Auch gewisse Steuergesetze spielen im Börsenrecht eine Rolle, so insb. das Bundesgesetz über die Stempelabgaben vom 27.6.1973 (StG; SR 641.10). Diese Abgaben stellen eine Hemmung des schweizerischen Börsenhandels dar. Immerhin trat am 1.7.2010 eine Änderung des StG in Kraft,¹⁰⁵ welche ausländische Mitglieder einer Schweizer Börse (sog. Remote Members) von der Unterstellung unter das Gesetz befreit. Dadurch wird gewährleistet, dass ausländische Effektenhändler nach der Rückführung des Blue-Chip-Handels von London in die Schweiz¹⁰⁶ ihren Handel wie zuvor in London abgabefrei betreiben können.¹⁰⁷ Darüber hinaus verlangt eine parlamentarische Initiative die schrittweise Abschaffung der Stempelsteuer, weil sie einen gravierenden Wettbewerbsnachteil des Schweizer Finanzplatzes darstelle.¹⁰⁸ 48

l) *Verhältnis zum internationalen Recht*

Die Schaffung sowohl des alten Börsengesetzes als auch des FinfraG sollte eine angemessene Antwort auf die internationalen Entwicklungen und die globalen Verflechtungen der Finanzmärkte darstellen.¹⁰⁹ Daher erfolgte eine bewusste Anpassung an das EU-Recht sowie an andere internationale Standards (z.B. der IOSCO).¹¹⁰ Dies soll einerseits gewähr- 49

102 Zum Begriff «Finanzmarktstrafrecht» sowie zum Verhältnis des Finanzmarktstrafrechts zum Finanzmarktrecht vgl. NOBEL, Finanzmarktrecht, § 15 Rz 1 ff.; ACKERMANN, 1 ff.; WOHLERS, Finanz- und Kapitalmarktstrafrecht, 355 ff.

103 Botschaft Änderung BEHG, 6886 f.

104 Zu den Börsendelikten vgl. hinten Rz 652 ff.

105 Aufhebung von Art. 13 Abs. 3 lit. e, Art. 17 Abs. 4 und Art. 19 Abs. 2 StG.

106 Vgl. vorne Rz 3.

107 Vgl. Stellungnahme Stempelabgaben, 8754 f.

108 Parlamentarische Initiative 09.503 vom 10.12.2009, welcher die Wirtschaftskommissionen des National- und Ständerates zugestimmt haben. Die parlamentarische Beratung der Initiative wurde bis zur Behandlung der Unternehmenssteuerreform III sistiert (AB S 2014, 613). Die Emissionsabgabe auf Fremdkapital wurde im Rahmen der neuen Grossbankenregulierung bereits per 1.3.2012 aufgehoben; AS 2012, 811.

109 Vgl. vorne Rz 5 ff.

110 Bericht Studiengruppe, 12 ff.; Botschaft BEHG, 1375, 1378, 1433 ff.; Botschaft FinfraG, 7496 ff., 7503 ff.; eingehend zu den internationalen Standards und zum Finanzmarktrecht der EU NOBEL, Finanzmarktrecht, § 3 Rz 84 ff., § 4 Rz 1 ff.; DERS., Aktienrecht, 582 ff., 703 ff.; DERS., Was heisst «internationale Standards»?; SZW 6/2015, 556–561; SCHAEFER RUPERT, Internationale Standards in der schweizerischen Finanzmarktaufsicht, SZW 6/2015, 607–613; SCHILTNECHT RETO, Internationale Standards in den Vorlagen zur neuen Finanzmarktarchitektur, SZW 6/2015, 598–606; SCHREIBER, International Standards, passim; DIES., Rechtsquelle, 131 ff.; TROXLER TIZIAN, International Standards in Swiss Financial Market

leisten, dass schweizerische Finanzdienstleister und Handelsplätze ohne übermässige Hindernisse grenzüberschreitend tätig sein können. Andererseits soll in der Schweiz kotierten Emittenten mittels international kompatiblen Kotierungsvorschriften Zugang zu internationalen Investoren verschafft werden.¹¹¹

- 50 So wurde das FinfraG massgeblich durch die MiFID II, die MiFIR und die EMIR¹¹² sowie die Principles for Financial Market Infrastructures der CPSS¹¹³ und der IOSCO¹¹⁴ beeinflusst. Insbesondere die Regulierung des ausserbörslichen Handels mit Derivaten ist in Anlehnung an die EMIR entstanden. Die Meldepflichten (Art. 120 ff. FinfraG) sind auf die Transparenzrichtlinie¹¹⁵ zurückzuführen. Der expliziten Verpflichtung in Art. 35 Abs. 2 FinfraG, beim Erlass des Kotierungsreglements international anerkannten Standards Rechnung zu tragen, entsprechend, ist das KR-SIX über weite Strecken der Börsenzulassungsrichtlinie¹¹⁶ und der Börsenprospektrichtlinie¹¹⁷ nachgebildet worden. Auf weitere Parallelen zum oder Abweichungen vom internationalen Recht wird im Laufe des Beitrages näher eingegangen.

II. Die Ausführungserlasse

- 51 Wie vorne erläutert, ist das FinfraG als Rahmengesetz konzipiert.¹¹⁸ Die Umsetzung und die nötigen Konkretisierungen geschehen durch die folgenden Ausführungserlasse:

1. Verordnungen

- 52 Auf Verordnungsstufe wird das Finanzmarktinfrastrukturgesetz gestützt auf Art. 157 Abs. 2 FinfraG durch die Verordnung des Bundesrates über die Finanzmarktinfrastrukturen und das Marktverhalten im Effekten- und Derivatehandel (FinfraV) ergänzt. Weiter ist aufgrund der Verweise in Art. 48 f. und Art. 56 FinfraV die Verordnung des Bundesrates über die Eigenmittel und Risikoverteilung für Banken und Effekthändler (ERV) zu beachten. Bezüglich der Prüfung von Finanzmarktinfrastrukturen ist die Finanzmarktpflichtverordnung des Bundesrates (FINMA-PV) relevant.
- 53 Gestützt auf entsprechende Delegationsnormen im FinfraG sowie auf Art. 7 Abs. 1 lit. a FINMAG hat die FINMA die Verordnung der Eidg. Finanzmarktaufsicht über die Finanzmarktinfrastrukturen und das Marktverhalten im Effekten- und Derivatehandel (FinfraV-FINMA) erlassen.

Law, Jusletter 16.11.2015. Zur Frage, ob die internationale Wettbewerbsfähigkeit eines der Hauptziele des FinfraG ist, vgl. vorne Rz 12.

111 ZOBL/KRAMER, Kapitalmarktrecht, Rz 69.

112 Richtlinie 2014/65/EU vom 15.5.2014 über Märkte für Finanzinstrumente (MiFID II); Verordnung (EU) Nr. 600/2014 vom 15.5.2014 über Märkte für Finanzinstrumente (MiFIR); Verordnung (EU) Nr. 648/2012 vom 4.7.2012 über OTC-Derivate, zentrale Gegenparteien und Transaktionsregister (EMIR).

113 Das Committee on Payment and Settlement Systems (CPSS) wurde per 1.9.2014 umbenannt in Committee on Payments and Market Infrastructures (CPMI).

114 Vgl. dazu vorne Rz 40 f.

115 Bei der Entstehung des aBEHG: Richtlinie 88/627/EWG. Die Transparenzrichtlinie wurde in die Kapitalmarktpublizitätsrichtlinie 2001/34/EG vom 28.5.2001 integriert. Mit der Richtlinie 2004/109/EG vom 15.12.2004 wurde eine neue Transparenzrichtlinie geschaffen, welche die RL 2001/34/EG abändert.

116 Bei der Entstehung des aBEHG: Richtlinie 79/279/EWG. Die Börsenzulassungsrichtlinie wurde ebenfalls in die Kapitalmarktpublizitätsrichtlinie 2001/34/EG integriert.

117 Bei der Entstehung des aBEHG: Richtlinie 80/390/EWG. Auch die Börsenprospektrichtlinie wurde in die Kapitalmarktpublizitätsrichtlinie 2001/34/EG integriert. Seit dem 4.11.2003 gibt es eine neue Prospekt-richtlinie 2003/71/EG, welche die RL 2001/34/EG abändert.

118 Siehe vorne Rz 10.

Zweites Kapitel

Grundlagen der schweizerischen Versicherungsaufsicht

§ 4 Versicherungsaufsicht als Bundeskompetenz

Unter «*Versicherungsaufsicht*» werden regelmässig drei Bedeutungsvarianten verstanden, 11
nämlich zunächst die Versicherungsaufsichtsgesetzgebung, dann die Ausübung der Aufsichtstätigkeit über das Versicherungswesen und schliesslich die Gesamtheit von Gesetzgebung und Aufsichtstätigkeit. Am häufigsten ist wohl die Verwendung des Begriffs in der dritten Bedeutungsvariante, welche sowohl die normative Komponente als auch die Kontrolle der Umsetzung von normativen Vorgaben durch die Aufsichtstätigkeit umfasst.

Die *Versicherungsaufsichtsgesetzgebung* bzw. -*regulierung* definiert, welche Rahmenbedin- 12
gungen beim Betrieb des Versicherungsgeschäfts gewahrt werden müssen. Die daraus resultierenden Grenzen bestehen aus einer Vielzahl von Handlungs- und Unterlassungsnormen. Dazu gesellt sich die Überwachung dieser Vorgaben durch eine staatliche Aufsichtsbehörde, mithin die *Aufsichtstätigkeit in einem engeren Sinn*. Sowohl die Zuständigkeit zur Versicherungsaufsichtsgesetzgebung als auch zur eigentlichen Aufsichtstätigkeit bedürfen im Bundesstaat der Zuordnung zur Bundes- oder zur kant. Ebene.

Mit Art. 34 Abs. 2 BV von 1874 hat die Schweizerische Eidgenossenschaft eine *Bundeskompetenz* zur «Aufsicht über das Versicherungswesen» begründet. In Art. 98 Abs. 3 BV 13
von 1999 wird nur noch von der Kompetenz des Bundes zum «Erlass von Vorschriften über das Privatversicherungswesen» gesprochen; obwohl die Vollzugskompetenz nicht ausdrücklich erwähnt wird, gilt sie als in der Gesetzgebungskompetenz eingeschlossen.²²

Die Versicherungstätigkeit wird durch die Wirtschaftsfreiheit nach Art. 27 BV individualrechtlich und durch Art. 94 BV institutionell geschützt.²³ Gestützt auf Art. 98 Abs. 3 BV zusammen mit Art. 95 Abs. 1 BV kann die Versicherungstätigkeit, welche durch die Wirtschaftsfreiheit gemäss Art. 36 BV individualrechtlich geschützt wird, grundsatzkonform eingeschränkt werden, sofern die entsprechenden Voraussetzungen gegeben sind;²⁴ gem. Art. 36 BV ist eine gesetzlichen Grundlage erforderlich (Abs. 1), der Eingriff muss durch ein öffentliches Interesse oder den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt sein (Abs. 2), die Anforderungen an die Verhältnismässigkeit sind zu erfüllen (Abs. 3) und der Kerngehalt des Grundrechts ist unantastbar (Abs. 4).²⁵ Sollte ein grundsatzwidriger Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit durch den Bundesgesetzgeber ins Auge gefasst werden, müsste nach Art. 94 Abs. 4 BV eine ausdrückliche Grundlage in der BV vorliegen; ausser allenfalls in den Art. 101–103 BV besteht auf Bundesebene indessen keine Grundlage für derartige Eingriffe. 14

²² SGK-Jacobs, Art. 98 N 13; HÄNNI/STÖCKLI, 410 f.; vgl. generell MÄCHLER, FHB, 85.

²³ BGE 138 I 378 ff. v.a.E. 6, mit Ausführungen zur Tätigkeit der Kantonalen Sachversicherung Glarus (glarnerSach) ausserhalb des Monopolbereichs.

²⁴ ZUFFEREY/CONTRATTO, 47.

²⁵ Zu einem kt. Gebäudeversicherungsmonopol BGE 124 I 11 ff. und 124 I 25 ff.; ferner zu einem Schulunfallversicherungsmopol BGE 101 Ia E. 8 (noch abgelehnt in BGE 93 I 38 E. 4).

§ 5 Versicherungsregulierung

- 15 Die Quellen der schweizerischen Versicherungsregulierung finden sich auf staatsvertraglicher Ebene sowie in der einschlägigen Bundesgesetzgebung. Impulse ergeben sich aus internationalem Standardsetting sowie internationaler Aufsichtszusammenarbeit.

I. Staatsverträge und Memoranda of Understanding

- 16 Als eigentliche Rarität in der Finanzmarktregulierung gibt es im schweizerischen Versicherungsaufsichtsrecht zwei Staatsverträge. Zunächst ist das *Abkommen vom 10. Oktober 1989 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft betr. die Direktversicherung mit Ausnahme der Lebensversicherung (Schadenversicherungsabkommen)*²⁶ abgeschlossen worden und in Kraft getreten, das die Voraussetzungen der Tätigkeit von Schadenversicherern durch Zweigniederlassungen und Agenturen im Gebiet des anderen Vertragspartners regelt. Darin sind die Voraussetzungen der gegenseitigen Niederlassungsfreiheit für individuelle Schadenversicherungsunternehmen festgeschrieben worden, nicht aber diejenigen der Dienstleistungsfreiheit. Für Zweigniederlassungen und Agenturen dieser Schadenversicherungsunternehmen werden im Schadenversicherungsabkommen die Voraussetzungen zur Erteilung der Zulassung, der laufenden Aufsicht und des etwaigen Entzugs der Zulassung auf dem Hintergrund der Solvabilität I geregelt. Da mittlerweile in der Schweiz der Swiss Solvency Test und in der EU Solvency II an die Stelle der Solvabilität I getreten sind,²⁷ besteht Bedarf nach einer Neubeurteilung des Abkommens. Dazu kommt als zweites das *Abkommen vom 19. Dezember 1996 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Fürstentum Liechtenstein betr. die Direktversicherung sowie die Versicherungsvermittlung*,²⁸ welches für das Schaden- sowie das Lebensversicherungsgeschäft und die Versicherungsvermittlung auch die Voraussetzungen zur Ausübung der Dienstleistungsfreiheit ohne Errichtung einer Zweigniederlassung im Gebiet des andern Vertragspartners regelt.
- 17 Im Verkehr unter den Aufsichtsbehörden gilt es ferner, Memoranda of Understanding zu beachten, die zwar nicht staatsvertraglich verbindlich sind, aber die Zusammenarbeit sowie die Geheimhaltung von dabei ausgetauschten Informationen regeln; im Vordergrund steht im Versicherungsbereich das Multilateral Memorandum of Understanding der IAIS, das zahlreiche ausländische Aufsichtsbehörden sowie die FINMA unterzeichnet haben.²⁹

II. Internationales Standardsetting

- 18 Wesentliche Impulse zur weiteren Entwicklung der Finanzmarktregulierung und damit auch der Versicherungsregulierung sowohl weltweit als auch in der Schweiz stammen heute aus dem internationalen Standardsetting. Dabei nehmen das Financial Stability Board (FSB)³⁰ als Koordinator internationaler Finanzmarktregulierung und die International Association of Insurance Supervisors (IAIS)³¹ als versicherungsspezifischer Stan-

²⁶ In Kraft seit dem 1.1.1993 (SR 0.961.1).

²⁷ Vgl. MÄCHLER, FHB, 85 ff.

²⁸ In Kraft seit dem 9.7.1998 (SR 0.961.514).

²⁹ Vgl. zur Bedeutung der Memoranda of Understanding für die FINMA mit link zum Multilateral Memorandum of Understanding der IAIS <<https://www.finma.ch/de/finma/internationale-zusammenarbeit/aufsichtskooperation/vereinbarungen/>> (besucht am: 25.4.2016).

³⁰ <<http://www.fsb.org/>> (besucht am: 1.4.2016).

³¹ <<http://www.iaisweb.org/>> (besucht am: 1.4.2016).

dardsetter zentrale Rollen ein. Sie entwickeln Standards, die zwar nicht rechtsverbindlich sind, aber die Rechtsentwicklung der einzelnen Jurisdiktionen erheblich beeinflussen.³² Von grundlegender Bedeutung sind die *IAIS Insurance Core Principles (ICPs)*,³³ welche im Rahmen des Standardsetting die Erwartungen an eine zeitgemässe Versicherungsaufsicht verkörpern. Der International Monetary Fund überprüft indessen in den Financial Sector Assessment Programs (FSAPs) die Umsetzung der ICPs in nationale Rechtsordnungen und Aufsichtspraktiken, womit die ICPs eine soft law ähnliche Wirkung entfalten.³⁴ Weitere Impulse kommen aus den Arbeiten der IAIS etwa zur Finanzstabilität im Versicherungsbereich³⁵ sowie zur internationalen Aufsicht über Versicherungsgruppen.³⁶ Prägende Wechselwirkungen in der Entwicklungen der Versicherungsaufsicht lassen sich auch im Austausch mit Europa bzw. der EU und dem EWR feststellen.³⁷

III. Nationale Erlasse und Behördenpraxis zur Versicherungsaufsicht

Die schweizerische Versicherungsaufsicht beruht auf mehreren Gesetzen im formellen Sinn. Die eigentliche materielle Versicherungsregulierung findet sich im Bundesgesetz vom 17. Dezember 2004 betr. die Aufsicht über private Versicherungsunternehmen (VAG).³⁸ Institutionelle Grundlagen der Aufsichtsbehörde sowie die alle Sektoren des regulierten Finanzmarkts betreffenden Aufsichtsinstrumente und Sanktionen sind im Bundesgesetz vom 22. Juni 2007 über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMAG)³⁹ geregelt. Das Bundesgesetz vom 2. April 1908 über den Versicherungsvertrag (VVG) ist für das privatrechtliche Verhältnis zwischen den Versicherten und dem Versicherungsunternehmen massgeblich, enthält aber auch gewisse Normen aufsichtsrechtlicher Relevanz und wird daher in Art. 1 Abs. 1 FINMAG ebenfalls als Finanzmarktgesetz bezeichnet.⁴⁰ Gegenwärtig steht zur Diskussion, ob mit dem Entwurf FIDLEG sowie dem Entwurf FINIG noch weitere auf den Versicherungssektor anwendbare gesetzliche Regelungen, die etwa die spezifisch zu definierenden kapitalbildenden Lebensversicherungen oder das Vermittlerrecht betreffen, erlassen werden;⁴¹ Regelungen zur Steuerkonformität sind mittlerweile aus der Vorlage gestrichen worden.⁴²

32 WANDEL, 20 ff., 49 ff.

33 Version 2015 <<http://iaisweb.org/page/supervisory-material/icp-on-line-tool>> (besucht am: 1.4.2016).

34 IMF, The Financial Sector Assessment Program (FSAP), Factsheet, March 22, 2016 <<http://www.imf.org/external/np/exr/facts/fsap.htm>> (besucht am: 25.4.2016).

35 Vgl. hinten Rz 176 ff.

36 Vgl. hinten Rz 154 ff.

37 Vgl. Rz 43 f.

38 Versicherungsaufsichtsgesetz (SR 961.01). Zur Geschichte des VAG vgl. NOBEL, Finanzmarktrecht, 1011 ff. sowie zum Gesamtzusammenhang KUHN/MÜLLER-STUDER/ECKERT, 1 ff. Eine englische Einführung samt einer inoffiziellen englischen Übersetzung des FINMAG sowie des VAG einschliesslich der dazugehörigen Verordnungen und der wichtigsten Rundschreiben der FINMA, jeweils in den damaligen Versionen, findet sich bei SPANGLER, 1 ff.; weitere Ausführungen in englischer Sprache finden sich bei ZULAUF/EGGEN, 55 f. u.a. auch zu Versicherungsprodukten.

39 Finanzmarktaufsichtsgesetz (SR 956.1). Unter den dem FINMAG nachgelagerten Erlassen ist insb. die Finanzmarktprüfverordnung vom 5.11.2014 (FINMA-PV; SR 956.161) zu nennen, die auch für die Prüfung von Versicherungsunternehmen und Versicherungskonzernen von wesentlicher Bedeutung ist.

40 Versicherungsvertragsgesetz (SR 221.229.1); dieser Erlass befindet sich seit Längerem in Revision. Eine aufsichtsrechtliche Dimension weist etwa Art. 91 Abs. 3 VVG auf. Streitigkeiten zwischen Versicherungsunternehmen und Versicherten sind nach Art. 85 Abs. 1 VAG vor Zivilgerichten auszutragen, dazu auch BGE 133 III 439.

41 Botschaft FIDLEG und FINIG vom 4.11.2015, BBl 2015, 8901 ff.; zum VE vgl. NOBEL, BJM 3/2015, 146 f.

42 Medienmitteilung des Bundesrats vom 13.3.2015, FIDLEG und FINIG: Der Bundesrat nimmt vom Vernehmlassungsergebnis Kenntnis und nimmt erste Richtungsentscheide vor <<https://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=de&msg-id=56559>> (besucht am 29.4.2016).

- 20 Ergänzt wird das VAG durch die Verordnung des Bundesrats vom 9. November 2005 über die Beaufsichtigung der privaten Versicherungsunternehmen⁴³ sowie die Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht vom 9. November 2005 über die Beaufsichtigung von privaten Versicherungsunternehmen⁴⁴, welche im Jahr 2015 wesentliche Änderungen erfahren haben; neben der Bereinigung von Differenzen zum EU-Recht wurden vor allem Änderungen zu den versicherungstechnischen Rückstellungen, zum Swiss Solvency Test SST und zur Solvabilität I, zur Corporate Governance und zum Risikomanagement sowie zu den Anlagevorschriften vorgenommen. Ferner findet sich die verallgemeinerungsfähige Behördenpraxis in den FINMA Rundschreiben (FINMA-RS)⁴⁵ niedergelegt. Punktuell sind noch weitere, für den Aufsichtsprozess massgebliche Verlautbarungen⁴⁶ der FINMA vorhanden. Sowohl die gesetzlichen Grundlagen als auch die Behördenpraxis werden bei Bedarf auf ihre Eignung überprüft und aktualisiert.

IV. Gegenstand und Zweck des Versicherungsaufsichtsgesetzes

1. Gegenstand

- 21 In *persönlicher Hinsicht* sind nach Art. 1 Abs. 1 VAG die Versicherungsunternehmen sowie die Versicherungsvermittler *Gegenstand* der Versicherungsaufsicht. Ebenfalls einbezogen werden nach Art. 2 Abs. 1 lit. d VAG Versicherungsgruppen und -konglomerate. Zahlreiche Abgrenzungsfragen stellen sich sowohl im Bundesrecht als auch auf kant. Ebene.⁴⁷ Seit Längerem gibt etwa die Frage nach der Aufsichtszuständigkeit über kant. Gebäudeversicherungen zu Diskussionen Anlass.⁴⁸
- 22 Versicherungsunternehmen mit Sitz in der Schweiz, welche die Direkt- oder Rückversicherung betreiben, sowie Direktversicherungsunternehmen mit Sitz im Ausland für ihr in

43 Aufsichtsverordnung, AVO (SR 961.011). Eine recht weitreichende Revision der AVO ist auf den 1.7.2015 in Kraft getreten; vgl. dazu LAFITA, 399 ff.; SÜSSKIND, HAVE, 4/2015, 375 ff.

44 Versicherungsaufsichtsverordnung-FINMA, AVO-FINMA (SR 961.011.1.) Eine Revision der AVO-FINMA ist am 15.12.2015 in Kraft getreten.

45 <<https://www.finma.ch/de/dokumentation/rundschreiben/#Order=2>> (besucht am: 1.4.2016).

46 Beispiele finden sich auf der Webseite der FINMA betr. Bewilligungsanforderungen für Versicherungsunternehmen <<https://www.finma.ch/de/bewilligung/versicherungen/>> und folgende Seiten (besucht am: 1.4.2016). Es bleibt abzuwarten, ob ihr Anwendungsbereich mit dem geplanten FINMA-RS Geschäftspläne Versicherer angepasst wird.

47 Dazu BSK VAG-HEISS/MÖNNICH, Art. 2 N 5 ff.

48 Vgl. BSK VAG-MÄCHLER, Art. 1 N 30 ff. Das BGer hat in BGE 138 I 378 E. 9.5 die Frage behandelt, ob kant. öffentlich-rechtliche Gebäudeversicherungsanstalten, die auch privates Versicherungsgeschäft ausserhalb des Monopolbereichs zeichnen, diesbezüglich der Versicherungsaufsicht des Bundes unterstehen sollten; bedauerlicherweise wurde offenbar aus Praktikabilitätsgründen entschieden, das Privatversicherungsgeschäft derselben kant. Aufsicht zuzuweisen wie das Geschäft im Monopolbereich. Dies vermag wachsenden Geschäftsvolumina sowie der damit einhergehenden Risikoexposition nicht gerecht zu werden. Es ist zu hoffen, dass dieser Entscheid durch neue Rechtsprechung weiterentwickelt oder de lege ferenda angeordnet wird, dass Gebäudeversicherungsanstalten beim Betrieb von privatem Versicherungsgeschäft – ähnlich wie Kantonalbanken im Bankenbereich – der Versicherungsregulierung sowie der Privatversicherungsaufsicht des Bundes unterstellt werden (BSK VAG-MÄCHLER, Art. 1 N 34. WEBER/UMBACH, 53 sprechen sich zwar für die Ausklammerung öffentlich-rechtlicher Versicherungseinrichtungen von der Privatversicherungsaufsicht aus, behandeln aber nicht die Situation der kant. Gebäudeversicherer sowie deren Expansion in das private Versicherungsgeschäft ausserhalb des Monopolbereichs). Im Übrigen zeigt der Fall der Gebäudeversicherung Bern, dass eine geeignete Struktur zur Verfügung steht: Die als Tochtergesellschaft gegründete GVB Privatversicherungen AG, welche das Privatversicherungsgeschäft betreibt, hat die erforderliche Bewilligung zum Geschäftsbetrieb der FINMA eingeholt und untersteht damit der Aufsicht der FINMA; das BGer hat mit Urteil vom 3.7.2012, 2C_94/212 die dagegen erhobene Konkurrentenbeschwerde abgewiesen. Nach den erwähnten Entscheiden hat sich die Debatte intensiv weiterentwickelt, wobei die privatrechtliche Tätigkeit von Gebäudeversicherern im Zentrum steht; vgl. dazu SCHOTT, 41 ff.; QUINTO, 1 ff.; TSCHANNEN/LOCHER, 61 ff.

der Schweiz oder von der Schweiz aus betriebenes Geschäft (sowohl als unabhängige Einheiten oder als Teil eines Konzerns) unterstehen in *sachlicher und örtlicher Hinsicht* der schweizerischen Versicherungsaufsicht.⁴⁹ Allerdings gibt es verschiedene Ausnahmen: Keine Unterstellung unter die schweizerische Versicherungsaufsicht besteht, wenn ein ausländisches Unternehmen in der Schweiz oder von der Schweiz aus nur die Rückversicherung betreibt (mithin keine Aufsicht über Zweigniederlassungen ausländischer Rückversicherer) oder wenn von Bundesrechts wegen eine Spezialaufsicht wie in der beruflichen Vorsorge oder generell für Sozialversicherungen besteht. Auch Versicherungsvermittler in einem Abhängigkeitsverhältnis, im Gesetz definierte und einem Verein oder Verband nahestehende Versicherungsgenossenschaften sowie Versicherungsaktivitäten von geringer wirtschaftlicher Bedeutung der Tätigkeit oder mit einem kleinen Kreis von Versicherten sind von der Aufsicht ausgenommen oder können davon befreit werden.⁵⁰

In *zeitlicher Hinsicht* sind die Übergangsfristen zur Einführung des VAG und der AVO im Jahr 2006 im Wesentlichen abgelaufen; mit der Revision der AVO und der AVO-FINMA im Jahr 2015 sind indessen wieder neue Übergangsbestimmungen eingeführt worden.⁵¹ 23

2. Zweck der Versicherungsaufsicht

Der *Zweck* der Versicherungsaufsicht wird positivrechtlich in Art. 5 FINMAG für alle beaufsichtigten Sektoren des schweizerischen Finanzmarkts und in Art. 1 Abs. 2 VAG für den Versicherungssektor umschrieben.⁵² Der Individualschutz, welcher den Schutz der Gläubiger, der Anleger sowie der Versicherten umfasst, der Funktionsschutz sowie der Systemschutz werden in Art. 5 FINMAG anerkannt. Nach Art. 1 Abs. 2 VAG bezweckt die Versicherungsaufsicht «insbesondere den Schutz der Versicherten vor Insolvenzrisiken der Versicherungsunternehmen und vor Missbräuchen», womit dem Gedanken des Individualschutzes und des Funktionsschutzes Ausdruck verliehen, aber der Systemschutz ebenfalls nicht ausgeschlossen wird. Daraus wird ersichtlich, dass sich Art. 5 FINMAG und Art. 1 Abs. 2 VAG trotz unterschiedlicher Wortwahl decken. Mit der Versicherungsaufsichtsgesetzgebung soll insbesondere das Vertrauen der Versicherten in die Leistungsfähigkeit des Versicherungsunternehmens und die Integrität des Versicherungsmarkts geschützt werden. Mit dem Begriff des zu schützenden Versicherten werden nicht nur die Versicherungsnehmer als eigentliche Vertragspartner des Versicherungsunternehmens, sondern Personen, zu deren Gunsten Versicherungsdeckung erworben wurde, wie versicherte Dritte, Begünstigte sowie Geschädigte in der Haftpflichtversicherung, erfasst.⁵³ 24

Die Versicherungsaufsichtsbehörde ist gehalten, präventiv zur Wahrung einer genügenden Solvenz tätig zu werden;⁵⁴ mit der Wendung «*Schutz gegen Insolvenzrisiken*» in Art. 1 Abs. 2 VAG⁵⁵ soll das Eingreifen der Versicherungsaufsichtsbehörde nicht auf den Fall der unmittelbar drohenden Insolvenz beschränkt werden. Mit «*Insolvenzrisiken*» wird auf alle mögliche Risiken, die sich unter Umständen aus der finanziellen Verfassung ergeben und welche die Leistungsfähigkeit des Versicherungsunternehmens beeinträchtigen können, Bezug genommen. Damit stehen Reservierung, Anlagen, Kapitalsituation und auch 25

49 Art. 2 Abs. 1 VAG.

50 Art. 2 Abs. 2 und 3 VAG und Art. 1 AVO.

51 Art. 216b AVO sowie Art. 6a AVO-FINMA.

52 BSK VAG-MÄCHLER, Art. 1 N 63 ff.

53 Für viele BURKI/PFUND/WALDMEIER, 44. Zur Frage, ob mit der Ausrichtung auf den Schutz der Versicherten auch eine Aussage über den Schutz der Aktionäre des Versicherungsunternehmens gemacht werde vgl. BSK VAG-MÄCHLER, Art. 1 N 48.

54 Beispiele dazu finden sich in Art. 51 VAG; GSCHWIND, 183.

55 Vgl. dazu BSK VAG-MÄCHLER, Art. 1 N 44 ff.

Liquidität im Fokus. Ihre Einhaltung wird mit qualitativen Vorgaben insbesondere zur Unternehmenssteuerung und zum Risikomanagement abgesichert. Zum Zweck der Wahrung der Leistungsfähigkeit der Versicherungsunternehmen gegenüber den Versicherten hat die Aufsichtsbehörde dafür zu sorgen, dass das Versicherungsunternehmen «mit hoher Wahrscheinlichkeit solvent» bleibt; das bedeutet nicht, dass Konkurse absolut zu verhindern sind.⁵⁶

- 26 Mit dem *Schutz vor Missbräuchen*, der in Art. 1 Abs. 2 VAG ebenfalls als Zweck genannt wird, soll Treu und Glauben im Geschäftsverkehr zwischen einer Vielzahl von Marktteilnehmern gewahrt werden. Dies mag eine begrenzte Inhaltskontrolle umfassen.⁵⁷ Aus der Beistellung des Wortes «insbesondere» wird ersichtlich, dass nicht nur der Schutz der Versicherten, sondern auch andere öffentliche Interessen zu berücksichtigen sind. Die Beachtung polizeilicher Interessen wie des Schutzes von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr ist ebenfalls geboten.⁵⁸
- 27 Der so verstandene Zweckartikel verkörpert eine direktionale Finalnorm, die bei der Auslegung und Anwendung der einzelnen Bestimmungen des Gesetzes stets zu beachten ist. Selbständig kann indessen aus dem Zweckartikel gem. Art. 1 Abs. 2 VAG keine normative Anordnung, sei es eine Handlungs- oder Unterlassungsanordnung, für die Versicherungsregulierung und die entsprechende Aufsichtstätigkeit abgeleitet werden.⁵⁹ Er dient aber der Konkretisierung von Bewertungen.

§ 6 Aufsichtstätigkeit

I. Institutioneller Rahmen der Versicherungsaufsicht

- 28 Mit der Aufsicht über das Privatversicherungswesen ist gem. Art. 1 Abs. 1 FINMAG i.V.m. dem VAG die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA betraut. Sie folgte am 1. Januar 2009 auf das Bundesamt für Privatversicherungen. Ein Geschäftsbereich der FINMA ist ausschliesslich der Aufsicht über das Privatversicherungswesen gewidmet.⁶⁰
- 29 Die FINMA übt die Aufsicht nach Massgabe der Finanzmarktgesetze, mithin des VAG und des FINMAG (sowie des VVG), aus.⁶¹ Nach Art. 53 FINMAG folgt das Verfahrensrecht dem Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren.⁶² Rechtsmittel an das BVGer beurteilen sich gem. Art. 54 FINMAG nach dem Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesverwaltungsgericht⁶³ sowie an das Bundesgericht nach dem Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht⁶⁴.

⁵⁶ ARQUINT, Bilanzrecht, 51.

⁵⁷ RHINOW, 658.

⁵⁸ LUDESCHER, 31.

⁵⁹ Vgl. BSK VAG-MÄCHLER, Art. 1 N 53 f.

⁶⁰ Art. 18 Abs. 2 Reglement über die Organisation der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA <<https://www.finma.ch/de/finma/organisation/corporate-governance/organisationsreglement/>> (besucht am: 15.4.2016). Vgl. zum Ganzen MÄCHLER, FHB, 89 ff.

⁶¹ MÄCHLER, GesKR 1/2009, 20 ff.

⁶² Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG (SR 172.021).

⁶³ Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG (SR 173.32).

⁶⁴ Bundesgerichtsgesetz, BGG (SR 173.110).

II. Aufgaben und Instrumentarium der Versicherungsaufsicht

1. Aufgaben

Die Aufgaben der FINMA in der Versicherungsaufsicht ergeben sich aus den Art. 1 und Art. 6 Abs. 1 FINMAG sowie dem VAG und – in beschränktem Ausmass – dem VVG als den relevanten Finanzmarktaufsichtsgesetzen. 30

Die Aufgaben der Aufsichtsbehörde in der Versicherungsaufsicht umfassen den gesamten Lebenskreis des Versicherungsunternehmens. Sie beginnen bei der *Aufnahme der Versicherungstätigkeit* mit der Prüfung des Geschäftsplans sowie der Bewilligungsvoraussetzungen nach Art. 3 ff. VAG.⁶⁵ 31

Zur *Beaufsichtigung der laufenden Versicherungstätigkeit* kann sich die Aufsichtsbehörde auf Art. 46 VAG abstützen. Art. 46 Abs. 1 lit. a VAG stellt die Grundlage dar, da die Überwachung der Einhaltung der Aufsichtsgesetzgebung das Ziel jeglicher Aufsichtstätigkeit ist. Unter «Aufsichtsgesetzgebung» werden nicht nur die versicherungsaufsichtsrechtlichen Vorgaben, sondern auch das FINMAG sowie die weiteren anwendbaren Gesetze und nachgelagerten Erlasse des Finanzmarktrechts erfasst. In den Art. 46 Abs. 1 lit. b, c und e VAG folgen Konkretisierungen zur Kontrolle der laufenden Einhaltung der Geschäftsplanerfordernisse, der finanziellen Vorgaben betr. versicherungstechnische Rückstellungen, Anlagen und Solvenz⁶⁶ sowie gewisse Spezialbestimmungen.⁶⁷ Die Aufsichtsbehörde hat die Versicherten auch gegen Missbräuche der Versicherungsunternehmen und der Versicherungsvermittler zu schützen und gegen Missstände einzuschreiten, welche die Interessen der Versicherten gefährden.⁶⁸ Im Rahmen der einzelnen versicherungsaufsichtsrechtlichen Instrumente werden die Aufgaben der Aufsicht weiter verdeutlicht, so bei den quantitativen Vorgaben etwa zu den versicherungstechnischen Rückstellungen⁶⁹ oder zum Schweizer Solvenzttest SST⁷⁰ sowie bei den qualitativen Vorgaben zu Corporate Governance oder Risikomanagement.⁷¹ 32

Zur Wahrung der Einhaltung des Versicherungsaufsichtsrechts sowie der Interessen der Versicherten stehen der Aufsichtsbehörde *sichernde Massnahmen* zu, die allerdings nicht abschliessend aufgezählt werden und daher in Abhängigkeit der aktuellen Herausforderungen sachgerecht definiert werden können.⁷² Die angeordneten Massnahmen sind zu publizieren.⁷³ Sie umfassen in erster Linie Massnahmen zum Schutz des Vermögens des Versicherungsunternehmens bzw. des Substrats zugunsten der Versicherungsnehmer nach Art. 51 Abs. 2 lit. a, b, e und h VAG. Dazu kommen die Übertragung von Befugnissen von Organen des Versicherungsunternehmens auf eine Drittperson und die Abberufung von Organen sowie des Aktuars (mit Berufsuntersagung) nach lit. c und f sowie die Streichung eines Vermittlers aus dem Register nach lit. g. Weiter ist die zwangsweise Übertragung des Versicherungsbestands auf ein anderes Versicherungsunternehmen nach lit. d vorgesehen. Die Möglichkeit, eine Stundung und einen Fälligkeitsaufschub nach lit. i anzuordnen, weisen in Richtung Sanierung. Von Bedeutung ist indessen, dass keine dieser Massnahmen bislang einen reduzierenden Eingriff in die Gläubigerrechte erlaubt; eine eigentliche Sa- 33

65 Vgl. hinten Rz 45 ff.

66 Art. 46 Abs. 2 lit. d VAG.

67 Art. 46 Abs. 2 lit. e VAG.

68 Art. 46 Abs. 2 lit. f VAG.

69 Art. 16 VAG i.V.m. Art. 54 ff. AVO.

70 Art. 9 VAG i.V.m. Art. 21 ff. AVO.

71 Art. 14 und 22 VAG i.V.m. Art. 12 ff. und 96 ff. AVO.

72 Art. 51 Abs. 1 und 2 VAG.

73 Art. 51 Abs. 3 VAG.

nierungskompetenz steht der Aufsichtsbehörde nach der gegenwärtigen Gesetzgebung nicht zu.⁷⁴

- 34 Die Aufgaben der Aufsichtsbehörde bei der *Beendigung* der Versicherungstätigkeit werden in Art. 60 ff. VAG umschrieben; die behördlich angeordnete *Liquidation* und der *Konkurs* sind in Art. 52–54e VAG geregelt.⁷⁵ Für alle Phasen der Aufsichtstätigkeit kommen nach Art. 38 ff. FINMAG sowie Art. 80 Abs. 2 VAG Aufgaben in der *Zusammenarbeit* mit andern Behörden *im nationalen und internationalen Verhältnis dazu*.⁷⁶ Die Veröffentlichung versicherungsaufsichtsrechtlicher Praxis nach Art. 49 VAG schliesslich ist im Gesamtzusammenhang mit Art. 22 Abs. 1 FINMAG zu sehen.

2. Aufsichtsinstrumente

- 35 Betrachtet man das Instrumentarium der Versicherungsaufsicht im Überblick, fällt auf, dass es in mehrere Kategorien unterteilt werden kann.

a) Materielle und prozessorientierte Vorgaben

- 36 Die erste Gruppe umfasst die Unterscheidung *materieller Vorgaben und prozessorientierter Instrumente*. *Materielle Vorgaben* stellen die Normen dar, welche die Versicherungsunternehmen, Versicherungsgruppen und -konglomerate sowie Versicherungsvermittler zu erfüllen haben. Oft verdichten sie sich in ganze Regelkomplexe wie etwa im Swiss Solvency Test SST.
- 37 Dazu kommen die mehr *prozessorientierten Instrumente* der Aufsichtsbehörde zur Kontrolle der Einhaltung der materiellen Vorgaben. Prozessorientierte Aufsichtsinstrumente finden sich zunächst im FINMAG geregelt, insbesondere die Prüfung in Art. 24 ff. VAG sowie weitere Aufsichtsinstrumente gem. Art. 29 ff. FINMAG, welche neben Auskunfts- und Meldepflichten die Anzeige der Eröffnung eines Verfahrens, die Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustands, die Feststellungsverfügung, das Berufsverbot, die Veröffentlichung der aufsichtsrechtlichen Verfügung, die Einziehung, den Untersuchungsbeauftragten sowie den Entzug der Bewilligung, der Anerkennung, der Zulassung oder der Registrierung umfassen.

b) Übergreifende und sektorspezifische Aufsichtsinstrumente

- 38 Die Aufsichtsinstrumente lassen sich gemäss Darstellung der FINMA⁷⁷ auch in solche gliedern, welche für *alle Branchen* des beaufsichtigten Finanzmarkts gelten und solche, die *branchenspezifisch* sind; innerhalb der branchenspezifischen Instrumente für die Versicherungstätigkeit wiederum lassen sich *spartenübergreifende* und *spartenspezifische* Instrumente unterscheiden.
- 39 Das FINMAG beinhaltet gewisse (*branchen*)*übergreifende Aufsichtsinstrumente* wie die Rahmenbedingungen des aufsichtsrechtlichen Prüfwesens und der Vorortkontrollen. Sie werden ergänzt durch die Bestimmungen zur Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung.⁷⁸ Dazu kommen aus dem VAG spartenübergreifende und spar-

74 BSK VAG-DEGLI UOMINI/GSCHWIND, Art. 51 N 12 ff., insb. N 13.

75 Dazu hinten Rz 171 ff. und 174 ff.; für Lebensversicherungsunternehmen sowie ausländische Versicherungsunternehmen bestehen noch zusätzliche Aufgaben der Aufsichtsbehörde nach Art. 55–59 VAG.

76 Vgl. BSK VAG-SCHÄFER, Vorbem. zu Art. 80–85 N 1 ff. und Art. 80 N 1 ff.

77 Vgl. <<https://www.finma.ch/de/ueberwachung/versicherungen/>> (besucht am: 25.4.2016).

78 Vgl. dazu die Ausführungen auf der Webseite der FINMA zu «Übergreifende Überwachungsthemen» <<https://www.finma.ch/de/ueberwachung/branchenuebergreifende-themen/>> (besucht am: 15.4.2016).

tenspezifische Aufsichtsinstrumente;⁷⁹ als Sparten werden insbesondere die Lebensversicherung und die Nichtlebens- bzw. Schadenversicherung unterschieden. Als *spartenübergreifende Aufsichtsinstrumente* stehen die Überwachung durch den Schweizer Solvenztest SST, das gebundene Vermögen und die Anlagevorschriften, die versicherungstechnischen Rückstellungen (die allerdings spartenspezifische Abweichungen aufweisen), die periodische Daten- und Informationserhebung, das qualitative Risikomanagement sowie die intensivisierte Überwachung zur Verfügung. Als *spartenspezifische Instrumente* gelten etwa die Prüfmechanismen zur Einzellebensversicherung, zur Betriebsrechnung im Geschäft der beruflichen Vorsorge, zur Tarifprüfung in der Krankenversicherung, zur Elementarschadenversicherung sowie Reziprozitätsregeln für die Motorfahrzeughaftpflichtversicherung.⁸⁰

c) *Aufsichtsabläufe und -methoden*

Oft entwickelt die Aufsichtsbehörde generelle oder auf bestimmte Themengebiete bezogene *Aufsichtsabläufe bzw. -methoden*. Damit kann die Einhaltung der Vorgaben nach dem gesetzgeberisch definierten Massstab beobachtet und beurteilt werden, wobei stets das verfassungsrechtliche Gebot der Verhältnismässigkeit als übergeordneter Massstab zu beachten ist. 40

Als generelle Grundlage ist dabei der typische *Aufsichtszyklus* zu nennen. Ausgangspunkt bildet die Informationsgewinnung, die auf einer Auskunftspflicht der Beaufsichtigten beruht.⁸¹ Diese Information kann auf regelmässiger, periodischer Berichterstattung, ausserordentlicher oder ad hoc-Berichterstattung, Meldungen und allgemein zugänglichen Informationen aufbauen. Für einzelne Themenkreise, wie bspw. dem SST, ist separat Bericht zu erstatten. Dazu kommen die erst seit Kurzem der Aufsichtsbehörde durch grössere Gesellschaften mindestens jährlich einzureichende Bericht über die Selbstbeurteilung der Risikosituation und des Kapitalbedarfs ORSA⁸² sowie der zu veröffentlichende Bericht über die Finanzlage.⁸³ Es gibt auch besondere Prüfprozesse wie etwa das *FINMA Governance Assessment*.⁸⁴ Die Berichterstattung hat je nach Vorgaben durch die beaufsichtigte Unternehmung selbst oder durch einen Dritten, etwa eine aufsichtsrechtliche Prüfgesellschaft⁸⁵ oder einen Untersuchungsbeauftragten,⁸⁶ zu erfolgen. Auf die daran anschliessenden Auswertungen und die Beurteilung der Information durch die Aufsichtsbehörde kann eine Mitteilung der Ergebnisse an die Beaufsichtigten folgen, ebenso die Notwendigkeit der Vertiefung. Im Ergebnis kann dieser Prozess dazu führen, dass die Einhaltung der Aufsichtsgesetzgebung nachgewiesen ist. Unter Umständen ist es aber auch möglich, dass es zu einer Intensivierung der Aufsichtskadenz oder der Aufsichtstiefe kommt. Sofern die Beaufsichtigten die abschliessende Einschätzung der Aufsichtsbehörde nicht teilen, schliesst sich daran ein FINMA-internes verwaltungsrechtliches Verfahren zur Durchsetzung der versicherungsaufsichtsrechtlichen Vorgaben (Enforcement) an,⁸⁷ allenfalls ge- 41

79 Vgl. dazu FINMA, Spartenübergreifende Instrumente der Aufsicht im Versicherungsbereich <<https://www.finma.ch/de/ueberwachung/versicherungen/spartenuebergreifende-instrumente/>> (besucht am: 15.4.2016).

80 FINMA, Spartenspezifische Instrumente der Aufsicht im Versicherungsbereich <<https://www.finma.ch/de/ueberwachung/versicherungen/spartenspezifische-instrumente/>> (besucht am: 15.4.2016).

81 Vgl. Art. 29 FINMAG, Art. 46 VAG sowie FINMA-RS 08/25 Auskunftspflicht Versicherer <<https://www.finma.ch/de/dokumentation/rundschreiben/#Order=2>> (besucht am: 14.4.2016).

82 Art. 96a AVO; die Versicherungsunternehmen der Kategorien 4 und 5 sowie die Rückversicherungscapitives haben auf Verlangen der Aufsichtsbehörde einen Bericht über das ORSA einzureichen.

83 Art. 111a AVO.

84 Vgl. hinten Rz 91.

85 Vgl. hinten Rz 117 ff.

86 Art. 36 FINMAG und Art. 46 Abs. 2 VAG.

87 Art. 53 FINMAG.

folgt von der Erhebung von Rechtsmitteln,⁸⁸ und, sofern entsprechende Tatbestandsmerkmale erfüllt sind, gar von strafrechtlichen Verfahren; im Vordergrund stehen die Straftatbestände und Verfahrensvorschriften nach Art.44–52 FINMAG sowie nach Art. 86 f. VAG.

- 42 Aufsichtsprozesse und -methoden werden in der jüngeren Vergangenheit in zahlreichen Rechtsordnungen vermehrt auf Situationen mit gesteigertem Risiko fokussiert, wobei die gesamtwirtschaftlichen Einflüsse und Auswirkungen bei der Beurteilung der Risikoneigung ebenfalls berücksichtigen werden.⁸⁹ Diese Entwicklung steht in Einklang mit den Bestrebungen des FSB zur grundsätzlichen Intensivierung der Aufsichtstätigkeit über systemrelevante Finanzinstitutionen, welche auch eine Auswirkung auf das Verständnis der Aufsicht über nicht systemrelevante Unternehmen entfaltet.⁹⁰ Die FINMA teilt über alle Sektoren hinweg die prudenziell beaufsichtigten Unternehmen in fünf Segmente ein. Im Versicherungsbereich sind die Risikokategorien 2–5 belegt. Die Zuteilung der FINMA erfolgt hauptsächlich in Abhängigkeit vom Sollbetrag des gebundenen Vermögens bzw. im Fall der Rückversicherer von der Bilanzsumme; entsprechende Kommentare und Schwellenwerte finden sich auf der Webseite der FINMA, wo in der Tabelle auf die Bilanzsumme oder Komplexität Bezug genommen wird.⁹¹ Die Risikokategorien führen zu einer standardmässigen Definition der Aufsichtsintensität, die allerdings angesichts unternehmensspezifischer Faktoren, die durch die FINMA erhoben werden, angepasst werden kann.

§ 7 Schweizerisches Aufsichtsregime und EU Versicherungsaufsicht

- 43 Seit dem Beginn der Versicherungsaufsicht im 19. Jahrhundert beruhte die Versicherungsaufsicht im kontinentaleuropäischen Raum auf ähnlichen polizeirechtlichen Konzepten.⁹² Obwohl seit der Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und anschliessend der EU bzw. dem EWR die Weiterentwicklung der Versicherungsaufsicht EU-seitig in Richtung zunehmender Konvergenz⁹³ vor sich geht und die Schweiz institutionell nicht Teil dieses Prozesses ist, lassen sich gerade auch in den letzten Jahrzehnten zahlreiche gegenseitig befruchtende Wechselwirkungen zwischen den Entwicklungen in der EU bzw. im EWR und in der Schweiz beobachten. So wurden insbesondere mit dem Swisslex Paket vom 18. Juni 1993 wesentliche Teile der ersten und zweiten EU Richtliniengenerationen zur Versicherungsregulierung in das schweizerische Recht übernommen. Zudem sind seit der Versicherungskrise in den Jahren 2001/2002 sowohl in der EU als auch in der Schweiz bedeutende Bestrebungen unternommen worden, um das Schwergewicht auf die Beurteilung der *ökonomischen Solvenz* eines Versicherungsunternehmens und des daraus resultierenden Kapitalbedarfs zu legen. In der Schweiz ist diese Neuausrichtung bereits in die Revision des aVAG eingeflossen, welches totalrevidiert am 1. Januar 2006 in Kraft getre-

⁸⁸ Art. 54 FINMAG.

⁸⁹ FINMA, Effektivität und Effizienz in der Aufsicht; Aufsichtsinstrumente, Arbeitsprozesse und Organisation in der FINMA, 21. April 2011, <<https://www.finma.ch/de/news/2011/05/mm-aufsichtsbericht-20110502>> (besucht am: 14.4.2016); Bank of England/FSA, Our approach to insurance supervision, June 2014 <<http://www.bankofengland.co.uk/publications/Documents/praapproach/insuranceappr1406.pdf>> (besucht am: 14.4.2016); GSCHWIND/KARLEN, 181 ff.

⁹⁰ Financial Stability Board, Intensity and Effectiveness of SIFI Supervision, Recommendation for enhanced supervision, 2.11.2010, <http://www.fsb.org/wp-content/uploads/r_101101.pdf?page_moved=1> (besucht am: 14.4.2016).

⁹¹ <<https://www.finma.ch/de/ueberwachung/versicherungen/kategorisierung/>> (besucht am 25.4.2016).

⁹² Vgl. zum Ganzen, MÄCHLER, FHB, 92 f.

⁹³ HAGEN, 1 ff.

Fünftes Kapitel

Pflichten staatlich beaufsichtigter Revisionsunternehmen

§ 15 Allgemeines

Die Zulassung eines staatlich beaufsichtigten Revisionsunternehmens setzt voraus, dass dieses *Gewähr für die Einhaltung der rechtlichen Pflichten* bietet (Art. 9 Abs. 1 lit. b RAG). Es würde zu weit führen, abschliessend alle relevanten Pflichten anzuführen. Die vorliegende Darstellung konzentriert auf die Pflichten, die sich direkt aus dem RAG ergeben. 318

§ 16 Unabhängigkeit

I. Allgemeines

Zusätzlich zu den *allgemeinen Vorschriften zur Unabhängigkeit* der RS (Art. 728 OR) müssen staatlich beaufsichtigte Revisionsunternehmen bei der Erbringung von Revisionsdienstleistungen für Publikumsgesellschaften weitergehende Vorgaben zur Unabhängigkeit einhalten. Diese stellen *Ergänzungen* bzw. Konkretisierungen des allgemeinen Grundsatzes der Unabhängigkeit dar (Art. 11 Abs. 1 RAG Ingress). 319

II. Wirtschaftliche Unabhängigkeit

Die jährlichen Honorare aus Revisionsdienstleistungen und anderen Dienstleistungen für eine einzelne geprüfte Gesellschaft und die mit ihr durch einheitliche Leitung verbundenen Gesellschaften (Konzern) dürfen *10% der gesamten Honorarsumme des Revisionsunternehmens* nicht übersteigen (Art. 11 Abs. 1 lit. a RAG). Diese Bestimmung konkretisiert das allgemeine Verbot der wirtschaftlichen Abhängigkeit vom geprüften Unternehmen (Art. 728 Abs. 2 Ziff. 5 OR). Zumindest für Gesellschaften des öffentlichen Interesses handelt es sich im Gegensatz zum Bereich der Revision von Nicht-Gesellschaften des öffentlichen Interesses⁶¹⁸ um eine starre Regel und nicht um eine Vermutung, die widerlegt werden kann. Die Bestimmung konkretisiert wie erwähnt die allgemeine Vorgabe aus dem Unabhängigkeitsrecht (Art. 728 Abs. 2 Ziff. 5 OR). Das gilt für Gesellschaften, die mit der zu prüfenden oder der RS unter einheitlicher Leitung stehen (Art. 728 Abs. 6 OR)⁶¹⁹. Daraus ergibt sich, dass die zehn Prozent-Schwelle sowohl aus Sicht des staatlich beaufsichtigten Revisionsunternehmens als auch aus Sicht des allenfalls dazu gehörigen Konzerns er- 320

⁶¹⁸ Vgl. SPR-WIDMER/SANWALD, § 13 Rz 106 ff.

⁶¹⁹ BSK Revisionsrecht-RAMPINI/WATTER, Art. 11 RAG N 7. Aus Sicht der Independence in Appearance (Art. 728 Abs. 1 OR) kann es allerdings nicht auf die tatsächliche einheitliche Leitung von verbundenen Unternehmen, sondern nur auf die Möglichkeit der Kontrolle ankommen (Kontrollprinzip). A.A. BSK Revisionsrecht-RAMPINI/WATTER, Art. 11 RAG N 6. Nach Ansicht von BSK Revisionsrecht-RAMPINI/WATTER, Art. 11 RAG N 8, kann die 10%-Schwelle auch im Zusammenspiel mit ausländischen Partnergesellschaften desselben Netzwerkes erreicht werden. A.A. RzU, Ziff. IX.B.1.

füllt sein muss. Aufträge eines kontrollierenden Aktionärs einer Publikumsgesellschaft sind ebenfalls einzurechnen⁶²⁰.

III. Personelle Übertritte

1. Grundsatz

- 321 Es ist für eine geprüfte Gesellschaft des öffentlichen Interesses naheliegend, eine Person einzustellen, die sich vorher auf Seiten der RS eingehend mit der Gesellschaft des öffentlichen Interesses befasst hat⁶²¹. Beispielsweise ist der ehemalige leitende Revisor ein interessanter Kandidat für die Stelle des Finanzchefs (CFO) oder der vormalige Chef der RS (CEO) wird in den Verwaltungsrat berufen, um das Audit Committee zu verstärken. Die Anstellung einer solchen Person ist für das geprüfte Unternehmen attraktiv, weil sie das Unternehmen und dessen Umfeld bereits sehr gut kennt und daher wenig Zeit braucht, um sich einzuarbeiten. Die Entscheidungsträger beim geprüften Unternehmen haben den Neuankommeling zudem bereits in seinem künftigen Arbeitsumfeld erlebt, kennen dessen Kompetenzen und Fähigkeiten und können auch abschätzen, ob die «Chemie» mit dieser Person stimmen wird. In den USA, wo der Wechsel zwischen verschiedenen Karriereleitern üblicher ist als in der Schweiz, wird dieses System «Revolving Doors» genannt⁶²². Dieses *System der «offenen Drehtüre»* hat aber auch Nachteile: Eine Person, die weiss oder annehmen muss, dass sie demnächst zum geprüften Unternehmen wechseln wird, könnte sich gegenüber dem künftigen Arbeitgeber nicht mehr objektiv verhalten und damit der Qualität der Revision schaden. Zudem kann sich im Nachgang zu einem solchen Wechsel die Schwierigkeit ergeben, dass der nachfolgende leitende Revisor die Arbeit seines ehemaligen Vorgesetzten oder Arbeitskollegen prüfen muss oder dass ein unverträgliches Vertrauensverhältnis besteht. Es liegt auf der Hand, dass die Revision deutlich schwieriger ist, wenn das geprüfte Unternehmen durch den ehemaligen Vorgesetzten oder Arbeitskollegen des aktuellen leitenden Revisors repräsentiert wird.
- 322 In der näheren Vergangenheit sind im Zusammenhang mit *Unternehmensskandalen* einige heikle personelle Wechsel publik geworden⁶²³. Sie haben zur Einführung von Abkühl- oder Wartefristen geführt, welche die erwähnten Probleme verhindern sollen⁶²⁴. Der Gesetzgeber hat dabei bewusst in Kauf genommen, dass das Fachwissen der ausscheidenden Person während der Abkühlphase «leidet» oder sich das Unternehmen in dieser Zeit stark verändert und die wechselnde Person länger für die Einarbeitung benötigt.

2. Wechsel vom geprüften Unternehmen zur Revisionsstelle

- 323 Treten Personen, die in einer Gesellschaft des öffentlichen Interesses⁶²⁵ eine Entscheidungsfunktion inne hatten oder in leitender Stellung in der Rechnungslegung tätig waren, in ein

620 BSK Revisionsrecht-RAMPINI/WATTER, Art. 11 RAG N 6.

621 Zum Folgenden SANWALD/HUSER, ST 6–7/2009, 464.

622 Zum Folgenden SANWALD/HUSER, ST 6–7/2009, 464.

623 Als Fälle werden Enron (Chief Accounting Officer wurde von Arthur Andersen, der RS, übernommen), Global Crossing (hat seinen Arthur Andersen Engagement Partner als Senior Vice President for Finance eingesetzt) oder MicroStrategy (Senior Audit Manager von PricewaterhouseCoopers hat sich um den Job als CFO bei einer Tochtergesellschaft von MicroStrategy beworben, während er deren Jahresrechnung prüfte) genannt (KIRSTIN D. GRIMSLEY, Auditors Pushed Into «Revolving Door»; Ex-Clients Hire Accountants Forced to Retire at 60 or 62, Washington Post, 19.2.2002).

624 Botschaft RAG 2004, 4069.

625 Vorne Rz 75 ff.

Revisionsunternehmen über und übernehmen dort eine leitende Stellung, so darf dieses während zweier Jahre ab Übertritt keine Revisionsdienstleistungen für diese Publikumsgesellschaft erbringen (Art. 11 Abs. 1 lit. b RAG). Der Begriff der «Entscheidungsfunktion» bei einem geprüften Unternehmen⁶²⁶ stimmt grundsätzlich mit demjenigen bei den übrigen Bestimmungen zur Unabhängigkeit überein⁶²⁷. Als Personen mit Entscheidungsfunktion gelten insbesondere die Mitglieder des Verwaltungsrates⁶²⁸ und der Geschäftsleitung⁶²⁹ sowie der nicht der Geschäftsleitung angehörige Finanzchef (CFO)⁶³⁰, aber auch alle anderen Organpositionen, in denen abschlussrelevante Entscheidungen getroffen werden⁶³¹. Unter «Personen in leitender Stellung in der Rechnungslegung» fallen der Chefbuchhalter und der Chefcontroller des geprüften Unternehmens⁶³². Eine «leitende Stellung» bei einem Revisionsunternehmen umfasst alle Positionen, die das Ergebnis der Revisionsdienstleistung für geprüfte Unternehmen beeinflussen können (sogenannte «Chain of Command»)⁶³³. Die zweijährige Wartefrist läuft ab tatsächlicher Beendigung der Tätigkeit für das geprüfte Unternehmen⁶³⁴.

Treten im Weiteren Personen, die in einer Gesellschaft in der Rechnungslegung mitgewirkt haben, in ein Revisionsunternehmen über, so dürfen sie während zwei Jahren ab Übertritt keine Revisionsdienstleistungen für diese Gesellschaft leiten (Art. 11 Abs. 1 lit. c RAG). Der Begriff der «Mitwirkung»⁶³⁵ bei der Rechnungslegung ist weit zu verstehen⁶³⁶. Dieser Geltungsbereich wird aber durch die Tatsache relativiert, dass die betroffenen Personen als Mitglieder des Revisionsteams an der Prüfung ihres ehemaligen Arbeitgebers mitwirken dürfen⁶³⁷. Unzulässig ist nur die Tätigkeit als leitender Revisor⁶³⁸.

Im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt werden die Fragen⁶³⁹, ob eine Person, die beim geprüften Unternehmen eine Entscheidungsfunktion oder leitende Stellung in der Rechnungslegung inne hatte, bei der RS eine nicht leitende Stellung einnehmen oder als leitender Revisor auf einem anderen Mandat tätig sein darf und ob eine Person, die beim geprüften Unternehmen in der Rechnungslegung mitgewirkt hat, bei der RS eine leitende Stellung einnehmen darf. Nach Auffassung von EXPERTsuisse darf eine solche Person nur Mitarbeiter

626 Zum Folgenden SANWALD/HUSER, ST 6–7/2009, 464.

627 Vgl. Botschaft RAG 2004, 4069.

628 RzU, Ziff. VII.D., Art. 29 a; BSK Revisionsrecht-RAMPINI/WATTER, Art. 11 RAG N 13.

629 Botschaft RAG 2004, 4020; RzU, Ziff. VII.D., Art. 29 a; BSK Revisionsrecht-RAMPINI/WATTER, Art. 11 RAG N 13.

630 RzU, Ziff. VII. D., Art. 29 a; BSK Revisionsrecht-RAMPINI/WATTER, Art. 11 RAG N 13.

631 BÖCKLI, § 15 Rz 585; BSK OR II-WATTER/RAMPINI, Art. 728 N 15; BSK Revisionsrecht-RAMPINI/WATTER, Art. 11 RAG N 13.

632 RzU, Ziff. VII.D., Art. 29 b; BSK Revisionsrecht-RAMPINI/WATTER, Art. 11 RAG N 13.

633 RzU, Ziff. VII.D., Art. 29 d; PFIFFNER, Rz 2069; BSK Revisionsrecht-RAMPINI/WATTER, Art. 11 RAG N 13. Hierunter fallen alle Personen mit Überwachungs- und Führungsfunktionen im Bereich der Wirtschaftsprüfung, die das Revisionsteam direkt oder indirekt beeinflussen können. Dazu gehören insb. die direkten Vorgesetzten des leitenden Revisors sowie die Mitglieder der Geschäftsleitung und des VR (RzU, Ziff. I.A., Art. 11). Der CoE noch etwas präziser: «(b) all others within a firm who can directly influence the outcome of the assurance engagement, including: (i) those who recommend the compensation of, or who provide direct supervisory, management or other oversight of the assurance engagement partner in connection with the performance of the assurance engagement; (ii) those who provide consultation regarding technical or industry specific issues, transactions or events for the assurance engagement; and (iii) those who provide quality control for the assurance engagement, including those who perform the engagement quality control review for the assurance engagement.» (Definitions, Assurance Team, 152 f.).

634 BSK Revisionsrecht-RAMPINI/WATTER, Art. 11 RAG N 11.

635 Zum Folgenden SANWALD/HUSER, ST 6–7/2009, 464.

636 RzU, Ziff. VII.D., Art. 29 c; BSK Revisionsrecht-RAMPINI/WATTER, Art. 11 RAG N 14.

637 BSK OR II-WATTER/RAMPINI, Art. 728 N 18.

638 BÖCKLI, § 15 Rz 75; PFIFFNER, Rz 2077. A.A. BSK Revisionsrecht-RAMPINI/WATTER, Art. 11 RAG N 15, wonach wichtige Funktionen innerhalb des Revisionsteams ebenfalls vorübergehend nicht mehr wahrgenommen werden dürfen.

639 Zum Folgenden SANWALD/HUSER, ST 6–7/2009, 464 f.

der RS werden, wenn er während zwei Jahren nicht als leitender Revisor für seine bisherige Arbeitgeberin tätig ist⁶⁴⁰. Dieser Auffassung ist zuzustimmen. Die Personengruppen nach Art. 11 Abs. 1 lit. b und c RAG dürfen im Sinne einer minimalen Massnahme nicht als leitende Revisoren auf dem Mandat des geprüften Unternehmens zum Einsatz kommen, von dem sie zur RS gewechselt haben⁶⁴¹.

3. Wechsel von der RS zum geprüften Unternehmen

- 326 Eine Gesellschaft des öffentlichen Interesses darf *keine Personen beschäftigen, die während der zwei vorangegangenen Jahre Revisionsdienstleistungen für diese Gesellschaft geleistet haben oder im betreffenden Revisionsunternehmen eine Entscheidfunktion inne hatten* (Art. 11 Abs. 2 RAG)⁶⁴². Die «Person, die Revisionsdienstleistungen geleistet hat»⁶⁴³, ist der leitende Revisor nach Art. 730a Abs. 2 OR⁶⁴⁴. Unter «Entscheidfunktion» in einem Revisionsunternehmen ist dasselbe zu verstehen wie unter «leitende Stellung» in einem Revisionsunternehmen (Art. 11 Abs. 1 lit. c RAG); in beiden Fällen ist die sogenannte Chain of Command gemeint⁶⁴⁵.
- 327 Unklar ist, welche Rechtsverhältnisse vom Ausdruck «*beschäftigen*» erfasst werden⁶⁴⁶. In der vorbereitenden Kommission wurde zum einen die Meinung vertreten, dass mit dem Wort «beschäftigen» bewusst ein umfassender Begriff gewählt worden sei, der VR-Mandate, Anstellungsverhältnisse und Auftragsverhältnisse mit einer Publikumsgesellschaft abdecke⁶⁴⁷. Zum anderen wurde aber auch kritisiert, dass der Begriff nicht klar genug sei. Mangels überzeugender Alternativen wurde am Ende entschieden, es beim Terminus «beschäftigen» zu belassen, in der Plenardebatte jedoch zu Handen des Protokolls erläuternde Ausführungen zu machen⁶⁴⁸. Leider ist dies in der Folge unterlassen worden. Für Verwirrung sorgen auch die Unterschiede in den drei Amtssprachen⁶⁴⁹. Dass die deutsche und die französische Fassung nicht wörtlich übereinstimmen, wurde auch in der vorbereitenden Kommission bemerkt⁶⁵⁰. Während die deutsche Fassung mit dem Passus «eine Person beschäftigen» auf einen engen Anwendungsbereich zu deuten scheint, ist mit «s'adjoindre les services de personnes» (wörtlich: die Dienste von Personen in Anspruch nehmen) ein breiterer Anwendungsbereich gemeint. Die italienische Fassung «assumere persone» (wörtlich: Personen anstellen) ist hingegen weniger relevant, weil die Kommissionsarbeit in Deutsch und Französisch erfolgte. Bei aller Wortdeutung darf der Zweck der Bestimmung nicht aus den Augen verloren werden: Das Cooling-off dient dem Schutz

640 RzU, Ziff. VII.B.

641 A.A. PFIFFNER, Rz 2077; CHK-OERTLI/HÄNNI, Art. 728 N 16. Demnach darf die wechselnde Person die Funktion des leitenden Revisors für das geprüfte Unternehmen oder eine andere Entscheidfunktion beim Revisionsunternehmen erst nach drei Jahren übernehmen (Art. 730 a Abs. 2 OR analog). Dies ist zumindest teilweise mit dem klaren Wortlaut von Art. 11 Abs. 1 lit. b und c RAG nicht vereinbar. Eine Entscheidfunktion darf in jedem Fall nach zwei Jahren übernommen werden. Mit Blick auf den leitenden Revisor liegt der Analogieschluss zu Art. 11 Abs. 1 lit. b und c RAG sachlich näher, weshalb zwei Jahre genügen.

642 Vgl. zur Entstehungsgeschichte dieser Bestimmung SANWALD/HUSER, ST 6–7/2009, 465, m.w.N.

643 Zum Folgenden SANWALD/HUSER, ST 6–7/2009, 465.

644 Vgl. auch RzU, Ziff. VII. D., Art. 29 e.

645 Vorne Rz 323.

646 Zum Folgenden SANWALD/HUSER, ST 6–7/2009, 466.

647 Vgl. Voten in der vorbereitenden Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates vom 3.2.2005, Protokoll, 8.

648 Vgl. Voten in der vorbereitenden Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates vom 3.2.2005, Protokoll, 7 f., 9.

649 Zum Folgenden SANWALD/HUSER, ST 6–7/2009, 466.

650 Vgl. Voten in der vorbereitenden Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates vom 3.2.2005, Protokoll, 8.

der Unabhängigkeit der RS und der Qualität der Revision. Aus den Diskussionen in der vorberatenden Kommission geht hervor, dass die Abkühlfrist sowohl für VR-Mandate als auch für Anstellungs- und Auftragsverhältnisse gelten soll⁶⁵¹. Tatsächlich wäre es in der Sache nicht zu rechtfertigen, den personellen Wechsel der Natur des Rechtsverhältnisses zur Publikumsgesellschaft entsprechend unterschiedlich zu behandeln. So wäre nicht erkennbar, warum jemand zwar direkt in den Verwaltungsrat des geprüften Unternehmens wechseln dürfte, aber für eine «blosse» Anstellung zwei Jahre zuwarten müsste. Auch ist es sicherlich nicht im Sinne des Gesetzgebers, wenn jemand zwar nicht direkt in den Verwaltungsrat wechseln darf, diesem aber für zwei Jahre im Auftragsverhältnis zur Seite steht und praktisch als «Schatten-Verwaltungsrat» tätig ist. Entscheidend ist also nicht die Form des Rechtsverhältnisses zum geprüften Unternehmen, sondern die mögliche Beeinträchtigung der Unabhängigkeit der RS⁶⁵².

Die vorstehenden Ausführungen gelten auch für den Wechsel von der RS zu einer *Konzern- oder Tochtergesellschaft* eines geprüften Unternehmens⁶⁵³. Dies ergibt sich daraus, dass die Bestimmungen in Art. 11 RAG Ergänzungen bzw. Konkretisierungen des allgemeinen Grundsatzes der Unabhängigkeit darstellen (Art. 11 Abs. 1 RAG Ingress). Die Unvereinbarkeiten gelten daher auch im jeweiligen Konzernverhältnis (Art. 728 Abs. 6 OR)⁶⁵⁴.

Mit Blick auf Verletzungen der Vorschrift zum Wechsel von der RS zum geprüften Unternehmen (Art. 11 Abs. 2 RAG) waren die Eidg. Räte der Auffassung⁶⁵⁵, dass es sich bei dieser Bestimmung um eine «lex imperfecta» handle, also um eine Vorschrift ohne eigentliche *Sanktion*⁶⁵⁶. Immerhin wurde in der vorberatenden Kommission darauf hingewiesen, dass die Bestimmung eine Verbotsnorm darstelle, was je nach den Umständen zur Folge haben könne, dass der Vertrag zwischen der wechselnden Person und der Gesellschaft des öffentlichen Interesses anfechtbar oder sogar nichtig sei; der Entscheid hierüber werde aber den Gerichten überlassen⁶⁵⁷. Es ist hinzuzufügen, dass die Verletzung dieser Bestimmung Verantwortlichkeitsfolgen auslösen kann; zu denken ist an die Situation, in der die wechselnde Person bspw. in der Rechnungslegung der Publikumsgesellschaft einen verantwortlichsrelevanten Schaden anrichtet (Art. 754 ff. OR)⁶⁵⁸. Das Revisionsunternehmen kann sich bis zu einem gewissen Grad arbeitsvertraglich gegen unliebsame personelle Übertritte schützen⁶⁵⁹.

IV. Weitere Vorgaben zur Unabhängigkeit

Die Unabhängigkeit der RS kann auch durch die Summe der *Honorare für zusätzliche Dienstleistungen* in Frage gestellt sein, und zwar dann, wenn dieses *im Verhältnis zum Revi-* 330

651 Im Ergebnis zustimmend BSK Revisionsrecht-RAMPINI/WATTER, Art. 11 RAG N 18.

652 Aus diesem Grund muss Art. 11 Abs. 2 RAG gemäss PFIFFNER, Rz 2078, im Wege der teleologischen Reduktion dahingehend eingegrenzt werden, dass das geprüfte Unternehmen die genannten Personen nur dann nicht einstellen darf, wenn diese in ihrer neuen Funktion die Buchführung und Abschlusserstellung beeinflussen können. Dies dürfte in der Praxis allerdings meist der Fall sein.

653 Zum Folgenden SANWALD/HUSER, ST 6–7/2009, 466.

654 Vgl. Voten in der vorberatenden Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates vom 3.2.2005, Protokoll, 8.

655 Zum Folgenden SANWALD/HUSER, ST 6–7/2009, 466.

656 Vgl. die Voten in der vorberatenden Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates vom 3.2.2005, Protokoll, 7, 9 f.; Votum BURKHALTER vom 2.3.2005 im Nationalrat, AB 2005 N 93.

657 Vgl. Voten in der vorberatenden Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates vom 3.2.2005, Protokoll, 10.

658 PFIFFNER, Rz 2078.

659 BSK Revisionsrecht-RAMPINI/WATTER, Art. 11 RAG N 19.

sionshonorar zu hoch ist. Die Gewinnmargen sind bei den übrigen Dienstleistungen und insbesondere bei den Beratungsdienstleistungen in der Praxis oftmals deutlich höher als bei den Revisionsdienstleistungen und die Haftungsrisiken dafür geringer. Paralleldienstleistungen sind aus diesem Grund meist sehr attraktiv, und das Revisionsunternehmen hat ein grundsätzlich legitimes Interesse an der Weiterführung dieser Mandate. Steht jedoch das Prüfungshonorar im Vergleich zu den zusätzlichen Honoraren in einem ungleichen Verhältnis, so kann dadurch auch ein entsprechend übermässiges Interesse des Revisionsunternehmens an der Weiterführung der lukrativen Zusatzdienstleistungen entstehen. Da die Vergabe der Zusatzdienstleistungen meist an das Revisionsmandat geknüpft ist, kann daraus ein übermässiges Interesse an der Weiterführung des Revisionsmandates folgen. Die Unabhängigkeit des Revisionsunternehmens wird dadurch gefährdet und dessen Bereitschaft zumindest dem Anschein nach in Frage gestellt, dem geprüften Unternehmen im richtigen Augenblick zu widersprechen. Diese Gefährdung ist zu beseitigen oder auf ein akzeptables Mass zu reduzieren. Bis zu einem Verhältnis 1:1 zwischen Revisionshonorar und zusätzlichen Honoraren (Rz 22 lit. b RS 1/2010)⁶⁶⁰ sieht die RAB keine Probleme, sofern die Unabhängigkeit nicht anderweitig beeinträchtigt wird. Falls das Verhältnis zwischen Revisionshonorar und zusätzlichen Honoraren gemäss Geschäftsbericht in einem Geschäftsjahr die Zahl von 1 zu 1 übersteigt, besteht hingegen ein erhebliches Risiko der Beeinträchtigung der Unabhängigkeit. Das Risiko kann nur in Ausnahmefällen toleriert werden. Sofern es sich beim geprüften Unternehmen um eine Gesellschaft des öffentlichen Interesses handelt und die ordentliche Revision durch ein staatlich beaufsichtigtes Revisionsunternehmen durchgeführt wird, unterliegt das Revisionsunternehmen einer Meldepflicht an die RAB (Rn 22 lit. b RS 1/2010). Auf Grund der Meldung behält sich die RAB vor, im Einzelfall zu prüfen, ob die Unabhängigkeit beeinträchtigt ist.

V. Geltung bei freiwillig beaufsichtigten Revisionsunternehmen

- 331 Der Gesetzestext sieht vor, dass die Grundsätze von Art. 11 RAG bei der Erbringung von Revisionsdienstleistungen an Gesellschaften des öffentlichen Interesses zu beachten sind (Art. 11 Abs. 1 RAG Ingress). Folglich finden die Vorgaben von Art. 11 RAG *keine Anwendung* auf Revisionsunternehmen, die sich der Aufsicht durch die RAB freiwillig unterstellt haben und keine Publikumsgesellschaften prüfen⁶⁶¹.

VI. Unvereinbarkeit mit der aufsichtsrechtlichen Prüfung nach den Finanzmarktgesetzen

1. Verhältnis zu den Unabhängigkeitsvorschriften des RAG und des OR

- 332 Die Vorschriften zur Unabhängigkeit im RAG und OR (Art. 11 RAG und 728 OR)⁶⁶² sind bei der Prüfung nach den Finanzmarktgesetzen unter Berücksichtigung des aufsichtsrechtlichen Prüfzwecks, d.h. *sinngemäss, anzuwenden* (Art. 11 I RAV). Explizite Verweise erfol-

660 Die Durchsicht der Geschäftsberichte für das Jahr 2011 zeigt, dass diese Schwellen bei den SMI-Gesellschaften aktuell deutlich unterschritten werden (hierzu und zum Folgenden: FRANK SCHNEIDER/MANUS WIDMER, Unabhängigkeit der Revisionsstelle, Ausgewählte Aspekte des Grünbuchs der EU, in: Meyer/Pfaff (Hrsg.), Finanz- und Rechnungswesen, Jahrbuch 2013, 265–285, 279. Im Durchschnitt werden nur 11.8% Non-Audit Fees generiert (höchster Anteil: 29.6%), wobei aber in den Geschäftsberichten nicht aufgeschlüsselt wird, was genau als Audit Fee und Non-Audit Fee definiert wird.

661 D'AMELIO FAVEZ/PERROD/RUTA, ST 11/2008, 867; BSK Revisionsrecht-RAMPINI/WATTER, Art. 11 RAG N 3. A.A. BSK Revisionsrecht-RAMPINI/ROHDE, vor Art. 11 RAG N 6f.

662 Vorne Rz 319 ff.

gen auf die maximale Mandatsdauer von sieben Jahren für leitende Prüfer mit drei Jahren Cooling-off (Art. 8 Abs. 1 FINMA-PV i.V.m. Art 730a Abs. 2 OR)⁶⁶³ sowie das Verbot von pauschalen Entschädigungen⁶⁶⁴ und von Vereinbarungen bestimmter Zeitaufwände (Art. 8 Abs. 2 FINMA-PV). Das Cooling-off gilt nur bei der Prüfung eines Bewilligungsge- suchs (Bewilligungsprüfung) oder der Tätigkeit einer aufsichtsrechtlichen Prüfgesellschaft. Vorgängige und unabhängig zur Akquisition eines Prüfmandats erfolgte Beratungsman- date müssen aber gegenüber der FINMA im Zusammenhang mit der Meldung über die Wahl einer Prüfgesellschaft lückenlos offengelegt werden⁶⁶⁵.

2. Unvereinbarkeiten

Zusätzlich gelten aus spezifisch aufsichtsrechtlicher Perspektive gewisse Unvereinbar- keiten (Art. 7 FINMA-PV). Sämtliche Vorschriften betr. Unvereinbarkeit mit einem Prüfmandat gelten in Bezug auf *alle Aufsichtsbereiche der FINMA gleichermassen*⁶⁶⁶. Die Unvereinbarkeit gilt nicht nur für das geprüfte Unternehmen und dessen in- und ausländische Gruppengesellschaften (Rz 44.7 FINMA-RS 2013/3), sondern auch dessen Organe und Gewährsträger (Verwaltungsrat, Geschäftsleitung und Personen mit mass- geblichem Einfluss)⁶⁶⁷. Sinngemäss gelten die Unvereinbarkeiten auch mit Blick auf von der FINMA beaufsichtigte Finanzgruppen und -konglomerate⁶⁶⁸. Ob die Leistung durch die Prüfgesellschaft oder durch eine dem gleichen Netzwerk angehörende Gesellschaft erbracht wird, ist irrelevant (Rz 44.7 FINMA-RS 2013/3).

Unvereinbar mit einem Prüfmandat sind Tätigkeiten von Prüfgesellschaften bei zu prü- fenden Beaufsichtigten, die eine objektive Durchführung der Prüfung beeinträchtigen können. Darunter fallen insbesondere (also nicht abschliessend) folgende Konstellatio- nen:

a) Aufsichtsrechtliche Beratung

Mit dem Prüfmandat unvereinbar sind aufsichtsrechtliche Beratungen (Art. 7 Abs. 1 lit. a FINMA-PV), wobei der Begriff «Aufsichtsrecht» weit zu verstehen ist und alle aufsichts- rechtlichen Vorschriften umfasst (Gesetze, Verordnungen, FINMA-Rundschreiben, insti- tutsspezifische Anordnungen der FINMA)⁶⁶⁹. Aufsichtsrechtliche Beratungen umfassen grundsätzlich *alle Dienstleistungen im Auftrag von Organen und Mitarbeitenden des Beauf- sichtigten*. Dies beinhaltet namentlich die Entwicklung und Einführung von kundenspezifi- schen Compliance- und Risikokontroll-/management-Tools, Coaching, kundenspezifische

663 Dazu SPR-WIDMER/SANWALD, § 13 Rz 160 ff.

664 Dazu SPR-WIDMER/SANWALD, § 13 Rz 109 ff.

665 FAQ der FINMA «Unvereinbarkeit mit einem Prüfmandat gemäss FINMA-RS 3/2013 Prüfwesen (Rz 44.1–44.8)», Download auf der Homepage <www.finma.ch>, dort → FAQ →, in der Fassung vom 17.6.2015, Ziff. 5.

666 FAQ der FINMA «Unvereinbarkeit mit einem Prüfmandat gemäss FINMA-RS 3/2013 Prüfwesen (Rz 44.1–44.8)», Download auf der Homepage <www.finma.ch>, dort → FAQ, in der Fassung vom 17.6.2015, Ziff. 1.

667 FAQ der FINMA «Unvereinbarkeit mit einem Prüfmandat gemäss FINMA-RS 3/2013 Prüfwesen (Rz 44.1–44.8)», Download auf der Homepage <www.finma.ch>, dort → FAQ, in der Fassung vom 17.6.2015, Ziff. 4.

668 FAQ der FINMA «Unvereinbarkeit mit einem Prüfmandat gemäss FINMA-RS 3/2013 Prüfwesen (Rz 44.1–44.8)», Download auf der Homepage <www.finma.ch>, dort → FAQ, in der Fassung vom 17.6.2015, Ziff. 4.

669 FAQ der FINMA «Unvereinbarkeit mit einem Prüfmandat gemäss FINMA-RS 3/2013 Prüfwesen (Rz 44.1–44.8)», Download auf der Homepage <www.finma.ch>, dort → FAQ, in der Fassung vom 17.6.2015, Ziff. 3.

Schulungen, Know-How-Transfer sowie Begleitungs- und Unterstützungsdienstleistungen (Rz 44.3 FINMA-RS 2013/3). Aufsichtsrechtliche Beratungen im Zusammenhang mit einem Bewilligungsverfahren sind ausgeschlossen, falls nach der Bewilligung das Prüfmandat übernommen wird (Rz 44.5 FINMA-RS 2013/3). Dienstleistungen im Zusammenhang mit Due Diligence-Tätigkeiten, bei denen es sich nicht nur um die Erstellung von Factbooks oder das Einrichten von Datenräumen handelt, gelten als aufsichtsrechtliche Beratung und sind entsprechend nicht zulässig. Die Prüfung gemäss dem Fusionsgesetz bleibt vorbehalten (Rz 44.6 FINMA-RS 2013/3).

- 336 Demgegenüber sind *vorgelagerte Beurteilungen* (z.B. Pre-Audit-Tätigkeiten) ohne Beratungs- und begleitende Dienstleistungen möglich bei vollständiger Offenlegung gegenüber der FINMA. Solche Beurteilungen führen zur Abgabe eines unabhängigen Prüfurteils für ein festgelegtes Prüfgebiet ausserhalb der Prüfung. Das Prüfobjekt muss hierbei vollständig entwickelt und bereit zur Implementierung sein (Rz 44.4 FINMA-RS 2013/3). Im Gegensatz zu projektbezogenen, begleitenden Abweichungs- und Auswirkungsanalysen sind generische und Benchmark-Analysen ebenfalls zulässig⁶⁷⁰. Dienstleistungen im Bereich direkter und indirekter Unternehmenssteuern von Finanzinstituten gelten auch nicht als aufsichtsrechtliche Beratung⁶⁷¹.

b) Beratung und Prüfung von Transaktionen

- 337 Ebenfalls mit dem Prüfmandat unvereinbar ist die Beratung bei Transaktionen sowie die Prüfung und Beurteilung von Transaktionen, die von *der FINMA zu bewilligen oder zu genehmigen* sind (Art. 7 Abs. 1 lit. b FINMA-PV).

c) Compliance, Recht, Risikokontrolle, Risikomanagement und Investmentkontrolle

- 338 Weiter mit der Prüfung unvereinbar ist die *Entwicklung und Einführung von Systemen* zur Unterstützung von Funktionen in den Bereichen Compliance, Recht, Risikokontrolle, Risikomanagement oder Investmentkontrolle (Art. 7 Abs. 1 lit. c FINMA-PV). Unter «Entwicklung und Einführung von Systemen zur Unterstützung» sind (nicht abschliessend) zu verstehen⁶⁷²: Entwicklung und Einführung von IT- und Management Informationssystemen, Entwicklung von Geschäftsprozessen, Erarbeitung von Vorgabedokumenten, Einführungen mittels Schulungen sowie die Behebung von Lücken/Schwachstellen in bestehenden Systemen/Prozessen.

d) Gewährsträger

- 339 Untersagt ist ferner die Mitwirkung und Beratung bei der *Einstellung, der Beförderung oder der Entlassung von Gewährsträgern* oder weiteren Personen mit aufsichtsrechtlich

670 FAQ der FINMA «Unvereinbarkeit mit einem Prüfmandat gemäss FINMA-RS 3/2013 Prüfwesen (Rz 44.1–44.8)», Download auf der Homepage <www.finma.ch>, dort → FAQ, in der Fassung vom 17.6.2015, Ziff. 2.

671 FAQ der FINMA «Unvereinbarkeit mit einem Prüfmandat gemäss FINMA-RS 3/2013 Prüfwesen (Rz 44.1–44.8)», Download auf der Homepage <www.finma.ch>, dort → FAQ, in der Fassung vom 17.6.2015, Ziff. 7.

672 FAQ der FINMA «Unvereinbarkeit mit einem Prüfmandat» gemäss FINMA-RS 3/2013 «Prüfwesen (Rz 44.1–44.8)», Download auf der Homepage <www.finma.ch>, dort → FAQ, in der Fassung vom 17.6.2015, Ziff. 6.

relevanten Schlüsselfunktionen, namentlich in den Bereichen Finanzen, Compliance, Risikokontrolle oder interne Revision (Art. 7 Abs. 1 lit. d FINMA-PV).

e) Verantwortlicher Aktuar

Nicht möglich als Prüfgesellschaft ist die Tätigkeit als verantwortlicher *Aktuar* (Art. 7 Abs. 1 lit. e FINMA-PV). 340

f) Interne Revision

Schliesslich ist auch die Durchführung einer *internen Revision* für eine Prüfgesellschaft nicht möglich (Art. 7 Abs. 1 lit. f FINMA-PV). Secondments von Mitarbeitern der Prüfgesellschaft bei der internen Revision des geprüften Unternehmens sind zulässig, sofern der Mitarbeiter keine Entscheidungsbefugnisse hat und das Secondment eine Dauer von sechs Monaten nicht überschreitet. Secondments von Mitarbeitern der internen Revision sind zulässig, sofern sie pro Person einmalig stattfinden und auf maximal sechs Monate beschränkt sind. Eine darüber hinausgehende gegenseitige Zurverfügungstellung von Personal ist nicht zulässig (Rz 44.8 FINMA-RS 2013/3). 341

g) Prüfung im Bewilligungsverfahren

Eine Prüfgesellschaft, die von Finanzinstituten mit der Prüfung im Rahmen eines Bewilligungsverfahrens beauftragt worden ist, darf *während drei Jahren nach Erteilung der Bewilligung* für das betreffende Finanzinstitut *keine Prüfung* im Rahmen der laufenden Aufsicht durchführen (Art. 28a Abs. 1 FINMAG i.V.m. Art. 7 Abs. 2 FINMA-PV). 342

§ 17 Qualitätssicherung

I. Allgemeines

Staatlich beaufsichtigte Revisionsunternehmen müssen alle erforderlichen Massnahmen treffen, die zur Sicherung der Qualität ihrer Revisionsdienstleistungen notwendig sind (Art. 12 Abs. 1 RAG)⁶⁷³. Es wird grundsätzlich in *unternehmensbezogene Massnahmen* (Art. 12 Abs. 2 RAG) und *mandatsbezogene Massnahmen* (Art. 12 Abs. 3 RAG) unterschieden. Die jeweiligen gesetzlichen Auflistungen in diesen beiden Kategorien sind nicht abschliessend⁶⁷⁴. Es wird daher auf eine Kommentierung verzichtet und auf die nachfolgende Darstellung der anwendbaren Berufsstandards verwiesen. 343

⁶⁷³ Zum System zur Qualitätssicherung im Allgemeinen vorne Rz 152 ff.

⁶⁷⁴ Botschaft RAG 2004, 4070; BSK Revisionsrecht-RAMPINI/ROHDE, Art. 12 RAG N 5.

II. Unternehmensbezogene Qualitätssicherung

1. Allgemeines

- 344 Staatlich beaufsichtigte Revisionsunternehmen müssen durch eine *geeignete Organisation* (Art. 12 Abs. 2 RAG Ingress) die strukturelle Grundlage dafür schaffen, dass die gesetzlichen und anderweitigen Pflichten durch das Revisionsunternehmen, seine Mitarbeitenden und die geschäftlich mit dem Revisionsunternehmen verbundenen Personen eingehalten werden⁶⁷⁵. Die Auflistung in Art. 12 Abs. 2 RAG ist nicht abschliessend («insbesondere»)⁶⁷⁶ und mit Blick auf die einschlägigen Regelwerke lückenhaft. Die gesetzlichen und berufsrechtlichen Vorgaben gelten nicht nur für die Prüfung von Gesellschaften des öffentlichen Interesses, sondern für alle von einem Revisionsunternehmen geprüften Unternehmen, sofern sich keine sachliche Differenzierung aufdrängt⁶⁷⁷.

2. Leitende Revisoren

- 345 Staatlich beaufsichtigte Revisionsunternehmen müssen für jede Revisionsdienstleistung eine Person bezeichnen, welche die Verantwortung trägt (sog. *leitender Revisor*; Art. 29 Abs. 1 RAV). Diese Bestimmung ist letztlich deklaratorisch, weil schon das OR vorsieht, dass es für jedes Revisionsmandat eine ausschliesslich verantwortliche Person gibt (vgl. Art. 728 Abs. 2 Ziff. 2 OR, Art. 728b Abs. 2 Ziff. 3 und Abs. 3, Art. 729b Abs. 1 Ziff. 4 und Abs. 2 OR sowie Art. 6 Abs. 1 lit. c RAG⁶⁷⁸⁶⁷⁹).
- 346 Staatlich beaufsichtigte Revisionsunternehmen dürfen nur Personen als leitende Revisoren bezeichnen, gegenüber denen sie ein *Weisungsrecht* besitzen und *die ihre Organisation, ihre Abläufe und ihren Prüfansatz kennen* (Art. 29 Abs. 1 RAV). Mit dieser Vorgabe wird der Möglichkeit entgegengewirkt, dass Aussenstehende als leitende Revisoren beigezogen werden und letztlich unkontrolliert die Verantwortung für Revisionsmandate innehaben. Der leitende Revisor unterzeichnet den Revisionsbericht oder die Prüfbestätigung (Art. 29 Abs. 3 RAV). Die Revisionsunternehmen melden der RAB unverzüglich alle Wechsel leitender Revisoren und geben die Gründe für den Wechsel an (Art. 29 Abs. 4 RAV).

3. Revision von Abschlüssen nach OR oder Swiss GAAP FER

a) Allgemeines

- 347 Revisionsunternehmen müssen ihre Prüfungen in Übereinstimmung mit den PS durchführen, wenn sie Jahres- und Konzernrechnungen revidieren, die nach OR oder Swiss GAAP FER erstellt wurden. Sie müssen auch die Qualität ihrer Revisionsdienstleistungen nach den *Vorschriften der PS* sicherstellen (Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 ASV-RAB).

⁶⁷⁵ Botschaft RAG 2004, 4070. Vgl. auch QS 1.11.

⁶⁷⁶ BSK Revisionsrecht-RAMPINI/ROHDE, Art. 12 RAG N 11.

⁶⁷⁷ BSK Revisionsrecht-RAMPINI/ROHDE, Art. 12 RAG N 8.

⁶⁷⁸ Vorne Rz 151.

⁶⁷⁹ Vgl. dagegen das weitergehende berufsrechtliche Konzept des sog. verantwortlichen Prüfers (key audit partner). Als solcher gilt neben dem leitenden Revisor auch die für die mandatsspezifische Qualitätssicherung verantwortliche Person sowie ggf. andere Prüfer, die zu wesentlichen Sachverhalten der Prüfung der Jahres- oder Konzernrechnung, zu der ein Prüfungsurteil abgegeben wird, wichtige Entscheidungen treffen oder wichtige Beurteilungen vornehmen. Beispielsweise können verantwortliche Prüfer, in Abhängigkeit der Umstände und der Aufgabe des Einzelnen in Bezug auf die Prüfung, auch diejenigen Personen sein, die für die Prüfung von bedeutenden Tochtergesellschaften oder Geschäftsbereichen verantwortlich sind (Art. 8a RzU und CoE, Definitions, 157).

