



Nina Reiser\* / Thomas Berndt\*\*

## Aufsichtsinstrumente und Warnindikatoren für Banken in der Krise

### Interdisziplinäre Gedankenanstösse



#### Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Grundsätze des rechtsstaatlichen Verwaltungshandelns
  1. Gesetzmässigkeit
  2. Öffentliches Interesse
  3. Verhältnismässigkeit
  4. Rechtsgleichheit und Willkürverbot
  5. Treu und Glauben
  6. Prozessökonomie
- III. Ziele der Finanzmarktaufsicht
- IV. Corporate Governance-Aufsicht als strategisches Ziel der FINMA
- V. FINMA-Instrumentarium
  1. In der laufenden Aufsicht
    - 1.1. Prüfung
    - 1.2. Auskunfts- und Meldepflicht
  2. Im Enforcementverfahren
  3. Bei Insolvenzgefahr
- VI. Krisenwarnindikatoren
  1. Anforderungen an Krisenwarnindikatoren
  2. «Klassische» quantitative Indikatoren
    - 2.1. Kapitalorientierte Indikatoren
    - 2.2. Liquiditätsorientierte Indikatoren
    - 2.3. Kritische Würdigung
  3. Qualitative Indikatoren
    - 3.1. Kontrollumfeld
    - 3.2. Empirisch messbare qualitative Einflussfaktoren
    - 3.3. Reputation und (Social) Media
    - 3.4. Kritische Würdigung
- VII. Zusammenfassung der Ergebnisse und interdisziplinäre Gedankenanstösse *de lege ferenda*

#### I. Einleitung

Am 19. März 2023 stand die Credit Suisse (nachfolgend CS) seit der Finanzkrise 2007–2008 als erste global systemrelevante Bank (G-SIB), d.h. eine Bank, deren Ausfall die Schweizer Volkswirtschaft und das schweizerische Finanzsystem erheblich schädigen würde,<sup>1</sup> kurz vor der Abwicklung. Diesem Tag waren zahlreiche Skandale, verfehlte Strategien, schlechte Profitabilität der Bank und viele Führungswechsel während Jahren vorangegangen. Dabei differenzierte sich die Situation der CS eindeutig von der Lage der UBS bei ihrer Rettung im Jahr 2008, die sich damals in einer klassischen Solvenzkrise befand. Die CS blieb dagegen bis zuletzt gut kapitalisiert.<sup>2</sup> Innerhalb der Gruppe wies das Stammhaus, die CS AG, aber die schwächste Kapitalunterlegung auf.<sup>3</sup> Zu einem massiven Liquiditätsabzug und damit zum Untergang der CS führte der Vertrauensverlust der Kunden in das Management und das Geschäftsgebaren der Bank, beschleunigt durch die anhaltende Krise einer ganzen Reihe von Spezial- und Regionalbanken in den USA in den ersten Monaten des Jahres 2023.<sup>4</sup>

Verfügt die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA aktuell über ein genügend wirksames und adäquates Instrumentarium, um eine Vertrauens- und Liquiditätskrise wie diejenige der CS abzuwenden? Unter welchen Voraussetzungen kann und soll die FINMA in der Lage sein, (früher) einzugreifen? Ist allenfalls die Implementierung eines abgestuften Eingriffssystems angezeigt, das die Aufsichtsbehörde beim Unterschreiten konkreter qualitativer oder quantitativer Schwellenwerte zum frühzeitigeren Eingriff ermächtigt oder gar verpflichtet, wie das andere Rechtssysteme vorsehen<sup>5</sup> und internationale

\* Prof. Dr. Nina Reiser, Rechtsanwältin, LL.M., ist Assoziierte Professorin für Finanzmarktrecht an der Universität St. Gallen (HSG), Vize-Direktorin am Institut für Law and Economics (ILE-HSG) und mit dem Center for Financial Services Innovation (FSI-HSG) affiliert.

\*\* Prof. Dr. Thomas Berndt ist ordentlicher Professor für Rechnungslegung an der HSG, Direktor am ILE-HSG und mit dem FSI-HSG affiliert. Die Autoren danken Larissa Bassin, B.A. HSG, und Basil Wächli, MLaw, LL.M., für die geschätzte Unterstützung bei den Recherchen und der Bewirtschaftung des Fussnotenapparates sowie verschiedenen Kolleginnen und Kollegen für den wertvollen Austausch.

<sup>1</sup> Art. 7 Abs. 1 BankG.

<sup>2</sup> Bericht der Expertengruppe «Bankenstabilität» vom 1. September 2023 (zit. Bericht Expertengruppe), 10.

<sup>3</sup> Bericht der FINMA «Lessons Learned aus der CS-Krise» vom 19. Dezember 2023 (zit. FINMA-Bericht), 7, 57 ff., vgl. zudem etwa Zoé BACHES/Jürg MEIER, «Untergang der Credit Suisse: Und alles Negative landete in den Fussnoten», NZZ vom 10. Dezember 2023.

<sup>4</sup> Bericht Expertengruppe (Fn. 2), 10; FINMA-Bericht (Fn. 3), 6 f.

<sup>5</sup> Vgl. Bericht Expertengruppe (Fn. 2), 57.

Standardsetter empfehlen?<sup>6</sup> Auch der kürzlich publizierte Bundesratsbericht Bankenstabilität postuliert die Stärkung der Frühinterventionsmöglichkeiten der FINMA und weist darauf hin, dass es auch in der Versicherungsregulierung gemäss Art. 51 VAG<sup>7</sup> bereits entsprechende «Schutzmassnahmen» gibt.<sup>8</sup> Inwiefern könnte die Betrachtung einer Bandbreite von (auch qualitativen) Krisenwarnindikatoren neben den klassischen, vor allem auf das Kapital und die Liquidität abstellenden Kennzahlen,<sup>9</sup> helfen, eine Krise frühzeitig zu erkennen?<sup>10</sup> Wie wären das Instrumentarium und der Eingriffszeitpunkt der FINMA ggf. an solche erweiterten Indikatoren, die namentlich auch die Corporate Governance einer Bank berücksichtigen, anzupassen? Gerade bei der CS gab es erhebliche Mängel bei der Corporate Governance bzw. der Kultur der Bank.<sup>11</sup> Eine entsprechende Analyse soll aber über die CS-Krise hinaus alle Bankkategorien erfassen, unter Berücksichtigung derer unterschiedlichen Risiken entsprechend dem aus dem Verhältnismässigkeitsprinzip abgeleiteten Grundsatz der Risikoorientierung<sup>12</sup>.

Der vorliegende interdisziplinäre Beitrag erläutert vorab den relevanten aktuellen Rechtsrahmen: Grundsätze des rechtsstaatlichen Verwaltungshandelns (II.), Ziele der Finanzmarktaufsicht (III.), Corporate Governance als strategisches Ziel der FINMA (IV.) sowie FINMA-Instrumentarium in der laufenden Aufsicht, im Enforcementverfahren und bei Insolvenzgefahr (V.), gefolgt von einer Darstellung möglicher (auch qualitativer bzw. insbesondere die Corporate Governance berücksichtigender) Krisenwarnindikatoren (VI.). Der Beitrag schliesst mit einer Zusammenfassung der Ergebnisse und interdisziplinären Gedankenanstössen *de lege ferenda* (VII.).

<sup>6</sup> Vgl. für einen Überblick über mögliche Frühinterventionen im internationalen Vergleich Bericht des Bundesrates zur Bankenstabilität einschliesslich Evaluation gemäss Artikel 52 des Bankengesetzes vom 10. April 2024 (zit. Bundesratsbericht Bankenstabilität), 174 ff.; Bank for International Settlements (BIS), Early intervention regimes for weak banks, Basel 2018 (zit. BIS, Early intervention regimes), 34 ff.

<sup>7</sup> Bundesgesetz betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen vom 17. Dezember 2014 (SR 961.01).

<sup>8</sup> Bundesratsbericht Bankenstabilität (Fn. 6), 178 f.

<sup>9</sup> Vgl. zum durch die abschliessenden Insolvenzgründe (begründete Besorgnis einer Überschuldung, ernsthafte Liquiditätsprobleme, Nichterfüllung von Eigenmittelvorschriften nach Ablauf einer von der FINMA festgesetzten Frist) ausgelösten FINMA-Instrumentarium bei Insolvenzgefahr hinten Ziff. V.3.

<sup>10</sup> Vgl. SNB, Bericht zur Finanzstabilität 2023, 7, 31, 37 f.; Gemäss YVAN LENGWILER, Professor für Nationalökonomie an der Universität Basel, Präsident der Expertengruppe «Bankenstabilität», zeigen regulatorische Kennzahlen Probleme oft zu spät an, während Marktinformationen allfällige Missstände frühzeitiger erkennen lassen (Die Finma steht vor dem grössten Umbruch ihrer Existenz, Finanz und Wirtschaft, 27.12.2023).

<sup>11</sup> Vgl. dazu FINMA-Bericht (Fn. 3), 46 ff.; NINA REISER, Verfügt die FINMA über genügend wirksame und scharfe Instrumente gegen (höchste) Bankmanager, SZW 2024, 80 ff. (zit. REISER, Instrumente), 80.

<sup>12</sup> NINA REISER, Missmanagement im Bankensektor und die FINMA-Gewährsprüfung, SZW 2022, 543 ff. (zit. REISER, Missmanagement), 547.

## II. Grundsätze des rechtsstaatlichen Verwaltungshandelns

Die FINMA hat sich als öffentlich-rechtliche Anstalt<sup>13</sup> an die allgemeinen Grundsätze rechtsstaatlichen Verwaltungshandelns zu halten.<sup>14</sup>

### 1. Gesetzmässigkeit

Nach dem Legalitätsprinzip (Art. 5 Abs. 1 BV<sup>15</sup>) muss jegliches Verwaltungshandeln auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen und darf zugleich nicht gegen das Gesetz verstossen.<sup>16</sup> Der Grundsatz der Gesetzmässigkeit dient zunächst der Rechtssicherheit, indem das Verwaltungshandeln durch die Bindung an das Gesetz voraussehbar und berechenbar ist.<sup>17</sup> Sodann schafft die Bindung an das Gesetz bzw. an eine generell-abstrakte Regelung zugleich insofern Rechtsgleichheit, als die Verwaltungsbehörden in gleichgelagerten Fällen grundsätzlich gleich zu entscheiden haben.<sup>18</sup>

Die Gesetzgeberin vermag jedoch nicht im Voraus sämtliche künftigen Fälle vorherzusehen und detailliert zu regeln. Diesen Umstand berücksichtigen sog. offene Normen, die den Tatbestand und/oder die Rechtsfolgen in offener Weise umschreiben.<sup>19</sup> Solche offene Bestimmungen verwenden nach h.L. und Rechtsprechung unbestimmte Rechtsbegriffe (Tatbestand) oder räumen der Verwaltungsbehörde einen Ermessensspielraum (Rechtsfolge) ein. Demnach sind Ermessensentscheidungen der Verwaltungsbehörden grundsätzlich nur beschränkt, die Anwendung von unbestimmten Rechtsbegriffen jedoch vollständig überprüfbar.<sup>20</sup> Gemäss neuerer und vorliegender Ansicht nach überzeugenderer Lehre räumen alle offenen Normen Ermessen ein. Demnach ist die Figur des unbestimmten Rechtsbegriffs obsolet.<sup>21</sup>

Bei einer pflichtwidrigen Ermessensausübung ist zwischen Unangemessenheit (einfache Ermessensfehler) und Rechtsfehler (qualifizierte Ermessensfehler) zu differen-

<sup>13</sup> Vgl. Art. 5 des Bundesgesetzes über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht vom 22. Juni 2007 (SR 956.1).

<sup>14</sup> Vgl. dazu bereits REISER, Instrumente (Fn. 11), 81 f.; vgl. auch LUKAS MÜLLER/JULIA HAAS/NATALIE V. STAUBER, FINMA-Enforcementverfahren gegen natürliche Personen, GesKR 2019, 388 ff., 398.

<sup>15</sup> Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 28. April 1999 (SR 101).

<sup>16</sup> Zum Ganzen: SGK BV-SCHINDLER, Art. 5 N 20, 31.

<sup>17</sup> ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, Zürich/St. Gallen 2020, N 329.

<sup>18</sup> PIERRE TSCHANNEN/MARKUS MÜLLER/MARKUS KERN, Allgemeines Verwaltungsrecht, Bern 2022, N 397.

<sup>19</sup> TSCHANNEN/MÜLLER/KERN (Fn. 18), N 581 f.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 17), N 391 m.w.H.

<sup>20</sup> TSCHANNEN/MÜLLER/KERN (Fn. 18), N 583 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 17), N 393 m.w.H.

<sup>21</sup> Vgl. etwa BENJAMIN SCHINDLER, Verwaltungsermessen: Gestaltungskompetenzen der öffentlichen Verwaltung in der Schweiz, Habil. Zürich, Zürich/St. Gallen/Baden-Baden 2010, N 241 ff.

zieren.<sup>22</sup> Die Verwaltungsbehörde handelt unangemessen, wenn sie zwar innerhalb ihres Ermessensspielraums bleibt, ihre Ermessensausübung jedoch im Einzelfall suboptimal und somit unzweckmässig ist.<sup>23</sup> Diesfalls ist die angeordnete Massnahme bzw. Rechtsfolge fehlerhaft, nicht aber rechtswidrig und immer noch verhältnismässig.<sup>24</sup> Um Rechtsfehler handelt es sich demgegenüber bei Ermessensüberschreitungen, Ermessensunterschreitungen oder Ermessensmissbräuchen.<sup>25</sup> Im Falle einer Ermessensüberschreitung übt die Behörde Ermessen aus, wo kein solches besteht. Dies ist bei Überschreitung des eingeräumten Ermessens oder mittels Treffen einer nicht im Gesetz vorgesehenen Anordnung denkbar.<sup>26</sup> Bei einer Ermessensunterschreitung verzichtet die Aufsichtsbehörde auf die Ermessensausübung oder verkennt den ihr eingeräumten Ermessensspielraum und wähnt sich gesetzlich gebunden.<sup>27</sup> Ein Ermessensmissbrauch betrifft schliesslich die Ermessensausübung zwar innerhalb der gesetzlichen Schranken aber unter Verletzung der rechtsstaatlichen Grundsätze des Verwaltungshandelns, d.h. die Ermessensausübung ist unverhältnismässig, rechtsungleich, willkürlich oder treuwidrig.<sup>28</sup> Diesfalls ist der Entscheid der Verwaltungsbehörde folglich nicht nur unzweckmässig, sondern geradezu unhaltbar.<sup>29</sup>

Typischerweise ist ein Ermessensspielraum sog. «Kann»-Vorschriften inhärent,<sup>30</sup> wie dies etwa auf die Massnahmen bei Insolvenzgefahr nach Art. 25 ff. BankG oder die Enforcementmassnahmen gemäss Art. 32 ff. FINMAG zutrifft. Nicht als Kann-Vorschrift ist indes die Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes (Art. 31 FINMAG) formuliert.<sup>31</sup> In solchen Fällen bestimmt sich der Entscheid aber nicht nur nach rechtlichen, sondern auch gemäss ausserrechtlichen Elementen wie Angemessenheit, Zweckmässigkeit und Opportunität.<sup>32</sup> Die Anordnung einer Massnahme steht somit im Ermessen der FINMA. Dass die Behörde an die Verfassung gebunden ist und die Ermessensausübung damit nicht im rechtsfreien Raum stattfindet, versteht sich von selbst.<sup>33</sup>

Wie ausgeführt beschreiben sodann unbestimmte Gesetzesbegriffe den Tatbestand gemäss h.L. und Rechtsprechung in offener Weise. Typischerweise liegt bei Formulierungen wie bspw. «schwerer Fall» ein unbestimmter Rechtsbegriff vor.<sup>34</sup> Nach neuerer und vorliegend befürworteter Lehre räumen, wie erwähnt, alle offenen Normen Ermessen ein. Zum einen kennt auch das FINMAG unbestimmte Rechtsbegriffe bzw. gesteht der FINMA ein Ermessen zu, indem bspw. die in Art. 32–35 kodifizierten Enforcementmassnahmen auf die schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen abstellen.<sup>35</sup> Zum anderen besteht gemäss Bankengesetz bei der Beurteilung des Vorliegens der obgenannten Insolvenzgefahr durch die Aufsichtsbehörde ein grosses Ermessen.<sup>36</sup> Im Ergebnis belässt die Gesetzgeberin der FINMA somit sowohl beim Entscheid, ob ein Enforcementverfahren eröffnet wird bzw. ob die Voraussetzungen für die Verfügung von Massnahmen gemäss Art. 25 ff. BankG<sup>37</sup> gegeben sind als auch bei der Wahl der geeigneten Massnahme einen grossen Ermessensspielraum.<sup>38</sup> Schliesslich steht auch der Zeitpunkt einer allfälligen Massnahme bei Insolvenzgefahr im Ermessen der FINMA.<sup>39</sup>

## 2. Öffentliches Interesse

Staatliches Handeln hat im öffentlichen Interesse zu liegen (Art. 5 Abs. 2 BV).<sup>40</sup> Der Schutz sog. Polizeigüter, wozu auch die in Art. 4 FINMAG kodifizierten Ziele der Finanzmarktaufsicht zählen, ist im öffentlichen Interesse.<sup>41</sup> Falls der Realisierung öffentlicher Interessen im Einzelfall andere öffentliche oder private Interessen entgegenstehen, ist eine Interessenabwägung durchzuführen.<sup>42</sup>

## 3. Verhältnismässigkeit

Das Verhältnismässigkeitsprinzip verlangt, dass staatliches Handeln geeignet, notwendig und zumutbar ist, um

<sup>22</sup> TSCHANNEN/MÜLLER/KERN (Fn. 18), N 598 ff.

<sup>23</sup> BGE 129 I 139 E. 4.1.1; vgl. auch TSCHANNEN/MÜLLER/KERN (Fn. 18), N 593.

<sup>24</sup> Zum Ganzen: TSCHANNEN/MÜLLER/KERN (Fn. 18), N 593.

<sup>25</sup> BGE 137 V 71 E. 5.1; BGE 129 I 139 E. 4.1.1; BGE 116 V 307 E. 2.

<sup>26</sup> Zum Ganzen: BGE 125 II 29 E. 3d)bb); TSCHANNEN/MÜLLER/KERN (Fn. 18), N 595; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 17), N 437.

<sup>27</sup> BGE 135 IV 139 E. 2.4.2; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN (Fn. 18), N 596; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 17), N 439.

<sup>28</sup> Zum Ganzen: BGE 141 V 365 E. 1.2; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN (Fn. 18), N 597; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 17), N 434.

<sup>29</sup> HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 17), N 435.

<sup>30</sup> TSCHANNEN/MÜLLER/KERN (Fn. 18), N 585; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 17), N 408; PETER KARLEN, Schweizerisches Verwaltungsrecht, Zürich/Basel/Genf 2018, 126.

<sup>31</sup> Vgl. dazu etwa BSK FINMAG/FinfraG-ROTH PELLANDA/KOPP, Art. 31 FINMAG N 1, die infolgedessen von einer Pflicht der FINMA zur Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustands ausgehen.

<sup>32</sup> KARLEN (Fn. 30), 126.

<sup>33</sup> BSK FINMAG/FinfraG-ROTH PELLANDA/KOPP, Art. 31 FINMAG N 11.

<sup>34</sup> TSCHANNEN/MÜLLER/KERN (Fn. 18), N 605 m.w.H.; vgl. auch HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 17), N 414 für weitere Beispiele.

<sup>35</sup> BSK FINMAG/FinfraG-HSU/BAHAR/FLÜHMANN, Art. 32 FINMAG N 22.

<sup>36</sup> Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zur Änderung des Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen (BankG) vom 20. November 2002, BBI 2002 8060 ff., 8069; DAVID WYSS, Insolvenzverfahren der FINMA, in: Zulauf/Wyss (Hrsg.), Finanzmarktenforcement, Bern 2022, 545 ff. m.w.H.

<sup>37</sup> Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934 (SR 952).

<sup>38</sup> PATRIC EYMANN, Enforcementverfahren der FINMA, in: Zulauf/Wyss (Hrsg.), Finanzmarktenforcement, Bern 2022, 105 ff.; URS ZULAUF/HANS KUHN, Finanzmarktrecht in a Nutshell, Zürich/St. Gallen 2021, 209; WYSS (Fn. 36), 560 m.w.H.

<sup>39</sup> WYSS (Fn. 36), 560 m.w.H.

<sup>40</sup> HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 17), N 461.

<sup>41</sup> BSK FINMAG/FinfraG-WINZELER, Art. 5 FINMAG N 13; vgl. zu den Zielen der Finanzmarktaufsicht Ziff. III.

<sup>42</sup> Vgl. etwa BGE 135 II 384 E. 4.3.

das im öffentlichen Interesse liegende Ziel zu erreichen (Art. 5 Abs. 2 BV).<sup>43</sup> Eine Massnahme, mit der das angestrebte Ziel erfüllt werden kann, ist geeignet.<sup>44</sup> Nur zur Zielerreichung gerade gänzlich ungeeignete Massnahmen können dieses Kriterium nicht erfüllen.<sup>45</sup> Sodann darf kein milderes und in gleichem Masse geeignetes Mittel vorliegen, um das angestrebte Ziel zu verwirklichen.<sup>46</sup> Schliesslich haben das angestrebte Ziel und der Eingriff in einem vernünftigen Verhältnis zu stehen (Verhältnismässigkeit i.e.S.).<sup>47</sup>

Es versteht sich von selbst, dass das Verhältnismässigkeitsprinzip auch in Krisenzeiten, also etwa während einer Bankenkrise, gilt.<sup>48</sup> Für eine am Grundsatz der Verhältnismässigkeit ausgerichtete Rechtssetzung und Rechtsanwendung sind dabei die folgenden Krisenmerkmale besonders wichtig. Eine Krise charakterisiert sich zum einen immer dadurch, dass der Staat als Institution oder ein grosser Teil seiner Bevölkerung einer akuten, schweren bis existentiellen Bedrohung ausgesetzt ist, die mit den ordentlichen Instrumenten und Verfahren nicht zu bewältigen ist.<sup>49</sup> Zum anderen zeichnet sich eine Krise in erster Linie durch umfassende Ungewissheit und Handlungsdruck aus, was deren (verhältnismässige) Bewältigung besonders herausfordernd macht.<sup>50</sup> Das Verhältnismässigkeitsprinzip kann den Verantwortungsträgern in der Krise helfen, zwischen Freiheit, Sicherheit und Solidarität einen gesellschaftlich möglichst breit akzeptierten Weg zu finden.<sup>51</sup>

Die Handhabung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes erweist sich namentlich wegen der faktischen und rechtlichen Ungewissheiten sowie des erhöhten Handlungsdrucks als besonders herausfordernd. Sodann nimmt in Krisenzeiten die Bedeutung einer positiven Fehlerkultur und einer wahrhaftigen Kommunikation zu.<sup>52</sup> Aufgrund der faktischen Ungewissheiten sind die Anforderungen an die drei materiellen Kriterien Eignung, Erforderlichkeit und Zumutbarkeit herabgesetzt.<sup>53</sup> Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung genügt im Hinblick auf die Wirkung von Abwehrmassnahmen eine «erhebliche Plausibilität»; wissenschaftliche Klarheit ist nicht erforderlich.<sup>54</sup> In Bezug auf rechtliche Ungewissheiten vermag das Verhältnismässigkeitsprinzip den u.U. zum

(notrechtlichen) Handeln genötigten Stellen als Kompass dienen.<sup>55</sup> Des Weiteren wirken Ungewissheiten aktivitätshemmend. Die für die Krisenbewältigung zuständige Behörde neigt daher dazu, mit Handeln vorerst noch zu warten, bis mehr Klarheit besteht. Indes ist gerade in der Krise meist rasches und entschlossenes Handeln gefragt.<sup>56</sup> Somit verlangt verhältnismässiges Handeln in der Krise von den verantwortlichen Stellen, dass sie auf der Basis des vorhandenen Wissens und ihrer Intuition das Ziel definieren, den Weg dorthin planen und dabei «das akzeptable Risiko» abstecken.<sup>57</sup>

#### 4. Rechtsgleichheit und Willkürverbot

Nach dem Rechtsgleichheitsgebot muss Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich und Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich behandelt werden (Art. 8 BV).<sup>58</sup> Verboten ist der Erlass unterschiedlicher Regelungen ohne sachlichen Grund und die rechtliche Gleichbehandlung von Sachverhalten, die sich tatsächlich differenzieren.<sup>59</sup> In gleich gelagerten Fällen hat die FINMA somit Ermessensausübungen gleich handzuhaben. Beurteilt sie zwei tatsächlich gleiche Situationen unterschiedlich, verletzt sie das Gleichheitsgebot.<sup>60</sup> Das Willkürverbot betrifft sodann die qualifiziert unrichtige Rechtsanwendung, wozu auch grobe Ermessensfehler gehören (Art. 9 BV).<sup>61</sup> Erfasst ist nur offensichtlich unhaltbares staatliches Handeln. Dabei genügt es vor allem nicht, wenn ein anderer Entscheid ebenfalls vertretbar oder gar vertretbarer gewesen wäre.<sup>62</sup>

#### 5. Treu und Glauben

Der Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 und Art. 9 BV) fordert ein «loyales und vertrauenswürdige Verhalten im Rechtsverkehr»<sup>63</sup> zwischen den Privaten und dem Staat.<sup>64</sup> Davon erfasst sind der Vertrauensschutz sowie das Verbot widersprüchlichen Verhaltens und das Verbot des Rechtsmissbrauchs.<sup>65</sup> Nach Treu und Glauben muss sich die FINMA im vorliegenden Kontext insbesondere an ihrem strategischen Ziel, eine ver-

<sup>43</sup> BGE 147 I 346 E. 5.5; BGE 145 II 70 E. 3.5.

<sup>44</sup> BGE 144 I 126 E. 8.1; BGE 136 I 29 E. 4.3 ff.

<sup>45</sup> BGE 144 I 126 E. 8.1.

<sup>46</sup> Vgl. zum Ganzen TSCHANNEN/MÜLLER/KERN (Fn. 18), N 458; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 17), N 495.

<sup>47</sup> Zum Ganzen: HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 17), N 555 ff.; vgl. zudem auch TSCHANNEN/MÜLLER/KERN (Fn. 18), N 468.

<sup>48</sup> Vgl. zur Verhältnismässigkeit in Krisenzeiten: MARKUS MÜLLER, Verhältnismässigkeit. Gedanken zu einem Zauberwürfel, Bern 2023, 125 ff.

<sup>49</sup> MÜLLER (Fn. 48), 126 f.

<sup>50</sup> MÜLLER (Fn. 48), 128.

<sup>51</sup> Vgl. MÜLLER (Fn. 48), 129 m.w.H.

<sup>52</sup> Vgl. dazu MÜLLER (Fn. 48), 130 ff. m.w.H.

<sup>53</sup> MÜLLER (Fn. 48), 135.

<sup>54</sup> BGE 147 I 450 E. 3.2.6.

<sup>55</sup> MÜLLER (Fn. 48), 135 ff., 137 f.

<sup>56</sup> Vgl. MÜLLER (Fn. 48), 140 ff. m.w.H.

<sup>57</sup> MÜLLER (Fn. 48), 142 m.w.H., u.a. auf BGE 147 I 450 E. 3.2.5.

<sup>58</sup> BGE 127 I 185 E. 5.

<sup>59</sup> Zum Ganzen: TSCHANNEN/MÜLLER/KERN (Fn. 18), N 507; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 17), N 572.

<sup>60</sup> Vgl. BGE 136 I 345 E. 5; vgl. auch HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 17), N 587.

<sup>61</sup> BGE 130 I 337 E. 5.4.2.

<sup>62</sup> Zum Ganzen: TSCHANNEN/MÜLLER/KERN (Fn. 18), N 523 f.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 17), N 605.

<sup>63</sup> BGE 136 II 187 E. 8.1.

<sup>64</sup> TSCHANNEN/MÜLLER/KERN (Fn. 18), N 476; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 17), N 620.

<sup>65</sup> TSCHANNEN/MÜLLER/KERN (Fn. 18), N 477; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 17), N 621.

antwortliche Corporate Governance zu fördern,<sup>66</sup> und anderen einschlägigen öffentlichen Publikationen messen lassen.

## 6. Prozessökonomie

Schliesslich charakterisiert sich das öffentliche Verfahrensrecht durch seine Rationalisierungsfunktion (vgl. Art. 5 Abs. 2 und Art. 29 Abs. 1 BV). So soll innerhalb einer vernünftigen Frist mit verhältnismässigem Aufwand ein Entscheid getroffen werden.<sup>67</sup> Der Prozessaufwand ist folglich möglichst gering zu halten und es ist auf Schritte zu verzichten, die der Erreichung der Ziele der Finanzmarktaufsicht nicht dienlich sind.<sup>68</sup>

## III. Ziele der Finanzmarktaufsicht

Die Ziele der Finanzmarktaufsicht bestehen nach Massgabe der Finanzmarktgesetze im Schutz der Gläubigerinnen, der Anleger, der Versicherten sowie im Schutz der Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte (Art. 4 FINMAG). Damit leistet die FINMA einen Beitrag zur Stärkung des Ansehens und der Wettbewerbsfähigkeit des Finanzplatzes Schweiz. Letzteres ist kein eigenständiges Ziel, sondern eine Reflexwirkung des Kunden- und Marktschutzes.<sup>69</sup>

## IV. Corporate Governance-Aufsicht als strategisches Ziel der FINMA

2020 wurde die Governance-Aufsicht erstmals als strategisches Ziel der FINMA formuliert.<sup>70</sup> Demnach soll sich die Aufsichtsbehörde dafür einsetzen, «dass die beaufsichtigten Finanzinstitute ein vorbildliches Risikomanagement betreiben». Zudem soll die FINMA mit ihrer Aufsichtstätigkeit eine verantwortungsvolle Corporate Governance fördern.<sup>71</sup> Infolgedessen nehmen Banken Governance-Themen verstärkt und systema-

tisch in das Risiko-Assessment auf, das Basis für die Ausrichtung und Intensität der Aufsichtstätigkeit im Einzelfall bildet.<sup>72</sup> Der Fokus der prudenziellen Aufsicht der FINMA ist dabei eng an die aktienrechtliche Bestimmung zur Corporate Governance geknüpft und mit spezifischen finanzmarktrechtlichen Anforderungen an die Banken ergänzt worden.<sup>73</sup> Diese umfassen die Gewähr<sup>74</sup>, die Organisation<sup>75</sup>, das Risikomanagement<sup>76</sup> und die Sicherstellung der Einhaltung der Verhaltensregeln. Methodisch folgt die prudenzielle Aufsicht den beiden Grundsätzen der Risikoorientierung und der Prinzipienbasierung.<sup>77</sup> Die Risikoorientierung der FINMA reflektiert das allgemeine verwaltungsrechtliche Verhältnismässigkeitsprinzip.<sup>78</sup> Dabei orientiert sich auch die Governance-Aufsicht durch die Behörde am Proportionalitätsgrundsatz, wonach für die Institute je nach Grösse, Komplexität und Struktur sowie nach Risikoprofil unterschiedliche Anforderungen gelten.<sup>79</sup> Demgegenüber sind die Verhaltensregeln für alle Finanzinstitute gleichermassen bindend, sodass auch kleinere Institute das Einhalten von Marktverhaltensregeln, Suitability-Regeln und Geldwäschereiprävention uneingeschränkt sicherstellen müssen.<sup>80</sup> Der zweite Grundsatz der Prinzipienbasierung besagt, dass die im Gesetz und in den Verordnungen enthaltenen qualitativen Vorschriften nur dem Grundsatz nach formuliert sind.<sup>81</sup> Es bleibt also den Beaufsichtigten überlassen, festzulegen, wie sie die Prinzipien betriebsintern umsetzen wollen, und die FINMA interveniert, wenn dabei den Grundsätzen eines wirksamen, alltagstauglichen Risikomanagements nicht ausreichend Achtung geschenkt wird.<sup>82</sup> Dies hat seinen Ursprung vor allem in der Tatsache, dass bei der Governance, anders als bei quantitativen Vorgaben, keine zahlenmässige Festlegung durch Gesetz oder Verordnung möglich ist.<sup>83</sup> Die aufgeführten Grundsätze finden ins-

<sup>66</sup> Vgl. Ziff. IV.

<sup>67</sup> BENJAMIN SCHINDLER, Einleitung, in: Auer/Müller/Schindler (Hrsg.), VwVG – Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren Kommentar, Zürich 2019, N 26.

<sup>68</sup> SCHINDLER (Fn. 67), N 26; vgl. auch BEAT BRÄNDLI, Prozessökonomie im schweizerischen Recht, Diss. Baden, Bern 2013, N 68 f. (=ASR 794).

<sup>69</sup> BSK FINMAG/FinfraG-WINZELER, Art. 5 FINMAG N 14 m.w.H. Mit der Einführung von FIDLEG und FINIG wurden Art. 4 und Art. 5 FINMAG untereinander ausgetauscht (vgl. Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG) und zum Finanzinstitutsgesetz (FINIG) vom 4. November 2015, BBI 2015 8901 ff., 9071).

<sup>70</sup> THOMAS BAUER, Governance im Fokus der Bankenaufsicht, Expert Focus 2021, 608 ff., 608.

<sup>71</sup> FINMA, Strategische Ziele der FINMA 2021 bis 2024 vom 18. November 2020, 9.

<sup>72</sup> BAUER (Fn. 70), 608.

<sup>73</sup> Art. 716a des Bundesgesetzes betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (SR 220); BAUER (Fn. 70), 608 f.; SUSAN EMMENEGGER, Bankorganisationsrecht als Koordinationsaufgabe. Grundlinien einer Dogmatik der Verhältnisbestimmung zwischen Aufsichtsrecht und Aktienrecht, Habil. Freiburg, Bern 2004, 122, 352 (=ASR 691).

<sup>74</sup> Art. 3 Abs. 2 lit. c und Art. 3f BankG; Art. 8 der Verordnung über Banken und Sparkassen (BankV) vom 30. April 2014 (SR 952.02).

<sup>75</sup> Art. 3 Abs. 2 BankG; Art. 9 ff. BankV.

<sup>76</sup> Art. 3 Abs. 2 lit. c und Art. 3g BankG; Art. 12 BankV.

<sup>77</sup> BAUER (Fn. 70), 609 f.; REISER, Instrumente (Fn. 11), 95.

<sup>78</sup> Vgl. vorne Ziffer II.3.

<sup>79</sup> BAUER (Fn. 70), 610; REISER, Missmanagement (Fn. 12), 547; JAN BLÖCHLIGER, Institutsaufsicht, in: Sester et al. (Hrsg.), St. Galler Handbuch zum Schweizer Finanzmarktrecht, Finanzmarktaufsicht und Finanzmarktinfrastrukturen, Zürich/St. Gallen 2018, 400 ff., 409; FINMA, FINMA-RS 2017/1 «Corporate Governance – Banken» vom 22. September 2016 (in Kraft seit 1. Juli 2017), 3.

<sup>80</sup> BAUER (Fn. 70), 610.

<sup>81</sup> Eidgenössisches Finanzdepartement (EFD), Verordnung zum Finanzmarktaufsichtsgesetz – Erläuternder Bericht zur Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens vom 1. Mai 2019, 5.

<sup>82</sup> BAUER (Fn. 70), 610; Art. 12 Abs. 2 BankV.

<sup>83</sup> BAUER (Fn. 70), 610.

besondere bei der Zusammensetzung der obersten Bankorgane, der Organisation der Bank und bei Vergütungsfragen Anwendung.<sup>84</sup>

## V. FINMA-Instrumentarium

Vorab verfügen auf Seiten der Bank zum einen SIBs für die Stabilisierungsphase, d.h. in einem frühen Stadium der Krise, über einen Stabilisierungsplan. Gegenstand dieses Plans ist eine Darstellung der Massnahmen, mit denen sich die betreffenden Banken im Falle einer Krise derart stabilisieren, dass sie die Geschäftstätigkeit ohne staatliche Eingriffe fortführen können.<sup>85</sup> Darüber hinaus haben alle Banken einen internen Contingency Funding Plan, d.h. ein Notfallkonzept gemäss Art. 10 LiqV<sup>86</sup>. Dieser Plan deckt die Schwerpunktthemen Governance, Eskalationslevel und Verbesserungsoptionen für Liquidität und Finanzierung ab. Er soll sicherstellen, dass die Bank im laufenden Geschäftsbetrieb in der Lage ist, auf verschiedene starke Liquiditäts- und Finanzierungsengpässe mit Erfolg zu reagieren.<sup>87</sup> Beim FINMA-Instrumentarium, worauf der vorliegende Beitrag fokussiert, ist zwischen den nachfolgend erläuterten Massnahmen in der laufenden Aufsicht, im Enforcementverfahren und bei Insolvenzgefahr zu unterscheiden.

### 1. In der laufenden Aufsicht

Der FINMA obliegt die laufende Aufsicht über alle Banken, die sie (teilweise) an Prüfgesellschaften delegiert.<sup>88</sup> Dabei hat sie den erläuterten Zielen der Finanzmarktaufsicht Rechnung zu tragen.<sup>89</sup> Dieses duale Aufsichtssystem basiert auf dem erwähnten<sup>90</sup> aus dem Verhältnismässigkeitsprinzip abgeleiteten Prinzip der Risikoorientierung, wonach die von den beaufsichtigten Instituten ausgehenden Risiken zu berücksichtigen sind.<sup>91</sup> So teilt die FINMA die Banken nach der Risikowirkung für Gläubigerinnen, Anleger sowie das Gesamtsystem und die Reputation des Schweizer Finanzplatzes

in fünf Kategorien ein.<sup>92</sup> Die Aufsichtsintensität und die Aufsichtsinstrumente richten sich nach dieser Kategorisierung, damit die Banken je nach Grösse, Komplexität und Systemrelevanz eine wirksame und adäquate Aufsicht erhalten.<sup>93</sup> Darüber hinaus führt die FINMA ein internes, nicht öffentliches Ratingsystem, mit dem sie die Beaufsichtigten bewertet.<sup>94</sup> Zu den Aufsichtsinstrumenten während der laufenden Aufsicht zählen die Prüfung (V.1.1) sowie die Auskunfts- und Meldepflicht (V.1.2).<sup>95</sup>

#### 1.1. Prüfung

Bei der Prüfung eruieren und analysieren zunächst die Prüfgesellschaften in der Planungsphase die wesentlichen Risiken systematisch und reichen die Risikoanalyse alsdann der FINMA ein.<sup>96</sup> Dabei erfasst die Prüfgesellschaft die Bank in ihrer Gesamtheit, verschafft sich einen Überblick über die Risiken, die sich aus der Geschäftstätigkeit unter Berücksichtigung der Marktverhältnisse sowie des wirtschaftlichen und politischen Umfeldes ergeben, bezieht die Corporate Governance mit ein und schätzt mit vorausschauender Perspektive mögliche Auswirkungen aktueller Entwicklungen auf die Bank ab.<sup>97</sup>

Im Rahmen der direkten Aufsicht kann die FINMA sodann bei allen Banken, jedoch vor allem bei solchen, die sie als bedeutende, grosse und komplexe Marktteilnehmer eingestuft hat, direkte Prüfungshandlungen vornehmen.<sup>98</sup> Gemäss Art. 23 BankG ist die FINMA zur Vornahme solcher direkten Prüfungen konkret dann befugt, wenn dies aufgrund der wirtschaftlichen Bedeutung, der Komplexität des abzuklärenden Sachverhalts oder zur Abnahme interner Modelle (z.B. von Marktrisiko-Modellverfahren) nötig ist.<sup>99</sup> Die Voraussetzung des komplexen Sachverhalts trägt einer wachsenden Globalisierung und damit einhergehenden Komplexität des Bankengeschäfts Rechnung.<sup>100</sup> Sodann besteht insbesondere bei Grossbanken aufgrund ihrer Systemrelevanz vermehrt das Bedürfnis nach einer direkten Informationsbeschaffung und einer engeren Aufsichtstätigkeit.<sup>101</sup> Dadurch soll das Systemrisiko vermindert und die

<sup>84</sup> BAUER (Fn. 70), 610.

<sup>85</sup> Art. 64 Abs. 1 BankV; vgl. Bundesratsbericht Bankenstabilität (Fn. 6), 170 f.

<sup>86</sup> Verordnung über die Liquidität der Banken und Wertpapierhäuser vom 30. November 2012 (SR 952.06).

<sup>87</sup> Bundesratsbericht Bankenstabilität (Fn. 6), 171.

<sup>88</sup> Art. 24 FINMAG; Art. 23 BankG; DIEGO HAUNREITER, Die Krisenabwehr im Bankengesetz unter besonderer Berücksichtigung der bankenrechtlichen Schutzfunktionen, der internationalen Finanzmarktarchitektur und der TBTF-Problematik, Diss. Zürich, Bern 2012, N 249 (=Berner Bankrechtliche Abhandlung, Bd. 12).

<sup>89</sup> Vgl. vorne Ziff. III.; FINMA (Fn. 71), 3.

<sup>90</sup> Vgl. vorne Ziff. IV.

<sup>91</sup> BAUER (Fn. 70), 609 f.; REISER, Missmanagement (Fn. 12), 547; FINMA, Effektivität und Effizienz in der Aufsicht (11. April 2011), 6.

<sup>92</sup> Vgl. Anhang 3 zur BankV; DANIEL KOLLER, Risiko, Überwachung und Kontrolle des Bankgeschäfts, in: Arpagaus/Stalder/Werlen (Hrsg.), Das Schweizerische Bankgeschäft, Zürich 2021, 838 ff., 862.

<sup>93</sup> BSK BankG-POLEDNA/JERMINI, Art. 23 N 6; HAUNREITER (Fn. 88), N 253.

<sup>94</sup> ALAIN GIRARD/DUSAN IVANOVIC/MARTIN SEMMERICH, Das Kleinbankeregime – Proportionalität in der Aufsicht, «Swiss Made», GesKR 2022, 447 ff., Fn. 29.

<sup>95</sup> Art. 24 ff. FINMAG; Art. 29 FINMAG.

<sup>96</sup> BSK FINMAG/FinfraG-PFIFNER, Art. 24 FINMAG N 84.

<sup>97</sup> BSK FINMAG/FinfraG-PFIFNER, Art. 24 FINMAG N 85.

<sup>98</sup> BSK BankG-POLEDNA/JERMINI, Art. 23 N 6; HAUNREITER (Fn. 88), N 271.

<sup>99</sup> BSK BankG-POLEDNA/JERMINI, Art. 23 N 8.

<sup>100</sup> BSK BankG-POLEDNA/JERMINI, Art. 23 N 8.

<sup>101</sup> BSK BankG-POLEDNA/JERMINI, Art. 23 N 9.

Glaubwürdigkeit des schweizerischen Aufsichtssystems erhöht werden.<sup>102</sup>

Die spezifischen direkten Aufsichtsinstrumente der FINMA bzw. die sog. Vor-Ort-Kontrollen umfassen namentlich die Überprüfung der Prüfberichte der Banken, die Führung eines umfassenden und laufend aktualisierten Verzeichnisses aller involvierten Aufsichtsbehörden, periodische Gespräche mit der Konzernleitung und der internen und externen Konzernrevisionsstelle sowie die Koordination von Arbeitsgruppen, die Anliegen der Banken behandeln.<sup>103</sup> Bei der Durchführung von Vor-Ort-Kontrollen handelt es sich um eine selbständige aufsichtsrechtliche Tätigkeit. Um allfällige Doppelspurigkeiten zu vermeiden, findet sie in Absprache mit der Prüfgesellschaft und der internen Revision statt.<sup>104</sup> Der nach erfolgter Prüfung verfasste Bericht wird dem obersten Leitungsorgan der Bank zugestellt. Besteht Handlungsbedarf, setzt die FINMA eine angemessene Frist zur Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes. In der Folge informiert die Beaufichtigte die Aufsichtsbehörde über den Stand der Mängelbehebung und die FINMA oder die bestellte Prüfgesellschaft nimmt abschliessend die Nachprüfung vor.<sup>105</sup>

Bei ihrer Aufsichtstätigkeit (über Grossbanken) berücksichtigt die FINMA sodann insbesondere auch allgemeine Marktdaten (z.B. Kredit-Ratings und Aktienkurse, Anleihen oder Credit Default Swaps), Berichte von Aktien- und Anleihenanalysten oder weitere externe Quellen wie Medienberichte (inkl. sozialer Medien).<sup>106</sup>

Wegen den verwischten Verantwortlichkeiten zwischen den Prüfgesellschaften und der FINMA und weil die Prüfgesellschaften durch die Banken mandatiert und entschädigt werden, wird das duale Aufsichts- und Prüfsystem immer wieder in Frage gestellt bzw. kritisiert, etwa anlässlich der globalen Finanzkrise 2007/2008<sup>107</sup> oder durch den Internationalen Währungsfonds (IWF) 2019. So schlug der IWF bspw. vor, dass die FINMA die Prüfgesellschaften direkt mandatieren und bezahlen können soll, um potenzielle Interessenkonflikte zu vermeiden.<sup>108</sup> Auch der Bericht der Expertengruppe «Bankenstabilität» und der Bundesratsbericht Bankenstabilität postulieren die Prüfung des dualen Aufsichtssystems.<sup>109</sup> Gemäss wohl h.L. soll aber am System der dualen Aufsicht festgehalten werden.<sup>110</sup>

## 1.2. Auskunfts- und Meldepflicht

Art. 29 FINMAG statuiert darüber hinaus eine Auskunfts- und Meldepflicht. Gemäss Abs. 1 der genannten Bestimmung müssen die Beaufichtigten, ihre Prüfgesellschaften und Revisionsstellen sowie qualifiziert oder massgebend an den Beaufichtigten beteiligte Personen und Unternehmen der FINMA alle Auskünfte erteilen und Unterlagen herausgeben, welche die Aufsichtsbehörde zur Erfüllung ihrer Aufgaben braucht. Konkret sind der FINMA auf deren Aufforderung hin diejenigen Auskünfte zukommen zu lassen und Unterlagen herauszugeben, die im Machtbereich der Banken bereits verfügbar sind.<sup>111</sup> Diese Norm dient als Basis für spezielle Auskunftsersuchen im Einzelfall und als Rechtsgrundlage für die generell-abstrakte Festlegung von Berichtspflichten der Beaufichtigten.<sup>112</sup> Gemäss Art. 29 Abs. 2 FINMAG haben die Beaufichtigten und die Prüfgesellschaften, die bei ihnen Prüfungen durchführen, der FINMA zudem unverzüglich und unaufgefordert Vorkommnisse zu melden, die für die Aufsicht von wesentlicher Bedeutung sind.<sup>113</sup> Es ist also zwischen der regelmässigen Berichterstattung und der spontanen Übermittlung von Informationen im Einzelfall zu differenzieren, wobei der Fokus auf dem periodischen, standardisierten Reporting liegt.<sup>114</sup> Eine Berichterstattung ausserhalb des normalen Zyklus ist insbesondere dann angezeigt, wenn es eine sofortige Reaktion zu ermöglichen gilt, etwa bei der Unterschreitung der Mindestanforderungen an die Eigenmittel (Art. 42 Abs. 3 ERV<sup>115</sup>), bei einer unzulässigen Überschreitung einer Obergrenze für das Klumpenrisiko (Art. 101 ERV) und bei gewissen Geldwäscherei-Verdachtsfällen (Art. 34 Abs. 1 GwV-FINMA<sup>116</sup>).<sup>117</sup>

## 2. Im Enforcementverfahren

Das Enforcementverfahren ist das letzte Eskalationsmittel der FINMA, wenn die Bank Aufsichtsrecht (schwer) verletzt hat und die FINMA im Aufsichtsdialo g nicht mehr weiterkommt.<sup>118</sup> In erster Linie adressieren die

und direkte Bankenaufsicht, Der Schweizer Treuhänder 2010, 817 ff., 822; BSK FINMAG/FinfraG-PHIFNER, Art. 24 FINMAG N 12 f.

<sup>111</sup> BSK FINMAG/FinfraG-TRUFFER, Art. 29 FINMAG N 14; ANDRÉ TERLINDEN, Die Untersuchungsbeauftragte der FINMA als Instrument des Finanzmarktenforcements, Diss. St. Gallen, Zürich/St. Gallen 2010, 297 ff., 309 (=SGFM, Bd. 6).

<sup>112</sup> BSK FINMAG/FinfraG-TRUFFER, Art. 29 FINMAG N 15.

<sup>113</sup> In der Praxis ist es dem Vernehmen nach auf Seiten der Industrie oft unklar, ob und wie die FINMA im Einzelfall informiert werden soll (vgl. zu Art. 29 Abs. 2 FINMAG BSK FINMAG/FinfraG-TRUFFER, Art. 29 FINMAG N 32 ff.).

<sup>114</sup> BSK FINMAG/FinfraG-TRUFFER, Art. 29 FINMAG N 32.

<sup>115</sup> Verordnung über die Eigenmittel und Risikoverteilung der Banken und Wertpapierhäuser vom 1. Juni 2012 (SR 952.03).

<sup>116</sup> Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht über die Bekämpfung von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung im Finanzsektor vom 3. Juni 2015 (SR 955.033.0).

<sup>117</sup> BSK FINMAG/FinfraG-TRUFFER, Art. 29 FINMAG N 32.

<sup>118</sup> Vgl. EYMANN (Fn. 38), 8; REISER, Instrumente (Fn. 11), 81.

<sup>102</sup> BSK BankG-POLEDNA/JERMINI, Art. 23 N 9.

<sup>103</sup> BSK FINMAG/FinfraG-PHIFNER, Art. 24 FINMAG N 79; BSK BankG-POLEDNA/JERMINI, Art. 23 N 10.

<sup>104</sup> HAUNREITER (Fn. 88), N 271.

<sup>105</sup> BSK BankG-POLEDNA/JERMINI, Art. 23 N 11.

<sup>106</sup> FINMA-Bericht (Fn. 3), 10 und zur Aufsicht der FINMA über Grossbanken im Generellen, 10 ff.

<sup>107</sup> HAUNREITER (Fn. 88), N 262.

<sup>108</sup> International Monetary Fund (IMF), IMF Country Report No. 19/180 (2019), 18.

<sup>109</sup> Bericht Expertengruppe (Fn. 2), 59; Bundesratsbericht Bankenstabilität (Fn. 6), 301 ff., insbesondere 307 f.

<sup>110</sup> BSK BankG-POLEDNA/JERMINI, Art. 23 N 8; MICHAEL RIESEN, Nach der Finanzkrise – Bankenaufsicht auf dem Prüfstand?? – Duale

FINMA-Massnahmen gemäss Art. 31 ff. FINMAG die beaufsichtigten Institute, sie können sich aber auch gegen Individuen richten.<sup>119</sup> Mögliche Massnahmen gegen Banken sind etwa die Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes (Art. 31 FINMAG), die Veröffentlichung einer rechtskräftigen Verfügung (Art. 34 FINMAG), die Gewinneinziehung (Art. 35 FINMAG) oder als *ultima ratio* der Bewilligungszug (Art. 37 FINMAG). Bei Individuen auf höchster Führungstufe stehen vor allem der Gewährszug (Art. 31 FINMAG i.V.m. 3 Abs. 2 lit. c BankG) und das Berufsverbot (Art. 33 FINMAG) im Vordergrund.<sup>120</sup> Im Gegensatz zu vielen ausländischen Aufsichtsbehörden verfügt die FINMA aktuell aber weder gegen beaufsichtigte Institute noch gegen Individuen über eine Bussenkompetenz.<sup>121</sup> Die Einführung einer Bussenkompetenz gegen juristische Personen wird aber von der FINMA gefordert<sup>122</sup> und soll gemäss dem Bundesratsbericht Bankenstabilität geprüft werden.<sup>123</sup>

Wie erwähnt<sup>124</sup> hat die FINMA sowohl beim Entscheid, ob sie ein Enforcementverfahren eröffnet als auch bei der Wahl der adäquaten Massnahmen einen grossen Ermessensspielraum. Letzteres gilt insbesondere bei der Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes nach Art. 31 FINMAG.<sup>125</sup> So verbietet die FINMA bspw. einer Bank, während drei Jahren neue Geschäftsbeziehungen zu ausländischen politisch exponierten (PEP) aufzunehmen oder bewilligte die vollständige Übernahme einer Bank nur unter der Auflage, dass die übernommene Bank vollständig integriert und innerhalb von zwölf Monaten aufgelöst werde.<sup>126</sup> Ebenfalls untersagte die FINMA aufgrund schwerer Mängel im Geldwäscherei-Abwehrdispositiv einer Bank u.a., ihre Geschäftstätigkeit auf Privatkunden auszuweiten und ordnete die Bildung eines Risikoausschusses des Verwaltungsrates an.<sup>127</sup> Die Anordnung von Massnahmen nach Art. 31 FINMAG setzt die Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen oder das Bestehen sonstiger Missstände voraus. Als «sonstige Missstände» gelten etwa grobe Ver-

stösse gegen schriftlich niedergelegte Standesregeln oder Reglemente sowie auch ein Zuwiderhandeln gegen Normen ausserhalb der Finanzmarktgesetze.<sup>128</sup> Darunter fallen bspw. Werbemassnahmen von Banken, die das UWG<sup>129</sup> verletzen, sofern der Verstoss geeignet ist, «das Vertrauen des Bankenpublikums in die Funktionsfähigkeit des Bankenwesens zu gefährden.»<sup>130</sup> Als sonstiger Missstand gilt ferner ein Verstoss gegen Vorschriften betreffend eine angemessene Corporate Governance.<sup>131</sup> Denkbar sind sodann superprovisorische oder vorsorgliche Massnahmen und die Einsetzung eines Untersuchungsbeauftragten, der bei einer Bank einen aufsichtsrechtlich relevanten Sachverhalt abklärt oder von der FINMA angeordnete aufsichtsrechtliche Massnahmen umsetzt (vgl. Art. 36 Abs. 1 FINMAG). Auch im Rahmen der nachfolgend erläuterten Schutzmassnahmen nach Art. 26 BankG kann ein Untersuchungsbeauftragter eingesetzt werden.<sup>132</sup>

### 3. Bei Insolvenzgefahr

Neben den Instrumenten während der laufenden Aufsicht für grundsätzlich (noch) «gesunde» Banken und dem Enforcementverfahren als letztes Eskalationsmittel, wenn die FINMA bei (schweren) Aufsichtsrechtsverletzungen im Aufsichtsdialo nicht mehr weiterkommt, verfügt die Aufsichtsbehörde über Massnahmen bei Insolvenzgefahr (sog. Point of non viability, PONV, vgl. Art. 25 ff. BankG). Damit ist die FINMA auch in insolvenzrechtlichen Angelegenheiten bei Banken die zuständige Instanz.<sup>133</sup>

Die Zuständigkeit der FINMA zur Anordnung von Insolvenzmassnahmen bzw. deren Zulässigkeit gemäss Bankengesetz knüpft an das Vorliegen einer blossen Insolvenzgefahr an. Eine Insolvenzgefahr liegt dann vor, wenn die finanzielle Lage der Bank befürchten lässt, dass ein Insolvenzgrund vorliegt.<sup>134</sup> Die FINMA muss also nicht den Eintritt einer Überschuldung i.S.v. Art. 725 OR abwarten, sondern kann und soll zum Schutz der Gläubiger zeitlich und sachlich früher, regelmässig aus eigener Initiative oder aus derjenigen eines durch sie eingesetzten Beauftragten, in den Geschäftsgang der betroffenen Bank eingreifen.<sup>135</sup>

<sup>119</sup> REISER, Instrumente (Fn. 11), 85.

<sup>120</sup> Vgl. CHRISTOPH KUHN/DAVID WYSS, Massnahmen der FINMA, in: Zulauf/Wyss (Hrsg.), Finanzmarktenforcement, Bern 2022, 351 ff., 352; vgl. zum Individuum im Finanzmarktrecht eingehend GUILLAUME BRAIDI, L'individu en droit de la surveillance financière, Diss. Freiburg, Zürich 2016 (= AISUF 358).

<sup>121</sup> NORA BENNINGER/URS ZULAUF, Spannung zwischen FINMA-Enforcement und Strafverfahren, in: Zulauf/Wyss (Hrsg.), Finanzmarktenforcement, Bern 2022, 421 ff., 466 f.

<sup>122</sup> FINMA-Bericht (Fn. 3), 46 ff.

<sup>123</sup> Bundesratsbericht Bankenstabilität (Fn. 6), 42 f. und 276 ff.

<sup>124</sup> Vgl. Ziff. II.1.

<sup>125</sup> BSK FINMAG/FinfraG-ROTH PELLANDA/KOPP, Art. 31 FINMAG N 5.

<sup>126</sup> FINMA, Medienmitteilung vom 13. Oktober 2016 (aktualisiert) «Falcon wegen IMDB-Verfehlungen sanktioniert; FINMA, Medienmitteilung vom 10. Oktober 2016 «BSI verletzt Geldwäschereibestimmungen schwer».

<sup>127</sup> FINMA, Medienmitteilung vom 1. Februar 2018 «FINMA schliesst Panama-Papers-Verfahren gegen Gazprombank Schweiz ab».

<sup>128</sup> BSK FINMAG/FinfraG-ROTH PELLANDA/KOPP, Art. 31 FINMAG, N 5 m.w.H.

<sup>129</sup> Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezember 1986 (SR 241).

<sup>130</sup> MARTIN BRENNCKE, Regelung der Werbung im Bank- und Kapitalmarktrecht, Diss. Zürich 2013, 1180 (=SSFM 110).

<sup>131</sup> FINMA, Medienmitteilung vom 14. Juni 2018 «Raiffeisen mit schwerwiegenden Mängeln bei Corporate Governance».

<sup>132</sup> Bundesratsbericht Bankenstabilität (Fn. 6), 171.

<sup>133</sup> Vgl. auch Art. 173b SchKG; Wyss (Fn. 36), 545.

<sup>134</sup> Botschaft Bankengesetz (Fn. 36), 8079.

<sup>135</sup> Wyss (Fn. 36), 556.



Die Insolvenzgefahr wird mittels drei abschliessend in Art. 25 Abs. 1 BankG aufgeführten Insolvenzgründen konkretisiert. Demnach ist die Aufsichtsbehörde befugt, Insolvenzmassnahmen anzuordnen, wenn die Bank die Eigenmittelanforderungen nach Ablauf einer von der FINMA angesetzten Frist nicht mehr erfüllt, begründete Besorgnis einer Überschuldung besteht oder das Institut in ernsthafte Liquiditätsschwierigkeiten gerät. Liegt ein solcher Insolvenzgrund vor, stehen der FINMA die Anordnung von Schutzmassnahmen oder eines Sanierungsverfahrens und, als *ultima ratio*, die Konkursliquidation zur Verfügung.<sup>136</sup> Bei der Wahl der geeigneten Massnahme ist die Schwere ihrer Folgen für Eigner, Gläubiger und Einleger zu berücksichtigen.<sup>137</sup> Das Ziel der Anordnung von Schutzmassnahmen besteht grundsätzlich in der Weiterführung der gefährdeten Bank.<sup>138</sup> Mittels Eröffnung des Sanierungs- oder Konkursverfahrens entscheidet die Abwicklungsbehörde dagegen über die Weiterführung bzw. die Liquidation der Bank.<sup>139</sup> Können die Probleme nicht durch das in diesem Sinne mildeste Mittel, die Anordnung von Schutzmassnahmen, beseitigt werden, prüft die FINMA die Möglichkeit einer Sanierung. Sind dafür die Voraussetzungen nicht gegeben und verschlechtert sich die Situation weiter, hat die Aufsichtsbehörde den Konkurs zu eröffnen.<sup>140</sup> Dabei hängt es von den Umständen im Einzelfall ab, welche Massnahmen getroffen werden. Schutzmassnahmen können allein oder zusammen mit einer Sanierung oder Konkursliquidation verfügt werden.<sup>141</sup> Als Schutzmassnahmen listet Art. 26 Abs. 1 BankG im Sinne einer beispielhaften Aufzählung namentlich die Erteilung von Weisungen an die Organe der Bank, die Einsetzung eines Untersuchungsbeauftragten, die Abberufung von Organen und die Einschränkung der Geschäftstätigkeit der Bank auf. Wie erwähnt<sup>142</sup> verfügt die FINMA sowohl beim Entscheid, ob eine Insolvenzgefahr besteht, als auch bei der Wahl der geeigneten Massnahme(n) über einen grossen Ermessensspielraum. Während die Auflistung möglicher Schutzmassnahmen beispielhaft erfolgt, sind die drei Insolvenzgründe (begründete Besorgnis einer Überschuldung, ernsthafte Liquiditätsprobleme, Nichterfüllung von Eigenmittelvorschriften nach Ablauf einer von der FINMA festgesetzten Frist) abschliessend.

Auch auf SIBs sind die erläuterten Massnahmen bei Insolvenzgefahr anwendbar.<sup>143</sup> Dabei fehlen aktuell Sonderbestimmungen für SIBs. EGGEN/GRÜNEWALD postulieren, dies mit einer Überarbeitung des TBTF-Regimes zu korrigieren, um durch die Schaffung eines eigenständigen regulatorischen Abwicklungsregimes für SIBs den Systemschutzgedanken auch bei der Abwicklung nachzuvollziehen.<sup>144</sup> Jedoch bestehen für SIBs bereits vor Insolvenzgefahr erhöhte und verschärfte Anforderungen an Kapital, Liquidität und Risikoverteilung.<sup>145</sup> Ebenfalls *ex ante* erfolgt die Vorbereitung auf Krisen mittels Stabilisierungs- und Notfallplanung.<sup>146</sup> Dabei beurteilt die FINMA die Stabilisierungs- und Abwicklungsfähigkeit fortlaufend.<sup>147</sup> Konkret haben SIBs insbesondere eine Notfallplanung betreffend Struktur, Infrastruktur, Führung und Kontrolle sowie konzerninterner Liquiditäts- und Kapitalflüsse derart vorzusehen, dass diese umgehend umgesetzt werden kann und der Bank im Falle drohender Insolvenz die Weiterführung ihrer systemrelevanten Funktionen gewährleistet ist. Es obliegt der SIB nachzuweisen, dass sie die besonderen Anforderungen gemäss Art. 9 Abs. 2 lit. d BankG erfüllt und bei drohender Insolvenz die systemrelevanten Funktionen weiterführen kann.<sup>148</sup> Die FINMA ordnet die notwendigen Massnahmen an, wenn die Bank diesen Nachweis nicht erbringt.<sup>149</sup> Dabei hat der Verordnungsgeber die Eingriffsmöglichkeiten der FINMA auf Eigenmittel- und Liquiditätszuschläge beschränkt.<sup>150</sup> Demgegenüber lassen ausländische Rechtsordnungen teilweise unter bestimmten Voraussetzungen auch weitgehende Eingriffe in die Rechts- und Geschäftsstruktur zu.<sup>151</sup> Mit Verweis auf Ziffer 10.5 der «Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions» des Financial Stability Board<sup>152</sup> stellt die Expertengruppe «Bankensta-

<sup>136</sup> Wyss (Fn. 36), 556.

<sup>137</sup> EVA HÜPKES, Neue Aufgaben für die Bankenaufsicht – die Bankenkommision als Konkursbehörde, Teil 1, Insolvenz- und Wirtschaftsrecht 4/2002, 125 ff., 129; Botschaft Bankengesetz (Fn. 36), 8070.

<sup>138</sup> Vgl. aber die Möglichkeit der Bankschliessung für den Kundenverkehr gemäss Art. 26 Abs. 1 Bst. g BankG, s. dazu auch BSK BankG-Hess, Art. 26 N 26 f.

<sup>139</sup> MIRJAM EGGEN/SERAINA GRÜNEWALD, Zur Rolle der Brückenbank im 'Too big to fail'-Regime. Eine rechtsvergleichende Analyse unter Einbezug von temporary public ownership-Lösungen, GesKR 2024, 32 ff., 36 m.w.H.

<sup>140</sup> HÜPKES (Fn. 137), 129.

<sup>141</sup> Art. 25 Abs. 2 BankG.

<sup>142</sup> Vgl. dazu bereits vorne Ziff. II.1.

<sup>143</sup> FINMA-Bericht (Fn. 3), 19.

<sup>144</sup> EGGEN/GRÜNEWALD (Fn. 139), 36 f.

<sup>145</sup> Art. 9 Abs. 2 lit. a–d BankG.

<sup>146</sup> Vgl. Art. 9 Abs. 2 lit. d und 10 Abs. 2–4 BankG i.V.m. Art. 64 ff. BankV; vgl. dazu etwa FINMA-Bericht (Fn. 3), 16 ff.; Wyss (Fn. 36), 550, 576; RETO SCHILTKNECHT, Übersicht über die Liquiditätsgesetzgebung für Banken – zugleich ein Beitrag zur revidierten Liquiditätsverordnung, GesKR 2022, 493 ff., 498.

<sup>147</sup> Bericht Expertengruppe (Fn. 2), 35.

<sup>148</sup> Art. 10 Abs. 2 BankG.

<sup>149</sup> Art. 10 Abs. 2 BankG; Art. 62 BankV und Art. 65a BankV.

<sup>150</sup> Art. 65b BankV i.V.m. Art. 65a BankV. Die Schweiz setzt auf Anreize über ergänzende zusätzliche verlustabsorbierende Mittel, Zuschläge auf die Liquidität sowie die Veröffentlichung des Stands der Resolvability einer Bank. Vgl. EFD, Änderung der Bankenverordnung Insolvenz, Einlagensicherung, Segregierung und Resolvability, Erläuterungen vom 23. November 2022, 3, 7.

<sup>151</sup> EFD (Fn. 150), 7 f.

<sup>152</sup> Vgl. Financial Stability Board (FSB), Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions vom 15. Oktober 2014, 16: «To improve a firm's resolvability, supervisory authorities or resolution authorities should have powers to require, where necessary, the adoption of appropriate measures, such as changes to a firm's business practices, structure or organisation, to reduce the complexity and costliness of resolution, duly taking into account the effect on the soundness and stability of ongoing business. To enable the continued operations of systemically important functions, authorities should evaluate whether to require that these functions

bilität» hier einen Mangel in der Steuerungsmöglichkeit der FINMA fest, weil es ihr nicht erlaubt ist, organisatorische Änderungen anzuordnen, um eine global tätige Bank sanierungsfähiger zu machen.<sup>153</sup> Eine allfällige direktere organisatorische Einflussnahme auf die internationale Sanier- und Liquidierbarkeit von SIBs durch die FINMA liesse sich aufgrund der offenen Formulierung von Art. 10 Abs. 2 BankG auf Verordnungsstufe implementieren.<sup>154</sup>

## VI. Krisenwarnindikatoren

### 1. Anforderungen an Krisenwarnindikatoren

Die Geeignetheit von Krisenwarnindikatoren hängt vor allem von ihrer Prognose-tauglichkeit ab.<sup>155</sup> Das setzt zum einen voraus, dass überhaupt ein Zusammenhang zwischen dem Indikator und einer potenziellen künftigen Entwicklung bestehen muss.<sup>156</sup> Wenngleich der Nachweis eines empirisch messbaren Zusammenhangs aus ökonomischer Sicht wünschenswert ist, so begnügt sich die Praxis oftmals zunächst auch mit plausiblen Annahmen, wie sie sich etwa aus allgemeinen Risikoüberlegungen und Erfahrungen ergeben. Darüber hinaus ist entscheidend, dass die Krisenwarnindikatoren regelmässig erhoben werden, d.h. dass sowohl hinsichtlich des Umfangs der verarbeiteten Daten als auch bezüglich der zeitlichen Abstände der Datenerhebung Mindestanforderungen eingehalten werden. Eine lediglich situative Erhebung lässt noch keine Rückschlüsse auf eine Entwicklung zu und ermöglicht auch keine Vergleichbarkeit zwischen verschiedenen Unternehmen. Hinzu kommt, dass die Indikatoren typischerweise spezifisch und nicht zu sehr aggregiert sein sollten. So lässt etwa die Betrachtung der Bilanzsumme in der Praxis regelmässig noch keine Aussage über eine erwartete künftige Entwicklung zu. Ein hoher Aggregationsgrad lässt zudem Raum für vielfältige Interpretationen, verschleiert ggf. bereits eingetretene negative Entwicklungen und verhindert vor allem festzustellen, inwiefern möglicherweise bereits eingeleitete Massnahmen überhaupt greifen.

be segregated in legally and operationally independent entities that are shielded from group problems.»

<sup>153</sup> Bericht Expertengruppe (Fn. 2), 35.

<sup>154</sup> URS BERTSCHINGER, Das Finanzmarktaufsichtsrecht vom vierten Quartal 2022 bis ins vierte Quartal 2023, SZW 2024, 714 ff., 718 f.; vgl. auch Art. 10 Abs. 4 lit. b BankG.

<sup>155</sup> Einen Überblick über Formen zukunftsbezogener Informationen und Früherkennungssysteme gibt z.B. JOEL FISCHER, Information und Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates, Diss. Zürich 2018, 159 ff. (= SSHW 345). Zur Diskussion der Grundsätze ordnungsmässiger Informationsqualität, 273 ff.

<sup>156</sup> Vgl. zum Folgenden etwa bereits ARNO BRÖNNER/STEPHAN RAUSCH, Ist Governance messbar? – Messkonzepte für Unternehmen und Staaten im Vergleich, ZCG 2008, 156 ff.

### 2. «Klassische» quantitative Indikatoren

Zu den «klassischen» Krisenwarnindikatoren zählen typischerweise die auf die Rechnungslegung bezogenen quantitativen Grössen wie etwa bilanzorientierte Kapitalziffern, d.h. Bestandsgrössen wie die Eigenmittelanforderungen, oder die an Zahlungsströmen orientierten Grössen wie Liquiditätskennzahlen. Ihr ökonomischer Hintergrund gründet letztlich auf einer «klassischen» Jahresabschlussanalyse, die aus der Analyse von Erfolgsgrössen Aussagen über die aktuelle Ertragslage und die mögliche künftige Entwicklung ableitet und aus der Analyse von Kapital- und Vermögenspositionen auf die wirtschaftliche Stabilität sowie die gegenwärtige und zukünftige Vermögens- und Finanzlage schliesst.<sup>157</sup> Vergangenheitsbezogene und gegenwärtige Informationen sollen gewissermassen eine Extrapolierbarkeit ermöglichen, stellen insofern also «Hilfsgrössen» zur Einschätzung einer möglichen zukünftigen Entwicklung der Unternehmen dar.<sup>158</sup> Selbstverständlich beziehen sich, auch wenn sich der Begriff «Bilanzanalyse» eingepreßt hat, solche Indikatoren nicht nur auf Bilanzzahlen, sondern etwa auch auf Zahlen der Erfolgsrechnung, Cash-Flow-Grössen und Anhangangaben. Zudem umfassen sie nicht nur Angaben der Jahresrechnung, sondern auch Informationen aus Quartals- und Monatsabschlüssen sowie ggf. auch aus Sonderbilanzen.

#### 2.1. Kapitalorientierte Indikatoren

Kapitalorientierten Indikatoren liegt der Gedanke zugrunde, dass eine mangelnde Kapitalausstattung die Fortführung eines Unternehmens gefährdet. Eine Mindestkapitalausstattung ist also notwendige Bedingung für die Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebs. Eigenkapital wird daher als Risikopuffer verstanden, der allfällige (vorübergehende) Risiken eines ansonsten aber fortführungsfähigen Geschäftsmodells auffangen soll. Mindestens soll ein solcher Risikopuffer es Unternehmen und Aufsichtsbehörden in der Krise ermöglichen, Zeit für die Umsetzung geeigneter Massnahmen zu verschaffen. Hier setzen auch aktuelle Überlegungen zur Stärkung der Bankenstabilität an, indem die Eigenmittelanforderungen bezogen auf die risikogewichteten Aktiven (Risk Weighted Assets, RWA) und die Höchstverschuldungsquote (Leverage Ratio, LR) angepasst werden sollen.<sup>159</sup> Allerdings ist regelmässig bereits die Höhe einer «angemessenen» Kapitalausstattung zur Vermeidung von Insolvenzrisiken umstritten und letztlich von einer Vielzahl von Faktoren abhängig. Eine «eindeutige Unterscheidung von Ursache und Wirkung» zwischen

<sup>157</sup> Vgl. statt vieler HORST GRÄFER, Bilanzanalyse, Herne 2001 (8. Aufl.), 20.

<sup>158</sup> Vgl. schon ULRICH LEFFSON, Bilanzanalyse, Herne 1984 (3. Aufl.), 28.

<sup>159</sup> Bundesratsbericht Bankenstabilität (Fn. 6), 77.

Eigenkapitalhöhe und Insolvenzrisiko ist «praktisch unmöglich».<sup>160</sup> Wenn kapitalorientierte Indikatoren aber grundsätzlich keine geeigneten Frühwarnindikatoren für Krisen sind, dann ist auch das Einhalten von bestimmten Vorgaben für die Kapitalausstattung kein Garant für ein nachhaltiges Aufrechterhalten des Geschäftsbetriebs. Solche Indikatoren sind vielmehr «nachlaufende» Indikatoren, in denen sich bereits zuvor manifestierende Fehlentwicklungen etwa aufgrund schlechter Managemententscheidungen ausdrücken. Analysiert man also diese Indikatoren, schaut man letztlich nicht auf die Ursachen von Krisen, sondern lediglich auf deren Auswirkung, wie sie sich auf die Finanzlage des Unternehmens niederschlägt.

## 2.2. Liquiditätsorientierte Indikatoren

Die Einhaltung liquiditätsorientierter Indikatoren soll typischerweise die kurzfristige Zahlungsfähigkeit sicherstellen. Prognostizierte kurzfristige Zahlungsmittelabflüsse werden kurzfristig verfügbaren liquiden Mitteln gegenübergestellt. Das Informationsinteresse ist entsprechend auf die Prognose der Aufrechterhaltung bzw. die Fortführung des operativen Geschäftsbetriebs gerichtet, nicht auf die Einschätzung der im Falle einer Gefährdung der Fortführung – im Zerschlagungsfall – potenziell noch vorhandenen Liquidität zur Gläubigerbefriedigung.<sup>161</sup> Es ist offensichtlich, dass die Bilanz kein Liquiditätsplan ist und bereits aufgrund ihres Erstellungszeitraums und Veröffentlichungszeitpunkts als Frühwarnindikator für kurzfristig typischerweise volatile Zahlungsströme ungeeignet ist. Die regulatorischen Anforderungen der Bankenaufsicht sehen daher auch deutlich enger aufeinanderfolgende Berechnungszeitpunkte vor. So ist etwa die Mindestliquiditätsquote (Liquidity Coverage Ratio, LCR) definiert als Quotient aus dem Bestand an lastenfreien erstklassigen liquiden Aktiva (High-Quality Liquid Assets, HQLA) und dem gesamten Nettoabfluss von Barmitteln in den folgenden 30 Kalendertagen, basierend auf bestimmten Stressszenarien. Die Quote soll im Normalfall über 100% liegen.<sup>162</sup> Solche oder ähnliche Indikatoren sind freilich eher als Hilfestellung für das operative Cash- bzw. Finanzierungsmanagement geeignet, denn als Frühwarnindikator: Zum einen hängt die Qualität dieser Indikatoren entscheidend von der (kurzfristigen) Prognosequalität der erwarteten Mittelzu- und -abflüsse ab. Im Normalfall ist die Prognosequalität regelmässig hoch, während sich die Qualität in Krisenzeiten aufgrund nicht vorhersehbarer Ereignisse

gerade verschlechtert. Zum anderen – und damit zusammenhängend – ist ein Absinken dieser liquiditätsorientierten Indikatoren unter die geforderte Soll-Quote eher ein Hinweis auf eine bereits bestehende Krisensituation und damit gerade kein Frühwarnindikator mehr. In einer solchen Situation werden daher regelmässig bereits Massnahmen zur Beschaffung von Liquidität und zur Eingrenzung von Mittelabflüssen erforderlich, die über das im Rahmen der gewöhnlichen Geschäftstätigkeit Übliche hinausgehen. Die geplante Erhöhung der Liquiditätspuffer (TBTF-Liquiditätsanforderungen) können vor diesem Hintergrund zwar geeignet sein, für den Normalfall eine höhere Sicherheit der Zahlungsfähigkeit zu gewähren – wo diese zusätzliche Liquidität freilich nicht benötigt wird – im Krisenfall dafür aber umso drastischere Massnahmen zur Liquiditätssicherung durch die Nationalbank und/oder den Staat notwendig machen.<sup>163</sup>

## 2.3. Kritische Würdigung

Die klassischen, an der Rechnungslegung orientierten Indikatoren haben zunächst den unbestreitbaren Vorteil, dass sie im Wesentlichen an bereits bestehende Informationsinstrumente anknüpfen. So basiert etwa die Erstellung von Halbjahres- und Jahresberichten auf allgemein anerkannten Rechnungslegungsgrundsätzen und die Abschlüsse werden zudem durch einen besonders befähigten Abschlussprüfer geprüft, was sie grundsätzlich weniger gestaltbar oder manipulierbar erscheinen lässt als z.B. reine Managementpläne. Die Krisenwarnindikatoren sind insofern objektiviert, intersubjektiv nachprüfbar und grundsätzlich einfach zu kommunizieren. Zudem drückt sich in solchen Indikatoren auch eine normative Kraft dahingehend aus, dass Regulatoren bestimmte Höhen etwa für Eigenmittel oder eine Mindestliquidität vorsehen können, in Zusammenhang mit Finanzinstituten bspw. die Kernkapitalquote (Core Tier 1), die LCR und die strukturelle Liquiditätsquote (Net Stable Funding Ratio, NSFR). Normativ gesetzte Kennzahlgrössen sind allerdings selten empirisch begründbar, sondern orientieren sich eher an einem Peer-Gruppenvergleich oder sind – wie die in Rede stehenden neuen Eigenmittelanforderungen an die UBS – auch um den Preis allfälliger Wettbewerbsverzerrungen im globalen Vergleich zu einem guten Stück politisch und nicht wirtschaftlich motiviert.<sup>164</sup>

Allerdings ist die Interpretation von Krisenwarnindikatoren immer kontextabhängig und für sich genommen typischerweise wenig aussagekräftig. Die Ausprägung eines Indikators kann z.B. je nach Eigentümer- oder Konzernstruktur, je nach Konkurrenz- und Branchensituation oder auch je nach regulatorischem und makroökonomischem Umfeld gänzlich unterschiedlich inter-

<sup>160</sup> Beide Zitate: MARKUS BAUER, Gläubigerschutz durch eine formelle Nennkapitalziffer – Kapitalgesellschaftsrechtliche Notwendigkeit oder überholtes Konzept, Frankfurt am Main 1995, 113.

<sup>161</sup> Vgl. PETER KÜTING/CLAUS-PETER WEBER, Bilanzanalyse, Stuttgart 1997 (3. Aufl.), 78.

<sup>162</sup> Vgl. BIS, Kurzbeschreibung der Mindestliquiditätsquote (LCR), Basel 2013, 1.

<sup>163</sup> Bundesratsbericht Bankenstabilität (Fn. 6), 108.

<sup>164</sup> Bundesratsbericht Bankenstabilität (Fn. 6), 78.

pretiert werden. Statische Krisenwarnindikatoren wie etwa das Einhalten fester Kapitalziffern vernachlässigen die Dynamik eines sich verändernden Kontrollumfeldes. Hinzu kommt, dass die Prognosebasis immer in der Vergangenheit liegt und sich die Interpretation ebenso wie auch die normativen Vorgaben von Indikatoren auf Erfahrungen aus der Vergangenheit stützen. Das führt zu der letztlich desillusionierenden Erkenntnis, dass man erst nach einer Krise weiss, ob die vor einer Krise gesetzten Sollvorgaben für Kennzahlen ausreichend waren.

Inwiefern bilanzpolitische Massnahmen – «Earnings Management»<sup>165</sup> – Einfluss auf die Höhe der Krisenwarnindikatoren haben und aufgedeckt werden können, ist umstritten: Aufgrund der bilanziellen Vorgaben für Offenlegungen im Anhang, der Abschlussprüfung und der aufsichtsrechtlichen Möglichkeiten lässt sich das Ausnutzen expliziter Ansatz- und Bewertungswahlrechte grundsätzlich gut erkennen. Problematischer ist insofern die Ausübung von Ermessensspielräumen etwa bei der Bewertung von Finanzinstrumenten, der Bestimmung von Ausfallwahrscheinlichkeiten für Forderungen, der Wertberichtigung etwa von immateriellen Vermögenswerten – der Bericht zur Bankenstabilität verweist bspw. explizit auf die vorsichtige Bewertung und Werthaltigkeit bestimmter Aktiven wie firmeneigener Software – einschliesslich Goodwill oder der Ermittlung einer angemessenen Rückstellungshöhe.<sup>166</sup> Nochmals problematischer für den Aussagegehalt der klassischen Krisenwarnindikatoren ist das sogenannte «Real Earnings Management»<sup>167</sup>, also unternehmerische Entscheidungen des Managements, die bewusst getroffen werden, um spezifische Zielvorgaben wie das Einhalten bestimmter Kennzahlen zu erreichen. Typische Sachverhaltsgestaltungen wie das intertemporale Verschieben von Forschungs- und Entwicklungsaufwendungen, Marketingausgaben, Investitionen, etc. lassen sich von aussenstehenden Dritten kaum erkennen und hinsichtlich ihrer inneren Motivation einschätzen. Solche realen Sachverhaltsgestaltungen sind zudem typischerweise auch nicht Gegenstand einer Abschlussprüfung, sondern schlicht Teil der Geschäftspolitik des Managements.

### 3. Qualitative Indikatoren

Auch qualitative Indikatoren müssen messbar sein. Sie unterscheiden sich von den quantitativen Indikatoren u.a. dadurch, dass bereits die Bewertungsmethodik umstritten und typischerweise nicht standardisiert ist. Dies zeigt sich bspw. in der Messung der Prüfungsqualität, der Managementqualität oder der Reputation von Unternehmen.<sup>168</sup> Hinzu kommt, dass der Zusammenhang zwischen der prognostizierten wirtschaftlichen Lage und den qualitativen Indikatoren vielfach indirekter ist als bei den quantitativen Indikatoren: Eine abnehmende Liquiditätsquote hat einen unmittelbar feststellbaren Einfluss auf die Finanzlage eines Unternehmens, ein häufiger CEO-Wechsel als Ausdruck einer unklaren Unternehmensstrategie oder einer schwachen Managementqualität zeigt seine Wirkung oftmals erst mittelbar (und verspätet) in schlechteren Finanzzahlen. Qualitative Mängel haben jedoch häufig negative Auswirkungen auf die quantitativen Indikatoren und können insofern als Frühwarnindikatoren dienen. Werden bei qualitativen Indikatoren unternehmensexterne Informationen einbezogen, wie dies etwa bei der Reputationsmessung der Fall ist, so unterliegen diese typischerweise einer geringeren Einflussnahme durch das Management als etwa die klassischen finanziellen Kennzahlen.

#### 3.1. Kontrollumfeld

Es ist offenkundig, dass sich Krisenfrühwarnindikatoren in das allgemeine interne Kontrollsystem und Risikomanagement-Modell einfügen müssen. Praktisch alle Risikomanagementmodelle sehen als Ausgangspunkt das Kontrollumfeld vor.<sup>169</sup> Dazu zählen freilich nicht nur Kenntnisse über das Geschäftsmodell und seine Komplexität oder die wirtschaftlichen und rechtlichen Rahmenbedingungen des Unternehmens, sondern auch ein Verständnis darüber, inwiefern das Bekenntnis zu Integrität und die Einhaltung ethischer Werte gelebt, die Aufsichtspflichten der Unternehmensleitung tatsächlich wahrgenommen und welche Form von Verantwortung und Rechenschaftspflicht eingefordert werden. Massgeblich sind insofern nicht nur quantitative Angaben, wie sie sich in finanziellen Indikatoren niederschlagen, sondern auch Informationen etwa über die Qualität der Tätigkeit von Verwaltungsrat und Management bzw. die Unternehmenskultur.<sup>170</sup> Damit kommt einer Messung

<sup>165</sup> Vgl. etwa DIETER PFAFF/PETER ISING, Earnings Management: Erscheinungsformen und Aufdeckungsmöglichkeiten, in: Seicht (Hrsg.), Jahrbuch für Controlling und Rechnungswesen, Wien 2010, 291 ff.; PATRICIA M. DECHOW/CATHERINE M. SCHRAND, Earnings Quality, Charlottesville 2004, 37; PATRICIA M. DECHOW/DOUGLAS J. SKINNER, Earnings Management: Reconciling the Views of Accounting Academics, Practitioners, and Regulators, Accounting Horizons 2000, 235 ff.

<sup>166</sup> Bundesratsbericht Bankenstabilität (Fn. 6), 93 f.

<sup>167</sup> Massgeblich dazu insbesondere SUGATA ROYCHOWDHURY, Earnings Management through Real Activities Manipulation, Journal of Accounting and Economics 2006, 335 ff.

<sup>168</sup> So sind etwa für die Qualitätsmessung von (deutschen) Aufsichtsräten neben Kriterien wie Sachverstand und Unabhängigkeit auch solche wie Offenheit, Lernfähigkeit, Dialogbereitschaft und «Gespür» für Menschen vorgeschlagen worden. Vgl. dazu WOLFGANG BERNHARDT, Panel G: Qualitätsmessung von Aufsichtsräten, in: Albach (Hrsg.), Konzernmanagement, Wiesbaden 2001, 326 ff.

<sup>169</sup> Vgl. statt vieler COSO, Internal Control – Integrated Framework: 2013 (Framework), Lake Mary 2013.

<sup>170</sup> Vgl. zu den Möglichkeiten der Computerlinguistik für die Messung der Unternehmenskultur JILLIAN GRENNAN/KAI LI, Chapter 5: Corporate culture: a review and directions for future research, in:

der Güte der Corporate Governance von Finanzinstituten eine wichtige Krisenwarnfunktion zu.

### 3.2. Empirisch messbare qualitative Einflussfaktoren

Die betriebswirtschaftliche Forschung hat im Rahmen empirischer Arbeiten eine Vielzahl von Einflussfaktoren identifiziert, die einen potenziellen Zusammenhang zwischen der Qualität des Corporate Governance-Systems und einer Insolvenzwahrscheinlichkeit herstellen. Dazu zählen etwa die Qualität des Abschlussprüfers bzw. prüfungsspezifische Indikatoren wie die Prüfungshonorare,<sup>171</sup> die Qualifikation des CEOs, die Diversität und Qualität des Verwaltungsrates als Ganzes oder die seiner einzelnen Mitglieder. Freilich wird man konstatieren müssen, dass die Ergebnisse empirischer Arbeiten selten ein eindeutiges Bild vermitteln und etwa Erkenntnisse aus unregulierten Märkten nicht ungeprüft auf Finanzunternehmen übertragen werden dürfen. Gleichwohl heben sie hervor, dass Aussagen über die Managementqualität und die Funktionsfähigkeit interner Corporate Governance-Strukturen der eigentliche Frühwarnindikator für Unternehmenskrisen sind. Immerhin sieht auch der Bundesratsbericht Bankenstabilität in der verantwortungsvollen Ausgestaltung von Strategie, Corporate Governance und Unternehmenskultur eines von drei zentralen Handlungsfeldern.<sup>172</sup>

### 3.3. Reputation und (Social) Media

Jüngst hat Standard & Poor's (S&P) hervorgehoben: «Banks should monitor social media as part of their liquidity risk management.»<sup>173</sup> Social Media-Aktivitäten sind zwar kein alleiniger Grund für einen möglichen Bank Run. Aber bei geschätzt rund fünf Milliarden Nutzern von Social Media Plattformen besteht immer die Gefahr, dass sich richtige wie falsche Informationen über ein Unternehmen derart rasch und global verbreiten, dass die für «übliche» Szenarien entwickelten Liquiditätspuffer überbeansprucht werden und sich damit als unzureichend erweisen könnten; denn der durch Social Media ausgelöste und vielfach multiplizierte Vertrauens-

verlust kann zu unvorhergesehenen Mittelabflüssen mit einer sich selbst verstärkenden Wirkung führen.

In die ähnliche Richtung gehen neuere Ansätze zur Reputationsmessung, welche nicht mehr auf der klassischen Marktforschung basieren, sondern Millionen von Webseiten mittels künstlicher Intelligenz auswerten, darunter Social Media Plattformen aber auch Online-Medien sowie Blogs, und zeitnah und tagesaktuell Reputationswerte generieren.<sup>174</sup> Übrigens zeigen empirische Arbeiten, dass die Reputation eines Unternehmens massgeblich vom Ruf des CEO geprägt wird,<sup>175</sup> womit Reputation und Managementqualität gleichermaßen als Frühwarnindikatoren verstanden werden können.

### 3.4. Kritische Würdigung

Präventive Massnahmen der Aufsicht zum Schutz des Finanzplatzes und seiner Akteure müssen immer an der Gewinnung eines umfassenden Gesamturteils über die wirtschaftliche Lage der betroffenen Banken ansetzen. Dazu sollten unzweifelhaft auch qualitative Indikatoren zählen. Dies gilt umso mehr, seit Missstände bei der CS und eine Vertrauenskrise gegenüber der Bank als wesentlicher Krisengrund identifiziert wurden: «Es gab klare Anzeichen für eine mangelhafte Unternehmenskultur, ein unangemessenes Risikomanagement sowie fehlende Durchsetzungskraft und mangelndes Verantwortungsbewusstsein der Leitungsebene.»<sup>176</sup> Auch der FINMA-Bericht hält fest, dass die FINMA zukünftig in ihrer Aufsichtspraxis noch systematischer die sich aus den Geschäftsmodellen ergebenden spezifischen Risiken beurteilen will.<sup>177</sup>

Während allerdings über die quantitativen Indikatoren wenigstens hinsichtlich ihrer grundsätzlichen Bedeutung – wenngleich nicht unbedingt hinsichtlich der Höhe ihrer Ausprägungen – Einigkeit herrscht und diese auch bereits umfassend reguliert sind, sind Sinn, Messbarkeit und Ausprägung von qualitativen Indikatoren deutlich umstrittener. Das darf freilich kein Argument dafür sein, auf deren Einbezug in die Gesamtbeurteilung zu verzichten. Es ist ja gerade der Sinn und Zweck qualitativer Indikatoren, auch solche für eine Gesamtbeurteilung wichtigen Sachverhalte mit einzubeziehen, die durch quantitative Indikatoren alleine nicht erfasst werden könnten. Auch für die Reputationsmessung, die Bewertung spezifischer immaterieller Werte oder die Messung der Corporate Governance-Qualität lassen sich standardisierte Verfahren etablieren. Für letzteren Aspekt könnten bspw. die von Rating-Agenturen entwickelten

Gilles/McLean (Hrsg.), *Handbook of Financial Decision Making*, Cheltenham 2023, 112 ff.

<sup>171</sup> Vgl. z.B. JENNIFER J. GAVER/STEVEN UTKE, *Audit Quality and Specialist Tenure*, *The Accounting Review* 94(3)/2019, 113 ff.; MARSHALL A. GEIGER/DASARATHA V. RAMA, *Audit Fees, Nonaudit Fees, and Auditor Reporting on Stressed Companies*, *Auditing: A Journal of Practice & Theory* 22(2)/2003, 53 ff.; MARSHALL A. GEIGER/DASARATHA V. RAMA, *Audit Firm Size and Going-Concern Reporting Accuracy*, *Accounting Horizons* 22(1)/2006, 1 ff.

<sup>172</sup> Bundesratsbericht Bankenstabilität (Fn. 6), 41.

<sup>173</sup> S&P Global Ratings, *Your Three Minutes In Fintech: Social Media Could Catalyze Bank Runs* (29. Februar 2024), <<https://www.spglobal.com/ratings/en/research/articles/240229-your-three-minutes-in-fintech-social-media-could-catalyze-bank-runs-13020126>>, zuletzt besucht am 22. April 2024.

<sup>174</sup> Vgl. JÖRG FORTHMANN, *Reputationsmessung mit künstlicher Intelligenz*, in: Bihler/Müller (Hrsg.), *Modernes Reputationsmanagement*, Wiesbaden 2021, 125 ff.

<sup>175</sup> FORTHMANN (Fn. 174), 137.

<sup>176</sup> Bundesratsbericht Bankenstabilität (Fn. 6), 55.

<sup>177</sup> FINMA-Bericht (Fn. 3), 43 ff.

Corporate Governance Ratings einen Ausgangspunkt darstellen. Immerhin – um nur ein Beispiel zu nennen – hatte S&P Global Ratings im August 2022 bereits festgehalten: «We see governance factors as a negative consideration in our credit rating analysis of Credit Suisse.»<sup>178</sup> Und: «The coming and going of key leaders is likely to hatch additional disruption risks for the group's transformation.»<sup>179</sup> Als Frühwarnindikatoren haben sich solche Grössen in zahlreichen empirischen betriebswirtschaftlichen Arbeiten als signifikant herausgestellt. Sie könnten damit ein wichtiger Anknüpfungspunkt für das Treffen frühzeitiger Schutzmassnahmen durch die FINMA sein. Zu Recht ist in dem Bericht der Expertengruppe «Bankenstabilität» darauf hingewiesen worden, dass zukunftsgerichtete Informationen «über die erwartete Gewinnentwicklung, die Glaubwürdigkeit der Strategie, des Geschäftsmodells und des Managements»<sup>180</sup> die wirtschaftliche Lage der Bank umfassender abbilden als die bloss regulatorischen, quantitativen Kennzahlen.<sup>181</sup>

## VII. Zusammenfassung der Ergebnisse und interdisziplinäre Gedankenanstösse *de lege ferenda*

Braucht die FINMA neue Krisenwarnindikatoren und Aufsichtsinstrumente für Banken in der Krise? *De lege lata* verfügt die Aufsichtsbehörde über Instrumente in der laufenden Aufsicht, im Enforcementverfahren und bei Insolvenzgefahr. Dabei kommt der FINMA sowohl beim Entscheid, ob sie eine Massnahme verfügt als auch bei der Wahl der adäquaten Massnahme ein grosser Ermessensspielraum zu. Aktuell fehlt eine klare Rechtsgrundlage für ein abgestuftes Eingriffssystem, das die FINMA beim Unterschreiten konkreter qualitativer oder quantitativer Schwellenwerte bzw. beim Vorliegen definierter Krisenwarnindikatoren in der Stabilisierungsphase zum frühzeitigen Eingriff ermächtigt bzw. verpflichtet. Die Enforcementmassnahmen verlangen eine (schwere) Aufsichtsrechtsverletzung. Namentlich setzt Art. 31 FINMAG den Verstoss gegen aufsichtsrechtliche Bestimmungen oder das Bestehen sonstiger Missstände voraus. Als «sonstige Missstände» gelten dabei etwa grobe Verletzungen von schriftlich niedergelegten Standesregeln oder Reglementen sowie auch ein Verstoss gegen Normen ausserhalb der Finanzmarktgesetze, wie bspw. gegen das UWG oder allgemeine Vorschriften

betreffend eine angemessene Corporate Governance.<sup>182</sup> Adäquate Krisenwarnindikatoren gehen aber nicht zwingend mit Regelverstössen einher. Für die Schiefelage einer Bank sind vielmehr auch andere Gründe denkbar, wie bspw. die Verfolgung einer falschen Strategie, bankinterne Kulturprobleme oder auch politische Faktoren wie etwa Kriege. Art. 31 FINMAG ist daher keine ausreichende rechtliche Grundlage für frühzeitige Eingriffe der FINMA in der Stabilisierungsphase einer Bank. Die Massnahmen nach Art. 25 ff. BankG fordern sodann bereits das Vorliegen einer Insolvenzgefahr.

Allfällige Vorschläge *de lege ferenda* müssten sich vorab an den ausgeführten Grundsätzen des rechtsstaatlichen Verwaltungshandelns und an den Zielen der Finanzmarktaufsicht orientieren sowie in das bestehende Aufsichtsinstrumentarium der FINMA eingebettet werden. Gerade in der Krise ist oft rasches und entschlossenes Handeln angesagt. Dennoch tendiert die für die Krisenbewältigung zuständige Behörde aufgrund der einer Krise inhärenten Ungewissheiten dazu, mit Handeln vorerst noch zuzuwarten, bis mehr Klarheit besteht.<sup>183</sup> Dies spricht dafür, die FINMA beim Vorliegen bestimmter Kriterien bzw. Krisenwarnindikatoren zu verpflichten, aktiv zu werden. Das bedeutete eine Abkehr vom gemeinhin grossen Ermessen der Aufsichtsbehörde beim Entscheid, ob sie eine Massnahme anordnet und bei der Wahl der geeigneten Massnahme. Konkretere und erweiterte rechtliche Grundlagen im Bereich von Frühinterventionsmöglichkeiten würden der FINMA mehr Verantwortung, aber auch mehr Rechtssicherheit für die Anordnung zeitkritischer Massnahmen im Krisenfall geben, wenn nötig auch gegen den Willen der Bankleitung.<sup>184</sup> Dadurch würde sich zudem der Druck auf die Bank erhöhen, selbst die entsprechenden Massnahmen zu ergreifen.<sup>185</sup> Dagegen kann man einwenden, dass gerade der grosse Ermessensspielraum der Aufsichtsbehörde besonders adäquate bzw. verhältnismässige Entscheide für den konkreten Einzelfall ermöglicht. Denkbar und zu prüfen wäre daher ein Mittelweg. Demnach könnte man die FINMA beim Unterschreiten konkreter qualitativer oder quantitativer Schwellenwerte bzw. beim Vorliegen definierter Krisenwarnindikatoren zum frühzeitigen Eingriff verpflichten. Für diesen Fall bestünde eine Möglichkeit darin, ihr bspw. nur eine beschränkte Auswahl von Massnahmen, nämlich solche,

<sup>178</sup> Research Update von S&P Global Ratings, «Credit Suisse Outlook Revised To Negative On Leadership Changes, Strategic Review, Market Headwinds; Ratings Affirmed» vom 1. August 2022 (zit. S&P Global Research Update), 3.

<sup>179</sup> S&P Global Research Update (Fn. 178), 2.

<sup>180</sup> Bericht Expertengruppe (Fn. 2), 62.

<sup>181</sup> Bericht Expertengruppe (Fn. 2), 63.

<sup>182</sup> BSK FINMAG/FinfraG-ROTH PELLANDA/KOPP, Art. 31 FINMAG, N 5 m.w.H.; BRENNCKE (Fn. 130), 1180; BGE 143 II 162 E.4.3.2; FINMA, Medienmitteilung vom 14. Juni 2018 (Fn. 131).

<sup>183</sup> Vgl. dazu im Kontext des Verhältnismässigkeitsprinzips Ziff. II.3.

<sup>184</sup> Betreffend die Berücksichtigung von Marktindikatoren im Hinblick auf die Auslösung eines Stabilisierungs- oder Abwicklungsplans einer systemrelevanten Bank durch die FINMA weist BERTSCHINGER zu Recht darauf hin, dass die Aufsichtsbehörde dadurch in der Krise stärker zur Bankmanagerin würde (BERTSCHINGER [Fn. 154], 719). Auch im Kontext des vorliegenden skizzierten Frühwarnsystems wäre das der Fall.

<sup>185</sup> Bundesratsbericht Bankenstabilität (Fn. 6), 179.

die weniger stark in die Wirtschaftsfreiheit der Bank eingreifen als andere, zur Verfügung zu stellen. Neben solchen obligatorischen Massnahmen bestünde allenfalls Raum für zusätzliche, im Ermessen der FINMA stehende Schutzmassnahmen.<sup>186</sup> Zudem gilt es insgesamt zu beachten, dass ein zu frühes Eingreifen der Aufsichtsbehörde erst recht zu einer Panikreaktion oder einem Vertrauensverlust im Markt führen und die Situation der Betroffenen noch verschlechtern kann.<sup>187</sup> Allfällige Vorschläge *de lege ferenda* sollten etwa die geltenden Massnahmen nach Art. 51 VAG und Frühwarnsysteme anderer Rechtsordnungen wie dasjenige der Europäischen Union in die Evaluation mit einbeziehen. Ausserdem ist die Implementierung eines Frühwarnsystems nicht nur für SIBs, sondern für alle Banken zu prüfen, auch wenn sich entsprechend dem Grundsatz der Risikoorientierung<sup>188</sup> möglicherweise eine unterschiedliche konkrete Ausgestaltung aufdrängt.

Mit quantitativen Kennzahlen, die etwa auf die Einhaltung von Eigenmittelanforderungen und Liquiditätssicherungsmassnahmen zielen, ebenso wie mit qualitativen Kennzahlen, die Aussagen über die Stärke bzw. Funktionsweise der Corporate Governance, des Risikomanagements, der Unternehmenskultur und der Reputation von Banken treffen, steht der FINMA grundsätzlich ein vielfältiges Instrumentarium an Krisenwarnindikatoren zur Verfügung. Vorschläge *de lege ferenda* sollten nicht lediglich auf die Verschärfung quantitativer Kennzahlen zielen: Dies könnte nicht nur zu Verzerrungen im internationalen Wettbewerb global agierender Banken führen. Vielmehr scheinen solche Kennzahlen in der Rückschau von Banken Krisen regelmässig auch als nur bedingt aussagekräftige präventive Krisenwarnindikatoren geeignet, entweder, weil sich die Krise trotz Einhaltung regulatorischer Kennzahlen manifestiert hat oder weil Massnahmen bei Unterschreiten von bestimmten Kennzahlen erst (deutlich) zu spät greifen. *De lege ferenda* wäre daher überlegenswert, vor allem die Bedeutung qualitativer Krisenwarnindikatoren zu berücksichtigen, die auf die Förderung einer angemessenen, unternehmensspezifischen und risikoadäquaten Corporate Governance abzielen. Damit setzte man letztlich bei den tatsächlichen ökonomischen Ursachen von Banken Krisen an. Bankenregulierung und -aufsicht sollten hierbei Erkenntnisse der ökonomischen Forschung in ihre Entscheidungen einfließen lassen, gleichwohl aber selbstverständlich im Sinne des Individualschutzes der Kapitalmarktteilnehmer wie auch des Funktionenschutzes

des Finanzplatzes Schweiz ihre vorgeschlagenen Massnahmen nicht allein den davon betroffenen Banken überlassen; denn auch und vor allem im Finanzmarktrecht gilt: «Recht ist zu wichtig, als dass man es dem Markt überlassen könnte.»<sup>189</sup>

Für die Entwicklung von Lösungsvorschlägen *de lege ferenda* für neue Krisenwarnindikatoren und Aufsichtsinstrumente für Banken in der Krise halten die Autoren daher einen interdisziplinären Ansatz für geboten. Denn mit den Krisenwarnindikatoren sowie den Corporate Governance- und Risikomanagementsystemen greift die Bankenregulierung ökonomische Fragestellungen auf. Im interdisziplinären Ansatz aus Recht und Ökonomie verbinden sich unterschiedliche methodische Vorgehensweisen mit der Möglichkeit, die zu erarbeitenden Lösungsvorschläge breiter abzustützen und sie auf ihre konkrete praktische Umsetzbarkeit zu testen.

<sup>186</sup> Vgl. zu den Vor- und Nachteilen von obligatorischen versus im Ermessen der Aufsichtsbehörde stehenden frühzeitigen Eingriffen BIS, Early intervention regimes (Fn. 6), 1 f.

<sup>187</sup> MICHAEL KÄHR, Die Voraussetzungen für die Ergreifung von Massnahmen bei Insolvenzgefahr nach Art. 25 BankG, SZW 2013, 472 ff., 479; BIS, Framework for early supervisory intervention, Basel 2018, 20.

<sup>188</sup> Vgl. vorne V.1.

<sup>189</sup> REINHARD H. SCHMIDT, Betriebswirtschaftslehre und Rechtspolitik, in: Sadowski/Czap/Wächter (Hrsg.), Regulierung und Unternehmenspolitik, Wiesbaden 1996, 51 ff., 75.