

Gewaltenteilung in Frage gestellt

Die Finanzmarktaufsicht Finma wird immer mehr auch gesetzgeberisch tätig. Das entspricht jedoch nicht ihrem Auftrag und ist rechtsstaatlich höchst problematisch. **PETER V. KUNZ**

Der Finanzsektor spielt nach wie vor eine zentrale Rolle für die Volkswirtschaft der Schweiz. Das dürfte – ideologische Anfeindungen vorbehalten – im Ernst von niemandem bestritten werden. Die Bedeutung der Finanzbranche lässt sich auch an den behördlichen Kennzahlen ablesen (April 2018): Die Wertschöpfung der Branche betrug 2017 mehr als 60 Mrd. Fr. und somit knapp 10% des Bruttoinlandsprodukts, erarbeitet von etwa 213 000 Angestellten (Vollzeitäquivalente), die 5,5% der schweizerischen Gesamtbeschäftigung ausmachten. Zudem gehören die Finanzdienstleister und ihre Mitarbeiter zu den wichtigsten Steuerzahlern, und zwar auf allen Staatsebenen (Bund, Kantone und Gemeinden).

Ebenso ist jedoch im Ernst auch nicht zu bestreiten, dass mit solchen Finanzdienstleistungen erhebliche Risiken – kollektive und individuelle – verbunden sind, von der Finanzmarktstabilität («too big to fail») über die Konkursgefahren von Finanzintermediären bis hin zum Schutz der einzelnen Kunden. Folglich scheidet, nicht zuletzt unter internationalen Aspekten, ein gesetzgeberisches Laissez-faire a priori aus. Grundsätzlich müssen somit die Finanzbranche und die Finanzunternehmen einerseits reguliert und andererseits beaufsichtigt werden, was eine Behörde ins Spiel bringt: die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (Finma).

Dominante Bundesbehörde

Sie gehört heute zu den dominantesten Bundesbehörden, gleichzeitig jedoch auch zu den umstrittensten. In den letzten zwei Jahren wurden im Bundesparlament, aus dem bürgerlichen Spektrum der Politik, diverse Vorstösse lanciert, um die Möglichkeiten der Finma für Interventionen zu beschränken. Die Berechtigung der Finma wurde und wird zwar nicht prinzipiell in Frage gestellt, doch in jedem Fall muss eine Grundsatzfrage gestellt und beantwortet werden: Wie weit darf die Finma mit ihren Regulierungen gehen?

Die Regulierungen – also insbesondere Gesetze und Verordnungen – erweisen sich als Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit sowie der Eigentumsgarantie der Unternehmen. Sie sind nur, aber immerhin dann zulässig, wenn die Regulatoren, in diesem Fall die Finma, die rechtsstaatlichen Prinzipien der Bundesverfassung beachten. Dazu gehören in erster Linie das Legalitätsprinzip (Motto: «Kein Eingriff ohne gesetzliche Basis») sowie das Proportionalitätsprinzip. Eine Untersuchung des Unterzeichners hat ergeben, dass in diesem Bereich gewichtige rechtsstaatliche Mängel bestehen (die Untersuchung erscheint demnächst im «Jusletter»).

Die Finma macht den Finanzintermediären (Banken, Versicherungen, Fondsleitungen, Effekthändlern etc.) Vorgaben über drei verschiedene Regulierungsformen: über Verordnungen, Rundschreiben sowie Aufsichtsmittelungen.

Die Rechtsverordnungen sind «kleine Gesetze», die rechtsverbindlich sind, jedoch nicht vom Bundesparlament, sondern von einer Bundesbehörde erlassen werden; im Finanzmarktrecht stehen der Bundesrat und die Finma im Vordergrund. Das Bundesparlament macht Vorgaben auf Gesetzesstufe (Rahmengesetze), die mit Verordnungen umgesetzt werden. Es gilt das Motto «Ohne Gesetz keine Verordnung». Der Bundesrat delegiert die Finanzmarktregulierung oft hierarchisch nach unten (Subdelegation), also an die Finma, die in ihren Verordnungen indes nur technische Details von beschränkter Bedeutung regulieren dürfte – die Realität sieht anders aus.



«Es findet ein Machttransfer vom Bundesparlament zur Bundesverwaltung statt.»

Die Rundschreiben der Finma sind, mindestens optisch, ausgestaltet wie Verordnungen, erweisen sich allerdings als nicht rechtsverbindlich für die Finanzunternehmen. Es handelt sich nicht um Rechtsverordnungen, sondern um Verwaltungsverordnungen, die einzig für die Finma und ihre Praxis verpflichtend sind. In den Rundschreiben zeigt die Behörde also «ihre Sicht der Dinge» auf, ohne dass – wie bei Gesetzen und Verordnungen – eine demokratische Legitimation besteht.

Inhaltlich gehen die Themen in den mehr als fünfzig Rundschreiben sehr weit: Eckwerte zur Vermögensverwaltung, Vergütungssysteme, Corporate Governance, Marktverhaltensregeln, Leverage Ratio, Ratingagenturen etc. Die Finma erachtet ihre Rundschreiben als unproblematisch, weil keine Rechtspflicht zu ihrer Beachtung bestehe – die Realität sieht anders aus.

Die Finma publiziert schliesslich Aufsichtsmittelungen, die in den Augen der betroffenen Finanzunternehmen offiziöse Regelungen darstellen. Für diese Aufsichtsmittelungen – beispielsweise betreffend Retrozessionen – besteht jedoch keine gesetzliche Basis, es handelt sich um eine «Hors-sol-Regulierung». Etwas scheinheilig wird zur Rechtfertigung ihrer Rechtsunverbindlichkeit betont und unterstrichen, dass sich die Finanzintermediäre nicht an solche Aufsichtsmittelungen halten müssten – die Realität sieht anders aus.

Die schweizerische Finanzmarktregulierung findet in weiten Teilen ausserhalb der Bundesgesetzgebung statt. Durch entsprechende Delegation und Subdelegation wird die Essenz der Gewaltenteilung in Frage

gestellt, und es findet ein eigentlicher Machttransfer vom Bundesparlament zur Bundesverwaltung statt. Die offenen Rahmengesetze und das Konzept der prinzipienbasierten Regulierungen stellen eine legislative «Carte blanche» für demokratisch nicht legitimierte Rechtsverordnungen dar. Dass sich die Finma zudem teils nicht auf blosse technische Details von untergeordneter Bedeutung beschränkt, sondern intensive Eingriffe auf Verordnungsebene vornimmt, verschärft die Rechtsstaatsproblematik.

Behördenmacht des Faktischen

Das Legalitätsprinzip sowie das Proportionalitätsprinzip werden besonders durch die Rundschreiben (und durch die Aufsichtsmittelungen) der Finma ausgehöhlt. Sie reguliert zudem Rechtsfragen, für die nicht die Behörde, sondern die eigenverantwortlichen Finanzunternehmen zuständig sind (beispielsweise Corporate Governance und Vergütungssysteme). Dass die Rundschreiben und die weiteren offiziellen Regelungen der Aufsichtsbehörde nicht rechtsverbindlich sind, ändert daran nichts. Die Finanzbranche und die Finma sind sich durchaus bewusst, dass diese an sich «unverbindlichen» Vorgaben zu beachten sind. Rechtsstaatliche Regulierungen werden also durch die Behördenmacht des Faktischen ersetzt.

Die Finma nutzt primär den Spielraum, der ihr belassen wird durch das Bundesparlament und durch den Bundesrat, die letzten Endes die rechtliche und die politische Verantwortung zu tragen haben. Es gäbe zahlreiche Möglichkeiten – Vorbehalt der parlamentarischen Genehmigung, Verordnungsveto, «Regulierungsbremse», Bundesverfassungsgerichtsbarkeit etc. – als Gegensteuer, die im Bundesparlament diskutiert werden könnten (und sollten). Ob die Politik indes überhaupt Interesse an einer solchen Diskussion hat, wird sich noch weisen müssen.

Zum Schluss ist festzuhalten, dass neben der Rechtssetzung teils ebenfalls die Rechtsanwendung zu kritisieren ist. Die Finma reguliert nicht nur, sondern – wie ihr Name nahelegt – sie beaufsichtigt auch. Gegen formelle Verfügungen können sich die Finanzunternehmen gerichtlich zur Wehr setzen. Doch ein immer umfassenderer Teil der Aufsicht findet informell statt, etwa durch Telefonate oder Briefe, mit behördlichen «Wünschen» oder «Empfehlungen», die faktisch keinen Widerspruch zulassen. Diese Behördenmacht des Faktischen ist rechtsstaatlich unhaltbar – und dass die Gerichtspraxis dieses Vorgehen weitgehend akzeptiert, stellt ein weiteres (ungelöstes) Problem des Rechtsstaats Schweiz dar.

Peter V. Kunz ist Professor für Wirtschaftsrecht und Rechtsvergleichung und Direktor des Instituts für Wirtschaftsrecht an der Universität Bern.