

Institut für Rechtswissenschaft  
und Rechtspraxis



Universität St. Gallen

**Prof. Dr. Peter Nobel**  
(Herausgeber)

# St. Galler Bankrechtstag 2009

Institutionengefüge zum Finanzmarkt



**Stämpfli Verlag AG Bern**



---

# Bank- und Versicherungsaufsicht: Gleichklang und Unterschiede

OLIVER ARTER / CHRISTINA FEDERLE

## Inhalt

A.	Bewilligungspflicht und Bewilligungsvoraussetzungen .....	53
1.	Bewilligungspflichtige Tätigkeit .....	53
2.	Anwendungsbereich der Finanzmarktgesetze .....	53
a.	Bankengesetz .....	53
aa.	Sachlicher Anwendungsbereich.....	53
	(1) Begriff der Bank.....	53
	(2) Die Einzelnen Begriffsmerkmale .....	54
(a)	Hauptsächliche Tätigkeit im Finanzbereich .....	54
(b)	Gewerbmässige Entgegennahme bzw. öffentliche Empfehlung für die Entgegennahme .....	54
(c)	Publikumseinlage.....	55
	(aa) Fehlende Eigenschaft als Einlage.....	55
	(bb) Nicht vom Publikum stammende Einlagen .....	56
(d)	Refinanzierung in erheblichem Umfang bei nicht massgebend beteiligten Banken.....	57
(e)	Finanzierung einer unbestimmten Zahl von Personen oder Unternehmen, mit denen es wirtschaftlich keine Einheit bildet, auf eigene Rechnung .....	58
bb.	Räumlicher Anwendungsbereich.....	59
(1)	Begriff der ausländischen Bank.....	59
(2)	Schweizerische Zweigniederlassungen und Vertretungen .....	60
(3)	Faktische Zweigniederlassungen .....	60
(4)	Leitung der ausländischen Bank oder Abwicklung der Geschäfte in der Schweiz .....	61
(5)	Grenzüberschreitende Tätigkeit.....	61
cc.	Ausnahmen von der Unterstellungspflicht und Konsequenzen.....	61
b.	Versicherungsaufsichtsgesetz .....	62
aa.	Sachlicher Anwendungsbereich.....	62
	(1) Begriff der Versicherung.....	63
	(2) Direktversicherung und Rückversicherung .....	63
	(3) Versicherungsvermittler.....	64

(4) Versicherungsgruppen und Versicherungs-	
konglomerate .....	64
bb. Räumlicher Anwendungsbereich .....	65
cc. Ausnahmen von der Unterstellungspflicht .....	66
(1) Versicherungsunternehmen mit besonderer	
Aufsicht .....	66
(2) Versicherungsvermittler im Abhängigkeits-	
verhältnis .....	66
(3) Versicherungsunternehmen mit geringer	
wirtschaftlicher Bedeutung .....	66
(4) Ausländische Rückversicherungsunternehmen .....	67
(5) Ausländische Versicherungsunternehmen mit	
beschränktem Geschäftskreis ohne	
schweizerische Niederlassung .....	67
c. Gleichklang und Unterschiede .....	67
3. Bewilligungsvoraussetzungen .....	69
a. Banken .....	69
aa. Allgemeines .....	69
bb. Bewilligungsvoraussetzungen für den Betrieb einer	
inländischen Bank .....	69
(1) Geschäftstätigkeit der Bank .....	69
(2) Verwaltungsorganisation der Bank .....	70
(a) Dualistische Organisationsstruktur .....	70
(b) Weitere Funktionstrennung .....	71
(c) Wohnsitzpflicht .....	71
(d) Risikomanagement .....	72
(e) Internes Kontrollsystem .....	72
(3) Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit ..	72
(a) Gewährleistung der leitenden Personen .....	72
(b) Gewährleistung bei qualifizierten Beteiligungen .....	73
(4) Anforderungen an die finanzielle Ausstattung	
der Bank .....	73
(a) Mindestkapital .....	73
(b) Solvabilitätsvorschriften .....	74
cc. Bewilligungsvoraussetzungen für den Betrieb einer	
ausländischen Bank .....	76
(1) Errichtung einer Zweigniederlassung .....	76
(2) Errichtung einer Agentur .....	77
(3) Errichtung einer Vertretung .....	77
b. Versicherungen .....	77
aa. Allgemeines .....	78
bb. Ausnahmen von der Bewilligungspflicht .....	78

cc.	Bewilligungsvoraussetzungen für den Betrieb eines inländischen Versicherungsunternehmens.....	79
	(1) Geschäftstätigkeit des Versicherungsunternehmens.....	79
	(a) Zweckbegrenzung.....	79
	(b) Spartenrennung.....	79
	(2) Verwaltungsorganisation des Versicherungsunternehmens.....	80
	(a) Rechtsform .....	80
	(b) Zusammensetzung des Verwaltungsrats.....	80
	(c) Interne Kontrollorgane .....	80
	(aa) Die interne Revision.....	81
	(bb) Der verantwortliche Aktuar .....	81
	(d) Risikomanagement .....	82
	(3) Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit .	82
	(a) Gewährleistung der leitenden Personen.....	82
	(b) Gewährleistung der Kontrollorgane.....	83
	(c) Dualistische Organisationsstruktur.....	83
	(4) Anforderungen an die finanzielle Ausstattung des Versicherungsunternehmens .....	84
	(a) Mindestkapital .....	84
	(b) Solvabilitätsvorschriften.....	84
dd.	Zusätzliche Bewilligungsvoraussetzungen für den Betrieb eines ausländischen Versicherungsunternehmens.....	86
ee.	Gleichklang und Unterschiede.....	86
4.	Titelschutz .....	89
	a. Banken .....	89
	b. Versicherung.....	89
B.	Eigentliche Prüfung.....	89
	1. Prüfung durch Aufsichtsbehörde, beigezogene Dritte oder Prüfgesellschaften gemäss FINMAG .....	89
	a. Gemäss FINMAG .....	89
	b. Prüfung bei Banken.....	90
	c. Prüfung bei Versicherungen.....	91
	2. Gegenstand der Prüfung .....	91
	3. Berichterstattung und Massnahmen.....	92
C.	Sanierungs- und Konkursrecht.....	93
	1. Sanierung.....	93
	a. Banken .....	93
	aa. Allgemeines.....	93
	bb. Sanierungsverfahren .....	94
	b. Versicherungen .....	95

2. Konkurs .....	95
a. Banken .....	95
aa. Allgemeines .....	95
bb. Einlagensicherung .....	96
b. Versicherungen .....	97
c. Gleichklang und Unterschiede .....	99
E. Schlussbemerkung .....	100
Literatur .....	101

## Einleitung

Mit Inkrafttreten des Bundesgesetzes über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht („FINMAG“)<sup>1</sup> wurde in der Schweiz die staatliche Aufsicht über Banken, Versicherungsunternehmen und weitere Finanzintermediäre per 1. Januar 2009 in einer Behörde, der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht („FINMA“), zusammengefasst. Das FINMAG beschränkt sich auf die Festlegung der Organisation und der Aufsichtsinstrumente der FINMA, normiert aber weder den materiellen Inhalt der Finanzmarktaufsicht noch die Pflichten, welche die Beaufsichtigten<sup>2</sup> zu erfüllen haben.<sup>3</sup> Entsprechend kommt dem FINMAG die Funktion eines Dachgesetzes über die übrigen Finanzmarktgesetze, welche weiterhin die materielle Finanzmarktaufsicht regeln, zu.<sup>4</sup>

Nachfolgend sollen die Instrumente der Beaufsichtigung von Banken und Versicherungen dargestellt und gezeigt werden, welche gleich sind und wo Unterschiede bestehen.

Welches sind die hauptsächlichsten Instrumente der Banken- und Versicherungsaufsicht? Erstens die *Bewilligungspflicht* für eine Tätigkeit als Bank oder Versicherung an sich.<sup>5</sup> Zweitens die Stipulierung von *Bewilligungsvoraussetzungen*,<sup>6</sup> welche zu erfüllen sind, damit eine Bewilligung zum Betrieb einer Bank oder einer Versicherung erteilt wird. Die Bewilligungsvoraussetzungen sehen dabei insbesondere Bestimmungen vor bezüglich des notwendigen *Mindestkapitals*, des Vorliegens ausreichender *Eigenmittel*, der

---

<sup>1</sup> Bundesgesetz vom 22. Juni 2007 über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (Finanzmarktaufsichtsgesetz, FINMAG), SR 956.1

<sup>2</sup> Vgl. Art. 3 Abs. 1 lit. a und b FINMAG.

<sup>3</sup> Art. 1 Abs. 2 FINMAG, Botschaft FINMAG, BBl 2006, S. 2857. Vgl. zudem Art. 2 FINMAG, wonach dieses Gesetz gilt, soweit die Finanzmarktgesetze nichts anderes vorsehen. Entsprechend gehen ergänzende oder abweichende Regelungen in den Finanzmarktgesetzen als „lex specialis“ dem FINMAG vor. Vgl. auch Botschaft FINMAG, BBl 2006, S. 2858.

<sup>4</sup> Botschaft FINMAG, BBl 2006, S. 2830.

<sup>5</sup> Vgl. dazu unten Ziff. A.1 und A.2.

<sup>6</sup> Vgl. Ziff. A.3.a und A.3.b.

Organisation sowie der Gewähr für eine einwandfreie Geschäftsführung. Weiter wird die laufende Einhaltung der Bewilligungsvoraussetzungen überwacht.<sup>7</sup> Zusätzliche Elemente der Überwachung sind der Einsatz einer *bewilligten und selbst überwachten Revisionsstelle*,<sup>8</sup> *Rechnungslegungs- und Publizitätsvorschriften*<sup>9</sup> sowie ein besonderes *Sanierungs- und Konkursrecht*.<sup>10</sup>

## **A. Bewilligungspflicht und Bewilligungsvoraussetzungen**

### **1. Bewilligungspflichtige Tätigkeit**

In der Schweiz unterstehen Banken und Versicherungen der Aufsicht durch die FINMA. Ein Instrument dieser Aufsicht ist die Bewilligungspflicht für die Aufnahme der Tätigkeit einer Bank bzw. einer Versicherung. Die Voraussetzungen sowohl der Bewilligungspflicht als auch für die Erteilung der Bewilligung ergeben sich aus den entsprechenden Finanzmarktgesetzen, d.h. in Bezug auf Banken insbesondere aus dem Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen („Bankengesetz, BankG“) und in Bezug auf Versicherungen insbesondere aus dem Bundesgesetz betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen („Versicherungsaufsichtsgesetz, VAG“).

### **2. Anwendungsbereich der Finanzmarktgesetze**

#### **a. Bankengesetz**

##### **aa. Sachlicher Anwendungsbereich**

Der Aufsicht nach dem Bankengesetz unterstehen gemäss Art. 1 Abs. 1 BankG Banken, Privatbankiers und Sparkassen.

##### *(1) Begriff der Bank*

Der Begriff der Bank wird im Bankengesetz nicht definiert. In der Verordnung über die Banken und Sparkassen („Bankenverordnung, BankV“) findet sich in Art. 2a eine nicht abschliessende Aufzählung von Begriffsmerkmalen einer Bank. Danach ist eine Bank ein Unternehmen, das hauptsächlich im Finanzbereich tätig ist und insbesondere gewerbsmässig Publikumseinlagen

---

<sup>7</sup> Vgl. dazu unten Ziff. B.

<sup>8</sup> Vgl. dazu unten Ziff. A.3.a.(e) und Ziff. A.3.b.(c).

<sup>9</sup> Vgl. dazu ZOBL/BLÖCHLINGER, 60 f.

<sup>10</sup> Vgl. dazu unten Ziff. C.

entgegennimmt oder sich öffentlich dafür empfiehlt oder sich in erheblichem Umfang bei mehreren nicht massgebend an ihm beteiligten Banken refinanziert, jeweils mit dem Ziel, auf eigene Rechnung eine unbestimmte Zahl von Personen oder Unternehmen, mit denen es keine wirtschaftliche Einheit bildet, auf irgendeine Art zu finanzieren.

(2) *Die einzelnen Begriffsmerkmale*

(a) *Hauptsächliche Tätigkeit im Finanzbereich*

Ein Unternehmen ist hauptsächlich im Finanzbereich tätig, wenn die dem Finanzbereich zuzuordnende Tätigkeit eines Unternehmens nicht nur eine reine Hilfstätigkeit darstellt, sondern gegenüber möglichen anderen Aktivitäten wie zum Beispiel industrieller oder gewerblicher Natur deutlich überwiegt. Unternehmen, die nur im Rahmen der Tätigkeit ihrer Finanzabteilungen Finanzgeschäfte tätigen, fallen nicht in den Anwendungsbereich des Bankgesetzes.<sup>11</sup>

(b) *Gewerbsmässige Entgegennahme bzw. öffentliche Empfehlung für die Entgegennahme*

Die Entgegennahme von Publikumseinlagen ist gewerbsmässig, wenn mehr als 20 Publikumseinlagen entgegengenommen werden.<sup>12</sup> Handelt es sich bei der Entgegennahme um eine selbständige, auf dauernden Erwerb gerichtete Tätigkeit, so kann bereits die Entgegennahme von weniger als 20 Publikumseinlagen als gewerbsmässig zu qualifizieren sein.<sup>13</sup>

Eine Bank empfiehlt sich öffentlich für die gewerbsmässige Entgegennahme von Publikumsgeldern, wenn sie sich in diesem Zusammenhang, z.B. durch Werbung, Prospektversand oder Inserate, an Nicht-Kunden wendet.<sup>14</sup>

---

<sup>11</sup> B/K/L-KLEINER/SCHWOB, Art. 1 Rdnr. 18; RIMLE, Finanzmarkt, S. 12; ARTER, S. 89 ff. m.w.N.

<sup>12</sup> Art. 3a Abs. 2 BankV; siehe hierzu auch FINMA-Rundschreiben 2008/3 Publikumseinlagen bei Nichtbanken, Rdnr. 8 f.

<sup>13</sup> RIMLE, Finanzmarkt, S. 12; BasK-BankG-BAHAR/STUPP, Art. 1 Rdnr. 8; ARTER, S. 102.

<sup>14</sup> FINMA-Rundschreiben 2008/3 Publikumseinlagen bei Nichtbanken, Rdnr. 9. Wer sich öffentlich zur Entgegennahme von Publikumseinlagen empfiehlt, selbst wenn daraus weniger als 20 Einlagen resultieren würden, handelt gewerbsmässig, vgl. siehe auch Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 17. Januar 2008, B-1645/2007, ausserdem BGer, Urteil vom 29. Juni 2007, 2A.712/2006; BGE 132 II 382 ff., 392; BGE 131 II 306, 315; BGer, Urteil vom 30. Januar 2003, 6S.371/2002. Eine öffentliche Empfehlung liegt nicht vor, wenn die Bank sich mit der Werbung an ihre Kunden richtet, RIMLE, Finanzmarkt, S. 15.



## (c) Publikumseinlage

Die Bankenverordnung behandelt grundsätzlich alle Verbindlichkeiten einer Bank als Publikumseinlagen. Die Ausnahmen von diesem Grundsatz werden in Art. 3a Abs. 3 und 4 BankV abschliessend aufgeführt.<sup>15</sup> Innerhalb dieser Ausnahmefälle kann zwischen solchen Verbindlichkeiten unterschieden werden, denen bereits kein Einlagecharakter zukommt, und solchen, bei denen es sich nicht um Einlagen aus dem Publikum handelt.

## (aa) Fehlende Eigenschaft als Einlage

Nicht als Einlage im Sinne des Art. 3a Abs. 3 BankV gelten

- Gelder, die eine Gegenleistung aus einem Vertrag auf Übertragung des Eigentums oder aus einem Dienstleistungsvertrag darstellen oder als Sicherheitsleistung übertragen werden;<sup>16</sup>
- Anleiheobligationen und andere vereinheitlichte und massenweise ausgegebene Schuldversprechen oder nicht verurkundete Rechte mit gleicher Funktion (Wertrechte), wenn die Gläubiger in einem dem Art. 1156 OR entsprechenden Umfang informiert werden;<sup>17</sup>
- Habensaldi auf Kundenkonti von Effekten- oder Edelmetallhändlern, Vermögensverwaltern oder ähnlichen Unternehmen, wenn sie nur der Abwicklung von Kundengeschäften dienen und für sie kein Zins bezahlt wird;<sup>18</sup>
- Gelder, deren Entgegennahme in einem untrennbaren Zusammenhang mit einem Lebensversicherungsvertrag, der beruflichen Vorsorge oder anderen anerkannten Vorsorgeformen nach Art. 82 des Bundesgesetzes

<sup>15</sup> FINMA-Rundschreiben 2008/3 Publikumseinlagen bei Nichtbanken, Rdnr. 10.

<sup>16</sup> Art. 3a Abs. 3 lit. a BankV. Keinen Einlagecharakter haben deshalb insbesondere eine Anzahlung bei einem Kaufvertrag, ein Vorschuss bei einem Auftrag oder ein Mietzinsdepot; FINMA-Rundschreiben 2008/3 Publikumseinlagen bei Nichtbanken, Rdnr. 12. Siehe auch B/K/L-KLEINER/SCHWOB, Art. 1 Rdnr. 31.

<sup>17</sup> Art. 3a Abs. 3 lit. b BankV. Keine Anleiheobligationen i.S.d. BankV sind individuell getätigte Einlagen wie einzeln ausgegebene Kassenscheine. Diese werden vom Anwendungsbereich des Bankengesetzes erfasst und deren Entgegennahme ist bewilligungspflichtig; vgl. FINMA-Rundschreiben 2008/3 Publikumseinlagen bei Nichtbanken, Rdnr. 14; B/K/L-KLEINER/SCHWOB, Art. 1 Rdnr. 34; ARTER, S. 94 ff. m.w.N.

<sup>18</sup> Art. 3a Abs. 3 lit. c BankV. Solche Konten dienen einzig dazu, die notwendige Liquidität zur Abwicklung des im Vordergrund stehenden Hauptgeschäfts zur Verfügung zu halten. Mit dem für derartige Gelder geltenden Verzinsungsverbot soll der rasche Umlauf und die betragsmässige Begrenzung solcher Gelder erreicht werden, FINMA-Rundschreiben 2008/3 Publikumseinlagen bei Nichtbanken, Rdnr. 16 ff.; ARTER, S. 92 f. m.w.N. insbesondere zur Praxis der EBK.

vom 25. Juni 1982 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge stehen.<sup>19</sup>

Im Zuge einer Rechtsfortbildung hat die Eidgenössische Bankenkommission in dem Rundschreiben EBK-RS 96/4 Publikumseinlagen bei Nichtbanken vom 22. August 1996<sup>20</sup> auch Geldern, welche einem Zahlungsmittel oder Zahlungssystem (wie zum Beispiel Bezahlkarten, Internetbezahlmöglichkeiten, Mobiltelefonbezahlssysteme) zugeführt werden, den Einlagecharakter abgesprochen, sofern diese Gelder nur dem künftigen Bezug von Waren und Dienstleistungen dienen und das maximale Guthaben pro Kunde je Herausgeber eines Zahlungsmittels oder Zahlungssystembetreibers nie mehr als CHF 3'000 beträgt und ausserdem für sie kein Zins geleistet wird.<sup>21</sup>

#### (bb) Nicht vom Publikum stammende Einlagen

Zwar als Einlagen aber nicht als solche des Publikums behandelt die Bankenverordnung Einlagen

- von in- und ausländischen Banken oder anderen staatlich beaufsichtigten Unternehmen;<sup>22</sup>
- von Aktionären oder Gesellschaftern mit einer qualifizierten Beteiligung am Schuldner und mit ihnen wirtschaftlich oder familiär verbundenen Personen;<sup>23</sup>

---

<sup>19</sup> Art. 3a Abs. 3 lit. d BankV. Diese Einlagen werden vom Anwendungsbereich des Bankengesetzes ausgenommen, weil sie bereits aufgrund anderer Bundesgesetze zulässig sind und darüber hinaus bei überwachten Instituten getätigt werden. Einer zusätzlichen Aufsicht durch das Bankengesetz bedarf es daher nicht, FINMA-Rundschreiben 2008/3 Publikumseinlagen bei Nichtbanken, Rdnr. 18.

<sup>20</sup> Dieses Rundschreiben wurde durch das FINMA-Rundschreiben 2008/3 Publikumseinlagen bei Nichtbanken ersetzt. Siehe zu den Ausführungen zu dieser weiteren Ausnahme dort Rdnr. 18<sup>bis</sup>.

<sup>21</sup> Siehe hierzu auch B/K/L-KLEINER/SCHWOB, Art. 1 Rdnr. 33; BasK-BankG-BAHAR/STUPP, Art. 1 Rdnr. 16.

<sup>22</sup> Art. 3a Abs. 4 lit. a BankV. Ein anderes staatlich beaufsichtigtes Unternehmen im Sinne dieser Vorschrift ist z.B. ein Versicherungsunternehmen, FINMA-Rundschreiben 2008/3 Publikumseinlagen bei Nichtbanken, Rdnr. 21. Eine Anwendung des Bankengesetzes auf diese Einlagen erübrigt sich hier, weil die Unternehmen bereits selber einer Aufsicht unterstehen und daher keines zusätzlichen Schutzes bedürfen, BasK-BankG-BAHAR/STUPP, Art. 1 Rdnr. 24; B/K/L-KLEINER/SCHWOB, Art. 1 Rdnr. 41.

<sup>23</sup> Art. 3a Abs. 4 lit. b BankV. Eine qualifizierte Beteiligung liegt vor bei einem Stimmanteil oder einem Kapitalanteil von mehr als 10% (vgl. Art. 3 Abs. 2 lit. c<sup>bis</sup> BankG). Wirtschaftlich verbundene Personen sind z.B. Mutter-, Tochter- oder Schwestergesellschaften. Die in dieser Ausnahmebestimmung genannten Personen bedürfen keines Schutzes durch die Bankengesetzgebung, weil sie anders als das Publikum regelmässig über einen Informations- und Einflussvorsprung verfügen,

- von institutionellen Anlegern mit professioneller Tresorie;<sup>24</sup>
  - bei Vereinen, Stiftungen und Genossenschaften, sofern diese einen ideellen Zweck oder die gemeinsame Selbsthilfe verfolgen und in keiner Weise im Finanzbereich tätig sind;<sup>25</sup>
  - von Arbeitnehmern sowie pensionierten Arbeitnehmern bei ihrem Arbeitgeber.<sup>26</sup>
- (d) Refinanzierung in erheblichem Umfang bei nicht massgebend beteiligten Banken

Ein Unternehmen wird vom Anwendungsbereich des Bankengesetzes auch erfasst, wenn es sich in erheblichem Umfang bei nicht massgebend an ihm beteiligten Banken refinanziert.<sup>27</sup> In diesem Fall handelt es sich bei dem Unternehmen um einen sogenannten grossen Finanzintermediär.<sup>28</sup>

---

FINMA-Rundschreiben 2008/3 Publikumseinlagen bei Nichtbanken, Rdnr. 23. Siehe auch BasK-BankG-BAHAR/STUPP, Art. 1 Rdnr. 23; B/K/L-KLEINER/SCHWOB, Art. 1 Rdnr. 38; RIMLE, Finanzmarkt, S. 15.

<sup>24</sup> Art. 3 Abs. 4 lit. c BankV. Institutionelle Anleger sind Unternehmen oder Unternehmensabteilungen, welche hauptsächlich Anlagegeschäfte betreiben aber nicht notwendig staatlich beaufsichtigt sind. Hierunter fallen zum Beispiel Pensionskassen, Gemeinden, Industrie- und Handelsbetriebe. Eine professionelle Tresorie liegt vor, wenn mindestens eine fachlich ausgewiesene, im Finanzbereich erfahrene Person hauptsächlich damit betraut ist, die Finanzmittel des Anlegers dauernd zu bewirtschaften; FINMA-Rundschreiben 2008/3 Publikumseinlagen bei Nichtbanken, Rdnr. 25. Siehe auch BasK-BankG-BAHAR/STUPP, Art. 1 Rdnr. 26; B/K/L-KLEINER/SCHWOB, Art. 1 Rdnr. 41,

<sup>25</sup> Art. 3a Abs. 4 lit. d BankV. Der Kreis der Einleger ist dabei nicht auf Mitglieder dieser juristischen Personen beschränkt. Eine Publikumseinlage liegt jedoch vor, sobald die juristischen Personen einen Zweck verfolgen oder einer Geschäftstätigkeit nachgehen, welche vorwiegend in der Entgegennahme und in der zinstragenden Anlage der Einlagen besteht; FINMA-Rundschreiben 2008/3 Publikumseinlagen bei Nichtbanken, Rdnr. 27. Die Ausnahme dieser Einlagen vom Anwendungsbereich der Bankenaufsicht rechtfertigt sich dadurch, dass die Einleger regelmässig nicht geschützt werden wollen, da sie mit ihrer Einlage den ideellen oder gemeinsamen Zweck fördern wollen, ARTER, S. 100 m.w.N.

<sup>26</sup> Art. 3a Abs. 4 lit. e BankV. Hiervon erfasst sind die Einlagen bei sogenannten Betriebskassen oder Betriebssparkassen. Der ausgenommene Personenkreis beschränkt sich auf den Arbeitnehmer, d.h. eine in einem Arbeitsverhältnis stehende Person, die eine direkte Anlage beim Arbeitgeber tätigt. Alle anderen Personen, auch Angehörige des Arbeitnehmers bzw. Anlagen bei einer anderen juristischen Person als dem Arbeitgeber, für die der Arbeitgeber nicht haftet, werden von dieser Ausnahme somit nicht erfasst; FINMA-Rundschreiben 2008/3 Publikumseinlagen bei Nichtbanken, Rdnr. 29 f. Siehe auch BasK-BankG-BAHAR/STUPP, Art. 1 Rdnr. 28; RIMLE, Finanzmarkt, S. 16

<sup>27</sup> Art. 2a lit. b BankV

<sup>28</sup> B/K/L-KLEINER/SCHWOB, Art. 1 Rdnr. 42; ARTER, S. 106 m.w.N.

Die Refinanzierung ist die Mittelbeschaffung für die eigene Vergabe von Krediten oder sonstige Finanzierungstätigkeit eines Unternehmens. Eine Refinanzierung in erheblichem Umfang liegt vor, wenn sie eine betragsmässige Grenze von CHF 500 Mio. erreicht, wobei auf den Durchschnitt der letzten vier Quartalsbilanzen abzustellen ist.<sup>29</sup> Eine Refinanzierung wird bei mehreren Banken vorgenommen, wenn es sich um mehr als fünf Banken handelt.<sup>30</sup>

Als refinanzierende Bank i.S.d. Vorschrift kommt jedes Unternehmen in Betracht, das als Bank dem Bankengesetz unterstellt ist.<sup>31</sup> Ob diese Banken an dem von ihnen finanzierten Unternehmen massgeblich beteiligt sind, ist anhand der Umstände jedes Einzelfalles zu bestimmen. Abzustellen ist dabei darauf, ob eine Beteiligung eine Einflussnahme im Sinne einer Geschäftsherrenstellung zulässt.<sup>32</sup>

- (e) Finanzierung einer unbestimmten Zahl von Personen oder Unternehmen, mit denen es wirtschaftlich keine Einheit bildet, auf eigene Rechnung

Die gewerbsmässige Entgegennahme von Publikumseinlagen bzw. die Refinanzierung bei mehreren nicht massgebend am Unternehmen beteiligten Banken muss mit dem Ziel<sup>33</sup> erfolgen, auf eigene Rechnung eine unbestimmte Zahl von Personen oder Unternehmen, mit denen es keine wirtschaftliche Einheit bildet, auf irgendeine Art zu finanzieren.<sup>34</sup>

Unter dem Begriff der Finanzierung versteht man sämtliche Formen der Gewährung finanzieller Unterstützung wie zum Beispiel die Gewährung von Darlehen und Krediten oder die Durchführung von Leasing- oder Kaufgeschäften mit einem Finanzierungszweck. Eine Finanzierung liegt auch vor

---

<sup>29</sup> BasK-BankG-BAHAR/STUPP, Art. 1 Rdnr. 47; ARTER, S. 107.

<sup>30</sup> B/K/L-KLEINER/SCHWOB, Art. 1 Rdnr. 45; BasK-BankG-BAHAR/STUPP, Art. 1 Rdnr. 47; RIMLE, Finanzmarkt, S. 17.

<sup>31</sup> B/K/L-KLEINER/SCHWOB, Art. 1 Rdnr. 43; RIMLE, Finanzmarkt, S. 17.

<sup>32</sup> B/K/L-KLEINER/SCHWOB, Art. 1 Rdnr. 42; RIMLE, Finanzmarkt, S. 17. Siehe auch ARTER, S. 107.

<sup>33</sup> Es ist für die Unterstellung unter die Bankenaufsicht somit schon ausreichend, wenn das Unternehmen beabsichtigt, der Krediterteilung nachzugehen. Diese Absicht muss für die Unterstellungspflicht nicht bereits in die Tat umgesetzt worden sein; entscheidend ist die Aufnahme dieses Geschäftsziels in die Statuten und das Vorhandensein der Absicht bei den geschäftsführenden Personen, ARTER, S. 103 f. m.w.N.

<sup>34</sup> Art. 2a lit a und b BankV.

im Fall der Gewährung von Garantien und Bürgschaften.<sup>35</sup> Umstritten ist hingegen, ob auch der Erwerb von Beteiligungen eine Finanzierung ist.<sup>36</sup>

Ein Unternehmen finanziert eine unbestimmte Anzahl von Personen oder Unternehmen, wenn es bereit ist, grundsätzlich mit allen Kreditsuchenden Finanzierungsgeschäfte abzuschliessen.<sup>37</sup> Dabei darf es seine Finanzierungstätigkeit durchaus auf bestimmte Wirtschaftszweige beschränken, solange es sich innerhalb dieser Wirtschaftszweige wiederum an eine unbestimmte Anzahl von Personen bzw. Unternehmen wendet.<sup>38</sup> Keine Finanzierung einer unbestimmten Anzahl von Personen oder Unternehmen liegt vor, wenn das Unternehmen sich in seiner Finanzierungstätigkeit allein auf Unternehmen eines Konzerns beschränkt.<sup>39</sup> Die Finanzierungstätigkeit erfolgt auf eigene Rechnung, wenn das Unternehmen selber das Risiko der Finanzierung trägt oder die aus der Zinsdifferenz stammenden Gewinne nutzt.<sup>40</sup>

## **bb. Räumlicher Anwendungsbereich**

Dem Bankengesetz unterstehen grundsätzlich nur inländische Banken, d.h. Banken mit Sitz in der Schweiz. Ausnahmsweise unterstehen auch ausländische Banken der Aufsicht des Bankengesetzes. Allgemein gilt dies für Unternehmen, die ihren statutarischen oder gesellschaftsvertraglichen Sitz zwar im Ausland haben, deren organisierte und regelmässige Willensbildung aber in der Schweiz erfolgt oder aber für sie in der Schweiz eine organisierte Tätigkeit ausgeübt wird.<sup>41</sup>

### *(1) Begriff der ausländischen Bank*

Eine ausländische Bank ist gemäss der Legaldefinition des Art. 1 Abs. 1 lit. a-c Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht über die ausländischen Banken in der Schweiz („Auslandsbankenverordnung, ABV“) ein Unternehmen, das nach ausländischem Recht organisiert ist und das

- im Ausland eine Bewilligung als Bank besitzt;<sup>42</sup>

<sup>35</sup> BasK-BankG-BAHAR/STUPP, Art. 1 Rdnr. 35; B/K/L-KLEINER/SCHWOB, Art. 1 Rdnr. 55; RIMLE, Finanzmarkt, S. 18.

<sup>36</sup> Bejahend B/K/L-KLEINER/SCHWOB, Art. 1 Rdnr. 56; ablehnend BasK-BankG-BAHAR/STUPP, Art. 1 Rdnr. 38.

<sup>37</sup> ARTER, S. 105 f. m.w.N.

<sup>38</sup> BGE 87 I 490, 500; B/K/L-KLEINER/SCHWOB, Art. 1 Rdnr. 53.

<sup>39</sup> ARTER, S. 105 m.w.N.

<sup>40</sup> BasK-BankG-BAHAR/STUPP, Art. 1 Rdnr. 41.

<sup>41</sup> BGE 130 II 351, 362 m.w.N.

<sup>42</sup> Art. 1 Abs. 1 lit. a ABV.

- in der Firma, in der Geschäftsbezeichnung oder in den Geschäftsunterlagen den Ausdruck „Bank“ oder „Bankier“ verwendet;<sup>43</sup> oder
- die Banktätigkeit im Sinne von Art. 2a BankV betreibt.<sup>44</sup>

### (2) *Schweizerische Zweigniederlassungen und Vertretungen*

Eine ausländische Bank untersteht der Bankenaufsicht, wenn sie in der Schweiz Personen beschäftigt, die dort oder von dort aus für sie dauernd und gewerbsmässig Geschäfte abschliessen, Kundenkonten führen oder sich rechtlich verpflichten. In einem solchen Fall würde die ausländische Bank eine Zweigniederlassung führen, deren Errichtung in der Schweiz bewilligungspflichtig ist.<sup>45</sup> Allerdings bedarf es nicht erst der Ausübung des Bankgeschäfts über eine schweizerische Zweigniederlassung, um der Bankenaufsicht unterstellt zu werden. Bereits die Beschäftigung von Personen in der Schweiz, die für sie in irgendeiner Weise tätig sind, insbesondere Kundenaufträge an die ausländische Bank weiterleiten oder diese zu Werbe- oder anderen Zwecken vertreten, eröffnet den Anwendungsbereich des Bankengesetzes. Mit der Beschäftigung von Personen zu diesem Zweck führt die ausländische Bank eine Vertretung in der Schweiz, deren Errichtung ebenfalls bewilligungspflichtig ist.<sup>46</sup>

Bewilligungspflichtig ist ferner die Errichtung einer Agentur durch die schweizerische Zweigniederlassung einer ausländischen Bank.<sup>47</sup>

### (3) *Faktische Zweigniederlassungen*

Der Bankenaufsicht sind auch sogenannte faktische Zweigniederlassungen unterstellt, d.h. Geschäftsstellen von Firmen, die nach ausländischem Recht konstituiert sind und ihre Hauptniederlassung im Ausland haben, in der Schweiz jedoch einer bewilligungspflichtigen Tätigkeit nachgehen, ohne formell eine Zweigniederlassung begründet zu haben.<sup>48</sup> Zweck dieser Regelung ist es, eine Umgehung der aufsichtsrechtlichen Ordnung über die Schweiz durch eine geschäftlich nicht gerechtfertigte Inkorporierung an einem ungenügend überwachten Ort zu verhindern.<sup>49</sup>

---

<sup>43</sup> Art. 1 Abs. 1 lit. b ABV.

<sup>44</sup> Art. 1 Abs. 1 lit. c ABV.

<sup>45</sup> Art. 2 Abs. 1 lit. a ABV – Zweigniederlassung.

<sup>46</sup> Art. 2 Abs. 1 lit. b ABV – Vertretung.

<sup>47</sup> Art. 2 Abs. 2 ABV.

<sup>48</sup> BGE 130 II 352, 362; RIMLE, Finanzmarkt, S. 45.

<sup>49</sup> BGE 130 II 352, 362.

(4) *Leitung der ausländischen Bank oder Abwicklung der Geschäfte in der Schweiz*

Wird die ausländische Bank hingegen in der Schweiz geleitet oder wickelt sie ihre Geschäfte ausschliesslich oder überwiegend von der Schweiz aus ab, so untersteht sie nicht nur der Bankenaufsicht. Sie muss sich in diesem Fall auch nach schweizerischem Recht organisieren.<sup>50</sup> Aus der ausländischen Bank wird dadurch also eine inländische Bank mit der Folge, dass die Bestimmungen über die inländischen Banken auf diese Bank anwendbar sind.<sup>51</sup>

(5) *Grenzüberschreitende Tätigkeit*

Das grenzüberschreitende Anbieten von Finanzdienstleistungen vom Ausland in die Schweiz, das sogenannte „Cross-Border-Geschäft“, ist nicht der Bankenaufsicht unterstellt, solange das ausländische Unternehmen in der Schweiz keine dauernde physische Präsenz aufweist.<sup>52</sup>

**cc. Ausnahmen von der Unterstellungspflicht und Konsequenzen**

Börsenagenten und Börsenfirmer, die nur den Handel mit Wertpapieren und die damit unmittelbar im Zusammenhang stehenden Geschäfte betreiben, unterstehen wie auch Vermögensverwalter, Notare und Geschäftsagenten, die lediglich die Gelder ihrer Kunden verwalten, nicht der Bankenaufsicht, wenn sie jeweils keinen Bankbetrieb gemäss Art. 1 Abs. 1 BankG führen.<sup>53</sup>

Diesen und allen anderen Unternehmen, die nicht dem Bankengesetz unterstehen, ist es grundsätzlich verboten, gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegenzunehmen<sup>54</sup> und infolgedessen auch in irgendeiner Form dafür Wer-

<sup>50</sup> Art. 1 Abs. 2 ABV.

<sup>51</sup> Die FINMA kann ausländische Banken übrigens auch dann den Bestimmungen für inländische Banken unterstellen, wenn das Recht am Ort des Hauptsitzes der ausländischen Bank den schweizerischen Banken keine gleichwertige Erleichterungen gewährt und dem kein Staatsvertrag entgegensteht, Art. 3 Abs. 2 ABV. Hiermit soll vermieden werden, dass das liberale schweizerische Bankenrecht von anderen Staaten ausgenutzt wird, RIMLE, Finanzmarkt, S. 48.

<sup>52</sup> ARTER, S. 108 f. m.w.N. Die ausländischen Unternehmen können somit Werbung in die Schweiz versenden oder solche auf dem Internet anbieten, selbst wenn sie sich damit gezielt an Personen in der Schweiz richten. Auch dürfen sich Vertreter, Organe oder Angestellte einer ausländischen Bank vorübergehend zu Verhandlungen und Geschäftsabschlüssen in der Schweiz aufhalten, RIMLE, Finanzmarkt, S. 47; BasK-BankG-BAHAR/STUPP, Art. 1 Rdnr. 85.

<sup>53</sup> Art. 1 Abs. 3 BankG.

<sup>54</sup> Dieser Begriff der gewerbsmässigen Entgegennahme von Publikumseinlagen ist identisch mit dem in Art. 2a lit. a BankV verwendeten Begriff, B/K/L-KLEINER/SCHWOB, Art. 1 Rdnr. 73; BasK-BankG-BAHAR/STUPP, Art. 1 Rdnr. 60.

bung zu treiben, insbesondere in Inseraten, Prospekten, Rundschreiben oder elektronischen Medien.<sup>55</sup>

Bei der Bankenaufsicht handelt es sich somit um ein geschlossenes System. Diejenigen Unternehmen, die gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegennehmen, unterstehen der Bankenaufsicht durch die FINMA, während die Unternehmen, die dieser Aufsicht nicht unterstehen, keine Publikumsgelder entgegennehmen dürfen.<sup>56</sup>

## **b. Versicherungsaufsichtsgesetz**

### **aa. Sachlicher Anwendungsbereich**

Der Versicherungsaufsicht unterstellt sind schweizerische Versicherungsunternehmen, die die Direktversicherung oder die Rückversicherung betreiben, Versicherungsvermittler sowie Versicherungsgruppen und Versicherungskonglomerate.<sup>57</sup>

Von der Aufsicht erfasst werden nur private Versicherungsunternehmen, d.h. Unternehmen, deren Ziel der Abschluss privater Versicherungsverträge ist.<sup>58</sup> Diese Voraussetzung wird im Versicherungsaufsichtsgesetz seit seiner Revision zwar nicht mehr ausdrücklich genannt.<sup>59</sup> Der Verzicht auf die gesetzliche Erwähnung dieses Merkmals hat nach allgemeiner Ansicht jedoch keine Änderung des Anwendungsbereichs des revidierten Versicherungsaufsichtsgesetzes zur Folge.<sup>60</sup> Die öffentlich-rechtlichen Versicherungsunternehmen unterstehen nicht der Aufsicht des Versicherungsgesetzes, weil hinter ihnen ein Gemeinwesen steht, das für ihre Verbindlichkeiten haftet, und sich daher eine besondere Aufsicht des Staates erübrigt.<sup>61</sup>

---

<sup>55</sup> Art. 1 Abs. 2 BankG i.V.m. Art. 3 Abs. 1 BankV. Zum Werbeverbot BasK-BankG-BAHAR/STUPP, Art. 1 Rdnr. 62; B/K/L-KLEINER/SCHWOB, Art. 1 Rdnr. 84; RIMLE, Finanzmarkt, S. 24. Eine Ausnahme von dem Verbot der gewerbsmässigen Entgegennahme von Publikumseinlagen gilt für Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts sowie für Kassen, für die sie vollumfänglich haften, weil dadurch der Schutz der Einleger nicht beeinträchtigt wird, vgl. Art. 3 Abs. 1 BankV i.V.m. Art. 1 Abs. 2 Satz 2 BankG.

<sup>56</sup> BasK-BankG-BAHAR/STUPP, Art. 1 Rdnr. 60.

<sup>57</sup> Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 lit. a, c und VAG.

<sup>58</sup> WEBER/UMBACH, § 4 Rdnr. 3.

<sup>59</sup> Für das alte Recht siehe RIMLE, Finanzmarkt, S. 137.

<sup>60</sup> Botschaft zum VAG (2003), BBl 2003, S. 3807; a.A. SCHAER, § 5 Rdnr. 61.

<sup>61</sup> RIMLE, Finanzmarkt, S. 139; BURKI/PFUND/WALDMEIER, S. 46. Öffentlich-rechtliche Versicherungseinrichtungen sind solche Einrichtungen oder Unternehmen, die öffentlich-rechtlich organisiert sind und solche, die öffentlich-rechtliche Aufgaben erfüllen und dabei einer besonderen Aufsicht unterstellt sind (zu letzteren siehe auch Art. 2 Abs. 2 lit. b VAG). Beispiele für öffentlich errichtete Versicherungseinrichtungen sind die Schweizerische Unfallversicherungsanstalt, öffentliche Un-



*(1) Begriff der Versicherung*

Versicherungsunternehmen sind Unternehmen, die das Versicherungsgeschäft betreiben.<sup>62</sup> Das Gesetz definiert den Begriff der Versicherung nicht, sondern überlässt die Definition der Praxis.<sup>63</sup> Das Bundesgericht<sup>64</sup> hat den Begriff der Versicherung durch die folgenden fünf Merkmale festgelegt:

- Risiko oder Gefahr
- Leistung des Versicherten in Form einer Prämie
- Leistung des Versicherungsunternehmens
- Selbständigkeit der Operation
- Kompensation der Risiken nach den Gesetzen der Statistik, d.h. der planmässige Geschäftsbetrieb<sup>65</sup>

Eine Versicherung zeichnet sich somit dadurch aus, dass gegen Entgelt für den Fall des Eintritts eines definierten ungewissen Ereignisses bestimmte Leistungen erbracht werden und das übernommene Risiko auf eine möglichst hohe Zahl durch die gleiche Gefahr bedrohter Personen nach dem Gesetz der hohen Zahl verteilt wird.<sup>66</sup> Diese entgeltliche Leistungspflicht muss eine selbständige Vereinbarung sein, d.h. sie muss auch in so genannten Mischgeschäften eine gewisse Bedeutung haben und darf nicht nur eine einfache Nebenabrede oder eine Modalität eines anderen Vertragsteils sein.<sup>67</sup>

*(2) Direktversicherung und Rückversicherung*

Eine Direktversicherung ist die Erstversicherung, mit dem das Versicherungsunternehmen dem Publikum anbietet, Risiken desselben durch den Abschluss von Versicherungsverträgen abzusichern. Eine Rückversicherung wendet sich hingegen an ein Direktversicherungsunternehmen (oder an ein anderes Rück-

fallversicherungskassen, kantonale Gebäudeversicherungsanstalten und die Krankenkassen öffentlichen Rechts, WEBER/UMBACH § 4 Rdnr. 4.

<sup>62</sup> BGE Urteil vom 2. Februar 2006, 2A.393/2005.

<sup>63</sup> Botschaft zum VAG (2003), BBl 2003, S. 3808.

<sup>64</sup> BGE 114 IB 247, 107 Ib 60 f., 76 I 371, 368; 58 I 261, 259. Diese Merkmale sind nach wie vor massgebend, BURKI/PFUND/WALDMEIER, S. 46.

<sup>65</sup> Die Lehre kritisiert das Kriterium des planmässigen Betriebs dahingehend, dass gerade bei Versicherungsunternehmen, die Risiken gegen Prämien ohne entsprechende Kompensation übernehmen, das Schutzbedürfnis der Prämienzahler besonders gross sei. In diesen Fällen sei es Sache der Aufsichtsbehörde, den planmässigen Betrieb zu sichern, siehe RIMLE, Finanzmarkt, S. 138; WEBER/UMBACH, § 4 Rdnr. 16.

<sup>66</sup> ISELI, Führungsorganisation, § 6 Rdnr. 698.

<sup>67</sup> WEBER/UMBACH, § 4 Rdnr. 15.

versicherungsunternehmen) und bietet ihm an, einen Teil oder das ganze des mit der Erstversicherung übernommenen Risikos abzunehmen.<sup>68</sup>

### (3) *Versicherungsvermittler*

Mit dem heutigen Versicherungsaufsichtsgesetz werden auch Versicherungsvermittler von der Versicherungsaufsicht erfasst.<sup>69</sup> Versicherungsvermittler sind gemäss Art. 40 VAG unabhängig von ihrer Bezeichnung Personen, die im Interesse von Versicherungsunternehmen oder anderen Personen Versicherungsverträge anbieten oder abschliessen.<sup>70</sup>

### (4) *Versicherungsgruppen und Versicherungskonglomerate*

Eine Versicherungsgruppe und Versicherungskonglomerate unterstehen ebenfalls der Versicherungsaufsicht.<sup>71</sup>

Eine Versicherungsgruppe besteht aus zwei oder mehreren Unternehmen, von denen mindestens eines ein Versicherungsunternehmen ist, und die Unternehmen in ihrer Gesamtheit hauptsächlich im Versicherungsbereich tätig sind und sie ausserdem eine wirtschaftliche Einheit bilden oder auf andere Weise durch Einfluss oder Kontrolle miteinander verbunden sind.<sup>72</sup> Ein Versicherungskonglomerat ist eine Versicherungsgruppe, bei dem eines der Gruppenunternehmen eine Bank oder ein Effektenhändler ist.<sup>73</sup>

Die FINMA kann im Fall solcher Unternehmensgebilde die Aufsicht über das Versicherungsunternehmen auf die Gruppe bzw. das Konglomerat ausweiten, wenn eines der Unternehmen seinen Sitz in der Schweiz hat und wenn die Gruppe bzw. das Konglomerat tatsächlich von der Schweiz aus geleitet wird. Das gleiche gilt, wenn das Unternehmen zwar vom Ausland aus geleitet wird, dort aber keiner gleichwertigen Aufsicht unterstellt ist. In diesen Fällen wird die Einzelaufsicht über das Versicherungsunternehmen durch die Gruppenaufsicht ergänzt.<sup>74</sup>

---

<sup>68</sup> WEBER/UMBACH, § 4 Rdnr. 17.

<sup>69</sup> Art. 2 Abs. 1 lit. c VAG.

<sup>70</sup> WEBER/UMBACH, § 4 Rdnr. 20. Siehe ferner zu den Details der Aufsicht über die Versicherungsvermittler WEBER/UMBACH, § 10; KÄSER/STUDER, S. 293 ff.; RIMLE, AJP 2005, 448.

<sup>71</sup> Art. 2 Abs. 1 lit. d VAG.

<sup>72</sup> Art. 64 VAG.

<sup>73</sup> Art. 72 VAG. Siehe zu den Details der Aufsicht über die Versicherungsgruppen und -konglomerate, KLAUER, S. 326 ff.

<sup>74</sup> Art. 66 und 74 VAG. Zu den Details der Aufsicht über Versicherungsgruppen und Versicherungskonglomerate siehe Art. 64 ff. VAG ergänzt durch die Art. 191 ff. AVO sowie durch das FINMA-Rundschreiben 2008/28 Struktur Versicherungskonzerne. Siehe ferner WEBER/UMBACH, § 12; BURKI/PFUND/WALDMEIER, S. 52 f.

## bb. Räumlicher Anwendungsbereich

Der Versicherungsaufsicht unterstehen zunächst schweizerische Versicherungsunternehmen.<sup>75</sup> Hierunter fallen grundsätzlich alle Versicherungsunternehmen, die ihren Sitz in der Schweiz haben, und zwar unabhängig davon, ob sie das Versicherungsgeschäft in der Schweiz oder im Ausland betreiben.<sup>76</sup>

Darüber hinaus erfasst der Anwendungsbereich des Versicherungsaufsichtsgesetzes auch Versicherungsunternehmen mit Sitz im Ausland, wenn und soweit sie in der Schweiz oder von der Schweiz aus tätig sind.<sup>77</sup>

Eine Versicherungstätigkeit in der Schweiz liegt dabei gemäss Art. 1 Abs. 1 lit. a und b der Verordnung über die Beaufsichtigung von privaten Versicherungsunternehmen („Aufsichtsverordnung, AVO“) grundsätzlich vor, wenn eine natürliche oder eine juristische Person mit Domizil in der Schweiz zu den Versicherungsnehmern oder zu den Versicherten gehört oder in der Schweiz belegene Personen oder Sachen versichert werden.<sup>78</sup>

Des Weiteren unterstehen ausländische Versicherungsunternehmen in dem Umfang, in dem sie von der Schweiz aus Versicherungsgeschäfte betreiben, der Versicherungsaufsicht. Hierunter fällt zum Beispiel ein Versicherungsunternehmen, das über eine Niederlassung in der Schweiz nur mit Personen im Ausland Versicherungsverträge abschliesst, mit denen im Ausland liegende Risiken versichert werden.<sup>79</sup>

Die Unterstellung ausländischer Versicherungsunternehmen erfolgt allerdings nur unter Vorbehalt abweichender staatsvertraglicher Bestimmungen.<sup>80</sup> Eine vollständige Anerkennung der gegenseitigen Aufsichtsordnungen und der Aufsicht des Sitzstaates besteht bisher nur zwischen der Schweiz und dem Fürstentum Liechtenstein im Bereich der Direktversicherung.<sup>81</sup>

<sup>75</sup> Art. 2 Abs. 1 lit. a VAG.

<sup>76</sup> WEBER/UMBACH, § 4 Rdnr. 25; RIMLE, Finanzmarkt, S. 139 f.

<sup>77</sup> Art. 2 Abs. 1 lit. b Alt. 1 VAG.

<sup>78</sup> WEBER/UMBACH, § 4 Rdnr. 28; BURKI/PFUND/WALDMEIER, S. 49. Zu der Ausnahme dieser ausländischen Versicherungsunternehmen von der Versicherungsaufsicht gemäss Art. 1 Abs. 2 VAG siehe unten.

<sup>79</sup> Art. 2 Abs. 2 lit. b Alt. 2 VAG. Botschaft zum VAG (2003), BBl 2003, S. 3808; WEBER/UMBACH, § 4 Rdnr. 31.

<sup>80</sup> Art. 2 Abs. 2 lit. b HS 2 AVO.

<sup>81</sup> Abkommen vom 19. Dezember 1996; siehe für Einzelheiten insbesondere auch zum Abkommen betreffend die Direktversicherung mit Ausnahme der Lebensversicherung vom 10. Oktober 1989 zwischen der Schweiz und der Europäischen Union (damals noch Europäische Wirtschaftsgemeinschaft) RIMLE, Finanzmarkt, S. 159 ff.; WEBER/UMBACH, § 4, Rdnr. 32 ff.; BURKI/PFUND/WALDMEIER, S. 30 ff. und S. 50.

**cc. Ausnahmen von der Unterstellungspflicht**

*(1) Versicherungsunternehmen mit besonderer Aufsicht*

Neben den bereits erwähnten öffentlich-rechtlichen Versicherungsunternehmen sind ausserdem solche Versicherungsunternehmen von der Versicherungsaufsicht ausgenommen, die von Bundesrechts wegen einer besonderen Aufsicht unterstellt sind. Dies gilt allerdings nur in dem Umfang, in dem sie tatsächlich Versicherungen in einem Bereich anbieten, der dieser besonderen Aufsicht untersteht.<sup>82</sup> Beispiele solcher Versicherungsunternehmen sind die registrierten Vorsorgeeinrichtungen und die vom Bund anerkannten Arbeitslosenversicherungen sowie die anerkannten Krankenkassen.<sup>83</sup>

*(2) Versicherungsvermittler im Abhängigkeitsverhältnis*

Versicherungsvermittler, die in einem Abhängigkeitsverhältnis zu einem Versicherungsnehmer stehen, sind ebenfalls von der Versicherungsaufsicht ausgenommen.<sup>84</sup> Hiervon erfasst werden insbesondere Versicherungsvermittler, die ausschliesslich für einen Konzern tätig sind.<sup>85</sup>

*(3) Versicherungsunternehmen mit geringer wirtschaftlicher Bedeutung*

Die FINMA kann Versicherungsunternehmen, deren Versicherungstätigkeit von geringer wirtschaftlicher Bedeutung ist oder nur einen kleinen Kreis von Versicherten betrifft, von der Aufsicht befreien, wenn besondere Umstände es rechtfertigen.<sup>86</sup>

---

<sup>82</sup> Art. 2 Abs. 2 lit. b VAG.

<sup>83</sup> Botschaft zum VAG (2003), BBl 2003, S. 3809; BURKI/PFUND/WALDMEIER, S. 47; WEBER/UMBACH, § 4 Rdnr. 43 f. mit weiteren Details. Bieten die Krankenkassen allerdings Zusatzversicherungen an, die nicht vom Bundesgesetz über die Krankenversicherung gedeckt werden, wird die betreffende Versicherungseinrichtung in Bezug auf diese Versicherungsleistung vom Versicherungsaufsichtsgesetz erfasst.

<sup>84</sup> Art. 2 Abs. 2 lit. c VAG.

<sup>85</sup> WEBER/UMBACH, § 4 Rdnr. 47.

<sup>86</sup> Art. 2 Abs. 3 VAG. Zu den Einzelheiten, insbesondere der Möglichkeit, sogenannte Captives (externe Selbstversicherung in Form einer rechtlich selbständigen Gesellschaft, die vom Versicherungsnehmer oder von mehreren Versicherungsnehmern zu diesem Zweck gegründet oder erworben wurde) von der Versicherungsaufsicht auszunehmen, Botschaft zum VAG (2003), BBl 2003, S. 3809 f.; WEBER/UMBACH, § 4 Rdnr. 47; SCHAER, § 5 Rdnr. 62.

*(4) Ausländische Rückversicherungsunternehmen*

Ausländische Versicherungsunternehmen, die in der Schweiz nur die Rückversicherung betreiben, sind von der Versicherungsaufsicht ausgenommen.<sup>87</sup> Die Ausnahme von der Versicherungsaufsicht ist auf den Versichertenkreis einer Rückversicherung zurückzuführen. Dieser besteht aus Direktversicherern, von denen erhöhte Branchenkenntnisse erwartet werden dürfen und die auch im Gegensatz zu den Konsumenten über die gleichwertige Vertragsmacht gegenüber dem Rückversicherungsunternehmen verfügen. Betreibt das ausländische Versicherungsunternehmen nicht nur die Rückversicherung, sondern auch die Direktversicherung in der Schweiz, so untersteht es mit seinem gesamten Geschäft der Versicherungsaufsicht.<sup>88</sup>

*(5) Ausländische Versicherungsunternehmen mit beschränktem Geschäftskreis ohne schweizerische Niederlassung*

Ein ausländisches Versicherungsunternehmen, das in der Schweiz Geschäfte tätig, untersteht – wie bereits dargestellt – grundsätzlich der Versicherungsaufsicht. Ausgenommen hiervon sind die ausländischen Versicherungsunternehmen, die in der Schweiz keine Niederlassung errichtet haben und die in der Schweiz ausschliesslich

- die Deckung von Versicherungsrisiken im Zusammenhang mit Hochseeschifffahrt, Luftfahrt und grenzüberschreitenden Transporten,
- die Deckung für im Ausland gelegenen Risiken oder
- die Deckung von Kriegsrisiken

zum Geschäftsgegenstand haben.<sup>89</sup> Auch in diesem Fall sind Konsumenten nicht in das Versicherungsgeschäft involviert. Die Versicherungsnehmer dieser Versicherungsleistungen bedürfen des besonderen Schutzes des Versicherungsaufsichtsgesetzes nicht und auch ansonsten bestehen keine Gründe für die Notwendigkeit, diese Versicherungsgeschäfte der strengen Aufsicht des Versicherungsaufsichtsgesetzes zu unterwerfen.

**c. Gleichklang und Unterschiede**

Anders als bei der Bankengesetzgebung fallen nicht alle als Versicherung qualifizierten Unternehmen unter die Bewilligungspflicht des Versicherungsaufsichtsgesetzes. Dieses zählt stattdessen abschliessend die Versicherungsunternehmen auf, die vom Anwendungsbereich erfasst werden. Der Grund für

---

<sup>87</sup> Art. 2 Abs. 2 lit. a VAG.

<sup>88</sup> WEBER/UMBACH, § 4 Rdnr. 41.

<sup>89</sup> Art. 1 Abs. 2 lit. a-c AVO.

den Unterschied liegt in der primären Ausrichtung des Versicherungsaufsichtsgesetzes auf den Schutz der Versicherten vor Insolvenzrisiken und vor Missbräuchen.<sup>90</sup> Auf diesen Schutz kann aber verzichtet werden, wenn die Versicherten auf andere Weise als durch die Versicherungsaufsicht geschützt werden, was bei den entsprechenden Ausnahmen von der Versicherungsaufsicht, insbesondere den öffentlich-rechtlichen Versicherungseinrichtungen, der Fall ist.

Das Bankengesetz und das Versicherungsaufsichtsgesetz sind unter bestimmten Umständen auch auf Unternehmen mit Sitz im Ausland anwendbar. Die beiden Gesetze sehen hinsichtlich der Unterstellungspflicht dieser Unternehmen jedoch unterschiedliche Anknüpfungspunkte vor. Das Bankengesetz erlaubt die rein grenzüberschreitende Tätigkeit eines Unternehmens. Auf ausländische Unternehmen ist es somit nicht anwendbar, solange diese in der Schweiz nicht in Form einer Zweigniederlassung, einer Agentur oder einer Vertretung dauerhaft physisch präsent sind. Hingegen kommt es für das Versicherungsaufsichtsgesetz nicht auf eine Präsenz in der Schweiz an. Es knüpft seinen Anwendungsbereich vielmehr an den Wohnsitz der Versicherten bzw. den Belegenheitsort der versicherten Sache.

Die Begründung für die unterschiedliche Anknüpfung der Bewilligungspflicht von Banken und Versicherungen liegt ebenfalls im Zweck der jeweils zugrunde liegenden Aufsichtsgesetzgebung. Die Bankenaufsicht dient nach allgemeiner Ansicht primär dem Schutz der Gläubiger vor dem Risiko einer Insolvenz oder der Illiquidität der Bank.<sup>91</sup> Der Gläubigerschutz bedeutet, dass die Gläubiger einer Bank vor deren Liquidation geschützt werden sollen. Diesem Schutz kann die Aufsichtsbehörde jedoch nur bei Instituten mit physischer Präsenz in der Schweiz nachkommen. Bei der Versicherungsaufsicht steht hingegen der Schutz der Versicherten vor den Insolvenzrisiken und Missbräuchen im Vordergrund. Das Versicherungsaufsichtsgesetz soll die Versicherten vor allem vor Übervorteilung, unlauteren Geschäftspraktiken und anderen Missbräuchen des Versicherungsunternehmens schützen. Dieser Schutz wäre jedoch nicht effektiv ausgestaltet, wenn nur Versicherungsunternehmen mit einer Präsenz in der Schweiz nach den Regeln des Versicherungsaufsichtsgesetzes beaufsichtigt würden. An all dem ändert auch das FINMAG nichts.<sup>92</sup>

---

<sup>90</sup> Vgl. Art. 1 Abs. 2 VAG; zum Schutzzweck der Versicherungsaufsicht allgemein Botschaft zum VAG (2003), BBl 2003, S. 3808; ausführlich zum Schutz der Versicherten vor Missbräuchen im Versicherungsaufsichtsrecht, HARTMANN, HAVE 2007, S. 30; SCHAER, § 5 Rdnr. 71 ff.; BURKI/PFUND/WALDMEIER, S. 65 ff.

<sup>91</sup> Zum Zweck der Bankenaufsicht allgemein ARTER, S. 12 ff.

<sup>92</sup> M.w.H. KILGUS, S. 829.

### **3. Bewilligungsvoraussetzungen**

#### **a. Banken**

Banken bedürfen zur Aufnahme ihrer Tätigkeit einer Bewilligung der FINMA. Sie dürfen nicht in das Handelsregister eingetragen werden, bevor diese Bewilligung erteilt wurde.<sup>93</sup>

##### **aa. Allgemeines**

Die Bewilligung für die Ausübung der Bankentätigkeit ist verwaltungsrechtlich eine Polizeierlaubnis,<sup>94</sup> die erteilt werden muss, wenn sämtliche Bewilligungsvoraussetzungen erfüllt sind.<sup>95</sup>

Die Voraussetzungen der Bewilligungserteilung für inländische Banken regelt das Bankengesetz in Art. 3 Abs. 2 lit. a-d; diese betreffen

- die Geschäftstätigkeit der Bank,
- die Verwaltungsorganisation der Bank,
- Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit,
- die finanzielle Ausstattung der Bank.

Die Bewilligungsvoraussetzungen des Bankengesetzes werden durch die Art. 4 ff. BankV konkretisiert und ergänzt. Für ausländische Banken sehen Art. 4 ff. ABV zusätzliche Voraussetzungen vor.<sup>96</sup>

##### **bb. Bewilligungsvoraussetzungen für den Betrieb einer inländischen Bank**

###### *(1) Geschäftstätigkeit der Bank*

Die Erteilung der Bankbewilligung setzt zunächst voraus, dass die Bank je nach Rechtsform<sup>97</sup> in ihrer Satzung bzw. in ihrem Gesellschaftsvertrag sowie

---

<sup>93</sup> Art. 3 Abs. 1 BankG.

<sup>94</sup> B/K/L-KLEINER/SCHWOB, Art. 3 Rdnr. 6; RIMLE, Finanzmarkt, S. 25; STÖCKLI, S. 75.

<sup>95</sup> Vgl. Art. 3 Abs. 2 BankG.

<sup>96</sup> Eine Übersicht über sämtliche bewilligungspflichtigen Tatbestände der Bank ist in dem FINMA-Rundschreiben 2008/1 Bewilligungs- und Meldepflichten Banken in Ziffer IV enthalten.

<sup>97</sup> Es gibt für Banken keinen Rechtsformzwang, d.h. sowohl bei der Gründung als auch bei einem Rechtsformwechsel besteht für Banken Wahlfreiheit der Rechtsform, ISELI, Führungsorganisation, § 5 Rdnr. 491.

in ihren Reglementen ihren Geschäftskreis in sachlicher und örtlicher Hinsicht genau umschreibt.<sup>98</sup>

Im Fall einer Universalbank sind das in der Regel alle Arten von Bank-, Finanz-, Beratungs-, Dienstleistungs- und Handelsgeschäften. Handelt es sich nicht um eine Universalbank, so hat die Bank ihr Hauptgeschäft und die in diesem Zusammenhang angebotenen Dienstleistungen genau zu bezeichnen (z.B. Vermögensverwaltung, Investment Banking, Börsengeschäft, etc.).<sup>99</sup> In örtlicher Hinsicht muss die Bank festlegen, ob sie lokal, kantonal, regional, national oder international tätig sein will.<sup>100</sup>

Der so umschriebene Aufgabenkreis und der geographische Geschäftsbereich müssen den finanziellen Möglichkeiten sowie der Verwaltungsorganisation der Bank entsprechen.<sup>101</sup>

## (2) *Verwaltungsorganisation der Bank*

Ferner muss die Bank eine ihrer Geschäftstätigkeit entsprechende Verwaltungsorganisation aufweisen.

### (a) Dualistische Organisationsstruktur

Die jeweils notwendige Verwaltungsorganisation bestimmt sich nach dem definierten Geschäftszweck oder -umfang der Bank,<sup>102</sup> der die Einrichtung eines besonderen Organs für die Oberleitung, Aufsicht und Kontrolle erforderlich machen kann.<sup>103</sup> Dieses Organ, d.h. im Regelfall der Verwaltungsrat,<sup>104</sup> muss mindestens drei Mitglieder umfassen und von der Geschäftsführung

---

<sup>98</sup> Art. 3 Abs. 1 lit. a BankG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 BankV.

<sup>99</sup> B/K/L-KLEINER/SCHWOB, Art. 3 Rdnr. 34; STÖCKLI, S. 81 f.

<sup>100</sup> B/K/L-KLEINER/SCHWOB, Art. 3 Rdnr. 36; BasK-BankG-WINZELER, Art. 3 Rdnr. 6.

<sup>101</sup> Art. 7 Abs. 3 BankV. Mit dieser Voraussetzung ist eine Adäquanz zwischen Zielsetzung und Organisationssystem bezweckt. Damit soll vermieden werden, dass die Bank ihre Geschäftstätigkeit auf Gebiete erstreckt, für die ihr die notwendigen personellen oder finanziellen Ressourcen nicht zur Verfügung stehen, STÖCKLI, S. 80.

<sup>102</sup> BasK-BankG-WINZELER, Art. 3 Rdnr. 7; STÖCKLI, S. 55.

<sup>103</sup> Art. 3 Abs. 2 lit. a BankG. Das Erfordernis einer Funktionstrennung wurde immer sehr weit ausgelegt, so dass diese für Banken in der Rechtsform der Aktiengesellschaft, der Kommanditgesellschaft, der Genossenschaft und der GmbH zwingend vorgenommen werden musste, ISELI, Führungsorganisation, § 5 Rdnr. 582 ff. mit kritischem Verweis auf die Praxis der EBK.

<sup>104</sup> Zur regelmässigen Wahl der Aktiengesellschaft für Banken trotz der Wahlfreiheit der Rechtsform, ISELI, Führungsorganisation, § 5 Rdnr. 491.



personell, aber auch funktionell<sup>105</sup> getrennt sein, um die gesetzlich verlangte sachgemässe Überwachung der Geschäftsführung gewährleisten zu können.<sup>106</sup> Von dem Verbot der Personalunion zwischen der Verwaltung und der Geschäftsführung kann die FINMA bei Vorliegen besonderer Umstände eine Ausnahme bewilligen.<sup>107</sup> Bei der Beurteilung solcher Umstände ist zu berücksichtigen, dass das Verbot der Personalunion nur sinnvoll ist, wenn der Verwaltungsrat und die Geschäftsleitung überhaupt wirtschaftlich vertretbar besetzt werden können.<sup>108</sup> Besondere Umstände können z.B. vorliegen im Fall des kurzfristigen Ausscheidens eines Geschäftsführers einer kleinen Bank.<sup>109</sup>

#### (b) Weitere Funktionstrennung

Eine Funktionstrennung sieht die Bankengesetzgebung aber nicht nur zwischen diesen Organen der Bank vor. Auch im Hinblick auf die Geschäftszweige Handel, Vermögensverwaltung und Abwicklung muss die Bank für eine betriebsinterne Funktionstrennung sorgen.<sup>110</sup> Durch diese Sparten-trennung sollen eine Benachteiligung von Kunden und andere Formen des Missbrauchs vermieden werden.<sup>111</sup>

#### (c) Wohnsitzpflicht

Die Bank hat sicherzustellen, dass die mit der Geschäftsführung betrauten Personen an einem Ort ihren Wohnsitz haben, wo sie die Geschäftsführung tatsächlich und verantwortlich ausüben können.<sup>112</sup> Da die Bank tatsächlich von der Schweiz aus geleitet werden muss,<sup>113</sup> wird von den Führungsorganen eine Mindestpräsenz in der Schweiz verlangt.<sup>114</sup> Die Wohnsitzpflicht soll

<sup>105</sup> Details zu den Aufgaben und Verantwortlichkeiten sowie zur Zusammensetzung des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung siehe FINMA-Rundschreiben 2008/24 Überwachung und interne Kontrolle Banken, Rdnr. 9-53 und Rdnr. 80-126; ISELI, Führungsorganisation, § 5 Rdnr. 598 ff.; STÖCKLI, S. 76 f.; ARTER, S. 119 f. m.w.N.

<sup>106</sup> Art. 3 Abs. 2 lit. a BankG i.V.m. Art. 8 BankV. Zur grundsätzlichen Kritik an der Funktionstrennung sowie an dem Verbot der Personalunion ISELI, Führungsorganisation, § 5 Rdnr. 535 ff.

<sup>107</sup> Art. 8 BankV.

<sup>108</sup> ISELI, Führungsorganisation, § 5 Rdnr. 570.

<sup>109</sup> Für die flexible Anwendung der Ausnahmegewilligung vor allem in Bezug auf kleinere Institute, STÖCKLI, S. 84. Siehe auch ISELI, Führungsorganisation, § 5 Rdnr. 569 ff. mit Ausführungen zur Kasuistik, Rdnr. 575 ff.

<sup>110</sup> Art. 9 BankV.

<sup>111</sup> STÖCKLI, S. 87.

<sup>112</sup> Art. 3 Abs. 2 lit. d BankG.

<sup>113</sup> Art. 7 Abs. 4 Satz 1 BankV.

<sup>114</sup> STÖCKLI, S. 76.

vermeiden, dass sich die Geschäftsführung der Aufsicht in der Schweiz entzieht.

(d) Risikomanagement

Die Bank ist ferner verpflichtet, für ein Risikomanagement zu sorgen, mit dem insbesondere Markt-, Kredit-, Ausfall-, Abwicklungs-, Liquiditäts- und Imagerisiken sowie operationelle und rechtliche Risiken zu erfassen, begrenzen und zu überwachen sind.<sup>115</sup> Die Grundzüge dieses Risikomanagements muss sie in einem Reglement oder in internen Richtlinien niederlegen, in dem sie zusätzliche Zuständigkeit und das Verfahren für die Bewilligung von risikobehafteten Geschäften regelt. Die interne Dokumentation über die Beschlussfassung und Überwachung der risikohaften Geschäfte muss die Bank dabei so ausgestalten, dass die Prüfgesellschaften in der Lage sind, sich ein zuverlässiges Urteil über die Geschäftstätigkeit der Bank zu bilden.<sup>116</sup>

(e) Internes Kontrollsystem

Schliesslich ist die Bank verpflichtet, für ein wirksames internes Kontrollsystem zu sorgen, wozu insbesondere eine von der Geschäftsführung unabhängige interne Revision, das sogenannte Inspektorat, gehört.<sup>117</sup> Das Inspektorat ist dem Verwaltungsrat bzw. der Verwaltung unterstellt und nimmt die ihr von diesem bzw. dieser übertragenen Prüf- und Überwachungsaufgaben wahr.<sup>118</sup>

(3) *Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit*

(a) Gewährleistung der leitenden Personen

Die Bewilligung zum Geschäftsbetrieb wird nur erteilt, wenn die mit der Verwaltung und Geschäftsführung der Bank betrauten Personen einen guten Ruf geniessen und Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten.<sup>119</sup>

Eine Person bietet Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit,<sup>120</sup> wenn sie die Rechtsordnung beachtet, d.h. die Gesetze und Verordnungen

---

<sup>115</sup> Art. 9 Abs. 2 BankV. Siehe hierzu im Einzelnen ISELI, Führungsorganisation, § 5 Rdnr. 644 ff.; ARTER, S. 120 ff. m.w.N.

<sup>116</sup> Art. 9 Abs. 3 BankV. Ausführlich zum Risikomanagement der Bank STÖCKLI, S. 88 ff.

<sup>117</sup> Art. 9 Abs. 4 BankV.

<sup>118</sup> FINMA-Rundschreiben 2008/24 Überwachung und interne Kontrolle Banken, Rdnr. 54 ff; STÖCKLI, S. 98 ff; zu den Anforderungen an die interne Revision im Einzelnen siehe auch ISELI, ST 2008, 560.

<sup>119</sup> Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG.

insbesondere im Banken- und Börsenrecht, aber auch im Zivil- und Strafrecht sowie die Statuten und das interne Regelwerk der Bank, und ausserdem ihre berufsspezifischen Pflichten wie Integrität, Gewissenhaftigkeit, Sorgfalt und Treue erfüllt.<sup>121</sup>

(b) Gewährleistung bei qualifizierten Beteiligungen

Ferner muss gewährleistet sein, dass sich der Einfluss der natürlichen und juristischen Personen, welche direkt oder indirekt mit mindestens 10% des Kapitals oder der Stimmen an der Bank beteiligt sind oder deren Geschäftstätigkeit auf andere Weise massgebend beeinflussen können, nicht zum Schaden einer umsichtigen und soliden Geschäftstätigkeit auswirkt.<sup>122</sup>

(4) *Anforderungen an die finanzielle Ausstattung der Bank*

(a) Mindestkapital

Eine Bank hat über ein voll einbezahltes Mindestkapital von mindestens CHF 10 Mio. zu verfügen.<sup>123</sup> Beim Mindestkapital handelt es sich um eine feste Grösse, welche sowohl bei Aufnahme der Geschäftstätigkeit wie auch danach dauernd einzuhalten ist und sich nicht den sich stets ändernden Verpflichtungen einer Bank anpasst.<sup>124</sup> Das Mindestkapital kommt als Haftungsgrundlage für allfällige Verluste kaum in Frage, da dieser Wert viel zu gering ist.<sup>125</sup> Mit Mindestkapitalvorschriften soll aber sichergestellt werden, dass die am Ka-

<sup>120</sup> Das Erfordernis des guten Rufes ist im Zusammenhang mit dem Sinn und Zweck dieser Vorschrift zu sehen und daher einschränkend auszulegen. Es kann für die Erteilung der Bewilligung nur auf einen guten Ruf in Bezug auf fachliche Kompetenz und korrektes Verhalten im Geschäftsverkehr ankommen. Das Merkmal geht somit aber im Begriff der einwandfreien Geschäftstätigkeit auf und hat daneben keine eigenständige Bedeutung, Arter, S. 123.

<sup>121</sup> BVG, Urteil vom 4. März 2008, B-3708/2007; STÖCKLI, S. 85 f.; BAUMGARTEN/BURCKHARDT/ROESCH, AJP 2006, S. 169, 170, ausserdem Details zu Prüfung und Sanktionen S. 171 ff.; WEBER/GEIGER/BREINING-KAUFMANN/SCHMITZ/TROTT, S. 145; ARTER, S. 123 f. mit Hinweisen auf die Praxis der EBK zur Gewährsprüfung. Siehe auch ISELL, Führungsorganisation, § 5 Rdnr. 615 ff., der darüber hinaus auch das Vorliegen adäquater Fach- und Sachkenntnisse der Führungsorgane verlangt.

<sup>122</sup> Art. 3 Abs. 2 lit. c<sup>bis</sup> BankG.

<sup>123</sup> Art. 3 Abs. 2 lit. b BankG i.V.m. Art. 4 Abs. 1 BankV; ausführlich B/K/L-KLEINER/SCHWOB, N 154 ff. zu Art. 3 BankG; ARTER, S. 122; Zu Ausnahmen vgl. Art. 4 Abs. 3 BankV. Zum Bewilligungsentzug bei Überschuldung, Unterschreitung der Mindestkapitalanforderungen sowie Verstoß gegen Eigenmittelanforderungen vgl. EBK-Bull. 22 (1992), 9 ff.

<sup>124</sup> ZOBL/BLÖCHLINGER, S. 1 ff., 56.

<sup>125</sup> ZOBL/BLÖCHLINGER, S. 56.

pitalmarkt auftretenden Unternehmen über eine gewisse Grösse verfügen.<sup>126</sup> Vom gesetzlichen Mindestkapital zu unterscheiden ist das effektive Mindestkapital, welches von der FINMA unter Berücksichtigung der geplanten Geschäftstätigkeit im Einzelfall festgelegt wird.<sup>127</sup>

## (b) Solvabilitätsvorschriften

Sowohl im Banken- als auch im Versicherungsbereich bestehen Solvabilitätsvorschriften, welche sicherstellen sollen, dass ein Unternehmen jederzeit in der Lage ist, sämtlichen Verpflichtungen gegenüber Gläubigern nachzukommen.<sup>128</sup> Bei Banken finden sich drei Arten von Solvabilitätsvorschriften: Eigenmittelvorschriften, Liquiditäts- und Risikoverteilungsvorschriften.<sup>129</sup>

*Eigenmittelvorschriften* bezwecken, dass die gesamten Verbindlichkeiten einer Bank stets in einem angemessenen Verhältnis zu den eigenen Mitteln stehen. Durch die ausreichende Ausstattung einer Bank mit Eigenmitteln soll diese in der Lage sein, potenzielle, aus der Geschäftstätigkeit resultierende Verluste aufzufangen.<sup>130</sup> Bei den Eigenmitteln handelt es sich damit um eine Art „Pufferzone“ auf der Passivseite der Bankbilanzen, welche der Absorption von Verlusten auf der Aktivseite dient.<sup>131</sup> Banken sind entsprechend verpflichtet, Kreditrisiken,<sup>132</sup> Marktrisiken,<sup>133</sup> nicht gegenparteibezogene Risiken<sup>134</sup> und operationelle Risiken<sup>135</sup> mit Eigenmitteln zu unterlegen.<sup>136</sup> Die Eigenmittel einer Bank setzen sich zusammen aus deren Kernkapital<sup>137</sup> (sog. „tier 1“), dem ergänzenden Kapital<sup>138</sup> (sog. „tier 2“) sowie dem Zusatzkapital<sup>139</sup> („tier 3“).<sup>140</sup>

<sup>126</sup> ZOBL/BLÖCHLINGER, S. 56.

<sup>127</sup> EMMENEGGER/GEIGER, S. 42.

<sup>128</sup> Vgl. zum Ganzen ZOBL/BLÖCHLINGER, S. 57. Für einen Überblick zu Reformvorschlägen nach der „Bankenkrise“ vgl. WELFENS, S. 101.

<sup>129</sup> Vgl. Art. 4 BankG; Art. 83 ff. ERV.

<sup>130</sup> ARTER, S. 135; BasK-BankG-BINGERT/HEINEMANN, N 1 ff. zu Art. 4 BankG.

<sup>131</sup> NOBEL, Finanzmarktrecht, § 9 N 143.

<sup>132</sup> Vgl. Art. 36-65 ERV sowie FINMA-Rundschreiben 2008/19 Kreditrisiken Banken.

<sup>133</sup> Vgl. Art. 68-76 ERV sowie FINMA-Rundschreiben 2008/20 Marktrisiken Banken.

<sup>134</sup> Art. 66 f. ERV.

<sup>135</sup> Vgl. Art. 77-82 ERV sowie FINMA-Rundschreiben 2008/21 Operationelle Risiken Banken.

<sup>136</sup> Art. 1 Abs. 2 ERV; zu den verschiedenen Risikoarten B/K/L-KLEINER/SCHWOB, N 86 ff. zu Art. 3 BankG.

<sup>137</sup> Art. 18-23 ERV.

<sup>138</sup> Art. 24-28 ERV.

<sup>139</sup> Art. 29 ERV.

<sup>140</sup> Art. 17 Abs. 1 ERV. Vgl. zum Ganzen ARTER, S. 135 ff.

Weiter sind Banken verpflichtet, einzeln und auf konsolidierter Basis über eine angemessene *Liquidität*<sup>141</sup> zu verfügen,<sup>142</sup> damit sie in finanziellen Notsituationen während einer beschränkten Zeit aus eigener Kraft Liquiditätsabflüsse aus dem Bankensystem<sup>143</sup> sowie massive Rückzüge, beispielsweise bei Vertrauensverluste, so lange verkraften können, bis ein staatliches Hilfsprogramm bereitgestellt oder Hilfe durch andere Banken geleistet wird.<sup>144</sup> Entsprechend verpflichtet die Aufsichtsgesetzgebung Banken, in gewissem Umfang Bestände an Zahlungsmitteln und leicht realisierbaren Aktiven zu halten.<sup>145</sup>

Vervollständigt wird dieses Konzept durch *Risikoverteilungsvorschriften*, die vorschreiben, dass Banken Klumpenrisiken zu begrenzen und zu überwachen haben.<sup>146</sup>

Eine zusätzliche Sonderregelung gilt für die Credit Suisse und die UBS. Die Eidgenössische Bankenkommission hat sich mit den beiden Schweizer Grossbanken auf eine Erhöhung und Ergänzung des bestehenden Eigenmittel-Regimes geeinigt, welches nach Massgabe der erzielbaren Gewinne bis im Jahre 2013 zu erfüllen sind.<sup>147</sup> Als Ergänzung zum risikobasierten Eigenmittelerfordernis wird eine neue risikounabhängige, nominale Messgrösse (sog. „*Leverage Ratio*“) eingeführt, mittels welcher der durch Fremdkapital finanzierte Bilanzanteil begrenzt wird.<sup>148</sup> Das mit der „*Leverage Ratio*“ definierte Verhältnis zwischen Kernkapital und Bilanzsumme soll sich

<sup>141</sup> Zum Begriff B/K/L-GEIGER, N 122 zu Art. 4 BankG.

<sup>142</sup> Art. 4 Abs. 1 BankG; s. auch Art. 18 Abs. 3 BankV, welcher festhält, dass Banken für eine angemessene Liquidität auf Stufe der Finanzgruppe und des Finanzkonglomerates entsprechend Art. 6 ff. ERV zu sorgen haben.

<sup>143</sup> Vgl. zu den Mindestreservevorschriften, welche dem reibungslose Funktionieren des Geldmarktes dienen, Art. 17 NBG sowie Art. 12 ff. NBV.

<sup>144</sup> ZOBL/KRAMER, Rz. 674; B/K/L-GEIGER, N 123, 131 ff. zu Art. 4 BankG; ARTER, S. 144.

<sup>145</sup> Vgl. Art. 16-19 BankV. Zur Höhe der Mindestreserven vgl. Art. 18 Abs. 2 NBG sowie Art. 15 Abs. 1 NBV. Zu den Mindestreserven vgl. Botschaft über die Revision des Nationalbankgesetzes vom 26. Juni 2002, BBl. 2002, 6097, 6150: „Mindestreserven sind ein klassisches Instrument der Notenbankpolitik. Mit der Einführung eines Mindestreservesystems werden die Banken verpflichtet, bei der Zentralbank minimale Reserven zu halten. Deren Höhe wird in der Regel aufgrund der Publikumseinlagen bei den Banken (Bankpassiven) festgelegt. Damit können drei Ziele verfolgt werden:

- Aktive Beeinflussung der Geldschöpfung der Banken,
- Sichern einer minimalen Nachfrage nach Notenbankgeld und damit Vermindern der Volatilität der Geldmarktzinsen,
- Sichern einer genügenden Bankenliquidität aus prudenzieller Sicht.“

<sup>146</sup> Art. 4 Abs. 4 BankG, Art. 4<sup>bis</sup> BankG, Art. 83 2 ERV.

<sup>147</sup> Eidgenössische Bankenkommission, Medienmitteilung vom 4. Dezember 2008.

<sup>148</sup> Eidgenössische Bankenkommission, Medienmitteilung vom 4. Dezember 2008.

auf Konzernebene auf minimal 3% und auf Ebene der Einzelinstitute auf minimal 4% belaufen.<sup>149</sup> Ausgenommen vom „Leverage Ratio“ ist das inländische Kreditgeschäft.<sup>150</sup>

**cc. Bewilligungsvoraussetzungen für den Betrieb einer ausländischen Bank**

Die zusätzlichen Bewilligungsvoraussetzungen für die Errichtung einer Zweigniederlassung, einer Agentur und einer Vertretung sind in den Art. 4 ff. ABV geregelt.<sup>151</sup>

*(1) Errichtung einer Zweigniederlassung*

Die FINMA erteilt der ausländischen Bank gemäss Art. 4 Abs. 1 lit. a-h ABV eine Bewilligung zur Errichtung einer Zweigniederlassung, wenn

- die ausländische Bank hinreichend organisiert ist und über genügend finanzielle Mittel und qualifiziertes Personal verfügt, um in der Schweiz eine Zweigniederlassung zu betreiben;
- die ausländische Bank einer angemessenen Aufsicht untersteht, welche die Zweigniederlassung mit einschliesst;
- die zuständigen ausländischen Aufsichtsbehörden keine Einwände gegen die Errichtung einer Zweigniederlassung erheben;
- die zuständigen ausländischen Aufsichtsbehörden sich verpflichten, die FINMA unverzüglich zu benachrichtigen, wenn Umstände eintreten, welche die Interessen der Gläubiger ernsthaft gefährden könnten;
- die zuständigen ausländischen Aufsichtsbehörden in der Lage sind, der FINMA Amtshilfe zu leisten;
- die Bewilligungsvoraussetzungen nach Art. 3<sup>bis</sup> Abs. 1 BankG erfüllt sind;
- die Zweigniederlassung die Bewilligungsvoraussetzungen nach Art. 3 Abs. 2 lit. c und d BankG erfüllt und über ein Regelwerk verfügt, das

---

<sup>149</sup> Eidgenössische Bankenkommission, Medienmitteilung vom 4. Dezember 2008.

<sup>150</sup> Eidgenössische Bankenkommission, Medienmitteilung vom 4. Dezember 2008.

<sup>151</sup> Siehe zu den weiteren Voraussetzungen einer Bewilligung für eine Bank, die nach schweizerischem Recht organisiert aber ausländisch beherrscht ist, Art. 3<sup>bis</sup> BankG i.V.m. Art. 5 Abs. 1 BankV. Auch für die Errichtung einer Zweigniederlassung sowie die Bestellung eines ständigen Vertreters einer ausländischen Bank können diese zusätzlichen Voraussetzungen verlangt werden.

den Geschäftskreis genau umschreibt und eine ihrer Geschäftstätigkeit entsprechende Verwaltungsorganisation vorsieht; und

- die ausländische Bank nachweist, dass die Firma der Zweigniederlassung in das Handelsregister eingetragen werden kann.

Bildet die ausländische Bank einen Teil einer im Finanzbereich tätigen Gruppe, so kann die FINMA die Bewilligung von der Voraussetzung abhängig machen, dass sie einer angemessenen konsolidierten Aufsicht durch ausländische Aufsichtsbehörden untersteht (Art. 4 Abs. 2 ABV).

### (2) *Errichtung einer Agentur*

Die FINMA erteilt der schweizerischen Zweigniederlassung einer ausländischen Bank eine Bewilligung zur Errichtung einer Agentur, wenn die Bewilligungsvoraussetzungen nach Art. 3<sup>bis</sup> Abs. 1 BankG erfüllt sind und die Agentur über ein Reglement verfügt, das den Geschäftskreis genau umschreibt und eine ihrer Geschäftstätigkeit entsprechenden Verwaltungsorganisation vorsieht.<sup>152</sup>

### (3) *Errichtung einer Vertretung*

Für die Errichtung einer Vertretung wird der ausländischen Bank gemäss Art. 14 ABV eine Bewilligung erteilt, wenn

- die ausländische Bank einer angemessenen Aufsicht untersteht;
- die zuständigen ausländischen Aufsichtsbehörden keine Einwände gegen die Errichtung der Vertretung erheben;
- das Gegenrecht i.S.v. Art. 5 Abs. 2 BankV gewährleistet ist; und
- die mit ihrer Leitung betrauten Personen Gewähr für eine einwandfreie Vertretungstätigkeit bieten.

Errichtet die ausländische Bank mehrere Vertretungen in der Schweiz, so muss sie für jede eine Bewilligung einholen und unter diesen eine bezeichnen, die für die Beziehungen zur FINMA verantwortlich ist.<sup>153</sup>

## ***b. Versicherungen***

Die Versicherungsunternehmen i.S.d. Art. 2 Abs. 1 lit. a und b VAG, die der Versicherungsaufsicht unterstehen, bedürfen zur Aufnahme ihrer Tätigkeit einer Bewilligung der FINMA.<sup>154</sup>

---

<sup>152</sup> Art. 12 ABV.

<sup>153</sup> Art. 15 ABV.

## aa. Allgemeines

Die Bewilligung für die Ausübung der Versicherungstätigkeit ist verwaltungsrechtlich eine Polizeierlaubnis, die erteilt werden muss, wenn sämtliche Bewilligungsvoraussetzungen erfüllt sind.<sup>155</sup> Die FINMA erteilt die Bewilligung zum Geschäftsbetrieb (Betriebserlaubnis) für einen oder mehrere Versicherungszweige.<sup>156</sup> Es gibt somit keine Bewilligung, die den ganzen Geschäftsbetrieb eines Versicherungsunternehmens abdeckt.<sup>157</sup>

Die Voraussetzungen der Bewilligungserteilung für inländische Versicherungsunternehmen regelt das VAG in den Art. 7 bis 14. Diese betreffen

- die Geschäftstätigkeit,
- die Verwaltungsorganisation,
- die Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit,
- die finanzielle Ausstattung.

Für ausländische Versicherungsunternehmen sieht das Versicherungsaufsichtsgesetz in Art. 15 VAG zusätzliche Voraussetzungen vor. Die Bewilligungsvoraussetzungen des Versicherungsaufsichtsgesetzes werden durch die Art. 6 ff. AVO konkretisiert und ergänzt.

## bb. Ausnahmen von der Bewilligungspflicht

Nur die in Art. 2 Abs. 1 lit. a und b VAG genannten Versicherungsunternehmen bedürfen für die Aufnahme ihrer Tätigkeit einer Bewilligung.<sup>158</sup> Versicherungsvermittler<sup>159</sup> und Versicherungsgruppen bzw. Versicherungskonglomerate als solche<sup>160</sup> sind von der Bewilligungspflicht befreit.

---

<sup>154</sup> Art. 3 Abs. 1 VAG.

<sup>155</sup> Art. 6 Abs. 1 VAG.

<sup>156</sup> Art. 6 Abs. 2 VAG i.V.m. Art. 3 Abs. 1 AVO. Die verschiedenen Versicherungszweige sind in Anhang 1 zur Aufsichtsverordnung enthalten. Zum Umfang der verschiedenen Bewilligungen siehe Art. 6 Abs. 3 Satz 2 i.V.m. Art. 3 Abs. 2-5 AVO. RIMLE, Finanzmarkt, S. 141 f.

<sup>157</sup> Art. 3 Abs. 1 VAG.

<sup>158</sup> Für Versicherungsvermittler, die weder rechtlich noch wirtschaftlich noch auf andere Weise an ein Versicherungsunternehmen gebunden sind, besteht eine grundsätzliche Registrierungspflicht. Die übrigen Versicherungsvermittler sind berechtigt aber nicht verpflichtet, sich in das Register eintragen zu lassen, Art. 43 VAG. Zu den Voraussetzungen für die Eintragung in das Register und die weiteren Anforderungen an Versicherungsvermittler siehe Art. 44 f. VAG sowie WEBER/UMBACH, § 10.

<sup>160</sup> Vgl. Art. 64 und 72 VAG. Zu den Versicherungsgruppen bzw. -konglomeraten gehört ein bewilligungspflichtiges Versicherungsunternehmen. Siehe die besonderen Bestimmungen betreffend die Aufsicht über Versicherungsgruppen und Versicherungskonglomerate gemäss Art. 64 ff. VAG sowie WEBER/UMBACH, § 12.



**cc. Bewilligungsvoraussetzungen für den Betrieb eines inländischen Versicherungsunternehmens**

*(I) Geschäftstätigkeit des Versicherungsunternehmens*

(a) Zweckbegrenzung

Ein Versicherungsunternehmen unterliegt einer Zweckbegrenzung.<sup>161</sup> Es darf deshalb grundsätzlich nur das Versicherungsgeschäft bzw. Geschäfte betreiben, die mit dem Versicherungsgeschäft in unmittelbarem Zusammenhang stehen. Ausnahmsweise kann die FINMA den Betrieb anderer Geschäfte bewilligen, wenn diese die Interessen der Versicherten nicht gefährden.<sup>162</sup>

(b) Spartenrennung

Eine weitere Eingrenzung des Unternehmenszwecks gilt für Versicherungsunternehmen, die die direkte Lebensversicherung betreiben. Sie dürfen neben diesem Geschäft nur die Unfall- und die Krankenversicherung betreiben.<sup>163</sup> Der Grund für diese Spartenrennung ist das unterschiedliche Risikoprofil zwischen den Lebensversicherungen und den Sach- und Haftpflichtversicherungen.<sup>164</sup> Diese Spartenrennung findet sich im Übrigen auch in der Aufsichtsverordnung wieder. Dort wird generell zwischen den Hauptversicherungszweigen Lebensversicherung (Versicherungszweige A), der Schadensversicherung (Versicherungszweige B) und der Rückversicherung (Versicherungszweige C) unterschieden und je nach Versicherungszweig werden unterschiedliche Regelungen vorgesehen wie zum Beispiel bezüglich des Mindestkapitals, der Solvabilitätsspanne, der versicherungstechnischen Rückstellungen und des gebundenen Vermögens.<sup>165</sup>

---

<sup>161</sup> Art. 11 VAG.

<sup>162</sup> Ob und unter welchen Voraussetzungen ein Betrieb versicherungsfremder Geschäfte vorliegt, ist weder im Versicherungsaufsichtsgesetz noch in der Aufsichtsverordnung geregelt. Die Verordnung über den Betrieb versicherungsfremder Geschäfte vom 3. Dezember 1979, die konkrete Beispiele versicherungsfremder Tätigkeiten enthielt, wurde durch Art. 217 AVO aufgehoben. Ob an die dort genannten Beispielsfälle auch unter dem heutigen Versicherungsaufsichtsgesetz und der Aufsichtsverordnung angeknüpft werden kann, ist zweifelhaft.

<sup>163</sup> Art. 12 VAG.

<sup>164</sup> WEBER/UMBACH, § 5 Rdnr. 20.

<sup>165</sup> Zur Spartenrennung siehe auch SCHAER, § 5 Rdnr. 48 ff.

(2) *Verwaltungsorganisation des Versicherungsunternehmens*

(a) Rechtsform

Ein Versicherungsunternehmen muss so organisiert sein, dass es alle wesentlichen Risiken erfassen, begrenzen und überwachen kann. In Bezug auf die zu wählende Rechtsform sieht das Versicherungsaufsichtsgesetz diese Voraussetzung nur als erfüllt an, wenn das Versicherungsunternehmen entweder als Aktiengesellschaft oder Genossenschaft organisiert ist.<sup>166</sup> Jede andere Rechtsform wird unter dem Versicherungsaufsichtsgesetz nicht anerkannt.<sup>167</sup>

(b) Zusammensetzung des Verwaltungsrats

Weitere Organisationsanforderungen sieht das Gesetz für den Verwaltungsrat bzw. im Fall einer genossenschaftlichen Organisation für die Verwaltung vor. Dieses Organ muss jeweils so zusammengesetzt sein, dass es in seiner Gesamtheit den Aufgaben zur Beaufsichtigung und Oberleitung des Versicherungsunternehmens nachkommen kann.<sup>168</sup>

(c) Interne Kontrollorgane

Darüber hinaus muss ein Versicherungsunternehmen weitere Anforderungen an seine Organisation erfüllen, um eine Bewilligung zu erhalten. Zwar ergeben sich diese Voraussetzungen nicht direkt aus den Art. 7 ff. VAG. Mit dem Bewilligungsgesuch hat das Versicherungsunternehmen jedoch einen Geschäftsplan einzureichen, in dem neben den Mitgliedern der Verwaltung und Geschäftsführung auch die Mitglieder der Kontrollorgane namentlich zu bezeichnen sind.<sup>169</sup> Diese Kontrollorgane, bei denen es sich neben der externen Revision<sup>170</sup> um die interne Revision, d.h. das Inspektorat<sup>171</sup> und den verant-

---

<sup>166</sup> Art. 7 VAG.

<sup>167</sup> Zur subsidiären Anwendung der aktienrechtlichen Vorschriften auf das Versicherungsunternehmen, WEBER/ISELI, HAVE 2008, S. 19, 24; ISELI, Führungsorganisation, § 6 Rdnr. 717 ff.

<sup>168</sup> Art. 12 AVO.

<sup>169</sup> Art. 4 Abs. 2 lit. g-i VAG. Der Geschäftsplan muss ausserdem Angaben und Unterlagen insbesondere zu den definierten Versicherungszweigen, zur inneren Organisation des Versicherungsunternehmens, zur finanziellen Ausstattung und zur Erfassung, Begrenzung und Überwachung der Risiken enthalten. Zu den Einzelheiten des Geschäftsplans siehe Botschaft zum VAG (2003), BBl 2003, S. 3811 f. Siehe auch SCHAER, § 5 Rdnr. 55 ff.

<sup>170</sup> Art. 28 Abs. 1 VAG. Siehe zu den besonderen Anforderungen der externen Revision bei Versicherungsunternehmen WEBER/UMBACH, § 5 Rdnr. 31 ff. Gemäss FINMA-Rundschreiben 2008/41 Prüfwesen gelten bis zum Erlass eines neuen FINMA-Rundschreibens u.a. die vom Bundesamt für Privatversicherungen erlassene-

wortlichen Aktuar, handelt, müssen somit schon bei Bewilligungserteilung existieren.<sup>172</sup>

(aa) Die interne Revision

Das Inspektorat ist ein Kontrollinstrument des Verwaltungsrats bzw. der Verwaltung. Es führt objektive, unabhängige und risikoorientierte Prüfungen der Prozesse und Strukturen eines Versicherungsunternehmens durch.<sup>173</sup> Die FINMA kann das Versicherungsunternehmen in begründeten Einzelfällen von dieser Pflicht befreien. Eine Befreiung kommt in Betracht, wenn das Versicherungsunternehmen über keine komplexe Risikostruktur verfügt und insbesondere keine erheblichen operationellen Risiken, Markt- und Kreditkartenrisiken oder Versicherungsrisiken vorhanden sind.<sup>174</sup>

(bb) Der verantwortliche Aktuar

Der verantwortliche Aktuar trägt gemäss Art. 23 f. VAG die Verantwortung dafür, dass die Solvabilitätsspanne richtig berechnet wird und das gebundene Vermögen den aufsichtsrechtlichen Vorschriften entspricht. Ausserdem ist er verantwortlich dafür, dass sachgemässe Rechnungsgrundlagen verwendet werden und ausreichende technische Rückstellungen gebildet werden. Zu diesem Zweck hat das Versicherungsunternehmen dem verantwortlichen Aktuar Zugang zu allen Geschäftsunterlagen zu gewähren. Für den Fall, dass der verantwortliche Aktuar Unzulänglichkeiten feststellt, informiert er unverzüglich die Geschäftsleitung des Versicherungsunternehmens. Er berichtet regelmässig an die Geschäftsführung und gibt zu den festgestellten Unzulänglichkeiten die vorgeschlagenen Massnahmen sowie die tatsächlich ergriffenen Massnahmen an.<sup>175</sup>

---

171 nen Rundschreiben BPV-RL 2/2007 Zulassung externer Revisionsstellen sowie BPV-RL 6/2007 Tätigkeit externer Revisionsstellen grundsätzlich weiter.

172 Art. 27 VAG.

173 Art. 23 VAG.

174 FINMA-Rundschreiben 2008/35 Interne Revision Versicherer, Rdnr. 7. Dieses Rundschreiben konkretisiert die aufsichtsrechtlichen Bestimmungen zur Internen Revision, um einen prinzipienbasierten Mindeststandard zur Internen Revision sicherzustellen.

175 FINMA-Rundschreiben 2008/35 Interne Revision Versicherer, Rdnr. 23.

Das Versicherungsgesetz enthält zwar keine Bestimmung über die Unabhängigkeit des verantwortlichen Aktuars. Aufgrund seiner Funktion gegenüber dem Verwaltungsrat und der Geschäftsleitung ist seine Unabhängigkeit jedoch ohne weiteres vorausgesetzt, ISELI, Führungsorganisation, § 6 Rdnr. 766. Siehe zur Tätigkeit des verantwortlichen Aktuars, SCHAER § 5 Rdnr. 64.

(d) Risikomanagement

Ausserdem muss der Geschäftsplan Angaben über die Erfassung, Begrenzung und Überwachung der Risiken enthalten.<sup>176</sup> Das geplante Risikomanagement muss dabei den jeweiligen Geschäftsverhältnissen des Versicherungsunternehmens angemessen sein, d.h. mit ihm müssen alle wesentlichen Risiken erfasst, begrenzt und überwacht werden können.<sup>177</sup> Das Versicherungsunternehmen muss daher mittels Risikomanagement und einem zusätzlichen internen Kontrollmechanismus<sup>178</sup> sicherstellen, dass frühzeitig Risikopotentiale erkannt und beurteilt werden und Massnahmen zur Verhinderung oder Absicherung erheblicher Risiken und Risikokumulationen eingeleitet werden.<sup>179</sup> Das Risikomanagement fällt hauptsächlich in den Aufgabenbereich der Geschäftsleitung bzw. der von ihr bestimmten Personen. Darüber hinaus werden wichtige Bereiche des Risikomanagements auch vom Inspektorat und dem verantwortlichen Aktuar übernommen.<sup>180</sup>

(3) *Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit*

(a) Gewährleistung der leitenden Personen

Die Mitglieder des Verwaltungsrats bzw. der Verwaltung sowie die für die Geschäftsführung verantwortlichen Personen müssen einen guten Ruf genießen und Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten.<sup>181</sup> Mit den Gewährsbestimmungen stellt das Versicherungsaufsichtsgesetz in Anlehnung an das Banken- und Börsenrecht ebenfalls ethische, berufliche und rechtspolitische Anforderungen an die Führungsorgane von Versicherungsunternehmen.<sup>182</sup>

---

<sup>176</sup> Art. 4 Abs. 2 lit. q VAG.

<sup>177</sup> Art. 22 VAG. Zum Begriff und Umfang des Risikomanagements, Botschaft zum VAG (2003), BBl 2003, S. 3818.

<sup>178</sup> Das zusätzliche interne Kontrollsystem in Art. 22 VAG wird im Versicherungsaufsichtsrecht nicht weiter präzisiert. Im FINMA-Rundschreiben 2008/32 Corporate Governance Versicherer, Rdnr. 7 f. umfasst das interne Kontrollsystem die unternehmensintern angeordneten Vorgänge, Methoden und Massnahmen, die dazu dienen, eine angemessene Sicherheit bezüglich der Risiken der Geschäftsführung zu gewährleisten, insbesondere in Bezug auf die Wirksamkeit von Geschäftsprozessen, die Zuverlässigkeit der finanziellen Berichterstattung und die Befolgung von Gesetzen und Verordnungen. Siehe zum Internen Kontrollsystem auch WEBER/ISELI, HAVE 2008, S. 19.

<sup>179</sup> Siehe zu den Einzelheiten des Risikomanagements Art. 96 ff. AVO. Siehe hierzu FINMA-Rundschreiben 2008/32 Corporate Governance Versicherer, Rdnr. 12 ff.

<sup>180</sup> WEBER/UMBACH, § 6 Rdnr. 102 ff.; ISELI, Führungsorganisation, § 6 Rdnr. 758.

<sup>181</sup> Art. 14 Abs. 1 lit. a VAG.

<sup>182</sup> ISELI, Führungsorganisation, § 6 Rdnr. 714.

Diese Führungsorgane müssen ausserdem gewisse berufliche Fähigkeiten aufweisen. So wird von dem Verwaltungsrat bzw. der Verwaltung das Vorhandensein des nötigen Versicherungswissens verlangt.<sup>183</sup> In der Geschäftsführung muss allerdings jedes Mitglied über die für die Leitung der ihm unterstellten Bereiche des Versicherungsunternehmens erforderlichen Kenntnisse verfügen.<sup>184</sup> Für den Fall, dass wesentliche Funktionen des Versicherungsunternehmens auf andere Personen ausgegliedert werden, müssen die Gewährsvorschriften auch von diesen Personen erfüllt werden.<sup>185</sup>

#### (b) Gewährleistung der Kontrollorgane

Auch die mit der Kontrolle betrauten Personen, d.h. die externe Revisionsstelle und das Inspektorat, haben einen guten Ruf zu geniessen und Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit zu bieten.<sup>186</sup> Im Hinblick auf die Mitglieder des Inspektorats ist allerdings davon auszugehen, dass dieses Erfordernis nur den Leiter des Inspektorats betrifft und nicht von jeder ihm unterstellten Person erfüllt werden muss.<sup>187</sup>

Der verantwortliche Aktuar hat ebenfalls besondere Gewährsvorschriften zu erfüllen.<sup>188</sup> So muss der verantwortliche Aktuar wie die oben genannten Personen einen guten Ruf geniessen, beruflich qualifiziert und in der Lage sein, die finanziellen Folgen der Tätigkeit des Versicherungsunternehmens richtig einzuschätzen. Hinsichtlich seiner beruflichen Qualifikation schreibt die Aufsichtsverordnung in Art. 99 vor, dass er über den Titel „Aktuar SAV“ oder einen gleichwertigen Titel verfügt und ausserdem mit den schweizerischen Gegebenheiten der Gesetzgebung, der Aufsichtsrichtlinien und des Versicherungsmarkts vertraut ist.<sup>189</sup>

#### (c) Dualistische Organisationsstruktur

Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bietet das Versicherungsunternehmen ausserdem durch das Führen einer Doppelspitze. Die Aufsichtsordnung sieht in Art. 13 AVO das grundsätzliche Verbot der Personalunion vor, wonach der Verwaltungsratspräsident bzw. die Verwaltungspräsidentin

---

<sup>183</sup> Art. 12 Abs. 1 AVO.

<sup>184</sup> Art. 14 AVO.

<sup>185</sup> Art. 14 Abs. 3 VAG.

<sup>186</sup> Art. 14 VAG.

<sup>187</sup> WEBER/UMBACH, § 4, Rdnr. 29.

<sup>188</sup> Art. 23 Abs. 2 VAG.

<sup>189</sup> FINMA-Rundschreiben 2008/16 Verantwortliche(r) Aktuar/in mit Erläuterungen der gesetzlichen Voraussetzungen für die Anerkennung der beruflichen Qualifikationen des verantwortlichen Aktuars.

nicht gleichzeitig auch Vorsitzender bzw. Vorsitzende der Geschäftsleitung sein darf. In begründeten Ausnahmefällen kann die FINMA das Versicherungsunternehmen von dem Verbot der Personalunion jedoch befreien.<sup>190</sup> Begründete Einzelfälle sind gegeben, wenn der Zwang zur Einhaltung des Verbots dem Zweck des Versicherungsaufsichtsrechts aber auch die Interessen des Versicherungsunternehmens, der Versicherten sowie auch der Gesellschafter bzw. Genossenschafter entgegenstehen würden. Ein solcher Ausnahmefall liegt insbesondere vor, wenn ein Verwaltungsratspräsident oder der Vorsitzende der Geschäftsleitung kurzfristig ausfällt.<sup>191</sup>

(4) *Anforderungen an die finanzielle Ausstattung des Versicherungsunternehmens*

(a) Mindestkapital

Ein Versicherungsunternehmen mit Sitz in der Schweiz muss über ein Mindestkapital verfügen, welches je nach den betriebenen Versicherungszweigen<sup>192</sup> – also Lebens<sup>193</sup>-, Schadens<sup>194</sup>- oder Rückversicherung<sup>195</sup> – zwischen CHF 3 und 20 Millionen beträgt.<sup>196</sup> Das im Einzelfall erforderliche Kapital wird von der FINMA bestimmt.<sup>197</sup>

(b) Solvabilitätsvorschriften

Zur Solvabilität bei Versicherungen finden sich verschiedene Bestimmungen. Gemäss Art. 9 Abs. 1 VAG muss ein Versicherungsunternehmen über ausreichende freie und unbelastete Eigenmittel bezüglich seiner gesamten Tätigkeiten verfügen (sog. Solvabilitätsspanne). Bei der Festlegung der *Solvabilitätsspanne* ist den Risiken, welchen ein Versicherungsunternehmen ausgesetzt ist, den Versicherungszweigen, dem Geschäftsumfang, dem geografischen Wirkungsbereich und den international anerkannten Grundsätzen Rechnung zu tragen.<sup>198</sup> Gemäss Art. 22 Abs. 1 AVO ist die Solvenz nach zwei Methoden zu beurteilen. Die „Solvenz I“ legt die erforderlichen Eigenmittel nach

---

<sup>190</sup> Art. 13 Abs. 2 AVO.

<sup>191</sup> ISELI, SZW 2008, S. 538, 541 mit grundsätzlicher Kritik an dem Verbot der Personalunion im Versicherungsaufsichtsrecht, siehe S. 542 ff. Zweifel an der gesetzlichen Grundlage hat auch BURKI/PFUND/WALDMEIER, S. 82.

<sup>192</sup> Für den Betrieb mehrerer Versicherungszweige vgl. zudem Art. 6 AVO.

<sup>193</sup> Art. 7 AVO.

<sup>194</sup> Art. 8 AVO.

<sup>195</sup> Art. 9 AVO.

<sup>196</sup> Art. 8 Abs. 1 VAG.

<sup>197</sup> Art. 8 Abs. 3 VAG.

<sup>198</sup> Art. 9 Abs. 2 VAG.

Massgabe des Geschäftsumfanges (geforderte Solvenzspanne) und der anrechenbaren Eigenmittel (verfügbare Solvenzspanne) fest.<sup>199</sup> Der Swiss Solvency Test (SST) dagegen legt die erforderlichen Eigenmittel nach Massgabe der Risiken und der anrechenbaren Eigenmittel fest.<sup>200</sup> Beide Methoden sind unabhängig voneinander anzuwenden.<sup>201</sup>

Weiter muss ein Versicherungsunternehmen über einen *Organisationsfonds* verfügen, welcher es erlaubt, die Kosten der Gründung und des Aufbaus oder einer aussergewöhnlichen Geschäftsausweitung zu decken.<sup>202</sup>

Zusätzlich ist ein Versicherungsunternehmen verpflichtet, für die gesamte Geschäftstätigkeit ausreichende *versicherungstechnische Rückstellungen* zu bilden.<sup>203</sup> Die Rückstellungen setzen sich zusammen aus den sog. versicherungstechnischen Rückstellungen zur Abdeckung der erwarteten Verpflichtungen<sup>204</sup> sowie den Schwankungsrückstellungen zum Ausgleich der Volatilität des Geschäfts unter Berücksichtigung der Diversifikation, der Grösse und der Struktur der Versicherungsportefeuilles.<sup>205</sup>

Den versicherungstechnischen Rückstellungen, welche lediglich die Passivseite der Bilanz verlängern, sollen schliesslich entsprechende Aktiven gegenüberstehen: das sog. „gebundene Vermögen“.<sup>206</sup> Das *gebundene Vermögen* soll die Ansprüche aus den Versicherungsverträgen sicherstellen. Für

<sup>199</sup> Art. 22 Abs. 1 lit. a AVO. Vgl. dazu Art. 23-40 AVO sowie FINMA Rundschreiben 2008/30 Solvabilität I Versicherungskonzerne.

<sup>200</sup> Art. 22 Abs. 1 lit. b AVO. Vgl. dazu Art. 41-53 AVO sowie FINMA-Rundschreiben 2008/44 SST. Siehe zum Ganzen KELLER, S. 97 ff.; LEUKERT, S. 109 ff.; WEBER/UMBACH, § 6 Rdnr. 1 ff.

<sup>201</sup> Art. 22 Abs. 2 AVO.

<sup>202</sup> Art. 10 Abs. 1 VAG. Gemäss Art. 10 Abs. 2 VAG entspricht die Höhe des Organisationsfonds bei Aufnahme der Geschäftstätigkeit in der Regel bis zu 50 Prozent des Mindestkapitals. Mittels Verordnung wurde dagegen bestimmt, dass der Organisationsfonds in der Regel 20 Prozent des Mindestkapitals beträgt und frühestens drei Jahre nach seiner Bestellung mit Zustimmung der FINMA für andere als die in Artikel 10 Absatz 1 VAG genannten Zwecke verwendet werden darf.

<sup>203</sup> Art. 16 Abs. 1 VAG. Für Lebensversicherungen vgl. Art. 55-67 AVO sowie FINMA-Rundschreiben 2008/43 Rückstellungen Lebensversicherung. Für Schadensversicherungen vgl. Art. 68 f. AVO sowie FINMA Rundschreiben 2008/42 Rückstellungen Schadenversicherung.

<sup>204</sup> Art. 54 Abs. 1 lit. a AVO. Vgl. auch Art. 1 Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht über die Beaufsichtigung von privaten Versicherungsunternehmen (Versicherungsaufsichtsverordnung-FINMA, AVO-FINMA) vom 9. November 2005.

<sup>205</sup> Art. 54 Abs. 1 lit. b AVO.

<sup>206</sup> Art. 17 Abs. 1 VAG. Vgl. zudem Art. 70-95 AVO sowie Art. 1 AVO-FINMA vom 9. November 2005. Zur Charakterisierung des gebundenen Vermögens LUDESCHER, S. 109 ff.

die Bestellung, Belegenheit, Deckung, Veränderungen und Kontrolle des gebundenen Vermögens besteht eine Vielzahl detaillierter Vorgaben.<sup>207</sup>

#### **dd. Zusätzliche Bewilligungsvoraussetzungen für den Betrieb eines ausländischen Versicherungsunternehmens**

Zur Aufnahme der Geschäftstätigkeit in der Schweiz muss ein ausländisches Versicherungsunternehmen vorbehaltlich abweichender staatsvertraglicher Bestimmungen zusätzlich zu den bereits genannten Voraussetzungen die weiteren Voraussetzungen des Art. 15 Abs. 1 lit. a-e VAG für eine Bewilligungserteilung erfüllen. So muss das Versicherungsunternehmen

- in seinem Sitzstaat zur Ausübung der Versicherungstätigkeit befugt sein,
- in der Schweiz eine Niederlassung errichten und als deren Leiter einen Generalbevollmächtigten bestellen,<sup>208</sup>
- am Hauptsitz die finanziellen Anforderungen erfüllen, die auch ein inländisches Versicherungsunternehmen zu erfüllen hat, und
- in der Schweiz eine Kautions hinterlegen, die einem bestimmten Bruchteil der auf das inländische Geschäft entfallenden Solvabilitätsspanne entspricht.<sup>209</sup>

#### **ee. Gleichklang und Unterschiede**

Das Bankengesetz sieht wie das Versicherungsaufsichtsgesetz vor, dass eine Bewilligung zur Aufnahme des Geschäftsbetriebs zu erteilen ist, wenn das entsprechende Unternehmen sämtliche Bewilligungsvoraussetzungen erfüllt.

---

<sup>207</sup> Art. 20 Abs. 1 VAG; FINMA-Rundschreiben 2008/18 Anlagerichtlinien Versicherer; FINMA-Wegleitung: Bericht über das gebundene Vermögen per 31. Dezember 2008.

<sup>208</sup> Dieser Generalbevollmächtigte hat die tatsächliche Leitung der Geschäftsstelle für das gesamte schweizerische Geschäft inne und muss daher über die erforderlichen Kenntnisse zum Betrieb eines Versicherungsgeschäfts verfügen. Wie im Fall eines inländischen Versicherungsunternehmens die Mitglieder des Verwaltungsrats bzw. der Verwaltung und der Geschäftsführung muss auch der Generalbevollmächtigte einen guten Ruf geniessen und die Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten. Er muss ausserdem in der Schweiz wohnhaft sein. Zu den weiteren Pflichten und Befugnissen des Generalbevollmächtigten siehe Art. 17 AVO.

<sup>209</sup> Gemäss Art. 15 Abs. 2 AVO beträgt die Kautions 10% der geforderten Solvabilitätsspanne, mindestens aber einen bestimmten Betrag, dessen Höhe sich nach den jeweiligen Versicherungszweigen richtet, welche das Versicherungsunternehmen in der Schweiz zu betreiben beabsichtigt. Die Kautions ist bei der Schweizerischen Nationalbank zu hinterlegen.



Das Unternehmen hat in diesen Fällen einen direkten Anspruch gegen die FINMA auf Erteilung der Bewilligung.

Die Voraussetzungen für die Erteilung der Bewilligung richten sich zunächst nach der jeweiligen Zweckrichtung des Finanzmarktgesetzes. Grundsätzlich verlangen aber sowohl das Bankengesetz als auch das Versicherungsaufsichtsgesetz von den Unternehmen vor Aufnahme ihrer Tätigkeit das Vorhandensein einer Organisation, die gewährleistet, dass alle wesentlichen Risiken erfasst, begrenzt und überwacht werden können und stellen bestimmte Anforderungen an die finanzielle Ausstattung der Institute.

Hinsichtlich der einzelnen Bewilligungsvoraussetzungen gibt es verschiedene Gemeinsamkeiten. Insbesondere verlangen beide Aufsichtsgesetze die Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit und stellen damit ethische, berufliche und rechtspolitische Anforderungen an die Führungsorgane eines Versicherungsunternehmens bzw. einer Bank. Diese Gewährleistungsvorschrift in beiden Aufsichtsgesetzen hat weitreichende Folgen für eine Führungsperson, die diese Anforderungen nicht (mehr) erfüllt. Die Führungsperson einer Bank, die aus irgendeinem Grund keine Gewähr mehr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit der Bank bietet, wird aus diesem Grund nicht ohne weiteres eine ähnliche Funktion in einem Versicherungsunternehmen übernehmen können und umgekehrt.<sup>210</sup>

Beide Gesetze enthalten ausserdem ein grundsätzliches Verbot der Personalunion zwischen dem Organ für die Oberleitung, Aufsicht und Kontrolle einerseits und der Geschäftsführung andererseits. Der Unterschied zwischen den beiden Gesetzen liegt in der Umsetzung dieses Verbotes. Während das Verbot der Personalunion im Versicherungsaufsichtsgesetz nur den Verwaltungsratspräsidenten bzw. die Verwaltungsratspräsidentin erfasst, die nicht gleichzeitig Vorsitzender bzw. Vorsitzende der Geschäftsleitung sein dürfen, gilt im Bankengesetz eine generelle Unvereinbarkeit einer Verwaltungsratsmitgliedschaft mit einer Geschäftsleitungsmitgliedschaft. In beiden Fällen ist das grundsätzliche Verbot der Personalunion jedoch stark umstritten. Zum einen wird zumindest für Versicherungsunternehmen bezweifelt, ob ein solches Verbot überhaupt für eine gute Führungsorganisation die richtige Lösung darstellt.<sup>211</sup> Zum anderen wird kritisiert, dass das Verbot der Personalunion jeweils in den Verordnungen zum entsprechenden Finanzmarktgesetz geregelt ist und der Gesetzgeber damit seine Kompetenzen zum Erlass von Verordnungen über-

---

<sup>210</sup> WEBER/GEIGER/BREINING-KAUFMANN/SCHMITZ/TROTT, S. 146.

<sup>211</sup> ISELI, Führungsorganisation, § 5 Rdnr. 544; 850 ff. für Banken und § 8 Rdnr. 855 für Versicherungsunternehmen.

schritten habe. Die Folge dieser Kompetenzüberschreitung wäre eine fehlende gesetzliche Grundlage für das Verbot der Personalunion.<sup>212</sup>

Schliesslich sind sowohl Banken als auch Versicherungen verpflichtet, ein Risikomanagement und ein internes Kontrollsystem einzurichten. Wenn dieses sich auch in den Einzelheiten je nach Unternehmensart unterscheidet, so wird doch das Anliegen des Gesetzgebers in beiden Fällen deutlich, zum Zwecke des Gläubiger- bzw. Versichertenschutzes die Geschäftsaktiven der Unternehmen zu überwachen und so einen Beitrag zur Krisenprävention zu leisten und die Stabilität zu erhöhen.<sup>213</sup>

Abgesehen von diesen Gemeinsamkeiten bestehen aber wesentliche Unterschiede zwischen den beiden Aufsichtsgesetzen. Diese beginnen mit der Wahlfreiheit der Rechtsform, die für Banken besteht. Diese ist für Versicherungsunternehmen begrenzt auf die Wahl zwischen einer Aktiengesellschaft und einer Genossenschaft.<sup>214</sup> Ein Grund für diesen Rechtsformzwang wird in den Gesetzesmaterialien nicht genannt. Trotz der Freiheit der Banken, die Rechtsform frei zu wählen, hat sich hier allerdings die Rechtsform der Aktiengesellschaft durchgesetzt. In der Praxis wirkt sich der Rechtsformzwang bzw. die Wahlfreiheit der Rechtsform daher kaum aus.

Bei der finanziellen Ausstattung von Banken und Versicherungen finden sich Unterschiede, weil wohl die Aktivseite der Bilanz bei Banken als auch Versicherungen liquide Mittel und andere Vermögenswerte aufweist, um Ansprüche von Gläubigern befriedigen zu können, die Passivseite der Bilanz aber davon geprägt ist, dass Banken fixe Verpflichtungen gegenüber Einlegern haben, während sich bei Versicherungen potentielle Verpflichtungen finden, welche sich aktualisieren, sofern sich ein bestimmtes Risiko verwirklicht und damit ein Versicherungsfall eintritt oder sonst Bedingungen erfüllt sind, die zur Auszahlung der Versicherungssumme führen.<sup>215</sup> Gemeinsam ist Banken und Versicherungen, dass für den Betrieb einer solchen ein bestimmtes Mindestkapital notwendig ist. Dies dient in beiden Fällen dazu, dass Marktteilnehmer eine gewisse Grösse aufzuweisen haben. Die Solvabilitätsvorschriften bei Banken und Versicherungen dienen letztlich dem gleichen Zweck, unterscheiden sich aber insbesondere darin, dass es bei Banken eher um die Fristigkeit von Aktiven und Passiven geht, d.h. dass kurzfristigen Verbindlichkeiten auch kurzfristige Aktiven gegenüberstehen, während bei

---

<sup>212</sup> ISEL, Führungsorganisation, § 5 Rdnr. 545, § 8 Rdnr. 853 für Banken und § 6 Rdnr. 724 ff, § 854 f. für Versicherungsunternehmen.

<sup>213</sup> WEBER/GEIGER/BREINING-KAUFMANN/SCHMITZ/TROTT, S. 146 f.

<sup>214</sup> Trotz der freien Rechtswahl verwenden Banken heute allerdings hauptsächlich die Rechtsform der Aktiengesellschaft, ISEL, Führungsorganisation, S. 176.

<sup>215</sup> WEBER/GEIGER/BREINING-KAUFMANN/SCHMITZ/TROTT, S. 147; ZOBL/BLÖCHLINGER, S. 59.

Versicherungen vermehrt mathematische Modelle zur Anwendung gelangen, die sicherstellen sollen, dass beim Eintritt eines definierten Ereignisses die vertraglich geschuldeten Leistungen erbracht werden können.<sup>216</sup>

#### **4. Titelschutz**

##### **a. Banken**

Der Ausdruck „Bank“ oder „Bankier“, allein oder in Wortverbindungen, darf gemäss Art. 1 Abs. 4 BankG in der Firma, in der Bezeichnung des Geschäftszweckes und in der Geschäftsreklame nur für Institute verwendet werden, die eine Bewilligung der FINMA als Bank erhalten haben. Ausländische Banken haben zu beachten, dass sie in der Schweiz keine Firma verwenden, die auf einen schweizerischen Charakter dieser Bank hinweist oder darauf schliessen lässt.<sup>217</sup>

##### **b. Versicherung**

In den Gesetzen zur Versicherungsaufsicht gibt es hingegen keine Regelung betreffend der Verwendung des Titels „Versicherung“ oder „Versicherer“ in der Firma eines Unternehmens. Auf eine solche Regelung wurde wegen vermeintlicher Hindernisse in der Praxis, die mit einem Titelschutz verbunden wären, ausdrücklich verzichtet.<sup>218</sup>

### **B. Eigentliche Prüfung**

#### **1. Prüfung durch Aufsichtsbehörde, beigezogene Dritte oder Prüfungsgesellschaften gemäss FINMAG**

##### **a. Gemäss FINMAG**

Die FINMA führt nach Massgabe der Finanzmarktgesetze die Prüfung selbst, durch von ihr beigezogene Dritte oder durch von den Beaufsichtigten beauftragte Prüfungsgesellschaften aus.<sup>219</sup> Gemäss der Botschaft zum FINMAG kom-

---

<sup>216</sup> WEBER/GEIGER/BREINING-KAUFMANN/SCHMITZ/TROTT, S. 147.  
<sup>217</sup> Art. 3<sup>bis</sup> Abs. 1 lit. b BankG.  
<sup>218</sup> Botschaft zum VAG (2003), BBl 2003, S. 3800.  
<sup>219</sup> Art. 24 Abs. 1 FINMAG.

men damit die bis anhin schon geltenden unterschiedlichen Aufsichtssysteme zur Anwendung.<sup>220</sup>

## **b. Prüfung bei Banken**

Die schweizerische Bankenaufsicht ist als dualistisches Aufsichtssystem<sup>221</sup> ausgestaltet und geprägt von der Aufgabenteilung zwischen einerseits der FINMA als oberster staatlicher Aufsichtsbehörde und andererseits anerkannten Prüfgesellschaften. Die FINMA selber nimmt die Oberaufsicht im Bereich der Bankenaufsicht wahr, führt aber grundsätzlich keine direkten Aufsichtshandlungen durch.<sup>222</sup> Diese Aufgabe kommt den bankengesetzlichen externen Prüfgesellschaften zu, welche die unmittelbaren Aufsichtshandlungen vornehmen.<sup>223</sup> Entsprechend sieht Art. 18 Abs. 1 BankG vor, dass Banken eine zugelassene Prüfgesellschaft mit einer jährlichen Prüfung beauftragen, welche prüft, ob die Rechnung nach den anwendbaren Vorschriften (Rechnungsprüfung)<sup>224</sup> abgelegt und die aufsichtsrechtlichen Vorschriften (Aufsichtsprüfung)<sup>225</sup> eingehalten wurden.

In der zweiten Hälfte der 90er-Jahre wurde der strikt dualistische Ansatz in der schweizerischen Bankenaufsicht, insbesondere im Bereich der Grossbankenaufsicht, gelockert.<sup>226</sup> Bei den Grossbanken nimmt die FINMA nun direkte Aufsichtshandlungen vor.<sup>227</sup>

<sup>220</sup> Botschaft FINMAG, BBl 2006, S. 2876. Vgl. auch MÄCHLER, S. 181, 185.

<sup>221</sup> Allgemein zum dualistischen Aufsichtssystem ZOBL/KRAMER, Rz. 720 ff.; BasK-BankG-WATTER, N 1 ff. zu Art. 18 BankG; B/K/L-GEIGER, N 1 ff. zu Art. 18-22 BankG; WEBER/GEIGER/BREINING-KAUFMANN/SCHMITZ/TROTT, S. 132 ff.

<sup>222</sup> Art. 23 Abs. 1 BankG; NOBEL, Finanzmarktrecht, § 7 N 106; ZOBL/KRAMER, Rz. 720; BasK-BankG-POLEDNA/MARAZZOTTA, N 21 zu Art. 23<sup>bis</sup> BankG; B/K/L-GEIGER, N 15 zu Art. 18-22 BankG; BGE 115 Ib 55 ff., 58.

<sup>223</sup> Art. 18 Abs. 1 BankG.

<sup>224</sup> Vgl. Art. 15 Finanzmarktprüfverordnung (FINMA-PV) vom 15. Oktober 2008, wonach die Rechnungsprüfung nach den Grundsätzen der ordentlichen Revision des Obligationenrechts zu erfolgen hat. Gemäss Art. 16 FINMA-PV sind Prüfgegenstände der Rechnungsprüfung die Jahresrechnung und, soweit vorgesehen, die Konzernrechnung sowie darauf basierende Ausweise, die nach den aufsichtsrechtlichen Vorschriften erforderlich sind.

<sup>225</sup> Gemäss Art. 17 FINMA-PV legt die FINMA fest, was die Prüfgesellschaften im Rahmen der Aufsichtsprüfung jedes Jahr prüfen müssen.

<sup>226</sup> BasK-BankG-WATTER, N 3 zu Art. 18 BankG, m.w.H.; B/K/L-GEIGER, N 15 ff. zu Art. 18-22 BankG; EBK-JB 2003, 18; ausführlich zur Grossbankenaufsicht FINMA-Rundschreiben 2008/9 Aufsicht über die Grossbanken. Vgl. auch Art. 23 BankG, wonach die FINMA selbst direkte Prüfungen bei Banken, Bankgruppen und Finanzkonglomeraten durchführen kann, wenn dies angesichts von deren wirtschaftlichen Bedeutung, der Komplexität des abzuklärenden Sachverhalts oder zur Abnahme interner Modelle notwendig ist.

<sup>227</sup> FINMA-Rundschreiben 08/9 Aufsicht über die Grossbanken, Rz. 11 ff.

### **c. Prüfung bei Versicherungen**

Traditionell wurde im Versicherungsbereich das direkte Aufsichtssystem angewandt.<sup>228</sup> Mit der Revision des VAG per 1. Januar 2006 hat dieses allerdings gewisse Durchbrechungen erfahren. So hat die Prüfgesellschaft nicht nur zu prüfen, ob die Jahresrechnung hinsichtlich Form und Inhalt den gesetzlichen Vorschriften, den Statuten und den Reglementen entspricht, sondern auch – dies nach Massgabe der Weisungen der FINMA –, ob die gesetzlichen Bestimmungen eingehalten werden.<sup>229</sup> Zudem kann die FINMA der Prüfgesellschaft zusätzliche Aufträge erteilen und besondere Prüfungen anordnen.<sup>230</sup> Weiter hat die Prüfgesellschaft der FINMA unverzüglich Meldung zu erstatten, wenn sie Straftaten, schwerwiegende Unregelmässigkeiten, Verstösse gegen die Grundsätze einer einwandfreien Geschäftstätigkeit oder Sachverhalte, die geeignet sind, die Solvenz des Versicherungsunternehmens oder die Interessen der Versicherten zu gefährden, feststellt.<sup>231</sup> Schliesslich kann die FINMA jederzeit Dritte zur Überprüfung der Einhaltung der Versicherungsaufsichtsbestimmungen heranziehen.<sup>232</sup> Diese Bestimmung erlaubt es, dass auch die Versicherungsaufsicht hin zu einem dualen Aufsichtssystem entwickelt wird.<sup>233</sup>

Inwieweit die Aufsichtstätigkeit bei Versicherungen künftig von der FINMA selber oder von beauftragten Dritten wahrgenommen wird, steht im Ermessen der Aufsichtsbehörde, denn diese hat weiterhin die Möglichkeit, Prüfungshandlungen jederzeit selber wahrzunehmen.<sup>234</sup> Allgemein wird davon ausgegangen, dass die Schaffung der FINMA vermehrt dazu führen wird, dass die Versicherungsaufsicht, ähnlich wie die Bankenaufsicht, dual wahrgenommen wird.<sup>235</sup>

## **2. Gegenstand der Prüfung**

Der Gegenstand der Prüfung orientiert sich einerseits an den spezifischen Eigenschaften der Banken und Versicherungstätigkeit und andererseits an der

<sup>228</sup> Vgl. Art. 46 Abs. 1 VAG.

<sup>229</sup> Art. 29 Abs. 1 VAG.

<sup>230</sup> Art. 29 Abs. 3 VAG.

<sup>231</sup> Art. 30 VAG.

<sup>232</sup> Art. 46 Abs. 2 VAG.

<sup>233</sup> Vgl. WEBER/UMBACH, § 11 Rdnr. 39.

<sup>234</sup> Art. 46 Abs. 1 VAG.

<sup>235</sup> Vgl. dazu etwa MÄCHLER-ERNE, Versicherungsaufsicht, S. 27, 56; NOBEL, FINMAG, S. 253, 261; ZIMMERLI, S. 4, 8; MÄCHLER-ERNE, FINMA, S. 20, 23.

Geschäftstätigkeit jedes Geprüften.<sup>236</sup> Die entsprechenden Unterschiede sind hierdurch bedingt, weshalb an dieser Stelle darauf nicht weiter eingegangen wird.<sup>237</sup>

### 3. *Berichterstattung und Massnahmen*

Ein Unterschied zwischen der Banken- und Versicherungsaufsichtsgesetzgebung besteht bei der Berichterstattung durch die Prüfgesellschaften. Allgemein gilt, dass die Prüfgesellschaft dem obersten Leitungsorgan des geprüften Beaufsichtigten sowie der FINMA Bericht über ihre Prüfungen erstattet.<sup>238</sup> Dies entspricht der bisherigen Gesetzgebung und gilt gleichermaßen für Banken wie für Versicherungen. Ein Unterschied findet sich nun aber im zweiten Absatz des Art. 27 FINMAG: stellt die Prüfgesellschaft Verletzungen auf-

---

<sup>236</sup> Vgl. dazu Eidgenössische Finanzverwaltung EFV, Erläuterungsbericht zur Finanzmarktprüfverordnung, 15. Oktober 2008, Artikel 17 Prüfgegenstand der Aufsichtsprüfung:

„Absatz 1

Ziel der Aufsichtsprüfung ist es zu prüfen, ob der Beaufsichtigte während der Prüfperiode die aufsichtsrechtlichen Vorschriften eingehalten hat. Da die Themen der Aufsichtsprüfung praktisch die gesamte Organisation und Geschäftstätigkeit des Beaufsichtigten umfassen können, legt die FINMA fest, was die Prüfgesellschaften im Rahmen der aufsichtsrechtlichen Prüfung jedes Jahr prüfen müssen (sog. Pflichtprüfgegenstände). (...)

Absatz 2

In Ergänzung dazu legen die Prüfgesellschaften, welche über die Eigenheiten der Geschäftstätigkeit ihrer Auftraggeber am Besten im Bild sind, für die Aufsichtsprüfung zusätzliche Prüfungsschwerpunkte fest. Je nachdem wird die Festlegung dieser Prüfungsschwerpunkte in Absprache mit der FINMA erfolgen. Da die Prüfgesellschaften den risikoorientierten Prüfungsansatz verfolgen (vgl. dazu Abs. 3), müssen sie sich bei der Festlegung der Prüfungsschwerpunkte grundsätzlich an den Risiken des jeweiligen Beaufsichtigten orientieren.“

<sup>237</sup> Vgl. FINMA-Rundschreiben 2008/41 Prüfwesen, Ziff. 4 f.:

„Bis zum Erlass neuer Rundschreiben (Rz 3) gelten die von der Eidg. Bankenkommission, dem Bundesamt für Privatversicherung und der Kontrollstelle GwG zum Prüfwesen erlassenen Rundschreiben mit ihrem bisherigen Geltungsbereich und gemäss aktuellem Stand weiter, soweit sie den anwendbaren Vorschriften (Rz 1 und 2) nicht widersprechen.

Dabei handelt es sich um folgende Rundschreiben:

- für Banken, Finanzgruppen und -konglomerate sowie Effektenhändler:
  - EBK-RS 05/1 Prüfung vom 29. Juni 2005
  - EBK-RS 05/2 Prüfbericht vom 29. Juni 2005
  - EBK-RS 05/3 Prüfgesellschaften vom 29. Juni 2005
- für Versicherungen, Versicherungsgruppen und -konglomerate:
  - BPV-RL 2/2007 Zulassung externer Revisionsstellen vom 1. Januar 2007
  - BPV-RL 6/2007 Tätigkeit externer Revisionsstellen vom 21. November 2007.“

<sup>238</sup> Art. 27 Abs. 1 VAG.

sichtsrechtlicher Bestimmungen oder sonstige Missstände fest, so setzt sie der oder dem geprüften Beaufsichtigten eine angemessene Frist zur Herstellung des ordnungsgemässen Zustandes und informiert die FINMA nur, wenn die Frist nicht eingehalten wird.<sup>239</sup> Diese Regelung, welche dem bisherigen Art. 21 Abs. 3 BankG entspricht, soll weiterhin für Banken gelten, nicht aber neu auch für Versicherungsunternehmen.<sup>240</sup> Damit haben Banken, anders als Versicherungen, die Möglichkeit, einen Missstand zu beheben, ohne dass die FINMA hiervon erfährt.

## C. Sanierungs- und Konkursrecht

### 1. Sanierung

#### a. Banken

##### aa. Allgemeines

Besteht die begründete Besorgnis, dass eine Bank überschuldet<sup>241</sup> ist oder ernsthafte Liquiditätsprobleme<sup>242</sup> hat oder erfüllt sie die Eigenmittelvorschriften nach Ablauf einer von der FINMA festgelegten Frist<sup>243</sup> nicht, so kann die FINMA

- Schutzmassnahmen nach Art. 26 BankG,
- ein Sanierungsverfahren nach den Art. 28-32 BankG,

<sup>239</sup> Art. 27 Abs. 2 VAG.

<sup>240</sup> Botschaft FINMAG, BBl 2006, S. 2878. Vgl. entsprechend Art. 30 VAG.

<sup>241</sup> Die hier erforderliche begründete Besorgnis einer Überschuldung ist jedoch nicht erst dann gegeben, wenn die Bank ihre Verpflichtungen gegenüber ihren Gläubigern nicht mehr erfüllt. Sie liegt vielmehr schon dann vor, wenn sich aufgrund einer Neubewertung der Aktiven Zweifel an der Deckung der Forderungen der Gläubiger ergeben. Es genügt, wenn besondere Umstände auf eine bestehende oder in naher Zukunft eintretende Überschuldung schliessen lassen; ein förmlicher Nachweis ist nicht erforderlich, Botschaft zur Änderung des BankG (2002), BBl 2002 VII, S. 8079; vgl. EBK-Bankeninsolvenzbericht, Situation in der Schweiz und auf internationaler Ebene, Bern 2008, S. 12.

<sup>242</sup> Ernsthafte Liquiditätsprobleme liegen beispielsweise vor, wenn eine Bank nicht in der Lage ist, sich zu Marktbedingungen flüssige Mittel zu verschaffen und davon ausgegangen werden muss, dass die vorhandene Liquidität die fälligen oder die nächstens fällig werdenden Verpflichtungen nicht mehr deckt, Botschaft zur Änderung des BankG (2002), BBl 2002 VII, a.a.O., EBK-Bankeninsolvenzbericht, Situation in der Schweiz und auf internationaler Ebene, Bern 2008, a.a.O.

<sup>243</sup> Auf eine Fristsetzung kann verzichtet werden, wenn die Umstände darauf schliessen lassen, dass die Bank die Mängel ohnehin nicht fristgerecht beheben kann, Botschaft zur Änderung des BankG (2002), BBl 2002 VII, a.a.O.

- die Liquidation der Bank (Bankenkonkurs) nach den Art. 33-37g BankG anordnen.<sup>244</sup>

Die im Sanierungsfall einer Bank zu ergreifenden Massnahmen werden in Art. 25 Abs. 1 lit. a-c BankG abschliessend aufgezählt. Die Vorschriften über das Nachlassverfahren sind auf Banken ebenso wenig anwendbar wie die aktienrechtlichen Bestimmungen über die Benachrichtigung des Richters im Überschuldungsfall.<sup>245</sup> Die FINMA hat sich bei der Entscheidung, welche Massnahme im konkreten Fall zu ergreifen ist, nach den Interessen der Gläubiger der Bank zu richten. Das Interesse, eine Bank zu erhalten, darf dem Interesse der Gläubiger daher nicht übergeordnet werden.<sup>246</sup>

## **bb. Sanierungsverfahren**

Die FINMA kann ein Sanierungsverfahren einleiten, wenn sie zu dem Schluss kommt, dass die Bank nach erfolgter Sanierung alle Bewilligungsvoraussetzungen erfüllen kann.<sup>247</sup> Die Einleitung eines Sanierungsverfahrens kommt somit von Beginn an nicht in Betracht bei Unternehmen, die über keine Bankbewilligung verfügen bzw. denen die Erteilung der Bankbewilligung verweigert wurde.<sup>248</sup>

Leitet die FINMA das Sanierungsverfahren ein, so übernimmt sie während dessen Dauer die Geschäftsführung der Bank.<sup>249</sup> Sie beauftragt ausserdem einen Sanierungsbeauftragten, der einen Sanierungsplan auszuarbeiten hat, der die Interessen der Gläubiger und Gesellschafter bestmöglich wahrt.<sup>250</sup> Der Sanierungsplan ist der FINMA zur Genehmigung vorzulegen. Die Genehmigung wird nur bei Vorliegen der in Art. 31 BankG genannten Voraussetzungen erteilt. Regelmässig wird der Sanierungsplan Eingriffe in die Rechte der Gesellschafter oder der Gläubiger vorsehen; er ist deshalb auch diesen bekannt zu machen. Die Gesellschafter und Gläubiger haben die Möglichkeit innerhalb einer Frist von 20 Tagen beim Sanierungsbeauftragten Einwendun-

---

<sup>244</sup> Art. 25 Abs. 1 lit. a-c BankG.

<sup>245</sup> Art. 25 Abs. 3 BankG.

<sup>246</sup> ARTER, S. 282 f., mit weiteren Einzelheiten.

<sup>247</sup> EBK-Bankeninsolvenzbericht, Situation in der Schweiz und auf internationaler Ebene, Bern 2008, S. 15 ff.

<sup>248</sup> Botschaft zur Änderung des BankG (2002), BBI 2002 VII, S. 8085; EBK-Bankeninsolvenzbericht, Situation in der Schweiz und auf internationaler Ebene, Bern 2008, S. 10.

<sup>249</sup> Art. 28 Abs. 2 BankG.

<sup>250</sup> Art. 28 Abs. 1; 29 Abs. 1 BankV. Zu den Details des Sanierungsplans siehe Botschaft zur Änderung des BankG (2002), BBI 2002 VII, a.a.O., 8086; ARTER, S. 285.



gen zu erheben.<sup>251</sup> Sollten die Gläubiger, die betragsmässig mehr als die Hälfte der aus den Büchern hervorgehenden Forderungen der dritten Klasse gemäss Art. 219 SchKG vertreten, den Sanierungsplan ablehnen, gilt die Sanierung als gescheitert. Die FINMA hat in diesem Fall die Liquidation gemäss Art. 33-37g BankG anzuordnen.<sup>252</sup>

## **b. Versicherungen**

Die Bestimmungen des Versicherungsaufsichtsgesetzes sind *lex specialis* gegenüber den Bestimmungen des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs („SchKG“), die somit nur Anwendung finden, soweit das Versicherungsaufsichtsgesetz keine speziellen Vorschriften enthält.<sup>253</sup> Da in den Versicherungsaufsichtsgesetzen kein explizites Sanierungsrecht vorgesehen ist, müssen die Vorschriften über die Nachlassstundung gemäss Art. 293 ff. SchKG sowie das Nachlassverfahren gemäss Art. 305 ff. SchKG im Sanierungsfall eines Versicherungsunternehmens Anwendung finden.<sup>254</sup>

## **2. Konkurs**

### **a. Banken**

#### **aa. Allgemeines**

Das Bankenkursverfahren entspricht in weiten Teilen den allgemeinen Regelungen des Konkurses gemäss SchKG. Es enthält jedoch besondere Regelungen, um das Verfahren zur Abwicklung der Bank effizienter, einfacher und differenzierter gestalten zu können.<sup>255</sup> Insbesondere ist die FINMA die einzige Konkursbehörde. Sie entzieht der Bank die Bewilligung, wenn keine Aussicht auf Sanierung besteht oder diese gescheitert ist, ordnet die Liquidation an,<sup>256</sup> bestellt einen oder mehrere Liquidatoren und überwacht diese. Die

---

<sup>251</sup> Art. 29 Abs. 2 BankG.

<sup>252</sup> Art. 30 BankG.

<sup>253</sup> Botschaft zum VAG (2003), BBl 2003, S. 3831.

<sup>254</sup> Wie hier WEBER/UMBACH, § 9 Rdnr. 26 ff. Eine Ausnahme gilt für die Lebensversicherung, für die Art. 55 Abs. 3 VAG eine besondere Regelung enthält.

<sup>255</sup> Zu den Unterschieden zwischen dem Bankenkursverfahren und dem Konkursverfahren nach SchKG siehe EBK-Bankeninsolvenzbericht, Situation in der Schweiz und auf internationaler Ebene, Bern 2008, S. 17 ff.; JAEGER/HAUTLE, AJP, S. 395, 397.

<sup>256</sup> Die Liquidationsanordnung hat gemäss Art. 34 Abs. 1 BankG die Wirkung einer Konkurseröffnung gemäss den Art. 197-220 SchKG. Siehe dazu JAEGER/HAUTLE, S. 395, 398.

FINMA trifft ausserdem die Entscheidungen im Liquidationsverfahren.<sup>257</sup> Es gibt im Bankenkonkurs grundsätzlich nur ein mögliches Verfahren, d.h. der Unterschied zwischen summarischem und ordentlichem Verfahren wird hier zugunsten der Einfachheit aufgehoben. Die aus den Büchern ersichtlichen Forderungen werden automatisch in den Kollokationsplan aufgenommen<sup>258</sup> und müssen nicht erst angemeldet werden, um berücksichtigt werden zu können. Depotwerte werden bei der Bankenliquidation entgegen Art. 242 SchKG nicht zur Konkursmasse gezogen, sondern gegenüber dem Deponenten zu dessen Gunsten abgesondert.<sup>259</sup> Ausserdem bestehen Konkursprivilegien und die Möglichkeit rascher Auszahlungen ausserhalb der Kollokation für bestimmte Einleger,<sup>260</sup> was im allgemeinen Konkursrecht des SchKG aufgrund des Gleichbehandlungsgrundsatzes ausgeschlossen ist.<sup>261</sup>

Das Bankenkonkursverfahren ist in seinen Grundzügen im Bankengesetz aber hauptsächlich in der Verordnung über den Konkurs von Banken und Effektenhändlern (Bankenkonkursverordnung – FINMA, BKV-FINMA) geregelt. Sofern diese Bestimmungen nicht einschlägig sind, finden subsidiär die allgemeinen Regelungen des SchKG Anwendung.<sup>262</sup>

## **bb. Einlagensicherung**

Ein Kernstück des Bankenkonkursrechts ist das System der Einlagensicherung.<sup>263</sup> Ziel dieses Systems ist der Schutz des Finanzsystems, die Verhinderung einer durch einen sogenannten Bank-Run ausgelösten Vertrauenskrise und die Ermöglichung eines raschen Zugriffs der Kunden auf ihre Gelder zur Deckung ihres Lebensunterhalts sowie die Vermeidung oder zumindest Milderung von Auswirkungen auf das Wirtschaftsleben.<sup>264</sup> Das bisherige System des Einlegerschutzes wies angesichts der Entwicklungen auf dem Finanz-

---

<sup>257</sup> Art. 33 Abs. 1 und 2 BankG.

<sup>258</sup> Art. 36 BankG.

<sup>259</sup> Art. 37d BankG.

<sup>260</sup> Art. 37a f. BankG.

<sup>261</sup> Zu den Kernelementen des Schweizer Bankeninsolvenzrechts siehe EBK-Bankeninsolvenzbericht, Situation in der Schweiz und auf internationaler Ebene, Bern 2008, S. 8 ff. sowie zur Abwicklung eines „normalen Konkursverfahrens“ S. 14 ff. Siehe dazu auch JAEGER/HAUTLE, S. 395, 398.

<sup>262</sup> Art. 34 Abs. 2 BankG. Siehe hierzu JAEGER/HAUTLE, S. 395, 397.

<sup>263</sup> Zum Begriff der Einlagen JAEGER/HAUTLE, S. 395, 399.

<sup>264</sup> Botschaft zur Änderung des BankG (2008), BBl 2008, S. 8844. Zur grundsätzlichen Kritik an dem System der Einlagensicherung auch nach der letzten Änderung des BankG JAEGER/HAUTLE, S. 395, 401 ff.

markt Schwächen auf, die mit der Änderung der Vorschriften zum Einleger-schutz im Bankengesetz behoben wurden.<sup>265</sup>

Seit Inkrafttreten des Massnahmepakets zur Stärkung des Einleger-schutzes am 20. Dezember 2008 gelten Einlagen, die nicht auf den Inhaber lauten, einschliesslich Kassenobligationen, die im Namen des Einlegers bei der Bank hinterlegt sind, bis zum Höchstbetrag von CHF 100'000 als privilegiert.<sup>266</sup> Diese Einlagen sind insofern privilegiert, als sie bis zu dem Höchstbetrag der zweiten Gläubigerklasse gemäss Art. 190 Abs. 4 SchKG zugewiesen und aus den verfügbaren liquiden Aktiven ausserhalb der Kollokation und unter Ausschluss jeglicher Verrechnung sofort ausbezahlt werden.<sup>267</sup> Die FINMA legt im Einzelfall den Höchstbetrag der sofort ausbezahlbaren Einlagen fest und trägt dabei der Rangordnung der übrigen Gläubiger Rechnung.<sup>268</sup>

Banken sind verpflichtet, für die Sicherung der privilegierten Einlagen zu sorgen und sich, wenn sie solche Einlagen besitzen, zu diesem Zweck der Selbstregulierung der Banken anzuschliessen.<sup>269</sup> Die FINMA bewilligt die Selbstregulierung der Bank, wenn die Voraussetzungen in Art. 37h Abs. 3 lit. a-c BankG erfüllt sind, die unter anderem verlangen, dass die Bank einen Maximalbetrag von CHF 6 Mrd. für die gesamthaft ausstehenden Beitragsverpflichtungen vorsieht (sog. Systemobergrenze).<sup>270</sup> Zur Umsetzung der Selbstregulierung wurde der Verein Einlagensicherung der Schweizer Banken und Effektenhändler gegründet.<sup>271</sup>

## **b. Versicherungen**

Das Konkursverfahren eines Versicherungsunternehmens richtet sich grundsätzlich nach den allgemeinen Bestimmungen des SchKG, es sei denn, aus dem Versicherungsaufsichtsrecht ergibt sich etwas anderes.<sup>272</sup> Eine von den allgemeinen Regelungen abweichende Besonderheit des Konkursverfahrens über ein Versicherungsunternehmen ist das Zustimmungserfordernis der FIN-

<sup>265</sup> Zu den Einzelheiten siehe Botschaft zur Änderung des BankG (2008), BBl 2008, S. 8844 ff.

<sup>266</sup> Art. 37b Abs. 1<sup>bis</sup> BankG. Zuvor waren Einlagen bis zu einem Betrag von CHF 30'000 privilegiert, siehe hierzu Botschaft zur Änderung des BankG (2008), BBl 2008, S. 8847 f.

<sup>267</sup> Art. 37a<sup>bis</sup> Abs. 1 BankG.

<sup>268</sup> Art. 37a<sup>bis</sup> Abs. 2 BankG.

<sup>269</sup> Art. 37h BankG.

<sup>270</sup> Damit wurde die Systemobergrenze um CHF 2 Mrd. angehoben; siehe hierzu Botschaft zur Änderung des BankG (2008), BBl 2008, S. 8851 ff. Siehe zu den Voraussetzungen der Genehmigung der Selbstregulierung JAEGER/HAUTLE, S. 395, 400 f.

<sup>271</sup> Siehe hierzu ARTER, S. 287; JAEGER/HAUTLE, S. 395, 401.

<sup>272</sup> WEBER/UMBACH, § 9 Rdnr. 12, mit weiteren Details zum Verfahren.

MA betreffend die Eröffnung des Konkurses.<sup>273</sup> Diese darf die Zustimmung jedoch nur erteilen, wenn keine Aussicht auf eine erfolgreiche Sanierung besteht. Ausserdem steht der FINMA und nicht dem Konkursgericht das Recht zu, nach Anbringung des Konkursbegehrens vorsorgliche Massnahmen zu treffen, soweit dies zur Wahrung der Rechte der Gläubiger notwendig ist.<sup>274</sup>

Grundsätzlich ist für die Durchführung des Konkurses eines Versicherungsunternehmens bis zur ersten Gläubigerversammlung das Konkursamt zuständig und danach allenfalls die von der ersten Gläubigerversammlung gewählte Konkursverwaltung. Die FINMA kann davon abweichend eine besondere Konkursverwaltung ernennen und ihr sämtliche Befugnisse der Gläubigerversammlung übertragen.<sup>275</sup> Den Versicherten kommt im Konkurs des Versicherungsunternehmens eine besondere Stellung gegenüber den übrigen Gläubigern zu. Deshalb ist die Konkursverwaltung, die alle Gläubiger eines konkursiten Unternehmens gleichbehandeln muss, einem Interessenkonflikt ausgesetzt.<sup>276</sup> Zur Sicherung der Interessen der Versicherten kann die FINMA deshalb eine Person zur Vertretung des Versicherungsbestandes gegenüber der Konkursverwaltung bevollmächtigen.<sup>277</sup>

Die FINMA kann für den Schuldenruf gemäss Art. 232 SchKG besondere, von den Bestimmungen des SchKG abweichende Anordnungen treffen.<sup>278</sup> Die Forderungen von Versicherten, die sich mittels der Bücher des Versicherungsunternehmens feststellen lassen, gelten als eingegeben.<sup>279</sup>

Aus dem Erlös des gebundenen Vermögens, das im Konkurs des Versicherungsunternehmens vorhanden ist, werden vorweg Forderungen aus den Versicherungsverträgen, für die nach Art. 17 VAG Sicherstellung geleistet wurde, gedeckt.<sup>280</sup>

Darüber hinaus sieht das Gesetz in Art. 55 f. VAG und in Art. 57 ff. VAG für Versicherungsunternehmen, die die Lebensversicherung betreiben, und für ausländische Versicherungsunternehmen besondere Voraussetzungen über zusätzliche sichernde Massnahmen vor.<sup>281</sup>

---

<sup>273</sup> Art. 53 Abs. 1 VAG.

<sup>274</sup> Art. 53 Abs. 2 VAG i.V.m. Art. 170 SchKG.

<sup>275</sup> Art. 54 Abs. 1 HS 1 VAG.

<sup>276</sup> WEBER/UMBACH, § 9 Rdnr. 8.

<sup>277</sup> Art. 54 Abs. 1 HS 2 VAG.

<sup>278</sup> Art. 54 Abs. 2 VAG.

<sup>279</sup> Art. 54 Abs. 3 VAG.

<sup>280</sup> Art. 54 Abs. 4 VAG.

<sup>281</sup> Zu den Details dieser zusätzlichen sichernden Massnahmen siehe bei WEBER/UMBACH, § 9 Rdnrn. 19 ff.

### ***c. Gleichklang und Unterschiede***

Die Aufsichtsgesetze sehen in beiden Fällen besondere Schutzbestimmungen zugunsten der Versicherten bzw. Gläubiger im Fall eines Konkurses vor. Davon abgesehen unterscheidet sich das Sanierungs-/Konkursverfahren für Banken aber von dem der Versicherungsunternehmen.

Im Fall eines Bankenkurses ist die FINMA sowohl für die Eröffnung als auch für die Durchführung des Verfahrens zuständig. Sie erfüllt somit Aufgaben des Konkursrichters und übernimmt solche der Konkursverwaltung. Es handelt sich bei dem Sanierungs-/Konkursverfahren kurz gesagt um ein eigenständiges, auf die spezifischen Bedürfnisse des Finanzmarktes ausgerichtete Verfahren. Damit wird dem Zweck des Bankenaufsichtsrechts, der vor allem den Gläubigerschutz zum Gegenstand hat, Rechnung getragen.

Hingegen beschränkt sich die Rolle der FINMA im Versicherungskonkurs auf ein Zustimmungserfordernis hinsichtlich dessen Eröffnung und auf ein Mitwirkungsrecht im Konkursverfahren. Das Versicherungsaufsichtsrecht bezweckt allerdings anders als das Bankenaufsichtsrecht den Schutz der Versicherten vor Insolvenzrisiken und vor Missbräuchen. Diesen Schutz gewährleistet das Versicherungsaufsichtsrecht in ausreichendem Masse durch die Implementierung besonderer Schutzbestimmungen zugunsten der Versicherten, dem erforderlichen Zustimmungserfordernis der FINMA zur Konkurseröffnung und ihrem Mitwirkungsrecht im Konkursverfahren. Eines besonderen Konkursverfahrens bedarf es hier nicht. Mit dem allgemeinen Konkursrecht sieht das SchKG stattdessen ein effektives und bewährtes Abwicklungsverfahren auch für Versicherungsunternehmen vor.

## **E. Schlussbemerkung**

Die Aufsicht über Banken und Versicherungen wird – trotz der Schaffung der FINMA und dem FINMAG – nach wie vor nach den einzelnen Finanzmarktgesetzen abgewickelt. Ob dies künftig zu Effizienzsteigerung bei der Beaufsichtigung führen wird, bleibt abzuwarten.

## Literatur

- ARTER, OLIVER: Bankenaufsicht in der Schweiz, Standortbestimmungen und Zukunftsperspektiven am Vorabend der FINMA, Bern 2008.
- BAUMGARTEN, MARK-OLIVER / BURCKHARDT, PETER / ROESCH, ALEXANDER: Gewährsverfahren im Bankenrecht und Verhältnis zum Strafrecht, AJP 2006, S. 169.
- BODMER, DANIEL / KLEINER, BEAT / LUTZ, BENNO (B/K/L-Bearbeiter): Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen, Zürich 2006.
- BURKI, ANDREAS/PFUND, PETER/WALDMEIER, JÜRIG: Rechtliches, in: WALDMEIER, JÜRIG: Versicherungsaufsicht. Solvenz – Risikomanagement – Verantwortlicher Aktuar – Kontrollsystem – Gruppen & Konglomerate – Versicherungsvermittler, Zürich/Basel/Genf 2007, S. 1.
- EMMENEGGER, SUSAN/GEIGER, HANSUELI: Bank-Aktiengesellschaften, Statuten und Reglemente mit Mustern, Zürich/Basel/Genf 2004.
- HARTMANN, STEPHAN: Der Schutz der Versicherten vor Missbräuchen im revidierten Aufsichtsrecht, HAVE 2007, S. 30.
- ISELI, THOMAS (ST 2008): EBK-Rundschreiben Überwachung und Interne Kontrolle. Umfassende Prüfaufgaben der bankengesetzlichen Prüfgesellschaft, ST 2008, S. 560.
- ISELI, THOMAS (SZW 2008): Das Verbot der Personalunion im Versicherungsaufsichtsrecht – Grundsätzliche Überlegungen zur Personalunion im Wirtschaftsrecht, SZW 2008, S. 538.
- ISELI, THOMAS (Führungsorganisation): Führungsorganisation im Aktien-, Banken- und Versicherungsrecht. Ausgestaltung, Aufgaben und Abgrenzungen von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung, aktuelle Entwicklungen und Corporate Governance, in: ZOBL, DIETER/GIOVANO-LI, MARIO/WEBER, ROLF H. (Hrsg.): Schweizer Schriften zum Finanzmarktrecht, Zürich/Basel/Genf 2008, § 6.
- JAEGER, RAPHAEL / HAUTLE, THOMAS: Bankenkonzurs und Einlagensicherung in der Schweiz, AJP 2009, S. 395.
- KÄSER, SIBYLLE / STUDER, HELMUT: Versicherungsvermittlung, in: WALDMEIER, JÜRIG: Versicherungsaufsicht. Solvenz – Risikomanagement – Verantwortlicher Aktuar – Kontrollsystem – Gruppen & Konglomerate – Versicherungsvermittler, Zürich/Basel/Genf 2007, S. 285.

- KELLER, PHILIPP: Der Schweizer Solvenztest, in: WALDMEIER, JÜRIG/WEBER, STEPHAN (Hrsg.): Aktuelle Entwicklungen im schweizerischen Versicherungsaufsichtrecht, Auf dem Weg zur interdisziplinären Zusammenarbeit in der Steuerung von Versicherungsunternehmen, Zürich 2005, S. 97.
- KILGUS, SABINE: FINMAG und FINMA – Behörden(re)organisation oder regulatorische Innovation?, in: KUNZ, PETER V./HERREN, DOROTHEA/COTTIER, THOMAS/MATTEOTTI, RENÉ (Hrsg.): Wirtschaftsrecht in Theorie und Praxis, Festschrift für Roland von Büren, Basel 2009, S. 819.
- KLAUER, IRENE: Gruppen und Konglomerate, in: WALDMEIER, JÜRIG: Versicherungsaufsicht. Solvenz – Risikomanagement – Verantwortlicher Aktuar – Kontrollsystem – Gruppen & Konglomerate – Versicherungsvermittler, Zürich/Basel/Genf 2007, S. 319.
- LEUKERT, RENATE: Der Swiss Solvency Test: Kernelemente und Umsetzung im Unternehmen, in: WALDMEIER, JÜRIG/WEBER, STEPHAN (Hrsg.): Aktuelle Entwicklungen im schweizerischen Versicherungsaufsichtrecht, Auf dem Weg zur interdisziplinären Zusammenarbeit in der Steuerung von Versicherungsunternehmen, Zürich 2005, S. 109.
- LUDESCHER, THOMAS MATHIAS: Das gebundene Vermögen gemäss Versicherungsaufsichtsgesetz, St. Gallen 2007, S. 109.
- MÄCHLER, MONICA: FINMA kurz nach dem Start, SJZ 2009, S. 181.
- MÄCHLER-ERNE, MONICA (Versicherungsaufsicht): Versicherungsaufsicht und künftige Finanzmarktregulierung – Perspektive der Industrie, in: WALDMEIER, JÜRIG/WEBER, STEPHAN (Hrsg.): Aktuelle Entwicklungen im schweizerischen Versicherungsaufsichtrecht, Auf dem Weg zur interdisziplinären Zusammenarbeit in der Steuerung von Versicherungsunternehmen, Zürich 2005, S. 27.
- MÄCHLER-ERNE, MONICA (FINMA): Versicherungsaufsicht in der FINMA, Neuer Wein in noch neueren Schläuchen, GesKR 2009, S. 20.
- NOBEL, PETER (Finanzmarktrecht): Schweizerisches Finanzmarktrecht. Einführung und Überblick, Bern 2004.
- NOBEL, PETER (FINMAG): FINMAG – Ende der Magie?, SJZ 2009, S. 253.
- RIMLE, ALOIS (Finanzmarkt): Recht des schweizerischen Finanzmarktes, Zürich u.a. 2004.
- RIMLE, ALOIS (AJP 2005): Unterstellung unter die neue Versicherungsaufsicht, AJP 2005, S. 448.



- SCHAER, ROLAND: Modernes Versicherungsrecht. Das Privatversicherungsrecht und seine Schnittstellen zum Sozialversicherungsrecht und Haftpflichtrecht, Bern 2007.
- STÖCKLI, BEAT: Die Organisation von Banken aus privat-, aufsichts-, straf- und standesrechtlicher Perspektive, Zürich u.a. 2008.
- WATTER, ROLF / VOGT, NEDIM PETER / BAUER, THOMAS / WINZELER, CHRISTOPH (Hrsg.): Basler Kommentar. Bankgesetz, Basel u.a. 2005.
- WEBER, ROLF H. / GEIGER, HANS / BREINING-KAUFMANN, CHRISTINE / SCHMITZ, RONNIE / TROTT, ANSELM S.: Integrierte Finanzmarktaufsicht, Rechtliche und ökonomische Beurteilung des FINMA-Projekts, Zürich/Basel/Genf 2006.
- WEBER, ROLF H. / ISELI, THOMAS: Das Interne Kontrollsystem im Aktien- und Versicherungsrecht. Umfang, Inhalt und Verantwortlichkeiten, HAVE 2008, S. 19.
- WEBER, ROLF H. / UMBACH, PATRICK: Versicherungsaufsichtsrecht, Bern 2006.
- WELFENS, PAUL J. J.: Transatlantische Bankenkrise, Stuttgart 2009.
- ZIMMERLI, ULRICH: Integrierte Finanzmarktaufsicht in der Schweiz, Ausgangslage – Konzept – Umsetzung – Ausblick, GesKR 2009, S. 4.
- ZOBL, DIETER / BLÖCHLINGER, CHRISTOPH: Risiken, Ziele und Massnahmen in der schweizerischen Kapitalmarktgesetzgebung, in: WEBER, ROLF H./ZOBL, DIETER (Hrsg.): Risikomanagement durch Recht im Banken- und Versicherungsbereich, Zürich 2006, S. 1.
- ZOBL, DIETER / KRAMER, STEFAN: Schweizerisches Kapitalmarktrecht, Zürich 2004, N 836.



**This document is for information purpose only. No part of this publication may be reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted in any form or by any means electronic, mechanical, photocopying, recording or otherwise without the prior permission of Oliver Arter.**

**Oliver Arter, Consultant, Attorney at law, Bellerivestrasse 201,  
8034 Zurich, Switzerland, Tel.: 0041 44 386 6000.**