

Philipp Haberbeck

Das Tatbestandselement der Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen in den Art. 33–35 FINMAG

Die FINMA hat nach Abschluss ihres gegen die UBS als Devisenhändlerin gerichteten Enforcementverfahrens bekannt gegeben, dass sie gegen elf involvierte Personen Enforcementverfahren eröffnet habe, um in diesem Kontext persönliche Verantwortlichkeiten abzuklären. Vor diesem Hintergrund fragt sich insbesondere, ob sich im Devisenhandel tätige Bankmitarbeiter in der Schweiz einer Verletzung einer aufsichtsrechtlichen Bestimmung schuldig machen konnten/können. Auf diese Frage wird im Beitrag eingegangen und dahingehend beantwortet, dass sie zu verneinen ist.

Beitragsarten: Beiträge

Rechtsgebiete: Wirtschaftsstrafrecht (UWG, Kartellgesetz, BankG, BEHG);

Aufsichtsrecht

Zitiervorschlag: Philipp Haberbeck, Das Tatbestandselement der Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen in den Art. 33–35 FINMAG, in: Jusletter 2. November 2015

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Diskussion
 - A. Der Devisenhandel ist in der Schweiz zurzeit nicht gesetzlich reguliert
 - B. Die Gewährsbestimmung von Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG setzt eine hierarchisch hohe Funktion voraus
 - C. Das BEHG ist auf den Devisenhandel nicht anwendbar
 - D. Das FINMA-RS 13/8 «Marktverhaltensregeln» ist auf den Devisenhandel nicht anwendbar
 - E. Bankinterne Vorschriften im Devisenhandel sind keine aufsichtsrechtlichen Bestimmungen im Sinne des FINMAG
- III. Zusammenfassung

I. Einleitung

[Rz 1] Im Oktober 2013 eröffnete die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA¹ gegen die UBS ein Enforcementverfahren² wegen des Verdachts auf marktmissbräuchliches Verhalten im Devisenhandel.³ Im November 2014 schloss die FINMA dieses Enforcementverfahren ab, und zwar mit der Feststellung, die UBS habe hinsichtlich der untersuchten Vorgänge schwer gegen die Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit verstossen.⁴ Die FINMA informierte darüber, sie habe bei der UBS neben weiteren Massnahmen einen Betrag von insgesamt 134 Millionen Franken eingezogen, und dass sie gegen elf involvierte Personen Enforcementverfahren eröffnet habe, um persönliche Verantwortlichkeiten abzuklären.⁵ Bei diesen Personen handle es sich um ehemalige und aktuelle Mitarbeiter der UBS.⁶

[Rz 2] Hinsichtlich der vorstehend erwähnten Enforcementverfahren, die gegen 11 ehemalige und aktuelle Mitarbeiter der UBS eröffnet wurden, fällt auf, dass die in Art. 33 bis 35 Finanzmarktaufsichtsgesetz (FINMAG)⁷ vorgesehenen Sanktionen⁸, die sich (im Gegensatz zu anderen im FIN-

¹ Hiernach nur noch «FINMA».

² Mit Enforcement (englisch für Durchsetzung) wird die zwangsweise Durchsetzung des Finanzmarktaufsichtsrechts durch die FINMA bezeichnet (vgl. z.B. den FINMA-Enforcementbericht 2014 vom 24. Februar 2015 [hiernach: «**Enforcementbericht 2014**»], S. 2; zu finden auf <https://www.finma.ch/de/durchsetzung/bewilligungstraeger/verfahren/> [Website zuletzt besucht am 14. Oktober 2015]). Laut der FINMA kommt das Enforcement dann zum Zug, wenn mildere Aufsichtsmittel und der Dialog zwischen der FINMA und den Finanzmarktteilnehmern alleine nicht mehr zielführend sind (a.a.O.). Gemäss dem Enforcementbericht 2014 sind in der FINMA rund 80 Mitarbeitende oder 15 Prozent der Belegschaft für das Enforcement zuständig (a.a.O.).

³ Siehe: <https://www.finma.ch/de/news/2014/11/mm-ubs-devisenhandel-20141112/> (Website zuletzt besucht am 14. Oktober 2015).

⁴ Siehe FN 3 oben.

⁵ Siehe FN 3 oben sowie den FINMA-Bericht «*Devisenhandelsgeschäft der UBS AG: Untersuchung der FINMA*» vom 12. November 2014 (hiernach: «**FINMA-UBS-Bericht**»), Ziff. 5.4 (zu finden auf <https://www.finma.ch/de/news/2014/11/mm-ubs-devisenhandel-20141112/> [Website zuletzt besucht am 14. Oktober 2015]).

⁶ Siehe: <https://www.finma.ch/de/news/2014/11/mm-ubs-devisenhandel-20141112/> (Website zuletzt besucht am 14. Oktober 2015).

⁷ Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht vom 22. Juni 2007 (SR 956.1).

⁸ Es handelt sich um die Sanktionen in Form eines Berufsverbots (Art. 33 FINMAG), einer Veröffentlichung der aufsichtsrechtlichen Verfügung (Art. 34 FINMAG) sowie einer Einziehung (Art. 35 FINMAG).

MAG vorgesehenen Sanktionen⁹⁾ nicht ausschliesslich gegen von der FINMA Beaufichtigte¹⁰⁾, sondern grundsätzlich auch gegen einen weiteren Personenkreis richten, alle eine «*schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen*»¹¹⁾ voraussetzen. Eine «*schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen*»¹²⁾ ist somit für die Sanktionen eines Berufsverbots (Art. 33 FINMAG¹³⁾, einer Veröffentlichung der aufsichtsrechtlichen Verfügung (Art. 34 FINMAG¹⁴⁾ sowie einer Einziehung (Art. 35 FINMAG¹⁵⁾) ein konstitutives Tatbestandselement.

[Rz 3] Vor obigem Hintergrund fragt sich insbesondere, ob sich im Devisenhandel tätige Bankmitarbeiter in der Schweiz der Verletzung einer aufsichtsrechtlichen Bestimmung schuldig machen konnten/können. Es ist diese Frage, die in diesem Beitrag untersucht wird.

⁹⁾ Siehe insbesondere die sich ausdrücklich an Beaufichtigte richtende Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustands gemäss Art. 31 FINMAG (Hervorhebung zusätzlich: «*Verletzt **eine Beaufichtigte oder ein Beaufichtigter** 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 ordnungsgemässen Zustandes mehr angeordnet werden, so kann die FINMA eine Feststellungsverfügung erlassen.*»).

¹⁰⁾ Art. 3 FINMAG enthält eine Legaldefinition des Begriffs «*Beaufichtigte*». Gemäss dieser Bestimmung sind der Finanzaufsicht der FINMA unterstehende Beaufichtigte: (a) die Personen, die nach den Finanzmarktgesetzen eine Bewilligung, eine Anerkennung, eine Zulassung oder eine Registrierung der Finanzaufsichtsbehörde benötigen, sowie (b) die kollektiven Kapitalanlagen.

¹¹⁾ Siehe Art. 33 Abs. 1, Art. 34 Abs. 1 sowie Art. 35 Abs. 1 und 2 FINMAG.

¹²⁾ Siehe FN 11 oben.

¹³⁾ Art. 33 FINMAG (Titel: Berufsverbot) lautet (Hervorhebung zusätzlich): «*[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.*».

¹⁴⁾ 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.*».

¹⁵⁾ Art. 35 FINMAG (Titel: Einziehung) lautet (Hervorhebung zusätzlich): «*[Absatz 1] Die FINMA kann den Gewinn einziehen, den eine Beaufichtigte, ein Beaufichtigter oder eine verantwortliche Person in leitender Stellung durch **schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen** erzielt hat. [Absatz 2] Diese Regelung gilt sinngemäss, wenn eine Beaufichtigte, ein Beaufichtigter 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.*».

II. Diskussion

A. Der Devisenhandel ist in der Schweiz zurzeit nicht gesetzlich reguliert

[Rz 4] Der Devisenhandel ist in der Schweiz bis heute nicht gesetzlich reguliert. Anders als bezüglich des Effektenhandels¹⁶ gibt es kein Bundesgesetz über den Devisenhandel. Hierbei handelt es sich um einen bewussten Entscheid des Schweizer Gesetzgebers:

[Rz 5] «Auf Empfehlung der Expertenkommission Zimmerli (Bericht FINMA III^[17]) hat der Bundesrat im Oktober 2005 beschlossen, einstweilen weiterhin von der Einführung einer umfassenden prudentiellen Aufsicht über [...] **Devisenhändler** [...] abzusehen [m.w.H.].»¹⁸

[Rz 6] Interessant ist im vorliegenden Zusammenhang, dass sich der Bundesrat geraume Zeit mit der Frage der Unterstellung des Devisenhandels unter eine prudentielle Aufsicht beschäftigte, was aus folgenden Stellungnahmen des damaligen Bundesrates *Kaspar Villiger* vom 11. Juni 2001 im Rahmen einer parlamentarischen Fragestunde bezüglich der Geldwäschereibekämpfung bzw. vom 3. Oktober 2002 im Rahmen einer parlamentarischen Debatte über einen Aspekt der beruflichen Vorsorge hervorgeht (Hervorhebungen zusätzlich):

[Rz 7] «Die Expertengruppe Finanzmarktaufsicht unter dem Vorsitz von Professor Jean-Baptiste Zufferey hat im November 2000 ihren Bericht zur «Finanzmarktregulierung und -aufsicht in der Schweiz» veröffentlicht. Dieser Bericht enthält insgesamt 42 Empfehlungen zur Regulierung und Organisation der Finanzmarktaufsicht. Unter anderem wird angeregt, eine integrierte Finanzmarktaufsichtsbehörde zu schaffen, welche die bisherigen Aufgaben der Eidgenössischen Bankkommission und des Bundesamtes für Privatversicherungen übernehmen würde. Im Weiteren sollen drei Arten von Anbietern von Finanzdienstleistungen **neu einer umfassenden prudentiellen Aufsicht unterstellt** werden: unabhängige Vermögensverwalter, *Introducing Brokers* und **Devisenhändler**.»¹⁹

[Rz 8] «Herr Zimmerli wird voraussichtlich Ende Jahr den Entwurf eines Organisationsgesetzes über die Finanzmarktaufsicht vorlegen können. Es hat schon einen Namen: *FinMaG*. [...] Das organisatorische Gerippe wird so sein, dass man neue Bereiche einer prudenziellen Aufsicht angliedern kann. Zum Beispiel ist es **noch etwas umstritten**, ob man die «*introducing brokers*», **die Devisenhändler** und die unabhängigen Vermögensverwalter auch prudenziell beaufsichtigen soll; Herr Zufferey hat das vorgeschlagen. Sie wehren sich zum Teil. Das ist noch nicht reif.»²⁰

[Rz 9] Dass sich der Schweizer Gesetzgeber dann wie oben erwähnt bewusst gegen eine gesetzliche Regulierung des Devisenhandels entschieden hat, geht auch aus folgendem parlamentarischem Vo-

¹⁶ Effektenhandel ist die Handelstätigkeit von Marktteilnehmern, die Effekten kaufen und verkaufen (vgl. PHILIPPE A. HUBER / PETER HSU, in: Basler Kommentar zum Börsengesetz und Finanzmarktaufsichtsgesetz, 2. Auflage, Basel 2011, N. 15 und 19 zu Art. 2 lit. d BEHG). Bei Effekten handelt es sich um vertretbare Wertpapiere, Wertrechte und Derivate, soweit sie vereinheitlicht und zum massenweisen Handel geeignet sind (siehe die Legaldefinition in Art. 2 lit. a BEHG; vgl. auch PHILIPPE A. HUBER / PETER HSU, a.a.O., N. 2 zu Art. 2 lit. a–c BEHG).

¹⁷ Der Bericht ist zu finden auf: https://www.efd.admin.ch/efd/de/home/dokumentation/nsb-news_list.msg-id-52.html (Website zuletzt besucht am 19. Oktober 2015).

¹⁸ Basler Kommentar BEHG, 2. A., Basel 2011, N. 59 zu Art. 2 lit. d BEHG, S. 504.

¹⁹ Sitzung des Nationalrates vom 11. Juni 2001 (Geschäft Nr. 01.5067), Fragestunde, Frage *Felix Walker* (siehe http://www.parlament.ch/ab/frameset/d/n/4608/31328/d_n_4608_31328_31381.htm [Website zuletzt besucht am 14. Oktober 2015]).

²⁰ AB 2002 (Geschäft Nr. 02.207) N 1666.

tum vom 23. März 2006 im Zusammenhang mit der Beratung des Übereinkommens über das auf Trusts anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung²¹ hervor (Hervorhebung zusätzlich):

[Rz 10] «*Auch wird kein schweizerisches materielles Trustrecht geschaffen. Ebenso wenig erachtet der Bundesrat eine Aufsicht als notwendig. Es soll keine Sonderregelung für Trusts bzw. Trustees geschaffen werden, zumal dies derzeit beispielsweise auch für unabhängige Vermögensverwalter und Devisenhändler nicht der Fall ist.*»²²

[Rz 11] Es handelt sich um einen fundamentalen und generellen verfassungsmässigen Grundsatz des schweizerischen Rechts, dass staatliches Handeln auf gesetzlicher Grundlage beruhen muss und der Staat insbesondere eine Sanktion ausschliesslich gestützt auf eine gesetzliche Grundlage aussprechen darf.²³ Das Legalitätsprinzip gilt nicht nur im Bereich des Strafrechts, sondern für jegliches staatliches Handeln²⁴, so auch das Finanzmarktenforcement.

[Rz 12] Ebenso handelt es sich um einen fundamentalen Rechtsgrundsatz, dass Rechtsnormen in aller Regel nicht rückwirkend auf zeitlich vor Inkrafttreten der Bestimmungen liegende Sachverhalte angewendet werden dürfen (Rückwirkungsverbot).²⁵

[Rz 13] Auf den ersten Blick scheint es in der Schweiz im Bereich des Devisenhandels bis heute keine aufsichtsrechtlichen Bestimmungen zu geben, die ein Devisenhändler verletzt haben könnte/verletzen könnte. Dieses vorläufige Resultat wird nachfolgend mit Blick auf verschiedene Rechtsquellen vertieft geprüft.

B. Die Gewährsbestimmung von Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG setzt eine hierarchisch hohe Funktion voraus

[Rz 14] Es fragt sich, ob die von der FINMA weit ausgelegte²⁶ Gewährsbestimmung von Art. 3 Abs. 2 lit. c Bankengesetz (BankG)²⁷ im vorliegenden Kontext zum Tragen kommen könnte.

[Rz 15] Nach hier vertretener Auffassung ist dies mit Bezug auf einfache Devisenhändler nicht der Fall. Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG ist gemäss seinem Wortlaut ausschliesslich anwendbar auf «*die mit der Verwaltung und Geschäftsführung der Bank betrauten Personen*». Hierbei handelt es sich

²¹ SR 0.221.371.

²² AB 2006 (Geschäft Nr. 05.088), S. 291.

²³ Art. 5 Abs. 1 BV; siehe auch etwa BGE 131 II 13 E. 6.3 S. 26 und BGE 130 I 1 E. 3.1 S. 5.

²⁴ Z.B. im Bereich von Abgabepflichten, siehe etwa BGE 132 II 47 E. 4.1 S. 55.

²⁵ Art. 5 Abs. 1 BV, Art. 7 Abs. 1 EMRK, Art. 15 Abs. 1 UNO-Pakt II (SR 0.103.2), Art. 1 SchIT Schweizerisches Zivilgesetzbuch (ZGB), Art. 2 Schweizerisches Strafgesetzbuch (StGB), Art. 196 Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG); siehe auch etwa BGE 126 III 431 E. 2a S. 434 und BGE 122 V 405 E. 3baa S. 408, die Urteile des Bundesgerichts 2C_158/2012 vom 20. April 2012, E. 3.3, und 4C.262/2002 vom 19. Mai 2004, E. 4.1, sowie das Urteil des Bundesverwaltungsgericht B-7765/2008 vom 14. Dezember 2009, E. 1.1.

²⁶ Vgl. etwa DAMIAN K. GRAF, Berufsverbote für Gesellschaftsorgane: das Sanktionsregime im Straf- und Finanzmarktrecht, in AJP 2014 S. 1195 ff., S. 1200 (Hervorhebung zusätzlich: «*Was unter der Gewährserfordernis genau zu verstehen ist und wo sich die Grenzen des Mindestgewährsstandards befinden, ist zwar unbestimmt, durch eine reichhaltige Verwaltungspraxis aber konkretisiert worden. Diese ist im Streben nach möglichstem Vertrauensschutz und Finanzmarktstabilität ausserordentlich weit gefasst.*»).

²⁷ 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 [...] [lit. c] die mit der Verwaltung und Geschäftsführung der Bank betrauten Personen einen guten Ruf genossen und Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten [...].*».

in jedem Fall um hierarchisch höhere Chargen, nicht um Bankmitarbeiter ohne Führungs- und Leitungsfunktion.²⁸

[Rz 16] Vor obigem Hintergrund steht fest, dass Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG zumindest auf einfache Devisenhändler, die ohne Führungs- oder Verwaltungsfunktion tätig sind/waren, nicht anwendbar ist.

C. Das BEHG ist auf den Devisenhandel nicht anwendbar

[Rz 17] Weiter kann man sich fragen, ob die Gewährbestimmung für Effektenhändler gemäss Art. 10 Abs. 2 lit. d Börsengesetz (BEHG)²⁹ im vorliegend diskutierten Zusammenhang eine Rechtsgrundlage abgeben könnte.

[Rz 18] Das BEHG bezieht sich insbesondere gemäss seines Zweckartikels (Art. 1³⁰) und der von ihm definierten Begriffe (Art. 2³¹) explizit auf den Handel mit Effekten an Börsen. Währungen sind keine Effekten und werden auch nicht an Börsen gehandelt. Das BEHG ist auf Devisenhändler somit klarerweise nicht anwendbar³², was auch im Bericht von *Professor Jean-Baptiste Zufferey* vom Februar 2005 über die Frage der Erweiterung der umfassenden prudentiellen Aufsicht über die unabhängigen Vermögensverwalter, Introducing Brokers und Devisenhändler unmissverständlich festgehalten wurde: «*Wer sich ausschliesslich auf Geschäfte mit Buchdevisen konzentriert und*

²⁸ Vgl. etwa Basler Kommentar zum BankG, 2. A., Basel 2013, N. 16 zu Art. 3 (m.w.H.), sowie etwa BGE 106 Ib 145 E. 2a S. 147 (die Verantwortlichen einer Bank), BGE 108 Ib 186 E. 3a S. 190 (Geschäftsführung) sowie die Urteile des Bundesgerichts 4C.201/2001 vom 19. Juni 2002, E. 2.2.1 (Mitglieder des Verwaltungsrates einer Bank), und 2A.261/2004 vom 27. Mai 2004 (Mitglied des Verwaltungsrates einer Bank). Siehe auch DAMIAN K. GRAF, a.a.O., S. 1199, der den Begriff der Gewährsträger folgendermassen umschreibt: «*Der angesprochene Personenkreis orientiert sich am zivilrechtlichen Organbegriff und erfasst, beispielhaft nach Art. 9 BEHV, die Mitglieder des Organs für Oberleitung, Aufsicht und Kontrolle, die Mitglieder der Geschäftsführung sowie den Leiter der Überwachungsstelle. Selbiges gilt für Personen, die massgeblichen Einfluss auf die Geschäftsfähigkeit ausüben (vgl. Art. 3 Abs. 2 lit. c^{bis} BankG und weitere Erlasse), was auf den Einbezug faktischer Organe ausgerichtet ist.*».

²⁹ Art. 10 Abs. 2 lit. d des Bundesgesetzes über die Börsen und den Effektenhandel vom 24. März 1995 (BEHG; SR 954.1) lautet: «*Die Bewilligung [zur Tätigkeit eines Effektenhändlers] wird erteilt, wenn: [...] [lit. d] der Gesuchsteller, seine verantwortlichen Mitarbeiter sowie die massgebenden Aktionäre Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten.*».

³⁰ Art. 1 BEHG (Titel: Zweck) lautet (Hervorhebung zusätzlich): «*Dieses Gesetz regelt die Voraussetzungen für die Errichtung und den Betrieb von Börsen sowie für den gewerbmässigen Handel mit **Effekten**, um für den Anleger Transparenz und Gleichbehandlung sicherzustellen. Es schafft den Rahmen, um die Funktionsfähigkeit der **Effektenmärkte** zu gewährleisten.*».

³¹ Art. 2 BEHG (Titel: Begriffe) lautet (Hervorhebung zusätzlich): «*In diesem Gesetz gelten als: [lit. a] **Effekten**: vereinheitlichte und zum massenweisen Handel geeignete Wertpapiere, nicht verurkundete Rechte mit gleicher Funktion (Wertrechte) und Derivate; [lit. b] Börsen: Einrichtungen des **Effektenhandels**, die den gleichzeitigen Austausch von Angeboten unter mehreren **Effektenhändlern** sowie den Vertragsabschluss bezwecken; als Börsen gelten auch Handelssysteme, die den Austausch von Elektrizität bezwecken; [lit. c] Kotierung: Zulassung zum Handel an der Haupt- oder Nebenbörse; [lit. d] **Effektenhändler**: natürliche und juristische Personen und Personengesellschaften, die gewerbmässig für eigene Rechnung zum kurzfristigen Wiederverkauf oder für Rechnung Dritter **Effekten** auf dem Sekundärmarkt kaufen und verkaufen, auf dem Primärmarkt öffentlich anbieten oder selbst Derivate schaffen und öffentlich anbieten; [lit. e] öffentliche Kaufangebote: Angebote zum Kauf oder zum Tausch von **Aktien, Partizipations- oder Genussscheinen** oder von anderen **Beteiligungspapieren (Beteiligungspapiere)**, die sich öffentlich an Inhaber von **Aktien** oder anderer **Beteiligungspapiere** von den schweizerischen Gesellschaften richten, deren **Beteiligungspapiere** mindestens teilweise an einer Börse in der Schweiz kotiert sind; [lit. f] Insiderinformation: vertrauliche Information, deren Bekanntwerden geeignet ist, den Kurs von **Effekten**, die an einer Börse oder einer börsenähnlichen Einrichtung in der Schweiz zum Handel zugelassen sind, erheblich zu beeinflussen.*».

³² Vgl. etwa den Basler Kommentar zum BEHG, a.a.O., N. 16 zu Art. 2 lit. d BEHG, S. 498, sowie N. 59 zu Art. 2 lit. d BEHG, S. 504.

weder mit Effekten noch mit Derivaten handelt, fällt nicht unter den Begriff des Effektenhändlers gemäss Artikel 2 Buchstabe d des Börsengesetzes.»³³.

D. Das FINMA-RS 13/8 «Marktverhaltensregeln» ist auf den Devisenhandel nicht anwendbar

[Rz 19] Es fragt sich, wie es im vorliegenden Zusammenhang mit dem FINMA-Rundschreiben 13/8 «Marktverhaltensregeln»³⁴ steht.

[Rz 20] Das FINMA-RS 13/8 bezieht sich klarerweise auf den Effektenhandel an Börsen und damit nicht auf den Devisenhandel, was z.B. aus der Umschreibung des Zwecks³⁵ sowie aus der Definition des Geltungsbereichs³⁶ dieses FINMA-Rundschreibens hervorgeht.

[Rz 21] Aufgrund ihres extensiven Wortlauts fragt sich dessen ungeachtet trotzdem, ob Rz. 41 i.V.m. 44 des FINMA-RS 13/8³⁷ eine aufsichtsrechtliche Bestimmung im Sinne des FINMAG abgibt, gestützt auf welche die FINMA im vorliegenden Kontext (Devisenhandel) Sanktionen aussprechen dürfte.

³³ Bericht von Professor Jean-Baptiste Zufferey mit dem Titel «Erweiterung der prudentiellen Aufsicht», III. Teilbericht der vom Bundesrat eingesetzten Expertenkommission, Februar 2005, Ziff. 4.3, S. 11 (zu finden auf der in FN 17 erwähnten Website).

³⁴ Hiernach: «**FINMA-RS 13/8**», zu finden auf: <https://www.finma.ch/de/dokumentation/rundschreiben/#Order=2>, oder auf: <http://www.kpmg.com/CH/de/Library/Legislative-Texts/Seiten/Rundschreiben-der-FINMA.aspx?gclid=CJrny8C9o8YCFfQatAodyJMBKq> (Websites zuletzt besucht am 14. Oktober 2015).

³⁵ Kapitel I (Zweck; Rz. 1–2) von FINMA-RS 13/8 lautet (Hervorhebung zusätzlich): «[Rz. 1] Das Börsengesetz gewährleistet Transparenz und Funktionsfähigkeit der **Effektenmärkte** und stellt die Gleichbehandlung der **Anleger** sicher. Zu diesem Zweck regelt Abschnitt 5a des Börsengesetzes das aufsichtsrechtlich unzulässige Marktverhalten mittels Verbot des Ausnützens von Insiderinformationen und der Marktmanipulation. [Rz. 2] Das vorliegende Rundschreiben konkretisiert zum einen die **börsengesetzlichen** Verbotstatbestände zum Marktverhalten (Art. 33e und 33f **BEHG**; SR 954.1) sowie die ausführenden Bestimmungen der **Börsenverordnung** (Art. 55a ff. **BEHV**; SR 954.11). Zum andern konkretisiert es das Erfordernis der Gewähr für eine einwandfreie Geschäftsführung im Bereich des Marktverhaltens. Es statuiert Vorgaben zur Organisation von Beaufichtigten, deren Einhaltung die Verhinderung und Aufdeckung unzulässigen Marktverhaltens gewährleisten soll.»

³⁶ Artikel II (Geltungsbereich; Rz. 3–7) von FINMA-RS 13/8 lautet (Hervorhebung zusätzlich): «[Rz. 3] Kap. III–V dieses Rundschreibens gelten für sämtliche natürlichen und juristischen Personen, die hinsichtlich an schweizerischen Börsen oder börsenähnlichen Einrichtungen zum Handel zugelassener **Effekten** als Marktteilnehmer auftreten. [Rz. 4] Kap. VI (Marktmissbrauch im Primärmarkt, mit ausländischen **Effekten** sowie in anderen Märkten) und VII (Organisationspflichten) dieses Rundschreibens gelten für folgende von der FINMA Beaufichtigte: Banken, Versicherungen, Börsen und börsenähnliche Einrichtungen, Effektenhändler, Fondsleitungen, SICAV, Kommanditgesellschaften für kollektive Kapitalanlagen, SICAF, Depotbanken und Vermögensverwalter kollektiver Kapitalanlagen. [Rz. 5] Für Finanzgruppen und -konglomerate sowie Versicherungsgruppen und -konglomerate gelten Kap. VI (Marktmissbrauch im Primärmarkt, mit ausländischen **Effekten** sowie in anderen Märkten) und Kap. VII (Organisationspflichten) für in der Schweiz domizilierte Dachinstitute sowie für weitere in der Schweiz domizilierte Institute einer Gruppe bzw. eines Konglomerats, soweit sie die FINMA einer Gruppen- und Konglomeratsaufsicht unterstellt hat. [Rz. 6] Kap. VI (Marktmissbrauch im Primärmarkt, mit ausländischen **Effekten** sowie in anderen Märkten) dieses Rundschreibens gilt zusätzlich zu den in Rz 4 und 5 genannten Beaufichtigten auch für direkt unterstellte Finanzintermediäre. [Rz. 7] Die im Rundschreiben in Klammern verwendeten englischen Fachbegriffe dienen einzig dem besseren Verständnis der beschriebenen Missbräuche; massgebend ist alleine der deutsche Text.»

³⁷ Rz. 41 i.V.m. Rz. 44 von FINMA-RS 13/8 lautet (Hervorhebung zusätzlich): «Zur Beurteilung der Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit der in Rz. 4, 5 und 6 genannten Beaufichtigten sowie mit Blick auf die Anwendung von Massnahmen gemäss Art. 29–37 FINMAG (SR 956.1) und Art. 35a **BEHG** gelten die Bestimmungen zum Umgang mit Insiderinformationen und zur Marktmanipulation (Kap. III–V dieses Rundschreibens) nicht nur hinsichtlich von an schweizerischen Börsen zum Handel zugelassenen Effekten, sondern sinngemäss insbesondere auch bezüglich [...] der Geschäftstätigkeit in anderen Märkten als dem Effektenmarkt (bspw. Rohwaren-, **Devisen-** und **Zinsmärkte**), insbesondere im Zusammenhang mit Benchmarks.»

[Rz 22] Nach hier vertretener Auffassung ist dies nicht der Fall. Rundschreiben der FINMA sind keine generell-abstrakten Rechtsnormen, die Rechte und Pflichten von Normadressaten begründen könnten, die sich nicht bereits aus einem Gesetz oder einer Verordnung ergeben (Hervorhebung zusätzlich):

[Rz 23] «*Beim Rundschreiben [FINMA-RS 2008/8] der [FINMA] handelt es sich um eine Verwaltungsverordnung. Verwaltungsverordnungen statuieren im Gegensatz zu Rechtsverordnungen **keine neuen Rechte und Pflichten für Private**, sind aber insofern von Bedeutung, als sie Gewähr für eine einheitliche und rechtsgleiche Verwaltungspraxis – insbesondere im Ermessensbereich der Behörde – bieten.*»³⁸

[Rz 24] Demnach sind die Rundschreiben der FINMA also, rechtstechnisch gesehen, blosser Verwaltungsverordnungen bzw. eine «*blosse Orientierung über die bisherige und künftig zu gewärtigende Praxis der [FINMA]*»³⁹.

[Rz 25] Dies ergibt sich auch aus dem FINMAG. So darf die FINMA gemäss Art. 7 Abs. 1 lit. b FINMAG⁴⁰ Rundschreiben erlassen «*über die Anwendung der Finanzmarktgesetzgebung*», was implizit bedeutet, dass durch FINMA-Rundschreiben keine Ausdehnung oder Weiterschreibung der in Art. 1 Abs. 1 FINMAG⁴¹ aufgeführten Finanzmarktgesetze erfolgen kann.

[Rz 26] Da es in den bestehenden Schweizer Finanzmarktgesetzen (siehe Art. 1 Abs. 1 FINMAG) wie erwähnt derzeit keine gesetzlichen Vorschriften betreffend den Devisenhandel gibt, kann die FINMA in einem Rundschreiben auch nicht über ihre Anwendung solcher (nicht bestehender) Vorschriften orientieren.

[Rz 27] Aber selbst wenn man FINMA-Rundschreiben entgegen der hier vertretenen Auffassung als verbindliche Rechtsnormen qualifizieren würde, müsste sich die FINMA beim Erlass entsprechender Normen in jedem Fall an den ihr vom Gesetz gesteckten Rahmen halten.⁴²

[Rz 28] Die Einhaltung des gesetzlichen Rahmens beim Erlass von untergeordneten Normen entspricht einem allgemeinen rechtlichen Grundsatz⁴³, der vom Bundesgericht z.B. in einem Urteil vom 29. Juli 2013 mit Bezug auf eine Verwaltungsverordnung der FINMA, konkret Art. 9 Abs. 2

³⁸ Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-7765/2008 vom 14. Dezember 2009, E. 8.4.1.

³⁹ Basler Kommentar zum FINMAG, 2. A., Basel 2011, N. 19 zu Art. 7 FINMAG, S. 33; vgl. auch das Urteil des Bundesverwaltungsgericht B-7765/2008 vom 14. Dezember 2009, E. 8.4.1.

⁴⁰ Art. 7 Abs. 1 FINMAG lautet: «*Die FINMA reguliert durch: [lit. a] Verordnungen, wo dies in der Finanzmarktgesetzgebung vorgesehen ist; und [lit. b] Rundschreiben über die Anwendung der Finanzmarktgesetzgebung.*».

⁴¹ Art. 1 Abs. 1 FINMAG lautet (Hervorhebung zusätzlich): «*Der Bund schafft eine Behörde für die Aufsicht über den Finanzmarkt nach folgenden Gesetzen (**Finanzmarktgesetze**): [lit. a] Pfandbriefgesetz vom 25. Juni 1930; [lit. b] Versicherungsvertragsgesetz vom 2. April 1908; [lit. c] Kollektivanlagengesetz vom 23. Juni 2006; [lit. d] Bankengesetz vom 8. November 1934; [lit. e] Börsengesetz vom 24. März 1995; [lit. f] Geldwäschereigesetz vom 10. Oktober 1997; [lit. g] Versicherungsaufsichtsgesetz vom 17. Dezember 2004.*».

⁴² Vgl. BGE 137 II 284, insbesondere E. 5.2.2 und 5.3.1 S. 293, wo es heisst (Hervorhebung zusätzlich): «*Diese Auslegung erweist sich als zu streng und ist – wie die Vorinstanz zu Recht festgestellt hat – durch Art. 3 KAG nicht gedeckt [...]*».

⁴³ Siehe zum Legalitätsprinzip allgemein etwa BGE 96 I 24 E. 4a S. 29 (Hervorhebung zusätzlich: «*Der genannte Grundsatz besagt, dass nur strafbar ist, wer eine Tat begeht, die das Gesetz ausdrücklich mit Strafe bedroht. Die Vorschrift, auf Grund welcher der Beschwerdeführer mit einer Busse belegt wurde, findet sich nicht in einem Gesetz im formellen Sinn, sondern in einer Verordnung. Nach der ständi[g]en Rechtsprechung des Bundesgerichts genügt eine Verordnung, die sich im Rahmen von Verfassung und Gesetz hält, als Grundlage für eine Bestrafung [...]*»); siehe auch BGE 124 IV 23 E. 1 S. 25 (Hervorhebung zusätzlich: «*Nach der älteren Rechtsprechung war dem Grundsatz der Legalität Genüge getan, wenn Strafnormen in einem Gesetz im materiellen Sinne, d.h. allenfalls auch in einer Verordnung, geregelt waren [...]. Die neuere Praxis verlangt demgegenüber für jede Strafe, die einen Freiheitsentzug mit sich bringt, als schweren Eingriff in die persönliche Freiheit eine klare Grundlage in einem formellen Gesetz. Für andere Strafen ge-*

Börsenverordnung (BEHV)-FINMA, bestätigt wurde, in welchem das Bundesgericht zum Schluss kam, dass diese Bestimmung nicht von Art. 20 Abs. 1 BEHG gedeckt und damit ungültig ist.⁴⁴

[Rz 29] Schlussfolgernd überschreiten die Ausführungen in Rz. 41 i.V.m. 44 des FINMA-RS 13/8 den vom BEHG gesteckten Rahmen und können von daher zumindest bezüglich des Devisenhandels keine aufsichtsrechtliche Bestimmung im Sinne des FINMAG darstellen.⁴⁵

[Rz 30] Ungeachtet der vorstehenden Schlussfolgerung ist zudem darauf hinzuweisen, dass das FINMA-RS 13/8 erst am 1. Oktober 2013 in Kraft trat, also zu einem Zeitpunkt, der hinsichtlich der gegen die UBS gerichteten Devisenhandels-Untersuchung ausserhalb des von der FINMA gesetzten Untersuchungszeitraums liegt.⁴⁶ Aufgrund des Rückwirkungsverbotes ist das FINMA-RS 13/8 somit zumindest nicht auf vor dessen Inkrafttreten (1. Oktober 2013) erfolgte Handlungen anwendbar.

[Rz 31] Im vorstehenden Zusammenhang ist hervorzuheben, dass die früheren Versionen des FINMA-RS 13/8, also das FINMA-RS 2008/38 vom 20. November 2008 sowie das EBK-RS 08/01 vom 19. März 2008, keine Rz. 41 i.V.m. 44 des FINMA-RS 13/8 entsprechenden Bestimmungen enthielten.

[Rz 32] Vor diesem Hintergrund steht fest, dass das FINMA-RS 13/8 zumindest hinsichtlich des Devisenhandels keine aufsichtsrechtliche Bestimmung im Sinne des FINMAG abgibt und/oder wegen des Rückwirkungsverbotes auf vor dem 1. Oktober 2013 liegende Sachverhalte nicht anwendbar ist.

E. Bankinterne Vorschriften im Devisenhandel sind keine aufsichtsrechtlichen Bestimmungen im Sinne des FINMAG

[Rz 33] Abschliessend ist zu prüfen, ob betriebsinterne Bankvorschriften bezüglich des Devisenhandels aufsichtsrechtliche Bestimmungen im Sinne des FINMAG darstellen können.

[Rz 34] Dies ist zu verneinen. Bankinterne Vorschriften sind keine aufsichtsrechtlichen Gesetzesbestimmungen im Sinne des FINMAG, gestützt auf welche die FINMA im Bereich des Devisenhandels Sanktionen aussprechen könnte. Bei entsprechenden betriebsinternen, den Devisenhandel betreffenden Vorschriften, bei denen es sich nicht einmal um von der FINMA anerkannte Mindeststandards handelt⁴⁷, handelt es sich um rein privatrechtliche Vorschriften, die im Falle ihrer Verletzung unter Umständen allenfalls privatrechtliche (z.B. eine Entlassung), keinesfalls aber behördliche Sanktionen nach sich ziehen können (z.B. ein Berufsverbot).

nügt dagegen eine Verordnung, die sich im Rahmen von Verfassung und Gesetz hält [...].»); ebenso BGE 123 IV 29 E. 4a S. 36 f. sowie BGE 112 Ia 107 E. 3b S. 113.

⁴⁴ Urteil des Bundesgerichts 2C_98/2013 vom 29. Juli 2013, insbesondere E. 6.8 (Hervorhebung zusätzlich): «En conclusion, l'art. 9 al. 2 OBVM-FINMA, qui prévoit une obligation de déclarer alors que les participations sont détenues pour le compte de tiers, ne correspond pas au sens véritable de l'art. 20 al. 1 LBVM (...) et s'écarte donc du cadre de la délégation de compétence prévue à l'art. 20 al. 5 LBVM. Au vu de ce qui précède, la recourante ne saurait être tenue de déclarer de façon consolidée avec ses propres participations les participations qu'elle et ses filiales détiennent pour les clients dont elles gèrent le portefeuille, et le recours doit être admis sur ce point.».

⁴⁵ Vgl. BGE 137 II 284.

⁴⁶ Siehe den FINMA-UBS-Bericht, S. 7 («Die Untersuchung wurde auf den Zeitraum 1. Januar 2008 bis 30. September 2013 festgelegt [«Untersuchungszeitraum»].»).

⁴⁷ Vgl. FINMA-RS 2008/10 vom 20. November 2008, Anhang.

III. Zusammenfassung

[Rz 35] Die FINMA hat nach Abschluss ihres gegen die UBS als Devisenhändlerin gerichteten Enforcementverfahrens bekannt gegeben, dass sie gegen elf involvierte Personen Enforcementverfahren eröffnet habe, um in diesem Kontext persönliche Verantwortlichkeiten abzuklären. Vor diesem Hintergrund fragt sich insbesondere, ob sich im Devisenhandel tätige Bankmitarbeiter in der Schweiz einer Verletzung einer aufsichtsrechtlichen Bestimmung schuldig machen konnten/können. Hier wird die Auffassung vertreten, dass dies zu verneinen ist.

[Rz 36] Bekanntlich ist der Devisenhandel in der Schweiz bis heute nicht gesetzlich reguliert (siehe II.A oben). Entsprechend sucht man in der Schweiz vergeblich aufsichtsrechtliche Bestimmungen auf Gesetzes- oder Verordnungsebene, die sich explizit und spezifisch auf den Devisenhandel beziehen.

[Rz 37] Die von der FINMA extensiv interpretierte Gewährsbestimmung von Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG kommt im Bereich des Devisenhandels mit Bezug auf einfache Devisenhändler ohne Führungs- oder Verwaltungsfunktion nicht zur Anwendung (siehe II.B oben).

[Rz 38] Da sich das BEHG explizit auf den Handel mit Effekten an Börsen bezieht, kommt hinsichtlich des Devisenhandels die Gewährsbestimmung für Effekthändler (Art. 10 Abs. 2 lit. d BEHG) ebenfalls nicht zur Anwendung (siehe II.C oben).

[Rz 39] Nach hier vertretener Auffassung überschreiten Rz. 41 i.V.m. 44 des FINMA-RS 13/8 den vom BEHG gesteckten Rahmen und können von daher zumindest bezüglich des Devisenhandels keine gültige aufsichtsrechtliche Bestimmung im Sinne des FINMAG darstellen (siehe II.D oben).

[Rz 40] Weiter ist darauf hinzuweisen, dass das FINMA-RS 13/8 erst am 1. Oktober 2013 in Kraft trat, also zu einem Zeitpunkt, der hinsichtlich der gegen die UBS gerichteten Devisenhandelsuntersuchung ausserhalb des von der FINMA gesetzten Untersuchungszeitraums liegt. Aufgrund des Rückwirkungsverbot es ist das FINMA-RS 13/8 somit zumindest nicht auf vor dessen Inkrafttreten (1. Oktober 2013) liegende Sachverhalte anwendbar (a.a.O.).

[Rz 41] Abschliessend ist festzuhalten, dass bankinterne Vorschriften keine aufsichtsrechtlichen Gesetzesbestimmungen im Sinne des FINMAG darstellen, gestützt auf welche die FINMA im Bereich des Devisenhandels Sanktionen aussprechen könnte. Bei betriebsinternen Regeln handelt es sich um rein privatrechtliche Vorschriften, die im Falle ihrer Verletzung unter Umständen allenfalls privatrechtliche (z.B. eine Entlassung), keinesfalls aber behördliche Sanktionen nach sich ziehen können (siehe II.E oben).

PHILIPP H. HABERBECK, Rechtsanwalt, Zürich.