



# BANKRECHT

14.01.2021

13:00-15:00 Uhr

## Allgemeine Hinweise

- Kontrollieren Sie bitte bei Erhalt der Prüfung die Anzahl der Aufgaben. Die Prüfung umfasst 20 Aufgaben.
- Schreiben Sie Ihre Antworten direkt ins Dokument «Antwort\_Modulname\_xxxxxxx» und speichern Sie dieses mit Ihrer Matrikel-Nr. versehen lokal auf Ihrem Rechner ab.
- Schreiben Sie Ihre Matrikel-Nr. und Prüfungslaufnummer auf Seite 2 in die Kopfzeile.
- Achten Sie auf allfällige Zeichenbeschränkungen in der Aufgabenstellung.
- **Für die Abgabe (Upload) speichern Sie das Dokument versehen mit Ihrer Matrikel-Nr. gemäss Beispiel als PDF und laden Sie es hoch.**  
Beispiel: Antwort\_Strafrecht I\_17301002.pdf
- Nehmen Sie sich für die Abgabe genügend Zeit (mindestens 5 min). Nach Ablauf der Prüfungszeit kann nichts mehr hochgeladen werden.
- Sie sind selbst dafür verantwortlich, die Prüfung rechtzeitig hochzuladen. Sie werden nicht darauf aufmerksam gemacht.

## Hinweise 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	2/43 des Totals
Aufgabe 2	2 Punkte	2/43 des Totals
Aufgabe 3	2 Punkte	2/43 des Totals
Aufgabe 4	4 Punkte	4/43 des Totals
Aufgabe 5	4 Punkte	4/43 des Totals
Aufgabe 6	4 Punkte	4/43 des Totals
Aufgabe 7	2 Punkte	2/43 des Totals
Aufgabe 8	1 Punkt	1/43 des Totals
Aufgabe 9	2 Punkte	2/43 des Totals
Aufgabe 10	3 Punkte	3/43 des Totals
Aufgabe 11	1 Punkt	1/43 des Totals
Aufgabe 12	2 Punkte	2/43 des Totals
Aufgabe 13	1 Punkt	1/43 des Totals
Aufgabe 14	2 Punkte	2/43 des Totals
Aufgabe 15	2 Punkte	2/43 des Totals
Aufgabe 16	1 Punkt	1/43 des Totals
Aufgabe 17	2 Punkte	2/43 des Totals
Aufgabe 18	2 Punkte	2/43 des Totals
Aufgabe 19	2 Punkte	2/43 des Totals
Aufgabe 20	2 Punkte	2/43 des Totals
<b>Total</b>	<b>43 Punkte</b>	<b>100%</b>

Wir wünschen Ihnen viel Erfolg.

**Frage 1** (2 Punkte)

Aus welcher Grundlage ergibt sich die Rolle der SNB als «Lender of last resort», und wie ist diese ausgestaltet?

**Antwort:**

Gemäss Art. 5 Abs. 2 lit. a und e NBG muss die SNB die *Liquiditätsversorgung und Systemstabilität* gewährleisten, woraus sich deren Rolle als «Lender of last resort» ergibt. [1 Punkt]

Die SNB sorgt im Krisenfall dafür, dass die Liquiditätsversorgung sichergestellt ist, worunter auch *ausserordentliche Liquiditätshilfen an einzelne systemrelevante Finanzinstitute* fallen können (Art. 9 Abs. 1 lit. e NBG) [1 Punkt]

**Frage 2** (2 Punkte)

Welche Motivation können Staaten haben, internationale Standards im Finanzmarktbereich trotz Unverbindlichkeit umzusetzen?

**Antwort:**

Reputation/Ruf (Vermeidung auf die schwarze Liste einer internationalen Organisation gesetzt zu werden, Naming and Shaming) [1 Punkt]; Boykottdrohungen; Voraussetzung zum Beitritt in internationale Organisationen. [1 Punkt]

**Frage 3** (2 Punkte)

Was ist unter der «Gewähr» im Sinne des Gewährserfordernisses gemäss Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG zu verstehen? Wer ist Gewährsträger?

**Antwort:**

Das Bundesgericht umschreibt die Gewähr als fachliche Kompetenz und korrektes Verhalten im Geschäftsverkehr. Das korrekte Verhalten im Geschäftsverkehr ist grundsätzlich erfüllt, wenn die Rechtsordnung i.w.S. eingehalten ist. [1 Punkt]

Gewährsträger sind insbesondere die Bankorgane, wie Verwaltungsräte und Mitglieder der Geschäftsleitung. Ausserdem sind qualifiziert Beteiligte Gewährsträger. [1 Punkt]

**Frage 4** (4 Punkte)

Die FINMA hält in einer «Mitteilung» fest, dass die Banken ihre Kundinnen und Kunden gestützt auf das Gewährserfordernis proaktiv darüber informieren müssen, dass diese nach der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung Anspruch auf die Retrozessionen haben, welche die Bank im Bereich des Vermögensverwaltungsgeschäfts eingenommen hat. Die FINMA kündigt darin ferner an, dass sie die Einhaltung dieser Informationspflicht künftig überprüfen werde.

Sie werden als Rechtsberater/in der Bank beauftragt zu prüfen, ob, wie und gestützt auf welche Rechtsgrundlage die Bank gegen diese Mitteilung der FINMA vorgehen kann. Begründen Sie Ihre Antwort.

**Antwort:**

Grundsätzlich richtet sich das Verfahren gemäss Art. 53 FINMAG nach dem VwVG. Bei der «Mitteilung» der FINMA handelt es sich jedoch *nicht um eine Verfügung* im Sinne von Art. 5 VwVG, sondern gegebenenfalls um einen *Realakt*. Der Bank kommt aber ein schutzwürdiges Interesse zu und sie hat somit die Möglichkeit, *gemäss Art. 25a VwVG bei der FINMA eine Verfügung zu verlangen*, gegen welche sie gemäss Art. 31 VGG, mit der Begründung der Verletzung der Wirtschaftsfreiheit, *beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde* einreichen kann [2 Punkte].

Für einen zulässigen Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit bedarf es einer *genügenden gesetzlichen Grundlage*. Die FINMA stützt sich diesbezüglich auf das Gewährserfordernis gemäss Art. 3 BankG. Diese Bestimmung ist zwar eine formellgesetzliche Grundlage, jedoch sehr *offen formuliert*. Es ist deshalb fraglich, ob die Einhaltung von Vorschriften aus einer Mitteilung unter die Gewähr gemäss Art. 3 BankG fällt und somit eine *genügende gesetzliche Grundlage* für die seitens der FINMA eingeforderte Informationspflicht vorhanden ist [2 Punkte].

**Frage 5** (4 Punkte)

Die X. AG hat gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegengenommen, ohne hierfür über die erforderliche Bewilligung zu verfügen. Die FINMA untersucht den Vorfall und eröffnet schliesslich über die X. AG den bankenrechtlichen Konkurs. Welche Überlegungen muss die FINMA gestützt auf welche Rechtsgrundlagen anstellen, bevor sie die Auflösung und Liquidation der X. AG verfügen kann?

**Antwort:**

Aufgrund von Art. 31 FINMAG ist die FINMA *legitimiert*, die im Gesetz vorgesehenen Massnahmen gegenüber Gesellschaften zu ergreifen, die einer bewilligungspflichtigen Tätigkeit nachgehen, ohne über eine entsprechende Bewilligung zu verfügen. [1 Punkt]

Bei der aufsichtsrechtlichen Liquidation (Art. 37 FINMAG i.V.m. Art. 23<sup>quinquies</sup> BankG bzw. Art. 66 FINIG) hat sich die FINMA an die *allgemeinen Verfassungs- und Verwaltungsgrundsätze* zu halten: Verhältnismässigkeit, Willkürverbot, Rechtsgleichheitsgebot, Treu und Glauben etc. [1 Punkt]

Im Rahmen der Verhältnismässigkeit ist zu prüfen, ob allenfalls noch eine *Bewilligung ausgestellt* werden kann oder eine *Teilliquidation* in Frage käme. [1 Punkt]

Ist das betreffende Unternehmen *überschuldet oder dauernd zahlungsunfähig*, ist der bankenrechtliche Konkurs zu eröffnen (Art. 33 ff. BankG) [1 Punkt].

**Frage 6** (4 Punkte)

Erklären Sie das dualistische Aufsichtssystem im Finanzmarktrecht. Wo hat dieses seine gesetzliche Grundlage? Wie erfolgt die Prüfung bei den Banken; gestützt auf welche Rechtsgrundlage?

**Antwort:**

Die Beaufsichtigten werden – abhängig vom jeweiligen Finanzmarktgesetz – *durch die FINMA* oder durch eine *vom Beaufsichtigten beauftragte*, von der Revisionsaufsichtsbehörde zugelassene *Prüfgesellschaft* bzw. durch von der FINMA eingesetzte Prüfbeauftragte geprüft. [1 Punkt]. Dies ergibt sich aus *Art. 24 Abs. 1 FINMAG* [1 Punkt].

Bei Banken erfolgt die Prüfung grundsätzlich durch *Prüfgesellschaften* (Art. 18 Abs. 1 BankG). Die *FINMA* kann jedoch bei Grossbanken bzw. komplexen Sachverhalten auch selbst *direkte Prüfungen* durchführen (Art. 23 BankG). [2 Punkte]

**Frage 7** (2 Punkte)

Worin besteht der Unterschied zwischen einem Prüf- oder Untersuchungsbeauftragten einerseits und einer Prüfgesellschaft andererseits? Wie sind die jeweiligen Rechtsverhältnisse zu qualifizieren?

**Antwort:**

*Prüf- und Untersuchungsbeauftragte* werden *durch die FINMA eingesetzt* und gestützt auf die Einsetzungsverfügung gegenüber den Beauftragten hoheitlich. Gegenüber der FINMA stehen sie in einem *öffentlich-rechtlichen Auftragsverhältnis* [1 Punkt].

Die *Prüfgesellschaft* hingegen wird grundsätzlich *vom Beaufsichtigten beauftragt* und steht zu diesem in einem *Auftragsverhältnis gemäss OR*. Prüfgesellschaften bedürfen einer Zulassung durch die Eidgenössische Revisionsaufsichtsbehörde [1 Punkt].

**Frage 8** (1 Punkt)

Was kann die FINMA tun, wenn sie Berufsstandards für allgemein verbindlich (auch gegenüber Dritten) erklären möchte?

**Antwort:**

Die FINMA kann die Selbstregulierung gestützt auf Art. 7 Abs. 3 FINMAG *als Mindeststandard anerkennen*. Sie ist dazu aber nur berechtigt, soweit ihr auf diesem Gebiet eine Aufsichtskompetenz zukommt. [1 Punkt]

**Frage 9** (2 Punkte)

Wie ist die Vereinbarung über die Einlagensicherung zwischen esisuisse und ihren Mitgliedern, welche gestützt auf Art. 37h BankG, abgeschlossen wurde, rechtlich zu qualifizieren (Art der Selbstregulierung)?

**Antwort:**

Es handelt sich um eine *staatlich gesteuerte Selbstregulierung*, welche der Genehmigung durch die FINMA bedarf (Art. 37h Abs. 2 BankG). [1 Punkt]

Die Vereinbarung über die Einlagensicherung stellt eine *von der FINMA als Mindeststandard anerkannte Selbstregulierung* dar (vgl. Anhang zum FINMA-RS 08/10 Rz. 33). [1 Punkt]

**Frage 10** (3 Punkte)

Wie kann ein Finanzmarktteilnehmer gegen eine Selbstregulierung der Bankiervereinigung, wie etwa die Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken (VSB 20), vorgehen?

**Antwort:**

Bei der VSB 20 handelt es sich um eine von der FINMA als Mindeststandard anerkannte Selbstregulierung. Die *Anerkennung ist eine Verfügung* im Sinne von Art. 5 VwVG, da es sich um eine Anordnung einer Behörde (FINMA) handelt, die sich auf öffentliches Bundesrecht (Art. 7 Abs. 3 FINMAG) stützt und die Begründung von Rechten und Pflichten mit Verbindlichkeit auch für Dritte hat. Somit kann die Anerkennung *beim Bundesverwaltungsgericht angefochten* werden (Art. 31 VwVG). [2 Punkte]

Da die Bankiervereinigung ein Verein ist, kommen auch *vereinsrechtliche Möglichkeiten* zur Anfechtung der Selbstregulierung in Betracht. [1 Punkt]

**Frage 11** (1 Punkt)

Was ist eine Doppelnorm? Nennen Sie ein Beispiel.

**Antwort:**

Als Doppelnormen werden Gesetzesbestimmungen bezeichnet, die zugleich einen privat- und öffentlich-rechtlichen Inhalt aufweisen und insoweit sowohl privatrechtliche als auch öffentlich-rechtliche Wirkung entfalten können. Auf solche Normen können sich Private wie Behörden berufen [1/2 Punkt]. Bis zu seiner Ausserkraftsetzung per 1.1.2020 war Art. 11 aBEHG, der die Verhaltensregeln der Effektenhändler statuiert hat, eine typische Doppelnorm. Ein anderes nach wie vor geltendes Beispiel einer Doppelnorm ist Art. 20 KAG, der die kollektivanlagerechtlichen Verhaltensvorgaben statuiert. [max. 1/2 Punkt für ein Beispiel]

**Frage 12** (2 Punkte)

Erläutern Sie den Begriff des Zufallsinsiders. Macht sich dieser strafbar, wenn er eine Insiderinformationen für sich selber ausnützt? Wenn ja, gestützt auf welche Bestimmung?

**Antwort:**

Der Zufallsinsider hat keine Organfunktion bei der Emittentin und erhält die Insiderinformation auch nicht von einem Organ mitgeteilt. Er erfährt vielmehr zufällig von einer Insiderinformation (z.B. während einer Zugfahrt). [1 Punkt] Nützt er diese Information für eine Börsentransaktion aus, kann er nach Art. 154 Abs. 4 FinfraG bestraft werden. [1 Punkt]

**Frage 13** (1 Punkt)

Welches Aufsichtsinstrument kann die FINMA ergreifen, wenn sie den Verdacht hegt, dass eine Bank gegen ein Finanzmarktgesetz verstossen hat?

**Antwort:**

Die FINMA kann gemäss Art. 36 FINMAG auf Kosten der Bank eine unabhängige und fachkundige Person als *Untersuchungsbeauftragten einsetzen* und damit beauftragen, den Sachverhalt abzuklären. In der Einsetzungsverfügung kann die FINMA festlegen, dass die Untersuchungsbeauftragte anstelle der Bankorgane handeln darf. [1 Punkt]

**Frage 14** (2 Punkte)

Sind die rein aufsichtsrechtlichen Verhaltenspflichten gemäss Art. 7 ff. FIDLEG auch für die privatrechtlichen Beziehungen zwischen Bank und Kunde relevant? Wenn ja, inwiefern?

**Antwort:**

Der Gesetzgeber hat *nicht* beabsichtigt, dass die Verhaltensregeln des FIDLEG *unmittelbar* auf das privatrechtliche Verhältnis zwischen dem Finanzdienstleister und den Kundinnen anwendbar sind. [1 Punkt]

Das Zivilgericht kann aber zur *Konkretisierung oder Interpretation der privatrechtlichen Bestimmungen* die aufsichtsrechtlichen Verhaltensregeln heranziehen. Letztere können insofern eine *Ausstrahlungswirkung* auf die zivilrechtliche Beziehung entfalten. [1 Punkt]

**Frage 15** (2 Punkte)

Wie ist die internationale Amtshilfe im Bereich des Finanzmarktrechts von der Rechtshilfe in Strafsachen abzugrenzen?

**Antwort:**

Die internationale Amtshilfe im Bereich des Finanzmarktrechts bezeichnet die *grenzüberschreitende Zusammenarbeit zwischen nationalen Aufsichtsbehörden*. Sie dient der internationalen Überwachung der Finanzmärkte sowie der Finanzmarktteilnehmer. [1 Punkt]

Die internationale Rechtshilfe in Strafsachen bezweckt demgegenüber die *Verfolgung einer Straftat sowie die Vollstreckung von ausländischen Urteilen*. Sie erfolgt in der Regel *zwischen Strafverfolgungsbehörden*. [1 Punkt]

**Frage 16** (1 Punkt)

Ein Finanzinstitut reicht bei einer Ombudsstelle ein Vermittlungsgesuch in Zusammenhang mit einer Streitigkeit mit einem Kunden über die Herausgabe von Dokumenten ein. Der Kunde möchte sich jedoch nicht auf das Vermittlungsverfahren einlassen, sondern seinen Anspruch direkt vor dem Zivilgericht einklagen. Ist er dazu berechtigt?

**Antwort:**

Während Finanzinstitute, die von einem Vermittlungsgesuch betroffen sind, am Verfahren vor der Ombudsstelle teilnehmen müssen (Art. 78 FIDLEG), besteht für die Kunden keine vergleichbare Teilnahmepflicht. Der Kunde ist somit berechtigt, sich nicht auf das Vermittlungsgesuch des Finanzinstituts einzulassen.

**Frage 17** (2 Punkte)

Angenommen, der Kunde lässt sich im hiavor unter Frage 16 geschilderten Fall auf das Vermittlungsverfahren vor der Ombudsstelle ein: welche Auswirkungen hat die vorgängige Durchführung des Vermittlungsverfahrens auf das dann allfällig später eingeleitete Zivilverfahren?

**Antwort:**

Grundsätzlich bleibt das Vermittlungsverfahren vor der Ombudsstelle unabhängig von einem späteren Zivilverfahren. Sämtliche Verfahrensrechte und –garantien gemäss Art. 6 EMRK bleiben den Parteien somit erhalten. [1 Punkt]

Gemäss Art. 76 Abs. 2 FIDLEG kann die klagende Partei nach der Durchführung eines Verfahrens vor einer Ombudsstelle jedoch einseitig *auf die Durchführung des Schlichtungsverfahrens nach Art. 197 ZPO verzichten*. [1 Punkt]

**Frage 18** (2 Punkte)

Die AGB einer Bank, welche der Kunde zuvor global zugestimmt hat, enthalten Bestimmungen, welche schwer verständlich sind und mit denen der in Bankgeschäften an sich fachkundige Kunde nicht gerechnet hätte. Was kann der Kunde in einer rechtlichen Auseinandersetzung mit der Bank, in welcher sich diese auf die betreffenden AGB-Bestimmungen beruft, einwenden?

**Antwort:**

*Ungewöhnlichkeitsregel:* Klauseln, die ungewöhnlich sind und auf die der Kunde nicht besonders hingewiesen worden ist, werden nicht Vertragsinhalt. Solche im allgemeinen Geschäftsverkehr üblichen Bestimmungen muss der Kunden nicht gegen sich gelten lassen. [1 Punkt]

*Unklarheitsregel:* Führt die Auslegung einer Klausel in den AGB nicht zu einem eindeutigen Ergebnis, so ist sie in dem für den Kunden günstigeren Sinne auszulegen. Unklarheiten gehen mithin zu Lasten der Bank, welche die AGB aufgesetzt hat. [1 Punkt]

**Frage 19** (2 Punkte)

Ein Kunde möchte der Bank unter Berufung auf das Bankkundengeheimnis verbieten, Kontoinformationen an die kantonale Staatsanwaltschaft herauszugeben, welche aufgrund ihrer vorliegenden gefälschter Urkunden den Verdacht hegt, dass der Kunde Vermögenswerte der Besteuerung entziehen wollte. Ist der Einwand des Kunden stichhaltig? Begründen Sie ihre Antwort.

**Antwort:**

Deklariert der Kunde Vermögenswerte nicht in der Steuererklärung, so ist dies grundsätzlich als *Steuerhinterziehung* zu qualifizieren. Es handelt sich um eine Übertretung; das Bankkundengeheimnis bleibt gewahrt. [1 Punkt]

Verwendet der Kunde jedoch *gefälschte Urkunden*, um sich der Steuerpflicht zu entziehen, so begeht er *Steuerbetrug*. Dabei handelt es sich um ein Vergehen, weshalb das Bankkundengeheimnis durchbrochen wird. Die Bank ist somit grundsätzlich verpflichtet, der zuständigen kantonalen Strafuntersuchungsbehörde die betreffenden Kontoinformationen herauszugeben. [1 Punkt]

**Frage 20** (2 Punkte)

Eine Bank vereinbart mit einem vermögenden Privatkunden die Verwaltung des Vermögens auf der Basis einer Anlageberatung, wobei die Bank den Kunden jeweils losgelöst von weiteren Anlagen des Kunden nur in Bezug auf einzelne Transaktionen berät. Muss die Bank bei diesem Kunden eine Angemessenheits- und eine Eignungsprüfung durchführen?

**Antwort:**

Bei der reinen *Transaktionsberatung* genügt die Prüfung der *Angemessenheit* des Finanzinstruments. Die Bank muss sich hierfür nach den Kenntnissen und Erfahrungen des Kunden erkundigen und vor der Empfehlung prüfen, ob ein Finanzinstrument für diesen Kunden angemessen ist (Art. 11 FIDLEG). Nur soweit bei der Anlageberatung auch das *Kundenportfolio* berücksichtigt wird, muss zusätzlich auch eine Eignungsprüfung gemäss Art. 12 FIDLEG durchgeführt werden, d.h. es müssen zusätzlich auch die finanziellen Verhältnisse und Anlageziele des Kunden in Erfahrung gebracht werden. Dies ist vorliegend nicht der Fall. [2 Punkte]

**Total: 43 Punkte**