

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

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

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

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

1.1 Grundsätzliches**1.1.1 Unterstellungsverfahren**

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

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

In Anwendung von Art. 37 Abs. 3 FINMAG³ gelten die Rechtsfolgen eines Bewilligungsentzuges analog, wenn ein Beaufsichtigter tätig ist, ohne über eine Bewilligung, eine Anerkennung, eine Zulassung oder eine Registrierung zu verfügen. Diese Regelung kodifiziert eine bereits früher durch die EBK entwickelte und vom Bundesgericht bestätigte Praxis zur Liquidation illegaler Banken und Effektenhändler, welche auch im Bereich des Geldwäschereigesetzes übernommen wurde.⁴ Im Ergebnis enden solche Verfahren oft mit der aufsichtsrechtlichen Liquidation oder dem Konkurs der betroffenen Unternehmen.⁵

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

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

² BGE 135 II 356 E. 3.1.

³ SR 956.1.

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

⁵ PEYER, loc. cit.

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

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

1.1.2 Gruppenbegriff bei unbewilligt tätigen Unternehmen

Wie das Bundesgericht in jüngeren Entscheiden⁹ mehrfach bestätigt hat, kann eine bewilligungspflichtige Aktivität im Finanzmarkt auch bei einem arbeitsteiligen Vorgehen im Rahmen einer Gruppe vorliegen: Die Bewilligungspflicht und die finanzmarktrechtliche Aufsicht sollen nicht dadurch umgangen werden können, dass jedes einzelne Unternehmen und die dahinter stehenden Personen für sich allein nicht alle Voraussetzungen für die Bewilligungspflicht erfüllen – etwa je weniger als 20 Einlagen halten –, im Resultat gemeinsam aber dennoch eine bewilligungspflichtige Tätigkeit ausüben. Das Erfassen von bewilligungslos tätigen Intermediären im Rahmen einer Gruppe aufgrund einer wirtschaftlichen statt einer rein formellen Betrachtungsweise mit den entsprechenden aufsichtsrechtlichen Konsequenzen richtet sich gegen den Rechtsmissbrauch und soll verhindern, dass Akteure, die in Umgehung der finanzmarktrecht-

⁶ Entscheid 2C_71/2011 E. 4.3.

⁷ Entscheid 2C_71/2011 E. 4.5.

⁸ ROTH PELLANDA, op. cit., N. 27 ad Art. 37 FINMAG.

⁹ BGE 135 II 356 E. 3.2 und BGE 136 II 43 E. 4.3.1.

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

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

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

Gemäss der Klarstellung des Bundesgerichts¹³ darf dabei nicht auf den abweichenden Gruppenbegriff im Zusammenhang mit den börsenrechtlichen Meldepflichten¹⁴ oder der bankenrechtlichen Gruppenaufsicht¹⁵ zurückgegriffen werden, welche anderen Zwecken dienen als die gruppenmässige Erfassung von bewilligungslos tätigen Intermediären. Damit handelt es sich bei der bewilligungslos tätigen Gruppe um einen eigenständigen Begriff.¹⁶

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

¹⁰ BGE 136 II 43 E. 4.3.3.

¹¹ BGE 136 II 43 E. 4.3.1.

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

¹³ BGE 136 II 43 E. 4.3.2.

¹⁴ Art. 20 BEHG.

¹⁵ Art. 3c und Art. 4^{ter} BankG.

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

¹⁷ BLOCH/VON DER CRONE, op. cit., S. 167 f.

1.1.3 Rechtsfolgen

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

Verletzt ein Beaufsichtigter – oder eine ohne Bewilligung tätige Gesellschaft oder Person²⁰ – die Bestimmungen der Finanzmarktaufsichtsgesetze, so sorgt die FINMA für die Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes.²¹ Sie kann insbesondere einen Untersuchungsbeauftragten einsetzen,²² die Verletzung von Aufsichtsrecht mittels einer Verfügung feststellen,²³ unrechtmässig erzielten Gewinn einziehen,²⁴ eine rechtskräftige aufsichtsrechtliche Verfügung veröffentlichen²⁵ oder die aufsichtsrechtliche Liquidation des Finanzintermediärs anordnen²⁶. Sämtliche dieser Massnahmen kann die FINMA gegen alle Mitglieder der Gruppe einsetzen. Die Verfahrenskosten werden dabei solidarisch allen im entsprechenden Verfahren einbezogenen Gesellschaften und Personen auferlegt. Rechtfertigt es sich, eine Aktivität gruppenweise zu erfassen, ist es regelmässig konsequent, den einzelnen Mitgliedern auch die entstandenen Kosten solidarisch aufzuerlegen, andernfalls es zu einem ungerechtfertigten Wertungswiderspruch zwischen dem Sach- und dem Kostenentscheid käme. Die interne Aufteilung ist eine Frage des Regresses und nicht Aufgabe der Aufsichtsbehörde.²⁷

1.1.4 Eingrenzung durch das Verhältnismässigkeitsprinzip

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

¹⁸ BGE 136 II 43 E. 6.3.3.

¹⁹ PEYER, op. cit., S. 776.

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

²¹ Art. 31 FINMAG.

²² Art. 36 FINMAG.

²³ Art. 32 FINMAG.

²⁴ Art. 35 FINMAG.

²⁵ Art. 34 FINMAG.

²⁶ Art. 37 FINMAG sowie
Art. 23^{quiquies} BankG,
Art. 36 BEHG,
Art. 134 KAG.

²⁷ Entscheid 2C_30/2011
E. 6.1.

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

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

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

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

1.2 «Fina»-Entscheid des Bundesgerichts vom 12. Januar 2012³⁵

1.2.1 Relevante Erwägungen

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

²⁹ BGE 136 II 43 E. 7.3.1

³⁰ BGE 136 II 43 E. 4.3.2.

³¹ BGE 136 II 43 E. 7.3.2.

³² BGE 136 II 43 E. 7.3.4.

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

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

³⁵ Entscheid 2C_30/2011.

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

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

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

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

³⁶ Entscheid 2C_30/2011
E. 3.1.1.

³⁷ Entscheid 2C_30/2011
E. 3.1.2.

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

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

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

³⁸ Entscheid 2C_30/2011
E. 3.1.3.

³⁹ Entscheid 2C_30/2011
E. 4.2.

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

1.2.2 Würdigung

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

2 Urteilsveröffentlichung oder der neue Pranger und seine Schranken

2.1 Grundsätzliches

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

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

2.1.1 Natur und Zweck der Urteilsveröffentlichung

Der Veröffentlichung von Endverfügungen unter Namensnennung liegt die Idee eines Pranger-Effektes zugrunde.⁴¹ Das öffentliche «Naming and Shaming» soll als Spezialprävention bezwecken, dass die Betroffenen nicht mehr gegen das Aufsichtsrecht verstossen. Es soll gleichzeitig generalpräventiv wirken, weil die Sanktion eine gewisse abschreckende Prangerwirkung zeitigt.⁴²

Zusätzlich zur abschreckenden und damit generalpräventiven Wirkung, soll dieses Aufsichtsinstrument durch die Ahndung begangenen Unrechts auch eine repressive Wirkung entfalten. Obwohl die Botschaft zum FINMAG⁴³ der Veröffentlichung unter Namensnennung lediglich Sanktionscharakter zuspricht, handelt es sich gemäss Rechtsprechung und Lehre um eine repressive verwaltungsrechtliche Sanktion.⁴⁴

2.1.2 Entstehungsgeschichte

Vor Inkrafttreten von Art. 34 FINMAG konnte die Aufsichtsbehörde in Anwendung von Art. 35 Abs. 5 BEHG⁴⁵ (in der Fassung vom 24. März 1995) bei Widersetzlichkeit gegen eine vollstreckbare Verfügung diese im Schweizerischen Handelsamtsblatt veröffentlichen oder in anderer Form bekannt machen, wenn sie dies angedroht hatte. Eine Publikation erfolgte somit nur, wenn die Betroffenen in Verletzung des Gesetzes wiederum einer bewilligungspflichtigen Tätigkeit nachgegangen waren. Durch die entsprechende Androhung wurden sie daher kaum berührt.⁴⁶ Art. 34 FINMAG sieht heute vor, dass die FINMA ihre Endverfügung nach Eintritt der Rechtskraft unter Angabe von Personendaten in elektronischer oder in gedruckter Form publizieren kann, wenn eine schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen vorliegt und die Publikation in der Verfügung selber angeordnet wird. Es handelt sich somit nicht mehr um eine blossе Androhung, sondern um die Anordnung der Publikation als solche, was viel weit reichendere Folgen für die Betroffenen hat.⁴⁷

2.1.3 Abgrenzung zu anderen Veröffentlichungen

Die Zweckverfolgung der Veröffentlichung nach Art. 34 FINMAG muss von derjenigen nach Art. 22 Abs. 2 FINMAG abgegrenzt werden. Nach dieser Norm kann die FINMA zum Schutz der Marktteilnehmer oder Beaufsichtigten, zur Berichtigung unkorrekter Informationen oder zur Wahrung des Ansehens des Finanzplatzes über einzelne Verfahren informieren. Eine solche Information dient nur aufsichts-

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

⁴² THOMAS ISELI, Veröffentlichung von Verfügungen durch die FINMA, Jusletter 17.10.2011, Rz. 9.

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

⁴⁴ Entscheid 2C_929/2010 E. 5.2.1; Entscheid 2C_30/2011 E. 5.2.1; ISELI, op. cit., Rz. 24–25; HSU/BAHAR/RENNINGER, op. cit., N. 9 ad Art. 34 FINMAG.

⁴⁵ SR 954.1.

⁴⁶ BGE 135 II 356 E. 5.2.

⁴⁷ Entscheid 2C_929/2010 E. 5.2.1.

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

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

Ebenfalls zu unterscheiden ist die Urteilsveröffentlichung nach Art. 34 FINMAG von den Bekanntmachungen im Sanierungs- und Konkursverfahren gemäss Art. 33 Abs. 1 BankG⁵⁰, welche primär eine Sicherstellung der Fairness und Transparenz aufsichtsrechtlicher Verfahren zugunsten der Gläubiger der betroffenen Gesellschaften bezweckt.⁵¹

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

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

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

⁴⁹ HSU/BAHAR/RENNINGER, op. cit., N. 32 ad Art. 34 FINMAG; www.finma.ch, Enforcement/Unbewilligte Institute (Negativliste).

⁵⁰ SR 952.0.

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

⁵² ISELI, op. cit., Rz. 21.

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

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

Die Veröffentlichung muss in sachlicher, räumlicher, zeitlicher und persönlicher Hinsicht begrenzt werden. Die FINMA hat bei jeder Veröffentlichung sorgfältig zu prüfen, welchen Teil bzw. welche Dispositivziffern sie zu veröffentlichen gedenkt (sachliche Erforderlichkeit), wie lange die Veröffentlichung andauern soll (zeitliche Erforderlichkeit), wo und in welchen Medien veröffentlicht werden soll (räumliche Erforderlichkeit) und gegen welche Verfügungsadressaten die Sanktionierung angeordnet werden soll (persönliche Erforderlichkeit).⁵⁵ Die Verhältnismässigkeit und damit die Zulässigkeit der Massnahme hängt wesentlich von ihrer konkreten Ausgestaltung ab und kann vom Bundesgericht auf ihre Zulässigkeit nur geprüft werden, wenn diese genügend bestimmt ist.⁵⁶

2.1.5 Urteilsveröffentlichung und EMRK

Die Veröffentlichung von Verfügungen ist eine zivilrechtliche Angelegenheit im Sinne von Art. 6 EMRK⁵⁷. Die allgemeinen Verfahrensgarantien gemäss Art. 6 Abs. 1 EMRK sind daher anwendbar. Der Betroffene hat insbesondere das Recht auf eine unabhängige, richterliche Beurteilung. Der gerichtliche Entscheid muss mit voller Kognition in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht erfolgen, was beim Bundesverwaltungsgericht der Fall ist.⁵⁸

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

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

⁵³ Entscheid 2C_929/2010 E. 5.2.1.

⁵⁴ ISELI, op. cit., Rz. 13.

⁵⁵ ISELI, op. cit., Rz. 14.

⁵⁶ Entscheid 2C_929/2010 E. 5.2.1.

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

⁵⁸ LEBRECHT, op. cit., N. 18–20 ad Art. 54 FINMAG.

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

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

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

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

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

⁶¹ Entscheid B-4066/2010 E. 8.2.1.

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

⁶³ ISELI, op. cit., Rz. 25.

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

⁶⁵ BGE 107 Ia 52.

⁶⁶ BGE 107 Ia 52 E. 3c.

⁶⁷ BGE 107 Ia 52 E. 3d.

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

2.2 «Fina»-Entscheid des Bundesgerichts vom 12. Januar 2012⁶⁸

2.2.1 Relevante Erwägungen

Bereits im Zusammenhang mit der Rechtsprechung des Bundesgerichts in Bezug auf die Behandlung von Gruppen bei der Ausübung einer bewilligungspflichtigen Tätigkeit hat sich gezeigt, dass es sich beim erwähnten Entscheid um einen bemerkenswerten Fall handelt. Das Gleiche gilt in Bezug auf die Thematik der Urteilsveröffentlichung. Nachdem das Bundesgericht in einem Entscheid vom 13. April 2011⁶⁹ der Urteilsveröffentlichung gewisse Schranken gesetzt hatte, hatte es im erwähnten Fall die Gelegenheit, sich zur Umsetzung seiner Rechtsprechung durch die FINMA zu äussern.

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

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

⁶⁸ Entscheid 2C_30/2011.

⁶⁹ Entscheid 2C_929/2010 E. 5.2.

das Infina-System mit Vorsorgegeldern gestützt und gefördert bzw. die Fina-Gesellschaften zu diesem Zweck ausgehöhlt bzw. aushöhlen lassen. Sie waren dabei nicht untergeordnete Bedienstete, sondern – wie das «Cross-Selling» belegt – (wenn auch eher passive) Partner der Infina-Gesellschaften. Die FINMA hat erklärt, die Publikation des Werbeverbots auf ihre Internetseite und auf fünf Jahre zu beschränken. Entgegen den Einwänden der Beschwerdeführer ist die Massnahme damit – anders als dies beim Urteil 2C_929/2010 vom 13. April 2010 der Fall war – hinreichend bestimmt und verhältnismässig. Zwar machen sie geltend, dass keine Gefahr bestehe, dass sie wieder in einer bewilligungspflichtigen Art am Finanzmarkt tätig würden, gestützt auf ihr bisheriges Verhalten und Geschäftsgebaren muss der mit der Veröffentlichung nach Art. 34 FINMAG verbundene Schutz der Anleger ihrem Interesse jedoch vorgehen, dass das Werbeverbot nicht bekannt wird. Dessen Publikation hat Sanktionscharakter, dient jedoch in teilweiser Überschneidung mit Art. 22 Abs. 2 lit. a FINMAG zumindest indirekt auch vorbeugend dem Schutz des Publikums vor Aktivitäten von Finanzintermediären, die bereits einmal in schwerwiegender Weise gegen aufsichtsrechtliche Pflichten verstossen haben. Die Verfahren um die Infina-Gruppe haben bereits ein gewisses mediales Aufsehen erregt und für Publizitätswirkung gesorgt, was die Vorinstanz bei ihrer Verhältnismässigkeitsprüfung mitberücksichtigen durfte; die auf fünf Jahre beschränkte offizielle Publikation stellt sicher, dass die Information während dieser Zeit zum Schutz des Marktes auch offiziell greifbar bleibt.⁷⁰

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

2.2.2 Würdigung

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

⁷⁰ Entscheid 2C_30/2011 E. 5.2.2.

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

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

Ursprünglich wurde das Instrument der Urteilsveröffentlichung somit gegen bewilligte, weiterhin tätige Finanzintermediäre benutzt, denen grobes Fehlverhalten vorgeworfen wurde. Die Website der FINMA zeigt allerdings nun ein ganz anderes Bild: Nur eine der 58 Veröffentlichungen⁷³ betrifft eine bewilligte Bank, alle anderen beziehen sich auf unbewilligt tätige Institute und Personen.

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

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

3.1 Massnahmen bei drohender Insolvenz

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

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

⁷² ISELI, op. cit., Rz. 10.

⁷³ www.finma.ch, Enforcement/Verfügungen nach Art. 34 FINMAG.

⁷⁴ BGE 137 II 431.

⁷⁵ BGE 137 II 431 E. 3 und 4.

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

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

3.2 Würdigung

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

⁷⁶ BGE 137 II 431 E. 2.2.2.

⁷⁷ BGE 137 II 431 E. 2.2.3.

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