

# Verfassungsrechtliche Erwägungen zu Informationsverboten der Finanzmarktaufsicht

Bundesgerichtsurteil 2C\_1058/2014 vom 28. August 2015, zur Publikation vorgesehen

Mit Bemerkungen von MLaw Martin Monsch und Prof. Dr. Hans Caspar von der Crone, beide Universität Zürich\*

## Inhaltsübersicht

- I. Sachverhalt und Prozessgeschichte
- II. Erwägungen der Gerichte
  - 1. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts
  - 2. Urteil des Bundesgerichts
- III. Bemerkungen
  - 1. Auswirkungen auf die Gesetzgebung
  - 2. Allgemeine rechtsstaatliche Prinzipien
  - 3. Verfahrensgarantien
  - 4. Grundrechte
  - 5. Schlussbetrachtung

## I. Sachverhalt und Prozessgeschichte

Im Zusammenhang mit dem grenzüberschreitenden US-Kundengeschäft der *Bank Frey & Co. AG (Bank Frey)*<sup>1</sup> erliess die FINMA am 30. August 2013 eine Verfügung, die unter anderem die folgenden Ziffern enthielt:

4. Die Bank A\_\_\_AG wird angewiesen,
  - a. sämtliche Geschäftsbeziehungen mit US-Kunden gemäss Ziffer 23 hiervor so rasch wie möglich zu beenden;
  - b. in diesem Rahmen den Rechts- und Reputationsrisiken im grenzüberschreitenden Finanzdienstleistungsgeschäft angemessen Rechnung zu tragen;
  - c. der FINMA jeweils per Ende des Monats, erstmals per 30. September 2013, eine Liste mit Angaben darüber zu liefern, an welche Institute die Vermögenswerte der US-Kunden, deren Geschäftsbeziehungen gemäss Ziffer 4 Bst. a hier vor beendet wurden, überwiesen wurden.

Dieser Ausstieg aus dem US-Kundengeschäft hat bis spätestens 31. Dezember 2013 zu erfolgen. Ab diesem Datum darf die Bank über keine US-Kundenbeziehungen gemäss Ziffer 3 hiervor mehr verfügen.
21. Diese Verfügung darf nur mit Zustimmung der FINMA Dritten herausgegeben oder zugänglich gemacht werden.<sup>2</sup>

Dagegen erhob die *Bank Frey* am 3. Oktober 2013 Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht und beantragte die Aufhebung der aufgeführten Ziffern, *eventualiter* deren Abänderung. Nachdem die Bank am 17. Oktober 2013 über die Aufgabe des Bankgeschäfts via Medienmitteilung informiert hatte, stellte die FINMA am 23. Oktober 2013 das Begehren, das Beschwerdeverfahren sei als gegenstandslos abzuschreiben. Daraufhin beschränkte die mittlerweile umfirmierte Beschwerdeführerin in ihrer Stellungnahme ihre Beschwerde auf die Ziff. 21 der Verfügung. Entsprechend mussten die Gerichte lediglich noch die Frage beurteilen, ob ein solches Zustimmungserfordernis der FINMA zur Herausgabe der Verfügung zulässig ist.<sup>3</sup>

Mit Urteil vom 14. Oktober 2014 hiess das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde gut und hob die Dispositiv-Ziffer 21 der Verfügung auf. Dagegen erhob die FINMA Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten, die das Bundesgericht mit dem vorliegenden Entscheid vom 28. August 2015 abwies.<sup>4</sup>

## II. Erwägungen der Gerichte

### 1. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts

Das Bundesverwaltungsgericht kam zum Schluss, dass das Zustimmungserfordernis der FINMA gegen das Legalitäts- sowie das Verhältnismässigkeitsprinzip versties.<sup>5</sup> Weiter stellte es eine Verletzung des rechtlichen Gehörs fest, da die FINMA ihrer Begründungspflicht mit Bezug auf das Zustimmungserfordernis in der angefochtenen Verfügung nicht genügend nachkam. Dieser Mangel sei jedoch im Rechtsmittelverfahren geheilt worden.<sup>6</sup> Die Frage, ob öffentliche Interessen unter Umständen ein Zustimmungserfordernis rechtfertigen könnten, liess das Gericht offen.<sup>7</sup>

\* Der vorliegende Beitrag ist im Internet verfügbar unter <http://www.rwi.uzh.ch/vdc>.

<sup>1</sup> Der Name der betroffenen Bank ist allgemein bekannt, siehe US-Steuerstreit, Schlappe der FINMA vor Bundesgericht, NZZ-Online vom 21.9.2015.

<sup>2</sup> BGer 2C\_1058/2014 vom 28.8.2015 S. A.

<sup>3</sup> BGer 2C\_1058/2014 vom 28.8.2015 S. B.

<sup>4</sup> BGer 2C\_1058/2014 vom 28.8.2015 E. 5.

<sup>5</sup> BVGer B-5579/2013 vom 14.10.2014 E. 3.4, 3.5, 4.

<sup>6</sup> BVGer B-5579/2013 vom 14.10.2014 E. 2.3.

<sup>7</sup> BVGer B-5579/2013 vom 14.10.2014 E. 3.4.6.

## 2. Urteil des Bundesgerichts

### 2.1 Schutzwürdiges Interesse

Nachdem die *Bank Frey* ihr Bankgeschäft aufgegeben hatte, war in formeller Hinsicht ein schutzwürdiges Interesse der FINMA an der Beschwerde fraglich. Das Bundesgericht liess die Frage jedoch offen und trat stattdessen mit Hinweis auf das allgemeine Interesse an der Beurteilung der streitigen Frage auf die Beschwerde ein.<sup>8</sup>

### 2.2 Tangierte Grundrechte

In materieller Hinsicht hielt das Bundesgericht zunächst fest, dass ein Zustimmungserfordernis die Grundrechte der informationellen Selbstbestimmung (Art. 13 BV), der Meinungsäusserungsfreiheit (Art. 16 BV) sowie der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) tangiere.<sup>9</sup> Jeder Person würde es grundsätzlich freistehen, eine gegen sie gerichtete Verfügung herauszugeben oder zugänglich zu machen, nachdem diese in ihren Herrschaftsbereich gelangt sei.<sup>10</sup>

### 2.3 Legalitätsprinzip

In der Folge prüfte das Bundesgericht, ob für das Zustimmungserfordernis eine ausreichende gesetzliche Grundlage bestand. Diesbezüglich stellte es zunächst klar, dass eine unbefristete Informationssperre einen schweren Eingriff in die Grundrechte darstellt, der einer ausdrücklichen formell-gesetzlichen Grundlage bedarf. Der Grad der erforderlichen Bestimmtheit lasse sich jedoch nicht abstrakt festlegen, sondern hänge von der Vielzahl der zu ordnenden Sachverhalte, der Komplexität und Vorhersehbarkeit der im Einzelfall erforderlichen Entscheidungen, den Normadressaten, der Schwere des Eingriffs in Verfassungsrechte und der erst bei der Konkretisierung im Einzelfall möglichen und sachgerechten Entscheidung ab.<sup>11</sup>

Die FINMA stützte das Zustimmungserfordernis im Wesentlichen auf die Bestimmungen zur fehlen-

den Öffentlichkeit des Aufsichtsverfahrens.<sup>12</sup> Das Bundesgericht hielt zustimmend fest, dass Verfügungsverfügungen im Unterschied zu gerichtlichen Urteilen (Art. 30 Abs. 3 BV; Art. 6 Abs. 1 EMRK) nicht aufgrund der Verfassung öffentlich zu verkünden seien und das Öffentlichkeitsgesetz für die FINMA nicht gelte, da diese in einem wirtschaftlich und politisch sensiblen Bereich tätig sei (Art. 2 Abs. 2 BGÖ).<sup>13</sup> Sämtliche von der FINMA angeführten Bestimmungen (Art. 14, 22, 40 und 42 FINMAG) seien jedoch an die FINMA bzw. ihr Personal und ihre Organe gerichtet. Ebenso stelle die Verletzung des Amtsgeheimnisses (Art. 320 i.V.m. Art. 110 Abs. 3 StGB) ein Sonderdelikt dar, das nur von Behördenmitgliedern und Beamten begangen werden könne. Die Bestimmungen gewährten daher keine ausreichende gesetzliche Grundlage für ein Zustimmungserfordernis. Im Übrigen könne das Zustimmungserfordernis auch nicht aus den Verweigerungsgründen zur Akteneinsicht (Art. 27 VwVG) abgeleitet werden, denn die Einsicht in die den Parteien eröffneten Verfügungen dürfe nicht verweigert werden (Art. 27 Abs. 3 VwVG).<sup>14</sup> Eine Begründung analog zur Rechtsprechung zu zeitlich limitierten Informationssperren durch Strafverfolgungsbehörden gestützt auf das Ermittlungsgeheimnis lehnte das Bundesgericht mit Hinweis auf die mittlerweile positivierte Regelung (Art. 73 Abs. 2 und Art. 165 StPO) ab.<sup>15</sup>

In einem weiteren Schritt stellte das Bundesgericht klar, dass das Amtsgeheimnis nicht nur öffentliche Geheimhaltungsinteressen, sondern auch Interessen Privater schütze, weshalb die Behörden die Verantwortung für die vertrauliche Behandlung dieser Informationen hätten.<sup>16</sup> Dasselbe ergebe sich auch aus dem Datenschutzrecht, das gemäss Art. 2 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 lit. c [*e contrario*] DSG auch für das Verfahren vor der FINMA gelte. Die FINMA trage entsprechend die Verantwortung, dass sie im Rahmen der Auskunftspflicht (Art. 29 Abs. 1 FINMAG) erhaltene Daten nicht ohne gesetzliche Grundlage oder schriftliche Einwilligung der betroffenen Person

<sup>8</sup> BGer 2C\_1058/2014 vom 28.8.2015 E. 1.2; dabei stellte es weniger strenge Anforderungen als üblich, vgl. BGE 139 I 206 E. 1.1; 136 II E. 1.1; 135 I 79 E. 1.1.

<sup>9</sup> BGer 2C\_1058/2014 vom 28.8.2015 E. 4.1.

<sup>10</sup> BGer 2C\_1058/2014 vom 28.8.2015 E. 4.1–4.2.

<sup>11</sup> BGer 2C\_1058/2014 vom 28.8.2015 E. 4.1 mit Verweis auf BGE 139 II 243 E. 10; 136 I 87 E. 3.1; 131 I 425 E. 6.4; vgl. Art. 36 Abs. 1 BV.

<sup>12</sup> BGer 2C\_1058/2014 vom 28.8.2015 E. 3.2.

<sup>13</sup> BGer 2C\_1058/2014 vom 28.8.2015 E. 4.2.

<sup>14</sup> BGer 2C\_1058/2014 vom 28.8.2015 E. 4.3.

<sup>15</sup> BGer 2C\_1058/2014 vom 28.8.2015 E. 4.4.

<sup>16</sup> BGer 2C\_1058/2014 vom 28.8.2015 E. 4.5 mit Verweis auf BGE 137 II 431 E. 2.2.1.

Dritten bekannt gibt.<sup>17</sup> Als materiell-gesetzliche Grundlage für die Bekanntgabe der Daten betrachtet das Bundesgericht sodann die sich aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) ergebende Begründungspflicht (Art. 35 VwVG), die in einem Spannungsverhältnis zu den Geheimhalteinteressen stehen könne. Geheim zu haltende Informationen sollten lediglich in die Verfügung aufgenommen werden, wenn dies aufgrund der Begründungspflicht erforderlich sei. Die Verfügung müsse aber zumindest die wesentlichen Fakten nennen, auf die sie sich stützt, damit sie für den Adressaten verständlich sei. Auch das Datenschutzrecht bilde jedenfalls keine ausreichende gesetzliche Grundlage, um dem Verfügungsadressaten die Weiterverbreitung des Entscheides zu untersagen oder nur mit Auflagen zu erlauben.<sup>18</sup>

Ferner verneinte das Bundesgericht auch die Möglichkeit, in der Gesamtheit der finanzmarktrechtlichen Regeln eine ausreichende gesetzliche Grundlage für ein Zustimmungserfordernis anzunehmen, ebenso wie die Anwendung der polizeilichen Generalklausel.<sup>19</sup>

#### 2.4 Verhältnismässigkeit

Nachdem das Bundesgericht eine Verletzung des Legalitätsprinzips, der Grundrechte der informationellen Selbstbestimmung sowie der Meinungsäusserungsfreiheit festgestellt hatte, sah es ausdrücklich davon ab, die angeordnete Massnahme auf ihre Verhältnismässigkeit hin zu überprüfen.<sup>20</sup> Implizit äusserte sich das Bundesgericht indes zur Erforderlichkeit der Massnahme, indem es ausführte, dass auch für die Beschwerdeführerin mit dem Datenschutzrecht, Art. 47 BankG und Art. 271 StGB, gesetzliche Bestimmungen gelten, die ihr die Weitergabe von Daten verbieten.<sup>21</sup>

### III. Bemerkungen

#### 1. Auswirkungen auf die Gesetzgebung

Die Gutheissung der Beschwerde der *Bank Frey* durch das Bundesverwaltungsgericht wirkte sich direkt auf die bereits laufende Revision der allgemeinen Amtshilfeb Bestimmungen aus.<sup>22</sup> Mit Art. 42c Abs. 5 FINMAG wurde eine Bestimmung geschaffen mit dem folgenden Wortlaut: «Die FINMA kann die Übermittlung, die Veröffentlichung oder die Weitergabe von Akten aus dem Aufsichtsverhältnis von ihrer Zustimmung abhängig machen, wenn dies im Interesse der Erfüllung ihrer Aufgaben liegt und keine überwiegenden privaten oder öffentlichen Interessen entgegenstehen.» Durch die Aufnahme der im Nationalrat noch nicht vorgesehenen Interessenabwägung im Ständerat sollte die Bestimmung eine «Balance» finden «zwischen einem möglichst einfachen Verfahren und der Garantie gewisser Schutzbestimmungen für Kunden und Dritte».<sup>23</sup>

Seit Erlass der Verfügung der FINMA wurden ausserdem auf den 1. August 2014 das Steueramtshilfegesetz (StAhiG) und auf den 1. Januar 2016 das FINMAG um Verfahren mit einer nachträglichen Information der Kunden von Informationsinhabern (bspw. Banken) ergänzt (Art. 21a StAhiG; Art. 42a Abs. 4–5 FINMAG).<sup>24</sup> Die Bestimmungen sehen vor, dass die FINMA die Information der Betroffenen ausnahmsweise aufschieben kann, wenn der Zweck der Amtshilfe und die wirksame Erfüllung der Aufgaben der ersuchenden Behörde durch die vorgängige Information vereitelt würden. In diesen Fällen informiert sie aber die Informationsinhaber über den Informationsaufschub sowie die Behörden, denen das Ersuchen zur Kenntnis gebracht wurde (Art. 42a Abs. 5 FINMAG; Art. 21a Abs. 3 StAhiG). Den Informationsinhabern ist es sodann untersagt, die betroffenen Kunden bis zur nachträglichen Information zu unterrichten (Art. 42a Abs. 5 Satz 2 FINMAG; Art. 21a Abs. 3 Satz 2 StAhiG). Am Ursprung dieser Bestimmungen standen Empfehlungen der OECD

<sup>17</sup> BGer 2C\_1058/2014 vom 28.8.2015 E. 4.5.1 m.w.H. und Verweis auf BGE 126 II 126 E. 5a/aa.

<sup>18</sup> BGer 2C\_1058/2014 vom 28.8.2015 E. 4.5.2.

<sup>19</sup> BGer 2C\_1058/2014 vom 28.8.2015 E. 4.6.

<sup>20</sup> BGer 2C\_1058/2014 vom 28.8.2015 E. 4.8.

<sup>21</sup> BGer 2C\_1058/2014 vom 28.8.2015 E. 4.6.

<sup>22</sup> Urs Zulauf, Kooperation oder Obstruktion? – 20 Jahre Amtshilfe im Finanzmarktrecht vom Börsengesetz zum FINFRAG, GesKR 3/2015, 336–355, 351.

<sup>23</sup> Votum von Roberto Zanetti im Ständerat, AB 2015 S 350.

<sup>24</sup> Siehe die Änderung anderer Erlasse zusammen mit dem FinfraG, BBl 2015 4982, 4997; zum Inkrafttreten AS 2014 2309, 2312.

und des IWF zur Einschränkung der vorgängigen Information von Bankkunden über Amtshilfeersuchen.<sup>25</sup>

Die erwähnten Bestimmungen im FINMAG sind Teil der Revision der allgemeinen Amtshilfebestimmungen. Abgesehen von den bereits erwähnten Bestimmungen ist im Zusammenhang mit Informationsverboten insbesondere Art. 42c FINMAG von Bedeutung. Demnach dürfen Beauftragte den zuständigen ausländischen Finanzaufsichtsbehörden und weiteren mit der Aufsicht betrauten ausländischen Stellen nicht öffentlich zugängliche Informationen neu grundsätzlich ohne vorgängige Meldung an die FINMA übermitteln, sofern die Voraussetzungen nach Art. 42 Abs. 2 FINMAG erfüllt sind und die Rechte von Kunden und Dritten gewahrt bleiben.<sup>26</sup> Die Bestimmung ist vor allem deshalb von Bedeutung, weil sich Informationsinhaber bisher bei einer direkten Übermittlung stets dem Risiko straf- und aufsichtsrechtlicher Sanktionen in der Schweiz ausgesetzt sahen.<sup>27</sup>

## 2. Allgemeine rechtsstaatliche Prinzipien

### 2.1 Legalitätsprinzip

Das Legalitätsprinzip wurde in den letzten Jahren im Finanzmarktrecht verschiedentlich strapaziert. So musste sowohl bei der Rekapitalisierung der UBS im Jahr 2008<sup>28</sup> als auch bei der Herausgabe von Steuerdaten an die USA<sup>29</sup> Notrecht herangezogen werden.

Kaum noch mit dem Legalitätsprinzip zu vereinbaren waren ferner die Verpflichtung zur Einhaltung ausländischen Rechts via *Positionspapier* und *Mitteilung*, die Verpflichtung von Banken zur Einführung eines Risikoausschusses via *FAQs* sowie die Verpflichtung von Finanzinstituten via *Mitteilung*, ihre Kunden über Ansprüche aus Retrozessionen zu informieren.<sup>30</sup> Die FINMA hat dabei den Gewährsartikel verbunden mit den Organisationsvorschriften zunehmend als «*Wildcard*» interpretiert.<sup>31</sup> So stützte sie auch die vorliegende Verfügung mit der «*Abschleicherliste*» primär auf das Organisations- und Gewährserfordernis.<sup>32</sup> Das Zustimmungserfordernis leitete die FINMA wie gesehen aus anderen, sehr allgemeinen und primär an sie gerichteten Bestimmungen ab.

Der Finanzmarkt wird in der Schweiz typischerweise mit Rahmengesetzen geregelt, die sich lediglich auf die Regulierung der Grundzüge beschränken und die Konkretisierung der Bestimmungen der Exekutive, der Finanzaufsicht oder den einzelnen Branchen überlassen.<sup>33</sup> Die Vorteile dieses Vorgehens liegen in der Flexibilität, Reaktionsfähigkeit und Sachgerechtigkeit, wie sie gerade die gegenwärtige hektische Entwicklungsphase der Finanzmarktregulierung sowie die zunehmende Bedeutung internationaler Standards verlangen.<sup>34</sup> Rahmengesetze stehen jedoch in einem Spannungsverhältnis zu Rechts-

<sup>25</sup> Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes, Peer Review Report Phase 1: Legal and Regulatory Framework, Paris 2011, 68, Rz. 221 gestützt auf das Prinzip B.2.1 der *Terms of Reference to monitor and review progress towards Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes* der OECD von 2010; International Monetary Fund, Switzerland – Report on Observance of Standards and Codes, IMF Country Report No. 14/144, Washington D.C. 2014, 63 gestützt auf die Princ. 13 und 15 der *Objectives and Principles of Securities Regulation* der IOSCO vom Juni 2010.

<sup>26</sup> Hierzu Zulauf (Fn. 22), 349 f.

<sup>27</sup> Hierzu hinten III.4.2.3(5).

<sup>28</sup> Siehe Verordnung vom 15.10.2008 über die Rekapitalisierung der UBS AG; *Andreas Kley*, Die UBS-Rettung im historischen Kontext des Notrechts, ZSR 2/2011, 123–138, 133 ff.; *Markus Schott/Daniela Kühne*, An den Grenzen des Rechtsstaats: exekutive Notverordnungs- und Notverfügungsrechte in der Kritik, ZBl 8/2010, 409–450, 432 ff.; siehe auch Art. 7c RVOG.

<sup>29</sup> BGE 137 II 431 E. 3.2.3; das BVGer verneinte die Zulässigkeit (BVGer B-1092/2009 vom 5.1.2010 E. 6); siehe auch *Kley* (Fn. 28), 137.

<sup>30</sup> Hierzu im Detail *Christoph B. Bühler*, Gewährsartikel: Regulierung der FINMA an der Grenze von Rechtsetzung und Rechtsanwendung, SJZ 2/2014, 25–34, 30 ff.; Positionspapier der FINMA zu den Rechts- und Reputationsrisiken im grenzüberschreitenden Finanzdienstleistungsgeschäft («Positionspapier Rechtsrisiken») vom 22.10.2010; Grenzüberschreitendes Finanzdienstleistungsgeschäft – FAQs zum Positionspapier Rechtsrisiken, FINMA-Mitteilung 37/2012; Oberleitung von Banken und Effektenhändlern, FINMA-FAQ vom 28.8.2012; Aufsichtsrechtliche Massnahmen – Retrozessionen, FINMA-Mitteilung 41/2012.

<sup>31</sup> *Bühler* (Fn. 30), 31; ähnlich *Andreas Bohrer*, Finanzmarkt-Enforcement 3.0, Ansätze für ein gesamtheitliches System der Normdurchsetzung, GesKR 3/2014, 318–333, 324 f.; siehe auch *Peter Hettich*, Kapitel 20 Handlungsformen, in: Giovanni Biaggini et al. (Hrsg.), FHB Verwaltungsrecht, Zürich 2015, 823–857, Rz. 20.32.

<sup>32</sup> BGE 2C\_1058/2014 vom 28.8.2015 S. A.

<sup>33</sup> *Bühler* (Fn. 30), 26; *Peter Nobel*, Entwicklungen im Bank- und Kapitalmarktrecht, SJZ 1/2015, 11–17, 12 f.; *Susan Emmenegger*, Bankorganisationsrecht als Koordinationsaufgabe, Habil. Freiburg, Bern 2004 (=ASR 691), 67 ff.

<sup>34</sup> Vgl. *Bühler* (Fn. 30), 25 f.; zur Selbstregulierung *Bohrer* (Fn. 31), 330.

sicherheit, Demokratie und Gewaltenteilung. Ferner ist nicht immer eindeutig, ob die Freiräume der Marktteilnehmer oder die Entscheidungsspielräume der Finanzmarktaufsicht erweitert werden sollen.<sup>35</sup>

In diesem Gefüge verfügt die FINMA systembedingt über einen grossen Ermessensspielraum. Zwar hat die FINMA keine selbständige Kompetenz zum Erlass von Ausführungsbestimmungen.<sup>36</sup> Die Rechtsmittelinstanzen schützen jedoch in der Regel die in Verwaltungsverordnungen niedergelegte Vollzugspraxis, soweit sie den Konkretisierungsspielraum nicht sprengt.<sup>37</sup> Entsprechend werden sich auch die Marktteilnehmer in aller Regel danach richten, sodass die Verwaltungsverordnungen der FINMA in Form von *Rundschreiben*, *Positionspapieren*, *Mitteilungen* und *FAQs* zwar nicht *de jure* bindend sind, ihnen der Verbindlichkeitscharakter jedoch *de facto* kaum abgesprochen werden kann.<sup>38</sup>

Das Bundesgericht zeigt der FINMA mit dem vorliegenden Entscheid wichtige Grenzen auf. Zwar untersuchte es zunächst lediglich unbefristete Zustimmungserfordernisse; den Erwägungen lässt sich allerdings entnehmen, dass für Zustimmungserfordernisse generell keine gesetzliche Grundlage bestand.<sup>39</sup> In sachlicher Hinsicht können befristete In-

formationsverbote im Einzelfall gerechtfertigt sein.<sup>40</sup> Aus rechtsstaatlichen und demokratischen Überlegungen war es allerdings richtig, dass die Gerichte hier den Ball an den Gesetzgeber zurückspielten, der ihn wie gezeigt sogleich aufnahm.

## 2.2 Kontinuierliches Spiel

Im Zusammenhang mit dem Legalitätsprinzip ist der Umstand von Bedeutung, dass sich die Beaufsichtigten spieltheoretisch in einem kontinuierlichen Spiel (*repeated game*) mit der FINMA befinden und deshalb an einem guten Verhältnis interessiert sind.<sup>41</sup> Die Anfechtung einer Verfügung ist nicht ein in sich abgeschlossener Prozess, sondern kann sich – wenngleich dies nicht geschehen dürfte – auf die weitere Aufsichtstätigkeit auswirken. Die Anfechtung erscheint daher nicht nur aus Kostengründen, sondern auch aufgrund des kontinuierlichen Spiels meist irrational. Es ist wohl bezeichnend, dass im vorliegenden Fall die *Bank Frey* als Beschwerdeführerin kurz nach der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht die Aufgabe des Bankgeschäfts bekannt gab. Für die Bank war das Spiel mit der FINMA aus, sodass sie kaum noch nachteilige Auswirkungen auf die Aufsichtstätigkeit zu befürchten hatte.

Die seltene Anfechtung von Verfügungen hat zur Folge, dass diese kaum auf das Legalitätsprinzip hin überprüft werden. Der bereits durch die Rahmengesetzgebung vorgegebene Spielraum der FINMA wird dadurch noch vergrössert. Gleichzeitig lässt der Ausnahmecharakter der Anfechtung das Interesse der Öffentlichkeit an der Einsichtnahme in die Verfügungen umso gewichtiger erscheinen.

## 2.3 Gewaltenteilung

Die FINMA ist wie angedeutet nicht nur als Aufsichtsbehörde, sondern *de facto* auch als Gesetzgeber tätig.<sup>42</sup> Einige ihrer Massnahmen sind zudem pönaler Natur, sodass ihr auch die Funktion einer Strafverfolgungsbehörde zukommt.<sup>43</sup> Führt sie Prüfungen bei Beaufsichtigten gemäss Art. 24 Abs. 1 FINMAG selbst

<sup>35</sup> Kritisch *Bühler* (Fn. 30), 26.

<sup>36</sup> Siehe Art. 182 Abs. 2 BV i.V.m. Art. 55 FINMAG; für Rundschreiben BGer 2C\_264/2014 vom 17.8.2015 E. 2.4.1; BGE 128 I 167 E. 4.3; 121 II 473 E. 2b; *Hettich* (Fn. 31), Rz. 20.32 f.; *Christoph Winzeler*, in: Rolf Watter/Nedim Peter Vogt (Hrsg.), *Basler Kommentar zum Börsengesetz und zum Finanzmarktaufsichtsgesetz*, Basel 2011 (zit. BSK FINMAG/BEHG-Bearbeiter), N 19 zu Art. 7 FINMAG; *Bühler* (Fn. 30), 27; Botschaft des Bundesrates zum Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (Finanzmarktaufsichtsgesetz; FINMAG) vom 1.2.2006, BBl 2006 2829 (zit. Botschaft FINMAG 2006), 2861; ähnlich *Urs Emch/Hugo Renz/Reto Arpagaus*, *Das Schweizerische Bankgeschäft*, 7. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2011, Rz. 259; zur Vereinheitlichung der Verwaltungspraxis *Felix Uhlmann/Iris Binder*, *Verwaltungsverordnungen in der Rechtsetzung: Gedanken über Pechmarie*, LeGes 2/2009, 151–174, 153.

<sup>37</sup> *Hettich* (Fn. 31), Rz. 20.33; *Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann*, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 6. Aufl., Zürich/St. Gallen 2010, Rz. 128; vgl. *Emch/Renz/Arpagaus* (Fn. 36), Rz. 259.

<sup>38</sup> BGE 128 I 167 E. 4.3; *Hettich* (Fn. 31), Rz. 20.33; *Mitteilungen* sind grundsätzlich keine (Allg.-)Verfügungen, siehe *Giovanni Biaggini*, Kapitel 19 Aufsichtsrecht, in: *Biaggini et al.* (Hrsg.) (Fn. 31), 781–822, Rz. 19.112.

<sup>39</sup> BGer 2C\_1058/2014 vom 28.8.2015 E. 4.1, 4.3.

<sup>40</sup> Hierzu hinten III.4.2.3.

<sup>41</sup> Zu wiederholten Spielen bspw. *Manfred J. Holler/Gerhard Illing*, *Einführung in die Spieltheorie*, 7. Aufl., Berlin/Heidelberg 2009, 19 ff., 129 ff.

<sup>42</sup> *Peter Hettich*, *Kooperative Risikovorsorge*, Habil. St. Gallen, Zürich/Basel/Genf 2014, Rz. 444, 750; vorne III.2.1.

<sup>43</sup> Hierzu hinten III.3.1.2.

durch, erfüllt sie ferner eine polizeiliche Funktion. Da Verfügungen der FINMA wie erwähnt kaum je angefochten werden, könnte ihr schliesslich ähnlich wie teilweise der Staatsanwaltschaft eine rechtsprechende Funktion zugeschrieben werden.<sup>44</sup> Zusammengefasst vereinigt damit die FINMA zumindest in rechtstatsächlicher Hinsicht bis zu einem gewissen Grad die Funktionen von Exekutive inklusive Strafverfolgung, Legislative und Judikative auf sich. Diese Konzentration von Macht lässt sich nicht mit dem Grundsatz der Gewaltenteilung sowie der Unabhängigkeit der Strafverfolgung vereinbaren. Diese Prinzipien dienen primär der Machtbegrenzung, der Sicherung der Grundfreiheiten der Bürger sowie der Unabhängigkeit der Funktionsträger.<sup>45</sup> Daher sollten die verschiedenen Funktionen klar getrennt werden. Dies gilt insbesondere für die legislative und die exekutive Seite der FINMA sowie für das Enforcement. Der abzuspaltende legislative Funktionsträger sollte über ein Führungsgremium verfügen, das aus demokratischen Gründen von der Vereinigten Bundesverwaltung zu wählen wäre. Allein die parlamentarische Oberaufsicht gemäss Art. 169 BV genügt diesen demokratischen Anforderungen an die Rechtsetzung nicht.<sup>46</sup> Demgegenüber wäre die Unabhängigkeit des Enforcements sicherzustellen.<sup>47</sup>

## 2.4 Strafrechtliche Zustimmungserfordernisse

Widersprüchlich erscheint der vorliegende Entscheid auf den ersten Blick bei Betrachtung der bundesgerichtlichen Praxis zu strafverfahrensrechtlichen Zustimmungserfordernissen. Vor der Einführung ent-

sprechender rechtlicher Grundlagen im Strafprozessrecht hielt das Bundesgericht im Jahr 2007 fest, dass Strafverfolgungsbehörden gestützt auf das strafprozessuale Ermittlungsgeheimnis auch ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage eine sachlich notwendige und zeitlich limitierte Informationssperre aussprechen dürfen.<sup>48</sup> Im vorliegenden Entscheid wies das Bundesgericht lediglich auf die mittlerweile für Strafverfolgungsbehörden geschaffenen Gesetzesbestimmungen hin, womit die Begründung etwas kurz ausfiel.<sup>49</sup> Die unterschiedlichen Zwecke der Bestimmungen sprechen jedoch dafür, dass nur das Ermittlungsgeheimnis, nicht aber das Amtsgeheimnis Informationssperren rechtfertigt. Denkbar wäre es, den Status der FINMA als Strafverfolgungsbehörde zukünftig anzuerkennen und ihr ein Ermittlungsgeheimnis einzuräumen. Damit wären allerdings diverse strafprozessuale Pflichten verbunden, von denen einige völkerrechtlicher Natur sind.<sup>50</sup>

## 3. Verfahrensgarantien

Informationsverbote der FINMA betreffen einige rechtsstaatliche Verfahrensgarantien. Von Bedeutung sind insbesondere die vom Bundesgericht zitierten Bestimmungen zur Öffentlichkeit von Verfahren und Urteilsverkündung (Art. 30 Abs. 3 BV; Art. 6 Abs. 1 EMRK).<sup>51</sup> Der Aufschub der Information der Kunden erscheint zudem problematisch mit Blick auf den verfassungsrechtlichen Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 BV) sowie die Rechtsweggarantie (Art. 29a BV). Schliesslich muss die FINMA möglicherweise in gewissen Fällen auch die strafrechtlichen Verfahrensgrundsätze berücksichtigen. Zunächst ist jedoch zu klären, wie weit die Verfahrensgarantien der EMRK auf die Verfahren der FINMA anwendbar sind.

### 3.1 Anwendbarkeit der EMRK

#### 3.1.1 Art. 6 Abs. 1 EMRK

Die diversen in Art. 6 Abs. 1 EMRK enthaltenen Verfahrensgarantien setzen eine strafrechtliche Anklage oder Streitigkeiten in Bezug auf zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen voraus. Der Ausdruck

<sup>44</sup> Vgl. *Nina Arquint/Silvia Kiss*, Die Unabhängigkeit der FINMA mit Blick auf die parlamentarische Oberaufsicht, *GesKR* 2/2015, 175–189, 177; für die Staatsanwaltschaft *Christophe Piguët/Alexandre Dyens*, Konnte mit der Einführung der Schweizerischen Strafprozessordnung tatsächlich eine Stärkung der Verteidigungsrechte bewirkt werden?, *Anwaltsrevue* 9/2015, 365–376, 366; ähnlich *Peter Albrecht*, Strafrecht ohne Recht?, *ZStrR* 4/2013, 385–407, 397 f.; siehe allerdings *BGE* 138 I 154 E. 2.7 und 129 I 103 E. 3, wonach FINMA und StA keine Gerichte im Sinne von Art. 6 EMRK sind; *Biaggini* (Fn. 38), Rz. 19.14.

<sup>45</sup> Bspw. *Giovanni Biaggini*, § 17 Grundfragen und Herausforderungen, in: *Giovanni Biaggini/Thomas Gächter/Regina Kiener* (Hrsg.), *Staatsrecht*, Zürich/St.Gallen 2011, 177–188, N 1 ff., 7 f.

<sup>46</sup> *A.M. Arquint/Kiss* (Fn. 44), 189.

<sup>47</sup> Insofern gl.M. *Arquint/Kiss* (Fn. 44), 177; *Botschaft FINMAG* 2006 (Fn. 36), 2836.

<sup>48</sup> *BGE* 131 I 425 E. 6.2 f.; vgl. *BGer* 2C\_1058/2014 vom 28.8.2015 E. 4.4.

<sup>49</sup> *BGer* 2C\_1058/2014 vom 28.8.2015 E. 4.4.

<sup>50</sup> Hierzu hinten III.3.1.2 und III.3.5.

<sup>51</sup> *BGer* 2C\_1058/2014 vom 28.8.2015 E. 4.2.

«*zivilrechtliche Ansprüche*» in der deutschen Fassung der EMRK ist jedoch potentiell irreführend, denn die englische Fassung spricht von «*civil rights*». <sup>52</sup> Als *civil rights* werden materielle Rechte des Individuums gegenüber dem Staat bezeichnet (also im Wesentlichen Grundrechte) im Gegensatz zu den *political rights*. <sup>53</sup> Ob ein *civil right* oder eine *civil obligation* tangiert ist, beurteilt sich vertragsautonom, allerdings unter Berücksichtigung des nationalen Rechts; die *civil rights* müssen also nicht zwingend durch die EMRK selbst gewährt werden. <sup>54</sup>

Diese reine Grundrechtsansicht konnte sich jedoch nicht durchsetzen, sodass nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) namentlich sämtliche Streitigkeiten zwischen privaten Personen erfasst sind, die unter nationalem Recht als zivilrechtlich qualifiziert werden. <sup>55</sup> Sodann stellt der EGMR primär darauf ab, ob sich Verwaltungsrecht auf die privaten Rechte und Pflichten auswirkt. <sup>56</sup> Auch Streitigkeiten aus dem Sozial- und Umweltbereich sowie teilweise aus dem Beamtenverhältnis fallen gemäss Gerichtshof in den Anwendungsbereich von Art. 6 Abs. 1 EMRK. <sup>57</sup> Nicht erfasst sind demgegenüber in der Regel Rechts- und Amtshilfverfahren ebenso wie Steuersachen. <sup>58</sup>

Die FINMA greift durch ihre Massnahmen grundsätzlich in *civil rights* ein oder schafft *civil obligations*, sodass in der Regel von der Anwendbarkeit von Art. 6 Abs. 1 EMRK auszugehen ist. <sup>59</sup> Im vorliegenden Fall waren als *civil rights* wie erwähnt die informationelle Selbstbestimmung (Art. 13 BV; Art. 8 EMRK), die Meinungsäusserungsfreiheit (Art. 16 BV; Art. 10 EMRK) sowie die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) tangiert. <sup>60</sup> Letztere ist zwar nicht durch die EMRK geschützt, aber für die Anwendbarkeit von Art. 6 Abs. 1 EMRK ebenso massgebend, da sich die Frage, ob ein *civil right* vorliegt, wie erwähnt unter Berücksichtigung des nationalen Rechts beurteilt.

### 3.1.2 Strafrechtlicher Charakter

Im Gegensatz zu Art. 6 Abs. 1 EMRK setzen einige Verfahrensgarantien der EMRK zwingend den strafrechtlichen Charakter einer Massnahme voraus (insb. Art. 6 Abs. 2–3 und Art. 7 EMRK). Nach der Rechtsprechung des EGMR sowie des Bundesgerichts sind drei alternative Kriterien zur Beurteilung des strafrechtlichen Charakters anzuwenden: die Zuordnung nach dem innerstaatlichen Recht, die wahre Natur

<sup>52</sup> Andreas Kley, Die aktuelle Praxis der Konventionsorgane zur Anwendung des Art. 6 EMRK in der Verwaltungspflege, Zürich 1993 (=SSIR 85), Rz. 21; vgl. BGer 2C\_765/2014 vom 31.3.2015 E. 3.1.2; *Rok Bezgovsek*, Art. 6 Ziff. 1 EMRK und das steuerrechtliche Verfahren, Diss. Zürich 2002 (=SStR 12), 124 f.; *Christoph Grabenwarter*, European Convention on Human Rights, Commentary, München/Oxford/Baden-Baden/Basel 2014, N 6 zu Art. 6 EMRK; *Wolfgang Peukert*, in: Jochen Abr. Frowein/Wolfgang Peukert (Hrsg.), Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK-Kommentar, Kehl am Rhein 2009 (zit. FroweinK EMRK-Bearbeiter), N 15 ff. zu Art. 6.

<sup>53</sup> So lautet der englische Titel des UNO-Pakts II «*International Covenant on Civil and Political Rights*»; in EGMR *Padalevicius v. Lithuania*, 12278/03 vom 7.6.2009, § 45 hielt der EGMR fest, dass der Eigentumsschutz klar ein *civil right* darstelle.

<sup>54</sup> European Court of Human Rights, Guide on Article 6, Strasbourg 2013, §§ 3, 11 ff.; *Grabenwarter* (Fn. 52), N 3 zu Art. 6 EMRK; vgl. EGMR *Coorplan-Jenni GmbH a. Hascic v. AUT*, 10523/02 vom 27.6.2006, §§ 56 ff.; EGMR *Markovic a.o. v. Italy*, 1398/03 vom 14.12.2006, § 93.

<sup>55</sup> European Court of Human Rights (Fn. 54), § 20.

<sup>56</sup> European Court of Human Rights (Fn. 54), §§ 25 ff.

<sup>57</sup> European Court of Human Rights (Fn. 54), §§ 25 ff.

<sup>58</sup> Für die Rechts- und Amtshilfe BGE 139 II 404 E. 6 m.w.H.; 123 II 175 E. 6e; BGer 1A.186/2005 vom 9.12.2005 E. 6.3; für die Rechtshilfe EKMR A. et A. c. Suisse, 11514/85 vom

1.12.1986, teilw. abgedruckt in VPB 51.73; in Auslieferungsfällen EGMR *Kirkwood v. UK*, 10479/83 vom 12.3.1984, *in fine*; *Cesky c. Italie*, 22001/93 vom 17.1.1996, § 1; relativierend aber *Stojkovic c. France et Belgique*, 25303/08 vom 27.10.2011, §§ 51 f.; im Detail *Stephan Breitenmoser*, Art. 6 EMRK und Art. 47 GR in Verfahren der internationalen Amts- und Rechtshilfe, in: Dirk Heckmann/Ralf P. Schenke/Gernot Sydow (Hrsg.), Verfassungsstaatlichkeit im Wandel, Festschrift für Thomas Würtenberger zum 70. Geburtstag, Berlin 2013, 425–447, 431 ff., 445; *Robert Waldburger*, Das Amtshilfverfahren wegen «Steuerbetrugs und dergleichen» mit den USA, FStR 2, 91–114, 100; für Ausnahmen BGE 129 I 103 E. 2.3.3; *Andreas Donatsch et al.*, Internationale Rechtshilfe unter Einbezug der Amtshilfe im Steuerrecht, 2. Aufl., Zürich 2015, 48 f., 80 ff.; für Steuersachen EGMR *Ferrazzini v. Italy*, 44759/98 vom 12.7.2001, § 29; European Court of Human Rights (Fn. 54), § 79; a.M. *Bezgovsek* (Fn. 52), 240.

<sup>59</sup> Im Ergebnis auch BGer 2A.111/2004 vom 15.7.2004 E. 1.2.1; *Rolf Watter/Urs Kägi*, Öffentliche Information über Verfahren und Entscheide der Finanzmarktaufsicht – zwischen Transparenz und Pranger, AJP 1/2005, 39–52, 43; BSK FINMAG/BEHG-Hsu/Bahar/Renninger (Fn. 36), N 13 zu Art. 32 FINMAG; BSK FINMAG/BEHG-Lebrecht (Fn. 36), N 27 zu Art. 53 FINMAG.

<sup>60</sup> BGer 2C\_1058/2014 vom 28.8.2015 E. 4.1; vorne II.2.2.

des Tatbestands unter Berücksichtigung von Art und Zielen der Sanktion sowie die Schwere der Sanktion.<sup>61</sup>

Für gewisse Massnahmen der FINMA, namentlich für Berufsverbote (Art. 33 FINMAG) und die Veröffentlichung von Feststellungsverfügungen (Art. 32 i.V.m. Art. 34 FINMAG), wird der strafrechtliche Charakter der Massnahmen zunehmend anerkannt.<sup>62</sup> Sowohl der EGMR als auch das Bundesverwaltungsgericht haben allerdings bisher die Beantwortung der Frage betreffend Berufsverbote vermieden.<sup>63</sup> Den strafrechtlichen Charakter des «*namings and shaming*» hat das Bundesverwaltungsgericht zwar verneint, das Bundesgericht hat die Frage allerdings offengelassen.<sup>64</sup> Angesichts des mit Berufsverboten und dem *namings and shaming* verbundenen schweren Eingriffs in die Rechtsstellung der Betroffenen ist die strafrechtliche Qualifikation durchaus angezeigt.<sup>65</sup> Immerhin verlangt Art. 67 Abs. 1 StGB für Tätigkeitsverbote eine Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von über sechs Monaten oder einer Geldstrafe von über 180 Tagessätzen sowie eine Wiederholungsgefahr im Tätigkeitsbereich.<sup>66</sup> Der Gesetzgeber betrachtet damit ein Berufsverbot als besonders schweren Eingriff in die Grundrechte des Betroffenen. Ausserdem be- greifen FINMA-nahe Publikationen die Aufsicht der FINMA als wirtschaftspolizeiliche Tätigkeit, wodurch der strafrechtliche Charakter der Massnahmen unterstrichen wird.<sup>67</sup>

Die Grenzen zwischen Aufsichts- und Strafrecht sind derweil fließend, da beide Rechtsbereiche zu- mindest teilweise die Verhaltenssteuerung bezwe- cken.<sup>68</sup> Es besteht daher die Gefahr, dass allgemein anerkannte verfassungsrechtliche Errungenschaften nicht angewendet werden.<sup>69</sup> Staaten können geneigt sein, Massnahmen als Aufsichtsrecht und nicht als Strafrecht zu qualifizieren, wodurch sie sich im Grenzbereich zwischen Regulierungsarbitrage und Gesetzesumgehung bewegen, also von Handlungen, die gewöhnlich Privaten vorgeworfen werden.

### 3.2 Öffentliche Verfahren und Urteilsverkündung

Das Bundesgericht hielt im vorliegenden Fall fest, dass die Verfügung ein von der Verwaltung erstelltes Dokument sei, das im Unterschied zu gerichtlichen Urteilen (Art. 30 Abs. 3 BV; Art. 6 Abs. 1 EMRK) nicht nach Verfassungsrecht öffentlich zu verkünden sei.<sup>70</sup> Immerhin hat die Anwendbarkeit von Art. 6 Abs. 1 EMRK zur Folge, dass zumindest ein Zustimmungserfordernis zu Urteilen aus dem Aufsichtsverhältnis ausgeschlossen ist. Urteile können zwar zum Schutz der Parteien anonymisiert werden; gänzlich eingeschränkt werden kann die Öffentlichkeit der Urteilsverkündung im Unterschied zur Öffentlichkeit von Verfahren demgegenüber nicht.<sup>71</sup> Ausserdem sind die Überlegungen hinter dem Grundsatz von Bedeutung.

Öffentliche Verfahren sollen die Bürger grundsätz- lich vor einer der öffentlichen Kontrolle entzogenen Geheimjustiz schützen.<sup>72</sup> Die Publikation dient zudem der Vorhersehbarkeit der Praxis und damit

<sup>61</sup> EGMR *Engel a.o. v. NL*, 5100–5102/71 vom 23.11.1976, §§ 80–85; BGE 128 I 346 E. 2.2; vgl. FroweinK EMRK-Peukert (Fn. 52), N 26 zu Art. 6; *Peter Hänni/Andreas Stöckli*, Schweizerisches Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bern 2013, Rz. 553.

<sup>62</sup> Für Berufsverbote *Damian K. Graf*, Berufsverbote für Gesellschaftsorgane: das Sanktionsregime im Straf- und Finanzmarktrecht, AJP 9/2014, 1195–1206, 1201 f. m.w.H.; für Art. 34 FINMAG *Hans Caspar von der Crone/Matthias Maurer/Jan Hendrik Hoffmann*, Revision Börsendelikt und Marktmissbrauch, SZW 6/2011, 533–546, 543; vgl. Botschaft FINMAG 2006 (Fn. 36), 2875; offenklassend BSK FINMAG/BEHG-Hsu/Bahar/Renninger (Fn. 36), N 10 zu Art. 34 FINMAG.

<sup>63</sup> EGMR *Diennet gegen Frankreich*, 18160/91 vom 26.9.1995, § 28; BVerfGE 112/121 vom 31.3.2012 E. 5.3; vgl. *Graf* (Fn. 62), 1201.

<sup>64</sup> BVerfGE 112/121 vom 19.5.2011 E. 8.2; BVerfGE 112/121 & 2C\_543/2011 vom 12.1.2012 E. 5.2.2.

<sup>65</sup> *Schon von der Crone/Maurer/Hoffmann* (Fn. 62), 543.

<sup>66</sup> Vgl. *Graf* (Fn. 62), 1197 ff.

<sup>67</sup> So die im Geschäftsbereich *Strategische Grundlagen der FINMA tätigen Arquin/Kiss* (Fn. 44), 175.

<sup>68</sup> Zur Verbrechensverhütung bspw. *Günter Stratenwerth*, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 4. Aufl., Bern 2011, § 2 N 15 ff.; *Christian Schwarzenegger/Markus Hug/Daniel Jositsch*, Strafrecht II, Strafen und Massnahmen, 8. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2007, 10 ff., 18 f.; für das Verwaltungsrecht *Häfelin/Müller/Uhlmann* (Fn. 37), Rz. 1134; für das Finanzmarktrecht *Sabine Kilgus*, Effektivität von Regulierung im Finanzmarktrecht, Habil. Zürich 2007, Rz. 452 ff.; im Haftpflichtrecht *Hans Caspar von der Crone/Felix Buff*, Ist die aktienrechtliche Verantwortlichkeit noch zeitgemäss?, SZW 5/2015, 444–458, 446.

<sup>69</sup> Hierzu hinten III.3.5.

<sup>70</sup> BVerfGE 112/121 vom 28.8.2015 E. 4.2; so auch *Watter/Kägi* (Fn. 59), 43; BSK FINMAG/BEHG-Lebrecht (Fn. 36), N 27 zu Art. 53 FINMAG.

<sup>71</sup> *Grabenwarter* (Fn. 52), N 122 zu Art. 6 EMRK.

<sup>72</sup> FroweinK EMRK-Peukert (Fn. 52), N 187 zu Art. 6; *Jens Meyer-Ladewig*, Handkommentar zur EMRK, 3. Aufl., Baden-Baden/Basel 2011, N 183 zu Art. 6 EMRK.



der Rechtssicherheit sowie der Sicherstellung der rechtsgleichen Anwendung des Rechts.<sup>73</sup> Ferner kann die Veröffentlichung von Verfügungen der FINMA nach Art. 22 Abs. 2 FINMAG auch dem Schutz der Marktteilnehmer oder Beaufichtigten, der Berichterstattung falscher oder irreführender Informationen sowie der Wahrung des Ansehens des Finanzplatzes Schweiz dienen. Problematisch sind öffentliche Verfahren insofern, als sich Verfahrensbeteiligte dadurch Reputationsrisiken im Sinne von Verdachtsstrafen ausgesetzt sehen.<sup>74</sup> Daher wurde vorne festgehalten, dass der Veröffentlichung von Verfügungen (zumindest in gewissen Fällen) strafrechtlicher Charakter zugesprochen werden kann.<sup>75</sup> Die Öffentlichkeit von Verfahren kann Beaufichtigte neben den Kosten und dem kontinuierlichen Spiel zusätzlich von einer Beschwerde abhalten. Bei Urteilen und Verfügungen kann diesem Umstand allerdings durch Anonymisierung Rechnung getragen werden.<sup>76</sup>

Basierend auf diesen Überlegungen erscheint die Veröffentlichung von Verfügungen der FINMA in anonymisierter Form *de lege ferenda* als Grundsatz angezeigt. Zumindest aber sollte es den Verfahrensbeteiligten grundsätzlich offenstehen, Verfügungen unter Berücksichtigung der allgemeinen Informationsschranken zu veröffentlichen.

### 3.3 Rechtsweggarantie

Das Amtshilfverfahren mit der nachträglichen Information der Kunden und den damit verbundenen Informationssperren tangiert möglicherweise die Rechtsweggarantie, die einen *wirksamen* Rechtsschutz verlangt.<sup>77</sup> Gemäss Art. 21a Abs. 2 StAhiG und Art. 42a Abs. 6 Satz 3 FINMAG können Beschwerden gegen Verfügungen mit nachträglicher Information nur auf Feststellung der Rechtswidrigkeit lauten. Die Beschwerde ist damit wenig wirksam und die betrof-

fene Person wird kaum noch ein Interesse an einer Beschwerde haben.<sup>78</sup>

#### 3.3.1 Art. 6 Abs. 1 und Art. 13 EMRK

Art. 6 Abs. 1 EMRK kommt wie erwähnt bei Amtshilfverfahren in der Regel nicht zur Anwendung, weshalb der Fokus auf die subsidiäre Rechtsweggarantie gemäss Art. 13 EMRK gelegt wird.<sup>79</sup> Art. 13 EMRK setzt gemäss EGMR eine vertretbare Behauptung (*«arguable claim»*) voraus, dass die Weitergabe der Daten gegen Konventionsrecht verstösst.<sup>80</sup> Nach allgemeiner Ansicht tangiert die Informationsübermittlung das Recht auf Privatsphäre (Art. 8 EMRK).<sup>81</sup> Massgebend dürfte jedoch sein, ob der Empfänger die Information für denselben oder einen anderen Zweck verwendet.<sup>82</sup> Zumindest die Übermittlung von Informationen an eine Strafverfolgungsbehörde würde demnach das Recht auf Privatsphäre tangieren, nicht aber der Informationsaustausch im Rahmen der internationalen konsolidierten Aufsicht über Finanzinstitute. Ebenfalls nicht tangiert ist das rechtliche Gehör gemäss Art. 6 Abs. 1 EMRK, da die Bestimmung erstens auf gerichtliche Verfahren beschränkt ist und zweitens wie erwähnt grundsätzlich nicht auf Amtshilfverfahren angewendet wird.<sup>83</sup>

Ist das Recht auf Privatsphäre tangiert, so ist zu prüfen, ob sich die Einschränkung nach Art. 8 Abs. 2

<sup>73</sup> *Watter/Kägi* (Fn. 59), 50; vgl. FroweinK EMRK-Peukert (Fn. 52), N 187 zu Art. 6.

<sup>74</sup> Hierzu insb. *Watter/Kägi* (Fn. 59), 51.

<sup>75</sup> Vorne III.3.1.2.

<sup>76</sup> *Watter/Kägi* (Fn. 59), 50; siehe auch Art. 22 Abs. 4 FINMAG.

<sup>77</sup> Zur Wirksamkeit Art. 13 EMRK; BGE 138 I 6 E. 6.1; European Court of Human Rights (Fn. 54), § 45; FroweinK EMRK-Frowein (Fn. 52), N 2 zu Art. 13; *Markus Müller*, Die Rechtsweggarantie – Chance und Risiken, ZBJV 3/2004, 161–197, 167.

<sup>78</sup> So auch *Andrea Opel*, Amtshilfe ohne Information der Betroffenen – eine rechtsstaatlich bedenkliche Neuerung, ASA 5/2014–2015, 265–295, 273 f., Fn. 49; vgl. EGMR *Kuzin v. Russia*, 22118/02 vom 9.6.2005, § 45; *Grabenwarter* (Fn. 52), N 15 zu Art. 13 EMRK.

<sup>79</sup> Vorne III.3.1.1.; zur Subsidiarität FroweinK EMRK-Frowein (Fn. 52), N 10 zu Art. 13; *Kley* (Fn. 52), Rz. 7.

<sup>80</sup> EGMR *A.o. v. Ireland*, 25579/05 vom 16.12.2010, § 159; *Silver a.o. v. UK*, 5947/72 [...] vom 25.3.1983, § 113; *Klass a.o. v. Germany*, 5029/71 vom 6.9.1978, § 64; *Grabenwarter* (Fn. 52), N 12 zu Art. 13 EMRK; FroweinK EMRK-Frowein (Fn. 52), N 2 zu Art. 13; *Meyer-Ladewig* (Fn. 72), N 5 zu Art. 13 EMRK.

<sup>81</sup> So *Breitenmoser* (Fn. 58), 429; *Opel* (Fn. 78), 288; *Robert Weyeneth*, Die Menschenrechte als Schranke der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit der Schweiz, recht 3/2014, 114–125, 115, 122; EGMR *M.S. v. Sweden*, 20837/92 vom 27.8.1997, § 35; EuGH, C-465/00 u.a. vom 20.5.2003, Slg. 2003, I-4989 ff., Rz. 74.

<sup>82</sup> Vgl. EGMR *M.S. v. Sweden*, 20837/92 vom 27.8.1997, § 35; *Florian Wettner*, Die Amtshilfe im Europäischen Verwaltungsrecht, Tübingen 2005 (=Jus Internationale et Europaeum 2), 320 ff., der den Zweck allerdings in den Bereich der Rechtfertigung verortet.

<sup>83</sup> *Meyer-Ladewig* (Fn. 72), N 101 zu Art. 6; vorn III.3.1.1.

EMRK rechtfertigen lässt. Als Rechtfertigungsgründe lassen die wirksame Marktaufsicht sowie Strafverfolgungsinteressen eine Einschränkung der Privatsphäre grundsätzlich notwendig erscheinen. Ein Beschwerdeführer wird daher in aller Regel nicht plausibel behaupten können, die amtshilfweise Weitergabe von Informationen an ausländische Behörden verstosse gegen Konventionsrecht. Entsprechend ist in der Regel auch die Rechtsweggarantie gemäss Art. 13 EMRK nicht verletzt.

### 3.3.2 Art. 29a BV

Die verfassungsrechtliche Rechtsweggarantie (Art. 29a BV) setzt Interessen voraus, die vom Recht als schützenswert anerkannt werden.<sup>84</sup> Mit Blick auf das nach wie vor vorhandene Kundenverfahren, den Schutz der Privatsphäre sowie das rechtliche Gehör ist diese Voraussetzung gegenwärtig erfüllt. Es stellt sich allerdings die Frage, wie lange noch ein schützenswerter Anknüpfungspunkt bei der Informationsübermittlung besteht. Die Perspektive wird zunehmend auf die internationale Ebene verlagert, wonach die Möglichkeit einer wirksamen Beschwerde im Ausland genügt. Der bevorstehende automatische Informationsaustausch untermauert diese Entwicklung.<sup>85</sup> Gegen eine internationale Betrachtung spricht indes die EMRK, die eine innerstaatliche Instanz verlangt (Art. 13 EMRK).

Gemäss Art. 29a BV sind Einschränkungen der Rechtsweggarantie zulässig, die Bestimmung wird aber strenger als Art. 36 BV interpretiert.<sup>86</sup> Als Rechtfertigungsgründe führte der Bundesrat an, erstens verzögere das Verfahren die Informationsübermittlung um Monate und sei damit *per se* ein Hindernis für eine wirksame Marktaufsicht, zweitens führe die spezifisch schweizerische Informationsverpflichtung im Rahmen des Kundenverfahrens dazu, dass die be-

troffenen Kunden bereits Kenntnis von der ausländischen Untersuchung erlangten, bevor die um Amtshilfe ersuchende Behörde überhaupt die Identität der Kunden erfährt.<sup>87</sup> Dies könne dazu führen, dass das schweizerische Kundenverfahren es Finanzkriminellen ermögli- che, ausländische Verfahren zu behindern oder zu verzögern, vorhandene Beweismittel vor dem Zugriff der ausländischen Behörden zu vernichten und unrechtmässig erlangte Gewinne beiseite zu schaffen.<sup>88</sup> Die Argumente überzeugen und können eine Einschränkung der Rechtsweggarantie rechtfertigen.<sup>89</sup> Informationen dürfen jedoch nicht ohne Rechtsmittel an einen Staat geliefert werden, in dem eine Person ihre Rechte nicht geltend machen kann.<sup>90</sup> Abzulehnen ist ausserdem grundsätzlich eine Rechtfertigung gestützt auf eine drohende Verjährung.<sup>91</sup> So ist Art. 29a BV bei der verfassungskonformen Auslegung der Amtshilfebestimmungen zu berücksichtigen.

### 3.3.3 Verschmelzung von Amts- und Rechtshilfe

Die Begründung des Bundesrates zur Rechtfertigung von Informationssperren macht deutlich, dass primär strafrechtliche Interessen ausländischer Behörden geschützt werden sollen. Dadurch verschwimmen die Grenzen zwischen Amtshilfe und Rechtshilfe in Strafsachen. Diese Verschmelzung hängt mit der Übernahme strafrechtlicher Funktionen durch Aufsichtsbehörden zusammen, die eine Weiterleitung von Informationen an Strafbehörden weitgehend überflüssig erscheinen lässt. Umso wichtiger ist daher die Anwendung strafrechtlicher Verfahrensvorschriften auf Finanzmarktbehörden.<sup>92</sup>

## 3.4 Rechtliches Gehör

Kann sich der von einer Informationsübermittlung Betroffene nicht vor der Übermittlung der Informati-

<sup>84</sup> BGE 140 II 315 E. 4.4; 139 II 185 E. 12.4; *Felix Uhlmann*, § 40 Verfahrensgrundrechte, in: Biaggini/Gächter/Kiener (Hrsg.) (Fn. 45), N 5; *Jörg Paul Müller/Markus Schefer*, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2008, 912; *Bernhard Waldmann*, in: Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney (Hrsg.), Basler Kommentar zur Bundesverfassung, Basel 2015 (zit. BSK BV-Bearbeiter), N 10 zu Art. 29a.

<sup>85</sup> Siehe insb. Art. 13 Abs. 1 AIAG und Art. 27 AIAG, wonach nur eine Beschwerdemöglichkeit gegen Verfügungen nach Art. 19–26 AIAG besteht.

<sup>86</sup> *Müller/Schefer* (Fn. 84), 923; BSK BV-Waldmann (Fn. 84), N 21 zu Art. 29a; *Opel* (Fn. 78), 286 f.

<sup>87</sup> Botschaft des Bundesrates zum Finanzmarktinfrastrukturgesetz (FinfraG) vom 3.9.2014, BBl 2014 7483 (zit. Botschaft FinfraG 2014), 7613 f.

<sup>88</sup> Botschaft FinfraG 2014 (Fn. 87), 7614.

<sup>89</sup> Gl. M. wohl *Donatsch et al.* (Fn. 58), 265; a.M. *Opel* (Fn. 78), 285 ff., 291; *Francesco Naef*, Soft Law und Gewaltenteilung, AJP 8/2015, 1109–1121, 1117.

<sup>90</sup> Vgl. Botschaft des Bundesrates zur Änderung des Steueramtshilfegesetzes vom 16.10.2013, BBl 2013 8369, 8379; vgl. auch BGE 139 II 404 E. 6; EGMR *Soering v. UK*, 14038/88 vom 7.7.1989, §§ 93 ff.

<sup>91</sup> Gl.M. *Donatsch et al.* (Fn. 58), 265.

<sup>92</sup> Hierzu vorne III.3.1.2 und III.3.5.

on dazu äussern, ist sein Anspruch auf rechtliches Gehör tangiert (Art. 29 BV).<sup>93</sup> Dies gilt zumindest nach aktuellem schweizerischem Recht, wonach ein rechtserheblicher Anknüpfungspunkt bei der Informationsübermittlung besteht. Diese Einschränkung lässt sich allerdings u.E. durch Strafverfolgungsinteressen rechtfertigen, wenn ein ausreichender Rechtsschutz im Zielstaat gewährt wird.<sup>94</sup> Ein Übergang zu einer internationalen Betrachtung erscheint in einer liberalen Wirtschaftsordnung mit international agierenden Finanzinstituten unumgänglich. Die Rüge der Verletzung des rechtlichen Gehörs hat in der Prozessführung ohnehin einen beschränkten Stellenwert, da sie nach dem pragmatischen Ansatz des Bundesgerichts in aller Regel im Rechtsmittelverfahren geheilt wird.<sup>95</sup> So hat das Bundesverwaltungsgericht wie erwähnt auch im vorliegenden Fall eine Verletzung des rechtlichen Gehörs festgestellt, aber eine Heilung im Rechtsmittelverfahren angenommen.<sup>96</sup> Die Heilung ist allerdings grundsätzlich dann ausgeschlossen, wenn eine schwere Verletzung des rechtlichen Gehörs vorliegt oder wenn die Rechtsmittelinstanz über eine engere Kognition verfügt.<sup>97</sup> Bei einem schwerwiegenden Grundrechtseingriff, wie ihn das Bundesgericht im vorliegenden Fall feststellte, sollte grundsätzlich auch eine schwerwiegende Gehörsverletzung angenommen werden und damit eine Heilung ausgeschlossen sein.<sup>98</sup> Die Feststellung eines schweren Eingriffs ist im Übrigen bemerkenswert, da nach der früheren Praxis des Bundesgerichts Informationssperren gegenüber Banken grundsätzlich keinen besonders empfindlichen Grundrechtseingriff darstellten.<sup>99</sup>

<sup>93</sup> Gl.M. *Opel* (Fn. 78), 279; *Naef* (Fn. 89), 1117.

<sup>94</sup> Wohl gl.M. *Donatsch et al.* (Fn. 58), 265; a.M. *Opel* (Fn. 78), 279 ff.; *Naef* (Fn. 89), 1117.

<sup>95</sup> Kritisch *Alfred Kölz/Isabelle Häner/Martin Bertschi*, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, Rz. 551 f.; *Patrick Suter*, in: Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler (Hrsg.), *Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG)*, Zürich/St. Gallen 2008 (zit. *AuerK VwVG-Bearbeiter*), N 23 zu Art. 29.

<sup>96</sup> BVGer B-5579/2013 vom 14.10.2014 E. 2.3; vorne II.1.

<sup>97</sup> BGE 138 II 77 E. 4.3; 137 I 195 E. 2.3.2; 136 V 117 E. 4.2.2.1.

<sup>98</sup> BGer 2C\_1058/2014 vom 28.8.2015 E. 4.1; *Markus Schefer*, *Die Kerngehalte von Grundrechten, Geltung, Dogmatik, inhaltliche Ausgestaltung*, Habil. Bern 2001, 551; *Opel* (Fn. 78), 278.

<sup>99</sup> BGE 131 I 524 E. 6.3.

### 3.5 Strafrechtliche Verfahrensgarantien

Die strafrechtliche Natur von Massnahmen der FINMA hat weitreichende Auswirkungen auf das Aufsichtsverfahren. Zu den von der EMRK geschützten strafrechtlichen Verfahrensgarantien gehören die Unschuldsvermutung (Art. 6 Abs. 2 EMRK), die allgemeinen Verfahrensrechte für angeklagte Personen (Art. 6 Abs. 3 EMRK), das Aussageverweigerungsrecht<sup>100</sup>, das Prinzip «*keine Strafe ohne Gesetz*», das Rückwirkungsverbot (beide Art. 7 Abs. 1 EMRK), die Entschädigung bei Fehlurteilen (Art. 3 des 7. P. zur EMRK) sowie das Doppelbestrafungsverbot (Art. 4 des 7. P. zur EMRK). Die Auskunftspflicht und Mitwirkungspflichten (Art. 25 Abs. 1 und Art. 29 FINMAG) sowie die freie Beweiswürdigung durch die FINMA stehen in einem Konflikt zu Aussageverweigerungsrecht und Unschuldsvermutung.<sup>101</sup> Zudem wären Gesetzesbestimmungen zum Untersuchungsbeauftragten in Übereinstimmung zu bringen mit den gemäss Art. 241 ff. StPO geltenden Regeln für Durchsuchungen und Untersuchungen. Schliesslich stellen sich Fragen zum Doppelbestrafungsverbot, und der Zugang zu einem unabhängigen Gericht müsste unmittelbarer ausgestaltet werden.<sup>102</sup>

## 4. Grundrechte

### 4.1 Tangierte Grundrechte

Ein Zustimmungserfordernis der FINMA zur Verbreitung von Informationen tangiert gemäss Bundesgericht das Grundrecht der informationellen Selbstbestimmung, die Meinungsäusserungsfreiheit sowie die Wirtschaftsfreiheit, was bei der verfassungs- und EMRK-konformen Auslegung von Art. 42c Abs. 5 FINMAG zu berücksichtigen ist.<sup>103</sup>

#### 4.1.1 Informationelle Selbstbestimmung

Aus dem Recht auf persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) und dem Schutz der Privatsphäre (Art. 13 BV) leiten das Bundesgericht und die herrschende

<sup>100</sup> Siehe *Grabenwarter* (Fn. 52), N 152 zu Art. 6 EMRK; BSK FINMAG/BEHG-*Truffer* (Fn. 36), N 20 zu Art. 29 FINMAG.

<sup>101</sup> *Christophe H. L. Raimondi*, *Praxis zum Finanzmarktaufsichtsrecht*, GesKR 1/2012, 90–104, 97; *Graf* (Fn. 62), 1202; vgl. *Urs Zulauf et al.*, *Finanzmarktenforcement*, 2. Aufl., Bern 2014, 120 ff., 263.

<sup>102</sup> Vgl. *Zulauf et al.* (Fn. 101), 264 f.

<sup>103</sup> BGer 2C\_1058/2014 vom 28.8.2015 E. 4.1; vorne II.2.2.

Lehre ein ungeschriebenes Recht auf informationelle Selbstbestimmung ab.<sup>104</sup> So hat auch der EGMR Art. 8 EMRK interpretiert.<sup>105</sup> Das Recht gesteht dem Einzelnen grundsätzlich die Herrschaft über seine personenbezogenen Daten zu, sodass ein Zustimmungserfordernis einer Behörde zur Weitergabe dieser Daten grundsätzlich ausgeschlossen ist.<sup>106</sup> Bezweckt wird dadurch primär der Schutz der Persönlichkeitsentwicklung vor Fremdeinflüssen und Machtmissbrauch.<sup>107</sup> Der Schutz natürlicher Personen steht entsprechend im Vordergrund, juristische Personen sind jedoch ebenfalls geschützt.<sup>108</sup>

#### 4.1.2 Meinungs- und Informationsfreiheit

Während die Meinungsfreiheit die freie Meinungsbildung, -äußerung und -verbreitung schützt (Art. 16 Abs. 2 BV), gewährt die Informationsfreiheit ein Recht auf Empfang, Beschaffung und Verbreitung von Informationen (Art. 16 Abs. 3 BV). Auf völkerrechtlicher Ebene garantieren Art. 10 Abs. 1 EMRK und Art. 19 UNO-Pakt II diese Rechte.<sup>109</sup> Die verfassungsrechtliche Informationsfreiheit gewährt darüber hinaus einen beschränkten Informationsanspruch gegenüber dem Staat für Informationen von allgemeinem Interesse.<sup>110</sup> Demgegenüber besteht kein genereller Anspruch Privater, über verwaltungsinterne Vorgänge informiert zu werden.<sup>111</sup>

Die Freiheiten erfüllen eine menschenrechtliche und eine demokratische Funktion.<sup>112</sup> Auf der menschenrechtlichen Ebene bildet die Kommunikation einen wesentlichen Bestandteil der Persönlichkeitsentfaltung und der Bildung zwischenmenschlicher Beziehungen.<sup>113</sup> Auf der demokratischen Ebene soll die Meinungsäußerungsfreiheit einen öffentlichen Diskurs insbesondere in kontroversen politischen Fragen ermöglichen, wodurch sie einen konstituierenden Kern jeder demokratischen Gesellschaft bildet.<sup>114</sup> Im Fall *Perinçek gegen die Schweiz* hielt der EGMR kürzlich fest:

*Freedom of expression is one of the essential foundations of a democratic society and one of the basic conditions for its progress and for each individual's self-fulfilment. Subject to Article 10 § 2, it applies not only to "information" or "ideas" that are favourably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that offend, shock or disturb. Such are the demands of pluralism, tolerance and broadmindedness without which there is no "democratic society". As set forth in Article 10, this freedom is subject to exceptions, but these must be construed strictly, and the need for any restrictions must be established convincingly.*<sup>115</sup>

#### 4.1.3 Wirtschaftsfreiheit

Die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) schützt neben der Grundentscheidung für eine liberale Wirtschaftsordnung die freie berufliche und wirtschaftliche Entfaltung des Individuums.<sup>116</sup> Im Zentrum steht im Zusammenhang mit Informationsverboten das Recht

<sup>104</sup> BGE 140 I 2 E. 9.1; 138 II 346 E. 8.2; 128 II 259 E. 3.2; Müller/Schefer (Fn. 84), 164; Rainer J. Schweizer, in: Bernhard Ehrenzeller et al. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, Zürich/St. Gallen 2014 (zit. SGK BV I-Bearbeiter), N 72 zu Art. 13 Abs. 2.

<sup>105</sup> EGMR *Pretty v. UK*, 2346/02 vom 29.4.2002, § 61; Meyer-Ladewig (Fn. 72), N 7 zu Art. 8 EMRK; FroweinK EMRK-Frowein (Fn. 52), N 5 zu Art. 8.

<sup>106</sup> BGE 138 II 346 E. 8.2; SGK BV I-Schweizer (Fn. 104), N 72 zu Art. 13 Abs. 2; Müller/Schefer (Fn. 84), 167; EGMR *Pretty v. UK*, 2346/02 vom 29.4.2002, § 61; Meyer-Ladewig (Fn. 72), N 7 zu Art. 8 EMRK.

<sup>107</sup> Müller/Schefer (Fn. 84), 165.

<sup>108</sup> Grabenwarter (Fn. 52), N 4 zu Art. 8 EMRK; Müller/Schefer (Fn. 84), 166; SGK BV I-Schweizer (Fn. 104), N 73 zu Art. 13 Abs. 2.

<sup>109</sup> Grabenwarter (Fn. 52), N 2 ff. zu Art. 10 EMRK; Meyer-Ladewig (Fn. 72), N 12 ff. zu Art. 10 EMRK.

<sup>110</sup> SGK BV I-Kley/Tophinke (Fn. 104), N 41 zu Art. 16; vgl. BGE 107 Ia 304 E. 4b.

<sup>111</sup> BGE 113 Ia 309 E. 4b; 107 Ia 304 E. 3, 4d; 104 Ia 377 E. 2; SGK BV I-Kley/Tophinke (Fn. 104), N 129 zu Art. 16.

<sup>112</sup> Ausführlich Roberto Peduzzi, Meinungs- und Medienfreiheit in der Schweiz, Diss. Zürich 2004 (=ZSÖR 162), 52 ff.; Müller/Schefer (Fn. 84), 347; SGK BV I-Kley/Tophinke (Fn. 104), N 2 zu Art. 16; EGMR *Stoll v. Switzerland*, 69698/01 vom 10.12.2007, § 101.

<sup>113</sup> Müller/Schefer (Fn. 84), 347; EGMR *Stoll v. Switzerland*, 69698/01 vom 10.12.2007, § 101.

<sup>114</sup> FroweinK EMRK-Frowein (Fn. 52), N 1 zu Art. 10; Meyer-Ladewig (Fn. 72), N 1 zu Art. 10 EMRK; Müller/Schefer (Fn. 84), 347; SGK BV I-Kley/Tophinke (Fn. 104), N 2 zu Art. 16.

<sup>115</sup> EGMR *Perinçek v. Switzerland*, 27510/08 vom 15.10.2015, § 196.

<sup>116</sup> Zum Schutzzweck bspw. René Rhinow et al., Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., Basel 2011, § 5 N 1, 12 ff.; SGK BV I-Vallender (Fn. 104), N 5 zu Art. 27; Müller/Schefer (Fn. 84), 1045 ff.

auf Werbung, welches der EGMR bereits im Rahmen des Rechts auf freie Meinungsäusserung schützt.<sup>117</sup> Die Werbefreiheit steht allerdings im vorliegenden Zusammenhang nicht im Vordergrund.

#### 4.2. Einschränkungen

Einschränkungen in den tangierten Grundrechten sind primär nach Art. 36 BV zu beurteilen.<sup>118</sup> Art. 36 BV verlangt eine gesetzliche Grundlage, ein öffentliches Interesse oder den Schutz von Grundrechten Dritter, die Verhältnismässigkeit des Eingriffs und die Beachtung des Kerngehalts der Grundrechte. Zu berücksichtigen sind darüber hinaus Art. 8 Abs. 2 und Art. 10 Abs. 2 EMRK, da Völkerrecht dem Landesrecht bekanntlich grundsätzlich vorgeht.<sup>119</sup> Zwar gilt der grundsätzliche Vorrang nach der *Schubert*-Praxis dann nicht, wenn der Gesetzgeber bei späteren Gesetzen – wie beispielsweise Art. 42c Abs. 5 FINMAG – einen Konflikt mit dem Völkerrecht ausdrücklich in Kauf nahm.<sup>120</sup> Bei Widersprüchen zu Menschenrechtskonventionen hat das Bundesgericht die Anwendung der *Schubert*-Praxis allerdings ausdrücklich verneint.<sup>121</sup> Im Übrigen ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber vorliegend auch keine Verletzung der EMRK in Kauf nehmen wollte.

##### 4.2.1 Gesetzliche Grundlage

Mit Art. 42c Abs. 5 FINMAG wurde wie erwähnt als Reaktion auf die Gutheissung der Beschwerde der *Bank Frey* durch das Bundesverwaltungsgericht eine gesetzliche Grundlage für Zustimmungserfordernisse der FINMA geschaffen. Gesetzliche Grundlagen für Informationssperren bilden ferner Art. 42a Abs. 4–5 FINMAG und Art. 21a StAhiG sowie gegenüber aus-

ländischen Behörden das mittlerweile relativierte Prinzip der langen Hand in Art. 42 Abs. 2 lit. a FINMAG.<sup>122</sup>

Art. 42a Abs. 5 FINMAG und Art. 21a StAhiG sind klar auf Fälle beschränkt, in denen Bankkunden nicht von einem Informationsersuchen eines fremden Staates erfahren sollen. Demgegenüber ist Art. 42c Abs. 5 FINMAG offen formuliert und räumt der FINMA ein allgemeines Recht für Zustimmungserfordernisse betreffend die Übermittlung, Veröffentlichung oder Weitergabe von Akten aus dem Aufsichtsverhältnis ein. Als Akten fallen grundsätzlich sämtliche dokumentierten Informationen unabhängig von ihrem Trägermedium in Betracht, also auch Verfügungen und Urteile.<sup>123</sup> Bei Urteilen sind jedoch Art. 30 Abs. 3 BV und Art. 6 Abs. 1 EMRK zu berücksichtigen, die eine öffentliche Urteilsverkündung verlangen.

##### 4.2.2 Öffentliche Interessen und Verhältnismässigkeit

###### (1) Allgemeines

Gemäss Art. 36 Abs. 2 BV müssen Einschränkungen der Grundrechte durch ein öffentliches Interesse oder durch den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt sein. Im Unterschied zu Art. 36 BV enthalten Art. 8 Abs. 2 und Art. 10 Abs. 2 EMRK eine abschliessende Auflistung von Rechtfertigungsgründen.<sup>124</sup> In beiden Bestimmungen aufgeführt sind polizeiliche Interessen (nationale Sicherheit und öffentliche Ordnung), Landesinteressen (wirtschaftliches Wohl bzw. territoriale Unversehrtheit), die Verhütung von Straftaten, der Schutz von Gesundheit und

<sup>117</sup> BGer 2C\_559/2011 vom 20.1.2012 E. 4.2; BGE 128 I 295 E. 5; SGK BVI-Vallender (Fn. 104), N 25 zu Art. 27; *Rhinow et al.* (Fn. 116), § 5 N 36; EGMR *Casado Coca v. Spain*, 15450/89 vom 24.2.1994, §§ 35 ff.

<sup>118</sup> Zur informationellen Selbstbestimmung *Müller/Schefer* (Fn. 84), 170 ff.; SGK BV I-Schweizer (Fn. 104), N 79 ff. zu Art. 13 Abs. 2; zur Meinungsäusserungsfreiheit SGK BV I-Kley/Tophinke (Fn. 104), N 14 ff. zu Art. 16; zur Wirtschaftsfreiheit *Rhinow et al.* (Fn. 116), § 5 N 80 ff. m.w.H. BGE 139 I 16 E. 5.1.

<sup>120</sup> BGE 139 I 16 E. 5.1; 99 Ib 39 E. 3 f.

<sup>121</sup> BGE 139 I 16 E. 5.1; 136 II 241 E. 16.1.

<sup>122</sup> Vgl. Art. 42 Abs. 2 lit. b FINMAG zum Vorbehalt der Öffentlichkeit von Verfahren.

<sup>123</sup> AuerK VwVG-Brunner (Fn. 95), N 32 zu Art. 26; *Kölz/Häner/Bertschi* (Fn. 95), Rz. 494; betreffend Verfügungen siehe Art. 26 Abs. 1 lit. c VwVG.

<sup>124</sup> Zum abschliessenden Charakter *Mark E. Villiger*, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), 2. Aufl., Zürich 1999, Rz. 550; *Daniel Moeckli/Lea Raible*, Die direkte Demokratie in der Rechtsprechung des EGMR, in: Andrea Good/Bettina Platipodis (Hrsg.), *Direkte Demokratie, Herausforderungen zwischen Politik und Recht*, Festschrift für Andreas Auer zum 65. Geburtstag, Bern 2013, 469–481, 474; FroweinK EMRK-Frowein (Fn. 52), N 10 zu Vorbemerkung zu Art. 8–11; für Art. 10 Abs. 2 EMRK *Matthias Cornils*, in: Hubertus Gersdorf/Boris P. Paal (Hrsg.), *Informations- und Medienrecht*, München 2014 (zit. IMRK-Bearbeiter), N 52 zu Art. 10 EMRK; *Anne Peters/Tilmann Altwicker*, Europäische Menschenrechtskonvention, München 2012, § 9 N 9; für Art. 8 Abs. 2 EMRK *IMRK-Gersdorf* (Fn. 124), N 49, 55 zu Art. 8 EMRK.

Moral sowie der Schutz der Rechte anderer. Allerdings kam diesen abschliessenden Auflistungen in der Praxis bisher kaum eine nennenswerte Begrenzungsfunktion zu.<sup>125</sup>

Nach Art. 36 Abs. 3 BV müssen die Einschränkungen zudem verhältnismässig sein. Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit verlangt, dass die Einschränkungen zur Herbeiführung des angestrebten Zwecks geeignet und erforderlich sowie für den oder die Betroffenen zumutbar sind.<sup>126</sup> Ähnlich verlangen Art. 8 Abs. 2 und Art. 10 Abs. 2 EMRK, dass der Eingriff in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist zur Erreichung eines der aufgelisteten Ziele. Diese Voraussetzung dürfte den drei Kriterien der Verhältnismässigkeit entsprechen.<sup>127</sup>

## (2) Vergleich mit Art. 42c Abs. 5 FINMAG

Gemäss Art. 42c Abs. 5 FINMAG muss das Zustimmungserfordernis der FINMA durch Interessen der Erfüllung ihrer Aufgaben gerechtfertigt sein und es dürfen keine überwiegenden privaten und öffentlichen Interessen entgegenstehen. Aufgabe der FINMA ist die Aufsicht nach den Finanzmarktgesetzen einschliesslich der damit zusammenhängenden internationalen Aufgaben (Art. 6 Abs. 1 FINMAG). Geleitet wird sie dabei von den in Art. 5 FINMAG aufgelisteten öffentlichen Interessen: Funktionsschutz, Individualschutz und Schutz des Ansehens sowie der Wettbewerbsfähigkeit des Finanzplatzes Schweiz. Die rechtfertigenden Interessen nach Art. 42c Abs. 5 FINMAG sind damit kaum restriktiver als jene für Grundrechtseingriffe.

Nach Art. 42c Abs. 5 FINMAG ist sodann gleich wie bei Grundrechtseingriffen eine Interessenabwägung vorzunehmen. Zu den Interessen, die nicht direkt durch die erwähnten Grundrechte geschützt werden, gegen ein Zustimmungserfordernis sprechen und nach Art. 42c FINMAG ebenfalls zu berücksichtigen sind, zählen die Rechtssicherheit, der Schutz der Verfahrensbeteiligten vor einer Geheimjustiz sowie die Stärkung des Vertrauens in die Finanzmarktaufsicht durch eine nachvollziehbare Begründung der

Verfügungen.<sup>128</sup> Das Interesse an der öffentlichen Zugänglichkeit der Verfügungen erscheint umso gewichtiger, als die Verfügungen aus den erwähnten Gründen selten angefochten werden.<sup>129</sup> Nicht ausdrücklich genannt wird in Art. 42c Abs. 5 FINMAG der Grundsatz der Erforderlichkeit. Die vorgesehene Interessenabwägung verlangt jedoch, dass keine mildere Massnahme infrage kommt.

## 4.2.3 Würdigung verschiedener öffentlicher Interessen

### (1) Aussenpolitische Interessen

Zur Rechtfertigung des Zustimmungserfordernisses führte die FINMA vor Bundesgericht mit der Wahrung der schweizerischen Aufsichtssouveränität und der Gefahr der Umgehung des regulären Amtshilfeweges primär aussenpolitische Interessen an.<sup>130</sup> In formeller Hinsicht könnten diese Interessen auf europäischer Ebene (Art. 8 Abs. 2 und Art. 10 Abs. 2 EMRK) am ehesten der spezialpräventiven Verhütung von Straftaten (Art. 271 und 273 StGB), der Aufrechterhaltung der Ordnung, der Verhinderung der Verbreitung vertraulicher Informationen sowie dem Schutz der Rechte Dritter zugeordnet werden. Angesichts der kaum begrenzenden Wirkung der Auflistungen dürften diese Zwecke wohl genügen. In sachlicher Hinsicht erscheint die Begründung zunächst nachvollziehbar. Fraglich ist jedoch, ob die Verweisung auf den Amtshilfeweg zum aktuellen Zeitpunkt noch den aussenpolitischen Interessen der Schweiz entspricht. Gemäss Art. 42c Abs. 1–3 FINMAG dürfen Beauftragte Informationen in Zukunft grundsätzlich ohne Bewilligung an ausländische Behörden übermitteln. In Steuerangelegenheiten ist zudem der automatische Informationsaustausch vorgesehen, sodass die (formelle) Amtshilfe in diesem Bereich weitgehend überflüssig wird. Ferner besteht ein öffentliches Interesse an guten Aussenbeziehungen der Schweiz, die einer Verweisung auf den Amtshilfeweg entgegenstehen. Insgesamt sind daher kaum noch Fälle denkbar, in denen aussenpolitische Interessen ein Zustimmungserfordernis rechtfertigen könnten.

<sup>125</sup> IMRK-Cornils (Fn. 124), N 52 zu Art. 10 EMRK; Grabenwarter (Fn. 52), N 50 zu Art. 8 EMRK; IMRK-Gersdorf (Fn. 124), N 55 zu Art. 8 EMRK.

<sup>126</sup> Bspw. BGE 139 I 180 E. 3.6.1; 136 I 17 E. 4.4; 135 I 209 E. 3.3.1; 132 I 181 E. 4.2.

<sup>127</sup> So IMRK-Cornils (Fn. 124), N 54 zu Art. 10 EMRK; vgl. IMRK-Gersdorf (Fn. 124), N 56 zu Art. 8 EMRK.

<sup>128</sup> Vgl. Frowein/EMRK-Peukert (Fn. 52), N 187 zu Art. 6.

<sup>129</sup> Vorne III.2.2.

<sup>130</sup> BGE 2C\_1058/2014 vom 28.8.2015 E. 3.2; vgl. Art. 7 Abs. 1 lit. d BGÖ.

## (2) Vertrauen in den Finanzmarkt

Als öffentliches Interesse fällt des Weiteren das Vertrauen in systemrelevante Banken und Finanzmarktinfrastrukturen in Betracht. Auf europäischer Ebene könnte dieses Interesse dem wirtschaftlichen Wohl des Landes, der Aufrechterhaltung der Ordnung sowie dem Schutz des guten Rufes und der Rechte anderer zugeordnet werden. Der Materie näher erscheinen die in Art. 5 FINMAG aufgelisteten Interessen des Funktionsschutzes, Individualschutzes und des Schutzes des Ansehens sowie der Wettbewerbsfähigkeit des Finanzplatzes Schweiz.

Das öffentliche Interesse am Vertrauen in systemrelevante Funktionen ist zweifellos gross. Vertrauen, das auf mangelhafter Information oder Desinformation beruht, ist jedoch kurzlebig und dürfte mittel- bis langfristig einem generellen Misstrauen weichen. Informationsverbote sind daher nur beschränkt geeignet, Vertrauen zu fördern. Allerdings können zeitlich begrenzte Informationsverbote im Krisenfall angezeigt sein, um beispielsweise einen Bank-Run zu verhindern. Ist ein zeitlich befristetes Informationsverbot geeignet und erforderlich, um systemrelevante Funktionen zu schützen, so ist es in aller Regel auch für den Betroffenen zumutbar.

## (3) Supervisory Privilege

Die FINMA erwähnte weiter das *Supervisory Privilege*, das in den USA die Vertraulichkeit der Kommunikation zwischen der Aufsichtsbehörde und dem beaufsichtigten Institut schützt.<sup>131</sup> Vom Schutzbereich erfasst sind gemäss *Consumer Financial Protection Bureau* (CFPB) namentlich Prüfungsberichte, vom CFPB erstellte und für dessen Gebrauch erfasste Dokumente sowie jegliche Kommunikation zwischen dem CFPB und den Beaufsichtigten.<sup>132</sup> Im Gegensatz zur Schweiz schützt das *Supervisory Privilege* in den

USA somit auch die Behörde vor Offenbarungen des Beaufsichtigten.<sup>133</sup>

Ziel des *Supervisory Privilege* ist es, einen offenen Austausch zwischen dem Regulator und dem beaufsichtigten Institut zu sichern, um so eine wirksame Finanzaufsicht zu ermöglichen.<sup>134</sup> Während die Begründung auf den ersten Blick einleuchtet, zeigen sich auf den zweiten Blick Schwächen. Erstens würde die angestrebte offene Kommunikation gemäss *Habermas* Herrschaftsfreiheit voraussetzen.<sup>135</sup> Ein herrschaftsfreier Diskurs zwischen der Aufsichtsbehörde und dem Beaufsichtigten ist jedoch aufgrund der gesellschaftlichen Rollenverteilung unmöglich. Dies gilt umso mehr, wenn die Aufsichtsbehörde gleichzeitig wirtschaftspolizeiliche Funktionen ausübt. Zweitens ist eine öffentliche Debatte über die hoheitlichen Prüfungen der FINMA bedeutsam zur Disziplinierung der Behörde. Dürften betroffene Individuen nicht über polizeiliche Massnahmen berichten, wäre wohl der Kerngehalt der Meinungsäusserungsfreiheit tangiert. Ausserdem könnte ein auf das *Supervisory Privilege* gestütztes Informationsverbot kaum Verfügungen erfassen, da die Behörde mit dem Erlass einer Verfügung den weniger formalen Diskurs mit den Beaufsichtigten verlässt. Ferner wäre der Entscheid für ein *Supervisory Privilege* grundsätzlicher Natur und bedürfte einer eigenen formalgesetzlichen Grundlage. Insgesamt erscheint daher das *Supervisory Privilege* als Rechtfertigungsgrund für ein Zustimmungserfordernis ungeeignet.

## (4) Ausländische öffentliche Interessen

Ferner stellt sich die Frage, ob Verfassung und EMRK auch ausländische öffentliche Interessen zulassen. Zwar orientieren sich Art. 8 Abs. 2 und Art. 10 Abs. 2 EMRK primär an nationalen Interessen (Wohl des Landes, nationale Sicherheit, territoriale Unversehr-

<sup>131</sup> US-Steuerstreit, Schlappe der FINMA vor Bundesgericht, NZZ-online vom 21.9.2015; Sharon Nelles/Paul Saltzman, Preserving the Bank Examination Privilege in the Wake of Public Disclosures by the Financial Crisis Inquiry Commission, *Bloomberg Law Reports* 7/2011, 1, abrufbar unter <<https://www.sullcrom.com>>; siehe auch 12 CFR 261.20 und 1070.48[a]; Zulauf (Fn. 22), 350 f.

<sup>132</sup> Consumer Financial Protection Bureau (CFPB), CFPB Compliance Bulletin 2015-01, 2 f.

<sup>133</sup> Hierzu insb. 12 CFR 261.20; relativierend zum Amtsgeheimnis Art. 22 und Art. 34 FINMAG.

<sup>134</sup> Nelles/Saltzman (Fn. 131), 2; American Financial Services Association (AFSA), Examining Regulatory Relief Proposals for Community Financial Institutions, Part II, Hearing in front of the U.S. House of Representatives Committee on Financial Services, 15.7.2014, 1 f., abrufbar unter <<https://www.afsaonline.org>>.

<sup>135</sup> Jürgen Habermas, Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns, Frankfurt a.M. 1984, 177 f.; siehe auch Thorsten Franz, Einführung in die Verwaltungswissenschaft, Wiesbaden 2013, 491.

heit); ausländische Ermittlungsinteressen können jedoch dem ebenfalls aufgelisteten Interesse an der Verhütung von Straftaten zugeschrieben werden.

Die gegenseitige kooperative Berücksichtigung von Interessen ist in einer globalisierten Welt mit offenen Grenzen für Waren, Dienstleistungen und Personen sowie international agierenden Finanzmarktteilnehmern unerlässlich, sodass sowohl auf der Ebene der EMRK als auch im Rahmen von Art. 36 BV ausländische öffentliche Interessen berücksichtigt werden sollten. Die Staaten sind zudem immer weniger bereit, in diesem liberalen System staatlichen Trittbrettfahrern mit einer dominanten, aber nicht gesamtwohlfahrtsfördernden Strategie den offenen Marktzugang zu gewähren. Nicht kooperative Verhaltensweisen der Schweiz können so zur Abschottung des schweizerischen Finanzmarktes von ausländischen Märkten führen. Insofern erscheint die Berücksichtigung ausländischer Interessen auch aus einer landeszentrischen Sicht angezeigt.

Die Berücksichtigung ausländischer Ermittlungsinteressen ist grundsätzlich Teil der Rechtshilfe in Strafsachen, sodass weiter fraglich erscheint, ob diese auch in Amtshilfeverfahren herangezogen werden dürfen. Die neuen Bestimmungen zur nachträglichen Information schützen die (Ermittlungs-)Interessen der ersuchenden ausländischen Behörden nun aber explizit, sodass die strenge Abgrenzung zwischen Rechts- und Amtshilfe aufgeweicht wird.<sup>136</sup> Demgegenüber ist Art. 42c Abs. 5 FINMAG für Zustimmungserfordernisse allgemeiner gehalten und setzt ein Interesse voraus, das im Bereich der Aufgaben der FINMA liegt. Hierzu zählt auch die Amtshilfetaätigkeit.<sup>137</sup> In diesem Bereich sind Art. 42a Abs. 5 FINMAG und Art. 21a Abs. 3 StAhiG jedoch *leges speciales* zu Art. 42c Abs. 5 FINMAG. Bei der Anwendung von Art. 42c Abs. 5 FINMAG muss daher sichergestellt werden, dass die spezifischen Voraussetzungen und Rechtsfolgen des Amtshilferechts nicht umgangen werden, also insbesondere kein weiter gehender Informationsschutz über Art. 42c Abs. 5 FINMAG erreicht wird.<sup>138</sup> Insofern erscheint die Möglichkeit

begrenzt, ein Zustimmungserfordernis auf ausländische Ermittlungsinteressen zu stützen. Die Kombination eines Zustimmungserfordernisses mit einem Informationsverbot wäre grundsätzlich denkbar, aber wohl wenig sinnvoll.<sup>139</sup>

##### (5) Individualschutz

Ein Zustimmungserfordernis könnte schliesslich mit dem Schutz der Grundrechte Dritter gerechtfertigt werden (Art. 36 Abs. 2 BV).<sup>140</sup> Die FINMA führte entsprechend vor Bundesgericht an, das Zustimmungserfordernis schütze private Daten zu Mitarbeitenden und anderen natürlichen Personen, externen Vermögensverwaltern, anderen Banken etc., die zum überwiegenden Teil im Fokus der US-Behörden stünden und deren Verhandlungsposition durch eine unkontrollierte Offenlegung der Verfügung erheblich beeinträchtigt würde.<sup>141</sup>

Der Schutz der Privatsphäre ist grundsätzlich legitim und ein ausreichend sanktioniertes Zustimmungserfordernis auch geeignet, diesen Schutz zu sichern. Es stellt sich allerdings die Frage, ob diese Massnahme erforderlich ist. Die Kunden und Mitarbeiter der Beaufsichtigten sowie Dritte werden primär durch die finanzmarktrechtlichen Berufsgeheimnisse (insb. Art. 47 BankG), das Datenschutzrecht, die Amtshilfebestimmungen sowie die Straftatbestände von Art. 271 und 273 StGB geschützt.<sup>142</sup> Zwar wird der strafrechtliche Schutz durch Art. 42c FINMAG insofern relativiert, als in Zukunft keine Bewilligung für die Informationsübermittlung im Sinne von Art. 271 StGB mehr erforderlich ist.<sup>143</sup> Nach Art. 42c Abs. 1 lit. b und Abs. 2 FINMAG muss der Beaufsichtigte bei der Informationsübermittlung allerdings explizit noch immer die Rechte von Kunden und Dritten wahren. Hinzu kommt, dass als mildere Massnahme eine Pflicht zur Anonymisierung infrage kommt, die

<sup>136</sup> Vgl. Botschaft FinfraG 2014 (Fn. 87), 7613 f.

<sup>137</sup> Siehe auch Art. 6 Abs. 2 FINMAG und BSK FINMAG/BEHG-Winzler (Fn. 36), N 6 zu Art. 6 FINMAG.

<sup>138</sup> Vgl. Yves Mauchle, Normenkonkurrenzen im Obligationenrecht – zugleich ein Beitrag zum Verhältnis von Irrtumsanfechtung und Sachmängelhaftung, AJP 7/2012, 933–952, 940, 946.

<sup>139</sup> Zur Kumulation Mauchle (Fn. 138), 938.

<sup>140</sup> Art. 8 Abs. 2 und Art. 10 Abs. 2 EMRK verlangen lediglich den Schutz der Rechte Dritter.

<sup>141</sup> BGER 2C\_1058/2014 vom 28.8.2015 E. 3.2.

<sup>142</sup> Hierzu bspw. Adrian Plüss, Datenlieferungen im Rahmen des sogenannten US-Programms, AJP 10/2015, 1360–1370, 1361 f.; Tobias F. Rohner/Michael Peter, Programm zur Beilegung des Steuerstreits der Schweizer Banken mit den USA, ST 10/2013, 732–740, 737 ff.; Matthias Michlig, Bankgeheimnisverletzung (Art. 47 BankG) unter dem Aspekt der Lieferung von Personendaten ans U.S. Department of Justice, AJP 8/2014, 1055–1062, 1060 ff.

<sup>143</sup> Vgl. Botschaft FinfraG 2014 (Fn. 87), 7620.



sich ebenfalls aus den allgemeinen Informations-schranken ergibt.<sup>144</sup> Private Interessen sind damit grundsätzlich ausreichend durch die allgemeinen Informations-schranken geschützt, weshalb ein Zustimmungserfordernis in aller Regel nicht erforderlich ist.

#### 4.2.4 Befristung

Aus dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit ergibt sich, dass ein Zustimmungserfordernis nach Art. 42c Abs. 5 FINMAG zu befristen ist.<sup>145</sup> In aller Regel wird die FINMA nur für eine begrenzte Zeit ein berechtigtes Interesse am Zustimmungserfordernis haben, so dass sich ein unbefristetes Verbot kaum rechtfertigen lässt. Denkbar wäre aber eine *sunset clause*.<sup>146</sup>

#### 4.2.5 Schwächen der EMRK

Bei der Beurteilung von Finanzmarktfragen zeigen sich zwei Schwächen der EMRK. Erstens sind die rechtfertigenden öffentlichen Interessen der Konvention nur beschränkt kompatibel mit den Interessen der Finanzmarktregulierung. Zweitens ist die EMRK mit Blick auf die internationale Zusammenarbeit zu stark auf nationale Interessen fokussiert. Es ist jedoch fraglich, ob eine Anpassung der EMRK realistisch ist.

### 5. Schlussbetrachtung

Zustimmungserfordernisse der FINMA bewegen sich in einem verfassungs- und völkerrechtlich sensiblen Bereich. Das Bundesgericht stellte im vorliegenden Entscheid klar, dass die FINMA ein Zustimmungserfordernis nicht gestützt auf allgemeine Regeln aussprechen kann und zeigte der FINMA damit die durch das Legalitätsprinzip gesetzten Grenzen. Der Gesetzgeber reagierte prompt auf den im Ergebnis gleichen Entscheid der Vorinstanz und schaffte eine gesetzliche Grundlage für Zustimmungserfordernisse in Art. 42c Abs. 5 FINMAG. Das Bundesgericht stellte jedoch ebenfalls klar, dass ein Zustimmungserfordernis die Rechte der informationellen Selbstbestimmung sowie der Meinungsäusserungsfreiheit tangiert. Entsprechend muss auch die neue Bestimmung verfassungs- und völkerrechtskonform ausgelegt wer-

den. Die Prüfung verschiedener öffentlicher Interessen hat ergeben, dass sich ein Zustimmungserfordernis abgesehen von den strafrechtlich motivierten Fällen in Amtshilfeverfahren (Art. 21a StAhiG; Art. 42a Abs. 5 FINMAG) nur selten rechtfertigen lässt. Ausserdem erscheint aus Gründen der Rechtssicherheit, der Rechtsgleichheit, des Schutzes der Verfahrensbeteiligten vor einer Geheimjustiz sowie der Stärkung des Vertrauens in die Finanzmarktaufsicht die Veröffentlichung von Verfügungen der FINMA in anonymisierter Form *de lege ferenda* als Grundsatz angezeigt.

Die Rahmengesetzgebung im Finanzmarkt und die umfangreiche Nutzung dieser Freiräume durch die FINMA stehen nicht nur in einem Spannungsverhältnis zum Legalitätsprinzip, sondern auch zur Gewaltenteilung. Die FINMA erfüllt dabei zwar nicht *de jure*, aber *de facto* eine legislatorische Funktion. Hinzu kommen die Funktionen einer Strafverfolgungsbehörde sowie der Wirtschaftspolizei. Diese Machtkonzentration erscheint umso problematischer, als Verfügungen der FINMA aufgrund der Kosten, des kontinuierlichen Spiels sowie der Öffentlichkeit von Verfahren nur selten angefochten werden und die FINMA selbst kaum demokratisch legitimiert ist. Die Schaffung eines vom Parlament zu wählenden Gremiums für legislative Aufgaben und weitere organisatorische Abtrennungen sind daher angezeigt.

Ferner findet – wie soeben angedeutet – ein Prozess der Verschmelzung nicht nur von Amts- und Rechtshilfe, sondern generell von Aufsichtsrecht und Strafrecht statt, was sich namentlich anhand der zunehmenden Berücksichtigung von Strafverfolgungsinteressen im Aufsichtsrecht sowie der teilweise einschneidenden Massnahmen der FINMA zeigt. Die strafrechtlichen Verfahrensgarantien müssen somit zunehmend auch im Aufsichtsrecht berücksichtigt werden, um der Umgehungsgefahr durch den Staat entgegenzuwirken. Gleichzeitig aber findet eine Internationalisierung des Rechtsschutzes statt, wonach es genügt, wenn der Rechtsschutz nach einer Informationsübermittlung im Ausland gewährt wird. Diese zunehmende Internationalisierung lässt es fraglich erscheinen, wie lange die Informationsübermittlung selbst noch als Anknüpfungspunkt für Verfahrensgarantien betrachtet werden kann.

<sup>144</sup> So auch Watter/Kägi (Fn. 59), 43, 50; vgl. Art. 9 BGÖ.

<sup>145</sup> BGE 131 I 425 E. 6.4; Marcel Buttiger, Schweigepflicht der Bank im Strafverfahren, SJZ 1994, 377–381, 379.

<sup>146</sup> So auch Zulauf (Fn. 22), 351.