**FINMA - eine Bankaufsicht im Aufwind**

**von *Hans-Jacob Heitz***

**FINMA - Funktion, Aufgabe und Kompetenzen**

Die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA wurde mit Tätigkeitsbeginn 01. Januar 2009 als integrierte Finanzmarktaufsichtsbehörde geschaffen, löste die Eidgenössische Bankenkommission EBK, das Bundesamt für Privatversicherungen und die Kontrollstelle für Geldwäscherei ab bzw. vereinigte deren Funktionen und Aufgaben in einer einzigen Aufsichtsbehörde mit dem erklärten Ziel, die Finanzmarktaufsicht zu stärken und sich international als gleichwertiger Partner positionieren zu können. Die FINMA ist als öffentlich-rechtliche Anstalt ausgestattet und am ehesten mit derjenigen einer Justizbehörde zu vergleichen. Sie beaufsichtigt die Banken, Versicherungen und weitere Finanzintermediäre. Bedingung für ein zweckgerichtetes Funktionieren der FINMA sind deren Unabhängigkeit von Politik und Wirtschaft, insbesondere den Banken, einerseits sowie Transparenz und Nachvollziehbarkeit ihres Handelns sowie institutionelle Selbstbestimmung d.h. Autonomie anderseits. Dabei hat die FINMA als Ziele den Schutz von Gläubiger und Anlegern, der Versicherten sowie der Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte, um dadurch zum Ansehen und zur Wettbewerbsfähigkeit des Finanzplatzes Schweiz beizutragen. Die FINMA ist auch Regulierungsbehörde, die mittels ausdrücklicher Rechtssetzungsdelegation Verordnungen und Rundschreiben der Finanzmarktgesetzgebung erlässt, wobei sie u.a. den internationalen Mindestsandarts, der Innovations- und internationalen Wettbewerbsfähigkeit des Finanzmarkts sowie den Möglichkeiten von Selbstregulierung Rechnung zu tragen hat.

Beim Erlass von Leitlinien für die von ihr zu befolgenden Regulierungsgrundsätzen hat sie sich mit dem Eidgenössischen Finanzdepartement als Vertreter des Bundesrats abzusprechen. Die FINMA untersteht der Oberaufsicht der eidgenössischen Räte, sie hat die Öffentlichkeit mindestens einmal im Jahr über ihre Ausichtstätigkeit und –praxis zu informieren. Die FINMA haftet bei wesentliche Amtspflichtverletzungen vorausgesetzt selbst, wobei für diese und die FINMA-Beauftragten das Verantwortlichkeitsgesetz massgeblich ist.

Die Beaufsichtigten unterstehen gegenüber der FINMA einer Auskunfts – und automatischen Meldepflicht Die FINMA kann Verfahren eröffnen, die Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustand einfordern, Feststellungsverfügungen erlassen, Bewilligungen entziehen, Berufsverbote aussprechen, widerrechtlich erzielte Gewinne einziehen sowie selbst die Liquidation mit Konkurs eines Unternehmens verfügen. Ihre Verfügungen können mit Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden. Bei Verstössen gegen die Finanzmarktgesetzgebung kann Gefängnis oder eine Busse bis zu 1 Million Franken ausgesprochen werden.

**FINMA - bislang ein Tiger ohne Zähne der die Ohnmacht der Kleinaktionäre zementiert**

Wir alle mögen uns noch an den Kollaps der UBS AG zu erinnern, welcher alles andere als Gott gewollt, sondern groben Fehlern und Fehlspekulationen von Management und Verwaltungsrat zuzurechnen war. Als besonders problemtisch erweis sich der Umstand, wonach die Funktionen von CEO und Verwaltungsratspräsidium von Marcel Ospel in Personalunion ausgeübt wurden. Die UBS AG konnte nur mittels direkten staatlichen Eingriff durch Bundesrat und Schweizerische Nationalbank mit Finanzspritzen aus Steuergeldern überleben, was ordnungspolitisch doch ebenso überraschend wie bedenklich war, woran auch der Hinweis, es handle sich bei der UBS AG um ein systemrelevantes Unternehmen nicht zu ändern vermag, zumal Management und Verwaltungsrat heute mit der Gewissheit leben und fuhrwerken können, wonach Ihnen faktisch eine Staatsgarantie zustehe. Aus Sicht der Privat- und Kleinaktionäre besonders ärgerlich war, dass wir frühzeitig aber vergeblich die gefährlichen Subprime-Immobiliengeschäfte in den USA sowie die stetige Schwindsucht des Eigenkapitalanteils moniert hatten. Nicht nur damals äusserten wir uns zu den gefährlichen Entwicklungen, welche ganz klar in direktem Zusammenhang mit der Zielsetzung von Marcel Ospel die UBS AG zur weltweit grössten Bank machen zu wollen - ein weil grössenwahnsinnig zu tiefst unschweizerisches Ansinnen! - sondern auch als der neue CEO Oswald Grübel für das Investmentbanking mehr Risiken und die Bank einen Ertrag von 15 Milliarden einforderte.

Bereits mit Schreiben vom Herbst 2010 d.h. ein Jahr vor dem Londoner Skandal des Händlers Kweku Adoboli gelangte ich an die FINMA mit dem Ersuchen, bei der UBS AG beim Investmentbanking rasch zum Rechten zu sehen, denn es dürfe nicht sein, dass die UBS AG wegen erneut derart grössenwahnsinnigen Zielsetzungen wieder ins Schlingern geraten könnte. Schon an der Generalversammlung von mir spontan auf diese Zielsetzung angesprochen, erwiderte mir Grübel: „Lassen Sie sich überraschen!“. Die Überraschung folgte postwendend mit Aufdeckung im September 2011 des am Exchange-Traded-Fund –Desk durch den Händler im Grad eines Direktors (Frage: ist denn heute jeder Mitarbeiter Direktor?) Kweku Adoboli verursachten gravierenden Handelsverlusten in London mehrere Milliarden die Themse hinuntergespült wurden. Dies war möglich wegen grobfahrlässiger Ignoranz gegenüber bekannten Abstimmungsfehlern, falsch verbuchten Abschlüssen sowie ungeklärten Beträgen über ein Milliarde. Diese vorhandenen Warnsignalen wie auch die auffällig hohen Gewinne im von Adoboli betriebenen Eigenhandel wurde mittlerweile als Einzeltäter strafrechtlich verurteilt, was nicht darüber hinweg täuschen darf, dass man in der UBS AG intern bei genügender Kontrolle von diesen Geschäftspraktiken hätte wissen und intervenieren müssen. Bedenklich genug, dass die Strafuntersuchung nicht ausgeweitet und die wirklichen Ursachen abgeklärt wurden. Die UBS Chefetage hüllte sich auch vor Gericht in Schweigen.

Bedenklich aber auch der ältere Umstand, dass trotz Verweigerung der Décharge für das Geschäftsjahr 2007 gegen die dafür verantwortlichen Organpersonen wie Marcel Ospel, Wuffli und Co. nicht ermittelt wurde, man vielmehr bis heute alles unter den Teppich der Chefetage zu kehren trachtet. Unsere d.h. von einer grossen Zahl von Privat- und Kleinaktionären zusammen mit der Organisation Actares getragene Absicht, an der Generalversammlung 2011 die Verantwortlichkeitsklage dergestalt traktandieren zu lassen, wonach der Verwaltungsrat zur Klage hätte in die Pflicht genommen werden sollen, wurde vom Verwaltungsrat mit unlauteren Mitteln sabotiert, so wurde mehreren Aktionären die Ausfertigung der dazu nötigen Depotbestätigung verweigert, weshalb wir ohne die dadurch bedingt fehlenden Stimmen das nötige gesetzliche Quorum für einen Traktandenantrag knapp verfehlten.

Die FINMA auf dieses m.E. aktienrechtswidrige Verhalten angesprochen, wollte nichts davon wissen und verwies uns an den Zivilrichter. Allerdings können sich die Kleinaktionäre solcherart Prozesse schlicht nicht leisten, zumal seit der Eidgenössischen Zivilprozessordnung ein Kostenvorschuss zu leisten ist, der hier gut und gerne einen sechsstelligen Betrag ausgemacht haben dürfte.

Wenn die oberste Bankenspitze grössenwahnsinnige Ziele vorgibt, schafft sie völlig falsche Anreize, welche wegen dem nicht auszurottenden Bonus-Unwesen bei von Geldgier getriebenen Mitarbeitern denn auch immer wieder auf fruchtbaren Boden fallen. Daran dürfte sich kaum so schnelle etwas ändern.

Es kann heute nicht etwa ausgeschlossen werden, dass früher oder später ähnliche Skandale zutage treten, denn die Unternehmenskultur der UBS AG hat nicht genügend geändert, zumal dem bereits seit Jahren an sich vorhandenen Ethik-Code in keiner Weise nachgelebt wird, derselbe nicht das Papier wert ist, auf dem er geschrieben steht. Für diese Unkultur trägt der mittlerweile abgetretene Verwaltungsratspräsident Kaspar Villiger seinen Teil an Mitverantwortung, denn was er bei seiner Wahl an der Generlversammlung den Aktionären zusicherte blieb Schall und Rauch. Ob sich mit Axel Weber hier tatsächlich eine Wende abzeichnet, muss bezweifelt werden, denn an ihn gerichtete Briefe bleiben von ihm unbeantwortet, was erneut nach Corporate Governance widriger Arroganz riecht.

Es bleibt also der Beigeschmack, wonach die FINMA bislang d.h. bis zu ihrer jüngsten indes längst fälligen Intervention bei der UBS AG nicht genau genug hingeschaut hatte

**EBK/ FINMA - Verdacht auf Interessenkonflikte**

Die Frage stellt sich, was denn eine mögliche Erklärung dafür sein könnte, weshalb die FINMA bislang so lahm blieb und erst nach dem zweiten Grossereignis bei der UBS mit Massnahmen aktiv intervenierte?

In diesem Zusammenhang gilt es in Erinnerung zu rufen, dass als Chef der Vorgängerkommission EBK und daraufhin auch als erster Chef der FINMA Eugen Haltiner amtete, der bekanntlich zuvor Generaldirektor bei der UBS AG war. Ganz unabhängig davon, ob man Haltiner Versäumnisse nachsagen will, war der Interessenkonflikt objektiv erstellt, weshalb es nicht verständlich war, weshalb er nicht im Interesse übergeordneter Interessen auf das Präsidium der FINMA verzichtet bzw. beim UBS-Crash dasselbe nicht unverzüglich abgegeben hatte bzw. minimal ganz in den Ausstand getreten war.

Schon die EBK zeichnete sich durch eine übertriebene Nähe zu den Grossbanken aus und räumte ziemlich hemmungslos alles und jedes mit Liquidationsverdikten aus dem Weg, das den Banken hätte Konkurrenz machen können, wobei in vielen Fällen die Gläubigerinteressen unter die Räder kamen d.h. dass die EBK sich um deren Interessen obwohl Teil des gesetzlichen Auftrags nicht gross scherte, sondern ganz im Interesse der Grossbanken den Prinzipien frönte. Auch in dieser Praxis könnte rückblickend ein Interessenkonflikt erkannt werden.

Heute macht es ganz den Anschein, dass die FINMA diesen Makel mittlerweile dank einer neuen den Grossbanken weniger nahe stehenden personellen Besetzung mit Anne Héritier Lachat als Präsidentin abschütteln konnte. Dies war und ist wichtig für die Glaubwürdigkeit der FINMA.

**FINMA - Nicht unproblematischer Eingriff ins operative Geschäft der UBS AG mit**

 **Autonomieverlust der Bank**

Wie bekannt ist, eröffnete die FINMA im Dezember 2011 gegen die UBS AG ein formelles aufsichtsrechtliches Verfahren und auferlegte der UBS AG wegen festgestellter zu schwacher Kontrollfunktionen in den Bereichen „Operations“, „Produktekontrolle“ und „Risikokontrolle“ sowie unklarer Überwachungsverantwortlichkeiten einschneidende Auflagen wie bspw. Kapitalrestriktionen sowie für die Investmentbank ein Akqusitionsverbot kombiniert mit einer Bewilligungspflicht für Geschäftsinitiativen von erhöhter operationeller Komplexität. Dies heisst nichts anderes, dass die UBS AG an unternehmerischer Autonomie einbüsste. Gemessen an diesen insbesondere auf das Investmentbanking fokussierten Auflagen ist mit Fug und Recht zu hinterfragen ist, ob die UBS AG denn wirklich wie von ihr gegenüber Anlegern und Öffentlichkeit vorgegaukelt in Eigenregie das Investmentbankgeschäft massgeblich herunter zu fahren entschieden hat? Dies darf angezweifelt und kann an der nächsten Generalversammlung von den Aktionären hinterfragt werden.

Auf den ersten Blick scheint diese Intervention der FINMA sachgerecht und verhältnismässig, verleiht ihr ohne Zweifel einen Schub an Glaubwürdigkeit, den sie gebrauchen konnte, auf den zweiten Blick aber stellen sich ordnungspolitisch gemessen an ihrem gesetzlichen Auftrag doch grundsätzliche Fragen. Die Frage stellt sich nämlich, ob denn die FINMA durch dieses Vorgehen den Rahmen ihrer gesetzlich definierten Aufsichtsfunktion nicht gesprengt und so besehen übers Ziel hinausgeschossen sein könnte? Indem die FINMA faktisch eine Art operative Mitverantwortung einging, läuft sie klarer Weise das Risiko im Fall eines neuen Debakels in die Mitverantwortung hineingezogen und damit als Aufsichtsbehörde in einen neuen schwerwiegenden Interessenkonflikt geraten zu können, zumal sie in solch einem Fall in Haftung genommen werden könnte. Massgeblich ist dabei wie einleitend dargestellt das Verantwortlichkeitsgesetz d.h. es haftet der Staat, damit einmal mehr der Steuerzahler.

In diesem Zusammenhang stellt sich weiter die Frage, wer denn die FINMA tatsächlich beaufsichtigt?

In Frage kommen hier von Gesetzes wegen die eidgenössischen Räte, auch wenn die FINMA sich bei ihrem Tun mit dem eidgenössischen Finanzdepartement abspricht, wobei man stets den Eindruck haben musste, dass die FINMA das Finanzdepartment steuert und nicht umgekehrt wie der verhängnisvolle Fall der Freigabe von Bankkundendaten an die USA illustrierte. Allerdings muss doch ernsthaft hinterfragt werden, ob denn die eidgenössischen Parlamentarier mit äusserst wenigen Ausnahmen bei solcherart komplexen Vorgängen nicht schlicht überfordert sein dürften? Erfahrungsgemäss reagiert die zu träge Bundespolitik reaktiv statt proaktiv, kann also im Fall eines neuen Fiaskos kaum korrigierend eingreifen.

**Quintessenz**

Die eidgenössische Bankenaufsicht zeichnete sich früher durch eine zu grosse Nähe und damit Abhängigkeit von den Grossbanken aus, was mit erklärt, dass es zum Beinahe – Konkurs der UBS AG überhaupt erst kommen konnte. Die parlamentarische Aufsicht über die FINMA macht ordnungspolitisch und im demokratischen Gefüge wohl Sinn, was aber die Parteien nicht davon entbindet künftig bei der Auswahl ihrer Kandidaten auch dem Aspekt dieser komplexen Aufsichtsfunktion besser Rechnung zu tragen. Der entsprechenden Kommission müssten wohl auch griffigere Mittel in die Hand gegeben werden. Das Zusammenspiel zwischen Finanzdepartement und FINMA wäre eine Überprüfung wert, denn in andern Fällen wie bspw. damals beim unfriendly Angriff durch ausländische Investoren auf Sulzer AG schaute das Finanzdepartement weg.

Ein durchwegs positives Fazit kann gezogen werden bezüglich der ebenso umsichtigen wie mutigen Führung der FINMA durch Anne Héritier Lachat, dies trotz leichter ordnungspolitischer Kritik wegen der jüngsten Intervention bei der UBS AG, welche sich die UBS AG allerdings selbst zuzuschreiben hat. Es ist für die FINMA mit Sicherheit einfacher, je nach Entwicklung der UBS AG die Zügel zu lockern, denn diese straffer zu ziehen.

Hans-Jacob Heitz, MLaw UZH ist Advokat & Mediator SAV mit eigener Kanzlei; er führte im Nebenamt Wirtschaftsverbände und gründete die Schutzvereinigung Schweizer Anleger SVSA;

er hatte Einsitz im Winterthurer Grossen Gemeinderat und Zürcher Kantonsrat; im Militär bekleidete er den Grad eins Oberst im Generalstab.