

Enforcementverfahren der FINMA – ein Kompass für das Navigieren durch den Sturm

Matthias Hirschle, Rechtsanwalt, Associate Partner Blum&Grob Rechtsanwälte AG (Zürich)

Ein Enforcementverfahren der FINMA ist für das betroffene Finanzinstitut stets ein äusserst einschneidendes Ereignis. In einem solchen Sturm überlegt zu handeln, ist überlebenswichtig. Vorliegender Beitrag zeigt, was für das Navigieren durch die einzelnen Phasen eines Enforcementverfahrens besonders wichtig ist, um als Finanzinstitut möglichst rasch und sicher wieder in ruhigere Gewässer zu gelangen.

Eröffnung des Verfahrens

Ein Enforcementverfahren beginnt für das betroffene Institut in der Regel damit, dass ihm die FINMA eine Eröffnungsanzeige zustellt. Darin wird von der FINMA kurz umrissen, welchen möglichen Verstössen gegen aufsichtsrechtliche Bestimmungen sie beim Institut nachgehen will. Wenn die FINMA die Absicht hat, zur Durchführung der Abklärungen einen Untersuchungsbeauftragten beizuziehen, teilt sie dies dem Institut ebenfalls in der Eröffnungsanzeige mit. Schliesslich weist die FINMA das Institut darauf hin, dass es ihm bzw. seinen Organen und Mitarbeitenden ab sofort untersagt ist, für die Untersuchung relevante Daten zu vernichten.

Die Organe des Instituts müssen nach dem Empfang der Eröffnungsanzeige festlegen, welcher weitere Kreis von Personen unmittelbar in die Verfahrenseröffnung eingeweiht werden soll. Die Schlüsselpersonen der Compliance-Funktion sind – sofern sie nicht selbst

direkt im Fokus der Untersuchung stehen – sicher zu diesem Kreis zu zählen. Nachdem dieses «Kernteam» zusammengestellt ist, gilt es sofort eine interne Kommunikation vorzubereiten. Die Mitarbeitenden müssen in geeigneter Weise darauf aufmerksam gemacht werden, dass sie ab sofort keine Daten mehr vernichten dürfen, ohne dass dabei zwingend die ganze Belegschaft erfahren muss, dass ein Enforcementverfahren gegen das Institut eröffnet worden ist.

Wenn die FINMA dem Institut bekannt gibt, dass sie die Öffentlichkeit über die Verfahrenseröffnung informieren will, ist schnellstmöglich Kontakt mit der FINMA aufzunehmen, um die Rahmenbedingungen dieser Kommunikation zu klären. Gleichzeitig hat sich das Institut seine eigene Kommunikation an die Öffentlichkeit zurechtzulegen.

Aber auch wenn die FINMA die Eröffnung des Verfahrens nicht publik macht, tut das Institut gut daran, sich sofort Gedanken über eine Kommunikation gegen aussen zu machen, um angemessen reagieren zu können, wenn Gerüchte in die Öffentlichkeit gelangen. Ohne klare Kommunikationsstrategie ist im schlimmsten Fall zumindest reputationsmässig bereits Schiffbruch erlitten, noch bevor das Enforcementverfahren begonnen hat.

Einsetzung des Untersuchungsbeauftragten

In den meisten Fällen lässt die FINMA die Abklärungen beim Institut durch einen Untersuchungsbeauftragten vornehmen. Bevor die FINMA die Verfügung er-

lässt, mit welcher dieser eingesetzt wird, stellt sie dem Institut in der Regel einen Entwurf des geplanten Untersuchungsauftrags zu und fordert es auf, hierzu innerhalb einer Frist von wenigen Tagen Stellung zu nehmen.

Für das Institut empfiehlt es sich, den von der FINMA vorgelegten Entwurf zum einen dahingehend zu prüfen, ob er den vom Untersuchungsbeauftragten abzudeckenden Untersuchungszeitraum klar definiert. Zum anderen ist darauf zu achten, dass der Untersuchungsauftrag die einzelnen Punkte des Untersuchungsgegenstands präzise umschreibt. Wenn der zeitliche und/oder inhaltliche Rahmen der Untersuchung nicht bereits im Vorfeld genügend klar abgesteckt wird, besteht die Gefahr, dass die Abklärungen vom Untersuchungsbeauftragten später ohne den erforderlichen Fokus vorgenommen werden, was nie im Interesse des Instituts liegt und zu massiv höheren Kosten führt.

Nachdem das Institut seine Stellungnahme zum Entwurf des Untersuchungsauftrags eingereicht hat, erlässt die FINMA eine Einsetzungsverfügung, in welche der allenfalls angepasste Untersuchungsauftrag übernommen wird. Ebenso wird dem Institut in der Einsetzungsverfügung die Pflicht auferlegt, die Kosten des Untersuchungsbeauftragten zu tragen, und der Untersuchungsbeauftragte dazu ermächtigt, Kostenvorschüsse vom Institut zu verlangen.

Untersuchungshandlungen

Normalerweise nimmt der Untersuchungsbeauftragte unmittelbar nach dem Erlass

der Einsetzungsverfügung Kontakt mit dem Institut auf, um erste organisatorische Angelegenheiten zu regeln. Für das Institut ist es dabei ratsam, eine Person als «Single Point of Entry» für den Verkehr mit dem Untersuchungsbeauftragten zu bestimmen. Nur auf diese Weise bleibt sichergestellt, dass der Informationsaustausch mit dem Untersuchungsbeauftragten zentral koordiniert und gesteuert werden kann. Nachdem die Abklärungen des Untersuchungsbeauftragten regelmässig in den Fachbereich der Compliance-Abteilung fallen, ist der Compliance Officer meistens prädestiniert dafür, die Funktion als «Single Point of Entry» zu übernehmen.

Weiter gilt es in organisatorischer Hinsicht festzulegen, auf welchem Weg der Datenaustausch mit dem Untersuchungsbeauftragten erfolgt. Das Institut muss diesbezüglich darauf achten, dass es jederzeit die Übersicht darüber behält, welche Informationen bereits an den Untersuchungsbeauftragten gegangen sind. Am einfachsten gelingt dies, wenn der Datenaustausch zentral über eine Austauschplattform des Instituts abgewickelt wird.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts findet das VwVG auf die Tätigkeit von Untersuchungsbeauftragten keine Anwendung. Dies hat zur Folge, dass wichtige Aspekte dieser Tätigkeit nicht verbindlich geregelt sind, was angesichts der Bedeutung der Untersuchung für das betroffene Institut nicht unproblematisch ist. Wie anhand der folgenden zwei Beispiele verdeutlicht wird, muss das Institut den Untersuchungsbeauftragten daher proaktiv auf gewisse Themen ansprechen, um diese einer akzeptablen Lösung zuführen zu können.

Auswertung der Kommunikation: Eine der Hauptaufgaben des Untersuchungsbeauftragten besteht darin, die Kommunikation der Organe und Mitarbeitenden des Instituts auszuwerten, um

darin mögliche Verstösse gegen aufsichtsrechtliche Bestimmungen dingfest zu machen. Dabei mag es für den Untersuchungsbeauftragten verlockend erscheinen, gezielt die Kommunikation zwischen dem Institut und seinen Anwälten abzugreifen, weil die Probleme des Instituts in dieser Kommunikation schnell und einfach sichtbar werden.

Der Grundsatz eines fairen Verfahrens gebietet jedoch, dass sich eine Partei ungestört mit ihrem Anwalt austauschen können muss. Art. 13 Abs. 1^{bis} VwVG hält entsprechend fest, dass sich die Mitwirkungspflicht einer Partei nicht auf die Herausgabe von Unterlagen aus dem Verkehr mit ihrem Anwalt erstreckt. Dieser prozessuale Schutz des Anwaltsgeheimnisses muss als grundlegender Ausfluss des Fairnessgebots auch gegenüber dem Untersuchungsbeauftragten gelten, selbst wenn man mit dem Bundesgericht davon ausgeht, dass das VwVG auf die Tätigkeit von Untersuchungsbeauftragten keine Anwendung findet. Für das Institut empfiehlt es sich deshalb, bereits vor der Übermittlung der Daten auf den Untersuchungsbeauftragten zuzugehen, um mit ihm zu klären, wie die vom Anwaltsgeheimnis geschützte Kommunikation ausgesondert werden kann.

Durchführung von Befragungen: Eine weitere wichtige Tätigkeit des Untersuchungsbeauftragten liegt darin, dass er Befragungen mit den mutmasslich verantwortlichen Organen und Mitarbeitenden des Instituts durchführt. Weil das VwVG nach der vorgenannten Rechtsprechung des Bundesgerichts auf die Tätigkeit von Untersuchungsbeauftragten nicht anwendbar ist, bestehen auch in Bezug auf die Durchführung dieser Interviews keine verbindlichen Vorgaben. Insbesondere ist nicht geregelt, ob bzw. auf welche Weise die Befragungen protokolliert werden müssen. Ebenso ist offen, ob die Anwälte des Instituts und/oder des Befragten an den Inter-

views teilnehmen dürfen. Nachdem die Befragungen aber einen grossen Einfluss auf den Ausgang der Untersuchung haben können, ist es für das Institut ratsam, die Rahmenbedingungen für die Durchführung der Interviews bereits im Vorfeld mit dem Untersuchungsbeauftragten zu klären und auf der Protokollierung sowie der Anwesenheit eines Anwalts zu beharren.

Parallele interne Untersuchung?

Nach der Eröffnung des Enforcementverfahrens stellt sich für das betroffene Institut regelmässig die Frage, ob es parallel zur Untersuchung der FINMA bzw. des Untersuchungsbeauftragten eine eigene interne Untersuchung durchführen soll. Für gewöhnlich leisten solche Abklärungen einen wichtigen Beitrag dazu, dass das Institut möglichst unbeschadet aus dem Enforcementverfahren herausgelangt.

Wenn das Institut der Angelegenheit nach der Verfahrenseröffnung sofort von sich aus auf den Grund geht, wird es zum einen in die Lage versetzt, die Fragen des Untersuchungsbeauftragten schneller und präziser beantworten zu können. Zum anderen ermöglicht eine solche Untersuchung dem betroffenen Institut, proaktiv auf den Ausgang des Enforcementverfahrens Einfluss zu nehmen. Ergeben die internen Abklärungen beispielsweise, dass tatsächlich Mängel bestehen bzw. Verbesserungspotenzial vorhanden ist, kann das Institut bereits während des Verfahrens entsprechende Massnahmen ergreifen. Unter Umständen lässt sich dadurch erreichen, dass die FINMA beim Abschluss des Verfahrens auf weitere Massnahmen verzichtet.

Abschluss des Verfahrens

Nach dem Abschluss der Abklärungen erstellt der Untersuchungsbeauftragte einen Bericht, welchen die FINMA dem Institut zur Stellungnahme vorlegt. Anschliessend

kann das Enforcementverfahren zumindest theoretisch auf zwei Arten abgeschlossen werden: Entweder stellt die FINMA das Verfahren ein oder sie erlässt gegenüber dem Institut eine Verfügung. Dass Enforcementverfahren eingestellt werden, ist in der Praxis aber selten.

Selbst für den Fall, dass das Institut den ordnungsgemässen Zustand während des Verfahrens bereits durch von ihm selbst ergriffene Massnahmen wiederhergestellt hat, stellt die FINMA das Verfahren regelmässig nicht ein, sondern erlässt eine Feststellungsverfügung nach Art. 32 FINMAG, um die nach Ansicht der FINMA begangene schwere Aufsichtsrechtsverletzung zu rügen. Wenn der ordnungsgemässe Zustand nach der Einschätzung der FINMA beim Abschluss der Untersuchung noch nicht wiederhergestellt ist, ordnet die FINMA gestützt auf Art. 31 FINMAG die ihr angemessen erscheinenden Massnahmen zur Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustands an (z.B. Auflagen zur Organisation oder Einschränkungen der Geschäftstätigkeit). Folge eines Enforcementverfahrens gegen ein Institut kann sodann auch sein, dass die FINMA Enforcementverfahren gegen die Gewährträger persönlich eröffnet, um diese beispielsweise mit einem Berufsverbot nach Art. 33 FINMAG zu belegen.

Für das Institut stellt sich nach der Eröffnung der Verfügung meistens die Frage, ob es die von der FINMA festgestellten Vorwürfe bzw. die von ihr angeordneten Massnahmen auf sich sitzen lassen soll. Ob – und inwiefern – es angezeigt ist, die Verfügung der FINMA beim Bundesverwaltungsgericht anzufechten, muss stets unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls abgewogen werden.

Allgemein lässt sich sagen, dass sich das Bundesverwaltungsgericht zwar eine gewisse Zurückhaltung bei der Überprüfung von Entscheiden der FINMA auferlegt, wenn technische Aspekte zur Diskussion stehen. Für den Fall aber, dass es um die Einhaltung der allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsätze wie z.B. des Legalitätsprinzips oder des Verhältnismässigkeitsgebots geht, nimmt das Bundesverwaltungsgericht durchaus eine kritische Haltung gegenüber der FINMA ein. Das betroffene Institut muss die Segel somit nicht zwangsläufig streichen, wenn es mit der Verfügung der FINMA nicht einverstanden ist.

Fazit

Die Eröffnung eines Enforcementverfahrens ist häufig Ausdruck davon, dass die FINMA dem betroffenen Institut nicht

mehr vertraut. Ein Beitrag zur Wiederherstellung dieses Vertrauens kann während des Verfahrens dadurch geleistet werden, dass die Abklärungen durch den Untersuchungsbeauftragten seitens des Instituts gut organisiert begleitet werden. Positiv auf die Grosswetterlage wirkt sich in der Regel auch aus, wenn das Institut die von ihm selbst erkannten Unzulänglichkeiten bereits während des Verfahrens behebt. Dass man für die Fahrt in ruhigere Gewässer nicht umhinkommt, bei der FINMA verloren gegangenes Vertrauen wiederherzustellen, bedeutet jedoch nicht, dass man geradezu blind mit der FINMA kooperieren muss. Im sich rasch entwickelnden Finanzmarktrecht kann es durchaus unterschiedliche Rechtsauffassungen geben, und die FINMA hat – wie die Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts zeigen – bei Weitem nicht immer recht.

ZUM AUTOR:

Matthias Hirschele, Rechtsanwalt, ist als Associate Partner bei der Kanzlei Blum&Grob Rechtsanwälte AG in Zürich tätig, insbesondere in verschiedenen Bereichen des Finanzmarktrechts und der Compliance.

ACHTUNG

Wenn die FINMA ein Enforcementverfahren eröffnet, muss das betroffene Finanzinstitut rasch und angemessen reagieren. Das Institut sollte insbesondere die folgenden, im Beitrag näher erläuterten Punkte angehen:

- Kommunikation nach innen und aussen vorbereiten
- Auf möglichst präzise Abfassung des Untersuchungsauftrags hinwirken
- «Single Point of Entry» für den Verkehr mit dem Untersuchungsbeauftragten bestimmen
- Datenaustausch mit dem Untersuchungsbeauftragten über eine Austauschplattform abwickeln
- Bereits im Vorfeld der Datenübermittlung auf den Schutz des Anwaltsgeheimnisses hinwirken
- Rahmenbedingungen für Befragungen klären
- Angelegenheit von sich aus auf den Grund gehen