

Musterlösung Prüfung Kapitalmarktrecht 2019

	Punkte Soll	Punkte Ist
Aufgabe 1 (20% → 8 Punkte)		
<ul style="list-style-type: none"> • Doppelnormtheorie: Einer Norm kommt sowohl öffentlich-rechtliche Wirkung als auch zivilrechtliche Wirkung zu. 	1	
<ul style="list-style-type: none"> • Ausstrahlungstheorie: Die aufsichtsrechtlichen Normen greifen nicht unmittelbar in die zivilrechtlichen Normen ein; Zivilgericht beurteilt das zivilrechtliche Verhältnis gestützt auf die privatrechtlichen Bestimmungen, kann aber zur Konkretisierung die aufsichtsrechtlichen Bestimmungen heranziehen (dadurch Ausstrahlungswirkung gegeben). 	1	
<ul style="list-style-type: none"> • Erläuterung anhand der Verhaltenspflichten 		
<ul style="list-style-type: none"> ○ Doppelnormtheorie: Bei der Norm zu den Verhaltensregeln der Effektenhändler (Art. 11 BEHG) handelt es sich um eine Doppelnorm (str.). 	1	
<ul style="list-style-type: none"> - Ihr kommt einerseits eine aufsichtsrechtliche Wirkung zu, indem sie die Organisations- und Gewährbestimmungen nach Art. 10 Abs. 2 lit. a und d BEHG konkretisiert. Bei gravierenden Verletzungen kann die Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit in Frage gestellt sein. Art. 11 BEHG ist somit Ermächtigungsnorm für die FINMA. 	1	
<ul style="list-style-type: none"> - Zugleich kommt ihr eine zivilrechtliche Wirkung zu. Sie konkretisiert die zivilrechtlichen Verhaltenspflichten des Effektenhändlers gegenüber den Kunden (unabhängig von der konkreten Ausgestaltung des Vertragsverhältnisses). Bei Verletzungen kann der Kunde Ansprüche direkt vor dem Zivilgericht geltend machen. 	1	
<ul style="list-style-type: none"> ○ Ausstrahlungstheorie: Die aufsichtsrechtlichen Verhaltenspflichten des FIDLEG greifen nicht unmittelbar in das privatrechtliche Verhältnis zwischen Finanzdienstleister und Kunden ein. 	1	
<ul style="list-style-type: none"> - Das Zivilgericht beurteilt das zivilrechtliche Verhältnis gestützt auf die privatrechtlichen Bestimmungen (insbesondere Auftragsrecht), es kann aber zur Konkretisierung das FIDLEG heranziehen. Ausstrahlungswirkung ins Zivilrecht, indem aufsichtsrechtliche Vorschriften Branchenstandards schaffen, deren Einhaltung auch aus zivilrechtlicher Sicht erwartet wird. 	1	
<ul style="list-style-type: none"> - Die Verhaltenspflichten sind öffentliches Recht (keine Doppelnormen). Bei beaufsichtigten Finanzdienstleistern wird überprüft, ob die Verhaltensregeln des FIDLEG eingehalten werden (für unbeaufsichtigte Personen nur strafrechtliche Sanktionierung) 	1	
Total Aufgabe 1	8	
Aufgabe 2 (30% → 12 Punkte)		
<i>Frage a)</i>	6	
<ul style="list-style-type: none"> • Aufsichtsarchitektur de lege ferenda 		
<ul style="list-style-type: none"> ○ Bewilligung der Vermögensverwalter und Trustees durch die FINMA (FINIG 2 I, 5 I) 	1	
<ul style="list-style-type: none"> ○ Aufsicht über Vermögensverwalter und Trustees: 		
<ul style="list-style-type: none"> - Hauptzuständigkeit: FINMA (FINIG 61 I): FINMA als Aufsichtsbehörde für das Ganze 	1	

<ul style="list-style-type: none"> - laufende Aufsicht: Beizug einer Aufsichtsorganisation (FINIG 61) * Rechtsnatur: Aufsichtsorganisation keine Behörde, sondern eine privatrechtliche Organisation; „verlängerter Arm“ der FINMA (E-FINMAG 43a) * Prüfung: durch Aufsichtsorganisation direkt oder Einschaltung einer Prüfgesellschaft (E-FINMAG 43k) * Prüfung grundsätzlich einmal jährlich, Ausdehnung bei kleinen Gesellschaften auf bis zu vier Jahre * Auskunfts-/Meldepflicht der Vermögensverwalter und Trustees gegenüber der Aufsichtsorganisation (E-FINMAG 43l) * Aufsichtsorganisation wiederum unterliegt Bewilligung, Aufsicht und Enforcement durch FINMA (E-FINMAG 43a II, 43h II); 	3	
<ul style="list-style-type: none"> ○ Enforcement durch FINMA (E-FINMAG 43b II) <ul style="list-style-type: none"> - 1. Aufsichtsorganisation: Fristansetzung gegenüber Vermögensverwalter und Trustees - 2. Bei Nichtbeachtung Informationspflicht der Aufsichtsorganisation an FINMA - 3. Sanktionen: FINMA gegenüber Vermögensverwalter und Trustees 	1	
<i>Frage b)</i>	6	
• Bewilligungspflicht de lege ferenda:		
<ul style="list-style-type: none"> ○ Als Vermögensverwalter gilt, wer gestützt auf einen Auftrag gewerbmässig im Namen und für Rechnung der Kundinnen und Kunden Vermögenswerte verwaltet oder auf andere Weise über Vermögenswerte von Kundinnen und Kunden verfügen kann. (FINIG 17 I) 	0.5	
<ul style="list-style-type: none"> ○ Die Bewilligungsvoraussetzungen müssen während der gesamten Tätigkeit dauernd eingehalten werden (E-FINMAG 37 I) 	0.5	
• Bewilligungsvoraussetzungen:		
<ul style="list-style-type: none"> ○ Personell <ul style="list-style-type: none"> - Wohnsitzerfordernis: Geschäftsführende Personen (FINIG 10 II) - Gewähr für einwandfreie Geschäftstätigkeit (FINIG 11) → Gewährsträger * Gesuchsteller (= Institut) * Mitglieder Aufsichts-/Leitungsorgan (VR) oder Führungsorgan (GL) * Nat./jur. Personen mit qualifizierter Beteiligung (mind. 10% des Kapitals bzw. der Stimmen oder sonstige massgebliche Beeinflussung der Geschäftstätigkeit) (Abs. 4) - Geschäftsführung: qualifizierte Personen (FINIG 20) - Angemessenes Risikomanagement, interne Kontrolle und Compliance-Funktion durch Personen, die nicht in den Tätigkeiten eingebunden sind, die sie überwachen (FINIG 21) 	3.5	
<ul style="list-style-type: none"> ○ Finanziell <ul style="list-style-type: none"> - Mindestkapital (FINIG 22 I) <ul style="list-style-type: none"> * CHF 100'000.- - Sicherheiten (FINIG 22 II) <ul style="list-style-type: none"> * Berufshaftpflicht oder Sicherheitsleistung - Eigenmittel (FINIG 23) <ul style="list-style-type: none"> * Mind. ¼ der Fixkosten der letzten Jahresrechnung bis max. 10 Mio. 	1.5	
Total Aufgabe 2	12	

Aufgabe 3 (50% → 20 Punkte)		
<i>Frage a)</i>	14	
• Vorbemerkung: Verletzung aufsichtsrechtlicher Pflichten?		
○ Das Handeln im SV stellt Front Running dar. Front Running ist das Ausnützen der Kenntnis von Kundenaufträgen zur vorgängigen Durchführung von Eigengeschäften (Art. 11 SBVg-Verhaltensregeln).	1	
○ Zudem handelt es sich um eine Treuepflichtverletzung (BEHG 11). - Treuepflichtverletzung (BEHG 11): Vermeidung von Interessenkonflikten im Vordergrund; Pflicht zur aktiven Wahrnehmung von Kundeninteressen (vgl. FIDLEG 19).	1	
○ Schliesslich kann die Bank ihre Organisationspflichten verletzt haben: - Organisatorische Massnahmen zur Vermeidung von Interessenkonflikten (Art. 8 SBVg-Verhaltensregeln; Art. 19 BEHV): funktionale Trennung Eigenhandel/Kundenhandel; interne Regelungen für Mitarbeitergeschäfte.	0.5	
○ Fazit: i.c. Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen gegeben; die Verletzung ist als schwerwiegend zu qualifizieren	0.5	
• Aufsichtsrechtliche Massnahmen: [Hinweis: Aufbau auch nach Adressaten der Massnahme möglich]		
○ Weites «technisches Ermessen» der FINMA bei der Wahl der jeweiligen Enforcement-Massnahmen bzw. Sanktionen; Schranke: Verhältnismässigkeit (BGE 136 II 43 ff. «Steinhalden»)	0.5	
○ Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustands (FINMAG 31) - i.c.: nicht möglich (Primärziel Prävention) [Gewähr siehe unten]	1	
○ Bei schweren Verletzungen aufsichtsrechtlicher Pflichten: verwaltungsrechtliche Sanktionen (Ziel: Repression)	0.5	
- Feststellungsverfügung (FINMAG 32) * i.c. möglich, fraglich wie sinnvoll	0.5	
- Berufsverbot (FINMAG 33) * Für sämtliche Mitarbeiter eines Bewilligungsträgers möglich (umstr.; Lehre eher dafür, siehe m.w.H. BSK FINMAG, Art. 33 N 13 ff.; BGer schränkt Anwendungsbereich auf Mitarbeiter mit Organfunktion oder leitender Stellung ein, BGer 2C_305/2016, E. 2.3.1) * Voraussetzung: schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen * Rechtsfolge: rangbezogen, Verbot einer Tätigkeit in einer leitenden Stellung; max. 5 J. * i.c.: sowohl für H als auch V denkbar (betreffend H Verneinung als auch Bejahung möglich)	2	
- Tätigkeitsverbot nach BEHG 35a: * Bank B ist Effektenhändler * Voraussetzungen: grober Verstoss gegen BEHG (i.c. BEHG 11) * Rechtsfolge: Verbot jeglicher Tätigkeit im Effektenhandel; dauerhaft möglich * i.c.: denkbar gegenüber H und V		
○ Naming & Shaming» / Werbeverbote (FINMAG 34) - i.c. sinnvoll, da grosse Wirkung	1	
○ Einziehung unrechtmässiger Gewinne (FINMAG 35)	2	

<ul style="list-style-type: none"> - FINMA kann den Gewinn einziehen, den eine Beaufschlagte oder eine verantwortliche Person in leitender Stellung durch schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen erzielt hat. - Zweck: Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustands durch Ausgleich (≠ pönal; kein Surrogat für fehlende Bussenkompetenz der FINMA!) - Voraussetzungen <ul style="list-style-type: none"> * schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Pflichten * Adressat: Beaufschlagte Institute; verantwortl. Person in leitender Stellung * Kausalzusammenhang - Gegenstand/Umfang <ul style="list-style-type: none"> * erzielter Gewinn bzw. vermiedener Verlust <ul style="list-style-type: none"> - Gewinn Bank B: CHF 78'000 - Privatgewinn Händler H: CHF 2'220 (ca. 2'000 genügt) * Schätzung durch FINMA, falls Feststellung objektiv nicht möglich/zumutbar - Verwendung (FINMAG 35 VI: an Geschädigte PK, sofern ein Rechtstitel (Urteil oder Vergleich) vorliegt) 		
<ul style="list-style-type: none"> o Einsetzung Untersuchungsbeauftragter (FINMAG 36) <ul style="list-style-type: none"> - i.c. wohl sinnvoll für Behebung der organisatorischen Mängel in der Bank 	0.5	
<ul style="list-style-type: none"> o Bewilligungsentzug, Liquidation, Konkurs (FINMAG 37) <ul style="list-style-type: none"> - i.c. wohl nicht einschlägig (nicht verhältnismässig) 	0.5	
<ul style="list-style-type: none"> o Prüfung der Gewähr: <ul style="list-style-type: none"> - V als Geschäftsleitungsmitglied und Bank B als Institut - Voraussetzungen: Bei schweren Widerhandlungen gegen die Rechtsordnung; Verstoss gegen Treu und Glauben oder Verstoss gegen Ständesrecht - Rechtsfolge: Individuum kann aus Funktion entfernt werden; für Bank: Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustands 	1	
Fazit: i.c. als aufsichtsrechtliche Massnahmen insbesondere Gewinneinziehung (sowohl beim Institut als auch bei H privat), Naming & Shaming, Berufs- und Tätigkeitsverbot sowie Einsetzung eines Untersuchungsbeauftragten sinnvoll.	1.5	
<i>Frage b)</i>	6	
<ul style="list-style-type: none"> • Anspruchsgrundlage: Schadenersatz von PK gegenüber B wegen Vertragsverletzung (Auftrag; OR 398 i.V.m. 97 und 101) 	1	
<ul style="list-style-type: none"> o Voraussetzungen: 		
<ul style="list-style-type: none"> o Vertragsverletzung: Vertragsverletzung durch Treuepflichtverletzung klar gegeben. B hat die Interessen der Auftragsgeberin (PK) nicht gewahrt, sondern die eigenen Interessen vorangestellt (Handeln von H ist der Bank B zuzurechnen; in Ausübung geschäftlicher Verrichtung). 	1	
<ul style="list-style-type: none"> o Schaden: Differenztheorie <ul style="list-style-type: none"> - Ohne den vorgehenden Eigenhandel wäre der Aktienkurs beim Kauf niedriger gewesen und der Kursverlust am Ende wäre ausgeblieben - Schaden total: CHF 420'000 <ul style="list-style-type: none"> * Schaden durch zu hohen Kaufpreis: CHF 120'000 * Schaden durch Wertverlust der Aktien: CHF 300'000 (Bilanzverlust genügt als Schaden, muss nicht realisiert sein) 	1.5	
<ul style="list-style-type: none"> o Kausalzusammenhang: Vertragsverletzung natürlich und adäquat kausal 	1	

für Schaden - Handlung von H natürlich und adäquat kausal für Schaden - Schwierig zu beweisen, da von allgemeiner Marktbewegung abzugrenzen; keine Vermutung (Beweislast bei PK)		
○ Verschulden - Wird bei Vertragsverletzungen vermutet - i.c.: H handelt vorsätzlich	0.5	
○ Fazit: Voraussetzungen grundsätzlich erfüllt. Fraglich bleibt, ob alles bewiesen werden kann, was insbesondere betreffend Kausalzusammenhang schwierig sein dürfte. Einschätzung der Erfolgsaussichten.	1	
Total Aufgabe 3	20	
Gesamtpunkte	40	