Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}

2C 1058/2014

Urteil vom 28. August 2015

II. öffentlich-rechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Zünd, Präsident,
Bundesrichter Seiler,
Bundesrichterin Aubry Girardin,
Bundesrichter Donzallaz, Haag,
Gerichtsschreiber Mösching.

Verfahrensbeteiligte
Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA,
Beschwerdeführerin,

gegen

B._____ AG
(vormals Bank A._____ AG),
Beschwerdegegnerin, vertreten durch Rechtsanwälte Dr. Albrecht Langhart und Matthias Hirschle.

Gegenstand
Zustimmungserfordernis,

Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung II,
vom 14. Oktober 2014.

Sachverhalt:

A.
Am 30. August 2013 erliess die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA) gegenüber der Bank A._____ AG eine Verfügung betreffend Organisations- und Gewährserfordernis im Zusammenhang mit dem grenzüberschreitenden US-Kundengeschäft. Die Verfügung enthielt u.a. folgende Anordnungen:

"4. Die Bank A._____ AG wird angewiesen,
a. sämtliche Geschäftsbeziehungen zu US-Kunden gemäss Ziffer 3 hiervor so rasch wie möglich zu beenden;
b. in diesem Rahmen den Rechts- und Reputationsrisiken im grenzüberschreitenden Finanzdienstleistungsgeschäft angemessen Rechnung zu tragen;
c. der FINMA jeweils per Ende des Monats, erstmals per 30. September 2013, eine Liste mit Angaben darüber zu liefern, an welche Institute die Vermögenswerte der US-Kunden, deren Geschäftsbeziehungen gemäss Ziffer 4 Bst. a hiervor beendet wurden, überweisen wurden.

Dieser Ausstieg aus dem US-Kundengeschäft hat bis spätestens 31. Dezember 2013 zu erfolgen. Ab diesem Datum darf die Bank über keine US-Kundenbeziehungen gemäss Ziffer 3 hiervor mehr verfügen.

21. Diese Verfügung darf nur mit Zustimmung der FINMA Dritten herausgegeben oder zugänglich gemacht werden."

B.
Die Bank A._____ AG erhob am 3. Oktober 2013 Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht und beantragte die Aufhebung, eventualiter eine andere Formulierung der Ziff. 4 und 21 der Verfügung.
Am 17. Oktober 2013 informierte die Bank A._____ AG via Medienmitteilung, sie werde die Geschäftstätigkeit einstellen und sich aus der operativen Tätigkeit als Bank zurückziehen. Gleichzeitig firmierte sie in B._____ AG um.
Mit Stellungnahme vom 23. Oktober 2013 beantragte die FINMA dem Bundesverwaltungsgericht, das Beschwerdeverfahren sei als gegenstandslos abzuschreiben.
Mit Stellungnahme vom 31. Oktober 2013 beschränkte die B._____ AG die Beschwerde auf den Antrag betr. Ziff. 21 der Verfügung und zog die Beschwerde im Übrigen zurück.
Mit Urteil vom 14. Oktober 2014 hiess das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde gut und hob Dispositiv-Ziffer 21 der Verfügung vom 30. August 2013 auf.

C.
Die FINMA erhebt Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten mit dem Antrag, in Aufhebung des angefochtenen Urteils sei Ziff. 21 der Verfügung vom 30. August 2013 zu bestätigen.
Das Bundesverwaltungsgericht verzichtet auf Vernehmlassung. Die B._____ AG beantragt Abweisung der Beschwerde.

Erwägungen:

1.

1.1. Gegen den angefochtenen Endentscheid des Bundesverwaltungsgerichts im Bereich der Finanzmarktaufsicht ist die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten zulässig (Art. 82 lit. a, Art. 86 Abs. 1 lit. a und Art. 90 BGG). Die FINMA ist zur Beschwerde berechtigt (Art. 54 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 22. Juni 2007 über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht [Finanzmarktaufsichtsgesetz, FINMAG; SR 956.1]i.V.m. Art. 89 Abs. 2 lit. d BGG).

1.2. Streitgegenstand ist einzig die Ziff. 21 der ursprünglichen Verfügung. Die Beschwerdegegnerin hat ihre operative Banktätigkeit aufgegeben. Die FINMA macht aber geltend, sie habe nach wie vor ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse in Bezug auf die Verfügung, unabhängig davon, ob die Beschwerdegegnerin in naher Zukunft aus der Aufsicht der FINMA entlassen werden könne. Die Beschwerdegegnerin bringt vernehmlassungsweise vor, sie sei mit noch nicht rechtskräftiger Verfügung vom 9. Februar 2015 aus der Aufsicht entlassen worden, bestreitet aber nicht, dass noch ein praktisches und aktuelles Interesse an der Beurteilung der Streitfrage besteht. Darüber hinaus besteht ein allgemeines Interesse an der Beurteilung der streitigen Frage, so dass auch auf die Beschwerde einzutreten wäre, wenn ein aktuelles Rechtsschutzinteresse zu verneinen wäre (vgl. BGE 139 I 206 E. 1.1 S. 208; 136 II 101 E. 1.1 S. 103).

2.
Das Bundesgericht prüft frei und vom Amtes wegen die richtige Anwendung des Bundesrechts (Art. 95 lit. a und Art. 106 Abs. 1 BGG). Es ist weder an die in der Beschwerde vorgebrachten Argumente noch an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden; es kann die Beschwerde aus einem anderen als dem angerufenen Grund gutheissen, und es kann eine Beschwerde mit einer von der Argumentation der Vorinstanz abweichenden Begründung abweisen (Motivsubstitution; BGE 140 III 86 E. 2 S. 89 unten; 140 V 136 E. 1.1 S. 137 f.). Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Es kann die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz nur berichtigen oder ergänzen, soweit sie offensichtlich unrichtig, das heisst willkürlich sind oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruhen (Art. 105 Abs. 2 BGG). Zudem muss die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens

entscheidend sein, was in der Beschwerde klar und substanziiert aufzuzeigen ist (Art. 97 Abs. 1 BGG; BGE 140 III 16 E. 1.3.1 S. 17 f.; 140 IV 97 E. 1.4.1 S. 100).

3.
Streitfrage ist, ob die FINMA einer ihrer Aufsicht unterworfenen Bank verbieten kann, eine an sie gerichtete Verfügung ohne Zustimmung der FINMA Dritten herauszugeben oder zugänglich zumachen.

3.1. Das Bundesverwaltungsgericht hat die Frage mit zwei Argumentationen verneint:
Erstens fehle es an einer gesetzlichen Grundlage für eine solche Anordnung. Das Amtsgeheimnis gemäss Art. 14 FINMAG i.V.m. Art. 320 StGB binde als echtes Sonderdelikt nur die FINMA (bzw. ihre Mitarbeiter, Organe und Beauftragten), aber nicht die Beaufsichtigten. Auch Art. 22 FINMAG richte sich nur an die FINMA; gestützt darauf könne nicht den Beaufsichtigten verboten werden, die Öffentlichkeit oder Dritte über laufende oder abgeschlossene Aufsichtsverfahren zu informieren. Art. 40 und 42 FINMAG richteten sich ebenfalls an die FINMA und gäben keine Grundlage für das Zustimmungserfordernis. An Art. 271 StGB habe sich die Bank ohnehin zu halten; überdies verfüge sie über eine entsprechende Bewilligung des Bundesrates für bestimmte Bereiche, so dass im Rahmen dieser Bewilligung eine Strafbarkeit nach Art. 271 StGB entfalle. Es sei nicht zu erkennen, inwiefern eine Information, die weder Persönlichkeitsrechte Dritter noch Art. 271 StGB oder das Bankkundengeheimnis verletze, die Interessen der von einem Amtshilfeverfahren Betroffenen oder die Durchführung eines entsprechenden Verfahrens in der Schweiz behindern könnte. Auch aus der Generalklausel von Art. 31 FINMAG könne das Zustimmungserfordernis nicht abgestützt werden, da es nicht
der Wiederherstellung eines ordnungsgemässen Zustands diene. Das Zustimmungserfordernis sei nicht eine untergeordnete Massnahme, sondern tangiere das Recht der Bank auf informationelle Selbstbestimmung.
Zweitens verletze das Zustimmungserfordernis das Verhältnismässigkeitsprinzip: Die (heutige) Beschwerdegegnerin habe die Aufgabe ihres Bankgeschäfts über die Medien kommuniziert. Zudem kooperiere sie im Rahmen der vom Bundesrat erteilten Bewilligung bereits mit den US-Behörden. Die FINMA habe ihr erlaubt, das Department of Justice (DoJ) betreffend die Aufgabe des US-Kundengeschäfts auf deren Anweisung hin zu informieren. Auch die Presse habe über die Rolle der Schweizer Banken berichtet und dabei sei auch die Beschwerdegegnerin namentlich genannt worden. Der Zweck des Zustimmungserfordernisses könne daher nicht mehr erreicht werden. Welche Angaben die Verfügung enthalte, die nicht publik werden dürften, substantiiere die FINMA nicht. Es sei auch nicht ersichtlich, welche Angaben eine Geheimhaltung aus öffentlichen Interessen gebieten oder rechtfertigen könnten. Geheimhaltungsinteressen (unbeteiligter) Dritter mache die FINMA nicht geltend und seien ebenfalls nicht auszumachen. Es bestünden keine Anhaltspunkte für eine mögliche Beeinträchtigung der Kooperationsbereitschaft anderer Beaufsichtigter in laufenden oder künftigen Verfahren. Vielmehr könnten diese weiterhin auf die Geheimhaltung der Verfahren durch die FINMA vertrauen. In
der Verfügung seien 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 seien - zumindest teilweise - bekannt oder gar auf ihrer Webseite zugänglich. Der Einwand der FINMA, wonach die Veröffentlichung ihrer Verfügung ausländischen Behörden, vorab jenen der USA wie dem DoJ, einen unerwünschten Einblick in ihre Aufsichtstätigkeit erlauben würde und dadurch öffentliche Interessen gefährden könnte, erschöpfe sich in pauschalen, nicht substantiierten Gefährdungsszenarien. Das Zustimmungserfordernis erweist sich daher weder als geeignet noch als erforderlich, die angerufenen Interessen wirksam zu schützen.

3.2. Die FINMA beruft sich auf die Art. 14, 40 und 42 FINMAG sowie Art. 271 StGB; sie wirft der Vorinstanz vor, die Tragweite dieser Bestimmungen nur je einzeln geprüft zu haben; sie habe damit verkannt, dass die Gesamtheit der Normen ein Zustimmungserfordernis begründe. Enforcement-Verfügungen der FINMA unterständen dem Amtsgeheimnis, das nicht nur private Interessen des Beaufsichtigten schütze, sondern auch öffentliche Interessen. Indem das Bundesverwaltungsgericht die Beurteilung der Rechtmässigkeit ausschliesslich an der Tätereigenschaft von Art. 320 StGB angeknüpft habe, habe es unberücksichtigt gelassen, dass Art. 14 FINMAG auch die Wahrung berechtigter öffentlicher Geheimhaltungsinteressen bezwecke. Sodann seien die Enforcement-Verfügungen gemäss Art. 22 FINMAG nicht öffentlich zugänglich, da die FINMA ihre Aufgaben in einem politisch und wirtschaftlich besonders heiklen Umfeld zu erfüllen habe. Die FINMA unterstehe

deshalb auch nicht dem Bundesgesetz vom 17. Dezember 2004 über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ; SR 152.3). Wenn es allein den Verfügungsadressaten überlassen werde, darüber zu entscheiden, ob und gegenüber wem die Verfügung offengelegt wird, könne die Einhaltung des Sinns und Zwecks dieser Normen nicht sichergestellt werden. Die finanzmarktrechtlichen Bestimmungen würden auch die Wahrung der schweizerischen Aufsichtssouveränität bezwecken, die durch unautorisierte Offenlegung von Informationen nicht unterlaufen werden dürfe. In den Enforcement-Verfügungen seien Details zu aufsichtsrechtlich problematischen und aus US-Sicht möglicherweise strafrechtlich relevanten Geschäftsvorfällen, den angeordneten Massnahmen und zum Aufsichtsprozess der FINMA enthalten. Es liege im Interesse der FINMA wie auch der Beaufsichtigten, dass die US-Behörden die Verfügungsadressaten nicht unter Umgehung der ordentlichen Amts- und Rechtshilfe zur Herausgabe dieser Informationen zwingen könnten. Die Verfügung der FINMA enthalte zudem schützenswerte Daten zu Mitarbeitenden sowie anderen natürlichen Personen, externen Vermögensverwaltern, anderen Banken usw., welche zum überwiegenden Teil im Fokus der US-Behörden stünden und deren Verhandlungsposition durch eine unkontrollierte Offenlegung der Verfügung erheblich beeinträchtigt würde. Der angefochtene Entscheid lasse diese Drittinteressen gänzlich unberücksichtigt.
Das Zustimmungserfordernis sei auch nicht unverhältnismässig: Entgegen der Auffassung der Vorinstanz seien bisher nur allgemeine, anonyme Informationen über die betreffenden Enforcement-Verfahren bekanntgegeben worden, aber keine Details. Insbesondere habe sie - die FINMA - bisher über die Verfügung gegen die Beschwerdegegnerin weder eine Medienmitteilung noch einen Kurzbericht publiziert und bisher betreffend Enforcement-Verfügung auch keine Amtshilfe an die US-Behörden geleistet. Die Verfügung enthalte eine Vielzahl von Informationen, an denen ein Geheimhaltungsinteresse bestehe.

4.
Zu prüfen ist zunächst, ob für das Zustimmungserfordernis eine ausreichende gesetzliche Grundlage besteht.

4.1. Aufgrund des informationellen Selbstbestimmungsrechts (Art. 13 BV) und der Meinungsäusserungsfreiheit (Art. 16 BV) steht es der Beschwerdegegnerin frei, der Öffentlichkeit oder Privatpersonen Meinungen und Informationen ohne Behinderung durch die Behörden mitzuteilen und sich dabei aller erlaubten und zweckmässigen Mittel zu bedienen (BGE 138 I 274 S. 281; 132 I 256 E. 3 S. 258; 107 Ia 226 E. 4b/aa S. 229). Sie kann die Verfügung der FINMA herausgeben oder zugänglich machen; eine Einschränkung dieser Freiheit bedarf einer ausreichenden gesetzlichen Grundlage. Je gewichtiger ein Grundrechtseingriff, desto höher sind dabei die Anforderungen an Normstufe und Normdichte. Schwere Eingriffe benötigen eine klare und genaue Grundlage im Gesetz selbst. Dies gebietet sich sowohl aufgrund von Art. 36 Abs. 1 BV als auch aus dem Legalitätsprinzip von Art. 5 Abs. 1 BV (TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2014, § 19 Rz. 42). Eine unbefristete Informationssperre stellt einen schweren Eingriff in die Wirtschafts- und Kommunikationsfreiheit dar und bedarf deshalb einer ausdrücklichen formellgesetzlichen Grundlage (BGE 131 I 425 E. 6.4). In Bezug auf die notwendige Normdichte lässt sich der Grad der erforderlichen Bestimmtheit nicht abstrakt festlegen. Er hängt unter anderem von der Vielfalt der zu ordnenden Sachverhalte, von der Komplexität und der Vorhersehbarkeit der im Einzelfall erforderlichen Entscheidungen, von den Normadressaten, von der Schwere des Eingriffs in Verfassungsrechte und von der erst bei der Konkretisierung im Einzelfall möglichen und sachgerechten Entscheidung ab (BGE 139 II 243 E. 10 S. 252; 136 I 87 E. 3.1 S. 90 f. mit Hinweisen).

4.2. Eine Verfügung regelt Rechte und Pflichten des Verfügungsadressaten (Art. 5 VwVG [SR 172.021]) und betrifft in erster Linie diesen selber. Sie gelangt mit der Eröffnung in den Herrschaftsbereich des Empfängers; es ist grundsätzlich ihm überlassen, ob er sie Dritten mitteilen will. Die Verfügung ist zugleich aber auch ein von der Verwaltung erstelltes Dokument. Im Unterschied zu gerichtlichen Urteilen (Art. 30 Abs. 3 BV; Art. 6 Ziff. 1 EMRK) ist eine Verwaltungsverfügung nicht von Verfassungs wegen öffentlich zu verkünden. Sodann gilt das Öffentlichkeitsgesetz für die FINMA nicht (Art. 2 Abs. 2 BGÖ). Dies trägt dem Umstand Rechnung, dass die FINMA in einem wirtschaftlich und politisch äusserst sensiblen Bereich tätig ist und in ihrer Funktion regelmässig eine Vielzahl von sensiblen und vertraulichen oder geheimen Daten erhält (Botschaft vom 12. Februar 2003 zum Bundesgesetz über die Öffentlichkeit der Verwaltung [BGÖ], BBl 2003 1988 Ziff. 2.1.2.2; Botschaft zum Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht [Finanzmarktaufsichtsgesetz; FINMAG], BBl 2006 2895 f. Ziff. 2.7.1; THOMAS SÄGESSER, in: Öffentlichkeitsgesetz, 2008, N. 56 zu Art. 2

BGÖ). Das Personal und die Organe der FINMA sowie ihre Beauftragten sind zur Verschwiegenheit über amtliche Angelegenheiten verpflichtet (Art. 14 FINMAG). Die FINMA informiert grundsätzlich nicht über einzelne Verfahren, ausser wenn dafür ein besonderes aufsichtsrechtliches Bedürfnis besteht (Art. 22 Abs. 2 FINMAG). Sie trägt bei ihrer Informationstätigkeit den Persönlichkeitsrechten der Betroffenen Rechnung (Art. 22 Abs. 4 FINMAG). Sie kann im Rahmen ihrer Zusammenarbeit mit inländischen Behörden die Herausgabe bestimmter Informationen verweigern (Art. 40 FINMAG). Die FINMA darf ausländischen Finanzmarktaufsichtsbehörden nicht öffentlich zugängliche Auskünfte und Unterlagen nur übermitteln, sofern diese an das Amts- oder Berufsgeheimnis gebunden sind und sie die Informationen ausschliesslich zur direkten Beaufsichtigung von ausländischen Instituten verwenden und nur aufgrund einer generellen Ermächtigung in einem Staatsvertrag oder mit der Zustimmung der FINMA an zuständige Behörden und an Organe weiterleiten, die mit im öffentlichen Interesse liegenden Aufsichtsaufgaben betraut sind (Art. 42 Abs. 2 FINMAG). Die FINMA verweigert im Einvernehmen mit dem Bundesamt für Justiz die Zustimmung, wenn die Informationen an Strafbehörden weitergeleitet werden sollen und die Rechtshilfe in Strafsachen ausgeschlossen wäre (Art. 42 Abs. 3 FINMAG). Betreffen die von der FINMA zu übermittelnden Informationen einzelne Kunden, so ist das VwVG anwendbar (Art. 42 Abs. 4 FINMAG). Aus diesen Bestimmungen ergibt sich, dass die FINMA grundsätzlich Dritte nicht über die von ihr erlassenen Verfügungen informiert. Die Frage ist aber, ob sie dies auch der Verfügungsadressatin aufgrund einer ausreichenden formellgesetzlichen Grundlage verbieten kann.

4.3. Wie bereits die Vorinstanz festgehalten hat, ist die Verletzung des Amtsgeheimnisses nach Art. 320 i.V.m. Art. 110 Abs. 3 StGB ein Sonderdelikt, welches nur von Behördenmitgliedern oder Beamten begangen werden kann. Auch die anderen Pflichten gemäss Art. 14, 22, 40 und 42 FINMAG richten sich an die FINMA bzw. ihr Personal und ihre Organe und nicht an die Beaufsichtigten. Aus der Pflicht zur Wahrung des Amtsgeheimnisses folgt aber auch die Verantwortung der Behörde zu vermeiden, dass geheim zu haltende Informationen an die Öffentlichkeit gelangen. Müssen bestimmte Informationen trotzdem an Dritte herausgegeben werden, so kann dies deshalb mit der Auflage verbunden werden, diese Informationen nicht weiterzugeben, weil anders die gesetzlichen Pflichten zur Geheimhaltung missachtet würden (vgl. nebst Art. 42 Abs. 2 FINMAG auch Art. 38 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 24. März 1995 über die Börsen und den Effektenhandel [Börsengesetz, BEHG; SR 954.1]und dazu BGE 126 II 126 E. 6b/aa S. 138; EBK-Bulletin 41/2000 S. 106). Diese Bestimmungen betreffen allerdings ausländische Behörden, denen Amtshilfe nur gewährt wird, sofern sie an das Amts- oder Berufsgeheimnis gebunden sind. Für ein Zustimmungserfordnis, welches sich an die Verfügungsadressatin richtet, können sie keine ausreichende Gesetzesgrundlage darstellen. Ebenso unbehelflich ist der Verweis auf Art. 27 VwVG. Zwar kann die Akteneinsicht in geheime Akten unter der Auflage gewährt werden, dass Informationen nicht weitergegeben werden dürfen (KÖLZ/HÄNER/ BERTSCHI, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl. 2013, S. 178 Rz. 504 mit Hinweisen auf die Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts A-667/2010 vom 8. Dezember 2010 E. 5.7.4 und 5.8.2) und für Akten, bei denen Geheimhaltungsgründe vorhanden sind, kann sie auch ganz abgelehnt werden (vgl. Urteil 1C 664/2012 vom 15. Januar 2014 E. 2.7). Hingegen darf die Einsicht in Verfügungen, die der Partei eröffnet worden sind, nicht verweigert werden (Art. 27 Abs. 3 VwVG).

4.4. Strafverfolgungsbehörden wiederum sind befugt, gestützt auf das strafprozessuale Ermittlungsgeheimnis, den von einer Editionsverfügung betroffenen Privaten auch ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage eine sachlich notwendige und zeitlich limitierte Informationssperre aufzuerlegen (BGE 131 I 425 E. 6.2 f. S. 434 f.; Urteil 6B 104/2007 vom 23. Juli 2007 E. 3.3.2; vgl. dazu CHRISTIANE LENTJES MEILI, Zur Stellung der Banken in der Zürcher Strafuntersuchung, 1996, S. 217 ff.; STEPHANIE EYMANN, Die strafprozessuale Kontosperre, 2009, S. 8 f., 71 f.; SIMONE ZUBERBÜHLER, Geheimhaltungsinteressen und Weisungen der Strafbehörden an die Verfahrensbeteiligten über die Informationsweitergabe im ordentlichen Strafverfahren gegen Erwachsene, 2011, S. 8 ff.). Mittlerweile bestehen für die Strafverfolgungsbehörden mit Art. 73 Abs. 2 und Art. 165 StPO ausdrückliche gesetzliche Grundlagen für (befristete) Informationssperren, an welchen sich eine analoge Regelung im FINMAG orientieren könnte. Das FINMAG selbst enthält momentan jedoch keine explizite formellgesetzliche Ermächtigung, auf welche die FINMA das unbefristete Zustimmungserfordernis abstützen könnte.

4.5. Das Amtsgeheimnis schützt nicht nur öffentliche Geheimhaltungsinteressen, sondern auch die Interessen Privater, insbesondere wenn diese verpflichtet sind, der Verwaltung bestimmte Informationen mitzuteilen (TRECHSEL/VEST, in: Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 2. Aufl. 2013, N. 1 zu Art. 320; NIKLAUS OBERHOLZER, in: Basler Kommentar, Strafrecht, Bd. II, 3. Aufl. 2013, N. 4 zu Art. 320). Die Privaten haben ein schützenswertes Interesse daran, dass die Behörde diese Informationen nicht weiter verbreitet (BGE 137 II 431 E. 2.1.1 S. 436 f.; vgl. Urteil 1C 124/2011 vom 11. Mai 2011 E. 2); entsprechend tragen die Behörden die Verantwortung für die vertrauliche Behandlung dieser Informationen (BGE 137 II 431 E. 2.2.1 S. 438 f.; Urteil 2C 344/2007 vom 22. Mai 2008 E. 3.1).

4.5.1. Dieselbe Vorgabe ergibt sich auch aus dem Datenschutzrecht: Auf das erstinstanzliche Verwaltungsverfahren vor Bundesorganen ist das Bundesgesetz vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz (DSG; SR 235.1) anwendbar (Art. 2 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 lit. c [e contrario]DSG). Das gilt auch für das Verfahren vor der FINMA (vgl. BGE 126 II 126 E. 5a/aa S. 131 bzgl. der früheren Bankenkommission). Personendaten sind alle Angaben, die sich auf eine bestimmte oder bestimmbare Person beziehen (Art. 3 lit. a DSG). Das Bundesorgan, das Personendaten bearbeitet oder bearbeiten lässt, ist verantwortlich für den Datenschutz (Art. 16 Abs. 1 DSG). Es darf Personendaten bearbeiten, wenn dafür eine gesetzliche Grundlage besteht (Art. 17 Abs. 1 DSG). Es darf Personendaten nur bekanntgeben, wenn dafür eine gesetzliche Grundlage besteht oder die übrigen Voraussetzungen von Art. 19 Abs. 1 DSG erfüllt sind. Spezialgesetze, die eine autonome Regelung der Datenbekanntgabe enthalten, können dem Datenschutzgesetz vorgehen (vgl. BGE 128 II 311 E. 8.4 bzgl. Art. 110 ff. DBG). Das gilt aber nicht generell für die Bankenaufsicht (BGE 126 II 126 E. 5a/aa S. 131). Art. 23 Abs. 1 FINMAG ermächtigt die FINMA, im Rahmen ihrer Aufsichtstätigkeit Personendaten zu
bearbeiten und die Einzelheiten zu regeln. Die FINMA hat gestützt darauf ihre Verordnung vom 8. September 2011 über die Datenbearbeitung (Datenverordnung-FINMA; SR 956.124) erlassen. Nach deren Art. 8 kann die FINMA Daten bekanntgeben, soweit eine gesetzliche Grundlage besteht oder die betroffene Person schriftlich einwilligt. Diese Regelung entspricht derjenigen des DSG (vgl. auch BGE 126 II 126 E. 5b/bb S. 134). Im Rahmen von Aufsichtsverfahren der FINMA müssen die Beaufsichtigten der FINMA alle Auskünfte erteilen und Unterlagen herausgeben, die sie zur Erfüllung ihrer Aufgaben benötigt (Art. 29 Abs. 1 FINMAG). Es liegt auf der Hand, dass in diesen Auskünften und Unterlagen auch Personendaten von Personen enthalten sein können, welche nicht selber der Aufsicht unterstellt bzw. in einem Aufsichtsverfahren Parteistellung haben. Die Erhebung und Bearbeitung dieser Personendaten ist der FINMA aufgrund von Art. 23 Abs. 1 FINMAG erlaubt. Gelangen ihr auf diesem Weg Personendaten zur Kenntnis, trägt sie aber die Verantwortung dafür, dass diese Daten nicht ohne gesetzliche Grundlage oder schriftliche Einwilligung der betroffenen Person Dritten bekanntgegeben werden (RAYROUX/DU PASQUIER, in: Basler Kommentar, Börsengesetz/
Finanzmarktaufsichtsgesetz, 2. Aufl. 2011, N. 28 und 34 zu Art. 22 FINMAG).

4.5.2. Verfügungen müssen den Adressaten eröffnet und begründet werden (Art. 29 Abs. 2 BV; Art. 34 und 35 VwVG). Die Pflicht, Verfügungen zu begründen, kann als gesetzliche Grundlage betrachtet werden, um Personendaten zu bearbeiten. Wenn aber die Verfügung Informationen enthält, welche aufgrund des Amtsgeheimnisses oder des Datenschutzes im öffentlichen Interesse oder im Interesse Dritter geheim zu halten sind, steht das Interesse des Verfügungsadressaten, die Verfügung Dritten mitteilen zu können, in einem Spannungsverhältnis zu den Geheimhaltungsinteressen. Eine Lösung kann darin bestehen, dass die geheim zu haltenden Informationen schon gar nicht erst in die Verfügung aufgenommen werden. In Lehre und Rechtsprechung ist anerkannt, dass im Hinblick auf schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen die Anforderungen an die Begründungsdichte einer Verfügung reduziert werden können; die Begründung kann knapp gehalten werden, um die Offenlegung geheim zu haltender Informationen zu vermeiden (MICHELE ALBERTINI, Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates, 2000, S. 407 f.; LORENZ KNEUBÜHLER, in: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], 2008, N. 16 zu Art. 35 VwVG;
LORENZ KNEUBÜHLER, Die Begründungspflicht, 1998, S. 41 f.; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, a.a.O., S. 219 Rz. 633; Urteil 2A.586/2003 vom 1. Oktober 2004 E. 6.1, sic! 2005 S. 111; VPB 1998 Nr. 28 E. 3; VPB 1987 Nr. 60 E. 4). Allerdings setzt das Erfordernis, dass die Verfügung für den Adressaten hinreichend verständlich sein muss, Mindestanforderungen an den Inhalt einer Verfügung. Die Verfügung muss wenigstens die wesentlichen Fakten nennen, auf die sie sich stützt. Wäre eine Begründung auch für die Adressaten un-

verständlich, ohne dass sie geheim zu haltende Informationen enthält, so müssen diese in der Begründung erwähnt werden (BGE 133 I 106 E. 8.3 S. 108 f.). In diesem Umfang ist es ohne ausdrückliche formellgesetzliche Grundlage nicht möglich, dem Verfügungsadressaten die Weiterverbreitung des Entscheides zu untersagen oder nur mit Auflagen zu erlauben. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass es sich bei den grundsätzlich öffentlich zugänglichen gerichtlichen Urteilen rechtfertigen kann, zum Schutze öffentlicher oder privater Geheimhaltungsinteressen die Urteile nur beschränkt der Öffentlichkeit zugänglich zu machen, so z.B. Namen zu anonymisieren (BGE 139 I 129 E. 3.6 136 ff.; 133 I 106 E. 8.4 S. 109; Urteil 2C 949/2010 vom 18. Mai 2011 E. 7.2; Urteil des EGMR i.S. C.C. gegen Spanien vom 6. Oktober 2009 [1425/06], Ziff. 26-41; KNEUBÜHLER, a.a.O. [1998], S. 168 f.; NICCOLÒ RASELLI, Das Gebot der öffentlichen Urteilsverkündung, in: Recht - Ethik - Religion, Festgabe zum 60. Geburtstag von Giusep Nay, 2002, S. 34; GEROLD STEINMANN, Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl. 2014, N. 67 f. zu Art. 30 BV). Die vorliegende Massnahme richtet sich nicht an das Gericht betreffend die Information der Öffentlichkeit, sondern an eine Verfahrenspartei selbst. Das Datenschutzrecht bietet ebenfalls keine ausreichende rechtliche Grundlage, um der Beschwerdegegnerin ein unbefristetes Zustimmungserfordernis zur Publikation der Verfügung aufzuerlegen.

4.6. Gemäss der Beschwerdeführerin bezweckt die Gesamtheit der finanzmarktrechtlichen Normen die Kodifizierung öffentlicher Geheimhaltungsinteressen, für welche eine staatliche Interessenabwägung im Falle einer Offenlegung gesetzlich vorgesehen ist. Sie stelle eine ausreichend bestimmte formellgesetzliche Grundlage für die Anordnung eines Zustimmungserfordernisses dar (so auch URS ZULAUF UND ANDERE, Finanzmarktenforcement, 2. Aufl. 2014, S. 301). Die einschlägigen Normen müssen so präzise formuliert sein, dass der Bürger sein Verhalten danach einrichten und die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit erkennen kann (BGE 109 Ia 273 E. 4d S. 283). Inwiefern ein Betroffener aus der Gesamtheit des FINMAG konkret erkennen können sollte, in welchen Situationen seine Handlungen ein Zustimmungserfordernis der FINMA für die Herausgabe einer Verfügung zur Folge hat, vermag die Beschwerdeführerin jedoch nicht näher darzulegen. Zieht man zum Vergleich Art. 73 Abs. 2 und Art. 165 StPO bei, welche als Grundlage für eine Informationssperre dienen können, tritt die diesbezüglich mangelnde Normdichte des FINMAG noch stärker hervor. Sie reicht nicht aus, um schwere Eingriffe in Freiheitsrechte zu rechtfertigen, bei denen besonders strenge Anforderungen an die Bestimmtheit eines Rechtssatzes gestellt werden müssen (HÄFELIN/ MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl. 2010, S. 87 Rz. 387). Im Übrigen besteht auch keine ernsthafte, unmittelbare und nicht anders abwendbare Gefahr für elementare Rechtsgüter, welche die Anwendung der polizeilichen Generalklausel als Ersatz für eine ausreichende gesetzliche Grundlage gebieten würde (vgl. dazu BGE 137 II 431 E. 3 f. S. 442 ff.). Eine solche wird von der Beschwerdeführerin auch gar nicht erst geltend gemacht.

4.7. Die Beschwerdeführerin ist somit gehalten, bis zum allfälligen Erlass einer ausreichend bestimmten formellgesetzlichen Grundlage für ein unbefristetes Zustimmungserfordernis mit den ihr zur Verfügung stehenden Mitteln den durchaus gewichtigen öffentlichen Interessen nachzukommen. Wie gesehen, besteht u.a. die Möglichkeit, nur die für das Verständnis notwendigen Informationen in die Verfügung aufzunehmen. Darüber hinaus ist auch die Beschwerdegegnerin an den bestehenden gesetzlichen Rahmen gebunden. Die zivilrechtlichen Bestimmungen zum Datenschutz untersagen es ihr namentlich, besonders schützenswerte Personendaten ohne Rechtfertigungsgrund an Dritte bekanntzugeben (Art. 12 Abs. 2 lit. c DSG); den Betroffenen steht der privatrechtliche Weg zur Durchsetzung ihrer Ansprüche offen (Art. 15 DSG). Eine ungerechtfertigte Weitergabe der Daten zieht zudem strafrechtliche Konsequenzen nach sich, wenn die Voraussetzungen von Art. 271 StGB oder Art. 47 BankG erfüllt sind. Die Beschwerdegegnerin kann auch nach geltender Rechtslage nicht nach ihrem eigenem Belieben über die in der Verfügung enthaltenen Daten verfügen.

4.8. Es besteht somit keine genügende gesetzliche Grundlage, welche einen schweren Eingriff in die informationelle Selbstbestimmung und die Meinungsäusserungsfreiheit rechtfertigen könnte. Unter diesen Umständen erübrigt sich die Überprüfung der angeordneten Massnahme auf ihre Verhältnismässigkeit hin.

5.
Die Beschwerde erweist sich als unbegründet und ist deshalb abzuweisen. Die FINMA trägt keine Verfahrens-

kosten (Art. 66 Abs. 4 BGG), hat aber der Beschwerdegegnerin eine Parteientschädigung auszurichten (Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.
Es werden keine Gerichtskosten erhoben.

3.
Die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht hat die Beschwerdegegnerin für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 3'000.– zu entschädigen.

4.
Dieses Urteil wird den Verfahrensbeteiligten und dem Bundesverwaltungsgericht, Abteilung II, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 28. August 2015

Im Namen der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Zünd

Der Gerichtsschreiber: Mösching