

KURZGUTACHTEN

zuhanden des

EIDGENÖSSISCHEN FINANZDEPARTEMENTS (EFD)

und des

STAATSSEKRETARIATS FÜR INTERNATIONALE FINANZFRAGEN (SIF)

betreffend

INFORMATIONSPFLICHT VON FINMA UND SNB GEGENÜBER EFD

erstellt von

PROF. DR. FELIX UHLMANN, LL.M., ADVOKAT

PROFESSOR AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

KONSULENT IM ADVOKATURBÜRO WENGER PLATTNER

und

DR. IUR. FLORIAN FLEISCHMANN

ASSISTENT AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

3. Januar 2019

INHALTSVERZEICHNIS

LITERATURVERZEICHNIS	4
MATERIALIENVERZEICHNIS	7
I. AUSGANGSLAGE UND GUTACHTENSAUFTAG	8
II. GRUNDLAGEN	10
1. Organisationsrechtliche Grundlagen der Bundesverwaltung	10
2. FINMA	12
3. SNB	15
III. UNABHÄNGIGKEIT	17
1. FINMA	17
A. Allgemeines	17
B. Mitwirkungs- und Steuerungsbefugnisse des Bundesrates	20
C. Exkurs: Oberaufsicht des Parlaments	25
2. SNB	27
A. Allgemeines	27
B. Mitwirkungsbefugnisse des Bundesrates	29
C. Oberaufsicht des Parlaments	30
IV. BEANTWORTUNG DER GUTACHTENSFRAGEN	35
1. Fragen zum Verhältnis EFD – FINMA	35
A. Erste Frage	35
B. Zweite Frage	37
C. Dritte Frage	40
D. Vierte Frage	43
E. Fünfte Frage	46

2. Fragen zum Verhältnis EFD – SNB	51
A. Erste Frage	51
B. Zweite Frage	52
C. Dritte Frage	54
D. Vierte Frage	57

LITERATURVERZEICHNIS

- ALBRECHT MARTIN Die parlamentarische Oberaufsicht im neuen Parlamentsgesetz, LeGes 2003/2, S. 31 ff.
- ARQUINT NINA Die FINMA als unabhängige Behörde – Einbettung und organisatorische Ausgestaltung, GesKR 2009, S. 12 ff.
- AUBERT JEAN-FRANÇOIS/MAHON PASCAL Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zürich/Basel/Genf 2003 (zit. BEARBEITER, in: Aubert/Mahon)
- BETI DINA Stellung, Aufgaben und Funktion des EFD in der Finanzmarktaufsicht, in: Peter Nobel (Hrsg.), St. Galler Bankrechtstag 2009, Institutionenengel für zum Finanzmarkt, Bern 2010, S. 21 ff.
- BIAGGINI GIOVANNI BV, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2017
- BIAGGINI GIOVANNI/LIENHARD ANDREAS/SCHOTT MARKUS/UHLMANN FELIX Wirtschaftsverwaltungsrecht des Bundes, 6. Aufl., Basel 2016
- DUBEY JACQUES/ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE Droit administratif général, Basel 2014
- EHRENZELLER BERNHARD/SCHINDLER BENJAMIN/SCHWEIZER RAINER J./VALLENDER KLAUS A. (HRSG.) Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf/St. Gallen 2014 (zit. SGK BV-BEARBEITER/-IN)
- GRAF MARTIN/THELER CORNELIA/VON WYSS MORITZ (HRSG.) Parlamentsrecht und Parlamentspraxis der Schweizerischen Bundesversammlung, Kommentar zum Parlamentsgesetz (ParlG) vom 13. Dezember 2002, Basel 2014 (zit. Komm. ParlG-BEARBEITER/-IN)
- GRIFFEL ALAIN Allgemeines Verwaltungsrecht im Spiegel der Rechtsprechung, Zürich/Basel/Genf 2017
- HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016
- HÄNER ISABELLE/LIENHARD ANDREAS/TSCHANNEN PIERRE/UHLMANN FELIX/VOGEL STEFAN Ausgewählte Gebiete des Bundesverwaltungsrechts, 8. Aufl., Basel 2014
- HÄNNI PETER Personalrecht des Bundes, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band I/2, 3.Aufl., Basel 2017
- JAAG TOBIAS FINMA, Parlament und Bundesrat, in: Peter Nobel (Hrsg.), St. Galler Bankrechtstag 2009, Institutionenengel für zum Finanzmarkt, Bern 2010, S. 1 ff.
- LANZ MARTIN Finanzmarkt: Aufsichtsregime, in: Giovanni Biaggini/Isabelle Häner/Urs Säker/Markus Schott (Hrsg.), Fachhandbuch Verwaltungsrecht, Zürich/Basel/Genf 2015, S. 3 ff.

MOOR PIERRE/BELLANGER FRANÇOIS/TANQUEREL THIERRY	Droit administratif, Volume III: L'organisation des activités administrative. Les biens de l'Etat, 2. Aufl., Bern 2018
MÜLLER GEORG/VOGEL STEFAN	Oberaufsicht des Bundesversammlung über die Schweizerische Nationalbank, SZW 2010, S. 277 ff.
NIGGLI MARCEL ALEXANDER/UEBERSAX PETER/WIPRÄCHTIGER HANS/KNEUBÜHLER LORENZ (HRSG.)	Bundesgerichtsgesetz, Basler Kommentar, 3. Aufl., Basel 2018 (zit. BSK BGG-BEARBEITER/-IN)
NIGGLI MARCEL ALEXANDER/WIPRÄCHTIGER HANS (HRSG.)	Strafrecht, Basler Kommentar, 4. Aufl., Basel 2018 (zit. BSK StGB-BEARBEITER/-IN)
NOBEL PETER	Schweizerisches Finanzmarktrecht und internationale Standards, 3. Aufl., Bern 2010
RASELLI NICCOLÒ	Amts- und Rechtshilfe durch Informationsaustausch zwischen schweizerischen Straf- und Steuerbehörden, ZStrR 1993, S. 26 ff.
RHINOW RENÉ/SCHMID GERHARD/BIAGGINI GIOVANNI/UHLMANN FELIX	Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., Basel 2011
SÄGESSER THOMAS	Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz RVOG vom 21. März 1997, Stämpfli's Handkommentar, Bern 2007
SEILER HANSJÖRG/VON WERDT NICOLAS/GÜNGERICH ANDREAS/OBERHOLZER NIKLAUS	Bundesgerichtsgesetz (BGG), Stämpfli's Handkommentar, 2. Aufl., Bern 2015 (zit. SHK BGG-BEARBEITER)
TANQUEREL THIERRY	Manuel de droit administratif, Genf/Zürich/Basel 2011
TRECHSEL STEFAN/PIETH MARK (HRSG.)	Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2018 (zit. PraKomm StGB-BEARBEITER/-IN)
TSCHANNEN PIERRE	Zentral, dezentral, ausserhalb – oder: Wie zeichne ich das Organigramm der Bundesverwaltung?, in: Markus Rüssli/Julia Hänni/Reto Häggi Furrer (Hrsg.), Staats- und Verwaltungsrecht auf vier Ebenen, Festschrift für Tobias Jaag, Zürich/Basel/Genf 2012, S. 517 ff.
TSCHANNEN PIERRE/ZIMMERLI ULRICH/MÜLLER MARIKUS	Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Bern 2014
UHLMANN FELIX	Oberaufsicht über die eidgenössische Finanzmarktaufsichtsbehörde (FINMA), in: Schweizerische Vereinigung für Verwaltungsorganisationsrecht (Hrsg.), Verwaltungsorganisationsrecht – Staatshaftungsrecht – öffentliches Dienstrecht, Jahrbuch 2014, Bern 2015, S. 73 ff.
VOGEL STEFAN	Einheit der Verwaltung – Verwaltungseinheiten, Habil. Zürich 2007, Zürich/Basel/Genf 2008

- WALDMANN BERN-HARD/BELSER EVA MARIA/EPINEY ASTRID (HRSG.) Bundesverfassung, Basler Kommentar, Basel 2015 (zit. BSK BV-BEARBEITER/-IN)
- WATTER ROLF/BAHAR RASHID (HRSG.) Finanzmarktaufsichtsgesetz, Finanzmarktinfrastrukturgesetz, Basler Kommentar, 3. Aufl., Basel 2018 (zit. BSK FINMAG/FinfraG-BEARBEITER/-IN)
- WATTER ROLF/VOGT NEDIM PETER/BAUER THOMAS/WINZELER CHRISTOPH (HRSG.) Bankengesetz, Basler Kommentar, 2. Aufl., Basel 2013 (zit. BSK BankG-BEARBEITER/-IN)

MATERIALIENVERZEICHNIS

Bericht des Bundesrates zur Auslagerung und Steuerung von Bundesaufgaben (Corporate-Governance-Bericht) vom 13. September 2006, BBI 2006 8233 ff. (zit. Corporate-Governance-Bericht)

Botschaft zum Finanzmarktinfrastukturgesetz (FinfraG) vom 3. September 2014, BBI 2014 7483 ff. (zit. Botschaft FinfraG)

Botschaft zum Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (Finanzmarktaufsichtsgesetz; FINMAG) vom 1. Februar 2006, BBI 2006 2829 ff. (zit. Botschaft FINMAG)

Botschaft über die Revision des Nationalbankgesetzes vom 26. Juni 2002, BBI 2002 6097 ff. (zit. Botschaft NBG)

Botschaft über einen neuen Geld- und Währungsartikel in der Bundesverfassung vom 27. Mai 1998, BBI 1998 IV 4007 ff. (zit. Botschaft Währungsartikel)

Evaluation der Unabhängigkeit von Aufsichts- und Regulierungsbehörden der dezentralen Bundesverwaltung, Bericht der Parlamentarischen Verwaltungskontrolle zuhanden der Geschäftsprüfungskommission des Ständerates vom 2. Februar 2015, BBI 2016 1723 ff. (zit. Bericht PVK)

Finanzmarktpolitik für einen wettbewerbsfähigen Finanzplatz Schweiz, Bericht des Bundesrates vom November 2016; abrufbar unter: <<http://www.sif.admin.ch>> Dokumentation => Publikationen => Bericht Finanzmarktpolitik>, besucht am 3.1.2019 (zit. Bericht Finanzmarktpolitik)

I. AUSGANGSLAGE UND GUTACHTENAUFTAG

- 1 Die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA) und ihr Verhältnis zu Bundesrat und Parlament wurden in letzter Zeit vermehrt diskutiert. Dies zeigt sich an verschiedenen parlamentarischen Vorstößen zu diesem Themenbereich. Am umfassendsten ist diesbezüglich die Motion Landolt (17.3317, Klare Verantwortlichkeiten zwischen Finanzmarktpolitik und Finanzmarktaufsicht), dessen Annahme der Bundesrat beantragt hat – zusammen mit der Feststellung, dass in Bezug auf die Rollen- und Aufgabenteilung im Bereich der Regulierung Verbesserungspotential besteht.
- 2 Vor diesem Hintergrund hat das Eidgenössische Finanzdepartement (EFD) eine vertiefte Beurteilung der Tätigkeit der FINMA sowie der behördenübergreifenden Zusammenarbeit vorgenommen. Es ist dabei zum Schluss gelangt, dass in Bezug auf die gesetzlichen Grundlagen, welche die Tätigkeit der FINMA regeln (gemeint ist damit insbesondere das Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht [Finanzmarktaufsichtsgesetz, FINMAG] vom 22. Juni 2007¹), stellenweise Klärungsbedarf bestehe. Klärungsbedarf bestehe insbesondere in Bezug auf die Interpretation von Art. 14 und Art. 39-41 FINMAG beziehungsweise deren Anwendbarkeit auf das Verhältnis von FINMA und EFD. Als Folge davon bestehe auch Uneinigkeit über die Anwendung des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes (RVOG) vom 21. März 1997² und der Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung (RVOV) vom 25. November 1998³ (insbesondere Art. 14 und 15 RVOV) für die FINMA beziehungsweise deren Verhältnis zu den Art. 39-41 FINMAG.
- 3 In Bezug auf die Schweizerische Nationalbank (SNB) stellten sich nach Ansicht des EFD ähnliche Fragen, obwohl das Verhältnis von Bundesrat und Verwaltung zur SNB nicht mit demjenigen zur FINMA vergleichbar ist.
- 4 Um die Rollen der beteiligten Behörden zu präzisieren und eine inhaltlich robuste, nachvollziehbare und dauerhafte Regelung für die Zusammenarbeit von EFD und FINMA zu finden, schlägt das EFD, wie im Gutachtensauftrag erwähnt, eine Konkretisierung der rechtlichen Grundlagen in Form einer bundesrätlichen Verordnung

¹ SR 956.1.

² SR 172.010.

³ SR 172.010.1.

vor, allenfalls ergänzt durch punktuelle Anpassungen des FINMAG. Dieser Verordnungsentwurf ist nicht Gegenstand des Gutachtens und liegt den Unterzeichnenden nicht vor.

- 5 Zur Klärung dieser Fragen hat das Staatssekretariat für internationale Finanzfragen (SIF) die Unterzeichnenden Ende Oktober 2018 kontaktiert. Am 2. November 2018 fand eine erste Besprechung statt. Der formelle Auftrag zur Erstellung eines Kurzgutachtens wurde am 20. November 2018 erteilt. Das Kurzgutachten soll Aufschluss darüber geben, inwiefern sich FINMA und SNB gegenüber dem EFD auf die genannten Artikel berufen und dem EFD den Zugang zu nicht öffentlichen Informationen verweigern können bzw. vollkommen selbstständig und frei entscheiden können, ob sie diese Informationen mit dem EFD teilen möchten («Kann»-Formulierung). Mit Blick auf die genannte Konkretisierung der rechtlichen Grundlagen ist für das EFD insbesondere auch von Interesse, ob diesbezüglich Unterschiede bestehen hinsichtlich der unterschiedlichen Tätigkeiten der FINMA.
- 6 Das vorliegende Kurzgutachten äussert sich zu den gestellten Fragen ausschliesslich aus rechtlicher Sicht. Die praktische Umsetzung und insbesondere auch die politische Wünschbarkeit allfälliger aus diesem Kurzgutachten gezogener Schlüsse bilden nicht Gegenstand des vorliegenden Kurzgutachtens. Mit Blick auf den engen Zeitrahmen wurden nicht alle Fragen umfassend und abschliessend geklärt.

II. GRUNDLAGEN

1. Organisationsrechtliche Grundlagen der Bundesverwaltung

- 7 In der verwaltungs- respektive organisationsrechtlichen Lehre wird zwischen der Zentralverwaltung und der dezentralen Verwaltung unterschieden.⁴ Unter Zentralisation (beziehungsweise Zentralverwaltung) wird die Bündelung der Träger von Verwaltungsaufgaben zu einem "in sich geschlossenen, hierarchisch durchstrukturierten Gefüge von Verwaltungseinheiten" verstanden.⁵ Eine (sachliche) Dezentralisation liegt vor, wenn Verwaltungsaufgaben auf Verwaltungsträger ausserhalb der Zentralverwaltung mit eigener Rechtspersönlichkeit und einer gewissen Autonomie übertragen werden.⁶
- 8 Gemäss Art. 164 Abs. 1 lit. g der Bundesverfassung⁷ sind die grundlegenden Bestimmungen über die Organisation und das Verfahren der Bundesbehörden durch den Gesetzgeber zu regeln. Dieser Aufgabe ist der Gesetzgeber mit dem Erlass des RVOG nachgekommen. In Art. 178 befasst sich die Bundesverfassung zudem näher mit der Bundesverwaltung. Der Konkretisierung dieser Bestimmung dient wiederum das RVOG.⁸
- 9 Die Verwendung des Begriffs der "Bundesverwaltung" ist uneinheitlich und nicht restlos klar.⁹ Die Bundesverfassung scheint von einer Zweiteilung der Verwaltung auszugehen, nämlich der Bundesverwaltung einerseits (Art. 178 Abs. 1 und 2 BV) und den ausserhalb der Bundesverwaltung stehenden anderen Trägern von Verwaltungsaufgaben (Art. 178 Abs. 3 BV). Das RVOG hingegen unterscheidet zwischen der Zentralverwaltung (Art. 2 Abs. 1 und 2 RVOG), den dezentralisierten Verwaltungseinheiten (Art. 2 Abs. 3 RVOG) und weiteren Akteuren, "die nicht der Bundesverwaltung angehören" (Art. 2 Abs. 4 RVOG), und verwendet damit, mindestens auf den ersten Blick, ein dreigliedriges Einteilungsschema. Indem Art. 2 Abs. 3 RVOG die dezentralisierten Verwaltungseinheiten der Bundesverwaltung zugehörig erklärt, ist aber letztlich auch die Einteilung des RVOG eine zweiteilige.

⁴ Vgl. etwa DUBEY/ZUFFEREY, Rz. 48 und 82 ff.; GRIFFEL, Rz. 602 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1593 ff.; HÄNER/LIENHARD/TSCHANNEN/UHLMANN/VOGEL, S. 3 f.; TANQUEREL, Rz. 118 ff. und 127 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 5 Rz. 13a ff.

⁵ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 5 Rz. 14.

⁶ GRIFFEL, Rz. 607; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1595.

⁷ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV) vom 18. April 1999 (SR 101).

⁸ So BIAGGINI, Art. 178 N 3; SGK BV-BIAGGINI, Art. 178 N 3; BSK BV-MÜLLER, Art. 178 N 5; SÄGESSER, Art. 2 N 9.

⁹ So etwa BIAGGINI, Art. 178 N 5; SGK BV-BIAGGINI, Art. 178 N 6 ff.; BSK BV-MÜLLER, Art. 178 N 5 ff.; TSCHANNEN, S. 519 ff.; VOGEL, S. 158 f.

Auch das RVOG unterscheidet somit in letzter Konsequenz zwischen der Bundesverwaltung einerseits und den ausserhalb derselben stehenden Organisationen und Personen, die Verwaltungsaufgaben erfüllen, andererseits.¹⁰

- 10 Art. 6 Abs. 1 RVOV bestätigt dieses Ergebnis und hält nochmals in aller Deutlichkeit fest, dass die Bundesverwaltung in die zentrale und die dezentrale Verwaltung gegliedert ist. "Personen und Organisationen des öffentlichen oder privaten Rechts, die durch Gesetz geschaffen worden sind und überwiegend Dienstleistungen mit Monopolcharakter oder Aufgaben der Wirtschafts- und der Sicherheitsaufsicht erfüllen, fallen unter den Bestand der dezentralen Bundesverwaltung" (Art. 6 Abs. 2 RVOV). Hingegen fallen "[e]xterne Träger von Verwaltungsaufgaben im Sinne von Artikel 2 Absatz 4 RVOG, die überwiegend Dienstleistungen am Markt erbringen, [...] nicht unter den Bestand der Bundesverwaltung" (Art. 6 Abs. 3 Satz 1 RVOV). Auf letztere sind damit RVOG und RVOV nicht anwendbar.
- 11 Zur zentralen Bundesverwaltung im Sinne von Art. 2 Abs. 1 und 2 RVOG gehören gemäss Art. 7 Abs. 1 RVOV die Departemente und die Bundeskanzlei (lit. a), die Generalsekretariate der Departemente sowie deren weitere Untergliederungen (lit. b), die Gruppen (lit. c) sowie die Bundesämter sowie deren Untergliederungen (lit. d).
- 12 Der Begriff der dezentralen Bundesverwaltung, wie er sich in Art. 2 Abs. 3 RVOG findet und wie er auch in Art. 6 Abs. 1 und 2 RVOV verwendet wird, wird sodann in Art. 7a RVOV näher ausgeführt. Demnach besteht die dezentrale Bundesverwaltung aus vier Kategorien von Verwaltungseinheiten. Es sind dies: die "ausserparlamentarischen Kommissionen nach Artikel 57a RVOG" (lit. a), die "durch Gesetz organisatorisch verselbstständigten Verwaltungseinheiten ohne Rechtspersönlichkeit" (lit. b), die „durch Gesetz errichteten rechtlich verselbstständigten öffentlich[-]rechtliche[n] Körperschaften und Stiftungen sowie Anstalten, sofern sie nicht überwiegend Dienstleistungen am Markt erbringen“ (lit. c) und die "Aktiengesellschaften, die der Bund kapital- und stimmenmässig beherrscht, sofern sie nicht überwiegend Dienstleistungen am Markt erbringen" (lit. d).
- 13 Im Anhang 1 der RVOV sind alle (zentralen und dezentralen) Verwaltungseinheiten der Bundesverwaltung mit ihrer Zuordnung zu einem Departement abschliessend aufgelistet (Art. 8 Abs. 1 lit. b RVOV). Dort findet sich die FINMA (in Ziffer V.2.2.1), nicht jedoch die SNB.

¹⁰ SÄGESSER, Art. 178 N 10.

2. FINMA

- 14 Die Finanzmarktregulierung und -aufsicht hat ihre verfassungsrechtliche Abstützung in Art. 98 BV, wonach der Bund Vorschriften über das Banken- und Börsenwesen erlässt. Damit kommt dem Bund eine umfassende Gesetzgebungskompetenz im Finanzmarktbereich zu.¹¹ In Wahrnehmung dieser Gesetzgebungskompetenz und gestützt auf Art. 98 BV hat der Gesetzgeber das FINMAG erlassen. Dieses Gesetz bildet die gesetzliche Grundlage der FINMA; es legt unter anderem die Grundsätze für die Schaffung und die Organisation der FINMA fest.¹²
- 15 Bei der FINMA handelt es sich gemäss Art. 4 Abs. 1 FINMAG um eine öffentlich-rechtliche Anstalt mit eigener Rechtspersönlichkeit, die über funktionelle, institutionelle und finanzielle Unabhängigkeit verfügt.¹³ Sie ist Teil der dezentralen Bundesverwaltung (Ziffer V.2.2.1 Anhang 1 RVOV) und ist dem Eidgenössischen Finanzdepartement administrativ zugeordnet.¹⁴
- 16 Eine öffentlich-rechtliche Anstalt ist eine organisatorisch verselbstständigte, das heisst aus der Zentralverwaltung ausgegliederte Verwaltungseinheit, zu der ein Bestand von Personen und Sachen durch Rechtssatz zusammengefasst ist und die über ein beschränktes, klar umrissen Aufgabenfeld verfügt.¹⁵ Unter einer öffentlich-rechtlichen Anstalt versteht man "eine selbständige Einheit der öffentlichen Verwaltung, die (1.) vom Staat getragen, aber (2.) von ihm ausgegliedert, (3.) mit den für ihre Aufgabe nötigen Mitteln ausgestattet, (4.) mit gesetzlicher Unabhängigkeit versehen und (5.) zur dauernden Erfüllung einer Aufgabe des Trägergemeinwesens bestimmt ist".¹⁶
- 17 Es wird zwischen selbstständigen und unselbstständigen öffentlich-rechtlichen Anstalten unterschieden, je nachdem ob die betreffende Anstalt mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestattet ist oder nicht.¹⁷ Selbstständige Anstalten sind also juristische Personen und selber Verwaltungsträger und daher auch Zurechnungssubjekt von Rechten und Pflichten. Sie treten im Rechtsverkehr in eigenem Namen

¹¹ RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 35 Rz. 19.

¹² So auch ARQUINT, S. 12.

¹³ So auch ARQUINT, S. 12; BIAGGINI/LIENHARD/SCHOTT/UHLMANN, S. 187; Botschaft FINMAG, S. 2836 f.; JAAG, S. 4 ff.; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 35 Rz. 29; BSK FINMAG/FinfraG-RAYROUX/CONTI, Art. 21 FINMAG N 7 ff. Vgl. ferner LANZ, Rz. 1.22 f.

¹⁴ ARQUINT, S. 12. Vgl. auch Botschaft FINMAG, S. 2858.

¹⁵ DUBEY/ZUFFEREY, Rz. 97; GRIFFEL, Rz. 661; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1659 und 1661; MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, S. 284 f.; TANQUEREL, Rz. 136; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 7 Rz. 4.

¹⁶ BSK FINMAG/FinfraG-WINZELER, Art. 4 FINMAG N 2 m.w.H.

¹⁷ Zum Ganzen DUBEY/ZUFFEREY, Rz. 99 f.; GRIFFEL, Rz. 662; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1664 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 7 Rz. 8 ff. Vgl. auch TANQUEREL, Rz. 138.

als Hoheitsträger, Vertragspartner und Prozesspartei auf. Sie verfügen über ein eigenes Vermögen und haften für ihre Verbindlichkeiten. Die unselbstständigen Anstalten hingegen verfügen nicht über eine eigene Rechtspersönlichkeit. Sie sind nicht rechtsfähig und verfügen weder über ein eigenes Vermögen noch können sie Haftungssubjekte sein. Vielmehr ist ihr Vermögen Bestandteil des Vermögens ihres staatlichen Trägers, der damit auch als Hoheitsträger und Haftungssubjekt wirkt.

- 18 Von der Frage der rechtlichen Selbstständigkeit ist die Frage der Autonomie einer öffentlich-rechtlichen Anstalt zu unterscheiden.¹⁸ Trotz fehlender Rechtspersönlichkeit kann eine Anstalt über eine grosse Autonomie gegenüber ihrem Träger verfügen; umgekehrt kann einer rechtsfähigen öffentlich-rechtlichen Anstalt die Autonomie weitgehend abgehen. Als Kriterium der Autonomie dient das Mass an Entscheidungsfreiheit, welches der jeweiligen Anstalt kraft Sachgesetz zukommt. Autonomie liegt demzufolge vor, wenn einer öffentlich-rechtlichen Anstalt ein verhältnismässig grosses Mass an administrativer Selbstständigkeit, mit anderen Worten also Entscheidungsfreiheit, zukommt. Eine autonome Anstalt beziehungsweise deren Anstaltsleitung kann selber darüber entscheiden, wie sie die ihr übertragenen Aufgaben erfüllen will. Ihr steht das Recht zu, organisatorische Fragen und die Beziehungen zwischen Anstalt und Anstaltsbenutzern selbst zu regeln. Hinsichtlich dieser Fragen kann sie auch Recht setzen und entsprechende Verordnungen erlassen. In Bezug auf die Autonomie einer Anstalt ist jedoch festzuhalten, dass es keine scharfe Grenze zwischen "autonomen" und "nicht autonomen" Anstalten gibt, da der Gesetzgeber den Grad an zugestandener Entscheidungsfreiheit nahezu beliebig absteuern kann.
- 19 Die FINMA ist nach unserem Verständnis eine dezentralisierte Verwaltungseinheit im Sinne von Art. 2 Abs. 3 RVOG. Diese Ansicht ist jedoch nicht unbestritten. So ist etwa JAAG der Meinung, dass es sich bei der FINMA um eine ausserhalb der Bundesverwaltung stehende Organisation des öffentlichen Rechts im Sinne von Art. 2 Abs. 4 RVOG handelt, die mit Verwaltungsaufgaben des Bundes betraut ist.¹⁹ Auch für SÄGESSER zählen Einheiten mit eigener Rechtspersönlichkeit nicht zur Bundesverwaltung und fallen damit nicht unter Art. 2 Abs. 3 RVOG, sondern unter Art. 2 Abs. 4 RVOG.²⁰ Da die FINMA eine eigene Rechtspersönlichkeit hat,

¹⁸ Zum Ganzen DUBEY/ZUFFEREY, Rz. 101 ff.; GRIFFEL, Rz. 667; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1669 f.; MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, S. 286 f.; TANQUEREL, Rz. 138; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 7 Rz. 11 f.

¹⁹ JAAG, S. 4.

²⁰ SÄGESSER, Art. 2 N 63.

wird sie nach dieser Meinung zu den Akteuren ausserhalb der Bundesverwaltung gezählt.²¹ Eine Begründung für diese unseres Erachtens im Widerspruch mit der gesetzlichen Regelung (insbesondere Ziffer V.2.2.1 Anhang 1 RVOV) stehende Qualifizierung der FINMA findet sich in den genannten beiden Werken nicht.

- 20 Es handelt sich bei der FINMA um eine Person respektive Organisation des öffentlichen Rechts im Sinne von Art. 6 Abs. 2 RVOV, die durch Gesetz geschaffen worden ist und überwiegend Aufgaben der Wirtschafts- und der Sicherheitsaufsicht erfüllt. Sie stellt eine durch Gesetz errichtete rechtlich verselbstständigte öffentlich-rechtliche Anstalt im Sinne von Art. 7a Abs. 1 lit. c RVOV dar, die nicht überwiegend Dienstleistungen am Markt erbringt. Sie ist gemäss Art. 8 Abs. 1 lit. b FINMAG auch in Ziffer V.2.2.1 des Anhangs 1 der RVOV als dezentrale Verwaltungseinheit der Bundesverwaltung aufgeführt. Folglich sind das RVOG und die RVOV auf die FINMA anwendbar.
- 21 Die Aufsicht über die FINMA richtet sich sodann nach Art. 8 Abs. 4 RVOG. Da sich diese Bestimmung sowohl auf dezentralisierte Verwaltungseinheiten als auch auf Träger von Verwaltungsaufgaben des Bundes, die nicht der Bundesverwaltung angehören, und damit sowohl auf Art. 2 Abs. 3 als auch auf Art. 2 Abs. 4 RVOG bezieht, ist der angesprochene Meinungsstreit letztlich in Bezug auf die Aufsicht nicht von Belang. Art. 8 Abs. 4 RVOG besagt, dass der Bundesrat die dezentralisierten Verwaltungseinheiten, wozu die FINMA zählt, und die Träger von Verwaltungsaufgaben des Bundes, die nicht der Bundesverwaltung angehören, nach Massgabe der besonderen Bestimmungen beaufsichtigt; dies im Unterschied zu Art. 8 Abs. 3 RVOG, wonach der Bundesrat die ständige und systematische Aufsicht über die (zentrale) Bundesverwaltung ausübt. Diese zweite Form der Aufsicht ist bedeutend strenger; sie erfolgt ständig und systematisch und ist umfassend (Art. 24 Abs. 2 RVOV). Sie erfolgt in der hierarchisch strukturierten Verwaltung für gewöhnlich über den Dienstweg, indem die übergeordnete Stelle die ihr untergeordneten beaufsichtigt.²²
- 22 Da die FINMA nicht der Zentralverwaltung angehört, ist für sie Art. 8 Abs. 4 und nicht Abs. 3 RVOG einschlägig. Der Umfang der Aufsicht wird durch die Spezialgesetzgebung, konkret durch das FINMAG, geregelt und richtet sich nach dem jeweiligen Grad der Autonomie (Art. 24 Abs. 3 RVOV).

²¹ SÄGESER, Art. 2 N 171.

²² SÄGESER, Art. 8 N 40.

3. SNB

- 23 Die SNB hat ihre verfassungsrechtliche Grundlage in Art. 99 Abs. 2 BV, wonach die Schweizerische Nationalbank als unabhängige Zentralbank eine Geld- und Währungspolitik führt, die dem Gesamtinteresse des Landes dient. Die SNB wird in der Bundesverfassung ausdrücklich erwähnt und als "unabhängige Zentralbank" bezeichnet. Hierbei handelt es sich um eine funktionelle, institutionelle, finanzielle und personelle Unabhängigkeit.²³ Die Rechtsform der SNB wird in der Bundesverfassung jedoch nicht geregelt.
- 24 Grundlage der SNB ist das Bundesgesetz über die Schweizerische Nationalbank (Nationalbankgesetz, NBG) vom 3. Oktober 2003²⁴. Dieses bestimmt in seinem Art. 1 Abs. 1, dass es sich bei der SNB um eine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft handelt. Es handelt sich bei der SNB im Unterschied zu vielen Zentralbanken anderer Länder also gerade nicht um eine Staatsbank, sondern um eine selbstständige Organisation mit einer weit reichenden Unabhängigkeit.²⁵
- 25 Spezialgesetzliche Aktiengesellschaften zeichnen sich dadurch aus, dass sie im Gegensatz zu privatrechtlichen Aktiengesellschaften gemäss Art. 620 ff. OR²⁶ nicht auf vertraglicher Grundlage beruhen, sondern unmittelbar durch Gesetzesakt geschaffen werden.²⁷ Die Organisation einer spezialgesetzlichen Aktiengesellschaft richtet sich nach dem betreffenden Spezialgesetz, den Statuten und allenfalls ergänzend nach den aktienrechtlichen Vorschriften des OR. Im Falle der SNB übernimmt das NBG die Funktion der Statuten.²⁸ Die rechtliche Ausgestaltung der Nationalbank richtet sich also in erster Linie nach dem NBG und subsidiär nach dem OR.
- 26 Bei der SNB handelt es sich um eine ausserhalb der Bundesverwaltung stehende Organisation des öffentlichen Rechts im Sinne von Art. 2 Abs. 4 RVOG, die mit Verwaltungsaufgaben des Bundes betraut ist. Als Folge davon steht die SNB denn auch nicht unter der ständigen und systematischen Aufsicht des Bundesrates gemäss Art. 8 Abs. 3 RVOG. Vielmehr ist, wie auch bei der FINMA, Art. 8 Abs. 4

²³ Botschaft NBG, S. 6107 ff.; Botschaft Währungsartikel, S. 4044 ff.; BSK BV-KAUFMANN/UTZ, Art. 99 N 22 ff.; MÜLLER/VOGEL, S. 278; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 24 Rz. 27. Vgl. auch BIAGGINI, Art. 99 N 13; SGK BV-HETTICH, Art. 99 N 12.

²⁴ SR 951.11.

²⁵ Botschaft NBG, S. 6111 f.; NOBEL, § 6 Rz. 51.

²⁶ Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (SR 220).

²⁷ Zum Ganzen HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1695 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 10 Rz. 9 ff.

²⁸ Botschaft NBG, S. 6113.

RVOG einschlägig. Diese Regelung besagt, dass der Bundesrat die dezentralisierten Verwaltungseinheiten und die Träger von Verwaltungsaufgaben des Bundes, die nicht der Bundesverwaltung angehören, wozu die SNB gehört, nach Massgabe der besonderen Bestimmungen beaufsichtigt.

III. UNABHÄNGIGKEIT

1. FINMA

A. Allgemeines

- 27 Bei der FINMA handelt es sich gemäss Art. 4 Abs. 1 FINMAG, wie gesehen, um eine öffentlich-rechtliche Anstalt mit eigener Rechtspersönlichkeit.²⁹ Als solche kommt ihr eine gewisse Autonomie zu. Der konkrete Grad der Unabhängigkeit muss durch Auslegung der massgeblichen Vorschriften ermittelt werden.³⁰
- 28 Art. 21 Abs. 1 FINMAG hält ausdrücklich fest, dass die FINMA ihre Aufsichtstätigkeit selbstständig und unabhängig ausübt. Sie erlässt die erforderlichen Vollzugsregelungen in der Form von Verordnungen, Rundschreiben und Leitlinien und sie bestimmt im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben (Art. 24-43 FINMAG), mit welchen Mitteln und Prioritäten sie ihre Aufsichtstätigkeit ausübt.³¹ Das konkrete Mass der Unabhängigkeit lässt sich dieser Norm jedoch nicht entnehmen, indes sprechen Materialien und Schrifttum der FINMA aber einhellig funktionelle, institutionelle und finanzielle Unabhängigkeit zu.³² Teilweise wird auch noch eine personelle Unabhängigkeit statuiert.³³
- 29 Die funktionelle Unabhängigkeit äussert sich namentlich in der in Art. 21 Abs. 1 FINMAG angesprochenen Weisungsungebundenheit gegenüber den politischen Behörden einerseits und weiteren am Vollzug beteiligten Organen wie etwa der SNB.³⁴ Weder der Bundesrat noch das EFD dürfen der FINMA daher Weisungen erteilen. Nur so ist eine Aufsichtstätigkeit ohne Beeinflussung durch sachfremde Interessen gewährleistet. Unabhängigkeit ist demnach nicht nur als Garantie, sondern auch als Verpflichtung der FINMA selber zu verstehen, indem keine Weisun-

²⁹ Vgl. dazu vorne Rz. 15 m.w.H.

³⁰ BSK FINMAG/FinfraG-RAYROUX/CONTI, Art. 21 FINMAG N 7 m.w.H.

³¹ JAAG, S. 7 f.

³² So ARQUINT, S. 12; BIAGGINI/LIENHARD/SCHOTT/UHLMANN, S. 187; Botschaft FINMAG, S. 2836 f.; JAAG, S. 4 ff.; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 35 Rz. 29; BSK FINMAG/FinfraG-RAYROUX/CONTI, Art. 21 FINMAG N 7 ff. Vgl. dazu auch bereits vorne Rz. 15 m.H. auf die soeben zitierten Quellen.

³³ BSK FINMAG/FinfraG-RAYROUX/CONTI, Art. 21 FINMAG N 15.

³⁴ Zum Ganzen BSK FINMAG/FinfraG-RAYROUX/CONTI, Art. 21 FINMAG N 8 ff. Vgl. auch ARQUINT, S. 14.

gen eingeholt werden dürfen. Dennoch untersteht die FINMA gewissen Steuerungs- und Aufsichtsbefugnissen von Parlament und Regierung, welche die Unabhängigkeit der FINMA einschränken. Darauf ist zurückzukommen.³⁵

- 30 Die FINMA wurde zudem mit Organisationsautonomie (als Teil der institutionellen Unabhängigkeit) ausgestattet, welche ihr im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben eine zweckmässige Ausrichtung auf die spezifischen Bedürfnisse und eine rasche Anpassung an veränderte Verhältnisse erlauben soll.³⁶ So regelt denn auch das Gesetz die Organisation der FINMA nur in den Grundzügen. Es bestimmt, dass die FINMA drei Organe hat, einen Verwaltungsrat, eine Geschäftsleitung und eine Revisionsstelle, und regelt deren Bestellung und Aufgaben (Art. 8 ff. FINMAG). Die Regelung der internen Organisation der FINMA ist sodann weitgehend Sache dieser selbst respektive ihres Verwaltungsrates; er erlässt ein entsprechendes Organisationsreglement (Art. 4 Abs. 3 und Art. 9 Abs. 1 lit. i FINMAG).
- 31 Des Weiteren kommt der FINMA auch finanzielle Unabhängigkeit zu. Sie finanziert ihren Betrieb gemäss Art. 15 FINMAG über Gebühren im Einzelfall und über Pauschalabgaben der Beaufsichtigten. "Nur mit eigenen finanziellen Mitteln kann die FINMA flexibel und bei Bedarf rasch auf sich verändernde Anforderungen an die Aufsichtstätigkeit reagieren."³⁷ Als Verwaltungseinheit der dezentralen Bundesverwaltung, die nach Art. 4 Abs. 3 FINMAG eine eigene Rechnung führt, fällt die FINMA nicht unter den Geltungsbereich des Finanzhaushaltsgesetzes³⁸ und ist damit nicht Bestandteil der Staatsrechnung des Bundes (Art. 2 lit. f FHG).³⁹ Jedoch umfasst die konsolidierte Rechnung des Bundes auch die dezentralen Verwaltungseinheiten mit eigener Rechnung, um eine möglichst umfassende Übersicht über die Vermögens-, Finanz- und Ertragslage des Bundes und der mit ihm massgeblich verbundenen Einheiten zu geben (Art. 55 Abs. 1 lit. c FHG).
- 32 Die personelle Unabhängigkeit schliesslich betrifft die Frage, ob das Personal der FINMA im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben und ihrer Aufgabe frei von Interessenbindungen und -kollisionen sowie ohne Beeinflussung jeglicher Art entscheiden kann. Die personelle Unabhängigkeit ist gegenüber zwei Seiten zu gewährleisten: Auf der einen Seite ist die Unabhängigkeit und Freiheit von Interessenbindungen

³⁵ Vgl. hinten Rz. 38 ff.

³⁶ Zum Ganzen ARQUINT, S. 14; JAAG, S. 4 f.

³⁷ ARQUINT, S. 14.

³⁸ Bundesgesetz über den eidgenössischen Finanzhaushalt (Finanzhaushaltsgesetz, FHG) vom 7. Oktober 2005 (SR 611.0).

³⁹ ARQUINT, S. 14 f.

von der Politik und der Verwaltung anzustreben, auf der anderen Seite ist die Abgrenzung zu den Beaufsichtigten vorzusehen.⁴⁰

- 33 Die verschiedenen Arten der Unabhängigkeit hängen eng zusammen und bedingen einander gegenseitig. "So ist die funktionelle Unabhängigkeit ohne eine institutionelle Selbstbestimmung und ohne die Möglichkeit, über die Ressourcen zu verfügen, kaum sinnvoll."⁴¹
- 34 Art. 21 Abs. 1 FINMAG statuiert die Unabhängigkeit der FINMA im Rahmen ihrer Aufsichtstätigkeit ("Die FINMA übt ihre Aufsichtstätigkeit selbstständig und unabhängig aus"). Es stellt sich also die Frage, was unter diese Aufsichtstätigkeit fällt und ob es allenfalls weitere Betätigungsfelder der FINMA gibt, welche sich nicht unter die Aufsichtstätigkeit im Sinne von Art. 21 Abs. 1 FINMAG subsumieren lassen. Zur Beantwortung dieser Frage ist zunächst ein Blick auf die Aufgaben der FINMA zu werfen. Diese finden sich primär in Art. 6 FINMAG, welcher die Marginalie "Aufgaben" trägt, jedoch enthält auch Art. 7 FINMAG mit der Regulierungstätigkeit eine weitere Aufgabe der FINMA. Gemäss Art. 6 Abs. 1 FINMAG übt die FINMA die Aufsicht über den Finanzmarkt aus. Nach Art. 6 Abs. 2 FINMAG nimmt sie zudem die internationalen Aufgaben wahr, die mit ihrer Aufsichtstätigkeit zusammenhängen.
- 35 Aufgrund des Gesagten lässt sich die Tätigkeit der FINMA gemäss einer ersten Auslegeordnung der gesetzlichen Bestimmungen in drei Bereiche gliedern: Die Aufsichtstätigkeit gemäss Art. 6 Abs. 1 FINMAG, die internationalen Aufgaben gemäss Art. 6 Abs. 2 FINMAG sowie die Regulierungstätigkeit nach Art. 7 FINMAG. Es ist aber fraglich, ob es sich tatsächlich um drei getrennte Bereiche handelt.
- 36 So lässt nämlich der Gesetzeswortlaut, welcher am Anfang jeder Auslegung steht, einen Zusammenhang zwischen diesen drei Bereichen erkennen: Die FINMA nimmt gemäss Art. 6 Abs. 2 FINMAG nur diejenigen internationalen Aufgaben wahr, die mit ihrer Aufsichtstätigkeit zusammenhängen. Auch Art. 7 FINMAG stellt einen Bezug zur Aufsicht dar, indem die FINMA gemäss Art. 7 Abs. 2 FINMAG nur regulieren darf, sofern dies mit Blick auf die Aufsichtsziele – weit umschrieben in Art. 5 FINMAG – nötig ist. Der Gesetzeswortlaut ist unseres Erachtens deshalb so zu verstehen, dass die Aufgabe der FINMA einzig und allein in der Aufsicht über den Finanzmarkt besteht, wie sich das übrigens zudem aus Art. 1 und 5 FINMAG

⁴⁰ Zum Ganzen BSK FINMAG/FinfraG-RAYROUX/CONTI, Art. 21 FINMAG N 15.

⁴¹ Botschaft FINMAG, S. 2837.

ergibt. Die übrigen Tätigkeiten darf sie nur im Zusammenhang mit respektive zum Zwecke dieser Aufgabe ausüben.

- 37 Den Materialien lässt sich zu dieser zentralen Frage leider nichts Genaueres entnehmen.⁴² Auch die Literatur hat sich dazu, soweit ersichtlich, noch nicht geäusserst. Immerhin scheint aber dieses Verständnis auch gewissen Kommentierungen zum FINMAG zugrunde zu liegen.⁴³ Selbstverständlich schliesst ein umfassendes Verständnis der Unabhängigkeit der FINMA nicht aus, dass innerhalb der Tätigkeiten zu differenzieren ist und dass gewisse Tätigkeiten der FINMA unter dem Blickwinkel der Unabhängigkeit stärker und andere schwächer zu schützen sind. Diese – wichtigen – Relativierungen der Unabhängigkeit ergeben sich aber nicht aus einem begrenzten Verständnis der Unabhängigkeit, sondern aus Verpflichtungen der FINMA im Rahmen der Aufsichtstätigkeit und des Zusammenwirkens mit anderen Behörden sowie aus Verpflichtungen angesichts der Mitwirkungs- und Steuerungsbefugnisse des Bundesrates.

B. **Mitwirkungs- und Steuerungsbefugnisse des Bundesrates**

- 38 Gemäss Art. 187 Abs. 1 lit. a BV und Art. 8 Abs. 3 und 4 RVOG beaufsichtigt der Bundesrat die Bundesverwaltung und die anderen Träger von Aufgaben des Bundes. Diese Aufsicht ist umso intensiver, je stärker eine Organisationseinheit in die Bundesverwaltung eingebunden ist.⁴⁴ Organisationseinheiten innerhalb der Bundesverwaltung unterliegen den Weisungen und der Dienstaufsicht des Bundesrates, während Organisationseinheiten ausserhalb der Zentralverwaltung mehr Autonomie geniessen und nur der Verbandsaufsicht unterliegen.⁴⁵ Die Intensität der Aufsicht richtet sich nach der konkreten gesetzlichen Regelung.
- 39 Der Gesetzgeber erachtete die funktionelle, institutionelle und finanzielle Unabhängigkeit der FINMA als zentrale Voraussetzung für die Finanzmarktaufsicht.⁴⁶ Diese Unabhängigkeit bedeutet jedoch nicht, dass Bundesrat und Parlament sämtliche Steuerungs- und Einflussmöglichkeiten aus der Hand geben. "Gerade bei einer solchen Organisation ist es wichtig, dass sie im Staatsgefüge eingebunden

⁴² Vgl. lediglich Bericht PVK, S. 1734 ff.

⁴³ Vgl. in diesem Sinne BSK FINMAG/FinfraG-RAYROUX/CONTI, Art. 21 FINMAG N 1 und 7 ff.; noch deutlicher BSK FINMAG/FinfraG-du PASQUIER/MENOUD, Art. 42b FINMAG N 10.

⁴⁴ Corporate-Governance-Bericht, S. 8266 ff.

⁴⁵ JAAG, S. 8 m.w.H.

⁴⁶ Vgl. in diesem Sinne Botschaft FINMAG, S. 2836 f.

bleibt und die vorhandenen Steuerungs- und Kontrollinstrumente institutionalisiert werden.“⁴⁷ Die Unabhängigkeit ist daher nicht grenzenlos; vielmehr sicherte sich der Bund verschiedene Steuerungs- und Einflussmöglichkeiten zu.⁴⁸

- 40 Die Steuerung der FINMA erfolgt in erster Linie über die Vorgaben in Bundesgesetzen und in Verordnungen des Bundesrates. Diese legen den Rahmen fest, in welchem sich die FINMA bewegen darf.⁴⁹ Die Verordnungskompetenz ist in Art. 55 FINMAG ausdrücklich vorgesehen – obwohl dies die Frage aufwirft, was der Bundesrat denn mehr regeln darf, als wozu er ohnehin schon von Verfassungs wegen (Art. 182 BV) befugt ist. In der Botschaft finden sich dazu keine Erläuterungen.⁵⁰
- 41 Eine weitere Form der Steuerung durch den Bund stellen die Wahl- und Abberufungsrechte des Bundesrates dar.⁵¹ Der Bundesrat wählt gemäss Art. 9 Abs. 3 FINMAG den Verwaltungsrat der FINMA sowie dessen Präsidenten und Vizepräsidenten. Der Bundesrat kann damit die Zusammensetzung des strategischen Organs der FINMA bestimmen.⁵² Ebenso hat der Bundesrat die Möglichkeit, ein Mitglied des Verwaltungsrates abzuberufen, wenn die Voraussetzungen für die Ausübung des Amtes nicht mehr erfüllt sind (Art. 9 Abs. 5 FINMAG). Die Wahl der Mitglieder der Geschäftsleitung ist Sache des Verwaltungsrates (Art. 9 Abs. 1 lit. h FINMAG); immerhin steht aber die Wahl des Direktors unter dem Vorbehalt der Genehmigung durch den Bundesrat (Art. 9 Abs. 1 lit. g FINMAG).
- 42 Eine Steuerung durch den Bundesrat erfolgt auch durch dessen Genehmigungsbefugnisse.⁵³ Dem Bundesrat stehen zahlreiche Genehmigungsbefugnisse zu. So unterliegen gemäss Art. 9 Abs. 1 lit. a FINMAG die strategischen Ziele der FINMA der Genehmigung durch den Bundesrat. Zur Strategie zählen etwa die zukünftigen Tätigkeitsschwerpunkte, die Personal- und Ressourcenplanung sowie die Entwicklung der Verwaltungsführung.⁵⁴ Auf die Strategie der FINMA kann der Bundesrat auch im Rahmen der jährlich stattfindenden Konsultationen gemäss Art. 21 Abs. 2 FINMAG Einfluss nehmen. Er kann also nicht nur mittels Genehmigung der stra-

47 Botschaft FINMAG, S. 2841.

48 ARQUINT, S. 15; Botschaft FINMAG, S. 2841. Vgl. allgemein zur Aufsicht des Bundesrates über dezentralisierte Verwaltungseinheiten auch VPB 54.36.

49 Botschaft FINMAG, S. 2841.

50 Vgl. Botschaft FINMAG, S. 2893.

51 Vgl. zu diesen Steuerungsmöglichkeiten JAAG, S. 10; UHLMANN, Rz. 49.

52 So auch JAAG, S. 10.

53 Vgl. zu diesen Befugnissen JAAG, S. 11 f.; UHLMANN, Rz. 49.

54 Botschaft FINMAG, S. 2863.

tegischen Ziele auf die Strategie Einfluss nehmen, sondern er kann seine Vorstellungen auch im Rahmen dieser Gespräche einfließen lassen. Dem Bundesrat kommt dabei gar das letzte Wort zu: Verweigert der Bundesrat die Genehmigung der Strategie, so ist der Verwaltungsrat verpflichtet, diese zu überarbeiten und den Anliegen des Bundesrates entsprechend zu ändern.⁵⁵

- 43 Auch der Geschäftsbericht ist dem Bundesrat zur Genehmigung zu unterbreiten (Art. 9 Abs. 1 lit. f FINMAG). Der Geschäftsbericht hat statistische Angaben sowie die Jahresrechnung einerseits und Angaben zur Praxis des abgelaufenen Geschäftsjahres andererseits zu enthalten. Damit kommt ihm der Charakter eines Rechenschaftsberichts zu.⁵⁶ Der Bundesrat könnte die Genehmigung verweigern, wenn er mit grundlegenden Punkten der Berichterstattung nicht einverstanden ist. Die Massstäbe dieser Verweigerung werden aber in Gesetz und Materialien nicht genannt.⁵⁷ Mehr als eine Unmutsbezeugung stellt eine solche Verweigerung allerdings ohnehin nicht dar.⁵⁸ Weiter hat die Eidgenössische Finanzkontrolle als Revisionsstelle der FINMA ihren Revisionsbericht nebst dem Verwaltungsrat der FINMA auch dem Bundesrat zur Kenntnis zu bringen (Art. 12 FINMAG). Weiter kann der Bundesrat mittels einer Genehmigungsbefugnis auf das Personalwesen und die Lohnpolitik der FINMA Einfluss nehmen. So hat nämlich der Verwaltungsrat das Personalrecht in einer Verordnung zu regeln, welche dem Bundesrat zur Genehmigung vorzulegen ist (Art. 13 Abs. 5 FINMAG). Auch die Gebührenfestlegung ist weitgehend dem Bundesrat zugewiesen (Art. 15 Abs. 3 und 4 FINMAG), was jedoch eine wesentliche Einschränkung der finanziellen Selbstbestimmung der FINMA darstellt.⁵⁹
- 44 Da der Verkehr zwischen FINMA und Bundesrat über das EFD erfolgt (Art. 21 Abs. 3 FINMAG), kommt diesem eine wichtige Stellung zu. Es bereitet die Geschäfte des Bundesrates im Bereich der Finanzmarktaufsicht vor und stellt dem Bundesrat Antrag. In diesem Sinne ist das EFD die primäre Aufsichtsinstanz über die FINMA.⁶⁰

55 JAAG, S. 11.

56 Botschaft FINMAG, S. 2863 f. Vgl. auch BSK FINMAG/FinfraG-URBACH/WIDMER, Art. 9 FINMAG N 19.

57 UHLMANN, Rz. 49.

58 So JAAG, S. 11.

59 So auch ARQUINT, S. 15 m.w.H.

60 So JAAG, S. 12. Vgl. ausführlich zu Stellung, Aufgaben und Funktion des EFD in der Finanzmarktaufsicht BETI, S. 21 ff.

- 45 Das EFD ist auch befugt, in rechtlichen Auseinandersetzungen zwischen der FINMA und den von ihr beaufsichtigten Institutionen Urteile des Bundesverwaltungsgerichts mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht weiterzuziehen, falls es der Auffassung ist, dass eine Verletzung von Bundesrecht vorliegt (Art. 89 Abs. 2 lit. a des Bundesgesetzes über das Bundesgericht⁶¹).⁶² Damit erhält das EFD die Möglichkeit, die richtige und einheitliche Anwendung des Bundesverwaltungsrechts sicherzustellen.⁶³ Dieses Beschwerderecht hat also ebenfalls die Funktion eines Aufsichtsmittels.⁶⁴ Die Bundesverwaltung kann von ihrem Beschwerderecht gemäss dem Wortlaut von Art. 89 Abs. 2 lit. a BGG jedoch nur Gebrauch machen, "wenn der angefochtene Akt die Bundesgesetzgebung in ihrem Aufgabenbereich verletzen kann". Die Behördenbeschwerde ermöglicht es also dem EFD (also einer Bundesbehörde), gegen den Entscheid einer anderen Bundesinstanz (nämlich des Bundesverwaltungsgerichts) Beschwerde zu führen, welche wiederum in einer Sache geurteilt hat, in der eine andere Bundesinstanz (nämlich die FINMA) verfügt hat.⁶⁵
- 46 Die entsprechenden Bestimmungen zeigen, dass die Einflussmöglichkeiten des Bundesrates auf die FINMA nicht unbeträchtlich sind.⁶⁶ Der Bundesrat hat aber keine Möglichkeit, in das operative Geschäft der FINMA einzutreten; die FINMA ist im Entscheid über Einzelfälle weisungsunabhängig.⁶⁷ Der Bundesrat kann der FINMA keine Weisungen erteilen, wie sie Bestimmungen des Finanzmarktrechts auszulegen oder in einem bestimmten Fall zu entscheiden hat. Der Bundesrat hat auch keine Möglichkeit, Beschlüsse der FINMA aufzuheben beziehungsweise abzuändern oder einzelne Geschäfte an sich zu ziehen und selbst zu entscheiden. Durch die Einflussnahme auf die Strategie der FINMA und das Recht der Wahl und Abberufung der Mitglieder des Verwaltungsrates kann der Bundesrat aber doch in relativ grossem Umfang auf die Finanzmarktaufsicht einwirken. Der Vergleich der FINMA mit einer Justizbehörde⁶⁸ ist daher nur bedingt zutreffend. Zwar nimmt die FINMA eine quasijustizielle Aufgabe⁶⁹ wahr, in welche die Regierung grundsätzlich

⁶¹ Bundesgesetz über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG) vom 17. Juni 2005 (SR 173.110).

⁶² JAAG, S. 12 f.

⁶³ BGE 135 II 338 E. 1.2.1 S. 341 f.; BSK BGG-WALDMANN, Art. 89 N 47.

⁶⁴ SHK BGG-SEILER, Art. 89 N 70.

⁶⁵ Vgl. auch BGE 127 II 32 E. 1.b S. 36.

⁶⁶ In der Gesamtbeurteilung zurückhaltender JAAG, S. 13.

⁶⁷ BGE 138 I 154 E. 2.7 S. 158.

⁶⁸ So Botschaft FINMAG, S. 2836.

⁶⁹ Vgl. zu diesem Begriff UHLMANN, Rz. 52 f.

ähnlich einem Gerichtsverfahren nicht eingreifen darf. Die Unabhängigkeit der Gerichte geht aber deutlich weiter. Der Regierung steht nämlich weder die Wahl oder Abberufung der Richter zu noch ist die Genehmigung von Strategien und Regelungen der Gerichte Aufgabe der Exekutive.

- 47 Die Abgrenzung zwischen operativen und strategischen Tätigkeiten ist nicht immer einfach. Zu den operativen Tätigkeiten zählen die Einzelfallentscheidungen beziehungsweise die Durchführung von Verwaltungsverfahren⁷⁰ respektive allgemeiner ausgedrückt der Vollzug der Aufsicht, mithin also die gesamte Verfügungskompetenz der FINMA.⁷¹ Angesprochen sind damit die Tätigkeiten, welche gemäss Art. 10 FINMAG organisationsrechtlich der Geschäftsleitung der FINMA obliegen.⁷² Umgekehrt sind die strategischen Tätigkeiten der FINMA diejenigen, welche gemäss Art. 9 FINMAG vom Verwaltungsrat der FINMA ausgeübt werden. Nicht zur operativen respektive quasijustiziellen und damit im Umkehrschluss zur strategischen Tätigkeit der FINMA zählt etwa die gesamte Regulierungstätigkeit der FINMA.⁷³ Gleiches gilt tendenziell auch für das Standard Setting; dieses ist als Instrument der Finanzmarktpolitik zu qualifizieren,⁷⁴ die der Mitwirkung und Steuerung durch den Bundesrat unterliegt.⁷⁵
- 48 Wie sich nun genau die grundsätzliche Unabhängigkeit der FINMA und die Einwirkungsmöglichkeiten des Bundesrates zueinander verhalten, wird aus Gesetz und Materialien nicht deutlich.⁷⁶ Diese Unsicherheit ist besonders evident im Verhältnis zwischen dem erklärten Schutz vor politischer Einflussnahme und der Mitwirkung des Bundesrates bei der Festlegung strategischer Ziele. Unserer Meinung nach ist dieses Spannungsverhältnis so zu verstehen, dass die FINMA vor tagespolitischen Interventionen durch die Politik geschützt sein soll, um auch unpopuläre Massnahmen anzuordnen; im Gegenzug aber kann der Bundesrat eine Mitwirkung und Steuerung bei der mittel- und langfristigen Strategie geltend machen.

⁷⁰ UHLMANN, Rz. 52.

⁷¹ Botschaft FINMAG, S. 2852. Vgl. auch BSK FINMAG/FinfraG-URBACH/WIDMER, Art. 10 FINMAG N 8.

⁷² Vgl. in diesem Sinne auch Botschaft FINMAG, S. 2874, wonach sich die Aufsicht des Bundes "vermehrt auf eine externe politische Kontrolle [zu] beschränken [hat], die keinen direkten Einfluss auf die Geschäftsführung nimmt".

⁷³ So UHLMANN, Rz. 52.

⁷⁴ Vgl. in diesem Sinne auch Bericht Finanzmarktpolitik, S. 4 und 7.

⁷⁵ Vgl. dazu unten Rz. 49.

⁷⁶ Zum Ganzen UHLMANN, Rz. 53.

49 Zusammenfassend ist die FINMA im operativen Geschäft, d.h. im Entscheid über Einzelfälle unabhängig.⁷⁷ Diesen quasijustiziellen Bereich des Einzelfalles hat der Bundesrat zu respektieren; ebenso sind tagespolitische Interventionen unerwünscht. Die mittel- und langfristige Strategie, wozu auch die Zielsetzungen und die Ausrichtung der Finanzmarktpolitik des Bundes gehören, ist dagegen Gegenstand der Mitwirkung und der Steuerung durch den Bundesrat. Quasijustizielle und strategische Fragen sind daher nach Möglichkeit zu trennen. Dabei ist jedoch nicht zu übersehen, dass auch Einzelfälle von strategischer Bedeutung sein können und sich daher quasijustizielle und strategische Fragen vermischen können.

C. Exkurs: Oberaufsicht des Parlaments

- 50 Die Bundesversammlung übt die Oberaufsicht über den Bundesrat und die Bundesverwaltung sowie die anderen Träger von Aufgaben des Bundes aus (Art. 169 Abs. 1 BV und Art. 26 Abs. 1 des Parlamentsgesetzes⁷⁸). Das FINMAG hält in Art. 21 Abs. 4 ausdrücklich fest, dass die Räte auch gegenüber der FINMA die Oberaufsicht ausüben.⁷⁹
- 51 Die Oberaufsicht durch das Parlament und die Aufsicht durch den Bundesrat ergänzen sich gegenseitig; die parlamentarische Oberaufsicht ist akzessorisch zu den bundesrätlichen Mitwirkungs- und Aufsichtsbefugnissen.⁸⁰ Die Informationsrechte der Bundesversammlung sind sachlich also auf den Bereich beschränkt, auf den der Bundesrat einwirken kann.⁸¹ Die Oberaufsicht stellt im Vergleich zu den Steuerungsmöglichkeiten des Bundesrates die etwas distanziertere, gesamtheitliche und weniger auf Einzelfragen fokussierte Beurteilung der Tätigkeiten der FINMA dar.⁸² Die Oberaufsicht richtet sich in erster Linie an den Bundesrat, prüft doch das Parlament damit, ob der Bundesrat seine Steuerungs- und Aufsichtsfunktion gegenüber der FINMA korrekt ausübt.⁸³
- 52 Die Oberaufsicht dient dem Parlament zur politischen Bewertung der Tätigkeit der FINMA und kann infolge dessen Anlass bieten zur Anpassung der Gesetzgebung. Wie der Bundesrat kann auch die Bundesversammlung keine Entscheide der

⁷⁷ Zum Ganzen UHLMANN, Rz. 54.

⁷⁸ Bundesgesetz über die Bundesversammlung (Parlamentsgesetz, ParlG) vom 13. Dezember 2002 (SR 171.10).

⁷⁹ Vgl. ausführlich zur Oberaufsicht über die FINMA UHLMANN, S. 73 ff.

⁸⁰ JAAG, S. 14. Vgl. ausführlich zum Verhältnis von parlamentarischer Oberaufsicht und bundesrätlicher Aufsicht UHLMANN, Rz. 43 ff.

⁸¹ UHLMANN, Rz. 56. Vgl. in diesem Sinne auch MÜLLER/VOGEL, S. 279.

⁸² JAAG, S. 14.

⁸³ Botschaft FINMAG, S. 2873 f.

FINMA aufheben oder ändern oder die inhaltliche Richtigkeit von einzelnen Entscheiden überprüfen (Art. 26 Abs. 4 ParlG);⁸⁴ insofern gleicht die Stellung der FINMA jener der Justiz.⁸⁵

- 53 Die parlamentarische Oberaufsicht erfolgt primär durch die Finanzkommissionen und die Geschäftsprüfungskommissionen sowie die gemeinsame Finanzdelegation und Geschäftsprüfungsdelegation der beiden Räte (Art. 50-55 ParlG). Diesen Aufsichtskommissionen stehen neben den allgemeinen Informationsrechten parlamentarischer Kommissionen gemäss Art. 150 ParlG weitergehende Befugnisse gegenüber den beaufsichtigten Institutionen sowie deren Organen und Personal zu (Art. 153-158 ParlG).⁸⁶ Zu den genannten Zwecken dürfen die Kommissionen auch Befragungen durchführen und Akten beziehen.⁸⁷ Den Delegationen der Aufsichtskommissionen dürfen keine Informationen vorenthalten werden, auch nicht unter Berufung auf allfällige Geheimhaltungspflichten (Art. 169 Abs. 2 BV und Art. 154 ParlG). Selbstredend bezieht sich das Verbot, den Delegationen der Aufsichtskommissionen keine Informationen vorzuenthalten, nur auf diejenigen Bereiche, in denen das Parlament überhaupt zur Aufsicht berechtigt ist. In der Frage des Umfangs der Aufsicht kommt den Delegationen aber das letzte Wort zu, d.h. sie könnten auch einfordern, was sie nicht einfordern dürften (ähnlich wie das Parlament nicht verfassungswidrige Gesetze erlassen darf, es aber insofern tun kann, als die Gesetze vom Bundesgericht nach Art. 190 BV dennoch anzuwenden wären). Die Frage ist aber umstritten.
- 54 Im Falle besonderer Vorkommnisse können die Räte eine gemeinsame parlamentarische Untersuchungskommission (PUK) gemäss Art. 163-171 ParlG einsetzen. Dieser stehen die gleichen Informationsrechte wie den Aufsichtskommissionen zu; darüber hinaus können sie aber gemäss Art. 166 ff. ParlG formelle Beweisverfahren mit Zeugeneinvernahmen durchführen.
- 55 Werden im Rahmen der parlamentarischen Oberaufsicht Missstände festgestellt, kann dies zwar zuhanden der FINMA und des Bundesrates festgestellt werden, eine Möglichkeit zu konkreten Eingriffen steht dem Parlament aber nicht zur Verfügung.⁸⁸

⁸⁴ So auch UHLMANN, Rz. 54.

⁸⁵ JAAG, S. 15.

⁸⁶ ALBRECHT, S. 36 ff.

⁸⁷ JAAG, S. 15.

⁸⁸ JAAG, S. 16.

2. SNB

A. Allgemeines

- 56 Bei der SNB handelt es sich, wie gesehen, um eine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft.⁸⁹ Als solche kommt ihr eine gewisse Autonomie zu. Die Unabhängigkeit der SNB wird dieser bereits auf Verfassungsstufe zugesichert, hält doch Art. 99 Abs. 2 BV fest, dass es sich bei der SNB um eine unabhängige Zentralbank handelt. Im gleichen Absatz ist aber auch zu lesen, dass die SNB "unter Mitwirkung und Aufsicht des Bundes" verwaltet wird. Der konkrete Grad der Unabhängigkeit ergibt sich somit nicht direkt aus der Bundesverfassung, sondern ist also auch hier durch Auslegung zu ermitteln. Sie wird zudem in verschiedenen Vorschriften des NBG konkretisiert.
- 57 Gemeinhin werden vier verschiedene Elemente der Zentralbankautonomie unterschieden: die funktionelle, die institutionelle, die finanzielle und die personelle Unabhängigkeit.⁹⁰
- 58 Funktionelle Unabhängigkeit bedeutet, dass die SNB ihren Auftrag frei von Weisungen des Bundesrates, der Bundesversammlung oder anderer Stellen erfüllen kann und diese somit nicht befugt sind, Handlungen oder Entscheidungen der SNB aufzuheben, zu ändern oder zu substituieren.⁹¹ Die funktionelle Unabhängigkeit findet sich auf Gesetzesstufe in Art. 6 i.V.m. Art. 5 Abs. 1 und 2 NBG wieder. Art. 6 NBG verbietet es der SNB und den Mitgliedern ihrer Organe, bei der Wahrnehmung der geld- und währungspolitischen Aufgaben vom Bundesrat, von der Bundesversammlung oder von anderen Stellen Weisungen einzuholen oder entgegenzunehmen. Diese Weisungsfreiheit liegt im Umstand begründet, dass die Politik häufig kurzfristig orientiert ist, während die Notenbank die Geldversorgung der Wirtschaft auf die mittlere bis längere Frist ausrichten muss.⁹²
- 59 Die funktionelle Unabhängigkeit steht der SNB gemäss Art. 6 NBG jedoch nur bei der Wahrnehmung ihrer geld- und währungspolitischen Aufgaben nach Art. 5 Abs. 1 und 2 NBG zu. In diesem Bereich darf sie weder vom Bundesrat noch von

⁸⁹ Vgl. vorne Rz. 23 f.

⁹⁰ Botschaft NBG, S. 6107 ff.; Botschaft Währungsartikel, S. 4044 ff.; BSK BV-KAUFMANN/UTZ, Art. 99 N 22 ff.; MÜLLER/VOGEL, S. 278; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 24 Rz. 27. Vgl. auch BIAGGINI, Art. 99 N 13; SGK BV-HETTICH, Art. 99 N 12.

⁹¹ Zum Ganzen AUBERT, in: Aubert/Mahon, Art. 99 N 10; Botschaft NBG, S. 6108; Botschaft Währungsartikel, S. 4045; SGK BV-HETTICH, Art. 99 N 12; BSK BV-KAUFMANN/UTZ, Art. 99 N 23; MÜLLER/VOGEL, S. 278; NOBEL, § 6 Rz. 62.

⁹² Botschaft NBG, S. 6108; Botschaft Währungsartikel, S. 4045.

der Bundesversammlung oder von anderen Stellen Weisungen einholen oder entgegennehmen. Der SNB kommen aber noch weitere Aufgaben zu, auf die sich die verfassungsrechtlich zugesicherte und in Art. 6 NBG präzisierte Unabhängigkeit nicht bezieht. Als solche weitere Aufgabe der SNB erwähnt Art. 5 Abs. 3 NBG die internationale Währungscooperation, bei welcher die Nationalbank nach Massgabe der entsprechenden Bundesgesetzgebung mit dem Bundesrat zusammenarbeitet. Des Weiteren erbringt die SNB gemäss Art. 5 Abs. 4 NBG dem Bund Bankdienstleistungen. Auf diese beiden Aufgaben, mit anderen Worten also auf die Tätigkeiten im Sinne von Art. 5 Abs. 3 und 4 NBG, findet die Unabhängigkeit folglich keine Anwendung. Im Unterschied zu den Kernaufgaben gemäss Art. 5 Abs. 1 und 2 NBG, welche die Nationalbank unabhängig erfüllen soll, "geniesst die SNB insbesondere im Bereich der internationalen Währungscooperation keine Weisungsfreiheit von den Bundesbehörden".⁹³ Gar nicht geregelt in Art. 5 f. NBG ist schliesslich die *Aufsichtstätigkeit*, die neu der Nationalbank im Bereich systemrelevanter Institute zukommt.⁹⁴ Dies ist möglicherweise eine gesetzgeberische Lücke. Es liegt nahe, dass der Nationalbank in diesem Bereich eine vergleichbare Unabhängigkeit zukommt wie der FINMA. Wertungsmässig wäre nur schwer zu begründen, weshalb insbesondere bei einer quasijustiziellen Tätigkeit der Nationalbank nicht dieselbe Unabhängigkeit zukommen sollte wie der FINMA.

- 60 Unter der institutionellen Unabhängigkeit der SNB wird deren rechtliche Verselbstständigung verstanden.⁹⁵ Sie wird dadurch verwirklicht, dass die SNB mit eigener Rechtspersönlichkeit und Organisation ausgestattet wurde. Die institutionelle Unabhängigkeit bildet eine wichtige Voraussetzung dafür, dass kein Notenbankgeld zur Finanzierung von Staatsaufgaben eingesetzt wird.⁹⁶
- 61 Die finanzielle Unabhängigkeit der SNB wird durch deren Budgetautonomie einerseits und durch das Verbot, staatliche Defizite durch direkte Kredite zu decken, andererseits sichergestellt.⁹⁷ Art. 11 Abs. 2 NBG schreibt der SNB deshalb vor, dass sie dem Bund weder Kredite noch Überziehungsfazilitäten gewähren und auch keine staatlichen Schuldtitle aus Emissionen erwerben darf. Mit dem Verbot der direkten Kreditgewährung an den Staat soll die Finanzierung von Defiziten der

⁹³ Botschaft NBG, S. 6187.

⁹⁴ Vgl. dazu hinten Rz. 74.

⁹⁵ Zum Ganzen Botschaft NBG, S. 6108; Botschaft Währungsartikel, S. 4047; BSK BV-KAUFMANN/UTZ, Art. 99 N 24; MÜLLER/VOGEL, S. 278.

⁹⁶ Botschaft NBG, S. 6108; Botschaft Währungsartikel, S. 4047.

⁹⁷ Zum Ganzen Botschaft NBG, S. 6108; Botschaft Währungsartikel, S. 4046; BSK BV-KAUFMANN/UTZ, Art. 99 N 25; MÜLLER/VOGEL, S. 278.

öffentlichen Hand durch die "Notenpresse" verhindert werden.⁹⁸ Was die Budgetautonomie betrifft, so ist anzumerken, dass Geschäftsbericht und Jahresrechnung vom Bundesrat genehmigt werden müssen (Art. 7 Abs. 1 Satz 3 und Art. 42 Abs. 2 lit. f NBG), substantielle Einflussmöglichkeiten des Bundes aber fehlen.⁹⁹

- 62 Die personelle Unabhängigkeit der SNB wird dadurch gewährleistet, dass die Mitglieder der Leitungsorgane auf eine feste Amtszeit ernannt werden und während dieser Dauer grundsätzlich nicht abberufen werden können.¹⁰⁰ Konkret wählt der Bundesrat sechs der elf Mitglieder des Bankrates auf eine Amtsdauer von vier Jahren, die er nur ihres Amtes entheben kann, sofern diese die Voraussetzungen für dessen Ausübung nicht mehr erfüllen oder eine schwere Verfehlung begangen haben (Art. 39 und Art. 41 Abs. 3 NBG). Auf Vorschlag des Bankrates ebenfalls vom Bundesrat gewählt werden die Mitglieder des Direktoriums und ihre Stellvertreterinnen und Stellvertreter. Diese Wahl erfolgt für eine Amtsdauer von sechs Jahren und eine Abberufung ist nur unter den gleichen Voraussetzungen möglich, wie das für die vom Bundesrat gewählten Mitglieder des Bankrates der Fall ist (Art. 43 und 45 NBG).

B. Mitwirkungsbefugnisse des Bundesrates

- 63 Die vorstehenden Ausführungen zeigen, dass die Unabhängigkeit der SNB ausgeprägt, aber nicht unbeschränkt ist. So besteht etwa die funktionelle Unabhängigkeit, wie gesehen, nur, soweit die SNB geld- und währungspolitische Aufgaben nach Art. 5 Abs. 1 und 2 NBG erfüllt.¹⁰¹ Auch Art. 99 Abs. 2 BV, wonach die SNB unter "Mitwirkung und Aufsicht des Bundes" verwaltet wird, relativiert die Unabhängigkeit der Nationalbank. Dieser Passus überlässt es dem Gesetzgeber, die entsprechenden Befugnisse festzulegen; der Gesetzgeber steckt damit letztlich die Grenzen der Unabhängigkeit der SNB ab.¹⁰²
- 64 Eine Mitwirkung des Bundesrates und der Bundesversammlung besteht in mehreren Bereichen. So räumt primär Art. 7 Abs. 1 NBG dem Bundesrat zahlreiche Mitwirkungsbefugnisse ein. Gemäss Satz 1 dieser Bestimmung hat die SNB mit dem Bundesrat regelmässig die Wirtschaftslage, die Geld- und Währungspolitik sowie aktuelle Fragen der Wirtschaftspolitik des Bundes zu erörtern. Dies ist das Pendant

⁹⁸ Botschaft NBG, S. 6108; Botschaft Währungsartikel, S. 4046.

⁹⁹ So auch BSK BV-KAUFMANN/UTZ, Art. 99 N 25; NOBEL, § 6 Rz. 63.

¹⁰⁰ Zum Ganzen Botschaft NBG, S. 6109; Botschaft Währungsartikel, S. 4047; BSK BV-KAUFMANN/UTZ, Art. 99 N 26; MÜLLER/VOGEL, S. 278.

¹⁰¹ Vgl. vorne Rz. 58 f.

¹⁰² MÜLLER/VOGEL, S. 278 f.

zur funktionellen Unabhängigkeit der SNB.¹⁰³ Bundesrat und SNB unterrichten einander zudem vor Entscheidungen von wesentlicher wirtschaftspolitischer und monetärer Bedeutung über ihre Absichten (Art. 7 Abs. 1 Satz 2 NBG). Zudem hat die SNB Jahresbericht und Jahresrechnung vor ihrer Abnahme durch die Generalversammlung dem Bundesrat zur Genehmigung zu unterbreiten (Art. 7 Abs. 1 Satz 3 NBG); dies ist das Pendant zur finanziellen Unabhängigkeit der SNB.¹⁰⁴

- 65 Des Weiteren hat der Bundesrat die Befugnis, einen Teil der Mitglieder des Bankrates und die Mitglieder des Direktoriums der SNB zu wählen (Art. 39, 41, 43 und 45 NBG). Sodann ist dem Bundesrat auch das Organisationsreglement der SNB zur Genehmigung vorzulegen (Art. 42 Abs. Abs. 2 lit. a NBG).

C. Oberaufsicht des Parlaments

- 66 Wie bereits im Zusammenhang mit der FINMA erläutert,¹⁰⁵ hängt der Umfang der parlamentarischen Oberaufsicht grundsätzlich von demjenigen der Aufsicht des Bundesrates ab.¹⁰⁶ "Massgebend für den Gegenstand und die Grenzen der Oberaufsicht gegenüber verselbständigte[n] Aufgabenträger[n] sind deshalb die Bestimmungen über die Steuerungs- und Aufsichtsbefugnisse des Bundesrates in den jeweiligen Organisationserlassen, soweit diese nicht spezifische Regelungen für die Oberaufsicht enthalten."¹⁰⁷ Somit gelten die Vorschriften des Parlamentsgesetzes für die Ausübung der Oberaufsicht gegenüber verselbstständigte[n] Aufgabenträger[n] – also insbesondere auch Art. 153 ParIG betreffend die Informationsrechte der Aufsichtskommissionen – nur insoweit, als das einschlägige Spezialgesetz hierfür Raum lässt respektive sich dort keine vom ParIG abweichenden Bestimmungen finden.¹⁰⁸
- 67 Allerdings regelt aber Art. 7 Abs. 2 NBG ausdrücklich die Rechenschaftspflicht der SNB gegenüber der Bundesversammlung. Demnach hat die SNB der Bundesversammlung jährlich in einem Bericht Rechenschaft über die Erfüllung ihrer Aufgaben gemäss Art. 5 NBG abzulegen (Art. 7 Abs. 2 Satz 1 NBG). Zudem erläutert sie den zuständigen Kommissionen der Bundesversammlung regelmässig die Wirtschaftslage sowie ihre Geld- und Währungspolitik (Art. 7 Abs. 2 Satz 2 NBG). Es

¹⁰³ Botschaft NBG, S. 6191.

¹⁰⁴ Botschaft NBG, S. 6191.

¹⁰⁵ Vgl. vorne Rz. 51.

¹⁰⁶ MÜLLER/VOGEL, S. 279. So auch UHLMANN, Rz. 47.

¹⁰⁷ MÜLLER/VOGEL, S. 279.

¹⁰⁸ MÜLLER/VOGEL, S. 279.

stellt sich nun die Frage, ob diese Bestimmung eine abschliessende spezielle Regelung darstellt, welche den Vorschriften des ParIG über die Oberaufsicht der Bundesversammlung und die Rechte der Aufsichtskommissionen vorgeht.

- 68 Wie gesehen soll die Unabhängigkeit der SNB verhindern, dass die politischen Behörden auf die Geld- und Währungspolitik Einfluss nehmen können.¹⁰⁹ Gleichzeitig soll die SNB aber für ihre Handlungen und Unterlassungen auch Verantwortung übernehmen und nicht zu einem "Staat im Staat" werden.¹¹⁰ Es geht also darum, der SNB einerseits die notwendige Unabhängigkeit zuzugestehen, sie gleichzeitig aber auch demokratisch zu legitimieren und zu kontrollieren.
- 69 Der Bundesrat hat zur Lösung dieses Dilemmas in seiner Botschaft über einen neuen Geld- und Währungsartikel in der Bundesverfassung¹¹¹ das Konzept einer "rechenschaftspflichtigen Unabhängigkeit" vorgeschlagen: Indem die SNB ihre Politik regelmässig erklären und ihre Entscheide begründen müsse, erhalte sie die notwendige demokratische Legitimation. Gleichzeitig mit der ausdrücklichen Verankerung der Unabhängigkeit der SNB sollte diese auch verpflichtet werden, dem Bund und der Öffentlichkeit Rechenschaft über die von ihr geführte Geld- und Währungspolitik abzulegen.¹¹² Der so gelagerten Neugestaltung der Geld- und Währungsverfassung war jedoch kein Erfolg beschieden.¹¹³
- 70 In Art. 99 BV wurde zwar die Unabhängigkeit der SNB festgeschrieben, nicht aber deren Rechenschaftspflicht. Die Pflicht der SNB, der Bundesversammlung Rechenschaft über die Erfüllung ihrer Aufgaben abzulegen und die Öffentlichkeit regelmässig über die Geld- und Währungspolitik und ihre geldpolitischen Absichten zu orientieren, findet sich jedoch in Art. 7 Abs. 2 und 3 NBG. Aus der Botschaft über die Revision des Nationalbankgesetzes¹¹⁴ geht sodann hervor, dass dabei an die gescheiterte Reform der Geld- und Währungsverfassung und deren Konzept der rechenschaftspflichtigen Unabhängigkeit angeknüpft wurde. Zwar bestimme Art. 99 Abs. 2 Satz 2 BV, dass die SNB unter Mitwirkung und Aufsicht des Bundes verwaltet werde, doch beziehe sich diese Mitwirkung und Aufsicht nur auf die Verwaltung der SNB und nicht auf die von ihr unabhängig zu führende Politik. Diese Mitwirkung und Aufsicht werde schwergewichtig durch den Bundesrat ausgeübt

¹⁰⁹ Vgl. vorne Rz. 58.

¹¹⁰ Dazu und zum Ganzen MÜLLER/VOGEL, S. 280 ff.

¹¹¹ Botschaft Währungsartikel, S. 4048 ff.

¹¹² Botschaft Währungsartikel, S. 4049.

¹¹³ AB S 1999, 598; AB N 1999, 1403.

¹¹⁴ Botschaft NBG, S. 6106 und 6109 f.

und umfasse vorab die Wahlbefugnisse sowie die Befugnisse zur Genehmigung des Geschäftsberichts und der Jahresrechnung. Es gelte daher, die Rechenschaftspflicht der SNB gegenüber dem Bundesrat so in diesen Kontext einzuordnen, dass keine Doppelpurigkeiten entstünden.¹¹⁵ Die Rechenschaftspflicht wurde deshalb auf die in Art. 7 Abs. 1 NBG vorgesehenen Bereiche beschränkt.

- 71 Zur Rechenschaftsablage gegenüber der Bundesversammlung wird in der Botschaft über die Revision des Nationalbankgesetzes¹¹⁶ ausgeführt, dass zwei Aspekten besondere Beachtung zu schenken sei: Erstens müsse die Einflussnahme der politischen Akteure auf die Entscheidungen der SNB vermieden werden und zweitens dürfe die Berichtspflicht gegenüber der Bundesversammlung nicht zu einem Informationsvorsprung von Parlamentsmitgliedern gegenüber dem Publikum beziehungsweise den Märkten führen. Beides verlange, dass die Berichterstattung der SNB gegenüber der Bundesversammlung primär "rückwärtsorientiert" erfolge, also eine Erläuterung und Begründung ihrer Geld- und Währungspolitik im Berichtsjahr, nicht aber eine Bekanntgabe geldpolitischer Absichten umfasse. Aus diesem Grund wurde die Rechenschaftspflicht der SNB gegenüber der Bundesversammlung auf die in Art. 7 Abs. 2 NBG vorgesehenen Instrumente beschränkt.
- 72 Die Ausführungen in der Botschaft über die Revision des Nationalbankgesetzes zeigen also, dass der historische Gesetzgeber eine Sonderregelung für die Aufsicht des Bundesrates und die Oberaufsicht der Bundesversammlung über die SNB treffen wollte.¹¹⁷ Es ging dem Gesetzgeber darum, ein Gleichgewicht zwischen der Unabhängigkeit der SNB einerseits und ihrer Pflicht zur Rechenschaftsablage gegenüber Bundesrat und Bundesversammlung andererseits zu schaffen. Dieses System der Aufsicht des Bundesrates und der Oberaufsicht der Bundesversammlung gegenüber der SNB weicht sodann deutlich von demjenigen gegenüber anderen verselbstständigten Trägern von Bundesaufgaben ab: So erstattet die SNB der Bundesversammlung direkt Bericht über die Erfüllung ihrer Aufgaben und erläutert die Wirtschaftslage sowie ihre Geld- und Währungspolitik den zuständigen Kommissionen des Parlaments. Gegenstand der Oberaufsicht sind somit nicht die Steuerungs- und Kontrollbefugnisse des Bundesrates, sondern die Tätigkeit der SNB selbst. Solche Steuerungs- und Kontrollbefugnisse stehen dem Bundesrat ohnehin nur in sehr beschränktem Umfang zur Verfügung, etwa bei den Wahl-

¹¹⁵ Zum Ganzen Botschaft NBG, S. 6109 f.

¹¹⁶ Botschaft NBG, S. 6192.

¹¹⁷ Zum Ganzen MÜLLER/VOGEL, S. 282 f.

und Abberufungsrechten und bei der Genehmigung von Jahresbericht und Jahresrechnung. Im politisch zentralen Aufgabenbereich der SNB hat der Bundesrat keine Steuerungs- und Kontrollbefugnisse, sondern nur das Recht zum Informations- und Meinungsaustausch mit der SNB.

- 73 Aus den vorstehenden Überlegungen ergibt sich somit, dass Art. 7 NBG genau eine solche abschliessende Sonderregelung darstellt, welche den Vorschriften über die Oberaufsicht des Parlaments und die Informationsrechte der Geschäftsprüfungskommissionen im Parlamentsgesetz vorgeht.¹¹⁸ Das hat zur Folge, dass Art. 153 ParIG betreffend die Informationsrechte der Aufsichtskommissionen nicht zur Anwendung kommt, soweit es um die Wahrnehmung von geld- und währungspolitischen Aufgaben nach Art. 5 Abs. 1 und 2 NBG geht. Im Bereich der übrigen Aufgaben gelten dagegen die gleichen Regeln wie für andere verselbstständigte Träger von Bundesaufgaben. Adressat der Oberaufsicht ist hier der Bundesrat und deren Umfang hängt folglich von den Zuständigkeiten des Bundesrates zur Steuerung und Beaufsichtigung der SNB ab.
- 74 Der Vollständigkeit halber ist anzumerken, dass der SNB mit der too-big-to-fail-Vorlage¹¹⁹ neue Aufgaben zugekommen sind. Der Gesetzgeber hat sich nämlich entschieden, keine neue Aufsichtsbehörde für die Aufsicht über die systemrelevanten Banken zu schaffen, sondern die Aufsicht zwischen der SNB einerseits, die gemäss ihrem gesetzlichen Auftrag für die Stabilität des Finanzsystems und die sog. makroprudanzielle Aufsicht zuständig ist, und der FINMA andererseits, die die einzelnen Institute mikroprudanziell beaufsichtigt (vgl. Art. 6 FINMAG), aufzuteilen.¹²⁰ Der SNB kommt dabei insbesondere die Aufgabe zu, nach Anhörung der FINMA durch Verfügung die systemrelevanten Banken und deren systemrelevanten Funktionen zu bezeichnen (Art. 8 Abs. 3 des Bankengesetzes¹²¹). Dabei handelt es sich nicht primär um eine Aufgabe im angestammten Bereich der Geld- und Währungspolitik, sondern um eine Aufsichtsaufgabe (die bezeichnenderweise in Kooperation mit der FINMA wahrgenommen wird). Ob für diese neue Aufgabe die Unabhängigkeit der SNB in gleichem Umfang angezeigt erscheint (oder eine beschränkte Unabhängigkeit bestehen soll), ergibt sich aus dem geltenden Recht

¹¹⁸ So auch MÜLLER/VOGEL, S. 282 f.

¹¹⁹ Vgl. dazu Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen (Bankengesetz, BankG) (Stärkung der Stabilität im Finanzsektor; too big to fail), Änderung vom 30. September 2011 (AS 2012 811 ff.); Botschaft zur Änderung des Bankengesetzes (Stärkung der Stabilität im Finanzsektor) vom 20 April 2011 (BBI 2011 4717).

¹²⁰ BSK BankG-BAHAR/PEYER, Art. 8 N 33.

¹²¹ Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen (Bankengesetz, BankG) vom 8. November 1934 (SR 952.0).

unseres Erachtens nicht.¹²² De lege lata ist festzustellen, dass der Gesetzgeber bei der Zuteilung der neuen Aufgabe an die SNB am bestehenden Aufsichtskonzept keine Änderungen vorgenommen hat. Immerhin ist auf Art. 50 NBG¹²³ hinzuweisen.

¹²² Vgl. dazu vorne Rz. 59 am Ende.

¹²³ Vgl. dazu hinten Rz. 129 ff.

IV. BEANTWORTUNG DER GUTACHTENSFRAGEN

1. Fragen zum Verhältnis EFD – FINMA

A. Erste Frage

- 75 Die erste Frage in Bezug auf das Verhältnis zwischen dem EFD und der FINMA lautet: Gelten RVOG und RVOV (insb. Art. 14 und 15) auch für die FINMA und wie verhalten sich diese zu Art. 14 und 39 bis 41 FINMAG?
- 76 Bei der FINMA handelt es sich gemäss Art. 4 Abs. 1 FINMAG um eine öffentlich-rechtliche Anstalt mit eigener Rechtspersönlichkeit und damit um eine dezentralisierte Verwaltungseinheit im Sinne von Art. 2 Abs. 3 RVOG.¹²⁴ Es handelt sich bei ihr um eine Organisation des öffentlichen Rechts im Sinne von Art. 6 Abs. 1 RVOV, die durch Gesetz geschaffen worden ist und überwiegend Aufgaben der Wirtschafts- und der Sicherheitsaufsicht erfüllt. Sie stellt eine durch Gesetz errichtete rechtlich verselbstständigte öffentlich-rechtliche Anstalt im Sinne von Art. 7a Abs. 1 lit. c RVOV dar, die nicht überwiegend Dienstleistungen am Markt erbringt. Sie ist auch in Ziffer V.2.2.1 des Anhangs 1 der RVOV als dezentrale Verwaltungseinheit der Bundesverwaltung aufgeführt. Folglich sind das RVOG und die RVOV auf die FINMA anwendbar.
- 77 Indem das RVOG und die RVOV auf die FINMA anwendbar sind, gelten für diese grundsätzlich auch die Art. 14 und 15 RVOV. Art. 14 RVOV befasst sich mit der Zusammenarbeit zwischen den Verwaltungseinheiten. Demnach sind die verschiedenen Verwaltungseinheiten zur Zusammenarbeit verpflichtet und haben sich insbesondere gegenseitig zu unterstützen und zu informieren. Art. 15 RVOV regelt sodann die Mitwirkung mitinteressierter Verwaltungseinheiten und bestimmt, dass die einzelnen Verwaltungseinheiten zur Vorbereitung ihrer Entscheide die Mitwirkung aller mitinteressierten Einheiten sicherzustellen haben.
- 78 Die FINMA stellt, wie gesehen, eine dezentralisierte Verwaltungseinheit und damit eine Verwaltungseinheit im Sinne von Art. 14 und 15 RVOV dar. Diese beiden Bestimmungen beanspruchen also ihr gegenüber Geltung. Die in diesen beiden Bestimmungen geregelten Grundsätze der Zusammenarbeit mit anderen Behörden gelten demnach grundsätzlich auch für die FINMA.

¹²⁴ Vgl. dazu vorne Rz. 19 f.

- 79 Nun handelt es sich aber bei der FINMA um eine öffentlich-rechtliche Anstalt, deren Grundzüge in einem eigenen Gesetz, dem FINMAG, geregelt sind. Dieses Gesetz regelt etwa Fragen der Organisation oder der Zusammenarbeit der FINMA mit anderen Behörden eigenständig und geht in diesen Punkten den generellen Regelungen von RVOG und RVOV als *lex specialis* vor. Für die Frage der Aufsicht behält Art. 8 Abs. 4 RVOG genau solche Spezialbestimmungen vor. Sofern eine Regelung im FINMAG also von derjenigen in RVOG und RVOV abweicht, so geht die speziellere Regelung des FINMAG vor. Die Art. 14 und 39-41 FINMAG gehen somit den allgemeineren Regeln von Art. 14 und 15 RVOV vor. Im Umkehrschluss bedeutet dies aber auch, dass überall dort, wo das FINMAG keine spezielle und den allgemeinen Regeln vorgehende Regelung vorsieht, RVOG und RVOV anwendbar sind. Das ist insbesondere mit Blick auf den relativ engen Anwendungsbereich der Art. 39-41 FINMAG¹²⁵ von Bedeutung.
- 80 Für eine konkrete Fragestellung ist also zunächst zu prüfen, ob sich die Antwort direkt aus den einschlägigen Bestimmungen des FINMAG ergibt. Dabei sind nicht nur Art. 14 und Art. 39-41 FINMAG einschlägig (so die Fragestellung des EFD), sondern alle Bestimmungen, die das Verhältnis zwischen der FINMA und ihrem Träger regeln, also auch die Unabhängigkeit der FINMA (Art. 21 Abs. 1 FINMAG) sowie die Steuerungs- und Mitwirkungsbefugnisse des Bundesrates und weiterer Behörden.¹²⁶ Subsidiär sind Art. 14 f. RVOV anzuwenden. Gemäss diesen Bestimmungen ist die FINMA zur vertrauensvollen Zusammenarbeit und zum Informationsaustausch verpflichtet (Art. 14 Abs. 1 RVOV). Sie kann Art. 14 Abs. 1 RVOV ihre Unabhängigkeit entgegenhalten, kann und muss also im Einzelfall begründen, weshalb die Zusammenarbeit bzw. der Informationsaustausch ihre Unabhängigkeit tangieren würde. Auch aus zurecht geltend gemachter Unabhängigkeit kann sich nicht jede Frage abschliessend klären; vielmehr können die Bundesbehörden der FINMA entgegenhalten, dass die Unabhängigkeit ihrerseits durch die Steuerungs- und Mitwirkungsbefugnisse des Bundesrates beschränkt wird, namentlich der Bundesrat seine Funktionen nur auf der Grundlage ausreichender Information ausüben kann. Insgesamt führt dies zum Schluss, dass die Bedeutung der allgemeinen Bestimmungen von Art. 14 f. RVOV durch die spezialgesetzlichen Grundlagen stark relativiert wird und nur im Einzelfall beurteilt werden kann.

¹²⁵ Vgl. dazu sogleich Rz. 81 ff. sowie hinten Rz. 95 ff.

¹²⁶ Vgl. dazu vorne Rz. 27 ff. und 38 ff.

B. Zweite Frage

- 81 Die zweite Frage lautet: Kann die FINMA mit Verweis auf Artikel 39 und 40 FINMAG dem EFD Auskünfte verweigern bzw. ist sie vollkommen frei in ihrer Entscheidung, ob sie diese Informationen mit dem EFD teilen möchte? Gilt dies auch wenn das EFD gegenüber der FINMA in Vertretung und im Auftrag des Bundesrates handelt (gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. g OV-EFD)?
- 82 Art. 39 FINMAG stellt eine Einschränkung der Pflicht zur Zusammenarbeit gemäss Art. 14 RVOV dar. Die Einschränkung im Vergleich zur Regelung in der RVOV ist darin zu erblicken, dass sich Art. 39 FINMAG nur auf die Zusammenarbeit mit den in dieser Bestimmung namentlich aufgeführten Behörden und nur auf die darin erwähnte Zusammenarbeit bezieht. Art. 14 RVOV dagegen ist für die Zusammenarbeit mit allen übrigen Verwaltungseinheiten einschlägig. Art. 39 FINMAG erlaubt es, einem eingeschränkten Kreis von Behörden zu bestimmten Zwecken nicht öffentlich zugängliche Informationen bekannt zu geben.
- 83 Art. 40 FINMAG erlaubt es der FINMA, die Bekanntgabe von nicht öffentlich zugänglichen Informationen im Sinne von Art. 39 FINMAG, unter gewissen abschliessend aufgezählten Voraussetzungen zu verweigern. Diese Norm führt also zu einer weiteren Einschränkung der Zusammenarbeits- und Auskunftserteilungspflicht, indem nämlich bei Vorliegen einer der im Gesetz genannten Verweigerungsgründe die FINMA nicht zur Bekanntgabe der entsprechenden Informationen verpflichtet ist.
- 84 Die FINMA kann die Bekanntgabe von nicht öffentlich zugänglichen Informationen und die Herausgabe von Akten gegenüber Strafverfolgungsbehörden und anderen inländischen Behörden gemäss Art. 40 FINMAG verweigern, soweit die Informationen und die Akten ausschliesslich der internen Meinungsbildung dienen (lit. a), deren Bekannt- oder Herausgabe ein laufendes Verfahren gefährden oder die Erfüllung ihrer Aufsichtstätigkeit beeinträchtigen würde (lit. b) oder sie mit den Zielen der Finanzmarktaufsicht oder mit deren Zweck nicht vereinbar ist (lit. c).
- 85 Bei Art. 39 und 40 FINMAG handelt es sich um "Kann-Bestimmungen". Der Entscheid, ob sie entsprechende Informationen herausgeben will, liegt damit allein bei der FINMA. Beim Entscheid darüber hat sie eine Interessenabwägung vorzunehmen zwischen dem Interesse am Schutz der fraglichen Informationen und dem Informationsinteresse der betreffenden Behörde.¹²⁷ Dass die FINMA bei dieser Entscheidung vollkommen frei wäre, ist daher entschieden zu verneinen.

¹²⁷ Botschaft FINMAG, S. 2886.

- 86 Art. 39 und 40 FINMAG gehen als speziellere Normen den Normen betreffend die Zusammenarbeit der RVOV vor, weshalb die FINMA in diesen Konstellationen unter Berufung auf diese Normen die Auskunftserteilung im konkreten Fall verweigern darf. Die Auskunft darf aber nur verweigert werden, wenn eine der in Art. 40 FINMAG genannten Behörden und Informationen betroffen sind, einer der in Art. 40 lit. a-c FINMAG genannten Verweigerungsgründe erfüllt ist und die FINMA kumulativ im Rahmen der in jedem Fall vorzunehmenden Interessenabwägung zum Ergebnis gelangt, dass das Interesse am Schutz der fraglichen Informationen das Informationsinteresse der anderen Behörde übersteigt. Völlig frei in ihrem Entscheid, ob sie eine Auskunft verweigern respektive eine Information der anfragenden Behörde vorenthalten möchte, ist die FINMA also bei Weitem nicht.
- 87 Art. 39 und 40 FINMAG stehen im dritten Abschnitt des dritten Kapitels des Gesetzes, welcher den Titel "Zusammenarbeit mit inländischen Behörden" trägt, und ist daher in diesem Zusammenhang zu verstehen. In diesem Abschnitt wird die Zusammenarbeit der FINMA mit bestimmten inländischen Behörden näher geregelt. Betroffen ist die Zusammenarbeit der FINMA mit den folgenden Behörden: "Strafverfolgungsbehörde[n]" (in Art. 38 Abs. 1), "andere[...] inländische[...] Aufsichtsbehörden" (in Art. 39 Abs. 1), die "Schweizerische[...] Nationalbank" (ebenfalls in Art. 39 Abs. 1) und das "Eidgenössische[...] Finanzdepartement" (in Art. 39 Abs. 2).
- 88 Die Marginalie zu Art. 39 FINMAG lautet "[a]ndere inländische Behörden". Damit wird zum Ausdruck gebracht, dass es sich um andere als um die Strafverfolgungsbehörden handelt, mit welchen sich Art. 38 FINMAG befasst. Art. 39 Abs. 1 FINMAG regelt die Zusammenarbeit der FINMA mit anderen inländischen Aufsichtsbehörden sowie der SNB. Unter den Begriff der "anderen inländischen Aufsichtsbehörden" fallen nur Behörden, die mit Aufsichtsaufgaben betraut sind.¹²⁸ Konkret sind damit die Übernahmekommission, die Revisionsaufsichtsbehörde, die Wettbewerbskommission, aber auch das Bundesamt für Gesundheit, das Bundesamt für Sozialversicherungen sowie die Eidgenössische Elektrizitätskommission (ElCom) gemeint.¹²⁹ Diesen Behörden und der ebenfalls genannten SNB darf die FINMA nach dem Wortlaut von Art. 39 Abs. 1 FINMAG nicht öffentlich zugängliche Informationen übermitteln, die diese zur Erfüllung ihrer Aufgaben benötigen.

¹²⁸ Botschaft FinfraG, S. 7609; BVGer, Urteil B-5740/2017 vom 30. Oktober 2018 E. 5.

¹²⁹ Botschaft FinfraG, S. 7609; BVGer, Urteil B-5740/2017 vom 30. Oktober 2018 E. 5.

- 89 Gegenstand von Art. 39 Abs. 2 FINMAG ist sodann die Zusammenarbeit zwischen der FINMA einerseits und dem EFD andererseits. Mit diesem kann die FINMA demnach nicht öffentlich zugängliche Informationen über bestimmte Finanzmarktteilnehmer austauschen, wenn es der Aufrechterhaltung der Stabilität des Finanzsystems dient. Die Zusammenarbeit zwischen der FINMA und dem EFD im Sinne von Art. 39 Abs. 2 FINMAG ist also sachlich auf die Aufrechterhaltung der Stabilität des Finanzsystems beschränkt. Auf alle anderen Bereiche, mithin also auch auf die Aufsicht, ist diese Bestimmung daher nicht anwendbar. Geht es um die Aufrechterhaltung der Stabilität des Finanzsystems tritt das EFD der FINMA also gewissermassen als "gleichberechtigter Partner" gegenüber, wie das gemäss Art. 39 Abs. 1 FINMAG auch auf die Aufsichtsbehörden und die SNB zutrifft. Hier handelt es sich um Zusammenarbeit. Etwas anderes stellt jedoch die Aufsicht des Bundesrates (ausführend durch das EFD) über die FINMA dar. Hier kann nicht von Zusammenarbeit im Sinne dieser Bestimmung gesprochen werden.
- 90 Die Marginalie von Art. 39 FINMAG fasst demnach die inländischen Aufsichtsbehörden, die SNB und das EFD zum Begriff "[a]ndere inländische Behörden" zusammen.¹³⁰
- 91 Auch Art. 40 FINMAG steht im dritten Abschnitt des dritten Kapitels des Gesetzes und ist daher ebenfalls in diesem Zusammenhang zu lesen und zu verstehen. Mit der Formulierung "gegenüber Strafverfolgungsbehörden und anderen inländischen Behörden" nimmt Art. 40 FINMAG denn auch Bezug auf die in diesem dritten Abschnitt genannten Behörden. Die in Art. 38 Abs. 1 FINMAG genannten Strafverfolgungsbehörden nennt Art. 40 FINMAG explizit, die anderen Zusammenarbeitssubjekte fasst diese Bestimmung, wie schon die Marginalie zu Art. 39, unter der Wendung "und anderen inländischen Behörden zusammen".
- 92 Aufgrund dieser systematischen Einordnung von Art. 40 FINMAG im dritten Abschnitt des dritten Kapitels des Gesetzes und nach den Art. 38 und 39 FINMAG bezieht sich die darin geregelte Ausnahme von der Zusammenarbeitspflicht nur auf die in den erwähnten beiden Bestimmungen umschriebene Zusammenarbeit mit den dort namentlich genannten Behörden. In Bezug auf die Zusammenarbeit zwischen der FINMA und dem EFD bedeutet dies, dass sich Art. 40 FINMAG nur auf die in Art. 39 Abs. 2 FINMAG umschriebene Zusammenarbeit bezieht. Die in Art. 40 FINMAG genannten Gründe zur Verweigerung der Zusammenarbeit beziehen sich daher nur auf die Zusammenarbeit im Rahmen der Aufrechterhaltung der Stabilität des Finanzsystems. Auf die übrigen Formen des "Zusammenwirkens",

¹³⁰ Vgl. dazu auch BSK FINMAG/FinfraG-SCHWOB/WOHLERS, Art. 39 FINMAG N 3a.

insbesondere auf die Aufsichtstätigkeit, ist Art. 40 FINMAG, genauso wie auch Art. 39 FINMAG, nicht anwendbar. Hier gelten die allgemeinen Bestimmungen betreffend die Aufsichtsrechte des Bundesrates sowie subsidiär die Bestimmungen von RVOG und RVOV.¹³¹

- 93 Art. 39 und 40 FINMAG kann die FINMA also im Verkehr mit dem EFD anrufen, sofern es um eine Zusammenarbeit im Hinblick auf die Aufrechterhaltung der Stabilität des Finanzsystems geht. Diese Normen können jedoch nicht im Verkehr mit dem Bundesrat angerufen werden, da der Bundesrat nicht in dieser Form mit der FINMA zusammenarbeitet, sondern diese beaufsichtigt. Die Aufsicht und Mitwirkung in anderen Bereichen fallen nicht unter die Zusammenarbeit im Sinne des dritten Abschnitts des dritten Kapitels des FINMAG. Ausserdem fällt der Bundesrat nicht unter eine der in Art. 39 FINMAG genannten Behörden.
- 94 Die Einsichtsrechte des Bundesrates in die Akten der FINMA folgen den bundesrätlichen Mitwirkungs- und Aufsichtsrechten. Der Bundesrat kann also nur, aber immerhin ohne die Schranke von Art. 40 FINMAG, in denjenigen Bereichen, in welchen er etwas zu entscheiden hat, auch die entsprechenden Einsichtsrechte geltend machen. Das bedeutet, dass der Bundesrat Einsicht in Dokumente verlangen kann, welche für seine Steuerungs- und Mitwirkungsbefugnisse von Relevanz sind.¹³² Kein Einsichtsrecht steht dem Bundesrat grundsätzlich zu bei Informationen und Akten, die im Zusammenhang mit dem operativen Geschäft, dem Entscheid über Einzelfälle respektive den quasijustiziellen Aufgaben der FINMA stehen.¹³³ Vorbehalten bleiben die Ausführungen zu Art. 14 f. RVOV.¹³⁴

C. Dritte Frage

- 95 Mit Frage 3 möchte der Auftraggeber in Erfahrung bringen, ob das EFD beziehungsweise der Bundesrat eine Meinungsverschiedenheit mit der FINMA betreffend die Informationsverweigerung tatsächlich vom Bundesverwaltungsgericht entscheiden lassen müsste und wie sich das mit der Aufsichtsfunktion des Bundesrates über die Verwaltung inklusive der dezentralen Verwaltung verträgt.

¹³¹ Vgl. dazu auch die Ausführungen zur ersten Frage in Rz. 75 ff., insb. Rz. 78 ff.

¹³² Vgl. zu den Steuerungs- und Mitwirkungsbefugnissen des Bundesrates bei der FINMA vorne Rz. 41 ff.

¹³³ Vgl. zu den operativen Tätigkeiten der FINMA sowie deren Abgrenzung zu den strategischen Tätigkeiten vorne Rz. 47.

¹³⁴ Vgl. dazu vorne Rz. 80.

- 96 Diese Frage zielt auf Art. 41 FINMAG und dessen Auslegung ab. Diese Bestimmung befasst sich mit der Streitbeilegung zwischen der FINMA und Auskunft ersuchenden Behörden und besagt, dass über Meinungsverschiedenheiten in der Zusammenarbeit zwischen der FINMA einerseits sowie Strafverfolgungsbehörden und anderen inländischen Behörden andererseits das Bundesverwaltungsgericht auf Ersuchen einer der betroffenen Behörden zu entscheiden hat. Art. 36a Abs. 1 des Verwaltungsgerichtsgesetzes¹³⁵ bestimmt analog, jedoch in allgemeiner Weise, dass das Bundesverwaltungsgericht bei Meinungsverschiedenheiten in der Amts- und Rechtshilfe zwischen Bundesbehörden und zwischen Behörden des Bundes und der Kantone entscheidet, sofern ein Bundesgesetz dies vorsieht.
- 97 Können sich die um Information ersuchende Behörde und die FINMA nicht einigen, so hat das Bundesverwaltungsgericht darüber zu befinden. Eine solche Meinungsverschiedenheit wird typischerweise dann vorliegen, wenn sich die FINMA auf einen Verweigerungsgrund gemäss Art. 40 FINMAG beruft und damit die Auskunftserteilung verweigert und die darum ersuchende Behörde damit nicht einverstanden ist.
- 98 Dass die Zuständigkeit für die Entscheidung über Meinungsverschiedenheiten im Zusammenhang mit der Zusammenarbeit zwischen der FINMA und übrigen Behörden durchgängig beim Bundesverwaltungsgericht liegt, macht Sinn, verfügt dieses doch über eine besondere Sachkunde, da es schon als ordentliche Beschwerdeinstanz mit Fragen der Finanzmarktaufsicht beschäftigt ist.¹³⁶ Das Bundesverwaltungsgericht kann daher wohl in der Tat am besten beurteilen, ob die Interessen der Finanzmarktaufsicht den Interessen der um Auskunft ersuchenden Behörde vorgehen.¹³⁷
- 99 Zur Ausgestaltung des Verfahrens enthält Art. 41 FINMAG keine konkreten Vorgaben. Auch die Botschaft schweigt sich weitgehend darüber aus. Ihr lässt sich lediglich entnehmen, dass das Verfahren einfach und formlos und der geltenden Regelung bei Anständen mit den Strafverfolgungsbehörden entsprechen soll.¹³⁸ Da das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht stattfindet, richtet es sich

¹³⁵ Bundesgesetz über das Bundesverwaltungsgericht (Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG) vom 17. Juni 2005 (SR 173.32).

¹³⁶ GI.M. BSK FINMAG/FinfraG-SCHWOB/WOHLERS, Art. 41 FINMAG N 2 m.H. auf Botschaft FINMAG, S. 2886. Vgl. in diesem Sinne auch BSK BGG-HÄBERLI, Art. 83 N 309.

¹³⁷ So ausdrücklich Botschaft FINMAG, S. 2286.

¹³⁸ Botschaft FINMAG, S. 2886.

gemäss Art. 37 VGG nach den Vorgaben des Verwaltungsverfahrensgesetzes¹³⁹.¹⁴⁰ Der Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts ist sodann endgültig und kann nicht beim Bundesgericht angefochten werden (Art. 83 lit. v BGG).

- 100 Ein Konflikt mit der Aufsichtsfunktion des Bundesrates über die Verwaltung inklusive der dezentralen Verwaltung könnte sich dadurch und insofern ergeben, dass dieser seine Aufsichtsfunktion nicht mehr uneingeschränkt wahrnehmen kann, wenn er, um an für seine Aufsicht relevante Unterlagen zu kommen und die FINMA die Herausgabe verweigert, stets das Bundesverwaltungsgericht beziehen muss. Mit anderen Worten ist also danach zu fragen, ob Art. 41 FINMAG auch für die Aufsicht gilt, ob also die Zusammenarbeit im Sinne dieser Bestimmung auch die Aufsicht umfasst oder ob diese nebst der Zusammenarbeit eine eigene Kategorie darstellt.
- 101 Art. 41 FINMAG steht im dritten Abschnitt des dritten Kapitels des Gesetzes und ist in diesem Zusammenhang zu lesen und zu verstehen. Mit der Formulierung "Meinungsverschiedenheiten in der Zusammenarbeit zwischen der [FINMA] einerseits und Strafverfolgungsbehörden und anderen inländischen Behörden ander[er]seits" nimmt Art. 41 FINMAG denn auch Bezug auf die Zusammenarbeit, wie sie im dritten Abschnitt des dritten Kapitels des Gesetzes respektive in Art. 38 ff. FINMAG umschrieben wird. Als mögliche Subjekte einer Zusammenarbeit mit der FINMA nennt das Gesetz die folgenden Akteure: "Strafverfolgungsbehörde[n]" (in Art. 38 Abs. 1), "andere [...] inländische [...] Aufsichtsbehörden" (in Art. 39 Abs. 1), die "Schweizerische [...] Nationalbank" (ebenfalls in Art. 39 Abs. 1) und das "Eidgenössische [...] Finanzdepartement" (in Art. 39 Abs. 2). Die anderen inländischen Aufsichtsbehörden, die SNB und das EFD werden in der Marginalie zu Art. 39 FINMAG "[a]ndere inländische Behörden" genannt, mithin also zu diesem Begriff zusammengefasst.
- 102 Die Zusammenarbeit mit anderen als den genannten Behörden ist damit vom dritten Abschnitt des dritten Kapitels des Gesetzes nicht erfasst. Auch Art. 41 FINMAG bezieht sich somit nur auf die genannten Zusammenarbeitssubjekte. Die in Art. 38 Abs. 1 FINMAG genannten Strafverfolgungsbehörden nennt Art. 41 FINMAG explizit. Die anderen Zusammenarbeitssubjekte fasst diese Bestimmung, wie schon die Marginalie zu Art. 39, unter der Wendung "und anderen inländischen Behörden zusammen". Unter diesen "anderen inländischen Behörden" sind also die anderen

¹³⁹ Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG) vom 20. Dezember 1968 (SR 172.021).

¹⁴⁰ So auch BSK FINMAG/FinraG-SCHWOB/WOHLERS, Art. 41 FINMAG N 6.

inländischen Aufsichtsbehörden, die SNB und das EFD gemeint. Die Zusammenarbeit mit dem Bundesrat fällt damit nicht unter den dritten Abschnitt des dritten Kapitels und damit nicht unter Art. 38-41 FINMAG.

- 103 Streitigkeiten im Zusammenhang mit der Zusammenarbeit zwischen FINMA und Bundesrat fallen damit nicht unter Art. 41 FINMAG.
- 104 Was die Zusammenarbeit zwischen der FINMA und dem EFD betrifft, so gilt das bereits zu Art. 40 FINMAG Gesagte.¹⁴¹ Auch bei Art. 41 FINMAG ist die Zusammenarbeit, auf welche sich die Meinungsverschiedenheiten beziehen müssen, im Sinne von Art. 38 f. FINMAG zu verstehen. In Bezug auf das Verhältnis FINMA – EFD ist damit also lediglich die Zusammenarbeit im Rahmen von Art. 39 Abs. 2 FINMAG gemeint. Nur bei Meinungsverschiedenheiten in Bezug auf diese Zusammenarbeit, also die Zusammenarbeit zum Zwecke der Aufrechterhaltung der Stabilität des Finanzsystems, ist als Rechtsfolge der Gang ans Bundesverwaltungsgericht vorgesehen. Im Bereich der bundesrätlichen Aufsicht und Mitwirkung, auch wenn diese vertretungsweise durch das EFD ausgeführt werden, ist Art. 41 FINMAG nicht anwendbar.

D. **Vierte Frage**

- 105 Frage 4 befasst sich mit Art. 14 FINMAG und fragt danach, inwiefern die FINMA dem EFD Auskünfte mit Verweis auf ihr Amtsgeheimnis gemäss Art. 14 FINMAG verweigern kann, obwohl auch das EFD an das Amtsgeheimnis gebunden ist.
- 106 Art. 14 FINMAG schützt das Amtsgeheimnis und verpflichtet das Personal und die Organe der FINMA zur Verschwiegenheit über amtliche Angelegenheiten. Die Verletzung des Amtsgeheimnisses ist sodann nach Art. 320 i.V.m. Art. 110 Abs. 3 des Strafgesetzbuches¹⁴² strafbar.¹⁴³
- 107 Die Geheimhaltungspflicht gilt für alles, was weder allgemein bekannt noch allgemein zugänglich ist und woran die FINMA oder Dritte, mit denen die FINMA in einer Rechtsbeziehung steht, ein schutzwürdiges Geheimhaltungsinteresse haben.¹⁴⁴ Es gilt wie im Strafrecht ein materieller Geheimnisbegriff.¹⁴⁵ Es ist deshalb

¹⁴¹ Vgl. dazu vorne Rz. 91 f.

¹⁴² Schweizerisches Strafgesetzbuch (StGB) vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0).

¹⁴³ Botschaft FINMAG, S. 2867; BSK FINMAG/FinfraG-URBACH/WIDMER, Art. 14 FINMAG N 5.

¹⁴⁴ Botschaft FINMAG, S. 2867. Vgl. auch die Definition des Amtsgeheimnisses bei BSK StGB-OBERHOLZER, Art. 320 N 8 f.; PraKomm StGB-TRECHSEL/VEST, Art. 320 N 3.

¹⁴⁵ Vgl. zum materiellen Geheimnisbegriff im Strafrecht BSK StGB-OBERHOLZER, Art. 320 N 8.

nicht entscheidend, ob die betreffende Tatsache von der zuständigen Behörde geheim erklärt worden ist oder nicht, sondern vielmehr, "dass es sich um eine Tatsache handelt, die weder offenkundig noch allgemein zugänglich ist und bezüglich derer der Geheimnisherr nicht nur ein berechtigtes Interesse, sondern auch den ausdrücklich oder stillschweigend bekundeten Willen zur Geheimhaltung hat".¹⁴⁶ Die berechtigten Interessen sind mit Bezug auf einen konkreten Einzelfall in Würdigung aller Umstände abzuklären. Die Pflicht zur Verschwiegenheit umfasst die amtlichen Wahrnehmungen der FINMA.¹⁴⁷ In diesem Rahmen hat die FINMA insbesondere auch die Geheimhaltungsinteressen der Beaufsichtigten, wie etwa deren Geschäftsgeheimnisse sowie deren Berufsgeheimnisse, beispielsweise das Bankkundengeheimnis gemäss Art. 47 BankG, zu berücksichtigen.¹⁴⁸

- 108 Das Amtsgeheimnis erfasst nur solche Tatsachen, die der fraglichen Person in ihrer Eigenschaft als Mitglied der FINMA anvertraut worden sind oder die sie in dieser Stellung wahrgenommen hat. Zwischen der Kenntnis des Geheimnisses und der amtlichen Funktion muss demnach ein Kausalzusammenhang bestehen.¹⁴⁹ Nicht dem Amtsgeheimnis unterliegt, was ein Mitarbeiter der FINMA privat erfahren hat oder auch privat hätte in Erfahrung bringen können.¹⁵⁰
- 109 Die Tathandlung der Amtsgeheimnisverletzung besteht im Offenbaren des Amtsgeheimnisses an unbefugte Dritte.¹⁵¹ Auf welchem Weg dies geschieht, ist unbedeutlich; es genügt, dass eine unberechtigte Person aufgrund des Verhaltens des Amtsträgers Kenntnis von einer unter den Geheimnisbegriff fallenden Tatsache erlangt.¹⁵² Nicht von Belang ist, ob der Empfänger der Mitteilung seinerseits auch dem Amtsgeheimnis oder einer anderen Geheimhaltungspflicht untersteht.¹⁵³ Alleine die Tatsache, dass auch das EFD an das Amtsgeheimnis gebunden ist, führt daher nicht zur Aufhebung des Amtsgeheimnisses der FINMA.
- 110 Problematisch ist die Verbreitung von Geheimnissen innerhalb der Verwaltung. Eine solche verwaltungsinterne Verbreitung ist grundsätzlich nicht erlaubt, die

¹⁴⁶ BSK StGB-OBERHOLZER, Art. 320 N 8.

¹⁴⁷ Botschaft FINMAG, S. 2867.

¹⁴⁸ Botschaft FINMAG, S. 2867.

¹⁴⁹ BSK StGB-OBERHOLZER, Art. 320 N 9; PraKomm StGB-TRECHSEL/VEST, Art. 320 N 7.

¹⁵⁰ BSK FINMAG/FinfraG-URBACH/WIDMER, Art. 14 FINMAG N 4. Vgl. auch BGE 115 IV 233 E. 2.c.bb S. 236 f.

¹⁵¹ BSK FINMAG/FinfraG-URBACH/WIDMER, Art. 14 FINMAG N 6 m.H. auf BSK StGB-OBERHOLZER, Art. 320 N 10 und PraKomm StGB-TRECHSEL/VEST, Art. 320 N 8.

¹⁵² BSK StGB-OBERHOLZER, Art. 320 N 10.

¹⁵³ BSK StGB-OBERHOLZER, Art. 320 N 10; PraKomm StGB-TRECHSEL/VEST, Art. 320 N 8. Vgl. auch MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, S. 609; Komm. ParlG-VON WYSS, Art. 8 N 12.

Verwaltung ist nicht "eine Art Käseglocke, unter welcher zwischen den einzelnen Beamten oder Amtsstellen kein Amtsgeheimnis besteht".¹⁵⁴ Vielmehr ist auch innerhalb der einzelnen Verwaltungszweige die Geheimhaltungspflicht zu beachten.¹⁵⁵ Es ist mit anderen Worten "informationelle Gewaltenteilung" anzustreben.¹⁵⁶ Nur wenn die Offenbarung gesetzlich vorgesehen oder dienstlich gerechtfertigt ist, entfällt die Verpflichtung zur amtsinternen Geheimniswahrung.¹⁵⁷ Dies trifft zu auf Mitteilungen, die auf dem ordentlichen Dienstweg oder im Rahmen der gesetzlich vorgesehenen Amts- und Rechtshilfe erfolgen. Erlaubt ist somit in jedem Fall das Informieren des Amtsvorsteigers, der hierarchisch vorgesetzten Instanz oder einer Aufsichtsbehörde.¹⁵⁸ Darüber hinaus gilt die Schweigepflicht auch gegenüber Behörden mit gleicher administrativer Funktion, soweit diese über dieselben Mittel verfügen, um die gewünschten Auskünfte zu erhalten.¹⁵⁹

- 111 Die vorstehenden Ausführungen zeigen, dass das Amtsgeheimnis dem zulässigen Informationsfluss folgt. Dagegen vermag die Tatsache, dass auch das EFD an das Amtsgeheimnis gebunden ist, die Geheimhaltungspflicht der FINMA nicht aufzuheben. Entscheidend für das Amtsgeheimnis ist die Reichweite der Aufsicht. Das EFD ist der FINMA hierarchisch nicht vorgesetzt.¹⁶⁰ Die Aufsicht über die FINMA übt der Bundesrat aus, die Oberaufsicht fällt in den Zuständigkeitsbereich der Bundesversammlung. Das EFD fungiert dann und insofern als Aufsichtsbehörde der FINMA, als es in Vertretung und im Auftrag des Bundesrates handelt (gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. g OV-EFD).
- 112 Sofern das EFD in Vertretung und im Auftrag des Bundesrates und infolgedessen in der Funktion der Aufsichtsbehörde handelt, präsentiert sich die Rechtslage wie folgt: Gegenüber der Aufsichtsbehörde ist eine Berufung auf das Amtsgeheimnis nicht möglich. Das hat aber nur für diejenigen Bereiche zu gelten, welche auch

¹⁵⁴ RASELLI, S. 32.

¹⁵⁵ BSK StGB-OBERHOLZER, Art. 320 N 10; PraKomm StGB-TRECHSEL/VEST, Art. 320 N 9.

¹⁵⁶ RASELLI, S. 33.

¹⁵⁷ BGE 114 IV 44 E. 3.b S. 48.

¹⁵⁸ HÄNNI, Rz. 228; PraKomm StGB-TRECHSEL/VEST, Art. 320 N 9. Vgl. auch MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, S. 609.

¹⁵⁹ HÄNNI, Rz. 228 m.w.H.

¹⁶⁰ Die FINMA ist nicht Teil der Zentralverwaltung und verfügt daher über keine hierarchisch vorgesetzte Behörde. Aus dieser unabhängigen Stellung der FINMA folgt etwa auch, dass sie sich in Ermangelung einer vorgesetzten Behörde selber von der Amtspflicht entbinden kann gemäss Art. 320 Abs. 2 StGB (BSK FINMAG/FinfraG-URBACH/WIDMER, Art. 14 FINMAG N 10 m.H. auf BGE 123 IV 157 E. 1.b S. 160, welcher jedoch noch zur Eidgenössischen Bankenkommision ergangen ist).

tatsächlich unter die Aufsichtsbefugnisse der Aufsichtsbehörde fallen. Da der Bundesrat, wie gesehen, verschiedene Aufsichts- respektive Mitwirkungs- und Steuerungsrechte hat,¹⁶¹ kann ihm in diesen Bereichen das Amtsgeheimnis nicht entgegengehalten werden. Folglich gilt das Amtsgeheimnis in Bezug auf diejenigen Informationen nicht, welche für die genannten bundesrätlichen Wahlrechte, Mitwirkungs-, Steuerungs- und Genehmigungsbefugnisse¹⁶² von Relevanz sind.¹⁶³ Bei Informationen, die im Zusammenhang mit dem operativen Geschäft, dem Entscheid über Einzelfälle respektive den quasijustiziellen Aufgaben der FINMA stehen, kann sich die FINMA grundsätzlich auf das Amtsgeheimnis berufen, da in diesem Bereich eine ausgeprägte Unabhängigkeit besteht.

E. Fünfte Frage

- 113 Die fünfte und letzte Frage zum Verhältnis EFD – FINMA lautet: Kann die FINMA einer internationalen Organisation Informationen zukommen lassen gemäss Art. 42b FINMAG, dieselben Informationen dem EFD jedoch gleichzeitig verweigern, selbst wenn das EFD die Wahrung der Vertraulichkeit der Daten (technisch und administrativ/prozessual) sicherstellt?
- 114 Art. 42b FINMAG steht im vierten Abschnitt des dritten Kapitels des Gesetzes. Dieser Abschnitt befasst sich mit der Zusammenarbeit der FINMA mit ausländischen Stellen. Während Art. 42 die Grundsätze der internationalen Amtshilfe regelt, hat Art. 42a das Amtshilfeverfahren zum Gegenstand. Gemäss Art. 42b schliesslich kann die FINMA zur Wahrnehmung ihrer Aufgaben mit internationalen Organisationen und Gremien zusammenarbeiten. Diese Norm enthält also mit anderen Worten eine Kompetenz zur internationalen Zusammenarbeit über die Amtshilfe hinaus.¹⁶⁴
- 115 Die FINMA nimmt gemäss Art. 6 Abs. 2 FINMAG die internationalen Aufgaben wahr, die mit ihrer Aufsichtstätigkeit zusammenhängen. Dazu gehört auch die Zusammenarbeit mit internationalen Organisationen und Gremien.¹⁶⁵ So hilft die Schweiz als Mitglied des Financial Stability Board (FSB) mit, internationale Standards für ein robustes Finanzsystem zu entwickeln. Weiter nimmt die FINMA etwa auf verschiedenen Ebenen Einsatz beim Basel Committee on Banking Supervision

¹⁶¹ Vgl. zu den Steuerungs- und Mitwirkungsbefugnissen des Bundesrates bei der FINMA vorne Rz. 41 ff.

¹⁶² Vgl. zu den bundesrätlichen Einflussmöglichkeiten vorne Rz. 38 ff.

¹⁶³ Vgl. in diesem Sinne auch bereits vorne Rz. 94 bezüglich der Einsichtsrechte des Bundesrates.

¹⁶⁴ Zum Ganzen Botschaft FinfraG, S. 7610.

¹⁶⁵ Dazu und zum Folgenden Botschaft FinfraG, S. 7618.

(BCBS, Basler Ausschuss für Bankenaufsicht) bei der International Association of Insurance Supervisors (IAIS, Internationale Vereinigung der Versicherungsauf-sichtsbehörden) und bei der International Organization of Securities Commissions (IOSCO, Internationale Organisation der Wertpapieraufsichtsbehörden) und wirkt dort bei der Ausarbeitung von internationalen Regulierungsstandards mit. Nicht zuletzt ist auf dem Gebiet der internationalen Finanzstabilität auch die Zusammenarbeit der Schweiz mit dem Internationalen Währungsfonds (IWF) von grosser Bedeutung.

- 116 Im Rahmen dieser internationalen Zusammenarbeit wird auch ein Informations-austausch erwartet.¹⁶⁶ Dieser unterscheidet sich jedoch grundsätzlich von dem-jenigen im Rahmen der Amtshilfetätigkeit. Dies gilt insbesondere in Bezug auf den Kreis der Empfänger (handelt es sich doch dabei nicht um Finanzmarktaufsichts-behörden) und den Verwendungszweck (es geht um multilaterale Initiativen und Standardsetzung anstatt um eine direkte Beaufsichtigung von Finanzinstituten).
- 117 Art. 42b FINMAG dient als Grundlage dafür, dass die FINMA diese internationale Zusammenarbeit, die ihr auch Art. 6 Abs. 2 FINMAG aufträgt, uneingeschränkt wahrnehmen kann.¹⁶⁷
- 118 Gemäss Art. 42b Abs. 3 FINMAG kann die FINMA im Rahmen einer Teilnahme an internationalen Organisationen und Gremien diesen nicht öffentlich zugänglich In-formationen¹⁶⁸ übermitteln. Dies darf jedoch nur geschehen, wenn "diese Infor-mationen ausschliesslich zur Erfüllung von Aufgaben im Zusammenhang mit der Ausarbeitung und Einhaltung von Regulierungsstandards oder zur Analyse von systemischen Risiken verwendet werden" (lit. a) und "die Geheimhaltung gewähr-leistet ist" (lit. b). Hierbei handelt es sich um kumulative Voraussetzungen.
- 119 Bei Art. 42b Abs. 3 FINMAG handelt es sich um eine "Kann-Bestimmung".¹⁶⁹ Der Entscheid, ob sie die betreffenden Informationen herausgeben will, liegt damit allein bei der FINMA. Es besteht mit anderen Worten kein Rechtsanspruch darauf, dass die FINMA die gewünschten Informationen übermittelt. Den ersuchenden internationalen Organisationen und Gremien steht folglich keine Beschwerdemög-lichkeit gegen einen ablehnenden Entscheid der FINMA zur Verfügung.¹⁷⁰

¹⁶⁶ Dazu und zum Folgenden Botschaft FinfraG, S. 7618.

¹⁶⁷ So auch BSK FINMAG/FinfraG-DU PASQUIER/MENOUD, Art. 42b FINMAG N 5.

¹⁶⁸ Bei diesen Informationen kann es sich unter anderem auch um vertrauliche Informationen über einzelne Finanzmarktteilnehmer (sogenannte Einzelinstitutsdaten) handeln (Botschaft FinfraG, S. 7619).

¹⁶⁹ Vgl. dazu auch BSK FINMAG/FinfraG-DU PASQUIER/MENOUD, Art. 42b FINMAG N 18.

¹⁷⁰ Botschaft FinfraG, S. 7619.

- 120 Die Voraussetzung, dass die Geheimhaltung der zur Verfügung gestellten Informationen durch die empfangende internationale Organisation oder das entsprechende Gremium gewährleistet wird, ist nur eine von zwei kumulativen Voraussetzungen. Die Tatsache alleine, dass die entsprechende Organisation oder das jeweilige Gremium die Geheimhaltung gewährleistet, reicht daher nicht aus, damit ihr oder ihm die fraglichen Informationen zugänglich gemacht werden. Ebenso kann es daher auch nicht entscheidend sein, dass auch das EFD die Wahrung der Vertraulichkeit sicherstellt. Vielmehr ist für die Herausgabe an internationale Organisationen und Gremien zusätzlich erforderlich, dass die fraglichen Informationen "ausschliesslich zur Erfüllung von Aufgaben im Zusammenhang mit der Ausarbeitung und Einhaltung von Regulierungsstandards oder zur Analyse von systemischen Risiken verwendet werden" (Art. 42b Abs. 3 lit. a FINMAG).
- 121 Das sachliche Kriterium, welches (nebst der Gewährleistung der Geheimhaltung) darüber entscheidet, ob einer internationalen Organisation oder einem internationalen Gremium nicht öffentlich zugängliche Informationen zur Verfügung gestellt werden, ist also deren Relevanz für die Erfüllung von Aufgaben im Zusammenhang mit der Ausarbeitung und Einhaltung von Regulierungsstandards oder für die Analyse von systemischen Risiken.
- 122 Art. 42b FINMAG enthält aber keine Regelung zum Informationsfluss zwischen der FINMA und dem EFD. Geregelt wird der Informationsfluss aus der Schweiz heraus hin zu internationalen Organisationen. Dazu ist primär die FINMA zuständig, so weit es ihre Informationen betrifft.
- 123 Eine Ausnahme besteht in Art. 42b Abs. 2 FINMAG, wo festgehalten wird: "Bei multilateralen Initiativen von grosser Tragweite für den Schweizer Finanzplatz erfolgt die Teilnahme am Informationsaustausch im Einvernehmen mit dem Eidgenössischen Finanzdepartement." Zu den multilateralen Initiativen von grosser Tragweite zählen gemäss der Botschaft zum Finanzmarktinfrastrukturgesetz insbesondere die Initiativen des IWF und des FSB.¹⁷¹ Nach der genannten Botschaft bestimmt sich die Tragweite einer multilateralen Initiative im Einzelfall zudem aufgrund der Qualität der Informationen, die übermittelt werden sollen, sowie aufgrund des Umfangs, der Dauer (einmalig, befristet, unbefristet), der Anzahl der

¹⁷¹ Botschaft FinfraG, S. 7619.

Empfänger etc.¹⁷² Zur Frage, was unter der Wendung "im Einvernehmen" zu verstehen ist, kann der Botschaft (und übrigens auch der Literatur) jedoch nichts entnommen werden.

- 124 Für diesen Bereich erscheint unseres Erachtens somit klar, dass nur ein gemeinsames, koordiniertes Vorgehen möglich ist. Ein solches Vorgehen setzt nach unserem Verständnis voraus, dass FINMA und EFD vertrauensvoll zusammenarbeiten und sich gegenseitig die notwendigen Dokumente zur Verfügung stellen.
- 125 Der übrige Informationsfluss zwischen EFD und FINMA mit Bezug auf internationale Organisationen und Gremien richtet sich unseres Erachtens nach den allgemeinen Grundsätzen. Art. 42b Abs. 2 FINMAG ist nicht so zu lesen, dass *einzig* bei multilateralen Initiativen von grosser Tragweite ein Informationsfluss stattfindet. Vielmehr gelten die allgemeinen Regeln. Dies bedeutet, dass die FINMA diejenigen Informationen, die sie internationalen Gremien übermittelt, auch dem EFD bzw. dem Bundesrat zur Verfügung stellen muss, soweit diese für die Wahrnehmung der Mitwirkungs- und Aufsichtsbefugnisse notwendig sind. Dies gilt umso mehr, als die Vertretung der FINMA in internationalen Organisationen im Einvernehmen mit dem EFD zu erfolgen hat, da diesem die Federführung für die internationale Finanzmarktpolitik obliegt.¹⁷³ Die FINMA hat sich daher hinsichtlich der Mitwirkung in internationalen Organisationen ohnehin mit dem EFD abzusprechen. Sie kann sich zwar grundsätzlich auch in diesem Bereich auf ihre Unabhängigkeit be rufen, doch wird in vielen Fällen der Bedarf an Koordination überwiegen. Es liegt nahe, dass beim Austausch mit internationalen Organisationen Fragen angesprochen werden, die von strategischer Bedeutung sind und dementsprechend der Einbezug des Bundesrates im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen angezeigt ist. Der quasijustizielle Bereich spielt nach unserem Verständnis im Amtshilfverfahren, nicht jedoch bei der Zusammenarbeit mit internationalen Organisationen eine Rolle.
- 126 Der Einbezug des Bundesrates erscheint nicht zuletzt deswegen angezeigt, weil der Bundesrat andernfalls seine strategischen Befugnisse möglicherweise nicht oder nur erschwert wahrnehmen kann. Es erscheint denkbar, dass auf internationaler Ebene bereits Beschlüsse gefällt worden sind, bei denen der Schweiz aufgrund des internationalen Anpassungsdruckes wenig mehr als der Nachvollzug verbleibt. Die Verabschiedung von soft law kann für die nationale Strategie von

¹⁷² Botschaft FinfraG, S. 7619.

¹⁷³ Botschaft FINMAG, S. 2860.

präjudizieller Bedeutung sein. Während bei Staatsverträgen Parlament und Bundesrat von Verfassungs wegen einbezogen werden (die Behörde also nur vorbereitend tätig ist), können im Rahmen eines informellen, aber wirkmächtigen Austausches auf internationaler Ebene Beschlüsse gefällt werden, die dem Bundesrat und Parlament wenig strategischen Manövrierraum lassen und so den strategischen Einfluss übermäßig einschränken. Dies bedingt, dass solche Fragen rechtzeitig im Rahmen der strategischen Konsultationen nach Art. 21 Abs. 2 FINMAG angesprochen werden und dass der Bundesrat mit den notwendigen Unterlagen bedient wird. Dafür sprechen – soweit anwendbar¹⁷⁴ – Art. 14 f. RVOV. Allerdings – und das macht Art. 42b FINMAG hinreichend deutlich – kommen der FINMA in der Zusammenarbeit mit selbstständigen Organisationen klarerweise eigenständige Befugnisse zu.

- 127 Näher zu prüfen wäre die internationale Praxis. Art. 42b Abs. 3 lit. b FINMAG verlangt von der internationalen Organisation, dass die Geheimhaltung gewährleistet wird. Es ist anzunehmen, dass auch im umgekehrten Verkehr Geheimhaltungsvereinbarungen zur Anwendung kommen und dass diese den Informationsfluss von der FINMA hin zu Bundesrat und EFD untersagen. Sollte der Informationsfluss in diesem Sinne die internationale Zusammenarbeit erschweren, müsste auf diesen Punkt ggf. spezifisch (d.h. pro Organisation bzw. Gremium) eingegangen werden.
- 128 Schliesslich ist kurz auf Art. 39 Abs. 2 FINMAG einzugehen. Gemäss dieser Bestimmung ist die FINMA befugt, "mit dem Eidgenössischen Finanzdepartement nicht öffentlich zugängliche Informationen über bestimmte Finanzmarktteilnehmer austauschen, wenn es der Aufrechterhaltung der Stabilität des Finanzsystems dient."¹⁷⁵ Auch Art. 42b Abs. 3 lit. a FINMAG spricht im Austausch mit internationalen Gremien "systemische Risiken" an (bezüglich Weiterleitung von Informationen). Nach unserem Verständnis sind diese Bestimmungen unabhängig voneinander zu lesen, also so, dass Art. 39 Abs. 2 FINMAG als Regelung im nationalen Kontext nicht ausschliesst, dass ähnliche Daten im internationalen Kontext zwischen FINMA und EFD ausgetauscht werden – soweit eben ein Bedürfnis nach Austausch nach den vorgenannten Grundsätzen besteht.

¹⁷⁴ Vgl. vorne Rz. 78 ff.

¹⁷⁵ Vgl. dazu bereits vorne Rz. 81 ff., insb. Rz. 89.

2. Fragen zum Verhältnis EFD – SNB

A. Erste Frage

- 129 Die erste Frage zum Verhältnis zwischen dem EFD und der SNB lautet: Gelten RVOG und RVOV (insb. Art. 14 und 15) auch für die SNB und wie verhalten sich diese zu Art. 16 und 49 bis 50 NBG?
- 130 Bei der SNB handelt es sich einerseits gemäss Art. 1 Abs. 1 NBG um eine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft und andererseits um eine ausserhalb der Bundesverwaltung stehende Organisation des öffentlichen Rechts im Sinne von Art. 2 Abs. 4 RVOG, die mit Verwaltungsaufgaben des Bundes betraut ist.¹⁷⁶ Sie gehört also weder zur zentralen Bundesverwaltung (Art. 8 Abs. 1 und 2 RVOG) noch zur dezentralen Bundesverwaltung (Art. 8 Abs. 3 RVOG). Bei der Definition der Bundesverwaltung (Art. 2 RVOG) werden Organisationen wie die SNB nach Art. 2 Abs. 4 RVOG gerade nicht zur Bundesverwaltung gezählt. Dies schliesst nicht aus, dass einzelne Bestimmungen zur Bundesverwaltung sie dennoch adressieren (so etwa Art. 8 Abs. 4 RVOG betreffend Aufsicht).
- 131 Art. 14 f. RVOV sprechen von Verwaltungseinheiten. Der Begriff der Verwaltungseinheit wird zwar sowohl im RVOG (z.B. in Art. 2 Abs. 3 und Art. 8 Abs. 4) als auch in der RVOV (z.B. in Art. 7 Abs. 2 und 3, Art. 7a, 7b und Art. 8) zahlreich verwendet, aber weder am einen noch am anderen Ort definiert. In den genannten Bestimmungen wird der Begriff aber stets in Form der zentralen und dezentralisierten Verwaltungseinheiten gebraucht. Der Begriff der Verwaltungseinheit wird also nur für die zentrale und die dezentralisierte Bundesverwaltung im Sinne von Art. 2 Abs. 1-3 RVOG i.V.m. Art. 7 und 7a RVOV verwendet. Im Zusammenhang mit ausserhalb der Bundesverwaltung stehenden Trägern von Verwaltungsaufgaben im Sinne von Art. 2 Abs. 4 RVOG ist dagegen, soweit ersichtlich, nie von Verwaltungseinheiten die Rede. Im Sinne einer einheitlichen Begriffsverwendung ist somit davon auszugehen, dass auch in Art. 14 f. RVOV mit dem Begriff der Verwaltungseinheit nur die zentrale und die dezentralisierte Bundesverwaltung gemeint sind. Mit Verwaltungseinheiten nicht gemeint sind folglich die Träger von Verwaltungsaufgaben nach Art. 2 Abs. 4 RVOG. Aufgrund dieser Überlegungen finden Art. 14 f. RVOG auf die SNB keine Anwendung.
- 132 Ungeachtet der Anwendbarkeit von Art. 14 f. RVOV auf die SNB sind für diese ohnehin schwergewichtig spezialgesetzliche Grundlagen massgebend. Diese ge-

¹⁷⁶ Vgl. dazu vorne Rz. 24 und 26.

hen Art. 14 f. RVOV vor. Das Nationalbankgesetz regelt etwa Fragen der Organisation oder der Zusammenarbeit der SNB mit anderen Behörden eigenständig und geht in diesen Punkten den generellen Regelungen von RVOG und RVOV als lex specialis vor. Sofern eine Regelung im NBG also von derjenigen in RVOG und RVOV abweicht, so geht die speziellere Regelung des NBG vor. Die Art. 16, 49 und 50 NBG gehen daher in jedem Fall den allgemeineren Regeln von Art. 14 und 15 RVOV vor.

B. Zweite Frage

- 133 Die zweite Frage lautet: Kann die SNB mit Verweis auf Artikel 16 und 49 bis 50 des NBG dem EFD Auskünfte verweigern bzw. ist sie vollkommen frei in ihrer Entscheidung, ob sie diese Informationen mit dem EFD teilen möchte? Gilt dies auch wenn das EFD gegenüber der SNB in Vertretung und im Auftrag des Bundesrates handelt (gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. g OV-EFD)?
- 134 Bei der Lektüre der erwähnten Bestimmungen fällt auf, dass Art. 50 NBG inhaltlich deckungsgleich ist mit Art. 39 FINMAG.¹⁷⁷ Nach Art. 50 Abs. 2 NBG kann die SNB, ebenso wie die FINMA gemäss Art. 39 Abs. 2 FINMAG, mit dem EFD nicht öffentlich zugängliche Informationen über bestimmte Finanzmarktteilnehmer austauschen, wenn es der Aufrechterhaltung der Stabilität des Finanzsystems dient. Was im NBG jedoch fehlt, ist eine Art. 40 FINMAG entsprechende Regelung, welche besagen würde, dass die SNB diese Informationen unter bestimmten Voraussetzungen nicht bekannt zu geben braucht.
- 135 Wie bei Art. 39 Abs. 2 FINMAG¹⁷⁸ ist auch die Zusammenarbeit gemäss Art. 50 NBG sachlich auf die Aufrechterhaltung der Stabilität des Finanzsystems beschränkt. Auf alle anderen Bereiche, mithin also auch auf die Aufsicht, ist diese Bestimmung daher nicht anwendbar. Erfolgt die Zusammenarbeit zwischen der SNB und dem EFD also im Zusammenhang mit der Aufrechterhaltung der Stabilität des Finanzsystems, so begegnen sich diese als "gleichberechtigte Partner". Auf diese Zusammenarbeit ist Art. 50 NBG anwendbar, auf alle übrigen Formen des wie auch immer gelagerten "Zusammenwirkens" inklusive der Aufsicht findet diese Bestimmung jedoch keine Anwendung. In dieser zweiten Konstellation gelten die allgemeinen Bestimmungen betreffend die Mitwirkungsrechte des Bundesrates.¹⁷⁹

¹⁷⁷ Vgl. zu Art. 39 FINMAG vorne Rz. 81 ff.

¹⁷⁸ Vgl. dazu vorne Rz. 89.

¹⁷⁹ Vgl. zu den Einflussmöglichkeiten des Bundesrates vorne Rz. 63 ff.

- 136 Die Anwendbarkeit von Art. 50 NBG auf die Zusammenarbeit im Zusammenhang mit der Aufrechterhaltung der Stabilität des Finanzsystems hat jedoch nicht zur Folge, dass die SNB verpflichtet wäre, das EFD immer dann zu informieren, wenn dies der Aufrechterhaltung der Stabilität des Finanzsystems dient. Vielmehr handelt es sich bei Art. 50 Abs. 2 NBG um eine "Kann-Bestimmung". Der Entscheid, ob sie die betreffenden Informationen herausgeben will, liegt damit allein bei der SNB. Das EFD hat mit anderen Worten keinen Rechtsanspruch darauf, dass die SNB die gewünschten Informationen übermittelt. Beim Entscheid darüber, ob sie die betreffenden Informationen dem EFD zur Verfügung stellen will, ist die SNB jedoch nicht frei. Die SNB hat sich bei diesem Entscheid von der Frage leiten zu lassen, ob das Inkenntnissetzen des EFD der Aufrechterhaltung der Stabilität des Finanzsystems dient. Sie hat ihr Ermessen pflichtgemäß auszuüben.
- 137 In den von Art. 50 NBG nicht erfassten Fällen des "Zusammenwirkens", und damit insbesondere auch im Bereich der Aufsicht, folgen die Einsichtsrechte des Bundesrates in die Akten der SNB, analog der Regelung zur FINMA,¹⁸⁰ den bundesrätlichen Aufsichtsrechten. Diese sind, wie gesehen, bei der SNB sehr beschränkt.¹⁸¹ Der Bundesrat kann also nur in denjenigen Bereichen, in welchen er etwas zu entscheiden hat, auch die entsprechenden Einsichtsrechte geltend machen. Das bedeutet, dass der Bundesrat nur Einsicht in Dokumente verlangen kann, welche für seine Wahlrechte und seine Genehmigungsbefugnisse von Relevanz sind. Kein Einsichtsrecht steht dem Bundesrat folglich zu bei Informationen und Akten, die im Zusammenhang mit der Wahrnehmung der geld- und währungspolitischen Aufgaben stehen.
- 138 Art. 16 NBG, nach dessen Bedeutung ebenfalls gefragt wird, steht im dritten Kapitel des Gesetzes über die geld- und währungspolitischen Befugnisse der SNB und dort im ersten Abschnitt über die Statistik. Gemäss Art. 14 NBG erhebt die SNB zur Wahrnehmung ihrer Aufgaben statistische Daten. Sie darf zu diesem Zweck Informationen von Banken, Effektenhändlern und weiteren Akteuren des Finanzmarktes einholen; diese trifft gemäss Art. 15 NBG eine Auskunftspflicht gegenüber der SNB. Art. 16 NBG befasst sich sodann mit dem Umgang der SNB mit diesen Daten. So hat die SNB über diese Daten das Geheimnis zu bewahren (Art. 16 Abs. 1 NBG). Sie darf sie jedoch in Form von Statistiken veröffentlichen und an gewisse Behörden und Organisationen weiterleiten. Es sind dies gemäss

¹⁸⁰ Vgl. dazu vorne Rz. 94.

¹⁸¹ Vgl. dazu vorne Rz. 63.

Art. 16 Abs. 3 NBG die in Art. 14 Abs. 2 NBG genannten Behörden und Organisationen einerseits sowie die zuständigen schweizerischen Finanzmarktaufsichtsbehörden (Art. 16 Abs. 4 NBG). Das EFD fällt weder unter die einen noch unter die anderen Behörden. Art. 14 Abs. 2 NBG bezieht sich nur auf das Bundesamt für Statistik und die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (also die FINMA), während unter Art. 16 Abs. 4 NBG, wie übrigens auch unter Art. 39 Abs. 1 FINMAG, nur inländische Finanzmarktaufsichtsbehörden fallen. Das EFD kann aus Art. 16 NBG also nichts zu seinen Gunsten ableiten.

- 139 Auf Art. 49 NBG, welcher sich mit dem Amtsgeheimnis befasst, wird sogleich im Rahmen der Beantwortung der dritten Frage eingegangen.

C. Dritte Frage

- 140 Die dritte Frage im Rahmen des Verhältnisses zwischen dem EFD und der SNB lautet: Inwiefern kann die SNB dem EFD Auskünfte mit Verweis auf ihre Geheimhaltungspflicht gemäss Art. 16 und 49 NBG verweigern, obwohl auch das EFD an das Amtsgeheimnis gebunden ist?
- 141 Art. 16 NBG bezieht sich, wie gesehen, auf die statistischen Daten, welche die SNB gemäss Art. 14 und 15 NBG erheben darf.¹⁸² Für diese gilt eine grundsätzliche Geheimhaltungspflicht; sie unterstehen dem Amtsgeheimnis. Damit konkretisiert Art. 16 Abs. 1 NBG die allgemeine Pflicht von Mitgliedern der Bankorgane und Angestellten der SNB zur Geheimhaltung (Art. 49 NBG), ohne für den Bereich der Statistik eine abweichende Regelung aufzustellen.¹⁸³ Die Verpflichtungen gemäss Art. 49 Abs. 1 und 2 NBG sowie die Rechtsfolgen gemäss Art. 49 Abs. 3 NBG gelten auch hier.¹⁸⁴ Von dieser Geheimhaltungspflicht darf nur in den in Art. 16 Abs. 2-4 NBG vorgesehenen Fällen und gegenüber den dort genannten Behörden und Organisationen abgewichen werden. Das EFD fällt unter keine dieser Behörden und Organisationen, weshalb die Geheimhaltungspflicht des Art. 16 Abs. 1 NBG ihr gegenüber uneingeschränkt gilt.
- 142 Art. 49 NBG regelt die allgemeine Geheimhaltungspflicht der SNB, ihrer Organe, der Mitglieder ihrer Organe, ihrer Angestellten und Beauftragter. Demnach haben die Mitglieder der Organe, die Angestellten sowie die Beauftragten der SNB das Amts- und das Geschäftsgeheimnis zu wahren. Art. 49 Abs. 3 NBG sieht sodann

¹⁸² Vgl. vorne Rz. 138.

¹⁸³ Botschaft NBG, S. 6209.

¹⁸⁴ Botschaft NBG, S. 6209.

im Unterschied zur entsprechenden Regelung im FINMAG direkt eine Strafandrohung für Verstöße gegen das Amts- und Geschäftsgeheimnis vor. Diese Strafbestimmung wurde eingeführt, weil aufgrund der Definition des Beamten im Strafgesetzbuch (Art. 110 Abs. 3 StGB) nicht eindeutig feststeht, ob alle Bankorgane und Mitarbeiter der SNB die Beamteigenschaft des StGB erfüllen und damit unter Art. 320 StGB fallen.¹⁸⁵ Art. 49 Abs. 3 NBG ist aber Art. 320 StGB nachgebildet, insbesondere auch was Strafrahmen und Rechtfertigungsgrund anbelangt. Was die Konkurrenz zwischen Art. 49 Abs. 3 NBG und Art. 320 StGB betrifft, so geht ersterer als lex specialis vor.

- 143 Geheim zu halten ist alles, was weder allgemein bekannt noch allgemein zugänglich ist und woran die SNB oder Dritte, zu der die SNB in einer Rechtsbeziehung steht, ein schutzwürdiges Geheimhaltungsinteresse haben.¹⁸⁶ Der Geheimnisbegriff ist also derselbe wie derjenige gemäss Art. 14 FINMAG und Art. 320 StGB.¹⁸⁷
- 144 Auch das Amtsgeheimnis gemäss Art. 49 NBG erfasst nur solche Tatsachen, die der fraglichen Person in ihrer Eigenschaft als Mitglied der SNB anvertraut worden sind oder die sie in dieser Stellung wahrgenommen hat. Mit anderen Worten, nämlich denjenigen der Botschaft über die Revision des Nationalbankgesetzes, bezieht sich das Amtsgeheimnis auf alle "im Zusammenhang mit der Organstellung oder der Tätigkeit erhaltenen Einblicke und Informationen".¹⁸⁸ Es ist also auch hier ein Kausalzusammenhang erforderlich zwischen der Kenntnis des Geheimnisses und der amtlichen Funktion.¹⁸⁹
- 145 Die Tathandlung der Amtsgeheimnisverletzung besteht, wie bei Art. 14 FINMAG,¹⁹⁰ auch gemäss Art. 49 NBG im Offenbaren des Amtsgeheimnisses an unbefugte Dritte.¹⁹¹ Auf welchem Weg dieses Offenbaren geschieht und ob der Empfänger der Mitteilung seinerseits auch dem Amtsgeheimnis oder einer anderen Geheimhaltungspflicht untersteht, ist unbeachtlich.¹⁹² Alleine die Tatsache, dass

¹⁸⁵ Zum Ganzen Botschaft NBG, S. 6265 f.

¹⁸⁶ Botschaft NBG, S. 6265.

¹⁸⁷ Vgl. zum Geheimnisbegriff gemäss Art. 14 FINMAG und Art. 320 StGB vorne Rz. 107 m.w.H.

¹⁸⁸ Botschaft NBG, S. 6265.

¹⁸⁹ Vgl. dazu auch vorne Rz. 108 m.H. auf BSK StGB-OBERHOLZER, Art. 320 N 9; PraKomm StGB-TRECHSEL/VEST, Art. 320 N 7.

¹⁹⁰ Vgl. dazu vorne Rz. 109.

¹⁹¹ Vgl. zur identischen Tathandlung gemäss Art. 320 StGB BSK StGB-OBERHOLZER, Art. 320 N 10; PraKomm StGB-TRECHSEL/VEST, Art. 320 N 8.

¹⁹² BSK StGB-OBERHOLZER, Art. 320 N 10; PraKomm StGB-TRECHSEL/VEST, Art. 320 N 8. Vgl. auch MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, S. 609; Komm. ParlG-VON WYSS, Art. 8 N 12.

auch das EFD an das Amtsgeheimnis gebunden ist, führt daher nicht zur Aufhebung des Amtsgeheimnisses der SNB.

- 146 Ebenfalls wie beim Amtsgeheimnis gemäss Art. 14 FINMAG¹⁹³ ist auch bei demjenigen gemäss Art. 49 NBG eine Offenbarung innerhalb der Verwaltung respektive an eine andere Verwaltungseinheit nur zulässig, wenn dies gesetzlich vorgesehen oder dienstlich gerechtfertigt ist. Nur in diesen Fällen entfällt also die Verpflichtung zur amtsinternen Geheimniswahrung. Erlaubt ist somit auch hier in jedem Fall nur das Informieren des Amtsvorstehers, der hierarchisch vorgesetzten Instanz oder einer Aufsichtsbehörde.¹⁹⁴
- 147 Aus den vorstehend aufgeführten Argumenten ergibt sich unseres Erachtens Folgendes: Die Tatsache, dass auch das EFD an das Amtsgeheimnis gebunden ist, vermag die Geheimhaltungspflicht der SNB nicht aufzuheben. Auch sonst ist kein Argument ersichtlich, das die SNB gegenüber dem EFD von der Geheimhaltungspflicht entbinden würde. Das EFD ist der SNB insbesondere nicht hierarchisch vorgesetzt¹⁹⁵ oder deren Aufsichtsbehörde. Die Aufsicht über die SNB übt der Bundesrat aus, die Oberaufsicht fällt in den Zuständigkeitsbereich der Bundesversammlung. Das EFD fungiert also nur dann und insofern als Aufsichtsbehörde der SNB, als es in Vertretung und im Auftrag des Bundesrates handelt (gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. g OV-EFD).
- 148 Sofern das EFD in Vertretung und im Auftrag des Bundesrates und infolgedessen in der Funktion der Aufsichtsbehörde handelt, präsentiert sich die Rechtslage wie folgt: Gegenüber der Aufsichtsbehörde ist eine Berufung auf das Amtsgeheimnis grundsätzlich nicht möglich. Das hat aber nur für diejenigen Bereiche zu gelten, welche auch tatsächlich unter die Aufsichtsbefugnisse der Aufsichtsbehörde fallen. Da der Bundesrat, wie gesehen, nur beschränkte Aufsichts- respektive Mitwirkungs- und Steuerungsrechte hat,¹⁹⁶ kann ihm auch nur in diesen Bereichen das Amtsgeheimnis nicht entgegengehalten werden. Folglich gilt das Amtsgeheimnis nur in Bezug auf diejenigen Informationen nicht, welche für die bundesrätlichen Wahlrechte und Genehmigungsbefugnisse von Relevanz sind. Bei sämtlichen Informationen, die im Zusammenhang mit der Wahrnehmung der geld- und wäh-

¹⁹³ Vgl. dazu vorne Rz. 110.

¹⁹⁴ HÄNNI, Rz. 228; PraKomm StGB-TRECHSEL/VEST, Art. 320 N 9. Vgl. auch MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, S. 609.

¹⁹⁵ Die SNB ist nicht Teil der Zentralverwaltung und verfügt daher über keine hierarchisch vorgesetzte Behörde.

¹⁹⁶ Vgl. zu den Steuerungs- und Mitwirkungsbefugnissen des Bundesrates bei der SNB vorne Rz. 63 ff.

rungspolitischen Aufgaben stehen, kann sich die SNB jedoch auf das Amtsgeheimnis berufen, da sie in diesem Bereich vollkommen unabhängig ist und nicht der Aufsicht des Bundesrates untersteht.

D. **Vierte Frage**

- 149 Die vierte und letzte Frage zum Verhältnis EFD – SNB lautet: Kann die SNB einer internationalen Organisation Informationen zukommen lassen gemäss Art. 21 oder Art. 50b NBG, dieselben Informationen dem EFD jedoch gleichzeitig verweigern, selbst wenn das EFD die Wahrung der Vertraulichkeit der Daten (technisch und administrativ/prozessual) sicherstellt?
- 150 Die SNB kann sowohl gestützt auf Art. 21 NBG als auch gemäss Art. 50b NBG Informationen an internationale Behörden, Organisationen und Gremien herausgeben. Art. 21 NBG steht dabei im Zusammenhang mit der Überwachung systemisch bedeutsamer Finanzmarktinfrastrukturen, während Art. 50b im Abschnitt über die Geheimhaltungspflicht, den Informationsaustausch und die Verantwortlichkeit steht. Auch die Subjekte der Zusammenarbeit sind unterschiedlich. Art. 21 NBG bezieht sich auf die Zusammenarbeit mit ausländischen Aufsichts- und Überwachungsbehörden, wohingegen sich Art. 50b NBG auf die Zusammenarbeit mit internationalen Organisationen und Gremien bezieht.
- 151 Mit Art. 50a NBG besteht eine weitere Bestimmung, die sich mit der internationalen Zusammenarbeit, konkret mit der Zusammenarbeit mit ausländischen Zentralbanken, befasst. Nach Bedeutung und Umfang dieser Bestimmung wird vom Auftraggeber jedoch nicht gefragt, weshalb auf eine nähere Untersuchung dieser Bestimmung verzichtet wird.
- 152 Gemäss Art. 21 lit. a NBG kann die SNB zum Zweck der Überwachung systemisch bedeutsamer Finanzmarktinfrastrukturen mit ausländischen Aufsichts- und Überwachungsbehörden zusammenarbeiten. Sie kann diesen Behörden gemäss Art. 21 lit. b NBG nicht öffentlich zugängliche Informationen über systemisch bedeutsame Finanzmarktinfrastrukturen übermitteln, sofern die empfangenden Behörden diese ausschliesslich zur direkten Beaufsichtigung oder Überwachung solcher Finanzmarktinfrastrukturen oder von deren Teilnehmern verwenden (Ziff. 1) und an das Amts- oder Berufsgeheimnis gebunden sind (Ziff. 2).
- 153 Nach Art. 50b Abs. 1 NBG kann die SNB zur Erfüllung ihrer Aufgaben an multilateralen Initiativen internationaler Organisationen und Gremien teilnehmen. Im Rahmen dieser Teilnahme kann sie an diese Organisationen und Gremien nicht

öffentlich zugängliche Informationen übermitteln, sofern die Geheimhaltung gewährleistet ist. Im Gegensatz zu Art. 21 NBG (oder auch zum hier nicht näher interessierenden Art. 50a NBG) statuiert Art. 50b NBG keine weiteren Voraussetzungen für die Herausgabe entsprechender Informationen an die fraglichen Organisationen und Gremien. Sie hat lediglich mit dem Empfänger der betreffenden Information den genauen Verwendungszweck zu vereinbaren (Art. 50b Abs. 4 NBG).

- 154 Sowohl Art. 21 als auch Art. 50b NBG sind inhaltlich Art. 42b FINMAG sehr ähnlich, weshalb hier die gleichen Überlegungen anzustellen sind wie dort.¹⁹⁷ Diese drei Bestimmungen wurden auch gleichzeitig beschlossen (respektive im Falle von Art. 21 NBG¹⁹⁸ revidiert) und in die betreffenden Gesetze eingefügt.¹⁹⁹
- 155 Bei Art. 21 NBG handelt es sich um eine "Kann-Bestimmung". Der Entscheid, ob die SNB die betreffenden Informationen herausgeben will, liegt damit allein bei ihr. Es besteht mit anderen Worten kein Rechtsanspruch darauf, dass die SNB die gewünschten Informationen übermittelt. Den ersuchenden ausländischen Aufsichts- und Überwachungsbehörden steht folglich keine Beschwerdemöglichkeit gegen einen ablehnenden Entscheid der SNB zur Verfügung.
- 156 Die Voraussetzung, dass die empfangende ausländische Aufsichts- und Überwachungsbehörde an das Amts- oder Berufsgeheimnis gebunden ist und damit die Geheimhaltung der zur Verfügung gestellten Informationen gewährleistet ist, ist nur eine von zwei kumulativen Voraussetzungen. Die Tatsache alleine, dass die entsprechende Behörde die Geheimhaltung gewährleistet, reicht daher nicht aus, damit ihr die fraglichen Informationen zugänglich gemacht werden. Ebenso kann es daher auch nicht entscheidend sein, dass auch das EFD die Wahrung der Vertraulichkeit sicherstellt. Vielmehr ist für die Herausgabe an eine ausländische Aufsichts- oder Überwachungsbehörde zusätzlich erforderlich, dass die fraglichen Informationen "ausschliesslich zur direkten Beaufsichtigung oder Überwachung solcher Finanzmarktinfrastrukturen oder von deren Teilnehmern" verwendet werden (Art. 21 lit. b Ziff. 1 NBG).
- 157 Das sachliche Kriterium, welches (nebst der Gewährleistung der Geheimhaltung) darüber entscheidet, ob einer ausländischen Aufsichts- oder Überwachungsbehörde nicht öffentlich zugängliche Informationen über systemisch bedeutsame Finanzmarktinfrastrukturen zur Verfügung gestellt werden, ist also deren Relevanz

¹⁹⁷ Vgl. dazu vorne Rz. 118 ff.

¹⁹⁸ Vgl. zur ursprünglichen Fassung dieser Bestimmung Botschaft NBG, S. 6222 ff.

¹⁹⁹ Botschaft FinfraG, S. 7595 f., 7599 ff. und 7618 f.

für die direkte Beaufsichtigung oder Überwachung solcher Finanzmarktinfrastrukturen oder von deren Teilnehmern. Die Zusammenarbeit nach Art. 21 NBG ist mit anderen Worten beschränkt auf die Überwachung systemisch bedeutsamer Finanzmarktinfrastrukturen.²⁰⁰ Das ergibt sich aus auch der systematischen Einordnung von Art. 21 NBG in den dritten Abschnitt des dritten Kapitels des Gesetzes, der die Überschrift "Überwachung systemisch bedeutsamer Finanzmarktinfrastrukturen" trägt.

- 158 Das entscheidende Kriterium für das Zurverfügungstellen von Informationen an das EFD ist jedoch ein anderes. In diesem Verhältnis ist gemäss Art. 50 Abs. 2 NBG erforderlich, dass diese Zurverfügungstellung "der Aufrechterhaltung der Stabilität des Finanzsystems dient".²⁰¹ Das sind mindestens dem Wortlaut nach zwei unterschiedliche Kriterien, sodass es durchaus möglich erscheint, dass eine bestimmte Information die eine Voraussetzung erfüllt, die andere jedoch nicht. Nur wenn eine Information beide Voraussetzungen erfüllt, kann sie sowohl den betreffenden ausländischen Behörden als auch dem EFD zur Verfügung gestellt werden. Ein Rechtsanspruch des EFD, dass ihr eine Information, welche gemäss Art. 21 NBG ausländischen Behörden zur Verfügung gestellt wurde, auch zur Verfügung gestellt wird, besteht nicht. Der Entscheid darüber, wem sie diese Informationen zukommen lässt, obliegt sowohl nach Art. 50 Abs. 2 NBG als auch nach Art. 21 NBG der SNB selbst. Natürlich ist sie in diesem Entscheid jedoch keineswegs völlig frei, sondern hat anhand der in den genannten beiden Normen aufgestellten Voraussetzungen zu entscheiden. Sie hat nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden.
- 159 Die Zusammenarbeit gemäss Art. 50 NBG ist sachlich auf die Aufrechterhaltung der Stabilität des Finanzsystems beschränkt. Auf alle anderen Bereiche, mithin also auch auf die Aufsicht, ist diese Bestimmung daher nicht anwendbar. Erfolgt die Zusammenarbeit zwischen der SNB und dem EFD also im Zusammenhang mit der Aufrechterhaltung der Stabilität des Finanzsystems, so begegnen sich diese als "gleichberechtigte Partner". Auf diese Zusammenarbeit ist Art. 50 NBG anwendbar, auf alle übrigen Formen des wie auch immer gelagerten "Zusammenwirkens" inklusive der Aufsicht findet diese Bestimmung jedoch keine Anwendung.
- 160 Die Anwendbarkeit von Art. 50 NBG auf die Zusammenarbeit im Zusammenhang mit der Aufrechterhaltung der Stabilität des Finanzsystems hat jedoch nicht zur Folge, dass die SNB verpflichtet wäre, das EFD immer dann zu informieren, wenn

²⁰⁰ Botschaft FinfraG, S. 7596.

²⁰¹ Vgl. zu Art. 50 NBG bereits die Ausführungen vorne Rz. 134 ff.

dies der Aufrechterhaltung der Stabilität des Finanzsystems dient. Vielmehr handelt es sich auch bei Art. 50 Abs. 2 NBG um eine "Kann-Bestimmung". Der Entscheid, ob sie die betreffenden Informationen herausgeben will, liegt damit allein bei der SNB. Das EFD hat mit anderen Worten keinen Rechtsanspruch darauf, dass die SNB die gewünschten Informationen übermittelt. Beim Entscheid darüber, ob sie die betreffenden Informationen dem EFD zur Verfügung stellen will, ist die SNB jedoch nicht frei. Die SNB hat sich bei diesem Entscheid von der Frage leiten zu lassen, ob das Inkenntnissetzen des EFD der Aufrechterhaltung der Stabilität des Finanzsystems dient. Sie hat ihr Ermessen pflichtgemäß auszuüben.

- 161 Ebenso wie die FINMA nach Art. 42b FINMAG²⁰² kann auch die SNB gemäss Art. 50b NBG zur Erfüllung ihrer Aufgaben nach Art. 5 NBG an internationalen Organisationen und Gremien teilnehmen. Im Vordergrund stehen für die SNB internationale Organisationen und Gremien, die es sich zur primären Aufgabe machen, zur Stabilität des internationalen Finanzsystems beizutragen oder internationale Regulierungsstandards zu setzen. Zu erwähnen sind namentlich der IWF und das FSB sowie internationale Standardsetter.²⁰³ Art. 50b FINMAG dient als Grundlage dafür, dass die SNB diese internationale Zusammenarbeit uneingeschränkt wahrnehmen kann.
- 162 Gemäss Art. 50b Abs. 3 NBG kann die SNB im Rahmen einer Teilnahme an internationalen Organisationen und Gremien diesen nicht öffentlich zugänglich Informationen²⁰⁴ übermitteln. Dies darf jedoch nur geschehen, sofern "die Geheimhaltung gewährleistet ist".
- 163 Bei Art. 50b Abs. 3 NBG handelt es sich um eine "Kann-Bestimmung". Der Entscheid, ob die SNB die betreffenden Informationen herausgeben will, liegt damit allein bei der SNB selbst. Es besteht mit anderen Worten kein Rechtsanspruch darauf, dass die SNB die gewünschten Informationen übermittelt. Den ersuchenden internationalen Organisationen und Gremien steht folglich keine Beschwerdemöglichkeit gegen einen ablehnenden Entscheid der SNB zur Verfügung.²⁰⁵
- 164 Die Voraussetzung, dass die Geheimhaltung der zur Verfügung gestellten Informationen durch die empfangende internationale Organisation oder das entsprechende Gremium gewährleistet wird, ist im Unterschied zur Regelung von Art. 21

²⁰² Vgl. dazu vorne Rz. 114 ff.

²⁰³ Zum Ganzen Botschaft FinfraG, S. 7600.

²⁰⁴ Bei diesen Informationen kann es sich unter anderem auch um vertrauliche Informationen über einzelne Finanzmarktteilnehmer (sogenannte Einzelinstitutsdaten) handeln (Botschaft FinfraG, S. 7600).

²⁰⁵ So auch Botschaft FinfraG, S. 7600.

NBG und Art. 42b FINMAG die einzige Voraussetzung für die Informationsübermittlung. Die Tatsache alleine, dass die entsprechende Organisation oder das jeweilige Gremium die Geheimhaltung gewährleistet, reicht daher in dieser Konstellation aus, damit ihr oder ihm die fraglichen Informationen zugänglich gemacht werden.

- 165 Sofern die fragliche Organisation oder das betreffende Gremium also die Geheimhaltung gewährleistet, können ihr die entsprechenden Informationen übermittelt werden. Hier sind die Voraussetzungen also weniger streng als bei der Zurverfügungstellung von Informationen an das EFD, welche sich nach Art. 50 Abs. 2 NBG richtet. In diesem Verhältnis ist nämlich zusätzlich erforderlich, dass der Informationsaustausch im Hinblick auf die Aufrechterhaltung der Stabilität des Finanzsystems erfolgt. Nur sofern die Information auch der Aufrechterhaltung der Stabilität des Finanzsystems dient, kann sie also auch dem EFD übermittelt werden.
- 166 Art. 50b NBG selbst enthält keine Regelung zum Informationsfluss zwischen der SNB und dem EFD. Eine Ausnahme besteht jedoch in Art. 50b Abs. 2 NBG, wo festgehalten wird: "Bei multilateralen Initiativen von grosser Tragweite für den Schweizer Finanzplatz erfolgt die Teilnahme am Informationsaustausch im Einvernehmen mit dem Eidgenössischen Finanzdepartement." Zu den multilateralen Initiativen von grosser Tragweite zählen gemäss der Botschaft zum Finanzmarktinfrastrukturgesetz insbesondere die Initiativen des IWF und des FSB.²⁰⁶ Nach der genannten Botschaft bestimmt sich die Tragweite einer multilateralen Initiative im Einzelfall zudem aufgrund der Qualität der Informationen, die übermittelt werden sollen, sowie aufgrund des Umfangs, der Dauer (einmalig, befristet, unbefristet), der Anzahl der Empfänger etc.²⁰⁷ Zur Frage, was unter der Wendung "im Einvernehmen" zu verstehen ist, kann der Botschaft (und auch der Literatur) jedoch leider nichts entnommen werden.
- 167 Für diesen Bereich erscheint unseres Erachtens somit klar, dass nur ein gemeinsames, koordiniertes Vorgehen möglich ist. Ein solches Vorgehen setzt nach unserem Verständnis voraus, dass SNB und EFD vertrauensvoll zusammenarbeiten und sich gegenseitig die notwendigen Dokumente zur Verfügung stellen.
- 168 Der übrige Informationsfluss zwischen EFD und SNB mit Bezug auf internationale Organisationen und Gremien richtet sich unseres Erachtens nach den allgemeinen Grundsätzen betreffend die Mitwirkungsrechte des Bundesrates.²⁰⁸ Art. 50b Abs.

²⁰⁶ Botschaft FinfraG, S. 7600.

²⁰⁷ Botschaft FinfraG, S. 7600.

²⁰⁸ Vgl. zu den Einflussmöglichkeiten des Bundesrates vorne Rz. 63 ff.

2 NBG ist nicht so zu lesen, dass *einzig* bei multilateralen Initiativen von grosser Tragweite ein Informationsfluss stattfindet. Vielmehr gelten die allgemeinen Regeln. Dies bedeutet, dass die SNB diejenigen Informationen, die sie internationalen Gremien übermittelt, auch dem EFD bzw. dem Bundesrat zur Verfügung stellen muss, soweit diese für die Wahrnehmung der Mitwirkungs- und Aufsichtsbefugnisse notwendig sind. Es liegt nahe, dass beim Austausch mit internationalen Organisationen Fragen angesprochen werden, die von strategischer Bedeutung sind und dementsprechend der Einbezug des Bundesrates im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen angezeigt ist.

* * *

Prof. Dr. Felix Uhlmann

Dr. iur. Florian Fleischmann