

4. Schweizer Bankengipfel

Thema: «Mit Optimismus in die Zukunft?»

Rüschlikon, 22. Oktober 2014

u^b

b
UNIVERSITÄT
BERN

Wie überleben Banken und andere Finanzintermediäre den «Regulierungs-Tsunami»?

von

Peter V. Kunz

Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M. (G.U.L.C., Washington D.C.)

Ordinarius für Wirtschaftsrecht und für Rechtsvergleichung

Universität Bern

Vizedekan der Rechtswissenschaftlichen Fakultät

Geschäftsführender Direktor am Institut für Wirtschaftsrecht (IWR)

kunz@iwr.unibe.ch

www.iwr.unibe.ch

Zwischen «Verdursten» und «Ertrinken»

... oder: zuviel ist zuviel..!



Vorbemerkungen I/II

Herausforderung: «Dreifaltigkeit» der Langeweile...

➤ Rechtswissenschaft

Juristen sind in erster Linie ein mühseliges Hindernis für das eigentliche «Business», und zwar auf der einen Seite «inhouse» (Stichwort: Compliance Officers und Rechtsdienste) und auf der anderen Seite als «outside counsel»; für Nicht-Juristen erscheint es zudem komplex und *laaaaangweilig*...

➤ Wirtschaftsjuristerei

Die Juristerei betreffend Banken bzw. Finanzplatz ist nicht nur *laaaaangweilig*, sondern auch äusserst kompliziert; was ein Bankraub ist, kann eher erklärt werden als die sog. Gewähr für eine einwandfreie Geschäftsführung; immerhin: Raoul Weil ist auch für Laien(geschworene) ein Thema!

➤ Professor für Wirtschaftsrecht

«Was wissen die Akademiker schon»? «Weshalb sollten wir auf sog. «Experten» hören, die sozusagen von der hohen Kanzel herabpredigen»? «In der Praxis haben sie's ja nicht geschafft, drum sind die Professoren jetzt wohl an der Uni tätig»; und schliesslich: *laaaaangweilig*..!

Um was es wirklich geht – auch bei der Regulierung...

«Dagobert im Glück»



Vorbemerkungen II/II

Rechtliche Grundlagen zum Finanzmarktrecht

➤ Extremposition 1: «Laissez faire»

Staat hat in liberalem System (wie CH) grundsätzlich *nicht zu intervenieren* – ausser bei Bedrohungen (z.B. Investorenschutz), d.h. in erster Linie gilt das Prinzip von «Laissez faire»; rechtspolitische Debatte nötig betreffend *Regulierungsbedarf* (Beispiel: EVV bzw. UVV)

➤ Extremposition 2: Verbote

In gewissen Bereiche erscheint die «extremste» Staatsintervention erforderlich, nämlich ein *Verbot* der Tätigkeit (Beispiele: Terrorismusfinanzierung oder Geldwäscherei); dabei kann sich die rechtspolitische Ansicht im Laufe der Zeit ändern (etwa zum Insiderverbot als «Lex Americana»)

➤ Mittelposition: sog. «prudentielle Aufsicht»

Potentielle Bedrohung durch Finanzmarktaktivität wird so gross eingeschätzt, dass «Laissez faire» nicht (mehr) geht, aber ein Verbot stellt ebenfalls keine valable Option dar; insofern wird ein *regulatorischer Mittelweg* beschritten: *Bewilligung + laufende Aufsicht + Enforcement* (Sanktionen)

1. Regulierungsbeispiel

«U.S. Steuerstreit»: Schweizer Banken als «Opfer»?



1. Regulierungsbeispiel (I/II)

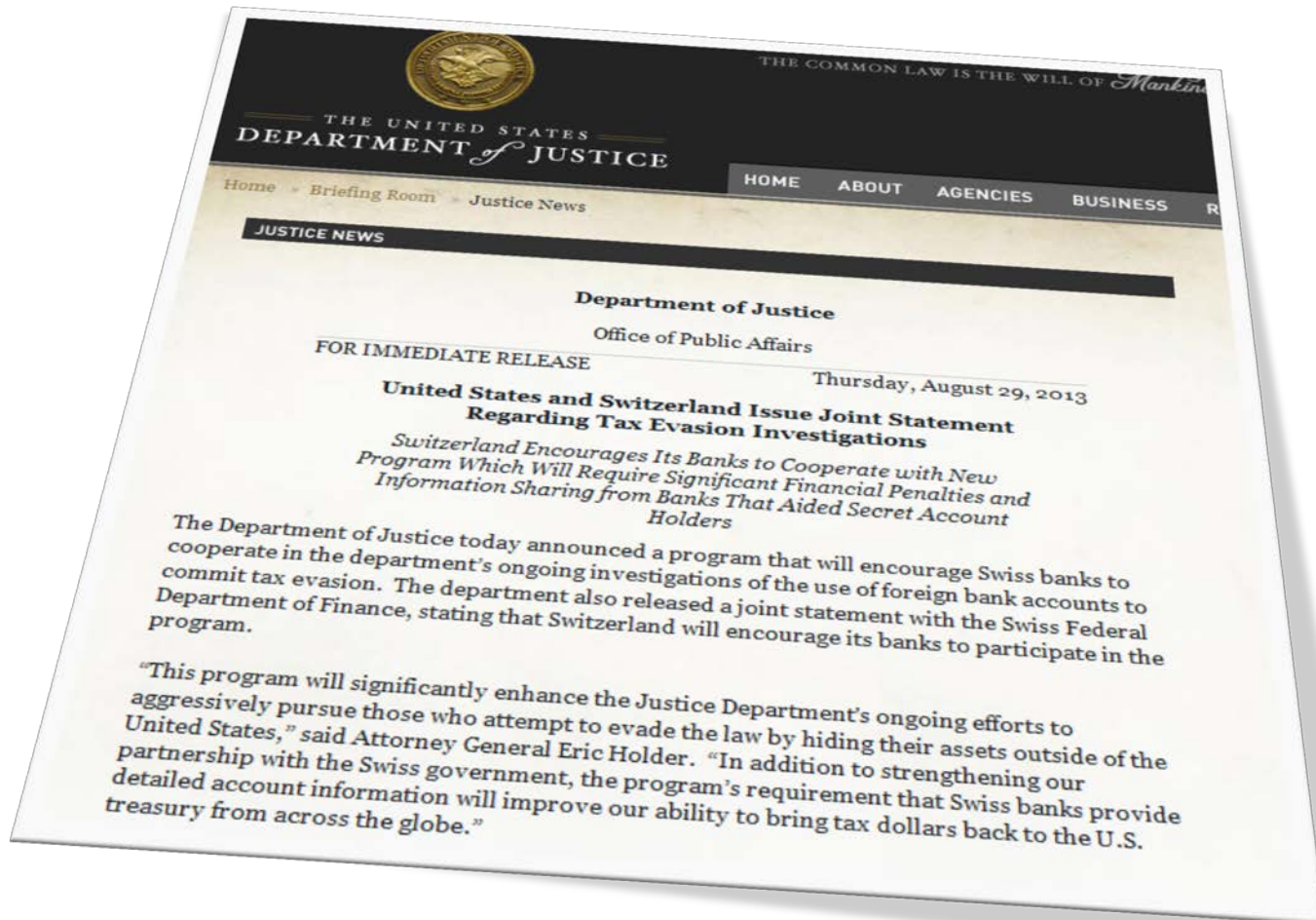
Staatsinterventionen («Regulierungen») beim «U.S. Steuerstreit»

- Privatstreitigkeit zwischen Bank(en) und USA
2009: BR (+ FINMA) und Eidg. Parlament *intervenieren* betreffend UBS (v.a. wegen TBTF)

- angebliche Staatsangelegenheit
Illusion einer «Globallösung»; gescheitertes 1. Rückzugsgefecht = «Lex USA» (2013)

1. Regulierungsbeispiel

DoJ-Programm



1. Regulierungsbeispiel (II/II)

Staatsinterventionen («Regulierungen») beim «U.S. Steuerstreit»

- 2. Rückzugsgefecht: U.S. Steuerprogramm/DoJ: Kategorienbildung...
... aktuelles Problem: sog. «Model NPA» (2014); besteht *Notwendigkeit einer BR-Intervention*...?

- ... und wie geht's weiter?
FATCA (pro futuro); aber: vom «Modell 2» zum «Modell 1» (AIA)?

2. Regulierungsbeispiel

FIDLEG etc.

Monatsthema

Braucht es eine neue Architektur des Finanzmarktrechts für die Schweiz?

Das Finanzmarktrecht der Schweiz soll durch ein legislatives Grossprojekt mehr oder weniger totalrevidiert werden: die sogenannte Kleeblatt-Reform. Basierend auf einem Horizontalkonzept anstelle des aktuellen Säulenmodells, geht das Projekt die massgeblichen Fragestellungen durch vier Bundesgesetze an: das bisherige Finanzmarktaufsichtsgesetz sowie neu das Finanzdienstleistungsgesetz, das Finanzinfrastrukturgesetz und das Finanzinstitutsgesetz. Obwohl das juristische Konzept der neuen Architektur des Finanzmarktrechts durchaus überzeugt, erscheinen die politischen Realisierungschancen im besten Fall als zweifelhaft.



Medien und einige Rechtspolitiker bezeichnen die neue Architektur des Finanzmarktrechts auch als «Kleeblatt-Reform». Foto: Keystone

Das schweizerische Finanzmarktrecht macht einen Kernbereich des Wirtschaftsrechts aus. Zum Finanzmarktrecht gehören beispielsweise das Börsenrecht, das Bankrecht, das Versicherungsrecht oder das Kollektivanlagenrecht. Es handelt sich nicht allein für Juristen um eine «Königsdisziplin». Angesichts der Bedeutung der Finanzbranche für die Volkswirtschaft stellt dieses wirtschaftsrechtliche Teilgebiet einen zentralen Wettbewerbsfaktor für die Schweiz dar. Momentan strebt die Bundesverwaltung eine neue Architektur des Finanzmarktrechts an, die eine grundlegende Umgestaltung des Finanzmarktrechts bedeuten würde.

Ein gewisser Revisionsbedarf ist unbestritten

Das aktuelle Finanzmarktrecht basiert auf einem Säulenmodell. Die verschiedenen Teilbereiche der Finanzindustrie – also insbesondere Effektenhändler, Banken, Versicherungen sowie kollektive Kapitalanlagen – werden in separaten Spezialgesetzen auf Bundesebene geregelt.¹ Deren Ausgestaltung als Rahmengesetze verschiebt die wesentlichen finanzmarktrechtlichen Regelungsinhalte auf Verordnungsebene und damit in die Kompetenzbereiche etwa des Bundesrats oder der Finanzmarktaufsichtsbehörde (Finma).

Einige Finanzmarktgesetze erweisen sich heutzutage – mehr formell als materiell – als überholt sowie selbst für Spezialisten als



Prof. Dr. iur.
Peter V. Kunz
Rechtsanwalt, LL.M.,
geschäftsführender
Direktor des Instituts für
Wirtschaftsrecht,
Vizekanzler der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Bern

18 Die Volkswirtschaft Das Magazin für Wirtschaftspolitik 7/8 2014

2. Regulierungsbeispiel

Aktualität der «neuen Finanzmarktarchitektur»!

➤ geplante Bundesgesetze

aktuell: BEHG, BankG, VAG/VVG, GwG; bereits aktuell (für «Kleeblatt»):
Finanzmarktaufsichtsgesetz (FINMAG); nunmehr neu: Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG) +
Finanzinfrastrukturgesetz (FINFRAG) + Finanzinstitutsgesetz (FINIG)

➤ aktuelle Debatte

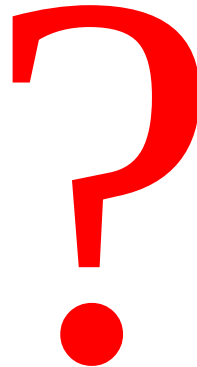
verfrühte *Detaildebatten* zu vorgeschlagenen Bundesgesetzen – Auswahl: Beweislastumkehr bei
Kundenverhältnissen; Aufsicht über EVV bzw. UVV; Erleichterungen zur prozessualen
Geltendmachung (z.B. Sammelklagen, Prozesskostenfonds, Schiedsgerichte) etc.; zurzeit (noch)
übersehen: Regulierung von «Crowdfunding»...

➤ Grundsatzdebatte erforderlich

seit immerhin 80 Jahren = *vertikal* («Säulenmodell»); nunmehr: *horizontal* (wie bereits GwG sowie
FINMAG); FIDLEG/FINFRAG/FINIG; absehbar sind zahlreiche Rechtsunsicherheiten bei geplanter
Umsetzung, und zwar *ohne Notwendigkeit* (etwa durch MiFID II) – also: warum?

Optionen gegen (zunehmende) Regulierungen...

Fünf Antwortversuche zum Titel des Referats



Optionen gegen (zunehmende) Regulierungen

1. Ignoranz: «Kopf in den Sand» (oder so ähnlich)...
2. Verteidigung: mehr oder weniger «wehrhaft» bleiben
3. Balanceakt: «Schauen wir ‘mal»!
4. Risikobereitschaft zahlt sich – vielleicht – aus?
5. Studieren wir die «Regeln» – und setzen sie zügig um..!

Ignoranz

«Kopf in den Sand» (oder so ähnlich)...



Ignoranz

- Motto: «*Die Hoffnung stirbt zuletzt*»...
Credo vieler Banker – mit Auswirkungen auf *Politiker* sowie *Behördenvertreter*
- Beispiel 1: Bankkundengeheimnis
Kritik (aus dem Ausland) war seit Jahrzehnten bekannt (v.a. OECD)
- Beispiel 2: Automatischer Informationsaustausch
Strategiewechsel der CH in den letzten Jahren, d.h. jetzt fast «Frontrunner»
- Entwicklungen *beobachten statt ignorieren*
z.B. bei der Thematik der Inhaberaktien

Verteidigung

mehr oder weniger «wehrhaft» bleiben



Verteidigung

- primär = «Angriffe» aus dem Ausland
befreundete *Staaten* (z.B. USA, D oder F) + *internationale Organisationen* (etwa OECD)
- sekundär = «Angriffe» aus dem Inland
populäre «Verteufelungen» gegen Banken/Banker (Stichwort: «Abzocker»)
- Verteidigungsversuch 1: *Bankkundengeheimnis*
Fokus: Geheimnisschutz *im Inland* (v.a. Volksinitiative hängig) – wo liegt ein Regulierungsbedarf?
- Verteidigungsversuch 2: «*Too Big to Fail*» (TBTF)
Handlungsbedarf unbestritten – «Basel III»; wie verhält es sich mit ZKB, Raiffeisen etc.?

Balanceakt

«Schauen wir ‘mal»!



Balanceakt

- Politik als «Schmiermittel»?
Bedeutungszuwachs insbesondere des politischen Lobbying
- Verbandstätigkeit mit/ohne Zukunft?
Bedeutungsverlust z.B. von SwissBanking (Folge: mehr Eigeninitiative der grossen Banken)
- unzulässige Verkürzung: «schwarz» und «weiss»
d.h. *konkrete Ausgestaltung* von allfälligen Regulierungen entscheidet
- *Risiko*: «What goes up must come down»...

Risikobereitschaft...

... zahlt sich – vielleicht – aus?



Risikobereitschaft...

➤ Banken

z.B. *Busseninflation* seit einigen Jahren; *Zivilprozesse* absehbar («Class Actions»)

➤ Banker etc.

Beispiel re USA: Strafverfolgung (Beispiel: Raoul Weil) von Bankern/Beratern/Anwälten etc.

➤ FINMA

Bedeutungszunahme des Aufsichtsrechts (v.a. Kompetenzerweiterungen) vs. Banken/Banker

Studieren wir die «Regeln»

- und setzen sie zügig um..!



Studieren wir die «Regeln»

- Mut bei Regulierung
«Swiss Finishes» + Differenzierung zwischen (auslands-/inlandorientierten) Banken
- Mut zur Selbstregulierung
aber: Imageprobleme + (schwache) Verbände
- Finanzplatz generell
Compliance Abteilungen + Rechtsdienste werden immer wichtiger
- «Brave New World» der Banken...
... oder «Das Zeitalter der Juristen» (mit wenige Verbesserung: «Checklisten»-Mentalität droht)

Ein Blick ins Publikum zeigt, was nötig ist...



Schlussbemerkungen

1. Regulierungsdruck nimmt zu...

... aus Ausland, aber auch aus Inland; es sollte nichtsdestotrotz *nicht unbesehen reguliert* werden, sondern erst, wenn *echter Handlungsbedarf* ausgewiesen ist (m.E. fehlend bei neuer «Finanzmarktarchitektur», hingegen ohne weiteres vorhanden bei TBTF-Regulierungen).

2. Zeit der «Ideologen»?

Heikel erscheinen sowohl «Voll-Abwehrer» als auch «Über-Anpasser» (v.a. aus Angst vor angeblichen «Schwarzen Listen») – aber: *Regulierung als solche* ist nicht zwangsläufig negativ...

3. Zeit der Pragmatiker!

Was kommen wird, wird kommen (z.B. AIA), d.h. Ignoranz/Verteidigung helfen nicht weiter; bei Regulierung: *Selbstregulierung* «wiederbelegen» sowie *Differenzierung* «beleben».

4. Wer hat die Kosten zu tragen?

IT/Juristen/etc. sind teuer und werden durch Regulierungen noch teurer; da regelmässig der Schutzgedanke dominiert, sollten *Kosten auf Bankkunden* «überwälzt» werden, und zwar ohne schlechtes Gewissen, aber mit Transparenz (Beispiel: Retrozessionen).



Besten Dank für Ihre Aufmerksamkeit..!

Peter V. Kunz

Universität Bern
Institut für Wirtschaftsrecht
Schanzeneckstrasse 1
CH-3001 Bern
Tel.: 031 / 631 55 88

kunz@iwr.unibe.ch

www.iwr.unibe.ch