

BGer 2C 317/2020 vom 7. Oktober 2020

Bundesgericht, 2020-10-07, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2C_317_2020

FR: TF 2C 317/2020 du 7 octobre 2020

IT: TF 2C 317/2020 del 7 ottobre 2020

Regeste

Marktmanipulation, Einziehung, Verfügung der FINMA vom 20. Juni 2017 | Wirtschaft

Erwägungen

E. 1.1

Die Beschwerdeführerin beantragt, die drei Beschwerdeverfahren zu vereinigen. Dies rechtfertigt sich aus Gründen der Klarheit und Übersichtlichkeit nicht: Das Bundesverwaltungsgericht hat drei separate Urteile erlassen, welche sich auf drei unterschiedliche Verfügungen der FINMA beziehen; die verschiedenen Fragenkomplexe sind im Hinblick auf die jeweils nicht deckungsgleichen Probleme und die unterschiedlichen Rechtsfolgen für die B._____ AG und A._____ getrennt zu behandeln. Das Gesuch, die Verfahren zu vereinigen, wird dementsprechend abgewiesen. Gegenstand des vorliegenden Urteils bildet die Frage, ob die B._____ AG marktmissbräuchlich gehandelt hat und die von der FINMA diesbezüglich ihr gegenüber angeordneten Massnahmen Bundesrecht verletzen (B-4762/2017).

E. 1.2

Gegen Urteile des Bundesverwaltungsgerichts im Bereich der Finanzmarktaufsicht steht die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht offen (vgl. Art. 82 ff. BGG i.V.m. Art. 31 VGG). Die Vorinstanz hat die Verfügung der FINMA bestätigt, wonach die B._____ AG unter "schwerer Verletzung von Börsenrecht" marktmanipulativ gehandelt habe, weshalb der Erlös aus dem Liquidationsverfahren der B._____ AG - abgesehen von deren Eigenkapital - zugunsten der Schweizerischen Eidgenossenschaft einzuziehen sei. Als einzelzeichnungsberechtigter Alleinaktionär der B._____ AG ist A._____ - trotz Entzugs seiner Vertretungsbefugnis im Aufsichtsverfahren - berechtigt, hiergegen im Namen der B._____ AG an das Bundesgericht zu gelangen (BGE 132 II 382 E. 1.1 S. 385; 131 II 306 E. 1.2.1 311; Urteil 2C_929/2010 vom 13. April 2011 E. 1.1). Er ist indessen nicht befugt, allgemein - für unbestimmte Dritte - um eine Änderung bzw. Anpassung des Enforcementverfahrens zu ersuchen.

E. 1.3

Nicht eingetreten wird auf die Kritik der Beschwerdeführerin an der Verfügung der FINMA: Diese ist durch das angefochtene Urteil des Bundesverwaltungsgerichts ersetzt worden (zum Devolutiveffekt: BGE 134 II 142 E. 1.4 S. 144; Urteil 2C_92/2019 vom 31. Januar 2020 E. 1.2.2, zur Publikation vorgesehen); die entsprechende Verfügung gilt lediglich im Rahmen der Entscheide der Vorinstanz als mitangefochten; sie bildet indessen vor Bundesgericht kein eigenständiges Anfechtungsobjekt (Urteil 2C_92/2019 vom 31. Januar 2020 E. 1.2.2, zur Publikation vorgesehen). Unzulässig ist die Eingabe zudem,

soweit die Beschwerdeführerin lediglich auf ihre Vorbringen im Vorverfahren verweist: Die Begründung muss in der Beschwerdeschrift an das Bundesgericht selber enthalten sein (BGE 143 II 283 E. 1.2.3 S. 286; 138 III 252 E. 3.2 S. 258; 133 II 396 E. 3.1 S. 400). Da die weiteren Prozessvoraussetzungen zu keinen Bemerkungen Anlass geben, ist auf die Beschwerde - unter den genannten Vorbehalten - einzutreten (vgl. Art. 82 lit. a i.V.m. Art. 86 Abs. 1 lit. a, Art. 90 und Art. 100 BGG).

E. 2.1

Die Beschwerdeführerin beantragt, zahlreiche Zeugen anzuhören und andere Beweismittel (Gutachten/Obergutachten) abzunehmen; das Bundesgericht solle selber in der Sache entscheiden. Den entsprechenden Anträgen wird nicht stattgegeben: Die bundesgerichtliche Ergänzung des Sachverhalts ist die Ausnahme und kommt vor allem bei untergeordneten Unvollständigkeiten zum Tragen; es ist nicht Aufgabe des in erster Linie der Rechtskontrolle verpflichteten Bundesgerichts, die Sachverhaltsabklärungen selber vorzunehmen und die Streitsache wie ein erstinstanzliches Gericht umfassend zu prüfen (vgl. BGE 142 II 243 E. 2.4 S. 249; 133 IV 93 E. 3.4.2 S. 295).

E. 2.2.1

Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG); es prüft jedoch unter Berücksichtigung der allgemeinen Rüge- und Begründungspflicht (Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG) nur die vorgebrachten Argumente, falls weitere rechtliche Mängel nicht geradezu offensichtlich sind (BGE 142 I 135 E. 1.5 S. 144). In Bezug auf die Verletzung von Grundrechten gilt eine qualifizierte Rüge- und Substanziierungspflicht (Art. 106 Abs. 2 BGG ; BGE 139 I 229 E. 2.2 S. 232; 136 II 304 E. 2.5 S. 314). Das Bundesgericht ist an den Sachverhalt gebunden, wie die Vorinstanz ihn festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG), es sei denn, dieser erweise sich in einem entscheidewesentlichen Punkt als offensichtlich falsch oder unvollständig (BGE 142 I 135 E. 1.6 S. 144 f.; 133 II 249 E. 1.4.1 S. 254).

E. 2.2.2

Inwiefern die vorinstanzliche Beweiswürdigung und die Sachverhaltsfeststellung klarerweise unhaltbar sein sollen, muss in der Beschwerdeschrift detailliert aufgezeigt werden (BGE 144 V 50 E. 4.2 S. 53 mit Hinweisen; 134 II 244 E. 2.2 S. 246 ; 130 I 258 E. 1.3 S. 261 f.). Die Sachverhaltsfeststellung bzw. die Beweiswürdigung erweist sich als willkürlich im Sinne von Art. 9 BV , wenn sie offensichtlich unhaltbar oder aktenwidrig ist oder wenn die Vorinstanz Sinn und Tragweite eines Beweismittels klarerweise verkannt, sie ohne sachlichen Grund ein wichtiges und entscheidewesentliches Beweismittel unberücksichtigt gelassen oder auf der Grundlage der festgestellten Tatsachen unhaltbare Schlussfolgerungen gezogen hat (BGE 140 III 264 E. 2.3 S. 265 f.; Urteil 2C_1072/2014 vom 9. Juli 2015 E. 1.4).

E. 2.2.3

Die Beschwerdeführerin beanstandet das angefochtene Urteil weitgehend appellatorisch und redundant, d.h. sie wiederholt mehrmals ihre Sicht der Dinge und stellt diese derjenigen der Vorinstanz gegenüber, ohne sich jedoch in gezielter Auseinandersetzung mit deren für das Ergebnis des angefochtenen Entscheids massgeblichen Erwägungen in gedrängter Form sachbezogen auseinanderzusetzen. Im Zusammenhang mit der Sachverhaltsfeststellung und der Beweiswürdigung genügt eine rein appellatorische Kritik am angefochtenen Entscheid nicht (vgl. LAURENT MERZ, in: Niggli/Uebersax/Wiprächtiger/ Kneubühler [Hrsg.],

Basler Kommentar BGG, 3. Aufl. 2018, N. 53 zu Art. 42 BGG). Das Bundesgericht behandelt im Folgenden nur jene Rügen, welche die Beschwerdeführerin den gesetzlichen Anforderungen entsprechend begründet hat. Es übernimmt den Sachverhalt, wie die Vorinstanz ihn festgestellt hat, da die Beschwerdeführerin - entgegen ihrer qualifizierten Begründungspflicht - nicht verfassungsbezogen darlegt, inwiefern die Beweiswürdigung und die Sachverhaltsfeststellung offensichtlich unhaltbar wären (vgl. Art. 105 Abs. 1 und 2 BGG). Formelle Aspekte

E. 3

Die Beschwerdeführerin kritisiert, ihre Verfahrensrechte seien verletzt worden (Unschuldsvermutung, Selbstbelastungsverbot, Beweisverwertungsverbot usw.). Die Einziehung des Reingewinns durch die FINMA sei strafrechtlicher Natur, weshalb im Enforcementverfahren die entsprechenden bundes- (Art. 29 und Art. 30 BV) und völkerrechtlichen Verfahrensgarantien (Art. 6 EMRK) zu beachten gewesen wären. Das Bundesverwaltungsgericht habe seine Kognition zu Unrecht nicht voll ausgeschöpft, zudem genüge die vom Bundesverwaltungsgericht durchgeführte Verhandlung den Anforderungen von Art. 6 EMRK nicht.

E. 4

Entgegen den Darlegungen der Beschwerdeführerin ist die von der FINMA angeordnete finanzmarktrechtliche Einziehung nicht strafrechtlicher Natur im Sinn von Art. 6 EMRK :

E. 4.1

Die FINMA kann den Gewinn einziehen, den eine Beaufschlagte, ein Beaufschlagter oder eine verantwortliche Person in leitender Stellung durch schwere Verletzungen aufsichtsrechtlicher Bestimmungen erzielt hat (Art. 35 Abs. 1 FINMAG ; finanzmarktrechtliche Einziehung; vgl. das Urteil 2C_422/2018 vom 20. März 2019 E. 2 u. E. 3; ABEGG/ BÄRTSCHI/DIETRICH, Prinzipien des Finanzmarktrechts, 3. Aufl. 2019, N. 1007 f.; SESTER/BRÄNDLI/BARTHOLET/SCHILTKNECHT, Finanzmarktaufsicht und Finanzmarktinfrastruktur, 2018, § 12 N. 80 ff.; ZULAUF ET AL., Finanzmarktenforcement, 2. Aufl. 2014, S. 235 ff.). Seit Mai 2013 ist die FINMA bei Verdacht auf ein "aufsichtsrechtlich unzulässiges Marktverhalten" berechtigt, Verfahren gegen beliebige Teilnehmer am Schweizer Effektenhandel zu führen und verwaltungsrechtliche Massnahmen gegen sie zu erlassen. Sie ist befugt, auch bei diesen Personen Gewinne aus Marktmanipulationen zu beschlagnahmen (vgl. ZULAUF ET AL., a.a.O., S. 246). Lässt sich der Umfang der einzuziehenden Vermögenswerte nicht oder nur mit unverhältnismässigem Aufwand ermitteln, so kann die FINMA ihn schätzen (Art. 35 Abs. 3 FINMAG). Die strafrechtliche Einziehung (Art. 70-72 StGB) geht der börsenrechtlichen Beschlagnahmung vor (Art. 35 Abs. 5 FINMAG). Die Vermögenswerte werden zugunsten des Bundes eingezogen, soweit sie nicht Geschädigten ausbezahlt sind (Art. 35 Abs. 6 BEHG).

E. 4.2

Gemäss der Rechtsprechung des EGMR liegt eine strafrechtliche Anklage im Sinne von Art. 6 EMRK vor, wenn alternativ entweder (1) das nationale Recht eine staatliche Massnahme dem Strafrecht zuordnet oder (2) die Natur des Vergehens bzw. dessen Art und Schwere (3) und/oder die Sanktion für einen strafrechtlichen Charakter sprechen (vgl. zu den sog. "Engel"-Kriterien ausführlich BGE 140 II 384 E. 3.2.1 S. 388 f. ; 139 I 72 E. 2.2.2 S. 78 f.; Urteil 2C_92/2019 vom 31. Januar 2020 E. 4.3 und E. 5.2, zur Publikation

vorgesehen; Urteil des EGMR Engel gegen Niederlande vom 8. Juni 1976, Serie A Bd. 22). Keines dieser Kriterien ist hier erfüllt: Die Einziehung ist in Art. 35 BEHG und damit im Kapitel über die aufsichtsrechtlichen Instrumente eines wirtschaftspolizeilichen Erlasses geregelt (vgl. Art. 5 FINMAG [Fassung vom 22. Juni 2007]; BGE 142 II 243 E. 3.4 S. 252 ff.). Es handelt sich nach dem nationalen Recht um eine verwaltungsrechtliche Sanktion, die verhindern soll, dass sich eine schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen bezahlt macht. Wie die Vorinstanz zu Recht ausführt, bezweckt die Einziehung eine Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustands, d.h. der Situation, wie sie bestünde ohne die schwere Verletzung der aufsichtsrechtlichen Bestimmungen (vgl. ABEGG/BÄRTSCHI/DIETRICH, a.a.O., N. 1007; SESTER/BRÄNDLI/BARTHOLET/SCHILTKNECHT, A.A.O., § 12 N. 81; ZULAUF ET AL., a.a.O., S. 238 f.).

E. 4.3

Das von der Beschwerdeführerin angerufene Urteil des EGMR Grande Stevens gegen Italien vom 4. März 2014 (Nr. 18640/10) unterscheidet sich insofern vom vorliegenden Fall, als es dort um eine hohe Geldstrafe ging, welche die Aufsichtsbehörde als monetäre Sanktion angeordnet hatte: Das Handeln der FINMA dient dem Schutz der Gläubigerinnen und Gläubiger, der Anlegerinnen und Anleger, der Versicherten sowie dem Schutz der Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte (Art. 5 FINMAG [in der Fassung vom 22. Juni 2007]). In diesem Rahmen hat sie dafür zu sorgen, dass bei Missständen der ordnungsgemässe Zustand wiederhergestellt wird (Art. 31 FINMAG). Die FINMA verfügt hierzu jedoch über keine unmittelbaren Strafkompetenzen.

E. 4.4

Die Einziehung stellt damit - wie die Vorinstanz zutreffend ausgeführt hat - keine strafrechtliche Anklage i.S.v. Art. 6 Ziffer 1 EMRK dar, sondern ist hinsichtlich ihrer Art und Schwere eine wirtschaftspolizeirechtlich motivierte und zeitlich limitierte Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit (Urteil 2C_422/2018 vom 20. März 2019 E. 2.3; BGE 142 II 243 E. 3.2-3.4; 139 II 279 E. 4.3.3 S. 287). Die Beschwerde wegen Verletzung von Art. 5, 7, 9, 13, 26 f., 29, 30, 32, 35, 36 BV; Art. 8 ZGB ; Art. 6 ff. EMRK ; Art. 1 Ziff. 1 des Zusatzprotokolls EMRK sowie Art. 14 Abs. 3 lit. g UNO-Pakt II ist unbegründet, soweit auf die entsprechenden Vorbringen überhaupt einzugehen ist (vgl. vorstehende E. 2.2).

E. 4.5

Wie die Vorinstanz zutreffend festgestellt hat, kommen damit - aus der "strafrechtlichen Anklage" von Art. 6 EMRK abgeleitet - weder die Unschuldsvermutung, noch das Verbot, sich selber belasten zu müssen, oder ein allfälliges Beweisverwertungsverbot zur Anwendung; es gilt der in der Bundesverwaltungsrechtspflege allgemein anzuwendende Grundsatz der freien Beweiswürdigung. Die aktenkundigen Beweise - inklusive Einvernahmeprotokolle - durften deshalb uneingeschränkt verwertet werden und die Beschwerdeführerin war im Enforcement- als Verwaltungsverfahren aufsichtsrechtlich zur Kooperation verpflichtet. Da die umstrittenen Anordnungen jedoch "civil rights" im Sinne von Art. 6 EMRK beschlagen, finden die diesbezüglichen Garantien Anwendung (vgl. die Erwägungen zu einem "fairen" Verfahren und zur öffentlichen Verhandlung in E. 5.3 bzw. zur richterlichen Prüfungskognition in E. 5.4).

E. 5

Was die Beschwerdeführerin in verfahrensrechtlicher Hinsicht weiter einwendet, überzeugt nicht:

E. 5.1

Die FINMA und das Bundesverwaltungsgericht haben sich mit den entscheidrelevanten Darlegungen der Beschwerdeführerin auseinandergesetzt und ihre Entscheide hinreichend begründet. Die Beschwerdeführerin war in der Lage, das vorinstanzliche Urteil sachgerecht anzufechten. Praxisgemäss genügt, dass die Begründung eines Entscheids die wesentlichen Überlegungen nennt, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sie ihren Entscheid stützt; es ist nicht erforderlich, dass sie sich mit allen Parteistandpunkten ausführlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt (vgl. BGE 136 I 229 E. 5.2 S. 236, 184 E. 2.2.1 S. 188; je mit weiteren Hinweisen). Dass die Vorinstanzen den Sachverhalt anders als die Beschwerdeführerin gewertet haben und von deren Auffassung bzw. jener ihrer Parteigutachter abgewichen sind, verletzt die Begründungspflicht nicht. Inwiefern das Fairnessgebot verletzt worden sein soll, ist nicht ersichtlich und wird von der Beschwerdeführerin nur in Bezug auf die angebliche "strafrechtliche Anklage" (vgl. hierzu aber vorstehende E. 4) geltend gemacht.

E. 5.2

Das Bundesverwaltungsgericht durfte willkürfrei davon ausgehen, dass sich weitere Beweismassnahmen erübrigten und sich der entscheidwesentliche Sachverhalt rechtsgenügend aus den Verfahrensakten ergab: Eine Behörde darf auf die Abnahme beantragter Beweise verzichten, wenn sie gestützt auf die Aktenlage oder aufgrund bereits abgenommener Beweise ihre Überzeugung gebildet hat und sie ohne Verletzung von Art. 9 BV (Willkürverbot) annehmen darf, dass weitere Beweiserhebungen hieran nichts mehr zu ändern vermögen (antizipierte Beweiswürdigung; vgl. BGE 136 I 229 E. 5.3 S. 236 f. ; 134 I 140 E. 5.3 S. 148 ; 131 I 153 E. 3 S. 157 f.). Die Vorinstanz verletzte den Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 BV) der Beschwerdeführerin nicht, wenn sie deren Beseitigungen keine Folge gab (Anhörung zahlreicher Zeugen, ohne dass ersichtlich wäre, wozu sie Auskunft geben sollten bzw. konnten usw.). Das Marktverhalten lässt sich aufgrund der in den Akten und in der angefochtenen Verfügung dargestellten Handelsdaten überprüfen. Es ist nicht ersichtlich, wie die Einvernahme von Personen, die das nur mit elektronischen Mitteln wahrnehmbare Marktverhalten nicht beobachtet haben, zu weiteren Erkenntnissen hätte führen können.

E. 5.3

Das Bundesverwaltungsgericht hat - auf Wunsch der Beschwerdeführerin - unter Beachtung der zivilrechtlichen Vorgaben von Art. 6 Ziffer 1 EMRK - am 21. Mai 2019 eine öffentliche Verhandlung durchgeführt. Die Beschwerdeführerin und ihr Rechtsvertreter konnten sich dabei zum Verfahrensgegenstand äussern und den Vertretern der FINMA Fragen stellen. Entgegen ihrer Kritik genügte die Verhandlung damit den zivilrechtlichen Vorgaben von Art. 6 Ziffer 1 EMRK: Aus dem Protokoll der Verhandlung ergibt sich insbesondere, dass sich neben den Parteien und ihren Vertretern auch Publikum im Saal befunden hat, womit die Öffentlichkeit der Sitzung unabhängig davon gewahrt war, ob und wann die Verhandlung auf der Internetseite des Bundesverwaltungsgerichts aufgeschaltet worden ist. Inwiefern das Fairnessgebot verletzt worden sein soll, ist nicht ersichtlich und wird nicht rechtsgenügend dargetan. Die sich aus Art. 6 EMRK ergebenden strafrechtlichen Verfahrensgarantien kommen - wie dargelegt (vgl. vorstehende E. 4) - nicht zur

Anwendung.

E. 5.4

Das Bundesverwaltungsgericht hat im angefochtenen Entscheid festgehalten, dass es bei der Bewertung von ausgesprochenen Fachfragen der FINMA einen gewissen Beurteilungsspielraum einräume, soweit diese die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte geprüft und die erforderlichen Abklärungen sorgfältig und umfassend durchgeführt habe. Dies ist unter dem Aspekt der zivilrechtlichen Vorgaben von Art. 6 Ziffer 1 EMRK nicht zu beanstanden: Auch wenn dem Gericht gestützt auf diese Bestimmung volle Kognitionsbefugnis in Rechts- und Tatsachenfragen zukommen muss, schliesst dies nicht aus, dass die den Verwaltungsentscheid überprüfende richterliche Behörde in Bereichen des Sachverständigenermessens ihre Kognition nicht voll ausschöpft und dem technischen Fachwissen der Verwaltungsbehörde Rechnung trägt (Urteil des EGMR Sigma Radio Television Ltd gegen Zypern vom 21. Juli 2011 [Nr. 32181/04 und 35122/05] § 153 mit weiteren Hinweisen; BGE 139 I 72 E. 4.5 S. 82 ff. mit Hinweisen; 133 II 232 E. 4.1 S. 244). Massgebend ist, ob sich das überprüfende Gericht mit den Argumenten bzw. Rügen der Beschwerdeführerin im Einzelfall gründlich auseinandergesetzt hat (vgl. BGE 139 I 72 E. 4.5 S. 83). Dies war hier der Fall. Beschleunigungsgebot

E. 6

Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass die sie betreffenden Verfahren zu lange gedauert hätten; während langer Zeit sei sie im Unklaren über ihre Liquidation geblieben; während Jahren habe sie am Finanzmarkt nicht tätig werden können.

E. 6.1

Das Beschleunigungsgebot bzw. Verbot der Rechtsverzögerung verschafft den Parteien eines Verfahrens einen Anspruch darauf, dass ihre Sache "innert angemessener Frist" beurteilt wird (Art. 29 Abs. 1 BV). Ob eine Frist als "angemessen" gelten kann, bestimmt sich nach dem Umfang und der Komplexität des Verfahrens sowie der besonderen Bedeutung der Angelegenheit für die beschwerdeführende Partei; zu berücksichtigen ist zudem, ob und inwieweit diese durch ihr Verhalten selber zur Verzögerung des Verfahrens beigetragen hat (BGE 135 I 265 E. 4.4 S. 277; vgl. auch GEROLD STEINMANN, in: Ehrenzeller/ Schindler/Schweizer/Vallender [Hrsg.], Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl. 2014, Rz. 22 ff. zu Art. 29 BV ; Bernhard Waldmann, in: Waldmann/Belser/Epiney [Hrsg.], BSK Bundesverfassung, 2015, Rz. 26 ff. zu Art. 29 BV ; Rhinow/Schefer/Uebersax, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. Aufl. 2016, Ziff. 3038 f.).

E. 6.2

Im vorliegenden Fall eröffnete die FINMA ihr Verfahren anfangs 2015 (superprovisorische Massnahmen); ihre Endverfügung erging am 20. Juni 2017 und das Bundesverwaltungsgericht entschied am 27. Februar 2020. Das Aufsichtsverfahren dauerte rund zwei Jahre; zwischen der Endverfügung und dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts liegen annähernd 2½ Jahre; insgesamt dauerte das Verfahren somit rund 5 Jahre, was das Beschleunigungsgebot - im Hinblick auf die konkreten Umstände des Falles - insgesamt gerade (noch) nicht verletzt: Die Beschwerdeführerin hat mit ihren zahlreichen Eingaben und Anträgen sowie dem Beizug von Gutachtern nicht unwesentlich zu den Verzögerungen beigetragen; zudem wurden ihr wiederholt Fristverlängerungen gewährt. Ihre Anfechtung der verschiedenen Zwischenentscheide bis

vor Bundesgericht führte dazu, dass das Verfahren vor der FINMA bzw. dem Bundesverwaltungsgericht jeweils faktisch nicht weitergeführt werden konnte und sich der Endentscheid weiter verzögerte.

E. 6.3

Durch das Vorgehen der Beschwerdeführerin und ihre zum Teil weitschweifigen Ausführungen wurde das Verfahren umfangreicher und komplizierter; die Vorinstanzen mussten zahlreiche Rechtsschriften betreffend eines komplexen Sachverhalts prüfen und das Bundesverwaltungsgericht gestützt auf den entsprechenden Antrag der Beschwerdeführerin zudem noch eine öffentliche Verhandlung durchführen, was mit zusätzlichem Aufwand verbunden war. Weder das Verfahren vor der FINMA noch jenes vor dem Bundesverwaltungsgericht haben deshalb das Beschleunigungsgebot verletzt; im Übrigen hätte die Beschwerdeführerin mit einer Rechtsverzögerungsbeschwerde die Verfahren vorantreiben können, falls sie der Ansicht war, diese dauerten zu lange; von der entsprechenden Möglichkeit hat sie jedoch keinen Gebrauch gemacht. Marktmanipulation

E. 7

Soweit die Beschwerdeführerin einwendet, durch ihre Handelstätigkeit bzw. jene ihrer Händler den Markt nicht manipuliert zu haben, kann ihren Ausführungen nicht gefolgt werden, zumal sie in ihrer Argumentation vom für das Bundesgericht verbindlich festgestellten Sachverhalt (vgl. Art. 105 Abs. 1 BGG) abweicht, ohne dass die Voraussetzungen hierfür gegeben wären (vgl. vorstehende E. 2.2) :

E. 7.1

Gemäss aArt. 33f BEHG (eingefügt durch Ziff. I des BG vom 28. September 2012, in Kraft seit 1. Mai 2013 [AS 2013 1103]) - welcher vom 1. Mai 2013 bis Ende 2015 in Kraft stand (aufgehoben durch den Anhang Ziff. 11 des Finanzmarktinfrastrukturgesetzes vom 19. Juni 2015, in Kraft seit 1. Januar 2016 [AS 2015 5339 ff.; BBl 2014 7483 ff.]) und auf die umstrittene Geschäftstätigkeit der Beschwerdeführerin noch Anwendung findet - handelt unzulässig, wer: - Informationen öffentlich verbreitet, von denen er weiss oder wissen muss, dass sie falsche oder irreführende Signale für das Angebot, die Nachfrage oder den Kurs von Effekten geben, die an einer Börse oder einer börsenähnlichen Einrichtung in der Schweiz zum Handel zugelassen sind (Abs. 1 lit. a BEHG); - Geschäfte oder Kauf- oder Verkaufsaufträge tätigt, von denen er weiss oder wissen muss, dass sie falsche oder irreführende Signale für das Angebot, die Nachfrage oder den Kurs von Effekten geben, die an einer Börse oder einer börsenähnlichen Einrichtung in der Schweiz zum Handel zugelassen sind (Abs. 1 lit. b BEHG).

E. 7.2

Die aufsichtsrechtlichen Pflichten im Zusammenhang mit dem Verbot der Marktmanipulation ergeben sich damit aus einer formell gesetzlichen Grundlage (Legalitätsprinzip). Diese genügt gestützt auf die Darlegungen in der bundesrätlichen Botschaft vom 31. August 2011 zur Änderung des Börsengesetzes (Börsendelikte und Marktmissbrauch; BBl 2011 6873 ff., dort S. 6888 bzw. S. 6902 f.) im Hinblick auf die Technizität der Regelung auch dem Bestimmtheitsgebot:

E. 7.2.1

Aus der Botschaft ergibt sich, dass aufgrund ihrer grossen Schädlichkeit für den Finanzmarkt sowie, um eine Lücke im Vergleich zum europäischen Recht zu schliessen, der

Insiderhandel und die Marktmanipulation auf Ebene des Aufsichtsrechts "für sämtliche Marktteilnehmerinnen und -teilnehmer" verboten werden sollten (BBl 2011 S. 6888). Nach den Ausführungen des Bundesrats umfasst das Verbot der Marktmanipulation - im Gegensatz zum strafrechtlichen Tatbestand der Kursmanipulation - nebst Scheingeschäften "auch sämtliche Transaktionen mit manipulatorischem Charakter" (BBl 2011 S. 6888).

E. 7.2.2

Da das Aufsichtsrecht im Unterschied zum Strafrecht nicht die Vergeltung eines Fehlverhaltens, sondern den Schutz der Gläubigerinnen und Gläubiger, der Anlegerinnen und Anleger, der Versicherten sowie den Schutz der Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte bezweckt, setzen die aufsichtsrechtlichen Verbote von Insiderhandel und Marktmanipulation im Unterschied zu den strafrechtlichen Tatbeständen "keinen Vermögensvorteil, keine Bereicherungsabsicht und kein subjektives Verschulden voraus" (BBl 2011 S. 6888). Die Beschwerdeführerin wendet deshalb vergeblich ein, keine Schädigungs- bzw. Bereicherungsabsicht gehabt zu haben; die Schädigung oder eine entsprechende Absicht bildet keine Voraussetzung für das Bestehen einer aufsichtsrechtlich relevanten Marktmanipulation (BBl 2011 S. 6888 und S. 6902 f.).

E. 7.2.3

Die betroffene Person muss wissen, dass die verbreiteten Informationen, die vorgenommenen Geschäfte oder die erteilten Aufträge irreführende Informationen in Bezug auf Effekten geben, die an einer Börse oder einer börsenähnlichen Einrichtung in der Schweiz zum Handel zugelassen sind. Massgebend ist, ob eine durchschnittliche Marktteilnehmerin oder ein durchschnittlicher Marktteilnehmer erkennen kann, ob eine bestimmte Information falsch oder irreführend ist. Das Tatbestandsmerkmal "Signal" wird seinerseits benutzt, um das Kursbeeinflussungspotenzial der Handlung zu erfassen. Ein "falsches" Signal widerspricht den üblichen und wahren Marktverhältnissen, und ein "irreführendes Signal" kann einen verständigen und mit dem Markt des Finanzinstruments vertrauten Anleger täuschen (BBl 2011 S. 6903).

E. 7.2.4

Konkret hält der Bundesrat in seiner Botschaft zu den als missbräuchlich zu beurteilenden Handlungen fest (BBl 2011 S. 6903) : "Buchstabe b beinhaltet ein umfassendes Verbot von Scheingeschäften und Scheinaufträgen "Wash Sales, Matches Orders" sowie von echten Transaktionen mit manipulatorischem Charakter. Effektengeschäfte müssen einen wirtschaftlichen Hintergrund aufweisen und einem echten Angebots- und Nachfrageverhalten entsprechen. Effektengeschäfte oder blosser Auftragseingaben, die den Anschein von Marktaktivität erwecken oder Liquidität, Börsenkurse oder Bewertungen von Effekten verzerren, sind nicht zulässig. Verboten sind insbesondere die folgenden Handlungen: - bewusste Verursachung eines Überhangs an Verkaufsaufträgen zur Liquiditäts- und Preisverzerrung ("Ramping", "Camping", "Pegging"); - Aufbau von grossen Positionen mit der Absicht den Markt zu verengen ("Squeeze" oder "Corner"); - Platzieren von Scheinaufträgen für grosse Blöcke im Handelssystem in der Absicht, diese umgehend wieder zu löschen ("Spoofing")." Vom Verbot umfasst werden nicht nur Transaktionen in Effekten, sondern auch Geschäfte und Kauf- und Verkaufsaufträge in abgeleiteten Finanzinstrumenten (OTC-Produkte) oder bei Derivaten in den zugrunde liegenden Basiswerten, soweit dadurch falsche oder irreführende Signale für das Angebot, die Nachfrage oder den Kurs von Effekten erfolgen, die an einer Börse oder einer

börsenähnlichen Einrichtung in der Schweiz zum Handel zugelassen sind (BBl 2011 S. 6903).

E. 7.2.5

Das Gesetz richtet sich gegen die genannten Arten von Marktmanipulationen. Die Kommentierung des Bundesrats unterstreicht dies und trägt der Technizität der Problematik erläuternd Rechnung. Gestützt hierauf konnte die Beschwerdeführerin sich ohne Weiteres ein Bild machen, auf welche konkreten Fälle sich die Regelung in aArt. 33f BEHG bezog. Das Rundschreiben 2013/8 Marktverhaltensregeln, Aufsichtsregeln zum Marktverhalten im Effektenhandel vom 29. August 2013 bezeichnet seinerseits beispielhaft verschiedene Verhaltensweisen als marktmissbräuchlich, so etwa: - Käufe und Verkäufe von Effekten mit dem Ziel, die Preise zu bewegen ("Ramping"); - das Verursachen eines Überhangs an Kauf- oder Verkaufsaufträgen durch die Erfassung umfangreicher, potentiell preisbeeinflussender Aufträge im Orderbuch mit dem Ziel, die Bewertung einer Effekte zu beeinflussen; - sowie das Platzieren von Aufträgen im Handelssystem mit dem Ziel, den Anschein von Nachfrage oder Angebot zu erwecken und die Aufträge vor der Ausführung wieder zu löschen ("Spoofing", "Layering").

E. 7.3

Wenn das Bundesverwaltungsgericht davon ausgegangen ist, dass sich die Beschwerdeführerin marktmanipulativ im Sinne von aArt. 33f BEHG verhalten hat, ist dies nicht bundesrechtswidrig:

E. 7.3.1

Das Handelsverhalten der Beschwerdeführerin an allen analysierten Handelstagen, an welchen ihre Händler derivative Instrumente mit der entsprechenden Aktie als Basiswert handelten (fast 300 Stichproben), zeichnete sich dadurch aus, dass ein täuschender Auftragsüberhang im Basiswert, überwiegend auf verschiedenen Preisstufen (Layering) geschaffen wurde und die Aufträge danach sofort wieder gelöscht wurden (irreführende Aufträge), wobei die Beschwerdeführerin im Wert des jeweiligen Derivats profitierte. Die Händler wechselten in einer Handelssequenz sehr häufig die Orderbuchseite und wiederholten so ihr Verhalten mehrfach.

E. 7.3.2

In 275 Fällen haben die Händler der Beschwerdeführerin eine Vielzahl Ordereingaben mit grossen Volumen und dominanten Aufträgen im Orderbuch einer bestimmten Effekte (Basiswert) erfasst; dabei hatte die Beschwerdeführerin vorteilhafte Positionen im dazu gehörenden Derivat, dessen Wert sich vom entsprechenden Basiswert ableitete. In kurzen Zeitintervallen wurden die kurzfristigen, grossvolumigen Aufträge von den Händlern ins Orderbuch eingegeben und rasch wieder gelöscht. Die Löschung erfolgte jeweils kurz nachdem sich der Wert einer Effekte (Basiswert) insbesondere durch die von Dritten eingegebenen Order verändert hatte. Das Vorgehen mit schneller Eingabe und rascher Löschung bildete ein künstliches Verhalten, wodurch sich das Derivat für die Beschwerdeführerin günstig entwickelte.

E. 7.3.3

Die Beschwerdeführerin baute Handelspositionen auf, von denen 99 % (nach der Beschwerdeführerin 89,7 %) innert weniger Sekunden wieder gelöscht wurden. Sie kann für ihr Vorgehen keine marktbedingten Gründe nennen. Mit der Vorinstanz ist deshalb

davon auszugehen, dass die kurze Zeit zwischen Auftrag und Löschung sowie deren hohe Anzahl darauf hinweisen, dass bei diesen Transaktionen kein wirtschaftlicher Hintergrund bestand. Die Beschwerdeführerin bringt nichts vor, das geeignet wäre, die entsprechende Sachverhaltsfeststellung und Beweiswürdigung als offensichtlich unhaltbar erscheinen zu lassen (vgl. vorstehende E. 2).

E. 7.3.4

Die Beschwerdeführerin hat gemäss den Stichproben, welche - entgegen der Kritik der Beschwerdeführerin - von der FINMA in ihrer Verfügung nachvollziehbar dargestellt, kommentiert und qualifiziert wurden, wiederholt vorgetäuscht, eine bestimmte Anzahl eines Wertpapiers zu verkaufen. Andere Marktteilnehmer folgten der durch die Beschwerdeführerin ausgelösten Bewegung, was einen Verkaufsdruck auf die entsprechenden Titel erzeugte. Anschliessend hat die Beschwerdeführerin ihre Verkaufsaufträge jeweils wieder gelöscht, ein paar Sekunden gewartet und ihre Bestände an den entsprechenden Wertpapieren zu tieferen Preisen wieder aufgestockt. Nachdem die Wertpapiere gekauft wurden, reagierte der Markt mit steigenden Kursen, wobei die Beschwerdeführerin die Wertpapiere dann wieder verkaufen konnte.

E. 7.3.5

In fast allen der von der Untersuchungsbeauftragten erhobenen Stichproben fand anschliessend an die Orderbucheingabe ein Seitenwechsel unter Verwendung von Derivaten statt. Das heisst beispielsweise, dass die Beschwerdeführerin anstatt effektiv einen Kauf auszuführen - sobald der Markt auf die eingegebenen Kaufsorder reagiert hatte - die ursprüngliche Kaufsorder löschte und ihre Positionen verkaufte. Die Kursdifferenz entsprach ihrem Gewinn.

E. 7.3.6

Die Beschwerdeführerin vermag nicht darzulegen, welchen tatsächlichen wirtschaftlichen Hintergrund die von ihren Händlern getätigten Transaktionen gehabt hätten. Soweit sie einwendet, sie habe für Liquidität am Markt sorgen wollen bzw. sie habe "Market Making" bzw. "Hedging" betrieben, überzeugen ihre Ausführungen nicht: Liquiditätsbetreiber ("Market Maker") sorgen bei Effekten für fortwährende Angebots- und Nachfragekurse mit beidseitig praktisch identischen Volumen mit dem Ziel, Gewinn mit der Spanne zwischen Geld- und Briefwert zu machen. "Hedging" dient der Kursabsicherung, wobei die Risiken im Basiswert in der Regel durch derivative Positionen kompensiert werden. Es sind keine Elemente ersichtlich, wonach die Beschwerdeführerin sich entsprechend verhalten hätte: Sie stellte Liquidität in hohem Masse nur kurzfristig und einseitig bereit (einseitige Orderbuchüberhänge) und entzog diese regelmässig sofort wieder dem Markt, was - wie die FINMA zu Recht angenommen hat - nicht dem Verhalten eines "Market Makers" entspricht. Inwiefern die Beschwerdeführerin "Hedging" betrieben haben soll, ist nicht ersichtlich und wird von ihr nicht dargetan.

E. 8.1

Die Annahme des Bundesverwaltungsgerichts, dass die Beschwerdeführerin die aufsichtsrechtlichen Regeln schwer verletzt habe, weshalb der Liquidationserlös eingezogen werden könne (Art. 35 BEHG), verletzt bei dieser Ausgangslage kein Bundesrecht: Marktmanipulation ist explizit verboten. Mit aArt. 33f BEHG und heute Art. 143 des Bundesgesetzes vom 19. Juni 2015 über die Finanzmarktinfrastuktur und das Marktverhalten im Effekten- und Derivativehandel (Finanzmarktinfrastukturgesetz;

FinfraG, SR 958.1; vgl. MAURENBRECHER/HANSLIN, in: Watter/Bahar, BSK Finanzmarktaufsichtsgesetz und Finanzmarktinfrastukturgesetz, 3. Aufl. 2019, N. 25 ff. zu Art. 143 FinfraG) sollen der Funktionsschutz nach Art. 5 FINMAG (Fassung vom 22. Juni 2007) sichergestellt und die Anleger in ihrem Vertrauen geschützt werden, dass die Börsenkurse auf einem echten Angebots- und Nachfrageverhalten der Marktteilnehmer und keinen manipulativen Eingriffen beruhen. Durch ihre Marktmanipulation hat die Beschwerdeführerin systematisch gegen aArt. 33f BEHG verstossen. Aufgrund der Dauer und der Planmässigkeit ihres Handelns wiegt die festgestellte Aufsichtsrechtsverletzung schwer.

E. 8.2

Die Beschwerdeführerin bestreitet die Berechnung des einzuziehenden Gewinns nur allgemein; sie setzt sich mit den diesbezüglichen Ausführungen im angefochtenen Entscheid nicht weiter auseinander. Soweit sie geltend macht, die Einziehung sei nicht gerechtfertigt und treffe sie hart, ist zu berücksichtigen, dass ihre Liquidation im Verfahren 2C_318/2020 als verhältnismässig gewertet und die Beschlagnahme nicht über den Liquidationswert hinaus angeordnet worden ist. Für die Berechnung hat die FINMA auf die Zeit vom 1. Mai 2013 bis Ende 2015 abgestellt. Das Bundesverwaltungsgericht hat seinerseits im Rahmen der Liquidation das einbezahlte Eigenkapital von Fr. 100'000.-- von der Beschlagnahme ausgenommen.

E. 9.1

Die Beschwerde erweist sich damit als unbegründet und ist deshalb abzuweisen, soweit darauf eingetreten wird.

E. 9.2

Dem Verfahrensausgang entsprechend wird die unterliegende Beschwerdeführerin kostenpflichtig (Art. 66 Abs.1 BGG). Es sind keine Parteientschädigungen geschuldet (Art. 68 Abs. 3 BGG).

E. 9.3

Mit dem vorliegenden Entscheid in der Sache selber wird das Gesuch um Erlass einer vorsorglichen Massnahme gegenstandslos.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.