

---

## Bankrecht

### 3. Januar 2017

---

**Dauer:** 120 Minuten

- Kontrollieren Sie bitte sowohl bei Erhalt als auch bei Abgabe der Prüfung die Anzahl der Aufgabenblätter. Die Prüfung umfasst 3 Seiten (inkl. dieser Seite mit den Hinweisen) und 19 Aufgaben.

#### **Hinweis zur Beantwortung der Fragen**

- Bitte halten Sie Ihre Antworten kurz und schreiben Sie gut leserlich.

#### **Hinweis zur Bewertung**

- Bei der Bewertung kommt den Aufgaben unterschiedliches Gewicht zu. Die Punkte verteilen sich wie folgt auf die einzelnen Aufgaben:

Aufgabe 1	2 Punkte	2/36 des Totals
Aufgabe 2	2 Punkte	2/36 des Totals
Aufgabe 3	3 Punkte	3/36 des Totals
Aufgabe 4	2 Punkte	2/36 des Totals
Aufgabe 5	2 Punkte	2/36 des Totals
Aufgabe 6	2 Punkte	2/36 des Totals
Aufgabe 7	2 Punkte	2/36 des Totals
Aufgabe 8	2 Punkte	2/36 des Totals
Aufgabe 9	3 Punkte	3/36 des Totals
Aufgabe 10	1 Punkt	1/36 des Totals
Aufgabe 11	1 Punkt	1/36 des Totals
Aufgabe 12	2 Punkte	2/36 des Totals
Aufgabe 13	1 Punkt	1/36 des Totals
Aufgabe 14	1 Punkt	1/36 des Totals
Aufgabe 15	2 Punkte	2/36 des Totals
Aufgabe 16	2 Punkte	2/36 des Totals
Aufgabe 17	2 Punkte	2/36 des Totals
Aufgabe 18	2 Punkte	2/36 des Totals
Aufgabe 19	2 Punkte	2/36 des Totals

---

Total	36 Punkte	100%
-------	-----------	------

**Ich wünsche Ihnen viel Erfolg!**

**Frage 1** (2 Punkte)

Welche konzeptionelle Änderung wurde durch Basel II (im Verhältnis zu Basel I) eingeführt und nun auch in Basel III grundsätzlich beibehalten? Was beinhaltet dieses Konzept im Wesentlichen?

**Antwort:**

Mit Basel II wurde das sog. «Drei-Säulen-Konzept» eingeführt: [½ Punkt]

Unter Säule 1 werden die anrechenbaren Eigenmittel sowie die Ansätze zur Bestimmung der erforderlichen Eigenmittel für Kredit- und Marktrisiken sowie für operationelle Risiken definiert. [½ Punkt]

Säule 2 beinhaltet den Überwachungsprozess hinsichtlich der Eigenmittelunterlegung und das Risikomanagement. [½ Punkt]

Unter Säule 3 werden Offenlegungspflichten der Banken definiert. [½ Punkt]

**Frage 2** (2 Punkte)

Was bezweckt die «Net Stable Funding Ratio» und wie ist diese definiert?

**Antwort:**

Die Net Stable Funding Ratio (NSFR, dt. auch strukturelle Liquiditätsquote) ist eine Kennzahl, die der Optimierung der strukturellen Liquidität von Kreditinstituten dienen soll, wobei ein Zeithorizont von einem Jahr betrachtet wird. [1 Punkt]

Die NSFR ist definiert als das Verhältnis zwischen dem verfügbaren stabil refinanzierten Betrag und dem Betrag, für den eine stabile Refinanzierung erforderlich ist:

$$NSFR = \frac{\text{Verfügbarer Betrag stabiler Refinanzierung}}{\text{Erforderlicher Betrag stabiler Refinanzierung}} > 100\%$$

Dabei soll der verfügbare den erforderlichen Betrag übersteigen, der Zähler des Bruchs also größer als der Nenner sein. [1 Punkt]

**Frage 3** (3 Punkte)

Grenzen Sie die Zuständigkeiten der verschiedenen Behörden zur Sanktionierung und Strafverfolgung im Bereich der Finanzmarktaufsicht ab. Welche Sanktionen und Strafen können von den entsprechenden Behörden in den jeweiligen Zuständigkeitsbereichen verhängt werden?

**Antwort:**

Das Eidgenössische Finanzdepartement (EFD) ist zuständig für die Strafverfolgung aus der Verletzung des Nebenstrafrechts in den Finanzmarktgesetzen, wie z.B. die Verletzung der Offenlegung von Beteiligungen oder der Angebotspflicht oder die unerlaubte Entgegennahme

von Publikumsgebern. Es gilt das Verwaltungsstrafrecht gemäss Art. 50 FINMAG. Das EFD gemäss Art. 147 ff. FinfraG Geld- oder Freiheitsstrafen (Verletzung des Berufsgeheimnisses) oder Bussen (z.B. Verletzung der Melde- oder Angebotspflichten) verhängen. [1 Punkt]

Die Bundesanwaltschaft und das Bundesstrafgericht sind demgegenüber gestützt auf Art. 156 FinfraG zuständig zur Strafverfolgung im Bereich des Insiderhandels und der Kursmanipulation gemäss Art. 154 bzw. 155 FinfraG. Es können Freiheits- oder Geldstrafen verhängt werden. [1 Punkt]

Die FINMA schliesslich kann die aufsichtsrechtlichen Sanktionen gemäss Art. 31 ff. FINMAG verhängen (Einziehung von Gewinnen, Berufsverbot, Veröffentlichung, Bewilligungsentzug) sowie bei Verletzung der Meldepflichten auch die Suspendierung der Stimmrechte verfügen (Art. 144 FinfraG). [1 Punkt]

#### **Frage 4** (2 Punkte)

Welche verfahrensrechtliche Besonderheit besteht in Bezug auf den Rechtsschutz im Bereich des Übernahmerechts und wie wird diese begründet?

##### **Antwort:**

Die Übernahmekommission hat Verfügungskompetenz. Gegen die Verfügung der UEK kann innert fünf Börsentagen bei der FINMA, gegen den Entscheid der FINMA innert zehn Börsentagen beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde geführt werden. Dieses urteilt abschliessend als zweite Instanz. [1 Punkt]

Im Bereich des Übernahmerechts wäre durch die Schaffung des Bundesverwaltungsgerichts ein vierstufiger Instanzenzug entstanden (UEK, FINMA, Bundesverwaltungsgericht, Bundesgericht). Verfahren in Übernahmesachen sind oft unter hohem zeitlichem Druck abzuwickeln und erfordern spezifisches Fachwissen. Da die volle Ausschöpfung des Instanzenzuges eine faktische Blockade von Übernahmen bewirkt hätte, wurde die UEK mit Verfügungskompetenz ausgestattet und dem Bundesverwaltungsgericht abschliessende Entscheidungskompetenz eingeräumt. [1 Punkt]

#### **Frage 5** (2 Punkte)

Unter welchen Voraussetzungen liegt eine bewilligungspflichtige Bankentätigkeit vor? Nennen Sie die einschlägigen Rechtsgrundlagen. Wann liegt Gewerbsmässigkeit vor?

##### **Antwort:**

Gemäss Art. 3 Abs. 1 BankG bedarf eine Bank zur Aufnahme der Geschäftstätigkeit einer Bewilligung der FINMA. Gemäss Art. 2 Abs. 1 BankV gelten als Banken Unternehmen, die

- (i) Hauptsächlich im Finanzbereich tätig sind und insbesondere
- (ii) gewerbsmässig Publikumsanlagen entgegennehmen (gewerbsmässiges Passivgeschäft) *oder* sich in erheblichem Umfang bei mehreren nicht massgebend an ihnen be-

teiligten Banken refinanzieren (Finanzierung der Ausleihungen an Kunden durch die Kreditaufnahme bei anderen Banken), um damit auf eigene Rechnung eine unbestimmte Zahl von Personen oder Unternehmen mit denen sie keine wirtschaftliche Einheit bilden, auf irgendeine Art zu finanzieren (gewerbsmässiges Aktivgeschäft).  
[1 Punkt]

Gewerbsmässig handelt gemäss Art. 6 BankV, wer dauernd mehr als 20 Publikumseinlagen entgegennimmt oder sich öffentlich zur Entgegennahme von Publikumsanlagen empfiehlt.  
[1 Punkt]

### **Frage 6** (2 Punkte)

Nennen Sie die vier wichtigsten organisatorischen Anforderungen, welche das Aufsichtsrecht im Bereich der Corporate Governance an die Bank stellt, und legen sie dar, wo diese geregelt sind.

#### **Antwort:**

Funktionstrennung zwischen Oberleitungs-, Aufsichts- und Kontrollfunktion einerseits und Geschäftsführung andererseits gemäss Art. 3 Abs. 2 lit. a BankG und Art. 11 Abs. 2 BankV.  
[½ Punkt]

Risikomanagement gemäss Art. 12 Abs. 2 BankV: Bank muss die Grundzüge des Risikomanagements sowie die Zuständigkeit und das Verfahren für die Bewilligung von mit Risiken verbundenen Geschäften in einem Reglement oder in internen Richtlinien regeln. [½ Punkt]

In organisatorischer Hinsicht muss die Bank mindestens ein Audit Committee und – je nach Kategorie – auch einen Risikoausschuss haben. (vgl. Rundschreiben 08/24 bis 31.12.2016 bzw. Rundschreiben 01/2017 Überwachung und interne Kontrolle-Banken ab 1.1.2017)  
[½ Punkt]

Internes Kontrollsystem gemäss Art. 12 Abs. 4 BankV: Bank muss für ein wirksames internes Kontrollsystem sorgen. [½ Punkt]

### **Frage 7** (2 Punkte)

Was ist unter dem Gewährserfordernis zu verstehen und was beinhaltet dieses?

#### **Antwort:**

Gemäss Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG wird eine Bewilligung an eine Bank nur erteilt, wenn die mit der Verwaltung und der Geschäftsführung der Bank betrauten Personen einen guten Ruf geniessen und Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten. [1 Punkt]

Die einwandfreie Geschäftstätigkeit erfordert fachliche Kompetenz und ein korrektes Verhalten im Geschäftsverkehr. Unter korrektem Verhalten im Geschäftsverkehr ist in erster Linie die Beachtung der Rechtsordnung, d.h. der Gesetzes und der Verordnungen, namentlich im Banken- und Börsenrecht, aber auch im Zivil- und Strafrecht, sowie der Statuten und des

internen Regelwerkes der Bank zu verstehen (vgl. BVGE vom 4.3.2008, B-3708/2007, E. 3.1; Entscheid muss nicht explizit genannt werden) [1 Punkt]

**Frage 8** (2 Punkte)

Was ist unter «nachrichtenlosen Vermögen» zu verstehen und wie hat die Bank diesbezüglich zu verfahren?

**Antwort:**

Gemäss Art. 45 Abs. 1 BankV gelten Vermögenswerte als nachrichtenlos, wenn die Bank während 10 Jahren ab dem letzten Kontakt zur Bankkundin oder zum Bankkunden oder zu deren Rechtsnachfolgerinnen und -nachfolgern (berechtigte Personen) oder zu einer von diesen bevollmächtigten Person keinen Kontakt mehr herstellen konnte. [1 Punkt]

Gemäss Art. 37m BankG und Art. 49 ff. BankV sind Vermögenswerte von mehr als CHF 500.-, welche seit 50 Jahren nachrichtenlos sind – also 60 Jahre nach dem letzten Kontakt – zu publizieren. Werden auf diese Publikation keine berechtigten Ansprüche geltend gemacht, sind die Werte zu liquidieren und die Nettoerlöse dem Bund zu überweisen. [1 Punkt]

**Frage 9** (3 Punkte)

Wie sind die Rundschreiben der FINMA rechtlich zu qualifizieren? Inwieweit und unter welchen Voraussetzungen darf die FINMA sonst noch regulatorisch tätig werden? Nennen Sie die einschlägigen Rechtsgrundlagen.

**Antwort:**

Die FINMA erlässt Rundschreiben gestützt auf Art. 7 Abs. 1 lit. b FINMAG. Diese sind als Verwaltungsverordnungen ohne rechtsetzenden Charakter zu qualifizieren, welche der Schaffung einer einheitlichen Verwaltungspraxis dienen. [1 Punkt]

Gemäss Art. 7 Abs. 1 lit. a FINMAG reguliert die FINMA im Weiteren durch Verordnungen, wo dies in der Finanzmarktgesetzgebung vorgesehen ist. Sie darf gemäss Art. 7 Abs. 2 FINMAG nur regulieren, soweit dies mit Blick auf die Aufsichtsziele nötig ist. Dabei hat sie insbesondere, die Kosten für die Beaufsichtigten, die Auswirkung auf die Wettbewerbsfähigkeit des Finanzplatzes, die unterschiedlichen Geschäftstätigkeiten und Risiken der Beaufsichtigten sowie die internationalen Mindeststandards zu berücksichtigen. [2 Punkte]

**Frage 10** (1 Punkt)

Welche Rechtsform für eine Kantonalbank würden Sie einem Kanton empfehlen, der sich möglichst weitgehende Einflussmöglichkeiten auf «seine» Kantonalbank vorbehalten will? Begründen Sie Ihre Empfehlung.

**Antwort:**

Selbständige öffentlich-rechtliche Anstalt oder spezialgesetzliche Aktiengesellschaft gemäss Art. 763 OR, weil diese Rechtsformen es dem Kanton erlauben, in einem öffentlich-recht-

lichen Spezialgesetz (Kantonalbankgesetz) weitgehende Abweichungen von der ansonsten zwingenden aktienrechtlichen Grundordnung gemäss Art. 620 ff. OR vorzusehen. Nicht so bei der privatrechtlichen AG gemäss Art. 620 ff. OR und bei der gemischtwirtschaftlichen AG gemäss Art. 762 OR. [1 Punkt]

**Frage 11** (1 Punkt)

Weshalb erwägt die FINMA derzeit eine Anpassung der bisher geltenden Regelung für die bankengesetzliche Prüfgesellschaft als «verlängerter Arm» der Aufsicht durch die FINMA?

**Antwort:**

Die bankengesetzliche Prüfgesellschaft ist in der Praxis regelmässig gleichzeitig externe Revisionsstelle der Bank und als solche auch Beauftragte der Bank; sie wird von dieser auch entschädigt. Daraus kann aus Sicht der Prüfgesellschaft ein Spannungsfeld gegenläufiger Interessen entstehen. [1 Punkt]

**Frage 12** (2 Punkte)

Wie kann sich eine Bank gegen eine Anordnung eines Untersuchungsbeauftragten, der durch die FINMA eingesetzt worden ist, rechtlich zur Wehr setzen, wenn sie mit dieser Anordnung nicht einverstanden ist?

**Antwort:**

Als blosses Privatrechtssubjekt hat der Untersuchungsbeauftragte keine Verfügungsbefugnis; er trifft lediglich faktische Anordnungen im Bereich des Verfügungsfreien Staatshandelns. Es liegt somit kein taugliches Anfechtungsobjekt vor. [1 Punkt]

Gemäss Art. 25a VwVG kann die Bank jedoch von der FINMA eine anfechtbare Verfügung beantragen, die gemäss Art. 54 Abs. 1 FINMAG ans Bundesverwaltungsgericht weitergezogen werden kann. [1 Punkt]

**Frage 13** (1 Punkt)

Welche beiden Prinzipien sind bei der Leistung internationaler Amtshilfe seitens der FINMA zu beachten und wo sind diese geregelt?

**Antwort:**

Gemäss Art. 42 Abs. 2 FINMAG darf die FINMA ausländischen Finanzmarktaufsichtsbehörden nicht öffentlich zugängliche Informationen nur übermitteln, sofern diese Informationen ausschliesslich zum Vollzug des Finanzmarktrechts verwendet oder zu diesem Zweck an andere Behörden, Gerichte oder Organe weitergeleitet werden (Spezialitätsprinzip) und die ersuchende Behörde an eine Amts- oder Berufsgeheimnis gebunden sind (Vertraulichkeitsprinzip). [½ Punkt für Rechtsgrundlage und ½ Punkt für beide Prinzipien]

**Frage 14** (1 Punkt)

Was ist unter einer sogenannten «informellen Sanierung» zu verstehen und weshalb wird diese so bezeichnet?

**Antwort:**

Gemäss Art. 26 BankG kann die FINMA bei einer finanziellen Schieflage einer Bank Schutzmassnahmen anordnen. [½ Punkt]

Da diese Schutzmassnahmen oft eine Vorstufe zu einem formellen Sanierungsverfahren bilden, werden sie auch als «informelle Sanierung» bezeichnet. [½ Punkt]

**Frage 15** (2 Punkte)

Was ist unter der Lehre vom allgemeinen Bankvertrag zu verstehen? Hat sich diese in der Schweizer Lehre und Praxis durchgesetzt?

**Antwort:**

Die in Deutschland begründete Lehre vom allgemeinen Bankvertrag geht davon aus, dass mit der Aufnahme von rechtsgeschäftlichen Beziehungen zwischen Kunde und Bank ein beiderseitiger Wille bestünde, eine vertragliche Grundbeziehung zu begründen. Die Lehre vom allgemeinen Bankvertrag stellt die von den konkret zwischen Bank und Kunde abgeschlossenen Einzelverträge isoliert betrachteten allgemeinen Rechtsbeziehungen zwischen Bank und Kunde auf eine eigenständige rechtsgeschäftliche Grundlage und betrachtet diese als einen Rahmenvertrag zu dessen Inhalt neben den Allgemeinen Geschäftsbedingungen die bestehenden und künftigen Einzelverträge gehören. [1 Punkt]

Die herrschende Lehre in der Schweiz lehnt die Figur des allgemeinen Bankvertrages mehrheitlich ab; sie geht davon aus, dass sich sowohl der Wille des Kunden als auch derjenige der Bank einzig auf die konkret abgeschlossenen Einzelverträge und *nicht* auf eine «vertragliche Grundbeziehung» richten, die über die konkreten Verträge hinausgeht. [1 Punkt]

**Frage 16** (2 Punkte)

Weshalb wird Art. 11 BEHG in Lehre und Praxis auch als sogenannte «Doppelnorm» bezeichnet? Welche praktische Bedeutung hat diese rechtliche Qualifikation?

**Antwort:**

Lehre und Praxis qualifizieren die Bestimmung in Art. 11 BEHG, der die Verhaltensregeln für Effektenhändler statuiert, als Vorschrift sowohl mit privatrechtlichem als auch mit öffentlich-rechtlichem Inhalt und bezeichnen sie daher als auch «Doppelnorm». [1 Punkt]

Ein Verstoß gegen Art. 11 BEHG kann daher sowohl aufsichtsrechtliche Sanktionen als auch privatrechtliche Schadenersatzansprüche zur Folge haben. [1 Punkt]

**Frage 17** (2 Punkte)

Was ist unter dem Automatischen Informationsaustausch zu verstehen? Welche Auswirkungen wird das AIA-Gesetz auf das Schweizer Bankgeheimnis in Bezug auf den grenzüberschreitenden Informationsaustausch unter Aufsichtsbehörden einerseits und in Bezug auf das Verhältnis zu den schweizerischen Steuerbehörden im Inland andererseits haben?

**Antwort:**

Der automatische Informationsaustausch (AIA) beinhaltet die systematische und periodische Übermittlung von massenhaften und standardisierten Datensätzen im Hinblick auf Steuerpflichtige mit Vermögenswerten bzw. Einkünften in einem anderen Staat an den Wohnsitzstaat des Steuerpflichtigen, ohne dass es hierfür eines Ersuchens bedürfte. [1 Punkt]

Mit dem Inkrafttreten des AIA-Gesetzes in der Schweiz wird das Bankgeheimnis in Bezug auf den grenzüberschreitenden Informationsaustausch unter Finanzmarktaufsichtsbehörden praktisch aufgehoben. Das Gesetz ist jedoch im Inland auf das Verhältnis zu den kantonalen Steuerbehörden und der ESTV nicht anwendbar; insoweit bleibt das Bankgeheimnis im Inland bestehen. [1 Punkt]

**Frage 18** (2 Punkte)

Erläutern Sie das sogenannte indifferente Bankgeschäft und nennen Sie zwei konkrete Geschäftsarten, welche diesem Bankgeschäft zuzuordnen sind?

**Antwort:**

Die indifferenten Bankgeschäfte sind Dienstleistungen der Bank, die in der Bankbilanz nicht unmittelbar zum Ausdruck kommen. Man bezeichnet sie daher auch als bilanzneutrale Bankgeschäfte. Die Erträge, welche die Bank aus im Auftrag und auf Rechnung der Kunden getätigten Anlage- und Handelsgeschäften erwirtschaftet, stellen das Entgelt für Dienstleistungen dar und sind somit bloss Provisionen bzw. Kommissionen; sie erscheinen daher nur in der Erfolgsrechnung. [1 Punkt]

Beispiele für indifferente Bankgeschäfte sind der Devisenhandel, im Auftrag des Kunden getätigte Effektenhandelstransaktionen, die Anlageberatung und die Vermögensverwaltung. [1 Punkt]

**Frage 19** (2 Punkte)

Inwiefern wird der Kreis der Beaufsichtigten durch das neue Finanzdienstleistungsgesetz erweitert werden? Wie soll hinsichtlich der Zuständigkeit der Aufsicht über die zusätzlich Beaufsichtigten differenziert werden?

**Antwort:**

Die Regeln für bereits unter geltendem Recht bewilligungspflichtige Finanzinstitute sollen grundsätzlich materiell unverändert aus den geltenden Finanzmarktgesetzen übernommen, jedoch differenziert nach ihrer Tätigkeit aufeinander abgestimmt werden.



Neu sollen namentlich auch Vermögensverwalter von individuellen Kundenvermögen sowie von Vermögenswerten von Vorsorgeeinrichtungen und Trustees einer Bewilligungspflicht unterstellt werden. [1 Punkt]

Verwalter von Kollektivvermögen (Vermögensverwalter kollektiver Kapitalanlagen sowie Vermögensverwalter von Vermögenswerten von Vorsorgeeinrichtungen) sollen durch die FINMA beaufsichtigt werden. Die übrigen Vermögensverwalter und Trustees sollen demgegenüber von einer Aufsichtsorganisation gemäss Finanzmarktaufsichtsgesetz (FINMAG) beaufsichtigt werden. Sämtliche Vermögensverwalter werden jedoch grundsätzlich den Verhaltensregeln des FIDLEG unterstellt. [1 Punkt]

**Total: 36 Punkte**