

Dr. Thomas Iseli

## **Veröffentlichung von Verfügungen durch die FINMA**

Bundesgericht setzt Grenzen beim «naming and shaming»

---

Das Bundesgericht konkretisierte in einem kürzlich ergangenen Urteil, unter welchen Voraussetzungen die FINMA von ihr erlassene Verfügungen veröffentlichen darf. Das neue Aufsichtsinstrument des «naming and shaming» bezweckt, die Betroffenen an den Pranger zu stellen und damit zu sanktionieren. Deshalb darf eine Veröffentlichung nur erfolgen, wenn schwerwiegend gegen das Aufsichtsrecht verstossen wurde und die Veröffentlichung insgesamt verhältnismässig ist.

---

Rechtsgebiet(e): Bankrecht; Aufsichtsrecht; Urteilsbesprechungen

Zitiervorschlag: Thomas Iseli, Veröffentlichung von Verfügungen durch die FINMA, in: Jusletter 17. Oktober 2011

## Inhaltsübersicht

### Einleitung

#### II. Urteil des Bundesgerichts 2C\_929/2010 vom 13. April 2011

- A. Sachverhalt
- B. Erwägungen
  - 1. Werbeverbot
  - 2. Veröffentlichung
- C. Ergebnis

#### III. Bemerkungen und Grundsätzliches zur Veröffentlichung

- A. Zweck der Veröffentlichung
- B. Voraussetzungen zur Veröffentlichung
  - 1. Verhältnismässigkeitsprinzip
  - 2. Schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen
  - 3. Begründungspflicht
- C. Veröffentlichung als strafrechtliche Anklage i.S. EMRK?

#### IV. Fazit und Ausblick

## Einleitung

[Rz 1] Die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA) kann die Veröffentlichung einer Verfügung<sup>1</sup> als Sanktion gegen einen Verfügungsadressaten anordnen, wenn eine schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen vorliegt.<sup>2</sup> Die Veröffentlichung bedeutet für die allgemeinen wie die wirtschaftlichen Persönlichkeitsrechte des Betroffenen ein schwerer Eingriff, werden sie doch öffentlich an den Pranger gestellt. Die Veröffentlichung stellt zudem einen Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung und damit in das Grundrecht auf Achtung der Privatsphäre dar.<sup>3</sup>

[Rz 2] Nach Ansicht des Bundesgerichts liegt es zwar an der FINMA, eine verfassungs- und gesetzeskonforme Praxis zu diesem neuen Aufsichtsinstrument des «naming and shaming» zu entwickeln.<sup>4</sup> Im Entscheid 2C\_929/2010 hat das Bundesgericht der FINMA jedoch Grenzen gesetzt und skizziert, unter welchen Voraussetzungen Verfügungen veröffentlicht werden dürfen.

<sup>1</sup> So lange die Voraussetzungen zur Veröffentlichung erfüllt sind (dazu unten III.B), kann die FINMA alle Arten von Verfügungen veröffentlichen; die Botschaft zum FINMAG nennt die Feststellungsverfügung nach Art. 32 FINMAG und der Entzug der Bewilligung, die Anerkennung, die Zulassung oder die Registrierung nach Art. 37 FINMAG als Beispiele (BBI 2006 2859, 2883).

<sup>2</sup> Art. 34 Abs. 1 FINMAG. Nach altem Recht konnte die Aufsichtsbehörde eine Verfügung erst veröffentlichen, wenn gegen diese verstossen und die Veröffentlichung in der Verfügung angedroht wurde (aArt. 23<sup>ter</sup> Abs. 3 BankG); zur Gesetzgebungsgeschichte des Art. 34 FINMAG BSK FINMAG-Hsu/Bahar/Renninger, Art. 34 N. 3 ff.

<sup>3</sup> Vgl. Art. 13 Abs. 2 BV; *Watter/Kägi*, Öffentliche Information über Verfahren und Entscheide in der Finanzmarktaufsicht – zwischen Transparenz und Pranger, AJP 1/2005, 40 ff.

<sup>4</sup> In ihrer Enforcement-Policy vom 17. Dezember 2009 hält die FINMA fest, dass grundsätzlich nur mit Zurückhaltung kommuniziert werden soll (Grundsatz 13). Konkrete Hinweise, wann eine Verfügung veröffentlicht werden kann, fehlen jedoch (vgl. auch Fn. 45).

## II. Urteil des Bundesgerichts 2C\_929/2010 vom 13. April 2011

### A. Sachverhalt

[Rz 3] Ab Dezember 2009 ermittelte die FINMA wegen allfälliger Verletzungen finanzmarktrechtlicher Bestimmungen gegen die A. AG und die X. AG. Mit Verfügung vom 29. März 2010 stellte sie fest, dass beide Gesellschaften in Verletzung des Bankengesetzes gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegengenommen hätten. Gegen diese Gesellschaften eröffnete die FINMA den Konkurs. Dr. Y., dem einzelzeichnungsberechtigten Direktor der X. AG, verbot sie generell «unter jeglicher Bezeichnung selbst oder über Dritte Publikumseinlagen gewerbsmässig entgegenzunehmen oder für die Entgegennahme von Publikumseinlagen in irgendeiner Form Werbung zu betreiben». Sie wies Y. auf die entsprechenden Strafnormen hin und ordnete an, dass die Sanktion nach Eintritt der Rechtskraft auf ihrer Internetseite publiziert werde; gleichzeitig behielt sie sich vor, diese auf Kosten von Y. «auch in anderen geeigneten Medien zu veröffentlichen».<sup>5</sup>

[Rz 4] Das angerufene Bundesverwaltungsgericht wies die nachfolgenden Beschwerden ab bzw. trat nicht darauf ein. Das Gericht ging davon aus, dass die A. AG gemeinsam mit der X. AG aufgrund von Vermögensverwaltungsaufträgen und einer Treuhandabsprache von rund 850 Kunden bzw. Mitgliedern des B. bzw. der österreichischen C. GmbH in Verletzung des Bankengesetzes Einzeleinzahlungen von je EUR 3'000.– im Umfang von insgesamt rund EUR 2'567'350.– entgegengenommen und «gepoolt» haben. Nachdem sich Y. «bereits zweimal für zweifelhafte Geschäfte im Finanzbereich zur Verfügung gestellt» habe, seien die Befürchtungen «nicht unberechtigt», «er könnte auch in Zukunft auf ähnliche Art und Weise tätig werden». Die Nachteile, die er durch die angeordnete Veröffentlichung zu tragen habe (Rufschädigung), wögen «weniger schwer als das Interesse der potentiellen Anleger und der Öffentlichkeit».<sup>6</sup> Y gelangte an das Bundesgericht.<sup>7</sup>

### B. Erwägungen

#### 1. Werbeverbot

[Rz 5] Nach formellen Erwägungen (E. 1) thematisierte das Bundesgericht vorab, ob eine unerlaubte (gruppenweise) Entgegennahme von Publikumseinlagen vorlag (E. 2 und 3). Das Bundesgericht thematisierte sodann das dem Y. auferlegte «Werbeverbot», welches darin bestand, dass dem Betroffenen unter Strafandrohung nach Art. 48 FINMAG untersagt wurde, Publikumseinlagen gewerbsmässig entgegen

<sup>5</sup> Urteil des Bundesgerichts 2C\_929/2010 vom 13. April 2011, A.

<sup>6</sup> Urteil des Bundesgerichts 2C\_929/2010 vom 13. April 2011, B.

<sup>7</sup> Urteil des Bundesgerichts 2C\_929/2010 vom 13. April 2011, C.

zu nehmen (Art. 1 Abs. 2 und Art. 46 BankG) oder für die Entgegennahme von Publikumseinlagen Werbung zu betreiben (Art. 49 BankG, Art. 3 Abs. 1 BankV). Mit dem ausdrücklichen Verbot, zukünftig ohne Bewilligung gewerbsmässig Kundengelder entgegenzunehmen, so das Bundesgericht, werde Y. lediglich in Erinnerung gerufen, was bereits von Gesetzes wegen gelte. Es handle sich dabei um eine Warnung bzw. Ermahnung als «Reflexwirkung» der aufsichtsrechtlichen Massnahmen, die zur Konkursöffnung über die Gesellschaften um ihn geführt hätten. Das Bundesgericht verwies sodann auf seine Rechtsprechung, wonach es wiederholt feststellte, dass das Werbeverbot als solches den Betroffenen kaum berühre, da es lediglich die bestehenden gesetzlichen Pflichten (konkretisiert) in Erinnerung rufe.<sup>8</sup>

## 2. Veröffentlichung

[Rz 6] Das Bundesgericht hielt vorab fest, dass nach altem Recht ein Werbeverbot, und damit eine Verfügung der FINMA, nur veröffentlicht werden konnte, wenn der Betroffene erneut unter Verletzung finanzmarktrechtlicher Vorgaben tätig wurde.<sup>9</sup> Sodann führte das Bundesgericht aus, dass mit der Veröffentlichung von Personendaten sowie des Werbeverbotes nach Art. 34 FINMAG in elektronischer oder gedruckter Form ein schwerer Eingriff in die allgemeinen wie die wirtschaftlichen Persönlichkeitsrechte des Betroffenen liege. Die Veröffentlichung einer Verfügung, das «naming and shaming», verfolge den Zweck einer *Reputationsstrafe als verwaltungsrechtliche Sanktion*. Die FINMA könne dieses nur bei einer schweren Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen anordnen. Die entsprechende Sanktion müsse zudem im Einzelfall wiederum verhältnismässig sein. Beide Aspekte seien in der jeweiligen Verfügung zu begründen. Eine einmalige, punktuelle und untergeordnete Verletzung finanzmarktrechtlicher Pflichten genüge hierfür nicht. Die Regelungszwecke des Finanzmarktgesetzes (Gläubiger-, Anleger- und Funktionsschutz) müssten die Sanktion rechtfertigen. Zudem dürften die dem Betroffenen daraus entstehenden Nachteile in seinem wirtschaftlichen Fortkommen mit Blick auf die Schwere der aufsichtsrechtlichen Verletzung nicht überwiegen. Dabei sei zu berücksichtigen, dass im Internet veröffentlichte Daten potenziell ein sehr weites Publikum erreichen und dies, selbst nach der Löschung, über einen längeren Zeitraum hinweg. Das angefochtene Urteil überzeuge in diesem Punkt nicht: Weder die FINMA, die ihren Entscheid insofern überhaupt nicht begründet habe, noch das Bundesverwaltungsgericht, das diesbezüglich die festgestellte Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör zu heilen versuchte, hätten eine vertiefte Interessenabwägung vorgenommen. Es sei nicht hinreichend dargetan, inwiefern im konkreten Fall eine schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen vorliege. Der von der Vorinstanz aus

einem früheren Strafverfahren gegen Y., das mit einem Freispruch endete, gezogene Schluss, dass er sich damit bereits zweimal für fragwürdige Geschäfte im Finanzbereich zur Verfügung gestellt habe, weshalb die Befürchtung gerechtfertigt sei, er könne auch in Zukunft auf ähnliche Art und Weise tätig werden, rechtfertige das Werbeverbot als solches, indessen nicht unbedingt auch die gleichzeitig angeordnete sofortige namentliche Veröffentlichung und Anprangerung im Internet.

[Rz 7] Schliesslich habe die FINMA nicht ausgeführt, unter welchen Voraussetzungen sie beabsichtige, die Verfügung «auf Kosten von Y. auch in anderen geeigneten Medien zu veröffentlichen». Weil die FINMA keine Ausführungen hierzu gemacht habe, seien diese richterlich nicht kontrollierbar, namentlich könne die Verhältnismässigkeit nicht überprüft werden.<sup>10</sup>

## C. Ergebnis

[Rz 8] Da es in erster Linie an der FINMA und nicht am Bundesgericht bzw. der Vorinstanz sei, eine verfassungs- und gesetzeskonforme rechtsgleiche Praxis zu Art. 34 FINMAG und dem neuen Instrument des «naming and shaming» zu entwickeln, rechtfertige es sich, das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts aufzuheben, soweit es die Ziffern C.11 (Veröffentlichung) und D.14 (damit verbundener Kostenentscheid) des Dispositivs der Verfügung der FINMA bestätige. Die Sache sei in diesen Punkten an die FINMA zu neuem Entscheid zurückzuweisen.<sup>11</sup>

## III. Bemerkungen und Grundsätzliches zur Veröffentlichung

### A. Zweck der Veröffentlichung

[Rz 9] Als Instrument des Aufsichtsrechts muss sich die Veröffentlichung grundsätzlich an den übergeordneten Zielen der Finanzmarktaufsicht orientieren. Die Finanzmarktaufsicht bezweckt den Gläubiger-, Anleger- und den Funktionsschutz der Finanzmärkte. Dabei verfolgt die Aufsicht das Ziel der Stärkung des Ansehens und der Wettbewerbsfähigkeit des Finanzplatzes Schweiz.<sup>12</sup> Diesen übergeordneten Zielen der Finanzmarktaufsicht soll die Veröffentlichung von Verfügungen nachkommen, indem sie mittels «naming and shaming» die Betroffenen (öffentlich) bestraft.<sup>13</sup> Das öffentliche «naming and shaming» soll als Spezialprävention bezwecken, dass die Betroffenen nicht mehr gegen das Aufsichtsrecht verstossen. Es soll gleichzeitig generalpräventiv wirken, weil

<sup>8</sup> Urteil des Bundesgerichts 2C\_929/2010 vom 13. April 2011, E. 5.1.

<sup>9</sup> Vgl. vorne Fn. 2.

<sup>10</sup> Urteil des Bundesgerichts 2C\_929/2010 vom 13. April 2011, E. 5.2.

<sup>11</sup> Urteil des Bundesgerichts 2C\_929/2010 vom 13. April 2011, E. 6.1.

<sup>12</sup> Art. 5 FINMAG.

<sup>13</sup> Der Veröffentlichung kommt «Sanktionscharakter» zu; so die Botschaft zum FINMAG, BBl 2006 2849, 2875.

die Sanktion eine gewisse abschreckende Prangerwirkung zeitigen soll.<sup>14</sup>

[Rz 10] «Naming and shaming» kann bei bewilligten Instituten, für die ein intakter Ruf von essentieller Bedeutung ist, wirksamer sein als allfällige andere Sanktionen und ist eine international anerkannte Massnahme zur Durchsetzung finanzmarktrechtlicher Vorschriften.<sup>15</sup> Auch bei Privatpersonen und nicht bewilligten Instituten kann «naming and shaming» eine wirksame Sanktion darstellen und als Spezial- und Generalprävention ihre Wirkung entfalten.

[Rz 11] Die Zweckverfolgung der Veröffentlichung nach Art. 34 FINMAG muss von derjenigen nach Art. 22 Abs. 2 FINMAG abgegrenzt werden. Nach der letzteren Norm kann die FINMA zum Schutz der Marktteilnehmer oder Beaufsichtigten, zur Berichtigung unkorrekter Informationen oder zur Wahrung des Ansehens des Finanzplatzes über einzelne Verfahren informieren. Eine solche Information dient nur aufsichtsrechtlichen Zielen; sie darf nicht erfolgen, um einen Beaufsichtigten zu bestrafen, sondern um den Bedürfnissen der Öffentlichkeit nach Transparenz und Information gerecht zu werden. Sie verlangt mithin ein besonderes Informationsbedürfnis. Wenn sowohl die Voraussetzungen und die Zweckmässigkeit nach Art. 34 als auch 22 Abs. 2 FINMAG erfüllt sind, können die beiden Instrumente auch kumulativ angewendet werden.<sup>16</sup>

## B. Voraussetzungen zur Veröffentlichung

### 1. Verhältnismässigkeitsprinzip

[Rz 12] Bei ihrer Aufsichtstätigkeit und der Wahl der geeigneten Mittel und Sanktionen muss die FINMA in erster Linie den Hauptzwecken der finanzmarktrechtlichen Gesetzgebung, dem Gläubiger-, Anleger- und Funktionsschutz, Rechnung tragen.<sup>17</sup> Sie hat dabei auch die allgemeinen Verfassungs- und Verwaltungsgrundsätze (Willkürverbot, Rechtsgleichheitsgebot, Treu und Glauben) und insbesondere das Verhältnismässigkeitsprinzip zu beachten.<sup>18</sup> Dieses Prinzip fordert,

dass die Verwaltungsmassnahmen zur Verwirklichung des im öffentlichen Interesse liegenden Ziels erstens geeignet und zweitens notwendig sind. Drittens muss der angestrebte Zweck in einem vernünftigen Verhältnis zu den Belastungen stehen, die den Privaten auferlegt werden.<sup>19</sup>

[Rz 13] Die Veröffentlichung von Verfügungen muss sich erstens eignen, Gläubiger bzw. Anleger zu schützen und der Lauterkeit und Stabilität des Finanzsystems Rechnung zu tragen. Das eigentliche «naming and shaming» muss im Einzelfall den Betroffenen dazu bewegen, keine schwere Verletzung von Aufsichtsrecht mehr zu begehen (Spezialprävention); zudem muss sich die Veröffentlichung eignen, andere Teilnehmer des Finanzmarktes vor Verletzungen des Aufsichtsrechts abzuhalten. Mit Bezug auf die Spezialprävention kann sich die Veröffentlichung also nur eignen, wenn die betreffende Gesellschaft nach der Veröffentlichung weiterbesteht (also nicht von der FINMA liquidiert wurde) bzw. wenn es sich beim Verfügungsadressaten um eine natürliche Person handelt.

[Rz 14] Die Veröffentlichung muss zweitens erforderlich sein; sie hat zu unterbleiben, wenn eine gleich geeignete, aber mildere Massnahme ausreichen würde. Die Veröffentlichung muss in sachlicher, räumlicher, zeitlicher und persönlicher Hinsicht begrenzt werden.<sup>20</sup> Die FINMA hat bei jeder Veröffentlichung sorgfältig zu prüfen, welchen Teil bzw. welche Dispositivziffern sie zu veröffentlichen gedenkt (sachliche Erforderlichkeit), wie lange die Veröffentlichung andauern soll (zeitliche Erforderlichkeit), wo und in welchen Medien veröffentlicht werden soll (räumliche Erforderlichkeit) und gegen welche Verfügungsadressaten, welche «schwarzen Schafe»<sup>21</sup>, die Sanktionierung angeordnet werden soll (persönliche Erforderlichkeit)<sup>22</sup>. Das Bundesgericht hat im Rahmen der Erforderlichkeit festgehalten, dass eine Verfügung, die nach Gutdünken der FINMA «auch in anderen geeigneten Medien»<sup>23</sup> veröffentlicht werden kann, nicht zulässig ist. Bei einer Veröffentlichung auf der Webseite der FINMA<sup>24</sup> oder einer anderer Internetseite besteht zudem das Risiko, dass der

<sup>14</sup> BSK FINMAG-Hsu/Bahar/Renninger, Art. 34 N. 9 m.w.Verw.

<sup>15</sup> Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4066/2010 vom 19. Mai 2011, E. 8.2.1.3. m.Verw.a: Zufferey/Contratto, FINMA, Basel 2009, 130; II. Teilbericht, a.a.O., S. 34; International Monetary Fund, Switzerland: Financial System Stability Assessment, Washington D.C. 2002, 38; Art. 14 Abs. 4 der Richtlinie 2003/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Januar 2003 über Insider-Geschäfte und Marktmanipulation (Marktmissbrauch), ABl. L 96/16 bzw. Art. 51 Abs. 3 der Richtlinie 2004/39/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. April 2004 über Märkte für Finanzinstrumente, zur Änderung der Richtlinien 85/611/EWG und 93/6/EWG des Rates und der Richtlinie 2000/12/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 93/22/EWG des Rates, ABl. L 145/1).

<sup>16</sup> BSK FINMAG-Rayroux/du Pasquier, Art. 22 N. 17 m.w.Verw.; BSK FINMAG-Hsu/Bahar/Renninger, Art. 34 N. 28 f.m.w.Verw.

<sup>17</sup> Vgl. dazu vorne III.A.

<sup>18</sup> BGE 130 II 351 E. 2.2; BGE 126 II 111 E. 3b; BGE 121 II 147 E. 3a.

<sup>19</sup> Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich/St. Gallen 2010, N 581.

<sup>20</sup> Häfelin/Müller/Uhlmann (Fn. 19), N 591 ff.

<sup>21</sup> BSK FINMAG-Hsu/Bahar/Renninger, Art. 34 N. 8.

<sup>22</sup> Es stellt sich grundsätzlich die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen die FINMA auch gegen Organe und natürliche Personen Verfügungen erlassen kann. Entscheidend ist, dass es sich um Personen in leitender Stellung handelt, die im Rahmen der Verfehlungen als Entscheidungsträger der Gesellschaft auftraten. Zulässig ist der Erlass einer Verfügung gegenüber einer natürlichen Person, wenn die betreffende Person im Rahmen einer fairen Gesamtsicht als massgeblich an den bewilligungspflichtigen Tätigkeiten beteiligt bzw. in die entsprechenden Gruppenaktivitäten in entscheidender Funktion involviert war (Urteil des Bundesgerichts 2C\_89/2010 vom 10. Februar 2011 E. 3.3.4).

<sup>23</sup> Urteil des Bundesgerichts 2C\_929/2010 vom 13. April 2011, E. 5.2.

<sup>24</sup> <http://www.finma.ch/D/SANKTIONEN/VERFUEGUNGEN-ART34/Seiten/default.aspx> (b.a. 9. August 2011).

Eintrag, auch wenn er später gelöscht werden sollte, noch über Suchmaschinen und Zwischenspeicher im Internet verfügbar ist. Die FINMA hat es dann faktisch nicht mehr selber in der Hand, über die Veröffentlichung zu entscheiden. Eine Veröffentlichung im Internet muss deshalb besonders sorgfältig geprüft werden.

[Rz 15] Schliesslich muss die Veröffentlichung drittens in einem vernünftigen Verhältnis von Zweck und Wirkung stehen. Die FINMA muss bei jeder geplanten Veröffentlichung abwägen, ob das öffentliche Interesse (Gläubiger-, Anleger- sowie Funktionsschutz und konkret die Spezial- und Generalprävention) gegenüber dem privaten Interesse, d.h. dem Eingriff in die Privatsphäre und insbesondere dem beruflichen Fortkommen des Verfügungsadressaten, überwiegt. Auch die Kosten der Veröffentlichung, welche dem Verfügungsadressaten auferlegt werden,<sup>25</sup> müssen diesem zumutbar sein.

## 2. Schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen

[Rz 16] Neben den allgemeinen Voraussetzungen an die Veröffentlichung von Verfügungen verlangt Art. 34 FINMAG eine «schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen». Die Botschaft zum FINMAG äussert sich nicht zur Frage, wann eine schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen vorliegt.<sup>26</sup> Das Bundesgericht hat im zitierten Entscheid festgehalten, dass eine einmalige, punktuelle und untergeordnete Verletzung finanzmarktrechtlicher Pflichten für eine Veröffentlichung nicht genügt.<sup>27</sup> Vielmehr müssten der Gläubiger-, Anleger- und der Funktionsschutz<sup>28</sup> die Sanktion rechtfertigen.

[Rz 17] Das Bundesverwaltungsgericht hat in einem kürzlich ergangenen Urteil festgehalten, dass der Ausdruck «schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen» als unbestimmter Rechtsbegriff auszulegen sei.<sup>29</sup> Die Auslegung sei jedoch zurückhaltend vorzunehmen, weil die FINMA über spezifische Fachkenntnisse verfüge und der Richter nicht eingreifen habe, solange die Auslegung als – im Sinne des Gläubiger-, Anleger- und Funktionsschutzes – vertretbar erscheine.

[Rz 18] Besonders bemerkenswert ist die Feststellung des Bundesverwaltungsgerichts, dass Art. 34 FINMAG und die darauf gestützte Veröffentlichung von Verfügungen aufgrund des Verbotes der Rückwirkung nur auf solche Verletzungen gegen aufsichtsrechtliche Bestimmungen angewendet

werden darf, die sich nach dem Inkrafttreten des FINMAG, d.h. ab 1. Januar 2009, ereignet haben.<sup>30</sup>

[Rz 19] Die Frage nach der Schwere der Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen muss im Zusammenhang mit dem Verhältnismässigkeitsprinzip<sup>31</sup> geklärt werden. Die FINMA hat im Einzelfall anhand der Kriterien der Erforderlichkeit, der Eignung und der Zumutbarkeit festzustellen, ob die Verletzung des Aufsichtsrechts derart schwer wiegt, dass eine Veröffentlichung zulässig ist. Dabei kann die FINMA insbesondere auch das Verschulden des Betroffenen berücksichtigen.<sup>32</sup> Wie das Bundesverwaltungs- und das Bundesgericht ausgeführt haben, ist der FINMA dabei eine gewisse fachtechnischen Beurteilungsspielraum zuzugestehen.<sup>33</sup>

[Rz 20] Eine schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen ist auch Voraussetzung zum Erlass einer Feststellungsverfügung nach Art. 32 FINMAG. Der Massstab der Schwere der Verletzung kann jedoch für die beiden Aufsichtsinstrumente nicht der gleiche sein, denn der Erlass einer Feststellungsverfügung stellt im Gegensatz zur Veröffentlichung einer Verfügung die mildere Sanktion dar.<sup>34</sup> Ebenso verlangt die Verhängung eines Berufsverbotes nach Art. 33 FINMAG eine schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen. Die dortige Auslegung kann für die Frage der Veröffentlichung von Verfügungen herangezogen werden, obwohl dabei die unterschiedlichen Zwecke der beiden Normen beachtet werden müssen.

## 3. Begründungspflicht

[Rz 21] Die Veröffentlichung der Verfügung ist in der Verfügung selbst anzuordnen und wird dadurch mit Beschwerde anfechtbar.<sup>35</sup> Damit die Veröffentlichung auf ihre Rechtmässigkeit überprüft werden kann, muss sie jedoch in der Verfügung nicht nur angeordnet, sondern auch begründet werden. Verzichtet die FINMA in ihrer Verfügung auf eine Begründung der Veröffentlichung, stellt dies eine Gehörsverweigerung dar. Mangelhafte, kurze und unvollständige Begründungen dürften allenfalls durch im Rahmen des Verfahrens vor einer Rechtsmittelinstanz geheilt werden können.<sup>36</sup>

<sup>25</sup> Art. 5 Abs. 1 lit. a FINMA-GebV i.V.m. Art. 7 FINMA-GebV.

<sup>26</sup> BBI 2006 2849, 2883.

<sup>27</sup> Urteil des Bundesgerichts 2C\_929/2010 vom 13. April 2011, E. 5.2.1.

<sup>28</sup> Vgl. dazu vorne III.A.

<sup>29</sup> Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4066/2010 vom 19. Mai 2011, E. 8.3.1. Dieses Urteil ist nicht rechtskräftig (Stand: 7. Oktober 2011) und derzeit vor Bundesgericht anhängig.

<sup>30</sup> Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4066/2010 vom 19. Mai 2011, E. 8.3.3.

<sup>31</sup> Vgl. dazu vorne III.B.1.

<sup>32</sup> Analog für die Feststellungsverfügung: BSK FINMAG-Hsu/Bahar/Renninger, Art. 32 N. 21.

<sup>33</sup> BSK FINMAG-Hsu/Bahar/Flühmann, Art. 33 N. 17.

<sup>34</sup> BSK FINMAG-Hsu/Bahar/Renninger, Art. 34 N. 14.

<sup>35</sup> BBI 2006 2849, 2883.

<sup>36</sup> Ein Mangel in der Begründung wird behoben, wenn die Rechtsmittelbehörde eine hinreichende Begründung liefert oder wenn die unterinstanzliche Behörde anlässlich der Anfechtung ihres Entscheides eine genügende Begründung nachschiebt, etwa in der Vernehmlassung (Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-1737/2006 vom 22. August 2007, E. 2.2 sowie B-199/2009 vom 20. Oktober 2009, E. 3.3).

### C. Veröffentlichung als strafrechtliche Anklage i.S. EMRK?

[Rz 22] Art. 6 EMRK umschreibt das Recht auf ein faires Verfahren und gewährt angeklagten Personen besondere Rechte. Es stellt sich die Frage, ob die Veröffentlichung von Verfügungen eine strafrechtliche Anklage darstellt und deshalb die entsprechenden Garantien der EMRK zur Anwendung gelangen.<sup>37</sup> Das Bundesverwaltungsgericht, welches diese Frage ausführlich thematisierte,<sup>38</sup> führte aus, dass eine Subsumierung der Veröffentlichung unter Art. 6 EMRK im offensichtlichen Konflikt zum aufsichtsrechtlichen Untersuchungsverfahren stehen würde (etwa zur Auskunftspflicht nach Art. 25 Abs. 1 FINMAG).

[Rz 23] Ob eine «strafrechtliche Anklage» im Sinn von Art. 6 Abs. 1 EMRK vorliegt, beurteilt sich nach folgenden Kriterien: Erstens wird geprüft, ob die verletzte Regelung landesintern dem Strafrecht zugeordnet wird. Ist dies nicht der Fall, kann Art. 6 EMRK aufgrund besonderer Umstände dennoch anwendbar sein. Aufgrund der autonomen Definition der strafrechtlichen Anklage im Sinne von Art. 6 EMRK ist dafür zuerst die «wahre Natur» des Tatbestands zu ermitteln. Erscheint das Verfahren auch unter diesem Gesichtspunkt nicht als strafrechtlich, so bleibt aufgrund von Art und Schwere der angedrohten Sanktion zu beurteilen, ob diese eine Strafe darstellt.<sup>39</sup>

[Rz 24] Das Bundesverwaltungsgericht qualifizierte die Veröffentlichung – es ging um ein Werbeverbot – als «eine Art Disziplinarsanktion»<sup>40</sup>. Die Veröffentlichung eines Werbeverbotes verfolge nämlich mehr ein präventives als ein repressives Ziel, weil dieses primär Anleger und Gläubiger schützen möchte. Dazu im Gegensatz stehe das Strafverfahren wegen verbotener Entgegennahme von Publikumseinlagen (Art. 46 BankG), welches den Betroffenen für sein Fehlverhalten repressiv sanktioniert. Diese gegenseitige Unabhängigkeit der beiden Verfahren spreche eher gegen eine Anwendung von Art. 6 EMRK. Im Einzelfall qualifizierte das Bundesverwaltungsgericht die Veröffentlichung des Werbeverbotes sodann nicht als derart schwer, dass ihr strafrechtliche Qualität im Sinn von Art. 6 Abs. 1 EMRK zukommen würde: Sowohl die landesrechtliche Qualifikation, die Natur der Widerhandlung als auch die Art und Schwere der Sanktion würden dagegen sprechen, die Veröffentlichung eines Werbeverbots gestützt auf Art. 34 FINMAG als Strafe im Sinn von Art. 6 Abs. 1 EMRK einzustufen. In verfahrensrechtlicher Hinsicht habe dieses Zwischenergebnis zur Folge, dass weder die

Unschuldsvermutung noch ein allfälliges Beweisverwertungsverbot, sondern der in der Bundesverwaltungsrechtspflege allgemein geltende Grundsatz der freien Beweiswürdigung zur Anwendung gelange.<sup>41</sup>

[Rz 25] Der Argumentation des Bundesverwaltungsgerichtes ist nicht zu folgen. Die Veröffentlichung einer Verfügung bezweckt die Sanktionierung des Verfügungsadressaten. Mit dem «naming and shaming» soll der Betreffende an den Pranger gestellt werden.<sup>42</sup> Art. 34 FINMAG kann zwar landesintern nicht dem Strafrecht zugeordnet werden, die Sanktion an sich stellt jedoch eine Strafe dar. Auch Disziplinarsanktionen können derart schwer wiegen, um das betreffende Verfahren als strafrechtliche Anklage im Sinn von Art. 6 Abs. 1 EMRK zu qualifizieren.<sup>43</sup> Für die Veröffentlichung einer Verfügung nach Art. 34 FINMAG ist dies zu bejahen.<sup>44</sup>

### IV. Fazit und Ausblick

[Rz 26] Das Bundesgericht hat in seinem Urteil klargestellt, dass es sich bei der Veröffentlichung um eine Sanktion handelt, welche im Einzelfall verhältnismässig sein muss. Die FINMA sei verpflichtet, sowohl die schwere Verletzung des Aufsichtsrechts als auch die Verhältnismässigkeit in der Verfügung selber zu prüfen und zu begründen. Unzulässig sei es, wenn die FINMA anordne, dass die Veröffentlichung in weiteren, zum Zeitpunkt der Verfügung nicht spezifizierten Medien, erfolgen könne. Das Bundesgericht hat darauf verzichtet, die Veröffentlichung materiell zu beurteilen, sondern das Verfahren an die FINMA zurückgewiesen.

[Rz 27] Der Entscheid des Bundesgerichtes ist zu begrüessen und auch die Rückweisung an die FINMA macht Sinn. Letztlich ist es die FINMA, welche basierend auf den nun vom Bundesgericht vorwiegend formellen Leitplanken (Begründung, Verhältnismässigkeitsprüfung, Spezifizierung der Veröffentlichung) eine rechtsgleiche Praxis zu diesem neuen Instrument entwickeln muss. Es wäre deshalb wünschenswert, dass die FINMA in ihrer Enforcement-Policy die Grundsätze festlegt, wann sie eine Verfügung in welcher Form zu veröffentlichen gedenkt.<sup>45</sup>

<sup>37</sup> Offen gelassen in BSK FINMAG-*Hsu/Bahar/Renninger*, Art. 34 N 10.

<sup>38</sup> Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4066/2010 vom 19. Mai 2011, E. 8.2 Dieses Urteil ist nicht rechtskräftig (Stand: 7. Oktober 2011) und derzeit vor Bundesgericht anhängig.

<sup>39</sup> Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4066/2010 vom 19. Mai 2011, E. 8.2.1; BGE 128 I 346 E. 2.1 je m.w.Verw.

<sup>40</sup> Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4066/2010 vom 19. Mai 2011, E. 8.2.1.1. und E. 8.2.1.2.

<sup>41</sup> Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4066/2010 vom 19. Mai 2011, E. 8.2.1.1. und E. 8.2.1.4.

<sup>42</sup> Vgl. dazu vorne III.A.

<sup>43</sup> Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte EGMR 18996/91 vom 24. September 1997 i.S. Garyfallou AEBE g. Grèce, E. 34; zum Ganzen das (nicht rechtskräftige und an das Bundesgericht weitergezogene) Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4066/2010 vom 19. Mai 2011, E. 8.2.1.

<sup>44</sup> Wohl gleicher Meinung: BSK FINMAG-*Truffer*, Art. 29 N 21b; grundsätzlich dazu *Häner*, Bedeutung der strafprozessualen Mindestgarantien für verwaltungsrechtliche Sanktionen, in: *Häner/Waldmann*, Verwaltungsstrafrecht und sanktionierendes Verwaltungsrecht, Zürich 2010, 19 ff.

<sup>45</sup> Die Enforcement-Policy der FINMA vom 17. Dezember 2009 sieht analog etwa die Praxis der FINMA zur Verhängung von Berufsverboten vor (Grundsatz 8).

---

Dr. iur. Thomas Iseli ist Rechtsanwalt bei Bratschi Wiederkehr & Buob in Zürich.

---

\* \* \*