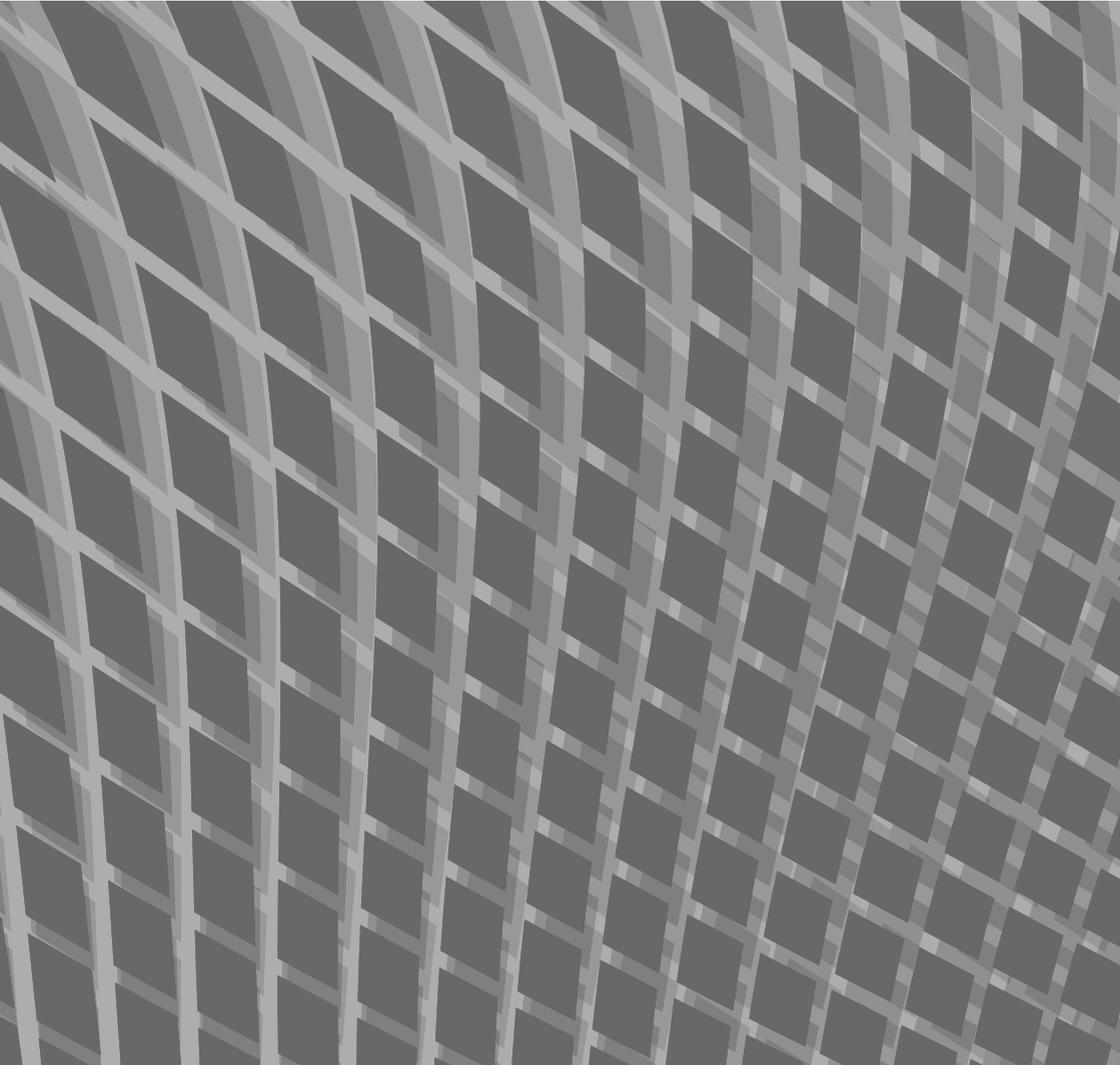




Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA  
Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers FINMA  
Autorità federale di vigilanza sui mercati finanziari FINMA  
Swiss Financial Market Supervisory Authority FINMA

# SONDERBULLETIN BULLETIN SPÉCIAL 2/2013



**SONDERBULLETIN ZUR RECHTSPRECHUNG DES  
BUNDESVERWALTUNGSGERICHTS UND DES BUNDES-  
GERICHTS ZUM FINANZMARKTRECHT SEIT 2009**

**BULLETIN SPÉCIAL SUR LA JURISPRUDENCE DE DROIT  
ADMINISTRATIF DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF FÉDÉ-  
RAL ET DU TRIBUNAL FÉDÉRAL EN LIEN AVEC LE DROIT  
DES MARCHÉS FINANCIERS DEPUIS 2009**

**2/2013**

## **Impressum**

**Herausgeber/Editeur:** Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA  
Einsteinstrasse 2  
CH-3003 Bern  
Tel. +41 (0)31 327 91 00  
Fax +41 (0)31 327 91 01  
info@finma.ch  
www.finma.ch

**Gestaltung/Mise en page:** BBF AG, Basel

**Druck/Impression:** Jost Druck AG, Hünibach

# Inhalt / Sommaire / Sommario

---

Vorwort	4
Avant-propos	5
Prefazione	6

---

## **Dr. Urs Zulauf**

Gewähr im Gericht – Die von den Schweizer Finanzmarktgesetzen geforderte «Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit» und das «Berufsverbot» im Lichte der jüngeren Rechtsprechung	8
---	---

---

## **Dr. Daniel Daeniker / Joël Bürgisser**

Rechtsprechung zum Offenlegungs- und Übernahmerecht	44
---	----

---

## **Eva Schneeberger**

Verfahrensfragen	70
------------------	----

---

## **Dina Beti**

«Mitgegangen – mitgefangen – mitgehungen»: Von illegalen «Gruppentätern» und Internet-«Anprangerungen», aktuelle Themen der FINMA aus Sicht des Bundesgerichts	90
--	----

---

## **Prof. Christian Bovet**

Jurisprudence en matière d'assistance administrative internationale	110
---	-----

Am 14. November 2012 veranstaltete die FINMA eine Tagung zum Thema «Würdigung der verwaltungsrechtlichen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts und des Bundesgerichts zum Finanzmarktrecht seit 2009». Die Referenten beleuchteten in ihren Vorträgen Fälle der drei vorangehenden Jahre aus dem Blickwinkel eines FINMA-Vertreters (Dr. Urs Zulauf), eines Rechtsanwalts (Dr. Daniel Daeniker), einer Richterin des Bundesverwaltungsgerichts (Eva Schneeberger), einer Gerichtsschreiberin am Bundesgericht (Dina Beti) und eines Vertreters der Wissenschaft (Prof. Dr. Christian Bovet). Die Beiträge werden im vorliegenden Sonderbulletin veröffentlicht und stellen die schriftlichen Fassungen der gehaltenen Referate dar. Die Reihenfolge der Beiträge entspricht dem Verlauf des Tagungsprogramms. Den Referenten sei für ihre Arbeit herzlich gedankt. Ein Dank geht auch an alle Helfer, die zum Gelingen der Tagung und der Veröffentlichung der Referate in diesem Bulletin beigetragen haben.

La FINMA a organisé le 14 novembre 2012 une conférence sur le thème « Appréciation de la jurisprudence de droit administratif du Tribunal administratif fédéral et du Tribunal fédéral en lien avec le droit des marchés financiers depuis 2009 ». Les intervenants ont apporté dans leur exposé un éclairage sur des cas survenus au cours des trois années précédentes en les commentant du point de vue d'un représentant de la FINMA (Urs Zulauf, docteur en droit), d'un avocat (Daniel Daeniker, docteur en droit), d'une juge du Tribunal administratif fédéral (Eva Schneeberger), d'une greffière du Tribunal fédéral (Dina Beti) et d'un représentant du monde scientifique (Prof. Christian Bovet). La version écrite des exposés est publiée dans le présent bulletin spécial, en respectant l'ordre dans lequel ils ont été tenus durant la conférence. Que les intervenants soient ici sincèrement remerciés, de même que toutes les personnes ayant collaboré pour rendre possible cette manifestation et la publication des exposés dans ce bulletin.

Il 14 novembre 2012 la FINMA ha organizzato un convegno sul tema «Apprezzamento della giurisprudenza amministrativa del Tribunale amministrativo federale e del Tribunale federale in materia di diritto dei mercati finanziari dal 2009». Nei loro interventi i relatori hanno illustrato alcuni casi trattati nei precedenti tre anni, presentando al riguardo il punto di vista di un rappresentante della FINMA (dott. Urs Zulauf), di un avvocato (dott. Daniel Daeniker), di un giudice del Tribunale amministrativo federale (Eva Schneeberger), di un cancelliere del Tribunale federale (Dina Beti) e di un rappresentante del mondo accademico (Prof. dott. Christian Bovet). I contributi pubblicati nel presente bollettino speciale rappresentano la versione scritta dei loro interventi. L'ordine segue il programma del convegno. Ringraziamo cordialmente i relatori per la loro disponibilità e tutti coloro i quali, con il loro aiuto, hanno contribuito alla riuscita del convegno e alla pubblicazione degli interventi nel presente bollettino.



# Gewähr im Gericht

**Gewähr im Gericht – Die von den Schweizer Finanzmarktgesetzen geforderte «Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit» und das «Berufsverbot» im Lichte der jüngeren Rechtsprechung**

**Dr. Urs Zulauf\***

\* Der Autor war bis Ende Januar 2013 General Counsel, stellvertretender Direktor und Mitglied der Geschäftsleitung der FINMA. Das Referat gibt jedoch ausschliesslich seine persönlichen Ansichten wieder und ist nicht mit der FINMA abgesprochen. Marc Mauerhofer und Simona Bustini sei für ihre Hilfe bei der Materialsammlung und Durchsicht eines Entwurfs sehr gedankt.

<b>Zusammenfassung</b>	<b>10</b>
<b>Résumé</b>	<b>11</b>
<b>Summary</b>	<b>12</b>
<b>Ausgewählte Literatur</b>	<b>13</b>
<b>1 Gewährsjargon</b>	<b>15</b>
<b>2 Gewährsgrundlagen</b>	<b>16</b>
<b>3 Gewähr und Berufsverbot</b>	<b>17</b>
<b>4 Gewährsinhalt</b>	<b>20</b>
<b>5 Gewährsmassstab – ausländisches Recht als Referenz?</b>	<b>22</b>
<b>6 Gewährspraxis</b>	<b>24</b>
<b>7 Gewährsprüfung</b>	<b>27</b>
7.1 Watchlist	27
7.2 Gewährsbrief	28
7.3 Gewährsprüfung	30
<b>8 Bundesverwaltungsgericht zu Gewähr und Berufsverbot</b>	<b>31</b>
8.1 Übersicht	31
8.2 Gewährsmassnahmen sind zeitlich zu beschränken	32
8.3 Kognition des Bundesverwaltungsgerichts in Gewährsfällen definiert	35
8.4 Gewährsbriefpraxis der FINMA ist rechtskonform	37
8.5 Berufsverbot bestätigt	39
<b>9 Fazit</b>	<b>40</b>

Der Beitrag schildert, erläutert und kommentiert die Praxis der FINMA (sowie der Eidgenössischen Bankenkommision [EBK] als einer ihrer Vorgängerbehörden) und des Bundesverwaltungsgerichts zur «Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit». Diese Gesetzesbestimmung stellt als unbestimmter Rechtsbegriff fachliche und ethische Anforderungen an Finanzinstitute und ihre Organe. Aus der intensiven Umsetzung dieser Norm hat sich ein eigentlicher Berufsjargon entwickelt (Ziffer 1). Eine Gewährsnorm findet sich in ähnlicher Form in allen Finanzmarktgesetzen (Ziffer 2). Das Aufsichtsinstrument des Berufsverbotes ergänzt die Gewährsbestimmung, ersetzt sie aber nicht (Ziffer 3). Die Praxis von EBK und FINMA und jene der Gerichte haben die Gewährsanforderungen formelhaft zusammengefasst (Ziffer 4). Als Massstab für die Gewähr dient nicht nur das schweizerische, sondern teilweise auch ausländisches Recht (Ziffer 5). Die EBK und die FINMA haben aus der Norm konkrete Anforderungen entwickelt, welche oft nachfolgende gesetzliche Normen beeinflusst haben (Ziffer 6). Von entscheidender Bedeutung für die Betroffenen ist ein transparentes Gewährsverfahren (Ziffer 7). Das Bundesverwaltungsgericht hat die Gewährspraxis von EBK und FINMA in fünf Entscheiden seit 2008 intensiv geprüft und sie im Wesentlichen bestätigt (Ziffer 8). Trotz der (stark gegensätzlichen) Kritik wird die FINMA ermutigt, die über Jahrzehnte entwickelte Gewährspraxis sorgfältig weiterzuführen und dabei auch Verantwortung zu übernehmen (Ziffer 9).

La contribution décrit, explique et commente la pratique de la FINMA (ainsi que de la Commission fédérale des banques [CFB], qui la précédait) et du Tribunal administratif fédéral quant à la « garantie d'une activité irréprochable ». Cette disposition légale est une norme juridique indéterminée imposant aux établissements financiers et à leurs organes des exigences professionnels et éthiques. La mise en œuvre intensive de cette norme a engendré la formation d'un véritable jargon juridique (chiffre 1). Une norme de garantie d'activité irréprochable se trouve sous une forme semblable dans toutes les lois relatives aux marchés financiers (chiffre 2). L'instrument de surveillance que constitue « l'interdiction d'exercer » vient compléter la disposition relative à la garantie d'une activité irréprochable, mais ne la remplace pas (chiffre 3). La pratique de la CFB et de la FINMA ainsi que celle des tribunaux ont résumé de manière formelle les exigences en termes de garantie (chiffre 4). Les critères de garantie d'une activité irréprochable se fixent non seulement en fonction du droit suisse, mais aussi en partie à l'aune du droit étranger (chiffre 5). La CFB et la FINMA ont élaboré à partir de cette norme des exigences concrètes qui ont elles-mêmes souvent influencé des normes légales par la suite (chiffre 6). La transparence de la procédure de vérification de la garantie d'une activité irréprochable est d'une importance capitale pour les établissements et personnes concernés (chiffre 7). Le Tribunal administratif fédéral a vérifié de manière intensive et, pour l'essentiel, confirmé la pratique de la CFB et de la FINMA par cinq décisions prises depuis 2008 (chiffre 8). Malgré les critiques (très contradictoires) reçues, la FINMA est encouragée à poursuivre cette pratique développée sur des décennies et à assumer sa responsabilité dans ce domaine (chiffre 9).

This contribution describes, explains and provides a commentary on the practice of FINMA (as well as the Swiss Federal Banking Commission [SFBC], one of its predecessor authorities) and the Federal Administrative Court concerning the ‘assurance of proper business conduct’. This undefined legal term imposes professional and ethical requirements on financial institutions and their management. Its widespread implementation has created an entire field of professional jargon (section 1). All Swiss financial market laws contain such a provision on business conduct, phrased in similar terms (section 2). The supervisory instrument of prohibiting the practicing of a profession complements the business conduct provision, but does not replace it (section 3). The practice established by the SFBC and FINMA, and by the courts, has condensed the business conduct requirements into a standard formula (section 4). Swiss law is not the sole benchmark of proper business conduct; foreign law also partly contributes to its interpretation (section 5). The SFBC and FINMA have developed specific requirements based on the standard that have often influenced subsequent legislation (section 6). Transparency in proceedings to investigate business conduct is of crucial importance to those affected (section 7). The Federal Administrative Court has subjected the SFBC’s and FINMA’s practice in this area to detailed examination in five judgments since 2008, and has in essence confirmed said practice (section 8). Despite the (starkly contrasting) criticisms leveled against its practice with regard to the rule on business conduct standard, FINMA is encouraged to continue carefully applying the practice developed over the decades, and to assume responsibility in this area (section 9).

- AELLEN, MARCEL L., Die Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit, Diss. Bern 1990
- BAUMGARTEN, MARK-OLIVER/BURCKHARDT, PETER/ROESCH, ALEXANDER, Gewährsverfahren im Bankenrecht und Verhältnis zum Strafverfahren, AJP 2006, 169 ff.
- BESSON, PIERRE, Abus de marché: point de la situation et perspectives, in: Thévenoz, Luc/Bovet, Christian (Hrsg.), Journée 2007 de droit bancaire et financier, Zürich 2008, 79 ff.
- CHATTON, GREGOR T., La garantie d'une activité irréprochable et l'intérêt actuel du dirigeant revisités, AJP 2011, 1195 ff.
- DE CAPITANI, WERNER, in: Schmid, Niklaus (Hrsg.), Kommentar, Einziehung, Organisiertes Verbrechen, Geldwäscherei, Band II, Zürich 2002
- HERTIG, GÉRARD, La diligence des banques: les règles de conduite vis-à-vis des clients, aspects de droit public, ZSR 1994 II, 249 ff.
- HIRSCH, ALAIN, La garantie d'une activité irréprochable: l'évolution de la pratique, in: EBK-Bulletin 50 (2007), 29 ff.
- KILGUS, SABINE, Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit – Grundlage für ethisches Handeln von Finanzintermediären? abrufbar unter [www.lawyerlutz.ch/newsletter/newsletter\\_03\\_07.pdf](http://www.lawyerlutz.ch/newsletter/newsletter_03_07.pdf)
- KLEINER, BEAT/SCHWOB, RENATE, in: Zobl, Dieter et al. (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen, Zürich, Ausgabe April 2005
- LOMBARDINI, CARLO, Droit bancaire suisse, Zürich 2008
- NOBEL, PETER, 49 Nummern «leading cases»: die Vergangenheit ihrer Zukunft, EBK-Bulletin 50 (2007), 44 ff.
- NOBEL, PETER, FINMAG – Ende der Magie?, SJZ 2009, 253 ff.
- NOBEL, PETER, Schweizerisches Finanzmarktrecht und internationale Standards, 3.A., Bern 2010
- ROTH, MONIKA, Retrozessionen – no sense of timing and reasoning?, Jusletter vom 11. Februar 2013
- UHLMANN, FELIX, Berufsverbot nach Art. 33 FINMAG, SZW 2011, 437 ff.
- WINZELER, CHRISTOPH, in: Watter, Rolf et al. (Hrsg.), Basler Kommentar zum Bankengesetz, Basel 2005
- ZULAUF, URS, Gläubigerschutz und Vertrauensschutz: zur Sorgfaltspflicht der Bank im öffentlichen Recht der Schweiz, ZSR 1994 II, 359 ff.

ZULAUF, URS, «Weissgeldstrategie» für das Schweizer Private Banking?, in: Isler, Peter R./Cerutti, Romeo (Hrsg.), Vermögensverwaltung VI, Zürich (erscheint im Herbst 2013)  
ZULAUF, URS/WYSS, DAVID/ROTH, DANIEL, Finanzmarktenforcement, Bern 2008

Das Erfordernis eines guten Rufes und der «Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit» («toutes garanties d'une activité irréprochable», «garanzia di un'attività irreprensibile») ist wohl die berühmteste und kontroverseste Bestimmung der geltenden Schweizer Finanzmarktgesetzgebung. Sie geht zurück auf einen Bundesbeschluss von 1969<sup>1</sup>. Der sperrige amtsdeutsche Ausdruck sollte in der Folge eine grosse Strahlkraft entwickeln. Davon konnten die Beamten des damaligen Eidgenössischen Finanz- und Zolldepartementes (EFZD) kaum ausgehen, als sie die Formulierung erfanden oder irgendwo kopierten. Einer mag etwas geahnt haben, nämlich der damalige Chefjurist des EFZD Bernhard Müller. Dieser vor einigen Jahren verstorbene phantasievolle Jurist und sein Nachfolger Daniel Zuberbühler waren als langjährige Direktoren des Sekretariates der Eidgenössischen Bankenkommission (EBK) die Mentoren einer extensiven und kreativen Anwendung der «Gewährsbestimmung», welche am Ursprung von deren Prominenz stand.

Die ausgedehnte «Gewährspraxis» der FINMA (und vorher vor allem der EBK) und die damit verbundene häufige Anwendung des «Gewährsartikels» führten auf sprachlicher Ebene zu einem eigentlichen «Gewährsjargon», den eigentlich nur noch Personen deutscher Sprache und mit engem Bezug zur Schweizer Finanzmarktregulierung verstehen. Hier der Versuch einer Kostprobe:

Hat ein Organ oder Grossaktionär («Aktionärgewähr») eines beaufsichtigten Finanzinstituts in einer «Gewährsposition» als «Gewährsträger» wegen eines allenfalls «gewährswidrigen» Verhaltens ein «Gewährsproblem», so bietet er möglicherweise keine «Gewähr» mehr und verletzt das «Gewährserfordernis». Es drohen ihm eine «Gewährsabklärung», eine «Gewährsprüfung» oder gar ein formelles «Gewährsverfahren» der FINMA. Alle diese unangenehmen Weiterungen haben das Potenzial, ihm künftig alle «gewährsrelevanten» Tätigkeiten bei Finanzinstituten zu verschliessen. Dies kann ein «Gewährsbrief» als Möglichkeit andeuten oder eine «Gewährsverfügung» hoheitlich festhalten. Glück hat der Betroffene, wenn seine Position hierarchisch unter der «Gewährsträgerschwelle» angesiedelt ist. Auch hier vermag ihn aber allenfalls ein behördliches Berufsverbot zu treffen<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Zur Entstehung der Bestimmung AELLEN, 52 ff.

<sup>2</sup> Dazu nachfolgend Ziffer 3.

Gegenüber diesem Gewährsjargon mag man skeptisch sein. Er hat sich in der Praxis, auch bei den Gerichten<sup>3</sup>, aber wohl durchgesetzt. Er dürfte auch künftig kaum zu bremsen sein, weil er praktisch ist und deshalb das sprachliche Leben der Gewährsprofis vereinfacht.

## 2 Gewährsgrundlagen

Eine «Gewährsbestimmung» findet sich heute in fünf der sieben «Finanzmarktgesetze»<sup>4</sup>. Grundlage und Ausgangspunkt bildet die seit 1971 geltende Fassung des Bankengesetzes (BankG). Danach wird eine Bankbewilligung erteilt, «wenn ... die mit der Verwaltung und Geschäftsführung der Bank betrauten Personen einen guten Ruf geniessen und Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten»<sup>5</sup>.

Diese Formulierung wurde 1995 im Wesentlichen auch ins Börsengesetz übernommen<sup>6</sup>, obschon sich die Finanzbranche dagegen wehrte, um der ihrer Ansicht nach ausufernden Praxis der EBK gesetzgeberisch Einhalt zu gebieten. Relevante Unterschiede zwischen den Texten bestehen nur in zwei Punkten: Zum einen stellt das Börsengesetz, ausgehend von der Praxis der damaligen EBK, klar, dass auch ein «Gesuchsteller», das heisst der Effektenhändler als juristische Person selbst, und seine «massgebenden Aktionäre» Gewähr bieten müssen. Zum andern erfasst die börsengesetzliche Bestimmung alle «verantwortlichen Mitarbeiter» im Gewährskreis, was neben dem Verwaltungsrat und der Geschäftsleitung auch hierarchisch tiefer stehende Personen umfasst. Den «guten Ruf» nennt das Börsengesetz nicht. Dies hat in der Praxis aber keine Bedeutung.

Eine leichte Nuance enthält das Geldwäschereigesetz (GwG) von 1997<sup>7</sup>. Danach müssen der Finanzintermediär «selbst sowie die mit seiner Verwaltung und Geschäftsführung betrauten Personen einen guten Ruf geniessen und Gewähr für die Erfüllung der Pflichten nach diesem Gesetz bieten». Die FINMA und die Gerichte<sup>8</sup> legen auch diese Formulierung in gleichem Sinne wie die Gewährsbestimmung des Bankengesetzes aus.

Die Formulierung im Kollektivanlagengesetz (KAG) von 2006 lautet fast gleich wie im Bankengesetz<sup>9</sup>. Die noch eingrenzende Formulierung des Vorgängererlasses, des Anlagefondsgesetzes von

<sup>3</sup> So beim Bundesverwaltungsgericht, vgl. Urteil B-3708/2007, 4. März 2008 (= BVGE 2008/23).

<sup>4</sup> Vgl. Art. 1 FINMAG.

<sup>5</sup> Art. 3 Abs. 2 Bst. c BankG; für Finanzgruppen und -konglomerate gilt Art. 3f BankG.

<sup>6</sup> Art. 10 Abs. 2 Bst. d BEHG.

<sup>7</sup> Art. 14 Abs. 2 Bst. c GwG.

<sup>8</sup> Das Bundesgericht liess 2003 offen, ob die Praxis zur Gewährsbestimmung des BankG für das GwG vollständig zu übernehmen sei, schützte aber den entsprechenden Entscheid der damaligen Kontrollstelle für die Bekämpfung der Geldwäscherei, BGE 129 II 438, E. 3.3. Das Bundesverwaltungsgericht interpretierte im Jahre 2008 Art. 14 GwG aus Gründen der Kohärenz gemäss der Praxis zum BankG, Urteil B-2318/2006, 23.6.2008, E. 3.2.

<sup>9</sup> Art. 14 Abs. 1 Bst. b KAG.

1994<sup>10</sup>, wurde zugunsten der etablierten Gewährsformulierung des Bankengesetzes aufgegeben. Ausdrücklich fordert das Kollektiv-anlagengesetz die «erforderlichen fachlichen Qualifikationen». Auch darin liegt keine inhaltliche Besonderheit.

Im Versicherungsaufsichtsgesetz (VAG) hat die Gewähr sogar eine eigene Artikelüberschrift erhalten<sup>11</sup>. Der Wortlaut beschränkt die Gewähr zwar auf die natürlichen Personen im Verwaltungsrat und in der Geschäftsleitung, wobei die FINMA laut Botschaft des Bundesrates auch Anforderungen an diese Gremien als Ganzes stellen können soll<sup>12</sup>. Bemerkenswert ist auch, dass das Gesetz die Konkretisierung der «beruflichen Fähigkeiten» der Organe dem Bundesrat und nicht der FINMA überträgt. Dieser ist diesem Auftrag allerdings nur rudimentär nachgekommen<sup>13</sup>. Der Wortlaut der Gewährsbestimmung im Versicherungsaufsichtsgesetz schliesst nicht aus, dass die FINMA abstrakte Anforderungen an die Gewähr der Versicherungsunternehmung formuliert. Mit Art. 46 Abs. 1 Bst. b wird die FINMA auch ausdrücklich aufgefordert, die Gewähr der Versicherungsunternehmen zu prüfen.

Die im Einzelnen unterschiedlichen Formulierungen der Gewähr in den Finanzmarktgesetzen machen, in den Worten des berühmten früheren Berner Obligationenrechtlers Hans Merz, «die Rechtsordnung bunter, aber nicht reicher». Die Aussagekraft und Bedeutung der Unterschiede ist minimal, und Praxis und Rechtsprechung gehen denn auch klar in Richtung eines einheitlichen Verständnisses<sup>14</sup>. Es wird sich zeigen, ob sich diese Gravitationskräfte auch auf verwandte Rechtsgebiete auswirken werden, welche wie die Revisionsaufsicht<sup>15</sup> und die berufliche Vorsorge<sup>16</sup> von den Beaufsichtigten ebenfalls einen guten Ruf und Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit verlangen.

### 3 Gewähr und Berufsverbot

Das Finanzmarktaufsichtsgesetz (FINMAG) führte im Januar 2009 das «Berufsverbot» im Schweizer Finanzmarktrecht ein<sup>17</sup>. Das Berufsverbot ergänzt für alle Finanzmarktgesetze das «Gewährserfordernis» sowie das «Tätigkeitsverbot» des Börsengesetzes<sup>18</sup>. Neben der Einziehung unrechtmässiger Gewinne ist es das einzige wesentliche neue Aufsichtsinstrument, welches mit dem FINMAG geschaffen wurde. Alle anderen Forderungen nach schärferen Sanktionsbefugnissen fielen

<sup>10</sup> Art. 9 Abs. 5 AFG 1994 (AS 1994 2523): «Die geschäftsführenden Personen der Fondsleitung müssen einen guten Ruf geniessen sowie nach Ausbildung und Erfahrung zur Erfüllung ihrer Aufgaben geeignet sein.»

<sup>11</sup> Art. 14 und (für Versicherungsgruppen) 67 VAG: «Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit».

<sup>12</sup> BBl 2003 3814 f. Ebenso beauftragt Art. 46 Abs. 1 Bst. b VAG die FINMA, die Gewähr der «Versicherungsunternehmen» zu prüfen. Die FINMA hat dies in Ihrem Rundschreiben 2008/32 «Corporate Governance Versicherer» in Rz. 10 ff. auch getan.

<sup>13</sup> Art. 12 bis 14 AVG.

<sup>14</sup> Vgl. die Hinweise in FN 8 sowie Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2274/2012, 19.6.2013, E. 4.1.3 (Auslegung des guten Rufes nach Revisionsaufsichtsgesetz im Lichte der Finanzmarktgesetze).

<sup>15</sup> Art. 4 bis 6 RAG, SR 221.302: «unbescholtenen Leumund» und «notwendige Fachpraxis», dazu das soeben zitierte Urteil.

<sup>16</sup> Art. 51b Abs. 1 BVG.

<sup>17</sup> Art. 33 FINMAG: «Berufsverbot».

<sup>18</sup> Art. 35a BEHG: «Tätigkeitsverbot».

schon im Vorfeld der parlamentarischen Debatte der Lobbyarbeit der Finanzbranche in der Expertenkommission Zimmerli zum Opfer.

Das Berufsverbot kann parallel zu «Gewährsmassnahmen» zur Anwendung kommen. So führte der Bundesrat in seiner Botschaft aus:

«Das Berufsverbot nach Artikel 33 ist von den Massnahmen zu unterscheiden, welche im Rahmen der Prüfung der Bewilligungsvoraussetzungen nach den Finanzmarktgesetzen getroffen werden. [...] Die FINMA kann im Rahmen der Gewährsprüfung in schwerwiegenden Fällen (z.B. bei Anlagebetrug) eine Person als Organ oder Eigentümer einer oder eines Beaufsichtigten ablehnen, auch wenn ihr gegenüber kein Berufsverbot ausgesprochen worden ist oder die Frist des Berufsverbots abgelaufen ist. Sie kann ausserdem auf den Erlass eines Berufsverbots verzichten, wenn die Person nie mehr im Finanzsektor tätig sein wird.»<sup>19</sup>

Diese Aussage rief im Parlament keinen Widerspruch hervor. Berufsverbot und Gewähr unterscheiden sich vor allem in sieben Punkten. Weniger wichtig sind davon die folgenden vier:

1. Das Berufsverbot verfolgt auch ein repressives Ziel<sup>20</sup>, während bei der Gewähr klar die Prävention im Vordergrund steht. Das Bundesverwaltungsgericht fragte sich im Jahre 2012 in einem (im konkreten Fall unnötigen) obiter dictum sogar, ob das Berufsverbot strafrechtlicher Natur im Sinne von Art. 6 Ziffer 1 EMRK sei, liess die Frage jedoch offen<sup>21</sup>. Ob der Gesetzgeber eine Massnahme präventiv oder repressiv betrachtet, ist in der Praxis kaum relevant. Die von einer Gewährsmassnahme der FINMA Betroffenen empfinden auch diese ebenfalls als repressive Sanktion. Zudem hat das Bundesgericht in seiner jüngsten Rechtsprechung auch für das durch die FINMA publizierte Werbeverbot das Gewicht wieder auf die Prävention gelegt<sup>22</sup>.
2. Die FINMA kann nur natürlichen Personen ein Berufsverbot auferlegen, während sie und die Gerichte<sup>23</sup> das Gewährserfordernis auch abstrakt auf beaufsichtigte Institute («Institutsgewähr») anwenden.
3. Ein Berufsverbot kann nach dem Wortlaut des Gesetzes nur gegen Organe und leitende Mitarbeiter ausgesprochen werden. Demgegenüber verlangen die Finanzmarktgesetze in leicht modifiziertem Wortlaut auch eine Gewähr von qualifizierten Aktionären («Aktionärs gewähr»)<sup>24</sup>.

<sup>19</sup> Bundesrat, Botschaft Finanzmarktaufsichtsgesetz BBl 2006 2882.

<sup>20</sup> A.a.O. 2448, 2882.

<sup>21</sup> «Gratisprüferfall»: Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-5121/2011, 31. Mai 2012 (= BVGE 2012/10), E. 5.3, vgl. dazu nachfolgend Ziffer 8.5.

<sup>22</sup> Urteile des Bundesgerichts 2C\_30/2011 und 2C\_543/2011, beide vom 12. Januar 2012, E. 5.2.2; anders noch 2C\_929/2010 vom 13. April 2011, E. 5.2; dazu der Aufsatz von DINA BETI in diesem FINMA-Sonderbulletin, Ziffer 2.

<sup>23</sup> Dazu zuletzt das Bundesverwaltungsgericht im Fall Bellevue, B-2204/2011 (= BVGE 2012/33), 24. Juli 2012, E.10; die Verfügung der EBK im Fall UBS/US-Geschäft, 21. Dezember 2008, FINMA-Bulletin 1 (2010), 76 ff., Rz. 54; der Fall Bank Vontobel/Think Tools, EBK-Bulletin 45 (2003), 176 f.; und der Fall SKA/Biber, Bundesgerichts-urteil, 2. Februar 2000, EBK-Bulletin 40 (2000), 37. Leading Case ist der Schiffshypothekenfall aus dem Jahr 1985: BGE 111 Ib 126; für weitere Hinweise auf ältere Fälle vgl. ZULAUFG (1994), 423, FN 351.

<sup>24</sup> Art. 3 Abs. 2 Bst. c BankG; Art. 10 Abs. 2 Bst. d BEHG; Art. 10 Abs. 1 Bst. b KAG; Art. 4 Abs. 2 Bst. f VAG; keine Aktionärs gewähr verlangt das GwG.

4. Schliesslich kann ein Berufsverbot wie eine Einziehung unrechtmässiger Gewinne nach Art. 34 FINMAG nur bei einer «schweren Verletzung des Aufsichtsrechts» ausgesprochen werden, während die Gewähr nicht ausdrücklich eine qualifizierende Schwere der implizit ebenfalls vorausgesetzten Rechtsverletzung verlangt. Auch dieser Unterschied sollte nicht überbewertet werden. So hat das Bundesverwaltungsgericht im bisher einzigen Entscheid zum Berufsverbot im Fall «Gratisprüfer»<sup>25</sup> eine eher strenge Auslegung der FINMA zur Unabhängigkeit leitender Prüfer geschützt und ihre Verletzung als «schwere Verletzung des Aufsichtsrechts» betrachtet.

Wichtiger als die genannten Unterschiede zwischen Berufsverbot und Gewähr sind die drei folgenden:

5. Die maximale Dauer eines Berufsverbotes ist gesetzlich auf fünf Jahre beschränkt, während die Gewährsbestimmungen sich nicht zu einer Befristung von Massnahmen äussern. Die Rechtsprechung zur Gewähr verlangt jedoch auch bei Gewährsmassnahmen gegen Organe eine zeitliche Beschränkung<sup>26</sup>. Allerdings geht aus der eingangs zu dieser Ziffer zitierten Stelle in der Botschaft des Bundesrates zum FINMAG hervor, dass die FINMA in extremen Fällen eine Person, wie etwa einen Anlagebetrüger, lebenslang von einer Gewährsposition in einem beaufsichtigten Institut ausschliessen kann.
6. Nach dem klaren Wortlaut von Art. 33 FINMAG und dem klaren Willen des Gesetzgebers<sup>27</sup> erfasst das Berufsverbot nicht nur Gewährsträger, sondern auch hierarchisch tiefere Funktionen. Die FINMA soll den für eine «schwere Verletzung des Aufsichtsrechts» «verantwortlichen Personen» eine «Tätigkeit in leitender Stellung» untersagen können. Damit geraten potenziell Zehntausende von Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern in der Finanzbranche auf den Radar der FINMA, was für diese eine grosse Herausforderung darstellt, vor allem angesichts des folgenden Punktes.
7. Nach der von den Gerichten geschützten Praxis von EBK und FINMA führen diese keine Gewährsverfahren, wenn die Person mit einem Gewährsproblem aktuell keine Gewährsposition (mehr) besetzt oder «[k]eine ausreichend konkrete Aussicht auf eine verantwortliche Funktion im beaufsichtigten Sektor»<sup>28</sup> hat. Ein Berufsverbot könnte die FINMA hingegen sogar dann erlas-

<sup>25</sup> Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-5121/2011, 31. Mai 2012 (= BVGE 2012/10), E. 8; dazu nachfolgend Ziffer 8.5.

<sup>26</sup> Dazu nachfolgend Ziffer 8.2.

<sup>27</sup> Bundesrat, Botschaft Finanzmarktaufsichtsgesetz BBl 2006 2881 f.

<sup>28</sup> FINMA-Enforcement-Policy (Stand 10.11.2011), Grundsatz 7. Die FINMA prüfte und bestätigte im Jahr 2009 diese Praxis der EBK: FINMA-Jahresbericht 2009, 19 f.

sen, wenn die Betroffenen nicht mehr im Finanzbereich tätig sind oder tätig sein wollen. Nach der zitierten Passage in der Botschaft zum FINMAG kann die FINMA jedoch auch auf den Erlass eines Berufsverbots verzichten, «wenn die Person nie mehr im Finanzsektor tätig sein wird»<sup>29</sup>. In ihrer «Enforcement-Policy» (Stand November 2011)<sup>30</sup> ist die FINMA denn auch vorsichtig. So signalisiert sie «Zurückhaltung bei Verfahren gegen natürliche Personen» (Grundsatz 6), führt «grundsätzlich keine Verfahren gegen ausgeschiedene Personen» (Grundsatz 8) und postuliert einen «abgewogenen Einsatz von Berufsverboten» (Grundsatz 9).

Diese Zurückhaltung wird allgemein als klug erachtet, es sei denn, politische Opportunitäten verlangen periodisch öffentliche Bekenntnisse zu (noch) mehr Härte im Finanzmarktenforcement<sup>31</sup>.

Bisher hat die FINMA nur vereinzelte Berufsverbote ausgesprochen, aber mit zunehmender Tendenz in den letzten zwei Jahren<sup>32</sup>. Der wohl wichtigste Anwendungsfall gegen die Organe der KPT-Zusatzversicherung<sup>33</sup> ist nicht rechtskräftig und seit 17 Monaten (Stand Juli 2013) vor dem Bundesverwaltungsgericht hängig. Dieser Fall bestätigte die Tendenz einer integralen und sektorübergreifenden Anwendung des Gewährsartikels und des Berufsverbots durch die FINMA. Sie verbot zwei Verwaltungsräten des KPT-Krankenzusatzversicherers während vier Jahren eine Tätigkeit im gesamten Finanzbereich, nicht nur im Versicherungsbereich. Hintergrund war jedoch ein gewährswidriges Verhalten und eine schwere Aufsichtspflichtverletzung, welche nach Einschätzung der FINMA sogar als ungetreue Geschäftsbesorgung strafbar sein könnte. Auch das durch die FINMA deswegen ausgelöste Strafverfahren ist noch hängig.

## 4 Gewährsinhalt

Die Praxis hat in den letzten Jahren die Gewähr mit verschiedenen Standardformulierungen umschrieben.

So führte die FINMA im Januar 2011 in einem Marktmissbrauchsfall aus:

«Die mit der Verwaltung und Geschäftsführung der Bank betrauten Personen müssen einen guten Ruf geniessen und Gewähr für

<sup>29</sup> Bundesrat, Botschaft Finanzmarktaufsichtsgesetz BBl 2006 2882.

<sup>30</sup> Dazu ZULAUF/WYSS/ROTH, 6 ff. Verschiedene Gerichtsurteile nehmen darauf Bezug und messen die Praxis der FINMA daran: Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-5121/2011, 31. Mai 2012 (= BVGE 2012/10), und B-1583/2011, 8. Juni 2011; BGE 137 II 284.

<sup>31</sup> So der Bundesrat in seinem Bericht zum «Verhalten der Finanzmarktaufsicht in der Finanzmarktkrise – Lehren für die Zukunft» (12. Mai 2010). Darin «legt er der FINMA nahe», «gegen Mitglieder von Unternehmensleitungen auch nach deren Ausscheiden Verfahren zu führen» (6, 27). Das Parlament überwies aus Anlass der Debatte über eine «Lex USA» im Juni 2013 eine Motion (13.3410), worin es den Bundesrat «beauftragt, mit der Finma unter Respektierung von deren Unabhängigkeit zu erreichen, dass diese ihre Enforcement-Policy im Bereich der Gewährserfordernis verschärft, damit Bankmanager im zutreffenden Fall mit dem in Artikel 33 des Finanzmarktaufsichtsgesetzes vorgesehenen Berufsverbot versehen werden. Die Finma soll in ihrem Jahresbericht darüber statistische Angaben liefern.»

<sup>32</sup> Die Detailangaben in den FINMA-Jahresberichten dazu sind jedoch rudimentär.

<sup>33</sup> Vgl. Medienmitteilung der FINMA vom 11. Januar 2012.

eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten (...). Die Gewährsträger müssen fachlich kompetent sein und sich im Geschäftsverkehr korrekt verhalten. Unter korrektem Verhalten ist in erster Linie die Beachtung der Rechtsordnung, d.h. der Gesetze und Verordnungen, der Vorschriften und der Praxis der Aufsichtsbehörde, der Standesregeln und der internen Richtlinien zu verstehen. Was für die einzelnen Gewährsträger gilt, gilt auch für die Bank als Unternehmung, d.h. die Bank muss als Unternehmung die Bewilligungsvoraussetzung einer einwandfreien Geschäftstätigkeit ebenfalls erfüllen (...). Die gleichen Grundsätze sind analog anwendbar für Effekthändler, ihre verantwortlichen Mitarbeiter sowie die massgebenden Aktionäre (vgl. Art. 10 Abs. 2 Bst. d des Börsengesetzes [...]). Der Gehalt der beiden Bestimmungen ist deckungsgleich (...).»<sup>34</sup>

Ähnlich lauten die Umschreibungen des Bundesverwaltungsgerichts:

«Eine einwandfreie Geschäftstätigkeit erfordert fachliche Kompetenz und ein korrektes Verhalten im Geschäftsverkehr. Unter korrektem Verhalten im Geschäftsverkehr ist in erster Linie die Beachtung der Rechtsordnung, d. h. der Gesetze und der Verordnungen, namentlich im Banken- und im Börsenrecht, aber auch im Zivil- und Strafrecht, sowie der Statuten und des internen Regelwerkes der Bank bzw. des Effekthändlers zu verstehen. Mit anderen Worten ist mit dem Gebot einwandfreier Geschäftstätigkeit nicht zu vereinbaren, wenn das Geschäftsgebaren gegen einschlägige Rechtsnormen, internes Regelwerk, Standesregeln oder vertragliche Vereinbarungen mit Kunden, bzw. gegen die Treue- und Sorgfaltspflichten diesen gegenüber, verstösst (...).»<sup>35</sup>

... und des Bundesgerichts:

«Selon l'art. 3 al. 2 lettre c LB, une banque ne peut obtenir l'autorisation d'exercer qu'à la condition que les personnes chargées de l'administrer et de la gérer jouissent d'une bonne réputation et présentent toutes garanties d'une activité irréprochable. Cette disposition vise au premier chef à protéger les créanciers et, par là, à préserver la crédibilité dont doivent bénéficier les banques et l'ensemble de la place financière suisse (...). Il est ainsi nécessaire que ces personnes possèdent les compétences professionnelles

<sup>34</sup> Verfügung vom 21. Januar 2011, FINMA-Bulletin 3 (2012), 116 ff., Rz. 43; sehr ähnlich der Fall UBS/US-Geschäft, EBK-Verfügung vom 21. Dezember 2008, FINMA-Bulletin 1 (2010), 76 ff., Rz. 54.

<sup>35</sup> Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3708/2007, 4. März 2008 (= BVGE 2008/21), E. 3.1; ausführlicher im Fall «Kommanditärengstreit», Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-5535/2009, 6. Mai 2010 (= BVGE 2010/39), E. 4.

requis par leur charge, qui dépendent de l'étendue et de la nature de la fonction, de même que de la taille et de la complexité de l'établissement. Ces personnes doivent en outre se comporter correctement en affaires et respecter la législation en vigueur, les directives et la pratique des autorités de surveillance, ainsi que les usages de la profession et les directives internes. Si l'intéressé a quitté son dernier poste dans des circonstances douteuses, il faut encore tenir compte des éléments ayant mené à cette issue, de la portée des manquements constatés sur les nouvelles activités, du comportement adopté depuis le renvoi ou le départ, et du temps écoulé depuis les faits reprochés (...). »<sup>36</sup>

Die Formulierungen sind ähnlich. Sie variieren in Funktion der Besonderheiten der Fälle, der Sprache und der Präjudizien, welche ihre Redaktoren referenzieren. Die Bedeutung der Unterschiede in den Formulierungen ist jedoch nicht gross.

## 5 Gewährsmassstab – ausländisches Recht als Referenz?

Die Gewährsbestimmung ist ein unbestimmter Rechtsbegriff, bei dessen Auslegung sowohl die FINMA als auch die Gerichte vorfrageweise die Normen anderer Rechtsgebiete als Massstab benützen. Die vorne in Ziffer 4 wiedergegebenen Formulierungen der Praxis der Aufsichtsbehörde rechnen dazu in jedem Fall das schweizerische Aufsichtsrecht, aber auch das übrige Schweizer Straf-, Verwaltungs- und Zivilrecht (Vertragsrecht, Treu und Glauben, Recht und Sitte) sowie das interne Regelwerk der Beaufsichtigten, die Selbstregulierung und die Usanzen und Gebräuche des Rechtsverkehrs<sup>37</sup>.

Die Frage stellt sich, ob und wieweit die FINMA auch ausländisches Recht als Referenz bei Gewährsprüfungen vorfrageweise prüfen soll. Die Fragestellung ist nicht neu<sup>38</sup>. Sie hat jedoch in den letzten Jahren vermehrte Aktualität gewonnen. Banknahe Autoren sind da sehr zurückhaltend, so etwa KLEINER/SCHWOB:

«Ausländische Strafnormen (EBK-Bulletin 1978/3 60) dürfen nur dann zur Beurteilung herbeigezogen werden, wenn der Tatbestand auch nach unserem Recht strafbar oder Unsittlichkeit nach unserer Rechtsauffassung (...) gegeben ist, ausländische Urteile

<sup>36</sup> Fall «Geheime Nostrokonti», Bundesgerichtsurteil 2A.261/2004, 27. Mai 2004 (= EBK-Bulletin 46/2004, 31), E. 1.

<sup>37</sup> Vgl. die Praxisübersicht bei KLEINER/SCHWOB, Art. 3 N. 199 ff.

<sup>38</sup> ZULAUF (1994), 399 ff.

nur dann, wenn das Verfahren unseren Standards entspricht. Angesichts der zunehmenden Rechtswillkür im internationalen Bereich ist Zurückhaltung zu üben.»<sup>39</sup>

Die Praxis der EBK nahm seit langem bei Gewährsprüfungen in Einzelfällen auch Bezug auf ausländisches Recht als Vorfrage von Gewährsbeurteilungen. Die FINMA nahm auch diese Praxis auf und beurteilte in den letzten Jahren verschiedentlich Sachverhalte unter dem Gewährsaspekt, welche sich im Ausland ereignet hatten<sup>40</sup>. Die FINMA vertiefte die Praxis und verband sie mit einer aus dem Organisationserfordernis folgenden Risikobetrachtung, vor allem im Kontext mit den erhöhten Risiken, welche sich aus der Missachtung von ausländischem Aufsichts- und Steuerrecht im grenzüberschreitenden Privatkundengeschäft der Banken ergeben:

«Das Beachten ausländischer Rechtsvorschriften folgt zwar nicht direkt aus dem Schweizer Aufsichtsrecht. Auch ist anzuerkennen, dass die anwendbaren Bestimmungen des US-Rechts dem Schweizer Aufsichtsrecht teilweise fremd sind. Angesichts der sehr grossen Exposition der A. AG in den USA war aber das konsequente Beachten des US-Rechts aus Sicht des Risikomanagements ein absolutes Erfordernis.»<sup>41</sup>

«Die Überprüfung der Einhaltung des ausländischen Aufsichtsrechts durch eine beaufsichtigte Bank gehört grundsätzlich nicht zu den Aufgaben der FINMA. Dies gilt insbesondere für ausländische Aufsichtsnormen, welche von den schweizerischen erheblich abweichen, indem sie beispielsweise grenzüberschreitende Dienstleistungen viel einschränkenderen Bedingungen unterstellen als das schweizerische Aufsichtsrecht. Die Verletzung ausländischen Aufsichtsrechts oder anderer ausländischer Normen durch beaufsichtigte Banken kann aber beträchtliche Rechts- und Reputationsrisiken bergen. Die Vorschriften des Bankengesetzes betreffend das Erfordernis des adäquaten Risikomanagements, der angemessenen Organisation sowie der Gewähr für einwandfreie Geschäftstätigkeit verlangen daher, dass in der grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringung Beaufsichtigte das anwendbare ausländische Aufsichtsrecht regelmässig abklären und die damit verbundenen Risiken erfassen, begrenzen und kontrollieren. Sie sind durch geeignete Massnahmen zu minimieren.»<sup>42</sup>

<sup>39</sup> Kommentar zum Bankengesetz, Art. 3 N. 245 (Ausgabe April 2005).

<sup>40</sup> So beispielsweise in den Verfügungen i.S. UBS/Handelsverluste vom 18.11.2012 und UBS/LIBOR vom 19. Dezember 2012. Vgl. die Medienmitteilungen und Kurzberichte auf der FINMA-Website.

<sup>41</sup> FINMA-Verfügung vom 21. Dezember 2008, FINMA-Bulletin 1 (2010), 76 ff., Rz. 85.

<sup>42</sup> FINMA-Verfügung vom 11. Januar 2010, FINMA-Bulletin 1 (2010), 102 ff., Rz. 43.

«Auch wenn die übrigen Finanzmarktgesetze keine dem Versicherungsaufsichtsrecht nachgebildeten Normen kennen, können Verstösse gegen ausländische Vorschriften nach Schweizer Recht unter gegebenen Voraussetzungen relevant sein. Insbesondere kann die Verletzung ausländischen Rechts gegen bestimmte – offen formulierte – schweizerische Aufsichtsnormen verstossen; so insbesondere gegen das Erfordernis der Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit. Vor allem aber verlangen die aufsichtsrechtlichen Organisationsvorschriften, dass alle Risiken, einschliesslich Rechts- und Reputationsrisiken, angemessen erfasst, begrenzt und überwacht werden müssen...».<sup>43</sup>

Auch gegen diese Praxis der FINMA gab es die üblichen Reaktionen: Faust im Sack und vereinzelte öffentliche Proteste von Bankvertretern<sup>44</sup>, langes Schweigen der Politik (welche froh war, sich nicht mit dem schwierigen Thema für den ganzen Finanzplatz beschäftigen zu müssen, und stattdessen einzelne Banken kritisierte) und nachträgliche Vorwürfe wegen zu späten und zu zögerlichen Verhaltens der FINMA<sup>45</sup>.

## 6 Gewährspraxis

Wichtiger als die Formulierungen der zu Präjudizien geronnenen Gerichtspraxis zur Gewähr sind die langfristigen Trends in der Gewährspraxis der EBK und der FINMA. Seit den 80er Jahren hat die EBK mit einer extensiven Anwendung des Gewährsartikels insbesondere zwei Themenfelder beackert:

- Zum einen hat sie damit versucht, Missbräuche und Unsitten im Schweizer Private Banking und vor allem den «Missbrauch des Bankgeheimnisses» durch täuschende Handlungen aller Art<sup>46</sup> zu bekämpfen. Dies ist auch ein Anliegen des Gesetzgebers, was seit 1971 in der kuriosen Bestimmung von Art. 4<sup>quater</sup> BankG zum Ausdruck kommt. Demnach haben die Banken «im In- und Ausland jede irreführende sowie jede aufdringliche Werbung mit ihrem schweizerischen Sitz oder mit schweizerischen Einrichtungen zu unterlassen». Die «schweizerische Einrichtung» ist eine etwas verschämte Umschreibung des Bankgeheimnisses. In die gleiche Richtung geht der seit den 90er Jahren durch die

<sup>43</sup> FINMA-«Positionspapier Rechtsrisiken», Oktober 2010, 12.

<sup>44</sup> KONRAD HUMMLER, «Fahrlässige Worte» des FINMA-Chefs, Sonntags-Zeitung, 7. März 2013.

<sup>45</sup> MONIKA ROTH, Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit, Neue Zürcher Zeitung, 17. Juli 2013, 19. Sie kritisiert darin die FINMA für ihr «zögerliches Handeln». Die FINMA hätte nach Ansicht von ROTH nicht nur (was sie seit 2009 getan hat, vgl. ZULAUF [2013]) vor der Annahme unversteuerter Kundengelder unter dem Risikoaspekt warnen, sondern diese und jede andere potenzielle Verletzung ausländischen Rechts gestützt auf den Gewährsartikel unter einem Compliance-Aspekt verbieten sollen. Diese Bemerkung mehr als drei Jahre nach den ersten öffentlichen Warnungen durch Vertreter der FINMA zeigt exemplarisch die Spannweite der Erwartungshaltung gegenüber der Anwendung der Gewährsbestimmung durch die FINMA. Zur Frage des ausländischen Rechts als Massstab der Gewährsbeurteilung siehe Ziffer 5.

<sup>46</sup> Die erneute Lektüre einer alten Liste von Praxisfällen ist im Rückblick eindrücklich: ZULAUF (1994), 512 ff. Damals sorgten solche Fälle mit steuerlichem Hintergrund nicht für Aufsehen.

Banken und ihnen nahestehende Autoren gepflegte Versuch, den Ausdruck Bankgeheimnis durch Bankkundengeheimnis zu ersetzen und damit salonfähiger zu machen. Das Bestreben blieb (in der Schweiz) nicht ohne Erfolg. So verwenden die Gerichte den Ausdruck «Bankkundengeheimnis» häufig, und er hat sogar höchstrichterliche Weihen empfangen<sup>47</sup>. Auch der Bundesrat ist eingeschwenkt<sup>48</sup>, während es die FINMA soweit ersichtlich bei einer einmaligen Verwendung belies<sup>49</sup>.

- Zum anderen benutzten EBK und FINMA die Gewährsbestimmung, um Marktmissbräuche und Interessenkonflikte im Effektenhandel einzuschränken.

Die Praxis der EBK<sup>50</sup> wurde in mehreren Bereichen Vorläuferin späterer Regulierungen und Gesetzgebungen auf nationaler aber auch auf internationaler Ebene<sup>51</sup>:

- Seit Anfang der 80er Jahre entwickelte die EBK gestützt auf den Gewährsartikel eine Praxis<sup>52</sup>, die von den Banken verlangt, die «wirtschaftlichen Hintergründe» eines Geschäftes abzuklären, welche darauf hindeuten, «dass es Bestandteil eines unsittlichen oder rechtswidrigen Sachverhaltes sein könnte, oder wenn es sich um ein kompliziertes, ungewöhnliches oder bedeutsames Geschäft handelt». Diese anfangs von den Banken heftig kritisierten<sup>53</sup> Abklärungspflichten haben sich durchgesetzt und sind heute in leicht modifizierter Form in Art. 6 Geldwäschereigesetz und Art. 12 ff. der FINMA-Geldwäschereiverordnung verankert. International hat die Praxis der EBK nachweislich die Geldwäschereirempfehlungen der Financial Action Task Force (FATF) beeinflusst<sup>54</sup>.
- Grundlage dieser Gewährspraxis zur Abklärung der wirtschaftlichen Hintergründe bildete die Auffassung, dass das Bankengesetz nicht nur den Gläubigerschutz, sondern auch den Schutz des guten Funktionierens und des Rufes des Finanzplatzes und den Vertrauensschutz bezweckt. Auch diese Auffassung war hoch umstritten<sup>55</sup>. Die Kontroverse ist heute ohne Interesse, da der «Schutz der Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte» und die Stärkung des Ansehens als Ziele des Gesetzes seit 2009 in Art. 5 FINMAG verankert sind.
- Unter anderem gestützt auf den Gewährsartikel erliess die EBK 1990 in einem Rundschreiben 91/3 ihre «Geldwäschereiricht-

<sup>47</sup> So etwa im Fall «UBS/ Kundendaten», BGE 137 II 431, E. 2.1.

<sup>48</sup> Bundesrat, Botschaft FINMAG, BBl 2006 2868.

<sup>49</sup> FINMA-Jahresbericht 2010, 6, mit dem bemerkenswerten Satz: «Da das Bankkundengeheimnis in seiner bisherigen Form künftig kaum mehr durchsetzbar sein wird, überdenken die Banken ihre Geschäftsmodelle (...)»

<sup>50</sup> Für die FINMA kann nach erst viereinhalb Jahren Tätigkeit seit 2009 noch keine Aussage gemacht werden.

<sup>51</sup> Dazu HIRSCH, 41 f.

<sup>52</sup> HIRSCH, 30 ff.; ZULAUF (1994), 493 ff.

<sup>53</sup> Vgl. die Hinweise bei ZULAUF (1994), FN 140.

<sup>54</sup> So lautete in der ersten Fassung von 1990 die Empfehlung 15: 'Financial institutions should pay special attention to all complex, unusual large transactions, and all unusual patterns of transactions, which have no apparent economic or visible lawful purpose. The background and purpose of such transactions should, as far as possible, be examined, (...)'. Die heute geltende Fassung von 2012 (Empfehlung 10) geht nicht mehr so weit: 'Understanding and, as appropriate, obtaining information on the purpose and intended nature of the business relationship'.

<sup>55</sup> ZULAUF (1994), 378 ff. m.w.H.

linien», welche für den Bankensektor im Wesentlichen die Pflichten des Geldwäschereigesetzes von 1997 vorwegnahmen<sup>56</sup> und heute in der FINMA-Geldwäschereiverordnung von 2010 für alle von der FINMA beaufsichtigten Finanzintermediäre konkretisiert sind.

- Gestützt auf ihre langjährige Gewährspraxis in Einzelfällen, welche Banken die Annahme von Geldern aus Korruption verbot, ergänzte die EBK im Jahre 1998 nach den Fällen Mobutu und Bhutto<sup>57</sup> ihre Geldwäschereirichtlinien mit Regeln zu Personen «mit bedeutenden öffentlichen Funktionen für einen ausländischen Staat» (heute «politisch exponierte Personen»)<sup>58</sup>. Diese Regeln wurden in die Geldwäschereiverordnung der FINMA<sup>59</sup> übernommen und sollen neu auch auf Gesetzesstufe verankert werden<sup>60</sup>. Ebenso beeinflussten sie als international erste Regulierung in diesem für alle Finanzplätze relevanten Bereich die Revision der FATF-Empfehlungen im Jahre 2003<sup>61</sup>.
- Auch die über lange Jahre gestützt auf die Gewähr und Art. 11 Börsengesetz weiterentwickelte Praxis der EBK zu Marktmissbräuchen im Effektenhandel und Interessenkonflikten in der Vermögensverwaltung<sup>62</sup> wurden ebenfalls gegen erhebliche Widerstände zuerst 2008 in einem Rundschreiben<sup>63</sup>, dann 2012 im Börsengesetz<sup>64</sup> und 2013 in der Börsenverordnung<sup>65</sup> sowie durch eine Revision des Rundschreibens der FINMA<sup>66</sup> kodifiziert. Auch beeinflusste etwa der Entscheid Bank Vontobel/Thinktools vom März 2003<sup>67</sup> massgebend die Selbstregulierung der Banken<sup>68</sup>. Die von der EBK im Fall Biber erwogene aufsichtsrechtliche Einziehung unrechtmässiger Gewinne wurde vom Bundesgericht im Jahre 2000 abgelehnt<sup>69</sup>, fand jedoch 2009 mit Art. 34 FINMAG Eingang ins Finanzmarktrecht.
- Nachdem die UBS 2008 wegen Beihilfe zu Steuerdelikten von US-Personen unter ihren Kunden ins Fadenkreuz der US-Justiz geriet, machte die FINMA in Aufsichtsgesprächen, in öffentlichen Äusserungen einzelner ihrer Exponenten und in einem Positionspapier auf die stark erhöhten Rechts- und Reputationsrisiken im grenzüberschreitenden Vermögensverwaltungsgeschäft aufmerksam. Sie führte dazu auch einzelne eingreifende Verfahren und erliess Verfügungen, welche sie auf die Bewilligungsvoraussetzungen der Gewähr und einer guten Organisation stützte<sup>70</sup>. Im Februar 2013 schlug der Bundesrat in einer Vernehmlassung vor, im Geldwäschereigesetz Sorgfaltspflichten zur Abwehr unversteuerter Gelder einzuführen<sup>71</sup>.

<sup>56</sup> Vgl. DE CAPITANI, N. 143 ff.

<sup>57</sup> Dazu EBK-Jahresbericht 1997, 20 ff. m.w.H. auf die Einzelfallpraxis zu Korruptionsgeldern.

<sup>58</sup> Dazu EBK-Jahresbericht 1998, 35 f.

<sup>59</sup> Art. 2 Abs. 1 Bst. a und 12 Abs. 3 GwV-FINMA.

<sup>60</sup> Dies schlägt der Bundesrat am 27. Februar 2013 in seiner Vernehmlassungsvorlage zur Umsetzung der «revidierten Empfehlungen gegen Geldwäscherei» der FATF ins Schweizer Recht vor (Art. 2a Abs. 1 und 2 sowie Art. 6 Abs. 3 und 4 E-GwG).

<sup>61</sup> FATF Recommendations, Fassung von 2003: Empfehlung 6; geltende Fassung von 2012: Empfehlung 12.

<sup>62</sup> Dazu HIRSCH, 33 ff., und BESSON, 79 ff. mit Hinweisen auf die Praxis vor 2007. Seither nachzutragen wäre hier insbesondere der Fall Bank am Bellevue, Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2204/2011, 24. Juli 2012 (= BVGE 2012/33), dazu DANIEL DAENIKER in diesem FINMA-Sonderbulletin.

<sup>63</sup> EBK-Rundschreiben 08/1 (= FINMA-Rundschreiben 08/38).

<sup>64</sup> Art. 33e und 33f BEHG, in Kraft seit dem 1. Mai 2013.

<sup>65</sup> Art. 55a ff. BEHV zum zulässigen Marktverhalten.

<sup>66</sup> Dazu die am 27. März 2013 durch die FINMA eröffnete Anhörung.

<sup>67</sup> EBK-Bulletin 45 (2003), 164 ff.

<sup>68</sup> So erliess die Bankiervereinigung im Anschluss daran im Juni 2004 die «Zuteilungsrichtlinien für den Emissionsmarkt», welche von der FINMA als Mindeststandard anerkannt sind.

<sup>69</sup> EBK-Bulletin 40 (2000), 75 ff.

<sup>70</sup> Dazu vorne Ziffer 5. Zur Haltung der Aufsicht zu unversteuerten Kundengeldern ZULAUF (2013).

<sup>71</sup> <http://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=de&msg-id=47934>.

Trotz oder wegen dieser antizipativen Erfolgsgeschichte fand die Gewährspraxis auch Kritik, was nicht erstaunt. So kritisieren vor allem Banken nahestehende Autoren oder von Banken beauftragte Gutachter seit langem und bis heute, die EBK und die FINMA hätten mit ihrer Gewährspraxis die «Grenzen der Aufsichtskompetenz» überschritten und den Gewährsartikel als «allgemeine Kompetenznorm zu beliebiger zusätzlicher Rechtssetzung» missbraucht. Besonderen Unmut riefen in den letzten Jahren weniger die Einzelfallentscheide der FINMA hervor, sondern einzelne gewährsrelevante Erwartungen, welche die FINMA in der Form eines Positionspapiers oder einer Mitteilung oder in Antworten auf «Frequently Asked Questions» bekannt gab. Die Kritik in der Sache wurde hier überlagert von der Kritik an der Regulierungsform, welche entgegen den Vorgaben des FINMAG die Betroffenen nicht beteilige.

Andere Autoren unterstützen jedoch die Gewährspraxis<sup>72</sup>. Dabei luden einzelne die Aufsichtsbehörde zudem ein, gestützt auf die Gewährsbestimmung noch weitere Themenfelder zu beackern und z.B. Missbräuche bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Interessenkonflikten<sup>73</sup> und insbesondere Retrozessionen<sup>74</sup> zu bekämpfen oder über sämtliche Gewährsuntersuchungen mit Offenlegung der Namen der betroffenen Institute und Personen zu informieren<sup>75</sup>. Schliesslich gibt es Stimmen, die meinen, die Gewährsbestimmung gebiete ein viel rabiateres Vorgehen gegen Bankmanager, deren Institute Gelder politisch exponierter Personen<sup>76</sup> oder von Personen entgegennahmen, welche diese im Ausland nicht versteuert haben<sup>77</sup>.

## 7 Gewährsprüfung

### 7.1 Watchlist

Die FINMA prüft die Gewähr von Einzelpersonen nur im Hinblick auf ihre konkrete Funktion bei einem bestimmten beaufsichtigten Institut. Sie tut dies zudem nicht flächendeckend für sämtliche Gewährsträger aller beaufsichtigten Institute, sondern nur aus einem bestimmten Anlass, etwa in Bewilligungsverfahren oder bei Hinweisen auf zweifelhaftes Verhalten im Einzelfall.

In ihrer Aufsicht gelangt die FINMA regelmässig zu Informationen über Handlungen, die Zweifel aufkommen lassen, ob die dafür verantwortlichen Personen noch Gewähr bieten. Zum Teil sind diese Handlungen durch die FINMA selbst oder andere Behör-

<sup>72</sup> So HERTIG, 277 ff., und HIRSCH, 41 f.

<sup>73</sup> HIRSCH, 41 f.

<sup>74</sup> ROTH, passim.

<sup>75</sup> So der Kolumnist RUDOLF STRAHM, «Fall Frick» ist ein Fall FINMA, Der Bund, 16. Juli 2013.

<sup>76</sup> MONIKA ROTH, Heikler Umgang von Banken mit politisch exponierten Personen, Neue Zürcher Zeitung, 5. Januar 2013, 28.

<sup>77</sup> MONIKA ROTH, Interview mit Der Bund/Tagesanzeiger, 14. Juni 2013; DIESELBE, Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit, Neue Zürcher Zeitung, 17. Juli 2013, 19, dazu vorne FN 45.

den oder Gerichte abgeklärt und erhoben worden. Zum Teil sind sie auch nicht restlos gesichert, beruhen aber doch immerhin auf zuverlässigen Quellen wie Berichten von beaufsichtigten Instituten oder Prüfungsgesellschaften. Sofern eine dieser Personen eine konkrete Gewährsposition in einem beaufsichtigten Institut anstrebt, muss die FINMA näher abklären, ob sie dagegen intervenieren will.

Um diese Abklärung zu ermöglichen, führt die FINMA eine Watchlist solcher Personen. Diese enthält potenziell belastende, aber noch ungeprüfte Informationen, die für die Beurteilung der Gewähr relevant sein könnten. Diese Watchlist ist eine Datensammlung im Sinne des Datenschutzgesetzes<sup>78</sup> und muss daher gemäss den Vorgaben dieses Erlasses geführt werden. Sie ist beim Eidg. Datenschutzbeauftragten angemeldet. Die betroffenen Personen haben gestützt auf das Datenschutzgesetz ein Auskunftsrecht, welches auch den Inhalt der Daten umfasst<sup>79</sup>. Der Eintrag in die Watchlist dient ausschliesslich dem behördeninternen Wissensmanagement. Damit wird sichergestellt, dass die Mitarbeiter der FINMA erkennen können, ob nach einem Wechsel bei einer Gewährsträgerfunktion zusätzliche Abklärungen notwendig sind. Die unbeschränkte Einsicht in die Unterlagen der Watchlist ist wenigen mit der Administration der Liste betrauten Mitarbeitern der FINMA vorbehalten. Die anderen müssen ein besonderes Interesse nachweisen, z.B. weil sie ein Bewilligungsgesuch mit einer in der Watchlist eingetragenen Gewährsperson behandeln und damit Einsicht in die entsprechenden Unterlagen nehmen müssen. Die Daten werden während zehn Jahren oder, wenn der Eintrag auf einem Strafurteil beruht, während zwanzig Jahren aufbewahrt und danach gelöscht.

## 7.2 Gewährsbrief

In gravierenden Fällen schreibt die FINMA den betroffenen Personen zudem einen Gewährsbrief. Sie beschreibt den Anlass dazu auf ihrer Internetseite<sup>80</sup>:

«Soweit eine Person mit den Informationen über den Vorfall oder angeblichen Missstand in Verbindung gebracht wird, die aktuell nicht als «Gewährsträger» einzustufen ist (etwa weil sie gar nie «Gewährsträger» war oder weil sie die Gewährsfunktion aufgegeben hat), prüft die FINMA deren «Gewähr» nicht. Dazu fehlt der Anlass. Stattdessen überlegt sie, ob es angezeigt ist, diese Person einen «Gewährsbrief» zuzustellen. Sie tut dies, wenn

<sup>78</sup> Die FINMA hat dazu 2011 entsprechend dem Auftrag von Art. 23 Abs. 1 FINMAG eine «Datenverordnung» erlassen, SR 956.124.

<sup>79</sup> Art. 6 Datenverordnung-FINMA.

<sup>80</sup> «Fragen und Antworten rund um den Gewährsbrief» (Stand September 2010).

- sie nicht ausschliesst, dass die Empfängerin oder der Empfänger in Zukunft (wieder) eine Gewährsträgerposition übernehmen könnte;
- sie den Vorfall oder den angeblichen Missstand aufgrund der vorliegenden (noch ungeprüften und meist unvollständigen) Informationen für potenziell so gravierend erachtet, dass sie die «Gewähr» des Empfängers in Frage stellen könnten; und
- sie es für angezeigt hält, dies der betroffenen Personen ausdrücklich mitzuteilen.»

Im Gewähnsbrief schildert die FINMA kurz die Informationen, welche die Gewähr einer Person in Frage stellen. Der Wahrheitsgehalt und die Vollständigkeit der Informationen der FINMA werden darin ausdrücklich nicht gewertet. Der Empfänger wird eingeladen, dazu eine erste Stellungnahme abzugeben. Die FINMA gibt bekannt, sie behalte sich vor, die Gewähr des Empfängers konkret zu prüfen, sofern dieser in absehbarer Zukunft eine Gewährsposition einnehmen würde. Der Ausgang der Prüfung, die in der Regel im Rahmen eines eingreifenden Verwaltungsverfahrens erfolge, sei aber zu diesem Zeitpunkt völlig offen. Schliesslich ermuntert die FINMA den Empfänger, vor Übernahme einer (neuen) Funktion als Gewährsträger eines Instituts oder bei Unklarheit über die Einstufung einer Position mit der FINMA Rücksprache zu nehmen. Strebt der Empfänger des Gewähnsbriefes in der Zukunft eine konkrete Gewährsposition an und verneint die FINMA seine Gewähr für die angestrebte Funktion, hat er Anspruch auf ein Verfahren mit allen Parteirechten und eine anfechtbare Verfügung der FINMA.

Die EBK wurde und die FINMA wird für ihre Praxis beim Versand von Gewähnsbriefen anstelle von Gewährsprüfungen verschiedentlich kritisiert<sup>81</sup>. Es wird gerügt, Empfänger eines Gewähnsbriefes seien in ihrem beruflichen Fortkommen empfindlich beeinträchtigt, ohne dass sie sich dagegen wehren könnten. Dies sei aus Sicht des Rechtsschutzes höchst unbefriedigend. Die Aussicht für den Empfänger eines Gewähnsbriefes, dass seine Gewähr zu einem späteren Zeitpunkt im Zusammenhang mit einer konkreten Gewährsposition geprüft werde, ändere nichts daran, dass er belastet sei. Das Vorgehen der FINMA wirke sich als eigentliches «faktisches» Berufsverbot aus.

Es wurde erwartet, mit der Einführung des Berufsverbotes durch das FINMAG würde die «ominöse» Praxis des Gewähnsbriefes überflüssig<sup>82</sup>. Diese Erwartung hat sich nicht erfüllt. Vielmehr hat die

<sup>81</sup> Vgl. die Nachweise auf die Literatur bis 2007 bei ZULAUF/WYSS/ROTH, 98 f.; in jüngster Zeit postuliert UHLMANN, FN 47, ein Nachdenken über die Gewähnsbriefpraxis; CHATTON postuliert die Anwendbarkeit der für Strafverfahren geltenden Garantien der EMRK auf die Gewähnsbriefpraxis, wobei die konkreten Folgen daraus unklar sind.

<sup>82</sup> NOBEL (2007), 53 f.

FINMA die alte Praxis weitergeführt, und das Bundesverwaltungsgericht hat sie im Wesentlichen bestätigt<sup>83</sup>. Bereits an anderer Stelle wurden die Argumente für die Gewährungsbriefpraxis ausführlich dargestellt<sup>84</sup>. Der wichtigste Grund für den Gewährungsbrief besteht darin, dass alle anderen Lösungen (auch) für die Betroffenen schlechter oder nicht praktikabel wären:

- Würde die FINMA einer Person, welche ihrer Ansicht nach in einer neuen Funktion mit hoher Wahrscheinlichkeit ein Gewährungsproblem haben dürfte, dies nicht mitteilen, wäre das nicht in deren Interesse. Die Person könnte zwar unbelastet vom Damoklesschwert des Gewährungsbriefes eine neue Gewährsfunktion suchen und einnehmen. Die FINMA müsste dann aber nachträglich intervenieren, was für alle Betroffenen noch unangenehmere Folgen hätte. Dies wäre sicher dann der Fall, wenn die FINMA die Gewähr für diese Gewährsposition aufgrund des Gewährsverfahrens verneinen müsste. Sogar das umgekehrte, für den Gewährsträger positive Ergebnis könnte aber je nach den Umständen des Falles möglicherweise erst nach einer mehrmonatigen Beweisaufnahme erreicht werden, was für die davon Betroffenen auch schlecht wäre.
- Die verfahrensrechtlich sauberste Lösung wäre sicher eine sofortige Durchführung eines Gewährsverfahrens mit allen Parteirechten auf Verlangen der Betroffenen, sobald die FINMA die gewährsrelevanten Informationen erhält. Dies scheitert daran, dass die Gewähr nicht abstrakt geprüft werden kann: Gerade im Licht des Verhältnismässigkeitsprinzips ist eine seriöse Gewährsprüfung ohne Kenntnis der Tätigkeit und der Grösse des Instituts, bei welchem der Gewährsträger tätig werden möchte, sowie der konkret in Frage stehenden Funktion des Gewährsträgers nicht möglich.

<sup>83</sup> Dazu nachfolgend Ziffer 8.4.

<sup>84</sup> ZULAUF/WYSS/ROTH, 99 ff.

<sup>85</sup> Zu Recht weist LOMBARDINI, 62, Rz. 73, auf das Interesse des betroffenen Gewährsträgers hin, das Gespräch mit der FINMA zu suchen. Diese sollte für ein Gespräch grundsätzlich immer offen sein, auch wenn sie sich oft ohne Erhebung des Sachverhalts nicht festlegen kann. Auch für NOBEL (2010), 546, Rz. 84, ist die «Gewährung ausreichender Verfahrensrechte» zentral.

<sup>86</sup> ZULAUF/WYSS/ROTH, 102 ff.

### 7.3 Gewährsprüfung

Immerhin muss die FINMA grundsätzlich bereit sein, ein Gespräch mit einem Empfänger eines Gewährungsbriefes zu führen<sup>85</sup> und gestützt darauf und auf allfällige Unterlagen die Gewähr sofort und formlos zu bejahen oder sich prospektiv zu neuen Funktionen zu äussern<sup>86</sup>. Sie kann das aber nur tun, wenn ihre Zweifel an der Gewähr wirklich mit hinreichender Sicherheit ausgeräumt werden. Ein aufwendiges Beweisverfahren kann sie in dieser Phase nicht führen.

Die Bedeutung von Watchlist und Gewährsbrief dürfen nicht überbewertet werden. So bedeutet das Fehlen eines Eintrags in der Watchlist nicht, dass die FINMA die Gewähr nicht gestützt auf andere Informationen überprüfen darf und muss. Verzichtet die FINMA auf den Versand eines Gewährsbriefes, kann sie dennoch die Gewähr bei einer neuen Funktion des Gewährsträgers noch überprüfen. Versendet sie einen Gewährsbrief, gibt sie zu erkennen, dass sie dies mit grosser Wahrscheinlichkeit tun wird.

Wichtig ist auch in dieser Phase vor oder ausserhalb eines nach den Regeln des Verwaltungsverfahrensgesetzes durchgeführten Gewährsverfahrens ein transparentes Vorgehen gegenüber den Betroffenen. Unzulässig wären etwa Interventionen der FINMA bei potenziellen Arbeitgebern, welche eine Person mit einem Gewährsproblem anstellen möchten, ohne dass die Zweifel der FINMA an ihrer Gewähr ihr gegenüber offengelegt würden. Dies kann direkt durch die FINMA oder (mit Ermächtigung und Anweisung der FINMA) indirekt durch das beaufsichtigte Institut und den potenziellen neuen Arbeitgeber geschehen. Verdeckte und intransparente Interventionen der FINMA wären nicht zulässig und könnten allenfalls als Realakte<sup>87</sup> rechtlich angefochten werden.

<sup>87</sup> Art. 25a VwVG, dazu im Zusammenhang mit der öffentlichen Kommunikation der Aufsichtsbehörde ZULAUF/WYSS/ROTH, 277 f.; obiter zu Realakt und FINMA: Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-1092/2009, 30.4.2009 (= BVGE 2009/31), E. 5.2 (im Zusammenhang mit der Datenherausgabe durch die FINMA im Fall UBS), und B-19/2012, 10. Januar 2012 (durch das Gericht abgelehnter Versuch, eine Medienmitteilung der FINMA im Fall KPT zu verhindern).

<sup>88</sup> Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3708/2007, 4. März 2008 (= BVGE 2008/23), dazu nachfolgend Ziffer 8.2.

<sup>89</sup> Urteil des Bundesgerichts 2A.261/2004, 27. Mai 2004.

<sup>90</sup> Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-5535/2009, 6. Mai 2010 (= BVGE 2010/39), dazu nachfolgend Ziffer 8.3.

## 8 Bundesverwaltungsgericht zu Gewähr und Berufsverbot

### 8.1 Übersicht

Seit Beginn seiner Tätigkeit im Jahre 2007 befasste sich das Bundesverwaltungsgericht in fünf zentralen Fällen mit der Gewähr oder dem Berufsverbot:

- Im März 2008 definierte es die zulässige Dauer einer Entfernung einer Person aus einer Gewährsposition, welche einen «Switch in Kundendepots» von irrtümlich durch eine Bank als Eigenbestand erworbenen Aktien veranlasst hatte<sup>88</sup>. Dabei knüpfte es an die Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 2004<sup>89</sup> zu einem Bankdirektor an, der «geheime Nostrokonti» geführt hatte.
- In einer Entscheid vom Mai 2010<sup>90</sup> befasste sich das Gericht mit einem Kommanditärenstreit in einer Privatbank, den die EBK nicht mehr länger tolerierte. Dabei präzisierte das Gericht seine Kognition in Gewährsfällen.

- Im gleichen Monat Mai 2010 beurteilte das Bundesverwaltungsgericht in einem zweiten Entscheid<sup>91</sup> die Praxis der FINMA zum Gewährsbrief an einen «suspendierten Verwaltungsratspräsidenten».
- Zwei Jahre später, im Mai 2012, befasste sich das Bundesverwaltungsgericht ein erstes Mal mit dem Berufsverbot im Fall von zwei «Gratisprüfern», welche ohne Entgelt Prüfleistungen für einen künftigen Beaufsichtigten erbracht hatten<sup>92</sup>.
- Im bisher letzten Entscheid schliesslich beurteilte das Bundesverwaltungsgericht im Juli 2012<sup>93</sup> die Gewähr der Bank am Bellevue im Zusammenhang mit ihrer Hilfe beim Aufbau einer verdeckten Beteiligung an der börsenkotierten Gesellschaft SIA-Abrasives ohne rechtzeitige Offenlegung.

## 8.2 Gewährsmassnahmen sind zeitlich zu beschränken

Ordnet die FINMA die Entfernung eines Gewährsträgers aus einer Gewährsposition an, so kann diese Massnahme der FINMA in ganz gravierenden Fällen von unbeschränkter Dauer sein. Das ist jedoch nicht die Regel. Im Normalfall akzeptiert die FINMA, dass sich ein Gewährsträger nach einem gewährswidrigen Vorfall wieder bewähren und nach einer bestimmten Dauer wieder eine Gewährsposition einnehmen kann. Diese Praxis der EBK wurde bereits im Jahre 2001 vom Bundesgericht überprüft und bestätigt:

### Gewährsfall «Geheime Nostrokonti»<sup>94</sup>

Im Februar 2001 entlässt die Bank A ihren Generaldirektor X. Sie erstattet danach auch eine Strafanzeige wegen langjährigen Führens und Verschleierns von als Kundenkonti getarnten Nostrokonti zum Zweck des Abdeckens von Verlusten der Bank und der Kunden sowie undokumentierter Kompensationsgeschäfte für ausländische Kunden. X habe zudem Boni akzeptiert gestützt auf Gewinnzahlen, welche er verfälscht habe.

Im August 2003 will die Bank B Herrn X in den Verwaltungsrat aufnehmen. Damit ist die EBK nicht einverstanden, da sie die Gewähr von X verneint. Sie verbietet ihm im Februar 2004 in einer Verfügung, vor Januar 2007 im Verwaltungsrat der Bank B Einsitz zu nehmen. Das Bundesgericht erachtet in seinem Urteil vom Mai 2004 diese «Gewährssperre» von knapp sechs Jahren seit der Entlassung durch die Bank A für eine VR-Funktion als verhältnismässig.

<sup>91</sup> Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1360/2009, 11. Mai 2010, dazu nachfolgend Ziffer 8.4.

<sup>92</sup> Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-5121/2011, 31. Mai 2012 (= BVGE 2012/10), dazu nachfolgend Ziffer 8.5.

<sup>93</sup> Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2204/2011, 24. Juli 2012, Bank am Bellevue (= BVGE 2012/33), vgl. dazu den Aufsatz von DANIEL DAENIKER, Ziffer 4.4 in diesem FINMA-Sonderbulletin.

<sup>94</sup> Urteil des Bundesgerichts 2A.261/2004, 27. Mai 2004.

Das Bundesverwaltungsgericht überprüfte diese Praxis und Rechtsprechung im Jahre 2008 erneut und differenzierte sie:

### **Gewährsfall «Switch in Kundendepots»<sup>95</sup>**

Ausgangspunkt der Geschichte war ein operationeller Fehler der Bank A. Sie kaufte im Oktober 2005 statt 15 000 Titel einer Aktie für eine Vermögensverwaltungskundin 15 Mal mehr für einen Einstandspreis von knapp 13 Mio. Euro. Der Kurs der Titel sank in den Tagen nach dem Kauf massiv. Nun folgt ein fataler Entscheid: Die Bank platzierte («Switch») die Titel in Depots von Vermögensverwaltungskunden, und zwar zum (höheren) Einstandskurs. Der für den «Switch» Verantwortliche X bekommt schon bald nach diesem Entscheid ein schlechtes Gewissen und informiert die Geschäftsleitung und die interne Revision der Bank A. Diese veranlasst die Stornierung des «Switch». Den Kunden erwächst damit kein Schaden. Die Bank A entlässt X im November 2005. Im Dezember 2005 unterzeichnet X einen Arbeitsvertrag für eine Position unterhalb der Gewährsschwelle. Die Bank B kündigt jedoch an, sie möchte X im Verlaufe des Jahres 2008 in eine Gewährsposition befördern. Die EBK ist damit nicht einverstanden und eröffnet im Herbst 2006 ein Gewährsverfahren. In einer an X gerichteten Verfügung stellt sie im April 2007 eine «Gewährsverletzung» fest und erlaubt eine «Gewährsposition» erst im Oktober 2010, das heisst fünf Jahre nach dem «Switch».

In einem 45-seitigen Entscheid heisst das Bundesverwaltungsgericht im März 2008 die Beschwerde des X gegen den Entscheid der EBK teilweise gut und kürzt das Verbot, die beabsichtigte «Gewährsposition» bei der Bank B einzunehmen, aus Gründen der Verhältnismässigkeit auf drei Jahre.

Bemerkenswert ist auch an diesem Entscheid, wie genau das Gericht trotz des Hinweises auf den Beurteilungs- und Ermessensspielraum der FINMA den Sachverhalt überprüft (E. 5) und sich anhand eines Vergleichs mit ähnlichen Fällen einen eigenständigen Massstab zur Dauer von Gewährsmassnahmen erarbeitet (E. 6). Dabei stellt das Gericht hohe Anforderungen an die Begründung eines Verbots einer Gewährsposition:

<sup>95</sup> Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-3708/2007, 4. März 2008 (= BVGE 2008/21).

«Nur bei schweren Missachtungen der bankenaufsichtsrechtlichen Sorgfaltspflichten darf eine ungünstige Prognose in Bezug auf die künftige Geschäftstätigkeit gemacht werden (AELLEN, a.a.O., S. 214). Insofern muss weiteres Fehlverhalten in Zukunft als wahrscheinlich betrachtet werden. Blosser Möglichkeit weiteren Fehlverhaltens genügt nicht (KLEINER/SCHWOB, Kommentar zum Bankengesetz, Art. 3 N. 181 [Ausgabe April 2005]).

Bereits die Anordnung durch die EBK, dass ein bestimmter Gewährsträger aus der betreffenden Bank ausscheiden muss, stellt eine Massnahme dar, die nur bei einer gewissen Schwere und Tragweite des unkorrekten Verhaltens verfügt wird, z.B. bei Begehung von und der Verwicklung in Straftaten, insbesondere Vermögens- und Urkundendelikte, bei Fällen von Treue- und Sorgfaltspflichtverletzungen, um finanzielle und persönliche Vorteile zu erreichen, sowie bei Kumulation von gleichen und/oder verschiedenen Fehlverhalten (BAUMGARTEN/BURCKHARDT/ROESCH, a.a.O., S. 172, 3.3, mit Verweis auf AELLEN, a.a.O., S. 236). Dies muss umso mehr auch bei der Bestimmung einer Nichtwählbarkeitsperiode für eine bestimmte Gewährsposition bei einer andern Bank gelten.»<sup>96</sup>

Das Gericht würdigt die Argumente für und wider die von der EBK angeordnete fünfjährige Sperre und reduziert diese schliesslich auf drei Jahre, gestützt auf folgende Überlegungen:

«In die Würdigung einzubeziehen ist in erster Linie, dass das fehlerhafte Verhalten des Beschwerdeführers einen einmaligen Verstoss darstellt (vgl. vorne E. 6.4). Auch für die Zeit nach seinem Ausscheiden aus der Bank A. wird ihm von seinem jetzigen Vorgesetzten ein sehr gutes Zeugnis in fachlicher wie auch persönlicher Hinsicht ausgestellt. Im Weiteren ist nicht abschliessend erstellt, wie es zur Anwendung des Einstandskurses gekommen ist; daher kann dem Beschwerdeführer jedenfalls keine absichtliche Treuepflichtverletzung nachgewiesen werden. Mit seinem Fehlverhalten wollte der Beschwerdeführer sich nicht selber begünstigen, sondern der Zweck der <Switches> – ob er bewusst verfolgt wurde oder nicht, muss nach dem Gesagten offen bleiben – lag letztendlich darin, den Verlust der Bank zu vermindern. Im Weiteren ist zugunsten des Beschwerdeführers

<sup>96</sup> A.a.O., E. 6.2.

zu berücksichtigen, dass er unverzüglich nachdem er selbst über den Verlustfall in Kenntnis gesetzt worden war den CEO informierte, dass er die N.-Titel vor den «Switches» nochmals einer Analyse unterziehen liess, sowie dass er nach dem Einschreiten des Konzerninspektorats kooperativ reagiert und sofort die Rückabwicklung der «Switches» veranlasst hatte.

Festzuhalten ist ferner, dass der Beschwerdeführer durch sein Ausscheiden aus der Bank A. und die entsprechende Rufschädigung wie auch durch die erlittenen finanziellen Einbussen für sein Fehlverhalten bereits erhebliche Nachteile zu tragen hatte.»<sup>97</sup>

### 8.3 Kognition des Bundesverwaltungsgerichts in Gewährsfällen definiert

Der zweite Gewährsfall seit 2008 gab dem Bundesverwaltungsgericht Gelegenheit, seine Kognition in Gewährssachen zu kalibrieren und die diesbezüglichen Ausführungen im soeben dargestellten Entscheid «Switch in Kundendepots» zu bestätigen.

#### **Gewährsfall «Kommanditärenstreit»<sup>98</sup>**

Zwei Brüder waren als Gesellschafter einer als Kommanditgesellschaft organisierten Privatbank X im Jahr 2009 heillos zerstritten. Es war dies der dritte massive familiäre Konflikt unter den Gesellschaftern dieser Bank seit 20 Jahren. Gutes Zureden der EBK und nach 2009 der FINMA halfen nichts. Der Bericht der Prüfungsgesellschaft beanstandete zudem viele Unregelmässigkeiten. Viele davon blieben während Jahren bestehen. Zwischen zwei Gesellschaftern und ihren Verbündeten waren Zivilrechtsklagen hängig. An einem gewissen Punkt wollte die FINMA diesen Auseinandersetzungen nicht mehr länger zusehen. Sie stellte in einer Verfügung vom Juli 2009 fest, dass die Bewilligungsvoraussetzungen einschliesslich der Gewähr nicht mehr erfüllt waren, gab der Bank eine letzte Frist zur Bereinigung der Situation, drohte sonst den sofortigen Bewilligungsentzug an und setzte einen Untersuchungsbeauftragten ein, welcher alle über die normale Geschäftstätigkeit hinausgehenden Beschlüsse der Gesellschafter zu genehmigen hatte. Das Bundesverwaltungsgericht bestätigte mit Urteil vom Mai 2010 die Massnahmen der FINMA und wies die Beschwerden verschiedener Gesellschafter ab.

<sup>97</sup> A.a.O., E. 6.7.

<sup>98</sup> Entscheid B-5535/2009, 6. Mai 2010 (= BVGE 2010/39).

Dabei ging das Bundesverwaltungsgericht, wie bereits im Fall «Switch in Kundendossiers», in einem subtilen Hin und Her überaus kunstvoll ans Werk:

- In einem ersten Schritt wiederholt es den gesetzlichen Befund, dass es die Verfügungen der FINMA «grundsätzlich» mit voller Kognition prüfe, das heisst nicht nur auf falsche Rechtsanwendung, sondern auch auf eine falsche oder unvollständige Feststellung des Sachverhaltes und Unangemessenheit des Entscheids.
- In nächsten Schritt anerkennt das Gericht jedoch einen Beurteilungsspielraum der FINMA bei der Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs der Gewähr, welche technische Spezialkenntnisse erfordere. Das Gericht auferlege sich eine gewisse Zurückhaltung:  
«Dès lors, dans ce cas également, l'autorité de recours se doit de faire preuve d'une certaine retenue. En effet, il serait contraire à l'essence même du contrôle juridictionnel que le Tribunal fédéral (sic) rejette une interprétation soutenable de la notion juridique indéterminée en cause dont il s'écarterait à la faveur d'un réexamen librement effectué (cf. ATF 108 Ib 196 consid. 3b).»
- Das jedoch bedeute aber keinen Freipass für FINMA:  
«Cela ne signifie toutefois pas que l'autorité de surveillance disposerait de la compétence, dans ses décisions, de définir l'activité irréprochable avec une entière liberté de jugement; au contraire, la liberté d'appréciation dont elle bénéficie ne doit être admise que dans un cadre aussi délimité que possible afin que le contrôle juridictionnel ne soit pas restreint de manière excessive (ATAF 2008/23 consid. 3.3 [...]).»<sup>99</sup>
- In einem letzten Schritt prüft das Gericht jedoch wiederum relativ detailliert die Gewährsbeurteilung durch die FINMA einschliesslich der prospektiven Gewährseinschätzungen im Lichte der Gesetzeszwecke und die Angemessenheit der angeordneten Massnahmen<sup>100</sup>.

<sup>99</sup> A.a.O., E. 4.1.1. Im früheren Entscheid «Switch in Kundendepots» (B-3708/2007, E. 3.3) wies das Gericht zudem noch auf den Ermessensspielraum der EBK bei der Wahl der zu treffenden Massnahmen und auf die Grenzen dieses Ermessens (Verbot der Willkür und der rechtsungleichen Behandlung, Gebot von Treu und Glauben, Verhältnismässigkeit) hin.

<sup>100</sup> A.a.O., E. 4.2. bis E. 4.4.

## 8.4 Gewährsbriefpraxis der FINMA ist rechtskonform

### **Gewährsfall «Gewährsbrief an suspendierten Verwaltungsratspräsidenten»<sup>101</sup>**

Im August 2008 suspendiert und entlässt die neue Hauptaktionärin der Auslandsbank A den Verwaltungsratspräsidenten X der Schweizer Bank und Verantwortlichen für den Handel auf Gruppenstufe wegen Unregelmässigkeiten in Handelsoperationen. X bestreitet die Vorwürfe und klagt gegen die Bank A vor Zivilgerichten in der Schweiz und im Herkunftsland. Er sei Opfer einer Abrechnung unter Aktionären und verlangt von der EBK Einsicht in interne Untersuchungsberichte der Bank. Die EBK gibt X im Dezember 2008 bekannt, sie hätte zusätzlich Informationen erhalten, wonach er Mitarbeiter zu falschen Auskünften über die Verwaltung eines Depots aufgefordert habe, um eine Amtshilfe an die SEC zu vermeiden. Gestützt auf diese Informationen würde sie ein Gewährsverfahren eröffnen, aber erst wenn X eine hinreichend konkrete Aussicht auf eine neue Gewährsposition hätte. X erhält einen Gewährsbrief. Im Dezember 2008 verlangt X von der EBK die Eröffnung eines Verwaltungsverfahrens, um seine Unschuld zu beweisen. Mit Verfügung vom Januar 2009 tritt die FINMA nicht auf dieses Begehren ein und lehnt entsprechend der Praxis der EBK ein Gewährsverfahren ab, solange X keine hinreichend konkrete Aussicht auf eine neue Gewährsposition hat. Sie gibt X Einsicht in die von ihm verlangten Dokumente, soweit sie ihn betreffen.

Das Bundesverwaltungsgericht weist mit Urteil vom Mai 2010 eine Beschwerde gegen die Nichteintretensverfügung ab.

Das Bundesverwaltungsgericht bestätigt die frühere Praxis des Bundesgerichts, wonach die Gewähr nicht abstrakt geprüft werden kann:

«Il n'existe pas de droit à un examen abstrait de la garantie future de l'exercice d'une activité irréprochable (Bulletin CFB 46 p. 21 consid. 2). En effet, selon une jurisprudence constante, les conditions pour la garantie d'une activité irréprochable ne s'examinent pas de manière abstraite et générale mais au contraire se définissent au cas par cas dans chaque situation concrète en tenant compte de la nature de la fonction à occuper ainsi que de la grandeur et du genre d'activités de l'entreprise soumise à

<sup>101</sup> Entscheid B-1360/2009, 11. Mai 2010.

autorisation (arrêt du TF 2A.261/2004 du 27 mai 2004 consid. 1, arrêt du TF 2A.573/2003 du 30 juillet 2004 consid. 2.4 ; arrêt du TAF B-2896/2007 du 12 juillet 2008 consid. 3.3.3). »<sup>102</sup>

Als Folge verneint das Gericht das schutzwürdige Interesse des Beschwerdeführers auf eine Gewährsprüfung durch die FINMA, solange er keine hinreichend konkrete Aussicht auf eine neue Gewährsposition hat:

« Il appert que le recourant ne peut se prévaloir d'un intérêt digne de protection que dans la mesure où il envisage d'occuper à nouveau une position concrète auprès d'un établissement déterminé soumis à la surveillance de la FINMA, ses qualifications devant alors être examinées de manière séparée et faire l'objet d'une décision (arrêt du TF 2A.573/2003 du 30 juillet 2004 consid. 2.4). »<sup>103</sup>

Schliesslich erachtet das Gericht auch die Gewährsbriefpraxis der FINMA als rechtmässig:

« A cet égard, dans sa lettre du 3 décembre 2008 (Gewährsbrief), l'autorité inférieure n'interdit pas au recourant d'exercer une quelconque activité, mais l'invite à prendre contact avec elle s'il entend exercer une position requérant la garantie d'une activité irréprochable ; cette recommandation a été notifiée au recourant seulement et n'est pas contraignante. Il ressort de ce courrier que si le destinataire envisage de manière concrète d'exercer une fonction dirigeante dans un établissement assujetti, il peut s'adresser à l'autorité inférieure afin qu'elle statue sur l'exigence de la garantie d'une activité irréprochable à la lumière du poste visé ; il a en outre la possibilité d'exercer, sans restriction et sans en référer à l'autorité de surveillance, toute activité professionnelle de son choix dans la mesure où il n'envisage pas d'occuper, dans le domaine bancaire, une fonction prépondérante. S'il est certes possible que les causes à l'origine de son licenciement et relatées par la presse aient pu l'entraver dans sa recherche d'un nouvel emploi, il n'en demeure pas moins que l'autorité inférieure n'a en aucune façon interdit à ce dernier d'exercer une activité dans le domaine bancaire. Elle n'est au demeurant nullement à l'origine du licenciement dont il a fait l'objet. »<sup>104</sup>

<sup>102</sup> A.a.O., E. 3.3.1.

<sup>103</sup> A.a.O., E. 3.3.1.

<sup>104</sup> A.a.O., E. 3.5.1.

## 8.5 Berufsverbot bestätigt

Im Jahr 2012 befasste sich das Bundesverwaltungsgericht erstmals mit dem Berufsverbot von Art. 33 FINMAG:

### **Gewährsfall «Berufsverbot für Gratisprüfer»<sup>105</sup>**

Im Juni 2009 stellen zwei leitende Prüfer einer Prüfgesellschaft in Aussicht, aufgrund der vorliegenden Unterlagen wahrscheinlich eine positive Stellungnahme zu einem Bewilligungsgesuch als Vermögensverwalter nach Kollektivanlagengesetz abgeben zu können. Im Hinblick auf ein anschliessendes dauerndes Mandat als Prüfgesellschaft erklären sie sich bereit, für ihre Prüfarbeiten zum Bewilligungsgesuch kein Honorar zu verlangen. Die FINMA erachtet in einer Verfügung vom Juli 2011 den angebotenen Honorarverzicht als schwere Aufsichtsrechtsverletzung, weil ein solcher mit dem Unabhängigkeitsgebot eines Prüfers nicht vereinbar sei. Sie verbietet den beiden für sechs Monate die Tätigkeit als leitende Prüfer.

Das Bundesverwaltungsgericht weist mit Urteil vom Mai 2012 die Beschwerde der Prüfer ab.

Das Gericht hielt fest,

«dass eine Honorarverzichtsofferte im Rahmen der Verhandlungen zum Abschluss eines Prüfungsauftrages nicht mit dem von leitenden Prüfern im Sinne von Art. 26 Abs. 2 FINMAG zu beachtenden Unabhängigkeitserfordernis gemäss Art. 728 OR vereinbar ist.»<sup>106</sup>

Das Gericht bejahte die Verhältnismässigkeit der Massnahme und das Vorliegen einer «schweren Aufsichtsrechtsverletzung» durch die Verletzung des Unabhängigkeitserfordernisses für Prüfer auch im Lichte der «Enforcement-Policy» der FINMA:

«Die Unabhängigkeit ist im System der dualen Aufsicht, bei welchem die Beaufsichtigten nicht direkt von der Aufsichtsbehörde, sondern von Prüfgesellschaften im Auftrag und gegen Entschädigung der Beaufsichtigten überprüft werden, von zentraler Bedeutung (...). Die vorliegende Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen betrifft somit den Kernbereich der von den Beschwerdeführern als leitende Prüfer im Sinne von Art. 26 Abs. 2

<sup>105</sup> B-5121/2011, 31. Mai 2012 (= BVGE 2012/10). Die verfahrensrechtlichen Fragen des Entscheids werden hier nicht beleuchtet, dazu der Beitrag von EVA SCHNEEBERGER in diesem FINMA-Sonderbulletin.

<sup>106</sup> A.a.O., E. 6.3.

FINMAG einzuhaltenden Vorschriften. Von einer nur untergeordneten Verletzung finanzmarktrechtlicher Pflichten kann deshalb nicht die Rede sein, zumal die Beschwerdeführer wissen mussten, dass ihr Verhalten nicht mit den Anforderungen an die Unabhängigkeit vereinbar ist. Beiden Beschwerdeführern ist in gleichem Masse ein erhebliches Verschulden vorzuwerfen (...). Zu ihren Gunsten ist immerhin in Rechnung zu stellen, dass ihnen nur ein einmaliges Fehlverhalten zur Last gelegt werden kann und dass sie im Nachhinein rasch ein marktübliches Honorar in Rechnung stellten. Andererseits blieb die Vorinstanz mit ihrem je sechsmonatigen Berufsverbot nahe an der unteren Grenze und schöpfte den gesetzlichen Rahmen von bis zu fünf Jahren bei weitem nicht aus.

Unter Würdigung aller Umstände erscheint es als verhältnismässig und gerechtfertigt, dass die Vorinstanz von einer schweren Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen ausging und den Beschwerdeführern ein je sechsmonatiges Berufsverbot auferlegte. Im Rahmen des ihr zustehenden Beurteilungsspielraumes durfte die Vorinstanz mit Recht annehmen, dass vorliegend angesichts der Schwere des Verstosses gegen aufsichtsrechtliche Vorschriften eine mildere Massnahme wie eine Festsetzungsverfügung im Sinne von Art. 32 FINMAG oder eine blosser «Adressierung» der Beschwerdeführer im Sinne von Grundsatz 6 Enforcement-Policy nicht genügt hätte.»<sup>107</sup>

## 9 Fazit

Die vorstehende Analyse bietet Anlass zu drei Schlussbemerkungen:

Die Gewährspraxis der EBK und daran anschliessend der FINMA war erstens immer Gegenstand intensiver aufsichtspolitischer Debatten. Während die Verteidiger der Gewährspraxis die Gewährsklausel unterstützten<sup>108</sup>, gingen ihre Kritiker teilweise hart mit der EBK und der FINMA ins Gericht. Die Vorwürfe reichen von einer rechtswidrigen Inanspruchnahme einer «autonomen Rechtssetzungskompetenz» und Tendenz zu «unerfassbarer Moralisererei» und «willkürlichen Qualifikationen» durch Schaffen einer «neben der Rechtsordnung stehenden für Bankangestellte geltenden Moralordnung»<sup>109</sup>. Andere akzeptieren die Gewährspraxis als «Hebel zur Steuerung der Selbstregulierung»<sup>110</sup> oder als «im Grossen und Ganzen praxisnah»<sup>111</sup>. Wieder andere fordern die FINMA wie erwähnt<sup>112</sup>

<sup>107</sup> A.a.O., E. 8.2.

<sup>108</sup> NOBEL (2009), 260; HIRSCH, 42 f.; KILGUS, 6 ff.

<sup>109</sup> KLEINER/SCHWOB, Art. 3 N. 167 und 191.

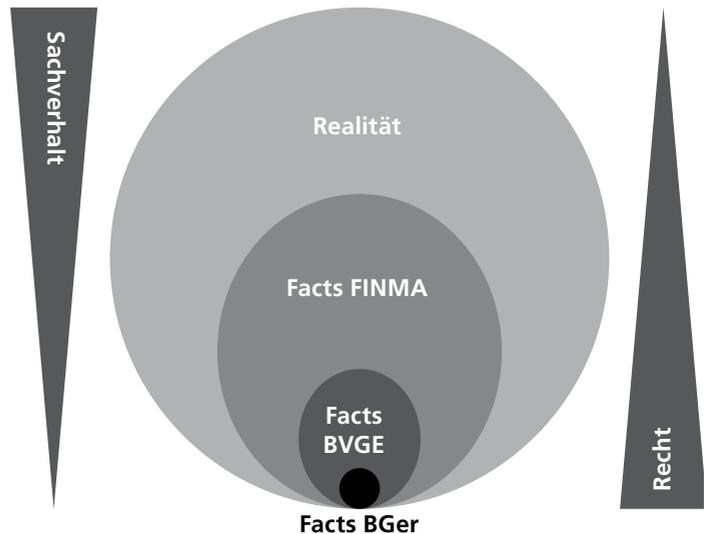
<sup>110</sup> WINZELER, Art. 3 N. 25.

<sup>111</sup> BAUMGARTEN/BURCKHARDT/ROESCH, 180.

<sup>112</sup> Vgl. vorne Ziffer 6.

auf, radikale Aufsichtsmaßnahmen mit Hilfe des Gewährsartikels umzusetzen. Die Gewährspraxis bietet dabei ihren Rechtskommentatoren auch Anlass zu literarischen Höhenflügen: Der Gewährsartikel diene als «Zauberstab der FINMA»<sup>113</sup> und als «Einfallstor des Funktionsschutzes»<sup>114</sup>, während der «ominöse» Gewährsbrief und der Gewährsartikel als «Damoklesschwert»<sup>115</sup> der Aufsichtsbehörde bedrohlich über den Gewährsträgern hingen.

Zweitens stehen die FINMA als rechtsanwendende Behörde und die Gerichte bei der Rechtsanwendung vor der Aufgabe, die anfangs meist diffusen realen Geschehnisse zu einem rechtsrelevanten Sachverhalt zu verdichten, diesen rechtlich zu würdigen und die richtigen und rechtlich zulässigen Massnahmen zu treffen. Während am Anfang des Prozesses die Ermittlung und Aufarbeitung des Sachverhaltes im Vordergrund steht, konzentriert und verfestigt sich dieser im gerichtlichen Instanzenzug immer mehr. Das Bundesgericht sollte sich als oberste richterliche Instanz praktisch ausschliesslich auf Rechtsfragen konzentrieren können. Dieser Verdichtungsprozess der Rechtstatsachen lässt sich grafisch darstellen:



In den oben dargestellten Gewährsfällen hat dieser Verdichtungsprozess gut funktioniert. Das Bundesverwaltungsgericht räumt zwar der FINMA einen Beurteilungsspielraum bei der Auslegung des unbestimmten Gewährsbegriffs ein. Es prüft aber sowohl die Sach-

<sup>113</sup> NOBEL (2009), 260.

<sup>114</sup> NOBEL (2010), 547, Rz. 86.

<sup>115</sup> WINZELER, N. 25 zu Art. 3 BankG; KILGUS, 6.

verhaltsermittlung als auch die Rechtsanwendung eigenständig und sachgerecht. Auch zeitlich war das Gericht in der Lage, innerhalb etwa eines Jahres einen Entscheid zu treffen. Vor allem aus Sicht der betroffenen Personen wäre hier eine Beschleunigung erwünscht. Dies ändert nichts am Befund, dass die richterliche Kontrolle der Gewährsprüfung funktioniert. Das Gericht über die Gewähr bietet Gewähr.

Drittens scheint die Gewährspraxis der FINMA und zuvor der EBK angesichts der dargestellten, fast diametral entgegengesetzten an sie gerichteten Erwartungen wohl nicht so falsch zu liegen. Eine Gewährspraxis, welche mit abgewogenen Massnahmen selbständig, verantwortungsbewusst und antizipativ auf Fehlentwicklungen und Missbräuche reagiert, dürfte den Zielen der Finanzmarktaufsicht langfristig am besten dienen. Eine solche Praxis ist jedenfalls der in letzter Zeit verschiedentlich feststellbaren Haltung von Behörden vorzuziehen, aus Angst vor unangenehmen Entscheiden und der damit verbundenen Verantwortung ihren rechtlichen Handlungsspielraum möglichst eng zu definieren, auf eigene Entscheide zu verzichten und stattdessen solche von anderen zu fordern. Die bisherige Gewährspraxis bietet Gewähr.



# Rechtsprechung zum Offenlegungs- und Übernahmerecht

**Dr. Daniel Daeniker, LL.M., Rechtsanwalt\* /  
Joël Bürgisser, MLaw\*\***

\* Daniel Daeniker ist Partner bei der Homburger AG in Zürich und Lehrbeauftragter an der Universität Zürich.

\*\* Joël Bürgisser ist Praktikant bei der Homburger AG.

<b>1</b>	<b>Übersicht</b>	<b>47</b>
<b>2</b>	<b>Rechtsgrundlagen</b>	<b>47</b>
2.1	Offenlegung von Beteiligungen	47
2.1.1	Rechtsquellen	47
2.1.2	Grundzüge der gesetzlichen Regelung	47
2.1.3	Kategorien von meldepflichtigen Positionen	48
2.1.4	Zeitpunkt der Meldung	50
2.1.5	Verfahrensfragen	50
2.2	Übernahmerecht	51
2.2.1	Rechtsquellen	51
2.2.2	Grundzüge der gesetzlichen Regelung	51
2.2.3	Verfahrensfragen	52
<b>3</b>	<b>FINMA-Praxis und Praxis der Rechtsmittelinstanzen</b>	<b>52</b>
3.1	Praxis der FINMA als Aufsichtsbehörde	52
3.2	Praxis der Gerichte bei der Überprüfung von FINMA-Entscheidungen	53
<b>4</b>	<b>Einzelentscheide</b>	<b>54</b>
4.1	L. / Implexia	54
4.1.1	Sachverhalt	54
4.1.2	Beurteilung durch die Behörden	55
4.1.3	Beurteilung durch die Gerichte	56
4.1.4	Würdigung	57
4.2	Sulzer	58
4.2.1	Sachverhalt	58
4.2.2	Beurteilung durch die FINMA	59
4.2.3	Beurteilung durch die Gerichte	59

4.2.4 Würdigung	60
4.3 Quadrant	60
4.3.1 Sachverhalt	60
4.3.2 Beurteilung durch die Behörden	61
4.3.3 Beurteilung durch die Gerichte	62
4.3.4 Würdigung	63
4.4 sia Abrasives / Bank X.	64
4.4.1 Sachverhalt	64
4.4.2 Beurteilung durch die FINMA	64
4.4.3 Beurteilung durch die Gerichte	65
4.4.4 Würdigung	66
<b>5 Schlussfolgerung</b>	<b>68</b>

## 1 Übersicht

Zu den mannigfaltigen Aufgaben der FINMA gehört die Überwachung der Einhaltung der Regeln des Kapitalmarktrechts, vorab der Vorschriften des Börsengesetzes (BEHG)<sup>1</sup>. Das BEHG verpflichtet die Aktionäre schweizerischer Unternehmen, die an einer Schweizer Börse kotiert sind, zur Offenlegung ihrer Beteiligungen; darüber wacht die Offenlegungsstelle der SIX Swiss Exchange (OLS). Darüber hinaus stellt das BEHG Regeln über öffentliche Übernahmeangebote auf; im Einzelfall entscheidet die Schweizerische Übernahmekommission (UEK). In beiden Fällen ist die FINMA Aufsichtsbehörde und höhere Instanz zugleich. Kontroverse Entscheidungen der FINMA werden durch das Bundesverwaltungsgericht bzw. das Bundesgericht überprüft. Davon soll in dieser Abhandlung die Rede sein.

Zunächst gehen wir auf die materiell-rechtlichen Grundlagen der Offenlegung von Beteiligungen und des Übernahmerechts ein, soweit sie für das vorliegende Thema von Belang sind (2.). Sodann seien einige Bemerkungen über die Praxis der FINMA im Finanzmarktaufsichtsrecht generell sowie zur Würdigung der Arbeit der FINMA durch die Gerichte gemacht (3.). Anhand einer Beschreibung einiger konkreter Gerichtsfälle (4.) soll zuletzt geprüft werden, ob die allgemeinen Beobachtungen zur Praxis der FINMA und deren Beurteilung durch die Gerichte auch im Offenlegungs- und Übernahmerecht Bestand haben (5.).

## 2 Rechtsgrundlagen

### 2.1 Offenlegung von Beteiligungen

#### 2.1.1 Rechtsquellen

Die Offenlegung von Beteiligungen ist auf Gesetzesebene in Art. 20 und 21 BEHG geregelt. Die Bestimmungen werden präzisiert in Art. 9 ff. der Börsenverordnung der FINMA (BEHV-FINMA)<sup>2</sup>. Die Bestimmungen zur Offenlegung von Beteiligungen sind mit Wirkung zum 1. Dezember 2007 und nochmals per 1. Januar 2009 verschärft worden.

#### 2.1.2 Grundzüge der gesetzlichen Regelung

Die Pflicht zur Offenlegung von Beteiligungen gilt für Aktien einer Gesellschaft mit Sitz in der Schweiz, deren Beteiligungspapiere min-

<sup>1</sup> Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel vom 24. März 1995, letztmals revidiert am 1. September 2011 (SR 954.1).

<sup>2</sup> Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht über die Börsen und den Effektenhandel vom 25. Oktober 2008, letztmals revidiert am 1. Juni 2012 (SR 954.193).

destens teilweise in der Schweiz kotiert sind (Art. 20 Abs. 1 BEHG). Die eidgenössischen Räte haben in der Sommersession 2012 einer Ausweitung des Anwendungsbereichs der Offenlegungsregelung zugestimmt: Inskünftig soll sie auch für ausländische Gesellschaften gelten, deren Titel in der Schweiz primärkotiert sind<sup>3</sup>. Damit soll eine Ungleichbehandlung derjenigen ausländischen Gesellschaften vermieden werden, die in der hiesigen Wahrnehmung ohnehin als einheimisch betrachtet werden<sup>4</sup>.

Meldepflichtig sind alle Geschäfte in Aktien sowie Erwerbs- und Veräusserungsrechte auf Aktien, durch die die Meldeschwellen von 3%, 5%, 10%, 15%, 20%, 25%, 33⅓%, 50% sowie 66⅔% der Stimmrechte erreicht, überschritten oder unterschritten<sup>5</sup> werden. Erwerb und Veräusserung von Partizipationsscheinen und anderen Instrumenten, die weder direkt noch indirekt das Stimmrecht vermitteln, sind nicht meldepflichtig<sup>6</sup>.

Die Meldepflicht besteht zunächst für den direkten Erwerb von Beteiligungspapieren auf eigene Rechnung (vgl. Art. 9 Abs. 1 BEHV-FINMA). Darüber hinaus ist aber auch der indirekte Erwerb von Beteiligungspapieren zu melden (Art. 9 Abs. 3 BEHV-FINMA). Dazu zählt etwa der Erwerb über einen Treuhänder; hier liegt die Meldepflicht beim wirtschaftlich Berechtigten, also beim Treugeber<sup>7</sup>. Zu melden ist auch der Erwerb einer Gesellschaft, die ihrerseits eine wesentliche Beteiligung an einer schweizerischen Publikumsgesellschaft hält, im Jargon als Chain Transaction bezeichnet<sup>8</sup>.

Meldung erstatten müssen sodann Aktionäre, die in gemeinsamer Absprache mit Dritten Geschäfte tätigen (Art. 10 BEHV-FINMA). Eine gemeinsame Absprache liegt vor, wenn ein Anleger

«... seine Verhaltensweise im Hinblick auf den Erwerb oder die Veräusserung von Beteiligungspapieren oder die Ausübung von Stimmrechten mit Dritten durch Vertrag oder andere organisierte Vorkehren abstimmt.»

Wann genau eine gemeinsame Absprache vorliegt, ist im Einzelfall zu entscheiden.

### **2.1.3 Kategorien von meldepflichtigen Positionen**

Gemäss Verordnung sind drei Kategorien von Geschäften aggregiert zu ermitteln und gegebenenfalls zu melden:

<sup>3</sup> BBI 2011 6915; Amtl. Bull. SR 2011 1227; Amtl. Bull. NR 2012 1139.

<sup>4</sup> Paradebeispiel war die Medizinaltechnikfirma Synthes Inc., eine Delaware-Gesellschaft mit schweizerischem Hauptaktionär und wesentlichen Produktionsaktivitäten in der Schweiz. Die Aktien der Synthes wurden allerdings im Zuge des Zusammenschlusses mit Johnson & Johnson dekotiert, womit die neue Regelung auf diese Gesellschaft keine Anwendung mehr findet.

<sup>5</sup> BEHG-ROLF H. WEBER, 2. Aufl., Basel 2011, Art. 20 N 44.

<sup>6</sup> BEHG-WEBER (FN 5), Art. 20 N 51; Offenlegungsstelle, Mitteilung III/99, Ziff. 2.

<sup>7</sup> CHRISTIAN MEIER-SCHATZ, Kommentar zum BEHG, Zürich 2000, Art. 20 N 183; DIETER ZOBL/STEFAN KRAMER, Schweizerisches Kapitalmarktrecht, Zürich 2004, N 348.

<sup>8</sup> JEAN NICOLAS DRUEY, Die Meldepflicht, Transparenz – eine verhüllte Göttin, in: SZW Sondernummer 1997, 36 ff., 40.

- Zunächst besteht eine Meldepflicht für sogenannte Erwerbspositionen. Dazu gehören nach Art. 12 Abs. 1 lit. a BEHV-FINMA Aktien und aktienähnliche Anteile, Wandel- und Erwerbsrechte (im Finanzjargon als Long Calls bezeichnet) und geschriebene Veräusserungsrechte (Short Puts). Hinzu kommen Finanzinstrumente, die wirtschaftlich einen Erwerb ermöglichen, etwa Contracts for Difference oder Financial Futures<sup>9</sup>, sowie Finanzinstrumente im Hinblick auf ein öffentliches Kaufangebot.
- Bei Inkrafttreten des BEHG 1997 bestand eine Meldepflicht lediglich für Aktien und Erwerbspositionen, bei denen eine physische Lieferung vorgesehen oder zugelassen war (Art. 13 Abs. 1 lit. a BEHV-EBK). Über die Meldepflicht für Positionen, bei denen ein reines Cash Settlement stattfand, schwieg sich die Verordnung aus. Die EBK revidierte die Börsenverordnung allerdings per 1. Juli 2007 durch Streichung des Hinweises auf Realerfüllung. Von da an waren auch Cash Settled Options von der Meldepflicht erfasst. Mit Inkrafttreten der neuen Börsenverordnung (BEHV-FINMA) per 1. Januar 2009 wurde das Offenlegungsrecht weiterentwickelt. Nun ist klar, dass jede Transaktion, deren Wert sich von der Entwicklung des Aktienkurses ableitet, meldepflichtig ist (Art. 15 Abs. 1 lit. c BEHV-FINMA).
- Eine separate Meldepflicht besteht seit dem 1. Dezember 2007 (zweite Teilrevision der aBEHV-EBK) sodann für sogenannte Veräusserungspositionen. Dazu gehören gemäss Art. 12 Abs. 1 lit. b BEHV-FINMA zunächst Veräusserungsrechte (Long Puts), geschriebene Wandel- und Erwerbsrechte (Short Calls) sowie abermals Finanzinstrumente, die wirtschaftlich eine Veräusserung ermöglichen, unabhängig davon, ob sie durch physische Lieferung oder durch Barzahlung erfüllt werden.

Erwerbspositionen und Veräusserungspositionen sind jeweils aggregiert zu melden. Ein Aktionär, der 2,5% der Aktien einer schweizerischen Publikumsgesellschaft und darüber hinaus 0,6% Call-Optionen hält, muss also die Erwerbsposition von 3,1% bereits melden. Darüber hinaus besteht aber eine separate Meldepflicht, wenn durch das Halten von Aktien allein ein Schwellenwert überschritten wird – etwa, wenn der Aktionär die Option ausübt (Art. 16 lit. a Ziff. 4 BEHV-FINMA).

<sup>9</sup> Art. 12 Abs. 1 lit. a Ziff. 4 BEHV-FINMA i.V.m. Art. 15 Abs. 1 lit. c BEHV-FINMA.

### 2.1.4 Zeitpunkt der Meldung

Die Meldepflicht entsteht mit dem Abschluss des Verpflichtungsgeschäftes (Art. 11 Abs. 1 BEHV-FINMA). Die Aufnahme von Vertragsverhandlungen oder das Eingehen einer rechtlich nicht verbindlichen Absichtserklärung reicht für die Begründung der Meldepflicht nicht aus. Heikel ist allerdings die Frage, wann eine Meldepflicht im Rahmen der organisierten Aktionärsgruppe entsteht<sup>10</sup>.

Der meldepflichtige Aktionär muss innerhalb von vier Börsentagen nach Abschluss des Verpflichtungsgeschäftes die Gesellschaft und die Börse orientieren (Art. 20 Abs. 1 BEHG i.V.m. Art. 22 Abs. 1 BEHV-FINMA). Die Gesellschaft ihrerseits hat innert weiteren zwei Börsentagen eine Veröffentlichung vorzunehmen (Art. 21 BEHG i.V.m. Art. 22 Abs. 2 BEHV-FINMA).

### 2.1.5 Verfahrensfragen

Die Durchsetzung der Bestimmungen zur börsenrechtlichen Meldepflicht obliegt der Offenlegungsstelle der betroffenen Börse (Art. 25 Abs. 1 BEHV-FINMA). Bei der SIX ist dafür die OLS zuständig. Die Meldepflicht ist eine spontane Rechtspflicht; die Meldung erfolgt unabhängig von einem Entscheid der Aufsichtsbehörde. Immerhin kann die OLS auf dem Wege der Empfehlung Ausnahmen gewähren (Art. 24 BEHV-FINMA) oder in Zweifelsfällen einen Vorabentscheid über Bestand oder Nichtbestand der Meldepflicht treffen (Art. 20 BEHV-FINMA), sofern ein entsprechendes Gesuch rechtzeitig vor dem beabsichtigten Geschäft eingegangen ist.

Die OLS erlässt Empfehlungen über die Meldepflicht, hat aber keine Verfügungskompetenz (Art. 26 Abs. 2 BEHV-FINMA). Verfügungen erlassen kann einzig die FINMA,

- wenn sie von der OLS um Entscheid ersucht wird;
- wenn ein Gesuchsteller eine Empfehlung ablehnt oder missachtet; oder
- wenn die FINMA selbst in der Sache entscheiden will (Art. 26 Abs. 4 BEHV-FINMA).

Die Entscheidungen der FINMA können erstinstanzlich beim Bundesverwaltungsgericht (Art. 31 VGG) und zweitinstanzlich beim Bundesgericht (Art. 82 lit. a BGG) angefochten werden. Das Bundesverwaltungsgericht hat volle Kognition: Mit der Beschwerde kann nicht

<sup>10</sup> Vgl. hinten 4.2.

nur die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, sondern auch die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und die Unangemessenheit des angefochtenen Entscheids gerügt werden (Art. 49 VwVG)<sup>11</sup>. Dagegen nimmt das Bundesgericht lediglich eine freie Rechts- (Art. 95 BGG) sowie eine auf Willkür beschränkte Sachverhaltsprüfung (Art. 97 BGG) vor. Eine Ermessensprüfung ist grundsätzlich ausgeschlossen<sup>12</sup>.

## 2.2 Übernahmerecht

### 2.2.1 Rechtsquellen

Das Übernahmerecht ist geregelt in Art. 22 ff. BEHG, in Art. 28 ff. BEHV-FINMA sowie in der Übernahmeverordnung (UEV)<sup>13</sup>. Die derzeit geltende Fassung steht seit dem 1. Januar 2009 in Kraft.

### 2.2.2 Grundzüge der gesetzlichen Regelung

Wer direkt, indirekt oder in gemeinsamer Absprache mit Dritten Beteiligungspapiere erwirbt und damit den Grenzwert von einem Drittel der Stimmrechte einer Zielgesellschaft überschreitet, muss für alle Beteiligungspapiere der Gesellschaft ein Angebot unterbreiten (Art. 32 Abs. 1 BEHG). Die Zielgesellschaften können in ihren Statuten den Grenzwert bis auf 49% der Stimmrechte anheben (Opting-up, Art. 32 Abs. 1 BEHG) oder aber die Angebotspflicht gänzlich ausschliessen (Opting-out, Art. 22 Abs. 2 und 3 BEHG).

Der Preis des Pflichtangebotes muss mindestens dem Börsenkurs entsprechen (Art. 32 Abs. 4 BEHG). Bei liquiden Aktien ist dies der volumengewichtete Durchschnittspreis der 60 Handelstage vor Veröffentlichung bzw. Voranmeldung des Angebotes (Art. 40 Abs. 2 BEHV-FINMA); bei illiquiden Beteiligungspapieren ist auf eine Bewertung der Prüfstelle abzustellen (Art. 40 Abs. 4 BEHV-FINMA)<sup>14</sup>.

Einstweilen erlaubt das BEHG für den Erwerb von Aktien im Vorfeld der Veröffentlichung eines Übernahmeangebotes noch die Bezahlung eines höheren Preises als im Angebot selbst: Der Angebotspreis muss mindestens 75% des höchsten in den vergangenen zwölf Monaten bezahlten Preises entsprechen (Art. 32 Abs. 4 BEHG), womit also für Transaktionen vor Veröffentlichung eines Angebotes eine Prämie von bis zu einem Drittel über dem Angebotspreis bezahlt werden kann. Diese an sich klare gesetzliche Bestimmung hat in der Praxis der Übernahmekommission

<sup>11</sup> Urteil B-5272/2009 des Bundesverwaltungsgerichts vom 30. November 2010, E. 5.1.

<sup>12</sup> BGE 115 Ia 370, E. 3.

<sup>13</sup> Verordnung der Übernahmekommission über öffentliche Kaufangebote vom 21. August 2008, letztmals revidiert am 1. Juni 2010 (SR 954.195.1).

<sup>14</sup> Zum Begriff der nicht liquiden Beteiligungspapiere und zur Bewertungsmethode vgl. UEK-Rundschreiben Nr. 2: Liquidität im Sinn des Übernahmerechts (2010) und BEHG-KARL HOFSTETTER/EVELYN SCHILTER-HEUBERGER, 2. Aufl., Basel 2011, Art. 32 N 111.

eine ganze Reihe gewichtiger Einschränkungen erfahren<sup>15</sup> und wird nach dem Willen des Gesetzgebers nun gänzlich abgeschafft<sup>16</sup>. In Zukunft werden damit Aktientransaktionen im Vorfeld eines Übernahmeangebotes denselben Preisbestimmungsregeln unterliegen wie das Angebot selbst.

### 2.2.3 Verfahrensfragen

Die Bestimmungen über Übernahmeangebote werden von der Übernahmekommission (UEK) administriert. Diese hat seit dem 1. Januar 2009 eine Verfügungskompetenz (Art. 3 Abs. 2 und Art. 61 Abs. 2 UEV). Die UEK entscheidet über Übernahmeangebote, über Ausnahmen von der Angebotspflicht bzw. den Preisbestimmungsregeln und über Verfahrensfragen. Im Verfahren vor der Übernahmekommission haben zunächst der Anbieter und mit ihm verbundene Personen, sodann die Zielgesellschaft und schliesslich qualifizierte Aktionäre der Zielgesellschaft, das heisst Inhaber von mehr als 2% der Stimmrechte der Zielgesellschaft, Parteistellung (Art. 56 UEV).

In Übernahmesachen agiert die FINMA als Beschwerdeinstanz (Art. 33c BEHG). Entscheide der FINMA können an das Bundesverwaltungsgericht weitergezogen werden (Art. 33d BEHG). Nachdem die FINMA und das Bundesverwaltungsgericht bereits als Rechtsmittelinstanzen agieren, wäre eine dritte Anfechtungsinstanz zu viel des Guten; korrekterweise ist damit der Weiterzug ans Bundesgericht ausgeschlossen (Art. 83 lit. u BGG)<sup>17</sup>.

<sup>15</sup> Dazu ausführlich DANIEL DAENIKER, *Angebotspflicht und Kontrollprämie – die Schweiz gegen den Rest der Welt?*, in: *Mergers & Acquisitions XIII*, Zürich 2010, 93 ff., 115 ff.

<sup>16</sup> BBl 2011 6883 f.

<sup>17</sup> Zur Frage, ob die Beschwerde in Zivilsachen möglich ist, vgl. DIETER GERICKE/KARIN WIEDMER, *Kommentar zur Übernahmeverordnung*, Zürich 2011, Art. 68 N 19.

<sup>18</sup> Die Aufsichtskompetenz ist fast lückenlos; schwarze Löcher finden sich noch im Primärmarkt, soweit die FINMA hier nicht indirekt über die Bankenaufsicht eingreift, sowie im Bereich der Anlageberatung und Vermögensverwaltung, wobei auch hier das regulatorische Korsett enger geschnürt werden soll, vgl. FINMAG-CHRISTOPH WINZELER, *2. Aufl.*, Basel 2011, Art. 6 N 4.

## 3 FINMA-Praxis und Praxis der Rechtsmittelinstanzen

### 3.1 Praxis der FINMA als Aufsichtsbehörde

Die FINMA übt die Aufsicht über den schweizerischen Finanzmarkt aus (Art. 6 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht [FINMAG]), soweit die anwendbaren Finanzmarktgesetze ihr eine entsprechende Kompetenz zuweisen<sup>18</sup>. In ihrer Eigenschaft als Hüterin des schweizerischen Finanzmarktes hat die FINMA Aufsichtsfunktion und ist in dieser Rolle teils Coach, teils Dorfpolizist. Die FINMA setzt aber auch ihre eigenen Regeln durch; in der Untersuchung tatsächlicher oder vermuteter Regelverstösse ist sie Spürhund, in deren Sanktionierung bisweilen auch Scharfrichter. Sie entledigt sich dieser vier Rollen aus Sicht des Rechtsanwenders alles in allem mit einer hohen Fachkompetenz und mit einer

gewissen Voraussehbarkeit. Da und dort ist allerdings zu spüren, dass der Wechsel von der einen in die andere Rolle mit Komplikationen verbunden ist.

Im Rahmen ihrer Aufsichtstätigkeit operiert die FINMA häufig mit unbestimmten Rechtsbegriffen. Legendär ist in diesem Zusammenhang die Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit in der Führung von Banken (Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG), Börsen (Art. 3 Abs. 2 lit. b BEHG) und Effektenhändlern (Art. 10 Abs. 2 lit. d BEHG). Die Auslegung dieses Begriffes hat der FINMA und ihrer Vorgängerin EBK immer wieder kreative Ansätze ermöglicht und dadurch als Einfallstor für die Anpassung der Finanzmarktaufsicht an die Erfordernisse des Tagesgeschäftes – etwas pointierter ausgedrückt: für die Sanktionierung von Verhalten ohne klare gesetzliche Grundlage – gedient. Auf die vielfältige Diskussion und Kritik<sup>19</sup> sei vorliegend nicht näher eingegangen. Klar ist aber, dass die FINMA in ihrer täglichen Tätigkeit weit weg von einem Strafrichter ist, der weder willens noch in der Lage ist, verpöntes Verhalten ohne klare gesetzliche Grundlage zu sanktionieren<sup>20</sup>.

Die verschiedenen Rollen der FINMA lassen auch verstehen, warum die Führung von Verfahren etwa hinsichtlich Gehöranspruch oder Beweisanforderungen mit der Rigorosität der Arbeit von Strafbehörden nicht verglichen werden kann. Bisweilen entsteht gar der Eindruck, die Meinung über einen Sachverhalt sei sehr schnell gebildet, womit die einzelnen Verfahrensschritte eigentlich nur noch der Validierung oder der Falsifikation dieses ersten (Vor-)Urteils dienen. Inwieweit diese beiden Beobachtungen aus der Praxis rein anekdotisch sind oder sich aufgrund einer Analyse der Rechtsprechung erhärten lassen, sei nachfolgend erörtert.

### 3.2 Praxis der Gerichte bei der Überprüfung von FINMA-Entscheiden

Ob die Voraussetzungen für ein Einschreiten der FINMA gegen einen Finanzmarktteilnehmer gegeben sind, ist eine Rechtsfrage, die das Bundesgericht frei überprüfen kann. In konstanter Rechtsprechung gesteht das Bundesgericht der FINMA aber einen weiten Beurteilungsspielraum im Einzelfall zu, in den es nicht ohne Not eingreift. Stattdessen verlässt sich das höchste Gericht auf das technische Ermessen der Finanzmarktaufsichtsbehörde und hält sich zurück in der Beurteilung von Fragen, zu deren Beantwortung die Experten besser geeignet seien<sup>21</sup>. Mit dieser in der Literatur häufig bemän-

<sup>19</sup> Vgl. DANIEL BODMER/  
BEAT KLEINER/BENNO  
LUTZ, Kommentar zum  
schweizerischen Bankengesetz, Zürich 2011,  
Art. 3 N 167 ff. m.w.H.

<sup>20</sup> Nulla poena sine lege  
certa; vgl. GÜNTER  
STRATENWERTH/  
WOLFGANG WOHLERS,  
Schweizerisches Straf-  
gesetzbuch – Hand-  
kommentar, 2. Aufl.,  
Bern 2009, Art. 1 N 6 f.

<sup>21</sup> BGE 103 Ib 354, E. 5c;  
BGE 105 Ib 406, E. 1c;  
BGE 108 Ib 270, E. 2d;  
BGE 108 Ib 196, E. 4a;  
BGE 126 II 111, E. 3b;  
BGE 130 II 351, E. 2.2;  
BGE 131 II 306, E. 3.1.2;  
BGE 132 II 382, E. 4.1.

gelten Praxis<sup>22</sup> steht die Schweiz nicht allein da: Auch im Ausland tendieren Gerichte dazu, die Praxis der Verwaltungsbehörden nur zurückhaltend zu hinterfragen. Wegweisend in diesem Zusammenhang ist die Rechtsprechung des US-amerikanischen Supreme Court<sup>23</sup>, welcher es im Leading Case Chevron wie folgt auf den Punkt gebracht hat (Hervorhebungen hinzugefügt):

‘With regard to judicial review of an agency’s construction of the statute..., if Congress has not directly spoken to the precise question at issue, the question for the court is whether the agency’s answer is based on a permissible construction of the statute.’

Diese Praxis, im US-amerikanischen Verwaltungsrecht als Chevron Deference bekannt, gibt der Verwaltungsbehörde einen Freipass in der Rechtsanwendung, solange ihre Tätigkeit sich nur einigermaßen mit dem Gesetzeswortlaut in Einklang bringen lässt und nicht gerade eine ausdrücklich statuierte gesetzliche Regel verletzt.

Man kann sich auf den Standpunkt stellen, in der Schweiz liege die selbst auferlegte Zurückhaltung des Bundesgerichts in der Natur ihrer Prüfungsbefugnis, kann doch das höchste Gericht Verfügungen nur eingeschränkt auf ihre Rechtmässigkeit hin prüfen<sup>24</sup>. Hier hätte eigentlich die Schaffung des Bundesverwaltungsgerichts im Jahre 2007<sup>25</sup> Remedur schaffen sollen, denn diesem Gericht steht eine vollständige Rechts- und Angemessenheitsprüfung zu<sup>26</sup>. Nachstehend soll geprüft werden, ob das Bundesverwaltungsgericht seine ihm gesetzlich zugewiesenen Kompetenzen in einer Weise wahrnimmt, die die Rechtsweggarantie auch tatsächlich verwirklicht.

## 4 Einzelentscheide

### 4.1 L. / Implenia

#### 4.1.1 Sachverhalt

Eine ausländische Finanzgesellschaft L. interessierte sich für den Erwerb einer kontrollierenden Position an der schweizerischen börsenkotierten Immobilienfirma Implenia AG. Entsprechende Demarchen wurden im Jahre 2007 vorgenommen, als die unterste Schwelle für die Offenlegung von Beteiligungen noch 5% betrug. Zu diesem Zeitpunkt verlangte die BEHV-EBK die Offenlegung von Erwerbspositionen (Long Calls und Short Puts), soweit die physische

<sup>22</sup> MARCEL WÜRMLI, Die Haftung der Finanzmarktaufsicht, Diss. Bern 2010, N 210 ff. m.w.H. auf die in der Lehre geäusserte Kritik.

<sup>23</sup> Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc., 467 U.S. 837 (1984).

<sup>24</sup> Die Beantwortung von Ermessensfragen ist der letztinstanzlichen Korrektur nur dort zugänglich, wo das Ermessen rechtsfehlerhaft ausgeübt wurde, also Ermessensüberschreitung, -missbrauch oder -unterschreitung vorliegt, vgl. BGE 132 V 393, E. 3.3.

<sup>25</sup> Art. 1 lit. b der Verordnung über die Inkraftsetzung des Bundesgerichtsgesetzes und des Verwaltungsgerichtsgesetzes sowie über die vollständige Inkraftsetzung des Bundesgesetzes über den Sitz des Bundesstrafgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts vom 1. März 2006 (AS 2006 1069).

<sup>26</sup> Vgl. vorne 2.1.5 und PETER NOBEL, Schweizerisches Finanzmarktrecht und internationale Standards, 3. Aufl., Bern 2010, § 7 N 173.

Lieferung der zugrunde liegenden Titel vorgesehen oder zugelassen war<sup>27</sup>. Die Offenlegung von Cash Settled Options war seinerzeit in der Verordnung nicht vorgeschrieben.

L. erwarb in verschiedenen Schritten Aktienpositionen von jeweils weniger als 5% und platzierte diese bei verschiedenen Banken gegen Ausstellung von Contracts for Difference (CFDs). Ein CFD ist ein derivatives Finanzinstrument, das im Wesentlichen die Kursentwicklung einer Aktie widerspiegelt: Steigt der Aktienkurs, hat der Berechtigte (vorliegend L.) Anspruch auf eine Barabgeltung im Umfang des Mehrwerts, sinkt der Aktienkurs, muss der Berechtigte eine Barzahlung im Umfang des Minderwerts entrichten. In der Bankpraxis werden CFDs praktisch nie ungedeckt geschrieben; stattdessen sichert sich die Bank direkt oder indirekt durch Kauf einer entsprechenden Position oder vergleichbare Geschäfte ab. Vorliegend erfolgte die Absicherung dadurch, dass die Bank die Aktien schlicht in den eigenen Beständen beliess. Eine Verpflichtung zur Auslieferung der physischen Aktienbestände bestand nicht, wohl aber die Möglichkeit – oder gar natürliche Vermutung –, dass L. im Rahmen der Rückabwicklung des Geschäftes ein williger Käufer für die entsprechenden Positionen wäre.

Erst am 1. April 2007, als L. 12% der Aktienstimmen gebündelt hatte, erfolgte die erste Offenlegung. Am 2. November 2007 kündigte L. zudem ein öffentliches Kaufangebot an, da sie zwischenzeitlich den Grenzwert von einem Drittel der Stimmrechte der Implemia überschritten habe. Dieses scheiterte in der Folge.

#### **4.1.2** Beurteilung durch die Behörden

Im Zuge der Veröffentlichungen der L. gelangte Implemia mittels Anzeige einer Meldepflichtverletzung an die EBK. Die Aufsichtsbehörde entschied mit Verfügung vom 7. März 2008, dass L. beim Beteiligungserwerb die Meldepflicht verletzt habe.

Parallel zum Verwaltungsverfahren der EBK gelangte L. mit einem Gesuch um Erlass eines Vorabentscheides an die OLS, was im Bundesgerichtsurteil nicht erwähnt wird. Die OLS kam in ihrer Empfehlung vom 30. Juli 2007<sup>28</sup> zum Schluss, dass in Bezug auf die eingesetzten CFDs keine Offenlegungspflicht bestand. Die Übernahmekammer der EBK zog das Verfahren jedoch an sich und entschied am 12. Dezember 2007 mittels Vorabentscheid gemäss Art. 20 Abs. 6 BEHG, dass das Erreichen, das Über- resp. Unterschreiten der Grenzwerte mittels CFD eine Meldepflicht auslöse<sup>29</sup>.

<sup>27</sup> Massgeblich war seinerzeit Art. 9 Abs. 3 lit. a BEHV-EBK.

<sup>28</sup> OLS-Jahresbericht 2007, 19 f.

<sup>29</sup> Vgl. Urteil B-635/2008 des Bundesverwaltungsgerichts vom 18. Dezember 2008, C.

Seit dem 2. April 2008 führte das EFD zudem eine verwaltungsstrafrechtliche Untersuchung gegen die wirtschaftlich berechtigten Personen von L. Dieses Verfahren wurde bis zum Entscheid des Bundesgerichts sistiert und am 20. Dezember 2010 eingestellt, nachdem L. eine Wiedergutmachungszahlung i.S.v. Art. 53 StGB von insgesamt einer Million Franken geleistet hatte.

#### 4.1.3 Beurteilung durch die Gerichte

Gegen den Vorabentscheid der Übernahmekammer der EBK vom 12. Dezember 2007 und gegen die Verfügung der EBK vom 7. März 2008 erhob L. zunächst Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht und nach deren Abweisung an das Bundesgericht.

Das Bundesverwaltungsgericht ging zunächst ausführlich auf den Zweck der Offenlegungsvorschriften ein. Dieser rechtfertige eine weite Auslegung der Tatbestände des indirekten Erwerbs, weshalb die konkreten CFDs von der Auffangbestimmung des Art. 9 Abs. 3 lit. d BEHV-EBK erfasst werden. Auf das Vorbringen von L., dass Art. 13 BEHV-EBK ausdrücklich festhalte, dass der Erwerb von CFDs mangels Realerfüllung nicht meldepflichtig sei, antwortete das Gericht, dass CFDs nicht mit Optionen gleichgesetzt werden können, weshalb Art. 13 BEHV-EBK von vornherein für den zu beurteilenden Sachverhalt nicht relevant sein könne<sup>30</sup>.

Das Bundesgericht ging nicht vertieft auf die Frage ein, weshalb die BEHV-EBK in der damaligen Fassung nur die Meldepflicht von Physically Settled Options vorsah, nicht aber die Meldepflicht von Contracts for Difference und ähnlichen Barzahlungsgeschäften<sup>31</sup>. Stattdessen stellte es – wie schon zuvor die EBK – die Meldepflicht auf den Begriff des indirekten Erwerbs gemäss Art. 9 Abs. 3 lit. d BEHV-EBK ab. Im Ergebnis schloss sich das Bundesgericht der EBK insoweit an, als der indirekte Erwerb alles geschäftliche Handeln einschliesse, das den Aufbau einer für die Meldepflicht massgeblichen Beteiligung objektiv ermögliche, wenn aufgrund der Umstände darauf geschlossen werden müsse, dass eine solche Beteiligung angestrebt werde<sup>32</sup>. Der Begriff des indirekten Erwerbs habe, so das Bundesgericht, durch die Anpassung des Verordnungsrechts durch die FINMA am 1. Juli 2007 und die spätere Inkraftsetzung von Art. 20 Abs. 2<sup>bis</sup> BEHG zum 1. Dezember 2007 keine Ausweitung erfahren<sup>33</sup>.

<sup>30</sup> Urteil B-2775/2008 des Bundesverwaltungsgerichts vom 18. Dezember 2008, E. 7.

<sup>31</sup> BGE 136 II 304, E. 7.4: «Es mag zutreffen, wie die Beschwerdeführerinnen geltend machen, dass gemäss dem Wortlaut des Verordnungsrechts die mit den CFDs zusammenhängende Realerfüllung nicht ausdrücklich von der Meldepflicht erfasst war. Darauf kann es aber nicht allein ankommen. Das Verordnungsrecht ist vielmehr im Lichte des Gesetzesrechts auszulegen.»

<sup>32</sup> E. 7.7.

<sup>33</sup> E. 7.11.

#### 4.1.4 Würdigung

Der vorliegende Sachverhalt würde heute nach Art. 20 Abs. 2<sup>bis</sup> BEHG sowie Art. 15 Abs. 1 lit. c BEHV-FINMA klarerweise zur Meldepflicht führen. Damit ist aber nicht gesagt, dass diese Ordnung bereits im Zeitpunkt des Entscheids – vor dem Inkrafttreten der neuen Regeln – Bestand hatte. Das Bundesgericht hielt dazu fest, dass die neuen Bestimmungen

«...der Klarstellung der rechtlichen Tragweite der Meldepflicht beim indirekten Erwerb [dienen]. Dafür spricht nebst dem teleologischen Zusammenhang, dass in Art. 20 Abs. 2<sup>bis</sup> wie in Art. 20 Abs. 1 BEHG der gleiche unbestimmte Rechtsbegriff des indirekten Erwerbs verwendet wird<sup>34</sup>.»

Diese Interpretation überzeugt nicht. Es lassen sich mindestens ebenso gute Argumente dafür anbringen, dass mit Art. 20 Abs. 2<sup>bis</sup> BEHG nicht eine Klarstellung, sondern eine Erweiterung der Offenlegungsregeln vorgenommen wurde<sup>35</sup>. Selbst die EBK revidierte zunächst per 1. Juli 2007 die Börsenverordnung durch Streichung des Hinweises auf Realerfüllung – eigentlich ein klares Zeichen, dass es der Aufsichtsbehörde in der Handhabung der Vorschriften unwohl war. Auch führte die OLS aus: «Der Gesetzgeber hat Finanzinstrumente, wie die vorliegenden, unter gewissen Voraussetzungen neu einer Meldepflicht unterstellen wollen, was darauf hindeutet, dass diese altrechtlich noch nicht erfasst waren<sup>36</sup>». Vor diesem Hintergrund wäre es wünschenswert gewesen, wenn das Bundesgericht andere Auslegungsmöglichkeiten vertieft erörtert hätte.

Ordnungspolitisch mag man sich der Auffassung der EBK und der Gerichte anschliessen, zumal die schrittweise Platzierung von nicht meldepflichtigen Aktienpaketen bei verschiedenen Banken ganz offensichtlich der Umgehung der Meldepflicht diene; eine andere wirtschaftliche Zwecksetzung lässt sich aus diesen Geschäften nicht erkennen. Allem Unbehagen zum Trotz muss allerdings auch festgehalten werden, dass L. letztlich eine bestehende Regelungslücke geschickt ausnützte. Dem Buchstaben des Gesetzes wurde nachgelebt, der Geist des Gesetzes hatte für die verwaltungsrechtliche Sanktionierung keine Rolle zu spielen. Rechtsstaatlich wäre u.E. daher der gegenteilige Entscheid korrekter gewesen.

<sup>34</sup> E. 7.11.

<sup>35</sup> PETER V. KUNZ, Contracts for Difference (CFD): Offenlegungs- bzw. Meldepflicht nach Art. 20 BEHG, Bundesgericht, II. öffentlich-rechtliche Abteilung. Urteile vom 11. März 2010, BGE 136 II 304 (2C\_77/2009 und 2C\_78/2009), i.S. L. Partners et al. gegen Implenia, Beschwerden in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten, in: AJP 2010, 1475 ff., 1479.

<sup>36</sup> OLS-Jahresbericht 2007, 20.

Dass die Lösung, der das Bundesgericht gefolgt ist, keineswegs zwingend ist, zeigt auch ein Fall aus Deutschland: Die Schaeffler KG hatte im Vorfeld der Übernahme der Continental AG mit verschiedenen Banken Swap-Geschäfte über rund 28% der Aktien von Continental abgeschlossen, die von Schaeffler KG offenbar jederzeit zurückgerufen werden konnten. Die Banken erwarben zum Hedging die dem Swap zugrunde liegenden Continental-Aktien und dienten diese trotz Cash Settlement der Schaeffler KG an, als diese das Swap-Geschäft kündigte. Trotz vergleichbarer gesetzlicher Grundlage wie in der Schweiz war der Erwerb dieser Finanzinstrumente nach Ansicht der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) aber gerade nicht veröffentlichungspflichtig<sup>37</sup>.

## **4.2 Sulzer**

### **4.2.1 Sachverhalt**

Zwischen November 2006 und April 2007 bauten P. und S. über eine Vielzahl verschiedener Transaktionen eine Beteiligung an der Sulzer AG auf. Der Beteiligungsaufbau erfolgte teilweise über Call-Optionen mit Realerfüllung, teilweise über Call-Optionen mit Barerfüllung und teilweise über Aktien.

Am 13. Dezember 2006 verfügte P. über Call-Optionen mit Barausgleich und solche mit Realerfüllung. Der Anteil Call-Optionen mit Realerfüllung betrug 4,4%, lag also unter der damals massgeblichen Meldeschwelle von 5%. Zusammen mit den Optionen, für die eine Barzahlung vorgesehen war, war die 5%-Schwelle aber bereits überschritten.

Am 12. Januar 2007 hielt P. über Call-Optionen mit Barausgleich einen Anteil von 7,15% an Sulzer, aber keine Optionen mit Realerfüllung mehr. Gleichentags erwarb die Victory Industriebeteiligungen AG Call-Optionen mit Barausgleich, welche einem Anteil von 6,32% an Sulzer entsprachen. Zum damaligen Zeitpunkt wurde Victory je zur Hälfte von zwei Stiftungen namens RPR und Millennium beherrscht, die mit P. bzw. S. verbunden waren.

Am 20. April 2007 erwarb die Everest Beteiligungs GmbH, eine von Victory beherrschte Gesellschaft österreichischen Rechts, eine Aktienbeteiligung von 16,5% an Sulzer. Diese Beteiligung wurde bis auf 31,92% aufgestockt und am 26. April 2007 gemeldet. Als wirtschaftlich Berechtigte wurden V. sowie die RPR und die Millennium angegeben.

<sup>37</sup> Vgl. dazu THOMAS JÜTZI/SIMON SCHÄREN, Erfassung von Finanzinstrumenten im revidierten Offenlegungsrecht, in: ST 2009, 570 ff., 572.

#### 4.2.2 Beurteilung durch die FINMA

Die FINMA eröffnete 2008 gegen V., P. und S. wegen Verdachts auf Verletzung der Offenlegungsvorschriften und Kursmanipulation ein Verwaltungsverfahren. Am 22. Januar 2009 stellte die FINMA in einer Feststellungsverfügung gegenüber P. und S. fest, dass diese im Rahmen des Beteiligungsaufbaus an Sulzer eine organisierte Gruppe gebildet hatten. Diese Gruppe überschritt am 13. Dezember 2006 den 5%-Schwellenwert und am 12. Januar 2007 den 10%-Schwellenwert, ohne dies fristgerecht gemeldet zu haben. Zudem hätten sich P. und S. bei der Offenlegungsmeldung der Everest zu Unrecht nicht als wirtschaftlich Berechtigte hinter ihren jeweiligen Privatstiftungen bezeichnet.

#### 4.2.3 Beurteilung durch die Gerichte

Mit Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht rügten P. und S. unter anderem, dass Optionen mit Barausgleich nicht offenlegungspflichtig gewesen seien und dass sie in Bezug auf die Offenlegungsmeldung der Everest vom 26. April 2007 nicht als wirtschaftlich Berechtigte der jeweiligen Stiftungen zu betrachten seien. Zudem brachte S. vor, dass er keine Kenntnis von den Transaktionen hatte, welche zur Überschreitung der Schwellenwerte führten, er also nicht in gemeinsamer Absprache mit P. handeln konnte.

Das Bundesverwaltungsgericht stellte fest, dass die Beschwerdeführer beim Überschreiten des 5%-Schwellenwerts am 13. Dezember 2006 keine organisierte Gruppe gebildet hätten<sup>38</sup>. Die restlichen Rügen wurden abgewiesen.

- Ohne weitere Begründung hielt das Bundesverwaltungsgericht fest, dass P. und S. bzw. deren Stiftungen an der Victory wirtschaftlich berechtigt waren. Damit wurden die von Victory gehaltenen Optionen den Beschwerdeführern zugerechnet<sup>39</sup>.
- Das Handeln in gemeinsamer Absprache wurde dadurch begründet, dass S. durch sein finanzielles Engagement in der Victory P. beim Beteiligungsaufbau an Sulzer unterstützt habe. Zudem hätten alle Beschwerdeführer die gleichen Interessen verfolgt, nämlich den Erwerb von Sulzer-Aktien. Dies reicht gemäss Bundesverwaltungsgericht für das Vorliegen einer einfachen Gesellschaft aus, die ihrerseits eine Gruppe im Sinne der Verordnung darstelle<sup>40</sup>.
- Da Victory erst ab dem 12. Januar 2007 Optionen auf Sulzer-Aktien erworben habe, habe die einfache Gesellschaft allerdings

<sup>38</sup> Urteil B-1215/2009 des Bundesverwaltungsgerichts vom 9. November 2010.

<sup>39</sup> Vgl. die Kritik bei HENDRIK HOFFMANN/HANS CASPAR VON DER CRONE, Das Handeln in gemeinsamer Absprache und die organisierte Gruppe im Offenlegungsrecht, in: SZW 2011, 309 ff., 313.

<sup>40</sup> E. 9.1.

erst ab diesem Zeitpunkt bestanden. Für den Zeitraum vor dem 12. Januar 2007 seien die Anforderungen bezüglich der qualifizierten Intensität und das Minimum an Organisiertheit nicht erfüllt. Durch das Abstellen der Vorinstanz auf die blosser Möglichkeit eines bestimmten Sachverhalts wurde, so das Bundesverwaltungsgericht, den Anforderungen an das Beweismass im Verwaltungsverfahren nicht Genüge getan<sup>41</sup>.

- Bezüglich Optionen mit Barausgleich verwies das Bundesverwaltungsgericht integral auf die BGer-Rechtsprechung zu L./Implenia, ohne sich vertieft mit den zur Verteidigung von P. und S. vorgebrachten Argumenten auseinanderzusetzen.

#### **4.2.4 Würdigung**

Ordnungspolitisch ist auch dieser Entscheid nachvollziehbar, rechtsstaatlich ist er indes diskutabel.

Positiv ist zu vermerken, dass das Bundesgericht an das Handeln in gemeinsamer Absprache klare Voraussetzungen knüpft: Es muss zumindest eine vertragliche Bindung im Sinne einer einfachen Gesellschaft (sogenannte Gelegenheitsgesellschaft) vorliegen, damit die gemeinsame Absprache gerechtfertigt werden kann<sup>42</sup>. Damit wird die diffuse Praxis der Vorinstanzen, bereits die «faktische oder soziale Bindung» zum Gruppentatbestand zu erheben<sup>43</sup>, zu Recht in die Schranken gewiesen.

Etwas salopp ist allerdings eine Beweismwürdigung, die aufgrund des Endresultates die vertragliche Bindung bereits im Anfangsstadium (das heisst ab Januar 2007) unterstellt. Man darf davon ausgehen, dass sich das Gericht wie die Vorinstanzen von der natürlichen Vermutung leiten liess, wenn am Ende eine gemeinsame Beherrschung resultiere, müsse bereits zu Beginn der Transaktionen eine gemeinsame Absprache vorhanden gewesen sein.

Zu bemängeln ist auch hier die kritiklose Weiterführung der Rechtsprechung zum Erwerb von Optionen mit Barausgleich. Abermals wirkt der Kunstgriff der Offenlegungspflicht aufgrund eines indirekten Erwerbs etwas allzu sehr ergebnisbezogen.

### **4.3 Quadrant**

#### **4.3.1 Sachverhalt**

Im Mai 2009 erwarb M. 50% der Aktien der Aquamit B.V., einer niederländischen Gesellschaft, welche von vier Managern der Quadrant AG gehalten wurde. Diese Manager hatten zuvor Quadrant-Aktien

<sup>41</sup> E. 9.4.

<sup>42</sup> Vgl. auch PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich 2009, § 7 N 70a; DANIEL DAENIKER, *sia Abrasives: Ungeklärte Fragen um die Offenlegung von Beteiligungen*, in: GesKR 2011, 409 ff., 413; a.A. HOFFMANN/VON DER CRONE (FN 39), 317 f.

<sup>43</sup> OLS-Jahresbericht 2008, 33 und 36 ff.

sowie Optionen auf Quadrant-Aktien in die Aquamit eingebracht. Im Rahmen eines Joint-Venture-Vertrages verpflichtete sich M. zudem, Finanzierungsleistungen (Darlehen und Wandelanleihen) zugunsten von Aquamit zu erbringen.

Im Mai 2009 lancierte die Aquamit ein Übernahmeangebot für alle sich im Publikum befindlichen Aktien der Quadrant AG. Der Angebotspreis betrug CHF 86. Dieser Preis enthielt eine Prämie von 58% gegenüber dem volumengewichteten Durchschnittskurs der Quadrant-Aktie während der 60 Börsentage vor der Voranmeldung. Der Angebotspreis lag aber 24% unter dem implizierten Preis, den M. beim Kauf der 50% Aquamit-Aktien an die Quadrant-Manager gezahlt hatte, ohne Berücksichtigung der Finanzierungsleistung.

Im Rahmen des Übernahmeverfahrens konstituierte sich S. als Partei und machte geltend, dass der Angebotspreis infolge Verletzung übernahmerechtlicher Bestimmungen, insbesondere betr. Berücksichtigung der Finanzierungsleistungen, auf mindestens CHF 246 anzuheben sei. Nach Durchlaufen des Instanzenzuges brachte das Bundesverwaltungsgericht einige Vorbehalte an und wies die Sache an die Vorinstanz zurück<sup>44</sup>. Dieses neue Verfahren veranlasste S. wiederum, mittels Rügen insbesondere betr. Unabhängigkeit und fachliche Qualifikation der Prüfgesellschaft bis vor Bundesverwaltungsgericht zu gelangen<sup>45</sup>.

#### **4.3.2 Beurteilung durch die Behörden**

Nach Art. 32 Abs. 4 BEHG muss der Angebotspreis mindestens dem Börsenkurs entsprechen und darf höchstens 25% unter dem Preis liegen, den der Anbieter in den letzten zwölf Monaten für Beteiligungspapiere der Zielgesellschaft bezahlt hat. Sind beim vorausgegangenen Erwerb neben der Hauptleistung andere wesentliche Leistungen erfolgt, so wird der Preis für den vorausgegangenen Erwerb entsprechend erhöht (Art. 41 Abs. 4 BEHV-FINMA).

Sowohl die UEK als auch die FINMA gingen davon aus, dass der Erwerb von 50% Aquamit-Aktien durch M. einen indirekten Erwerb von Quadrant-Aktien darstelle und damit als vorausgegangener Erwerb im Sinne von Art. 32 Abs. 4 BEHG zu berücksichtigen sei. Ihrer Ansicht nach führten die Finanzierungsleistungen aber nicht zu einer Erhöhung des Angebotspreises, da sich die Leistungen der Parteien in einer Gesamtbetrachtung die Waage hielten.

<sup>44</sup> Urteil B-5272/2009 des Bundesverwaltungsgerichts vom 30. November 2010.

<sup>45</sup> Urteil B-253/2011 des Bundesverwaltungsgerichts vom 8. März 2012.

### 4.3.3 Beurteilung durch die Gerichte

Das Bundesverwaltungsgericht schützte im ersten Entscheid zunächst die Ansicht der Vorinstanzen, dass die Mindestpreisregel auch dann Anwendung findet, wenn der Hauptakteur einer Anbietergruppe sein Paket nicht von einem Dritten, sondern von einem anderen Gruppenmitglied erworben hat: Auch wenn nur Aquamit formell als Anbieterin aufgetreten sei, seien M. und das Management als die eigentlichen Hauptakteure anzusehen, deren Kauf von Quadrant-Aktien gemäss Art. 32 Abs. 4 BEHG zu berücksichtigen sei<sup>46</sup>. In Bezug auf die Anwendung der Mindestpreisregel spiele es keine Rolle, ob M. den Managern Quadrant-Aktien direkt abgekauft habe oder ob jene ihre Aktien in Aquamit eingebracht hätten und in der Folge M. den entsprechenden Teil der Aquamit-Aktien gekauft hätte<sup>47</sup>.

Das Gericht beanstandete jedoch die von den Vorinstanzen getroffenen Annahmen im Zusammenhang mit der Berücksichtigung der Finanzierungsleistungen. Es erachtete diese als nicht angemessen und forderte weitere Belege für angebliche weitere Leistungen des Managements<sup>48</sup>. Aus diesen Gründen wurde die Beschwerde teilweise gutgeheissen und an die Vorinstanz zurückgewiesen.

Neben diesen materiell-rechtlichen Punkten sind die Ausführungen des Bundesverwaltungsgerichts zum Ermessen der FINMA und seiner diesbezüglichen Kognition von grosser Bedeutung. Das Gericht legte zunächst korrekt fest, dass ihm bei der Anwendung des Börsengesetzes volle Kognition zukomme. Unter Bezugnahme auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung beschränkte es diese Kognition aber sogleich wieder für die Beurteilung von Fachfragen, zu deren Beantwortung die Vorinstanzen besser geeignet sind. Sofern die verfügende Behörde die erforderlichen Abklärungen sorgfältig und umfassend durchgeführt und die wesentlichen Gesichtspunkte geprüft habe, müsse ihr ein Ermessensspielraum zugestanden werden. Da das Übernahmeverfahren vom Gesetzgeber als besonders rasches Verfahren konzipiert worden sei, sei es weder der UEK noch der FINMA möglich, den Sachverhalt mit gleicher Gründlichkeit und Sorgfalt festzustellen wie gewöhnlich. Insofern sei «eine gewisse Beschränkung der Prüfungsdichte im Übernahmeverfahren systemimmanent<sup>49</sup>.» Diese Grundsätze wandte das Gericht sodann auf zwei konkrete Fragen an:

- Zunächst stellte es fest, dass das von den Vorinstanzen verwendete Black-Scholes-Modell eine anerkannte Methode zur Bewer-

<sup>46</sup> Urteil B-5272/2009 des Bundesverwaltungsgerichts vom 30. November 2010, E. 4.4.

<sup>47</sup> E. 4.5.

<sup>48</sup> E. 10.7.

<sup>49</sup> E. 5.1.

tion von Optionen darstelle. Von einem Parteigutachten liess sich das Gericht nicht beeindrucken und hielt fest, dass es in das Ermessen der Vorinstanzen nicht eingreife.

- Obwohl das Gericht betreffend Finanzierungsleistungen anmerkte, dass sich der Ermessensspielraum der Vorinstanzen infolge Unsicherheiten bei der Bewertung erweitere, widersprach es den Feststellungen der Vorinstanzen, da diese nicht nachvollziehbar, schlüssig und plausibel waren.

Im zweiten Entscheid bekräftigte das Bundesverwaltungsgericht zunächst ohne ersichtlichen Anlass erneut seine Praxis zur Einschränkung seiner Kognition bei Fachfragen<sup>50</sup>. In materiell-rechtlicher Hinsicht nahm das Gericht sodann Bezug auf die Praxis der UEK und hielt fest, dass sich die Unabhängigkeit einer Prüfstelle, welche vorliegend nicht beanstandet wurde, nach den gleichen Massstäben beurteile wie jene einer Revisionsstelle<sup>51</sup>.

#### 4.3.4 Würdigung

Die Übernahme der «Ohne-Not»-Praxis des Bundesgerichts durch das Bundesverwaltungsgericht erstaunt einmal mehr<sup>52</sup>. Zwar agiert das Bundesverwaltungsgericht in Übernahmesachen als zweite und letzte Rechtsmittelinstanz, womit eine gewisse Zurückhaltung systembedingt erscheint; doch urteilt hier die einzige gerichtliche und vom Regulator unabhängige Instanz, womit eigentlich eine vertiefte Prüfung dennoch angezeigt sein sollte. Immerhin nahm das befassete Gericht trotz selbst auferlegter Zurückhaltung eine relativ detaillierte Überprüfung der vorinstanzlichen Feststellungen vor.

Es bleibt jedoch zu hoffen, dass sich im Offenlegungsrecht, wo das Bundesverwaltungsgericht erste Rechtsmittelinstanz ist, die «Ohne-Not»-Praxis nicht zum Freipass für die UEK entwickelt, um in der Würdigung komplexer Sachverhalts- und Rechtsfragen gewissermassen auf zwei Rädern um die Kurve zu schlittern.

Darüber hinaus bleibt ein Kritikpunkt bestehen: Angesichts des Umstandes, dass erst drei Jahre nach der Verfahrenseröffnung die Prüfgesellschaft definitiv bestimmt werden konnte, erscheint die Aussage des Gerichts, dass Abstriche am Verfahren durch die Raschheit des Verfahrens gerechtfertigt würden<sup>53</sup>, schon fast als zynisch.

<sup>50</sup> Urteil B-253/2011 des Bundesverwaltungsgerichts vom 8. März 2012, E. 4.1. E. 4.3.

<sup>52</sup> Vgl. auch die Kritik bei DIETER GERICKE/ERIC SIBBERN, Qualifizierte Aktionäre und Preisregeln: Klärungen und neue Probleme, in: SZW 2001, 321 ff., 328 und 331.

<sup>53</sup> Urteil B-5272/2009 des Bundesverwaltungsgerichts vom 30. November 2010, E. 5.1.

## 4.4 sia Abrasives / Bank X.

### 4.4.1 Sachverhalt

Mit Meldung vom 1. April 2008 legte eine von B. geführte Investorengruppe offen, eine Beteiligung von 21,8% an der sia Abrasives Holding AG erworben zu haben. Nach dem Erwerb weiterer 16% an Aktien publizierte die Investorengruppe am 26. August 2008 die Voranmeldung eines öffentlichen Kaufangebots zum Preis von CHF 385 pro Aktie.

Die sia Abrasives machte sich daraufhin auf die Suche nach einem White Knight und wurde bei der Robert-Bosch-Gruppe fündig: Die von der Bosch-Gruppe kontrollierte Scintilla AG bot den Publikumsaktionären CHF 435 pro Aktie an<sup>54</sup>, nachdem sie sämtliche von B. kontrollierten Aktien der sia Abrasives zu einem Preis von CHF 515 pro Aktie plus Zinsen erworben hatte.

Die FINMA eröffnete alsdann eine Untersuchung gegen B. und die Bank X. wegen Meldepflichtverletzung einerseits bzw. wegen Verletzung bankengesetzlicher Vorschriften andererseits. Nach Sachverhaltsdarstellung der FINMA sei zwischen B. und einem Mitarbeiter A. der Bank X. seit November 2007 ein Projekt im Gang gewesen, welches einen Beteiligungsaufbau an der sia Abrasives zum Gegenstand gehabt habe. B. habe nur deshalb Anfang April 2008 innert weniger Tage über 20% der Stimmrechte an der sia Abrasives erwerben können, weil der betreffende Mitarbeiter für Rechnung von Kunden der Bank X. (zunächst Privatkunden, dann v.a. institutionelle Anleger) Aktien der sia Abrasives erworben und bei diesen bis zur weiteren Verwendung geparkt habe, wobei er letztlich nur eine Weiterveräusserung an B. im Auge gehabt habe<sup>55</sup>.

### 4.4.2 Beurteilung durch die FINMA

Die FINMA gelangte zum Schluss, dass das Parken von Aktien durch den Mitarbeiter der Bank im Ergebnis B. das Stimmrecht über die Aktien vermittelt habe<sup>56</sup>: B. habe damit rechnen können, dass er die geparkten sia-Bestände zu einem bestimmten Zeitpunkt habe abrufen können. So seien zwischen Dezember 2007 und April 2008 die Grenzwerte von 3%, 5%, 10%, 15% und 20% überschritten worden, wobei nur die Überschreitung von 20% gemeldet worden sei.

Mit Verfügung vom 14. März 2011 stellte die FINMA daher eine Meldepflichtverletzung von B. fest und erstattete Strafanzeige beim EFD<sup>57</sup>. Das verwaltungsstrafrechtliche Verfahren wurde allerdings nach Art. 53 StGB eingestellt, nachdem sich B. verpflichtet hatte,

<sup>54</sup> Voranmeldung vom 2. Oktober 2008; Angebotsprospekt vom 21. Januar 2008.  
<sup>55</sup> Dieses Geschäft, im Jargon als Stock Parking bekannt, erlangte in den späten 1980er-Jahren grosse Bedeutung in den USA. Vor allem die US-amerikanische Investment Bank Drexel Burnham Lambert, deren CEO Michael Milken später wegen Wirtschaftsdelikten ins Gefängnis musste, organisierte regelmässig Stock Parking im Rahmen von Übernahmekämpfen. Die US-amerikanische Aufsichtsbehörde SEC kam damals zum Schluss, Stock Parking stelle eine Verletzung aufsichtsrechtlicher Vorschriften dar, obwohl die bisherige Praxis der Aufsichtsbehörde entsprechendes Verhalten nicht ahndete (DANIEL FISCHER, Payback: the Conspiracy to Destroy Michael Milken and his Financial Revolution, New York 1995, 163 ff.).  
<sup>56</sup> Urteil B-2204/2011 des Bundesverwaltungsgerichts vom 24. Juli 2012, E. 5.1.  
<sup>57</sup> Medienmitteilung der FINMA vom 16. März 2011.

eine Wiedergutmachungszahlung von CHF 1 Mio. zu leisten<sup>58</sup>. Für die Würdigung dieses Verfahrens und der sich darin stellenden börsenrechtlichen Fragen sei auf einen bereits veröffentlichten Aufsatz verwiesen<sup>59</sup>.

Während B. sich mit einer Wiedergutmachung dem Damoklesschwert des Strafrechts entziehen konnte, war das Verfahren für die Bank X. nicht abgeschlossen. Mit Verfügung vom 14. März 2011 stellte die FINMA fest, dass der Bankmitarbeiter A. in unzulässiger Weise B. aktiv dabei unterstützt habe, verdeckt Anteile an der sia Abrasives aufzubauen und dass es die Bank infolge mangelhafter Organisation des Anlage- und Vermögensverwaltungsgeschäfts unterlassen habe, die Aktivitäten des betreffenden Mitarbeiters angemessen zu überwachen<sup>60</sup>. Die FINMA drohte der Bank den Bewilligungsentzug im Wiederholungsfall an und trug ihr auf, die festgestellten Mängel unverzüglich zu beheben und periodisch Bericht darüber zu erstatten. Bis zur Behebung sämtlicher Mängel untersagte die FINMA der Bank zudem, in den Bereichen Vermögensverwaltung und Anlageberatung neue Kunden zu akquirieren (mittlerweile aufgehoben). Diese Verfügung wurde von der Bank X. mit Eingabe vom 13. April 2011 mit Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht angefochten.

#### **4.4.3 Beurteilung durch die Gerichte**

Die Bank X. bemängelte vor Bundesverwaltungsgericht insbesondere, dass die FINMA die Darstellungen der direkt beteiligten Personen ausgeblendet und den Ereignisablauf daher offensichtlich unrichtig wiedergegeben und gewürdigt habe. Zudem forderte sie die Einvernahme weiterer Personen, die an den relevanten Transaktionen beteiligt waren. Ihrer Ansicht nach hatte B. erst Ende März 2008 den Entschluss gefasst, substantziell in sia-Titel zu investieren. Dieser Entschluss sei dadurch zustande gekommen, dass sich aufgrund der Finanzkrise, des panikartigen Ausstiegs der Verkäufer aus illiquiden Titeln, der schlechten Jahreszahlen der sia Abrasives, der Rückstufung durch Analysten und der tiefen Börsenkurse eine einmalige Möglichkeit zum Kauf ergeben habe.

Das Gericht bekräftigte in seinem Entscheid<sup>61</sup> zunächst die Möglichkeit der antizipierten Beweiswürdigung<sup>62</sup> und lehnte in der Folge die Einvernahme weiterer Personen ab. Weiter sah es keinen Anlass, die Aussagen von institutionellen Anlegern, von welchen ein Grossteil der sia-Titel stammten, in seine Erwägungen einzubeziehen;

<sup>58</sup> Medienmitteilung des EFD vom 24. Mai 2011. – Der Zwischengewinn, den B. durch den Kauf und späteren Weiterverkauf von sia-Aktien erzielt hatte, dürfte im Bereich von CHF 40 Mio. gelegen haben.

<sup>59</sup> DANIEL DAENIKER (FN 42), 409 ff.

<sup>60</sup> Urteil B-2204/2011 des Bundesverwaltungsgerichts vom 24. Juli 2012, Ba.

<sup>61</sup> Urteil B-2204/2011 des Bundesverwaltungsgerichts vom 24. Juli 2012.

<sup>62</sup> E. 6.2.4.

dies, obwohl alle institutionellen Anleger bestätigten, sie hätten ihre Anlageentscheide selbständig und ohne Absprache mit B. gefasst. Die weiteren Vorbringen der Bank erachtete das Gericht zudem als nicht stichhaltig.

Bezüglich des Begriffs des indirekten Erwerbs nahm das Bundesverwaltungsgericht Bezug auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu L./Implenia<sup>63</sup>. Nach der Auseinandersetzung mit den von der Vorinstanz eingebrachten Beweisen kam es zum Schluss, dass «der Mailverkehr sowie die parallel dazu getätigten Investitionen und Desinvestitionen in die sia Abrasives überwiegend für einen beabsichtigten Positionsaufbau sprechen<sup>64</sup>,» was die bundesgerichtlichen Anforderungen für einen indirekten Erwerb erfülle.

Aufgrund dieser Ausführungen wurde eine schwere Verletzung der Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit (Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG) festgestellt und die von der FINMA verfügte Massnahme bestätigt.

#### 4.4.4 Würdigung

Die FINMA führt keine Strafverfahren durch, womit weder das Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht noch andere Bestimmungen zur Anwendung kommen, die strafrechtliche Verfahrensgarantien vorsehen<sup>65</sup>. Damit finden auch die strafrechtlichen Verfahrensgrundsätze, insbesondere die Unschuldsvermutung (Art. 6 Abs. 2 EMRK) oder das Recht auf Aussageverweigerung<sup>66</sup>, vor der FINMA keine Anwendung. Man kann sich allerdings durchaus fragen, warum die Androhung des Bewilligungsentzugs infolge schwerer Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen nach schweizerischem Recht nicht dem Strafrecht zugeordnet wird, die Parkbusse demgegenüber schon<sup>67</sup>. Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR), welche vom Bundesgericht übernommen wurde, hat Kriterien entwickelt, bei denen man bezüglich des Charakters der Sanktion zumindest geteilter Meinung sein kann<sup>68</sup>:

- Regelungen, die sich an die Allgemeinheit richten, sind tendenziell strafrechtlicher Natur<sup>69</sup>. Der Entzug einer Bewilligung kann dagegen nur Bewilligungsträgern angedroht werden, welche über eine solche verfügen<sup>70</sup>, was gegen die Qualifikation als strafrechtliche Anklage spricht. Allerdings kann die vorliegende Androhung zumindest teilweise als Sanktion mit generalpräven-

<sup>63</sup> E. 7.4.

<sup>64</sup> E. 9.5.2.

<sup>65</sup> Dazu zählt unter anderem Art. 6 EMRK, der die Unschuldsvermutung und das Recht auf Auskunftsverweigerung regelt (NOBEL [FN 26], § 7 N 175).

<sup>66</sup> Vgl. BGE 131 I 272, E. 3.2; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2010, N 1151a; BERNHARD WALDMANN, Das Disziplinarwesen, in: Verwaltungsstrafrecht und sanktionierendes Verwaltungsrecht, Zürich/Basel/Genf 2010, 117 f.

<sup>67</sup> Vgl. EGMR vom 21.2.1984, Öztürk a. Deutschland, in: EuGRZ (1985) 67 Ziff. 52, wo einer Ordnungsbusse nach deutschem Strassenverkehrsrecht strafrechtlicher Charakter i.S.v. Art. 6 EMRK zugewilligt wurde.

<sup>68</sup> Vgl. z.B. EGMR vom 8.6.1976, Ebel u.a. a. Niederlande, in: EuGRZ (1976) 221 ff. Ziff. 82; BGE 128 I 346, E. 2.1.

<sup>69</sup> Urteil B-4066/2010 des Bundesverwaltungsgerichts vom 19. Mai 2011, E. 8.2.1.2; Urteil 8C\_417/2010 des Bundesgerichts vom 6. September 2010, E. 4.2.2.

<sup>70</sup> FINMAG-KATJA ROTH PELLANDA, 2. Aufl., Basel 2011, Art. 37 N 4 ff.

tiver Zweckrichtung aufgefasst werden, was für den strafrechtlichen Charakter sprechen würde.

- Je schwerer die Sanktion, umso eher geht der EGMR von der strafrechtlichen Qualifikation aus. Schwer ist die Androhung des Bewilligungsentzugs gekoppelt mit dem Verbot des Anwerbens von Neukunden allemal. Ebenso hat der Umstand, dass der zum tatsächlichen Bewilligungsentzug führende «Wiederholungsfall» nicht definiert wird, schwerwiegende Konsequenzen für die Bank.

Es lässt sich also mit guten Gründen argumentieren, dass die Androhung des Bewilligungsentzugs durch die FINMA als strafrechtliche Anklage i.S.v. Art. 6 Abs. 1 EMRK zu qualifizieren ist und dass sich das Verfahren der FINMA und des Bundesverwaltungsgerichts an den Verfahrensgrundsätzen der Konvention messen lassen muss. Diesfalls wäre im Lichte der Unschuldsvermutung vor allem die Beweisführung mittels Plausibilitätsüberlegungen rechtsstaatlich mit einem Fragezeichen zu versehen<sup>71</sup>.

Zu bemerken ist ferner, dass sich das Bundesverwaltungsgericht trotz voller Kognition nicht mit möglichen Verfahrensmängeln auseinandergesetzt hat. So brachte die Bank z.B. vor, dass den Käufen von B. kein Ende 2007 gefasster Plan zugrunde lag, sondern erst einige Monate danach das Zusammentreffen der Finanzkrise, des panikartigen Ausstiegs der Verkäufer aus illiquiden Titeln, der schlechten Jahreszahlen der sia Abrasives und der tiefen Börsenkurse. Man mag dies als Schutzbehauptung abtun; eine seriöse Auseinandersetzung mit den Argumenten der Beschwerdeführerin wäre trotzdem angezeigt gewesen. Sie unterblieb jedoch weitgehend.

Gleich verhält es sich mit der Rüge, dass die Darstellungen der beteiligten Personen unzulässigerweise ausgeblendet worden seien. So haben sämtliche institutionellen Anleger, von denen die sia-Titel stammten, bekräftigt, dass sie ihre Anlageentscheide selbständig gefasst hätten und auch sonst keine Absprachen mit B. eingegangen seien. Diese Aussagen wurden schlicht ignoriert. Umso mehr verwundert, dass das Gericht zum Schluss gelangt, B. hätte die Übertragung der entsprechenden Stimmrechte jederzeit erwirken können: Es war nämlich gar nicht erstellt, dass mit sämtlichen institutionellen Anlegern Vermögensverwaltungsmandate bestanden, aufgrund derer Bankmitarbeiter A. die Möglichkeit gehabt hätte, jederzeit die Titel aus den entsprechenden Depots abzudisponieren.

<sup>71</sup> DAENIKER (FN 42), 414 f.

Zuletzt ist auch die Begründung der doch ziemlich strengen Sanktion (Androhung des Bewilligungsentzugs) etwas allzu knapp ausgefallen. Das Gericht beschränkte sich darauf, allgemeine Ausführungen zur Verhältnismässigkeit wiederzugeben, um danach festzuhalten: «Diese Massnahme erscheint [...] unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände als geeignet, erforderlich und zumutbar<sup>72</sup>.» Der Entscheid hätte Gelegenheit geboten, griffige Kriterien zur Androhung des Bewilligungsentzugs im Vergleich zu mildereren Massnahmen zu entwickeln. Die Gelegenheit dazu wurde verpasst.

Im Ergebnis bleibt auch aus anderen Gründen ein schaler Nachgeschmack. Der Marktteilnehmer, der vom Beteiligungserwerb profitiert hat, konnte sich mittels einer Wiedergutmachungszahlung aus Acht und Bann freikaufen<sup>73</sup>; deren Höhe war verglichen mit dem erzielten Zwischengewinn vernachlässigbar. Die Bank X. aber – möglicherweise Anstifterin, nach Sachverhaltsdarstellung der FINMA aber bloss eine Gehilfin – hatte viel schwerere Konsequenzen zu tragen<sup>74</sup>. Man mag es der Aufsichtsbehörde nicht verargen, dass sie das Verhalten der Bank X. skeptisch beurteilt. Deren Geschäftsmodell entsprach aber keinem Einzelfall und war im Markt kein Geheimnis. Ausländische Aufsichtsbehörden wären vielleicht viel früher im Rahmen der Regulation by Raised Eyebrow eingeschritten, anstatt zuerst jahrelang kommentarlos zuzuschauen und dann mit umso grösserer Härte einzugreifen.

## 5 Schlussfolgerung

Auf einen Nenner gebracht, bestätigt sich das vorne (3.) gezeichnete Bild der Tätigkeit der FINMA. Die FINMA setzt ein klares und einigermaßen voraussehbares ordnungspolitisches Konzept durch. Dieses Konzept ist darauf ausgerichtet, erkannte Missstände nach Entdeckung konsequent zu ahnden. Bei der Ermittlung des Sachverhalts sowie bei der Würdigung anwendbarer Rechtsvorschriften nimmt sich die Aufsichtsbehörde allerdings einen gewissen, durchaus ergebnisbezogenen Freiraum heraus.

Im Ergebnis ist die Tätigkeit der FINMA im Offenlegungs- und Übernahmerecht damit mehr interventionistisch als Laissez faire. Aus der Sicht der Integrität des Finanzplatzes Schweiz ist dies nachvollziehbar, und an der hohen Qualität der Arbeit der FINMA sind deswegen keine Zweifel anzubringen. Indes fällt es schwer, dem

<sup>72</sup> E. 11.2.

<sup>73</sup> Die Zahlung einer Wiedergutmachungssumme sei keine Anerkennung der Tatsachenbehauptungen der FINMA und der von der FINMA gezogenen Schlussfolgerungen, vgl. Neue Zürcher Zeitung vom 25. Mai 2011.

<sup>74</sup> In einem normalen Strafverfahren wäre diese Konstellation undenkbar, vgl. Art. 25 StGB.

Vorgehen der FINMA auch rechtsstaatlich ein einwandfreies Zeugnis auszustellen: Gelegentlich erlaubt sich die Aufsichtsbehörde etwas allzu offensichtliche Abkürzungen.

Die Gerichte ihrerseits legen bei der Beurteilung der Tätigkeit der FINMA keinen strengen Massstab an. Chevron Deference<sup>75</sup> gilt auch hier. Bundesgericht und Bundesverwaltungsgericht lassen den Frei- raum, den sich die FINMA in der materiell-rechtlichen Beurteilung und der Verfahrensführung herausnimmt, im Grossen und Ganzen unangetastet. Die Schaffung des Bundesverwaltungsgerichts, einer Instanz mit vollständiger Rechts- und Angemessenheitsprüfung – und damit auch der Möglichkeit, die FINMA in die Schranken zu weisen, wenn diese ihr Ermessen allzu grosszügig interpretiert –, hat daran im Ergebnis nichts geändert. Aus Sicht des Rechtsanwenders muss daher mit einem Hauch von Resignation der Schluss gezogen werden, dass die Gerichte wohl auch in Zukunft der FINMA kaum Steine in den Weg legen werden.

<sup>75</sup> Vgl. vorne 3.2.

# Verfahrensfragen

**Eva Schneeberger, Fürsprecherin, Richterin an der  
Abteilung II des Bundesverwaltungsgerichts\***

\* Dieser Beitrag stellt die überarbeitete schriftliche Fassung eines an der FINMA-Juristenkonferenz 2012 gehaltenen Referats dar. Die Autorin äussert darin ihre persönliche Meinung.  
Frau Dr. iur. Beatrice Grubenmann sei herzlich gedankt für ihre wertvolle Mithilfe.

<b>Einleitung</b>	<b>72</b>
<b>1 Rechtsprechung zum Anspruch auf rechtliches Gehör</b>	<b>73</b>
1.1 Mitwirkungsrechte	73
1.1.1 Zeitpunkt	73
1.1.2 Akteneinsicht	73
1.2 Rechtsprechung zur Prüfungs- und Begründungspflicht	75
1.2.1 Prüfungstiefe und Begründungsdichte	75
1.2.2 Heilung von Verletzungen der Begründungspflicht	76
<b>2 Rechtsprechung zum Anspruch auf beförderliche Behandlung</b>	<b>77</b>
<b>3 Rechtsprechung zum Anspruch auf effektiven Rechtsschutz</b>	<b>78</b>
3.1 Beschwerdelegitimation und Parteistellung	79
3.1.1 Formelle Beschwer	79
3.1.2 Materielle Beschwer	79
3.1.3 Aktuelles Interesse	81
3.2 Anfechtung von Zwischenverfügungen	82
3.3 Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung und andere vorsorgliche Massnahmen	84
3.4 Anfechtung von Realakten	86
3.5 Freigabe von Mitteln	87
<b>Fazit</b>	<b>88</b>

«Das Bundesverwaltungsgericht auferlegt sich in ständiger Praxis eine gewisse Zurückhaltung bei der Beurteilung von ausgesprochenen Fachfragen, zu deren Beantwortung die sachnähere Vorinstanz besser qualifiziert ist, und gesteht dieser bei der Prüfung des Einzelfalls einen gewissen Beurteilungsspielraum zu.

Verfahrensfragen prüft es indessen stets mit voller Kognition.»

Diese Textstelle zur Kognition, wie sie das Bundesverwaltungsgericht in dieser oder einer ähnlichen Form in fast jedem Urteil verwenden könnte, drückt gleichzeitig auch eine am Bundesverwaltungsgericht weit verbreitete Selbstwahrnehmung aus: Die meisten Richter der für Finanzmarktrecht zuständigen Kammer des Bundesverwaltungsgerichts erheben nicht den Anspruch, Spezialisten auf diesem Gebiet zu sein. Alle verfügen aber über grosse Erfahrung im Verfahrensrecht. Gerade weil dem Bundesverwaltungsgericht die vertieften Spezialkenntnisse im materiellen Recht abgehen und es deshalb seine Kognition in gewissen materiellen Punkten beschränken muss, wird es als besonders wichtig erachtet, dass das Gericht jedenfalls genau überprüft, ob die angefochtene Verfügung in einem fairen und korrekten Verfahren zustande gekommen ist.

Die meisten Verfahrensbestimmungen finden sich im Verwaltungsverfahrensgesetz<sup>1</sup>. Viele von diesen Bestimmungen stellen aber gleichzeitig auch eine Konkretisierung der verfassungsmässigen Verfahrensgarantien, wenn nicht gar der Verfahrensgarantien<sup>2</sup> der Europäischen Menschenrechtskonvention<sup>3</sup> dar. Wenn in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts der Einhaltung von Verfahrensvorschriften so grosse Wichtigkeit beigemessen wird, steht dahinter häufig die Überzeugung, dass es nicht nur um die Anwendung einzelner Gesetzesbestimmungen, sondern um die Durchsetzung der verfassungsmässigen Verfahrensgarantien geht.

In der Folge soll dieser Kontext anhand einiger Urteile, die das Bundesgericht oder das Bundesverwaltungsgericht in FINMA-Verfahren gefällt haben, verdeutlicht werden. Ebenfalls berücksichtigt werden sollen dabei einige Verfahren, die nicht mit einem Urteil endeten.

<sup>1</sup> Verwaltungsverfahrensgesetz vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021).

<sup>2</sup> Vgl. Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101).

<sup>3</sup> Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101).

## 1.1 Mitwirkungsrechte

### 1.1.1 Zeitpunkt

Der Anspruch auf rechtliches Gehör beinhaltet diverse Mitwirkungsrechte. Einige Urteile thematisierten die Frage, ab welchem Zeitpunkt die FINMA einer Partei diese Mitwirkungsrechte gewähren muss.

So entschied das Bundesgericht, dass die Bestimmungen über die Parteirechte erst im ordentlichen Verwaltungsverfahren zur Anwendung kommen, also nicht bereits während den sogenannten Vorabklärungen durch die FINMA. Nach der formellen Einleitung des Verfahrens sind die Mitwirkungsrechte dann aber vollumfänglich zu gewähren, wobei die Betroffenen sich insbesondere auch zu den bereits getroffenen Abklärungen äussern können müssen<sup>4</sup>.

Art. 30 FINMAG<sup>5</sup> sieht vor, dass die FINMA die Eröffnung eines eingreifenden Verfahrens anzeigen muss. Das Bundesverwaltungsgericht hat diese Vorschrift lediglich als Ordnungsvorschrift klassiert, der keine selbständige Bedeutung zukommt in dem Sinn, dass der Anspruch der Betroffenen auf rechtliches Gehör bereits deshalb verletzt wäre, weil die Anzeige nicht oder nicht rechtzeitig erfolgte<sup>6</sup>.

### 1.1.2 Akteneinsicht

Ein interessantes Thema im Kapitel der Mitwirkungsrechte ist sicher die Akteneinsicht. Zwar gibt es nicht sehr viele Urteile zur Frage der Gewährung der Akteneinsicht durch die FINMA und noch weniger Beschwerdegutheissungen zu dieser Frage. Im Gegenteil: Die Rügen der Beschwerdeführer in Bezug auf diese Frage werden fast immer als unbegründet erachtet.

Eine Ausnahme bilden diesbezüglich einige Urteile, die das Bundesverwaltungsgericht auf dem Gebiet der internationalen Amtshilfe gefällt hat<sup>7</sup>. Das Bundesverwaltungsgericht kam in jenen Urteilen zum Schluss, die FINMA könne die Einsicht in das Amtshilfegesuch nicht allein mit einem generellen Hinweis auf das Memorandum of Understanding<sup>8</sup> und die damit zusammenhängende abstrakte Gefahr für das wirtschaftliche Landeswohl verweigern, ohne entsprechende spezialgesetzliche Grundlage. Es sei zweifelhaft, ob das Memorandum so auszulegen sei, dass es Vorrang vor innerstaatlichem Recht, insbesondere vor dem verfassungsmässigen Anspruch auf rechtliches Gehör, beanspruche.

<sup>4</sup> BGE 136 II 304 («Laxey») E. 6.3.

<sup>5</sup> Finanzmarktaufsichtsgesetz vom 22. Juni 2007 (FINMAG, SR 956.1).

<sup>6</sup> BVGE 2012/10 E. 4.

<sup>7</sup> Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-5469/2010 vom 7. Dezember 2010 E. 4; B-6062/2011 vom 22. März 2012 E. 4 f. und B-6980/2011 vom 27. Juni 2012 E. 4 f.

<sup>8</sup> «Multilateral Memorandum of Understanding Concerning Consultation and Cooperation and the Exchange of Information» (MMoU) der «International Organisation of Securities Commission» (IOSCO).

Ansonsten ging es in den meisten Fällen, in denen die Akteneinsicht umstritten war, weniger um die Frage, wie, wann oder in welchem Umfang die Akteneinsicht gewährt werden soll, als vielmehr darum, ob der Betreffende überhaupt Parteistellung und damit Anspruch auf Akteneinsicht hatte<sup>9</sup>. So kann die Akteneinsicht beispielsweise beschränkt werden, wenn der Verfügungsgegenstand nur die Eintretensfrage ist. In einem Verfahren ging es um die Frage, ob die FINMA auf ein Feststellungsbegehren hätte eintreten müssen. Das Bundesverwaltungsgericht schützte den Nichteintretensentscheid und als Konsequenz auch die Beschränkung des Akteneinsichtsrechts<sup>10</sup>.

In einem anderen Fall hatte ein Dritter Beschwerde erhoben, weshalb sich die Frage der Akteneinsicht erst im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht stellte. Es ging um die Genehmigung von Tarifen in der Krankenzusatzversicherung<sup>11</sup>; die Gegenpartei war also eine Versicherung, die Geschäftsgeheimnisse geltend machte. In jenem Verfahren bejahte das Gericht die Parteistellung zwar ausdrücklich, gewährte die Akteneinsicht aber trotzdem nicht, dies insbesondere mit der Begründung, dass die in Frage stehenden Akten nicht entscheiderelevant seien. Eine derartige antizipierte Beweiswürdigung ist grundsätzlich heikel, denn der Betroffene darf ja nicht um sein Recht gebracht werden, geltend zu machen, gewisse Sachverhaltsaspekte, welche die FINMA oder das Gericht nicht als relevant erachteten und die sich aus den Akten ergeben könnten, seien sehr wohl entscheiderelevant. Dies gilt insbesondere dort, wo für den Entscheid auf belastende Umstände aus den Akten abgestellt wird und wo der Betroffene sein Einsichtsrecht geltend macht, um in den Akten nach ihm möglicherweise entlastenden Sachverhaltsumständen zu suchen.

Eine derartige Fragestellung ergab sich im «UBS»-Verfahren<sup>12</sup>. Der Fall ist bekannt: Die FINMA hatte die UBS AG im Februar 2009 ermächtigt und angewiesen, unverzüglich Kundendaten an die US-Behörden auszuliefern. Die betroffenen Bankkunden wurden darüber erst nachträglich und durch die Medien informiert. Im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht wehrte sich die FINMA dagegen, dass den Beschwerdeführern Einsicht in die Vorakten gewährt werde, weil Geheimhaltungsinteressen der Behörden betroffen seien. Das Bundesverwaltungsgericht stand daher vor einer schwierigen Abwägung zwischen den Geheimhaltungsinteressen der Behörden und dem Akteneinsichtsrecht der Bankkunden.

<sup>9</sup> Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3311/2012 vom 13. Dezember 2012.

<sup>10</sup> Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1360/2009 vom 11. Mai 2010.

<sup>11</sup> Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-7407/2009 vom 7. Juli 2011; ebenso: Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-8800/2010 vom 21. November 2012.

<sup>12</sup> Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1092/2009 vom 5. Januar 2010.

Im Ergebnis brauchte es diese Abwägung dann nicht zu machen, weil es die Beschwerde der Bankkunden guthiess. In dieser Konstellation konnte die Akteneinsicht verweigert werden, ohne dass die Beschwerdeführer dadurch beschwert waren. Im darauf folgenden bundesgerichtlichen Verfahren dagegen zeichnete sich die Möglichkeit eines Urteils zu Ungunsten der Bankkunden ab<sup>13</sup>, für das der Inhalt der Vorakten entscheidend relevant war. Der Instruktionsrichter des Bundesgerichts musste daher zwingend die Akteneinsicht<sup>14</sup> und den dazugehörenden Schriftenwechsel im bundesgerichtlichen Instruktionsverfahren nachholen.

## 1.2 Rechtsprechung zur Prüfungs- und Begründungspflicht

### 1.2.1 Prüfungstiefe und Begründungsdichte

Aus der Garantie des rechtlichen Gehörs wird weiter der Anspruch abgeleitet, dass die Behörde die Vorbringen der in ihrer Rechtsstellung Betroffenen sorgfältig und ernsthaft prüft und beim Entscheid berücksichtigt. «Sorgfältig und ernsthaft» bedeutet insbesondere auch, dass die Behörde ihre Kognition ausschöpfen muss. Die Rüge, die FINMA habe ihre Kognition nicht ausgeschöpft, ihre Prüfung sei zu oberflächlich oder zu beschränkt gewesen, wird typischerweise nur erhoben, wo die FINMA selbst als Rechtsmittelinstanz tätig war, oder bei Drittbeschwerden gegen begünstigende Verfügungen<sup>15</sup>.

Die Auseinandersetzung mit den Argumenten des Beschwerdeführers muss nicht nur tatsächlich geschehen, sondern sie muss auch ihren Niederschlag in der Begründung finden. Der Bürger soll wissen, warum die Behörde entgegen seinem Antrag entschieden hat. Zudem kann durch die Verpflichtung zur Offenlegung der Entscheidungsgründe verhindert werden, dass sich die Behörde von unsachlichen Motiven leiten lässt. Generell kann man daher sagen, dass eine Begründung dann mangelhaft ist, wenn daraus nicht hervorgeht, ob die verfügende Behörde sich mit den Vorbringen der Partei überhaupt gedanklich auseinandergesetzt hat, bevor sie verfügte. Ausgenommen sind dabei immerhin offensichtlich unwesentliche Vorbringen. Die durch das Bundesgericht im Urteil «Steinhalden»<sup>16</sup> festgestellte Gehörsverletzung scheint<sup>17</sup> dieser Grundregel zu entsprechen.

Das Bundesverwaltungsgericht hat zwar in verschiedenen Urteilen Fragen zur Prüfungstiefe und Begründungsdichte thematisiert<sup>18</sup>.

<sup>13</sup> BGE 137 II 431.

<sup>14</sup> Genau genommen gewährte er die Akteneinsicht auch nicht, aber in der Zwischenzeit hatte die Geschäftsprüfungskommission des Parlaments praktisch alle sensiblen Informationen, die in den Vorakten enthalten waren und deren Geheimhaltung die FINMA verlangt hatte, in ihrem Bericht auf dem Internet allgemein zugänglich gemacht (vgl. BBl 2011 3099 ff.), so dass ersatzweise darauf abgestellt werden konnte.

<sup>15</sup> BVGE 2011/47 («Quadrant»); Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-7407/2009 vom 7. Juli 2011.

<sup>16</sup> Urteil des Bundesgerichts 2C\_101/2011 vom 21. September 2011 E. 4.2.1.

<sup>17</sup> Die besonderen Sachverhaltsumstände in jenem Fall und die Novenregelung im bundesgerichtlichen Verfahren könnten möglicherweise eine nicht unwesentliche, aber im Urteilstext nicht thematisierte Rolle gespielt haben.

<sup>18</sup> BVGE 2011/47 E. 5 («Quadrant»); BVGE 2012/10 E. 3; Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-3694/2010 vom 6. April 2011 E. 3; B-7407/2009 vom 7. Juli 2011 E. 2; B-7107/2009 vom 15. Februar 2010 E. 4.3.2.

Es fällt indessen schwer, anhand dieser Rechtsprechung allgemeine Aussagen darüber zu machen, was das Gericht von der FINMA in Bezug auf das rechtliche Gehör erwartet. Je nach Rechtsgebiet und Konstellation im konkreten Fall wird die erforderliche Prüfungstiefe oder Begründungsdichte offensichtlich unterschiedlich beurteilt. Die Grenze zu materiellen Fragestellungen ist vielfach fließend: Was genau die FINMA prüfen muss und wozu ihre Begründung entsprechend detailliert sein muss, lässt sich nicht absolut beantworten, sondern steht häufig erst fest, nachdem einige rechtliche Vorfragen beantwortet wurden.

Ein extremes Beispiel in dieser Hinsicht ist sicher das Urteil betreffend Tarifgenehmigung in der Krankenzusatzversicherung<sup>19</sup>: Das Bundesverwaltungsgericht befand, die FINMA müsse nicht nur viel weniger prüfen, als die Beschwerdeführerin geltend gemacht hatte, sondern sogar wesentlich weniger, als die FINMA selbst angenommen hatte.

### **1.2.2** Heilung von Verletzungen der Begründungspflicht

Eine Frage, die sich besser generell beantworten lässt, ist, ob bzw. in welchem Umfang die FINMA ihre Begründung auch noch im Rechtsmittelverfahren um wesentliche Punkte ergänzen und allfällige Verletzungen der Begründungspflicht damit heilen kann. Als Grundsatz gilt hier, dass eine Heilung eigentlich immer möglich ist. Standardmässig wird zwar jeweils ausgeführt, eine Heilung sei nur ausnahmsweise möglich<sup>20</sup>; faktisch ist die Heilung aber die Regel, und Ausnahmen davon sind sehr selten. Der Grund liegt darin, dass eine Rückweisung im konkreten Fall immer ein Leerlauf und damit ein unverantwortlicher Zeitverlust für den Beschwerdeführer wäre, denn aufgrund der nachgelieferten Begründung ist natürlich bereits klar, wie die FINMA nach einer Rückweisung ihre Verfügung begründen würde. Zu beachten ist, dass eine Heilung u.a. voraussetzt, dass die Rechtsmittelinstanz (mindestens) einen zweiten Schriftenwechsel durchführt.

Ein Fall, in dem keine Heilung zugelassen wurde, ist ein Urteil des Bundesverwaltungsgerichts<sup>21</sup> zur Frage, ob superprovisorische Verfügungen der FINMA direkt anfechtbar seien oder nicht. Das Gericht brachte in diesem Urteil seine Praxis wieder auf den bewährten, vom Bundesgericht beschrittenen Pfad zurück. Die FINMA hatte, wie dies in Unterstellungsverfahren häufig geschieht, superprovisorisch und für das betroffene Unternehmen völlig überraschend einen Unter-

<sup>19</sup> Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-7407/2009 vom 7. Juli 2011 E. 3.

<sup>20</sup> Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-7107/2009 vom 15. Februar 2010 E. 4.2.

<sup>21</sup> Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-7038/2009 vom 20. November 2009 E. 1.12 ff.

suchungsbeauftragten eingesetzt und den bisherigen Organen die Verfügungsbefugnis entzogen. Es gehört zum normalen Verfahrensablauf bei superprovisorischen Massnahmen, dass die Massnahme verfügt wird, bevor der Betroffene Gelegenheit erhalten hat, dazu Stellung zu nehmen. Das ist keine Gehörsverletzung, sondern ein Definitionsmerkmal<sup>22</sup> einer superprovisorischen Massnahme. Der Verfügungsadressat kann seine Einwände nach Erhalt dieser Verfügung vorbringen, und die FINMA muss dann darüber entscheiden, ob sie die superprovisorisch verfügten Massnahmen auch angesichts dieser Einwände noch aufrechterhalten oder ob sie diese anpassen oder gar aufheben will. Das Bundesverwaltungsgericht legte nun in seinem Urteil dar, dass es nicht angeht, in dieser Situation eine direkte Anfechtbarkeit von superprovisorischen Verfügungen systematisch einzuführen und einen Schriftenwechsel durchzuführen, in dem die Nichtgewährung des rechtlichen Gehörs «geheilt» werden könnte. Mit diesem Vorgehen würde nämlich das erstmalige rechtliche Gehör systematisch in das Rechtsmittelverfahren verlegt, statt dass es im Verfahren vor der FINMA stattfindet, wo es aus verschiedenen, guten Gründen stattfinden sollte.

## 2 Rechtsprechung zum Anspruch auf beförderliche Behandlung

Zu den allgemeinen Verfahrensgarantien gehört auch das Recht auf Beurteilung innert angemessener Frist bzw. auf eine beförderliche Behandlung von Verwaltungsverfahren. Diese Frage wird von Gerichten nur beurteilt, wenn sie im Kontext von Rechtsverzögerungsbeschwerden aufgeworfen wird, und auch da häufig nur vorfrageweise in Abschreibungsentscheiden.

Grundsätzlich gibt es keine einheitliche Dauer, wie lang ein Verfahren vor der FINMA sein darf. Dies hängt von den Umständen des Einzelfalles ab. Angerechnet werden nur die Unterbrüche auf Seiten der FINMA, also vor allem die Entscheidvorbereitung nach Abschluss der Sachverhaltsabklärung, aber nicht etwa Fristverlängerungen, die der Betroffene für die Verfassung seiner eigenen Stellungnahme verlangt hat.

In Bezug auf ein aufsichtsrechtliches Verfahren, das mit der Auflegung eines Berufsverbots endete, wurde etwa entschieden, die Praxis zur Angemessenheit der Verfahrenslänge von Strafverfah-

<sup>22</sup> Wobei mit diesem Kriterium zwar das Vorgehen beschrieben, aber nichts über dessen Zulässigkeit in einer konkreten Situation ausgesagt wird.

ren sei in einem derartigen Verfahren sinngemäss anzuwenden<sup>23</sup>. Massgeblich seien der psychische Druck und die Belastung des Betroffenen. Solange er noch gar nicht wisse, dass die FINMA ein Verfahren eröffnet habe, sei er dadurch auch noch nicht belastet. Im konkreten Fall dauerte das Verfahren rund ein Jahr zwischen dieser Bekanntgabe und dem Entscheid, was durch das Bundesverwaltungsgericht als keine überlange Dauer beurteilt wurde. Ebenso wenig beanstandet wurde in einem anderen Fall, in dem es um ein Bewilligungsgesuch ging, die Dauer von zwei Monaten ab der Gesuchseinreichung<sup>24</sup>.

Andererseits wurde im Nachgang zum bereits erwähnten Verfahren bezüglich der superprovisorischen Verfügung<sup>25</sup> eine Verfahrensdauer von 20 Tagen bis zum Entscheid über die Einwände gegen diese Massnahmen als zu lang beurteilt<sup>26</sup>. Im vorangegangenen Nichteintretensentscheid im gleichen Fall hatte das Gericht ausgeführt, über die Bestätigung der superprovisorisch verfügten Massnahmen sei «unmittelbar» nach der Gewährung des rechtlichen Gehörs zu verfügen, und das bedeute – je nach Schwere des Eingriffes und Relevanz des Zeitablaufs –, dass die FINMA sich «einige Tage oder auch mehr» Zeit für den Entscheid nehmen dürfe, je nachdem, wie viel Zeit objektiv erforderlich sei, um in einer summarischen Würdigung und aufgrund der bereits vorhandenen oder rasch greifbaren Beweismittel zu entscheiden<sup>27</sup>. Verglichen mit dieser Vorgabe wurde dann eine Dauer von 20 Tagen nach Eingang der Einwände bzw. acht Tagen nach der letzten telefonischen Mahnung als zu lang beurteilt.

### 3 Rechtsprechung zum Anspruch auf effektiven Rechtsschutz

Die Rechtsweggarantie<sup>28</sup> richtet sich von ihrem Wortlaut her primär an die richterlichen Behörden. Insofern ist vielleicht nicht von vornherein offensichtlich, inwiefern sie bereits im erstinstanzlichen Verfahren vor der FINMA Anwendung finden sollte. In dieses Kapitel gehören indessen verschiedene Unterkapitel, die für das erstinstanzliche Verfahren durchaus relevant sind und für deren vertieftes Verständnis die systematische Zuordnung zur Thematik der Rechtsweggarantie wichtig ist.

<sup>23</sup> BVGE 2012/10 E. 5.1.2.

<sup>24</sup> Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2771/2011 vom 9. Oktober 2012 E. 2.

<sup>25</sup> Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-7038/2009 vom 20. November 2009.

<sup>26</sup> Abschreibungsentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-7688/2009 (nicht publiziert).

<sup>27</sup> Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-7038/2009 vom 20. November 2009 E. 1.7.

<sup>28</sup> Vgl. Art. 29a BV.

### 3.1 Beschwerdelegitimation und Parteistellung

Das Kriterium der Beschwerdelegitimation definiert, ob sich jemand in Bezug auf einen bestimmten Streitgegenstand auf die Rechtsweggarantie berufen kann. Ob jemand vom Bundesverwaltungsgericht als beschwerdelegitimiert eingestuft würde, ist auch für das Verfahren vor der FINMA wichtig, denn diese Personen müssten im Verfahren vor der FINMA eigentlich Parteistellung und Parteirechte erhalten<sup>29</sup>. Insofern sind die Fragestellung und die Antwort die gleichen, ob man von Beschwerdelegitimation im Rechtsmittelverfahren oder von Parteistellung im erstinstanzlichen Verfahren spricht<sup>30</sup>.

#### 3.1.1 Formelle Beschwerde

Angesichts des Wortlauts von Art. 48 Abs. 1 Bst. a VwVG ist es nicht überraschend, dass es kaum Urteile gibt, in denen die formelle Beschwerde verneint oder auch nur ernsthaft diskutiert wird. Wirklich interessant könnte dieses Thema aber in einem künftigen Übernahmeverfahren werden, falls eines Tages Minderheitsaktionäre mit einem Anteil von weniger als 2% an der Zielgesellschaft Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht erheben wollen. Im Urteil «Quadrant»<sup>31</sup> wurde die Frage, ob dies zulässig wäre, bekanntlich noch offengelassen.

#### 3.1.2 Materielle Beschwerde

Die materielle Beschwerde verlangt nach einer besonderen, beachtenswerten, nahen Beziehung zur Streitsache. Dieses Kriterium ist insbesondere wichtig bei der Frage der Parteistellung von Dritten.

Das Bundesgericht gesteht offen ein, dass es in seiner Praxis keine rechtslogisch stringente, begrifflich fassbare Abgrenzung betreibt, sondern nur eine praktisch vernünftige. Wo diese Grenze verlaufe, sei für jedes Rechtsgebiet gesondert zu beurteilen. Gesichtspunkte, welche gegen die Zuerkennung einer Parteistellung sprechen, sind etwa die Möglichkeit, den angestrebten Erfolg auf anderem Weg zu erreichen, das bloss mittelbare Betroffensein, aber auch Aspekte der Praktikabilität: Zwar ist der blosser Umstand, dass allenfalls zahlreiche Personen besonders berührt sein können, für sich allein kein Grund, diesen die Parteistellung abzusprechen. Trotzdem soll der Kreis der Personen mit Parteistellung nicht derart weit gezogen werden, dass dadurch die Verwaltungstätigkeit ausserordentlich erschwert würde<sup>32</sup>.

So entschied das Bundesgericht etwa, ein Versicherungsunternehmen habe keinen Anspruch auf Parteistellung im aufsichtsrecht-

<sup>29</sup> Vgl. die Definition der Parteistellung im erstinstanzlichen Verfahren gemäss Art. 6 VwVG. Es gibt allerdings gewisse, insbesondere spezialgesetzliche Ausnahmen, z.B. Art. 33c Abs. 3 i.V.m. Art. 33b Abs. 3 des Börsengesetzes vom 24. März 1995 (BEHG, SR 954.1); Art. 84 Abs. 1 des Versicherungsaufsichtsgesetzes vom 17. Dezember 2004 (VAG, SR 961.01).

<sup>30</sup> Wie mit Dritten umzugehen ist, die Parteistellung beanspruchen, scheint nicht immer selbstverständlich zu sein. Vertritt die FINMA die Auffassung, dass der betreffende Dritte keinen Anspruch auf Parteistellung hat, so ist ihm dies mitzuteilen, bzw. über sein Gesuch um Parteistellung ist in einer anfechtbaren Verfügung zu entscheiden, sofern er dies verlangt. Geschieht dies nicht und führt die FINMA das Hauptverfahren zu Ende, ohne dem Dritten die beantragten Mitwirkungsrechte zuzugestehen, kann dies dazu führen, dass die Rechtsmittelinstanzen nicht nur diese Frage anders beurteilen, sondern zusätzlich auch eine massive Gehörverletzung feststellen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C\_71/2012 vom 26. April 2012 E. 2.2.3; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3987/2011 vom 7. Dezember 2011 E. 2).

<sup>31</sup> Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-5272/2009 vom 30. November 2010 E. 1.4.1 («Quadrant»).

<sup>32</sup> Urteil des Bundesgerichts 2C\_762/2010 vom 2. Februar 2011 E. 4.4, mit Hinweisen.

lichen Liquidationsverfahren gegenüber dem Rückversicherer; die Befürchtung, das Haftungssubstrat könnte durch eine unsachgemässe Aufsicht geschmälert werden, sei einerseits bloss mittelbar und andererseits hypothetisch<sup>33</sup>.

Verneint wurde auch die Beschwerdelegitimation der Konkurrenten im bekannten Fall der privatrechtlich organisierten Tochter eines kantonalen Gebäudeversicherers, welche die Bewilligung der FINMA für den Vertrieb von Zusatzversicherungen erhalten hatte<sup>34</sup>.

Ein wichtiges Kriterium bei der Prüfung der Legitimation von Dritten, insbesondere bei einer Beschwerdeführung «pro Adressat», ist die Differenzierung zwischen direkter und indirekter Betroffenheit. Dazu gibt es im ersten Urteil des Bundesverwaltungsgerichts im «UBS»-Fall<sup>35</sup> vertiefte Ausführungen. In jenem Fall hatte die FINMA die UBS AG angewiesen, den US-Behörden Kundendaten auszuliefern, ohne das Resultat der in gleicher Sache hängigen Amtshilfeverfahren in Steuersachen abzuwarten. In der Folge stellte sich die FINMA auf den Standpunkt, die betroffenen Kunden sowie deren wirtschaftlich Berechtigte seien nicht legitimiert, weil Art. 24 Abs. 2 BankG<sup>36</sup> die Beschwerdelegitimation von Gläubigern und Eignern einschränke. Das Bundesverwaltungsgericht setzte sich mit diesem Argument auseinander und differenzierte zwischen der indirekten Betroffenheit in finanzieller Hinsicht, die mit dieser Bestimmung angesprochen wird, und der direkten und unmittelbaren Betroffenheit der Kontoinhaber in Bezug auf eine allfällige Verletzung ihres Bankkundengeheimnisses. Die Kontoinhaber, allesamt juristische Personen, wurden daher als legitimiert angesehen. Die Betroffenheit der nur wirtschaftlich berechtigten natürlichen Personen dagegen wurde als nur indirekt beurteilt, und ihnen wurde, entsprechend der bundesgerichtlichen Praxis, die Beschwerdelegitimation abgesprochen, da sie über die von ihnen beherrschte Gesellschaft Beschwerde erheben konnten.

Die Frage der Beschwerdelegitimation ist auch häufig ein Thema bei Beschwerden in Unterstellungsverfahren. Ständige Rechtsprechung ist, dass die bisherigen, nach gesellschaftsinternen Regeln eingesetzten Organe einer Gesellschaft trotz dem Entzug ihrer Vertretungsbefugnisse durch die FINMA befugt sind, gegen die Verfügung der FINMA im Namen der Gesellschaft Beschwerde zu führen. Die Grundüberlegung dazu findet sich besonders schön dargelegt im Urteil des Bundesgerichts im Fall «Steinhalden»<sup>37</sup>: Die Rechtsweggarantie gebietet, dass es eine Möglichkeit der richterlichen Kontrolle

<sup>33</sup> Urteil des Bundesgerichts 2C\_762/2010 vom 2. Februar 2011 E. 4.5.

<sup>34</sup> Urteil des Bundesgerichts 2C\_94/2012 vom 3. Juli 2012 E. 2; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4405/2011 vom 12. Dezember 2011 E. 2.

<sup>35</sup> Zwischenentscheid bzw. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1092/2009 vom 30. April 2009 E. 2.

<sup>36</sup> Bankengesetz vom 8. November 1934 (BankG, SR 952.0).

<sup>37</sup> Urteil des Bundesgerichts 2C\_101/2011 vom 21. September 2011 E. 1.

des Handelns der FINMA gibt. Es darf nicht sein, dass nur noch der Beauftragte der FINMA als befugt angesehen würde, für die Gesellschaft zu handeln und gegebenenfalls eine Verfügung der FINMA anzufechten. Die Gerichte sind daher nicht allzu formalistisch bei der Anerkennung der Beschwerdebefugnis der entmachteten Organe in Unterstellungsverfahren. Gibt es keine bisherigen Organe mehr, so wurde auch schon ausnahmsweise ein sogenannt faktisches Organ anerkannt<sup>38</sup> oder es wurde eine Anwaltsvollmacht gelten gelassen, die vor Jahren von einem dazumal befugten Organ unterzeichnet und seither nicht widerrufen worden war<sup>39</sup>.

Auf der anderen Seite sind die Gerichte formalistisch streng, wenn die Gesellschaft zwar Organe hat, die im Namen der Gesellschaft Beschwerde erheben könnten, aber an ihrer Stelle oder zusätzlich Aktionäre oder Gläubiger der Gesellschaft in eigenem Namen Beschwerde erheben wollen. Das Interesse dieser Aktionäre oder Gläubiger wird in diesem Kontext als ein rein vermögensrechtliches und somit mittelbares oder indirektes beurteilt, weshalb sie nicht legitimiert sind, eine gegen die Aktiengesellschaft ergangene Verfügung anzufechten<sup>40</sup>. Etwas weniger hoch sind die Anforderungen an die direkte Betroffenheit eines Anlegers, der nicht «pro Adressat», sondern «contra Adressat» Beschwerde erhebt, also gegenläufige Interessen verfolgt zu denjenigen der Gesellschaft, die unterstellt werden soll. Aber auch in dieser Konstellation wurde die Beschwerdelegitimation verneint, da für die Verfolgung dieser Interessen andere, näherliegende Möglichkeiten zur Verfügung stehen<sup>41</sup>.

Eine scheinbare Ausnahme vom Grundsatz, dass nur der unmittelbar Betroffene legitimiert ist, gilt in Verfahren betreffend Offenlegung oder Meldepflichtverletzungen. Dort hat die Zielgesellschaft grundsätzlich Parteistellung. Das Bundesgericht begründet dies damit, dass es hier nicht nur um Anlegerschutz, sondern auch um Funktionsschutz geht, und in dieser Hinsicht gilt die Zielgesellschaft als Direktbetroffene<sup>42</sup>.

### 3.1.3 Aktuelles Interesse

Die Beschwerdelegitimation setzt voraus, dass das Interesse des Beschwerdeführers ein schutzwürdiges sei. Ob diese Voraussetzung gegeben ist, wird insbesondere dann diskutiert, wenn sich die Frage stellt, ob das Interesse im Zeitpunkt der Beschwerdeerhebung oder im Zeitpunkt der Urteilsfällung überhaupt noch aktuell ist oder ob von diesem Erfordernis ausnahmsweise abgesehen werden kann.

<sup>38</sup> Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-7861/2008 vom 24. September 2009 E. 2.2.

<sup>39</sup> Urteil des Bundesgerichts 2C\_571/2009 vom 5. November 2010 E. 1.1.2; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4312/2008 vom 31. Juli 2009 E. 1.6.2.

<sup>40</sup> Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3987/2011 vom 7. Dezember 2011 E. 1.5.2.

<sup>41</sup> Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3311/2012 vom 13. Dezember 2012 E. 3.

<sup>42</sup> Zwischenentscheid des Bundesgerichts 2C\_77/2009/2C\_78/2009 vom 2. Juni 2009 («Laxey») E. 4.4.

So etwa im Fall «UBS»<sup>43</sup>: Die Daten waren bereits übermittelt, als die betroffenen Kunden Beschwerde erhoben. Ein aktuelles, praktisches Rechtsschutzinteresse war daher nicht mehr vorhanden. Das Bundesverwaltungsgericht trat aber trotzdem auf eine der Beschwerden ein, weil das Verfahren von grossem öffentlichem Interesse war und die Rechtsfrage sich erneut stellen könnte<sup>44</sup>.

Ein schutzwürdiges Interesse wird von den Gerichten auch regelmässig bejaht in Verfahren betreffend Meldepflichtverletzungen oder in aufsichtsrechtlichen Verfahren gegen unterstellte Institute. Dies vor allem mit Blick auf den geschäftlichen Ruf der Betroffenen. Weil diese Verfahren in der Regel eine gewisse Medienöffentlichkeit erhalten, hat bereits die Feststellung durch die FINMA den Charakter einer eigentlichen Rüge, gegen die sich die Betroffenen wehren können müssen<sup>45</sup>. Auch im Fall «Bank am Bellevue» beurteilte das Bundesverwaltungsgericht daher einen Punkt materiell, obwohl die Bank den von der FINMA gerügten Mangel bereits während hängigem Beschwerdeverfahren behoben hatte und die Beanstandung damit erledigt war<sup>46</sup>.

### 3.2 Anfechtung von Zwischenverfügungen

Der Anspruch auf effektiven Rechtsschutz bezieht sich zwar grundsätzlich auch auf Zwischenverfügungen. In der Regel findet die richterliche Kontrolle aber erst bei der Anfechtung des Endentscheids statt. Sofort anfechtbar sind Zwischenverfügungen nur, wenn der Betroffene einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil geltend machen kann, also ein schutzwürdiges Interesse daran hat, dass die Zwischenverfügung sofort richterlich beurteilt wird und nicht erst zusammen mit dem Endentscheid. In Bezug auf einzelne Kategorien von Zwischenverfügungen wird dieser Nachteil bereits vom Gesetz unterstellt<sup>47</sup>, bei den übrigen Zwischenverfügungen muss er konkret dargetan werden.

Es obliegt dabei dem Beschwerdeführer, den nicht wiedergutzumachenden Nachteil geltend zu machen und gegebenenfalls zu belegen. Gelingt ihm dies nicht, so tritt die Rechtsmittelinstanz auf die Beschwerde gegen die Zwischenverfügung nicht ein. Ein wirtschaftliches Interesse kann ausreichen, aber nicht, wenn es dem Beschwerdeführer lediglich darum geht, eine Verlängerung oder Verteuerung des Verfahrens zu verhindern. Dieser Grundsatz mag in grossen Verfahren nach formalistischem Leerlauf aussehen<sup>48</sup>, aber die Alternative würde natürlich bedeuten, dass gerade in einem

<sup>43</sup> Zwischenentscheid bzw. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1092/2009 vom 30. April 2009 E. 4.

<sup>44</sup> Vgl. aber auch das Parallelverfahren eines andern Bankkunden, der nach dem Urteil des Bundesgerichts noch an seiner Beschwerde festhalten wollte. In dieser Situation wurde das schutzwürdige Interesse verneint (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1440/2009 vom 12. Juni 2012).

<sup>45</sup> BGE 136 II 304 E. 2.3.1 («Laxey»).

<sup>46</sup> Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2204/2011 vom 24. Juli 2012 E. 1.2.

<sup>47</sup> Vgl. Art. 45 VwVG; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-253/2012 vom 8. März 2012 E. 2.2 («Quadrant»).

<sup>48</sup> Vgl. etwa das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-253/2012 vom 8. März 2012 («Quadrant»), das möglicherweise von beiden Seiten als teilweise zu formalistisch angesehen wurde.

komplexen Verfahren alles und jedes zum Gegenstand einer Zwischenverfügung gemacht würde und durch je einzelne Beschwerden zu diesen Punkten das Verfahren unendlich verzettelt werden könnte.

Typische Zwischenverfügungen, die anfechtbar sind, sind die vorsorglichen Massnahmen der FINMA in Unterstellungsfällen, mit denen ein Untersuchungsbeauftragter eingesetzt und den Organen der Gesellschaft die Verfügungsberechtigung entzogen wird. Untersuchungsverfahren dauern häufig mehrere Monate, so dass in derartigen Fällen der nicht wiedergutzumachende Nachteil in der Praxis bejaht wird und die Betroffenen nicht bis zur Anfechtung des Endentscheids zuwarten müssen<sup>49</sup>. Erfolgte die Massnahme aber erst superprovisorisch, so geht es noch nicht um die voraussichtliche Gesamtdauer des Untersuchungsverfahrens, sondern nur um die kurze Zeitspanne, bis die FINMA nach Eingang der Einwände der Betroffenen nochmals über ihre superprovisorisch verfügten Massnahmen entscheiden wird. Aus diesem Grund sind superprovisorische Verfügungen in aller Regel nicht selbständig anfechtbar<sup>50</sup>.

Auch wenn eine verfahrensleitende Zwischenverfügung bezüglich Beweismassnahmen angefochten wird, beispielsweise Verfügungen, in denen die FINMA die Abnahme der beantragten Beweismittel ablehnt, muss ein nicht wiedergutzumachender Nachteil dargelegt werden. Das Bundesgericht ist bekanntlich sehr zurückhaltend bei der Annahme eines derartigen Nachteils bei Verfügungen über die Abnahme von Beweismitteln. Es muss konkrete Gefahr bestehen, dass das Beweismittel später nicht mehr abgenommen werden kann. Bei beantragten Zeugeneinvernahmen kann das eine bevorstehende Abreise ins Ausland oder eine schwere Krankheit des Zeugen sein. Wurde ein Antrag auf Akteneinsicht abgelehnt, wird der Nachteil in der Regel verneint<sup>51</sup>.

Letztlich ist es aber nicht Sache der FINMA, zu beurteilen, ob die Nichtabnahme eines Beweismittels zu einem bestimmten Zeitpunkt für die betroffene Partei einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil bewirkt oder nicht. Der Anspruch auf effektiven Rechtsschutz verlangt, dass sie darüber eine Zwischenverfügung erlässt, sofern die betroffene Partei dies ausdrücklich verlangt und geltend macht, sie beabsichtige, die Zwischenverfügung anzufechten. Es ist dann Sache der Rechtsmittelinstanz, zu entscheiden, ob die Nichtabnahme des beantragten Beweismittels zu diesem Zeitpunkt einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil bewirken könnte oder nicht. Das

<sup>49</sup> Urteil des Bundesgerichts 2C\_118/2012 vom 29. November 2012 E. 2.

<sup>50</sup> Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-7038/2009 vom 20. November 2009 E. 1.5.

<sup>51</sup> Im Gegensatz dazu wäre der nicht wiedergutzumachende Nachteil natürlich zu bejahen, wenn eine Gegenpartei sich gegen die Einsicht in Akten wehren will, bezüglich derer sie Geschäftsgeheimnisse geltend macht.

Bundesverwaltungsgericht bejahte daher einen Verfahrensfehler, weil die FINMA dem Antrag der betroffenen Partei auf Erlass einer derartigen Zwischenverfügung vor der Endverfügung nicht nachgekommen war<sup>52</sup>.

### **3.3 Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung und andere vorsorgliche Massnahmen**

Die aufschiebende Wirkung einer Beschwerde ist ein notwendiges Institut des Prozessrechts, um wirksamen Rechtsschutz zu gewährleisten. Sie ist daher die Regel und darf nur aus wichtigen Gründen entzogen werden. Insbesondere muss es dringend sein, die Verfügung sofort zu vollziehen. Hat die FINMA in ihrer Verfügung die aufschiebende Wirkung entzogen, so steht der Instruktionsrichter des Bundesverwaltungsgerichts häufig vor der Frage, ob er diese auf Begehren des Beschwerdeführers wiederherstellen soll.

Die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung dient – wie die anderen vorsorglichen Massnahmen auch – grundsätzlich dem Ziel, den bestehenden Zustand zu erhalten, so dass das Endurteil möglichst nicht präjudiziert wird, und allfällige andere Interessen, die bedroht sein könnten, zu sichern<sup>53</sup>. Vorsorgliche Massnahmen basieren auf einer bloss summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage. Sie müssen häufig getroffen werden, bevor das Gericht über die Akten verfügt oder Zeit gehabt hätte, sie zu studieren, und bevor die FINMA sich in der Sache vernehmen lassen konnte. Die Hauptsachenprognose darf daher nur berücksichtigt werden, wenn sie eindeutig ist. Abzustellen ist ansonsten auf eine Abwägung zwischen den Interessen des Beschwerdeführers, insbesondere auch seinem verfassungsmässigen Anspruch auf effektiven Rechtsschutz, und allfälligen anderen Interessen, die durch eine Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung gefährdet sein könnten. Bei Verfügungen der FINMA sind dies häufig die Interessen von bisherigen oder potenziellen Anlegern und Gläubigern. Bei dieser Interessenabwägung gestehen die Gerichte der FINMA einen Ermessensspielraum zu.

In Unterstellungsfällen ist der Entzug der aufschiebenden Wirkung durch die FINMA die Regel, nicht die Ausnahme. Und genauso regelmässig wird die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung durch den zuständigen Instruktionsrichter abgelehnt, allenfalls noch mit einigen flankierenden vorsorglichen Massnahmen zur Sicherung und Werterhaltung in Bezug auf die verfügte Konkursliquidation<sup>54</sup>.

<sup>52</sup> Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2703/2010 vom 6. Juli 2010 E. 4.

<sup>53</sup> Vgl. PHILIPPE WEISSENBARGER/ASTRID HIRZEL, Der Suspensiveffekt und andere vorsorgliche Massnahmen, in: Isabel Häner/Bernhard Waldmann (Hrsg.), Brennpunkte im Verwaltungsprozess, Zürich 2013, S. 61 ff.

<sup>54</sup> Vgl. Zwischenverfügungen des Bundesverwaltungsgerichts vom 14. Juni 2012 und 26. Juli 2012 im Verfahren B-3142/2012; vom 16. April 2012 und 16. Mai 2012 im Verfahren B-1687/2012; vom 8. April 2010 im Verfahren B-2311/2010; vom 13. August 2009 im Verfahren B-4710/2009; vom 20. Mai 2009 im Verfahren B-3259/2009; vom 20. April 2009 im Verfahren B-1873/2009. Diese Zwischenverfügungen sind nicht publiziert.

Der Entzug der aufschiebenden Wirkung betrifft zwar häufig nur einige Punkte, darunter aber insbesondere das Verbot der beanstandeten Geschäftstätigkeit und die Verfügungsberechtigung über die Konten der Gesellschaft. Dieser Entzug der aufschiebenden Wirkung hat sich als ausgesprochen präjudizierend erwiesen, insbesondere was die Einstellung der Geschäftstätigkeit betrifft. Dies gilt umso mehr, je grösser das Unternehmen ist und je mehr Mitarbeiter es beschäftigt, denn die betroffene Gesellschaft hat keine Möglichkeit mehr, Einnahmen zu generieren, während ihre Fixkosten weiterlaufen.

In dieser Hinsicht besonders empfindlich sind daher Unternehmen, die über eine offizielle Bewilligung verfügten oder deren Geschäftstätigkeit zumindest über Jahre toleriert wurde, denn sie weisen in der Regel ein grösseres Geschäftsvolumen auf und beschäftigen mehr Mitarbeiter als die typischen Unterstellungsfälle. Bei derartigen Unternehmen erweist sich das sofortige Verbot der Geschäftstätigkeit daher in der Regel als fatal: Es kommt innert Wochen oder weniger Monate zu einer Überschuldungssituation und zu einem Konkurs. Die Folge ist, dass das Verfahren gegenstandslos wird oder die Beschwerde zurückgezogen wird.

Es fällt auf, dass die FINMA seit zwei Jahren die aufschiebende Wirkung auch bei Verfügungen gegenüber derartigen Unternehmen entzieht, so beim Entzug der Bewilligung oder bei der Durchsetzung von Massnahmen gegenüber einem bewilligten Institut oder wenn sie eine offiziell nachgesuchte Bewilligung, als direkt unterstellter Finanzintermediär oder als Effektenhändler, verweigerte und gleichzeitig die Liquidation anordnete<sup>55</sup>. Auch in diesen Verfahren wurde in der Folge der Entzug der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde durch den jeweils zuständigen Instruktionsrichter geschützt<sup>56</sup>.

Im einzelnen Fall mag es jeweils gute Gründe gegeben haben, dass die FINMA die aufschiebende Wirkung entzogen und der zuständige Instruktionsrichter sie nicht wiederhergestellt hat. Auch besteht an sich die Möglichkeit, die Zwischenverfügung des Instruktionsrichters ans Bundesgericht weiterzuziehen<sup>57</sup>. Nichtsdestotrotz zeigt sich in der Gerichtspraxis zu Verfügungen der FINMA zunehmend, dass der Anspruch, dem Endurteil nicht vorzugreifen, gerade in diesen Kategorien von Fällen nicht eingelöst wird oder nicht eingelöst werden kann.

Die Frage darf und sollte daher gestellt werden, ob in diesen Bereichen überhaupt noch ein effektiver Rechtsschutz im Sinne der Rechtsweggarantie besteht. Faktisch reduziert sich der Rechtsschutz

<sup>55</sup> Die beobachteten Fälle sind noch nicht derart zahlreich, als dass es statistisch zulässig wäre, daraus Rückschlüsse auf eine systematische Praxisänderung der FINMA und deren allfällige Ursachen zu ziehen.

<sup>56</sup> Verfahren B-3142/2012 (noch hängig); Verfahren B-1687/2012 (Erledigung durch Beschwerderückzug); Zwischenverfügung vom 27. April 2011 im Verfahren B-2204/2011 «Bank am Bellevue» (Erledigung durch Unterziehung in diesem Punkt); Verfahren B-716/2011 (Erledigung durch Beschwerderückzug).

<sup>57</sup> Urteil des Bundesgerichts 2C\_118/2012 vom 29. November 2012 E. 2.

<sup>58</sup> Punktueller Verfügungsverbot in einem Konkursverfahren (Zwischenverfügungen vom 19. Juli 2012 und 9. August 2012 im Verfahren B-3771/2012); Abweisung eines Antrags der Beschwerdegegnerin auf Entzug der aufschiebenden Wirkung (Zwischenverfügung vom 12. September 2011 im Verfahren B-4405/2011); vorsorgliche Verfügungsverbote gegenüber der Gegenpartei in einem Verfahren, in dem die Verfügung faktisch bereits vollstreckt war, bevor der Beschwerdeführer davon Kenntnis erhielt (Zwischenverfügungen vom 26. Juli 2011 und 23. August 2011 im Verfahren B-3987/2011); vorsorgliches Veräusserungsverbot (Zwischenverfügung vom 22. Juli 2010 im Verfahren B-4888/2010); superprovisorisches Verbot des Datentransfers im Fall «UBS» (Zwischenverfügung vom 20. Februar 2009 im Verfahren B-1092/2009 [publiziert] und diverse Parallelverfahren); vorsorgliche Verfügungsbeschränkung (Zwischenverfügungen vom 5. März 2009 und 12. März 2009 im Verfahren B-1374/2009); superprovisorisches Liquidationsverbot (Zwischenverfügung vom 7. Mai 2012 im Verfahren B-1687/2012). Diese Zwischenverfügungen sind nicht publiziert. Vgl. andererseits aber auch die Abweisung des Antrags auf vorsorgliche Massnahmen im Verfahren «Harwanne» (Zwischenverfügung vom 11. Mai 2009 im Verfahren B-2414/2009, publiziert auf <http://www.copa.ch/transactions/detail/nr/0403>; vgl. dazu auch DIETER GERICKE/KARIN WIEDMER, Kommentar Übernahmeverordnung [UEV], Zürich/Basel/Genf 2011, N. 22 zu Art. 68 UEV; FLAVIO ROMERIO/FRANK GERHARD, Harwanne – Erster Testfall für die neue Verfahrensordnung im Übernahmerecht, GesKR 3/2009, S. 359 f.).

<sup>59</sup> Zwischenverfügung vom 11. Januar 2012 im Verfahren B-19/2012 (publiziert).

nämlich auf die summarische Beurteilung durch den zuständigen Instruktionsrichter im Kontext der vorsorglichen Massnahmen und auf die Möglichkeit des Weiterzugs an das Bundesgericht.

Natürlich kann sich auch in anderen Verfahren die Frage von vorsorglichen Massnahmen oder einer Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung stellen. Die Interessenabwägung durch die FINMA und durch den jeweils zuständigen Instruktionsrichter des Bundesverwaltungsgerichts fällt aber nicht mit gleicher Regelmässigkeit zu Ungunsten der beschwerdeführenden Partei aus<sup>58</sup>.

### 3.4 Anfechtung von Realakten

Im Kontext der Rechtsweggarantie ist die Anfechtung von Realakten ein anspruchsvolles Kapitel. Insbesondere der verfügenden Erstinstanz kommt hier eine wichtige Rolle zu, wie bereits aus dem in Art. 25a VwVG vorgesehenen Ablauf hervorgeht: Ein wirksamer Rechtsschutz kann offensichtlich nur stattfinden, wenn der Betroffene weiss, dass die Behörde eine Handlung plant, die in seine Rechte eingreift. Dann muss er die Behörde dazu bringen können, eine Verfügung zu erlassen, und zwar so rechtzeitig, dass er diese Verfügung beim Bundesverwaltungsgericht anfechten kann.

Im Bereich dieser Thematik gab es zwei Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht. Das eine betraf eine Pressemitteilung zum Abschluss eines Enforcementverfahrens gegen ein bewilligtes Institut. Die FINMA teilte ihre Absicht dem Betroffenen einen Tag vorher mit. Statt zuerst eine anfechtbare Verfügung zu verlangen, gelangte dieser aber direkt ans Bundesverwaltungsgericht. Da noch kein zulässiges Anfechtungsobjekt vorhanden war, überwies der Instruktionsrichter des Bundesverwaltungsgerichts die Eingabe unverzüglich an die FINMA<sup>59</sup>.

In einem anderen Verfahren erfuhr ein ehemaliger Mitarbeiter einer Bank aus den Medien, dass die FINMA die Übermittlung von Daten dieser Bank, insbesondere auch von E-Mails, an die US-Behörden plane. Er fühlte sich betroffen und wollte die Datenübermittlung verhindern. Nachdem er von der FINMA keine Antwort erhalten hatte, gelangte er ans Bundesverwaltungsgericht. Der zuständige Instruktionsrichter verhängte vorab ein superprovisorisches Verbot der Datenlieferung. In einem ersten Schriftwechsel stellte sich heraus, dass es noch kein konkretes Amtshilfegesuch und noch keine Verfügung gab. Die FINMA stellte sich auf den Standpunkt, dass es sich ohnehin nur um institutsbezogene

Daten handle, so dass sie kein Verwaltungsverfahren durchführen und keine Verfügung erlassen werde, und dass der betroffene ehemalige Mitarbeiter der Bank auch keine Parteistellung habe. Damit war klar, dass es sich auch hier lediglich um einen bevorstehenden Realakt handelte. Der Instruktionsrichter stellte daraufhin einen Nichteintretensentscheid in Aussicht und setzte dem Beschwerdeführer Frist für den Beschwerderückzug. Gleichzeitig aber, unter ausdrücklichem Hinweis auf die Rechtsweggarantie, verlängerte er das vorsorgliche Datenlieferungsverbot, jedoch nur gerade so lange, dass die Daten nicht allenfalls überstellt würden, bevor der Beschwerdeführer Gelegenheit gehabt hätte, bei der FINMA eine anfechtbare Verfügung zu verlangen und die Frage der Rechtmässigkeit des Realakts bzw. wenigstens die Frage, ob er Anspruch auf Parteistellung und eine anfechtbare Verfügung habe, gerichtlich klären zu lassen<sup>60</sup>.

Beide diese Verfahren endeten nicht mit einem Urteil.

### 3.5 Freigabe von Mitteln

In Unterstellungsverfahren entzieht die FINMA regelmässig den bisherigen Organen die Verfügungsgewalt über die Konten der Gesellschaft. Wollen die Organe namens der Gesellschaft ein Rechtsmittel ergreifen gegen das Vorgehen der FINMA – wozu sie grundsätzlich befugt sind<sup>61</sup> –, so müssen sie den Vorschuss für den Anwalt und das Gericht entweder aus ihren privaten Mitteln bezahlen oder aber die FINMA dazu veranlassen, für diesen Zweck Mittel der Gesellschaft freizugeben. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts ist in diesen Fällen eine Güterabwägung vorzunehmen zwischen dem Interesse der untersuchten Gesellschaft an der Prozessführung einerseits und dem Interesse der Gläubiger der Gesellschaft, dass das ihnen haftende Vermögen nicht durch unnötige Ausgaben vermindert werde, andererseits. Diese Abwägung ist insbesondere dann schwierig, wenn sich eine mögliche Überschuldung abzeichnet.

In diesem Kontext hat das Bundesverwaltungsgericht beispielsweise entschieden, dass die Interessen der Gläubiger, zu deren Gunsten die Mittel der Gesellschaft gesperrt waren, vorgehen, wenn die Gesellschaft möglicherweise überschuldet ist und unbestrittenermassen gar kein aktuelles, praktisches Interesse am Prozess hat<sup>62</sup>.

Die Frage, ob die Gesellschaft illiquid oder überschuldet ist, ist häufig umstritten. Dies nicht zuletzt auch deshalb, weil die Akonto-

<sup>60</sup> Zwischenverfügungen vom 6. Februar 2012 und 13. Februar 2012 im Verfahren B-0645/2012 (nicht publiziert).

<sup>61</sup> Vgl. vorne Ziff. 3.1.2

<sup>62</sup> Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1607/2010 vom 21. Juni 2010.

zahlung für die Kosten des Beauftragten der FINMA die vorhandenen flüssigen Mittel wesentlich vermindern kann. Es ist wiederum eine Konsequenz der Rechtsweggarantie, dass jedenfalls Forderungen wie die Verfahrenskosten der FINMA, die zum eigentlichen Prozessthema des Hauptverfahrens gehören, dem Interesse der Gesellschaft an der Prozessführung nicht ohne Weiteres vorgehen dürfen<sup>63</sup>.

## Fazit

Die dargelegte Rechtsprechung zeigt, dass verschiedene, scheinbar formalistische Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes eine wichtige Funktion bei der Konkretisierung und Durchsetzung der verfassungsmässigen Verfahrensgarantien haben. Bei den allgemeinen Verfahrensgarantien ist dieser Zusammenhang meistens ziemlich offensichtlich, und die Compliance ist erfreulich hoch. Die Rechtsweggarantie dagegen ist eine neuere Verfahrensgarantie; die Anforderungen, die sie an die Verfahrensführung in allen Instanzen stellt, scheinen noch nicht allen Rechtsanwendenden im wünschbaren Ausmass bewusst zu sein. Es wird die Aufgabe von Lehre und Rechtsprechung sein, die sich stellenden Fragen zu thematisieren und die Rechtsweggarantie weiter zu konkretisieren. Das Referat der Autorin an der FINMA-Juristenkonferenz 2012 und dieser Text sind ein Beitrag zu dieser Diskussion.

<sup>63</sup> Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-872/2011 vom 16. Mai 2011.



# «Mitgegangen – mitgefangen – mitgehangen»: Von illegalen «Gruppentätern» und Internet- «Anprangerungen», aktuelle Themen der FINMA aus Sicht des Bundesgerichts

**Dina Beti, lic. iur, Rechtsanwältin, Gerichtsschreiberin an  
der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung des Schweizerischen  
Bundesgerichts\***

\* Der vorliegende Beitrag gibt ausschliesslich die persönliche Meinung der Autorin wieder.

<b>1</b>	<b>Gruppengesellschaften</b>	<b>92</b>
1.1	Grundsätzliches	92
1.1.1	Unterstellungsverfahren	92
1.1.2	Gruppenbegriff bei unbewilligt tätigen Unternehmen	93
1.1.3	Rechtsfolgen	95
1.1.4	Eingrenzung durch das Verhältnismässigkeitsprinzip	95
1.2	«Fina»-Entscheid des Bundesgerichts vom 12. Januar 2012	96
1.2.1	Relevante Erwägungen	96
1.2.2	Würdigung	99
<b>2</b>	<b>Urteilsveröffentlichung oder der neue Pranger und seine Schranken</b>	<b>99</b>
2.1	Grundsätzliches	99
2.1.1	Natur und Zweck der Urteilsveröffentlichung	100
2.1.2	Entstehungsgeschichte	100
2.1.3	Abgrenzung zu anderen Veröffentlichungen	100
2.1.4	Voraussetzungen und Schranken der Urteilsveröffentlichung	101
2.1.5	Urteilsveröffentlichung und EMRK	102
2.2	«Fina»-Entscheid des Bundesgerichts vom 12. Januar 2012	104
2.2.1	Relevante Erwägungen	104
2.2.2	Würdigung	105
<b>3</b>	<b>Exkurs: Insolvenz, wie weit gehen Art. 25 und 26 BankG?</b>	<b>106</b>
3.1	Massnahmen bei drohender Insolvenz	106
3.2	Würdigung	107

## 1.1 Grundsätzliches

### 1.1.1 Unterstellungsverfahren

Die Statistik bringt es an den Tag: Die sich aus den Verfahren der FINMA ergebenden Gerichtsentscheide richten sich viel häufiger gegen Unternehmen und Personen, die ohne Bewilligung eine bewilligungspflichtige Geschäftstätigkeit ausüben, als gegen bewilligte Institute. Im ersten Bereich wurden innerhalb von vier Jahren 45 Gerichtsentscheide gefällt, wovon 15 Entscheide des Bundesgerichts, währenddem lediglich elf Entscheide, wovon nur zwei vom Bundesgericht, bewilligte Institute betrafen.

In ständiger Rechtsprechung wird anerkannt, dass die Aufsichtsbehörde die im Gesetz vorgesehenen Mittel auch gegenüber Instituten einsetzen kann, deren Unterstellung oder Bewilligungspflicht umstritten ist.<sup>1</sup> Da die Finanzmarktaufsicht allgemein über die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften zu wachen hat, ist die ihr übertragene Aufsicht nicht auf die unterstellten Betriebe beschränkt. Zu ihrem Aufgabenbereich gehören auch die Abklärung der finanzmarktrechtlichen Bewilligungspflicht und die Ermittlung von Finanzintermediären, die in Verletzung der gesetzlichen Bestimmungen tätig sind.<sup>2</sup>

In Anwendung von Art. 37 Abs. 3 FINMAG<sup>3</sup> gelten die Rechtsfolgen eines Bewilligungsentzuges analog, wenn ein Beaufchtigter tätig ist, ohne über eine Bewilligung, eine Anerkennung, eine Zulassung oder eine Registrierung zu verfügen. Diese Regelung kodifiziert eine bereits früher durch die EBK entwickelte und vom Bundesgericht bestätigte Praxis zur Liquidation illegaler Banken und Effekthändler, welche auch im Bereich des Geldwäschereigesetzes übernommen wurde.<sup>4</sup> Im Ergebnis enden solche Verfahren oft mit der aufsichtsrechtlichen Liquidation oder dem Konkurs der betroffenen Unternehmen.<sup>5</sup>

Ist die bewilligungspflichtige Tätigkeit festgestellt und die nachträgliche Erteilung einer Bewilligung nicht möglich, setzt die FINMA die Gesellschaft in aufsichtsrechtliche Liquidation. Ob darüber hinaus auch der Konkurs eröffnet wird, statt bloss eine Liquidation anzuordnen, hängt davon ab, ob die FINMA von der begründeten Besorgnis einer Überschuldung oder von ernsthaften Liquiditätsproblemen ausgehen muss und die Konkurseröffnung im Hinblick darauf verhältnismässig erscheint. Im Rahmen der Finanzmarktaufsicht ist der Nachweis einer formellen Überschuldung nicht nötig.

<sup>1</sup> MARTIN PEYER, Entwicklungen im Finanzmarktaufsichtsrecht, in: AJP 2010 768 ff., insb. S. 771.

<sup>2</sup> BGE 135 II 356 E. 3.1.

<sup>3</sup> SR 956.1.

<sup>4</sup> KATJA ROTH PELLANDA, in: Rolf Watter/Nedim Peter Vogt (Hrsg.), Basler Kommentar zum FINMAG, 2. Auflage 2011, N. 26 ad Art. 37 FINMAG.

<sup>5</sup> PEYER, loc. cit.

Das Vorliegen vernünftiger, nachvollziehbarer Umstände, die auf eine bestehende oder unmittelbar bevorstehende Überschuldung schliessen lassen, genügt. Ernsthafte Liquiditätsprobleme liegen vor, wenn der Finanzintermediär nicht mehr in der Lage ist, seinen Zahlungsverpflichtungen nachzukommen und die bestehende Liquidität die fällig gewordenen oder in Kürze fällig werdenden Forderungen nicht mehr deckt. Wann der kritische Punkt zur Besorgnis einer Überschuldung erreicht ist, lässt sich nicht allgemein sagen, weshalb der FINMA als Fachbehörde diesbezüglich ein nicht unerheblicher technischer Ermessensspielraum zukommt; sie muss ihren Entscheid aber im Einzelfall rechtsgenügend begründen; die bloss abstrakte Vermutung einer Überschuldung genügt nicht.<sup>6</sup> Im Interesse der Anleger und Gläubiger rechtfertigt sich in diesem Rahmen eine vorsichtige Einschätzung der Werthaltigkeit der Aktiven von dem Bankenrecht unterstellten Instituten und Personen.<sup>7</sup>

Aus dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit folgt, dass dann, wenn eine Gesellschaft sowohl einer bewilligungspflichtigen als auch einer finanzmarktrechtlich unbedenklichen Tätigkeit nachgeht, nur der bewilligungspflichtige Teil zu liquidieren ist, vorausgesetzt, dies ist technisch möglich und der erlaubten Geschäftstätigkeit kommt eine eigenständige Bedeutung zu. Zudem muss davon ausgegangen werden können, dass künftig kein relevantes Risiko mehr besteht, dass erneut gesetzeswidrig eine bewilligungspflichtige Aktivität entfaltet werden könnte.<sup>8</sup>

### 1.1.2 Gruppenbegriff bei unbewilligt tätigen Unternehmen

Wie das Bundesgericht in jüngeren Entscheiden<sup>9</sup> mehrfach bestätigt hat, kann eine bewilligungspflichtige Aktivität im Finanzmarkt auch bei einem arbeitsteiligen Vorgehen im Rahmen einer Gruppe vorliegen: Die Bewilligungspflicht und die finanzmarktrechtliche Aufsicht sollen nicht dadurch umgangen werden können, dass jedes einzelne Unternehmen und die dahinter stehenden Personen für sich allein nicht alle Voraussetzungen für die Bewilligungspflicht erfüllen – etwa je weniger als 20 Einlagen halten –, im Resultat gemeinsam aber dennoch eine bewilligungspflichtige Tätigkeit ausüben. Das Erfassen von bewilligungslos tätigen Intermediären im Rahmen einer Gruppe aufgrund einer wirtschaftlichen statt einer rein formellen Betrachtungsweise mit den entsprechenden aufsichtsrechtlichen Konsequenzen richtet sich gegen den Rechtsmissbrauch und soll verhindern, dass Akteure, die in Umgehung der finanzmarktrecht-

<sup>6</sup> Entscheid 2C\_71/2011 E. 4.3.

<sup>7</sup> Entscheid 2C\_71/2011 E. 4.5.

<sup>8</sup> ROTH PELLANDA, op. cit., N. 27 ad Art. 37 FINMAG.

<sup>9</sup> BGE 135 II 356 E. 3.2 und BGE 136 II 43 E. 4.3.1.

lichen Auflagen handeln, besser gestellt werden, als wer sich gesetzeskonform der Aufsicht der staatlichen Behörden unterwirft.<sup>10</sup>

Der Schutz des Marktes und der Anleger rechtfertigt trotz formaljuristischer Trennung der Strukturen finanzmarktrechtlich eine einheitliche wirtschaftliche Betrachtungsweise, falls zwischen den einzelnen Personen und/oder Gesellschaften enge wirtschaftliche, organisatorische oder personelle Verflechtungen bestehen und vernünftigerweise einzig eine Gesamtbetrachtung den faktischen Gegebenheiten und der Zielsetzung der Finanzmarktaufsicht gerecht wird. Ein gruppenweises Handeln kann insbesondere dann vorliegen, wenn die Beteiligten gegen aussen als Einheit auftreten oder aufgrund der Umstände davon auszugehen ist, dass koordiniert – ausdrücklich oder stillschweigend, arbeitsteilig und zielgerichtet – eine gemeinsame Aktivität im aufsichtsrechtlichen Sinn ausgeübt wird.<sup>11</sup>

Typische Anhaltspunkte für das Vorliegen einer Gruppe im aufsichtsrechtlichen Sinn sind etwa, wenn die gleichen natürlichen Personen als Organe verschiedener Gesellschaften handeln und dabei wiederholt die rechtlichen und buchhalterischen Grenzen zwischen den verschiedenen Gesellschaften überschritten werden, indem sie etwa – ohne erkennbaren Rechtsgrund – Geschäftsaktivitäten der einen Gesellschaft durch Mitarbeiter der anderen Gesellschaft besorgen lassen, Schulden der einen Gesellschaft von Konten und damit zulasten der anderen Gesellschaft bezahlen oder Zahlungen für die eine Gesellschaft durch die andere Gesellschaft entgegennehmen. Weitere Indizien können faktisch gleiche Geschäftssitze, wirtschaftlich unbegründete, verschachtelte Beteiligungsverhältnisse oder dazwischengeschaltete Treuhandstrukturen sein.<sup>12</sup>

Gemäss der Klarstellung des Bundesgerichts<sup>13</sup> darf dabei nicht auf den abweichenden Gruppenbegriff im Zusammenhang mit den börsenrechtlichen Meldepflichten<sup>14</sup> oder der bankenrechtlichen Gruppenaufsicht<sup>15</sup> zurückgegriffen werden, welche anderen Zwecken dienen als die gruppenmässige Erfassung von bewilligungslos tätigen Intermediären. Damit handelt es sich bei der bewilligungslos tätigen Gruppe um einen eigenständigen Begriff.<sup>16</sup>

Das Bundesgericht wendet denselben Gruppenbegriff auf die Frage der bewilligungspflichtigen Tätigkeit als Effektenhändler und auf diejenige der Bewilligungspflicht bei der Entgegennahme von Publikumseinlagen an, was sinnvoll ist. In beiden Fällen wird derselbe Zweck verfolgt, nämlich der Schutz der Anleger und die Lauterkeit des Finanzmarktes.<sup>17</sup>

<sup>10</sup> BGE 136 II 43 E. 4.3.3.

<sup>11</sup> BGE 136 II 43 E. 4.3.1.

<sup>12</sup> BGE 136 II 43 E. 4.3.1.; PEYER, *op. cit.*, S. 775; ROTH PELLANDA, *op. cit.*, N. 28 ad Art. 37 FINMAG.

<sup>13</sup> BGE 136 II 43 E. 4.3.2.

<sup>14</sup> Art. 20 BEHG.

<sup>15</sup> Art. 3c und Art. 4<sup>ter</sup> BankG.

<sup>16</sup> BENJAMIN BLOCH/HANS CASPAR VON DER CRONE, Begriff der Gruppe in Fällen unbewilligter Effektenhändlerstätigkeit, in: SZW 2010 161 ff., insb. S. 164.

<sup>17</sup> BLOCH/VON DER CRONE, *op. cit.*, S. 167 f.

### 1.1.3 Rechtsfolgen

Ein aufsichtsrechtlich begründetes Schutzbedürfnis von Anlegern und Finanzplatz besteht nicht nur gegenüber nach aussen illegal in einem bewilligungspflichtigen Bereich auftretenden Finanzintermediären, sondern auch gegen Mitbeteiligte, die trotz ihrer Aktivität im Hintergrund als Teil des Systems gelten müssen, weil koordiniert und arbeitsteilig vorgegangen wird.<sup>18</sup> Die Annahme einer Gruppe hat daher zur Folge, dass die aufsichtsrechtlichen Folgen alle Mitglieder treffen, selbst wenn einzelne davon nicht alle Tatbestandselemente erfüllen oder sie selbst keine gegen aussen erkennbare finanzmarktrechtlich relevante Tätigkeit ausgeübt haben.<sup>19</sup>

Verletzt ein Beaufchtigter – oder eine ohne Bewilligung tätige Gesellschaft oder Person<sup>20</sup> – die Bestimmungen der Finanzmarktauf-sichtsgesetze, so sorgt die FINMA für die Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes.<sup>21</sup> Sie kann insbesondere einen Untersuchungsbeauftragten einsetzen,<sup>22</sup> die Verletzung von Aufsicht-recht mittels einer Verfügung feststellen,<sup>23</sup> unrechtmässig erzielten Gewinn einziehen,<sup>24</sup> eine rechtskräftige aufsichtsrechtliche Verfügung veröffentlichen<sup>25</sup> oder die aufsichtsrechtliche Liquidation des Finanzintermediärs anordnen<sup>26</sup>. Sämtliche dieser Massnahmen kann die FINMA gegen alle Mitglieder der Gruppe einsetzen. Die Verfahrenskosten werden dabei solidarisch allen im entsprechenden Verfahren einbezogenen Gesellschaften und Personen auferlegt. Rechtfertigt es sich, eine Aktivität gruppenweise zu erfassen, ist es regelmässig konsequent, den einzelnen Mitgliedern auch die ent-standenen Kosten solidarisch aufzuerlegen, andernfalls es zu einem ungerechtfertigten Wertungswiderspruch zwischen dem Sach- und dem Kostenentscheid käme. Die interne Aufteilung ist eine Frage des Regresses und nicht Aufgabe der Aufsichtsbehörde.<sup>27</sup>

### 1.1.4 Eingrenzung durch das Verhältnismässigkeitsprinzip

Der finanzmarktrechtliche Begriff der bewilligungslos als Grup-pe handelnden Gesellschaften darf nicht grenzenlos ausgedehnt werden.<sup>28</sup> So fallen z.B. eigenkapitalbezogene Emissionen nicht notwendigerweise in den finanzmarktrechtlichen Aufsichtsbereich, zumal wenn sie in Selbstemission erfolgen. Der Primärmarkt als Markt, in dem Kapitalmarktpapiere erstmals begeben werden, ist finanzmarktrechtlich nicht einheitlich geregelt, sondern nur be-züglich einzelner Berührungspunkte, namentlich die unbewilligte Tätigkeit als Emissionshaus und die unerlaubte Entgegennahme von

<sup>18</sup> BGE 136 II 43 E. 6.3.3.

<sup>19</sup> PEYER, op. cit., S. 776.

<sup>20</sup> Art. 37 Abs. 3 FINMAG;  
ROTH PELLANDA, op. cit.,  
N. 25 ad Art. 37 FINMAG.

<sup>21</sup> Art. 31 FINMAG.

<sup>22</sup> Art. 36 FINMAG.

<sup>23</sup> Art. 32 FINMAG.

<sup>24</sup> Art. 35 FINMAG.

<sup>25</sup> Art. 34 FINMAG.

<sup>26</sup> Art. 37 FINMAG sowie  
Art. 23<sup>quinquies</sup> BankG,  
Art. 36 BEHG,  
Art. 134 KAG.

<sup>27</sup> Entscheid 2C\_30/2011  
E. 6.1.

<sup>28</sup> BGE 136 II 43 E. 7.3.1;  
BLOCH/VON DER CRONE,  
op. cit., S. 168.

Publikumsgeldern; im Übrigen gilt für ihn das Obligationenrecht, dessen Durchsetzung zivilrechtlich zu erfolgen hat. Diese Grenzen dürfen durch die Ausdehnung des Begriffs der bewilligungslos als Gruppe handelnden Gesellschaften nicht verwischt werden.<sup>29</sup>

Einschränkungen ergeben sich ebenfalls aus den jeweils zu berücksichtigenden verfassungs- und verwaltungsrechtlichen Grundsätzen, wie sie das Bundesgericht konkretisiert hat. Bei sämtlichen Massnahmen kommt dabei – wegen der Offenheit der Gesetzesgrundlage – dem Verhältnismässigkeitsprinzip eine besondere Bedeutung zu.<sup>30</sup>

Massnahmen der FINMA müssen somit verhältnismässig sein und sollen in erster Linie dem Anlegerschutz Rechnung tragen; sie dürfen nicht über das hinausgehen, was zur Wiederherstellung des gesetzmässigen Zustands erforderlich ist. In BGE 136 II 43 ging es, wie so oft, um die Frage der Angemessenheit der Liquidation eines Finanzintermediärs, welcher im Rahmen einer Gruppe von Gesellschaften tätig war und sowohl einer bewilligungspflichtigen als auch einer finanzmarktrechtlich unbedenklichen Aktivität nachging. Das Bundesgericht kam zum Schluss, es sei fraglich, ob die Gesellschaft tatsächlich einen namhaften Beitrag zur Umgehung der finanzmarktrechtlichen Regeln geleistet habe und betrachtete daher eine Liquidation als unverhältnismässig.<sup>31</sup> Beim aufsichtsrechtlichen Entscheid sind in erster Linie die Interessen der Anleger zu wahren; es sollen Gesellschaften liquidiert werden, die vorwiegend von finanzmarktrechtlich illegalen Tätigkeiten leben und Gläubiger gefährden, nicht Gesellschaften, die in punktueller Verkennung finanzmarktrechtlicher Pflichten eine legale Tätigkeit ausüben und denen nicht unzweifelhaft nachgewiesen werden kann, dass sie Teil eines grösseren Systems sind.<sup>32</sup> Die Lehre nahm diese Äusserungen des Bundesgerichts als Aufruf zur Mässigung auf und begrüsst ihn ausdrücklich, denn forsches Enforcement sei von der FINMA gar deutlich auf die Standarte geschrieben worden.<sup>33</sup> Die FINMA muss unzweifelhaft sehr schnell und effizient auf neue Entwicklungen reagieren können. Es darf ihr aber keine Blankettermächtigung gegeben werden.<sup>34</sup>

## 1.2 «Fina»-Entscheid des Bundesgerichts vom 12. Januar 2012<sup>35</sup>

### 1.2.1 Relevante Erwägungen

In diesem – neueren – Entscheid findet sich eine ausgezeichnete Zusammenfassung der Rechtsprechung des Bundesgerichts in Bezug auf die Behandlung von Gruppen bei der Ausübung einer bewilli-

<sup>29</sup> BGE 136 II 43 E. 7.3.1

<sup>30</sup> BGE 136 II 43 E. 4.3.2.

<sup>31</sup> BGE 136 II 43 E. 7.3.2.

<sup>32</sup> BGE 136 II 43 E. 7.3.4.

<sup>33</sup> PETER NOBEL, Entwicklungen im Bank- und Kapitalmarktrecht, SJZ 2010 11, insb. 16; Strategische Ziele der FINMA, [www.finma.ch](http://www.finma.ch), über FINMA/Publicationen/ FINMA-Strategie: «Die FINMA wird die durch das FINMAG ausgebauten Sanktionsmöglichkeiten wirksam einsetzen. Die FINMA verstärkt ihre Enforcementtätigkeit und baut insbesondere die Ressourcen für die Bekämpfung von unbewilligten Anbietern aus, da in diesem Bereich keine prudentielle Aufsicht zum Schutz der Kunden besteht.»

<sup>34</sup> BLOCH/VON DER CRONE, op. cit., S. 168.

<sup>35</sup> Entscheid 2C\_30/2011.

gungspflichtigen Tätigkeit, welche in gewissen Punkten auch noch präzisiert wird:

Eine finanzmarktrechtlich bewilligungspflichtige Aktivität kann praxisgemäss auch im Rahmen einer Gruppe ausgeübt werden: Die Bewilligungspflicht und die finanzmarktrechtliche Aufsicht sollen nicht dadurch umgangen werden können, dass jedes einzelne Unternehmen bzw. die dahinter stehenden Personen für sich allein nicht alle Voraussetzungen für die Unterstellungspflicht erfüllen, im Resultat aber gemeinsam dennoch eine bewilligungspflichtige Tätigkeit ausüben. Der Schutz des Marktes, des Finanzsystems und der Anleger rechtfertigt in solchen Fällen trotz formaljuristischer Trennung der Strukturen finanzmarktrechtlich eine einheitliche (wirtschaftliche) Betrachtungsweise, falls zwischen den einzelnen Personen und/oder Gesellschaften enge wirtschaftliche (finanzielle/geschäftliche), organisatorische oder personelle Verflechtungen bestehen und vernünftigerweise einzig eine Gesamtbetrachtung den faktischen Gegebenheiten und der Zielsetzung der Finanzmarktaufsicht gerecht wird.<sup>36</sup>

Das Erfassen von bewilligungslos tätigen Intermediären im Rahmen einer Gruppe mit den entsprechenden aufsichtsrechtlichen Konsequenzen soll verhindern, dass Akteure, die in Umgehung der finanzmarktrechtlichen Auflagen handeln, besser gestellt sind, als wer sich gesetzeskonform der Aufsicht der staatlichen Behörden unterwirft. Ein gruppenweises Vorgehen liegt nach der Rechtsprechung insbesondere dann vor, wenn die Beteiligten gegen aussen als Einheit auftreten oder aufgrund der Umstände (Verwischen der rechtlichen und buchhalterischen Grenzen zwischen den Beteiligten; faktisch gleiche Geschäftssitze; wirtschaftlich unbegründete, verschachtelte Beteiligungsverhältnisse; zwischengeschaltete Treuhandstrukturen usw.) davon auszugehen ist, dass koordiniert – ausdrücklich oder stillschweigend, arbeitsteilig und zielgerichtet – eine gemeinsame Aktivität im aufsichtsrechtlichen Sinn ausgeübt oder wesentlich gefördert wird. Ein blosses Parallelverhalten genügt für die Annahme, es werde gruppenweise gehandelt, nicht. Umgekehrt ist nicht erforderlich, dass eine gemeinsame Umgehungsabsicht besteht, da die von der Gruppe ausgehende Gefahr nicht von den Intentionen der einzelnen Gruppenmitglieder abhängt.<sup>37</sup>

Die verschiedenen in der Rechtsprechung genannten Kriterien müssen nicht notwendigerweise kumulativ erfüllt sein; je mehr

<sup>36</sup> Entscheid 2C\_30/2011  
E. 3.1.1.

<sup>37</sup> Entscheid 2C\_30/2011  
E. 3.1.2.

Indizien vorliegen, umso eher darf die FINMA in der jeweiligen Gesamtwürdigung ein aufsichtsrechtlich gruppenweise zu erfassendes Handeln bejahen. Erforderlich ist eine faire Gesamtsicht. Das Vorliegen enger wirtschaftlicher Verflechtungen, aus denen sich einseitige oder weitgehende gegenseitige wirtschaftliche Abhängigkeiten ergeben, kann darauf hinweisen, dass das Zusammenwirken von mehreren Gesellschaften aufsichtsrechtlich als Einheit zu sehen ist. Als Konsequenz hieraus treffen die aufsichtsrechtlichen Folgen die Mitglieder der Gruppe unabhängig davon, ob sie selber alle Tatbestandselemente erfüllen oder nicht, solange sie im Gesamtplan koordiniert und wesentlich zur bewilligungspflichtigen Tätigkeit beigetragen haben. In dieser Situation ist nicht das von den Beteiligten gewählte mehr oder weniger überzeugend aufgebaute formelle vertrags- oder gesellschaftsrechtliche Konstrukt entscheidend, sondern die wirtschaftlich tatsächlich bezweckte bzw. ausgeübte Gesamtaktivität. Treuhand-, Agentur- und Aktienkaufverträge sind aufsichtsrechtlich nicht ausgeschlossen, rufen aber nach klaren und eindeutigen Grundlagen und nachvollziehbaren, getrennten Geschäftsabläufen; andernfalls bilden sie zusammen mit verschachtelten Strukturen, hinter denen die gleichen (wirtschaftlich oder juristisch) berechtigten Personen stehen, einen Hinweis darauf, dass die Geschäftsvorgänge aufsichtsrechtlich gruppenweise zu erfassen sein könnten.<sup>38</sup>

Die FINMA muss mit ihren Massnahmen gegen eine Gesellschaft, die einer aufsichtsrechtlich als Gruppe zu erfassenden Struktur angehört, nicht warten, bis ein Schaden eingetreten oder es zu einer erneuten Verletzung von finanzmarktrechtlichen Regeln gekommen ist. Die Aufsichtsbehörde ist befugt und verpflichtet, möglichst frühzeitig und effizient zu handeln; liegen aufgrund der gesamten Umstände und der bisherigen Verhaltensweisen hinreichend konkrete Anhaltspunkte dafür vor, dass die bewilligungspflichtige Tätigkeit in anderer Form weitergeführt werden könnte, darf sie diesem Umstand bei der Wahl ihrer Massnahmen Rechnung tragen und diese auch vorbeugend hierauf ausrichten. Für den Verzicht auf die Liquidation müsste finanzmarktrechtlich sichergestellt sein, dass künftig keinerlei relevantes Risiko mehr besteht, dass erneut gesetzeswidrig bewilligungspflichtige Aktivitäten entfaltet werden.<sup>39</sup>

Es folgt die Anwendung dieser Grundsätze auf den konkreten Fall, welche mit der Schlussfolgerung endete, nur die Liquidation erschiene aufgrund der konkreten Umstände als geeignet, der

<sup>38</sup> Entscheid 2C\_30/2011  
E. 3.1.3.

<sup>39</sup> Entscheid 2C\_30/2011  
E. 4.2.

Gefahr einer Fortführung der bisherigen bewilligungspflichtigen Aktivitäten zum Schutz des Finanzplatzes und der Anleger wirksam vorzubeugen. Das Bundesgericht hat auch in diesem Fall – wie so oft – das Vorgehen der FINMA und ihre Einschätzung der Rechts- und Sachlage geschützt.

### 1.2.2 Würdigung

Die Praxis der FINMA und die Rechtsprechung des Bundesgerichts in Bezug auf unbewilligt tätige Gesellschaften haben einen gemeinsamen Nenner: Sie sind sehr innovativ. So wurde im Laufe der Zeit der Begriff der ohne Bewilligung tätigen Gruppe entwickelt und ausgebaut, obwohl weder die Finanzmarktgesetze noch das FINMAG diesen Begriff ausdrücklich vorsehen. Dies ist zweifellos zu begrüssen. Der Bereich der illegal tätigen Finanzintermediäre zeichnet sich durch immer neue Konstrukte aus, dank welchen die Betroffenen sich in die Lage setzen, die Lücken der Gesetze auszunützen, um am Rande der bewilligungspflichtigen Tätigkeiten schnell zu viel Geld zu kommen. Als Aufsichtsbehörde, welche die Interessen der Anleger und den Ruf des Finanzplatzes zu schützen hat, darf die FINMA solchen Vorgehen nicht untätig zusehen. Es rechtfertigt sich daher und wird auch vom Bundesgericht geschützt, dass sie die unbestimmten Gesetzesbegriffe relativ breit auslegt, solange sie dabei die verfassungsrechtlichen Schranken und insbesondere das Verhältnismässigkeitsprinzip einhält.

## 2 Urteilsveröffentlichung oder der neue Pranger und seine Schranken

### 2.1 Grundsätzliches

In Anwendung von Art. 34 FINMAG kann die FINMA ihre Endverfügung nach Eintritt der Rechtskraft unter Angabe von Personendaten in elektronischer oder gedruckter Form veröffentlichen, wenn eine schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen vorliegt. Das sog. «Naming and Shaming» gilt als international anerkanntes Instrument zur Durchsetzung von aufsichtsrechtlichen Bestimmungen, das auch in der Finanzmarktregulierung der EU verwendet wird.<sup>40</sup>

<sup>40</sup> PETER HSU/RASHID BAHAR/SILVIA RENNINGER, in: Rolf Watter/Nedim Peter Vogt (Hrsg.), Basler Kommentar zum FINMAG, 2. Auflage 2011, N. 46 ad Art. 34 FINMAG; JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY / FRANCA CONTRATTO, FINMA, 2009, S. 129.

### 2.1.1 Natur und Zweck der Urteilsveröffentlichung

Der Veröffentlichung von Endverfügungen unter Namensnennung liegt die Idee eines Pranger-Effektes zugrunde.<sup>41</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 die Sanktion eine gewisse abschreckende Prangerwirkung zeitigt.<sup>42</sup>

Zusätzlich zur abschreckenden und damit generalpräventiven Wirkung, soll dieses Aufsichtsinstrument durch die Ahndung begangenen Unrechts auch eine repressive Wirkung entfalten. Obwohl die Botschaft zum FINMAG<sup>43</sup> der Veröffentlichung unter Namensnennung lediglich Sanktionscharakter zuspricht, handelt es sich gemäss Rechtsprechung und Lehre um eine repressive verwaltungsrechtliche Sanktion.<sup>44</sup>

### 2.1.2 Entstehungsgeschichte

Vor Inkrafttreten von Art. 34 FINMAG konnte die Aufsichtsbehörde in Anwendung von Art. 35 Abs. 5 BEHG<sup>45</sup> (in der Fassung vom 24. März 1995) bei Widersetzlichkeit gegen eine vollstreckbare Verfügung diese im Schweizerischen Handelsamtsblatt veröffentlichen oder in anderer Form bekannt machen, wenn sie dies angedroht hatte. Eine Publikation erfolgte somit nur, wenn die Betroffenen in Verletzung des Gesetzes wiederum einer bewilligungspflichtigen Tätigkeit nachgegangen waren. Durch die entsprechende Androhung wurden sie daher kaum berührt.<sup>46</sup> Art. 34 FINMAG sieht heute 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 und die Publikation in der Verfügung selber angeordnet wird. Es handelt sich somit nicht mehr um eine blossе Androhung, sondern um die Anordnung der Publikation als solche, was viel weit reichendere Folgen für die Betroffenen hat.<sup>47</sup>

### 2.1.3 Abgrenzung zu anderen Veröffentlichungen

Die Zweckverfolgung der Veröffentlichung nach Art. 34 FINMAG muss von derjenigen nach Art. 22 Abs. 2 FINMAG abgegrenzt werden. Nach dieser 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 aufsichts-

<sup>41</sup> HSU/BAHAR/RENNINGER, op. cit., N. 8 ad Art. 34 FINMAG; GREGOR CHATTON, La garantie d'une activité irréprochable et l'intérêt actuel du dirigeant revisités, in: AJP 2011 1195, insb. 1207.

<sup>42</sup> THOMAS ISELI, Veröffentlichung von Verfügungen durch die FINMA, Jusletter 17.10.2011, Rz. 9.

<sup>43</sup> Botschaft 06.017 zum Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht vom 1. Februar 2006, BBl 2005 2829, insb. 2875.

<sup>44</sup> Entscheid 2C\_929/2010 E. 5.2.1; Entscheid 2C\_30/2011 E. 5.2.1; ISELI, op. cit., Rz. 24–25; HSU/BAHAR/RENNINGER, op. cit., N. 9 ad Art. 34 FINMAG.

<sup>45</sup> SR 954.1.

<sup>46</sup> BGE 135 II 356 E. 5.2.

<sup>47</sup> Entscheid 2C\_929/2010 E. 5.2.1.

rechtlichen Zielen; sie darf nicht erfolgen, um einen Beaufichtigten zu bestrafen, sondern nur, um den Bedürfnissen der Öffentlichkeit nach Transparenz und Information gerecht zu werden.<sup>48</sup>

Gestützt auf Art. 22 Abs. 2 FINMAG veröffentlicht die FINMA eine Liste der Gesellschaften und Personen, die angesichts ihrer Tätigkeiten in der Schweiz oder aus der Schweiz heraus oder aufgrund der Zweckumschreibung gemäss Handelsregistereintrag möglicherweise eine unter die Aufsicht der FINMA fallende Tätigkeit ausüben, ohne im Besitz der dafür notwendigen Bewilligung zu sein. Es handelt sich um eine Negativliste, mittels derer die Anleger darauf aufmerksam gemacht werden, dass die aufgeführten Unternehmungen über keine Bewilligung der FINMA verfügen.<sup>49</sup>

Ebenfalls zu unterscheiden ist die Urteilsveröffentlichung nach Art. 34 FINMAG von den Bekanntmachungen im Sanierungs- und Konkursverfahren gemäss Art. 33 Abs. 1 BankG<sup>50</sup>, welche primär eine Sicherstellung der Fairness und Transparenz aufsichtsrechtlicher Verfahren zugunsten der Gläubiger der betroffenen Gesellschaften bezweckt.<sup>51</sup>

**2.1.4 Voraussetzungen und Schranken der Urteilsveröffentlichung**  
Wird in Anwendung von Art. 34 FINMAG eine Urteilsveröffentlichung angeordnet, liegt hierin ein schwerwiegender Eingriff in die allgemeinen wie die wirtschaftlichen Persönlichkeitsrechte des Betroffenen. Die FINMA kann diese nur bei einer schweren Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen anordnen. Die entsprechende Sanktion muss zudem im Einzelfall wiederum verhältnismässig sein. Beide Aspekte sind in der jeweiligen Verfügung zu begründen, damit sie von den angerufenen Gerichten überprüft werden können.<sup>52</sup>

Eine einmalige, punktuelle und untergeordnete Verletzung finanzmarktrechtlicher Pflichten genügt für die Urteilsveröffentlichung nicht. Die Regelungszwecke des Finanzmarktgesetzes – die Sicherstellung der Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte (Funktionsschutz) einerseits bzw. die Gewährleistung des Schutzes der Gläubiger, der Anleger und der Versicherten andererseits (Individualschutz) – müssen die Sanktion rechtfertigen und die dem Betroffenen daraus entstehenden Nachteile in seinem wirtschaftlichen Fortkommen mit Blick auf die Schwere der aufsichtsrechtlichen Verletzung überwiegen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass im Internet veröffentlichte Daten potenziell ein sehr weites Publikum

<sup>48</sup> ISELI, op. cit., Rz. 11; HSU/BAHAR/RENNINGER, op. cit., N. 27 ad Art. 34 FINMAG; ZUFFEREY/CONTRATTO, op. cit., S. 130.

<sup>49</sup> HSU/BAHAR/RENNINGER, op. cit., N. 32 ad Art. 34 FINMAG; [www.finma.ch](http://www.finma.ch), Enforcement/Unbewilligte Institute (Negativliste).

<sup>50</sup> SR 952.0.

<sup>51</sup> HSU/BAHAR/RENNINGER, op. cit., N. 30 f. ad Art. 34 FINMAG; ZUFFEREY/CONTRATTO, op. cit., S. 131.

<sup>52</sup> ISELI, op. cit., Rz. 21.

erreichen, und dies – selbst nach der Löschung – über einen längeren Zeitraum hinweg.<sup>53</sup>

Die Veröffentlichung von Verfügungen muss sich eignen, Gläubiger bzw. Anleger zu schützen und der Lauterkeit und Stabilität des Finanzsystems Rechnung zu tragen. Mit Bezug auf die Spezialprävention kann sich die Veröffentlichung nur eignen, wenn die betreffende Gesellschaft nach der Veröffentlichung weiter besteht – also nicht von der FINMA liquidiert wurde – oder wenn es sich beim Verfügungsadressaten um eine natürliche Person handelt.<sup>54</sup>

Die Veröffentlichung muss in sachlicher, räumlicher, zeitlicher und persönlicher Hinsicht begrenzt werden. 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 die Sanktionierung angeordnet werden soll (persönliche Erforderlichkeit).<sup>55</sup> Die Verhältnismässigkeit und damit die Zulässigkeit der Massnahme hängt wesentlich von ihrer konkreten Ausgestaltung ab und kann vom Bundesgericht auf ihre Zulässigkeit nur geprüft werden, wenn diese genügend bestimmt ist.<sup>56</sup>

### 2.1.5 Urteilsveröffentlichung und EMRK

Die Veröffentlichung von Verfügungen ist eine zivilrechtliche Angelegenheit im Sinne von Art. 6 EMRK<sup>57</sup>. Die allgemeinen Verfahrensgarantien gemäss Art. 6 Abs. 1 EMRK sind daher anwendbar. Der Betroffene hat insbesondere das Recht auf eine unabhängige, richterliche Beurteilung. Der gerichtliche Entscheid muss mit voller Kognition in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht erfolgen, was beim Bundesverwaltungsgericht der Fall ist.<sup>58</sup>

Es stellt sich zudem die Frage, ob die Veröffentlichung von Verfügungen eine strafrechtliche Anklage darstellt und deshalb die entsprechenden, weitergehenden Garantien von Art. 6 EMRK zur Anwendung gelangen, insbesondere die Unschuldsvermutung und das Recht, sich nicht selber belasten zu müssen.<sup>59</sup>

Gemäss einer gefestigten, langjährigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte, der sich das Bundesgericht angeschlossen hat, beurteilt sich die Frage, ob eine Anklage strafrechtlich im Sinne von Art. 6 EMRK sei, nach drei alternativen Kriterien. Massgeblich sind nach dieser Judikatur erstens die

<sup>53</sup> Entscheid 2C\_929/2010 E. 5.2.1.

<sup>54</sup> ISELL, op. cit., Rz. 13.

<sup>55</sup> ISELL, op. cit., Rz. 14.

<sup>56</sup> Entscheid 2C\_929/2010 E. 5.2.1.

<sup>57</sup> HSU/BAHAR/RENNINGER, op. cit., N. 10 ad Art. 34 FINMAG und N. 13 ad Art. 32 FINMAG; ANDRÉ E. LEBRECHT, in: Rolf Watter/Nedim Peter Vogt (Hrsg.), Basler Kommentar zum FINMAG, 2. Auflage 2011, N. 27 ad Art. 53 FINMAG.

<sup>58</sup> LEBRECHT, op. cit., N. 18–20 ad Art. 54 FINMAG.

<sup>59</sup> HSU/BAHAR/RENNINGER, op. cit., N. 13 ad Art. 32 FINMAG.

Zuordnung der Vorschrift im nationalen Recht, zweitens die Natur des Vergehens sowie drittens die Art und Schwere der Sanktion.<sup>60</sup>

In einer ausführlichen Analyse ist das Bundesverwaltungsgericht zum Schluss gelangt, der Urteilsveröffentlichung nach Art. 34 FINMAG komme keine strafrechtliche Qualität im Sinne von Art. 6 EMRK zu.<sup>61</sup> Die Lehre ist in dieser Frage geteilter Meinung bzw. anderer Ansicht.<sup>62</sup> Die Vertreter der Qualifikation als strafrechtliche Sanktion argumentieren, die Veröffentlichung einer Verfügung bezwecke die Sanktionierung des Verfügungsadressaten. Mit dem «Naming and Shaming» solle der Betreffende an den Pranger gestellt werden. Art. 34 FINMAG könne zwar landesintern nicht dem Strafrecht zugeordnet werden, die Sanktion an sich stelle jedoch eine Strafe dar. Zudem könnten auch Disziplinarsanktionen schwer genug wiegen, um das betreffende Verfahren als strafrechtliche Anklage im Sinn von Art. 6 Abs. 1 EMRK zu qualifizieren, was für die Veröffentlichung einer Verfügung nach Art. 34 FINMAG zu bejahen sei.<sup>63</sup> Soweit jedoch Art. 34 FINMAG eine Disziplinarregelung und somit eine Massnahme gegen Personen in einem Sonderstatus darstellt, gilt die Urteilsveröffentlichung grundsätzlich nicht als strafrechtlich im Sinne von Art. 6 EMRK.<sup>64</sup> Ob diese Einschätzung stimmt, ist fraglich, jedenfalls soweit sich die Veröffentlichung nicht gegen bewilligte Institute richtet, sondern Gesellschaften und Personen betrifft, welche ohne Bewilligung eine bewilligungspflichtige Tätigkeit ausüben – eine Situation, die potenziell jedermann betreffen kann. Das Bundesgericht hatte bislang keine Gelegenheit, sich zu dieser Frage zu äussern.

In einem bereits älteren Entscheid hat sich das Bundesgericht zur Vereinbarkeit einer vergleichbaren Veröffentlichung mit dem Recht auf Achtung des Privatlebens gemäss Art. 8 EMRK geäussert.<sup>65</sup> Es hat insbesondere festgehalten, die öffentliche Blossstellung der Person des Schuldners und seiner Angehörigen – es ging um die Veröffentlichung der Namen fruchtlos gepfändeter Schuldner im kantonalen Amtsblatt – beeinträchtigt das soziale und ökonomische Ansehen des Betroffenen erheblich. Seine Würde und Ehre seien in einem Ausmass betroffen, das die Anrufung des Grundrechts der persönlichen Freiheit rechtfertige.<sup>66</sup> Das Vorliegen höherer Interessen der Öffentlichkeit hat das Bundesgericht in diesem Fall verneint, weil allfällige künftige Kreditoren das Recht hätten, Einsicht in die Protokolle der Betreibungsämter zu nehmen.<sup>67</sup> Die Veröffentlichung nach Art. 34 FINMAG, soweit sie sich gegen Gesellschaften und

<sup>60</sup> BGE 135 I 313 E. 2.2.1; BGE 121 I 379 E. 3a; Entscheid des EGMR i. S. Engel c. Niederlande vom 8. Juni 1976, Serie A, Bd. 22.

<sup>61</sup> Entscheid B-4066/2010 E. 8.2.1.

<sup>62</sup> HSU/BAHAR/RENNINGER, op. cit., N. 10 ad Art. 34 FINMAG und N. 12–13 ad Art. 32 FINMAG; ISELI, op. cit., Rz. 25; CARLO LOMBARDINI, La protection de l'investisseur sur le marché financier, 2012, S. 317 N. 52.

<sup>63</sup> ISELI, op. cit., Rz. 25.

<sup>64</sup> HSU/BAHAR/RENNINGER, op. cit., N. 10 ad Art. 34 FINMAG und N. 12 ad Art. 32 FINMAG; Entscheid B-4066/2010 E. 8.2.1.2 und 8.2.1.3.

<sup>65</sup> BGE 107 Ia 52.

<sup>66</sup> BGE 107 Ia 52 E. 3c.

<sup>67</sup> BGE 107 Ia 52 E. 3d.

Personen richtet, die ohne Bewilligung eine bewilligungspflichtige Tätigkeit ausüben, müsste wohl gleich beurteilt werden. Die FINMA führt eine Negativliste unbewilligter Institute, was genügen dürfte, um Anleger darauf aufmerksam zu machen, dass die aufgeführten Unternehmungen über keine Bewilligung der FINMA verfügen. Ein zusätzliches «Naming and Shaming» in Anwendung von Art. 34 FINMAG könnte daher als ungerechtfertigter Eingriff in das Recht auf Achtung des Privatlebens gewürdigt werden.

## **2.2 «Fina»-Entscheid des Bundesgerichts vom 12. Januar 2012<sup>68</sup>**

### **2.2.1 Relevante Erwägungen**

Bereits im Zusammenhang mit der Rechtsprechung des Bundesgerichts in Bezug auf die Behandlung von Gruppen bei der Ausübung einer bewilligungspflichtigen Tätigkeit hat sich gezeigt, dass es sich beim erwähnten Entscheid um einen bemerkenswerten Fall handelt. Das Gleiche gilt in Bezug auf die Thematik der Urteilsveröffentlichung. Nachdem das Bundesgericht in einem Entscheid vom 13. April 2011<sup>69</sup> der Urteilsveröffentlichung gewisse Schranken gesetzt hatte, hatte es im erwähnten Fall die Gelegenheit, sich zur Umsetzung seiner Rechtsprechung durch die FINMA zu äussern.

Nach der Feststellung, dass die Vorinstanzen den Beitrag der Betroffenen zur bewilligungspflichtigen Tätigkeit ohne Verletzung von Bundesrecht als wesentlich für die Gruppentätigkeit und damit als schwere Verletzung finanzmarktrechtlicher Regeln werten durften, hält das Bundesgericht Folgendes fest:

Art. 34 FINMAG bildet in erster Linie Grundlage, um Verstösse gegen aufsichtsrechtliche Vorgaben beaufsichtigter Betriebe zu sanktionieren; bei einer illegalen gewerbsmässigen Entgegennahme von Publikumseinlagen ist deshalb regelmässig bereits von der Sache her von einer gewissen Schwere der Verletzung auszugehen, wobei jedoch eine bloss untergeordnete Implikation oder besondere Umstände, die darauf hinweisen, dass es künftig zu keiner weiteren Verletzung finanzmarktrechtlicher Pflichten kommen wird («tätige Reue»), der Publikation dennoch entgegenstehen können. Im vorliegenden Zusammenhang kommt als Konsequenz der Verletzung der aufsichtsrechtlichen Pflichten die Grösse des durch die Gruppe verursachten Schadens hinzu. Die Beschwerdeführer haben als Organe der Fina-Gesellschaften

<sup>68</sup> Entscheid 2C\_30/2011.

<sup>69</sup> Entscheid 2C\_929/2010 E. 5.2.

das Infina-System mit Vorsorgegeldern gestützt und gefördert bzw. die Fina-Gesellschaften zu diesem Zweck ausgehöhlt bzw. aushöhlen lassen. Sie waren dabei nicht untergeordnete Bedienstete, sondern – wie das «Cross-Selling» belegt – (wenn auch eher passive) Partner der Infina-Gesellschaften. Die FINMA hat erklärt, die Publikation des Werbeverbots auf ihre Internetseite und auf fünf Jahre zu beschränken. Entgegen den Einwänden der Beschwerdeführer ist die Massnahme damit – anders als dies beim Urteil 2C\_929/2010 vom 13. April 2010 der Fall war – hinreichend bestimmt und verhältnismässig. Zwar machen sie geltend, dass keine Gefahr bestehe, dass sie wieder in einer bewilligungspflichtigen Art am Finanzmarkt tätig würden, gestützt auf ihr bisheriges Verhalten und Geschäftsgebaren muss der mit der Veröffentlichung nach Art. 34 FINMAG verbundene Schutz der Anleger ihrem Interesse jedoch vorgehen, dass das Werbeverbot nicht bekannt wird. Dessen Publikation hat Sanktionscharakter, dient jedoch in teilweiser Überschneidung mit Art. 22 Abs. 2 lit. a FINMAG zumindest indirekt auch vorbeugend dem Schutz des Publikums vor Aktivitäten von Finanzintermediären, die bereits einmal in schwerwiegender Weise gegen aufsichtsrechtliche Pflichten verstossen haben. Die Verfahren um die Infina-Gruppe haben bereits ein gewisses mediales Aufsehen erregt und für Publizitätswirkung gesorgt, was die Vorinstanz bei ihrer Verhältnismässigkeitsprüfung mitberücksichtigen durfte; die auf fünf Jahre beschränkte offizielle Publikation stellt sicher, dass die Information während dieser Zeit zum Schutz des Marktes auch offiziell greifbar bleibt.<sup>70</sup>

Offengelassen hat das Bundesgericht die Frage, ob die Veröffentlichung eines Werbeverbots unter Art. 6 EMRK fällt, denn die entsprechende Rüge der Beschwerdeführer genügte den Begründungsanforderungen nicht.

### 2.2.2 Würdigung

Das Instrument des «Naming and Shaming» wurde von der EBK bereits im Jahre 2000 angewendet. In ihrem Bericht «Abacha-Gelder bei Schweizer Banken» führte sie neben den betroffenen Banken mit einwandfreiem Verhalten auch jene mit Schwachstellen auf und ging ausführlich auf das grobe individuelle Fehlverhalten und die teilweise gravierenden Mängel ein.<sup>71</sup> «Naming and Shaming» kann

<sup>70</sup> Entscheid 2C\_30/2011 E. 5.2.2.

<sup>71</sup> HSU/BAHAR/RENNINGER, op. cit., N. 3 ad Art. 34 FINMAG.

bei bewilligten Instituten, für die ein intakter Ruf von essenzieller Bedeutung ist, wirksamer sein als allfällige andere Sanktionen.<sup>72</sup>

Ursprünglich wurde das Instrument der Urteilsveröffentlichung somit gegen bewilligte, weiterhin tätige Finanzintermediäre benutzt, denen grobes Fehlverhalten vorgeworfen wurde. Die Website der FINMA zeigt allerdings nun ein ganz anderes Bild: Nur eine der 58 Veröffentlichungen<sup>73</sup> betrifft eine bewilligte Bank, alle anderen beziehen sich auf unbewilligt tätige Institute und Personen.

Auch bei der Urteilsveröffentlichung, wie schon bei der Intervention gegen ganze Gruppen von unbewilligt tätigen Unternehmen, ist das Verhältnismässigkeitsprinzip von zentraler Bedeutung. Es handelt sich zudem um denjenigen Punkt, in dem die Aufsichtsbehörde, aus ihrer Nähe zum Fall, versucht sein kann, etwas zu drastisch vorzugehen. Angesichts der Folgen für die Betroffenen und ihres Rechts auf Persönlichkeitsschutz rechtfertigt sich hier die zurückhaltendere Haltung der Gerichte. Eine konkrete Beschränkung der Veröffentlichung in Bezug auf die gewählten Medien und die Dauer ist daher unbedingt zu verlangen, ansonsten das Instrument zur «ewigen» Sanktion ausfuhrt.

### 3 Exkurs: Insolvenz, wie weit gehen Art. 25 und 26 BankG?

#### 3.1 Massnahmen bei drohender Insolvenz

Ich möchte den vorliegenden Beitrag, der unter dem Motto «Unbewilligt tätige Institute / Insolvenz» steht, nicht ohne eine Erwähnung des viel diskutierten Falls «UBS-Kundendaten II»<sup>74</sup> beenden. In dieser Entscheidung hat das Bundesgericht, bevor es zum Schluss kam, die von der FINMA verfügte Herausgabe der umstrittenen Daten sei gestützt auf die polizeiliche Generalklausel zur Wahrung überwiegender privater oder öffentlicher Interessen zulässig gewesen,<sup>75</sup> die von der FINMA vorgenommene Anwendung von Art. 25 und 26 BankG einer kritischen Prüfung unterzogen. Diesbezüglich erging das Urteil übrigens einstimmig.

Art. 25 BankG sieht vor, dass die FINMA Schutzmassnahmen nach Art. 26 BankG anordnen kann, wenn die «begründete Besorgnis» besteht, dass eine Bank überschuldet ist oder ernsthafte Liquiditätsprobleme hat bzw. sie die Eigenmittelvorschriften nicht fristgerecht erfüllt. Sie kann in diesem Rahmen «namentlich»: den Organen

<sup>72</sup> ISELI, op. cit., Rz. 10.

<sup>73</sup> [www.finma.ch](http://www.finma.ch), Enforcement/Verfügungen nach Art. 34 FINMAG.

<sup>74</sup> BGE 137 II 431.

<sup>75</sup> BGE 137 II 431 E. 3 und 4.

der Bank Weisungen erteilen (Abs. 1 lit. a), einen Untersuchungsbeauftragten einsetzen (Abs. 1 lit. b), den Organen die Vertretungsbefugnis entziehen oder sie abberufen (Abs. 1 lit. c), die bankengesetzliche Prüfgesellschaft oder obligationenrechtliche Revisionsstelle abberufen (Abs. 1 lit. d), die Geschäftstätigkeit der Bank einschränken (Abs. 1 lit. e), der Bank verbieten, Auszahlungen zu leisten, Zahlungen entgegenzunehmen oder Effektentransaktionen zu tätigen (Abs. 1 lit. f), oder aber die Bank schliessen (Abs. 1 lit. g) bzw. eine Stundung oder einen Fälligkeitsaufschub anordnen (Abs. 1 lit. h). Die Aufzählung der möglichen Massnahmen in Art. 26 BankG ist nicht abschliessend, und die FINMA kann gestützt darauf auch andere Anordnungen im Interesse der Gläubiger und des Finanzplatzes zum Schutz der Banken vor nicht erfüllbaren Rückzügen treffen.<sup>76</sup>

Obwohl der FINMA bei der Anwendung von Art. 25 f. BankG ein relativ weiter Ermessensspielraum zukommt, welcher es ihr erlauben soll, im Einzelfall aufsichtsrechtlich optimalen Schutz vor einer Überschuldung zu gewähren, kann nicht alles, was zur Abwendung der Insolvenzgefahr einer Bank nützlich und allenfalls sogar verhältnismässig erscheint, von ihr als aufsichtsrechtliche Schutzmassnahme verfügt werden. Die Anordnungen müssen qualitativ gleicher Natur sein wie die vom Gesetzgeber in Art. 26 BankG genannten, das heisst, sie müssen sich in erster Linie gegen die beaufsichtigte Bank richten und dürfen deren Kunden nur punktuell und indirekt tangieren, andernfalls das Bestimmtheits- und das Voraussehbarkeitsgebot und damit das Legalitätsprinzip verletzt werden.<sup>77</sup> Art. 26 BankG gibt somit der FINMA keinerlei Befugnis, im Rahmen solcher Massnahmen das Bankkundengeheimnis zu durchbrechen und mit der Herausgabe von vertraulichen Kundendaten an ausländische Steuerbehörden in die Privatsphäre der Kontoinhaber einzugreifen.

### 3.2 Würdigung

Im Gegensatz zur polizeilichen Generalklausel wurde die Anwendung der Art. 25 f. BankG von der Lehre praktisch kaum kommentiert. Und doch hat das Bundesgericht in seiner Entscheidung einige Grundsätze zu dieser Bestimmung festgehalten, welche auch für zukünftige Verfahren von Bedeutung sein könnten. Die Grundvoraussetzung einer Intervention der FINMA ist dabei die qualitativ gleiche Natur der getroffenen Massnahmen im Vergleich mit denjenigen von Art. 26 BankG. Oder – wie bereits gesagt: Nicht alles,

<sup>76</sup> BGE 137 II 431 E. 2.2.2.

<sup>77</sup> BGE 137 II 431 E. 2.2.3.

was zur Abwendung der Insolvenzgefahr einer Bank nützlich wäre, kann von der FINMA als aufsichtsrechtliche Schutzmassnahme verfügt werden. Unter dem Gesichtspunkt des Legalitätsprinzips muss diese Feststellung begrüsst werden.



# Jurisprudence en matière d'assistance administrative internationale

**Christian Bovet, Professeur à la Faculté de droit  
de l'Université de Genève\***

\* Le texte de cette contribution se fonde sur la présentation faite à la Journée des juristes de la FINMA, le 14 novembre 2012, au Centre Paul Klee, à Berne (« Evaluation de la jurisprudence du Tribunal administratif fédéral et du Tribunal fédéral en matière de droit administratif depuis 2009 concernant le droit des marchés financiers »). Le style oral a été en partie conservé. Le contenu des notes de bas de page est aussi réduit. Etat des sites internet au 22 mars 2013.

# Sommaire

---

<b>1</b>	<b>Introduction</b>	<b>112</b>
<b>2</b>	<b>Base légale extraordinaire</b>	<b>114</b>
<b>3</b>	<b>Développements jurisprudentiels</b>	<b>115</b>
3.1	Examen avec (grande) retenue	115
3.2	Qualité pour recourir	116
3.2.1	Gérant de fortune	116
3.2.2	Employé du gérant de fortune	118
3.3	Droit d’être entendu	119
3.3.1	Accès au dossier	119
3.3.2	Motivation de la décision	124
3.4	Entraide spontanée et utilité potentielle	125
3.5	Extension à la lutte contre la corruption ?	127
<b>4</b>	<b>Conclusion</b>	<b>128</b>

L'assistance administrative internationale en matière bancaire et financière repose sur des bases solides élaborées au cours de plusieurs années intenses de pratique et de jurisprudence, mais aussi grâce à des modifications législatives. Ces trois sources ont renforcé le rôle de l'autorité de surveillance, étendu les possibilités d'échange d'informations avec l'étranger et offert une certaine sécurité juridique aux intermédiaires financiers. La modification de l'art. 38 de la loi sur les bourses<sup>1</sup> en 2005<sup>2</sup> a ainsi levé des obstacles importants au transfert de renseignements vers des pays tels que les Etats-Unis et le Canada ; quant à l'adoption de l'art. 42 de la loi sur la FINMA<sup>3</sup>, elle a donné une base légale générale à l'entraide administrative accordée par le régulateur à ses contreparties étrangères<sup>4</sup>.

Confrontés à une telle procédure, les praticiens peuvent d'abord se référer à la publication de la FINMA sur « L'entraide administrative boursière internationale »<sup>5</sup>. Cette brochure leur donnera une première orientation très utile. L'autorité met ici en œuvre l'objectif de « transparence du processus de réglementation »<sup>6</sup>, au stade de l'exécution toutefois.

En mettant l'accent sur la jurisprudence du Tribunal administratif fédéral (TAF) la présente contribution tend, d'une part, à compléter cette première approche et, d'autre part, à offrir une évaluation des principaux arrêts rendus par cette juridiction dans ce domaine. La période choisie – i.e. de 2009 à 2012 – est importante à plusieurs égards : après un temps d'assimilation de la jurisprudence antérieure du Tribunal fédéral (TF)<sup>7</sup>, le TAF a pu traiter de nouvelles questions juridiques, généralement en dernière instance<sup>8</sup>. Nous nous trouvons par ailleurs à l'orée de nouveaux développements que la jurisprudence courante du TAF dans le secteur de l'entraide influera sans aucun doute également. En particulier, la nouvelle politique suisse en matière d'échange d'informations dans le cadre de conventions de double imposition<sup>9</sup> générera vraisemblablement un contentieux administratif qui profitera, de plusieurs façons, de la casuistique que nous allons aborder<sup>10</sup>.

<sup>1</sup> Loi fédérale du 24 mars 1995 sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (LBVM) ; RS 954.1).  
<sup>2</sup> Modification entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> février 2006 (RO 2006 197).  
<sup>3</sup> Loi du 22 juin 2007 sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (LFINMA) ; RS 956.1).  
<sup>4</sup> On se bornera à rappeler ici que selon l'art. 2 al. 1 LFINMA : « La présente loi est applicable pour autant que les lois sur les marchés financiers n'en disposent pas autrement. » Il en résulte en particulier que des règles spéciales telles que l'art. 38 LBVM l'emportent sur l'art. 42 LFINMA.  
<sup>5</sup> Cette publication est disponible sur le site internet de la FINMA à l'adresse : [http://www.finma.ch/f/aktuell/Documents/Amtshilfbericht\\_20090916\\_f.pdf](http://www.finma.ch/f/aktuell/Documents/Amtshilfbericht_20090916_f.pdf).  
<sup>6</sup> Art. 7 al. 4 LFINMA.  
<sup>7</sup> Rappelons brièvement que la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTF) ; RS 173.32) est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2007.  
<sup>8</sup> Art. 83 lit. h de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF) ; RS 173.110). S'agissant de l'exception relative à l'assistance administrative internationale en matière fiscale figurant à la fin de cette disposition, voir l'art. 84a LTF. Sur l'intervention du TF dans l'affaire UBS, voir la section II ci-dessous.  
<sup>9</sup> A ce propos, BOVET C./LIÉGEAIS F., « Cross-Border Tax Administrative Assistance: 'For The Times They Are a-Changin'' », paraître dans le numéro spécial de la RSDA 2013 consacré à la Journée 2012 de droit bancaire et financier.  
<sup>10</sup> Pour une présentation générale du nouveau cadre légal, BETI D., « La nouvelle loi sur l'assistance administrative internationale en matière fiscale : une vue d'ensemble », Archives de droit fiscal suisse, 81 (2012/2013), p. 181 ss. Eg. BOVET/LIÉGEAIS (n. 9). On ajoutera à cela d'autres projets qui, vraisemblablement, devraient prochainement aboutir. En particulier, le projet de nouveaux art. 30-32 de la loi fédérale du 10 octobre 1997 concernant

La saga des données de l'UBS (2), dont nous ne traiterons que de l'épisode le plus marquant<sup>11</sup>, avant les enseignements que l'on peut tirer de la jurisprudence du TAF (3), anticipait déjà cette évolution.

la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme dans le secteur financier (LBA; RS 955.0), FF 2012 6449 (Message du Conseil fédéral) et FF 2012 6497 (projet de modification de la LBA). Ce projet a été adopté par le Conseil des Etats le 11 décembre 2012 (BO 2012 E 1157 [12.065]). Il s'agira également d'observer les développements en relation avec la conclusion d'un accord entre l'Union européenne et la Confédération suisse concernant la coopération en matière d'application de leur droit de la concurrence. A ce propos, voir la proposition de décision du Conseil du 1<sup>er</sup> juin 2012 (COM [2012] 245 final – 2012/0127 [NLE]), disponible sur internet à l'adresse: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52012PC0245:FR:NOT>. Sur cet accord, voir TOBLER C., «*Bilaterales Wettbewerbsrecht Schweiz-EU: Uneinheitlich, ineffizient und irrelevant?*», RDS 132/2013 I, p. 3. Voir enfin l'avant-projet de loi fédérale sur la collaboration avec des autorités étrangères et la protection de la souveraineté suisse (LCPS), en consultation jusqu'au 31 mai 2013 et disponible avec son rapport explicatif à l'adresse internet: <http://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/pendent.html>.

<sup>11</sup> Pour plus de détails, voir p.ex. BOVET C./GUGGENHEIM A., «*Surveillance des marchés financiers: rétrospective pour des perspectives II*», in Thévenoz L./Bovet C. (édit.), Journée 2009 de droit bancaire et financier, Genève/Zurich/Bâle (Schulthess) 2010, p. 101, 112-124; BOVET C./LIÉGEOIS F., «*Répondre à la crise: activité irréprochable, transparence des marchés, entraide internationale et autres développements de la pratique et de la jurisprudence*», in Thévenoz L./Bovet C. (édit.) Journée 2010 de droit bancaire et financier, 2011 Genève/Zurich/Bâle (Schulthess), p. 143, 159-164.

Se servir des art. 25 ss de la loi sur les banques<sup>12</sup> comme base légale pour autoriser le transfert de données requises de l'UBS par les autorités fiscales américaines n'apparaissait pas comme une évidence. En effet, ces normes permettent à la FINMA d'ordonner des mesures protectrices «s'il existe des raisons sérieuses de craindre qu'une banque ne soit surendettée ou qu'elle ne souffre de problèmes de liquidité importants, ou si la banque n'a pas rétabli une situation conforme aux prescriptions en matière de fonds propres dans le délai imparti par la FINMA»<sup>13</sup>. Se trouvant face à un dilemme politico-juridique, l'autorité de surveillance a néanmoins fondé substantiellement sa décision sur ces dispositions. Au terme d'un jugement détaillé<sup>14</sup>, le TAF a refusé de suivre la FINMA sur cette voie. Plus particulièrement, il a considéré à juste titre que les art. 25 ss LB n'offraient pas une précision et une prévisibilité suffisantes pour servir de base légale à un transfert de données bancaires à des autorités étrangères. Outre les interprétations littérale<sup>15</sup> et historico-téléologique<sup>16</sup>, la première juridiction de recours a souligné que :

*«Auch unter systematischen Aspekten legen Art. 25 und 26 BankG den Schluss nicht nahe, eine Kompetenznorm für den Eingriff in bestehende Kundenverhältnisse zu sein: Davon ausgehend, dass der Vorinstanz eine ganze Palette von gesetzlichen Instrumenten zur Verfügung steht, um Einfluss auf die Verhältnisse des Gläubigers zur Bank zu nehmen, kann die Legitimation von Art. 25 und 26 BankG nur in einer Verfügungskompetenz bestehen, die sich auf direkte Wirkungen gegenüber der Bank beschränkt. Denn wie die Beschwerdeführer korrekt vorbringen, kann die Vorinstanz im Rahmen eines Amtshilfeverfahrens nach Art. 42 Abs. 2 FINMAG ohne Weiteres in das Verhältnis des Gläubigers zu seiner Bank eingreifen und seine Bankkundendaten an eine ausländische Behörde übermitteln»<sup>17</sup>.*

Excluant par ailleurs, également, l'application de la règle générale de l'art. 31 LFINMA<sup>18</sup>, le TF a pleinement confirmé l'analyse du TAF sur ces points<sup>19</sup>: tout en rappelant l'important pouvoir d'appréciation («Ermessensspielraum») dont dispose la FINMA dans ce domaine<sup>20</sup>, notre Haute Cour a insisté sur le respect du principe de légalité dans ce type de circonstances<sup>21</sup>. Elle a néanmoins admis la transmission

<sup>12</sup> Loi fédérale du 8 novembre 1934 sur les banques et les caisses d'épargne (LB; RS 952.0).

<sup>13</sup> Art. 25 al. 1 lit. a LB, qui renvoie à l'art. 26 LB pour une liste non exhaustive de ces mesures.

<sup>14</sup> Arrêt TAF B-1092/2009 UBS AG, du 5 janvier 2010.

<sup>15</sup> Idem, c. 6.4.1.

<sup>16</sup> Idem, c. 6.4.2.

<sup>17</sup> Idem, c. 6.4.1.

<sup>18</sup> ATF 137 II 431, c. 2.3. Eg. arrêt TAF UBS AG (note 14), c. 7.

<sup>19</sup> ATF 137 II 431, c. 2.2.

<sup>20</sup> Idem, c. 2.2.3.

<sup>21</sup> Ibidem et idem, 2.3.

des données aux autorités américaines et légitimé la décision de la FINMA, sur la base de la clause générale de police de l'art. 36 de la Constitution fédérale<sup>22</sup>. Elle a toutefois relevé que sous réserve des compétences du Parlement fédéral, cette faculté n'appartenait qu'au Conseil fédéral et qu'en conséquence, aucune autorité administrative ne pouvait agir à sa place. Le gouvernement n'avait dès lors pas délégué cette compétence constitutionnelle à la FINMA mais l'avait plutôt mandatée d'intervenir – y compris par des mesures de surveillance – dans le sens des indications qu'il lui avait fournies lors de leurs différents échanges de communications. Toutes les conditions du cas de rigueur visé par l'art. 36 Cst. – « danger sérieux, direct et imminent » – étaient remplies en l'espèce. L'action de la FINMA était en outre conforme au principe de proportionnalité, l'intérêt collectif du fonctionnement continu du système financier suisse l'emportant sur les intérêts individuels des clients à la préservation de la confidentialité de leurs données bancaires, celles-ci ne faisant d'ailleurs pas l'objet d'une protection absolue selon le droit suisse<sup>23</sup>.

<sup>22</sup> Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst.; RS 101).

<sup>23</sup> ATF 137 II 431, c. 4.4.

<sup>24</sup> Arrêt TAF B-5469/2010, du 7 décembre 2010, c. 4.2.6 (en italien: «L'analisi dei rischi che la Svizzera incontrerebbe nel caso di una violazione dello IOSCO-MMoU esige conoscenze specialistiche e si fonda in parte su una valutazione delle condizioni politiche nell'ambito dell'assistenza amministrativa internazionale nel settore borsistico. Quando si tratta di valutare simili circostanze, il Tribunale amministrativo federale s'impone un certo riserbo ed un intervento s'impone solo laddove vi è un abuso od un eccesso del potere d'apprezzamento»).

<sup>25</sup> En particulier, FELLER R. / MÜLLER M., «Die Prüfungszuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts – Probleme in der praktischen Umsetzung. Dargestellt am Urteil BVGer A-109/2008 vom 12. Februar 2009», ZBl 2009, p. 442.

<sup>26</sup> P.ex. arrêt TAF B-5272/2009 Quadrant AG, du 30 novembre 2010 (ATAF 2011/47), c. 5.1. Souligné par l'auteur.

### 3 Développements jurisprudentiels

La jurisprudence du TAF a pour l'essentiel repris celle du TF qu'elle a parfois développée et précisée. La richesse des situations en matière d'assistance administrative a aussi permis à la première juridiction d'explorer de nouveaux domaines. Les thèmes choisis tendent à illustrer ces constats.

#### 3.1 Examen avec (grande) retenue

De façon constante, le TF et le TAF font preuve d'une certaine retenue lorsqu'ils revoient les décisions d'instances inférieures spécialisées – telles la FINMA – et disposant d'un certain pouvoir d'appréciation, notamment, comme en matière d'assistance administrative internationale, pour évaluer l'ensemble des circonstances politiques entourant le secteur boursier; le tribunal n'interviendra dès lors que dans les limites nécessaires pour déterminer s'il y a eu ou non un excès, voire un abus dudit pouvoir d'appréciation<sup>24</sup>. L'application de ce principe a parfois fait l'objet de critiques doctrinales<sup>25</sup>.

Alors que le TAF se réfère habituellement en allemand à une «gewisse Zurückhaltung»<sup>26</sup>, cette juridiction semble vouloir faire

un pas de plus en matière d'assistance administrative internationale puisque, dans un arrêt de mars 2012, elle utilise l'adjectif «*grosse Zurückhaltung*»<sup>27</sup>. On pourrait penser à une rédaction un peu rapide. Toutefois, le TAF réaffirme dans le même considérant sa volonté de respecter une autonomie aussi large que possible de la FINMA, en indiquant qu'il n'entendait ni donner au recourant directement l'accès au dossier ni ordonner à l'autorité de première instance de procéder de la sorte en lui renvoyant le dossier<sup>28</sup>. Celle-ci restait ainsi libre de statuer à nouveau, tout en prenant en compte les considérants de l'arrêt du TAF<sup>29</sup>.

### 3.2 Qualité pour recourir

La qualité pour recourir contre des décisions d'entraide a fait l'objet d'une jurisprudence relativement abondante du TF<sup>30</sup>. Il restait dès lors peu de questions nouvelles à trancher. L'apport du TAF dans ce domaine n'est cependant pas négligeable car il contribue à la sécurité juridique (1) et pose des limites claires à un mouvement qui pourrait paralyser en partie l'échange international d'informations (2).

#### 3.2.1 Gérant de fortune

Comme le souligne cette juridiction, le TAF a « sans autre formalité »<sup>31</sup> reconnu la qualité pour recourir du gérant de fortune indépendant s'opposant à la divulgation de l'ayant droit économique d'un compte visé par une demande d'assistance administrative internationale et pour lequel il dispose d'un mandat de gestion. En effet :

« Le devoir de garder le secret couvre toutes les informations qui résultent de la relation d'affaires directe existant entre le client et sa banque, ainsi que le point de savoir si et en faveur de qui existe un mandat de gestion de fortune. Le gérant de fortune indépendant agit, en tant que conseiller ou représentant, dans le cadre des pouvoirs qui lui ont été conférés par son client. Si son identité est révélée à l'étranger par le biais d'une entraide administrative, la relation particulière existant avec le client est touchée, que le gérant ait agi comme collaborateur d'un organe d'une banque ou d'un négociant de valeurs mobilières soumis à la surveillance, ou du client lui-même »<sup>32</sup>.

Lorsque le TAF a laissé la question ouverte, ce n'était que pour des motifs procéduraux<sup>33</sup>.

<sup>27</sup> Arrêt TAF B-6062/2011, du 22 mars 2012, c. 6.

<sup>28</sup> Ibidem.

<sup>29</sup> Ibidem.

<sup>30</sup> A ce sujet, p. ex. BOVET C., « L'entraide administrative dans le domaine financier », in Bellanger F./Tanquerel T. (édit.), *L'entraide administrative*, Genève/Zürich/Bâle (Schulthess) 2005, p. 151.

<sup>31</sup> Arrêt TAF B-1023/2009, du 5 mai 2009 (ATAF 2009/16), c. 2.3.1.

<sup>32</sup> Ibidem.

<sup>33</sup> Arrêt TAF B-2537/2008, du 10 juillet 2008 (ATAF 2008/66), c. 3.2 (considérant non reproduit aux ATAF et faisant en outre référence à un considérant 1.3 lui-même non publié de l'ATF 129 II 484 [arrêt TF 2A.136/2003, du 26 août 2003], cité par le TAF dans son arrêt B-1023/2009 [note 31], c. 2.3.2).

Pour se voir reconnaître la qualité pour recourir, le gérant de fortune doit remplir quatre conditions, telles que systématisées et développées par le TAF et formant en pratique un tout cohérent :

- Le gérant de fortune indépendant doit disposer d'un mandat de gestion discrétionnaire écrit, clair et sans équivoque<sup>34</sup>. Cet élément permet de distinguer le gérant de fortune du « simple » fondé de procuration. En effet, comme le relevait le TF déjà en 2001 : *«Im Gegensatz zum bloss Bevollmächtigten, der das Konto nicht autonom bewirtschaftet und nicht die Verantwortung für die einzelnen Investitionsentscheide trägt [...], hat der unabhängige Vermögensverwalter – wie der Kunde – ein schutzwürdiges Interesse an der Durchführung eines förmlichen «Übermittlungsverfahrens», zumal wenn damit [...] die Bewilligung verbunden wird, die entsprechenden Angaben an die Strafverfolgungsbehörden weiterzuleiten»*<sup>35</sup>.
- La transmission de renseignements à l'autorité étrangère doit être de nature à porter atteinte à la *relation de confiance* existant entre le client et le gérant de fortune, « si bien que ce dernier se trouve dans un rapport plus étroit avec l'objet de la contestation que n'importe quel autre tiers »<sup>36</sup>. Bien que ce lien particulier soit généralement admis, car inhérent au mandat de gestion, ce n'est pas le cas lorsque les informations requises concernent en première ligne non le gérant ou ses organes ayant agi en leur qualité spécifique, mais un client du gérant ; le rapport de confiance n'est alors atteint que de manière indirecte, et la qualité pour recourir doit être déniée au gérant<sup>37</sup>.
- Le gérant de fortune doit pouvoir faire valoir un intérêt propre à recourir. Celui-ci lui sera généralement refusé dans la situation qui vient d'être évoquée. Il est par ailleurs (très) douteux lorsque le gérant et son client déposent un seul acte de recours et que, dès lors, les intérêts du premier se confondent avec ceux du second<sup>38</sup>. Il doit en revanche être pleinement reconnu lorsque, bien que la transaction ait eu lieu économiquement en faveur du détenteur du compte, l'identité de celui-là n'est pas dévoilée à l'autorité requérante, mais celle du gérant l'est ; la mesure d'entraide est en effet alors dirigée directement contre ce dernier<sup>39</sup>.
- Conformément à l'art. 48 al. 1 lit. a de la loi fédérale sur la procédure administrative<sup>40</sup>, le gérant doit en outre avoir pris part à la procédure devant la FINMA ou avoir été privé de la possibilité de

<sup>34</sup> Arrêt TAF B-1023/2009 (note 31), c. 2.3.2.

<sup>35</sup> ATF 127 II 323, c. 3b/bb, cité par le TAF. Eg. arrêt TF 2A.3/2004, du 19 mai 2004, c. 5.3.3, en italien, mais se référant expressément en français au « mandat de gestion discrétionnaire » (aussi cité par le TAF dans son arrêt B-1023/2009 [note 31], c. 2.3.2).

<sup>36</sup> Arrêt TAF B-1023/2009 (note 31), c. 2.3.1.

<sup>37</sup> Idem, c. 2.3.3

<sup>38</sup> Arrêt TAF B-2537/2008 (note 33), c. 3.2.

<sup>39</sup> Arrêt TAF B-1023/2009 (note 31), c. 2.3.3.

<sup>40</sup> Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA ; RS 172.021).

le faire. Le fait que le gérant de fortune ait accepté que son identité – mais pas des informations concernant sa relation juridique avec son client<sup>41</sup> – soit communiquée à l'autorité requérante ou que l'autorité de première instance ait renoncé à mentionner le gérant comme destinataire de la décision n'a pas d'impact négatif sur cette dernière condition<sup>42</sup>.

Cette jurisprudence pose des conditions relativement strictes à la qualité pour recourir du gérant de fortune indépendant. On observera avec intérêt sa mise en œuvre dans d'autres cas, pour déterminer en particulier si l'accès à la juridiction de recours est ainsi rendu plus difficile<sup>43</sup>.

Certains considérants pourraient éventuellement suggérer le contraire : d'une part, le TAF se réfère à un gérant qui aurait « agi comme collaborateur d'un organe d'une banque ou d'un négociant en valeurs mobilières soumis à la surveillance, ou du client lui-même »<sup>44</sup>; d'autre part, il opère des parallèles entre la situation du négociant en valeurs mobilières (assujéti à la surveillance de la FINMA) et celle du gérant de fortune indépendant (en l'état, généralement non assujéti)<sup>45</sup>. L'arrêt que nous allons brièvement aborder établit une volonté claire du TAF de ne pas élargir le cercle des personnes ayant qualité pour recourir dans le domaine de l'entraide.

### 3.2.2 Employé du gérant de fortune

Avec raison, le TAF a déclaré irrecevable le recours formé par un employé d'un gérant de fortune qui avait passé les ordres à la salle des marchés du négociant en valeurs mobilières et dont le nom allait être transmis à la *U.S. Securities and Exchange Commission* (SEC), en même temps que d'autres informations sur les transactions et des données bancaires. On peut se borner à citer ici l'argumentation de la juridiction administrative :

« [L'employé] n'est touché que de manière indirecte par la mesure d'entraide. En effet, celui-ci n'a fait qu'exécuter les ordres donnés par le gérant de fortune indépendant [...], son employeur. Uniquement ce dernier – qui gère les comptes concernés de manière autonome et qui supporte la responsabilité de chaque décision d'investissement – dispose d'un intérêt légitime à prendre part à la procédure d'entraide en qualité de partie [...]. [L]e Tribunal fédéral a déjà eu l'occasion de préciser que même si la transmission des

<sup>41</sup> Le gérant ne peut alors plus se prévaloir d'être atteint directement dans ses rapports particuliers avec son client. Il appartient alors au client de mener seul la procédure de recours. A ce propos, arrêt TAF B-5053/2010, du 29 septembre 2010, c. 2.3.1.

<sup>42</sup> Implicite dans l'arrêt TAF B-1023/2009 (note 31), c. 2.3.1 et 2.3.2, est parfaitement rassurant.

<sup>43</sup> Sur ce plan, l'arrêt TAF B-5053/2010 (note 41), c. 2.3.1 et 2.3.2, est parfaitement rassurant.

<sup>44</sup> Arrêt TAF B-1023/2009 (note 31), c. 2.3.1

(souligné par l'auteur).  
<sup>45</sup> Idem, c. 2.3.3.

renseignements requis entraîne la révélation de l'identité d'un tiers titulaire d'une procuration (de fait) sur le compte bancaire, ce dernier n'est pas légitimé, tout comme l'ayant droit économique, à recourir contre la mesure d'entraide [...]. Une solution contraire conduirait à un élargissement excessif du cercle des personnes habilitées à s'opposer à l'octroi de l'entraide et entraînerait dans de nombreux cas l'entrave, voire la paralysie de la collaboration internationale, en contradiction avec le but de la loi et des traités internationaux souscrits par la Suisse dans ce domaine »<sup>46</sup>.

Dans ce type de situation, il est clairement préférable de négocier avec la FINMA pour éviter que le nom de l'employé n'apparaisse, la pertinence de cette information pour l'autorité étrangère semblant a priori limitée. Toutefois, il n'est pas exclu que l'implication apparemment forte du gérant de fortune/employeur dans les transactions incriminées ait empêché l'employé de trouver un arrangement avec la FINMA.

### 3.3 Droit d'être entendu

La violation du droit d'être entendu est une objection courante des plaideurs. Au fil des affaires et des années, la loi, la jurisprudence et la pratique des autorités ont cependant relativement bien défini le cadre dans lequel ce droit s'exerce<sup>47</sup>. L'accès au dossier (1) et la motivation de la décision (2) en constituent deux facettes importantes.

#### 3.3.1 Accès au dossier

L'entraide administrative est un moyen de coopération essentiel de la FINMA au niveau international. D'une part, elle constitue un instrument de surveillance consolidée des marchés financiers. D'autre part et plus généralement, elle permet de montrer la bonne volonté de la Suisse dans des dossiers où des auteurs d'infractions aux règles boursières pensent pouvoir utiliser impunément un compte ou les services d'établissements bancaires et financiers de notre pays. Certaines prescriptions élaborées en dehors des cercles législatifs habituels («*soft law*») entraînent cependant parfois une confrontation entre ces dispositions, présentées comme des standards internationaux, et les règles de la procédure administrative.

Le TAF a eu l'occasion de se pencher sur ce type de situation dans trois arrêts similaires, rédigés dans chacune de nos langues officielles<sup>48</sup>. On peut donc parler d'une jurisprudence clairement affirmée.

<sup>46</sup> Arrêt TAF B-5053/2010 (note 41), c. 2.4.

<sup>47</sup> L'un des ouvrages habituels de référence dans ce domaine est ALBERTINI M., «*Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates: eine Untersuchung über Sinn und Gehalt der Garantie unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung*», Berne (Stämpfli) 2000.

<sup>48</sup> Arrêts TAF B-5469/2010 (note 24; en italien), B-6062/2011 (note 27; en allemand) et B-6980/2011, du 3 juillet 2012 (ATAF 2012/19; en français).

Plus particulièrement, la FINMA est membre ordinaire de l'Organisation internationale des commissions de valeurs (OICV), plus connue sous son acronyme anglais : IOSCO (*International Organization of Securities Commissions*)<sup>49</sup>. C'est dans ce cadre qu'a été adopté un accord multilatéral portant sur la consultation, la coopération et l'échange d'informations<sup>50</sup> (*Multilateral Memorandum of Understanding [MMoU]*)<sup>51</sup>. La FINMA est un « membre A » (« *full signatory* ») de cet accord, les « membres B » étant désignés en tant que : « *Members [having] committed to seeking the legal authority necessary to enable them to become full signatories to the IOSCO MMoU (Appendix A). For these members, cooperation in accordance with the standards set out in the IOSCO MMoU will begin on the date of its signing to Appendix A* »<sup>52</sup>. Or, les membres à part entière ont notamment accepté d'appliquer les prescriptions de l'art. 11 lit. a du MMoU qui restreignent sensiblement la capacité d'information des autorités de surveillance :

« Chaque Autorité préservera le caractère confidentiel des demandes présentées dans le cadre du présent Accord, leur contenu et tous les éléments découlant du présent Accord, y compris les consultations entre Autorités et l'assistance fournie spontanément. Après avoir consulté l'Autorité requérante, l'Autorité requise pourra divulguer le fait que l'Autorité requérante a présenté une demande, si cette révélation est nécessaire pour mener à bien la requête »<sup>53</sup>.

Sur cette base, la FINMA a remis à des personnes visées par des procédures d'assistance administrative internationale une copie du dossier les concernant, mais pas la requête d'entraide, qualifiée de confidentielle par l'autorité ; celle-ci « a toutefois résumé les faits tels qu'ils ressortent de ladite requête »<sup>54</sup>. La FINMA a rejeté les diverses objections de ces personnes et a rendu une décision permettant la transmission des informations bancaires à l'autorité étrangère. Dans le cadre de la procédure d'instruction du recours portant sur le troisième cas, le TAF a invité l'autorité de surveillance à indiquer si elle souhaitait réexaminer sa position à la lumière de l'arrêt rendu par le tribunal quelques mois plus tôt. La FINMA a persisté dans sa position antérieure.

La question centrale était la compatibilité de cette politique de confidentialité avec l'art. 27 al. 1 et 2 PA, selon lesquels :

<sup>49</sup> Voir le site internet de cette organisation à l'adresse : [http://www.iosco.org/lists/display\\_members.cfm?CurrentPage=2&orderBy=jurSortName&alpha=s&memID=1&rows=10](http://www.iosco.org/lists/display_members.cfm?CurrentPage=2&orderBy=jurSortName&alpha=s&memID=1&rows=10).

<sup>50</sup> En français (version de mai 2002) : <http://iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD126-French.pdf>.

<sup>51</sup> En anglais (version de mai 2002, révisée en mai 2012) : <http://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD386.pdf>.

<sup>52</sup> Voir la liste complète des signataires sur le site d'IOSCO ([http://www.iosco.org/library/index.cfm?section=mou\\_siglist](http://www.iosco.org/library/index.cfm?section=mou_siglist)), sur laquelle figurent à ce jour (30 mars 2013) 94 « membres A » et 25 « membres B ».

<sup>53</sup> En anglais : « *Each Authority will keep confidential requests made under this Memorandum of Understanding, the contents of such requests, and any matters arising under this Memorandum of Understanding, including consultations between or among the Authorities, and unsolicited assistance. After consultation with the Requesting Authority, the Requested Authority may disclose the fact that the Requesting Authority has made the request if such disclosure is required to carry out the request.* » Le texte anglais de la version révisée de mai 2012 (note 51) est en tout point conforme au texte français de la version de mai 2002 (note 50).

<sup>54</sup> Arrêt TAF B-6980/2011 (note 48), « Faits », B. c. Eg. explicite dans l'arrêt TAF B-5469/2010 (note 24), « Fatti », E et H.

- «<sup>1</sup>L'autorité ne peut refuser la consultation des pièces que si :
- a. des intérêts publics importants de la Confédération ou des cantons, en particulier la sécurité intérieure ou extérieure de la Confédération, exigent que le secret soit gardé;
  - b. des intérêts privés importants, en particulier ceux de parties adverses, exigent que le secret soit gardé;
  - c. l'intérêt d'une enquête officielle non encore close l'exige.

<sup>2</sup>Le refus d'autoriser la consultation des pièces ne peut s'étendre qu'à celles qu'il y a lieu de garder secrètes ».

Ces principes sont complétés par l'art. 28 PA, à teneur duquel : « Une pièce dont la consultation a été refusée à la partie ne peut être utilisée à son désavantage que si l'autorité lui en a communiqué, oralement ou par écrit, le contenu essentiel se rapportant à l'affaire et lui a donné en outre l'occasion de s'exprimer et de fournir des contre-preuves ».

On peut déduire de ces règles et de la jurisprudence du TAF quatre conditions :

- En premier lieu, il faut un intérêt public ou privé prépondérant, l'emportant sur le droit d'accès (complet) au dossier, ce principe faisant lui-même partie intégrante du droit (plus large) d'être entendu. Dans chacun de ces arrêts, le tribunal rappelle que « [l']énumération des intérêts figurant à l'art. 27 al. 1 let. a PA se présente de manière non exhaustive »<sup>55</sup>. La juridiction administrative reconnaît que le respect des engagements internationaux et le maintien de bonnes relations avec les Etats étrangers appartiennent à ces intérêts, sous l'angle de la sécurité et, plus largement, de la politique extérieure de la Suisse<sup>56</sup>. Outre les éléments connexes évoqués ci-dessous, le TAF constate que « rien dans l'argumentation avancée par l'autorité inférieure [...] ne laisse encore présager, avec un degré de vraisemblance suffisamment élevé, une telle dégradation des relations entre les deux pays en raison de la transmission de certaines données de la requête touchant les recourants »<sup>57</sup>. Contrairement à ce que le TAF avait retenu dans le premier cas qu'il avait eu à juger dans ce contexte<sup>58</sup>, aucune « situation singulière dangereuse »<sup>59</sup> n'a pu être considérée comme établie dans les deux autres arrêts, y compris une détérioration des relations qui aurait pour effet

<sup>55</sup> Arrêts TAF B-5469/2010 (note 24), c. 4.2.1, B-6062/2011 (note 27), c. 4.1, et B-6980/2011 (note 48), c. 4.1.

<sup>56</sup> Arrêts TAF B-5469/2010 (note 24), c. 4.2.1, B-6062/2011 (note 27), c. 4.1.2, et B-6980/2011 (note 48), c. 4.1.2.

<sup>57</sup> Arrêt TAF B-6980/2011 (note 48), c. 6. Eg. arrêt TAF B-6062/2011 (note 27), c. 5.1.3.

<sup>58</sup> Voir arrêt TAF B-5469/2010 (note 24), c. 4.2.2 ss. Les « gravi conseguenze » évoquées au c. 4.2.6 de cet arrêt se résument – mais de manière concrète et spécifique, non générale – au refus de la Banque centrale italienne d'accorder une autorisation de type « LPS » à dix établissements de crédit suisses (« *Ciò potrebbe avvenire ad esempio se la Banca Centrale d'Italia si rifiutasse di rilasciare a dieci istituti di credito svizzeri una licenza LPS, come lascia intendere l'articolo contenuto in <[nome della rivista]> del [data]* »).

<sup>59</sup> Arrêt TAF B-6980/2011 (note 48), c. 5.1. En allemand : « *gesuchsspezifische Gefahrenlage* » (arrêt TAF B-6062/2011 (note 27), c. 5.1.1. Des trois expressions linguistiques, c'est probablement la version allemande qui exprime le mieux la pensée générale du TAF sur ces questions.

de restreindre l'accès au marché anglais aux intermédiaires financiers suisses<sup>60</sup>. Le tribunal a exclu pour les mêmes raisons l'application de l'art. 27 al. 1 lit. c PA<sup>61</sup>.

- Le principe de proportionnalité impose à l'autorité de n'exclure du droit d'accès que les pièces, voire seulement les passages de celles-ci qu'il y a lieu de garder secrets<sup>62</sup>. Pour la juridiction de recours, « [i] est douteux que [l'art. 11 lit. a du MMoU] puisse ou doive être interprétée de telle manière que l'autorité inférieure ne serait en aucun cas habilitée à octroyer l'accès à la demande d'entraide – même en caviardant les éléments sensibles – à défaut de quoi le Memorandum of Understanding serait violé. La teneur de la clause dudit memorandum n'exclut a priori pas que l'autorité inférieure dispose de la faculté d'accorder le droit de consultation à la personne idoine d'une manière conforme à l'art. 27 PA après avoir consulté l'autorité requérante »<sup>63</sup>.
- L'autorité doit communiquer aux parties les éléments essentiels des pièces ou des passages dont la consultation a été refusée (art. 27 al. 2 *cum* 28 PA)<sup>64</sup>. Le droit d'être entendu prend ici une double dimension : d'une part, les parties doivent pouvoir se prononcer sur ce résumé et offrir des contre-preuves ; d'autre part, les éléments communiqués par l'autorité doivent être suffisants pour permettre aux parties d'exercer pleinement leurs droits<sup>65</sup>.

<sup>60</sup> Arrêt TAF B-6980/2011 (note 48), c. 6.

<sup>61</sup> C'était en particulier difficile dans le cas de l'arrêt TAF B-6062/2011 (note 27), puisque comme le relève le TAF au c. 5.2 : «*Der Wortlaut des Amtshilfeersuchens vom 25. August 2010 wird in der angefochtenen Verfügung wörtlich wiedergegeben; die Vorinstanz hat lediglich wenige sprachliche Veränderungen vorgenommen, die rein kosmetischer, somit untergeordneter Natur sind. Es sind keine zusätzlichen oder weiterführenden Angaben bzw. Ausführungen darin enthalten, welche die Vorinstanz der Beschwerdeführerin vorenthalten hätte*». Eg. arrêt TAF B-6980/2011 (note 48), c. 7

<sup>62</sup> Arrêts TAF B-5469/2010 (note 24), c. 4.4.2, B-6062/2011 (note 27), c. 4.2, et B-6980/2011 (note 48), c. 4.2.

<sup>63</sup> Arrêt TAF B-6980/2011 (note 48), c. 5.2. Eg. arrêt TAF B-6062/2011 (note 27), c. 5.1.2.

<sup>64</sup> Arrêts TAF B-5469/2010 (note 24), c. 4.2.7, B-6062/2011 (note 27), c. 4.3, et B-6980/2011 (note 48), 4.3.

<sup>65</sup> En général, arrêt TAF B-5469/2010 (note 24), c. 4.2.7.

- Le TAF a donné une importance marquée à une quatrième condition : l’appréciation de l’intérêt public ou privé prépondérant doit se faire concrètement, non en termes généraux<sup>66</sup>. Le tribunal revient à plusieurs reprises sur ce point, pour en souligner la signification<sup>67</sup> : faute d’une base légale spéciale, dérogeant au régime des art. 27 et 28 PA<sup>68</sup>, l’autorité de première instance doit démontrer qu’un tel intérêt existe dans le cas d’espèce. Or, tant la FINMA que les recourants admettent que le MMoU a un caractère non contraignant<sup>69</sup> ; on n’est donc pas en présence d’une règle de droit international qui l’emporterait sur notre droit national<sup>70</sup>. Le TAF propose par ailleurs – à nouveau – une interprétation divergente du MMoU, cette fois de son art. 6 : la juridiction de recours relève que la dernière phrase de cette norme, selon laquelle le MMoU n’a pas pour objectif « de créer des obligations ayant force de loi, ni de remplacer les législations nationales », permet une application du MMoU conforme à l’art. 27 PA<sup>71</sup>.

Même si les conséquences de ces trois arrêts ne sont pas encore entièrement connues, il convient d’en saluer le contenu dans la mesure où il repose sur de solides fondements juridiques. L’autorité de surveillance doit parfois faire des choix qui ont en partie une coloration « politique », dans le sens où ceux-ci s’inscrivent dans le contexte plus large des relations de la FINMA avec ses contreparties étrangères et des discussions menées dans le cadre d’organismes internationaux. De son côté, le TAF doit toutefois exercer pleinement son rôle de juridiction de recours de dernière instance en matière d’assistance administrative internationale<sup>72</sup> ; il l’a d’ailleurs fait avec une retenue particulière sur le plan des effets procéduraux<sup>73</sup>, tout en semblant inviter diplomatiquement la FINMA à réfléchir à une éventuelle modification du droit actuellement applicable<sup>74</sup>.

<sup>66</sup> Idem, c. 4.4.2.

<sup>67</sup> A titre d’illustration, *idem*, c. 6 : « Il s’agit cependant de considérations générales valant pour l’ensemble des autorités de surveillance signataires du MMoU, excluant ainsi d’une manière toute générale la transmission de l’ensemble des requêtes d’entraide administrative internationale émanant desdites autorités. [...] Or, concrètement, rien dans l’argumentation avancée par l’autorité inférieure dans le cas d’espèce » (souligné par l’auteur).

<sup>68</sup> Arrêt TAF B-6062/2011 (note 27), c. 5.1.1. Le TAF relève notamment que (arrêt TAF B-6980/2011 [note 48], c. 5.2) : « Rien, à la lecture des déterminations de l’autorité inférieure, ne suggère que les autorités compétentes entreprendraient actuellement de modifier la réglementation dans ce sens ».

<sup>69</sup> Arrêt TAF B-6980/2011 (note 48), c. 3. Eg. arrêt TAF B-5469/2010 (note 24), c. 4.2.6.

<sup>70</sup> Art. 26 et 27 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités (RS O.111), ainsi que les art. 5 al. 4 et 190 Cst.

<sup>71</sup> Arrêt TAF B-6980/2011 (note 48), c. 5.2. Eg. arrêt TAF B-6062/2011 (note 27), c. 5.1.2.

<sup>72</sup> Voir supra note 8.

<sup>73</sup> Supra section 3.1.

<sup>74</sup> Supra note 68.

### 3.3.2 Motivation de la décision

L'arrêt du TAF du 15 février 2010<sup>75</sup> concernant des requêtes d'en-taide émanant respectivement de la *US Securities and Exchange Commission* (SEC) et de la *British Columbia Securities Commission* (BCSC)<sup>76</sup> a offert au tribunal l'occasion de rendre un véritable jugement de fond en matière de droit d'être entendu. Sans revenir sur les rappels – toutefois essentiels – relatifs aux décisions incidentes n'imposant pas à l'autorité d'entendre les parties<sup>77</sup> ou au défaut de notification<sup>78</sup> et à l'effet guérisseur de la procédure de recours<sup>79</sup>, il nous paraît utile de présenter ici l'argumentation du TAF sur l'étendue du devoir de motivation de la décision de première instance.

Avant de rendre sa décision, l'autorité doit entendre les parties<sup>80</sup> et apprécier tous les allégués importants et présentés en temps utile<sup>81</sup>. La pleine réalisation de ces devoirs n'est possible que si l'autorité informe suffisamment les personnes concernées, d'une part, du fait qu'une décision sera rendue au terme de la procédure et, d'autre part, au moins en termes généraux («*in groben Zügen*»), du contenu de cette décision; les parties doivent ainsi pouvoir saisir l'étendue et la portée des clarifications relatives à l'état de fait<sup>82</sup>.

Ces prémisses procédurales se répercutent dans la rédaction de la décision :

*«Die Behörde hat die Vorbringen des vom Entscheid in seiner Rechtsstellung Betroffenen sorgfältig und ernsthaft zu prüfen und in der Entscheidfindung zu berücksichtigen. Die Begründung eines Entscheids muss so abgefasst sein, dass der Betroffene ihn sachgerecht anfechten kann. Dies ist nur möglich, wenn sowohl er als auch die Rechtsmittelinstanz sich über die Tragweite des Entscheids ein Bild machen können. In diesem Sinne müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde leiten liess und auf welche sich ihr Entscheid stützt. Die Behörde ist indessen nicht verpflichtet, sich zu allen Rechtsvorbringen der Partei zu äussern. Sie kann sich vielmehr auf die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte beschränken»<sup>83</sup>.*

Les deux dernières phrases allègent quelque peu le travail de la FINMA, qui peut donc laisser de côté certains arguments des parties. Elle préférera cependant, généralement, les traiter brièvement, en se référant le cas échéant à la jurisprudence bien établie dans ce domaine. On ne

<sup>75</sup> Arrêt TAF B-7107/2009, du 15 février 2010 (ATAF 2010/26).

<sup>76</sup> Sur la qualification de cette autorité en tant que requérante au regard de la réglementation canadienne, voir *idem*, c. 3.2.

<sup>77</sup> Art. 30 al. 2 PA. Voir arrêt TAF B-7107/2009 (note 75), c. 4.1).

<sup>78</sup> *Idem*, c. 4.1.1 à 4.1.3.

<sup>79</sup> *Idem*, c. 4.2.

<sup>80</sup> Art. 30 al. 1 PA.

<sup>81</sup> Art. 32 al. 1 PA. Sur les allégués tardifs, voir art. 32 al. 2 PA.

<sup>82</sup> Arrêt TAF B-7107/2009 (note 75), c. 4.1, avec d'autres références.

<sup>83</sup> *Idem*, c. 4.3.1 (souligné par l'auteur).

<sup>84</sup> Supra note 8.

<sup>85</sup> A ce propos, voir p. ex. Moreillon L. (édit.), *Entraide internationale en matière pénale*, Commentaire, Bâle/Genève/Munich (Helbing & Lichtenhahn) 2004, art. 67a EIMP.

<sup>86</sup> Art. 67a al. 1 de la loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale (EIMP; RS 351.1).

<sup>87</sup> Souligné par l'auteur. Cette convention, dont la première version, rédigée sous l'égide du Conseil de l'Europe et de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), date de 1988, a été modifiée par un protocole d'amendement de mai 2010. Elle a été signée sous cette forme révisée en novembre 2011, dans le cadre du G20 de Cannes; comme le souligne l'OCDE dans son communiqué de presse: « Avant la cérémonie de signature, la Convention amendée avait déjà été signée par 21 pays: la Belgique, la Corée, le Danemark, l'Espagne, les Etats-Unis, la Finlande, la France, la Géorgie, l'Irlande, l'Islande, l'Italie, le Mexique, la Moldavie, la Norvège, les Pays-Bas, la Pologne, le Portugal, le Royaume-Uni, la Slovaquie, la Suède et l'Ukraine » (<http://www.oecd.org/fr/ctp/echange-de-renseignements-fiscaux/conventionconcernant-l'assistanceadministrative-mutuelleenmatierefiscale.htm>). Le texte actuel, avec le rapport explicatif, est disponible sur le site internet de l'OCDE à l'adresse: [http://www.oecd-ilibrary.org/taxation/la-convention-multilaterale-concernant-l'assistance-administrative-mutuelle-en-matiere-fiscale\\_9789264115682-fr](http://www.oecd-ilibrary.org/taxation/la-convention-multilaterale-concernant-l'assistance-administrative-mutuelle-en-matiere-fiscale_9789264115682-fr).

La convention est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juin 2011.

<sup>88</sup> Comme le rappelle le § 67 du rapport explicatif (note 87): « Les échanges spontanés de renseignements s'avèrent souvent plus efficaces que les échanges automatiques, dans la mesure où ils concernent, la plupart du temps, des cas qui ont été décelés et sélectionnés par

peut en effet ignorer que la FINMA est l'autorité de première instance, qui joue par nature un rôle essentiel dans l'établissement des faits – même dans une procédure d'assistance administrative internationale, où elle a une fonction restreinte, puisque l'on se situe à une étape préliminaire d'une enquête menée avant tout par l'autorité requérante étrangère. Qui plus est, rappelons que le TAF est, pour sa part, la seule et ultime autorité de recours en l'espèce<sup>84</sup>.

### 3.4 Entraide spontanée et utilité potentielle

En matière *pénale*, la « transmission spontanée de moyens de preuve et d'informations » est expressément consacrée par la loi, qui permet à l'autorité de poursuite pénale suisse, moyennant le respect de certaines conditions<sup>85</sup>, de communiquer à une autorité étrangère « des moyens de preuve qu'elle a recueillis au cours de sa propre enquête, lorsqu'elle estime que cette transmission: (a) est de nature à permettre d'ouvrir une poursuite pénale, ou (b) peut faciliter le déroulement d'une enquête en cours »<sup>86</sup>. On retrouve cette notion d'« échange spontané de renseignements » à l'art. 7 al. 1 de la Convention concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale<sup>87</sup> selon lequel: « Une Partie communique, sans demande préalable, à une autre Partie les informations dont elle a connaissance [notamment] dans les situations suivantes: (a) la première Partie a des raisons de présumer qu'il existe une réduction ou une exonération anormales d'impôt dans l'autre Partie [ou] (d) une Partie a des raisons de présumer qu'il existe une diminution d'impôt résultant de transferts fictifs de bénéficiaires à l'intérieur de groupes d'entreprises »<sup>88</sup>. La Suisse n'est pas partie à cette convention.

Dans un arrêt de 1999, le TF avait déjà mis en relation, dans les termes suivants, sous l'angle de l'entraide spontanée, l'art. 67a EIMP, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> février 1997, et l'art. 38 LBVM:

*«Die Änderung des Rechtshilfegesetzes vom 4. Oktober 1996 sieht nun allerdings, unter bestimmten Kautelen, auch die Möglichkeit spontaner Rechtshilfe vor (Art. 67a IRSG), so dass kein Anlass besteht, den erwähnten Grundsatz unbesehen auf die Amtshilfe zu übertragen. Die Amtshilfebestimmungen schliessen die Erteilung von spontaner Amtshilfe (ohne Ersuchen) nicht aus. Die Globalisierung der Märkte und die Internationalisierung der Finanzdienstleistungen machen eine umfassende Überwachung und damit eine enge Zusammenarbeit der Aufsichtsbehörden*

*unabdingbar [...] Rechtlich steht der Leistung von Amtshilfe, ob mit oder ohne Ersuchen, die Bindung an das Amtsgeheimnis entgegen; dieses tritt jedoch zurück, wenn die Voraussetzungen von Art. 38 BEHG erfüllt sind; danach ist die Erteilung der Amtshilfe aber gerade nicht von einem ausdrücklichen Gesuch abhängig. Die Bankenkommission ist daher befugt, Amtshilfe auch ohne ein solches, d.h. spontan zu leisten»<sup>89</sup>.*

Ces principes ont été confirmés et précisés par la jurisprudence du TF<sup>90</sup>, telle que reprise par le TAF. Cette dernière juridiction a ainsi pu distinguer entre l'entraide spontanée indépendante ou anticipée («*selbständige oder antizipierte spontane Amtshilfe*») et l'entraide spontanée complémentaire («*ergänzende spontane Amtshilfe*»)<sup>91</sup> : la première intervient en l'absence de toute requête et ne peut porter que sur des informations publiques<sup>92</sup>. La seconde tend, quant à elle, à « compléter une requête d'entraide administrative étrangère avec des informations apparaissant judiciaires dans la mesure où elles semblent utiles à la procédure étrangère et qu'elles demeurent dans un rapport de connexité avec celle-ci »<sup>93</sup>.

Ce concept est intimement lié au principe d'utilité potentielle («*potentielle Erheblichkeit*») et parfois se combine, voire se confond avec ce dernier, dont l'origine se trouve, elle aussi, dans la jurisprudence sur l'entraide judiciaire internationale en matière pénale<sup>94</sup> :

*«Massgeblich ist die potentielle Erheblichkeit der beschlagnahmten Aktenstücke: Den ausländischen Strafverfolgungsbehörden sind diejenigen Aktenstücke zu übermitteln, die sich möglicherweise auf den im Rechtshilfeersuchen dargestellten Sachverhalt beziehen können; nicht zu übermitteln sind nur diejenigen Akten, die für das ausländische Strafverfahren mit Sicherheit nicht erheblich sind».*

Le principe de proportionnalité n'est ainsi pas violé lorsque la FINMA transmet spontanément à sa contrepartie étrangère, en complément de sa requête, des renseignements remplissant les deux conditions cumulatives précitées (utilité et connexité), y compris lorsque ceux-ci ont « seulement » une utilité potentielle pour l'enquête conduite à titre principal par l'autorité requérante.

un fonctionnaire des impôts de l'Etat qui transmet les renseignements au cours d'une vérification ou d'un contrôle fiscal.»

<sup>89</sup> ATF 125 II 65, c. 7.

<sup>90</sup> P.ex. arrêt TF 2A.170/2006,

du 8 mai 2006, c. 2.3.1 :

«Danach konnte die Bankenkommission bereits bisher ein Ersuchen spontan mit ihr aufsichtsrechtlich sinnvoll erscheinenden Auskünften ergänzen, soweit diese für das ausländische Verfahren dienlich erschienen und damit in einem sachlichen Zusammenhang standen.»

<sup>91</sup> Arrêt TAF B-7107/2009

(note 75), c. 5.6.

<sup>92</sup> Ibidem.

<sup>93</sup> Arrêt TAF B-997/2009,

du 5 mai 2009, c. 5.1.

<sup>94</sup> ATF 122 II 367, c. 2.c.

### 3.5 Extension à la lutte contre la corruption ?

Le moins que l'on puisse dire est que la lutte contre la corruption n'est pas le cas d'assistance administrative le plus habituel au regard de l'art. 38 LBVM. Pourtant, aucune objection ne semble avoir été soulevée à ce propos, que ce soit du côté des parties et, en particulier, de la recourante, ou des autorités de première instance, au moment de la réception de la requête et de son examen, ou du recours, vraisemblablement faute de griefs à ce sujet.

L'arrêt du TAF du 5 octobre 2011<sup>95</sup> est donc intéressant à plus d'un titre.

Les faits sont relativement simples : une société cotée aux Etats-Unis a vraisemblablement obtenu, à la faveur d'actes de corruption d'agents publics, en violation des dispositions légales applicables, des contrats avec des entreprises d'Etat dans un autre pays. La société cotée a ainsi transféré de 2006 à 2010 près de deux millions de dollars US sur le compte bancaire suisse d'une autre société, se présentant depuis 2005 comme un agent local de la première. La SEC a présenté une requête à la FINMA tendant à obtenir diverses informations et documents relatifs à ce compte. L'autorité de surveillance suisse a répondu positivement à cette demande<sup>96</sup>. Le titulaire du compte a recouru au TAF, qui a confirmé la décision de la FINMA.

La réserve que l'on pourrait formuler en rapport avec l'intégration de la lutte contre la corruption dans l'assistance administrative peut être levée déjà au niveau de l'admission de la SEC en tant qu'« autorité étrangère de surveillance des marchés financiers » selon l'art. 38 LBVM<sup>97</sup>. S'il est vrai que la jurisprudence constante du TF et du TAF insiste à juste titre sur le fait que les autorités étrangères ne doivent pas correspondre trait pour trait à l'autorité de surveillance suisse<sup>98</sup>, on doit tout de même sérieusement se demander si la lutte contre la corruption d'agents publics d'un Etat tiers entre véritablement dans le cadre de cette surveillance<sup>99</sup>.

En l'espèce, on pouvait l'accepter dans une perspective à la fois formelle et matérielle. Sur le premier plan, le TAF relève en effet que le *Foreign Corrupt Practices Act* constitue un amendement au *Securities Exchange Act*<sup>100</sup>. Matériellement, la SEC a fondé sa requête majoritairement sur une série de règles comptables du *Securities Exchange Act*<sup>101</sup> et ses normes d'application<sup>102</sup> ; la section 30A du *Securities Exchange Act* («*Prohibited foreign trade practices by issuers*») n'apparaît qu'à la fin de cette liste de dispositions. L'infraction de la société émettrice revêt donc une double dimension qui

<sup>95</sup> Arrêt TAF B-3894/2011, du 5 octobre 2011.

<sup>96</sup> Voir en particulier, idem, c. 6, sur l'ampleur de la documentation et des informations transmises.

<sup>97</sup> Idem, c. 4 et 6.2.

<sup>98</sup> A titre d'illustration, arrêt TF 2A.276/2002 *Euronext Brussels*, c. 1.1.

<sup>99</sup> Il est vrai que la formulation de l'art. 38 al. 2 lit. a LBVM est relativement large, puisque cette disposition se réfère à « la mise en œuvre de la réglementation sur les bourses, le commerce des valeurs mobilières et les négociants en valeurs mobilières ».

<sup>100</sup> Arrêt TAF B-3894/2011 (note 95), c. 6.2. Voir ég. c. 6 au début.

<sup>101</sup> Ce texte de loi est disponible sur le site internet de la SEC à l'adresse : <http://www.sec.gov/about/laws/sea34.pdf>.

<sup>102</sup> Arrêt TAF B-3894/2011 (note 95), c. 6.2.

légitime ici l'octroi de l'entraide : (i) ces pratiques illicites en matière de commerce extérieur ont (ii) de fortes implications sur le plan des rapports boursiers et, plus largement, de la documentation et des contrôles comptables de la société soumise à la surveillance de la SEC. On doit cependant faire preuve d'une certaine prudence lorsque, comme dans le cas présent, d'une part, la démarche entreprise par l'autorité étrangère vise une société tierce<sup>103</sup> et, d'autre part, la voie de l'entraide judiciaire en matière pénale est ouverte pour les faits liés aux pratiques de corruption<sup>104</sup>.

## 4 Conclusion

Seule autorité de recours en matière d'assistance administrative internationale, le TAF joue pleinement son rôle de « gardien du temple ». Dans ce domaine, sa jurisprudence souligne une volonté de faire respecter les principes de la procédure administrative, tout en respectant la qualité d'autorité spécialisée de la FINMA en insistant, en particulier, sur la retenue que cette juridiction entend observer. Si les affaires relatives à l'accès au dossier peuvent laisser un goût amer à l'autorité de surveillance confrontée à certains impératifs internationaux, la plupart des autres arrêts montrent une bonne compréhension du tribunal à l'égard des défis de la FINMA. On en veut notamment pour preuves l'interprétation souple de la notion de droit boursier dans le cadre de l'affaire relative aux soupçons de corruption et le refus justifié d'étendre la qualité pour recourir aux employés d'un gérant de fortune indépendant.

Fondés d'abord sur une reprise de la jurisprudence du TF, les arrêts du TAF ont rapidement construit leur propre système à la faveur de nouvelles problématiques. Cette jurisprudence a donc acquis une existence spécifique et une véritable maturité. Ces qualités justifieraient que, pour les questions ayant trouvé des réponses bien établies, le TAF rende des arrêts plus brefs, sur le modèle de la jurisprudence du TF dans les domaines où il n'y a guère de place pour de longues analyses et argumentations de fond. Le justiciable devrait comprendre que cette manière de procéder lui garantit un traitement rapide et efficace de son cas, même si ce n'est pas toujours l'objectif visé par les recourants en matière d'entraide.

<sup>103</sup> On ignore toutefois les liens structurels exacts de celle-ci avec la société émettrice. S'agissait-il d'une filiale ou d'une société sœur par exemple ?

<sup>104</sup> Notons dans ce contexte qu'alors que la procédure d'assistance administrative internationale était en cours, l'affaire a pris une tournure pénale aux Etats-Unis puisque, comme le souligne le TAF dans son arrêt (« Faits », B) : « A la suite d'un échange de correspondance portant sur la consultation du dossier, la FINMA a, en date du 14 janvier 2011, remis à [la société recourante] la requête de la SEC qui, ayant été portée à la connaissance des autorités pénales avec l'accord de cette dernière, avait perdu son caractère confidentiel ».

