

# AJP / PJA

AKTUELLE JURISTISCHE PRAXIS / PRATIQUE JURIDIQUE ACTUELLE

8 / 2022

31. Jahrgang  
31<sup>e</sup> année



- **Das UK Senior Managers and Certification Regime**  
*Susan Emmenegger*
- **Solidarität im Schadenersatzrecht**  
*Alfred Koller*
- **Zulässigkeit von Geheimhaltungsklauseln zur Lohnhöhe**  
*Charlotte Arndgen*
- **Weichenstellung für die passing-on defense**  
*Benedikt Freund / Gaspare T. Loderer*
- **Das neue Geodiskriminierungsverbot**  
*Nicolas Birkhäuser / Manuel J. Constan*
- **Testamentarische Schiedsklauseln**  
*Marco Stacher*
- **Heilt die Zeit alle Wunden?**  
*Daniel Jositsch / Olivia Zurlinden*
- **Autoposing**  
*Claudio Fritsche*

DIKE



## Das UK Senior Managers and Certification Regime

### Individuelle Verantwortung von Bankmanagern in Grossbritannien

SUSAN EMMENEGGER\*

Das UK Senior Managers and Certification Regime (SMCR) steht beispielhaft für die Tendenz in der Finanzmarktaufsicht, den Fokus nicht mehr allein auf das Finanzinstitut, sondern vermehrt auf dessen Führungskräfte zu legen. Im Kern geht es darum, dass das Finanzinstitut die wichtigen Verantwortungsbereiche des Unternehmens einer konkreten Person zuweist – einem Senior Manager. Für Senior Managers gelten sodann besondere Verhaltenspflichten. Sie müssen angemessene Massnahmen ergreifen, damit in ihrem Verantwortungsbereich kein Fehlverhalten auftritt. Hinschauen ist Pflicht, Wegschauen ist Pflichtverletzung. Pflichtverletzungen werden aufsichtsrechtlich sanktioniert (u.a. Bussen, Berufsverbote) und inhaltlich mit dem variablen Vergütungssystem des Unternehmens verknüpft. Zusätzlich verstärkt wird das SMCR durch eine personelle Eintrittsschranke, die je nach Funktion in einer behördlichen Zulassung (Senior Managers) oder in einer Gewährszertifizierung durch das Finanzinstitut (Stufe unterhalb des Senior Managements) besteht.

Le UK Senior Managers and Certification Regime (SMCR) est un bon exemple de la tendance suivie par la surveillance des marchés financiers qui ne se concentre plus uniquement sur l'établissement financier, mais porte aussi une attention accrue à ses cadres. Pour l'essentiel, il s'agit du fait que l'établissement financier attribue les principaux domaines de responsabilité de l'entreprise à une personne concrète, le Senior Manager. Ces cadres supérieurs doivent se conformer à des règles de conduite spécifiques. Ils doivent prendre des mesures appropriées afin d'éviter que ne surviennent des actes répréhensibles dans leur domaine de responsabilité. Regarder est un devoir, détourner les yeux revient à violer ce devoir. La violation de devoirs fait l'objet de sanctions prudentielles (notamment des amendes, interdictions d'exercer) et est associée, sur le fond, au système de rémunération variable de l'entreprise. Le SMCR est en outre renforcé par une barrière personnelle à l'entrée qui consiste, selon la fonction, en une autorisation administrative (Senior Manager) ou une certification de garantie d'une activité irréprochable par l'établissement financier (niveau inférieur au Senior Management).

#### Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Hintergrund
  - A. Die Vorgängerversion: Das Approved Persons Regime
  - B. Die globale Finanzkrise und der Liborskandal
  - C. Regulatorische Reaktion: Einführung des Senior Managers and Certification Regime
- III. Umsetzung und Ziele des SMCR
  - A. Umsetzung
  - B. Ziele
- IV. Eckpunkte des SMCR
  - A. Das Senior Managers Regime
    1. Überblick
    2. Behördliches Zulassungsverfahren (Eintrittsschranke)
    3. Formelles Pflichtenheft (individuelle Zuständigkeit)
    4. Zusätzliche Verhaltensregeln (Organisationsverantwortung)
    5. Festlegung der Senior-Management-Funktionen
    6. Obligatorische Zuständigkeitsbereiche (Prescribed Responsibilities)
  - B. Das Zertifizierungsregime
    1. Festlegung der zertifizierungspflichtigen Funktionen
    2. Eignungsprüfung und Ausstellung des Zertifikats
  - C. Das Sanktionsregime
    1. Massnahmenkatalog und Rolle des Verschuldens
    2. Sanktionsbewehrte Duty of Responsibility für Senior Managers
    3. Die Rolle der Vergütungsregulierung
- V. Schlussbemerkungen

#### I. Einleitung

*«Responsibility that is too thinly diffused can be too readily disowned: a buck that does not stop with an individual stops nowhere.»<sup>1</sup>*

Ein Blick auf die Zeitachse des Unternehmertums offenbart beeindruckende Geschichten über Innovation und Erfolg, aber auch über Skandale und Pleiten.<sup>2</sup> Der Finanzsektor nimmt darin im Guten wie im Schlechten eine prominente Rolle ein.<sup>3</sup> Mit der Finanzkrise von 2007 begann allerdings eine Negativserie, die bis heute kein Ende gefunden hat: Wie in einer aktiven Vulkanlandschaft eruptiert immer irgendwo ein Skandal rund um ein oder gar mehrere Finanzinstitute.<sup>4</sup> Und immer wieder stellt sich

<sup>1</sup> PCBS (Parliamentary Commission on Banking Standards), Changing Banking for Good. First Report of Session 2013–14, Volume I: Summary, and Conclusions and recommendations, Juni 2013, N 98.

<sup>2</sup> Vgl. DAVID S. LANDES/JOEL MOKYR/WILLIAM J. BAUMOL (Hrsg.), The Invention of Enterprise: Entrepreneurship from Ancient Mesopotamia to Modern Times, Princeton 2012, passim.

<sup>3</sup> Siehe dazu NIALL FERGUSON, The Ascent of Money, Financial History of the World, 2. A., London 2019, passim.

<sup>4</sup> Beispielhaft: Lehmann Brothers (2008), Maddoff (2008), Libor (2011), Adaboli (2011), MF Global (2011), 1MDB (2015), Petrosbas (2015), Panama Papers (2016), Wirecard (2020), Commerzialbank Mattersburg (2020), Greensill Capital (2021), Archegos (2021), DWS/Deutsche Bank (2022).

\* SUSAN EMMENEGGER, Prof. Dr. iur., LL.M., Ordinaria für Privat- und Bankenrecht, Direktorin des Instituts für Bankrecht an der Universität Bern. Die Autorin dankt MLaw Daniel Lüthi und stud. iur. Milan Zuber für die Unterstützung bei der Erstellung des vorliegenden Beitrags.

die Frage, wie es dazu kommen konnte – und ob wenigstens angemessene Sanktionsmechanismen bestehen. Im Fokus steht dabei vermehrt die individuelle Verantwortlichkeit der Entscheidungsträger innerhalb des Unternehmens. Ansätze hierzu finden sich in den Empfehlungen der internationalen Gremien wie dem Financial Stability Board und dem Basler Ausschuss für die Bankenaufsicht.<sup>5</sup> In der Schweiz hat das Parlament den Bundesrat beauftragt, in einem Bericht aufzuzeigen, welche Anpassungen im regulatorischen Instrumentarium notwendig wären, um im Finanzsektor die Anreize zu einer individuellen Verantwortungsübernahme auf der höchsten Kaderstufe zu verstärken.<sup>6</sup> Dabei wird spezifisch auf das in Grossbritannien geltende Senior Managers and Certification Regime (SMCR) verwiesen.<sup>7</sup> Es ist das erste seiner Art, wobei bereits andere Länder ähnliche Regimes eingeführt haben oder die Einführung vorbereiten.<sup>8</sup>

Der vorliegende Beitrag enthält einen Überblick über das britische SMCR.<sup>9</sup> Das Regime gilt für alle der britischen Aufsicht unterstellten Finanzdienstleister. Die Regulierungsintensität ist aber je nach Finanzdienstleister unterschiedlich. Zudem sind für zahlreiche Finanzdienstleister regelmässig sowohl die Prudential Regulatory Authority (PRA) als auch die Financial Services Authority (FCA) für die Konkretisierung und die Umsetzung des SMCR zuständig. Das gilt auch für die Banken, die im Fokus des vorliegenden Beitrags stehen.<sup>10</sup>

## II. Hintergrund

Während die Finanzkrise von 2008 zweifellos einen wichtigen Treiber für das Senior Management Regime darstellt, war der konkrete Anlass für die regulatorische Reform der Libor-Skandal von 2012. Bereits die Vorgänger-Regulierung des SMCR, das sogenannte Approved Persons Regime von 2000 (APER), war eine regulatorische Reaktion auf öffentlichkeitswirksame Bankskandale, allen voran der Zusammenbruch der 1762 gegründeten Barings Bank.

### A. Die Vorgängerversion: Das Approved Persons Regime

Das APER wurde im Rahmen des Financial Services and Markets Act aus dem Jahr 2000 eingeführt. Auslöser war in erster Linie der spektakuläre Zusammenbruch der traditionsreichen Barings Bank im Jahr 1995. Zu dieser Zeit oblag die Durchsetzung von Verhaltenspflichten auf der Stufe der Einzelpersonen massgeblich den Selbstregulierungsorganisationen.<sup>11</sup> Die für die Barings Bank zuständige Selbstregulierungsorganisation<sup>12</sup> verneinte eine individuelle Verantwortlichkeit der Führungsorgane der Bank mit dem Argument, es könne nicht nachgewiesen werden, dass diese Personen durch ihre (direkten) Handlungen die Insolvenz der Bankengruppe bewirkt hätten. Erst der von den Behörden angestrebte Prozess führte zu einem Berufsverbot für mehrere Entscheidungsträger, unter anderem den CEO der Bank, Andrew Tuckey.<sup>13</sup>

<sup>5</sup> FSB (Financial Stability Board), *Strengthening Governance Frameworks to Mitigate Misconduct Risk: A Toolkit for Firms and Supervisors* (2018), 22 ff.; BCBS (Basel Committee on Banking Supervision), *Corporate Governance Principles for Banks* (2015), Grundsatz 4 (Senior Management), 20 f.

<sup>6</sup> Siehe dazu das Postulat Andrey (21.3893) vom 18. Juni 2021, *Schlanke Werkzeuge, um höchste Finanzmarktkader besser in die Pflicht zu nehmen*, 18.6.2021, AB 2022 N 63.

<sup>7</sup> Id.

<sup>8</sup> Dazu gehören etwa Australien, Irland, Hong Kong und Singapur. Siehe zu diesen Regimes JOE McGRATH/CIRIAN WALKER, *New Accountability in Financial Services, Changing Individual Behaviour and Culture*, Cham 2022, 127 ff.

<sup>9</sup> Siehe auch IAN McNEIL, *Regulating Instead of Punishing: The Senior Managers Regime in the UK*, in: Katalin Ligeti/Stanislaw Tosza (Hrsg.), *White Collar Crime: A Comparative Perspective*, Oxford 2019, 225 ff.; ANAT KELLER/ANDREAS KOKKINIS, *The senior managers and certification regime in financial firms: an organisational culture analysis*, J. Corp. Law Stud. 2022 (Onlineversion, DOI 10.1080/14735970.2022.2054165); McGRATH/WALKER (FN 8), 127 ff.

<sup>10</sup> Das zentrale Rulebook ist das Rulebook für die «CRR firms» (CRR Rulebook). CRR steht für Capital Requirements Regulation. «CRR firms» sind Finanzdienstleister, die der EU-Kapitaladäquanzregulierung unterstehen.

<sup>11</sup> Die Aufgaben der Selbstregulierungsorganisationen wurden mit dem FSMA 2000 (Inkrafttreten im Jahr 2001) zunächst auf die Financial Services Authority (FSA) übertragen. Die FSA wurde 2013 durch die Financial Conduct Authority und die Prudential Regulation Authority (sog. Twin-peaks-Modell) ersetzt. Zum regulatorischen Rahmen und seiner Entwicklung siehe JASON D. HAINES, *Financial Regulation – A British Experience*, J. Financ. Crime 1999, 334.

<sup>12</sup> Es handelte sich um die Securities and Futures Authority (SFA). Die SFA sowie die weiteren SROs wurden durch den Secretary of State of Trade and Industry (heute Secretary of State for Business, Energy and Industrial Strategy) autorisiert und standen unter der Aufsicht des behördlichen Securities and Investment Board (SIB). Die Hauptaufgabe der SFA bestand in der Erteilung von «Bewilligungen» zur Ausübung von Investmenttätigkeiten in Grossbritannien (Sec. 3 Financial Services Act 1986), wobei man die Autorisierung kraft Mitgliedschaft in der Organisation erhielt (Sec. 7 Financial Services Act 1986).

<sup>13</sup> Siehe dazu BOB FERGUSON, *The personal accountability of bankers*, Law and Fin. Mkt. Rev. 2015, 40 ff., 42. Zuständig war der Secretary of State for Trade and Industry. Rechtsgrundlage bildete der Company Directors Disqualification Act 1986 (CDDA), Sec. 6, wonach ein Gericht ein Berufsverbot (disqualification order, vgl. CDDA 1986, Sec. 1) verfügt, wenn sich im Zusammenhang mit einer Unternehmensinsolvenz herausstellt, dass deren Führungs-

Das APER hatte zum erklärten Ziel, die Grundlage zu schaffen, um leitende Angestellte in Tuckey-ähnlichen Szenarien zur Rechenschaft zu ziehen.<sup>14</sup> Es unterstellte Personen in Führungsfunktionen (significant influence functions) und Personen mit Kundenkontakt (customer dealing functions) einem behördlichen Zulassungsverfahren.<sup>15</sup> Die relevanten Funktionen – sogenannte «controlled functions» – waren aufsichtsrechtlich vordefiniert: CF1 für eine operative Direktionsfunktion, CF2 für eine nicht operative Direktionsfunktion, CF3 für die Chief Exekutive-Funktion etc. Die Zulassung bezog sich jeweils auf eine spezifische Funktion.<sup>16</sup> Waren die Zulassungsvoraussetzungen nicht mehr erfüllt oder wurden Verhaltenspflichten verletzt, konnte die Aufsichtsbehörde die Zulassung entziehen.

## B. Die globale Finanzkrise und der Liborskandal

Gut sieben Jahre nach der Einführung des APER kam es zur globalen Finanzkrise. Deren Ursachen waren vielfältig, unbestrittenermassen aber hatten die Corporate-Governance-Misstände bei den Finanzinstituten daran einen wesentlichen Anteil.<sup>17</sup> Ein Aspekt dieser Krise sorgte in der Öffentlichkeit für besonders viel Unverständnis und Empörung: Zwar bezahlten die Finanzinstitute hohe Bussgelder.<sup>18</sup> Von den Bankmanagern, die sich vor der

Krise Gehälter in Millionenhöhe hatten auszahlen lassen, wurde aber praktisch niemand belangt.<sup>19</sup>

Auch das APER erwies sich im Nachgang zur Finanzkrise als stumpfes Schwert. Obwohl im UK mehrere Banken mit staatlicher Finanzhilfe gerettet werden mussten und insbesondere die Nahtoderfahrung der traditionsreichen Royal Bank of Scotland (RBS) hohe Wellen geworfen hatte,<sup>20</sup> blieben aufsichtsrechtliche Verfahren gegen Einzelpersonen die Ausnahme.

Im Fall der RBS wurde das Verfahren mit einem Vergleich zwischen der FSA und dem Executive Director der RBS beendet, der zwar dessen weitgehenden Verzicht auf künftige Tätigkeiten im Finanzsektor, nicht aber ein Schuldeingeständnis beinhaltete.<sup>21</sup> Im Ergebnis war es auch im RBS-Fall so, dass die individuellen Zuständigkeiten zu wenig klar definiert waren. Das APER enthielt dazu keine genügenden Vorgaben. Hinzu kam, dass das APER zwar eine Eintrittsschranke errichtete, aber die «Approved Persons» im Anschluss daran keine weiteren Hürden zu erwarten hatten.<sup>22</sup> Und schliesslich fehlte dem APER ein Mechanismus, der die Verantwortung für einen bestimmten Unternehmensbereich mit einer entsprechenden Compliance-Verantwortlichkeit verknüpft hätte. Eine solche «Pflicht zum Hinschauen» war nirgends ausformuliert.<sup>23</sup>

Das Fass zum Überlaufen brachte in der öffentlichen Wahrnehmung ein weiterer Skandal, der im Nachgang zur Finanzkrise zutage trat, nämlich die breite, länderübergreifende Manipulation des Referenzzinssatzes in Gestalt der London Interbank Exchange Rate (LIBOR), in den über 20 Banken aus Europa, den USA und Japan verwickelt waren.<sup>24</sup> Die Finanzaufsichtsbehörden der USA und

kräfte nicht geeignet waren, das Unternehmen zu führen. Im Falle der Barings Bank wurde die fehlende Eignung damit begründet, dass der Händler Nick Leeson, der mit seinen Trades die Insolvenz der Bank bewirkt hatte, in fahrlässiger Weise nicht genügend überwacht wurde. Der erstinstanzliche Entscheid erfolgte 1999 durch die Chancery Division des High Court of Justice (Companies Court). Er wurde im Jahr 2000 durch den Court of Appeals (Civil Division) bestätigt.

<sup>14</sup> FERGUSON (FN 3), 42.

<sup>15</sup> Für einen Überblick siehe PCBS (Parliamentary Commission on Banking Standards), Changing Banking for Good, Report of the Parliamentary Commission on Banking Standards, Volume II: Chapters 1 to 11 and Annexes, together with formal minutes, Juni 2013, N 540 ff.

<sup>16</sup> Siehe dazu etwa die Tabelle in PCBS (FN 15), N 543.

<sup>17</sup> Statt vieler KELLER/KOKKINIS (FN 9), 8, m.w.N.

<sup>18</sup> Spitzenreiterin ist die Bank JPMorgan, die im Jahr 2013 ihren Streit mit diversen Behörden und Bundesstaaten für rund USD 13 Mrd. beilegte. Siehe Department of Justice, Justice Department, Federal and State Partners Secure Record \$13 Billion Global Settlement with JPMorgan [...], 19. November 2013. Insgesamt – also nicht nur krisenbezogen – betrogen die Bussgelder von 2008 bis Q3 2019 über USD 350 Mrd., siehe dazu ECB (European Central Bank), Financial Stability Report 2019, 54 f. (Implications of Bank Misconduct for Bank Equity Returns and Valuations).

<sup>19</sup> Für eine Diskussion der Enforcementfälle siehe ANDREAS KOKKINIS, Corporate Law and Financial Instability, New York 2018, 131 ff. Zu den Hintergründen für das fehlende Enforcement gegen individuelle Personen siehe WILLIAM D. COHAN, The New York Times vom 21.7.2016 (A Clue to the Scarcity of Financial Crisis Prosecutions).

<sup>20</sup> In Grossbritannien traf es vier Banken besonders hart: Northern Rock, Bradford & Bingley, Royal Bank of Scotland und Lloyds TSB, welche allesamt staatliche Unterstützungsmassnahmen beanspruchen mussten. Siehe dazu House of Commons, Bank rescues of 2007–09: Outcomes and Costs, in: Briefing Paper No. 5748, 8. Oktober 2018, 6 ff.

<sup>21</sup> FSA (Financial Services Authority), The Failure of the Royal Bank of Scotland, Financial Services Authority Board Report (2011), 354.

<sup>22</sup> PCBS (FN 15), N 557 ff.

<sup>23</sup> Ausdrücklich FSA Report (FN 21). Dieser Punkt gehört zu den Kernelementen der Neuerung unter dem SMCR, siehe unten Punkt IV.C.2.

<sup>24</sup> Zum LIBOR und zum LIBOR-Skandal siehe GAVIN FITCH/LIAM VAUGHAN, The Fix. How Bankers Lied, Cheated and Colluded to

des UK sowie die EU-Kommission verhängten gegen die beteiligten Banken zwar hohe Strafzahlungen.<sup>25</sup> Sanktionen gegen Einzelpersonen blieben hingegen die Ausnahme, und wo sie erfolgten, geschah dies nicht gestützt auf das APER-Regime.<sup>26</sup> Dies lag nicht zuletzt daran, dass das APER nur rund 10% der Bankangestellten erfasste und gerade auch die Personen, welche in die LIBOR-Manipulationen verwickelt waren, keinen APER-Status hatten.<sup>27</sup>

### C. Regulatorische Reaktion: Einführung des Senior Managers and Certification Regime

Der Libor-Skandal führte im Jahr 2012 zur Einsetzung der Parliamentary Commission on Banking Standards (PCBS). Diese sollte die Branchenstandards und die Unternehmenskultur im britischen Bankensektor untersuchen, die Lehren für die Unternehmensführung und die Regulierungspolitik ziehen und Empfehlungen für gesetzgeberische und andere Massnahmen abgeben.<sup>28</sup> Die Kommission verfasste in kurzer Zeitabfolge fünf Berichte. Der fünfte und finale Bericht mit dem Titel «Changing Banking for Good» wurde im Juni 2013 veröffentlicht und umfasst rund 600 Seiten mit rund 100 Empfehlungen zu einer Vielzahl von Themenbereichen, die stichwortartig wie folgt zusammengefasst werden können: individuelle Verantwortung, insbesondere auf der Führungsebene; Organisations- und Führungsstrukturen im Hinblick auf Eigenverantwortung für die finanzielle Solidität und die Einhaltung von Standards; Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs und Stärkung der Konsumentinnen und Konsumenten; Verantwortung der Aufsichts- und Regulierungsbehörden; staatliche Zuständigkeiten.<sup>29</sup>

Im Zusammenhang mit der individuellen Verantwortlichkeit hielt die PCBS fest: «[O]ne of the most dismal features of the banking industry to emerge from our evidence was the striking limitation on the sense of personal responsibility and accountability of the leaders within the industry for the widespread failings and abuses over which they presided.»<sup>30</sup> Seitens der Führungskräfte seien vor allem zwei Rechtfertigungsgründe für das fehlende Verantwortungsbewusstsein bzw. die fehlende Verantwortlichkeit angeführt worden. Die hauptsächliche Rechtfertigung habe gelautet, man habe von allem nichts gewusst. Dieses Nichtwissen sei aber häufig kein Zufall gewesen. Denn wer mit Kontroll- oder Führungsfunktionen betraut gewesen sei, habe von der «accountability firewall», also von der Abschottung zwischen der Führungsebene und dem individuellen Fehlverhalten auf der tieferen Hierarchiestufe, profitiert; entsprechend sei auch ein ungenügendes, vielleicht bewusstermassen ungenügendes Verständnis für die Geschäfte an der Front an den Tag gelegt worden. Die Kaderleute seien sich sehr bewusst gewesen, dass man nur für Dinge zur Verantwortung gezogen werden könne, die man habe sehen können. Also hätten sie sich Augenbinden angelegt. Die zweite Verteidigungslinie sei die kollektive Entscheidungsfindung gewesen: Solange ein Gremium die Entscheidung treffe, könne man die Verantwortlichkeit nicht an einer Person festmachen. Die PCBS nannte dies die «Mord im Orientexpress-Verteidigung».<sup>31</sup>

«Too many bankers», so fasste das PCBS zusammen, «especially at the most senior levels, have operated in an environment with insufficient personal responsibility.»<sup>32</sup> Gestützt auf die Untersuchungsergebnisse kam die PCBS zum Schluss, dass künftig die Führungskräfte im Finanzsektor einen Anreiz haben müssen, zu wissen, was in ihrem Verantwortungsbereich geschieht – statt umgekehrt einen Anreiz zu haben, möglichst wenig zu wissen, um auf diese Weise gegen ein mögliches Enforcementverfahren gewappnet zu sein.<sup>33</sup> Zur Umsetzung dieser Anreizstruktur empfahl die PCBS die Einführung eines Senior Management and Certification Regime für die Führungskräfte von Unternehmen im Finanzsektor.

Rig the World's Most Important Number, New Jersey 2017, passim; PATRICK McCONNEL, Systemic Operational Risk – The Libor Manipulation, J. Operat. Risk 2013, 59 ff. Für einen Überblick GAVIN FITCH/LIAM VAUGHAN, Libor Scandal: the bankers who fixed the world's most important number, The Guardian vom 18.1.2017; CFR (Council on Foreign Relations), Understanding the Libor Scandal, 16. Oktober 2016.

<sup>25</sup> In Fachkreisen werden die Gesamtbussgelder auf rund USD 9 Mrd. geschätzt, siehe CFR (FN 24).

<sup>26</sup> Im UK wurden 13 Verfahren eröffnet. Sie endeten in 8 Freisprüchen und 5 Verurteilungen, die Verfahren dauerten rund sieben Jahre und kosteten rund GBP 60 Mio. Herausragend ist dabei die 11-jährige Haftstrafe für den Händler Tom Hayes (UBS, Citigroup). Siehe zum Ganzen McGRATH/WALKER (FN 8), 89 f.

<sup>27</sup> PCBS (FN 15), N 550 f.

<sup>28</sup> House of Lords, Parliamentary Commission on Banking Standards, Library Research Briefing, 28. August 2019, 1.

<sup>29</sup> Der Bericht ist in zwei Bände gegliedert. Der erste Band (Changing Banking for Good I, FN 1) enthält die Zusammenfassung, der

zweite Band (Changing Banking for Good II, FN 15) enthält die ausführliche Analyse und die Protokolle der Anhörungen.

<sup>30</sup> PCBS (FN 1), N 14.

<sup>31</sup> PCBS (FN 1), N 14.

<sup>32</sup> PCBS (FN 1), Summary, 8.

<sup>33</sup> PCBS (FN 1), N 14.

### III. Umsetzung und Ziele des SMCR

#### A. Umsetzung

Die Umsetzung der PCBS-Empfehlung erfolgte in einem ersten Schritt mit der Verabschiedung des Financial Services (Banking Reform) Act im Dezember 2013, womit der Financial Services and Markets Act 2000 (FSMA 2000) revidiert und das SMCR per 7. März 2016 für den Bankensektor eingeführt wurde.<sup>34</sup> Gleichzeitig wurde mit dem Senior Insurance Managers Regime (SIMR) ein dem SMCR ähnliches Verantwortlichkeitsregime für den Versicherungssektor umgesetzt.<sup>35</sup>

Mit dem Bank of England and Financial Services Act 2016 und der damit verbundenen weiteren Revision des FSMA wurde der zweite Umsetzungsschritt in Form der Ausdehnung des SMCR auf alle dem FSMA unterstellten Finanzdienstleister vollzogen.<sup>36</sup> Damit wurden neu auch die ausschliesslich von der FCA regulierten Dienstleister (sog. solo-regulated firms) erfasst.<sup>37</sup> Für die Versicherungen bedeutete dies die Ablösung des SIMR durch das SMCR. Für sie trat das SMCR im Dezember 2018 und für die restlichen Finanzdienstleister im Dezember 2019 in Kraft.<sup>38</sup>

Die Grundsätze des SMCR sind im Financial Services and Markets Act 2000 geregelt. Die Konkretisierung erfolgt über die Rulebooks bzw. Handbooks der Aufsichtsbehörden (PRA, FCA). Im Fall der Banken ist dies insbesondere das CRR-Rulebook der PRA; darin sind die

verschiedenen Aufsichtsaspekte thematisch geordnet, es ist elektronisch verfügbar und wird laufend aktualisiert.<sup>39</sup> Sodann existieren zu den einzelnen Themenbereichen auch Supervisory Statements und Guidances, mit denen die Anforderungen noch weiter konkretisiert und die regelmässig aktualisiert werden. Wichtig für die Banken ist insbesondere das von der PRA erlassene Supervisory Statement SS28/15 mit dem Titel «Strengthening individual accountability in banking».<sup>40</sup>

#### B. Ziele

Zu den Kernpunkten des SMCR gehört, dass zentrale Verantwortungsbereiche innerhalb des Unternehmens identifiziert und einer konkreten Einzelperson zugewiesen sind, die betreffende Person ihre Verantwortung kennt und sie ihr formell zugestimmt hat.<sup>41</sup> Dies dient einerseits der Stärkung der Corporate Governance. Andererseits – und dies ist ein Hauptanliegen des SMCR – ermöglicht es nicht nur dem Unternehmen selbst, sondern auch der Aufsichtsbehörde, beim Auftreten von Missständen im Unternehmen zielgerichtete Massnahmen zu ergreifen.<sup>42</sup> Mit dem SMCR wird mithin die Informationsasymmetrie zwischen der Regulierungsbehörde und dem Unternehmen im Hinblick auf die unternehmensinternen Organisationsstrukturen und Hierarchien abgebaut.

Die PCBS hält in diesem Zusammenhang fest, dass es nicht darum gehe, die Entscheidungsfindung im Vorstand oder die Delegation von Aufgaben zu verhindern. Vielmehr solle das individuelle Verantwortlichkeitsregime die Tatsache widerspiegeln, dass eine zu breit gestreute Verantwortlichkeit zu leicht abgewälzt werden kann: «[R]esponsibility that is too thinly diffused can be too readily disowned: a buck that does not stop with an indi-

<sup>34</sup> Konkret erlangte das SMCR für folgende Finanzdienstleister Geltung: im UK niedergelassene Banken, Bausparkassen (building societies), Sparkassen (credit unions), durch die PRA regulierte Wertpapierunternehmen (investment firms) sowie Banken und Wertpapierunternehmen aus dem EWR und Drittstaaten im Hinblick auf die Aktivitäten ihrer UK-Niederlassungen oder ihre grenzüberschreitenden Dienstleistungen im UK. Siehe PRA CRR Rulebook, Senior Managers Regime 1.1.

<sup>35</sup> Zur Unterscheidung zwischen SIMR und SMCR vgl. MAYER BROWN, The UK's new regulatory regime for individuals Part 2: How does it apply to (re)insurers?, Legal Update, Oktober 2015, N 10.

<sup>36</sup> Diese Erweiterung betraf rund 60'000 zusätzliche Unternehmen. Siehe dazu HM Treasury, Senior Managers and Certification Regime: extension to all FSMA authorised persons, Oktober 2015, N 2.11.

<sup>37</sup> «Solo-regulated firms» sind Unternehmen, die eine regulierte Tätigkeit im Sinne des FSMA 2000 ausüben (Sec. 22 FSMA 2000), aber nicht der Doppelregulierung durch FCA und PRA unterstehen («dual-regulated firms», Sec. 22A FSMA 2000). «Solo-regulated firms» sind beispielsweise Börsenmakler, Vermögensverwalter, Finanzberater und Konsumkreditgeber. Für eine Übersicht über die regulierten Tätigkeiten vgl. FCA Handbook PERG (The Perimeter Guidance Manual) 2.7; für eine Definition der «dual-regulated firms» siehe FCA Handbook SYSC (Senior Management Arrangements, Systems and Controls), 23.2.2.

<sup>38</sup> House of Commons Library, Briefing Paper, Executive accountability in financial services: the Senior Managers and Certification Regime, in: Briefing Paper No. 9186, 15. März 2021, 10.

<sup>39</sup> Internet: prerulebook.co.uk (Abruf 27.6.2022). CRR steht für «Capital Requirements Regulation», siehe FN 10.

<sup>40</sup> PRA (Prudential Regulation Authority), Supervisory Statement SS28/15, Strengthening individual accountability in banking, Dezember 2015 (zuletzt geändert Juni 2021). Die Supervisory Statements sind elektronisch verfügbar unter Internet: bankofengland.co.uk (Abruf 27.6.2022), Prudential regulation publications, supervisory statement. Für die FCA-regulierten Finanzdienstleister siehe etwa FCA (Financial Conduct Authority), The Senior Managers and Certification Regime: Guide for solo-regulated firms, aktualisiert im Juli 2019; FCA (Financial Conduct Authority), FG19/2 Senior Managers and Certification Regime: Guidance on statements of responsibilities and Responsibilities Maps for FCA firms, März 2019.

<sup>41</sup> PCBS (FN 1), N 98.

<sup>42</sup> PCBS (FN 1), N 98. Siehe auch PRA (Prudential Regulation Authority), Evaluation of the Senior Managers and Certification Regime, Dezember 2020, 1, 11.

vidual stops nowhere.»<sup>43</sup> Im Kern geht es also darum, die kollektive und die individuelle Verantwortlichkeit richtig zu justieren.<sup>44</sup>

#### IV. Eckpunkte des SMCR

Das SMCR stellt für die Kaderfunktionen im Finanzsektor besondere Regeln auf. Es unterscheidet dabei zwischen den Senior-Management-Funktionen und den Zertifizierungsfunktionen.<sup>45</sup> Die Senior-Management-Funktionen umfassen die ranghohen Entscheidungsträger im Unternehmen. Ausschlaggebend ist das hohe Gefahrenpotential, das mit der Entscheidungshoheit in einer bestimmten Funktion verbunden ist. Zu den Senior-Management-Funktionen gehören unter anderem die Geschäftsleitungsfunktionen und wichtige Aufsichtsfunktionen (VR-Präsidium, Leitung wichtiger VR-Ausschüsse). Für Senior Managers gilt ein behördliches Zulassungsverfahren, sie müssen einem formellen Pflichtenheft zustimmen und für sie gelten zusätzliche Verhaltenspflichten.

Die Zertifizierungsfunktionen sind eine Ebene tiefer angesiedelt. In diese Kategorie fallen namentlich auch die Funktionen mit Kundenbezug wie die Anlageberatung oder Finanzberatung, sodann auch Leitungsfunktionen in den Bereichen Recht, Finanzen, Finanzanalyse, Personalwesen und Informationstechnologie. Für Personen in Zertifizierungsfunktionen muss die Arbeitgeberin eine Bescheinigung über die fachliche und persönliche Eignung ausstellen.

Sowohl die Senior Managers als auch die zertifizierten Angestellten unterstehen im Regelfall der Regulierung über die variable Vergütung im Finanzsektor. Die Aufsichtsbehörden betonen den inhaltlichen Bezug zwischen dem SMCR und der zeitlich früheren und formell separaten Vergütungsregulierung; es bestehe die Erwartung, dass die Vergütung das Verhalten der betroffenen Personen unter dem SMCR berücksichtige.

##### A. Das Senior Managers Regime

Das Senior Managers Regime (SMR) betrifft die ranghohen Führungskräfte und Entscheidungsträger im Unternehmen. Per Juni 2019 waren 6897 Personen im Banken- und Versicherungssektor als Senior Managers zugelassen. Mit der Ausdehnung des SMCR auf die ausschliesslich

vom FCA regulierten Finanzdienstleister stieg die Zahl per Mai 2020 auf 69'805 an.<sup>46</sup>

##### 1. Überblick

Das SMR enthält im Kern eine Eintrittshürde in Gestalt eines *behördlichen Zulassungsverfahrens*, die Festlegung von individuellen Verantwortlichkeitsbereichen in Gestalt eines *formellen Pflichtenhefts* und die Statuierung *zusätzlicher Verhaltenspflichten*, die eine sachgerechte Organisation des eigenen Verantwortlichkeitsbereichs verlangen.

Das Zulassungsverfahren soll sicherstellen, dass nur fachlich und persönlich kompetente Personen eine Senior-Management-Funktion bekleiden. Es beinhaltet eine Gewährsprüfung (Fit and Proper Test). Dem antragstellenden Finanzdienstleister obliegt die Erstprüfung. Dazu dient unter anderem das Instrument der Referenzabfrage bei früheren Arbeitgebern mit regulatorisch vorgegebenem Inhalt («Regulatory Reference»).

Das Pflichtenheft («Statement of Responsibilities», SoR) soll sicherstellen, dass im Fall einer Verletzung von Aufsichtspflichten innerhalb des Finanzinstituts diejenige Führungskraft, in deren Verantwortungsbereich die Verletzung stattgefunden hat, identifiziert und allenfalls zur Rechenschaft gezogen werden kann. Dem Gesamtüberblick dient die «Responsibilities Map», welche die Verantwortlichkeitsbereiche des Finanzinstituts insgesamt aufführt.

Die besonderen Verhaltenspflichten sollen sicherstellen, dass im jeweils eigenen Zuständigkeitsbereich ein Fehlverhalten möglichst verhindert wird. Senior Managers müssen angemessene Massnahmen zur Etablierung von effektiven Kontrollmechanismen, zur Einhaltung der regulatorischen Vorgaben und zur stufengerechten Aufgabendelegation an geeignete Personen ergreifen. Hinzu kommt eine Pflicht zur aktiven Information der Aufsichtsbehörden über wesentliche Vorfälle.

Die Umsetzung des Senior-Management-Regimes bedingt, dass der Anwendungsbereich definiert wird. Das bedeutet, dass die Senior-Management-Funktionen vorgängig definiert werden müssen. Welche Senior-Management-Funktionen es im konkreten Unternehmen tatsächlich braucht, ist ein (regulatorisch begleiteter) Unternehmensentscheid. Um sicherzustellen, dass wichtige Verantwort-

<sup>43</sup> PCBS (FN 1), N 98.

<sup>44</sup> PRA (FN 42), I.

<sup>45</sup> Für einen Überblick siehe PRA (FN 42), 8 f. Die PRA nennt zudem gewisse Einzelaspekte und flankierende Massnahmen.

<sup>46</sup> FCA, Disclosure Log 2019, 19 June 2019, Ref FOI6490; FCA, Disclosure Log 2020, 11 May 2020, Ref FOI17231. Zur gestaffelten Umsetzung des SMCR siehe oben III.A. Der Banken- und Versicherungssektor (sog. dual-regulated firms) umfasst rund 1500 Unternehmen. Die Ausdehnung auf die FCA solo-regulated firms (siehe dazu FN 37) erweiterte den Kreis um rund 47'000 Unternehmen. Siehe FCA News 09/12/2019 (FCA extends the Senior Management and Certification Regime to 47,000 firms).

lichkeiten, auch solche der regulatorischen Compliance, durch Einzelpersonen abgedeckt sind, gibt es einen Katalog von Verantwortlichkeiten, die zwingend auf die im Unternehmen vorhandenen Senior-Management-Funktionen verteilt sein müssen («Prescribed Responsibilities»).

## 2. Behördliches Zulassungsverfahren (Eintrittsschranke)

Senior Managers werden einem vorgängigen behördlichen Zulassungsverfahren unterstellt. Die Zulassung erfolgt für die spezifische Funktion; das Gesuch stellt der Finanzdienstleister, der eine vorgängige Prüfung vorzunehmen hat.<sup>47</sup> Die Zulassung kann befristet erfolgen, sie kann zudem jederzeit unter Auflagen gestellt werden.<sup>48</sup>

### a. Fachliche und persönliche Eignung

Die erste Voraussetzung für die Zulassung einer Person als Senior Manager ist die Bestätigung des Finanzinstituts, dass deren fachliche und persönliche Eignung für die Aufgabe vorhanden ist (Gewährsprüfung, fit and proper test).

Der Finanzdienstleister muss sich vergewissern, dass die betreffende Person die notwendige fachliche Qualifikation, praktische Erfahrung und Sachkenntnis besitzt und dass sie zudem in persönlicher Hinsicht geeignet ist, um die in Frage stehende Senior-Management-Funktion effektiv und den regulatorischen Vorgaben entsprechend wahrzunehmen.<sup>49</sup> Dabei soll der Finanzdienstleister Faktoren wie die Ehrlichkeit, Integrität und die Reputation der Person, deren Kompetenzen und Fähigkeiten sowie deren finanzielle Solidität berücksichtigen.<sup>50</sup>

Die aufsichtsrechtlichen Erwartungen an die Abklärung der Gewähr werden sowohl im Rule- bzw. Handbook als auch in verschiedenen anderen aufsichtsrechtlichen Instrumenten konkretisiert.<sup>51</sup> Die PRA verweist sodann ausdrücklich auf den (umfangreichen) EZB-Leitfaden zur

Beurteilung der fachlichen Qualifikation und persönlichen Zuverlässigkeit.<sup>52</sup>

### b. Obligatorische Referenzanfrage

Zur Eignungsprüfung gehört auch die obligatorische Referenzanfrage. Der Finanzdienstleister muss für den Zeitraum der letzten sechs Jahre bei den vorherigen Arbeitgebern der betreffenden Person Referenzen einholen, soweit dies mit vernünftigem Aufwand möglich ist (sog. Regulatory Reference).<sup>53</sup> Die Referenzanfrage muss spezifisch beinhalten, ob es aus der Sicht des vormaligen Arbeitgebers Vorkommnisse gibt, die für die Frage der fachlichen und persönlichen Eignung der betroffenen Person relevant sein könnten.<sup>54</sup> Handelt es sich beim angefragten Unternehmen um ein reguliertes Institut, so ist dieses zur zeitnahen und umfassenden Information verpflichtet;<sup>55</sup> es muss zudem proaktiv tätig werden, wenn zu einem späteren Zeitpunkt Vorkommnisse zutage treten, die zu einer Änderung der Referenz führen würden.<sup>56</sup>

### c. Prüfung durch Aufsichtsbehörde

Die Bestätigung des Finanzdienstleisters wird seitens der Aufsichtsbehörde überprüft. Die Prüfung erfolgt überwiegend dokumentenbasiert, nur rund 5% der Senior Managers werden zu einem Interview eingeladen.<sup>57</sup> Im Anschluss an die Zulassung muss das Finanzinstitut die Eignung jährlich überprüfen und die Aufsichtsbehörde benachrichtigen, falls das Finanzinstitut Grund zur Annahme hat, dass die Zulassung entzogen werden müsste.<sup>58</sup>

## 3. Formelles Pflichtenheft (individuelle Zuständigkeit)

Formell gesehen ist das Statement of Responsibilities, in welchem die Aufgaben des Senior Managers festgehalten werden und welches dessen Zustimmung enthält, ein Teil des Zulassungsverfahrens; es gehört zur notwendig einzureichenden Dokumentation.<sup>59</sup> Inhaltlich gesehen geht es allerdings weniger um die Eignung der betreffenden Person für die vorgesehene Funktion als vielmehr um die

<sup>47</sup> Siehe Sec. 60A FSMA 2000: «Before an authorised person may make an application for a regulator's approval under section 59, the authorised person must be satisfied that the person in respect of whom the application is made (the candidate) is a fit and proper person to perform the function to which the application relates.» Ein Funktionswechsel einer bereits zugelassenen Person oder eine zeitlich befristete Vertretung muss der Aufsichtsbehörde angezeigt werden, siehe PRA (FN 40), 2.9A bzw. 2.9B.

<sup>48</sup> Sec. 63ZD FSMA 2000.

<sup>49</sup> Sec. 60A FSMA 2000; PRA CRR Rulebook, Fitness and Propriety 2.1; FCA Handbook FIT (Fit and Proper test for Employees and Senior Personnel), 1.2.-1.

<sup>50</sup> PRA (FN 40), 4.4 f.

<sup>51</sup> Siehe etwa PRA CRR Rulebook, Fitness and Propriety, passim; FCA Handbook FIT (FN 49), passim. Siehe zudem PRA (FN 40), 4.1 ff.; FCA, solo-regulated firms (FN 40), Section 10, passim.

<sup>52</sup> PRA (FN 40), 4.6.

<sup>53</sup> PRA CRR Rulebook, Fitness and Propriety 2.7.

<sup>54</sup> PRA CRR Rulebook, Fitness and Propriety 2.8(1).

<sup>55</sup> PRA CRR Rulebook, Fitness and Propriety 5.1. Das Unternehmen hat in diesem Fall ein standardisiertes Referenzformular zu verwenden, siehe 2.8(2). Ein Link zum Regulatory Template findet sich in 7.1.

<sup>56</sup> PRA CRR Rulebook, Fitness and Propriety 5.2.

<sup>57</sup> PRA (FN 42), 14.

<sup>58</sup> Sec. 63(2A) FSMA 2000.

<sup>59</sup> Sec. 60(2A) und 60(2B) FSMA 2000; PRA CRR Rulebook, Senior Managers Regime 2.7; FCA Handbook, SUP (Supervision) 10C.11.3.



Bestimmung der Verantwortung, falls im Finanzinstitut Missstände auftreten. Insofern liegt darin ein zweiter inhaltlicher Schwerpunkt des SMCR.

#### a. Statement of Responsibilities

Das SoR muss der Aufsichtsbehörde in einer vordefinierten Form (SoR Template) eingereicht werden.<sup>60</sup> Im SoR Template ist anzugeben, welche Senior-Management-Funktion(en) die betroffene Person ausüben wird.<sup>61</sup> Mit dieser Angabe gelten automatisch alle Pflichten, welche die Funktion beinhaltet, seien sie nun allgemeiner (z.B. gesellschaftsrechtlicher) oder regulatorischer Natur.<sup>62</sup> Sodann gibt das SoR Auskunft darüber, ob die betreffende Person sogenannte «Prescribed Responsibilities» wahrnimmt. Hierbei handelt es sich um Aufgaben, die im Unternehmen zwingend von einer Person in Senior-Management-Funktion wahrgenommen werden müssen, ohne dass aber vorbestimmt ist, welche Funktion konkret dafür zuständig sein soll.<sup>63</sup>

Weiter enthält das SoR Angaben darüber, ob die betreffende Person auf der Stufe des Gesamtunternehmens oder auf lokaler Ebene die Letztverantwortung für einen oder mehrere Bereiche trägt, die nicht schon in den Prescribed Responsibilities abgedeckt sind. Und schliesslich sind auch die weiteren Aufgaben der betreffenden Person aufzulisten. Betroffen sind hier insbesondere auch zeitlich befristete Aufgaben. Falls sich die Zuständigkeiten eines bereits zugelassenen Senior Managers ändern, ist ein aktualisiertes SoR zu erstellen.<sup>64</sup>

Insgesamt soll das «Statement of Responsibilities» die Aufgaben der Senior-Management-Person klar und transparent umschreiben.<sup>65</sup> Diese Umschreibung dient einerseits der Beurteilung, ob die betreffende Person für die ihr zugeordnete Funktion geeignet ist. Gleichzeitig hilft es

dem Unternehmen und vor allem auch der Aufsichtsbehörde, die verantwortliche Person zu identifizieren, wenn in einem Unternehmensbereich Missstände auftreten.<sup>66</sup>

#### b. Ergänzende Gesamtsicht: Management Responsibilities Map

Für den Gesamtüberblick müssen die Unternehmen eine sogenannte «Management Responsibilities Map» (MRM) erstellen.<sup>67</sup> Die MRM soll die unternehmensinternen Verantwortlichkeitslinien in einer zugänglichen und umfassenden Art und Weise zusammenfassen – die PRA nennt sie das «Governance-Äquivalent eines Businessplans».<sup>68</sup> Die MRM enthält Informationen über die Berichterstattung und die Verantwortlichkeiten in den einzelnen Bereichen und über die daran beteiligten Personen. Darin eingeschlossen sind Informationen über die Kompetenzen der Gesamtgremien, der Ausschüsse und deren Vorsitzenden sowie die Aufgabenteilung bei Gruppengesellschaften.<sup>69</sup>

Im Gegensatz zum Statement of Responsibilities gibt es für die MRM kein vordefiniertes Formular (Template). Vielmehr soll das Unternehmen entscheiden, wie die MRM aussehen soll, wobei die PRA eine Kombination von Texten und visuellen Darstellungen (Organigramme etc.) erwartet.<sup>70</sup>

Wie schon das Statement of Responsibilities soll das MRM einerseits als Instrument für die Verbesserung der unternehmensinternen Corporate Governance dienen, indem die Entscheidungsstrukturen und Kompetenzabgrenzungen definiert und festgelegt werden müssen.<sup>71</sup> Andererseits soll es der Aufsichtsbehörde erlauben, ein klares Bild über die unternehmensinternen Abläufe bei den Entscheidungsprozessen zu gewinnen.<sup>72</sup>

#### 4. Zusätzliche Verhaltensregeln (Organisationsverantwortung)

Schliesslich unterliegen Senior Managers besonderen Verhaltensregeln. Den Grundstock bilden zunächst die drei allgemeinen Pflichten, die grundsätzlich für alle Fachstufen gelten,<sup>73</sup> nämlich erstens die Pflicht zu integ-

<sup>60</sup> Der entsprechende Link befindet sich in PRA CRR Rulebook, Senior Managers Regime 2.7(2). Das Template umfasst 26 Seiten. Es findet sich auch zusammen mit den weiteren Gesuchunterlagen auf der Website der «Bank of England», unter dem Stichwort «Senior managers regime: approvals».

<sup>61</sup> Zu diesen Funktionen siehe unten, Punkt IV.A.5.

<sup>62</sup> PRA (Prudential Regulation Authority)/FCA (Financial Conduct Authority), Senior Managers Regime: Statement of Responsibilities (Template), 1. Oktober 2020, 3.1.2 a.E. Siehe auch PRA (FN 40), 2.22.

<sup>63</sup> Zur den Prescribed Responsibilities siehe unten, Punkt IV.A.6. Beispielfähig können folgende Aufgaben genannt werden: Die Verantwortung für die unternehmensinterne Umsetzung des Senior Manager Regime, die Verantwortung für die Unabhängigkeit der sowie die Aufsicht über die Compliance-Funktion, die Verantwortung für die Umsetzung der Risikomanagement Policies und der dazugehörigen Verfahren.

<sup>64</sup> Sec. 62A(2) FSMA 2000; PRA (FN 40), 2.54 ff.

<sup>65</sup> PRA (FN 40), 2.47F f.

<sup>66</sup> PRA (FN 40), 2.46E (mit dem einschränkenden Hinweis, dass die PRA an sich einen präventiven Ansatz bevorzugt, so dass es nicht zu diesen Missständen und der Suche nach Schuldigen kommen sollte).

<sup>67</sup> PRA CRR Rulebook, Allocation of Responsibilities 7.1.

<sup>68</sup> PRA (FN 40), 2.57.

<sup>69</sup> PRA CRR Rulebook, Allocation of Responsibilities 7.1 f.; PRA (FN 40), 2.57A ff.

<sup>70</sup> PRA (FN 40), 2.58 f.

<sup>71</sup> PRA (FN 40), 2.46A.

<sup>72</sup> PRA (FN 40), 2.58B.

<sup>73</sup> Für Personen, die nicht an die Verhaltensregeln gebunden sind (z.B. Empfangspersonal, Reinigungspersonal, Helpdesk-Personal

rem Verhalten, zweitens die Pflicht zur Ausübung der Tätigkeit mit der gebotenen Sachkenntnis, Sorgfalt und Gewissenhaftigkeit und drittens die Pflicht zur Offenheit und Kooperation gegenüber den Aufsichtsbehörden.<sup>74</sup> Hinzu kommen bei gegebenen Voraussetzungen je eine kundenbezogene und eine marktbezogene Verhaltenspflicht, nämlich die Pflicht, die Interessen der Kunden angemessen zu berücksichtigen und sie fair zu behandeln, und die Pflicht, die Marktverhaltensregeln einzuhalten.<sup>75</sup> Der Anwendungsbereich dieser «First-Tier Rules» wurde erst unter dem SMCR-Regime so weit definiert, dass grundsätzlich alle Fachstufen darunter fallen.<sup>76</sup>

Für eine Person in Senior-Management-Funktion gelten vier zusätzlichen Pflichten. Erstens muss diese Person angemessene Massnahmen ergreifen, um in ihrem Zuständigkeitsbereich den Einsatz von effektiven Kontrollmechanismen sicherzustellen. Zweitens muss sie angemessene Massnahmen ergreifen, um sicherzustellen, dass in ihrem Zuständigkeitsbereich die aufsichtsrechtlichen Vorgaben eingehalten werden. Drittens muss sie im Falle einer Aufgabendelegation angemessene Massnahmen ergreifen, um sicherzustellen, dass die Delegation an geeignete Personen erfolgt und dass sie die Delegation effektiv überwachen kann. Viertens muss sie gegenüber der FCA oder der PRA in angemessener Weise alle Informationen offenlegen, über welche die Aufsichtsbehörden vernünftigerweise eine Mitteilung erwarten würden.<sup>77</sup>

Diese Einzelpflichten laufen darauf hinaus, im eigenen Verantwortungsbereich die Compliance im weiteren Sinn über angemessene organisatorische Massnahmen (reasonable steps) sicherzustellen. Bei den Sanktionsbestimmungen fliessen sie denn auch zu einer solchen Generalpflicht zusammen: Wer es als Senior Manager unterlässt, im eigenen Verantwortungsbereich diejenigen Massnahmen zu ergreifen, die vernünftigerweise erwartet werden konnten, um eine Rechtsverletzung an sich oder deren Fortsetzung zu verhindern, ist «guilty of misconduct».<sup>78</sup>

Das deckt sich mit der Zielsetzung des SMCR: Die Senior Managers sollen sich für Vorgänge innerhalb ihres Zuständigkeitsbereichs nicht mehr hinter der Mauer des Nichtwissens (accountability firewall) verstecken können. Verstärkt wird das Regime mit der Verpflichtung seitens des Finanzdienstleisters, unternehmensinterne (Disziplinar-)Massnahmen wegen eines Verstosses gegen die Verhaltenspflichten an die Aufsichtsbehörde zu melden.<sup>79</sup>

## 5. Festlegung der Senior-Management-Funktionen

Nachdem das Zulassungsverfahren für Senior Management skizziert wurde, stellt sich die Frage, wer nun überhaupt als Senior Manager gilt. Der Zulassungskreis wird über sogenannte Senior-Management-Funktionen (SMF) bestimmt. Liegt eine solche Funktion vor, spricht man von einer «controlled function».

Das Gesetz enthält für die Festlegung der Senior-Management-Funktion lediglich die Grundsätze. Demnach übt eine Person eine Senior-Management-Funktion aus, wenn sie mit Blick auf die regulierte Tätigkeit für Unternehmensbereiche verantwortlich ist, aus denen heraus schwerwiegende Konsequenzen für das Unternehmen, den britischen Markt oder andere britische Interessen resultieren könnten. Als verantwortlich gilt, wer bezüglich der Art und Weise, wie die Geschäfte im betreffenden Bereich geführt werden, die Entscheidung fällt oder bei der Entscheidung mitwirkt.<sup>80</sup> Kurz gesagt: Wer eine Senior-Management-Funktion ausübt, verfügt über die Entscheidungshoheit in einem Geschäftsbereich mit hohem Gefahrenpotential.

Welche Funktionen im Einzelnen als «controlled function» im Sinne der Senior-Management-Funktionen gelten, bestimmen die beiden Aufsichtsbehörden, die PRA und die FCA.<sup>81</sup> Die Funktionen werden im jeweiligen Rulebook (PRA) bzw. Handbook (FCA) für die verschiedenen Finanzdienstleister aufgelistet und definiert. Sie

etc.), siehe die Liste in FCA Handbook, COCON (Code of Conduct), 1.1.2.

<sup>74</sup> Sec. 64A FSMA 2000 (Delegationsnorm) i.V.m. PRA CRR Rulebook, Conduct Rules 2, und – bei Zuständigkeit der FCA – i.V.m. FCA Handbook (FN 73), COCON 2.1.

<sup>75</sup> FCA Handbook (FN 73), COCON 2.1.4 f.

<sup>76</sup> McNEIL (FN 9), 237.

<sup>77</sup> PRA CRR Handbook, Conduct Rules 3.1–3.4; FCA Handbook (FN 73), COCON 2.2.1–2.2.4. Konkretisierend PRA (FN 40), 5.12 ff.

<sup>78</sup> Sec. 66A(5)(d) und 66B(5)(d) FSMA 2000. Ausführungen zu den Sanktionen siehe unten, Punkt IV.C.2.

<sup>79</sup> Sec. 64C FSMA 2000. Siehe auch PRA (FN 40), 5.29.

<sup>80</sup> Sec. 59ZA (2) und (3) FSMA 2000. Im Wortlaut: «[2] A function is a «senior management function» in relation to the carrying on of a regulated activity by an authorized person, if (a) the function will require the person performing it to be responsible for managing one or more aspects of the authorised person's affairs, so far as relating to the activity, and (b) those aspects involve, or might involve, a risk of serious consequences (i) for the authorised person, or (ii) for business or other interests in the United Kingdom. [3] In subsection (2)(a) the reference to managing one or more aspects of an authorised person's affairs includes a reference to taking decisions, or participating in the taking of decisions, about how one or more aspects of those affairs should be carried on.»

<sup>81</sup> Sec. 59 (6) und (6A) FSMA 2000.

erhalten die Kurzbezeichnung SMF und eine Nummer, z.B. SMF1 für die Chief-Executive-Funktion, SMF2 für die Chief-Finance-Funktion, SMF9 für die Vorsitz-Funktion (Präsidium), SMF10 für die Funktion des Vorsitzes des Risikoausschusses etc. Die Kurzbezeichnungen sind einheitlich ausgestaltet, sie gelten also für alle Kategorien von Finanzdienstleistern. Beispielsweise steht SMF1 für die CEO-Funktion bei Banken und Versicherungen, aber auch bei Anlageberatern oder anderen Finanzintermediären, die ausschliesslich von der FCA reguliert werden. Insgesamt existieren 30 Senior-Management-Funktionen.<sup>82</sup> Das Rulebook bzw. Handbook definiert auch die Kernaufgaben der jeweiligen Senior-Management-Funktion.<sup>83</sup> Den Unterschieden zwischen den Finanzdienstleistern wird dadurch Rechnung getragen, dass für jede Kategorie von Finanzdienstleistern unterschiedliche SMF-Listen gelten. So sind etwa für UK-Banken 17 SMF aufgeführt<sup>84</sup> – wobei zu bedenken ist, dass einzelne Funktionen mehrfach zugewiesen werden können, beispiels-

weise die Funktion des Executive Director (SMF3) oder die Funktion des Head of Key Business Area (SMF6). Andererseits entgehen selbst Einzelhändler ohne Angestellte dem Regime nicht, für sie wird die SM-Funktion «Compliance Oversight» vorgesehen.<sup>85</sup>

Ob alle vorgesehenen Funktionen tatsächlich besetzt werden, hängt von der Grösse, der Komplexität und der Organisationsstruktur des Finanzdienstleisters ab. Als absolut zwingende Funktionen geltend für Banken (CRR Firms) formell lediglich die CEO-Funktion (SMF1) und das VR-Präsidium (SMF8, Chair of the Governing Body).<sup>86</sup> Tatsächlich werden aber selbst bei kleinen Instituten weitere (wenn auch wenige) Funktionen zu besetzen sein,<sup>87</sup> bei grösseren Instituten gilt dies umso mehr.<sup>88</sup> Die Ausübung von Senior-Management-Funktionen durch mehrere Personen (z.B. im Rahmen eines Job-Sharings) ist zwar nicht verboten, sie bedarf aber der besonderen Begründung und sie ändert grundsätzlich auch nichts an der umfassenden Verantwortlichkeit jeder beteiligten Person für die relevante Funktion.<sup>89</sup>

<sup>82</sup> Eine konsolidierte Tabelle findet sich in FCA (Financial Conduct Authority), Extending the Senior Managers & Certification Regime to insurers – Feedback to CP17/26 and CP17/41 and near-final rules, Policy Statement PS18/15, Juli 2018, Annex 3 (27 Funktionen und drei Zusatzfunktionen 20a, 23a, 23b), sowie im FCA/PRA Template für die Statements of Responsibilities, siehe hierzu den Link in PRA CRR Rulebook, Senior Managers Regime 2.7(2). Siehe weiter FCA Handbook (FN 59), SUP 10C.4.3 (Tabelle mit 23 Funktionen), PRA (FN 40), 2.4 (Tabelle mit 14 Funktionen).

<sup>83</sup> Beispielsweise für die CFO-Funktion: PRA CRR Rulebook, Senior Management Functions 3.3: «The Chief Finance function is the function of having responsibility for the management of the risk controls of a firm, including the setting and managing of its risk exposures, and reporting directly to the governing body of the firm in relation to its risk management arrangements.» Praktisch gleichlautend FCA Handbook (FN 59), SUP 10C.6A.3.

<sup>84</sup> Die konsolidierte Liste findet sich in PRA (FN 40), 2.4. Es wird unterschieden zwischen Funktionen, die (mit Zustimmung der FCA) durch die PRA genehmigt werden (14 Funktionen, davon 3 spezifische Funktionen für Sparkassen und Niederlassungen von ausländischen Banken), und solchen, die einzig durch die FCA genehmigt werden (6 Funktionen). Weiter wird unterschieden zwischen operativen Funktionen (executive functions) und Aufsichtsfunktionen (oversight functions). Als SMF im operativen Bereich gelten: SMF1 (Chief Executive), SMF2 (Chief Finance), SMF3 (Executive Director, FCA-Kompetenz), SMF4 (Chief Risk), SMF5 (Head of Internal Audit), SMF6 (Head of Key Business Area), SMF7 (Group Entity Senior Manager), SMF8 (Credit Union Senior Manager, credit unions only), SMF16 (Compliance Oversight, FCA-Kompetenz), SMF17 (Money Laundering Reporting, FCA-Kompetenz), SMF18 (Other Overall Responsibility, FCA-Kompetenz), SMF19 (Head of Overseas Branch, incoming non-EEA branches only), SMF22 (Other local responsibility, incoming branches only, FCA-Kompetenz), SMF24 (Chief Operations). Als SMF im Aufsichtsbereich gelten: SMF9 (Chair of the Governing Body), SMF10 (Chair of the Risk Committee), SMF11 (Chair of the Audit Committee), SMF12 (Chair of the Remuneration Committee), SMF13 (Chair of the Nomination Committee, FCA-Kompetenz), SMF14 (Senior Independent Director).

## 6. Obligatorische Zuständigkeitsbereiche (Prescribed Responsibilities)

Während das Unternehmen je nach Grösse und Komplexität eine grössere oder geringere Anzahl von Senior-Management-Funktionen aufweist, müssen die Prescribed Responsibilities zwingend wahrgenommen werden, indem sie auf die im Unternehmen bestehenden Senior-Management-Funktionen verteilt werden. So können Verantwortungslücken vermieden werden. Das PRA-Rulebook enthält 30 Prescribed Responsibilities,<sup>90</sup> die FCA-Regeln enthalten noch zwei weitere.<sup>91</sup> Für kleine Banken, Sparkassen oder Auslandbanken ist die Liste der Prescribed Responsibilities deutlich reduziert.<sup>92</sup>

<sup>85</sup> Siehe FCA, solo-regulated firms (FN 40), 22.

<sup>86</sup> PRA (FN 40), 2.7.

<sup>87</sup> PRA (FN 40), 2.7.

<sup>88</sup> PRA (FN 40), 2.8, verweist in diesem Zusammenhang (immer noch) auf die europäischen Vorgaben (CRD und MiFID II) sowie auf eigene Regelwerke, z.B. den Corporate Governance Code des Financial Reporting Council.

<sup>89</sup> PRA (FN 40), 2.10 ff. Mögliche weitere Unterteilungen der Verantwortlichkeit werden z.B. für die Chief Operations-Funktion (SMF24) in Betracht gezogen, wenn ein Finanzdienstleister einen Chief Operations und einen Chief Information and Technology Officer hat (2.11).

<sup>90</sup> PRA CRR Rulebook, Allocation of Responsibilities 4.1. Siehe auch PRA (FN 40), 2.25 ff.

<sup>91</sup> PRA (FN 40), 2.25 (financial crime, client assets sourcebook).

<sup>92</sup> PRA CRR Rulebook, Allocation of Responsibilities 5.2 (small firm and credit unions), 6.2 und 6.3 (Third Country CRR-Firms). Siehe auch PRA (FN 40), 2.27.

Zu den Verantwortungsbereichen, die zwingend einer Person mit Senior-Management-Funktion zugewiesen werden müssen, gehören auch solche, die auf die wirkliche Umsetzung des Senior-Management-Regimes abzielen. So muss etwa eine Person bezeichnet werden, welche dafür verantwortlich ist, dass die Bank bei der Beurteilung der Eignung eines Senior Managers sorgfältig vorgeht, dass die Pflichtenhefte die Kernpflichten angemessen reflektieren und dass die unternehmensinternen Anreizstrukturen das SMR nicht untergraben.<sup>93</sup>

## B. Das Zertifizierungsregime

Auch wenn es insgesamt 30 Senior-Management-Funktionen gibt, so resultiert daraus im Ergebnis ein überschaubarer Kreis an betroffenen Personen.<sup>94</sup> Gleichzeitig wollte man aber über die Senior-Management-Funktionen hinaus gewisse Kontrollmechanismen beibehalten. Dazu dient das Zertifizierungsregime. Unter diesem Regime bestimmt das Aufsichtsrecht die zertifizierungsrelevanten Funktionen und die Grundsätze der fachlichen und persönlichen Eignung. Die restlichen Aufgaben liegen beim Finanzdienstleister. Er darf die zertifizierungspflichtigen Funktionen nur mit Angestellten besetzen, denen er vorgängig ein Eignungszertifikat ausgestellt hat.<sup>95</sup> Der Finanzdienstleister ist mit anderen Worten seine eigene Zertifizierungsinstanz.

### 1. Festlegung der zertifizierungspflichtigen Funktionen

Zertifizierungsfunktionen beinhalten zwar nicht dasselbe Mass an Verantwortung wie die Senior-Management-Funktionen, sie befinden sich aber dennoch auf einer Positionsstufe, mit der ein erhebliches Schädigungspotential für das Unternehmen oder die Kundschaft einhergeht («significant harm function»)<sup>96</sup>. Die Festlegung der zertifizierungspflichtigen Funktionen liegt im Wesentlichen in der Kompetenz der Aufsichtsbehörden; wie bei den Senior-

Management-Funktionen regelt das Gesetz lediglich die Grundsätze. Entscheidend für die Zertifizierungspflicht ist – wie eingangs erwähnt – die Einstufung einer Tätigkeit als «significant harm function». Als negative Voraussetzung nennt das Gesetz die Tatsache, dass es sich nicht bereits um eine Senior-Management-Funktion handelt.<sup>97</sup>

Welche Funktionen ein erhebliches Schädigungspotential im Sinne des Gesetzes aufweisen und deshalb zertifizierungspflichtig sind, wird im jeweiligen Rulebook (PRA) bzw. Handbook (FCA)<sup>98</sup> näher bestimmt. Das PRA Rulebook knüpft an die Qualifikation einer Person als «significant risk taker» an. Das sind diejenigen Angestellten, deren berufliche Tätigkeit sich wesentlich auf das Risiko- und Profil der Bank auswirken,<sup>99</sup> ohne dass es sich um Senior-Management-Funktionen handelt. Das Konzept stammt aus der EU-Vergütungsregulierung.<sup>100</sup> Im Kern handelt es sich um leitende Angestellte in den Senior-Management-Bereichen und in den wichtigen Geschäftsbereichen.<sup>101</sup> Das FCA Handbook arbeitet mit einer Liste von sieben «significant harm functions».<sup>102</sup> Eine wichtige Kategorie bilden die kundenbezogenen Tätigkeiten, namentlich die Anlageberatung.<sup>103</sup>

Eine Sonderregelung im Bereich der Zertifizierung besteht für Sparkassen; sie unterstehen der Vergütungsregulierung nicht, weshalb die PRA für sie im Rulebook

<sup>97</sup> Sec. 63E(4) FSMA 2000.

<sup>98</sup> Siehe FCA Handbook SYSC (FN 37), 27.8. Einzelne konkretisierende Beispiele finden sich sodann in FCA, solo-regulated firms (FN 40), 32 f.

<sup>99</sup> PRA CRR Rulebook, Certification 1.2.

<sup>100</sup> Siehe McNEIL (FN 9), 237. Siehe auch PRA CRR Rulebook, Certification 1.2: «[S]ignificant risk taker means (1) an employee of a CRR firm whose professional activities have a material impact on the firm's risk profile, including any employee who falls within Remuneration 3.1.1(1) [...]» Für die Parallelität zwischen den «significant risk takers» i.S. der Certification und den «material risk takers» i.S. der Remuneration siehe PRA (FN 40), 3.3.

<sup>101</sup> Siehe PRA CRR Rulebook, Remuneration 3.1(1)(b), auf das PRA CRR Rulebook, Certification 1.2, verweist: «[E]mployees with managerial responsibility over the firm's control functions or material business units.» Erfasst sind zudem Angestellte mit hohen Vergütungen in wichtigen Geschäftsbereichen, wenn sie das Risikoprofil ihres Bereichs wesentlich beeinflussen können, siehe PRA CRR Rulebook, Remuneration 3.1(1)(c).

<sup>102</sup> Die zertifizierungspflichtigen Funktionen in FCA regulierten Unternehmen finden sich im FCA Handbook SYSC (FN 37), 27.7.3: Überwachung der Kundenvermögen (CASS oversight function, 27.8.1); Tätigkeit im Eigenhandel (Proprietary trader function, 27.8.3); Tätigkeit als «Significant Manager» (27.8.4 ff.); Tätigkeit, die eine besondere Qualifikation benötigt (27.8.10 ff.); Manager von zertifizierten Mitarbeitern (27.8.13); «Material risk taker» (27.8.14 ff.); kundenbezogene Tätigkeit («client-dealing», 27.8.18 ff.); Tätigkeit im algorithmusgestützten Handel («algorithmic trading»; 27.8.23 ff.).

<sup>103</sup> FCA Handbook SYSC (FN 37), 27.7.3 und 27.8.18 ff.

<sup>93</sup> PRA (FN 42), 17. Siehe auch PRA (FN 40), 2.26.

<sup>94</sup> Wie bereits erwähnt (IV.A und dazugehörige FN 46), lag die Zahl der zugelassenen Senior Managers bei den CRR-firms und den Versicherungen per Juni 2019 bei 6897. Die über 60'000 weiteren Senior Managers gehören zu den ausschliesslich von der FCA regulierten Dienstleistern.

<sup>95</sup> Sec. 63E und 63F FSMA 2000.

<sup>96</sup> Siehe Sec. 64E(5) FSMA 2000: «[5] A function is a «significant harm function» [...] if (a) the function will require the person performing it to be involved in one or more aspects of the authorised person's affairs, so far as relating to the activity, and (b) those aspects involve, or might involve, a risk of significant harm to the authorised person or any of its customers.»

eine eigenständige Regelung aufstellt.<sup>104</sup> Auch für die Versicherungen besteht ein separates Regelwerk zur Festlegung der zertifizierungspflichtigen Funktionen.<sup>105</sup>

## 2. Eignungsprüfung und Ausstellung des Zertifikats

Wie eingangs erwähnt, darf der Finanzdienstleister eine zertifizierungspflichtige Funktion nur mit einer Person besetzen, deren Eignung er vorgängig geprüft und formell – nämlich mittels Ausstellung eines Zertifikats – bestätigt hat.

Für die Eignungsprüfung gelten dieselben gesetzlichen Eckpunkte wie für das Senior Managers Regime.<sup>106</sup> Der Finanzdienstleister muss mithin eine Überprüfung hinsichtlich der fachlichen Qualifikation, praktischen Erfahrung, Sachkenntnis und persönlichen Eignung der betroffenen Person inkl. Referenzeinholung vornehmen.<sup>107</sup>

Im Zertifizierungsregime entfällt die Zulassung durch die Aufsichtsbehörde. An deren Stelle tritt die Zertifizierung durch den Finanzdienstleister. Das Zertifikat selbst enthält eine Beschreibung der Funktion bzw. der wesentlichen Tätigkeiten sowie der Bestätigung der durchgeführten Eignungsprüfung.<sup>108</sup> Die ausgestellten Zertifikate sind für 12 Monate gültig und müssen danach erneuert werden.<sup>109</sup> Der Finanzdienstleister muss über die von ihm ausgestellten Zertifikate Buch führen.<sup>110</sup> Findet während der Zertifikatsperiode ein Aufgabenwechsel statt, muss ein neuer Zertifizierungsprozess gestartet werden. Übt eine Person mehrere zertifizierungspflichtige Aufgaben aus, muss das Zertifikat alle Aufgaben abdecken.<sup>111</sup>

<sup>104</sup> Siehe PRA CRR Rulebook, Certification 1.2(2); PRA (FN 40), 3.8.

<sup>105</sup> Die versicherungsrelevanten Rulebooks knüpfen an den Begriff des «key risk taker» und an den Begriff des «material risk taker» im Sinne der Vergütungsregulierung an. Siehe PRA Rulebook, Solvency II Firms, Insurance Certification 2.1; PRA Rulebook, Non-Solvency II Firms, Insurance Certification 2.1.

<sup>106</sup> Siehe Sec. 60A(2) FSMA 2000. Ähnlich PRA CRR Rulebook, Fitness and Propriety 2.6. Für die Eignungsbestätigung im Rahmen der Zertifizierung hat sodann das Banking Standards Board eine «Guidance» samt einer Vorlage publiziert, siehe Banking Standards Board, Supporting Guidance, Statement of Good Practice 1. Certification Regime: Fitness and Propriety Definitions, Sources of Information and Assessment Record Template, 28 February 2017, passim.

<sup>107</sup> Sec. 63F(2) FSMA 2000; PRA CRR Rulebook, Fitness and Propriety 2.7; für Einzelheiten siehe oben, Punkte IV.A.2.a. und IV.A.2.b.

<sup>108</sup> Sec. 63F(4) FSMA 2000.

<sup>109</sup> Sec. 63F(5) FSMA 2000.

<sup>110</sup> Sec. 63F(7) FSMA 2000.

<sup>111</sup> Die Funktion kann dabei auch grob umschrieben werden, es muss nicht jede einzelne Funktion aufgelistet sein. PRA (FN 40), 3.10; FCA, solo-regulated firms (FN 40), 34.

## C. Das Sanktionsregime

Das SMCR dient dazu, die Verantwortungen im Unternehmen zu definieren und sie sowohl intern wie auch extern (nämlich für die Aufsichtsbehörde) sichtbar zu machen. Neben dem präventiven Zweck verfolgt das Regime das Ziel, im Falle von Missständen die dafür verantwortliche Person zu identifizieren und bei gegebenen Voraussetzungen Sanktionen auszusprechen. Welches sind aber nun die Sanktionen, die einen «Kulturwandel» bei den verantwortlichen Personen und somit im Unternehmen auslösen sollen?

### 1. Massnahmenkatalog und Rolle des Verschuldens

Zunächst einmal besteht die allgemeine Kompetenz der Aufsichtsbehörden, einer Person mit SMF-Funktion unter Hinweis auf die fehlende Eignung die Zulassung zu entziehen.<sup>112</sup> Hinzu kommen zahlreiche mögliche Massnahmen in Einzelkonstellationen, seien es nun der Insiderhandel,<sup>113</sup> die Benchmark-Manipulationen<sup>114</sup> oder die Irreführung hinsichtlich des Werts einer Vermögensanlage.<sup>115</sup>

Der FSMA 2000 enthält aber in Section 66 auch eine eigene Sanktionsbestimmung für den Fall der Verletzung von Verhaltenspflichten. Mögliche Massnahmen bestehen in der Auferlegung einer (individuellen) Vermögensstrafe, der Verhängung eines Berufsverbots von maximal zwei Jahren, der Statuierung von Auflagen zur Berufsausübung von maximal zwei Jahren sowie der Veröffentlichung einer amtlichen Mitteilung über das Fehlverhalten.<sup>116</sup>

Voraussetzung für die Ergreifung von Massnahmen ist ein individuelles Verschulden.<sup>117</sup> Verlangt werden entweder Vorsatz oder ein Verhalten, das einem den Umständen angemessenen Verhaltensstandard nicht genügt.<sup>118</sup> Letz-

<sup>112</sup> Sec. 63(1) FSMA 2000.

<sup>113</sup> Sec. 123 FSMA 2000.

<sup>114</sup> Sec. 91 FSMA 2000.

<sup>115</sup> Sec. 90 FSMA 2000. Zu erwähnen ist sodann die strafrechtliche Belangung von Führungskräften, die den Zusammenbruch eines Finanzinstituts verursacht haben; diese ist allerdings keine aufsichtsrechtliche Kompetenz, die Strafbestimmung wurde mit dem Sec. 36 Financial Services (Banking Reform) Act 2013 eingeführt (bis zu 7 Jahre Freiheitsentzug).

<sup>116</sup> Siehe Sec. 66 FSMA 2000.

<sup>117</sup> Sec. 66(1)(a) FSMA 2000 verwendet den Ausdruck «guilty of misconduct». FCA Handbook (FN 73), COCON 3.1.3, präzisiert, dass es ein persönliches Verschulden sein muss («personally culpable»).  
<sup>118</sup> FCA Handbook (FN 73), COCON 3.1.3. Zum Vorsatz ausdrücklich Sec. 66A(3)(a) und 66B(3)(a) FSMA 2000. Das FCA Handbook konkretisiert in COCON 3.1.5 den erforderlichen Sorgfaltsmassstab wie folgt: Hat die betreffende Person die ihr zur Verfügung stehenden Informationen mit der angemessenen Sorgfalt geprüft und gewürdigt? Ist sie zu nachvollziehbaren Schlussfolgerungen

teres entspricht im Ergebnis dem schweizerischen Verständnis der Fahrlässigkeit und dem dort verwendeten Sorgfaltsmassstab, wonach sorgfaltswidrig handelt, wer (ungewollt) vom Durchschnittsverhalten abweicht, das unter den konkreten Umständen erwartet werden kann.<sup>119</sup>

## 2. Sanktionsbewehrte Duty of Responsibility für Senior Managers

Es wurde bereits gesagt, dass die für Senior-Management-Funktionen zusätzlich geltenden Verhaltenspflichten auf die (Gesamt-)Pflicht hinauslaufen, den eigenen Verantwortungsbereich so zu organisieren, dass Missstände vermieden werden. Die Gesamtpflicht manifestiert sich im Sanktionskontext in einer Sonderbestimmung, die als «Duty of Responsibility» bezeichnet wird.<sup>120</sup> Denn «guilty of misconduct» ist eine Person mit Senior-Management-Funktion nicht nur dann, wenn sie (vorsätzlich oder fahrlässig) unmittelbar eine Gesetzesverletzung begangen hat oder an einer solchen beteiligt war. «Guilty of misconduct» ist sie gemäss der Bestimmung zur «Duty of Responsibility» auch dann, wenn in ihrem Verantwortungsbereich eine Rechtsverletzung stattgefunden und sie es unterlassen hat, diejenigen Massnahmen zu ergreifen, die von einer Person in ihrer Position vernünftigerweise erwartet werden konnten, um die Rechtsverletzung an sich oder deren Fortsetzung zu verhindern.<sup>121</sup> Hinschauen ist Pflicht, Wegschauen ist Pflichtverletzung.

Im ursprünglichen SMCR-Regime von 2013 bestand in diesem Zusammenhang gar eine Verschuldensvermutung zulasten der Person mit Senior-Manager-Funktion: Sie musste nachweisen, dass sie alle objektiv möglichen Schritte zur Vermeidung einer Aufsichtsrechtsverletzung in ihrem Verantwortungsbereich unternommen hatte. Diese Vermutung wurde anlässlich der Revision von 2016<sup>122</sup> und somit noch vor Inkrafttreten des SMCR abgeschafft. Die Beweislast liegt nun (wieder) bei der Aufsichtsbehörde; sie muss nachweisen, dass die Person mit Senior-Management-Funktion die nach den Umständen

erforderlichen Massnahmen zur Vermeidung der Rechtsverletzung unterlassen hat.<sup>123</sup>

## 3. Die Rolle der Vergütungsregulierung

Das SMCR und die Vergütungsregulierung sind im Hinblick auf ihren persönlichen Anwendungsbereich weitgehend parallel ausgestaltet.<sup>124</sup> Diese Parallelität ist gewollt, denn die Parliamentary Commission on Banking Standards empfahl in ihrem Bericht nicht nur die Einführung des SMCR, sondern auch die Anpassung der Vergütungsstrukturen auf dieser Ebene, und zwar insbesondere im Hinblick auf die variablen Lohnbestandteile (Boni).<sup>125</sup> Diese Empfehlungen wurden umgesetzt. Nach der aktuellen Regelung sind die Finanzinstitute unter anderem verpflichtet, Lohnkürzungen vorzusehen, wenn begründete Hinweise für ein Fehlverhalten oder für bedeutsame Fehleinschätzungen ihrer Kaderleute vorliegen.<sup>126</sup> Die PRA hat sodann präzisiert, dass Lohnkürzungen nicht nur bei Personen vorzunehmen sind, die sich effektiv eines Fehlverhaltens schuldig gemacht haben. Lohnkürzungen sollen im Ergebnis alle Personen betreffen, die in einer Position gewesen wären, um das Fehlverhalten – allenfalls auch durch ein einfaches Reporting – zu verhindern.<sup>127</sup> Diese Ausweitung betrifft nicht ausschliesslich, aber doch in besonderem Masse die Senior-Management-Funktionen und die Zertifizierungsfunktionen. Hinzu kommt,

gelangt? Was hat sie gemessen an ihrer Funktion bezüglich möglicher aufsichtsrechtlich relevanter Vorgänge gewusst oder hätte sie wissen müssen?

<sup>119</sup> Statt vieler: BGE 139 III 24 E. 3.2 m.w.N.; BGER, 4A\_22/2008, 10.4.2008, E. 4.

<sup>120</sup> Sec. 66(5) FSMA 2000. Für den in diesem Zusammenhang verwendeten Begriff der «Duty of Responsibility» siehe PRA (FN 40), 2.59 ff.

<sup>121</sup> Sec. 66A(5)(d) [FCA] und 66B(5)(d) [PRA] FSMA 2000. Zu den einzelnen Kriterien, welche die PRA in Betracht zieht, siehe PRA (FN 40), 2.76.

<sup>122</sup> Siehe dazu oben, Punkt III.A. (Umsetzung) und den Hinweis auf den Bank of England and Financial Services Act (2016).

<sup>123</sup> Vgl. zum Ganzen: HM Treasury (FN 36), N 3.1 ff., insb. N 3.1: «The government has decided to introduce a statutory duty or responsibility to be applied consistently to all senior managers across the financial services industry. This supersedes the «reverse burden of proof» which would have been applied to banking sector firms when they become subject to the SM&CR in March 2016.» Siehe sodann N 3.3: «The government will amend the provision so that the regulators will only be able to take action if they can show that the individual failed to take the steps that is reasonable for a person in that position to take to prevent a regulatory breach from occurring.» Für eine Würdigung der diesbezüglichen Revision siehe IAN KINGHORN, Reversing the Burden: Preventing Malfeasance in the Financial Services Industry by Presuming Fault, J. Corp. Law 2017, 191 ff.

<sup>124</sup> Siehe PRA CRR Rulebook, Remuneration 3.1. Siehe auch die graphische Darstellung im gemeinsamen Policy Statement PRA (Prudential Regulation Authority)/FCA (Financial Conduct Authority), Strengthening the alignment of risk and reward: new remuneration rules, PRA PS 12/15 and FCA PS 15/16, Juni 2015, 1.3 (Ausnahme für die zertifizierungspflichtigen Funktionen der FCA solo-regulated firms).

<sup>125</sup> PCBS (FN 1), Summary 9 f., N 163 ff.

<sup>126</sup> PRA CRR Rulebook, Remuneration 15.21–15.23; FCA Handbook (FN 37), 19D.3.62–19D.3.64. Beide Regelungen sprechen von misbehaviour.

<sup>127</sup> PRA (Prudential Regulation Authority), Remuneration, Supervisory Statement SS2/17, Dezember 2021 (aktualisiert Juli 2021), 4.8.

dass Senior Managers für ihren Zuständigkeitsbereich ohnehin eine direkte Verantwortung tragen.<sup>128</sup>

Im Rahmen seiner Empfehlungen hatte das PCBS ausgeführt, dass Unternehmensbussen massgeblich über die Reduktion von variablen Lohnanteilen finanziert werden sollten, damit auf der individuellen Stufe der Anreiz besteht, solche Bussen zu vermeiden.<sup>129</sup> Bis jetzt ist kein Fall einer solchen Finanzierung bekannt. Fraglos bilden aber die Vergütungsregeln einen weiteren Pfeiler im System der individuellen Verantwortlichkeit. Sodann ist auch die Tendenz ersichtlich, dass die Verbindung zwischen dem SMCR und der Vergütungsregulierung enger abgestimmt werden soll. So hat etwa der Deputy Governor des PRA im Jahr 2018 ausgeführt: «[W]e are going to ask more pointedly and regularly than before: how is the pay of that senior manager who is tasked with delivering a major supervisory priority going to be affected by their success or failure of that task?»<sup>130</sup>

## V. Schlussbemerkungen

Kein anderer Industriezweig sorgt derart häufig für negative Schlagzeilen wie die Finanzindustrie. Entsprechend dringlich stellt sich die Frage, wie man die Missstände jedenfalls im Hinblick auf ihre Frequenz und ihr Ausmass zurückbinden kann. Im internationalen Umfeld geht die jüngere Entwicklung dahin, den Fokus nicht mehr allein auf das Unternehmen, sondern vermehrt auf dessen Entscheidungsträger zu legen. Ein wichtiger Treiber für diese Entwicklung war die Erfahrung, dass die Unternehmen im Nachgang zur Finanzkrise rekordhohe Bussen bezahlten, dass aber ihre rekordhoch bezahlten Führungskräfte meist ungeschoren davonkamen.

Das UK Senior Managers and Certification Regime steht beispielhaft für diese regulatorische Entwicklung. Seine zentralen Elemente können mit folgenden Stichworten umschrieben werden: personelle Zugangsschranke für Führungskräfte, Zuweisung von Verantwortungsbereichen an konkrete Einzelpersonen, individuelle Organisationspflichten im Hinblick auf die Compliance im eigenen Verantwortungsbereich, Sanktionierung der

Pflichtverletzung und inhaltliche Verknüpfung mit der variablen Vergütung.

Die personellen Zugangsschranken beinhalten ein behördliches Zulassungsverfahren für Senior Managers einerseits und eine vom Finanzdienstleister vorgenommene Gewährungszertifizierung für die Stufe unterhalb des Senior Managements andererseits. Das eigentliche Kernelement des Regimes liegt in der Verpflichtung des Finanzdienstleisters, die wichtigen Verantwortungsbereiche einer konkreten Einzelperson – einem Senior Manager – zuzuweisen. Für Senior Managers gelten sodann besondere Verhaltenspflichten. Sie müssen angemessene Massnahmen ergreifen, damit in ihrem Verantwortungsbereich kein Fehlverhalten auftritt. Die unternehmensinterne Verantwortung (responsibility) wird auf diese Weise mit einer regulatorischen Verantwortlichkeit (accountability) verknüpft. Hinschauen ist Pflicht, Wegschauen ist Pflichtverletzung. Zur Vermeidung von Verantwortungslücken enthält das Gesetz eine Liste von Funktionen, die zwingend von einem Senior Manager wahrzunehmen sind (prescribed responsibilities). Abgerundet wird das Regime mit einem Sanktionsregime. Pflichtverletzungen werden mit öffentlichen Rügen, Bussen und Berufsverböten sanktioniert und inhaltlich mit dem variablen Vergütungssystem des Unternehmens verknüpft.

Im Ergebnis steht mit dem SMCR ein Aufsichtsinstrument zur Verfügung, das der Umsetzung einer klassisch verstandenen regulatorischen Compliance dient: Es geht um die Sicherstellung eines gesetzeskonformen Verhaltens des Finanzdienstleisters. Es geht aber auch um das übergeordnete Thema der Corporate Governance, genauer um die Förderung einer Unternehmenskultur, die einer übermässigen Risikobereitschaft und einem laxen Umgang mit den regulatorischen Vorgaben aktiv entgegenwirkt.

Die Vor- und Nachteile des UK-Modells bedürfen der näheren Prüfung. Wichtig ist zunächst einmal, dass man weiss, worüber man spricht. Unzweifelhaft ist auch, dass mit dem SMCR regulatorische Herausforderungen verbunden sind. Das betrifft insbesondere den Aufwand, den ein solches Regime für die unterstellten Finanzintermediäre und ihre Regulierungsbehörden bedeutet. Als «schlank» wird man den UK-Ansatz auch bei wohlwollender Betrachtung kaum bezeichnen können. Hier wäre im Fall einer schweizerischen Umsetzung ein «Swiss Finish» im positiven Sinne gefragt.

<sup>128</sup> Das wird sichergestellt durch die zusätzlichen Verhaltensregeln (siehe oben, Punkt IV.A.4.), die im Ergebnis die Pflicht statuieren, für eine Compliance-orientierte Organisation zu sorgen, und durch die Duty of Responsibility, welche diese Pflicht mit einer Haftungsregelung verstärkt (siehe oben, Punkt IV.C.2.).

<sup>129</sup> PCBS (FN 1), N 230.

<sup>130</sup> Sam Woods, Mansion Speech 2018, zitiert in PRA (FN 42), 16.