

Was heisst «Internationale Standards»?

Von em. Prof. Dr. Peter Nobel, Universität Zürich (Zürich)

International standards have become more and more important with and also through the globalisation of the financial markets. In consequence, they are most important in corporate law and in particular in the field of financial reporting, i.e. IFRS or US GAAP. This is not only true for Switzerland, but also for the European Union.

International standards are often enacted by a panel of experts rather than through a political or democratic process. As such, economically important

countries have a larger say in what is to become the standard for many countries.

This special form of soft law can also easily become hard law. The new Swiss laws regarding the financial market architecture proclaim several international standards as binding for all market participants. Therefore it is important not only to explain the fundamentals of the term standard, but also to address the many points, that allow for a critique of it.

Inhaltsübersicht

- I. Grundlagen
 1. Etymologisches
 2. Begriff und Wesen
- II. Hauptsächliche Anwendungsbereiche der Standards
 1. Ursprung im technischen Bereich
 2. Hauptanwendungsbereiche im Gesellschaftsrecht
 3. Wichtige Bedeutung im Finanzmarktrecht
- III. Umsetzung der Standards ins positive nationale Recht
 1. Übernahme ins Rechnungslegungsrecht
 2. Verweisungen im geltenden Finanzmarktrecht
 3. Standards in der neuen Finanzmarktarchitektur
- IV. Fragen der rechtswissenschaftlichen Rezeption
 1. Internationale Standards als vorstaatliches Recht
 2. Demokratische Legitimation?
 3. Vielfältiger Durchsetzungsmechanismus
- V. Bedeutung und Ausblick

I. Grundlagen

1. Etymologisches

Der Begriff der Standards existierte bisher in der Rechtsquellenlehre nicht. Etymologisch wissen wir aber, dass der Wortstamm von «Standarte» oder «Flagge» herkommt. Es war das Feldzeichen, das einen gemeinsamen Ort, einen Sammelpunkt bezeichnete. Fahnenträger zu sein war eine Ehre.¹

¹ Peter Nobel, Internationale Standards im Finanzmarktrecht: Im Allgemeinen und im Besonderen, FS Wolfgang Wiegand, Bern 2005, S. 869 m.w.N.

2. Begriff und Wesen

Mit der zunehmenden Globalisierung auf den Finanzmärkten geht eine internationale Rechtsharmonisierung einher. Zu diesem Zweck werden internationale Standards erlassen, welche in der Form von **Mindestanforderungen, best practice** oder **principles** aber nur empfehlenden Charakter haben. Sie werden nicht vom Gesetzgeber geschaffen, sondern von Experten, worunter (internationale) Organisationen, Staatengruppen sowie einzelne Marktteilnehmer zu verstehen sind.² Insofern handelt es auch nicht um bindendes Recht, sondern um *soft law*, welches in positives, nationales Recht transformiert werden muss.³ Die Befolgung internationaler Standards beruht nicht auf staatlichem Zwang, sondern auf Markt- und politischem Druck.⁴ Bei den internationalen Standards handelt es sich folglich um eine neue Form internationaler Rechtsetzung.⁵

² Peter Nobel, Schweizerisches Finanzmarktrecht und internationale Standards, 3. Aufl., Bern 2010, § 3 N 84; Vera Schreiber, Internationale Standards – Neues Recht für die Weltmärkte?, St. Galler Studien zum Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht Bd. 75, Bern/Stuttgart/Wien 2005, S. 59.

³ Nobel (Fn. 2), § 3 N 86.

⁴ Vgl. auch Nobel (Fn. 2), § 3 N 92; ferner hinten IV.3.

⁵ Peter Nobel, Wieviel Regulierung – wieviel globale Standards?, in: Brigitte Strebler-Aerni (Hrsg.), Standards für nachhaltige Finanzmärkte, Zürich 2008, S. 59 ff., 68.

II. Hauptsächliche Anwendungsbereiche der Standards

1. Ursprung im technischen Bereich

«Standards» bzw. «Standardisierung» kennt man am ehesten aus der Technik. Dort haben sie dazu geführt, dass Installationen sich aus normierten Teilen zusammensetzen und damit nicht nur sicherer wurden, sondern auch kompatibler und konnektiver. «*International Standards make things work*», sagt die *International Standardization Organization (ISO)*.⁶

2. Hauptanwendungsbereiche im Gesellschaftsrecht

Im rechtlichen Normenbereich kam der Wortgebrauch vor allem im Gesellschaftsrecht im Zusammenhang mit den Rechnungslegungsstandards auf. Die *International Financial Reporting Standards (IFRS)* umfassen ein detailliertes Regelwerk für die Rechnungslegung von Unternehmen, welches losgelöst von nationalen Rechtsvorschriften die internationale Vergleichbarkeit von Jahres- und Konzernabschlüssen ermöglichen will. Sie wurden vom *International Accounting Standards Committee (IASC)* ausgearbeitet und seit 2001 vom *International Accounting Standards Board (IASB)* als Nachfolgeorganisation laufend aktualisiert und weiterentwickelt.

Für die ordnungsmässige Buchführung in den USA legen die *United States Generally Accepted Accounting Principles (US GAAP)* die Grundsätze fest.

Bei den *Swiss GAAP FER* handelt es sich um Rechnungslegungsstandards, welche von der Stiftung für Fachempfehlungen zur Rechnungslegung für kleine und mittelgrosse Organisationen und Unternehmensgruppen mit nationalem Wirkungskreis erlassen wurden. Sie umfassen ein rein schweizerisches Rechnungslegungskonzept, während *IFRS* und *US GAAP* internationale Wirkung zeitigen.

Für das Gesellschaftsrecht ebenso von Bedeutung sind die *Principles of Corporate Governance* der OECD, welche neuerdings gemeinsam mit den G20 herausgegeben wurden.⁷ Diese bezwecken eine Verbesserung des rechtlichen und institutionellen Rah-

mens der Unternehmensführung und der Unternehmenskontrolle. Die Grundsätze betreffen Fragen der Aktionärsrechte, der Gleichbehandlung von Aktionären, der Rolle der Stakeholder, der Publizität und Transparenz sowie der Kompetenzen des Verwaltungsrats.

3. Wichtige Bedeutung im Finanzmarktrecht

Auch im Finanzmarktbereich wimmelt es von internationalen Standards. Die G20 definieren die Prioritäten der internationalen Reformagenda, das *Financial Stability Board (FSB)* kümmert sich um die Koordination, und die internationalen Standardsetzer wie das Basler Komitee, die Schweizerische Nationalbank, die europäischen und nationalen Gemeinschaftsbehörden (wie etwa das deutsche BaFin oder die *European Banking Authority (EBA)*), aber auch die Amerikaner (oft mit Abweichungen) entwickeln detaillierte globale Regeln. Die nationalen Behörden setzen das Ganze um. Der Bereich der Abwehr von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung ist fast sklavisch an die Empfehlungen der *Financial Action Task Force (FATF)* gebunden,⁸ die letzte Revision des Geldwäschereigesetzes ist Zeugnis davon,⁹ ebenso das neue Gebot, die Inhaberaktionäre zu registrieren.¹⁰

Heute existieren im Finanzbereich eine grosse Anzahl internationaler Standards. Das FSB befasst sich mit deren Klassierung und Systematisierung und hat in diesem Zusammenhang sog. *Key Standards for Sound Financial Systems* definiert.¹¹

⁸ Vgl. dazu im Einzelnen Botschaft zur Umsetzung der 2012 revidierten Empfehlungen der Groupe d'action financière (GAFI) vom 13. Dezember 2013, BBl 2014 605 ff., 611 ff.

⁹ Bundesgesetz zur Umsetzung der 2012 revidierten Empfehlungen der Groupe d'action financière vom 12. Dezember 2014, AS 2015 1389; die Inkraftsetzung erfolgte gestaffelt per 1. Juli 2015 bzw. 1. Januar 2016.

¹⁰ Wer künftig von einer Gesellschaft Inhaberaktien erwirbt, die nicht an einer Börse kotiert sind, muss den Erwerb, Vor- und Nachnamen oder seine Firma sowie seine Adresse innerhalb eines Monats der Gesellschaft melden; Gleiches gilt beim Erwerb von Stammanteilen einer GmbH (Art. 679i und 790a OR).

¹¹ Vgl. im Einzelnen FSB, Table of Key Standards for Sound Financial Systems, <www.financialstabilityboard.org> sowie die tabellarische Übersicht bei Stefan A. Wandel, Global Financial Standards and Regulatory Reforms, hinten S. 564.

⁶ <<http://www.iso.org/iso/home/about.htm>>. ISO verwaltet heute über 19 000 Standards.

⁷ G20/OECD, Principles of Corporate Governance, 2015, <www.oecd.org>.

III. Umsetzung der Standards ins positive nationale Recht

1. Übernahme ins Rechnungslegungsrecht

Im *International Reporting Standard* der *SIX Swiss Exchange* sind kotierte Gesellschaften schon lange zur Rechnungslegung nach *IFRS* oder *US GAAP* verpflichtet (Art. 51 KR¹² i.V.m. Art. 6 RLR¹³). Im OR hingegen ist die Verweisung auf (internationale) Standards erst seit dem 1. Januar 2013 in Art. 962–963b verankert. Die Verordnung des Bundesrates vom 21. November 2012 (VASR)¹⁴ definiert die Regelwerke, welche als Rechnungslegungsstandards anerkannt werden, wobei die Autorisierung der sprachlich gültigen Fassungen an deren Herausgeber delegiert worden ist (Art. 1 Abs. 2 VASR).

Die EU hat im Jahr 2005 die *IFRS* zum Standard für die börsenkotierten Gesellschaften erhoben. Die Aktion erlangte Aufmerksamkeit, als die EU mit den Mitgliedstaaten im Zwist war, ob die Rechnungslegungsstandards global oder nur einzeln ins EU-Recht übernommen und für kotierte Gesellschaften verbindlich erklärt werden konnten und ob man Rechnungslegung nach *US-GAAP* verhindern wollte. Die Einigung ging dahin, dass die Standards von der EU in einem gesonderten Verfahren, dem Komitologieverfahren, einzeln übernommen werden müssen, um in der EU Geltung zu beanspruchen (*endorsement*). In diesem Verfahren werden neue oder geänderte Standards einer materiellen Prüfung unterzogen, wobei die EU die zu prüfenden Voraussetzungen in einer Verordnung¹⁵ regelt.

2. Verweisungen im geltenden Finanzmarktrecht

Das Börsengesetz vom 24. März 1995 verpflichtet die Börse in Art. 8 Abs. 2, ein Reglement über die Zulas-

sung der Effekten zum Handel zu erlassen. Dieses Reglement

«enthält Vorschriften über die Handelbarkeit der Effekten und legt fest, welche Informationen für die Beurteilung der Eigenschaften der Effekten und der Qualität des Emittenten durch die Anleger nötig sind.»

Sodann «trägt [es] international anerkannten Standards Rechnung» (Art. 8 Abs. 3 BEHG; jetzt Art. 35 Abs. 2 FinfraG). Aus den einleitenden Bemerkungen zur ersten Fassung des Kotierungsreglements vom September 1996 geht hervor, dass mit diesen «Standards» damals vor allem die Richtlinien der EU gemeint waren.¹⁶ Die Zirkulationsfähigkeit der Effekten und die internationale Marktfähigkeit sollten gewährleistet werden. Dabei entflammte ein epischer Streit darüber, was «Rechnung tragen» tatsächlich verlange. Mit der zunehmenden Globalisierung über das europäische Recht hinaus wollte man das dann nicht mehr als Harmonisierungsverpflichtung, sondern eher als «beachten, soweit nötig» verstanden wissen. Entsprechend heisst es heute in Art. 7 Abs. 2 lit. d FINMAG, dass die FINMA bei der Regulierung die internationalen Mindeststandards berücksichtige.

3. Standards in der neuen Finanzmarktarchitektur

Ein Höhepunkt wurde jetzt erreicht mit der neuen Finanzmarktgesetzgebung, bestehend aus Finanzmarktinfrastrukturgesetz (FinfraG), Finanzinstituts-gesetz (FINIG) und Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG). Das FinfraG wurde im Juni 2015 in den Eidgenössischen Räten verabschiedet¹⁷ und ist am 1. Januar 2016 in Kraft getreten. In allen Vorlagen kommt der Wille zu einer Anpassung an internationale Standards offensichtlich zum Ausdruck. So sagt etwa die Botschaft zum FinfraG:

«Die heute auf das BEHG, das NBG und das BankG verteilten Bestimmungen werden aufgehoben und es wird eine konsistente, an die veränderten Marktverhältnisse und an

¹² Kotierungsreglement der SIX Swiss Exchange vom 23. April 2009.

¹³ Richtlinie betreffend Rechnungslegung vom 12. März 2015.

¹⁴ Verordnung über die anerkannten Standards zur Rechnungslegung, SR 221.432.

¹⁵ Verordnung (EG) Nr. 1606/2002 vom 19. Juli 2002 betreffend die Anwendung internationaler Rechnungslegungsstandards, ABl Nr. L 243 vom 11. September 2002, S. 1 ff.

¹⁶ Kotierungsreglement der Schweizer Börse SWX, Januar 1996–Januar 1998, S. 1.

¹⁷ Bundesgesetz über Finanzmarktinfrastrukturen und das Marktverhalten im Effekten- und Derivatehandel (Finanzmarktinfrastrukturgesetz, FinfraG) vom 19. Juni 2015, SR 958.1.

internationale Vorgaben angepasste Regulierung in einem einzigen Bundesgesetz geschaffen.»¹⁸

Und weiter:

«Der Handel mit Derivaten soll in der Schweiz einer Regelung unterstellt werden, welche heutigen internationalen Standards entspricht.»¹⁹

Darüber hinaus findet sich durchwegs die Kompetenz des Bundesrates, die Gesetzgebung an die Weiterentwicklung dieser Standards anzupassen. Insgesamt wird im FinfraG 16-mal auf die Absicht, internationalen Standards Folge zu leisten, hingewiesen.

IV. Fragen der rechtswissenschaftlichen Rezeption

1. Internationale Standards als vorstaatliches Recht

In der Rechtswissenschaft wird das Aufkommen von Standards kaum hinterfragt.²⁰ Dies ist insofern erstaunlich, als internationale Standards, im Gegensatz zu Rechtsnormen, rechtlich unverbindlich sind, was auch in ihrer gängigen Bezeichnung als *soft law* zum Ausdruck kommt.²¹

Ein weiteres Charakteristikum der Standards ist, dass sie üblicherweise nicht von Staaten oder Staaten zurechenbaren Akteuren erlassen werden, sondern von privaten Organisationen, zu denen freilich auch solche mit Völkerrechtssubjektivität (z.B. OECD) zu rechnen sind.²²

Gleichwohl geniessen internationale Standards eine hohe Akzeptanz. Dies rührt daher, dass sie innerhalb der erlassenden Organisationen von technischen Experten ausgearbeitet werden, welche aufgrund ihrer Marktnähe und ihrem Sachverstand die nötige Beachtung generieren.²³

Das Bedürfnis nach einem Standard entsteht meist dann, wenn im jeweiligen Bereich noch keine verbindlichen Normen existieren oder aber solche dermassen allgemein formuliert sind, dass sie der Konkretisierung bedürfen.²⁴ Insofern sind internationale Standards oftmals eine Form vorstaatlichen Rechts,²⁵ welches mittels Transformierung in eine völkerrechtliche Norm oder in innerstaatliches Recht zwingenden Charakter erhält.²⁶

2. Demokratische Legitimation?

Dennoch ist das Ganze von den völkerrechtlichen Idealvorstellungen aber doch relativ weit entfernt. Die Entstehung der Standards ist nicht nur (markt-) technisch, sondern auch machtpolitisch induziert. Die Gremien, welche die Standards erarbeiten, sind in der Regel nicht sehr transparent, gemischt aus Experten, Marktteilnehmern und internationalen Funktionären. Solche Standards werden dann sozusagen «politisch promulgiert», heute vor allem durch die G20.²⁷ Diese haben z.B. die Schweiz trotz der Grösse ihres Finanzplatzes ausgeschlossen und es ist wohl nicht falsch, dies als Zeichen einer abnehmenden Bedeutung des Landes bei der Mitgestaltung internationalen Rechts zu interpretieren. Das obwohl sich die G20 im Wesentlichen auf die Arbeiten des FSB stützen, das seine Heimat bei der BIZ in Basel hat.

Es mutet daher nach wie vor befremdend an, dass etwa die Grundsätze zur grenzüberschreitenden Bankaufsicht an einer Konferenz in Stockholm im Juni 1996²⁸ mit «Akklamation» angenommen worden sein sollen. An dieser internationalen Konferenz waren Aufsichtsbehörden aus 140 Ländern – darunter die Schweiz – zugegen. Nach eingehender Diskussion des Berichts der gemischten Arbeitsgruppe, bestehend aus Vertretern des Basler Ausschusses und der Offshore Group of Banking Supervisors, verab-

¹⁸ Botschaft zum Finanzmarktinfrastrukturgesetz vom 3. September 2014, BBl 2014 7483 ff., 7498.

¹⁹ Botschaft FinfraG (Fn. 18), 7499.

²⁰ Peter Nobel, Finanzmarktrecht: Neue Architektur – Neuer Wein?, BJM 3/2015, 129 ff., 136.

²¹ Nobel (Fn. 20), 137. Juliane Kokott, Soft Law Standards under Public International Law, in: Peter Nobel (Hrsg.), International Standards and the Law, Bern 2005, S. 15 ff., *passim*.

²² Schreiber (Fn. 2), 46.

²³ Nobel (Fn. 20), 138.

²⁴ Erich Schanze, International Standards: Functions and Links to Law, in: Peter Nobel (Hrsg.), International Standards and the Law, Bern 2005, S. 83 ff., 95 ff.

²⁵ Kokott (Fn. 21), 24 f.

²⁶ Nobel (Fn. 2), § 3 N 86.

²⁷ Vgl. vorne II.3.

²⁸ The Supervision of Cross-Border Banking, Report by a working group comprised of members of the Basel Committee on Banking Supervision and the Offshore Group of Banking Supervisors, October 1996, <www.bis.org>. Der Bericht ist auf Deutsch und Französisch wiedergegeben in EBK-Bulletin 31/1997, S. 57 ff.

schiedeten die Teilnehmer die darin aufgestellten Empfehlungen und bekundeten ihre Absicht, sich für deren Umsetzung auf nationaler Ebene einzusetzen.²⁹ Auch in der Schweiz machte man sich alsdann unverzüglich daran, die Kompatibilität des nationalen Rechts mit diesen Prinzipien zu sichern.

Insofern trifft der Vorwurf eines Demokratie-defizits doppelt zu:

International sind es die (wirtschafts-)mächtigen Staaten, allen voran die USA, welche den Takt angeben. National bzw. intern ist es vor allen Dingen die Exekutive, d.h. der Bundesrat, welcher die Anpassungen des innerstaatlichen Rechts an die Standards und deren Weiterentwicklung orchestriert. Daher ist es durchaus gerechtfertigt, von den Standards als neue Form von «Gesetzgebung» zu sprechen: Anfänglich handelt es sich bei den Standards ja zumeist um *soft law*; doch führen *best practice*-Anforderungen, Anerkennungsregeln und Marktdruck dazu, dass sie in den einzelnen Ländern in verbindliche technische Normen überführt werden,³⁰ denen dann aber oftmals von den Exekutiven oder den Aufsichtsbehörden – unter Ausschluss der Parlamente – selbst erarbeiteter Verordnungsstatus zukommt.³¹ Musterbeispiel hierfür ist das FinfraG, welches ganze 13-mal den Bundesrat bzw. die FINMA oder die Börse ermächtigt, auf dem Verordnungsweg Anpassungen an die internationalen Standards vorzunehmen.³² Wesentliche Teile der Gesetzgebung wandern folglich aus den Parlamentssälen ab. Diese «*De-Parlamentarisierung*» und Kompetenzverschiebung bewirken eine Veränderung des Gesetzgebungsprozesses, indem die Schaffung und Beachtung internationaler Standards zu einer praxisbezogenen Art internationaler Harmonisierung führt. Nationale Eigenheiten werden spätestens dann immer weniger geschätzt, wenn deren Legitimität mehr in folkloristischer Motivation denn in sachlichen Erfordernissen wurzelt.³³ Die Frage des Demokratieverlusts ist folglich berechtigt:

«Somit bedeuten Internationale Standards aus verfassungsmässiger und demokratischer Sicht eine grundsätzliche Schlechterstellung des Bürgers, weil seine Mitspracherechte – die gewährleisten, dass er mindestens über die repräsentative Demokratie (d.h. über die Wahl der Parlamentsmitglieder) an der Gesetzgebung teilnehmen kann, eingeschränkt werden.»³⁴

Allerdings handelt es sich hier nicht um ein rein helvetisches Phänomen. Sogar die EU-Richtlinien sind in diesen Bereichen weitgehend Vollzug.

3. Vielfältiger Durchsetzungsmechanismus

Standards sind Normen, die vor allem die Bedingungen einer internationalen Marktteilnahme regulieren. Wer sich nicht daran hält, läuft Gefahr, diskriminiert zu werden.

Eine zentralisierte übernationale Instanz, welche für die Durchsetzung der Standards verantwortlich ist, fehlt.³⁵ Hierin liegt ein weiterer wesentlicher Unterschied zum positiven Recht, welches über einen umfassenden staatlichen Durchsetzungsmechanismus verfügt. Der Druck zur Umsetzung internationaler Standards ist aber vielfältig. Dies beginnt mit einem ausgebauten Monitoring der Einhaltung von Standards durch FSB und IMF; sodann kann deren Nichtbeachtung etwa im Finanzbereich zu Reputationsverlusten führen, Risikoaufschläge zur Folge haben und das Zinsniveau eines Staates beeinflussen, oder säumige Staaten werden im Zuge sog. Länderexamen als Offshore-Staaten auf Schwarze Listen gesetzt (*naming and shaming*).³⁶

V. Bedeutung und Ausblick

Internationale Standards sind zu einem zentralen Element internationaler Rechtsharmonisierung geworden. Ihren Erfolg verdanken sie im Wesentlichen der Globalisierung, wo weder Ursachen noch Auswirkungen von Schadenspotentialen weiterhin in den nationalen Kammern versorgt werden können. Vor allem im Gefolge der Finanzkrise wurden die Standards als Versprechen von Stabilität prominent in den (internationalen) Raum gestellt. Heute sind sie

²⁹ EBK-Jahresbericht 1996, S. 111.

³⁰ S. vorne I.2.

³¹ Nobel (Fn. 5), 68.

³² Vgl. vorne III.3 sowie die Übersicht bei Nobel (Fn. 20), 151 f.

³³ Peter Nobel, *De lege ferenda*, in: Anne Héritier Lachat/Laurent Hirsch (Hrsg.), *De lege ferenda, Études pour le Professeur Alain Hirsch*, Genf 2004, S. 17 ff., 31 f.

³⁴ Schreiber (Fn. 2), 170.

³⁵ Kokott (Fn. 21), 41; Schreiber (Fn. 2), 87, 128.

³⁶ Vgl. auch Kokott (Fn. 21), 19.

das Hauptinstrument regulatorischer Kooperation. So ist *too big to fail* nicht nur ein nationales, sondern vor allem auch ein internationales Problem geworden oder jedenfalls dazu gemacht worden. Ausdruck davon ist die Liste der *G-SIFIs* (*Globally Systemically Important Financial Institutions*) des FSB,³⁷ zu denen aus der Schweiz die UBS und die CS gehören.

Neben den Sachliegen ist hier aber eben auch der internationale Aktivismus einer der Haupttreiber.

Standard setting ist mittlerweile offenbar allseitig akzeptierte Regulierungskoordination. Sachlich sind die Standards zu begrüßen. Rechtlich bereiten sie freilich mehr Kopfzerbrechen. *Daniel Thürer* spricht sogar von neuen Feudalisten.³⁸ Dennoch: Alleingänge nationaler Regulatoren haben in einer Welt internationaler Standards weitgehend ausgespielt.³⁹

³⁷ Financial Stability Board, Policy Measures to Address Systemically Important Financial Institutions, 4. November 2011, S. 4, <www.financialstabilityboard.org>.

³⁸ *Daniel Thürer*, Res publica – Von Menschenrechten, Bürgertugenden und neuen Feudalisten, Zürich/St. Gallen 2011, S. 30 ff., 32.

³⁹ *Nobel* (Fn. 5), 73.