

Die Risiken des grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehrs aus dem Blickwinkel des schweizerischen Aufsichtsrechts

Verfügung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA vom 11. Januar 2010

Mit Bemerkungen von lic. iur. Tiffany Ender und Prof. Dr. Hans Caspar von der Crone, Universität Zürich*

Inhaltsübersicht

- I. Sachverhalt
- II. Erwägungen der FINMA
 - 1. Gesetzliche Vorgaben im Bankenbereich
 - 2. Mängel bei der C. AG
 - 3. Verantwortlichkeit für die Mängel
 - 4. Massnahmen
- III. Bemerkungen
 - 1. Bewilligung zum Geschäftsbetrieb nach Art. 3 BankG
 - 1.1 Einleitung
 - 1.2 Angemessene Organisation
 - 1.2.1 Funktionelle und personelle Trennung
 - 1.2.2 Risikomanagement
 - 1.2.3 Internes Kontrollsystem
 - 1.3 Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit
 - 1.3.1 Gewährsträger
 - 1.3.2 Gewährserfordernis als Generalklausel
 - 1.3.3 Anforderungen
 - 2. Extraterritoriale Wirkung nationalen Wirtschaftsrechts
 - 2.1 Einleitung
 - 2.2 Wirtschaftskollisionsrecht
 - 2.2.1 Ordre public
 - 2.2.2 Prinzip des engsten Zusammenhangs
 - 2.2.3 Gleichwertigkeit des ausländischen Ordnungsauftrags
 - 2.3 Beispiel UBS
 - 2.3.1 Natürliche Personen überschreiten die Grenze im Auftrag des inländischen Dienstleistungserbringers
 - 2.3.2 Ausländische Dienstleistungsempfänger überschreiten die Grenze
 - 2.3.3 Erbringung der inländischen Dienstleistung an ausländische Empfänger ohne physische Grenzüberschreitung
 - 2.3.4 Fehlen eines engeren Zusammenhangs
 - 2.3.5 Fazit
 - 2.4 Position der FINMA
 - 3. Schlussbetrachtung

I. Sachverhalt

Die C. AG mit Sitz in der Schweiz bezweckt den Betrieb einer Bank. Sie ist eine Tochterbank der B. Gen.

Am 3. November 2004 wandte sich die Schweizerische Bankiervereinigung (SBVg) mit einem Schreiben an ihre Mitglieder, zu denen auch die C. AG gehört. Sie bezweckte eine Sensibilisierung hinsichtlich

der Risiken, welche mit einer grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringung verbunden sind. Es wurde unter anderem darauf hingewiesen, dass diverse gebräuchliche Methoden im grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehr ausländisches Recht verletzen könnten. Erwähnt wurden dabei auch die neuen Richtlinien der deutschen Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) betreffend das Erfordernis einer Erlaubnis für die Erbringung von Bank- und Finanzdienstleistungen.¹

Die Revisionsstelle Y. AG wies am 19. Februar 2009 in ihrem Bericht über die Aufsichtsprüfung auf diverse Mängel in der C. AG und die möglicherweise bestehenden Rechts- und Reputationsrisiken hin. Beanstandet wurde unter anderem die Vornahme tatsächlicher Bescheinigungen von Bartransaktionen im Ausland. Des Weiteren verlangte die Y. AG von der C. AG die Einholung eines Gutachtens, welches Aufschluss darüber gibt, ob die Art der Zusammenarbeit mit deutschen Vermittlern mit dem deutschen Aufsichtsrecht vereinbar ist.

Aufgrund des Prüfberichts der Y. AG setzte die FINMA mit Verfügung vom 2. April 2009 einen Untersuchungsbeauftragten ein. Dieser bestätigte die Richtigkeit der durch die Revisionsstelle festgestellten Mängel: Die Abklärungen hätten unter anderem ergeben, dass 94% der Depotwerte der C. AG von ausländischen und davon 80% von deutschen Kunden stammen. Die B. Gen. habe die Ausrichtung auf den ausländischen Markt, im Speziellen auf deutsche Kunden, zum Ziel gehabt und die C. AG mit Sitz in der Schweiz gegründet, um über einen Offshore-Standort ausserhalb der Europäischen Union zu verfügen. Es habe sich zudem herausgestellt, dass Vermittler im Namen und für Rechnung von Kunden Vermögensanlagen gekauft und verkauft haben, wobei sie in manchen Fällen nicht über die erforderlichen Vollmachten verfügten. Teilweise seien die Handlungen der Vermittler über diejenigen eines Beraters hinausgegangen und hätten auch solche der

¹ Das zu diesem Zeitpunkt geltende Merkblatt vom September 2003 wurde ersetzt durch das Merkblatt «Hinweise zur Erlaubnispflicht nach § 32 Abs. 1 KWG in Verbindung mit §1 Abs.1 und Abs. 1a KWG von grenzüberschreitend betriebenen Bankgeschäften und/oder grenzüberschreitend erbrachten Finanzdienstleistungen» vom 1. April 2005, abrufbar unter <http://www.bafin.de/eln_171/mn_721290/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Service/Merkblaetter/m_b_050400_grenzueberschreitend.html?__nnn=true>.

* Der vorliegende Beitrag ist im Internet verfügbar unter <<http://www.rwi.uzh.ch/vdc>>.

Vermögensverwaltung umfasst. Es sei dabei nicht überprüft worden, ob die deutschen Vermittler eine Erlaubnis der BaFin benötigen bzw. haben. Nach Ansicht des Gutachters bestehe zudem unter Umständen aufgrund der grossen Zahl an für die C. AG tätigen Vermittlern eine Erlaubnispflicht der Bank selber. Des Weiteren seien Bartransaktionen verbucht worden, wie wenn die Kunden sie selber in den Geschäftsräumen der C. AG getätigt hätten. In Bezug auf die Risikobeurteilung und Kontrolle konstatierte der Untersuchungsbeauftragte, dass es an einer Risikobeurteilung der internen Revision im Sinne des EBK-Rundschreibens 06/6 «Überwachung und interne Kontrolle»² fehlte, die Grundzüge des Risikomanagements im Bereich der grenzüberschreitenden Dienstleistungstätigkeit im Weisungswesen nicht angemessen geregelt waren, die Überwachung der Image- und Rechtsrisiken nicht Bestandteil des Reportings des Compliance-Officers war und über die Geschäftspraktiken der C. AG keine Risikokontrolle dokumentiert war.³

II. Erwägungen der FINMA

Nach der Feststellung ihrer Zuständigkeit und Massnahmenkompetenz (Erwägung 1) weist die FINMA auf die gesetzlichen Vorgaben im Bankenbereich hin (Erwägung 2). Es folgen Ausführungen zum Erfordernis der Gewähr einer einwandfreien Geschäftstätigkeit (Erwägung 2.1) und zu demjenigen der angemessenen Verwaltungsorganisation (Erwägung 2.2). Vor dem Hintergrund von Art. 3 Abs. 2 lit. a und c BankG geht die FINMA auf die Mängel in der C. AG ein (Erwägung 3) und kommt zum Schluss, dass die Bank in schwerer Weise die Bewilligungsvoraussetzungen verletzt habe. Danach wird die Frage behandelt, ob die Hauptverantwortung für die festgestellten Mängel bei der Muttergesellschaft, dem Verwaltungsrat oder der Geschäftsleitung liegt (Erwägung 4). Zum Schluss äussert sich die FINMA

zu den denkbaren Massnahmen (Erwägung 5) und beschliesst eine Rüge und Umsetzungskontrolle.

1. Gesetzliche Vorgaben im Bankenbereich

Die FINMA prüft, ob die C. AG die Bewilligungsvoraussetzungen von Art. 3 Abs. 2 BankG verletzt hat. Dabei äussert sie sich ausführlich zu den Voraussetzungen der Gewähr einer einwandfreien Geschäftstätigkeit und der angemessenen Verwaltungsorganisation.

Die FINMA weist darauf hin, dass das Verhalten der Gewährsträger nicht «*in krasser Weise dem Verhalten, wie es von einem redlichen Bankier erwartet werden muss*», widersprechen dürfe. Aus diesem Grunde dürfe die Bank keine unnötigen Rechts- und Reputationsrisiken eingehen. Da solche Risiken jedoch in erheblichem Ausmass durch die Verletzung ausländischen Rechts entstehen können, fordert die FINMA, dass das anwendbare ausländische Aufsichtsrecht regelmässig abgeklärt wird. Des Weiteren wird festgehalten, dass auch die Ausstellung von unrichtigen und unvollständigen Bescheinigungen durch eine Bank nicht mit dem Erfordernis der Gewähr einer einwandfreien Geschäftstätigkeit vereinbar sei, da Bankbescheinigungen im Geschäftsverkehr ein erhöhtes Vertrauen entgegengebracht werde.⁴

Hinsichtlich der Voraussetzung einer angemessenen Verwaltungsorganisation nach Art. 3 Abs. 2 lit. a BankG weist die FINMA darauf hin, dass die Bank im Stande sein müsse, die relevanten Risiken, insbesondere die Rechts- und Reputationsrisiken, zu erfassen, zu begrenzen und zu überwachen.⁵

2. Mängel bei der C. AG

Der C. AG wird unter anderem vorgeworfen, dass sie nicht abgeklärt habe, ob für die Vermittler, mit denen sie zusammenarbeitete, eine Erlaubnispflicht der BaFin bestand bzw. ob sie über eine entsprechende Erlaubnis verfügten. Die FINMA weist zudem darauf hin, dass die grenzüberschreitende Zusammenarbeit mit deutschen Vermittlern zu einer Erlaubnispflicht für das Institut selber führen könne.

² EBK-Rundschreiben 06/6 «Überwachung und interne Kontrolle» vom 27. September 2006, abrufbar unter <http://www.finma.ch/archiv/ebk/d/regulier/rundsch/2006/rs_0606_d.pdf>.

³ Verfügung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA vom 11. Januar 2010, in gekürztem Wortlaut in: FINMA-Bulletin 1/2010, 102 ff., abrufbar unter <<http://www.finma.ch/d/finma/publikationen/Documents/bulletin-1-2010-urteil6.pdf>>.

⁴ Verfügung FINMA (Fn. 3), N 41 ff.

⁵ Verfügung FINMA (Fn. 3), N 45.

Es wird festgehalten, dass die ungenügende Abklärung des anwendbaren ausländischen Rechts, die damit verbundenen Rechts- und Reputationsrisiken und die vorgenommenen tatsächlichen Bescheinigungen von Bartransaktionen im Ausland nicht mit dem Gewährserfordernis vereinbar seien.⁶

Im Hinblick auf das Erfordernis einer angemessenen Organisation konstatiert die FINMA, dass nicht einmal die Grundzüge des Risikomanagements im Bereich der grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringung Gegenstand des Weisungswesens waren. Zudem sei dem Verwaltungsrat und der Geschäftsleitung nicht mit Bezug auf die Überwachung der Image- und Rechtsrisiken des grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehrs rapportiert worden und es sei aus den Unterlagen der Compliance auch keine Risikokontrolle bezüglich der grenzüberschreitenden Geschäftstätigkeit ersichtlich gewesen. Für das Jahr 2009 habe des Weiteren die Beurteilung der internen Revision, ob die C. Bank ein ihrem Risikoprofil angemessenes und wirksames internes Kontrollsystem besitzt, gefehlt. Die FINMA kommt aus diesen Gründen zum Schluss, dass die C. AG nicht angemessen organisiert gewesen war.⁷

Die C. AG hat nach Ansicht der FINMA in schwerer Weise die Bewilligungsvoraussetzungen der Gewähr einer einwandfreien Geschäftstätigkeit und der angemessenen Organisation verletzt.⁸

3. Verantwortlichkeit für die Mängel

Die FINMA weist darauf hin, dass die B. Gen. die C. AG bewusst als Offshore-Standort ausgerichtet und damit die umfassende Zusammenarbeit mit Vermittlern zumindest begünstigt habe. Da diese Strategie jedoch auch hätte verfolgt werden können, ohne dass Rechts- und Reputationsrisiken eingegangen werden, sei die Muttergesellschaft lediglich indirekt für die festgestellten Mängel verantwortlich.⁹

Hinsichtlich der Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates hält die FINMA fest, dass die mit der von der Muttergesellschaft vorgegebenen Strategie verbundenen Risiken nicht erkannt worden seien. Es wird aber auch darauf hingewiesen, dass der Verwal-

tungsrat der C. AG nicht über die tatsächlichen Bescheinigungen und die Vermögensverwaltungsvollmachten bei deutschen Vermittlern informiert gewesen sei, sofort nach Kenntnis der Mängel gehandelt und sich stets kooperativ verhalten habe. Die FINMA kommt zum Schluss, dass der Verwaltungsrat für die Mängel mitverantwortlich, das Versagen der Kontrollmechanismen allerdings nicht ausschliesslich auf ihn zurückzuführen sei.¹⁰

Es wird konstatiert, dass die konkrete Ausgestaltung der Zusammenarbeit mit Vermittlern sowie die Art der Bescheinigung der Entgegennahme und Auszahlung von Kundengeldern Teile des operativen Geschäfts seien und damit primär zum Verantwortungsbereich der Geschäftsleitung gehören. Nach Ansicht der FINMA ist die Geschäftsleitung die Risiken in Bezug auf die Vermittlertätigkeit bewusst eingegangen und hat wissentlich die Ausstellung tatsächlicher Bescheinigungen geduldet, unter Umständen sogar gefördert. Aus diesen Gründen liege die Hauptverantwortung für die Verletzung der aufsichtsrechtlichen Bestimmungen bei der Geschäftsleitung.¹¹

4. Massnahmen

Die FINMA verzichtet auf einen Entzug der Bankbewilligung und hält fest, dass sich die Anordnung personeller Massnahmen erübrige, da die gesamte Geschäftsleitung ausgewechselt worden sei und die Verantwortung des Verwaltungsrates im Vergleich zur Geschäftsleitung weniger schwer wiege. Da die C. Bank in schwerer Weise gegen das Gewährs- und Organisationserfordernis verstossen habe, seien die Missstände jedoch ausdrücklich zu rügen und die C. AG habe ihre Prüfgesellschaft zu beauftragen, der FINMA einen separaten Bericht über die effektive Umsetzung der von der C. AG angekündigten operativen und strategischen Neuausrichtung der Bank zu erstatten.¹²

⁶ Verfügung FINMA (Fn. 3), N 54 ff.

⁷ Verfügung FINMA (Fn. 3), N 58.

⁸ Verfügung FINMA (Fn. 3), N 59.

⁹ Verfügung FINMA (Fn. 3), N 60.

¹⁰ Verfügung FINMA (Fn. 3), N 62 ff.

¹¹ Verfügung FINMA (Fn. 3), N 66 f.

¹² Verfügung FINMA (Fn. 3), N 67 ff.

III. Bemerkungen

1. Bewilligung zum Geschäftsbetrieb nach Art. 3 BankG

1.1 Einleitung

Gemäss Art. 3 Abs. 1 BankG bedarf eine Bank zur Aufnahme der Geschäftstätigkeit einer Bewilligung der FINMA. Die in Art. 3 Abs. 2 BankG aufgelisteten Voraussetzungen für die Erteilung einer solchen Bewilligung müssen nicht nur bei der Aufnahme der Banktätigkeit, sondern stets erfüllt sein (vgl. Art. 37 Abs. 1 FINMAG).

In der vorliegenden Verfügung bekräftigt und präzisiert die FINMA die bereits von der EBK in der Verfügung vom 21. Dezember 2008¹³ formulierten Anforderungen an die Erfüllung der Bewilligungsvoraussetzungen im grenzüberschreitenden Dienstleistungsgeschäft. Auch im «Positionspapier der FINMA zu den Rechts- und Reputationsrisiken im grenzüberschreitenden Finanzdienstleistungsgeschäft» («Positionspapier Rechtsrisiken») vom 22. Oktober 2010 wird nochmals dargelegt, inwieweit ausländische Rechtsrisiken für das schweizerische Aufsichtsrecht relevant sind.¹⁴ Im Zentrum stehen dabei das Erfordernis einer angemessenen Verwaltungsorganisation und dasjenige der Gewähr einer einwandfreien Geschäftstätigkeit.

1.2 Angemessene Organisation

Nach Art. 3 Abs. 2 lit. a BankG muss die Bank eine ihrer Geschäftstätigkeit entsprechende Verwaltungsorganisation aufweisen. Es stellt sich die Frage, welche Anforderungen an die Erfüllung dieser Bewilligungsvoraussetzung gestellt werden.

1.2.1 Funktionelle und personelle Trennung

Erfordert es der Geschäftszweck oder der Geschäftsumfang, müssen gemäss Art. 3 Abs. 2 lit. a BankG spezielle Organe für die Geschäftsführung einerseits und für die Oberleitung, Aufsicht und Kontrolle andererseits geschaffen und die Befugnisse zwischen diesen Organen so abgegrenzt werden, dass eine sachgemässe Überwachung der Geschäftsführung gewährleistet ist. Da die FINMA nur in äusserst seltenen Fällen eine an Bedingungen geknüpfte Ausnahme bewilligt, muss das besondere Organ für die Oberleitung, Aufsicht und Kontrolle grundsätzlich aus mindestens drei Mitgliedern bestehen und keines der Mitglieder darf der Geschäftsführung angehören (vgl. Art. 8 BankV). Handelt es sich wie bei der C. AG um eine Bank in der Form einer Aktiengesellschaft, ist der Verwaltungsrat das Organ für die Oberleitung, Aufsicht und Kontrolle (vgl. Art. 716a Abs. 1 OR), während die operationelle Führung der Geschäftsleitung obliegt.¹⁵

1.2.2 Risikomanagement

Die angemessene innere Organisation einer Bank setzt auch ein der Geschäftstätigkeit entsprechendes Risikomanagement voraus. Die mit dem Geschäftsbetrieb verbundenen Risiken müssen erfasst, beurteilt sowie gesteuert werden und es ist darüber Bericht zu erstatten.¹⁶ Nach Art. 9 Abs. 2 BankV muss die Bank die Grundzüge des Risikomanagements in einem Reglement oder in internen Richtlinien regeln. In Satz 2 dieser Bestimmung erfolgt eine nicht abschliessende Aufzählung der zu überwachenden Risiken, zu denen auch rechtliche Risiken und Imagerisiken gehören. Vorliegend betreibt die C. AG eine grenzüberschreitende Banktätigkeit und wurde strategisch darauf ausgerichtet, ausländische Kunden zu betreuen. Wie sich spätestens im Fall UBS gezeigt hat, sind in Fällen grenzüberschreitender Dienstleis-

¹³ Verfügung der Eidgenössischen Bankenkommission vom 21. Dezember 2008, in gekürztem Wortlaut in: FINMA-Bulletin 1/2010, 76 ff., abrufbar unter <<http://www.finma.ch/d/finma/publikationen/Documents/bulletin-1-2010-urteil5.pdf>>.

¹⁴ Vgl. Positionspapier der FINMA zu den Rechts- und Reputationsrisiken im grenzüberschreitenden Finanzdienstleistungsgeschäft («Positionspapier Rechtsrisiken») vom 22. Oktober 2010, 11 ff., abrufbar unter <http://www.finma.ch/d/finma/publikationen/Documents/positions_papier_rechtsrisiken_d.pdf>.

¹⁵ Vgl. BSK BankG-Christoph Winzeler, Art. 3 N 8 ff.; Bodmer/Kleiner/Lutz, Kommentar zum BankG, Art. 3 N 57 ff.

¹⁶ Vgl. u.a. Beat Stöckli, Die Organisation von Banken, Aus privat-, aufsichts-, straf- und standesrechtlicher Perspektive, Der Schweizer Treuhänder 2008/8, 587; FINMA-Rundschreiben 2008/24 «Überwachung und interne Kontrolle Banken» vom 20. November 2008, N 126, abrufbar unter <<http://www.finma.ch/d/regulierung/Documents/finma-rs-2008-24.pdf>>; Richtlinien der Schweizerischen Bankiervereinigung (SBVg) zur Internen Kontrolle vom Juni 2002, 15, abrufbar unter <http://www.swissbanking.org/119_d.pdf>.

tungserbringung für die erforderliche Sicherstellung eines sachgerechten Umgangs mit den bestehenden Risiken insbesondere die einer Verletzung ausländischer Normen inhärenten Rechts- und Reputationsrisiken relevant: Abgesehen von der drohenden Klage musste die UBS gegen einen erheblichen Vertrauensverlust der Stakeholder ankämpfen. Der Grund für die zu beobachtende merkliche Zunahme der Rechts- und Reputationsrisiken liegt nach der Ansicht der FINMA in der konsequenteren Durchsetzung ausländischer Regulierungen.¹⁷ Aus diesem Grunde wird in der vorliegenden Verfügung und im «Positionspapier Rechtsrisiken» darauf hingewiesen, dass die Beaufichtigten das anwendbare ausländische Aufsichtsrecht regelmässig abklären und die damit verbundenen Risiken erfassen, begrenzen und kontrollieren müssen. Nötigenfalls müsse das Geschäftsmodell angepasst und auf die Bedienung gewisser Märkte verzichtet werden.¹⁸ Im vorliegenden Fall nahm der Verwaltungsrat nach Kenntnis der bestehenden Rechts- und Reputationsrisiken eine Neuausrichtung der C. AG auf das schweizerische Onshore-Geschäft vor.¹⁹

Ein wichtiger Bestandteil eines fundierten Risikomanagements und damit einer angemessenen inneren Organisation ist ein gutes Weisungswesen.²⁰ Aufgrund seiner grundlegenden Bedeutung bemängelt die FINMA in ihrer Verfügung vom 11. Januar 2010 den Umstand, dass in der C. AG nicht einmal die Grundzüge des Risikomanagements im Bereich der grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringung Gegenstand des Weisungswesens waren.²¹ Nach Ansicht der FINMA muss die Bank zur Minimierung der Risiken vor allem Weisungen über die in den bedienten Ländern erlaubte Geschäftstätigkeit erlassen und deren Einhaltung überwachen.²² Solche Weisungen sind nur aufgrund einer adäquaten Abklärung der anwendbaren ausländischen Normen möglich.

1.2.3 Internes Kontrollsystem

Gemäss Art. 9 Abs. 4 BankV muss die Bank für ein wirksames internes Kontrollsystem sorgen und insbesondere eine von der Geschäftsführung unabhängige interne Revision (Inspektorat) bestellen. Das interne Kontrollsystem umfasst alle organisatorischen Kontrollstrukturen und -prozesse, welche die Erreichung der Zielsetzung der Bank und die Gewährleistung eines ordnungsgemässen Ablaufs des Geschäftsbetriebs bezwecken.²³

Bei ihren Ausführungen betreffend die interne Kontrolle stützt sich die FINMA in der vorliegenden Verfügung auf das EBK-Rundschreiben 06/6 «Überwachung und interne Kontrolle» vom 27. September 2006. Die Vorschriften dieses Rundschreibens mussten grundsätzlich bis spätestens am 1. Januar 2008 umgesetzt sein.²⁴ Das Rundschreiben konkretisiert die Praxis der EBK zur Überwachung und internen Kontrolle. Am 1. Januar 2009 ist das FINMA-Rundschreiben 2008/24 «Überwachung und interne Kontrolle Banken» in Kraft getreten.²⁵ Es weist grundsätzlich den gleichen Inhalt auf wie das zuvor geltende Rundschreiben der EBK.

Während Reglementierung, Einrichtung und Überwachung der internen Kontrolle in der Verantwortung des Verwaltungsrates liegen, obliegt die Umsetzung der Vorgaben des Verwaltungsrates der Geschäftsleitung.²⁶ Die durch den Verwaltungsrat eingerichtete interne Revision muss jährlich die für die Bank bestehenden Risiken bewerten und hilft dadurch bei der Beurteilung, ob das interne Kontrollsystem der Geschäftstätigkeit der Bank angemessen ist.²⁷ Die Überwachung des Risikoprofils obliegt der Risikokontrolle, für die ein Mitglied der Geschäftsleitung zuständig ist.²⁸ Aufgrund der zunehmenden Rechts- und Reputationsrisiken bei einer grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringung kommt der Risikobeurteilung und -überwachung bei der Entscheidungsfindung, ob eine Bank über eine angemessene innere Organisation im Sinne des Bankengesetzes verfügt, eine grundlegende Bedeutung zu. Trotzdem und ungeachtet der massiven Rechts- und Reputa-

¹⁷ Positionspapier Rechtsrisiken (Fn. 14), 6.

¹⁸ Vgl. Verfügung FINMA (Fn. 3), N 43; Positionspapier Rechtsrisiken (Fn. 14), 12 ff.

¹⁹ Vgl. Verfügung FINMA (Fn. 3), N 63.

²⁰ Vgl. *Stöckli* (Fn. 16), 585.

²¹ Verfügung FINMA (Fn. 3), N 58.

²² Verfügung FINMA (Fn. 3), N 43.

²³ FINMA-Rundschreiben (Fn. 16), N 2; Richtlinien SBVg (Fn. 16), 4.

²⁴ EBK-Rundschreiben (Fn. 2), N 130.

²⁵ FINMA-Rundschreiben (Fn. 16), 1.

²⁶ FINMA-Rundschreiben (Fn. 16), N 9 bzw. 80.

²⁷ FINMA-Rundschreiben (Fn. 16), N 69 f.

²⁸ FINMA-Rundschreiben (Fn. 16), N 115 ff.

tionsrisiken fehlte im vorliegenden Fall die Risikobeurteilung der internen Revision für das Jahr 2008, und eine Risikokontrolle mit Bezug auf die grenzüberschreitende Geschäftstätigkeit war nicht ersichtlich.

Ein wirksames internes Kontrollsystem dient insbesondere der Einhaltung von gesetzlichen und anderen Vorschriften. Aus diesem Grunde muss die Geschäftsleitung angemessene interne Systeme und Prozesse zur Gewährleistung der Compliance einsetzen und für ein zweckmässiges Weisungswesen sorgen.²⁹ Die Compliance einer Bank findet in enger Zusammenarbeit mit dem Risikomanagement statt und dient insbesondere der Erkennung und Vermeidung von Rechts- und Reputationsrisiken. Bei der Durchsetzung und Überwachung der Compliance werden die Geschäftsleitung und die Mitarbeiter der Bank durch die Compliance-Funktion unterstützt. Ihr obliegt unter anderem die jährliche Berichterstattung an den Verwaltungsrat über die Einschätzung des Compliance-Risikos, d.h. des Risikos von Verstössen gegen Vorschriften. Über wesentliche Veränderungen muss sie der Geschäftsleitung «zeitgerecht» Bericht erstatten.³⁰ Bei der C. AG fehlte das Reporting in Bezug auf die Überwachung der Image- und Rechtsrisiken im Bereich der grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringung, obwohl das Compliance-Risiko aufgrund der Strategie der C. AG wegen der Ausrichtung auf den ausländischen Markt besonders hoch war. Der Pflicht der Banken, auf geeignete Weise auf die Einhaltung der Gesetze und übrigen Vorschriften hinzuwirken, kommt angesichts der durch die FINMA festgestellten zunehmend konsequenteren Durchsetzung von Regulierungen durch das Ausland eine immer stärkere Bedeutung zu: Die mit der stringenten Umsetzung dieser Pflicht verbundene Möglichkeit, das Risiko einer Verletzung ausländischen Rechts zu eliminieren oder zumindest zu verringern, schützt das Institut selber, die Gläubiger und die Vertrauenswürdigkeit des Finanzplatzes Schweiz.

1.3 Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit

Die Eingehung von Rechts- und Reputationsrisiken im grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehr kann für die Beurteilung relevant sein, ob das Gewährserfordernis erfüllt ist. Art. 3 Abs. 2

lit. c BankG sieht vor, dass die mit der Verwaltung und Geschäftsführung der Bank betrauten Personen einen guten Ruf geniessen und Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten müssen.

1.3.1 Gewährsträger

Das Gewährserfordernis gilt für all jene Personen, die aufgrund ihrer Stellung den Fortbestand der Bank gefährden können. Bei einer Aktiengesellschaft wie der C. AG sind insbesondere der Verwaltungsrat und die Geschäftsleitung Gewährsträger. Seit 1980 gilt das Gewährserfordernis jedoch auch für die Bank selber.³¹ Dementsprechend prüft die FINMA in der vorliegenden Verfügung aufgrund der konstatierten Verletzung von Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG sowohl personelle Massnahmen gegen den Verwaltungsrat und die Geschäftsleitung als auch den Entzug der Bewilligung nach Art. 37 FINMAG als gegen die Bank als Institut gerichtete Sanktion.³²

1.3.2 Gewährserfordernis als Generalklausel

Beim Gewährserfordernis von Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff und eine Generalklausel, welche im Laufe der Zeit in der Praxis eine ethische und rechtspolitische Ergänzung erfuhr. Ein Beispiel hierfür ist die Entwicklung des Funktionsschutzes im Aufsichtsrecht auf der Grundlage der Praxis der EBK.³³ Neben dem Gläubigerschutz als Hauptzweck wird bei der Bankenaufsicht vermehrt auf den Zweck des Schutzes des Finanzplatzes Schweiz und der Vertrauenswürdigkeit der Schweizer Banken abgestellt: Das Bundesgericht begründet beispielsweise die Unver-

³¹ Vgl. u.a. BSK BankG-*Christoph Winzeler*, Art. 3 N 16 ff.; *Bodmer/Kleiner/Lutz*, Kommentar zum BankG, Art. 3 N 175 ff.; *Daniel Zuberbühler*, Das Verhältnis zwischen der Bankenaufsicht, insbesondere der Überwachung der einwandfreien Geschäftstätigkeit, und der neuen Sorgfaltspflichtvereinbarung der Banken, WuR 39 (1987), 179 f.

³² Vgl. Verfügung FINMA (Fn. 3), N 67 ff.

³³ BSK BankG-*Christoph Winzeler*, Art. 3 N 25; vgl. auch *Bodmer/Kleiner/Lutz*, Kommentar zum BankG, Art. 3 N 167 ff.; *René A. Rhinow/Manfred Bayerdörfer*, Rechtsfragen der schweizerischen Bankenaufsicht, Die Aufsichtsbefugnisse der Bankenkommision im Rahmen der Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit, Basel/Frankfurt am Main 1990, N 12 ff.; *Marcel Livio Aellen*, Die Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit gemäss Art. 3 Abs. 2 lit. c des Bankengesetzes, Bern 1990, 85 ff.

²⁹ FINMA-Rundschreiben (Fn. 16), N 99.

³⁰ FINMA-Rundschreiben (Fn. 16), N 102 ff.

einbarkeit von rechts- oder sittenwidrigen Geschäften mit dem Erfordernis der Gewähr einer einwandfreien Geschäftstätigkeit damit, dass ein solches Verhalten die Vertrauenswürdigkeit der jeweiligen Bank und unter Umständen aller Schweizer Banken beeinträchtigen könne.³⁴ Weiter weist die FINMA in der vorliegenden Verfügung mit Verweis auf BGE 102 IV 191 darauf hin, dass tatsächenswidrige oder unvollständige Bankbescheinigungen gegen das Gewährserfordernis verstossen, da solchen Bescheinigungen im Geschäftsverkehr ein erhöhtes Vertrauen entgegengebracht werde.³⁵ Der Schutz der Vertrauenswürdigkeit der Schweizer Banken und des Ansehens des schweizerischen Finanzplatzes wirkt sich wiederum positiv auf den Gläubigerschutzzweck des Bankengesetzes aus. Er dient jedoch darüber hinaus auch der Aufrechterhaltung der Systemstabilität des hiesigen Bankensystems als eines der Ziele von Aufsicht und Regulierung.

1.3.3 Anforderungen

Von den Verantwortlichen einer Bank wird einerseits gefordert, dass sie fachlich kompetent sind und die Geschäfte der Bank sorgfältig ausführen. Andererseits müssen sich die Gewährsträger bei der Ausübung ihres Berufs korrekt verhalten. Dies setzt insbesondere voraus, dass sie sich an Rechtsordnung, Standesregeln (wie beispielsweise die Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken³⁶) und bankinterne Reglemente halten.³⁷ Mit dem Gewährserfordernis ist nach Ansicht des Bundesgerichts nicht vereinbar, dass eine Bank rechts- oder sittenwidrige Geschäfte tätigt.³⁸

Die FINMA weist in der vorliegenden Verfügung darauf hin, dass es für die Verneinung der Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit genüge, «wenn das beanstandete Verhalten in krasser Weise dem Ver-

halten, wie es von einem redlichen Bankier erwartet werden muss, widerspreche». Dazu gehöre, dass die Bank nicht unnötige Rechts- und Reputationsrisiken eingehe.³⁹ Es wird auf die Charaktereigenschaften der Gewährsträger abgestellt. Sie müssen gerecht, aufrichtig und loyal handeln. Nicht thematisiert werden erstaunlicherweise die gravierenden wirtschaftlichen Folgen, welche das Eingehen von Rechts- und Reputationsrisiken für das Institut haben kann. Dies hat sich spätestens gezeigt, als der UBS AG eine existenzbedrohende strafrechtliche Klage seitens des US-Department of Justice drohte. In diesem Sinne dient die Forderung, dass unnötige Rechts- und Reputationsrisiken zu vermeiden seien, auch dem Gläubigerschutz und damit dem Hauptzweck des Bankengesetzes: Es soll verhindert werden, dass die Bank durch die Eingehung solcher Risiken in eine finanzielle Notlage gerät und nicht mehr sichergestellt ist, dass sie ihren Verbindlichkeiten gegenüber den Gläubigern nachkommen kann. Im «Positionspapier Rechtsrisiken» weist die FINMA darüber hinaus ausdrücklich darauf hin, dass die genannten Risiken auch «für die schweizerische Volkswirtschaft destabilisierende Ausmasse» annehmen können.⁴⁰

Die FINMA hält in ihrer Verfügung vom 11. Januar 2010 zwar ausdrücklich fest, dass es nicht ihre Aufgabe sei, die Einhaltung des ausländischen Aufsichtsrechts zu überprüfen. Da die Verletzung ausländischen Rechts jedoch beträchtliche Rechts- und Reputationsrisiken zur Folge haben könne, werde für die Erfüllung der Voraussetzungen von Art. 3 Abs. 2 BankG verlangt, dass die Beaufsichtigten bei einer grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringung das anwendbare ausländische Aufsichtsrecht regelmässig abklären und die damit verbundenen Risiken erfassen, begrenzen und kontrollieren.⁴¹ Zur Eliminierung oder zumindest Minimierung der Risiken im grenzüberschreitenden Finanzdienstleistungsgeschäft erwartet die FINMA gemäss dem «Positionspapier Rechtsrisiken» unter anderem die Einhaltung des ausländischen Aufsichtsrechts.⁴² Es stellt sich die Frage, ob unter gewissen Umständen die Verletzung ausländischer Normen unabhängig

³⁴ BGE 111 Ib 127.

³⁵ Verfügung FINMA (Fn. 3), N 44.

³⁶ Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken (VSB 08) zwischen der Schweizerischen Bankiervereinigung («SBVg») einerseits und den unterzeichnenden Banken («Banken») andererseits vom 7. April 2008, abrufbar unter <<http://www.swissbanking.org/20080410-vs-b-cwe.pdf>>.

³⁷ Bodmer/Kleiner/Lutz, Kommentar zum BankG, Art. 3 N 184 ff.; EBK-Bulletin 23/1993, 27, abrufbar unter <<http://www.finma.ch/archiv/ebk/f/publik/bulletin/pdf/bull23.pdf>>.

³⁸ Vgl. BGE 111 Ib 127; 108 Ib 190.

³⁹ Verfügung FINMA (Fn. 3), N 41 ff., mit Verweis auf EBK-Bulletin 23 (Fn. 37), 25 und 27.

⁴⁰ Positionspapier Rechtsrisiken (Fn. 14), 2.

⁴¹ Verfügung FINMA (Fn. 3), N 43 ff.

⁴² Positionspapier Rechtsrisiken (Fn. 14), 14.

von damit verbundenen Rechts- und Reputationsrisiken gegen das Gewährserfordernis verstösst.

Es stellt eine seit jeher anerkannte schweizerische Tradition dar, dass ein Verstoss gegen ausländisches öffentliches Recht als sittenwidrig angesehen wird. Ist das ausländische öffentliche Recht nicht direkt anwendbar, kann ein Vertrag, der schweizerischem Recht untersteht, sittenwidrig und damit nichtig im Sinne von Art. 20 Abs. 1 OR sein, wenn die verletzten ausländischen Normen *«von derartiger Tragweite sind, dass die Duldung ihrer Verletzung auch im Inland geeignet wäre, eine dem Gemeinwohl gefährliche Verwirrung und Verwilderung der sittlichen Begriffe hervorzurufen und somit zugleich die öffentliche Ordnung des Inlandes zu verletzen»*.⁴³ Bejaht wurde dies beispielsweise bei Geldwäschereibestimmungen, nicht aber bei allgemeinen Devisenhandelsbeschränkungen.⁴⁴ Ein Verstoss gegen ausländisches Recht kann folglich aufgrund seiner Sittenwidrigkeit direkt und ungeachtet allfälliger Rechts- und Reputationsrisiken eine Verletzung von Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG darstellen.

Da ein korrektes Verhalten im Sinne des Gewährserfordernisses, wie bereits erwähnt, voraussetzt, dass sich die Gewährsträger unter anderem an die Rechtsordnung halten, stellt sich zudem die Frage, ob ein Verstoss gegen ausländische Rechtsnormen aus schweizerischer Sicht nicht nur als sitten-, sondern auch als rechtswidrig anzusehen ist. Damit ein Verhalten rechtswidrig ist, muss es gegen die anwendbare Rechtsordnung verstossen. Bis vor Inkrafttreten des Bundesgesetzes vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht (IPRG) galt der bundesgerichtliche Grundsatz der Nichtanwendbarkeit ausländischen öffentlichen Rechts.⁴⁵ Für das internationale Privatrecht hält Art. 13 IPRG nun ausdrücklich fest, dass die Anwendbarkeit einer Bestimmung des ausländischen Rechts nicht allein dadurch ausgeschlossen ist, dass ihr ein öffentlich-rechtlicher Charakter zugeschrieben wird. Wird das ausländische Wirtschaftsrecht aus schweizerischer Sicht als anwendbar erachtet (vgl. zu den Voraussetzungen hinten 2.2), ist eine Verletzung der ausländi-

schen Vorschriften rechtswidrig und es liegt damit ein Verstoss gegen Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG vor.

Als Fazit lässt sich festhalten, dass nicht nur die Eingehung von unnötigen Rechts- und Reputationsrisiken durch Verletzung ausländischen Rechts, sondern auch dessen Verletzung an sich sitten- und/oder rechtswidrig sein und damit gegen die Bewilligungsvoraussetzung der Gewähr einer einwandfreien Geschäftstätigkeit verstossen kann.

2. Extraterritoriale Wirkung nationalen Wirtschaftsrechts

2.1 Einleitung

Nach deutschem Recht bedarf gemäss § 32 Abs. 1 Satz 1 des Gesetzes über das Kreditwesen (KWG) einer schriftlichen Erlaubnis der Bundesanstalt, wer im Inland gewerbsmässig oder in einem Umfang, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, Bankgeschäfte betreiben oder Finanzdienstleistungen erbringen will. Die BaFin geht von einem Betreiben im Sinne von § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG auch dann aus, wenn der Erbringer der Dienstleistung seinen Sitz oder gewöhnlichen Aufenthalt nicht in Deutschland hat, sich jedoch zielgerichtet an den deutschen Markt wendet, um Personen mit Sitz oder gewöhnlichem Aufenthalt in Deutschland wiederholt und geschäftsmässig Bankgeschäfte oder Finanzdienstleistungen anzubieten.⁴⁶ Es handelt sich bei § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG um eine Bestimmung mit extraterritorialer Wirkung.

Unter Extraterritorialität wird im Völkerrecht die Wirkung von Hoheitsakten eines Staates (Rechtsetzung und Rechtsdurchsetzung) über sein Territorium hinaus verstanden.⁴⁷ Ein Gesetz hat extraterritoriale Wirkung, wenn sich sein Anwendungsbereich auf Sachverhalte mit einem (teilweisen) Auslandsbezug erstreckt: Es werden auch Ereignisse oder Personen ausserhalb des Territoriums des betreffenden Staates erfasst.⁴⁸ Insbesondere die extraterritoriale Anwen-

⁴³ BGE 76 II 41.

⁴⁴ Vgl. BGE 80 II 51 f.; 76 II 40 f.; 62 II 110.

⁴⁵ Anton K. Schnyder/Manuel Liatowitsch, Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2006, N 246.

⁴⁶ Vgl. Merkblatt BaFin (Fn. 1).

⁴⁷ Vgl. u.a. Jörg Paul Müller/Luzius Wildhaber, Praxis des Völkerrechts, 3. Aufl., Bern 2001, 375; Hans-Jürgen Schlochauer, Die extraterritoriale Wirkung von Hoheitsakten, Nach dem öffentlichen Recht der Bundesrepublik Deutschland und nach internationalem Recht, Frankfurt am Main 1962.

⁴⁸ Anton K. Schnyder, Wirtschaftskollisionsrecht, Zürich 1990, N 79 ff.; Schnyder/Liatowitsch (Fn. 45), N 42 f.

derung von amerikanischem Recht war immer wieder Gegenstand von Diskussionen⁴⁹ und ist wieder vermehrt in den Blickpunkt der Öffentlichkeit gerückt, als US-Behörden von der UBS AG die Herausgabe von Kundendaten forderten. Aus völkerrechtlicher Sicht sind der Erlass und die Anwendung einer solchen Rechtsordnung jedoch zulässig, wenn ein ausreichender personaler, territorialer oder funktionaler Anknüpfungspunkt zu diesem Staat besteht.⁵⁰ Es stellt sich allerdings die Frage, wie die Situation zu beurteilen ist, wenn ein solcher Anknüpfungspunkt zu mehreren Staaten gegeben ist und in einem grenzüberschreitenden Sachverhalt sowohl die ausländische als auch die schweizerische Wirtschaftsordnung die Anwendbarkeit für sich beansprucht. Von besonderer Brisanz ist die Frage des anwendbaren Rechts, wenn wirtschaftsrechtliche Ordnungen verschiedener Länder aufeinander stossen, welche gegensätzliche Regelungen aufstellen.

2.2 Wirtschaftskollisionsrecht

Wirtschaftsrechtliche Normen zählen aufgrund ihrer Gemeinwohlbezogenheit und ihres Steuerungs-zwecks vielfach zu den Bestimmungen, die zwingend angewandt sein wollen.⁵¹ Da das Wirtschaftsrecht auch in Fällen mit einem Auslandsbezug der Verwirklichung des inländischen Gemeinwohls dient, wird ein Staat nicht auf dessen Durchsetzung verzichten wollen: Er wendet sein Recht in weitgehend gleichem Masse auf einen Sachverhalt an, der sich nicht oder nicht nur im Inland abgespielt hat, wie auf einen rein inländischen Sachverhalt. Rechtsordnungen mit extraterritorialer Wirkung tangieren dadurch häufig auch Zuständigkeiten und Regelungsanliegen

anderer Staaten, weshalb Extraterritorialitätskonflikte Justizkonflikte von erheblichem Ausmass zur Folge haben können.⁵² Um dies zu vermeiden, sollte in einem transnationalen Sachverhalt das eigene Wirtschaftsrecht auch bei Vorliegen eines ausreichenden Bezugs zum Inland nicht ohne Rücksicht auf das ebenfalls Anwendung beanspruchende ausländische Recht angewendet werden. In diesem Sinne wird gefordert, dass in jedem Einzelfall die inländischen und ausländischen Interessen gegeneinander abzuwägen sind. Je nach Ergebnis dieser Interessenabwägung soll auf eine Anwendung des inländischen Wirtschaftsrechts verzichtet werden.⁵³ Überwiegt keines der in Frage stehenden Interessen, wird eine wirtschaftskollisionsrechtliche Konfliktregel zugunsten der inländischen Rechtsordnung gefordert.⁵⁴ Durch eine solche Regel kann jedoch nicht in genügendem Masse sichergestellt werden, dass Extraterritorialitätskonflikte nach Möglichkeit verhindert werden. Unter drei Voraussetzungen sollte bei einem Gleichlauf der Interessen der ausländischen Regelung der Vorrang eingeräumt werden: Erstens darf kein Verstoss gegen den Ordre public vorliegen, zweitens muss ein engerer Zusammenhang zum ausländischen Staat bestehen und drittens muss aufgrund der besonderen Natur des Wirtschaftsrechts der inländische Ordnungsauftrag in einer gleichwertigen Weise durch das ausländische Recht wahrgenommen werden.

2.2.1 Ordre public

Der Begriff Ordre public bezeichnet die elementaren Grundsätze der Wertvorstellungen eines Staates.⁵⁵ Verstösst die ausländische Regelung gegen den inländischen Ordre public, muss die Schweiz auf der Anwendbarkeit der schweizerischen Wirtschaftsordnung beharren.

⁴⁹ Vgl. dazu u.a. *Werner Meng*, Wirtschaftssanktionen und staatliche Jurisdiktion: Grauzonen im Völkerrecht, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 57/1997, 269 ff.; Interpellation von NR *Hansueli Raggenbass* «Extraterritoriale Anwendung von US-Recht» vom 3. Oktober 2002 (Geschäfts-Nr. 02.3555), abrufbar unter http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20023555.

⁵⁰ Vgl. u.a. *Volker Epping*, Die Aussenwirtschaftsfreiheit, Tübingen 1998, 485; *Müller/Wildhaber* (Fn. 47), 373; *Schnyder* (Fn. 48), N 147; *Anton K. Schnyder*, Wirtschaftskollisionsrecht als Regelungsinstrument für eine internationalisierte Wirtschaft, *ZSR NF* 119 (2000), 402; *Schnyder/Liatowitsch* (Fn. 45), N 42 f.; *Thomas Stephan*, Sicherstellung der Wohlverhaltensregeln bei grenzüberschreitendem Bezug, Augsburg 2001, 40.

⁵¹ *Schnyder* (Fn. 48), N 16.

⁵² *Schnyder* (Fn. 48), N 83 ff.; *Schnyder* (Fn. 50), 403; vgl. auch *Meng* (Fn. 49), 269 ff.

⁵³ Vgl. u.a. *Müller/Wildhaber* (Fn. 47), 375; *Schnyder* (Fn. 48), N 155; *Stephan* (Fn. 50), 42; Landesbericht der Schweiz zum XIII. Treffen der obersten Verwaltungsgeschichtshöfe Deutschlands, Österreichs, der Schweiz und Liechtensteins vom 7. bis 10. November 2002, *Internationales Verwaltungsrecht: Das Territorialitätsprinzip und seine Ausnahmen*, 6 f., abrufbar unter http://www.bger.ch/fr/territorialitaetsprinzip_und_seine_ausnahmen.pdf.

⁵⁴ Vgl. dazu *Schnyder* (Fn. 48), N 272 ff.

⁵⁵ *Ulrich Vischer*, Kollisionsrechtliche Verweisung und materielles Resultat, in: *Meier/Siehr* (Hrsg.), *Festschrift für Anton Heini*, Zürich 1995, 101; *Schnyder/Liatowitsch* (Fn. 45), N 259 ff.

2.2.2 Prinzip des engsten Zusammenhangs

Nach dem Prinzip des engsten Zusammenhangs muss auf jede Rechtsfrage dasjenige Recht Anwendung finden, mit welchem der Sachverhalt am engsten verknüpft ist.⁵⁶ Wendet man diesen Grundsatz des internationalen Privatrechts auch im Wirtschaftskollisionsrecht an, ist bei einem Gleichlauf der Interessen, aber einem stärkeren Bezug zum Ausland als zum Inland zu fordern, dass den ausländischen Regeln der Vorrang gegeben wird.

In Bezug auf das extraterritorial geltende Bankkundengeheimnis hätte die Anwendung des Prinzips des engsten Zusammenhangs weitreichende Auswirkungen: Überschreiten beispielsweise natürliche Personen zur Betreuung ihrer Kunden im Auftrag des Dienstleistungserbringers regelmässig die Schweizer Grenze, wäre davon auszugehen, dass die Schweiz aufgrund der engeren Beziehung zum Ausland den Vorrang des ausländischen Rechts anerkennen müsste. Aufgrund des Umstandes, dass das schweizerische Wirtschaftsrecht in solchen Fällen nicht anwendbar wäre, hätte eine Herausgabe der Kundendaten durch den betreffenden Dienstleistungserbringer keine Verletzung des Bankkundengeheimnisses zur Folge. Da sich aus dem Territorialitätsprinzip ergibt, dass es ausländischen Staaten aus Gründen der Souveränität grundsätzlich verboten ist, Hoheitsakte auf fremdem Territorium vorzunehmen,⁵⁷ wären sie zur Rechtsdurchsetzung, d.h. zur Einforderung von in der Schweiz belegenen Daten, allerdings auf die Mitwirkung der Schweiz angewiesen.⁵⁸

2.2.3 Gleichwertigkeit des ausländischen Ordnungsauftrags

Wirtschaftsrechtliche Normen zählen zu den Anwendungsbeispielen von Art. 18 IPRG. Diese Bestimmung des internationalen Privatrechts besagt, dass bei der Anwendung von ausländischem Recht Bestimmungen des schweizerischen Rechts vorbehalten werden, die wegen ihres besonderen Zwecks zwingend anzuwenden sind. Während nach der Auffassung des Bundesgerichts das ausländische Recht

ungeachtet des Ergebnisses durch die zwingend anwendbaren Vorschriften des schweizerischen Rechts verdrängt wird,⁵⁹ wird die Ansicht vertreten, dass geprüft werden müsse, ob das an sich anwendbare ausländische Recht die vom Inland verfolgten Ziele nicht gleich oder besser verwirklichen kann.⁶⁰ Dass dieser Ansatz im Wirtschaftskollisionsrecht bereits Beachtung gefunden hat, zeigt sich beispielsweise angesichts der Tatsache, dass das schweizerische Recht bei einer gleichwertigen Aufsicht über einen ausländischen Anbieter oder ein ausländisches Produkt im Herkunftsland auf die Erfassung eines Tatbestandes verzichtet (vgl. beispielsweise Art. 53 Abs. 1 lit. a BEHV, Art. 65 Abs. 1 lit. b und Art. 73 Abs. 1 lit. b VAG). Als dritte und letzte Voraussetzung für einen Verzicht auf eine Ausübung extraterritorialer Kompetenzen ist dementsprechend zu fordern, dass der inländische Ordnungsauftrag gleichermassen durch das ausländische Recht wahrgenommen wird.

2.3 Beispiel UBS

Vielfach wird die zur Vermeidung von Extraterritorialitätskonflikten und Doppelbelastungen durch extraterritoriale Regelungen erforderliche zwischenstaatliche Kooperation durch Staatsverträge sichergestellt. Der Fall UBS hat gezeigt, welche Auswirkungen Extraterritorialitätskonflikte auf einen Staat haben können: Zur Beilegung des drohenden Konfliktes musste zwischen der Schweiz und den USA ein Abkommen über ein Amtshilfesuch des Internal Revenue Service der Vereinigten Staaten von Amerika (IRS) geschlossen werden. Dieses sieht vor, dass die USA auf die Durchsetzung der Zivilklage verzichten, mit welcher die Offenlegung der Identität von 52 000 Kontoinhabern gefordert wurde, und sich die Schweiz verpflichtet, ein neues, 4450 Konten betreffendes Amtshilfesuch innerhalb eines Jahres zu bearbeiten.⁶¹

⁵⁹ BGE 128 III 206.

⁶⁰ Vgl. *Vischer*, IPRG-Kommentar, Art. 18 N 7.

⁶¹ Vgl. das Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und den Vereinigten Staaten von Amerika über ein Amtshilfesuch des Internal Revenue Service der Vereinigten Staaten von Amerika betreffend UBS AG, einer nach schweizerischem Recht errichteten Aktiengesellschaft vom 19. August 2009, abrufbar unter <http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/wirtschaft/fallubs/abkommen-d.pdf>.

⁵⁶ Vgl. dazu *Schnyder/Liatowitsch* (Fn. 45), N 116 f.

⁵⁷ Vgl. u.a. *Müller/Wildhaber* (Fn. 47), 414; *Joachim Bertele*, Souveränität und Verfahrensrecht, Eine Untersuchung der aus dem Völkerrecht ableitbaren Grenzen staatlicher extraterritorialer Jurisdiktion im Verfahrensrecht, Tübingen 1998, 93.

⁵⁸ *A.M. Bertele* (Fn. 57), 405 ff.

Eine dem jeweiligen Einzelfall angemessene Beachtung des ausländischen Wirtschaftsrechts und der Pflicht zur zurückhaltenden Annahme einer inländischen Zuständigkeit in grenzüberschreitenden Sachverhalten⁶² könnte die Notwendigkeit solcher Abkommen unter Umständen verhindern. Unter dem Vorbehalt des schweizerischen *Ordre public* und bei einer Gleichwertigkeit des Ordnungsauftrages der Regelungen müsste die Schweiz die Anwendbarkeit des ausländischen Rechts zumindest in den Fällen anerkennen, in denen der Sachverhalt einen engeren Zusammenhang zum Ausland aufweist und die Schweiz keine überwiegenden Interessen geltend machen kann. Die Feststellung, ob in den konkreten Einzelfällen ein engerer Zusammenhang zur Schweiz oder zum Ausland besteht, ist bei einer grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringung von der Art der Bedienung der Kunden abhängig.

2.3.1 Natürliche Personen überschreiten die Grenze im Auftrag des inländischen Dienstleistungserbringers

Erfolgt die Kundenbetreuung primär in der Schweiz und überschreitet nur ausnahmsweise ein Vertreter der Bank die Grenze, ist aufgrund des engeren Zusammenhangs zur Schweiz das schweizerische Recht anwendbar. In Fällen, in denen jedoch ein Kundenberater einer Schweizer Bank überwiegend ins Ausland reist, um vor Ort den Kunden zu beraten und Aufträge entgegenzunehmen, wird die Dienstleistung mehrheitlich im Ausland und nicht am Sitz der Bank erbracht. Die Schweiz müsste in diesen Fällen die Anwendbarkeit des ausländischen Wirtschaftsrechts anerkennen.

2.3.2 Ausländische Dienstleistungsempfänger überschreiten die Grenze

Reist der Dienstleistungsempfänger überwiegend oder ausschliesslich aus dem Ausland in die Schweiz, um sich hier beraten zu lassen, ist das schweizerische Wirtschaftsrecht anwendbar. Der reine Umstand, dass es sich beim Kunden um einen Ausländer handelt, rechtfertigt keine Beanspruchung der extraterritorialen Kompetenz durch den ausländischen Staat.

2.3.3 Erbringung der inländischen Dienstleistung an ausländische Empfänger ohne physische Grenzüberschreitung

Bei einer Dienstleistungserbringung mittels elektronischer Hilfsmittel, wie beispielsweise Telefon, E-Mail, Fax, Internet usw., oder Übermittlung der Bankunterlagen mittels Post erfolgt weder eine physische Überschreitung der Landesgrenze durch einen Vertreter der Bank noch durch den Kunden. Obwohl beispielsweise bei einem Zugang auf die Kontounterlagen via Internet die Unterlagen jederzeit im Ausland abgerufen werden können, wird die Dienstleistung von der Schweiz aus erbracht. Nur der Genuss der Dienstleistung erfolgt im Ausland. Folglich ist hier das schweizerische Wirtschaftsrecht anwendbar.

2.3.4 Fehlen eines engeren Zusammenhangs

Besteht weder ein engerer Bezug zur Schweiz noch zum Ausland, da die Erbringung der Dienstleistung gleichermassen sowohl im Inland als auch im Ausland zu lokalisieren ist, ist in Anwendung der in der Schweiz vorherrschenden Inkorporationstheorie (vgl. Art. 154 IPRG) darauf abzustellen, wo die Bank errichtet wurde. Sieht das Recht dieses Staates vor, dass sich der statutarische Sitz einer Gesellschaft auf seinem Territorium befinden muss, entspricht der Inkorporationsstaat dem Staat, in welchem sich der statutarische Sitz der Bank befindet.⁶³

2.3.5 Fazit

In ihrer Verfügung vom 18. Februar 2009 verlangte die FINMA von der UBS die Aushändigung aller Kundendaten, welche unter Ziffer 9 des Deferred Prosecution Agreement (DPA) vom 18. Februar 2009 sowie den Anhang mit der Bezeichnung Account Disclosure Letter vom 16. Februar 2009 fielen. Sie machte dabei nicht einen Vorrang des amerikanischen Rechts geltend, sondern stützte sich auf schweizerisches Recht. Aufgrund der erwarteten existenzbedrohenden Auswirkungen auf die UBS im Falle der Eröffnung eines Strafverfahrens hat sich die FINMA im öffentlichen Interesse und gestützt auf Art. 25 und Art. 26 BankG entschieden, die Kunden-

⁶² Müller/Wildhaber (Fn. 47), 375; Schnyder (Fn. 48), N 155.

⁶³ Vgl. dazu BSK IPRG-Andreas von Planta/Stefan Eberhard, Art. 154 N 3; Schnyder/Liatowitsch (Fn. 45), N 874 ff.

daten zwecks Weitergabe an die US-Behörden herauszuverlangen.⁶⁴ Aus den vorherigen Ausführungen ergibt sich jedoch, dass bei einer überwiegenden Dienstleistungserbringung in den USA – vorausgesetzt es liegt kein Verstoss gegen den *Ordre public* vor und der inländische Ordnungsauftrag wird gleichermaßen durch das ausländische Recht wahrgenommen – die UBS direkt gestützt auf amerikanisches Recht zur Herausgabe der Kundendaten verpflichtet gewesen wäre. Im Zusammenhang mit Daten von Bankkunden ist für die Frage des anwendbaren Rechts letztlich entscheidend, wie in den konkreten Einzelfällen die Betreuung der Kunden erfolgte. Daraus folgt, dass im Fall UBS je nach Art der Dienstleistungserbringung Fallgruppen hätten gebildet werden müssen.

2.4 Position der FINMA

Obwohl die FINMA in der vorliegenden Verfügung fordert, dass insbesondere das anwendbare ausländische Aufsichtsrecht eingehalten wird, nimmt sie weder an dieser Stelle noch im «Positionspapier Rechtsrisiken» ausdrücklich Stellung zur kollisionsrechtlichen Frage, wann das ausländische Recht als anwendbar erachtet wird und welche Normen bei einem Rechtsanwendungskonflikt zwischen der schweizerischen und der ausländischen Rechtsordnung zu beachten sind. Eine Stellungnahme erfolgte auch nicht durch die EBK als Vorgängerin der FINMA.

Insbesondere die fehlende Unterscheidung hinsichtlich *ordre-public*-konformen und *ordre-public*-widrigen ausländischen Normen erstaunt. Verstösst das ausländische Recht gegen den schweizerischen *Ordre public*, darf es ungeachtet potentieller Rechts- und Reputationsrisiken keine Beachtung in der Schweiz finden. Es darf weder direkt noch indirekt über Art. 3 Abs. 2 BankG gefordert werden, dass schweizerische Institute Regelungen einhalten, die gegen die fundamentale Werteordnung der Schweiz verstossen.

3. Schlussbetrachtung

Aufgrund der dem grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehr inhärenten Rechts- und Reputationsrisiken bestätigt und präzisiert die FINMA in ihrer Verfügung vom 11. Januar 2010 die von der EBK formulierten Anforderungen an die Erfüllung der Bewilligungsvoraussetzungen von Art. 3 Abs. 2 BankG: Nach schweizerischem Aufsichtsrecht wird bei einer grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringung gefordert, dass das anwendbare ausländische Aufsichtsrecht regelmässig abgeklärt wird und die damit verbundenen Risiken erfasst, begrenzt und kontrolliert werden. Die FINMA weist darauf hin, dass die unnötige Eingehung von Rechts- und Reputationsrisiken gegen das Erfordernis der Gewähr einer einwandfreien Geschäftstätigkeit verstosse. Gemäss dem «Positionspapier Rechtsrisiken» wird erwartet, dass insbesondere das ausländische Aufsichtsrecht befolgt wird. Die FINMA äussert sich jedoch weder in der vorliegenden Verfügung noch im genannten Positionspapier zur Frage, welches Recht es im Falle eines Extraterritorialitätskonfliktes zu beachten gilt. Die Beantwortung dieser Frage ist beispielsweise dann von grosser Bedeutung, wenn eine im ausländischen Recht verankerte Offenlegungspflicht dem schweizerischen Bankkundengeheimnis entgegensteht. Die Vergangenheit hat gezeigt, dass aus schweizerischer Sicht in diesen Fällen von einer Anwendbarkeit des inländischen Rechts ausgegangen wird. Überwiegen weder die in- noch die ausländischen Interessen an der Regelung eines grenzüberschreitenden Sachverhalts, sollte jedoch in Übereinstimmung mit der völkerrechtlichen Pflicht, eine extraterritoriale Kompetenz nur zurückhaltend auszuüben, unter drei Voraussetzungen die Anwendbarkeit des ausländischen Wirtschaftsrechts bejaht werden: Erstens darf kein Verstoss gegen den *Ordre public* vorliegen, zweitens muss ein engerer Zusammenhang zum ausländischen Staat als zur Schweiz bestehen und drittens muss der hiesige Ordnungsauftrag in einer gleichwertigen Weise durch das ausländische Recht wahrgenommen werden.

⁶⁴ Vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 5. Januar 2010, B-1092/2009, 2 f.