

BVGer B-5579/2013 vom 14. Oktober 2014

Bundesverwaltungsgericht, 2014-10-14, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-5579_2013

FR: TAF B-5579/2013 du 14 octobre 2014

IT: TAF B-5579/2013 del 14 ottobre 2014

Regeste

Finanzmarktaufsicht (Übriges)

Erwägungen

E. 1

Das Bundesverwaltungsgericht ist für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig (Art. 54 Abs. 1 des Finanzmarktaufsichtsgesetzes vom 22. Juni 2007 [FINMAG, SR 956.1] i.V.m. Art. 31 f. sowie Art. 33 Bst. e des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32]).

E. 1.1

Zur Beschwerde ist legitimiert, wer vor Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Art. 48 Abs. 1 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 [VwVG, SR 172.021]).

E. 1.1.1

Die Beschwerdeführerin ist eine juristische Person in der Form einer Aktiengesellschaft nach Art. 620 ff. des Obligationenrechts vom 30. März 1911 (OR, SR 220) und als solche partei- und prozessfähig (Art. 6 VwVG). Deren Vertreter haben sich durch schriftliche Vollmacht rechtsgenügend ausgewiesen (Art. 11 VwVG).

E. 1.1.2

Die formelle Beschwer (Art. 48 Abs. 1 Bst. a VwVG) ist ohne Weiteres gegeben. Gleiches gilt für das Erfordernis des besonderen Berührtseins nach Art. 48 Abs. 1 Bst. b VwVG. Strittig und zu beurteilen ist derjenige Teilgehalt der materiellen Beschwer, der sich aus Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG ergibt, d.h. die Frage, ob die Beschwerdeführerin nach Einschränkung des Streitgegenstands auf das in Dispositiv-Ziff. 21 der angefochtenen Verfügung festgelegte Zustimmungserfordernis an dessen Beurteilung noch ein aktuelles Rechtsschutzinteresse hat. Die Beschwerdeführerin bezeichnet die in Dispositiv-Ziff. 21 der angefochtenen Verfügung festgelegte Anordnung als "Informationsverbot", die Vorinstanz spricht vom "Zustimmungserfordernis"; der Einfachheit halber und ohne diesbezügliche gerichtliche Beurteilung wird vorliegend die Terminologie der verfügenden Behörde verwendet.

E. 1.1.3

Die Beschwerdeführerin erklärt, sie verfüge nach wie vor über ein aktuelles Rechtsschutzinteresse. Sie sei durch das Zustimmungserfordernis als solches in ihren

Interessen tangiert, unabhängig davon, ob ein Gesuch von der Vorinstanz positiv oder negativ beantwortet werde. Bereits der Umstand, dass vor einer beabsichtigten Kommunikation um Einwilligung ersucht werden müsse, beinhalte eine Beeinträchtigung gegenüber der Situation, dass sie nach eigenem Ermessen informieren dürfe. Die Ausarbeitung eines Gesuchs sei zeitlich und finanziell, u.a. wegen des Zuzugs externer Berater, aufwändig. Durch das Gesuchsverfahren selbst entstünden zeitliche Verzögerungen, die im Rahmen von Vertragsverhandlungen, die rasche Entscheide erforderten, schwer hinzunehmen seien. Hinzu komme, dass bis zur Beantwortung des Gesuchs nicht frei agiert werden könne, was schwerwiegende Nachteile nach sich ziehen könne. Sie sei darauf angewiesen, umfassend über ihren Entscheid und dessen Gründe informieren zu können, wie sich dies beispielsweise in der Kommunikation gegenüber ihren Mitarbeitenden zeige. Auch im Verhältnis zum United States Departement of Justice (nachfolgend: DoJ) sei die Beschwerdeführerin dringend darauf angewiesen, umfassend informieren zu können; die von der Vorinstanz diesbezüglich genehmigte Kommunikation reiche nicht aus, die Position der Beschwerdeführerin ausreichend erklären zu können. Das Rechtsschutzinteresse habe sich unlängst wieder im Rahmen der Auseinandersetzung mit (Angaben zu einem ehemaligen Mitarbeiter) manifestiert: Dieser fordere gerichtlich u.a. einen Bonus sowie die Änderung seines Arbeitszeugnisses ein. Um sich verteidigen zu können, müsse die Beschwerdeführerin detailliert auf die Leistungen des Betroffenen eingehen können. In diesem Zusammenhang sei sie darauf angewiesen, auch die Existenz und den Ausgang des Enforcementverfahrens erwähnen zu dürfen. Die Beschwerdeführerin habe die Vorinstanz diesbezüglich am 3. März 2014 um Zustimmung ersucht. Am 6. März 2014 habe die Vorinstanz mitgeteilt, dass das Zustimmungserfordernis auch für die Offenlegung im arbeitsrechtlichen Verfahren gelte und sie habe die Beschwerdeführerin aufgefordert, den genauen Wortlaut der zur Offenlegung bestimmten Tatsachen mitzuteilen. Man habe beim zuständigen Gericht am 7. März 2014 ein Fristerstreckungsgesuch zur Erstattung der Klageantwort um 14 Tage einreichen müssen, das gleichentags mit der Begründung abgewiesen worden sei, dass kein echter Notfall vorliege. Der Beschwerdeführerin sei jedoch im Nachgang aufgrund der versäumten Klageantwort eine Nachfrist bis zum 24. März 2014 gewährt worden. Sie habe am 21. März 2014 der FINMA den Entwurf zur Klageantwort eingereicht und darin auf Aufforderung derselben beantragt, die Öffentlichkeit vom Verfahren auszuschliessen. Die FINMA habe am 24. März 2014 mitgeteilt, sie erhebe keine Einwände, sofern die Offenlegung zwingend erforderlich sei, und habe darum gebeten, gewisse Passagen in den einzureichenden Beilagen zu schwärzen.

E. 1.1.4

Die Vorinstanz legt im Wesentlichen dar, durch die öffentlich kommunizierte Aufgabe der Banktätigkeit habe die Beschwerdeführerin kein Rechtsschutzinteresse mehr an der Beurteilung der ursprünglich angefochtenen Verfügung und das Beschwerdeverfahren werde damit gegenstandslos. Vertragsparteien, in- und ausländische Behörden sowie das Aktionariat seien über die Aufgabe der Banktätigkeit informiert worden. Die FINMA habe der Beschwerdeführerin im Übrigen bereits erlaubt, den US-Behörden mitzuteilen, dass sie den Ausstieg aus dem US-Kundengeschäft auf Anweisung der FINMA durchführe. Erst anhand eines konkreten Einzelfalls könne geprüft werden, ob schutzwürdige Interessen beeinträchtigt sein könnten und ob diesen keine überwiegenden öffentlichen Aufsichtsinteressen der FINMA entgegenstünden. Hinsichtlich der Offenlegung von Informationen und Unterlagen im Zivilprozess zwischen der Beschwerdeführerin und (Angaben zu einem ehemaligen Mitarbeiter) sei darauf hinzuweisen, dass das

Zustimmungserfordernis sich einzig auf die Offenlegung der Verfügung beziehe und die Zustimmung rechtzeitig erteilt worden sei. Es liege in der Verantwortung der Beschwerdeführerin, die FINMA rechtzeitig um Zustimmung zu ersuchen, damit allfällige Fristen in anderen Verfahren gewahrt werden könnten. Im Übrigen habe die FINMA auch im Enforcementverfahren gegen (Angaben zu einem ehemaligen Mitarbeiter) die notwendigen Massnahmen zur Wahrung von öffentlichen Geheimhaltungsinteressen getroffen.

E. 1.1.5

Für die Legitimation zur Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht kann die beschwerdeführende Partei die Beeinträchtigung rechtlicher oder tatsächlicher Interessen geltend machen (statt vieler Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-5612/2013 vom 8. April 2014 E. 1.2.1 m.H.). Das Rechtsschutzinteresse besteht im praktischen Nutzen, der sich ergibt, wenn mit der Gutheissung der Beschwerde ein Nachteil wirtschaftlicher, materieller, ideeller oder anderer Natur abgewendet werden kann (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-6272/2008 vom 20. Oktober 2010 E. 1.3.3). Die rechtliche oder tatsächliche Situation muss durch den Ausgang des Beschwerdeverfahrens unmittelbar beeinflusst werden können (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-385/2012 vom 8. Mai 2012 E. 3.2); es genügt somit nicht, wenn noch weitere Entscheide dazwischengeschaltet sind. Das Interesse hat vielmehr unmittelbar und konkret (BGE 135 I 43 E. 1.4) sowie aktuell zu sein (BVGE 2009/31 E. 3.1; zum Ganzen Alfred Kölz/Isabelle Häner/Martin Bertschi, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. Aufl., Zürich 2013, Rz. 941 ff.; Isabelle Häner, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], *Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG]*, Zürich 2008, Rz. 18 ff. zu Art. 48; Vera Marantelli-Sonanini/Said Huber, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], *Praxiskommentar VwVG*, Zürich 2009, Art. 48 N 15).

E. 1.1.6

Die Beschwerdeführerin hat anhand eines konkreten Beispiels darzulegen vermocht, inwiefern sie mit Bezug auf das Zustimmungserfordernis aktuell beeinträchtigt ist; die Sichtweise der Vorinstanz greift zu kurz, wenn sie darlegt, dass die Interessen der Beschwerdeführerin erst dann beeinträchtigt seien, wenn die FINMA zukünftig ein konkretes Zustimmungersuchen ablehnen bzw. beschliessen würde, dass eine Information gegenüber Dritten nicht offen gelegt werden dürfe. Vielmehr ist die Beschwerdeführerin bereits dadurch, dass sie tätig werden muss (Formulierung und Einreichung eines Gesuchs um Offenlegung sowie Vornahme entsprechender Abklärungen), aktuell zumindest in ihren tatsächlichen Interessen beeinträchtigt. Die Vorinstanz verlangt denn auch, dass die Beschwerdeführerin jeweils Angaben zu Art und Umfang der offenzulegenden Informationen, zum Adressatenkreis, zum Zeitpunkt der Offenlegung und zur Form der Offenlegung macht sowie ihre privaten Interessen substantiiert. Durch eine Gutheissung der Beschwerde würde die Beschwerdeführerin davon befreit, die FINMA jeweils um Zustimmung zu ersuchen, weshalb die tatsächliche Situation durch den Ausgang des Beschwerdeverfahrens unmittelbar beeinflusst werden kann. Darin liegt denn auch der praktische Nutzen. Entgegen der Ansicht der FINMA ist das Mitteilungsbedürfnis der Beschwerdeführerin mit Aufgabe ihrer Banktätigkeit offensichtlich nicht dahingefallen. Ein aktuelles Rechtsschutzinteresse kann aufgrund des von der Beschwerdeführerin Dargelegten jedenfalls nicht gänzlich ausgeschlossen werden, weshalb dieses anzuerkennen ist. An diesem Ergebnis vermag auch der Umstand, dass die Vorinstanz schnelle Entscheide

zusichert, diesbezüglich Hand bietet für elektronische und telefonische Voravisierungen sowie mündliche Darlegungen der Offenlegungsgründe bzw. die Einreichung vorsorglicher Zustimmungsgesuche und bis anhin stets rasch entschieden hat, sowie die Obliegenheit der Beschwerdeführerin, rechtzeitig um Zustimmung zu ersuchen, nichts zu ändern. Wie der vom (Angaben zu einem ehemaligen Mitarbeiter) gegen die Beschwerdeführerin geführte Zivilprozess zeigt, könnte das Zustimmungserfordernis u.U. zu schweren Rechtsnachteilen, wie insbesondere dem Verpassen von Fristen, führen. Solches kann auch künftig nicht ausgeschlossen werden.

E. 1.2

Die Beschwerde ist im Übrigen frist- und formgerecht eingereicht worden und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor (Art. 50 Abs. 1, Art. 52 Abs. 1 und Art. 44 ff. VwVG). Auf die Beschwerde gegen das Zustimmungserfordernis ist somit einzutreten.

E. 2

Die Beschwerdeführerin rügt vorab eine Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör.

E. 2.1

Die Beschwerdeführerin bringt vor, die Vorinstanz habe es unterlassen, das Zustimmungserfordernis in der angefochtenen Verfügung zu begründen und habe es in der Folge versäumt, ihre Beweggründe fristgemäss darzulegen, weshalb sie ihr Recht zur Stellungnahme verwirkt habe und die Anordnung in Dispositiv-Ziff. 21 infolge unheilbarer Mangelhaftigkeit aufzuheben sei. Es handle sich um einen schweren Verstoss ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör.

E. 2.2

Aus dem durch Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) gewährleisteten Anspruch auf rechtliches Gehör folgt u.a. die Pflicht der Behörde, ihren Entscheid zu begründen. Die Begründung muss so abgefasst sein, dass der Betroffene erkennen kann, warum die Behörde in einem bestimmten Sinn entschieden hat, so dass er den Entscheid gegebenenfalls sachgerecht anfechten kann. In diesem Sinne müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sich ihr Entscheid stützt (BGE 136 I 229 E. 5.2, BGE 134 I 83 E. 4.1, je m.H.).

E. 2.3

Die Vorinstanz ist ihrer Begründungspflicht mit Bezug auf das Zustimmungserfordernis in der angefochtenen Verfügung zwar nicht genügend nachgekommen und hat insoweit den Anspruch der Beschwerdeführerin auf rechtliches Gehör verletzt. Allerdings hat sie im Rahmen des Schriftenwechsels die entsprechende (ausführliche) Begründung nachgereicht. Dies ist nach der Praxis des Bundesverwaltungsgerichts zulässig, sofern es sich - wie vorliegend - um eine nicht schwerwiegende Verletzung des rechtlichen Gehörs handelt, und führt zur Heilung des Mangels im Beschwerdeverfahren (BVGE 2008/47 E. 3.3.4; Kölz/Häner/Bertschi, a.a.O., Rz. 550, 645; Lorenz Kneubühler, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], Zürich 2008, Rz. 21 zu Art. 35; Felix Uhlmann/Alexandra Schwank, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, Zürich 2009, Art. 38 N 16), zumal sich die Beschwerdeführerin im weiteren Verlauf des Schriftenwechsels bzw. des Beschwerdeverfahrens dazu äussern und damit den Entscheid letztlich sachgerecht

anfechten konnte. Die Rüge erweist sich daher als unbegründet.

E. 3

Zu prüfen ist die Rechtmässigkeit der Anordnung des Zustimmungserfordernisses. In allen weiteren Punkten ist die Verfügung vom 30. August 2013 in Rechtskraft erwachsen.

E. 3.1

Die Beschwerdeführerin bestreitet zunächst das Vorliegen einer (genügenden) gesetzlichen Grundlage für die Anordnung des Zustimmungserfordernisses. Nachfolgend werden die Ausführungen der Parteien eingehend dargelegt, um die von den Parteien geltend gemachte Interessenlage zu verdeutlichen.

E. 3.2

Die Vorinstanz erklärt, die Anordnung sei zur Sicherstellung der Aufsichtsinteressen und der Erfüllung der Aufsichtstätigkeit sowie zum Schutz der Schweizerischen (Aufsichts-)Souveränität und der Gläubiger- und Anlegerinteressen notwendig. Gerade im Bereich des US-Kundengeschäfts habe die FINMA das für eine effiziente und souveräne Aufsichtstätigkeit unabdingbare Vertrauensverhältnis zwischen ihr und den Schweizer Beaufsichtigten wie auch die diesbezügliche Aufsichtsstrategie zu berücksichtigen. Die Anordnung sei im Kontext zu den externen Ereignissen im grenzüberschreitenden US-Kundengeschäft (Steuerkonflikt mit den USA) bzw. deren Auswirkungen auf den Finanzplatz Schweiz zu sehen und sei insbesondere zur Verhinderung einer allfälligen direkten Herausgabe sensibler Daten der Beschwerdeführerin sowie sensibler Informationen zur Aufsichtstätigkeit der FINMA im Zusammenhang mit dem US-Kundengeschäft gegenüber US-Behörden oder anderen ausländischen Behörden erfolgt. Dabei könne jegliche Kommunikation die Stabilität und die Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte beeinträchtigen und damit Auswirkungen auf die Interessen von Gläubigern und Anlegern haben. Ziel sei es, die im aufsichtsrechtlichen Verfahren von Schweizer Beaufsichtigten erlangten sensiblen Informationen (u.a. Einschätzungen zu den Rechtsrisiken [...]; Daten zu Mitarbeitenden, externen Vermögensverwaltern und ebenfalls im Fokus der US-Behörden stehenden Banken) nicht ohne Abwägung der betroffenen Interessen im konkreten Einzelfall an Dritte weiterzugeben. Die Aufsichtsprozesse im Zusammenhang mit dem grenzüberschreitenden US-Kundengeschäft und die daraus resultierenden Inhalte seien einheitlich einem Zustimmungserfordernis unterstellt worden.

E. 3.2.1

Das Zustimmungserfordernis bezwecke die Wahrung der gesetzlichen Bestimmungen zum Schutz von öffentlichen Geheimhaltungsinteressen im nationalen und internationalen Verhältnis sowie die Wahrung des Amtsgeheimnisses durch die FINMA. Bleibe es der Beschwerdeführerin überlassen, über die Offenlegung der Verfügung zu entscheiden, habe die FINMA keine Kontrolle über Art, Umfang und Zeitpunkt der Informationen betreffend ihre Aufsichtstätigkeit und die Einhaltung der einschlägigen nationalen und internationalen Amts- und Rechtshilfebestimmungen. Vorliegend sei ein umfangreiches Massnahmenpaket gestützt auf Art. 31 FINMAG hinsichtlich des US-Kundengeschäfts angeordnet worden. Gestützt darauf sei es mit Blick auf den US-Kontext erforderlich, ein Zustimmungserfordernis für die Weitergabe oder das Zugänglichmachen der Verfügung anzuordnen. Gerade im US-Kontext habe die FINMA erhebliche Souveränitätsinteressen, namentlich, dass gegenüber den US-Behörden die Haltung, die Strategie, die Vorgehensweise sowie die Aufsichtstätigkeit der FINMA nicht ohne ihre Zustimmung

offengelegt würden. Zudem seien die Auswirkungen einer allfälligen Zustimmung zur Offenlegung bestimmter Informationen gegenüber Dritten auf andere Beaufsichtigte sowie auf die Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte zu berücksichtigen.

E. 3.2.2

Eine Kooperation mit den US-Behörden nach Art. 271 des Schweizerischen Strafgesetzbuchs vom 21. Dezember 1937 (StGB, SR 311.0) werde damit, entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin, nicht verhindert: Die vom Bundesrat diesbezüglich erteilte Bewilligung erlaube der Beschwerdeführerin einzig die Lieferung von Informationen zu ihrem US-Kundengeschäft, nicht aber die Übermittlung der vom Zustimmungserfordernis betroffenen Informationen zur Aufsichtstätigkeit der FINMA. Zudem sei der Beschwerdeführerin bereits erlaubt worden, gegenüber dem DoJ offenlegen zu dürfen, dass sie den Ausstieg aus dem US-Kundengeschäft auf Anweisung der FINMA durchführe. Ein Bedürfnis für eine weitergehende Mitteilung gegenüber dem DoJ habe die Beschwerdeführerin nicht vorgebracht.

E. 3.2.3

Ohne das Zustimmungserfordernis würde letztlich eine kohärente Aufsichtsstrategie im US-Kontext vereitelt. Insbesondere könnten andere Beaufsichtigte, die im Fokus der US-Behörden stünden und gegen welche die FINMA Untersuchungen bzw. Enforcementverfahren führe, dem Druck der USA zur direkten Übermittlung von Informationen (z.B. von Verfügungen oder von Untersuchungsberichten) ausgesetzt werden. Die Beschwerdeführerin verkenne, dass die FINMA im Rahmen ihrer öffentlichen Kommunikation gerade den Inhalt ihrer Verfügungen sowie Details zu ihrer Aufsichtstätigkeit nicht offengelegt habe und die angeordneten Massnahmen nicht kommuniziere. Es würden insbesondere keine Namen von betroffenen Instituten genannt. Eine unkontrollierte Kommunikation könne die Verfolgung von Aufsichtsinteressen erheblich beeinträchtigen, weshalb die diesbezügliche Kontrolle durch die FINMA auszuüben sei.

E. 3.2.4

Im Übrigen sei der schriftliche Verkehr mit der FINMA von der Beschwerdeführerin selber unter dem Titel "Supervisory Privilege" ausgeübt worden; sie verhalte sich daher widersprüchlich, wenn sie nun das Zustimmungserfordernis für die Herausgabe von sensitiven Daten in Frage stelle, obwohl sie sich bislang explizit auf diesen Schutz berufen habe. Das "Supervisory Privilege" in dem Sinne als die aufsichtsrechtlich relevante Kommunikation zwischen Aufsichtsbehörde und Beaufsichtigten geschützt und nicht ohne Zustimmung der Aufsichtsbehörde offengelegt werden dürfe, sei in den USA bekannt und, da die US-Behörden selber ein solches Institut kennen würden, auch akzeptiert. Würde der Beschwerdeführerin nun durch die Aufhebung des Zustimmungserfordernisses die Möglichkeit eingeräumt, uneingeschränkt nach eigenem Ermessen zu informieren, hätte dies auch Signalwirkungen für anderen Beaufsichtigte, die sich nicht mehr erfolgreich auf das Zustimmungserfordernis berufen könnten.

E. 3.2.5

Im Rahmen der Untersuchungen erwarte die FINMA von den Betroffenen u.a. eine Einschätzung zu den Rechtsrisiken (...), was eine grosse Kooperationsbereitschaft und Offenheit bedinge. Müssten in Verhandlungen mit den US-Behörden stehende Beaufsichtigte damit rechnen, dass ihre Abklärungen und Einschätzungen zu den

Rechtsrisiken an die US-Behörden weitergeleitet werden könnten, oder würden diese Details sonst bekannt, führe dies dazu, dass die Beaufsichtigten diese Informationen der FINMA nicht mehr offenlegen würden bzw. dass diese erheblich geschädigt würden. Daher seien Aufsichtsprozesse im Zusammenhang mit dem grenzüberschreitenden US-Geschäft bzw. die daraus resultierenden Inhalte einheitlich einem Zustimmungserfordernis unterstellt worden. Teilweise endeten Untersuchungen zum grenzüberschreitenden US-Kundengeschäft mit Enforcementverfügungen, in denen Korrekturmassnahmen angeordnet worden seien. Auch seien Enforcementverfahren gegen natürliche Personen eröffnet worden. Würden Details dazu bekannt, werde die Umsetzung von Korrekturmassnahmen erheblich behindert.

E. 3.2.6

Die Beaufsichtigten müssten nach Art. 29 FINMAG sämtliche Auskünfte erteilen und Unterlagen herausgeben, die diese zur Erfüllung ihrer Aufsichtstätigkeit benötige. Die Verfahren würden dem Amtsgeheimnis nach Art. 14 FINMAG unterliegen. Die Informationen, die sich aus der Verfügung ergäben, seien vom Amtsgeheimnis umfasst. Die FINMA müsse die Geheimhaltungsinteressen der Beaufsichtigten, wie z.B. deren Geschäftsgeheimnisse und Berufsgeheimnisse, insbesondere das Bankkundengeheimnis, wahren. Das Amtsgeheimnis schütze jedoch nicht nur private Interessen der Beaufsichtigten, sondern auch öffentliche Interessen, wenn durch die Offenlegung eines Geheimnisses dem Staat, seinen Behörden oder deren Mitgliedern ein Nachteil entstehen könne.

E. 3.2.7

Die Verfahren seien nicht öffentlich (Art. 22 Abs. 2 FINMAG). Zudem sei die FINMA vom Anwendungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes vom 17. Dezember 2004 (BGÖ, SR 152.3) ausgenommen, weil sie ihre Aufgaben in einem politisch und wirtschaftlich besonders heiklen Umfeld zu erfüllen habe. Bei der Zusammenarbeit mit inländischen Behörden (Art. 38 ff. FINMAG) könne die Bekanntgabe von nicht öffentlich zugänglichen Informationen und die Herausgabe von Akten von der FINMA insbesondere dann verweigert werden, wenn dadurch die Erfüllung ihrer Aufsichtstätigkeit beeinträchtigt würde oder sie mit den Zielen der Finanzmarktaufsicht oder mit deren Zweck nicht vereinbar sei (Art. 40 Bst. b und c FINMAG). Daraus könnten Aufsichts- und Geheimhaltungsinteressen abgeleitet werden, die einer Weiterleitung von Informationen entgegenstünden. Die Zusammenarbeit mit ausländischen Behörden richte sich demgegenüber nach den einschlägigen Amts- und Rechtshilfebestimmungen, welche die Einhaltung des Amtsgeheimnisses sowie die schweizerische (Aufsichts-)Souveränität sicherstellten. Für die Übermittlung von nicht öffentlich zugänglichen Auskünften und Unterlagen an ausländische Finanzmarktaufsichtsbehörden gelte Art. 42 Abs. 2-4 FINMAG. Es stehe im pflichtgemässen Ermessen der FINMA zu prüfen, welche für ihre Aufsichtstätigkeit relevanten Informationen im Bereich der internationalen Amtshilfe ausländischen Behörden herausgegeben werden könnten. Beaufsichtigte dürften durch unautorisierte Offenlegung von Informationen diese Bestimmungen nicht unterlaufen. Die Prüfung, ob und in welchem Umfang im Einzelfall eine solche Zusammenarbeit stattfinde, obliege vielmehr der FINMA, ansonsten Art. 271 StGB (verbotene Handlungen für einen fremden Staat) verletzt werden könnte. Sämtliche vorgenannten Bestimmungen hätten die Kodifizierung öffentlicher Geheimhaltungsinteressen zum Ziel. Das Zustimmungserfordernis bezwecke deren Durchsetzung und stütze sich somit auf diese ab.

E. 3.3

Die Beschwerdeführerin ihrerseits macht geltend, für die Anordnung des Zustimmungserfordernisses fehle eine gesetzliche Grundlage. Sie sei durch die Anordnung ferner in grundrechtlich geschützten Rechtspositionen (Meinungs- und Informationsfreiheit, Recht auf informationelle Selbstbestimmung, Wirtschaftsfreiheit, Eigentumsgarantie) beeinträchtigt, wobei es sich dabei um einen schweren Eingriff handle. Aus dem Umstand, dass der Gesetzgeber öffentliche Geheimhaltungsinteressen kodifiziert habe, lasse sich nicht schliessen, dass damit auch eine gesetzliche Grundlage für die Anordnung eines Zustimmungserfordernisses geschaffen worden sei.

E. 3.3.1

Das Zustimmungserfordernis sei keine Massnahme zur Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustands, weshalb diese nicht auf Art. 31 FINMAG abgestützt werden könne. Das Amtsgeheimnis biete aufgrund des Wortlauts und seines Schutzzwecks keine gesetzliche Grundlage für die Anordnung eines Zustimmungserfordernisses gegen eine Verfahrenspartei. Täter einer Amtsgeheimnisverletzung nach Art. 320 StGB könne denn auch nur ein Behördenmitglied sein (echtes Sonderdelikt). Eine Verpflichtung zur Verschwiegenheit für die von einem Verfahren Betroffenen lasse sich aus dem Amtsgeheimnis nicht herleiten. Aus Art. 22 Abs. 2 FINMAG lasse sich ebenfalls keine entsprechende Anordnungscompetenz ableiten. Auch die Bestimmungen über die Amts- und Rechtshilfe würden keine gesetzliche Grundlage bieten, da der Gesetzgeber damit die Position der Verfahrensparteien verbessern wollte, d.h. dass die gesetzlichen Bestimmungen dem Schutz der betroffenen Privaten dienten. Aus den einschlägigen Bestimmungen einen Schutz der Rechts- und Amtshilfe leistenden Behörde bzw. Staates ableiten zu wollen, sei sachfremd. Aus dem BGÖ lasse sich ebenfalls nichts für den Standpunkt der FINMA ableiten. Hätte der Gesetzgeber den Beaufsichtigten verbieten wollen, nach eigenem Ermessen über die gegen sie geführten Verfahren zu informieren, hätte er eine entsprechende Beschränkung ohne Weiteres in das Finanzmarktaufsichtsgesetz aufnehmen können.

E. 3.3.2

Der Verweis auf Art. 271 StGB gehe fehl. Die Beschwerdeführerin verfüge über eine entsprechende Bewilligung des Bundesrates, wonach ihr die Kooperation mit den US-Behörden ausdrücklich gestattet sei. Seit Erteilung dieser Bewilligung würden regelmässig Kontakte mit dem DoJ stattfinden, was der Vorinstanz bekannt sei. Ein Zustimmungserfordernis mit dem Zweck, den Austausch mit US-Behörden zu unterbinden, würde sich über die Bewilligung des Bundesrates hinwegsetzen. Aus Art. 271 StGB i.V.m. Art. 31 der Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung vom 25. November 1998 (RVOV, SR 172.010.1) ergebe sich, dass es gerade nicht in der Kompetenz der Vorinstanz liege, zu entscheiden, ob und gegebenenfalls wie eine Person mit ausländischen Behörden kooperieren dürfe. Ein öffentliches Interesse an einer Kontrolle der Kommunikation zwischen der Beschwerdeführerin und ausländischen Behörden durch die FINMA bestehe vorliegend offensichtlich nicht. Entgegen ihren Ausführungen sei sodann nicht von Relevanz, ob die vom Zustimmungserfordernis betroffenen Informationen mit denjenigen gemäss der vom Bundesrat erteilten Bewilligung identisch seien oder nicht.

E. 3.3.3

Die Vorinstanz verkenne den Zweck der Amts- und Rechtshilfebestimmungen: Diese wollten es einer Person nicht verbieten, freiwillig mit einer ausländischen Behörde zu kooperieren. Eine solche Kooperation sei erlaubt, soweit nicht gegen Art. 271 StGB verstossen werde. Wenn der Gesetzgeber der FINMA Verweigerungsgründe eingeräumt habe, mit welchen diese die Bekanntgabe von nicht-öffentlichen Informationen gegenüber anderen Behörden verweigern könne, bedeute dies nicht, dass die FINMA auch die Kommunikation der Beaufsichtigten beschränken dürfe. Überdies handle es sich bei den von der FINMA ermittelten Daten ausschliesslich um solche, die sich in der Rechtssphäre der Beschwerdeführerin befinden würden; die Verfügung sowie der Bericht der Untersuchungsbeauftragten enthielten, abgesehen von öffentlich bekannten Informationen, keine Informationen über Umstände oder Begebenheiten ausserhalb der Rechtssphäre der Beschwerdeführerin. Insbesondere seien keine amtsinternen Informationen darin enthalten. Auch hinsichtlich allfälliger vom Bankgeheimnis geschützter Informationen sei nicht die FINMA Geheimnisherrin, sondern dies seien die betroffenen Bankkunden. Der Entscheid über die Preisgabe unter Geheimnisschutz stehender Informationen obliege den betroffenen Privaten.

E. 3.3.4

Des Weiteren scheine die FINMA davon auszugehen, dass ein Bekanntwerden des Umstands, dass eine Verletzung von aufsichtsrechtlichen Bestimmungen seitens der Beschwerdeführerin festgestellt worden sei, die Position der übrigen Schweizer Banken schwächen könne. Jedoch sei den US-Behörden und der Öffentlichkeit bereits bekannt, dass es im Zusammenhang mit dem grenzüberschreitenden US-Kundengeschäft von Schweizer Banken zu Rechtsverletzungen gekommen sei. Hinzu komme, dass aufgrund des Verfahrens vor der Vorinstanz nicht feststehe, ob die Beschwerdeführerin gegen US-Recht verstossen habe. Zudem habe die Vorinstanz selber bereits öffentlich bekannt gemacht, dass sie bei mehreren Banken ein Fehlverhalten hinsichtlich des grenzüberschreitenden US-Kundengeschäfts festgestellt habe (vgl. bspw. NZZ vom 29. November 2013, Artikel von Patrick Raaflaub; in diesem Artikel werde gleichsam empfohlen, sich für die Kategorie 2 des unilateralen US-Programms zu entscheiden). Mit Blick darauf könne nicht ernsthaft behauptet werden, das Bekanntwerden des Verfahrens gegen die Beschwerdeführerin vermöge den Finanzplatz Schweiz zu erschüttern. Dass eine Anordnung der Vorinstanz auf einen bestimmten Zweck ausgerichtet sei, mache eine gesetzliche Grundlage für die Anordnung nicht entbehrlich; andernfalls könnten für die Durchsetzung der von der FINMA verfolgten Interessen beliebige Massnahmen ergriffen werden.

E. 3.3.5

Die FINMA substantiiere überdies nicht, welche Teile der Verfügung sensitive Informationen über ihre Aufsichtstätigkeit enthielten und aus welchen Passagen der Verfügung sich geheimhaltungswürdige Informationen betreffend ihre Haltung, Strategie oder Vorgehensweise ergeben sollten. Eine übersichtsartige Beschreibung des üblichen Vorgehens der FINMA finde sich bereits auf ihrer Webseite. Entsprechende Informationen könnten auch aus der publizierten Praxis und einer Fülle von wissenschaftlichen Publikationen entnommen werden. Die Verfügung enthalte in dieser Hinsicht keine sensitiven Daten. Darüber hinaus seien auch keine sensitiven Informationen über andere Beaufsichtigte bzw. über allfällige gegen andere Beaufsichtigte geführte Verfahren enthalten. Im Übrigen habe es die FINMA jeweils in der Hand, allfälligen Geheimhaltungsinteressen bei der Redaktion der Verfügung Rechnung zu tragen.

Schliesslich enthalte die Verfügung keine Namen von Instituten, von welchen nicht ohnehin bekannt sei, dass sie im Fokus der US-Behörden stünden. Weiter könne die FINMA mit dem allgemeinen Hinweis auf das zu erhaltende Vertrauensverhältnis zwischen ihr und den Beaufsichtigten nichts zu ihren Gunsten ableiten. Es sei nicht ersichtlich, inwiefern es für die Funktionsfähigkeit der Märkte und die Berücksichtigung von Gläubiger- und Anlegerinteressen erforderlich sei, dass die von einem Verfahren Betroffenen nicht nach eigenem Ermessen über dieses informieren dürften. Dies gelte umso mehr für ein - wie vorliegend - bereits abgeschlossenes Verfahren. Es sei mit rechtsstaatlichen Grundsätzen unvereinbar, wenn die Verteidigungsstrategie der einzelnen Beaufsichtigten nicht mehr durch diese selbst bestimmt werden könne, sondern durch die FINMA vorgenommen werde. Die Entscheidung, ob und in welchem Umfang die Beaufsichtigten im Rahmen der gesetzlichen Ordnung mit den USA kooperierten, müsse diesen überlassen werden. Selbst wenn man es für wünschenswert erachten würde, die Kommunikation gegenüber den US-Behörden für sämtliche Beaufsichtigte zentral zu steuern, ändere dies nichts am Erfordernis einer entsprechenden gesetzlichen Grundlage, die im geltenden Recht offensichtlich fehle.

E. 3.4

Aus dem Legalitätsprinzip (Art. 5 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101]) folgt, dass die Staatstätigkeit, mithin auch die Aufsichtstätigkeit (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-6603/2010 vom 21. April 2011 E. 2.3), nur aufgrund und nach Massgabe von generell-abstrakten Rechtsnormen ausgeübt werden darf, die genügend bestimmt und vorhersehbar sind. Grundanliegen des Bestimmtheitsgebots sind die Gewährleistung von Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit (Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich/St. Gallen 2010, Rz. 386 ff.; Pierre Tschannen/Ulrich Zimmerli/Markus Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Bern 2014, § 19 Rz. 19). Verlangt ist eine den jeweiligen Verhältnissen angemessene optimale Bestimmtheit bzw. eine unter Berücksichtigung aller massgebenden Gesichtspunkte, namentlich auch der Voraussehbarkeit der Verhältnisse, optimale Determinierung (BGE 139 II 243 E. 10, BGE 138 I 6 E. 5.3, BGE 136 I 87 E. 3.1, BGE 127 V 431 E. 2b/aa). Ferner verlangt das Legalitätsprinzip, dass wichtige oder wesentliche Rechtsnormen in die Form des Gesetzes (im formellen Sinn) zu kleiden sind. Für einen schweren Grundrechtseingriff ist daher eine klare und eindeutige Grundlage in einem Gesetz erforderlich (Art. 36 Abs. 1 BV). Je schwerwiegender und intensiver ein Eingriff in den Schutzbereich eines Grundrechts ist, desto strengere Anforderungen sind an die Normdichte und Normstufe zu stellen. Das Legalitätsprinzip stellt je nach Art und Wirkung eines aufsichtsrechtlichen Vollzugsinstruments unterschiedliche Anforderungen an das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage. Aufsichtsrechtliche Massnahmen beispielsweise, die ausschliesslich der Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustands dienen, bedürfen grundsätzlich keiner expliziten gesetzlichen Grundlage, sofern die zu vollziehende Verhaltenspflicht auf einer hinreichenden gesetzlichen Grundlage beruht (Martin Karl Weber, Informationsmissbrauch im Finanzmarkt, Zürich 2013, S. 24).

E. 3.4.1

Die Vorinstanz leitet die Verfügungsgrundlage für die Anordnung des Zustimmungserfordernisses aus verschiedenen gesetzlich geschützten (öffentlichen) Geheimhaltungsinteressen im nationalen und internationalen Verhältnis und aus ihren

Aufsichtsinteressen ab, indem sie darlegt, das Zustimmungserfordernis bezwecke deren Durchsetzung und stütze sich somit auf diese. Zudem stützt sie die angeordnete Massnahme auf das Amtsgeheimnis.

E. 3.4.2

Art. 14 FINMAG statuiert das Amtsgeheimnis für die FINMA. Personal und Organe sind zur Verschwiegenheit über amtliche Angelegenheiten verpflichtet. Dem Amtsgeheimnis unterstehen nach Art. 14 Abs. 3 FINMAG auch alle von der FINMA Beauftragten. Dieses verpflichtet sie, alles geheim zu halten, was weder allgemein bekannt noch allgemein zugänglich ist und woran die FINMA oder Dritte, die in einer Rechtsbeziehung zu ihr stehen, ein schutzwürdiges Geheimhaltungsinteresse haben. In diesem Rahmen hat die Aufsichtsbehörde auch die Geheimhaltungsinteressen der Beaufsichtigten, namentlich deren Geschäfts- und Berufsgeheimnisse, wozu auch das Bankkundengeheimnis zählt, zu wahren (Botschaft zum Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht [Finanzmarktaufsichtsgesetz; FINMAG] vom 1. Februar 2006, BBl 2006, 2829 ff., 2867, nachfolgend: Botschaft FINMAG; BGE 137 II 431 E. 2.1.1). Ausgenommen von der Geheimhaltungspflicht ist alles, was die FINMA aufgrund ihrer Aufsichtstätigkeit bekannt geben muss bzw. was sie mit Einwilligung der betroffenen Personen bekannt gibt (Guido E. Urbach/Oliver Widmer, in: Watter/Vogt [Hrsg.], Basler Kommentar, Börsengesetz, Finanzmarktaufsichtsgesetz, 2. Aufl., Basel 2011, Art. 14 N 4). Schliesslich fällt nicht unter das Amtsgeheimnis, was Mitarbeitende der FINMA privat erfahren oder auch privat hätten in Erfahrung bringen können. Die Verletzung des Amtsgeheimnisses ist nach Art. 320 i.V.m. Art. 110 Abs. 3 StGB strafbar. Als Täter kommen grundsätzlich alle Mitarbeitenden der FINMA in Frage. Es handelt sich somit, wie die Beschwerdeführerin zutreffend ausführt, um ein echtes Sonderdelikt. Das Amtsgeheimnis bindet jedoch die FINMA und nicht die Beaufsichtigten. Soweit die Vorinstanz vorbringt, das Amtsgeheimnis schütze nicht nur private Interessen der Beaufsichtigten, sondern auch öffentliche Interessen, wenn durch die Offenlegung eines Geheimnisses dem Staat, seinen Behörden oder deren Mitgliedern ein Nachteil entstehen könne, ist festzustellen, dass sich aus dem Amtsgeheimnis selbst bzw. allein keine Verfügungskompetenz ergibt, die das vorliegend zu beurteilende Zustimmungserfordernis umfassen würde.

E. 3.4.3

Gemäss Art. 22 Abs. 2 FINMAG informiert die FINMA nicht über einzelne Verfahren, es sei denn, es bestehe dafür ein besonderes aufsichtsrechtliches Bedürfnis, insbesondere, wenn die Information nötig ist zum Schutz der Marktteilnehmer oder der Beaufsichtigten, zur Berichtigung falscher oder irreführender Informationen oder zur Wahrung des Ansehens des Finanzplatzes Schweiz. Eine solche Information dient nur aufsichtsrechtlichen Zielen; sie darf nicht erfolgen, um einen Beaufsichtigten zu bestrafen, sondern nur, um den Bedürfnissen der Öffentlichkeit nach Transparenz und Information gerecht zu werden (Dina Beti, "Mitgegangen - mitgefangen - mitgehungen": Von illegalen "Gruppentätern" und Internet-"Anprangerungen", Aktuelle Themen der FINMA aus Sicht des Bundesgerichts, in: Eidgenössische Finanzmarktaufsicht finma [Hrsg.], Sonderbulletin, 2/2013, S. 90 ff., 101 m.H.). Aus Art. 22 Abs. 2 FINMAG fliesst das Grundprinzip der Geheimhaltung durch die FINMA im Bereich einzelner Verfahren. Die FINMA hat sowohl im Rahmen der generellen Information über die Aufsichtstätigkeit, -politik und -praxis (vgl. Art. 22 Abs. 1 FINMAG) als auch bei der Veröffentlichung von Informationen betreffend einzelner, laufender Verfahren den Schutz der Persönlichkeitsrechte zu wahren (Art. 22

Abs. 4 FINMAG) sowie das Amtsgeheimnis (vgl. E. 3.4.2) zu beachten. In jedem Einzelfall ist aufgrund einer Interessenabwägung (Interessen Dritter an einer Geheimhaltung vs. Interesse der Öffentlichkeit, Informationen zu erhalten) zu ermitteln, welche Informationen veröffentlicht werden können (zum Ganzen François Rayroux/Shellby du Pasquier, in: Watter/Vogt [Hrsg.], Basler Kommentar, Börsengesetz, Finanzmarktaufsichtsgesetz, 2. Aufl., Basel 2011, Art. 22 N 21 f., 33; Botschaft FINMAG, S. 2874 f.). Adressatin dieser Bestimmung, die das Amtsgeheimnis lockert, ist die FINMA, indem dadurch ihre externe Kommunikation geregelt wird; sie richtet sich nicht an die Beaufsichtigten. Diesbezügliche Pflichten der Beaufsichtigten lassen sich aus Art. 22 Abs. 2 FINMAG nicht herleiten. Gestützt auf diese Norm kann den Beaufsichtigten nicht verboten werden, die Öffentlichkeit oder Dritte über laufende oder abgeschlossene Aufsichtsverfahren zu informieren; ebenso wenig bildet die Norm eine Grundlage, um gegen die Beaufsichtigten Auflagen betreffend ihre Informationstätigkeit nach aussen zu verfügen.

E. 3.4.4

Was die Heranziehung der Amts- und Rechtshilfebestimmungen, insbesondere die von der Vorinstanz angeführten Art. 40 FINMAG für das nationale Verhältnis und Art. 42 Abs. 2-4 FINMAG für die Zusammenarbeit mit ausländischen Finanzmarktaufsichtsbehörden, betrifft, ist festzuhalten, dass diese Bestimmungen sich an die jeweils ersuchte Behörde, vorliegend die FINMA, richten und dabei u.a. festlegen, unter welchen Voraussetzungen die Amtshilfe gewährt werden kann. Gestützt darauf kann keine Grundlage für die Anordnung eines Zustimmungserfordernisses angenommen werden. Die Vorinstanz legt diesbezüglich im Wesentlichen dar, dass Beaufsichtigte durch unautorisierte Offenlegung von Informationen diese Bestimmungen nicht unterlaufen dürften; die Prüfung, ob und in welchem Umfang im Einzelfall eine solche Zusammenarbeit stattfindet, obliegt der FINMA, ansonsten Art. 271 StGB (verbotene Handlungen für einen fremden Staat) erfüllt sei. Hierzu ist festzuhalten, dass sich die Beschwerdeführerin ohnehin an die geltende Rechtsordnung zu halten hat und überdies über eine entsprechende Bewilligung des Bundesrates für bestimmte Bereiche und unter bestimmten Bedingungen verfügt, so dass im Rahmen dieser Bewilligung die Strafbarkeit nach Art. 271 StGB entfällt. Es ist nicht zu erkennen, inwiefern eine Information, die weder Persönlichkeitsrechte Dritter noch Art. 271 StGB oder das Bankkundengeheimnis verletzt, die Interessen der vom Amtshilfeverfahren Betroffenen oder die Durchführung eines entsprechenden Verfahrens in der Schweiz behindern könnte. Ein Zustimmungserfordernis könnte sich zwar auf internationale Abkommen stützen, doch macht die FINMA keine solchen Abkommen geltend. Ob das Recht des ersuchenden Staates eine Information über ihre Rechts- bzw. Amtshilfeersuchen verbietet, ist für die vorliegend interessierende Frage unerheblich, zumal die angefochtene Verfügung auch kein Amts- bzw. Rechtshilfeverfahren betrifft.

E. 3.4.5

Eine weitere rechtssatzmässige Grundlage, die der FINMA erlauben würde, eine entsprechende Anordnung zu treffen, ist, auch spezialgesetzlich, nicht ersichtlich. Insbesondere kann das Zustimmungserfordernis nicht auf die Generalklausel (mit Bezug auf die Aufsichtsinstrumente) von Art. 31 FINMAG abgestützt werden, die es der FINMA erlaubt, neben den explizit im FINMAG oder in einem anderen Finanzmarktgesetz (vgl. Art. 1 FINMAG) erwähnten spezifischen Massnahmen unter Wahrung der verwaltungsrechtlichen Grundprinzipien weitere Massnahmen (auch superprovisorischer bzw. vorsorglicher Natur) zu ergreifen (Katja Roth Pellanda, in: Watter/Vogt [Hrsg.],

Basler Kommentar, Börsengesetz, Finanzmarktaufsichtsgesetz, 2. Aufl., Basel 2011, Art. 31 N 9), sofern sie, nach dem klaren Wortlaut der Bestimmung, der Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustands dienen, was vorliegend zu verneinen ist. Dem Zustimmungserfordernis kann auch kein präventiver Charakter mit Blick auf die Verhinderung künftiger Rechtsverletzungen zugebilligt werden, was gestützt auf Art. 31 FINMAG ebenfalls zulässig wäre (Roth Pellanda, a.a.O., Art. 31 N 6). Eine Regelung auf niedriger Stufe, die durch eine Delegationsbestimmung legitimiert wäre (vgl. Art. 7 Abs. 1 FINMAG), ist ebenfalls nicht ersichtlich. Auch enthält die Enforcement-Policy der FINMA (abrufbar unter <http://www.finma.ch/Enforcement> - Begriff, besucht am 14. Oktober 2014) keinen entsprechenden Grundsatz; auch Grundsatz 13 betreffend "Zurückhaltende Kommunikation über Enforcement" ist nicht einschlägig. Aus der Aufsichtskompetenz der FINMA über Beaufsichtigte lässt sich ebenfalls keine Grundlage für einen Informationsfreigabevorbehalt der Aufsichtsbehörde ableiten, da keine entsprechende Verhaltenspflicht der Beaufsichtigten normiert ist. Es handelt sich vorliegend auch nicht um eine untergeordnete Massnahme, die sich aus den anderen gestützt auf Art. 31 FINMAG verfügten Massnahmen als logische Folge ergeben würde; vielmehr tangiert sie die Beschwerdeführerin zumindest mit Bezug auf die eigenen Informationen in ihrem Recht auf informationelle Selbstbestimmung, auf das sich auch juristische Personen berufen können (zum Umgang der FINMA mit Personendaten vgl. Rayroux/du Pasquier, a.a.O., Art. 22 N 28).

E. 3.4.6

Entgegen der Auffassung der Vorinstanz, ergibt sich auch nicht aus der Gesamtheit der Bestimmungen, welche die Geheimhaltung der eingreifenden Verfahren der FINMA garantieren (Art. 14, Art. 22 Abs. 2, Art. 40, Art. 42 Abs. 2-4 FINMAG sowie Art. 2 Abs. 2 BGÖ), eine genügende gesetzliche Grundlage für die Anordnung eines Zustimmungserfordernisses (a.M. Urs Zulauf/David Wyss/Kathrin Tanner/Michel Kähr/Claudia M. Fritsche/Patric Eymann/Fritz Ammann, Finanzmarktenforcement, 2. Aufl., Bern 2014, S. 301, die keinen Grund sehen, weshalb die FINMA in Ausnahmekonstellationen zum Schutz von Drittinteressen nicht ein Informationsverbot für die Parteien soll anordnen dürfen). Ob öffentliche Interessen, insbesondere an einem guten Ruf des schweizerischen Finanzplatzes und seiner Aufsichtsbehörde, letzterer u.U. ermöglichen könnten, einem Beaufsichtigten zu untersagen, über ein gegen ihn geführtes Aufsichtsverfahren ohne vorgängige Zustimmung der FINMA zu informieren, kann vorliegend offen bleiben, da die von der FINMA vorgebrachten Interessen sich in pauschalen, unbelegten Behauptungen erschöpfen, die im Lichte des konkreten Falls keine genügende Grundlage für das hier strittige Vorgehen bilden.

E. 3.5

Finanzmarktrechtlichen Massnahmen müssen überdies - wie jedes staatliche Handeln - verhältnismässig sein (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-6815/2013 vom 10. Juni 2014 E. 6.1 in fine). Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit verlangt dabei, dass die behördliche Massnahme für das Erreichen eines im übergeordneten öffentlichen (oder privaten) Interesse liegenden Ziels geeignet, erforderlich und für den Betroffenen zumutbar ist. Zulässigkeitsvoraussetzung bildet mithin eine vernünftige Zweck-Mittel-Relation (BGE 136 II 43 E. 3.3). Dies ist vorliegend aus den nachfolgenden Gründen, jedenfalls im heutigen Zeitpunkt, zu verneinen. Zu erinnern ist insbesondere daran, dass die Beschwerdeinstanz ihren Entscheid grundsätzlich gestützt auf den rechtserheblichen

Sachverhalt im Urteilszeitpunkt zu treffen hat (vgl. statt vieler Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-4767/2010 vom 31. März 2014 E. 4.4.3; Hansjörg Seiler, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, Zürich 2009, Art. 54 N 19).

E. 3.5.1

Die Beschwerdeführerin hat die Aufgabe ihres Bankengeschäfts über die Medien kommuniziert. Zudem kooperiert sie im Rahmen der vom Bundesrat erteilten Bewilligung bereits mit den US-Behörden (vgl. E. 3.4.4 in fine). Die FINMA hat der Beschwerdeführerin ausserdem erlaubt, das DoJ betreffend die Aufgabe des US-Kundengeschäfts auf deren Anweisung hin zu informieren. Die Presse hat über die Rolle der Schweizer Banken hinsichtlich des Steuerkonflikts mit den USA und das unilaterale US-Programm eingehend berichtet; die Beschwerdeführerin ist dabei stets namentlich genannt worden. Soweit die FINMA somit Daten der Beschwerdeführerin, die im Rahmen des Enforcementverfahrens aufgrund ihrer Mitwirkungspflicht entstanden bzw. vorhanden sind, als schützenswert bzw. nicht bereits bekannt einstuft, kann festgehalten werden, dass durch die Anordnung eines Zustimmungserfordernisses dessen Zweck insoweit nicht mehr erreicht werden kann. Welche Angaben die Verfügung enthalten soll, die nicht publik werden dürften, substantiiert die FINMA in keiner Weise. Es ist auch nicht ersichtlich, welche Angaben über die vergangene Geschäftsaktivität der Beschwerdeführerin und über die verfügten eingreifenden Massnahmen eine Geheimhaltung aus öffentlichen Interessen gebieten oder rechtfertigen könnten. Geheimhaltungsinteressen (unbeteiligter) Dritter macht die Vorinstanz nicht geltend und sind ebenfalls nicht auszumachen. Entgegen den Vorbringen der Vorinstanz bestehen darüber hinaus keine Anhaltspunkte für eine mögliche Beeinträchtigung der Kooperationsbereitschaft anderer Beaufsichtigter in laufenden oder künftigen Verfahren. Vielmehr können diese weiterhin auf die Geheimhaltung der Verfahren durch die FINMA vertrauen. In der Verfügung sind weiter keine Informationen enthalten, die nicht bereits bekannt wären oder geeignet erscheinen würden, die künftige Arbeit der FINMA zu erschweren, ihre kohärente Aufsichtsstrategie oder die öffentlichen Interessen im Steuerkonflikt mit den USA zu gefährden. Die von der FINMA als geheimhaltungswürdig angeführten Informationen sind - zumindest teilweise - bekannt oder gar auf ihrer Webseite zugänglich, wie die Beschwerdeführerin zutreffend ausführt. Der Einwand der Vorinstanz, wonach die Veröffentlichung ihrer Verfügung ausländische Behörden, vorab jene der USA wie das DoJ, einen unerwünschten Einblick in ihre Aufsichtstätigkeit erlauben würde und dadurch öffentliche Interessen gefährden könnte, erschöpft sich in pauschalen, nicht substantiierten Gefährdungsszenarien. Das Zustimmungserfordernis erweist sich daher vorliegend weder als geeignet noch als erforderlich, die angerufenen Interessen wirksam zu schützen.

E. 3.5.2

Damit hat die FINMA durch die Anordnung des Zustimmungserfordernisses den Grundsatz der Verhältnismässigkeit verletzt. Der Umstand, dass sämtliche Aufsichtsprozesse im Zusammenhang mit dem grenzüberschreitenden US-Kundengeschäft bzw. die daraus resultierenden Inhalte einheitlich einem Zustimmungserfordernis unterstellt worden sind, vermag an diesem Ergebnis nichts zu ändern. Eine allfällige daraus resultierende Ungleichbehandlung ist hinzunehmen. Der Hinweis der FINMA, dass sich die Beschwerdeführerin im vorinstanzlichen Verfahren auf ihr "Supervisory Privilege" berufen habe und sich nun widersprüchlich verhalte, ist ferner unbehelflich: Der Umstand, dass die

Beschwerdeführerin ihr Interesse an einer strikten Geheimhaltung während des Aufsichtsverfahrens kundtat, bedeutet nicht, dass sie auf ihr Informationsrecht nach abgeschlossenem Verfahren verzichtet hätte oder sie sich insoweit widersprüchlich oder gar treuwidrig verhielte.

E. 4

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Anordnung des Zustimmungserfordernisses durch die Vorinstanz das Legalitäts- und das Verhältnismässigkeitsprinzip verletzt. Die Beschwerde erweist sich daher als begründet und ist gutzuheissen. Aus prozessökonomischen Gründen hat das Bundesverwaltungsgericht auf einen Entscheid über den Sistierungsantrag der Vorinstanz verzichtet; dieser wird mit dem vorliegenden Urteil hinfällig. Die von der Beschwerdeführerin beantragten Beweismassnahmen auf Parteibefragung im Zusammenhang mit dem Aufwand zur Einholung von Genehmigungsentscheiden der FINMA, einem allfälligen Reputationsschaden im Geschäftskontakt mit Vertragspartnern, dem dargelegten Vertrauensverlust der Mitarbeitenden in ihren Arbeitgeber, der Auseinandersetzung mit dem DoJ betreffend die Übermittlung von Personendaten von Mitarbeitenden und dem Verhältnis zu Kunden hinsichtlich der Abwicklung der Kontisaldierungen sowie allfälliger Schadenersatzansprüche sind in antizipierter Beweiswürdigung abzuweisen, da sich daraus keine zusätzlichen Anhaltspunkte für die Beurteilung der vorliegenden Streitsache ergeben könnten, die nicht bereits berücksichtigt worden sind.

E. 5

Schliesslich ist der Antrag der Vorinstanz mit Bezug auf die Veröffentlichung des vorliegenden Urteils zu beurteilen.

E. 5.1

Die Vorinstanz beantragt, auf die Veröffentlichung des zu ergehenden Urteils sei zu verzichten. Vorliegend bestünden aufgrund externer Ereignisse im grenzüberschreitenden US-Kundengeschäft bzw. deren Auswirkungen auf den Finanzplatz Schweiz gewichtige Interessen, die einer Veröffentlichung entgegenstünden, namentlich die Sicherstellung der Erfüllung der Aufsichtstätigkeit durch die FINMA, der Schutz der Souveränität sowie die Interessen der Anleger und Gläubiger. Durch eine Veröffentlichung würden die bisher vor einer Weitergabe geschützten Erkenntnisse aus dem Verfahren unwiderruflich öffentlich bekannt. Der mit Anordnung des Zustimmungserfordernisses verfolgte Zweck würde ferner vereitelt. Eine Veröffentlichung könne auch zu Rückschlüssen auf die Situation von anderen schweizerischen Bewilligungsträgern führen und sich - angesichts des laufenden unilateralen US-Programms - auf Stabilität und Funktionsfähigkeit von anderen Schweizer Banken negativ auswirken. In diesem Kontext sei daher aufgrund der Vielzahl von betroffenen Banken jegliche Kommunikation geeignet, sich potentiell schädlich auf die Funktionsfähigkeit des Schweizer Finanzplatzes und der Finanzmärkte insgesamt auszuwirken. Eine (teilweise) Anonymisierung sei nicht ausreichend. Selbst bei einer Anonymisierung der Partei und bei Wiedergabe eines gekürzten Entscheids sei die Beschwerdeführerin aufgrund der vorliegenden Sachlage eindeutig identifizierbar; auch würden die Erkenntnisse und Informationen aus den umfassenden Abklärungen der FINMA den Sachverhalt eindeutig offenlegen.

E. 5.2

Die Beschwerdeführerin erklärt, sofern Dispositiv-Ziff. 21 antragsgemäss aufgehoben werde, sei gegen eine Nichtveröffentlichung des Urteils nichts einzuwenden. Nach allgemeinen Grundsätzen sei der Entscheid als materieller Entscheid allerdings in anonymisierter Form in der elektronischen Entscheiddatenbank des Bundesverwaltungsgerichts zu publizieren. Den Bedenken der Vorinstanz könnte dahingehend Rechnung getragen werden, dass der Sachverhalt nur insoweit publiziert würde, als dies zum Verständnis des Entscheids über die Aufhebung von Dispositiv-Ziff. 21 erforderlich sei. Die Beschwerdeführerin weist darauf hin, dass das Urteil sowohl gemäss Art. 42 VGG als auch nach konventionsrechtlichen Vorgaben zwingend öffentlich aufzulegen sei. Das Ansinnen der Vorinstanz, das Verfahren insgesamt strikter Geheimhaltung zu unterwerfen, sei somit ohnehin nicht durchsetzbar.

E. 5.3

Gemäss Art. 5 des Informationsreglements für das Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008 (Informationsreglement, SR 173.320.4) veröffentlicht dieses seine Entscheide sowohl in einer elektronischen Entscheiddatenbank (Art. 6 Informationsreglement, wobei die Entscheide grundsätzlich ungekürzt veröffentlicht werden) als auch in einer amtlichen Entscheidsammlung (BVGE, Art. 7 Informationsreglement). Die Entscheide werden grundsätzlich in anonymisierter Form veröffentlicht (Art. 29 Abs. 2 VGG, Art. 8 Abs. 1 Informationsreglement). Ferner werden nach Art. 4 Abs. 1 Informationsreglement alle Entscheide im Dispositiv mit Rubrum während 30 Tagen nach deren Eröffnung und nach Ablauf der Sperrfristen öffentlich aufgelegt (Art. 42 VGG). Die Entscheide werden in nicht anonymisierter Form aufgelegt, sofern eine Anonymisierung nicht zum Schutz der Persönlichkeit oder anderer privater oder öffentlicher Interessen geboten ist (Art. 4 Abs. 2 Informationsreglement). Ein gänzlicher Verzicht auf eine Veröffentlichung eines materiellen Entscheids (vgl. dagegen Art. 6 Abs. 2 Informationsreglement mit Bezug auf Prozessentscheide) ist für das Bundesverwaltungsgericht nicht vorgesehen (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-7712/2009 vom 21. Februar 2011 E. 2.2). Ausnahmsweise muss der Verzicht auf eine Veröffentlichung dennoch möglich sein, wobei nur erstellte und überwiegende öffentliche oder substantiiert dargelegte und überwiegende private Interessen einen Verzicht rechtfertigen könnten. Angesichts des Ergebnisses des vorliegenden Beschwerdeverfahrens genügt eine praxismässige Anonymisierung, die Rückschlüsse auf die Beschwerdeführerin nicht oder nur mit unverhältnismässigem Aufwand ermöglicht. Eine Kürzung des Entscheids für die Publikation in der elektronischen Entscheiddatenbank drängt sich vorliegend nicht auf. Nach Ziff. 4 Abs. 6 der Richtlinie des Bundesverwaltungsgerichts für die Kommunikation der Rechtsprechung vom 9. Juni 2011 (abrufbar unter <<http://www.bvger.ch>> > Medien > Rechtliche Grundlagen, besucht am 14. Oktober 2014) ist es möglich, den akkreditierten Journalisten das Urteil in anonymisierter Version zuzustellen.

E. 6

Bei diesem Verfahrensausgang gilt die Beschwerdeführerin als obsiegende Partei, weshalb ihr keine Kosten aufzuerlegen sind (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Vorinstanzen haben keine Verfahrenskosten zu tragen (Art. 63 Abs. 2 VwVG). Als obsiegende Partei hat die Beschwerdeführerin Anspruch auf eine Parteientschädigung für die ihr erwachsenen notwendigen Kosten (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Diese umfasst die Kosten der Vertretung sowie allfällige weitere

notwendige Auslagen der Parteien (Art. 8 ff. VGKE). Das Anwaltshonorar wird nach dem notwendigen Zeitaufwand des Vertreters bemessen. Der Stundenansatz beträgt für Anwälte mindestens Fr. 200.- und höchstens Fr. 400.-, ausschliesslich Mehrwertsteuer (Art. 10 VGKE). Wird keine Kostennote eingereicht, setzt das Bundesverwaltungsgericht die Parteientschädigung aufgrund der Akten fest (Art. 14 VGKE). Die Beschwerdeführerin liess sich vor Bundesverwaltungsgericht anwaltlich vertreten, reichte hingegen keine detaillierte Kostennote ein. Die Parteientschädigung ist daher aufgrund der Akten und des geschätzten Aufwands durch das Bundesverwaltungsgericht festzusetzen. Eine Parteientschädigung in Höhe von Fr. 5'300.- (inkl. MwSt) erscheint insgesamt als angemessen, zumal sich der Streitgegenstand im Verlaufe des Beschwerdeverfahrens eingeschränkt hat. Die Parteientschädigung wird der Vorinstanz in ihrer Funktion als verfügende Behörde auferlegt (Art. 64 Abs. 2 VwVG).

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