

Intransparentere FINMA-Praxis

Nach FINMA-Bulletin auch Enforcementbericht eingestellt

Sandro Abegglen | Martin Schaub*

The abolishment of the FINMA Bulletin and the FINMA enforcement report render significant parts of financial market supervisory practice inaccessible. A resumption of these series is desirable to enable market participants to gauge FINMA expectations and to check their

equal treatment, and the public to oversee the authority's workings. These goals are widely acknowledged to warrant publication of competition law decisions and are no less persuasive here.

Als Aufsichts- und Regulierungsbehörde über den drittgrössten Wirtschaftszweig des Landes nimmt die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA eine auch rechtsstaatlich wichtige Rolle ein. Diese verpflichtet zur Transparenz, die die Behörde zum einen durch Rundschreiben¹ und Aufsichtsmitteilungen schafft, worin sie ihre Praxis generalisiert darlegt. Zum andern informiert sie via Medienmitteilungen über ausgewählte Einzelfälle, insbesondere aus dem Enforcement (Rechtsdurchsetzung), und stellt zudem zu allen Enforcemententscheiden eine Kurzzusammenfassung zur Verfügung². Der bisherige «Enforcementbericht», worin diese Zusammenfassungen nebst Statistiken jährlich kompakt dargestellt wurden, erschien dieses Jahr allerdings nicht mehr. Die statistischen Daten sind nunmehr bloss noch in Rohform in verschiedenen Excel-Dateien zu finden,³ und die Entscheide müssen einzeln in einer Online-Datenbank abgerufen werden. Womöglich war es ironisch gemeint, dass dies unter dem Titel der «erhöhten Transparenz» kommuniziert wurde⁴.

Ohnehin geben die summarischen Fallschilderungen die Erwägungen selten so detailliert wieder, dass die Marktteilnehmer daraus Massstäbe für ihr eigenes Verhalten ableiten könnten. So weist die FINMA oft auf Mängel bei der Organisation, im Risikomanagement oder bei den Abklärungen des wirtschaftlichen Hintergrunds von Transaktionen als

Grund für ihre eingreifenden Massnahmen hin. Was dabei aber konkret im Argen lag bzw. stattdessen erwartet würde, liess sich nur anhand der spezifischen Erwägungen ermessen.

Deshalb wurden früher im «EBK-» bzw. «FINMA-Bulletin»⁵ anonymisiert auch längere Auszüge aus wichtigen Verfügungen und Urteilen publiziert, doch wurde dieses 2017 ebenfalls eingestellt. In Bezug auf die – heute im Internet frei zugänglichen – Urteile ist dies zu verschmerzen. Diesen lassen sich im Übrigen oft auch Einzelheiten zu den angefochtenen Verfügungen entnehmen, was jedoch naturgemäss lückenhaft ist, nur schon, weil Verfügungen in bestimmten Bereichen kaum je angefochten werden.

Zu guter Letzt haben auch die Jahresberichte der FINMA stark an Informationsgehalt eingebüsst, nachdem v.a. jene der EBK noch wertvolle Ausführungen zur Praxis zu allen Aufsichtsgesetzen enthielten.

Diese (im Übrigen nicht auf die FINMA beschränkte⁶) Entwicklung ist umso problematischer, als die FINMA-Rundschreiben zunehmend prinzipienbasiert formuliert sind und überhaupt ausgedünnt wurden und werden. Das entspricht zwar seit diesem Jahr einer gesetzlichen Vorgabe⁷ und hat auch seine Vorteile, rief aber nach einer Kompensation durch grössere Entscheidstransparenz.

* PD Dr. Sandro Abegglen, LL.M, Fürsprecher und Dr. Martin Schaub sind als Partner bzw. Senior Associate bei einer Wirtschaftskanzlei in Zürich regelmässig im Finanzmarktaufsichtsrecht tätig.

¹ S. Art. 7 Abs. 1 lit. b FINMAG.

² Auf www.finma.ch nicht zu finden unter der Rubrik «Dokumentation», sondern unter «Durchsetzung» > «Kassuistik und Gerichtsentscheide».

³ S. <https://www.finma.ch/de/dokumentation/finma-publicationen/kennzahlen-und-statistiken/statistiken/enforcement/>.

⁴ S. <https://www.finma.ch/de/news/2020/04/20200402-mm-finma-gb-2019/>.

⁵ Anders als die aktuellen Entscheide (Fn. 2) auf www.finma.ch unter der Rubrik «Dokumentation» > «Ausgewählte Entscheide» zu finden.

⁶ 2017 wurde auch die Reihe «Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (VPB)» eingestellt, offenbar in der Meinung, Entscheide könnten weiterhin auf den einzelnen Behörden-Webseiten veröffentlicht werden. Ein derart zerstreuter Publikationsmodus kann allerdings eine konzentrierte, dauerhaft verfügbare und regelmässig erscheinende Entscheidungssammlung nicht ersetzen.

⁷ Art. 7 Abs. 2 FINMAG.

Gefährdete Waffengleichheit und Rechtssicherheit

Speziell in stark praxisgeprägten und sich entwickelnden Teilbereichen drohen aufgrund dessen Beaufschlagte zunehmend im Dunkeln oder Halbdunkeln zu tappen, wenn sie nicht etwa auf Berater mit eigenem Erfahrungsschatz zurückgreifen können. Damit ist die Waffengleichheit gegenüber der FINMA in Frage gestellt – v.a. eine rechtsungleiche Behandlung lässt sich jeweils vor Gericht kaum nachweisen, zumal Gerichte kein Verständnis für den Beweisnotstand zeigen⁸. Im einzigen Fall einer entsprechenden erfolgreichen Rüge gelang dies denn auch nur durch Vergleich mit allesamt ausschliesslich im EBK-Bulletin publizierten Präzedenzfällen.⁹ Auch der Effizienz ist es nicht förderlich, wenn bereits Entschiedenenes immer wieder neu erarbeitet, «durchverhandelt» oder erfragt werden muss.¹⁰ Womöglich nimmt die FINMA Letzteres in

Kauf, weil sie den Vorteil höher gewichtet, sich ihren Entscheidungsspielraum nicht durch veröffentlichte Präjudizien einzuengen. Rechtssicherheit, Rechtsgleichheit und auch die allgemeine Transparenz der Staatstätigkeit gebieten es aber, dass zumindest grundlegende Entscheide der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, gerade wo einer Behörde erhebliches Ermessen zukommt.

Dies gilt im Finanzmarktrecht genauso wie etwa im Wettbewerbsrecht, wo das Bundesgericht im *Nikon*-Entscheid die WEKO-Praxis schützte, ihre Entscheide (wenn auch gekürzt) sogar unter Namensnennung¹¹ zu publizieren:

«Erstens haben Entscheide im Rahmen des Kartellgesetzes einen Einfluss auf das Wirtschaften der Unternehmer; es ist deshalb naheliegend, dass die Verfügungen der Öffentlichkeit zur Kenntnis gebracht werden (u.a. quasi als Warnung [...]), damit diese ihr Verhalten an der Praxis der Wettbewerbsbehörden ausrichten können. Dies ist zum einen wegen der geringen Anzahl von höchstrichterlichen Entscheiden und angesichts der – aufgrund von zu beantwortenden komplexen Fragen – langen Verfahrensdauer und zum anderen wegen der Tatsache, dass nicht jede ursprünglich strittige Frage bis vor das Bundesgericht getragen wird, besonders angezeigt. Insofern dient die Veröffentlichung zunächst der Prävention und der Rechtssicherheit [...].

Die Veröffentlichung von Verfügungen der WEKO dient zweitens auch der Transparenz der Verwaltungsaktivitäten, insbesondere über die Rechtsanwendung und Rechtsfortentwicklung. [...]

Drittens sollen mit der Veröffentlichung der Verfügungen die verschiedenen, mit Wirtschaftsfragen befassten kantonalen und Bundesbehörden über die Praxis der Spezialisten informiert werden [...]. Es geht mit anderen Worten nicht nur darum, dass die WEKO für sich und die Unternehmen ihre Praxis publiziert, sondern zum einen auch für kantonale Behörden für zivilrechtliche Verfahren [...] oder für Verwaltungsverfahren [...] und zum anderen für andere Bundesbehörden [...].

Sinn und Zweck der Veröffentlichung der Entscheide der WEKO decken sich somit im Wesentlichen mit dem Sinn und Zweck der Publikation gerichtlicher Entscheide [...].» (BGE 142 II 268, 273 f.)

⁸ S. z.B. BVGer B-4757/2017 vom 27. Februar 2020, E. 15.6: «Die Rüge des Beschwerdeführers, dass der ihm gegenüber verfügte Einziehungsbetrag unverhältnismässig hoch sei, weil sein Fall viel leichter sei als zwei andere Fälle, die im FINMA-Jahresbericht 2015 und in einer Tageszeitung dargelegt worden seien und in denen die Vorinstanz ein weniger langes Berufsverbot gegen einen Händler und im Verhältnis zu den erzielten Gewinnen wesentlich geringere Einziehungsbeträge verfügt habe, basiert allein auf unbewiesenen Behauptungen des Beschwerdeführers. Die massgeblichen Faktoren für die Ermittlung der Einziehungsbeträge jener Fälle wurden durch die Vorinstanz, die diesbezüglich ein Aufsehungsgeheimnis zu wahren hat, weder öffentlich bekannt gegeben noch im vorliegenden Verfahren dargelegt. Die sinn gemässe Rüge des Beschwerdeführers, die Vorinstanz verfolge eine rechtsungleiche Praxis, bleibt damit unsubstantiiert.»

⁹ BVGE 2008/23, E. 6.5–6.7.

¹⁰ S. für die zunehmend vor die Gerichte getragenen Kostenfragen auch *Braid*, Les frais de procédure et d'investigation sous pression, SZW 2020, 168–173, 173, der deswegen eine verbesserte Publizität auch im Eigeninteresse der FINMA sieht: «Du point de vue de la FINMA, la situation actuelle n'est pas non plus satisfaisante puisqu'une partie importante des recours au TAF porte sur les émoluments de surveillance. À notre avis, il serait opportun qu'une section des décisions de la FINMA soit spécialement dédiée aux raisons qui ont justifié l'ouverture d'une procédure. En outre, il serait intéressant d'élargir le rapport annuel d'enforcement de la FINMA à ces questions. Cela permettrait d'une part de renforcer la pratique de la FINMA en développant une casuistique et des critères transparents et clairs pour les assujettis et d'autre part d'éviter qu'une trop grande partie des ressources de la FINMA soit allouée à la défense des émoluments de surveillance devant les tribunaux fédéraux.»

¹¹ Mit ganz wenigen Ausnahmen: In BVGer B-5117/2016 vom 30. Januar 2019 wurde (evtl. schon von der WEKO selbst, was allerdings aus dem Entscheid nicht klar hervorgeht) eine anonymisierte Publikation über den Verzicht auf eine Verfahrenseröffnung angeordnet.

Anonymisierte Publikation wünschenswert

Wenn auch im FINMAG anders als im Kartellgesetz¹² eine explizite Grundlage für die Publikation fehlt,¹³ ist eine solche aus denselben rechtsstaatlichen wie praktischen Gründen dort dennoch nicht weniger geboten.¹⁴ Im Übrigen verpflichtet Art. 22 Abs. 1 FINMAG die Behörde zur Information der Öffentlichkeit über ihre Aufsichtstätigkeit und -praxis, was auch die allenfalls nötige gesetzliche Grundlage für die Publikation darstellte.¹⁵ In bestimmten Bereichen (aber nicht mehr generell wie noch die EBK¹⁶) hat sich die FINMA zudem die Information über ihre Praxis selbst auferlegt¹⁷, und in den Strategiezielen hat sie sich zur

«grösstmögliche[n] Transparenz» über ihre Tätigkeiten bekannt.¹⁸

Eine Wiederaufnahme der Veröffentlichung in der bewährten früheren Weise wäre deshalb klar angezeigt und würde sich ins FINMA-Ziel einordnen, «ihre Publikationen laufend [zu optimieren]». ¹⁹ Wie seit jeher soll dabei – anders als bei der WEKO, wo die Rechtsgrundlage eine andere ist²⁰ – auf eine Namensnennung verzichtet werden. Den Geheimhaltungsinteressen der Parteien ist auch sonst durch Beschränkung auf die rechtlich wichtigen Erwägungen Rechnung zu tragen, insbesondere wenn deren Identität aufgrund einer Medienmitteilung (Art. 22 Abs. 2 FINMAG) bekannt ist oder sonstwie erschlossen werden kann. Dies und die Anonymisierung würde auch den bei der WEKO zahlreichen und für die Gerichte aufwendigen Anonymisierungs- und Kürzungsbeschwerden²¹ vorbeugen. Im Gegenzug könnten die Medienmitteilungen, die teilweise die Funktion des Bulletins übernommen zu haben scheinen, wieder auf Fälle beschränkt werden, in denen wirklich nicht nur der Sachverhalt und dessen Beurteilung, sondern auch die Identität des Instituts von allgemeinem Interesse ist.

¹² Art. 48 Abs. 1 KG: «Die Wettbewerbsbehörden können ihre Entscheide veröffentlichen.»

¹³ Ausser für die Publikation unter Namensnennung nach Art. 34 FINMAG, die aber praktisch nur bei unerlaubt tätigen Personen zum Zuge kommt, Warnzwecken dient und jeweils aufs Dispositiv beschränkt ist (s. <<https://www.finma.ch/de/durchsetzung/enforcementinstrumente/veroeffentlichung-von-endverfuegungen/>>).

¹⁴ S.a. Watter/Kägi, Öffentliche Information über Verfahren und Entscheide in der Finanzmarktaufsicht – zwischen Transparenz und Pranger, AJP 2005, 39–52, 50: «Die (anonymisierte) Publikation der Praxis verbessert deren Vorhersehbarkeit (zum Nutzen oder als Warnung für die Rechtsunterworfenen), fördert damit die Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit und dient auch der Rechenschaftslegung über die Aufsichtstätigkeit.»

¹⁵ In BVGer B-5117/2016 vom 30. Januar 2019, E. 6, liess das Gericht – da sowieso der spezifischere Art. 48 Abs. 1 KG anwendbar war – offen, ob (der Art. 22 Abs. 1 FINMAG entsprechende) Art. 49 KG eine genügende gesetzliche Grundlage für eine Entscheidveröffentlichung darstellt. Der Grund für die Zweifel dürfte darin gelegen haben, dass die Partei offenbar trotz Anonymisierung (s.o. Fn. 11) mit einer Identifikation rechnen musste (E. 8.5.1), weshalb das DSG anwendbar war (E. 8) und eine zu allgemeine gesetzliche Grundlage problematisch erscheinen konnte. Bei effektiver Anonymisierung (auch bei verbleibender Möglichkeit der Identifikation durch wenige «Insider») reicht u.E. eine Bestimmung wie Art. 22 Abs. 1 FINMAG klar aus. Auch BGer 2A.230/1999 vom 2. Februar 2000, E. 1.d (EBK Bulletin 40/2000, S. 37, 48), sah nur «die nicht anonymisierte Publikation einer Verfügung der Bankenkommision» als potentiell unzulässig an.

¹⁶ S. das Reglement über die Eidgenössische Bankenkommision (R-EBK) vom 20. November 1997 (aSR 952.721, <<https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19970484/index.html>>; AS 1998 27), Art. 20: «Die Bankenkommision veröffentlicht in ihren Bulletins Grundsatzzentscheide und behandelt Erlasse und aufsichtsrechtliche Fragen von besonderer Tragweite.»

¹⁷ S. für die Geldwäschereiaufsicht Art. 3 Abs. 3 GWV-FINMA («Die FINMA macht ihre Praxis öffentlich bekannt»).

¹⁸ FINMA, Strategische Ziele 2021 bis 2024, <<https://www.finma.ch/de/news/2020/11/20201118-mm-strategische-ziele-2021-2024/>>, S. 3, 17. S.a. die dazugehörigen «Schwerpunkte der Umsetzung» (ebd.), S. 5 («Die FINMA informiert regelmässig und transparent über die aufsichtsrechtlichen Anforderungen an Finanzinstitute»), 11 («Die FINMA informiert aktiv und transparent über ihre Tätigkeit»).

¹⁹ FINMA, Strategische Ziele 2021 bis 2024 – Schwerpunkte der Umsetzung (Fn. 18), S. 11.

²⁰ Nach Art. 28 Abs. 2 KG ist die Eröffnung von Untersuchungen inkl. deren Adressaten bekannt zu machen. Die Namensnennung im abschliessenden Entscheid fällt damit kaum mehr ins Gewicht. Demgegenüber setzt Art. 34 FINMAG für die Verfügungspublikation unter Namensnennung eine spezifische Anordnung und besondere, in der Person des Adressaten liegende Gründe (insb. Wiederholungsgefahr) voraus (s. zuletzt BGer 2C_92/2019 vom 31. Januar 2020 [BGE -Publ.], E. 6.2 und 6.3, und etwa BGer 2C_220/2020 vom 15. Juni 2020).

²¹ S. z.B. BGer 2C_250/2019 vom 17. Juli 2020 («Getränkimport» – Schlussbericht); BVGer B-6759/2019 vom 13. Oktober 2020 («Fahrzeugleasing» – einvernehmliche Regelung); B-2548/2019 vom 21. September 2020 (Tamedia/Goldbach – Stellungnahme); B-80/2019, B-130/2019, B-126/2019 und B-127/2019 vom 1. September 2020 («Luftfracht»).