

# **Dualistische Bankenaufsicht**

## **Die Prüfgesellschaft im Spannungsfeld zwischen Aufsichtsbehörde und Auftraggeber**

Dissertation  
der Rechtswissenschaftlichen Fakultät  
der Universität Zürich

zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

**Patrick Götze**

von Meilen ZH

genehmigt auf Antrag von  
Prof. Dr. Christine Kaufmann

# Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	XXIII
Bibliographie	XXXI
Materialien und andere Quellen	XLV
Einleitung	1-
Grundlagen	7
§ 1 Grundlagen der Bankenaufsicht	7
I. Bedeutung der Bankenindustrie für die Volkswirtschaft	7
II. Notwendigkeit und Ziele der spezialgesetzlichen Aufsicht	8
1. Grundlagen	8
2. Systemschutz	10
3. Gläubigerschutz	12
III. Überblick über die gesetzlichen Grundlagen	12
§ 2 Grundlagen der Bankenprüfung	14
I. Unterschiede zur aktienrechtlichen Revision	14
1. Prüfungspflichten	15
2. Aufsicht und Ernennung	16
II. Inhalt der Prüfung	17
1. Grundlagen	17
2. Unterscheidung zwischen Aufsichts- und Rechnungsprüfung..	18
a. Rechnungsprüfung	20
b. Aufsichtsprüfung	22
3. Risikoorientierter Ansatz	25
4. Zusammenfassung	26
5. Entwurf FINMA-Rundschreiben Prüfwesen	26
III. Welche Institute fallen in den Anwendungsbereich?	27
1. Allgemein	27

2.	Inhalt der konsolidierten Aufsicht	29
3.	Amts- und Rechtshilfe im internationalen Verhältnis	30
	Das dualistische System	33
§ 3	Funktionsweise und institutionelle Ausgestaltung	33
I.	Funktionsweise – ein Überblick	33
1.	1. Einleitung und Grundlagen	33
2.	Das Pflichtenheft der Prüfgesellschaft	35
II.	Institutionelle Ausgestaltung – die Beteiligten	37
1.	Prüfgesellschaften	37
a.	Liste der bewilligten Prüfgesellschaften	37
b.	„bigfour“	37
c.	Volkswirtschaftliche Bedeutung der Branche	40
2.	FINMA	41
a.	Die FINMA als öffentlich-rechtliche Anstalt	41
b.	Administrative Unterstellung unter das Finanzdepartement...	44
c.	Gruppe Prüfgesellschaften der FINMA	45
d.	Zusammenarbeit mit der Revisionsaufsichtsbehörde	45
da.	Zulassung	46
db.	Aufsicht	47
de.	Amtshilfe	48
dd.	Rechtshilfe	49
3.	Banken	49
a.	Grundlagen	49
b.	Grossbanken	51
c.	Die „mittelgrossen“ Institute	53
d.	Übrige Banken	54
e.	Die Aufsichtskategorien	55
f.	Exkurs: Hedge Funds	55
4.	Schweizerische Nationalbank	56
III.	Prozedurale Fragen	59
§ 4	Durchbrechung des dualistischen Systems	61

I. Grossbankenaufsicht	61
1. Einleitung	61
2. Ausgestaltung	62
3. Kritik	66
II. Verstärkte Aufsicht über die mittelgrossen Institute	69
III. Direkte Aufsicht bei komplexen Sachverhalten	70
IV. Weitere Ausnahmen	71
1. Systematik	71
2. Raiffeisenkassen	71
3. Analysen und Umfragen	71
4. Aufsichtsreporting	72
§ 5 Vor- und Nachteile des dualistischen Systems	73
I. Einleitung	73
II. Vorteile	73
1. Allgemein	73
2. Fachkompetenz der Prüfer	77
3. Geographische Nähe der Prüfer	78
4. Einfachere Prüfung von grenzüberschreitenden Sachverhalten	78
5. Kein aufgeblähter Verwaltungsapparat	79
6. Schutz des Bankgeheimnisses	80
7. Kosten	81
III. Nachteile	82
1. Durchsetzungsfähigkeit	82
2. Aufsicht als Staatsaufgabe	83
3. Abhängigkeit der Aufsichtsbehörde von den Prüfgesellschaften	84

4. Interessenkonflikt	84
5. Grosse Distanz zwischen Aufsichtsbehörde und Bank	85
6. Unübersichtlichkeit des Systems	86
7. Hintanstellung der Interessen des Aktionärs	86
8. Expectation Gap	87
9. Fazit	87
§ 6 Historischer Hintergrund	88
I. Historische Begründung für das dualistische System	88
1. Die Situation vor 1934	88
2. Botschaft zum Bankengesetz von 1934	88
II. Historische Entwicklung	90
1. Die Vor-FINMAG Ära	90
2. FINMAG	90
§ 7 Zukunftsaussichten	92
I. Die Bedeutung des FINMAG für die Zukunft des dualistischen Systems	92
II. Welche Änderungen brachte die Finanzkrise mit sich?	93
§ 8 Aufsichtssysteme anderer Jurisdiktionen	95
I. Grundlagen	95
II. Deutschland	96
1. Ausgestaltung des Aufsichtssystems	96
2. Die Rolle der Prüfgesellschaften	98
3. Probleme	100
III. Grossbritannien	100
1. Ausgestaltung des Aufsichtssystems	100
2. Die Rolle der Prüfgesellschaften	101

3. Probleme	103
IV. USA	103
1. Ausgestaltung des Aufsichtssystems	103
2. Die Rolle der Prüfgesellschaften	104
3. Probleme	105
V. Fazit	105
Die spezialgesetzliche Prüfgesellschaft und das „Zwei Herren-Phänomen“	107
§9 Grundlagen	107
I. Die Rechtsstellung der Prüfgesellschaften	107
1. Erfüllung einer staatlichen Aufgabe	107
2. Legalitätsprinzip	109
3. Öffentliches Interesse und Verhältnismässigkeit	109
II. Grundrechtsbindung	110
1. Wirtschaftsfreiheit	112
2. Rechtsgleichheit und Willkür	113
3. Durchsetzung der Grundrechte	114
§ 10 Das Verhältnis zwischen Prüfgesellschaft und FINMA	116
I. Bewilligungspflichten	117
1. Grundlagen	117
2. Voraussetzungen für eine Bewilligung	119
a. Prüfgesellschaft	120
aa. Zulassung von der RAB	121
ab. Ausreichende Organisation	121
ac. Keine Ausübung einer anderen bewilligungspflichtigen Tätigkeit	122
ad. Gewähr für eine ordentliche und sorgfältige Prüftätigkeit	123
ae. Genügend Mandate von Beaufsichtigten	123
af. Mindestens zwei leitende Prüfer	124

b.	Die Person des leitenden Prüfers	125	~
ba.	Zulassung als Revisionsexperte	127	
bb.	Fachwissen und Erfahrung des leitenden Prüfers	128	
bc.	Gewähr für eine ordentliche und sorgfältige Prüftätigkeit	130	
bd.	Arbeitsverhältnis von mindestens einem halben Jahr	131	
c.	Weitere Voraussetzungen	131	
II.	Sorgfalt eines ordentlichen und sachkundigen Prüfers	131	
III.	Erleichterte Zulassungsvoraussetzungen nach KAG	133	
IV.	Erleichterte Voraussetzungen gem. Art. 2 Abs. 3 KAG (Investmentgesellschaften)	134	
V.	Berichterstattungspflichten der Prüfgesellschaften	134	
1.	Der Prüfbericht	134	
2.	Meldung an die Aufsichtsbehörde nach erfolgloser Fristansetzung	139	
3.	Die sofortige Berichterstattung gem. Art. 27 Abs. 3 FINMAG	140	
4.	Regelmässiger Informationsfluss	145	
VI.	Aufsicht über die Prüfgesellschaften	146	
1.	Allgemeines	146	
2.	Aufsicht über die Prüfgesellschaften in der FINMA-PV	147	
3.	Informelle Aufsicht	149	
4.	Fazit	150	
VII.	Weisungsrecht der FINMA	150	
VIII.	Massnahmen und Sanktionen bei einem Fehlverhalten der Prüfgesellschaften	151	
1.	Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes	153	
2.	Vorsorgliche Massnahmen	154	
3.	Berufsverbot	154	
4.	Veröffentlichung der aufsichtsrechtlichen Verfügung	154	

5. Einziehung	156
6. Einsetzung eines Untersuchungsbeauftragten	157
7. Verweigerung der Zustimmung zur Beauftragung	159
8. Entzug der Bewilligung/Zulassung	159
a. Prüfgesellschaft	159
b. Leitender Prüfer	160
9. Verwaltungsstrafrecht	161
10. Allgemeines Strafrecht	163
11. Abberufung/Anordnung eines Wechsels	164
IX. Gebühren und Abgaben	165
X. Prozessuales	166
XI. Zusammenarbeit mit den Standesorganisationen	166
§ 11 Das Verhältnis zwischen Prüfgesellschaft und Bank	167
I. Öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich?	167
1. Hoheitlichkeit	167
2. Richtet sich das Verhältnis nach dem öffentlichen Recht oder dem Privatrecht?	168
II. Das Vertragsverhältnis	169
III. Honorare	173
IV. Organstellung?	174
V. Die Pflichten der Banken gegenüber den Revisionsstellen	175
VI. Berichterstattungspflichten der Prüfgesellschaften gegenüber den Beaufsichtigten	176
VII. Laufende Aufsicht	177
VIII. Massnahmen der Prüfgesellschaften gegenüber dem beaufsichtigten Institut nach der Aufdeckung von Missständen	177



1.	Die Fristansetzung durch die Prüfgesellschaften bei Missständen bei der beaufsichtigten Bank (Art. 27 Abs. 2 FINMAG)	177
2.	Pflichten gemäss Obligationenrecht	179
3.	Nicht vom Gesetz vorgesehene Massnahmen	179
IX.	Weisungsrecht der Prüfgesellschaften gegenüber den Banken	179
X.	Die Zusammenarbeit zwischen interner und externer Revision	180
1.	Die interne Revision	180
2.	Die Zusammenarbeit zwischen interner und externer Revision	182
XI.	Bankgeheimnis und Prüfungsgeheimnis	185
XII.	Personelle Verflechtungen	186
XIII.	Bestechung	186
XIV.	Wirtschaftliche Abhängigkeit	187
XV.	Gleichzeitige Beratungsdienstleistungen	187
§ 12	Das Verhältnis zwischen den Banken und der FINMA – Auswirkung auf die Prüfgesellschaften	190
I.	Abgaben und Gebühren	190
II.	Bestellung der Prüfgesellschaft	191
1.	Erstmalige Bestellung	191
2.	Wechsel	192
a.	Genehmigung	192
b.	Pflicht der Bank zur Begründung eines Mandatsentzugs	193
c.	Pflicht zur Zusammenarbeit mit der bisherigen Prüfgesellschaft	193
III.	Der direkte Informationsfluss von den beaufsichtigten Instituten zur FINMA	194
§ 13	Die Auswirkungen des „Zwei Herren-Phänomens“	196
I.	Unabhängigkeit und Interessenkonflikte	196

1. Grundlagen	196
2. Personelle und wirtschaftliche Unabhängigkeit	199
3. Independence in Fact und Independence of Appearance	200
4. Unabhängigkeit in der Revisionsbranche im Allgemeinen	202
5. Unabhängigkeit der Bankenprüfer im Besonderen	203
6. Schlussbemerkung	204
II. Befangenheit	205
III. Folgen der Befangenheit	205
1. Keine Meldung an die FINMA trotz Unregelmässigkeit	205
a. Unterlassene Meldung aufgrund mangelnder Unabhängigkeit	205
b. Bevorzugung einer internen Lösung	206
2. Ausstandsbegehren	207
3. Haftung	207
a. Prüfgesellschaft	207
aa. Haftung nach Verantwortlichkeitsgesetz	208
ab. Haftung nach den Finanzmarktgesetzen	209
b. Haftung der FINMA im Zusammenhang mit einem Fehlverhalten der Prüfgesellschaft	212
§ 14 Antworten auf die Unabhängigkeitsproblematik – de lege lata	215
I. Gegenmassnahmen des Gesetzgebers	216
1. Obligationenrecht	216
a. Bestimmungen zur Unabhängigkeit der Revisionsstelle	216
b. Leitender Revisor	218
c. Angaben zur Unabhängigkeit im Revisionsbericht	219
2. Finanzmarktrecht	220
a. FINMAG	220
b. FINMA-PV	220
c. Spezialgesetze	221
3. Revisionsrecht	221
a. Neues Revisionsrecht	221

b. Revisionsaufsichtsbehörde	223
II. Gegenmassnahmen der Aufsichtsbehörde	224
1. Fragebogen	224
2. Verordnungen	225
3. Rundschreiben	226
4. Mitteilungen	227
5. Bulletins und Jahresberichte	227
III. Gegenmassnahmen Selbstregulierung	228
1. Treuhand-Kammer	229
a. „Schweizer Prüfungsstandards“	229
b. Richtlinien zur Unabhängigkeit 2007	230
c. Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung	232
d. Empfehlungen der FEE	233
2. Standesregeln der Schweizerischen Bankiervereinigung	233
IV. Gegenmassnahmen: Internationale Standards	233
1. Bank of International Settlements/Basel Committee of Banking Supervision	234
a. Core Principles of Effective Banking Supervision	234
b. Papers	235
2. International Federation of Accountants (IFAC)	235
a. International Auditing and Assurance Standards Board	235
b. International Ethics Standards Board for Accountants	236
c. International Auditing Practice Statement (IAPS)	238
3. Securities and Exchange Commission (SEC)	239
4. EU-Recht	240
5. G-20	240
V. Gegenmassnahmen der Revisionsgesellschaften	241
1. Verpflichtung der Mitarbeiter	241
2. Corporate Governance	242

3. IT-Systeme	244
4. Aus- und Weiterbildung der Mitarbeiter	244
5. Kontrolle der Mitarbeiter	244
VI. Fazit	245
Lösungsansätze für die Unabhängigkeitsproblematik – de lege ferenda	24 <sup>^</sup>
§ 15 Ist der Finanzmarkt bereits jetzt überreguliert?	247
§ 16 Die Lösungsansätze im Einzelnen	250
I. Die Ebene Prüfgesellschaft	250
1. Verbot gleichzeitiger Beratungsdienstleistungen	250
2. Spezialgesetzliche Prüfgesellschaft und aktienrechtliche Revisionsstelle nicht in Personalunion	251
3. Entschädigung	251
4. Rotationsprinzip	253
a. Leitender Prüfer (interne Rotation)	254
b. Prüfgesellschaft (externe Rotation]	255
5. Interne Massnahmen und Stärkung der Corporate Governance	256
6. Chinese Walls	257
II. Die Person des Prüfers	258
1. Katalog von unvereinbaren Beziehungen	258
2. Richterliche Ausstandsregeln	258
3. Abschreckende Wirkung der Sanktionen	260
III. Verfahren	260
1. Soll die Aufsichtsbehörde häufiger selbst tätig werden?	260
a. Grundlagen	260
b. Grossbankenaufsicht	261
c. Vor-Ort-Kontrollen bei mittleren und kleineren Banken	262
d. Fazit	262

2.	Intensivere Inspektionen der FINMA bei den Prüfgesellschaften	263
3.	Whistleblowing	264
4.	Informationen von Kunden und Geschäftspartnern	265
IV.	Weitere Lösungsansätze	265
1.	Transparenz	265
2.	Zulassung weiterer Prüfgesellschaften	266
3.	Zuteilung der Prüfgesellschaften durch die Aufsichtsbehörde	267
4.	Pflicht zur Begründung eines Mandatsentzugs	268
a.	Strengeres Verfahren bei Widerspruch der Prüfgesellschaft...	268
b.	Liste der Gründe	269
V.	Fazit	269
Exkurs:	Versicherungen	271
§ 17	Das dualistische Element in der Versicherungsaufsicht	273
I.	Ausgangslage	273
II.	Neuerungen mit dem VAG	273
III.	Neuerungen mit dem FINMAG	274
IV.	Ermessen der FINMA	274
§ 18	Regeln zur Unabhängigkeit	276
§ 19	Fazit	277
	Fallstudien und Kasuistik	279
* § 20	Bundesgericht	280
I.	BGE 99 Ib 104	280
1.	Sachverhalt	280
2.	Auszug aus den Erwägungen	281
3.	Würdigung	282

II. Spar- und Leihkasse Thun (SLT)	282
§21 Aufsichtsbehörde	286
I. Bank Globo/Arthur Andersen	286
1. Sachverhalt	286
2. Erwägungen	289
3. Würdigung	292
II. Verfügung der Eidg. Bankenkommision vom 28. Oktober 2004 in Sachen Revisionsstelle R betreffend die Revisionsstätigkeit bei der Bank B	293
1. Sachverhalt	293
2. Erwägungen	293
3. Würdigung	294
III. Banque Cantonale Vaudoise	294
1. Sachverhalt	294
2. Würdigung	295
IV. Verfügung der EBK vom 14. November 1996 i.S. Revisionsstelle X	295
1. Sachverhalt (Auszug)	295
2. Auszug aus den Erwägungen der EBK	296
3. Würdigung	296
V. SogevalorSA	297
Schlusswort	299