

Das Finanzmarktaufsichtsrecht vom vierten Quartal 2020 bis ins vierte Quartal 2021

Urs Bertschinger*

Inhaltsübersicht

I. Leitthemen

1. Nachhaltige Finanzanlagen – Greenwashing als Herausforderung für den Finanzplatz
2. Führungshierarchien in Finanzinstituten und Verantwortung
3. GwG-Revision – Keine Änderungen bei der Meldepflicht

II. Gerichts- und Behördenpraxis

1. Prüfbeauftragter (Art. 24a FINMAG) – Keine Konzessionen bei der Unabhängigkeit
2. FINMA-Verwaltungsrat – Kein Ausstandsgrund
3. Entscheid der Sanktionskommission der SIX Group AG – Keine Verfügung
4. Geldwäscherei – Meldepflicht bei «simple doute»
5. Reglement einer GwG-Selbstregulierungsorganisation – Von der privatautonomen Branchenvereinbarung zum Rechtsetzungsakt
6. Marktmanipulation – Berufs- und Tätigkeitsverbot
7. Vollständigkeitserklärung – Falsche Auskunft gegenüber der Prüfgesellschaft
8. Parteistellung in Aufsichtsverfahren – Weiterhin nur in Ausnahmefällen

I. Leitthemen

1. Nachhaltige Finanzanlagen – Greenwashing als Herausforderung für den Finanzplatz

Nachhaltige Finanzanlagen erfreuen sich stark steigender Nachfrage.¹ Wo viel Business ist, ist der Missbrauch oftmals nicht weit. Angesichts der derzeitigen hohen Intransparenz, ob und inwiefern einzelne Finanzanlagen gewisse Nachhaltigkeitskriterien erfüllen, hat der Finanzminister schon öffentlich gewarnt: «Die Gefahr von Greenwashing ist gross.»² Dementsprechend besteht seitens der Finanzdienstleister und der Aufsichtsbehörde viel Druck, Know-how und Strukturen aufzubauen.

a) Schweizerische Bankiervereinigung – Klare Rechtsgrundlage am Point of Sale

Bereits im Juni 2020 hat die Bankiervereinigung einen informativen Leitfaden für den Einbezug von ESG-Kriterien in den Beratungsprozess für Privatkunden veröffentlicht.³ In diesem Zusammenhang hat sich der bedeutendste Dachverband der Banken mit den Ausprägungen von Greenwashing befasst und dabei die wissenschaftliche Ebene hinsichtlich der fehlenden Taxonomie,⁴ die regulatorische Ebene in Bezug auf die Suitability und die Ebene der Wahrnehmung unterschieden.⁵ Dieser letzte Aspekt betrifft die erkennbaren Erwartungen eines Kunden, die sich in einem Spannungsverhältnis zu den tatsächlichen Charakteristiken einer Vermögensanlage befinden können. Zu Recht weist die Bankiervereinigung darauf hin, dass Greenwashing-Risiken sowohl hinsichtlich des Auftritts einer Bank als nachhaltiges Finanzinstitut nach innen und aussen als auch im Hinblick auf die Vermeidung von täuschenden und irreführenden Angaben zu den Merkmalen von Finanzprodukten zu adressieren sind. Nach Auffassung der Bankiervereinigung enthält das geltende Finanzmarktrecht «konkrete Grundlagen, welche jegliches täuschende oder irreführende Verhalten sanktionieren», wobei auf die Prospekthaftung gemäss Art. 69 FIDLEG und die entsprechende Strafbestimmung gemäss Art. 90 FIDLEG⁶ verwiesen wird.

Die Bankiervereinigung verlangt eine differenzierte Auseinandersetzung mit Greenwashing, da die Integrität von Finanzprodukten ein wichtiges Qualitätsmerkmal darstelle. Zum Stand der Gesetzgebung hat der Branchenverband wie folgt Stellung bezogen: «Der Beratungsprozess wird umfassend durch die bestehenden Gesetzgebungen (FIDLEG in der Schweiz, MiFID in der EU etc.) reguliert. ESG-Kriterien werden vom bestehenden Gesetzesrahmen erfasst.»⁷

* Prof. Dr. iur. Urs Bertschinger ist Rechtsanwalt in Zürich und ordentlicher Professor an der Universität St. Gallen.

¹ Siehe Nicht alle Nachhaltigen sind wirklich nachhaltig, NZZ-Verlagsbeilage, 3. Dezember 2021, S. 4 f.

² Siehe Neue Zürcher Zeitung, Kampf dem Greenwashing bei Geldanlagen, 26. Oktober 2021, S. 22.

³ Siehe unter <[www.swissbanking.ch/de/downloads/Leitfaden & Empfehlungen](http://www.swissbanking.ch/de/downloads/Leitfaden%20&%20Empfehlungen)>.

⁴ Siehe dazu <www.swissbanking.ch/de/themen/sustainable-finance/offenlegung-und-taxonomie>.

⁵ Siehe <www.swissbanking.ch/de/themen/sustainable-finance/greenwashing>.

⁶ Zum personellen Anwendungsbereich dieser Strafbestimmung siehe Art. 92 FIDLEG.

⁷ Leitfaden der Bankiervereinigung (Fn. 3), S. 4.

b) *Nachhaltige Finanzanlagen im Verhältnis zwischen Kunde und Finanzdienstleister*

Das Finanzdienstleistungsgesetz hat verschiedene Verhaltensregeln geschaffen, die der Finanzdienstleister im Verhältnis zum Kunden beachten muss.⁸ Greift man die Anlageberatung für eine einzelne nachhaltige Anlage eines Kunden heraus,⁹ so muss gemäss Art. 11 FIDLEG eine Angemessenheitsprüfung stattfinden. Nach den Gesetzesmaterialien bezieht sich diese Prüfung auf die Kenntnisse und Erfahrungen des «Kunden mit der in Frage stehenden Geschäftsart».¹⁰ Wenngleich sich die Angemessenheitsprüfung folglich nicht auf die einzelne Transaktion beziehen soll, so ist der Nachhaltigkeitscharakter einer vom Kunden gewünschten Anlage durch die «Geschäftsart» deutlich eingefangen. Gemäss Art. 15 Abs. 2 FIDLEG dokumentiert der Anlageberater zusätzlich die Bedürfnisse des Kunden sowie die Gründe für jede Empfehlung, die zum Erwerb oder zur Veräusserung eines Finanzinstruments führen. Die Gesetzesmaterialien verlangen im Rahmen der Anlageberatung neben der Festhaltung des Risikoprofils und der Anlageziele eines Kunden die Dokumentation der Gründe, warum «ein bestimmtes Finanzinstrument empfohlen» wurde.¹¹

Der Gesetzgeber hat nach einer intensiven Diskussion im National- und im Ständerat beim Charakter der Verhaltensregeln für die Finanzdienstleister am Konzept festgehalten, wie es in den Gesetzesmaterialien dargelegt ist. Im Verhältnis zwischen Kunde und Finanzdienstleister sind die FIDLEG-Normen nicht als Doppelnormen zu verstehen, denen zwangsläufig eine aufsichts- und zivilrechtliche Bedeutung zukäme. Stattdessen können die FIDLEG-Verhaltensregeln als öffentliches Recht auf das Vertragsverhältnis zwischen Kunde und Finanzdienstleister ausstrahlen.¹² Auf das Anlageberatungsverhältnis findet damit in erster Linie das Recht des einfachen Auftrags Anwendung.¹³ Die Rechtsprechung hat wieder-

holt herausgearbeitet, dass dem Auftragsrecht ein individualisiertes Konzept des Kundenschutzes zugrunde liegt: «Wie weit die Aufklärungs- und Beratungspflicht bei der Anlageberatung im Einzelnen geht, kann nicht allgemein festgelegt werden, sondern hängt von den Umständen des Einzelfalls ab, namentlich von der Ausgestaltung des jeweiligen Beratungsverhältnisses, der Art des konkreten Anlagegeschäfts sowie der Erfahrung und den Kenntnissen des Kunden.»¹⁴ Der Wunsch des Kunden, eine nachhaltige Anlage zu tätigen, ist damit allemal auch im Auftragsrecht eingebettet. Der Finanzdienstleister muss als Ausfluss von Art. 398 Abs. 2 OR in Abhängigkeit von den Kenntnissen des Kunden – und den verfügbaren, allenfalls spärlichen Informationen¹⁵ – das Anlagebedürfnis nach einer nachhaltigen Anlage durch Rückfragen einer vertieften Analyse unterziehen. Mit Blick auf den Kundenschutz ist die auftragsrechtliche Grundlage der Anlageberatung damit auch im Zeitalter nachhaltiger Anlagen Weltklasse, was dem Qualitätsanspruch des Schweizer Anlagegeschäfts entspricht. Dabei bleibt es auch im Kontext des FIDLEG, da Versuche, die Verhaltensregeln dieses neuen Finanzmarktgesetzes¹⁶ als «Doppelnormkonzept plus» auszugestalten, wonach das FIDLEG-konforme Verhalten eines Finanzdienstleisters automatisch auch der Erfüllung der entsprechenden zivilrechtlichen Verpflichtungen entsprochen hätte, gescheitert sind.¹⁷

c) *FINMA – Unklare Rechtsgrundlage am Point of Sale*

In den strategischen Zielen 2021 bis 2024 widmet sich die FINMA in Ziel Nr. 7 der Nachhaltigkeit.¹⁸ Dabei geht es um die Identifikation klimabezogener Finanzrisiken durch die Finanzinstitute und die entsprechende Transparenz. Bemerkenswert ist die Feststellung der FINMA, dass die Klimarisiken trotz ihrer Besonderheiten in die traditionellen Risikokategorien – Kreditrisiken, Marktrisiken, operationelle Risiken – fallen. Schliesslich hält die FINMA zum strate-

⁸ Art. 7 ff. FIDLEG.

⁹ Gemäss Art. 3 lit. c Ziff. 4 FIDLEG entspricht die Anlageberatung der Erteilung von persönlichen Empfehlungen, die sich auf Geschäfte mit Finanzinstrumenten beziehen.

¹⁰ Botschaft zum Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG) und zum Finanzinstitutsgesetz (FINIG) vom 4. November 2015, BBl 2015, S. 8956, Hervorhebung hinzugefügt.

¹¹ Botschaft FIDLEG/FINIG (Fn. 10), S. 8959, Hervorhebung hinzugefügt.

¹² Botschaft FIDLEG/FINIG (Fn. 10), S. 8921.

¹³ Art. 394 ff. OR.

¹⁴ Bundesgericht 4A_336/2014, E. 4.2; ebenso 4A_248/2018, E. 3.1.

¹⁵ Siehe dazu schon bei Fn. 4.

¹⁶ Art. 1 Abs. 1 lit. i FINMAG.

¹⁷ Siehe dazu *Urs Bertschinger*, Das Finanzmarktaufsichtsrecht vom vierten Quartal 2017 bis ins vierte Quartal 2018, SZW 2018, S. 713 f.

¹⁸ <www.finma.ch/de/news/2020/11/20201118-mm-strategische-ziele-2021-2024/>.

gischen Nachhaltigkeitsziel auch fest, dass Kunden «nicht mit unhaltbaren oder irreführenden Versprechungen über nachhaltige Eigenschaften – etwa von Anlageprodukten – getäuscht werden» dürfen.

Auf der Ebene der Transparenz zeigt die strategische Zielsetzung der FINMA bereits Wirkung, indem die FINMA-Rundschreiben 2016/01 «Offenlegung – Banken» und 2016/02 «Offenlegung – Versicherer» um klimabezogene Offenlegungspflichten für die grossen Banken und Versicherungsunternehmen ergänzt wurden.¹⁹ Allgemein ausgedrückt geht es darum, klimabezogene Finanzrisiken zu identifizieren, zu beurteilen, zu bewirtschaften, zu überwachen und darüber Bericht zu erstatten. Dabei rücken die Governance-Strukturen der betroffenen Finanzinstitute in den Brennpunkt des Interesses. Die Offenlegung ist erstmals im Jahresbericht zum Geschäftsjahr 2021 bzw. im Bericht über die Finanzlage 2021 vorgesehen.

In der Aufsichtsmitteilung 05/2021 Prävention und Bekämpfung von Greenwashing vom 3. November 2021 weist die FINMA auf Rechts- und Reputationsrisiken hin.²⁰ Es finden sich pointierte Ausführungen zu nachhaltigkeitsbezogenen Informationen bei schweizerischen kollektiven Kapitalanlagen, die sich mit den unterschiedlichen Konstellationen von Greenwashing befassen und organisatorische Anforderungen an Institute formulieren, die kollektive Kapitalanlagen mit Nachhaltigkeitsbezug verwalten. So wird etwa eine kollektive Kapitalanlage mit einem Nachhaltigkeitsbezug, der sich auf Begriffe wie «Impact» oder «Zero Carbon» stützt, ohne dass die angegebenen Auswirkungen oder Einsparungen mess- und nachweisbar sind, durch die FINMA als «Greenwashing (Täuschung)» aufgefasst.²¹ Diese Auffassung ist verallgemeinerungsfähig, sodass sie im Kontakt mit der Kundschaft hinsichtlich jedwelcher Finanzanlagen gelten muss. Die Ausführungen zu den Risi-

ken von Greenwashing am Point of Sale fallen in der FINMA-Aufsichtsmitteilung demgegenüber bescheiden aus: «Diese Risiken sind von den Finanzdienstleistern zu begrenzen, insbesondere im Hinblick auf eine zivilrechtliche Haftbarkeit. Aktuell beinhaltet das Finanzdienstleistungsgesetz (...) keine spezifischen Vorschriften zur Bekämpfung von Greenwashing. Aus dem FIDLEG lassen sich insbesondere keine spezifischen Pflichten entnehmen, die festlegen, wie nachhaltigkeitspezifische Präferenzen der Kundinnen und Kunden am Point of Sale zu berücksichtigen sind.» Diese Haltung der FINMA zur Rechtslage am Point of Sale wirft Fragen auf. Die FINMA verweist bloss auf Arbeiten des Bundesrates, wonach entsprechende Anpassungen im Finanzmarktrecht erwogen werden.²² Und schliesslich erinnert die FINMA an den bereits erwähnten Leitfaden der Bankiervereinigung für den Einbezug von ESG-Kriterien in den Beratungsprozess für Privatkunden,²³ wobei sie diese Initiative im Hinblick auf die Bekämpfung der Greenwashing-Risiken am Point of Sale ausdrücklich «begrüsst».

Am 17. November 2021 hat sich der Bundesrat zum weiteren Vorgehen bei den nachhaltigen Finanzanlagen geäussert.²⁴ Der Bundesrat empfiehlt den Finanzdienstleistern, mit Hilfe von vergleichbaren und aussagekräftigen Klimaverträglichkeits-Indikatoren Transparenz bei den Finanzprodukten zu schaffen. Mit der Förderung einheitlicher Definitionen von Nachhaltigkeitswirkungen soll dem Greenwashing entgegengewirkt werden, wobei «die subsidiäre Rolle des Staates möglichst bestehen bleiben» soll. Der Bundesrat hat das Eidgenössische Finanzdepartement beauftragt, unter Einbezug der FINMA und in Abhängigkeit vom Grad der Umsetzung seiner Empfehlungen durch die Finanzindustrie bis Ende 2022 Vorschläge zu unterbreiten, wie das Finanzmarktrecht – insbesondere bezüglich Transparenz – angepasst werden könnte, um Greenwashing zu vermeiden.

Der FINMA-Risikomonitor 2021 äussert sich unter den längerfristigen Trends zu Klima- und Green-

¹⁹ <www.finma.ch/de/new/2021/05/20210531-mm-transparenzpflichten-zu-klimarisiken/>. Bei den Banken sind die Institute der Aufsichtskategorien 1 und 2 (siehe Anhang 5 von FINMA-Rundschreiben 2016/01 zu klimabezogenen Finanzrisiken) und bei den Versicherungsunternehmen die Institute der Aufsichtskategorie 2 betroffen.

²⁰ Siehe <www.finma.ch/de/news/2021/11/20211103-finma-aufsichtsmitteilung-05-21/>.

²¹ Im Fondsbereich ist es durch die FINMA offenbar bereits zu Ermahnungen von Finanzinstituten gekommen, siehe das Interview mit der Verwaltungsratspräsidentin der FINMA in Sonntagszeitung, 5. Dezember 2021, S. 43.

²² Siehe Medienmitteilung des Bundesrates vom 11. Dezember 2020, <www.sif.admin.ch/sif/de/home/dokumentation/medienmitteilungen/medienmitteilungen.msg-id-81571.html>.

²³ Siehe oben unter I.1.a.

²⁴ <www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-85925.html>.

washing-Risiken.²⁵ Die präzisere Erfassung klimabezogener Risiken durch beaufsichtigte Institute erachtet die FINMA als einen Aufsichtsschwerpunkt. Dementsprechend befasst sich die Aufsichtsbehörde mit der Exposure zu klimapolitisch sensitiven Sektoren sowie zukunftsgerichteten Klimaszenario-Analysen; im Rahmen eines Pilotprojektes mit der Schweizerischen Nationalbank wurden Transitionsrisiken der beiden Grossbanken gemessen. Bis Ende 2021 sollen Initialkonzepte für eine proportionale und risikobasierte Aufsicht der grössten Banken und Versicherer im Bereich der Klimarisiken vorliegen.

Beunruhigend ist, dass offenbar «Abklärungen der FINMA deutlich (zeigen), dass Greenwashing-Praktiken im Vertrieb von Finanzprodukten und Finanzdienstleistungen zu beobachten sind und dass Anbieter bezüglich ihrer Produkte oftmals vage bis irreführende Versprechungen machen.»²⁶ Im Risikomonitor 2021 beklagt die FINMA wiederum das Fehlen spezifischer nachhaltigkeitsbezogener Transparenzpflichten sowie wirksamer aufsichtsrechtlicher Grundlagen für ein Vorgehen am «Point of Sale» und verlangt eine Ergänzung ihres Werkzeugkastens: «Regulatorische Massnahmen könnten der FINMA zusätzliche Instrumente geben, um die Bekämpfung von Greenwashing noch breiter und effektiver zu gestalten.»²⁷

Sicherlich könnte eine Standardisierung und Klassenbildung im Bereich nachhaltiger Finanzanlagen die Orientierung für die Anleger erleichtern und gleichzeitig die Verhaltenspflichten der Finanzdienstleister schärfen. Die Bedeutung einer Taxonomie sollte im Hinblick auf eine griffige Aufsicht allerdings nicht überschätzt werden, da allemal das individuelle Bedürfnis des Kunden entscheidet, das sich erfahrungsgemäss nicht ohne Weiteres in ein Schema pressen lässt. Die angemessene Aufklärung des Kunden über die Eigenschaften und Risiken von Finanzprodukten, wie sie sich aus den im Einzelfall relevanten vertraglichen und regulatorischen Bestimmungen ableitet,²⁸ bildet seit eh und je ein Kernthema von Anlageberatung und Vermögensverwaltung. Die Fi-

nanzdienstleister starten mit diesem allgemeinen Erfahrungsschatz in das Zeitalter nachhaltiger Finanzanlagen; sie sind sich daher bewusst, dass sie gegenüber ihren Kunden für Transparenz – auch hinsichtlich ihres eigenen (allenfalls beschränkten) Wissensstandes – sorgen müssen, wogegen die Aufsichtsbehörde datenbasiert eingreifen muss,²⁹ um gröbere «Unfälle» mit nachhaltigen Finanzanlagen zu vermeiden.

d) *Greenwashing – Aufsichtsrechtliches Sanktionsregime*

Als Zwischenfazit der vorstehenden Ausführungen zeigt sich, dass aus Sicht der Bankiervereinigung die aktuelle Regulierung die Herausforderungen, welche nachhaltige Finanzanlagen am Point of Sale mit sich bringen, aufzufangen vermag,³⁰ wogegen die FINMA derart pointiert regulatorischen Handlungsbedarf geltend macht,³¹ dass der Eindruck entstehen kann, die Aufsichtsbehörde sei im Kampf gegen Greenwashing ungenügend ausgestattet. Was zeigt nun der Blick auf das aktuelle Aufsichtsinstrumentarium der FINMA?

Durch die FINMA bewilligte Finanzdienstleister sowie die mit der Verwaltung und Geschäftsführung betrauten Personen müssen Gewähr für eine einwandfreie Geschäftsführung bieten.³² Der Umgang mit nachhaltigen Anlagen ist – wie das Investment-Business im Allgemeinen – ein Informationsgeschäft. Die unsachgemässe Handhabung von Informationen hat sich immer wieder in der Gewährspraxis der Aufsichtsbehörde und der Gerichte niedergeschlagen. Mit Blick auf das Greenwashing bei nachhaltigen Finanzanlagen springen zwei Entscheide ins Auge: Im Fall «Biber» hat das Bundesgericht den Vorwurf der Aufsichtsbehörde gegen eine Bank geschützt, dass es gegen das Gebot einwandfreier Geschäftstätigkeit verstosse, zum Nachteil von Kunden und Dritten Informationsvorsprünge auszunützen, insbesondere Aktien zu verkaufen, deren Wert deutlich unter dem aktuellen Börsenkurs liege, was aufgrund besonderer Umstände nur der betreffenden Bank bekannt

²⁵ Siehe S. 19 f. des Dokumentes unter <www.finma.ch/de/news/2021/11/20211111-mm-risikomonitor-2021/>.

²⁶ Siehe S. 20 im Dokument gemäss Fn. 25; siehe auch das Interview mit der Verwaltungsratspräsidentin der FINMA in Sonntagszeitung, 5. Dezember 2021, S. 43.

²⁷ Siehe Fn. 25.

²⁸ Siehe dazu unter I.1.b.

²⁹ Die Datenerhebung stützt sich auf eigene Abklärungen der FINMA und Schwerpunktprüfungen der Prüfgesellschaften.

³⁰ Siehe oben unter I.1.a.

³¹ Siehe oben unter I.1.c.

³² Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG, der sog. entpersonifiziert auch auf die Bank als Bewilligungsträgerin Anwendung findet; Art. 11 FINIG.

war. Das Bundesgericht hat dazu wie folgt erwogen: «Der Grundsatz von Treu und Glauben verpflichtet Geschäftspartner zur gegenseitigen richtigen Aufklärung mit Bezug auf erhebliche Tatsachen, welche die andere Partei nicht kennt, die aber ihren Entscheid beeinflussen könnten (...). Daraus folgt, dass derjenige, der über den Informationsvorsprung verfügt und diesen nicht preisgeben will, verpflichtet ist, das betreffende, für den Partner nachteilige Geschäft zu unterlassen.»³³ Wünscht der Kunde eine nachhaltige Anlage und ist sich die Bank bewusst, dass ein bestimmtes Finanzprodukt diesem Kundenwunsch nicht entspricht, oder wird eine Anlage gegenüber dem Kunden als nachhaltiger dargestellt, als sie tatsächlich ist, verfügt die Bank über einen Informationsvorsprung, den sie preisgeben muss. Klärt die Bank den Kunden nicht angemessen auf, verletzt sie zum Beispiel im Rahmen eines Anlageberatungsverhältnisses nicht nur den Vertrag mit dem Kunden, sondern es kann auch das Gewährskriterium in Frage gestellt sein. Selbstverständlich muss die Bank das Finanzprodukt kennen oder gegenüber dem Kunden unmissverständlich kommunizieren, dass sie die Nachhaltigkeit einer Finanzanlage selbst nicht beurteilen kann, sodass mangelnde Kenntnis über den Grad der Nachhaltigkeit einer Finanzanlage die Bank nicht zu entlasten vermag. «*Know the product*» ist ein Imperativ für jeden Finanzdienstleister.

Im Fall «Think Tools» hat die Aufsichtsbehörde erkannt, dass es nicht mit dem Gebot einwandfreier Geschäftstätigkeit zu vereinbaren ist, wenn das Geschäftsgebaren gegen vertragliche Vereinbarungen mit Kunden bzw. gegen die Treue- und Sorgfaltspflichten verstösst, welche die Bank den Kunden schuldet.³⁴ Bei der Einführung eines Emittenten an der Börse (IPO) hatte eine Bank über 50% des Emissionsvolumens dem «allgemeinen Markt» vorenthalten. «Die Ankündigung im Emissionsprospekt, es würden 560 000 Aktien dem Publikum zur Zeichnung angeboten – abzüglich 5% im Rahmen des Friends & Family-Programms – wurde durch dieses Vorgehen ad absurdum geführt. Das Publikum wurde mithin gar getäuscht und damit der Grundsatz von Treu und Glauben verletzt».³⁵ Die Bank lancierte also ein IPO, das mit einem 5%-igen Friends & Family-Programm

angekündigt war, wogegen dem allgemeinen Markt tatsächlich das zehnfache dieses Titelvolumens vorenthalten wurde. Es stand auf diesem IPO mit anderen Worten nicht das drauf, was effektiv drin war. So verhält es sich auch beim Greenwashing.

Nach dem vorstehend Gesagten kann kein Zweifel daran bestehen, dass Greenwashing bei nachhaltigen Finanzanlagen durch das aufsichtsrechtliche Gebot einwandfreier Geschäftsführung erfasst ist. Damit kann Greenwashing für das Finanzinstitut als Bewilligungsträger sowie für die Einzelpersonen in Gewährsstellung zum Problem werden. Über die einschlägigen Bestimmungen des Finanzdienstleistungsgesetzes³⁶ erfasst Greenwashing auch verantwortliche Personen in leitender Stellung im Sinne von Art. 33 FINMAG (Berufsverbot) sowie Kundenberater im Sinne von Art. 33a FINMAG (Tätigkeitsverbot). Angesichts des hohen Anspruches, den die Finanzbranche und die Politik hinsichtlich nachhaltiger Finanzanlagen formuliert haben,³⁷ entspricht die Vermeidung und Sanktionierung von Greenwashing nicht bloss dem finanzmarktaufsichtsrechtlichen Individualschutz, sondern mit Blick auf das Ansehen des Schweizer Finanzplatzes auch dem Systemschutz.³⁸ Die Conduct Aufsicht der FINMA ist gefordert.³⁹

2. Führungshierarchien in Finanzinstituten und Verantwortung

a) Berufsverbot – Zur Praxis der FINMA

Gemäss Art. 33 FINMAG kann die FINMA einer verantwortlichen Person die Tätigkeit in leitender Stellung bei einem von ihr Beaufsichtigten für eine Dauer von bis zu fünf Jahren untersagen (Berufsverbot), sofern sie eine schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen feststellt. In einer Medienmitteilung vom 21. Januar 2021 hat die FINMA ausgeführt,

³⁶ Siehe oben unter I.1.b.

³⁷ Siehe etwa Medienmitteilung des Bundesrates, Der Bundesrat will mit Klimatransparenz einen internationalen Spitzenplatz bei nachhaltigen Finanzanlagen, 17. November 2021; Neue Zürcher Zeitung, Nachhaltig heisst zusammen, 4. Dezember 2021, S. 31.

³⁸ Art. 4 FINMAG.

³⁹ Siehe zur FINMA-Kompetenzstelle «Angemessenheit der Produkte und Dienstleistungen für den Kunden (Suitability)» sowie zur Conduct Supervision im Allgemeinen schon FINMA-Jahresbericht 2015, S. 30 f., sowie das FINMA-Faktenblatt, Aufsicht über das Geschäftsverhalten (Conduct), Stand: 1. Juli 2018.

³³ Bundesgericht, EBK-Bulletin 40/2000, S. 37 ff., E. 5.c.

³⁴ Eidgenössische Bankenkommission, EBK-Bulletin 45/2003, S. 164 ff., E. 1.c.

³⁵ EBK-Verfügung (Fn. 34), E. 2.a.

dass sie insgesamt rund 60 Berufsverbote angeordnet hat, wobei Manager aller Hierarchiestufen betroffen waren.⁴⁰ In der betreffenden Medienmitteilung standen Verstösse gegen Geldwäschereivorschriften bei einer Vermögensverwaltungsbank im Fokus. Dabei hat sich die FINMA zur Verantwortlichkeit von Managern wie folgt erklärt:⁴¹ «Für ein Berufsverbot muss die FINMA einer Person eine direkte, individuelle und kausale Verantwortung für die schwere Verletzung von Aufsichtsrecht nachweisen können. Es braucht erwiesene Pflichtwidrigkeiten, die konkret zu diesen Verletzungen geführt haben. Es genügt aufsichtsrechtlich hingegen nicht, eine Verantwortung für Gesetzesverletzungen allein aus der hierarchischen Stufe oder Position oder von strategischen Richtungsentscheiden einer Person abzuleiten.»⁴² Auf dieser Grundlage wurde angesichts von festgestellten «Fehlern» zwei Führungsverantwortlichen eine Rüge erteilt, ohne dass gemäss Auffassung der FINMA «genügende Hinweise für eine direkte, kausale Verantwortung für die schwere Verletzung von Aufsichtsrecht» vorgelegen haben.⁴³

Bereits mit der Medienmitteilung vom 20. Februar 2020 hat die FINMA der betreffenden Vermögensverwaltungsbank ein überaus kritisches Zeugnis ausgestellt, indem sie aufgrund ihrer Abklärungen «systematische Mängel» bei der Einhaltung der geldwäschereigesetzlichen Sorgfaltspflichten sowie Verstösse gegen die Meldepflicht feststellte. Die FINMA unterlegt diesen Schluss mit der grossen Anzahl an Mängeln: «Nahezu alle der 70 risikobasiert ausgewählten Geschäftsbeziehungen und die überwiegende Mehrzahl der mehr als 150 gleichermassen selektierten Transaktionsstichproben waren zu beanstanden. Die Verfehlungen fielen zudem über einen Zeitraum von mehreren Jahren (2009 bis Anfang 2018) an. Systematische Mängel stellte die FINMA aber auch im Risikomanagement der Bank fest, da diese auf klare Hinweise auf Geldwäschereirisiken wiederholt nicht oder nicht entschieden genug re-

agierte.»⁴⁴ Sodann verlangte die FINMA, dass die Bank im Verwaltungsrat einen auf Conduct- und Compliance-Fragen spezialisierten Ausschuss oder einen ähnlich wirksamen Mechanismus etabliert, womit der «mangelhafte[n] Risikokultur» entgegen-gewirkt werden soll.

b) Wissen und wissen müssen in Führungshierarchien

In einem viel beachteten Urteil vom März 2020 hat das Bundesgericht die individuelle Zurechenbarkeit von berufsverbotsrelevanten Rechtsverletzungen in arbeitsteiligen Organisationen lehrbuchmässig herausgearbeitet. Damit einer Person eine schwere Verletzung von aufsichtsrechtlichen Bestimmungen zum Vorwurf gereichen kann, muss sie sich «im Verantwortungsbereich einer bestimmten Person ereignet haben [...], wobei für eine aufsichtsrechtliche Massnahme kumulativ oder alternativ drei Vorwürfe rechtsgenügend zutreffen müssen: (1) eine aktive Aufsichtsrechtsverletzung, (2) eine Kenntnis der Aufsichtsverletzung und pflichtwidriges Nichteinschreiten dagegen oder (3) eine pflichtwidrige Unkenntnis der Aufsichtsrechtsverletzung».⁴⁵

Die Einhaltung des gesellschafts- und aufsichtsrechtlichen Organisationsrechts, der Gesellschaftsstatuten und der unternehmensinternen Reglemente gilt als Ausfluss des aufsichtsrechtlichen Gewährskriteriums.⁴⁶ Die Missachtung derartiger Vorschriften kann daher einer schweren Verletzung von Aufsichtsrecht entsprechen.⁴⁷ Unter aktienrechtlichem Titel hat das Bundesgericht schon dezidiert auf die Füh-

⁴⁰ <<https://www.finma.ch/de/news/2021/01/20210121-mm-jb/>>.

⁴¹ Siehe Fn. 40.

⁴² In diesem Sinne wohl auch Marlene Amstad, Präsidentin des FINMA-Verwaltungsrates, in Neue Zürcher Zeitung, 10. Februar 2021, S. 21: «Eine rein hierarchische Verantwortung reicht nicht.»

⁴³ Siehe Financial Times, Reprimand for ex-Julius Baer chiefs, 22. Januar 2021, S. 6.

⁴⁴ Siehe <www.finma.ch/de/news/2020/02/20200220-mm-jb/> mit weiteren Details zu den Verfehlungen der Bank.

⁴⁵ Bundesgericht 2C_192/2019, E. 3.2.

⁴⁶ Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG; Art. 11 FINIG; siehe etwa Bundesverwaltungsgericht B-3092/2016, E. 3.2.2.

⁴⁷ Bundesverwaltungsgericht B-5522/2016, E. 3.1: «Les membres du conseil d'administration d'une société anonyme sont soumis à des devoirs de diligence et de fidélité tels que prévus à l'art. 717 al. 1 CO. [...] le prononcé d'une mesure à l'encontre d'une personne physique présuppose que son comportement individuel ait pu conduire, de manière causale et fautive, à une violation grave des dispositions du droit de la surveillance par l'établissement assujéti. Un manquement à ses devoirs de diligence et de fidélité en vertu de l'art. 717 al. 1 CO par cette personne s'avère précisément susceptible de constituer un tel comportement fautif et causal»; ebenso Bundesverwaltungsgericht B-5566/2016, E. 10.1.2.

rungsverantwortung hingewiesen. Danach «ist der nicht geschäftsführende Verwaltungsrat [...] zwar nicht verpflichtet, jedes einzelne Geschäft der mit der Geschäftsführung und Vertretung Beauftragten zu überwachen, sondern darf sich auf die Überprüfung der Tätigkeit der Geschäftsleitung und des Geschäftsganges beschränken. Dazu gehört, dass er sich laufend über den Geschäftsgang informiert, Rapporte verlangt, sie sorgfältig studiert, nötigenfalls ergänzende Auskünfte einzieht und Irrtümer abzuklären versucht. Ergibt sich aus diesen Informationen der Verdacht falscher oder unsorgfältiger Ausübung der delegierten Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnisse, ist der Verwaltungsrat verpflichtet, sogleich die erforderlichen Abklärungen zu treffen, nötigenfalls durch Beizug von Sachverständigen».⁴⁸ Damit ist die Überwachungspflicht des Verwaltungsrates angesprochen,⁴⁹ die zur Auslösung einer internen Untersuchung verpflichten kann, sofern sich die Verhältnisse nicht einfach klären lassen. Nichtstun ist in diesem Fall keine valable Option, weil das Unterlassen vertiefender Abklärungen, zum Beispiel bei ersten Anzeichen auf eine Verletzung von Vorschriften zur Bekämpfung der Geldwäscherei, unter gesellschaftsrechtlichem Titel gegen die Fürsorgepflicht des Verwaltungsrates verstösst, die aus der allgemeinen Sorgfalts- und Treuepflicht des Art. 717 Abs. 1 OR fließt.⁵⁰ Für die Mitglieder der Geschäftsleitung eines Finanzinstituts gilt dies im Rahmen der Delegation der Geschäftsführung durch den Verwaltungsrat wegen der geringeren Distanz zu den Geschäftsprozessen *a fortiori*. Damit erhellt sich, dass bei Organpersonen über das Gewährskriterium auch die gesellschaftsrechtlichen Anforderungen in die Verletzung von Aufsichtsrecht gemäss Art. 33 FINMAG einfließen.

Unter dem Gesichtspunkt des Berufsverbots hat das Bundesgericht das «Organisationsversagen» bereits in dem Sinne angesprochen, dass die interne

Aufgabenteilung das Aufsichtsrecht nicht aushebeln könne.⁵¹ Mit Blick auf die erwähnte gesellschaftsrechtliche Rechtsprechung genügt allemal die Verletzung einer Überwachungspflicht in hierarchisch übergeordneter Stellung, um eine Organperson mit einem Berufsverbot zu belegen.⁵² Das Aufsichtsrecht befindet sich eben im Gleichlauf mit dem Gesellschaftsrecht. Die Auffassung, dass es aufsichtsrechtlich nicht ausreiche, «eine Verantwortung für Gesetzesverletzungen allein aus der hierarchischen Stufe oder Position (...) abzuleiten»,⁵³ kann daher in eine zu enge Handhabung der Berufsverbotsregelung führen. Sofern sich die Verantwortung in hierarchischen Strukturen verflüchtigt bzw. verflüchtigen könnte, bedarf es mit Blick auf die angemessene Verwaltungsorganisation von Finanzinstituten⁵⁴ reglementarischer Anpassungen, um im Sinne einer allgemeinen organisatorischen Voraussetzung die Zurechenbarkeit auf formeller Ebene zu gewährleisten.⁵⁵

Nach der Praxis der FINMA erlässt der Verwaltungsrat «Leitsätze zur Unternehmenskultur» und ist für ein geeignetes Risiko- und Kontrollumfeld innerhalb des Instituts verantwortlich.⁵⁶ Die Unternehmenskultur ist Ausfluss der gesellschaftsrechtlichen Oberleitungspflicht des Verwaltungsrates,⁵⁷ die in der Erkenntnis «the ton is set at the top» markanten Ausdruck findet. Soweit systematische Mängel oder eine ungenügende Risikokultur in einem Finanzinstitut augenscheinlich werden, deutet dies auf Kultur- und Führungsdefizite hin. Dabei spielt auch der Zeitraum, in welchem sich Verfehlungen feststellen lassen, eine Rolle.⁵⁸ Je länger diese Dauer, desto stärker rücken Führungskräfte für Fehlverhalten auf untergeordneten Stufen in den Fokus, weil sich unterlassenes oder duldendes Führungsverhalten entlang der Zuständigkeiten in der Führungshierarchie zur schweren Verletzung von Aufsichtsrecht im Senior

⁴⁸ Bundesgericht 4C.358/2005, E. 5.2.1.

⁴⁹ Bundesgericht 4A_120/2013, E. 3: «Il (Verwaltungsrat) doit surveiller les personnes chargées de la gestion et de la représentation et se renseigner régulièrement sur la marche des affaires, afin d'assurer à l'entreprise une activité conforme à la loi, aux statuts et aux règlements. Il n'est pas habilité à se décharger d'une telle tâche (cf. art. 716a al. 1 ch. 5 CO), même en cas de délégation valable, c'est-à-dire conforme aux statuts et au règlement d'organisation.»

⁵⁰ Siehe allgemein Bundesverwaltungsgericht B-5522/2016, E. 3.1.

⁵¹ Bundesgericht 2C_192/2019, E. 3.2.

⁵² Siehe bei Fn. 48.

⁵³ Siehe bei Fn. 42.

⁵⁴ Siehe Art. 3 Abs. 2 lit. a BankG; Art. 9 FINIG.

⁵⁵ Siehe dazu etwa FINMA-Rundschreiben 2017/2 Corporate Governance – Versicherer, Rz. 7, wonach eine klare Zuweisung und Dokumentation von Aufgaben, Kompetenzen, Verantwortungen sowie Berichtswegen vorzuziehen ist.

⁵⁶ FINMA-Rundschreiben 2017/1 Corporate Governance – Banken, Rz. 10/14.

⁵⁷ Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1 OR.

⁵⁸ Siehe dazu auch vor Fn. 44.

Management und im Verwaltungsrat verdichten kann. In diesem Zusammenhang fällt auch in Betracht, dass nach der Rechtsprechung an die subjektive Vorwerfbarkeit des Verhaltens, «in Übereinstimmung mit der wirtschaftspolizeilichen Natur des Berufsverbots im Sinne von Art. 33 FINMAG, keine hohen Anforderungen zu stellen (sind)».⁵⁹ Das Bundesgericht bringt damit zum Ausdruck, dass sich die Verantwortung entlang mehrstufiger Führungsstrukturen in Finanzinstituten nicht leichtthin verflüchtigt, freilich ohne dass beim Berufsverbot die Verschuldenskomponente bzw. die erforderliche individuelle Zurechenbarkeit von Verfehlungen zu einer aufsichtsrechtlichen Kausalhaftung führen dürfte. Hier ist in Erinnerung zu rufen, dass nach der Rechtsprechung unter anderem die pflichtwidrige Unkenntnis einer Aufsichtsrechtsverletzung ein Berufsverbot zu rechtfertigen vermag,⁶⁰ sodass sich Passivität von Führungsverantwortlichen als direkte kausale Einwirkung erweist. Darauf deutet schon der Wortlaut von Art. 33 Abs. 1 FINMAG hin, der sich auf Personen «in leitender Stellung» bezieht und damit von Gesetzes wegen nicht ausführende, sondern überwachende Tätigkeiten erfassen will.⁶¹ Führung ist von Rechts wegen auch eine Holschuld.⁶² Es bedarf daher nicht zwangsläufig des ominösen E-Mails in der Inbox einer Führungskraft,⁶³ um die erforderliche Involvierung und Kausalität zu begründen. Im Gegenteil kann der Umstand, dass sich in einer konkreten Konstellation keine dokumentierte Kommunikation ei-

ner Führungskraft findet, auf mangelhafte Überwachung von unterstellten Bereichen hindeuten.

c) Die Rüge im Sanktionssystem der FINMA

Die FINMA kann mit einer Feststellungsverfügung gemäss Art. 32 FINMAG schwere Verletzungen von aufsichtsrechtlichen Bestimmungen rügen, sofern zur Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes keine Massnahmen mehr angeordnet werden müssen. Nach dem Konzept des Finanzmarktaufsichtsgesetzes findet diese Massnahme gemäss Art. 3 FINMAG auf alle Beaufsichtigten Anwendung.⁶⁴ Die Rüge im Gewande der Feststellungsverfügung wird von der FINMA auch regelmässig gegen natürliche Personen ausgesprochen.⁶⁵ Dies wird von der Rechtsprechung geschützt,⁶⁶ wenngleich – im Rahmen der Durchbrechung des Grundsatzes der Institutsaufsicht⁶⁷ – die Sanktionierung von natürlichen Personen nur beim Berufsverbot (Art. 33 FINMAG), hingegen nicht bei der Rüge (Art. 32 Abs. 1 FINMAG), über eine klare gesetzliche Grundlage verfügt.⁶⁸ Die Gesetzesmaterialien begründen das Instrument der Feststellungsverfügung «in Anlehnung an die bewährte Praxis der EBK»,⁶⁹ die auf Art. 25 VwVG basierte und auch gegen natürliche Personen zur Anwendung kam.⁷⁰ Geht man auf dieser Grundlage von der Überführung der bewährten EBK-Praxis ins FINMAG aus,

⁵⁹ Bundesgericht 2C_192/2019, E. 3.3.

⁶⁰ Siehe dazu vor Fn. 45.

⁶¹ Siehe auch Handelszeitung, Caracas am Paradeplatz, 11. Februar 2021, S. 4: «Die FINMA konnte also keine direkte, kausale Verantwortung von [...] und seinem damaligen Risikochef [...] festmachen. Wenngleich jeder Neukunde aus einem Risikoland wie Venezuela ab einem verwalteten Vermögen von 25 Millionen Dollar – zumindest formell – durch die Geschäftsleitung ging. Dabei erfolgte dieses «Approval» nicht nur bei Kontoeröffnungen. Die Compliance führte turnusgemäss auch Risikoeinschätzungen heikler Venezuela-Kunden durch. Doch der Return rechtfertigte damals scheinbar die Risiken»; Neue Zürcher Zeitung, 22. Januar 2021, S. 22, zu den Schattenseiten der von der FINMA verlangten Kausalität, die sich bei unteren Chargen viel eher verifizieren lasse als in der Teppichetage einer Bank.

⁶² Siehe dazu vor Fn. 48.

⁶³ Siehe dazu Neue Zürcher Zeitung, 22. Januar 2021, S. 22, wo «einschlägige E-Mails» mit Blick auf «handfeste Beweise» erwähnt werden.

⁶⁴ Siehe auch <www.finma.ch/de/durchsetzung/enforcement/instrumente/feststellungsverfuegung-ruege/>.

⁶⁵ Siehe dazu vor Fn. 43.

⁶⁶ Siehe Bundesgericht 2C_305/2016, E. 2.3.1/2.3.2, sowie Urteil 2C_1055/2014, E. 4.2; Bundesverwaltungsgericht B-5522/2016, E. 2.

⁶⁷ Bundesgericht 2C_192/2019, E. 3.2: «In Durchbrechung des Grundsatzes der Institutsaufsicht (Art. 3 lit. a FINMAG) kann die FINMA Personen, die durch ihr individuelles Fehlverhalten kausal und schuldhaft eine schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen bewirkt haben, für eine Dauer von bis zu fünf Jahren die Tätigkeit in leitender Stellung bei einer oder einem Beaufsichtigten untersagen (Art. 33 FINMAG [...]).»

⁶⁸ Zustimmend Peter Ch. Hsu/Rashid Bahar/Daniel Flühmann, BSK-FINMAG, 3. Aufl., Art. 32, N 15, unter Berufung auf das Verhältnismässigkeitsprinzip.

⁶⁹ Botschaft zum Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht vom 1. Februar 2006, BBl 2006, S. 2881.

⁷⁰ Siehe Verfügung der Eidgenössischen Bankenkommission vom 20. Dezember 2006, EBK-Bulletin 51/2008, S. 113 ff. (150) mit der Feststellung, dass ein Mitglied der Geschäftsleitung einer Bank bei der Eindeckung von Short-Positionen gegen das Gebot einwandfreier Geschäftstätig-

scheint der Zweck von Art. 32 FINMAG über den Wortlaut dieser Norm hinauszugehen. Zudem wird der geltende Art. 32 FINMAG in der Rechtsprechung als *lex specialis* zu Art. 25 VwVG angesprochen,⁷¹ sodass sich die Rügepraxis gegen natürliche Personen auch auf die offenere Gesetzeslage des Verwaltungsverfahrensgesetzes stützen lässt. Dass das FINMAG die Anwendung von Art. 25 VwVG ausschliesst, ist nicht ersichtlich.⁷²

Soll die Rüge im Gewande der aufsichtsrechtlichen Feststellungsverfügung (Art. 32 FINMAG) auch auf natürliche Personen Anwendung finden, bedarf es allemal des Nachweises eines individuellen Fehlverhaltens, welches kausal und schuldhaft eine schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen bewirkt hat.⁷³ Da eine Feststellungsverfügung – ebenso wie ein Berufsverbot – eine schwere Verletzung von Aufsichtsrecht verlangt⁷⁴ und der betreffende Sachverhaltskomplex im Falle eines Enforcementverfahrens gegen ein beaufsichtigtes Institut und gegen einen involvierten Manager⁷⁵ grundsätzlich identisch

ist, erscheint eine Rüge gegenüber einer natürlichen Person – bei gleichzeitiger Verneinung eines Berufsverbotes – nicht ohne Weiteres als nachvollziehbar. Zwar differenziert die Rechtsprechung nach der Schwere einer gesetzlichen Sanktion, weshalb die schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen im Hinblick auf eine Rüge (Art. 32 Abs. 1 FINMAG) – im Vergleich zu einem Berufsverbot – bei einem geringeren Verhaltensunrecht bejaht werden darf.⁷⁶ Im Rahmen dieser Differenzierung fällt auch die Art der Pflichtverletzung in Betracht, da aktive Verfehlungshandlungen einem höheren Unrechtsgehalt entsprechen können als Unterlassungen.⁷⁷ Wenngleich die Rüge als «schwächste Form einer behördlichen Missfallenskundgebung» aufgefasst wird,⁷⁸ kann diese Sanktion gestützt auf Art. 32 Abs. 1 FINMAG nicht bei blossen «Fehlern» ausgesprochen werden, ohne dass eine schwere Verletzung von Aufsichtsrecht bejaht wird.⁷⁹

De lege ferenda kann man sich allemal fragen, ob es für die massgeblich auf dem Kundenvertrauen basierenden Branchen, wie dem Banking und dem Asset Management, und mithin als Ausfluss des Individualschutzes⁸⁰ nicht angemessener wäre, für die Feststellungsverfügung nach Art. 32 Abs. 1 FINMAG bereits eine einfache Verletzung von Aufsichtsrecht genügen zu lassen, sodass sich die Rüge-Praxis der FINMA im Gleichlauf mit der Grundregel des Art. 31 FINMAG (Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes) befände.

keit verstossen hat; allgemein *Peter Nobel*, Sanktionen gemäss FINMAG, GesKR 2009, S. 61 f.

⁷¹ Siehe Bundesgericht 2C_305/2016, E. 2.1.

⁷² Art. 4 FINMAG (Ziele der Finanzmarktaufsicht) begrenzt die Finanzmarktaufsicht im Sinne einer Verweisungsnorm nur bezüglich der erfassten Sektoren und Aktivitäten auf den Finanzmärkten, ohne das «Dachgesetz» (Botschaft FINMAG [Fn. 69], S. 2830) zwangsläufig hinsichtlich seiner Sanktionsordnung zu limitieren; siehe allgemein *Beatrice Weber-Dürler/Pandora Kunz-Notter*, Kommentar Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (Hrsg. Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler), 2. Aufl., Art. 25, N 40.

⁷³ Siehe *Urs Zulauf/David Wyss/Kathrin Tanner u.a.*, Finanzmarktenforcement, 2. Aufl., Bern 2014, S. 224. Nach der Rechtsprechung vermögen einmalige, punktuelle und untergeordnete Verletzungen finanzmarktrechtlicher Pflichten keine schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen zu begründen (Bundesgericht 2C_1055/2014, E. 4.2).

⁷⁴ Siehe Art. 32 und Art. 33 FINMAG.

⁷⁵ Siehe allgemein Bundesgericht 2C_739/2015, E. 2.3 «Zutreffend ist, dass die Pflicht, deren schwere Verletzung die Auferlegung eines Berufsverbots für eine natürliche Person (Art. 33 FINMAG) rechtfertigt, der Beaufsichtigten und nicht der natürlichen Person selbst obliegt, weswegen diese Pflichtverletzung auch in einem aufsichtsrechtlichen Verfahren gegen die Beaufsichtigte (Art. 3 lit. a FINMAG in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 BankG) selbst beurteilt wird; dieser Umstand, welcher im System der Institutsaufsicht begründet liegt, vermag jedoch nichts daran zu ändern, dass die natürliche, für die Beaufsichtigte tätige

(oder tätig gewesene) Person nicht Partei jenes Verfahrens war und ihr somit der gegen die Beaufsichtigte ergangene Entscheid unter dem Gesichtspunkt der materiellen Rechtskraft wegen fehlender Identität der Parteien nicht entgegengehalten werden kann.»

⁷⁶ Bundesverwaltungsgericht B-5522/2016, E. 2.

⁷⁷ Siehe zum Spektrum der Pflichtverletzungen im Rahmen der Berufsverbotsregelung bei Fn. 45.

⁷⁸ <www.finma.ch/de/durchsetzung/enforcementinstrumente/feststellungsverfuegung-ruege/>.

⁷⁹ Siehe dazu vor Fn. 43.

⁸⁰ Siehe Art. 4 FINMAG.

3. GwG-Revision – Keine Änderungen bei der Meldepflicht

a) Gesetzgebungsverfahren – Ringen um die Meldeschwelle

«The bad optics of money laundering matter a lot.»⁸¹ Gemäss Art. 9 Abs. 1 GwG muss der Finanzintermediär der Meldestelle für Geldwäscherei unverzüglich Meldung erstatten, wenn er weiss oder den begründeten Verdacht hat, dass die in die Geschäftsbeziehung involvierten Vermögenswerte einer kriminellen Herkunft entspringen. In der Praxis können die Diskussionen, ob eine Meldung an die MROS abzusetzen ist oder nicht, mitunter schwierig sein, weil verschiedene Professionals angesichts vorhandener Sachverhaltselemente – im Lichte der «Simple doute»-Rechtsprechung des Bundesgerichts⁸² – mitunter unterschiedliche Störgefühle entwickeln. Im Rahmen der Revision des Geldwäschereigesetzes vom 19. März 2021 soll die unter dem geltenden Recht als unbefriedigend und rechtsunsicher empfundene Situation verbessert werden. Deshalb wurde ein neuer Art. 9 Abs. 1^{quater} neuGwG beschlossen. Danach liegt in den Fällen nach Art. 9 Abs. 1 GwG ein begründeter Verdacht vor, «wenn der Finanzintermediär einen konkreten Hinweis oder mehrere Anhaltspunkte hat, dass für die in die Geschäftsbeziehung involvierten Vermögenswerte Absatz 1 Buchstabe a erfüllt sein könnte, und dieser Verdacht aufgrund zusätzlicher Abklärungen gemäss Artikel 6 nicht ausgeräumt werden kann».⁸³ Diese Bestimmung findet sich im Gesetzesentwurf des Bundesrates noch nicht, sondern wurde in einer ersten Fassung durch den Ständerat eingebracht.⁸⁴ Die Fassung des Ständerates vom September 2020 war insofern strenger als die letztlich vom Gesetzgeber beschlossene Fassung, weil der begründete Verdacht hätte «aufgrund zusätzlicher Abklärungen glaubhaft gemacht oder bestätigt» werden

müssen.⁸⁵ Damit wäre die Kritik an der aktuellen Rechtsprechung des Bundesgerichts durch einen Teil der Lehre aufgenommen worden.⁸⁶ Allerdings löste diese Entwicklung in den parlamentarischen Beratungen Kritik aus⁸⁷ und rief die FINMA auf den Plan, welche vor der Aushöhlung der Melderegeln warnte.⁸⁸ Aufgrund der Fassung des Ständerates wäre in der Abklärungsschleife aufgrund eines Hinweises oder mehrerer Anhaltspunkte ein positiver Befund erforderlich gewesen, während gemäss definitivem Gesetzeswortlaut ein negativer Befund im Sinne der Nichtausräumung genügt. Der Gesetzgeber schwenkte also angesichts eines konkreten Hinweises oder mehrerer Anhaltspunkte noch von der härteren Verifizierungsvariante des Ständerates mit einem deutlich höheren Aussagegehalt zu weichen Falsifizierungsbemühungen. Wie verhält es sich nun mit den Auswirkungen von Art. 9 Abs. 1^{quater} neuGwG auf die Meldeschwelle?

b) GwG-Revision – Bestätigung der «Simple doute»-Rechtsprechung

In den parlamentarischen Beratungen fand das Bedürfnis Ausdruck, den begründeten Verdacht aus rechtsstaatlichen Gründen auf der Gesetzesstufe zu definieren.⁸⁹ Indem Art. 9 Abs. 1^{quater} neuGwG zusätzliche Abklärungen gemäss Art. 6 GwG verlangt, um den Verdacht nach Möglichkeit auszuräumen, wird die Auseinandersetzung mit einem bestehenden Verdacht betont. Unter gesetzessystematischem Gesichtspunkt unterscheidet sich die aktuelle allerdings nicht von der künftigen Rechtslage, da es als Ausfluss der

⁸¹ Siehe Financial Times, Europe's bank bosses face further upheaval, 25. Januar 2021, S. 7.

⁸² Siehe dazu unten II.4.

⁸³ Das revidierte GwG samt Ausführungsbestimmungen wird voraussichtlich Mitte 2022 in Kraft treten.

⁸⁴ Siehe Handelszeitung, Eine Reform wird heiss gewaschen, 25. Februar 2021, S. 3, wonach etwa aus Sicht der FINMA von einem «Unfall» und «grosser Besorgnis» gesprochen wird; ein Vertreter der Bankiervereinigung wird wie folgt zitiert: «Lieber eine abgespeckte Reform als gar keine.»

⁸⁵ Die vom Ständerat am 10. September 2020 beschlossene Fassung hatte folgenden Wortlaut (siehe unter <Suche: – (parlament.ch)>): «Ein begründeter Verdacht liegt vor, wenn der Finanzintermediär einen konkreten Hinweis oder mehrere konkrete Anhaltspunkte hat, dass für die in die Geschäftsbeziehung involvierten Vermögenswerte ein Tatbestand gemäss Artikel 9 Absatz 1 Buchstabe a erfüllt sein könnte und dies aufgrund zusätzlicher Abklärungen glaubhaft gemacht oder bestätigt wird.» Bundesrat Ueli Maurer hat im Ständerat in diesem Zusammenhang von einer «Auflösung oder Aufweichung der Meldepflicht» gesprochen (AB 2020 S 747).

⁸⁶ Siehe dazu BGE 147 IV 274, E. 2.1.3, mit Nachweisen.

⁸⁷ Siehe dazu schon Fn. 84 sowie die kritischen Voten von Christa Markwalder und Judith Bellaïche im Nationalrat (AB 2021 N 19).

⁸⁸ Neue Zürcher Zeitung, Finma warnt vor Geldwäscherei-Vorlage, 22. September 2020, S. 30.

⁸⁹ Nationalrätin Barbara Steinemann, AB 2021 N 20.

Sorgfaltspflicht gegenüber dem Kunden nach gelten dem Recht jedenfalls nicht als zulässig erscheint, gestützt auf einen beliebigen Zweifel eine MROS-Meldung abzusetzen. Nach Wortlaut und Sinn von Art. 9 Abs. 1^{quater} neuGwG bleibt es also auch unter dem revidierten Geldwäschereigesetz bei der aktuellen «Simple doute»-Rechtsprechung des Bundesgerichts,⁹⁰ welche sich auf den verbleibenden Zweifel nach erfolgten Abklärungen bezieht. Dies entspricht einer verbreiteten Lesart im Rahmen der parlamentarischen Beratungen;⁹¹ also nichts Neues bei der GwG-Meldepflicht.

Der Gesetzgeber hat also keine Konzession an die kritischen Lehrmeinungen gemacht, welche die Meldeschwelle gemäss Art. 9 GwG schon unter dem geltenden Recht – in Abgrenzung zum Melderecht des Strafgesetzbuches (Art. 305^{ter} Abs. 2 StGB) – entsprechend hoch veranschlagen wollen.⁹² Die neue Regelung im Geldwäschereigesetz liefert damit der «Business-Seite» in den Finanzinstituten sowie den Zaudern keine valablen Argumente für unter Umständen zeitraubende Abklärungen, mit welchen sich Meldungen auf die lange Bank schieben lassen. Der Druck auf die Compliance-Verantwortlichen dürfte sich aber gleichwohl erhöhen und mithin ihre Position schwächen. Aufgrund von Art. 9 Abs. 1^{quater} neuGwG kann sich in der Praxis mit mehr Nachdruck die heikle Frage stellen, wieviel zusätzliche Abklärungen erforderlich sind und welcher insbesondere unternehmensexternen Quellen sich der Finanzintermediär bedienen muss. Oftmals stossen vertiefende Abklärungen an die institutsimmanenten Grenzen, sodass sich die

Geldwäschereibekämpfung des Finanzintermediärs schnell im Leerlauf befindet.⁹³ Damit sich die Gesetzesrevision hinsichtlich einer wirksamen Bekämpfung von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung nicht zum Rückschritt entwickelt, muss es bei zeitnahen Abklärungen und Meldungen an die MROS bleiben,⁹⁴ und allfälligen Druckversuchen betroffener Kunden⁹⁵ ist unbeirrt Paroli zu bieten.

II. Gerichts- und Behördenpraxis

1. Prüfbeauftragter (Art. 24a FINMAG) – Keine Konzessionen bei der Unabhängigkeit

Aufgrund von Art. 24a FINMAG kann die FINMA eine unabhängige und fachkundige Person beauftragen, Prüfungen bei Beaufsichtigten durchzuführen. Sie umschreibt in der Einsetzungsverfügung die Aufgaben des Prüfbeauftragten. Die Kosten des Prüfbeauftragten tragen die Beaufsichtigten. Der Prüfbeauftragte agiert als «verlängerter Arm» der FINMA und hat keine Eingriffskompetenz.⁹⁶ Mit Urteil 2C_399/2020 vom 28. Dezember 2020 hat das Bundesgericht die Beschwerde einer Grossbank hinsichtlich der Unabhängigkeit einer Prüfbeauftragten abgewiesen.⁹⁷ Zunächst hält das Bundesgericht fest, dass sich aus Gesetz und Materialien nicht ableiten lasse, wie das Unabhängigkeitserfordernis konkret zu handhaben sei (E. 6.2). Das Unabhängigkeitserfordernis des Prüfbeauftragten bezwecke im Kern, dass der Ausgang des Verfahrens für alle Beteiligten als offen erscheine, «die Prüfung also nicht jemandem anvertraut wird, bei welchem der Anschein besteht, dass er sich bereits im Voraus festgelegt hat».⁹⁸ In «teleologischer und systematischer Hinsicht» richte sich die Unabhängigkeit des Prüfbeauftragten nach den Grundsätzen der Unbefangenheit, wie sie aufgrund von Art. 29

⁹⁰ Dazu unter II.4.

⁹¹ Ständerat *Beat Rieder*, wonach die Formulierung in Art. 9 Abs. 1^{quater} neuGwG «und dieser Verdacht aufgrund zusätzlicher Abklärungen gemäss Artikel 6 nicht ausgeräumt werden kann» «nahe bei der bundesgerichtlichen Praxis liegt»; Bundesrat *Ueli Maurer*: «Ich glaube, mit der Formulierung «nicht ausgeräumt werden kann» haben wir eigentlich jetzt genau das ins Gesetz geschrieben, was bisherige Praxis ist» (AB 2021 S 175). Dies entspricht auch dem Verständnis im Bericht der interdepartementalen Koordinationsgruppe zur Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung (KGGT), (Zweiter) Bericht über die nationale Beurteilung der Geldwäscherei- und Terrorismusfinanzierungsrisiken in der Schweiz, Oktober 2021, S. 24 (<www.sif.admin.ch/sif/de/home/dokumentation/fachinformationen/bericht_kggt.html>).

⁹² Siehe dazu Fn. 86 sowie *David Zollinger*, Geldwäschereigesetz und Angst vor Kritik, *Neue Zürcher Zeitung*, 17. März 2021, S. 18.

⁹³ Siehe dazu auch Bundesrat *Ueli Maurer*, AB 2021 S 175.

⁹⁴ Siehe schon Botschaft zum Bundesgesetz zur Bekämpfung der Geldwäscherei im Finanzsektor vom 17. Juni 1996, BBl 1996 III, S. 1113 f.

⁹⁵ Siehe beispielhaft den Druckversuch eines Beraters des Kunden gemäss Urteil des Bundesgerichts 6B_786/2020, E. 3.2.

⁹⁶ E. 7.1.

⁹⁷ Siehe zum Urteil der Vorinstanz *Urs Bertschinger*, Das Finanzmarktaufsichtsrecht vom vierten Quartal 2019 bis ins vierte Quartal 2020, SZW 2020, S. 720 ff.

⁹⁸ E. 6.2.

Abs. 1 der Bundesverfassung (BV) zu den allgemeinen Verfahrensgarantien – nicht nach Art. 30 Abs. 1 BV zu den gerichtlichen Verfahren – entwickelt worden sind, zumal dies auch für die FINMA selbst gelte und die Unabhängigkeit durch einen Prüfbeauftragten nicht weitergehend erfüllt werden müsse.⁹⁹ Folglich stehe der FINMA hinsichtlich des Begriffes der Unabhängigkeit kein Beurteilungsspielraum im Sinne eines technischen Ermessens zu.¹⁰⁰ Das Gericht hält allerdings auch fest, dass die von der FINMA publizierte Wegleitung zur ordnungsgemässen Mandats-erfüllung für FINMA-Beauftragte¹⁰¹ als Verwaltungs-verordnung das Gericht nicht binde, davon jedoch nicht ohne triftigen Grund abgewichen werde, soweit die Wegleitung die Unabhängigkeit überzeugend konkretisiere (E. 6.3).

Insgesamt neigt das Bundesgericht einer eher restriktiven Handhabung der Unabhängigkeit des Prüfbeauftragten zu, wobei die Leitlinie des Urteils für die Praxis aufgrund der betonten Einzelfallbetrachtung nicht überschätzt werden sollte.¹⁰² Das Bundesgericht argumentiert, dass die Prüfbeauftragte – im Unterschied zu anderen Sachverständigen – Aufgaben wahrnehme, die in fachlicher Hinsicht ebenso gut von der FINMA erfüllt werden könnten (E. 7.3). Das mit der Mandatserteilung an eine Prüfbeauftragte verbundene Outsourcing lässt sich allerdings nicht generell auf das anfallende Arbeitsvolumen reduzieren. Weiter hält das Bundesgericht fest, dass für Prüfmandate «bei Grossbanken ein Markt mit wenigen potenziellen Anbietern zur Verfügung steht», was dafür spreche, «das Kriterium der Unabhängigkeit nicht zu streng zu handhaben» und auch die «wenigen Anwaltskanzleien», die von den Grossbanken «bei Rechtsstreitigkeiten notorischerweise regelmässig» beigezogen werden, aufgrund ihrer fachlichen Qualifikation als potenziell valable Prüfdienstleister aufzufassen. Damit findet die Bereitschaft Ausdruck, bei der Independence in Appearance des Prüfbeauftragten Abstriche in Kauf zu nehmen. Selbst «wenn ein Prüfbeauftragter noch offene Mandate einer Partei eines Verfahrens gegen die vom Prüfungsauftrag betroffene Beaufsichtigte hat oder mehrmals oder kurze Zeit vor der Erteilung des Prüfungsauftrages als Vertreter einer solchen Partei in einem Verfahren ge-

gen die betroffene Beaufsichtigte tätig geworden ist, (wären) Umstände, welche nach objektiven Gesichtspunkten geeignet seien, den Anschein fehlender Ergebnisoffenheit des Verfahrens bzw. der Befangenheit des Prüfbeauftragten zu bewirken, (...) nur dann zu bejahen, wenn die Mandate des Prüfbeauftragten betreffend Verfahren gegen die Beaufsichtigte im Zusammenhang mit dem finanzmarktaufsichtsrechtlichen Verfahren gegen die Beaufsichtigte standen bzw. stehen.»¹⁰³

Der Prüfauftrag sollte sich *in casu* mit der Observation von Personen befassen, welche durch Vertreter der Grossbank angeordnet wurde. Da die Beschwerdeführerinnen nach Auffassung des Bundesgerichts nicht rechtsgenügend darlegten, dass etwa die von der Prüfbeauftragten kurz vor Mandatserteilung erfolgten rund 200 Betreibungen gegen eine der Beschwerdeführerinnen sowie ausländische Gerichtsverfahren gegen Konzerngesellschaften der Grossbank-Gruppe durch Anwaltskanzleien eines Netzwerks, dem auch die Prüfbeauftragte angehörte, einen Zusammenhang mit dem Prüfauftrag aufwiesen, war die Unabhängigkeit der Prüfbeauftragten nicht tangiert. Daran würde sich selbst dann nichts ändern, wenn die ausländischen Gerichtsverfahren der Vorbereitung einer Klage gegen die Beschwerdeführerinnen in der Schweiz dienen sollten. Unter den gegebenen Umständen erachtete das Bundesgericht eine wirtschaftliche Verflechtung im Rahmen eines unter einheitlicher Bezeichnung auftretenden internationalen Netzwerks von Anwaltskanzleien als unmassgeblich,¹⁰⁴ sodass das Verfahren keinen anderen Ausgang genommen hätte, wenn der Mandatsleiter der Prüfbeauftragten am Gewinn der amerikanischen Anwaltskanzlei, die «hauptsächlich» in die ausländischen Gerichtsverfahren involviert war, beteiligt sein sollte und insofern eine wirtschaftliche sowie personelle Verflechtung zwischen dieser Anwaltskanzlei und der Prüfbeauftragten bestünde.¹⁰⁵

Im Unterschied zum Bundesverwaltungsgericht nimmt das Bundesgericht keinen Bezug auf Bestimmungen mit «ähnlichen Voraussetzungen an die Unabhängigkeit einer für die gleiche Aufgabe einsetzbaren zugelassenen Revisionsstelle», wobei das Bundesverwaltungsgericht auf Art. 7 und 8 der Fi-

⁹⁹ E. 7.1/7.2.

¹⁰⁰ E. 6.2.

¹⁰¹ Aktueller Stand: 1. Januar 2020.

¹⁰² Siehe E. 7.1.

¹⁰³ E. 8.1.

¹⁰⁴ E. 8.3.

¹⁰⁵ E. 3.2.2 und E. 8.3.

finanzmarktprüfverordnung (FINMA-PV) sowie auf Art. 728 OR verwiesen hat.¹⁰⁶ Wer sich die zerstörerische Kraft eines negativen Anscheins vor Augen führt, muss unweigerlich zum Schluss kommen, dass die FINMA in der Mandatsvergabe einen möglichst hohen Grad der Unabhängigkeit von Prüfbeauftragten wahren muss. Die Materialien zur Unabhängigkeit der Revisionsstelle halten fest, dass «[d]ie Revision eines einwandfreien Abschlusses durch eine subjektiv unvoreingenommene Revisionsstelle (...) für Dritte wertlos (ist), wenn nach aussen hin die Glaubwürdigkeit der Revision durch Umstände beeinträchtigt wird, die den Anschein einer mangelnden Unabhängigkeit der Revisionsstelle begründen».¹⁰⁷ Der Eindruck eines unvoreingenommenen Dritten, zum Beispiel eines Bankgläubigers, ist mit Blick auf die allgemeinen Ziele der Finanzmarktaufsicht, wie sie in Art. 4 FINMAG niedergelegt sind, auch im Rahmen eines Prüfmandates gemäss Art. 24a FINMAG von grosser Bedeutung. Zudem können potenzielle Interessenkonflikte von Prüfbeauftragten auch auf die Reputation der FINMA durchschlagen, ohne dass sich dies leichthin und ohne Kostenfolge für die FINMA¹⁰⁸ durch eine wiederholte Prüfung abschütteln liesse.¹⁰⁹ Gemäss den Gesetzesmaterialien ist davon auszugehen, «dass die FINMA teilweise sogar strengere Unabhängigkeitsanforderungen an Prüfbeauftragte stellen muss als an Prüfgesellschaften (...) und leitende Prüfer».¹¹⁰ Es gilt also keine Unabhängigkeit «light» für den aufsichtsrechtlichen Prüfbeauftragten.

Bemerkenswert ist, dass das Bundesgericht für den Untersuchungsbeauftragten¹¹¹ wohl einen tendenziell strengeren Unabhängigkeitsbegriff andeutet, was mit den weitergehenden Befugnissen des Untersuchungsbeauftragten begründet wird; von Gesetzes wegen kann der Untersuchungsbeauftragte auch mit der Umsetzung von aufsichtsrechtlichen Massnah-

men beauftragt werden.¹¹² Diese Argumentation überzeugt insofern nicht, als sich die Situation mit Blick auf die Informationsgewinnung in der Abklärung eines aufsichtsrechtlich relevanten Sachverhalts beim Prüfbeauftragten und beim Untersuchungsbeauftragten nicht unterscheidet.

Unabhängig davon, ob es sich um ein Prüf- oder Untersuchungsmandat handelt, ist die Unabhängigkeit von FINMA-Dienstleistern ein hohes Gut, dem in der praktischen Handhabung im Hinblick auf die Glaubwürdigkeit der Aufsicht eine zentrale Bedeutung zukommt. Vor dem Hintergrund der offenen Rechtsauffassung des Bundesgerichts ist damit zu rechnen, dass (Gross-)Banken im Hinblick auf die Absicherung vor ihren Aktionären und weiteren Stakeholdern im Einzelfall die Überprüfung der Anforderungen an die Unabhängigkeit von Prüf- und Untersuchungsbeauftragten anstreben werden, um sich nicht dem Vorwurf auszusetzen, die Interessen des Finanzinstituts ungenügend zu schützen.

2. FINMA-Verwaltungsrat – Kein Ausstandsgrund

Im Urteil 2C_909/2020 vom 8. März 2021 hat sich das Bundesgericht mit einem Ausstandsbegehren gegen Mitglieder des Verwaltungsrates der FINMA befasst.¹¹³ Hintergrund bilden die langjährigen Meinungsverschiedenheiten der PostFinance AG und der FINMA zur methodisch korrekten Messung von Zinsrisiken und deren Unterlegung mit Eigenmitteln.¹¹⁴ Erinnerung hatte die Beschwerdeführerin mit dem Gang durch die Gerichtsinstanzen bereits früher erreicht, dieses Geschäft, welches ein systemrelevantes Finanzinstitut betrifft, aufgrund von Art. 9 Abs. 1 lit. b FINMAG von der Geschäftsleitungsebene auf die Ebene des Verwaltungsrates der FINMA zu hieven.¹¹⁵ Sodann gelangte der Verwaltungsratspräsident der PostFinance AG an den Verwaltungsratspräsidenten der FINMA, um die Möglichkeit einer einvernehmlichen Bereinigung in der materiellen Thematik auszuloten. Kurz darauf, anlässlich einer Sitzung des

¹⁰⁶ Bundesverwaltungsgericht B-589/2020, E. 2.3.

¹⁰⁷ Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Revisionspflicht im Gesellschaftsrecht) sowie zum Bundesgesetz über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren vom 23. Juni 2004, BBl 2004, S. 4018, Hervorhebung hinzugefügt.

¹⁰⁸ Gemäss Art. 24a Abs. 3 FINMAG tragen grundsätzlich die Beaufsichtigten die Kosten des Prüfbeauftragten.

¹⁰⁹ Siehe dazu auch E. 7.3.

¹¹⁰ Botschaft zur Bündelung der Aufsicht über Revisionsunternehmen und Prüfgesellschaften vom 28. August 2013, BBl 2013, S. 6872.

¹¹¹ Siehe Art. 36 Abs. 1 FINMAG.

¹¹² E. 7.4.

¹¹³ Vgl. zum Urteil der Vorinstanz Bertschinger (Fn. 97), S. 722 ff.

¹¹⁴ Bundesgericht 2C_909/2020, Sachverhalt B.

¹¹⁵ Dazu Urs Bertschinger, Das Finanzmarktaufsichtsrecht vom vierten Quartal 2018 bis ins vierte Quartal 2019, SZW 2019, S. 688 f.

FINMA-Verwaltungsrates vom 24. Januar 2019, wurde über das weitere Vorgehen beraten und dem zuständigen FINMA-Geschäftsbereich Banken ein Verhandlungsmandat erteilt. In der Folge kaprizierte sich die Beschwerdeführerin darauf, dass die Mitglieder des Verwaltungsrates der FINMA, welche sich anlässlich der Sitzung vom 24. Januar 2019 mit der Sache befasst hatten, befangen seien.

Das Verfahren vor der FINMA richtet sich nach den Bestimmungen des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (VwVG).¹¹⁶ Das Bundesgericht hat das Ausstandsbegehren der Beschwerdeführerin daher nach der Generalklausel des Art. 10 Abs. 1 lit. d VwVG beurteilt, welche auch die Vorbefassung erfasst. Unter einer Vorbefassung wird gemäss Bundesgericht der Umstand verstanden, «dass sich dasselbe Behördenmitglied in einem früheren Verfahrensabschnitt mit derselben Angelegenheit befasste und dabei eine ähnliche Frage zu beantworten hatte. Dadurch könnte bei den Verfahrensbeteiligten eine gewisse Besorgnis entstehen, dass sich dieses Mitglied bereits vor dem dafür vorgesehenen Verfahrensabschnitt abschliessend eine Meinung über den Verfahrensausgang gebildet hat»¹¹⁷ und daher nicht mehr als bereit erscheint, sich mit neuen Gesichtspunkten auseinanderzusetzen. Aus der blossen Vorbefassung entspringt allerdings keine Befangenheit, «da andernfalls eine Verwaltungstätigkeit nicht mehr möglich wäre». Entscheidend ist, dass «das Verfahren in Bezug auf den Sachverhalt und die zu beurteilenden Fragen offen erscheint und nicht der Anschein der Vorbestimmtheit erweckt wird».¹¹⁸

In der Sache selbst ist der Entscheid des Bundesgerichts auch eine kleine Belehrung in Sachen Governance der FINMA. Als Ausfluss der Kompetenzregelung gemäss Art. 9 Abs. 1 lit. b FINMAG, wonach der FINMA-Verwaltungsrat über Geschäfte von grosser Tragweite entscheidet, entspricht es einer Selbstverständlichkeit, dass der in der Sache zuständige Verwaltungsrat der FINMA einen Verhandlungsrahmen für den Kontakt mit der Beschwerdeführerin definiert hat. Es sei einer Verhandlung immanent, dass im Vorfeld eine gewisse Meinungsbildung über den eigenen Verhandlungsstandpunkt stattfinde. Wenn sich eine Partei im Nachgang zu Verhandlungen «ohne Weiter-

res auf eine Vorbefassung der (behördlichen) Gegenpartei berufen könnte, würden mündliche Erörterungen und allfällige Einigungsversuche vor Erlass einer Verfügung verunmöglicht» (E. 4.3.1). Dabei fällt auch in Betracht, dass sich der FINMA-Verwaltungsrat durch das Verhandlungsmandat an die FINMA-Geschäftsleitung bzw. den Geschäftsbereich Banken¹¹⁹ um Unabhängigkeit im Entscheidungsfindungsprozess bemüht hat. Der informelle Verfahrensgang zwischen der Sitzung vom 24. Januar 2019 und dem Verfügungsentwurf vom 9. Dezember 2019 aufgrund verschiedener Kontakte zwischen der Beschwerdeführerin und Vertretern der FINMA deutet gemäss Bundesgericht auf eine laufende Meinungsbildung seitens der FINMA hin (E. 4.3.2). Dass der Verfügungsentwurf der FINMA vom 9. Dezember 2019 im Vergleich zur aufgehobenen – weil kompetenzwidrig ergangenen – Verfügung der FINMA-Geschäftsleitung vom 22. Juli 2016 eine Verschärfung der Eigenmittelzuschläge vorsieht, wurde als weiteres Indiz gegen die Befangenheit der Mitglieder des Verwaltungsrates der FINMA aufgefasst.

Die Funktionsfähigkeit der FINMA ist allgemeine Voraussetzung der Schutzziele der Finanzmarktaufsicht, wie sie in Art. 4 FINMAG vorgesehen sind; das Bundesgericht hat den Angriff eines systemrelevanten Beaufsichtigten auf die Aufsichtsbehörde zu Recht abgewehrt.

3. Entscheid der Sanktionskommission der SIX Group AG – Keine Verfügung

Die SIX Swiss Exchange ist ein Handelsplatz im Sinne des Finanzmarktinfrastrukturgesetzes.¹²⁰ Als Börse unter der Aufsicht der FINMA muss sie mittels Selbstregulierung eine eigene, ihrer Tätigkeit angemessene Regulierungs- und Überwachungsorganisation gewährleisten.¹²¹ Die Börse unterbreitet ihre Reglemente und deren Änderungen der FINMA zur Genehmigung.¹²² Gemäss Art. 35 Abs. 3 FinfraG überwacht die Börse die Einhaltung des Zulassungsreglements und ergreift bei Verstössen die vertraglich vorgesehenen Sanktionen. Die Börse bestellt eine unabhängige Be-

¹¹⁶ Art. 53 FINMAG.

¹¹⁷ E. 4.2.3.

¹¹⁸ E. 4.2.3.

¹¹⁹ Sachverhalt B.b.

¹²⁰ Art. 26 lit. a FinfraG.

¹²¹ Art. 27 Abs. 1 FinfraG.

¹²² Art. 27 Abs. 4 FinfraG.

schwerdeinstanz,¹²³ die bei Verweigerung der Zulassung eines Teilnehmers oder einer Effekte, bei Ausschluss eines Teilnehmers oder bei Widerruf der Effektzulassung angerufen werden kann. Zudem regelt die Börse Organisation und Verfahren der Beschwerdeinstanz. Die Organisationsstruktur, die Verfahrensvorschriften und die Ernennung der Mitglieder der Beschwerdeinstanz bedürfen der Genehmigung durch die FINMA. Nach der Durchführung des Beschwerdeverfahrens kann Klage bei einem Zivilgericht erhoben werden.¹²⁴ Gemäss Art. 62 Abs. 2 des Kotierungsreglements von SIX Exchange Regulation wird dieser Regelung entsprochen, indem die Entscheidungen der Beschwerdeinstanz an das Schiedsgericht von SIX Swiss Exchange weitergezogen werden können.¹²⁵

Im Urteil B-2233/2020 vom 16. Februar 2021 befasst sich das Bundesverwaltungsgericht mit der Rechtsnatur eines Entscheides der Sanktionskommission der SIX Group AG. Die Sanktionskommission wirft einem Emittenten, dessen Beteiligungspapiere an der SIX Swiss Exchange kotiert sind, vor, gegen Rechnungslegungsvorschriften gemäss Art. 51 des Kotierungsreglements verstossen zu haben; es wurde eine Busse von CHF 500 000 ausgesprochen. Statt gemäss Rechtsmittelbelehrung innert 20 Börsentagen an das Schiedsgericht der SIX Group AG zu gelangen, erhob die Emittentin gegen den Entscheid der Sanktionskommission der SIX Group AG Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht.¹²⁶ Das Gericht hatte sich daher mit der Frage zu befassen, ob dem Entscheid der Sanktionskommission der SIX Group AG Verfügungscharakter zukommt.

Gemäss Art. 5 Abs. 1 VwVG gelten als Verfügungen Anordnungen der Behörden im Einzelfall, die sich auf öffentliches Recht des Bundes stützen. Es gilt ein materieller Verfügungsbegriff, wobei folgende fünf Elemente als Prüfkriterien gelten: (i) hoheitliche, einseitige Anordnung einer Behörde, (ii) individuell-konkrete Anordnung, (iii) Anwendung von (Bundes-)Verwaltungsrecht, (iv) auf Rechtswirkung ausgerichtete Anordnung sowie (v) Verbindlichkeit und Erzwingbarkeit (E. 2.4.4). Das Gericht hält fest, dass die verfahrensrechtlichen Regelungen in den

Reglementen der SIX Swiss Exchange nur zwischen den Parteien Wirkung entfalten, unter denen diese Regelung gültig vereinbart wurde¹²⁷ (sog. «Zustimmungserklärung»)¹²⁸. Wie bereits erwähnt wurde, sieht Art. 37 Abs. 4 FinfraG nach der Durchführung eines börseninternen Beschwerdeverfahrens die Klage bei einem Zivilgericht vor.¹²⁹ Da sich nach dem Gesagten bei der Börse Private gegenüberstehen, welche ihre Rechtsverhältnisse zivilrechtlich regeln, entspricht ein Entscheid der Sanktionskommission – wenngleich er individuell-konkrete Wirkungen für einen Emittenten entfaltet – nicht einer behördlichen Anordnung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 VwVG.¹³⁰ Die Emittentin konnte daher gegen den Entscheid der Sanktionskommission der SIX Group AG nicht an das Bundesverwaltungsgericht gelangen.

4. Geldwäscherei – Meldepflicht bei «simple doute»

Ein Finanzintermediär muss der Meldestelle für Geldwäscherei unverzüglich Meldung erstatten, wenn er weiss oder den begründeten Verdacht hat, dass die in die Geschäftsbeziehung involvierten Vermögenswerte einer kriminellen Quelle entstammen (Art. 9 GwG). In den vergangenen Jahren hat sich eine intensive Diskussion um den «begründeten Verdacht» ergeben, der die Meldepflicht an die sog. MROS¹³¹ auslöst. Im Urteil 6B_786/2020 vom 21. Januar 2021 (BGE 147 IV 274) hatte das Bundesgericht wieder Gelegenheit, sich dazu zu äussern.

Die gesetzliche Meldepflicht folgt dem Credo, dass, wo Rauch ist, der sich nicht wieder gänzlich verzieht, auch Feuer sein kann. Die Haltung des Bundesgerichts zu Art. 9 GwG folgt dem Vorsichtsprinzip, wonach selbst bei wenig Rauch Feuer möglich ist: «un soupçon doit être considéré comme fondé lorsqu'il repose sur des circonstances insolites qui ont été recueillies avec soin par l'intermédiaire financier. Si ce dernier a un simple doute que, par exemple, les valeurs patrimoniales proviennent d'un acte criminel, il doit tout de même faire une communication au

¹²³ Siehe zur Unabhängigkeit der Beschwerdeinstanz auch Art. 35 FinfraV.

¹²⁴ Art. 37 FinfraG.

¹²⁵ Siehe dazu BGE 137 III 37, E. 2.2.2.

¹²⁶ Sachverhalt A. und B.

¹²⁷ E. 2.4.5.3.

¹²⁸ E. 2.4.5.5 und E. 2.4.6.2.

¹²⁹ Siehe auch Art. 5 lit. h der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO); dazu auch bei Fn. 124.

¹³⁰ E. 2.4.6.1.

¹³¹ Siehe <www.fedpol.admin.ch/fedpol/de/home/kriminalitaet/geldwaescherei.html>.

MROS»,¹³² Der einfache Zweifel («simple doute») bezieht sich also auf die Bedeutung der sorgfältig erhobenen ungewöhnlichen Umstände («circonstances insolites»), ohne bereits den Prozess der Abklärung dieser Umstände einer *Prima facie*-Handhabung zu unterzustellen. Zwar anerkennt das Bundesgericht, dass die Auslegung des Gesetzestextes von Art. 9 GwG einer Entwicklung unterlag («interprétation évolutive»), hält aber auch fest, dass die Verwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffs durch den Gesetzgeber der Praxis in dessen Anwendung einen gewissen Interpretationsspielraum belassen muss.¹³³

Das Bundesgericht sieht die aktuelle Rechtsprechung zur Meldepflicht im ursprünglichen Konzept des Gesetzesgebers eingebettet, wie es in der Botschaft von 1996 Ausdruck findet.¹³⁴ Nach diesen Gesetzesmaterialien ist ein Verdacht dann begründet, «wenn er auf einem konkreten Hinweis oder mehreren Anhaltspunkten beruht, die einen verbrecherischen Ursprung der Vermögenswerte befürchten lassen».¹³⁵ Die Diskussion um die Meldeschwelle bei Art. 9 GwG hat viel mit der Abgrenzung zum Melde-recht des Art. 305^{ter} Abs. 2 StGB zu tun, welches sich auf Wahrnehmungen bezieht, die darauf schliessen lassen, dass Vermögenswerte aus einem Verbrechen herrühren. Auch die Gesetzesmaterialien von 1996 haben diese Abgrenzung betont,¹³⁶ weshalb man die

aktuelle Auslegung von Art. 9 GwG in einer systematischen Betrachtung durchaus als etwas streng erachten kann. Nach dem Methodenpluralismus des Bundesgerichts kann diesem systematischen Auslegungselement allerdings keine massgebliche Bedeutung zukommen und der «simple doute» als Auslöser der Meldepflicht steht nicht im Widerspruch zu Wortlaut und Sinn von Art. 9 GwG, dem eine griffige Geldwäschereibekämpfung inhärent sein muss. Im konkreten Fall konnten die weiteren Abklärungen der Bank die Zweifel nicht ausräumen, zumal sich der Kunde nach Einschätzung des Gerichts nicht plausibel erklären konnte; die Bank hatte daher zu Unrecht keine Meldung an die MROS abgesetzt.¹³⁷

5. Reglement einer GwG-Selbstregulierungsorganisation – Von der privatautonomen Branchenvereinbarung zum Rechtsetzungsakt

Eine Selbstregulierungsorganisation gemäss Geldwäschereigesetz warf einem Mitglied, das Mehrwertdienste anbietet, wie sie etwa als Nachtzuschlagsmodell des Zürcher Verkehrsverbundes vorkommen, vor, die gesetzlichen und reglementarischen Sorgfaltspflichten nicht eingehalten zu haben. Gegen den Entscheid der Selbstregulierungsorganisation erhob das Mitglied unter anderem Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Im Urteil 2C_887/2017 vom 23. März 2021 hatte letztlich das Bundesgericht zu beurteilen, ob der Entscheid der Selbstregulierungsorganisation, der gestützt auf ein Reglement im Sinne von Art. 25 GwG erging, als Verfügung im Sinne von Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVG) aufzufassen sei. Der Verfügungscharakter bestimmt sich nach der erwähnten Gesetzesbestimmung insbesondere danach, ob sich ein Entscheid auf öffentliches Recht des Bundes stützt.

Bei der Selbstregulierung wird zwischen der freiwilligen oder echten Selbstregulierung, bei der sich Private in Ausübung ihrer Wirtschaftsfreiheit selbst

¹³² E. 2.1.3, mit Verweisen auf die Rechtsprechung und kritische Lehrmeinungen.

¹³³ E. 2.3.2.

¹³⁴ E. 2.3.2: «En particulier, le Message de 1996 (siehe Fn. 94) exprimait déjà l'idée que les soupçons qui n'étaient pas dissipés à l'issue de la procédure de clarification devaient être communiqués» (ohne spezifischen Verweis auf eine Belegstelle im Bundesblatt).

¹³⁵ Botschaft GwG 1996 (Fn. 94), S. 1130.

¹³⁶ Botschaft GwG 1996 (Fn. 94), S. 1131: «Das Melderecht nach Artikel 305^{ter} Absatz 2 StGB und die Meldepflicht nach Artikel 9 des vorliegenden Geldwäschereigesetzes sind als Abstufungen innerhalb desselben Konzepts zu verstehen. Die Meldepflicht setzt das Wissen oder den begründeten Verdacht voraus, dass eine strafbare Handlung nach Artikel 305^{bis} StGB tatsächlich begangen wurde, während das Melderecht einen strafrechtlichen Rechtfertigungsgrund schafft für die Meldung von Indizien, wonach Vermögenswerte krimineller Herkunft sein könnten. Die verschiedenen Stufen des Verdachts des Finanzintermediärs bilden eine Palette, die vom unspezifischen Anhaltspunkt bis zur Gewissheit reicht. Einerseits beinhaltet sie die Situation, in der eine Meldung an die zuständigen Behörden gerechtfertigt, aber wegen fehlender Klarheit über den Sachverhalt noch nicht als unausweichlich er-

scheint. Andererseits umfasst sie die Situation, die zur Meldung verpflichtet, weil sich der Verdacht als begründet erweist. In diesem Sinne stehen die beiden Begriffe zueinander nicht in Opposition, sondern ergänzen sich».

¹³⁷ Urteil 6B_786/2020, E. 3.2–3.4 (nicht veröffentlicht in der amtlichen Sammlung).

Standesregeln geben,¹³⁸ und der unechten, staatlich gelenkten Selbstregulierung unterschieden, bei welcher der Staat in einem Rechtserlass die Grundlage für die private Selbstregulierung legt (E. 3.3.1). Das Konzept der Selbstregulierung, welches der Gesetzgeber eingeführt hat, um die Einhaltung der Pflichten der Finanzintermediäre im Sinne von Art. 2 Abs. 3 GwG unter dem Geldwäschereigesetz zu überwachen,¹³⁹ gilt als Anwendungsfall der unechten, staatlich gelenkten Selbstregulierung.¹⁴⁰ Die Selbstregulierungsorganisationen erfüllen aufgrund der ihnen «übertragenen staatlichen Kompetenzen» eine öffentliche Aufgabe (E. 4.3). Dabei bringt das Bundesgericht auch zum Ausdruck, dass «die mit der Geldwäschereibekämpfung verbundenen öffentlichen Interessen [...] im Verlaufe der vergangenen Jahrzehnte kontinuierlich an Bedeutung gewonnen (haben)». Aufgrund der am 1. Januar 2020 in Kraft getretenen Fassung des Geldwäschereigesetzes ist es den Finanzintermediären gemäss Art. 2 Abs. 3 GwG nicht mehr möglich, sich als sog. DUFI der direkten Aufsicht der FINMA zu unterstellen, was das Profil der Selbstregulierungsorganisationen zusätzlich erhöht.¹⁴¹

Auf dieser Grundlage rekapituliert das Bundesgericht die bisherige Rechtsprechung zu den Reglementen der Selbstregulierungsorganisationen gemäss Art. 25 GwG und bestätigt deren Charakter als «privatautonome (Branchen-)Vereinbarungen». Daran ändert auch die konstitutive Genehmigung der betreffenden Reglemente durch die FINMA gemäss Art. 18 Abs. 1 lit. c GwG nichts,¹⁴² zumal der *in casu* relevante Entscheid der Selbstregulierungsorganisation vom 29. März 2017 datiert, also weit vor der vorstehend erwähnten Abschaffung des DUFI-Status ergangen ist.¹⁴³

Da das geltende Geldwäschereigesetz den Finanzintermediären im Sinne von Art. 2 Abs. 3 GwG eine direkte Unterstellung unter die Aufsicht der FINMA nicht mehr ermöglicht, steigt das Profil der Selbstregulierungsorganisationen in der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben, wie erwähnt, weiter an. Art. 14

Abs. 1 GwG sieht nun eine Pflicht dieser Finanzintermediäre vor, sich einer Selbstregulierungsorganisation anzuschliessen; sie haben unter den Voraussetzungen von Art. 14 Abs. 2 GwG einen Anspruch auf Anschluss an eine Selbstregulierungsorganisation. Die «Wahrnehmung staatlicher Aufgaben» durch die GwG-Selbstregulierungsorganisationen wird durch das Bundesgericht unter Bezug auf die Gesetzesmaterialien entsprechend betont, indem daran erinnert wird, dass die Selbstregulierungsorganisationen gemäss Art. 35 Abs. 2 der Bundesverfassung an die Grundrechte gebunden sind.¹⁴⁴ Nach der Darstellung des Bundesgerichts hat sich die Geldwäschereibekämpfung in der Schweiz im Ergebnis von einer privaten Selbstregulierung zu «einer wesentlichen öffentlichen Aufgabe» entwickelt (E. 4.4), was hinsichtlich des bislang privatautonomen Charakters der Reglemente von GwG-Selbstregulierungsorganisationen wohl als *Ankündigung einer Praxisänderung* zu verstehen ist. Mit Blick auf den zu beurteilenden Fall hält das Bundesgericht fest, dass sich eine Praxisänderung für Sachverhalte, die sich vor dem Inkrafttreten der Anschlusspflicht für Finanzintermediäre im Sinne von Art. 2 Abs. 3 GwG an eine GwG-Selbstregulierungsorganisation ergaben, nicht aufdrängt.¹⁴⁵ Ist inskünftig davon auszugehen, dass Reglemente von Selbstregulierungsorganisationen gemäss Art. 25 GwG aufgrund delegierter Rechtsetzungsbefugnisse als Rechtssetzungsakte aufzufassen sind, wird sich die Frage stellen, ob die betreffenden Reglemente in Form von Rechtserlassen öffentlichrechtlicher oder privatrechtlicher Natur sind, da dem Entscheid einer GwG-Selbstregulierungsorganisation nur im ersten Fall Verfügungsscharakter im Sinne von Art. 5 VwVG zukommen kann;¹⁴⁶ *à suivre*.

6. Marktmanipulation – Berufs- und Tätigkeitsverbot

Auf den 1. Januar 2016 wurde das aufsichtsrechtliche Verbot der Marktmanipulation vom einstigen Börsengesetz (Art. 33f altBEHG) in Art. 143 FinfraG überführt. Materiell blieb die Vorschrift unverän-

¹³⁸ Als freiwillige Selbstregulierung gilt etwa die Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken (VSB), siehe E. 4.3.1.

¹³⁹ Siehe Art. 3 ff. GwG.

¹⁴⁰ E. 3.3.2.

¹⁴¹ E. 4.3.3.

¹⁴² E. 4.2.

¹⁴³ E. 4.4.

¹⁴⁴ E. 4.3.3; siehe auch Botschaft FIDLEG/FINIG (Fn. 10), S. 9069.

¹⁴⁵ E. 4.4.

¹⁴⁶ Siehe E. 4.1 am Ende.

dert.¹⁴⁷ In den Urteilen 2C_315/2020 und 2C_317/2020 vom 7. Oktober 2020 hat sich das Bundesgericht auf der Basis des altrechtlichen Art. 33f BEHG mit aufsichtsrechtlich verbotener Markmanipulation befasst. Da es bei diesem aufsichtsrechtlichen Verbot – im Unterschied zum Strafrecht¹⁴⁸ – nicht um die Vergeltung eines Fehlverhaltens geht, sondern um die Verwirklichung der allgemeinen Ziele der Finanzmarktaufsicht im Sinne von Art. 4 FINMAG (Individual- und Funktionsschutz), wird weder ein Vermögensvorteil noch eine Bereicherungsabsicht und kein subjektives Verschulden vorausgesetzt (E. 7.2.2).

Festgestellt wurde ein Handelsverhalten, wonach derivative Instrumente mit der entsprechenden Aktie als Basiswert gehandelt wurden, wobei ein erheblicher Auftragsüberhang im Basiswert (Spoofing) auf verschiedenen Preisstufen (Layering) entstand und die Aufträge danach sofort wieder gelöscht wurden. Damit wurde wiederholt vorgetäuscht,¹⁴⁹ dass eine bestimmte Anzahl eines Wertpapiers verkauft wird. Weil andere Marktteilnehmer diesen Bewegungen folgten, ergab sich in den entsprechenden Titeln ein Verkaufsdruck. Sodann wurden die Verkaufsaufträge jeweils wieder gelöscht, ein paar Sekunden gewartet und die entsprechenden Wertschriften zu tieferen Preisen wieder erworben. Auf dieser Grundlage reagierte der Markt mit steigenden Kursen, wobei die Wertschriften zu höheren Kursen verkauft werden konnten.¹⁵⁰ Nach Feststellung des Gerichts wurden 99% der Handelspositionen «innert weniger Sekunden» wieder gelöscht.¹⁵¹ Durch die Löschung von Aufträgen aus dem Orderbuch und den damit verbundenen Wertveränderungen von Effekten konnte von einer günstigen Entwicklung von Derivaten profitiert werden.¹⁵² Das Gericht verweist auf die «Technizität» der Materie und hält dafür, dass sich der Beschwerdeführer aufgrund der detaillierten Ausführungen des Bundesrates in der entsprechenden

Gesetzesbotschaft¹⁵³ «ohne Weiteres ein Bild machen» konnte, auf welche konkreten Konstellationen sich die gesetzliche Regelung bezieht.¹⁵⁴ Daran ändert sich aufgrund der spärlichen Ausführungen in der Botschaft zum Finanzmarktinfrastukturgesetz¹⁵⁵ selbstverständlich nichts.¹⁵⁶

Für das vorstehend dargelegte Marktverhalten konnte kein wirtschaftlich vernünftiger Hintergrund geltend gemacht werden. Weder verfiel die Argumentation des Beschwerdeführers, dass es sich um Market Making handle, was sich schon daraus erhellt, dass die zwar hohe Liquidität in den Effekten nur kurzfristig und aufgrund der Orderbuchüberhänge nur einseitig zur Verfügung gestellt wurde, da die Aufträge, wie erwähnt, in der Regel kurzfristig wieder gelöscht wurden.¹⁵⁷ Auch der Einwand, dass Hedging vorliege, wurde vom Gericht verworfen, zumal die im Basiswert eingegangenen Positionen wertmässig «ziemlich unbedeutend» waren «und der wertmässige Hebel im Derivat sich im Verhältnis hierzu als sehr hoch erwies». Es konnte sich daher nach Auffassung des Gerichts nicht um die Neutralisierung eines möglichen Marktrisikos handeln, wie es für Hedging-Aktivitäten typisch ist.¹⁵⁸

Die Regeln über den Marktmissbrauch bezwecken den Funktionsschutz sowie den Schutz der Anleger¹⁵⁹ in ihrem Vertrauen, dass die Börsenkurse auf einem echten Angebots- und Nachfrageverhalten der Marktteilnehmer beruhen und keine manipulativen Eingriffe zu befürchten sind.¹⁶⁰ Angesichts der Dauer und der Planmässigkeit, mit welcher der Beschwerdeführer vorging, um für sich selber hohe finanzielle Vorteile in Form von Boni und Dividenden zu erzielen, rechtfertigte sich für das verhängte *Berufsverbot* (Art. 33 FINMAG) nach Auffassung des Bundesgerichts die gesetzliche Maximaldauer von fünf Jahren.¹⁶¹ Damit bleibt der Beschwerdeführer aufgrund schwerer Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen von Tätigkeiten in leitender Stellung bei ei-

¹⁴⁷ Botschaft zum Finanzmarktinfrastukturgesetz (FinfraG) vom 3. September 2014, BBl 2014, S. 7584.

¹⁴⁸ Siehe Art. 155 FinfraG (Kursmanipulation).

¹⁴⁹ Siehe zu den Tatbestandsmerkmalen der falschen und irreführenden Signale (nun in Art. 143 Abs. 1 FinfraG) Botschaft zur Änderung des Börsengesetzes (Börsendelikte und Marktmissbrauch) vom 31. August 2011, BBl 2011, S. 6903.

¹⁵⁰ E. 7.3.1 und E. 7.3.3.

¹⁵¹ Urteil 2C_315/2020, E. 7.3.2; Urteil 2C_317/2020, E. 7.3.3.

¹⁵² Urteil 2C_317/2020, E. 7.3.2.

¹⁵³ Siehe Botschaft Änderung Börsengesetz (Fn. 149), S. 6902 f.

¹⁵⁴ E. 7.2.5.

¹⁵⁵ Siehe Botschaft FinfraG (Fn. 147), S. 7584.

¹⁵⁶ Siehe zur Entwicklung der Gesetzgebung bei Fn. 147.

¹⁵⁷ Urteil 2C_315/2020, E. 7.3.4 bzw. Urteil 2C_317/2020, E. 7.3.6.

¹⁵⁸ Urteil 2C_315/2020, E. 7.3.4.

¹⁵⁹ Nun Art. 4 FINMAG.

¹⁶⁰ E. 8.1.

¹⁶¹ Art. 33 Abs. 2 FINMAG; Urteil 2C_315/2020, E. 8.3.

nem beaufsichtigten Institut einstweilen ausgeschlossen. Aufgrund der besonderen Vertrauensstellung, welche der Beschwerdeführer für marktmanipulative Verhaltensweisen missbraucht hatte, wurde zudem ein achtjähriges *Tätigkeitsverbot* gemäss Art. 35a alt-BEHG vom Gericht geschützt.¹⁶² Diese Bestimmung ermöglichte der FINMA, Personen, die als verantwortliche Mitarbeiter eines Effektenhändlers den Effektenhandel betrieben haben und das Börsengesetz, dessen Ausführungsbestimmungen oder die betriebsinternen Vorschriften grob verletzt, die Tätigkeit im Effektenhandel dauernd oder vorübergehend zu verbieten. Der Gehalt dieser Bestimmung wurde im Rahmen der Schaffung des Finanzinstitutsgesetzes in Art. 33a FINMAG überführt. Da das marktmanipulative Verhalten als schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen qualifiziert, wurde der Gewinn eingezogen (Art. 35 FINMAG).¹⁶³ Unrecht darf sich nicht lohnen, und Unrechtsverantwortliche gehören auf die Strafbank!

7. Vollständigkeitserklärung – Falsche Auskunft gegenüber der Prüfgesellschaft

Im Zusammenhang mit den Vollständigkeitserklärungen, welche die Prüfgesellschaft vom Verwaltungsrat der zu prüfenden Gesellschaft verlangt, sind die involvierten Organpersonen, oftmals der Präsident des Verwaltungsrates, der Vorsitzende der Geschäftsleitung (CEO) und der Chief Financial Officer (CFO), gefordert; die Vollständigkeit von Vollständigkeitserklärungen ist daher immer wieder Gegenstand vertiefter Abklärungen. Mit einem freilich klaren Fall unvollständiger Vollständigkeitserklärungen (*déclarations d'intégralité*) hat sich das Bundesgericht im Urteil zu den Verfahren 6B_1348/2020 und 6B_1352/2020 vom 1. April 2021 befasst. Bei einer Versicherungsgesellschaft kam es zur Verpfändung von Vermögenswerten zugunsten Dritter, was in mehreren Vollständigkeitserklärungen nicht offengelegt, sondern im Gegenteil ausdrücklich bestätigt wurde, dass keine Verpfändungen von Aktiven der Gesellschaft stattgefunden haben.¹⁶⁴ Damit ist der Straftatbestand von Art. 45 FINMAG (Erteilen falscher Auskünfte) erfüllt. Dass die unvollständige

Vollständigkeitserklärung nicht direkt an die FINMA, sondern an die Prüfgesellschaft gelangte, änderte an der Strafbarkeit nichts, da der Gesetzestext sowohl die falsche Auskunft gegenüber der FINMA als auch gegenüber einer Prüfgesellschaft erfasst (E. 2.4).

Der Umstand, dass Art. 45 Abs. 1 FINMAG den technischen Terminus «Prüfgesellschaft» verwendet, was – im Unterschied zu den Revisionsgesellschaften – auf den «regulatory audit» hindeutet,¹⁶⁵ schliesst die Strafbarkeit einer vorsätzlichen Falschauskunft im Kontext der Rechnungsprüfung («financial audit») nicht aus, wovon das Bundesgericht im vorliegenden Fall ohne Weiteres ausgeht.¹⁶⁶ Die Gesetzesmaterialien suggerieren – trotz der bewussten terminologischen Abgrenzung von den Revisionsgesellschaften¹⁶⁷ – ebenfalls ein weites Aufgabenspektrum von «Prüfgesellschaften», welches die Rechnungsprüfung einschliesst.¹⁶⁸ Dies entspricht auch der Praxis der FINMA.¹⁶⁹

8. Parteistellung in Aufsichtsverfahren – Weiterhin nur in Ausnahmefällen

Die Qualität der Rechtsordnung definiert sich massgeblich nach deren Funktionsfähigkeit. Ob einer Person in finanzmarktaufsichtsrechtlichen Verfahren Parteistellung zukommen kann, hängt daher auch davon ab, inwiefern eine Parteistellung die Verfahrensbewältigung beeinflussen könnte. Darauf laufen auch die mitunter gewundenen Formulierungen hinaus, wie sie das Bundesgericht im Urteil 2C_79/2021 vom 17. Juni 2021 verwendet. Die (besondere) Berührung im Sinne von Art. 6 bzw. Art. 48 Abs. 1 lit. b VwVG setze nicht zwangsläufig eine rechtlich geschützte Position voraus, sondern schliesse auch ein faktisches Interesse ein, das allerdings immer direkt

¹⁶² Urteil 2C_315/2020, E. 8.2.

¹⁶³ Urteil 2C_317/2020, E. 8.2.

¹⁶⁴ Siehe Sachverhalt B.b und B.c.

¹⁶⁵ Botschaft FINMAG (Fn. 69), S. 2876.

¹⁶⁶ Siehe E. 2.4.

¹⁶⁷ Botschaft FINMAG (Fn. 69), S. 2876.

¹⁶⁸ Botschaft FINMAG (Fn. 69), S. 2876: «Demgegenüber handelt es sich bei der finanzmarktrechtlichen Prüfgesellschaft um eine vom Verwaltungsrat mandatierte Gesellschaft, deren Auftrag weit über denjenigen einer Revisionsstelle nach Obligationenrecht hinausgeht, da sie die Einhaltung des gesamten Aufsichtsrechts zu prüfen hat (Aufsichtsprüfung).»

¹⁶⁹ Siehe FINMA-Rundschreiben 2013/3 Prüfwesen, Rz 112, 122 und 130, die sich jeweils auf die Rechnungsprüfung beziehen.

und konkret sein müsse.¹⁷⁰ Zur vernünftigen Abgrenzung von der Populärbeschwerde sei die Parteistellung restriktiv zu handhaben, sofern der Ansprecher seine Interessen anderweitig wahren könnte, insbesondere im Rahmen eines Zivil- oder Strafprozesses. Diese restriktive Auffassung dränge sich auch auf, sofern die Verwaltungstätigkeit ansonsten übermässig kompliziert würde (E. 3.3).

Im vorliegenden Fall hatte der Beschwerdeführer von der FINMA eine Verfügung verlangt, wonach ihm Parteistellung «dans toute procédure d'enforcement ouverte à l'encontre de la banque B. AG [...]» zukommen müsse, was die FINMA verneinte.¹⁷¹ Da weder das Bankengesetz noch das Finanzmarktaufsichtsgesetz eine allgemeine Regelung zur Parteistellung vorsehen, orientiert sich das Bundesgericht an den bereits erwähnten Art. 6 und Art. 48 VwVG (E. 3.1). Bemerkenswert ist, dass der Beschwerdeführer nicht Kunde der Bank war, aber aufgrund einer behaupteten Missorganisation der Bank und dem Fehlverhalten deren Mitarbeiter nun daran gehindert sei, eine Summe Geld von einem Dritten wiederzuerlangen.¹⁷²

Das Bundesgericht ruft in Erinnerung, dass die Finanzmarktaufsicht einem öffentlichen Interesse dient, weshalb einem Einzelnen in einem aufsichtsrechtlichen Verfahren grundsätzlich keine Parteistel-

lung zukomme (E. 3.4). Dabei verweist das Gericht auch auf Art. 4 FINMAG, dessen Charakter als Verweisungsnorm auf die einzelnen Finanzmarktgesetze¹⁷³ nicht darüber hinwegtäuschen darf, dass dieser Gesetzesbestimmung die Funktionsfähigkeit der Finanzmarktaufsicht inhärent ist. Im Sinne einer Ausnahme wird das Beschwerderecht von Gläubigern und Eignern gemäss Art. 24 BankG in Bankeninsolvenz- und Bankenkursverfahren erwähnt.¹⁷⁴ Aufsichtsrechtliche Verfahren dienen nicht der Unterstützung von Personen, die ihre zivilrechtlichen Ansprüche verfolgen wollen.¹⁷⁵ Zwar können Personen, die sich in ihren Interessen durch einen Finanzintermediär betroffen fühlen, der FINMA eine entsprechende Meldung erstatten, ohne dass sie dadurch in einem allfälligen Aufsichtsverfahren Parteistellung erlangen.¹⁷⁶ Das Bundesgericht verweist ferner auf Geheimhaltungsinteressen,¹⁷⁷ welche es trotz Parteistellung des Beschwerdeführers zu wahren gälte und gegen welche die FINMA den Zugang zu Informationen im Einzelnen abzuwägen hätte.¹⁷⁸ «Cette analyse générerait un alourdissement considérable de la procédure et un risque d'entrave notamment à l'efficacité de la surveillance étatique sur les banques et autres établissements assujettis à celle-ci» (E. 3.8). Das reibungslose Funktionieren des Aufsichtsprozesses bildet eben das Fundament der Finanzmarktaufsicht.

¹⁷⁰ E. 3.2; siehe auch Bundesverwaltungsgericht B-2237/2019, S. 5–6.

¹⁷¹ Siehe Sachverhalt B.

¹⁷² Sachverhalt A.

¹⁷³ Siehe Art. 1 Abs. 1 FINMAG.

¹⁷⁴ E. 3.5.

¹⁷⁵ E. 3.6 am Ende.

¹⁷⁶ E. 3.5.

¹⁷⁷ Insbesondere das Amtsgeheimnis gemäss Art. 14 FINMAG, Bankkündengeheimnis gemäss Art. 47 BankG.

¹⁷⁸ Siehe Art. 27 Abs. 1 lit. b und c VwVG.