

Herausgegeben im Auftrag der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich von G. Biaggini, O. Diggelmann, T. Gächter, A. Glaser,
A. Griffel, C. Kaufmann, H. Keller, R. Kiener, A. Kley, R. Matteotti,
D. Moeckli, M. Oesch, J. Reich, M. Simonek und F. Uhlmann

Manuel Blatter

Rechtsstaatliche Garantien im Enforcementverfahren der FINMA

Ausgewählte Aspekte in der Institutsaufsicht
und in Unterstellungssachen

Inhaltsübersicht

Vorwort und Dank	V
Inhaltsübersicht.....	IX
Inhaltsverzeichnis	XI
Abkürzungsverzeichnis.....	XIX
Literaturverzeichnis	XXV
Materialienverzeichnis.....	XXXIX
Teil I: Einleitung.....	1
Kapitel 1: Gegenstand und Ziel	3
Kapitel 2: Themen und Methode	4
Kapitel 3: Aufbau der Arbeit	5
Teil II: Grundlagen des Enforcementverfahrens	7
Kapitel 4: FINMA.....	9
Kapitel 5: Enforcement	12
Kapitel 6: Rechtsschutz.....	43
Teil III: Technisches Ermessen und rechtsstaatliche Garantien.....	57
Kapitel 7: Vorgehen zum Institutsaufsichtsverfahren.....	59
Kapitel 8: Gerichtliche Zurückhaltung.....	60
Kapitel 9: Ausgangslage im Finanzmarktrecht – Regulierung der Institute.....	78
Kapitel 10: Bestimmung der Prüfungsdichte	125

Kapitel 11: Analyse von Fällen aus der Rechtsprechung..... 152

Kapitel 12: Zusammenfassung und Würdigung zum
Institutsaufsichtsverfahren 194

**Teil IV: Rechtsstaatliche Garantien im
Unterstellungsverfahren..... 199**

Kapitel 13: Vorgehen zum Unterstellungsverfahren..... 201

Kapitel 14: Fallbeispiel Balsamico-Fässer..... 202

Kapitel 15: Vorsorgliche Massnahmen im Unterstellungsverfahren 212

Kapitel 16: Freigabe von Mitteln für Vertretung und Verbeiständung 258

Kapitel 17: Kostentragung im Unterstellungsverfahren..... 271

Kapitel 18: Zusammenfassung und Würdigung zum
Unterstellungsverfahren 284

Teil V: Schlussbetrachtungen..... 293

Inhaltsverzeichnis

Vorwort und Dank.....	V
Inhaltsübersicht.....	IX
Inhaltsverzeichnis.....	XI
Abkürzungsverzeichnis.....	XIX
Literaturverzeichnis.....	XXV
Materialienverzeichnis.....	XXXIX
Teil I: Einleitung.....	1
Kapitel 1: Gegenstand und Ziel.....	3
Kapitel 2: Themen und Methode.....	4
Kapitel 3: Aufbau der Arbeit.....	5
Teil II: Grundlagen des Enforcementverfahrens.....	7
Kapitel 4: FINMA.....	9
I. Organisation.....	9
II. Aufgaben.....	9
III. Unabhängigkeit.....	10
Kapitel 5: Enforcement.....	12
I. Begriff des Enforcements und des Enforcementverfahrens.....	12
II. Laufende Aufsicht und Vorabklärungen.....	14
1. Laufende Aufsichtstätigkeit.....	15
2. Vorabklärungen.....	16
III. Verfahrensarten.....	17
1. Institutsaufsichtsverfahren.....	19
2. Unterstellungsverfahren.....	22
2.1 Eigenheiten und Einleitung des Unterstellungsverfahrens.....	22
2.2 Vorsorgliche Massnahmen bei Verfahrenseröffnung.....	23

2.3 Abschluss des Unterstellungsverfahrens und Rechtsfolgen.....	25
3. Marktaufsichtsverfahren.....	28
4. Internationale Amtshilfe.....	32
4.1 Internationale Kooperation.....	32
4.2 Internationale Amtshilfe an ausländische Aufsichtsbehörden	33
4.3 Voraussetzungen für die internationale Amtshilfe	35
4.4 Direkte Übermittlung und grenzüberschreitende Vor-Ort-Kontrolle ...	37
5. Insolvenz- und Liquidationsverfahren.....	38
5.1 Schutzmassnahmen	38
5.2 Sanierung.....	40
5.3 Konkurs.....	41
Kapitel 6: Rechtsschutz	43
I. Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht	43
1. Die FINMA als Vorinstanz	43
2. FINMA-Verfügungen als Anfechtungsobjekt	43
3. Beschwerderecht	44
4. Kognition des Bundesverwaltungsgerichts.....	46
II. Beschwerde beim Bundesgericht	47
III. Anfechtung von Zwischenverfügungen	48
1. Provisorische Massnahmen als praktisch relevante Zwischenverfügungen	48
2. Nicht wiedergutzumachender Nachteil durch superprovisorische Verfügungen?.....	50
3. Volle Kognition der Beschwerdeinstanz?	51
4. Zwischenfazit zur Anfechtbarkeit superprovisorischer Massnahmen	53
5. Zulässige Dauer bis zur erneuten Verfügung?.....	54
6. Kognition.....	55
Teil III: Technisches Ermessen und rechtsstaatliche Garantien.....	57
Kapitel 7: Vorgehen zum Institutsaufsichtsverfahren.....	59
Kapitel 8: Gerichtliche Zurückhaltung.....	60
I. Kognition und Kognitionsbestimmungen.....	60
II. Zurückhaltung als richterliche Kontrollbeschränkung	61

III.	Beurteilungs- und Ermessensspielraum im Lichte der Ermessenslehre(n)	63
1.	Klassische Ermessenslehre	63
2.	Neuere Ermessenslehre	64
3.	Gegenüberstellung	65
4.	Bedeutung von Art. 49 lit. c VwVG	66
4.1	Totalrevision der Bundesrechtspflege	66
4.2	Zurückhaltende Kontrolle der Angemessenheit unter Art. 49 VwVG?	69
4.3	Fazit	73
IV.	Begriff des technischen Ermessens	73
V.	Zusammenfassung	77
 Kapitel 9: Ausgangslage im Finanzmarktrecht – Regulierung der Institute.....		78
I.	Gesetzliche Grundlagen	78
1.	Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit	79
2.	Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustands	85
3.	Durch Verordnung normierte Regelungsbereiche	91
4.	Würdigung	94
II.	Ziele der Finanzmarktaufsicht	94
1.	Ausweitung der Aufsichtsziele anhand der Gewähr	94
2.	Aufsichtsziele nach FINMAG	95
3.	Praktische Bedeutung der aufsichtsrechtlichen Schutzziele	98
4.	Würdigung	99
III.	Regularien	100
1.	Begriff der Regulierung	100
2.	Rundschreiben	102
3.	Andere Regularien bzw. Kommunikationsgefässe	105
4.	Gesteuerte Selbstregulierung	107
5.	Würdigung	111
IV.	Informelles Verwaltungshandeln gegenüber Beaufsichtigten	112
1.	Aufsichtsdialog	112
2.	Kein Verfügungscharakter von Schreiben der FINMA	114
3.	Anspruch auf Erlass einer Verfügung?	116
4.	Würdigung	118

V. Problemfelder der Regulierung von Finanzinstituten..... 119

- 1. Finanzmarktrecht und Legalitätsprinzip im Spannungsverhältnis..... 119
- 2. Massgeblichkeitsgebot und Delegation 122
- 3. Implikationen hinsichtlich der gerichtlichen Kontrolle 123

Kapitel 10: Bestimmung der Prüfungsdichte 125

I. Normativer Rahmen zur Bestimmung der Prüfungsdichte..... 125

- 1. Rechtsschutzgarantie nach Art. 29a BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK 125
- 2. Anspruch auf rechtliches Gehör nach Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK 126
- 3. Unabhängigkeit des Gerichts nach Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK 127
- 4. Volle Kognition nach Art. 49 VwVG i.V.m. Art. 37 VGG..... 128

II. Die offene Bestimmung 129

III. Die Eignung der Behörde..... 131

- 1. Fehlende Eignung als Sachzwang 132
- 2. Kritik der fehlenden Eignung als Rechtfertigungsgrund 134

IV. Grundsatz der Gewaltenteilung 138

V. Kompensation durch Anordnung von Gutachten? 141

VI. Kompensation durch hohe Anforderungen an die Begründung? 143

VII. Formeln aus der Rechtsprechung 146

VIII. Würdigung 149

Kapitel 11: Analyse von Fällen aus der Rechtsprechung 152

I. BVGE 2010/39 – Zerstrittene Bankleitung 153

- 1. Fallbeschreibung 153
- 2. Prüfungsdichte..... 155

II. Urteil des BVerfG B-2330/2013 – Mangelhafter Disclaimer 159

- 1. Fallbeschreibung 159
- 2. Prüfungsdichte..... 160

III. BVGE 2017 IV/7 – Execution only-Kunden..... 161

- 1. Fallbeschreibung 161
- 2. Prüfungsdichte..... 163

IV. Urteil des BVerfG B-5595/2016 – PostFinance AG..... 165

- 1. Fallbeschreibung 165
- 2. Prüfungsdichte..... 170

V.	BVGE 2018 IV/4 – Berufsverbot.....	175
1.	Prozessgeschichte.....	175
2.	Fallbeschreibung	178
3.	Prüfungsdichte.....	180
VI.	Auswertung	184
1.	Kurzabriss über die Fallanalysen.....	184
2.	Umgang mit den offenen Bestimmungen	188
3.	Behördeneignung und Rollenverteilung der Gewalten.....	189
4.	Einsatz von Gutachten.....	190
5.	Genügende Entscheidungsbegründung und Berücksichtigung der Vorbringen	191
6.	Eingriffsschwere.....	192

Kapitel 12: Zusammenfassung und Würdigung zum Institutsaufsichtsverfahren.....	194
I. Technisches Ermessen und gerichtliche Zurückhaltung.....	194
II. Regulierte Institute – mächtige FINMA.....	194
III. Prüfungsdichte: Nachvollziehbarkeit	195
IV. Problematische Aspekte der gerichtlichen Zurückhaltung	196
V. Gesamtwürdigung des Institutsaufsichtsverfahrens	197

**Teil IV: Rechtsstaatliche Garantien im
Unterstellungsverfahren..... 199**

Kapitel 13: Vorgehen zum Unterstellungsverfahren 201

Kapitel 14: Fallbeispiel Balsamico-Fässer 202

I.	Urteil über die vorsorglichen Massnahmen.....	202
II.	Bundesgerichtliche Präzisierung der Praxis zum Einlagenbegriff.....	206
III.	Urteil zum Endentscheid der FINMA im Balsamico-Fässer-Fall.....	207

**Kapitel 15: Vorsorgliche Massnahmen im
Unterstellungsverfahren 212**

I.	Allgemeine Anforderungen an die Anordnung vorsorglicher Massnahmen.....	212
1.	Begriff und Form.....	212
2.	Rechtmässigkeit vorsorglicher Massnahmen	215

3.	Verbot präjudizierender vorsorglicher Massnahmen?	217
4.	Zusammenfassung	220
II.	Behördenpraxis zu vorsorglichen Massnahmen in Unterstellungsverfahren	221
1.	Gesetzliche Grundlagen in der Praxis	221
2.	Entwicklung der Behördenpraxis	222
3.	Technisches Ermessen und Handhabung durch die Behörden	225
3.1	Mandatierung eines Untersuchungsbeauftragten	226
3.2	Unterlagen, Auskünfte und Räumlichkeiten	229
3.3	Kontensperren und Entzug der Zeichnungsberechtigung	231
3.4	Fazit zur Behördenpraxis	232
4.	Praktische Bedeutung der Massnahmen für die Betroffenen	234
III.	Besprechung der Behördenpraxis	236
1.	Besonderer Massstab für Massnahmen nach Art. 31 FINMAG?	237
1.1	Berufung auf Art. 31 FINMAG in Lehre und Praxis	238
1.2	Unklare Ausgangslage als Missstand nach Art. 31 FINMAG?	239
1.3	Kein besonderer Massstab nach Art. 31 FINMAG	241
2.	Anforderungen des allgemeinen Verwaltungsrechts als Massstab	242
2.1	Eignung zur Verhinderung eines drohenden Nachteils	243
2.2	Erforderlichkeit aufgrund zeitlicher Dringlichkeit	248
2.3	Interessenabwägung und präjudizierende Wirkung	251
3.	Fazit	256
Kapitel 16: Freigabe von Mitteln für Vertretung und Verbeiständung		258
I.	Voraussetzungen des Anspruchs auf Freigabe von Mitteln	258
II.	Bestimmung des Umfangs der Mittelfreigabe	261
III.	Anspruchsberechtigte Person(en)	263
IV.	Rechtsgrundlage der Mittelfreigabe?	265
V.	Besprechung der Praxis zur Mittelfreigabe	266
1.	Rechtsgrundlage und Voraussetzungen	266
2.	Kriterien zur Bemessung der Mittelfreigabe	268
3.	Würdigung	269
Kapitel 17: Kostentragung im Unterstellungsverfahren		271
I.	Umfang der Untersuchungs- und Verfahrenskosten	271
II.	Kostenregelung im Enforcementverfahren	271

1. Regelfall der Kostentragung durch die Betroffenen	271
2. Ausnahme: unwesentliche Mitwirkung an der illegal tätigen Gruppe.....	273
3. Widersprüchliche Rechtslage	274
III. Parlamentarischer Vorstoss zur Neuregelung der Kostentragung	274
IV. Die unklare Ausgangslage als zu beseitigender Missstand	275
V. Störer- und Verursacherprinzip	276
1. Störerprinzip.....	276
2. Verursacherprinzip	277
3. Vergleichende Charakterisierung der Prinzipien	279
VI. Übertragung auf das Unterstellungsverfahren?	280
VII. Würdigung	282
Kapitel 18: Zusammenfassung und Würdigung zum	
Unterstellungsverfahren	284
I. Problematische Praxis zur Anordnung vorsorglicher Massnahmen	284
II. Mittelfreigabe zur Vertretung und Verbeiständung.....	286
III. Kostentragung durch den vermeintlich Beaufsichtigten.....	287
IV. Gesamtwürdigung des Unterstellungsverfahrens	288
V. Lösungsansätze?.....	290
Teil V: Schlussbetrachtungen	293