
Bankrecht

8. Januar 2018

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	2/39 des Totals
Aufgabe 2	2 Punkte	2/39 des Totals
Aufgabe 3	2 Punkte	2/39 des Totals
Aufgabe 4	2 Punkte	2/39 des Totals
Aufgabe 5	2 Punkte	2/39 des Totals
Aufgabe 6	2 Punkte	2/39 des Totals
Aufgabe 7	3 Punkte	3/39 des Totals
Aufgabe 8	1 Punkt	1/39 des Totals
Aufgabe 9	4 Punkte	4/39 des Totals
Aufgabe 10	1 Punkt	1/39 des Totals
Aufgabe 11	2 Punkte	2/39 des Totals
Aufgabe 12	2 Punkte	2/39 des Totals
Aufgabe 13	2 Punkte	2/39 des Totals
Aufgabe 14	2 Punkte	2/39 des Totals
Aufgabe 15	3 Punkte	3/39 des Totals
Aufgabe 16	1 Punkt	1/39 des Totals
Aufgabe 17	1 Punkt	1/39 des Totals
Aufgabe 18	2 Punkte	2/39 des Totals
Aufgabe 19	3 Punkte	3/39 des Totals

Total	39 Punkte	100%
-------	-----------	------

Ich wünsche Ihnen viel Erfolg!

Frage 1 (2 Punkte)

Was ist unter Selbstregulierung zu verstehen? Worin liegen die Vorteile der Selbstregulierung?

Antwort:

Selbstregulierung ist die privatautonome Regelbildung durch die materiell von ihr Betroffenen. Diese ordnen zur Verfolgung überindividueller Interessen mit privatrechtlichen Gestaltungsmitteln einen staatlich noch nicht regulierten Bereich selbst objektiv verbindlich. [1 Punkt]

Die Selbstregulierung hat vor allem Vorteile in Bereichen, die stark *technisch* und *international* ausgerichtet sind und *Spezialwissen* sowie eine *erhöhte Flexibilität* voraussetzen. [1 Punkt]

Frage 2 (2 Punkte)

Auf welche beiden Arten kann der Staat die Selbstregulierung im Wesentlichen steuern (staatlich gesteuerte Selbstregulierung)? Nennen Sie je ein Beispiel.

Antwort:

Der Staat kann die Selbstregulierung steuern, indem er eine *regulatorische Grundlage* für die Selbstregulierung in einem Gesetz schafft und insoweit die Regulierung nach bestimmten gesetzlichen Vorgaben an die materiell von der Regelung Betroffenen delegiert (staatlich initiierte oder regulatorische Selbstregulierung). Ein Beispiel ist *Art. 37h BankG betreffend die Einlagensicherung*. [je 1/2 Punkt, total 1 Punkt]

Der Staat kann sodann eine ursprünglich autonom den Betroffenen erlassene Selbstregulierung nachträglich *als Mindeststandard anerkennen*. Ein Beispiel ist die *Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken (VSB16)*. [je 1/2 Punkt, total 1 Punkt]

Frage 3 (2 Punkte)

Wie sind Rundschreiben der FINMA rechtlich zu qualifizieren? Was kann die FINMA tun, wenn sie feststellt, dass eine Bank von den Vorgaben eines Rundschreibens abweicht und wie kann sich eine betroffene Bank gegen eine solche Massnahme wehren?

Antwort:

FINMA-Rundschreiben sind als Verwaltungsverordnungen ohne rechtsetzenden Charakter zu qualifizieren. Sie dienen der Schaffung einer einheitlichen Verwaltungspraxis. [1 Punkt]

Bei einem abweichenden Verhalten kann die FINMA eine Feststellungsverfügung erlassen (Art. 32 FINMAG). [1/2 Punkt]

Die Feststellungsverfügung der FINMA unterliegt der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht (Art. 54 Abs. 1 FINMAG). [1/2 Punkt]

Frage 4 (2 Punkte)

Unter welchen Voraussetzungen darf und soll die FINMA mittels einer Verordnung regulieren?

Antwort:

Gemäss Art. 7 Abs. 1 FINMAG reguliert die FINMA durch eine Verordnung, wo dies *in der Finanzmarktgesetzgebung vorgesehen* ist, d.h. es bedarf einer Rechtsgrundlage in einem Finanzmarktgesetz. [1 Punkt]

Gemäss Art. 7 Abs. 2 FINMAG reguliert die FINMA nur, soweit dies *mit Blick auf die Aufsichtsziele nötig* ist. [1 Punkt]

Frage 5 (2 Punkte)

Inwiefern unterscheidet sich die bankengesetzliche Revisionsstelle von der aktienrechtlichen Revisionsstelle?

Antwort:

Banken haben neben einer aktienrechtlichen Revisionsstelle auch eine bankengesetzliche Prüfgesellschaft zu bestellen (wobei auch ein und dieselbe Revisionsgesellschaft beide Funktionen übernehmen kann), die im Gegensatz zur aktienrechtlichen Revisionsstelle *durch die FINMA zu genehmigen* ist (Art. 25 Abs. 1 FINMAG). [1 Punkt]

Die bankengesetzliche Revisionsstelle nimmt im Gegensatz zur aktienrechtlichen Revisionsstelle nicht nur eine Rechnungsprüfung vor, sondern hat auch zu prüfen, ob die Bank die aufsichtsrechtlichen Vorschriften einhält (*Aufsichtsprüfung*). Sie wird daher auch als verlängerter Arm der FINMA bezeichnet. [1 Punkt]

Frage 6 (2 Punkte)

Welches sind die Ziele des Finanzdienstleistungsgesetzes (FIDLEG)?

Antwort:

Das Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG) bezweckt:

- eine Verbesserung des Kundenschutzes, [1/2 Punkt]
- die Schaffung vergleichbarer Bedingungen für das Erbringen von Finanzdienstleistungen durch die Finanzdienstleister, [1/2 Punkt]
- die Sicherstellung des Zugangs zu ausländischen Märkten (insbesondere der EU), [1/2 Punkt]
- die Sicherung der Funktionsfähigkeit des schweizerischen Finanzmarktes bzw. die Stabilität des Finanzsystems. [1/2 Punkt]

Frage 7 (3 Punkte)

Welche spezifischen Erkundungspflichten treffen den Finanzdienstleister gemäss FIDLEG, wenn er einem Kunden eine Finanzdienstleistung oder ein Finanzinstrument anbietet? Unter welchen Voraussetzungen treffen den Finanzdienstleister nur beschränkte Erkundungspflichten?

Antwort:

Erbringt der Finanzdienstleister einem Kunden gegenüber Dienstleistungen im Bereich der Vermögensverwaltung oder Anlageberatung, so muss er eine *Eignungsprüfung* vornehmen («suitability»), indem er sich erkundigt über die finanziellen Verhältnisse, Anlageziele und Kenntnisse sowie Erfahrungen des Kunden hinsichtlich der angebotenen Finanzdienstleistung oder des angebotenen Finanzinstruments. [1 Punkt]

Bei Geschäften mit Finanzprodukten ohne Beratung oder mit eingeschränkter Beratung muss der Finanzdienstleister eine *Angemessenheitsprüfung* vornehmen, indem er sich über die Kenntnisse und Erfahrungen des Kunden hinsichtlich des angebotenen Produkts erkundigt und prüft, ob dieses angemessen ist («appropriateness»). [1 Punkt]

Keine Angemessenheitsprüfung muss durchgeführt werden, wenn die Dienstleistung des Finanzdienstleisters *auf Veranlassung des Kunden* erfolgt und sich in der Konto- oder Depotführung erschöpft oder «*execution only*» darstellt. [1 Punkt]

Frage 8 (1 Punkt)

Nennen Sie zwei Arten, auf welche sich eine Bank refinanzieren kann?

Antwort:

Eine Bank refinanziert sich namentlich durch *Kundeneinlagen* oder über den Kapitalmarkt, z.B. durch die *Ausgabe von Anleihen oder Bonds*, oder durch *Eigenkapital* [je 1/2 Punkt, total und maximal 1 Punkt]

Frage 9 (4 Punkte)

Wann ist eine Bank «too big to fail»? Wer nimmt diese Einstufung gestützt auf welche Bestimmung rechtlich verbindlich vor? In welchen vier Kernbereichen muss eine solche Bank besondere Anforderungen erfüllen?

Antwort:

Systemrelevante Banken, deren Ausfall die Schweizer Volkswirtschaft und das schweizerische Finanzsystem erheblich schädigen würde, werden gemäss Art. 7 Abs. 1 BankG als «too big to fail» eingestuft. [1 Punkt]

Gemäss Art. 8 Abs. 3 BankG bezeichnet die Schweizerische Nationalbank nach Anhörung der FINMA durch Verfügung die systemrelevanten Banken und deren systemrelevante Funktionen. [1 Punkt]

Systemrelevante Banken müssen höhere *Eigenmittelanforderungen* und erhöhte *Liquiditätsanforderungen* erfüllen. [je 1/2 Punkt, total 1 Punkt]

Durch *Risikoverteilungsvorschriften* wird die Verflechtung innerhalb des Bankensektors verringert. Systemrelevante Banken müssen zudem so *organisiert* sein, dass im Insolvenzfall die systemrelevanten Funktionen von anderen Bereichen abgedockt und weitergeführt werden können. [je 1/2 Punkt, total 1 Punkt]

Frage 10 (1 Punkt)

Wann besteht nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts aufsichtsrechtlich ein «faktischer Beistandszwang» im Bankkonzern?

Antwort:

Ein faktischer Beistandszwang einer Bank gegenüber einem anderen Unternehmen des Bank- und Finanzbereichs besteht, wenn *aufgrund öffentlich zugänglicher Informationen* eine derart *enge Verbindung* zwischen beiden Gesellschaften hergestellt wird, dass sie als *Bestandteile derselben wirtschaftlichen Einheit bzw. Unternehmung* erscheinen (vgl. BGE 116 Ib 339, E. 3a). [1 Punkt]

Frage 11 (2 Punkte)

Welche hoheitlichen Instrumente stehen der Schweizerischen Nationalbank zur Erfüllung ihrer Aufgaben zur Verfügung? Welche Verfahrensregeln sind auf diese Instrumente anwendbar?

Antwort:

Art. 14 ff. NBG ermächtigen die Nationalbank, mit *statistischen Mitteln*, Beobachtungen und Prognosen die Konjunktur zu begleiten. [1/2 Punkt]

Sodann legt die Nationalbank gemäss Art. 17 f. NBG die Höhe der von den Banken bei der Nationalbank zu haltenden *Mindestreserven* fest. [1/2 Punkt]

Schliesslich erlauben Art. 19 ff. NBG der Nationalbank, die *Zahlungs- und Effektenabwicklungssysteme*, welche für die Abwicklung der Repo-Geschäfte systemrelevant sind, zu *überwachen*. [1/2 Punkt]

Entsprechend ihrem hoheitlichen Charakter ergehen Entscheide in diesen Sachbereichen als *Verfügungen*; die Verfahren unterstehen dem VwVG und es steht die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht offen (Art. 53 NBG). [1/2 Punkt]

Frage 12 (2 Punkte)

Wann gilt eine Bank als Kantonalbank? Welche spezifischen Rechtsformen stehen der Kantonalbank zur Verfügung, die sich als Aktiengesellschaft konstituieren und organisieren möchte? Umschreiben Sie kurz, welche gesetzlichen Bestimmungen auf die betreffenden unterschiedlichen Rechtsformen zur Anwendung gelangen.

Antwort:

Als Kantonalbank gilt gemäss Art. 3a Abs. 1 BankG eine Bank, die aufgrund eines kantonalen gesetzlichen Erlasses als Anstalt oder Aktiengesellschaft errichtet wird. Der Kanton muss an der Bank eine Beteiligung von mehr als einem Drittel des Kapitals halten und über mehr als einen Drittel der Stimmen verfügen. Er kann für deren Verbindlichkeiten die vollumfängliche oder teilweise Haftung übernehmen. [1/2 Punkt]

Die Kantonalbank kann sich als *spezialgesetzliche AG* nach Art. 763 OR (es gehen die spezifischen Bestimmungen des Spezialerlasses, i.d.R. des Kantonalbankengesetzes, vor), als *gemischt-wirtschaftliche AG* gemäss Art. 762 OR (es gelten die Regeln des OR, doch kann der Kanton ihre Vertreter in den VR oder die Revisionsstelle direkt abordnen und übernimmt für diese die Haftung) oder als *rein privat-rechtliche AG* (es gelten die allgemeinen Regeln gemäss Art. 620 ff. OR) konstituieren und organisieren [je 1/2 Punkt, total 1.5 Punkte]

Frage 13 (2 Punkte)

Welche Ausschüsse muss eine systemrelevante Bank aus der Mitte ihres Verwaltungsrates mindestens bilden? In welchen dieser Ausschüsse darf auch der Verwaltungsratspräsident Mitglied sein?

Antwort:

Gemäss Rz. 31 FINMA Rundschreiben 2017/1 "Corporate Governance - Banken" muss eine systemrelevante Bank einen Prüfungs- und einen Risikoausschuss sowie einen Vergütungs- und Nominationsausschuss bilden. [1 Punkt]

Der Verwaltungsratspräsident darf nicht Mitglied im Prüfungsausschuss und nicht Vorsitzender des Risikoausschusses sein. Er darf jedoch Mitglied des Risikoausschusses sowie des Vergütungs- und Nominationsausschusses sein. [1 Punkt]

Frage 14 (2 Punkte)

Definieren Sie die interne Revision einer Bank. Wem ist die interne Revision unterstellt bzw. von wem nimmt die interne Revision Instruktionen entgegen?

Antwort:

Die interne Revision ist eine *vom Management der Bank unabhängige* Instanz, welche Prüfungen und Beurteilungen bezüglich der Angemessenheit und Wirksamkeit der Unternehmensorganisation und Geschäftsprozesse sowie insbesondere bezüglich des IKS und des Risikomanagements der Bank wahrnimmt. [1 Punkt]

Die interne Revision ist dem Oberleitungsorgan der Bank (i.d.R. Verwaltungs- oder Bankrat) oder dem Prüfungsausschuss unterstellt und nimmt von diesem Instruktionen entgegen (Ziff. 87 und 95 FINMA RS 2017/1).

Frage 15 (3 Punkte)

Was ist unter dem Gewährserfordernis zu verstehen? Inwiefern kann sich ein Spannungsfeld zu den rechtsstaatlichen Anforderungen ergeben, wenn die FINMA unter Berufung auf das Gewährserfordernis gegenüber den Banken allgemeinverbindliche Anordnungen trifft?

Antwort:

Das Erfordernis der einwandfreien Geschäftstätigkeit gemäss Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG setzt als Bewilligungsvoraussetzung für den Betrieb einer Bank die *fachliche Kompetenz* und ein *korrektes Verhalten der Bankorgane im Geschäftsverkehr* voraus. [1 Punkt]

Die FINMA *verfügt nicht über eine selbständige Rechtsetzungskompetenz*. Sie wird in Art. 7 Abs. 1 lit. a FINMAG nur zum Erlass von Verordnungen ermächtigt, wo dies in der Finanzmarktgesetzgebung vorgesehen ist. Trifft die FINMA unter Berufung auf das allgemeine Gewährserfordernis gemäss Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG allgemeinverbindliche Anordnungen, so liegt wegen des offenen Rechtsbegriffs des "Gewährserfordernisses" *keine hinreichend bestimmte Gesetzesnorm* vor und die *Grenze zwischen Rechtsetzung und Rechtsanwendung wird verwischt*. Die Anordnung genügt dann nämlich weder den für Rechtsetzungsakte vorgesehenen Verfahren noch dem bei Rechtsanwendungsakten zu gewährenden Anspruch auf rechtliches Gehör; es liegt keine anfechtbare individuell-konkrete Verfügung vor. [2 Punkte]

Frage 16 (1 Punkt)

Was ist unter dem «Netting» zu verstehen, und inwiefern wirkt sich dieses für die Bank auf die Anforderungen zur Unterlegung der risikogewichteten Aktiva mit Eigenmitteln aus?

Antwort:

Das «Netting» (Verrechnung gegenseitiger Positionen) stellt eine Massnahme zu Abdeckung der Kreditrisiken derivativer Finanzinstrumente bei Banken dar, indem aufgrund bestehender gesetzlicher Vorschriften oder vertraglicher Bestimmungen angestrebt wird, möglichst viele Forderungen zur Verrechnung zu bringen. [1/2 Punkt]

Das «Netting» bewirkt damit indirekt eine Senkung der Eigenmittelanforderungen. [1/2 Punkt]

Frage 17 (1 Punkt)

Definieren Sie die Verlustabsorptionsfähigkeit bzw. «Total Loss-Absorbing Capacity» (TLAC) im Kontext der neuen Eigenmittelanforderungen gemäss FSB Standard an global systemrelevante Banken?

Antwort:

Systemrelevante Banken müssen über ausreichend Kapital verfügen, um Verluste aus laufender Geschäftstätigkeit decken zu können (*Going concern-Anforderung*). Für den Fall, dass ein systemrelevantes Institut in finanzielle Schieflage gerät, so dass die Fortführung der normalen Geschäftstätigkeit nicht mehr möglich ist, müssen global systemrelevante Banken vorsorglich zur Sanierung oder geordneten Abwicklung zusätzliches verlusttragendes Kapital bereitstellen (*Gone concern-Anforderung*). *Going concern-Anforderung* und *Gone concern-Anforderungen* ergeben zusammen das Total des verlusttragenden Kapitals, die sog. «Total Loss-Absorbing Capacity». [1 Punkt]

Frage 18 (2 Punkte)

Muss eine Schweizer Bank auf Anfrage der Eidgenössischen Steuerverwaltung (ESTV) im Rahmen eines Veranlagungsverfahrens bei Verdacht auf Hinterziehung direkter Steuern Informationen über die Einkommens- und Vermögensverhältnisse eines Schweizer Bankkunden mit Wohnsitz in der Schweiz herausgeben? Begründen Sie Ihre Antwort.

Antwort:

Im Grundsatz gilt, dass auf nationaler Ebene für *direkte Steuern* weder im Veranlagungsverfahren noch im Rekursverfahren eine direkte Auskunftspflicht der Bank gegenüber den Steuerbehörden besteht. Die Bank ist gestützt auf Art. 47 Abs. 1 BankG vielmehr verpflichtet, das *Bankgeheimnis* zu wahren. [1 Punkt]

Nur bei einem begründeten Verdacht auf *schweren Steuerwiderhandlung* (vgl. Art. 190 DBG) oder eines *Steuerbetrugs* (Verwendung gefälschter, verfälschter oder inhaltlich unwahrer Urkunden zum Zwecke der Steuerhinterziehung gemäss Art. 186 DBG) ist die Bank im Rahmen des Verwaltungsstrafverfahrens oder eines ordentlichen Strafprozesses zur Auskunft verpflichtet. [1 Punkt]

Frage 19 (3 Punkte)

Was sind Retrozessionen? Welche vier Leitentscheidungen hat das Bundesgericht seit 2006 in Bezug auf den Umgang mit Retrozessionen gefällt?

Antwort:

Der Begriff «Retrozessionen» (auch «Rückvergütungen» oder «kick backs» genannt) ist eine Sammelbezeichnung für Zahlungen oder sonstige geldwerte Leistungen, welche externen Vermögensverwaltern, Banken oder Anbietern von Finanzprodukten von Dritten zufließen. [1 Punkt]

In BGE 132 III 460 aus dem Jahre 2006 hat das Bundesgericht festgehalten, dass Retrozessionen, die Banken an Vermögensverwalter ausrichten, *den ursprünglichen Auftraggebern weiterzugeben* sind. [1/2 Punkt]

In BGE 137 III 393 aus dem Jahre 2011 entschied das Bundesgericht, dass ein *Verzicht auf die Herausgabe von Retrozessionen* voraussetzt, dass der Kunde den Umfang sowie die Berechnungsgrundlagen der Retrozessionen kennt, wobei die Angabe von Prozentbandbreiten genügt. [1/2 Punkt]

In 4A_127/2012 bzw. 4A_141/2012 vom 30. Oktober 2012 hielt das Bundesgericht fest, dass die Grundsätze zur Herausgabepflicht für Retrozessionen *auch für Banken* gelten, die als Vermögensverwalterinnen für ihre Kunden tätig sind. Von der auftragsrechtlichen Herausgabepflicht sind auch Vertriebsentschädigungen betroffen, die der Bank von ihren *Konzerngesellschaften* zufließen. [1/2 Punkt]

In 4A_508/2016 vom 16. Juni 2017 hat das Bundesgericht schliesslich entschieden, dass die Herausgabepflicht für Retrozessionen der *zehnjährigen Verjährungsfrist* unterliegt. [1/2 Punkt]

Total: 39 Punkte