CENTRE DE DROIT
BANCAIRE ET FINANCIER

***Naming and shaming*.**

Was wird öffentlich von der FINMA kommuniziert ?

Par Célian Hirsch le 19 April 2023

In einer (vermutlich kürzlich ergangenen) undatierten Entscheidung bestätigt die FINMA die Veröffentlichung einer Pressemitteilung über den Abschluss eines Enforcementverfahrens gegen einen ausdrücklich genannten Beaufsichtigten. Dieser Entscheid erlaubt es der FINMA insbesondere, zu argumentieren, dass eine solche Veröffentlichung keine Sanktion (naming and shaming im Sinne von Art. 34 FINMAG), sondern lediglich eine Information der Öffentlichkeit im Sinne von Art. 22 FINMAG darstellt.

Nach Abschluss eines Enforcementverfahrens informiert die FINMA die vom Verfahren betroffene beaufsichtigte Person darüber, dass sie eine entsprechende Medienmitteilung veröffentlichen wird. Sie gibt ihm die Möglichkeit, auf allfällige Fehler in der geplanten Medienmitteilung hinzuweisen. Die beaufsichtigte Person nimmt keine Stellung zum Entwurf der Medienmitteilung, sondern verlangt von der FINMA, dass sie darauf verzichtet und eine beschwerdefähige Verfügung erlässt.

In ihrer (teilweise geschwärzten) Verfügung verweist die FINMA zunächst auf den in Art. 22 Abs. 2 FINMAG verankerten Grundsatz : „Über einzelne Verfahren gibt die FINMA keine Auskunft“. Nach der Regel folgt die Ausnahme. So darf die FINMA über ein bestimmtes Verfahren informieren, wenn dies „aufsichtsrechtlich geboten ist, namentlich wenn die Kommunikation dazu dient

Finanzakteure oder Beaufsichtigte zu schützen ;
um falsche oder irreführende Informationen zu korrigieren, oder
den Ruf des Schweizer Finanzplatzes zu gewährleisten.“

Die FINMA sieht in der Information der Öffentlichkeit neben dem eigentlichen Informationszweck auch eine gewisse präventive Wirkung. Sie betont insbesondere die Unterscheidung zwischen der in Art. 22 FINMAG vorgesehenen Information der Öffentlichkeit einerseits und der Veröffentlichung einer aufsichtsrechtlichen Verfügung nach Art. 34 FINMAG andererseits (Naming and Shaming). Diese zweite Massnahme, die nur am Ende eines Verfahrens erlassen wird, erlaubt es der FINMA, „ihre endgültige Verfügung, einschliesslich der Personendaten der betroffenen Beaufsichtigten, zu veröffentlichen“. Neben ihrer präventiven Wirkung entfaltet diese Maßnahme auch einen repressiven Aspekt. Auch wenn die FINMA in ihrer Verfügung nicht darauf hinweist, hat das Bundesgericht kürzlich entschieden, dass diese Massnahme dennoch keine strafrechtliche Sanktion im Sinne von Art. 6 EMRK darstellt (BGE 147 I 57, kommentiert in cdbf.ch/1111/).

Wie aus dem Gesetzestext hervorgeht, sind die drei oben erwähnten Ausnahmen nicht abschliessend. Die FINMA geht davon aus, dass sie im Interesse der Öffentlichkeit, der Beaufsichtigten oder im eigenen Interesse gemäss den Zielen der Finanzmarktaufsicht nach Art. 4 FINMAG kommunizieren kann. Ausserdem entspricht eine solche Mitteilung dem DSG, da sie auf einer formellgesetzlichen Grundlage beruht. In jedem Fall muss die Meldung dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit (Eignung, Erforderlichkeit und Verhältnismässigkeit im engeren Sinne) entsprechen.

Im vorliegenden Fall argumentiert der Beaufsichtigte, dass er das Verfahren selbst bei der FINMA angemeldet habe und dass die Pressemitteilung den „Aufsichtsdialog“ untergraben würde. Des Weiteren argumentiert er, dass eine Pressemitteilung, die auf einem nicht rechtskräftigen Entscheid beruht, unverhältnismässig wäre, da sie seinem Ruf irreparablen Schaden zufügen würde. Schliesslich hätte eine Veröffentlichung mangels eines besonderen aufsichtsrechtlichen Bedürfnisses nur auf der Grundlage von Art. 34 FINMAG erfolgen dürfen.

Die fünf Absätze des FINMA-Entscheids, die auf diese Argumentation eingehen, sind leider geschwärzt. Nur der Absatz, der die Position der FINMA zusammenfasst, wird (teilweise) veröffentlicht. So ist die Pressemitteilung gemäss der Behörde geeignet, das angestrebte öffentliche Interesse zu wahren (Kriterium der Eignung), das nicht auf andere Weise erreicht werden kann (Kriterium der Notwendigkeit), und es besteht ein vernünftiges Verhältnis zwischen dem öffentlichen Interesse, das die FINMA zu wahren versucht, und den privaten Interessen des Beaufsichtigten (Verhältnismässigkeit im engeren Sinne).

Dieser Entscheid bringt (etwas) Klarheit in die Praxis der FINMA bezüglich ihrer Mitteilung zu einem bestimmten Verfahren. Abgesehen davon überzeugt die Unterscheidung zwischen der Meldung im öffentlichen Interesse (Art. 22 FINMAG) und der Meldung als Sanktionsmassnahme (Art. 34 FINMAG) in casu nicht unbedingt. Die Tatsache, dass die Meldung nicht unter eine der drei in Art. 22 Abs. 2 FINMAG genannten Ausnahmen fällt und dass sie nach Abschluss des Verfahrens beschlossen wurde, spricht eher dafür, dass sie als Naming and Shaming zu qualifizieren ist. Der geschwärzte Teil erlaubt es vielleicht, die umgekehrte Lösung zu rechtfertigen.

Aus einer breiteren Perspektive betrachtet, soll die FINMA die juristische Person, gegen die ein Verfahren läuft, nur bei 64 Gelegenheiten in Pressemitteilungen genannt haben, obwohl sie über 500 Verfügungen erlassen hat. Diese Praxis unterscheidet sich von derjenigen ausländischer Behörden, die fast systematisch die Namen der von ihren Verfahren betroffenen Unternehmen veröffentlichen (vgl. Gava Roy [2021], Challenging the regulators : Enforcement and appeals in financial regulation, Regulation & Governance). Was natürliche Personen betrifft, so hat die FINMA diese bislang nie direkt genannt, mit der einzigen Ausnahme eines ehemaligen CEO einer Bank.

Unseres Erachtens entspricht die Tatsache, dass die Identität der vom Verfahren betroffenen (natürlichen oder juristischen) Person nur in Ausnahmefällen bekannt gegeben wird, nicht nur der durch Art. 22 Abs. 2 FINMAG zum Ausdruck gebrachten Absicht des Gesetzgebers, sondern auch der schweizerischen Auffassung, wonach die Veröffentlichung einer Sanktion an sich eine zusätzliche Sanktion darstellt (vgl. BGE 147 I 57 E. 4.2). Eine solche Zurückhaltung in der Mitteilung der FINMA scheint uns somit gerechtfertigt. Die Behörde hat jedoch kürzlich darum gebeten, mehr kommunizieren zu dürfen. Es bleibt abzuwarten, ob das Debakel der Credit Suisse das Parlament davon überzeugen wird, der FINMA mehr

Kommunikationsmöglichkeiten einzuräumen.

Reproduction autorisée avec la référence suivante: Célian Hirsch, Was wird öffentlich von der FINMA kommuniziert ?, publié le 19 April 2023 par le Centre de droit bancaire et financier, https://cdbf.ch/de/1281/