

3. Wirtschaftsrecht / Droit économique

3.7. Banken- und Börsenrecht / Droit bancaire et droit boursier

(5) Berufsverbot: Gedanken zum Bundesgerichtsurteil 2C_739/2015.

Bundesgerichtsurteil 2C_739/2015 betreffend das Berufsverbot gemäss Art. 33 FINMAG.



PHILIPP H. HABERBECK
lic. iur., Rechtsanwalt, Zürich

I. Einleitung

Das zur Publikation vorgesehene Bundesgerichtsurteil 2C_739/2015 vom 25. April 2016 (das «Präjudiz»), in dem sich das Bundesgericht mit dem von der FINMA gegen den ehemaligen CEO der Bank Frey (der «Beschwerdeführer») ausgesprochenen Berufsverbot gemäss Art. 33 FINMAG¹⁸⁷ beschäftigt¹⁸⁸, enthält verschiedene interessante Feststellungen, u.a. folgende:

Das Bundesgericht äussert sich zur Frage, ob der in einem Enforcementverfahren¹⁸⁹ gegen das Institut ergangene FINMA-Entscheid eine Rechtskraftwirkung hat im persönlich gegen eine Mitarbeiterin oder einen Mitarbeiter¹⁹⁰ dieses Instituts gerichteten Enforcementverfahren.

Weiter enthält das Präjudiz einen Hinweis zum Adressatenkreis der aufsichtsrechtlichen Sanktionen des FINMAG.

Das Bundesgericht entscheidet auch die in der Lehre umstrittene Frage, ob das Berufsverbot gemäss Art. 33 FINMAG als strafrechtlich im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK¹⁹¹ zu qualifizieren ist.

¹⁸⁷ Art. 33 FINMAG (SR 956.1) lautet: «[Absatz 1] Stellt die FINMA eine schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen fest, so kann sie der verantwortlichen Person die Tätigkeit in leitender Stellung bei einer oder einem von ihr Beaufichtigten untersagen. [Absatz 2] Das Berufsverbot kann für eine Dauer von bis zu fünf Jahren ausgesprochen werden.»

¹⁸⁸ Siehe ZOË BACHES/KATHARINA FONTANA, Schwierige Fragen zur Bank Frey, NZZ vom 25. Mai 2016, 28.

¹⁸⁹ Hierbei handelt es sich um die Tätigkeit der FINMA, Finanzmarktaufsichtsrecht zwangsweise durchzusetzen (vgl. etwa den FINMA-Enforcementbericht 2014 vom 24. Februar 2015, 2).

¹⁹⁰ Nicht immer werden in diesem Text gleichzeitig die weibliche und männliche Form verwendet. Wird nur die weibliche oder männliche Form verwendet, ist die andere Form jeweils mitgemeint.

¹⁹¹ Art. 6 Ziff. 1 EMRK (SR 0.101) lautet: «Jede Person hat ein Recht darauf, dass über Streitigkeiten in Bezug auf ihre zivilrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen oder über eine gegen sie erhobene strafrechtliche Anklage von einem unabhängigen und unparteiischen,

Die ersten beiden obengenannten Feststellungen des Bundesgerichts werden in diesem Beitrag näher beleuchtet. Bezüglich des dritten Aspekts, der Art. 6 Ziff. 1 EMRK betreffenden Streitfrage, wird auf Erwägung 3 des Präjudizes und die dort genannte Literatur verwiesen.

II. Diskussion von zwei Feststellungen im Entscheid 2C_739/2015

a. Kurze Zusammenfassung des Präjudizes

Die Bank Frey & Co. AG mit Sitz in Zürich («Bank Frey») war eine 2002 gegründete Privatbank, die «Ende 2011 mit 33 Mitarbeitern ein Kundenvermögen von mehr als 1,8 Milliarden Schweizer Franken [verwaltete]»¹⁹². Sie geriet – wie zahlreiche weitere Institute mit Sitz in der Schweiz – in die Mühle des US-Steuerstreits¹⁹³, und nachdem ihr früherer Chef Private Banking in den USA angeklagt wurde¹⁹⁴, gab sie im Herbst 2013 bekannt, ihre Geschäftstätigkeit einzustellen.¹⁹⁵

Auch die FINMA eröffnete eine Untersuchung bezüglich der Bank Frey, mit folgendem Resultat: «Mit Verfügung vom 30. August 2013 stellte die [...] FINMA fest, dass die Bank [Frey] [...] aufsichtsrechtliche Bestimmungen im Zusammenhang mit dem grenzüberschreitenden US-Kundengeschäft ab dem Jahr 2008 sowie die dauernd einzuhaltenden Bewilligungsvoraussetzungen betreffend die Organisation und die Gewähr für eine einwandfreie Ge-

auf Gesetz beruhenden Gericht in einem fairen Verfahren, öffentlich und innerhalb angemessener Frist verhandelt wird. Das Urteil muss öffentlich verkündet werden; Presse und Öffentlichkeit können jedoch während des ganzen oder eines Teiles des Verfahrens ausgeschlossen werden, wenn dies im Interesse der Moral, der öffentlichen Ordnung oder der nationalen Sicherheit in einer demokratischen Gesellschaft liegt, wenn die Interessen von Jugendlichen oder der Schutz des Privatlebens der Prozessparteien es verlangen oder – soweit das Gericht es für unbedingt erforderlich hält – wenn unter besonderen Umständen eine öffentliche Verhandlung die Interessen der Rechtspflege beeinträchtigen würde.»

¹⁹² Siehe: https://de.wikipedia.org/wiki/Bank_Frey_%26_Co. Dieser Link und alle übrigen in diesem Beitrag erwähnten Links bzw. Internetseiten wurden zum letzten Mal am 10. Juni 2016 besucht.

¹⁹³ Siehe zum Steuerstreit US-CH z.B. die folgende NZZ-Themenseite: <http://www.nzz.ch/wirtschaft/dossiers/automatischer-informationsaustausch-2.48638>.

¹⁹⁴ Eine Kopie des sogenannten «indictment» und weitere einschlägige Dokumente lassen sich auf der Website von Plain Site (www.plainsite.org) finden, unter der folgenden Referenz: [docket://gov.uscourts.nysd.1-13-cr-00282](http://docket.gov.uscourts.nysd.1-13-cr-00282).

¹⁹⁵ Siehe etwa ROBERT W. WOOD, Swiss Bank Frey To Close Over IRS Investigation, Forbes, 17. Oktober 2013 (<http://www.forbes.com/sites/robertwood/2013/10/17/swiss-bank-frey-to-close-over-irs-investigation/#470ca8e257dc>); ERMES GALLAROTTI/WERNER ENZ, Die Bank Frey stellt Geschäftstätigkeit ein, NZZ, 18. Oktober 2013 (<http://www.nzz.ch/die-bank-frey-stellt-geschaeftstaetigkeit-ein-1.18169573>).

schäftstätigkeit schwer verletzt hatte. Dieser Teil des Verfügungsdispositivs blieb unangefochten. Die Bank [Frey] [...] hat ihre Geschäftstätigkeit inzwischen eingestellt und wurde aus der Aufsicht entlassen.»¹⁹⁶

Im Nachgang zur vorstehend eröffneten Untersuchung über die Bank Frey eröffnete die FINMA ein Enforcementverfahren gegen den Beschwerdeführer, und mit Verfügung vom 4. Juli 2014 sprach sie gegen diesen ein Berufsverbot von zwei Jahren aus.¹⁹⁷ Nachdem die gegen diese Verfügung beim Bundesverwaltungsgericht eingereichte Beschwerde nicht erfolgreich war, gelangte der Beschwerdeführer mit einer Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht.¹⁹⁸

Das Bundesgericht hiess im hier diskutierten Präjudiz die Beschwerde gut, hob das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts auf und wies die Sache zur Sachverhaltsergänzung und zu neuem Entscheid an das Bundesverwaltungsgericht zurück.¹⁹⁹ Ganz stark komprimiert und vereinfacht, gelangte das Bundesgericht zum Schluss, dass das Bundesverwaltungsgericht nicht ausreichend geprüft hat, ob sich der Beschwerdeführer effektiv die ihm vorgeworfenen Verfehlungen zuschulden kommen liess. Dieser Aspekt wird nachfolgend detaillierter diskutiert.

b. Zur fehlenden Rechtskraftwirkung von gegen Institute gerichteten Verfügungen in Enforcementverfahren gegen natürliche Personen

Im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht hatte sich der Beschwerdeführer dagegen gewehrt, dass die FINMA in ihrer gegen ihn persönlich gerichteten Verfügung bezüglich der für die Sanktion des Berufsverbots nachzuweisenden schweren Verletzung von aufsichtsrechtlichen Bestimmungen auf die unangefochten gebliebene und somit in Rechtskraft erwachsene FINMA-Verfügung gegen die Bank Frey abstellte.²⁰⁰ Interessanterweise lehnte das Bun-

desverwaltungsgericht diese Rüge ab und stellte insbesondere folgendes fest:

«Folglich ist nicht zu beanstanden, dass die FINMA für die Anordnung des Berufsverbots gegen den Beschwerdeführer von der zwischenzeitlich rechtskräftigen Feststellung der schweren Verletzung von aufsichtsrechtlichen Vorschriften durch die Bank [Frey] ausgeht bzw. die entsprechende Verfügung als Grundlage heranzieht, auch wenn der Beschwerdeführer selber im damaligen Verfahren keine Parteirechte wahrnehmen konnte [...]»²⁰¹

Das Bundesgericht hat diese Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts dahingehend korrigiert, dass ein Entscheid, der gegen ein beaufsichtigtes Institut ergangen ist, der natürlichen Person, die für dieses Institut tätig ist oder war, *«unter dem Gesichtspunkt der materiellen Rechtskraft wegen fehlender Identität der Parteien nicht entgegen gehalten werden kann»²⁰²*. Mit anderen Worten hat das Bundesgericht entschieden, dass in einem gegen eine Mitarbeiterin oder einen Mitarbeiter eines überwachten Instituts persönlich geführten Enforcementverfahren der Nachweis, dass die Tatbestandsvoraussetzung von Art. 33 FINMAG erfüllt ist, also dass eine aufsichtsrechtliche Bestimmung schwer verletzt wurde, nicht damit geführt werden kann, im gegen das Institut gerichteten Enforcementverfahren sei eine solche Verletzung rechtskräftig festgestellt worden.²⁰³

Ausgehend von seiner vorstehend zusammengefassten, vom Bundesgericht verworfenen Auffassung zog das Bundesverwaltungsgericht in seinem Urteil vom 29. Juni 2015 den Schluss, *«der Beschwerdeführer muss sich die Verfügung gegen seine ehemalige Arbeitgeberin, mithin das (damals) beaufsichtigte Institut, insoweit entgegenhalten lassen (diese bildet somit integrierender Bestandteil der vorliegenden Verfahrensakten) und braucht, entgegen seiner Ansicht, für die Auferlegung eines Berufsverbots nicht selber aufsichtsrechtliche Bestimmungen in schwerwiegender Weise verletzt zu haben.»²⁰⁴* Auch diese Schlussfolgerung hat das Bundesgericht als unzutreffend verworfen.

Sinngemäss hat das Bundesgericht im Präjudiz festgelegt, dass mit Bezug auf die natürliche Person, die auf der Grundlage von Art. 33 FINMAG mit einem Berufsverbot sanktioniert werden soll, konkret und detailliert nachgewiesen werden muss, dass und inwiefern diese Person ein aufsichtsrechtliches Gebot (im Falle einer pflichtwidrigen

ner eigenen Rolle verwendet worden sei. Es sei deshalb treuwidrig, diese Verfügung gegen ihn zu verwenden.»

²⁰¹ Siehe das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-5041/2014 vom 29. Juni 2015, E. 3.5.3.4, S. 14; siehe auch E. 3.5.3.5, S. 15.

²⁰² Siehe BGER 2C_739/2015 vom 25. April 2016, E. 2.3 *in fine*.

²⁰³ Siehe BGER 2C_739/2015 vom 25. April 2016, E. 2.3 *in fine*, 2.4 und 3.1.

²⁰⁴ Siehe das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-5041/2014 vom 29. Juni 2015, E. 3.5.3.4, S. 14; Hervorhebung zusätzlich.

¹⁹⁶ Siehe BGER 2C_739/2015 vom 25. April 2016, Buchstabe Aa.

¹⁹⁷ Siehe BGER 2C_739/2015 vom 25. April 2016, Buchstabe Ab.

¹⁹⁸ Siehe BGER 2C_739/2015 vom 25. April 2016, Buchstaben B und C.

¹⁹⁹ Siehe BGER 2C_739/2015 vom 25. April 2016, Dispositiv, Ziff. 1.

²⁰⁰ Siehe das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-5041/2014 vom 29. Juni 2015, E. 3.5.2, S. 11 (*«Der Beschwerdeführer räumt ein, dass die – inzwischen bezüglich der schweren Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen rechtskräftige – Verfügung der FINMA vom 30. August 2013 gegen die Bank Bestandteil der Verfahrensakten des vorliegenden ihn betreffenden Verfahrens bilde, jedoch dürfe ihm diese nicht entgegengehalten werden. Er sei nicht Partei im Verfahren gegen die Bank gewesen und habe dort keine Beweisanträge stellen können. Die FINMA habe ihm die Parteistellung mehrfach abgesprochen und ihm keine Einsicht in die Verfahrensakten gewährt. Damit seien ihm Mitwirkungsrechte bezüglich eines Sachverhalts verweigert worden, der später als Grundlage für die Beurteilung sei-*

Unterlassung) oder Verbot (bei einer pflichtwidrigen Handlung) verletzt hat. Dies geht insbesondere aus folgender Passage im Präjudiz hervor:

«Ein allgemeiner Hinweis darauf, die Bank [Frey] sei ab Herbst 2008 im Zusammenhang mit dem US-Kundengeschäft ihrer Pflicht, die dem Bankgeschäft inhärenten Risiken (vorab rechtliche Risiken und Reputationsrisiken) angemessen zu erfassen, zu begrenzen und zu überwachen, nicht nachgekommen, reicht dafür angesichts der verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Begründungsdichte [...] nicht aus. Für eine im Sinne von Art. 61 VwVG ausreichende, den verfassungsrechtlichen Anforderungen (Art. 29 Abs. 2 BV) genügende Begründung ist detailliert aufzuzeigen, aus welcher aufsichtsrechtlichen Bestimmung die Pflicht zur Vornahme welcher Handlung fließt und inwiefern die Verfahrenspartei diese spezifische Handlung, trotz bestehender rechtlicher Handlungspflicht, unterlassen hat [...]»²⁰⁵

Das Bundesgericht hat dem Bundesverwaltungsgericht und indirekt der FINMA in Bezug auf gegen Mitarbeiter von überwachten Instituten persönlich geführte Enforcementverfahren somit folgende Instruktionen erteilt:

(i) Es ist aufzuzeigen, welche aufsichtsrechtliche Bestimmung in den schweizerischen Finanzmarktgesetzen²⁰⁶ der betreffende Mitarbeiter verletzt hat.

Diesbezüglich ist daran zu erinnern, dass alle im FINMAG vorgesehenen Sanktionen, die sich nicht ausschliesslich gegen von der FINMA Beaufichtigte²⁰⁷,

sondern sich grundsätzlich auch gegen einen weiteren Personenkreis richten, eine schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen voraussetzen.²⁰⁸ Eine schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen ist somit für die Sanktionen eines Berufsverbots (Art. 33 FINMAG), einer Veröffentlichung der aufsichtsrechtlichen Verfügung (Art. 34 FINMAG²⁰⁹) sowie einer Einziehung (Art. 35 FINMAG²¹⁰) ein konstitutives Tatbestandselement.

Diese Voraussetzung hat zur Konsequenz, dass dann, wenn in einem bestimmten Bereich keine aufsichtsrechtlichen Bestimmungen bestehen, die verletzt werden können, das Aussprechen einer der vorstehend erwähnten Sanktionen gegen Personen, die nicht Gewährsträger sind, nicht möglich ist.²¹¹

(ii) Mit Bezug auf Unterlassungen ist aufzuzeigen, welche spezifische, den Mitarbeiter betreffende Handlungspflicht(en) aus den betreffenden aufsichtsrechtlichen Bestimmungen floss. Mit Blick auf Handlungen ist darzulegen, welches spezifische, dem Mitarbeiter obliegende Handlungsverbot(e) die relevanten aufsichtsrechtlichen Bestimmungen aufstellen.

ordnungsgemässen Zustandes mehr angeordnet werden, so kann die FINMA eine Feststellungsverfügung erlassen.»).

²⁰⁸ Siehe Art. 33 Abs. 1, Art. 34 Abs. 1 sowie Art. 35 Abs. 1 und 2 FINMAG.

²⁰⁹ Art. 34 FINMAG (Titel: Veröffentlichung der aufsichtsrechtlichen Verfügung) lautet (Hervorhebung zusätzlich): «[Absatz 1] Liegt eine schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen vor, so kann die FINMA ihre Endverfügung nach Eintritt der Rechtskraft unter Angabe von Personendaten in elektronischer oder gedruckter Form veröffentlichen. [Absatz 2] Die Veröffentlichung ist in der Verfügung selber anzuordnen.».

²¹⁰ Art. 35 FINMAG (Titel: Einziehung) lautet (Hervorhebung zusätzlich): «[Absatz 1] Die FINMA kann den Gewinn einziehen, den eine Beaufichtigte, ein Beaufchtigter oder eine verantwortliche Person in leitender Stellung durch schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen erzielt hat. [Absatz 2] Diese Regelung gilt sinngemäss, wenn eine Beaufichtigte, ein Beaufchtigter oder eine verantwortliche Person in leitender Stellung durch schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen einen Verlust vermieden hat. [Absatz 3] Lässt sich der Umfang der einzuziehenden Vermögenswerte nicht oder nur mit unverhältnismässigem Aufwand ermitteln, so kann die FINMA ihn schätzen. [Absatz 4] Das Recht zur Einziehung verjährt nach sieben Jahren. [Absatz 5] Die strafrechtliche Einziehung nach den Artikeln 70–72 des Strafgesetzbuches geht der Einziehung nach dieser Bestimmung vor. [Absatz 6] Die eingezogenen Vermögenswerte gehen an den Bund, soweit sie nicht Geschädigten ausbezahlt werden.»

²¹¹ Nach Auffassung des Autors ist dies im Bereich des Devisenhandels der Fall. Siehe diesbezüglich PHILIPP HABERBECK, Das Tatbestandselement der Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen in den Art. 33–35 FINMAG, Jusletter 2. November 2015; ders., Stellt das Gewährserfordernis gemäss Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG eine aufsichtsrechtliche Bestimmung im Sinne von Art. 33 FINMAG (Berufsverbot) dar? Jusletter 8. Februar 2016.

²⁰⁵ Siehe BGer 2C_739/2015 vom 25. April 2016, E. 3.1 *in fine*.

²⁰⁶ Das Bundesgericht weist im Präjudiz (E. 3.1) zu Recht darauf hin, dass aufgrund des Territorialitätsprinzips ausschliesslich aufsichtsrechtliche Bestimmungen in Schweizer Finanzmarktgesetzen als Sanktionsgrundlage in Frage kommen: «Dabei wird mit dem Beschwerdeführer davon auszugehen sein, dass die Durchsetzung ausländischer Rechtsvorschriften in der Schweiz – in Übereinstimmung mit dem das öffentliche Recht beherrschenden Grundsatz des Territorialitätsprinzips – grundsätzlich nicht Aufgabe der Schweizerischen Finanzmarktaufsicht ist: Gemäss Art. 6 Abs. 1 FINMAG übt die FINMA die Aufsicht nach den (in Art. 1 FINMAG aufgezählten) schweizerischen Finanzmarktaufsichtsgesetzen aus [...]».

²⁰⁷ Art. 3 FINMAG enthält eine Legaldefinition des Begriffs «Beaufichtigte». Gemäss dieser Bestimmung sind der Finanzmarktaufsicht der FINMA unterstehende Beaufichtigte: (a) die Personen, die nach den Finanzmarktgesetzen eine Bewilligung, eine Anerkennung, eine Zulassung oder eine Registrierung der Finanzmarktaufsichtsbehörde benötigen, sowie (b) die kollektiven Kapitalanlagen. Gewisse im FINMAG enthaltene Sanktionen betreffen nach hier vertretener Auffassung ausschliesslich von der FINMAG Beaufichtigte. Siehe insbesondere die sich ausdrücklich an Beaufichtigte richtende Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustands gemäss Art. 31 FINMAG (Hervorhebung zusätzlich: «Verletzt eine Beaufichtigte oder ein Beaufchtigter die Bestimmungen dieses Gesetzes oder eines Finanzmarktgesetzes oder bestehen sonstige Missstände, so sorgt die FINMA für die Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes.») sowie die Feststellungsverfügung gemäss Art. 32 FINMAG (Hervorhebung zusätzlich: «Ergibt das Verfahren, dass die oder der Beaufichtigte aufsichtsrechtliche Bestimmungen schwer verletzt hat, und müssen keine Massnahmen zur Wiederherstellung des

(iii) Auf obiger Grundlage ist dann detailliert darzulegen, *inwiefern der betreffende Mitarbeiter* das ihm obliegende Gebot oder ihn treffende Verbot verletzt hat.

Nach hier vertretener Auffassung handelt es sich um bedeutsame Instruktionen des Bundesgerichts. In gegen Mitarbeiter von beaufsichtigten Instituten geführten Enforcementverfahren kann keine dahingehende «Abkürzung» genommen werden, die Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen durch das Institut direkt bzw. ohne weiteres dem Mitarbeiter zuzurechnen. Im Gegenteil unterstreicht das Präjudiz, dass die vorstehenden Punkte von der FINMA und/oder dem Bundesverwaltungsgericht detailliert darzulegen sind, um den Anforderungen von Art. 61 VwVG²¹² und Art. 29 Abs. 2 BV²¹³ zu genügen.²¹⁴

Dass eine solche «Abkürzung» nicht der richtige Weg sein kann, leuchtet ein, wenn man sich vor Augen hält, dass es in FINMA-Enforcementverfahren ohne weiteres vorkommen kann, dass die Interessen des Instituts und seiner involvierten Mitarbeiter divergieren. So dürfte ein Institut in der Regel ein Interesse daran haben, sich gegenüber der FINMA (und allenfalls ebenfalls involvierten ausländischen Aufsichtsbehörden) äusserst beflissen zu zeigen, wobei «Kollateralschäden» in Form einer suboptimalen Wahrung der Interessen betroffener Mitarbeiter unter Umständen in Kauf genommen werden. Es liegt auf der Hand, dass in einer solchen Konstellation die Sanktionierung der Mitarbeiter auf der Grundlage der das Institut betreffenden Untersuchung und Verfügung unter Umständen mit fundamentalen verfassungsmässigen Rechten kollidierte, namentlich mit dem Legalitätsprinzip, dem Gehörsanspruch sowie dem Willkürverbot.

Was das Legalitätsprinzip betrifft, handelt es sich um einen wesentlichen verfassungsmässigen Grundsatz des Schweizer Rechts, dass der Staat eine Sanktion ausschliesslich auf einer gesetzlichen Grundlage aussprechen darf (Art. 5 Abs. 1 BV²¹⁵).²¹⁶ Dieser Grundsatz impliziert

und verlangt nicht nur das generelle Vorhandensein einer Sanktionsnorm, welche die verfassungsmässigen Vorgaben erfüllt (z.B. das Bestimmtheitsgebot²¹⁷), sondern im Sinne eines evidenten juristischen Axioms darüber hinaus, dass in der individuell-konkreten Anwendung der betreffenden Norm nur bei Erfüllung sämtlicher Tatbestandsvoraussetzungen eine auf die Norm gestützte Sanktion ausgesprochen werden darf.²¹⁸ Die vorstehend ebenfalls genannten

Gesetzmassigkeitsprinzip zu einem allgemeinen rechtsstaatlichen Grundsatz, der für die gesamte Staatstätigkeit verbindlich ist.»), BGE 130 I 1 ff., 5, E. 3.1 («Das Legalitätsprinzip besagt, dass ein staatlicher Akt sich auf eine materiellgesetzliche Grundlage stützen muss, die hinreichend bestimmt und vom staatsrechtlich hierfür zuständigen Organ erlassen worden ist. Es dient damit einerseits dem demokratischen Anliegen der Sicherung der staatsrechtlichen Zuständigkeitsordnung, andererseits dem rechtsstaatlichen Anliegen der Rechtsgleichheit, Berechenbarkeit und Voraussehbarkeit des staatlichen Handelns. Das Legalitätsprinzip gilt für das ganze Verwaltungshandeln mit Einschluss der Leistungsverwaltung [...]») sowie in BGE 129 I 161 ff., 162 f., E. 2.1 (Hervorhebung zusätzlich: «Das Legalitätsprinzip (Art. 5 Abs. 1 BV) ist – abgesehen von seiner spezifischen Bedeutung im Strafrecht und im Abgaberecht – kein verfassungsmässiges Individualrecht, sondern ein Verfassungsgrundsatz, dessen Verletzung nicht selbständig, sondern nur im Zusammenhang mit der Verletzung des Grundsatzes der Gewaltentrennung, der Rechtsgleichheit, des Willkürverbots oder eines speziellen Grundrechts gerügt werden kann [...]»); siehe auch BGE 128 I 113 ff., 121, E. 3c.

²¹⁷ Als Bestimmung mit einem pönalen Charakter muss der im Präjudiz behandelte Art. 33 FINMAG nach hier vertretener Auffassung dem verfassungsrechtlich geforderten Bestimmtheitsgebot genügen. Gleicher Auffassung sind PETER CH. HSU/RASHID BAHAR/DANIEL FLÜHMANN, in: BSK FINMAG, 2. A., Basel 2011, N 27 zu Art. 33 FINMAG, N 11 zu Art. 33 FINMAG. Siehe auch das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3625/2014 vom 6. Oktober 2015, E. 9.1.2 S. 43 («Auch hier sind daher – wie bei den Bussen – die hohen legislatorischen und verfahrensrechtlichen Vorgaben von Art. 6 EMRK einzuhalten [...]»).

²¹⁸ Vgl. etwa MATTHIAS RUFFERT, in: Hans-Uwe Erichsen/Dirk Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. A., Berlin 2005, § 21 N 36, S. 642 («Die einzelnen Tatbestandsmerkmale der Ermächtigunggrundlage müssen erfüllt sein, damit die Ermächtigunggrundlage den konkreten Verwaltungsakt trägt.»); THOMAS RIEHM, Abwägungsentscheidungen in der praktischen Rechtsanwendung: Argumentation, Beweis, Wertung, Diss. München 2006, S. 6 («Die Subsumtion schliesslich bezeichnet den logischen Schluss vom Sachverhalt (dem Untersatz) über die anzuwendende Regel (dem Obersatz) auf die Rechtsfolge: Erfüllt der ermittelte Sachverhalt alle Tatbestandsvoraussetzungen des Obersatzes, so tritt die von der Regel angeordnete Rechtsfolge ein, andernfalls nicht.»); BGE 134 II 244 E. 2.2 S. 246 (Hervorhebung zusätzlich: «Wird eine Verletzung des Willkürverbots geltend gemacht, muss anhand der angefochtenen Subsumtion im Einzelnen dargelegt werden, inwiefern der Entscheid an einem qualifizierten und offensichtlichen Mangel leidet [...]»); BGER 6B_1067/2013 vom 15. Juli 2014, E. 1.4.3 (Hervorhebung zusätzlich: «Der Grundsatz der Legalität („nulla poena sine lege“) ist in Art. 1 StGB und Art. 7 EMRK ausdrücklich verankert. Er ist verletzt, wenn jemand wegen einer Handlung, die im Gesetz überhaupt nicht als strafbar bezeichnet ist, strafrechtlich verfolgt wird, oder wenn

²¹² Art. 61 VwVG (SR 172.021), der den Inhalt und die Form des Beschwerdeentscheids betrifft, lautet: «[Absatz 1] Die Beschwerdeinstanz entscheidet in der Sache selbst oder weist diese ausnahmsweise mit verbindlichen Weisungen an die Vorinstanz zurück. [Absatz 2] Der Beschwerdeentscheid enthält die Zusammenfassung des erheblichen Sachverhalts, die Begründung (Erwägungen) und die Entscheidungsformel (Dispositiv). [Absatz 3] Er ist den Parteien und der Vorinstanz zu eröffnen.»

²¹³ Art. 29 Abs. 2 BV (SR 101) lautet: «Die Parteien haben Anspruch auf rechtliches Gehör.»

²¹⁴ Siehe BGER 2C_739/2015 vom 25. April 2016, E. 3.1 *in fine*.

²¹⁵ Art. 5 Abs. 1 BV lautet: «Grundlage und Schranke staatlichen Handelns ist das Recht.»

²¹⁶ Dass Art. 5 Abs. 1 BV das allgemeine Legalitätsprinzip beinhaltet, hat das Bundesgericht wiederholt bestätigt, etwa in BGE 131 II 13 ff., 26, E. 6.3 («Die Bundesverfassung erhebt in Art. 5 Abs. 1 BV das

verfassungsmässigen Prinzipien des Gehörsanspruchs sowie des Willkürverbots²¹⁹ haben u.a. die Funktion, im Rahmen der individuell-konkreten Gesetzesanwendung unhaltbare Ergebnisse zu verhindern.

Um den vorstehend erwähnten rechtsstaatlichen Prinzipien gerecht zu werden, ist somit im Einklang mit dem Präjudiz in einem gegen eine natürliche Person geführten Enforcementverfahren insbesondere sicherzustellen, dass diese Person nur dann sanktioniert wird, wenn dieser Person detailliert und spezifisch die durch ihr Verhalten bewirkte Erfüllung der betreffenden Tatbestandsvoraussetzungen nachgewiesen wird.

c. Zum Adressatenkreis der Sanktionen gemäss Art. 33–35 FINMAG

Weiter oben wurde darauf hingewiesen, dass sich gewisse im FINMAG vorgesehene Sanktionen aufgrund ihres Tatbestands ausschliesslich gegen von der FINMA Beaufichtigte richten. Bei den Sanktionsbestimmungen im FINMAG, die sich grundsätzlich auch gegen einen weiteren Personenkreis richten, handelt es sich um das Berufsverbot gemäss Art. 33 FINMAG, die Veröffentlichung der aufsichtsrechtlichen Verfügung gemäss Art. 34 FINMAG sowie die Einziehung nach Art. 35 FINMAG. Nach hier vertretener Auffassung kann eine natürliche Person, gegen welche die FINMA ein Enforcementverfahren führt, unter Vorbehalt der Gewährbestimmung von Art. 3 Abs. 2 lit. c Bankengesetz²²⁰ nur gemäss der in Art. 33–35 FINMAG

enthaltenen Sanktionsnormen sanktioniert werden, nicht aber aufgrund von FINMAG-Bestimmungen, die das Tatbestandselement des/der Beaufichtigten enthalten.²²¹

Ein weiterer interessanter Punkt bezüglich des Präjudizes ist nun der sinngemässe Hinweis des Bundesgerichts, dass Art. 33 FINMAG in seinem persönlichen Anwendungsbereich auf Personen in leitender Stellung bei einem der FINMA unterstellten Bewilligungsträger beschränkt ist.²²² Dies hatte das Bundesgericht bereits in einem früheren Urteil festgehalten²²³, auf den es im Präjudiz ausdrücklich verweist.²²⁴

Bei der Einziehung gemäss Art. 35 FINMAG ist im Tatbestand das Qualifikationsmerkmal der leitenden Stellung explizit enthalten («[...] oder eine verantwortliche Person

Abs. 2 lit. c des Bankengesetzes, Diss. Zürich und St. Gallen 1990, erschienen in: Bankwirtschaftliche Forschungen Band 123.

²²¹ In Bezug auf Art. 32 FINMAG kann auch auf die Botschaft zum FINMAG (BBI 2006 2829; «FINMAG-Botschaft») verwiesen werden, wo es heisst (S. 2881; Hervorhebung zusätzlich): «Die FINMA wird in Anlehnung an die bewährte Praxis der EBK, des BPV und der Kst GwG mit diesem Artikel explizit ermächtigt, mittels Verfügung festzustellen, dass eine Beaufichtigte oder ein Beaufchtigter aufsichtsrechtliche Bestimmungen schwer verletzt hat, selbst wenn keine Massnahmen zur Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes mehr angeordnet werden müssen.» Anderer Auffassung ist aber offenbar das Bundesgericht. Siehe BGer 2C_1055/2014 vom 2. Oktober 2015, E. 4.2, in dem das Bundesgericht festhält, dass sich auch Verfügungen gemäss Art. 31 und 32 FINMAG gegen Personen richten können, die nicht Beaufichtigte sind. Immerhin will das Bundesgericht solche Sanktionen offenbar nur auf Personen mit Organfunktion oder Personen in leitender Stellung angewendet wissen (a.a.O.).

²²² Siehe BGer 2C_739/2015 vom 25. April 2016, E. 3.4 (Hervorhebung zusätzlich: «Ihrer Natur nach richtet sie [d.h., die Sanktion gemäss Art. 33 FINMAG] sich denn auch nicht an die Allgemeinheit, sondern an Personen in leitender Stellung bei einer oder einem Beaufichtigten und damit an einen spezifischen Berufsstand, welcher durch die Sanktionsandrohung zu einer im Sinne des Aufsichtsrechts korrekten Berufsausübung angehalten werden soll [...]»). So auch schon die FINMAG-Botschaft, auf S. 2882 (Hervorhebung zusätzlich): «Das Berufsverbot [gemäss Art. 33 FINMAG] ist weiter vom Tätigkeitsverbot nach Artikel 35a BEHG [...] abzugrenzen. Diese bewährte Verwaltungsanktion bleibt neben dem Berufsverbot bestehen, weil im Bereich des Effektenhandels ein erhöhtes Missbrauchspotenzial bei Händlern besteht, welche keine leitende Stellung innehaben. Im Unterschied zum Berufsverbot nach FINMAG kann das Tätigkeitsverbot nach BEHG damit nicht nur gegen Mitglieder der leitenden Organe einer Effektenhändlerin oder eines Effektenhändlers verhängt werden, sondern gegen alle verantwortlichen Personen, die in der Handelsabteilung einer Effektenhändlerin oder eines Effektenhändlers tätig sind.»

²²³ Siehe BGer 2C_1055/2014 vom 2. Oktober 2015, insbesondere E. 4.2 (Hervorhebung zusätzlich: «In Durchbrechung des Konzepts der Institutsaufsicht können natürliche Personen, welche Organfunktionen bekleiden, oder Personen in leitender Stellung von (unbewilligten) Instituten, Adressaten eines Berufsverbots (Art. 33 FINMAG) oder weniger einschneidenden (Feststellungs-) verfügungen gemäss Art. 31 und Art. 32 FINMAG sein [...]»).

²²⁴ Siehe BGer 2C_739/2015 vom 25. April 2016, E. 2.3 in fine.

eine Handlung, derentwegen jemand strafrechtlich verfolgt wird, zwar in einem Gesetz mit Strafe bedroht ist, dieses Gesetz selber aber nicht als rechtsbeständig angesehen werden kann, oder schliesslich, wenn das Gericht eine Handlung unter eine Strafnorm subsumiert, die darunter auch bei weitestgehender Auslegung nach allgemeinen strafrechtlichen Grundsätzen nicht subsumiert werden kann [...]»); BGer 6B_767/2009 vom 22. Januar 2010, E. 1.4.2 (Hervorhebung zusätzlich: «Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Ein Urteil ohne die zur Subsumtion notwendigen tatsächlichen Grundlagen ist bundesrechtswidrig. Ist ein Sachverhalt in diesem Sinne lückenhaft und kann deshalb die Gesetzesanwendung nicht nachgeprüft werden, so ist das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zur ergänzenden Tatsachenfeststellung und neuen Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen [...]»).

²¹⁹ Siehe Art. 9 BV, der folgendermassen lautet: «Jede Person hat Anspruch darauf, von den staatlichen Organen ohne Willkür und nach Treu und Glauben behandelt zu werden.»

²²⁰ Art. 3 Abs. 2 lit. c des Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934 (BankG; SR 952.0) lautet: «Die Bewilligung [zur Aufnahme der Geschäftstätigkeit einer Bank] wird erteilt, wenn [...] [Absatz 2, lit. c] die mit der Verwaltung und Geschäftsführung der Bank betrauten Personen einen guten Ruf geniessen und Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten [...]». Siehe allgemein zu dieser Norm etwa MARCEL LIVIO AELLEN, Die Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit gemäss Art. 3

in leitender Stellung [...]»), und eine Veröffentlichung nach Art. 34 FINMAG²²⁵ setzt voraus, dass die FINMA aufgrund einer schweren Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen eine Endverfügung erlässt, die im hier diskutierten Zusammenhang (Berufsverbot und/oder Einziehung) eine leitende Position voraussetzt. Im Ergebnis kann sich also auch ein «naming and shaming» gemäss Art. 34 FINMAG nur gegen eine Person in leitender Stellung richten.²²⁶

Vor obigem Hintergrund ergibt sich somit, dass die Sanktionen eines Berufsverbots (Art. 33 FINMAG), einer Veröffentlichung der aufsichtsrechtlichen Verfügung (Art. 34 FINMAG) sowie einer Einziehung (Art. 35 FINMAG) nur solche natürlichen Personen treffen können, die bei einem beaufsichtigten Institut eine leitende Funktion bekleiden oder bekleidet haben. Mit anderen Worten bedeutet dies, dass subalterne Mitarbeiter ohne Leitungsfunktion *de lege lata* nicht gestützt auf die vorstehend erwähnten Bestimmungen sanktioniert werden können.

III. Zusammenfassung

In diesem Beitrag werden zwei vom Bundesgericht in seinem Präjudiz 2C_739/2015 vom 25. April 2016 gemachte Feststellungen diskutiert.

Sinngemäss hat das Bundesgericht im Präjudiz festgelegt, dass mit Bezug auf eine natürliche Person, die auf der Grundlage von Art. 33 FINMAG mit einem Berufsverbot sanktioniert werden soll:

(i) der Nachweis, dass die Tatbestandsvoraussetzung von Art. 33 FINMAG erfüllt ist, also dass eine aufsichtsrechtliche Bestimmung schwer verletzt wurde, nicht damit geführt werden kann, im gegen das Institut ge-

richteten Enforcementverfahren sei eine solche Verletzung rechtskräftig festgestellt worden; sondern dass (ii) konkret und detailliert nachgewiesen werden muss, dass und inwiefern diese Person ein aufsichtsrechtliches Gebot (im Falle einer pflichtwidrigen Unterlassung) oder Verbot (bei einer pflichtwidrigen Handlung) verletzt hat.

Das Bundesgericht hat dem Bundesverwaltungsgericht und indirekt der FINMA in Bezug auf gegen Mitarbeiter von überwachten Instituten persönlich geführte Enforcementverfahren somit folgende Instruktionen erteilt:

- (i) Es ist aufzuzeigen, *welche aufsichtsrechtliche Bestimmung in den schweizerischen Finanzmarktgesetzen der betreffende Mitarbeiter verletzt hat.*
- (ii) Mit Bezug auf Unterlassungen ist aufzuzeigen, *welche spezifische, den Mitarbeiter treffende Handlungspflicht(en)* aus den betreffenden aufsichtsrechtlichen Bestimmungen floss. Mit Blick auf Handlungen ist darzulegen, *welches spezifische, dem Mitarbeiter obliegende Handlungsverbot(e)* die relevanten aufsichtsrechtlichen Bestimmungen aufstellen.
- (iii) Auf obiger Grundlage ist dann detailliert darzulegen, *inwiefern der betreffende Mitarbeiter das ihm obliegende Gebot oder ihn treffende Verbot verletzt hat.*

Nach hier vertretener Auffassung handelt es sich um bedeutsame Instruktionen des Bundesgerichts. In gegen Mitarbeiter von beaufsichtigten Instituten geführten Enforcementverfahren kann keine dahingehende «Abkürzung» genommen werden, die Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen durch das Institut direkt bzw. ohne weiteres dem Mitarbeiter zuzurechnen. Im Gegenteil unterstreicht das Präjudiz, dass die vorstehenden Punkte von der FINMA und/oder dem Bundesverwaltungsgericht detailliert darzulegen sind, um den Anforderungen von Art. 61 VwVG und Art. 29 Abs. 2 BV zu genügen.

Dass eine solche «Abkürzung» nicht der richtige Weg sein kann, leuchtet ein, wenn man sich vor Augen hält, dass es in FINMA-Enforcementverfahren ohne weiteres vorkommen kann, dass die Interessen des Instituts und seiner involvierten Mitarbeiter divergieren. So dürfte ein Institut in der Regel ein Interesse daran haben, sich gegenüber der FINMA (und allenfalls ebenfalls involvierten ausländischen Aufsichtsbehörden) äusserst beflissen zu zeigen, wobei «Kollateralschäden» in Form einer suboptimalen Wahrung der Interessen betroffener Mitarbeiter unter Umständen in Kauf genommen werden. Es liegt auf der Hand, dass in einer solchen Konstellation die Sanktionierung der Mitarbeiter auf der Grundlage der das Institut betreffenden Untersuchung und Verfügung unter Umständen mit fun-

²²⁵ Siehe allgemein zu Art. 34 FINMAG etwa THOMAS ISELI, Veröffentlichung von Verfügungen durch die FINMA, Jusletter 17. Oktober 2011.

²²⁶ Darauf, dass das Sanktionsinstrumentarium gemäss FINMAG generell zumindest eine leitende Funktion (wenn nicht gar die Eigenschaft als Beaufsichtigter) voraussetzt, deutet auch folgender Passus in der FINMAG-Botschaft hin (S. 2882; Hervorhebung zusätzlich): «*Deshalb müssen der Aufsichtsbehörde gegenüber verantwortlichen Personen in leitender Stellung präventive und repressive Massnahmen wie das Berufsverbot zur Verfügung stehen.*». Siehe auch das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4066/2010 vom 19. Mai 2011, E. 8.2.1.2, S. 29 (Hervorhebung zusätzlich: «*Widerhandlungen, die Anlass zu einer zu veröffentlichenden Verfügung geben, sind nach der Definition des Gesetzes (schwere Verletzungen aufsichtsrechtlicher Bestimmungen). Der Adressatenkreis umfasst damit ausschliesslich Personen, die der Aufsicht der Vorinstanz unterstehen. Ob dies der Fall ist, ergibt sich insbesondere aus der Liste gemäss Art. 3 FINMAG, wobei diese Liste nicht abschliessend ist [...]. So können nicht nur die juristischen Personen selbst, sondern auch Personen in leitender Stellung oder Organe der Beaufsichtigten Adressaten derartiger aufsichtsrechtlicher Verfügungen sein [...].*»).

damentalen verfassungsmässigen Rechten kollidierte, namentlich mit dem Legalitätsprinzip, dem Gehörsanspruch sowie dem Willkürverbot.

Interessant ist auch der sinngemässe Hinweis des Bundesgerichts, dass die Berufsverbotsnorm (Art. 33 FINMAG) in ihrem persönlichen Anwendungsbereich auf Personen in leitender Stellung bei einem der FINMA unterstellten Bewilligungsträger beschränkt ist.

Bei der Einziehung gemäss Art. 35 FINMAG ist im Tatbestand das Qualifikationsmerkmal der leitenden Stellung explizit enthalten, und eine Veröffentlichung nach Art. 34 FINMAG setzt voraus, dass die FINMA aufgrund einer schweren Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen eine Endverfügung erlässt, die im hier diskutierten Zusammenhang (Berufsverbot und/oder Einziehung) eine leitende Position voraussetzt, womit sich im Ergebnis auch ein «naming and shaming» gemäss Art. 34 FINMAG nur gegen eine Person in leitender Stellung richten kann.

Vor obigem Hintergrund ergibt sich, dass die Sanktionen eines Berufsverbots (Art. 33 FINMAG), einer Veröffentlichung der aufsichtsrechtlichen Verfügung (Art. 34 FINMAG) sowie einer Einziehung (Art. 35 FINMAG) nur solche natürlichen Personen treffen können, die bei einem beaufsichtigten Institut eine leitende Funktion bekleiden oder bekleidet haben. Mit anderen Worten bedeutet dies, dass subalterne Mitarbeiter ohne Leitungsfunktion *de lege lata* nicht gestützt auf die vorstehend erwähnten Bestimmungen sanktioniert werden können.