

# Veröffentlichung einer Medienmitteilung (Gesuch um vorsorgliche Massnahmen / Erlass einer anfechtbaren Verfügung)

Verfügung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA vom (...)

## Zusammenfassung

Nachdem die FINMA ein gegen die X. \_\_\_\_\_ AG geführtes Enforcementverfahren abgeschlossen hatte, informierte sie das Institut über ihre Absicht, eine Medienmitteilung über den Abschluss des Enforcementverfahrens zu publizieren. Dabei orientierte die FINMA die X. \_\_\_\_\_ AG über das beabsichtigte Publikationsdatum und gewährte dem Institut die Möglichkeit, bis einen Tag vor der geplanten Veröffentlichung allfällige faktische Fehler zum beigelegten Medienmitteilungsentwurf anmerken zu können. In der Folge nahm die X. \_\_\_\_\_ AG keine Stellung zum Entwurf der Medienmitteilung, sondern beantragte, auf die Publikation der Medienmitteilung zu verzichten und eine anfechtbare Verfügung zu erlassen. In der daraufhin erlassenen Verfügung wies die FINMA das Gesuch ab, weil sich die beabsichtigte Medienmitteilung im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben bewegte. Das Institut erhob umgehend Beschwerde gegen diese Realaktverfügung der FINMA und beantragte vor Bundesverwaltungsgericht ein superprovisorisches Publikationsverbot. Mit Zwischenverfügung wies das Bundesverwaltungsgericht diesen Antrag sogleich ab und ermöglichte damit der FINMA die Publikation. Die X. \_\_\_\_\_ AG zog daraufhin ihre Beschwerde zurück, weshalb das Bundesverwaltungsgericht das Beschwerdeverfahren als gegenstandslos abschrieb.

## Auszug aus den Erwägungen

### 1 Zuständigkeit

(...)

(8) Gemäss Art. 25a VwVG und Art. 25 Abs. 1 und 4 DSG können die Betroffenen, welche über ein schutzwürdiges Interesse verfügen, unter anderem verlangen, dass widerrechtliche Handlungen bzw. widerrechtliches Bearbeiten von Personendaten unterlassen werden. Wenden sich die Betroffenen an die FINMA, um eine anfechtbare Verfügung zu verlangen, zieht ihr Gesuch die Eröffnung eines Verfahrens auf Erlass einer Verfügung nach sich, das den allgemeinen Verfahrensbestimmungen nach Art. 7 ff. VwVG unterliegt (vgl. auch Art. 25a Abs. 2 VwVG).<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Urteil des Bundesverwaltungsgerichts F-4036/2016 vom 9. März 2017 E. 1.2.2 und Verweise.

(9) Da die FINMA der Gesuchstellerin bereits mitgeteilt hat, dass sie einstweilen von der Publikation der beabsichtigten Medienmitteilung bis zum Entscheid über das eingereichte Gesuch absehen werde, erübrigen sich weitere Ausführungen zur Erteilung der aufschiebenden Wirkung (Rz. (...)). Damit erübrigt sich im vorliegenden Fall die Prüfung, ob die Voraussetzungen für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen – insbesondere mit Blick auf die Hauptsachenprognose (vgl. unten, Ziff. 3) – überhaupt erfüllt sind.<sup>2</sup> Zu prüfen bleibt das Gesuch um Erlass einer anfechtbaren Verfügung.

(10) Vorliegend handelt es sich bei der strittigen Veröffentlichung in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts um einen Realakt, der sich auf Art. 22 FINMAG stützt.<sup>3</sup> Die FINMA ist somit für die Behandlung des vorliegenden Gesuchs zuständig.

(11) Die Gesuchstellerin äussert sich in ihrer Eingabe nicht dazu, inwiefern ihr ein schutzwürdiges Interesse zukommt, welches sie dazu legitimieren würde, eine Verfügung über Realakte verlangen zu können. Angesichts der namentlichen Erwähnung der Gesuchstellerin im Entwurf der Medienmitteilung ist ein schutzwürdiges Interesse am Erlass einer Verfügung im Sinne von Art. 25a VwVG nicht auszuschliessen. Auf den Antrag, eine anfechtbare Verfügung im Sinne von Art. 25a Abs. 1 Bst. a VwVG bzw. Art. 25 Abs. 1 Bst. a DSG betreffend die geplante Veröffentlichung der Medienmitteilung zu erlassen, wird daher eingetreten.

## 2 Rechtliche Grundlagen

### 2.1 Im Allgemeinen

(12) Gemäss Art. 22 Abs. 2 FINMAG ("Information der Öffentlichkeit") informiert die FINMA nicht über einzelne Verfahren, es sei denn, es bestehe dafür ein besonderes aufsichtsrechtliches Bedürfnis. Ein solches ist insbesondere dann gegeben, wenn die Information nötig ist, um die Marktteilnehmer oder die Beaufsichtigten zu schützen, falsche oder irreführende Informationen zu berichtigen oder das Ansehen des Finanzplatzes Schweiz zu wahren (Rz. (15) ff.).<sup>4</sup> Die FINMA trägt bei ihrer gesamten Informationstätigkeit den Persönlichkeitsrechten der Betroffenen Rechnung. Die Veröffentlichung von Personendaten kann in elektronischer oder gedruckter Form erfolgen.<sup>5</sup> Das Gesetz räumt der FINMA dabei einen kommunikativen Ermessensspielraum ein.<sup>6</sup>

(...)

(14) Auf Art. 22 FINMAG gestützte Veröffentlichungen dienen dazu, dem Bedürfnis der Öffentlichkeit nach Information und Transparenz gerecht zu werden, und tragen zum Schutz der Finanzmarktakteure sowie zur guten Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte bei. Die Information der Öffentlichkeit gemäss Art. 22 FINMAG ist nicht mit der Massnahmenkompetenz der FINMA gemäss Art. 31 ff. FINMAG gleichzusetzen. Die FINMA verleiht durch die Information der Öffentlichkeit gemäss Art. 22 FINMAG

<sup>2</sup> Vgl. zu den Voraussetzungen für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen BGE 130 II 149 E. 2.2.

<sup>3</sup> Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-3768/2017 vom 8. November 2017 und B-19/2012 vom 10. Januar 2012.

<sup>4</sup> Art. 22 Abs. 2 Bst. a bis c FINMAG.

<sup>5</sup> Art. 22 Abs. 4 FINMAG.

<sup>6</sup> Leitlinien der FINMA zur Kommunikation vom 5. September 2014, S. 3 (abrufbar unter: [www.finma.ch](http://www.finma.ch) > FINMA > Tätigkeiten > Leitlinien).

ihrer Aufsichtstätigkeit eine gewisse Tragweite und trägt dazu bei, nebst dem primären Informationszweck eine gewisse Präventivwirkung entstehen zu lassen.<sup>7</sup> Die auf Art. 22 FINMAG gestützte Veröffentlichung von Informationen durch die FINMA ist von der "Veröffentlichung der aufsichtsrechtlichen Verfügung" gemäss Art. 34 FINMAG abzugrenzen, da sie weder denselben Zweck verfolgen noch denselben Anwendungsbereich aufweisen.<sup>8</sup> Art. 34 FINMAG sieht vor, dass die FINMA ihre Endverfügung nach Eintritt der Rechtskraft unter Angabe von Personendaten in elektronischer oder in gedruckter Form publizieren kann, wenn eine schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen vorliegt.<sup>9</sup> Die Veröffentlichung ist in der Verfügung selbst anzuordnen.<sup>10</sup> Die von der FINMA gestützt auf Art. 34 FINMAG getätigten Veröffentlichungen sind Teil der Aufsichtsinstrumente der FINMA<sup>11</sup> und haben neben einem präventiven auch einen sanktionierenden Charakter.<sup>12</sup> Während Art. 34 FINMAG darauf abzielt, ein fehlbares Institut oder eine fehlbare Person zu sanktionieren (Spezialprävention) und eine gewisse abschreckende Wirkung zu zeitigen (Generalprävention), dient Art. 22 FINMAG hingegen nur aufsichtsrechtlichen Zielen.<sup>13</sup>

## 2.2 Spezifisches öffentliches Interesse

(15) Die FINMA ist nach Art. 22 Abs. 2 Bst. a FINMAG befugt, die Öffentlichkeit über einzelne Verfahren zu informieren, wenn die Information zum Schutz der Marktteilnehmerinnen und Marktteilnehmer oder der Beaufsichtigten nötig ist. Der Schutz der Marktteilnehmerinnen und Marktteilnehmer versteht sich als Individualschutz. Als Marktteilnehmerinnen und Marktteilnehmer gelten sowohl Gläubigerinnen und Gläubiger der beaufsichtigten Institute als auch Anlegerinnen und Anleger sowie Versicherte. Allerdings besteht die Funktion des Aufsichtsrechts beziehungsweise der Aufsichtsbehörde nicht darin, die Marktteilnehmerinnen und Marktteilnehmer allgemein gegen Risiken zu schützen, denen sie durch die Teilnahme am Finanzmarkt grundsätzlich ausgesetzt sind.<sup>14</sup> Die FINMA ist aber berechtigt, die Öffentlichkeit unverzüglich zu informieren, wenn sie in einer Verfügung ein Fehlverhalten bei Marktteilnehmern feststellt. Dadurch beabsichtigt die FINMA, auf dem Markt Transparenz wiederherzustellen und Marktverzerrungen zu verhindern oder schnell zu beseitigen.<sup>15</sup>

(16) Gemäss Art. 22 Abs. 2 Bst. b FINMAG informiert die FINMA unter bestimmten Umständen die Öffentlichkeit, um falsche oder irreführende Informationen zu berichtigen. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn falsche Gerüchte im Umlauf sind. Entsprechend der Absicht des Gesetzgebers erfolgt eine Veröffentlichung zur Berichtigung falscher oder irreführender Informationen zum Schutz der Marktteilnehmerinnen und Marktteilnehmer.<sup>16</sup>

---

<sup>7</sup> Vgl. RAYROUX/DU PASQUIER, in: Watter/Bahar (Hrsg.), Basler Kommentar Finanzmarktaufsichtsgesetz/Finanzmarktinfrastrukturgesetz, Basel 2019, N. 2 f. zu Art. 22 FINMAG; Hsu/BAHAR/FLÜHMANN, a.a.O., N. 28 zu Art. 34 FINMAG.

<sup>8</sup> RAYROUX/DU PASQUIER, a.a.O., N. 17 zu Art. 22 FINMAG.

<sup>9</sup> Art. 34 Abs. 1 FINMAG.

<sup>10</sup> Art. 34 Abs. 2 FINMAG.

<sup>11</sup> Vgl. Kapitel 3 FINMAG.

<sup>12</sup> RAYROUX/DU PASQUIER, a.a.O., N. 4 zu Art. 22 FINMAG.

<sup>13</sup> Vgl. RAYROUX/DU PASQUIER, a.a.O., N. 17 zu Art. 22 FINMAG; Hsu/BAHAR/FLÜHMANN, a.a.O., N. 28 zu Art. 34 FINMAG.

<sup>14</sup> RAYROUX/DU PASQUIER, a.a.O., N. 38 zu Art. 22 FINMAG.

<sup>15</sup> Leitlinien zur Kommunikation vom 25. September 2014, S. 9 f.

<sup>16</sup> RAYROUX/DU PASQUIER, a.a.O., N. 39 zu Art. 22 FINMAG unter Verweis auf Botschaft vom 1. Februar 2006 zum Finanzmarktaufsichtsgesetz, BBl 2006 2875.

(17) Daneben kann die FINMA die Öffentlichkeit auch über einzelne Verfahren informieren, wenn diese Information nötig ist, um das Ansehen des Finanzplatzes Schweiz zu wahren.<sup>17</sup> Letzteres wird nicht leichthin anzunehmen sein, doch muss die Aufsichtsbehörde in gewissen Einzelfällen in der Lage sein, öffentlich darzulegen, wie und warum sie Missbräuche untersucht. Nur so kann sie ungerechtfertigten Vorwürfen entgentreten und das Ansehen des Finanzplatzes wahren.<sup>18</sup>

(18) Die Aufzählung von Art. 22 FINMAG ist nicht abschliessend und widerspiegelt die allgemeinen Ziele der Aufsichtstätigkeit. Die Ziele der Finanzmarktaufsicht sind in Art. 4 FINMAG geregelt und beinhalten den Schutz der Gläubiger, der Anleger, der Versicherten sowie den Schutz der Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte. Demgemäss kann ein Bedürfnis zur öffentlichen Bekanntgabe seitens der Öffentlichkeit, der FINMA oder der betroffenen Personen oder Institute bestehen.<sup>19</sup>

## 2.3 Datenschutz

(19) Das Datenschutzgesetz bezweckt den Schutz der Persönlichkeit und der Grundrechte von natürlichen und juristischen Personen, über welche Daten durch private Personen oder durch Bundesorgane bearbeitet werden.<sup>20</sup> Die Rechtsprechung hat mehrfach präzisiert, dass das Schutzbedürfnis von Personendaten bei einer juristischen Person geringer ist als das bei einer natürlichen Person.<sup>21</sup> Im revidierten DSG wird der Schutz für Daten juristischer Personen sogar aufgehoben.<sup>22</sup> Werden Personendaten durch Bundesorgane bearbeitet und stellen Betroffene Ansprüche im Sinne von Art. 25 Abs. 1 DSG, ist das Verwaltungsverfahrensgesetz anwendbar,<sup>23</sup> und die von den Bundesorganen<sup>24</sup> getroffenen Entscheide können an das Bundesverwaltungsgericht weitergezogen werden. Die FINMA ist ein Bundesorgan im Sinne des DSG<sup>25</sup> und untersteht damit demselben (vgl. Art. 2 Abs. 1 Bst. b DSG).

(20) Das Bearbeiten von Daten bezieht sich auf jeden Umgang mit Personendaten, unabhängig von den angewandten Mitteln und Verfahren, insbesondere das Beschaffen, Aufbewahren, Verwenden, Umarbeiten, Bekanntgeben, Archivieren oder Vernichten von Daten.<sup>26</sup> Als Bekanntmachen gilt das Zugänglichmachen von Personendaten, wie beispielsweise das Veröffentlichen.<sup>27</sup> Die im vorliegenden Fall geplante Veröffentlichung von Informationen gemäss den der Gesuchstellerin von der FINMA per E-Mail vom (...) mitgeteilten Modalitäten (Rz. (...)) entspricht einer Veröffentlichung in elektronischer Form.

<sup>17</sup> Art. 22 Abs. 2 Bst. c FINMAG.

<sup>18</sup> Botschaft vom 1. Februar 2006 zum Finanzmarktaufsichtsgesetz, BBl 2006 2875.

<sup>19</sup> RAYROUX/DU PASQUIER, a.a.O., N. 37 zu Art. 22 FINMAG unter Verweis auf Integrierte Finanzmarktaufsicht, I. Teilbericht der vom Bundesrat eingesetzten Expertenkommission (Expertenkommission Zimmerli) vom Juli 2003, S. 34.

<sup>20</sup> Art. 1 und 2 DSG.

<sup>21</sup> Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-4571/2015 vom 10. August 2016 E. 7.2.3, A-7874/2015 vom 15. Juni 2016 E. 9.6.2 und A-3829/2015 vom 26. November 2015 E. 8.2.3.

<sup>22</sup> Botschaft zum Bundesgesetz über die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz vom 15. September 2017, BBl 2017 6972, 6981, 7107 f., 7011 f., 7019 f.; Erläuternder Bericht zum Vorentwurf für das Bundesgesetz über die Totalrevision des Datenschutzgesetzes und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz vom 21. Dezember 2016, S. 19, 39 f.

<sup>23</sup> Art. 25 Abs. 4 DSG.

<sup>24</sup> Art. 2 Abs. 1 Bst. b und 3 Bst. h DSG.

<sup>25</sup> Art. 7a Abs. 1 Bst. c Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung vom 25. November 1998 (RVOV; SR 172.010.1).

<sup>26</sup> Art. 3 Bst. e DSG.

<sup>27</sup> Art. 3 Bst. f DSG.

(21) Gemäss Art. 17 Abs. 2 DSG dürfen Organe des Bundes besonders schützenswerte Personendaten nur bearbeiten, wenn ein Gesetz im formellen Sinn es ausdrücklich vorsieht. Dies ist vorliegend der Fall: Gemäss Art. 23 FINMAG bearbeitet die FINMA Personendaten, einschliesslich besonders schützenswerter Personendaten und Persönlichkeitsprofilen. Art. 22 FINMAG regelt spezifisch die Information der Öffentlichkeit, also eine Bekanntgabe im Sinne von Art. 3 Bst. f DSG. Demzufolge verfügt die FINMA über eine hinreichende (formell-gesetzliche) Rechtsgrundlage, um auf ihrer Internetseite – im Bedarfsfall – über einzelne Verfahren zu informieren. Soweit die Veröffentlichung den Ansprüchen von Art. 22 FINMAG genügt und insofern in der geplanten Veröffentlichung keine widerrechtliche Handlung zu erblicken ist (vgl. Art. 25a VwVG), bietet auch das DSG keinen weiterreichenden Schutz. Die Ansprüche nach Art. 25 Abs. 1 Bst. a DSG und Art. 25a Abs. 1 Bst. a VwVG decken sich somit, was sich bereits aus deren jeweiligen Wortlaut ergibt.

## 2.4 Verhältnismässigkeit

(22) Neben der Anforderung einer formellen Rechtsgrundlage und dem Vorhandensein eines spezifischen öffentlichen Interesses im Sinne von Art. 22 Abs. 2 FINMAG muss die Veröffentlichung von Informationen durch die FINMA verhältnismässig sein.<sup>28</sup> Aufgrund einer Interessenabwägung im Einzelfall ist zu ermitteln, welche Informationen gemäss Art. 22 FINMAG zwecks Wahrung der allgemeinen Ziele der Finanzmarktaufsicht unter Berücksichtigung der von davon betroffenen Drittinteressen veröffentlicht werden können.<sup>29</sup>

(23) Traditionell besteht das Verhältnismässigkeitsprinzip aus den Regeln der Eignung – wonach das gewählte Mittel geeignet sein muss, das angestrebte Ziel zu erreichen – der Erforderlichkeit – wonach zwischen verschiedenen geeigneten Mitteln dasjenige zu wählen ist, welches die am wenigsten einschneidende Verletzung der involvierten privaten Interessen darstellt – und der Verhältnismässigkeit im engeren Sinn – wonach die Auswirkungen der gewählten Mittel auf den Betroffenen aus dem Gesichtspunkt des öffentlichen Interesses gegenüber dem erstrebten Zweck abzuwägen sind.<sup>30</sup>

## 3 Beurteilung des Gesuchs

(24) Die Gesuchstellerin bestreitet, dass im vorliegenden Fall die gesetzlichen Voraussetzungen für eine Publikation erfüllt sind bzw. dass das Informationsbedürfnis der Öffentlichkeit die Interessen der Verfahrenspartei überwiegt. Sie begründet dies damit, dass sie selbst mit ihrer Meldung vom (...) an die FINMA das Verfahren ins Rollen brachte und eine Medienmitteilung den "Aufsichtsdialog" torpedieren würde. Um den "Aufsichtsdialog" nicht zu gefährden, dürfe die FINMA auch nicht öffentlich darlegen, wie und warum sie Missbräuche untersucht, um das Ansehen des Finanzplatzes zu wahren. Zudem sei kein schwerwiegender Nachteil ersichtlich, der nur mit der vorgesehenen Medienmitteilung verhindert werden könne. (...) Zudem lägen offensichtlich keine zu berichtigenden Falschinformationen vor. Schliesslich sei eine Medienmitteilung auf Basis eines nicht rechtskräftigen Entscheides unverhältnismässig, weil dieser einen nicht wiedergutzumachenden Reputationsschaden bei der Gesuchstellerin

<sup>28</sup> Art. 4 Abs. 2 DSG, Art. 5 Abs. 2 und 36 Abs. 3 Bundesverfassung (BV; SR 101).

<sup>29</sup> Vgl. RAYROUX/DU PASQUIER, a.a.O., N. 22 und 33 zu Art. 22 FINMAG.

<sup>30</sup> BGE 136 I 29 E. 4.2.

verursachen würde. Weil es an einem besonderen aufsichtsrechtlichen Bedürfnis fehle, hätte eine Publikation nur gestützt auf Art. 34 FINMAG erfolgen dürfen.

(25) Entgegen der Ansicht der Gesuchstellerin besteht im vorliegenden Fall ein besonderes aufsichtsrechtliches Bedürfnis, die Öffentlichkeit über das Verfahren gegen die Gesuchstellerin zu informieren:

(26) Die FINMA hat gegen die Gesuchstellerin ein Enforcementverfahren eröffnet und dieses mit Verfügung vom (...) abgeschlossen. Zusammenfassend ergab das Enforcementverfahren, dass die Gesuchstellerin zwischen (...) und (...) und darüber hinaus zahlreiche und schwerwiegende Aufsichtsrechtsverletzungen zu verantworten hat. (...).

(...)

(33) Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das für die Publikation der geplanten Medienmitteilung erforderliche besondere aufsichtsrechtliche Bedürfnis offensichtlich vorliegt. (...) Die mit der geplanten Medienmitteilung zu publizierenden Informationen sind geeignet, das angestrebte öffentliche Interesse zu wahren, welches auch nicht durch eine andere, mildere Art der Kommunikation gegenüber der Öffentlichkeit in gleicher Weise gewahrt werden kann. Darüber hinaus besteht ein angemessenes Verhältnis zwischen dem öffentlichen Interesse, das die FINMA zu wahren sucht, und den beeinträchtigten privaten Interessen der Gesuchstellerin. Weil die Voraussetzungen von Art. 22 FINMAG offenkundig erfüllt sind und die geplante Kommunikation dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit entspricht, ist das Gesuch vom (...) abzuweisen.

(34) Gegenstand des vorliegenden Verfahrens beschränkt sich auf den Erlass einer anfechtbaren Verfügung über einen Realakt. Die Möglichkeit, über das Institut der Realaktverfügung entsprechende Handlungen rechtlich zu überprüfen, führt nicht dazu, dass die Hoheit über den Zeitpunkt der gesetzlich vorgesehenen Kommunikationsarbeit der FINMA systematisch an die Betroffenen übergeht, insbesondere dann nicht, wenn es wie vorliegend keine offensichtlichen Zweifel an deren Rechtmässigkeit gibt. Mit der vorliegenden Verfügung ist die FINMA dem Gesuch der Gesuchstellerin nachgekommen und hat die Rechtmässigkeit der beabsichtigten Publikation der Medienmitteilung festgestellt. Entsprechend wird die FINMA an der geplanten Veröffentlichung festhalten und sie könnte die Publikation unmittelbar vornehmen. Ohne dazu verpflichtet zu sein, teilt die FINMA der Gesuchstellerin mit, dass sie beabsichtigt, den bisherigen Entwurf der Medienmitteilung (Rz. (...)) neu am (...) auf ihrer Internetseite zu publizieren. Die Gesuchstellerin erhält letztmalig Gelegenheit, bis spätestens am (...) allfällige faktische Fehler zum beigelegten Medienmitteilungsentwurf anzumerken.

(...)

Dispositiv