

Philipp Haberbeck

Stellt das Gewährserfordernis gemäss Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG eine aufsichtsrechtliche Bestimmung im Sinne von Art. 33 FINMAG (Berufsverbot) dar?

Art. 33 Finanzmarktaufsichtsgesetz (FINMAG) «Berufsverbot» enthält selbst keine konkrete Verhaltensvorschrift, sondern sanktioniert «eine schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen». Entsprechend ist unter dem Gesichtswinkel des Bestimmtheitsgebotes die jeweilige aufsichtsrechtliche Bestimmung darauf hin zu prüfen, ob sie ausreichend präzise formuliert ist. Nach in diesem Beitrag dargelegter Auffassung ist dies bezüglich der Gewährsbestimmung von Art. 3 Abs. 2 lit. c Bankengesetz (BankG) nicht der Fall, womit es sich nach Auffassung des Autors beim Gewährsartikel nicht um eine aufsichtsrechtliche Bestimmung im Sinne von Art. 33 FINMAG handelt.

Beitragsarten: Beiträge

Rechtsgebiete: Bankrecht; Aufsichtsrecht; Bankrecht

Zitiervorschlag: Philipp Haberbeck, Stellt das Gewährserfordernis gemäss Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG eine aufsichtsrechtliche Bestimmung im Sinne von Art. 33 FINMAG (Berufsverbot) dar?, in: Jusletter 8. Februar 2016

Inhaltsübersicht

1. Einführung
2. Der Begriff der aufsichtsrechtlichen Bestimmungen gemäss Art. 33–35 FINMAG
3. Handelt es sich bei Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG um eine aufsichtsrechtliche Bestimmung im Sinne von Art. 33 FINMAG?
4. Exkurs: Welcher Kreis von Bankmitarbeitern wird von Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG erfasst?
5. Zusammenfassung

1. Einführung

[Rz 1] Am 17. Dezember 2015 informierte die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA darüber, dass sie «*Berufsverbote gegen sechs ehemalige Manager und Händler des UBS-Devisen- und Edelmetallgeschäftes [verhängt habe]*»¹. Laut FINMA seien «*diese Personen individuell für die schweren Verletzungen von Aufsichtsrecht im Zusammenhang mit den bei der UBS festgestellten Fehlverhalten im Devisen- und Edelmetallhandel verantwortlich*»².

[Rz 2] Die Verhängung eines auf Art. 33 Finanzmarktaufsichtsgesetz (FINMAG)³ gestützten Berufsverbotes setzt eine «*schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen*» voraus.⁴ In einem Artikel vom 2. November 2015 legte der Verfasser dieses Beitrags seinen Standpunkt dar, dass im Devisenhandel tätige Bankmitarbeiter in der Schweiz keine aufsichtsrechtliche Bestimmung verletzen konnten/können, weil der Devisenhandel in der Schweiz nicht gesetzlich reguliert war bzw. ist.⁵ Die im erwähnten Artikel neben anderen Bestimmungen diskutierte Gewährsbestimmung von Art. 3 Abs. 2 lit. c Bankengesetz (BankG)⁶ soll im vorliegenden Beitrag genauer geprüft werden. Mit anderen Worten wird nachfolgend vertieft der Frage nachgegangen, ob Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG eine aufsichtsrechtliche Bestimmung im Sinne von Art. 33 FINMAG darstellt, die z.B. im Bereich des Devisenhandels verletzt werden kann.

¹ Siehe die Medienmitteilung vom 17. Dezember 2015 (zu finden auf: <https://www.finma.ch/de/news/2015/12/20151217-mm-devisenhandel/>). Diese und alle weiteren in diesem Beitrag erwähnten Webseiten wurden zum letzten Mal besucht am 11. Januar 2016.

² Siehe FN 1.

³ Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht vom 22. Juni 2007 (SR 956.1).

⁴ Art. 33 FINMAG (Titel: Berufsverbot) 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 Beaufsichtigten untersagen. [Absatz 2] Das Berufsverbot kann für eine Dauer von bis zu fünf Jahren ausgesprochen werden.*» Zum Berufsverbot nach Art. 33 FINMAG: Christoph Kuhn, Das Berufsverbot nach Art. 33 FINMAG, in: Veröffentlichungen aus dem LL.M-Studiengang Internationales Wirtschaftsrecht der Universität Zürich und des Europa Instituts an der Universität Zürich, 2014, Band 78; Felix Uhlmann, Berufsverbot nach Art. 33 FINMAG, SZW/RSDA 5/2011, S. 437 ff.; Guillaume Braïdi, L'interdiction d'exercer selon l'art. 33 LFINMA: étendue, délimitations et qualification, SZW/RSDA 3/2013, S. 204 ff.

⁵ Siehe Philipp Haberbeck, Das Tatbestandselement der Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen in den Art. 33–35 FINMAG, in: Jusletter 2. November 2015.

⁶ 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 Abs. 2 lit. c des Bankengesetzes, Diss. Zürich und St. Gallen 1990, erschienen in: Bankwirtschaftliche Forschungen Band 123.

[Rz 3] Im Sinne eines Exkurses wird auch der persönliche Anwendungsbereich von Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG nochmals⁷ kurz diskutiert, also welcher Kreis von Bankmitarbeitern von der Gewährbestimmung erfasst wird.

2. Der Begriff der aufsichtsrechtlichen Bestimmungen gemäss Art. 33–35 FINMAG

[Rz 4] Die in Art. 33 bis 35 FINMAG vorgesehenen Sanktionen setzen alle eine «*schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen*» voraus.⁸ Eine «*schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen*» ist somit nicht nur bezüglich der Sanktion eines Berufsverbots (Art. 33 FINMAG), sondern auch für die Sanktionen einer Veröffentlichung der aufsichtsrechtlichen Verfügung (Art. 34 FINMAG⁹) sowie einer Einziehung (Art. 35 FINMAG¹⁰) ein konstitutives Tatbestandselement.

[Rz 5] Es fragt sich vor obigem Hintergrund, welche Bestimmungen als «aufsichtsrechtliche Bestimmungen» im einschlägigen Sinne qualifizieren, also als «aufsichtsrechtliche Bestimmungen» gemäss Art. 33 FINMAG.

[Rz 6] Interessant ist in diesem Zusammenhang, dass der mit der Botschaft zum FINMAG vom 1. Februar 2006¹¹ präsentierte Entwurf des FINMAG noch eine Legaldefinition der aufsichtsrechtlichen Bestimmungen enthielt. Art. 30 des dem Parlament vom Bundesrat unterbreiteten FINMAG-Entwurfes lautete: «*Unter aufsichtsrechtlichen Bestimmungen sind Gesetze, Verordnungen und Rundschreiben zu verstehen, welche die Pflichten der Beaufsichtigten festlegen. Als aufsichtsrechtliche Bestimmungen gelten zudem die von der FINMA genehmigten Selbstregulierungsstandards*»¹².

[Rz 7] Diese Legaldefinition ist im Gesetzgebungsprozess weggefallen, ohne Diskussion im National- oder Ständerat.¹³

[Rz 8] Der Begriff «aufsichtsrechtliche Bestimmungen» enthält explizit zwei Elemente: Den Hinweis, dass es sich um eine Vorschrift handeln muss («Bestimmungen»), die ein Verhalten vorschreibt

⁷ Siehe hierzu in summarischer Form Philipp Haberbeck, a.a.O., Rz. 14 ff.

⁸ Siehe zu den Sanktionen gemäss FINMAG etwa Peter Nobel, Sanktionen gemäss FINMAG, GesKR 1 / 2009, S. 59 ff.

⁹ Art. 34 FINMAG (Titel: Veröffentlichung der aufsichtsrechtlichen Verfügung) lautet: «[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.».

¹⁰ Art. 35 FINMAG (Titel: Einziehung) lautet: «[Absatz 1] Die FINMA kann den Gewinn einziehen, den eine Beaufsichtigte, ein Beaufsichtigter oder eine verantwortliche Person in leitender Stellung durch schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen erzielt hat. [Absatz 2] Diese Regelung gilt sinngemäss, wenn eine Beaufsichtigte, ein Beaufsichtigter 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.».

¹¹ BBl 2006 2829.

¹² Siehe die Botschaft zum FINMAG vom 1. Februar 2006 (BBl 2006 2829), S. 2880.

¹³ Siehe die Wortprotokolle der parlamentarischen Beratungen zum FINMAG, zu finden auf: <http://www.parlament.ch/ab/frameset/d/index.htm> (Suche mit der Geschäftsnummer 06.017).

bzw. eine Pflicht aufstellt («aufsichtsrechtlich»)¹⁴ Implizit ist vorausgesetzt, dass es sich um eine finanzmarktrechtliche Pflicht handeln muss.

[Rz 9] Obiges deckt sich mit der im bundesrätlichen Entwurf des FINMAG enthaltenen Legaldefinition aufsichtsrechtlicher Bestimmungen.

[Rz 10] Bei Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG handelt es sich zweifellos um eine finanzmarktrechtliche Gesetzesnorm. Aber handelt es sich auch um eine aufsichtsrechtliche Bestimmung im Sinne von Art. 33 FINMAG, bei deren Verletzung die FINMA ein Berufsverbot aussprechen darf?

3. Handelt es sich bei Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG um eine aufsichtsrechtliche Bestimmung im Sinne von Art. 33 FINMAG?

[Rz 11] Es ist zweifelhaft, ob der hier diskutierte Gewährsartikel eine aufsichtsrechtliche Bestimmung im Sinne von Art. 33 FINMAG darstellt.¹⁵

[Rz 12] Zuerst fällt auf, dass Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG von seinem Wortlaut her keine individuelle Verhaltenspflicht aufstellt. Diese Bestimmung konstituiert vielmehr eine Voraussetzung für die Erteilung einer Bankbewilligung, enthält aber keine konkrete, an einen Bankangestellten adressierte Verhaltenspflicht.¹⁶

[Rz 13] Zu bedenken ist in diesem Zusammenhang auch, dass die Sanktion einer Verletzung von Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG der Bewilligungsentzug¹⁷, nicht aber eine andere Sanktion ist.

[Rz 14] Mit Blick auf die Praxis der FINMA, sogenannte «Gewährsbriefe» auszustellen¹⁸, ist zu bedenken, dass diese Praxis nicht als individuell-repressive Strafe, sondern als generell-präventive Sicherheitsmassnahme qualifiziert wird, deren Funktion darin besteht, aus Gründen des Gläubigerschutzes oder des Schutzes des schweizerischen Finanzplatzes zukünftige Missstände bei einem beaufsichtigten Institut zu verhindern.¹⁹

¹⁴ Vgl. etwa *Katja Roth Pellanda*, in: BSK FINMAG, 2. A., Basel 2011, N. 9 zu Art. 30 FINMAG, und auch *Guillaume Braidı*, a.a.O., S. 207.

¹⁵ Anderer Auffassung aber offenbar *Katja Roth Pellanda*, a.a.O., N. 9 zu Art. 30 FINMAG. Demgegenüber wie hier *Guillaume Braidı*, a.a.O., S. 208. Generell kritisch bezüglich der Verfassungskonformität von Art. 33 FINMAG: *Rolf H. Weber et al.*, Integrierte Finanzmarktaufsicht – Rechtliche und ökonomische Beurteilung des FINMA-Projekts, in: Schweizer Schriften zum Bankrecht, Band 82, Zürich 2006, S. 176, Rz. 15 («Die Regelung des Berufsverbots [gemäss] Art. 33 E-FINMAG dürfte den verfassungsrechtlichen Anforderungen (Art. 36 BV) an die gesetzliche Grundlage für schwere Eingriffe in die Wirtschaftsfreiheit nicht genügen.»).

¹⁶ Vgl. das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3625/2014 vom 6. Oktober 2015 E. 6.4 S. 24 («Beim Berufsverbot besteht ein wesentlicher Unterschied zur Gewährsprüfung, welche im Wesentlichen eine dauernd zu erfüllende Voraussetzung für die Bewilligung zum Geschäftsbetrieb nach Art. 3 ff. BankG (und weiterer Erlasse) bildet.»).

¹⁷ Siehe etwa BGE 108 Ib 196 E. 2b S. 201 und BGE 98 Ib 269 E. 4a S. 274.

¹⁸ Vgl. hierzu etwa *Christoph Winzeler*, in: Basler Kommentar zum Bankengesetz, 2. A., Basel 2013, N. 19 zu Art. 3, sowie das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3708/2007 vom 4. März 2008 E. 3.2 S. 13.

¹⁹ Vgl. etwa *Peter Ch. Hsu / Rashid Bahar / Daniel Flühmann*, in: BSK FINMAG, 2. A., Basel 2011, N. 27 zu Art. 33 FINMAG; *René A. Rhinow / Manfred Bayerdörfer*, Rechtsfragen der schweizerischen Bankenaufsicht – Die Aufsichtsbefugnisse der Bankenkommission im Rahmen der Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit, Basel 1990, Rz. 123, S. 45 («Die Gewährbestimmung [...] ist zweifellos der erstgenannten Zwecksetzung, also dem Gläubigerschutz zuzuordnen.»); *Guillaume Braidı*, a.a.O., S. 208 («Contrairement à la garantie d'activité irréprochable, qui est de nature exclusivement préventive [...]»); und auch das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3708/2007 vom 4. März 2008 E. 6.2 S. 28 («Bei der Überprüfung der fachlichen und charakterlichen Voraussetzungen nach Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG aufgrund zurückliegender Vorkommnisse verfolgt die Aufsichtsfunktion der EBK keine repressiven, sondern einzig präventive Zielsetzungen. Die EBK trifft nicht Sanktionen für früheres Fehlverhalten, sondern hat die Risiken künftigen Verhaltens abzuwägen [...]»).

[Rz 15] Art. 33 FINMAG hat jedoch klar nicht nur einen präventiven, sondern auch einen individuell-pönalen²⁰ bzw. strafenden Charakter.²¹ In Bezug auf die mit Art. 33 FINMAG vergleichbare Bestimmung von Art. 18 Revisionsaufsichtsgesetz (RAG)²², gemäss welcher die Verletzung rechtlicher Pflichten u.a. mit einem Berufsverbot sanktioniert werden kann, hat das Bundesgericht dies ausdrücklich bestätigt.²³ Zum gleichen Schluss kam das Bundesgericht bezüglich Art. 49a Kartellgesetz (KG)²⁴, welcher einerseits die Teilnahme an unzulässigen Wettbewerbsabreden, andererseits den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung mit Busse sanktioniert. Die Rechtsnatur dieser kartellrechtlichen Sanktionsnorm qualifizierte das Bundesgericht als strafrechtlich oder strafrechtsähnlich.²⁵ Im vorliegenden Zusammenhang kann es keinen Unterschied machen, ob die angedrohte Sanktion die Form einer Busse (Art. 49a KG) oder eines Berufsverbotes (Art. 33 FINMAG) hat, denn für den mit einem Berufsverbot Bestraften dürfte diese Sanktion grundsätzlich ebenso einschneidend sein wie eine Busse.

[Rz 16] Als Bestimmung mit einem pönalen Charakter muss Art. 33 FINMAG dem verfassungsrechtlich geforderten Bestimmtheitsgebot genügen.²⁶ Dies ergibt sich insbesondere aus dem

²⁰ Siehe zum Begriff der verwaltungsrechtlichen pönalen Sanktionen etwa ALEXANDER LOCHER, Verwaltungsrechtliche Sanktionen – Rechtliche Ausgestaltung, Abgrenzung und Anwendbarkeit der Verfahrensgarantien, Diss. Zürich 2013, S. 36 f.

²¹ Vgl. etwa Felix Uhlmann, a.a.O., S. 441 («Das Berufsverbot enthält damit mindestens auch repressive Elemente.»), 444 («Dennoch spricht ein Vergleich des Berufsverbots mit der Gewährsprüfung eher dafür, dem Berufsverbot primär repressiven Charakter zuzubilligen.») und 446; Peter Ch. Hsu / Rashid Bahar / Daniel Flühmann, a.a.O., N. 6 zu Art. 33 FINMAG («Das Berufsverbot gem. Art. 33 FINMAG ist **repressiver Natur** [...]»); Guillaume Braidı, a.a.O., S. 208 («[...] le caractère répressif de l'interdiction d'exercer [...] le caractère punitif de l'art. 33 LFINMA [...]»), 212 f. («[...] notre jugement selon lequel l'interdiction d'exercer est de nature répressive [...]») und 218 («Ainsi, sommes-nous d'avis qu'une mesure interdisant à une personne d'exercer l'activité pour laquelle elle a été formée tout au long de sa vie, durant une période pouvant s'étendre à cinq ans, doit être considérée comme suffisamment sévère pour déclencher les garanties procédurales du volet pénal de l'art. 6 CEDH.»); und auch Carlo Lombardini, Droit bancaire suisse, 2. A., Zürich 2008, Kapitel VIII, Rz. 92, S. 251 («L'interdiction de déployer une activité professionnelle pendant une certaine durée est à notre avis l'équivalent d'une sanction pénale [...]»). Siehe weiter die Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-3625/2014 vom 6. Oktober 2015 E. 9.1.1 S. 42 («Solche Massnahmen sind präventiver, repressiver und pönaler Natur, wobei die beiden letztgenannten Massnahmen als verwaltungsrechtliche Sanktionen bezeichnet werden.»), und E. 9.1.2, S. 43 («Dem Berufsverbot gemäss Art. 33 FINMAG kommt vorrangig ein präventives Ziel zu [...]. Dies schliesst jedoch gewisse repressive Aspekte des Berufsverbots nicht aus, das künftige Rechtsverletzungen im Finanzmarktbereich verhindern will.»), sowie B-3759/2014 vom 11. Mai 2015 E. 4.1 S. 13 («Ebenfalls pönalen Charakter weist die Anordnung auf, eine aufsichtsrechtliche Verfügung zu veröffentlichen (sog. «naming and shaming» [...]). Auch hier sind daher – wie bei den Bussen – die hohen legislatorischen und verfahrensrechtlichen Vorgaben von Art. 6 EMRK einzuhalten. [Absatz ausgelassen] Gleich verhält es sich beim Berufsverbot [...]»).

²² Revisionsaufsichtsgesetz vom 16. Dezember 2005 (SR 221.302). Diese Bestimmung lautet: «Verletzt eine natürliche Person, die für ein staatlich beaufsichtigtes Revisionsunternehmen tätig ist, die rechtliche[n] Pflichten, so erteilt ihr die Aufsichtsbehörde einen schriftlichen Verweis. Bei wiederholten oder groben Verstössen kann ihr die Aufsichtsbehörde die Ausübung ihrer Tätigkeit befristet oder unbefristet verbieten und gegebenenfalls die Zulassung nach Artikel 17 Absatz 1 entziehen».

²³ Siehe das Urteil des Bundesgerichts 2C_163/2014 vom 15. Januar 2015 E. 2.4 («In Durchbrechung des Konzepts der Institutsaufsicht sieht Art. 18 RAG die Möglichkeit vor, natürlichen Personen, die für ein staatlich beaufsichtigtes Revisionsunternehmen tätig sind und das Gesetz verletzen, direkt einen schriftlichen Verweis zu erteilen und bei wiederholten oder groben Verstössen ein Berufsverbot auszusprechen (zur vergleichbaren Bestimmung von Art. 33 FINMAG [...]). Die Verhängung einer solchen verwaltungsrechtlichen Sanktion [...] zielt nicht nur auf die Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes, sondern auch auf die Sanktionierung eines pflichtwidrigen Verhaltens»).

²⁴ Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (SR 251).

²⁵ Siehe BGE 139 I 72 E. 2.2.2 S. 79 f. (insbesondere: «Unabhängig davon, dass die Massnahme ihre Grundlage im Kartell- und nicht im (Kern-) Strafrecht findet, verfügt sie daher über einen strafrechtlichen bzw. «strafrechtsähnlichen» [...] Charakter»).

²⁶ So auch Peter Ch. Hsu / Rashid Bahar / Daniel Flühmann, a.a.O., 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

Rechtsstaats- bzw. Legalitätsprinzip, das insbesondere von Art. 5 Abs. 1 Bundesverfassung (BV)²⁷ und Art. 7 Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK)²⁸ geschützt wird (ausgedrückt im Grundsatz: *nulla poena sine lege certa*²⁹).

[Rz 17] Diese Voraussetzung erfüllt die Gewährsbestimmung von Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG als «aufsichtsrechtliche Bestimmung» gemäss Art. 33 FINMAG nach hier vertretener Auffassung nicht, weil sie als Verhaltensvorschrift, die im Kontext von Art. 33 FINMAG nicht nur auf Gewährsträger, sondern auch auf unter dieser Ebene tätige Bankangestellte Anwendung findet³⁰, zu wenig spezifisch formuliert ist.³¹ Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG «enthält unbestimmte Rechtsbegriffe (<guter

daher – wie bei den Bussen – die hohen legislatorischen und verfahrensrechtlichen Vorgaben von Art. 6 EMRK einzuhalten [...]).»

²⁷ Art. 5 Abs. 1 BV (SR 101) lautet: «Grundlage und Schranke staatlichen Handelns ist das Recht.»

²⁸ Art. 7 EMRK (SR 0.101) lautet: «[Absatz 1] Niemand darf wegen einer Handlung oder Unterlassung verurteilt werden, die zur Zeit ihrer Begehung nach innerstaatlichem oder internationalem Recht nicht strafbar war. Es darf auch keine schwerere als die zur Zeit der Begehung angedrohte Strafe verhängt werden. [Absatz 2] Dieser Artikel schliesst nicht aus, dass jemand wegen einer Handlung oder Unterlassung verurteilt oder bestraft wird, die zur Zeit ihrer Begehung nach den von den zivilisierten Völkern anerkannten allgemeinen Rechtsgrundsätzen strafbar war.»

²⁹ Siehe hierzu etwa BGE 139 I 72 E. 8.2.1 S. 85 f., BGE 138 IV 13 E. 4.1 S. 19 f. («Eine Strafe oder Massnahme darf nur wegen einer Tat verhängt werden, die das Gesetz ausdrücklich unter Strafe stellt (Art. 1 StGB). Der Grundsatz der Legalität («nulla poena sine lege») ist ebenfalls in Art. 7 EMRK ausdrücklich verankert. Er ergibt sich auch aus Art. 5 Abs. 1, Art. 9 und Art. 164 Abs. 1 lit. c BV [...]).», BGE 129 IV 276 E. 1.1.1 S. 278 («Immerhin bildet das in ihr verankerte Legalitätsprinzip auch ein verfassungsmässiges Recht, das seine Grundlage früher in Art. 4 aBV hatte und sich neuerdings aus Art. 5 Abs. 1 sowie Art. 164 Abs. 1 lit. c BV [...] und aus Art. 7 EMRK ergibt und das in der gesamten schweizerischen Rechtsordnung zu beachten ist.»), BGE 119 IV 242 E. 1c S. 244 («Das Bestimmtheitsgebot (nulla poena sine lege certa) ist Bestandteil des Legalitätsprinzips. Der Grundsatz der Legalität folgt aus Art. 4 BV und bildet durch die Übernahme in Art. 1 StGB eidgenössisches Recht im Sinne des Art. 269 Abs. 1 BStP. Art. 7 EMRK schützt diesen Grundsatz ebenfalls.») sowie BGE 109 Ia 273 E. 4d S. 283 («Darüber hinaus steht das Bestimmtheitserfordernis in einem engen Zusammenhang mit dem Gesetzesvorbehalt: Soll der Gesetzesvorbehalt eine möglichst wirksame rechtsstaatliche Schranke bilden, so muss verlangt werden, dass die belastende, in ein Individualrecht eingreifende Norm einen optimalen Grad der Bestimmtheit aufweist und nicht unnötig wesentliche Wertungen der Gesetzesanwendung überlässt. Die Forderung nach Bestimmtheit verwirklicht erst eigentlich den Grundsatz des Gesetzesvorbehalts [...]).»

³⁰ Siehe etwa das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3625/2014 vom 6. Oktober 2015 E. 6.4 S. 24 («Auffallend ist, dass das Berufsverbot [gemäss Art. 33 FINMAG] einen weiteren persönlichen Geltungsbereich hat als die Gewährsprüfung [gemäss Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG] [...]. Vom Berufsverbot werden grundsätzlich alle Personen in leitender Stellung erfasst sowie Personen an der Schwelle zur Übernahme einer leitenden Funktion. Klar scheint in jedem Fall, dass der persönliche Geltungsbereich weiter gefasst ist als bei der Gewährsprüfung [...]).» sowie das Urteil des Bundesgerichts 2C_1055/2014 vom 2. Oktober 2015 E. 4.2 («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) [...] sein [...]).»

³¹ Vgl. René A. Rhinow / Manfred Bayerdörfer, a.a.O., Rz. 233, S. 88 («Die Bankenkommision hat aus dem unbestimmten Rechtsbegriff der «Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit» weitreichende Anforderungen an die Sorgfaltspflicht der Banken abgeleitet, welche ihrerseits höchst unbestimmt formuliert sind [...]. Dies ist – auch bei Anerkennung der Schwierigkeiten, die mit der präzisen Erfassung der angesprochenen Tatbestände verbunden sind – mit der Rechtssicherheit nicht vereinbar.»); Carlo Lombardini, a.a.O., Kapitel VIII, Rz. 93, zweites Lemma, S. 251; zweifelnd auch Peter Ch. Hsu / Rashid Bahar / Daniel Flühmann, a.a.O., N. 11 und 16 zu Art. 33 FINMAG; vgl. weiter das Urteil des Bundesgerichts 2C_163/2014 vom 15. Januar 2015 E. 3.3 («Gestützt auf die vorinstanzliche Sachverhaltsfeststellung kann dem Beschwerdeführer somit kein Verstoss gegen Art. 6 Abs. 1 lit. b RAG vorgeworfen werden. Für dieses Ergebnis spricht auch das verfassungsrechtliche Bestimmtheitsgebot. Demnach muss eine gesetzliche Regelung so präzise formuliert sein, dass die Rechtsunterworfenen ihr Verhalten danach ausrichten und die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit erkennen können [...]. Lässt sich Art. 6 Abs. 1 lit. b RAG nicht die ausdrückliche Vorschrift entnehmen, dass das 20 %-Quorum bei der Erbringung jeder Revisionsdienstleistung zu beachten ist, ist diese gesetzliche Regelung nicht genügend klar und bestimmt, um als gesetzliche Grundlage einer Sanktionierung herangezogen werden zu können.»); siehe auch BGE 141 IV 279 E. 1.3.3 S. 282 («Auch im Nebenstrafrecht gilt das Bestimmtheitsgebot («nulla poena sine lege certa»), welches aus dem Legalitätsprinzip («nulla poena sine lege») abgeleitet wird, wonach eine Strafe oder Massnahme nur wegen einer Tat verhängt werden darf, die das Gesetz ausdrück-

Ruf>, <Gewähr für einwandfreie Geschäftstätigkeit>), die in hohem Mass auslegungsbedürftig sind. Der Wortlaut [von Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG] ist derart offen formuliert, dass sich daraus keine präzisen Folgerungen ableiten lassen»³².

[Rz 18] Das Bundesgericht hält mit Blick auf das Bestimmtheitsgebot fest, dass «[e]ine Strafnorm [...] so präzise formuliert sein [muss], dass der Bürger sein Verhalten danach richten und die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit erkennen kann [...]»³³. Im Kontext von Art. 33 FINMAG (Berufsverbot) läuft der hier diskutierte Gewährsartikel im Ergebnis darauf hinaus, dem Normadressaten vorzuschreiben, seine Tätigkeit «einwandfrei» ausüben zu müssen. Dies scheint im Lichte des Bestimmtheitsgebots nicht ausreichend präzise zu sein.³⁴ Man stelle sich vor, im Strassenverkehrsgesetz befände sich eine Bestimmung, die das nicht einwandfreie Führen eines Fahrzeuges unter Strafe stelle. Es liegt auf der Hand, dass eine solche Norm für Fahrzeugführer zu unbestimmt wäre, um ihr Verhalten an ihr auszurichten.

[Rz 19] Das Bundesverwaltungsgericht hat in einem Urteil vom 6. Oktober 2015 bezüglich Art. 33 FINMAG die Bedeutung des Bestimmtheitsgebotes hervorgehoben (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3625/2014 vom 6. Oktober 2015 E. 6.4, S. 26): «An die Klarheit und Bestimmtheit der im konkreten Fall verletzten Bestimmungen bzw. der sich aus diesen ergebenden Pflichten für die Beaufsichtigten sind aufgrund des Legalitätsprinzips hohe Anforderungen zu stellen, damit die Massnahme bzw. Sanktion für die potentiell durch ein Berufsverbot betroffenen Personen voraussehbar ist».

lich unter Strafe stellt (Art. 1 StGB). Eine Strafnorm muss so präzise formuliert sein, dass der Bürger sein Verhalten danach richten und die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit erkennen kann [...].», BGE 138 IV 13 E. 4.1 S. 20 («Aus dem Grundsatz der Legalität wird das Bestimmtheitsgebot abgeleitet («nulla poena sine lege certa»). Eine Strafnorm muss hinreichend bestimmt sein. Welche Anforderungen daran zu stellen sind, hängt unter anderem von der Komplexität der Regelungsmaterie und der angedrohten Strafe ab [...]. Das Gesetz muss so präzise formuliert sein, dass der Bürger sein Verhalten danach richten und die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit erkennen kann [...].»), BGE 128 I 327 E. 4.2 S. 339 («Das Legalitätsprinzip verlangt u.a. eine hinreichende und angemessene Bestimmtheit der anzuwendenden Rechtsätze.»), BGE 119 IV 242 E. 1c S. 244 («Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts und der Strassburger Organe muss das Gesetz lediglich so präzise formuliert sein, dass der Bürger sein Verhalten danach richten und die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit erkennen kann [...].»), BGE 117 Ia 472 E. 3e S. 480 («Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts und der Organe der Europäischen Menschenrechtskonvention muss das Gesetz lediglich so präzise formuliert sein, dass der Bürger sein Verhalten danach richten und die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit erkennen kann [...].»), BGE 112 Ia 107 E. 3b S. 113 («Aber auch auf dieser Normstufe müssen die Merkmale strafbaren Verhaltens und dessen Folgen im Zeitpunkt seiner Ausführung bestimmt und für jedermann klar erkennbar gewesen sein [...].») sowie BGE 109 Ia 273 E. 4d S. 283 («Es wird verlangt, dass das Recht ausreichend zugänglich sein muss und der Bürger in hinreichender Weise soll erkennen können, welche rechtlichen Vorschriften auf einen gegebenen Fall anwendbar sind; das Gesetz muss 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 [...].»).

³² René A. Rhinow / Manfred Bayerdörfer, a.a.O., Rz. 133, S. 50. MARCEL LIVIO AELLEN bemüht sich in seiner Dissertation um eine Präzisierung der Gewährensbestimmung, hält aber ebenfalls fest: «Der Gewährsbegriff bleibt ein offener und unbestimmter Rechtsbegriff.» (Marcel Livio Aellen, a.a.O., S. 201).

³³ BGE 141 IV 279 E. 1.3.3 S. 282.

³⁴ Im Ergebnis gleicher Auffassung: Guillaume Braidı, a.a.O., S. 208 («Par conséquent, les dispositions du droit de la surveillance, et elles seules, font partie du champ d'application matériel d[e] l'art. 33 LFINMA.»).

[Rz 20] In diesem Urteil hielt das Bundesverwaltungsgericht auch fest, dass «*die Praxis zur Gewähr für eine einwandfreie Geschäftsführung [...] nicht unbesehen auf potentielle Berufsverbotsfälle übertragen werden [darf]*»³⁵.

[Rz 21] Diesen Schlussfolgerungen des Bundesverwaltungsgerichts ist zuzustimmen, und nach hier vertretener Auffassung ist die Gewährensbestimmung von Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG zu unbestimmt formuliert, um in Verbindung mit Art. 33 FINMAG eine verfassungskonforme Berufsverbotsnorm zu konstituieren. Mit anderen Worten erfüllt ein Berufsverbot gemäss Art. 33 FINMAG in Verbindung mit Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG die verfassungsrechtliche Anforderung der genügenden Bestimmtheit nicht, namentlich wenn man berücksichtigt, dass ein Berufsverbot in die verfassungsrechtlich geschützte Wirtschaftsfreiheit eingreift³⁶, weshalb an die Bestimmtheit der Verbotsnorm erhöhte Anforderungen zu stellen sind.³⁷

[Rz 22] Im Gegensatz zu strafrechtlichen Tatbeständen wie z.B. Raub³⁸, Zechprellerei³⁹ oder Wucher⁴⁰, die mit ausreichender Genauigkeit die verpönten Handlungen umschreiben, ist es für den Normadressaten nicht möglich, zu beurteilen, wo beim Verbot einer «nicht einwandfreien Geschäftsführung» die Grenze zwischen erlaubtem und verbotenem Verhalten zu ziehen ist.⁴¹ Ein Tatbestand gemäss Art. 33 FINMAG in Verbindung mit Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG wäre so unbestimmt, dass man ihn geradezu als prototypisches Beispiel für einen das Bestimmtheitsgebot verletzenden «Gummiparagraphen» bezeichnen müsste.

[Rz 23] Informativ ist im vorliegenden Zusammenhang auch die Dissertation von CHRISTIANE MIDDELSCHULTE, die sich mit dem Bestimmtheitsgebot im deutschen Recht befasst. Mit Bezug auf den Begriff der «Zuverlässigkeit», der ähnlich unbestimmt ist wie die Forderung einer «einwandfreien Geschäftstätigkeit», kommt sie zu folgendem Schluss: «*Die Termini <Zuverlässigkeit> und <Unzuverlässigkeit> sind klassische unbestimmte Rechtsbegriffe, da die rahmenartigen Vorgaben der entsprechenden Vorschriften extrem weit gefasst sind [...]. Hinsichtlich seiner Normgeltung widerspricht der Begriff der Zuverlässigkeit dem Rechtsstaatsprinzip. Die Bestimmtheitsanforde-*

³⁵ Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3625/2014 vom 6. Oktober 2015 E. 6.4 S. 27.

³⁶ Siehe Rolf H. Weber et al., a.a.O., S. 165 («*Fraglich ist allerdings, wie weit die in Art. 33 E-FINMAG vorgesehene Kann-Formulierung den Anforderungen an die gesetzliche Grundlage (Art. 36 BV) bei einem schweren Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit, den ein Berufsverbot zweifellos darstellt, genügt.*»); siehe auch die Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-3759/2014 vom 11. Mai 2015 E. 4.1 S. 13, sowie BVGE 2013/59 vom 27. November 2013 E. 9.3.7 S. 910, sowie das Urteil des Bundesgerichts 2P.274/2004 vom 13. April 2005 E. 2.

³⁷ Siehe etwa BGE 109 Ia 273 E. 4d S. 283 («*Soll der Gesetzesvorbehalt eine möglichst wirksame rechtsstaatliche Schranke bilden, so muss verlangt werden, dass die belastende, in ein Individualrecht eingreifende Norm einen optimalen Grad der Bestimmtheit aufweist und nicht unnötig wesentliche Wertungen der Gesetzesanwendung überlässt. Die Forderung nach Bestimmtheit verwirklicht erst eigentlich den Grundsatz des Gesetzesvorbehalts [...].*»).

³⁸ Art. 140 StGB (SR 311.0): «*Wer mit Gewalt gegen eine Person oder unter Androhung gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben oder nachdem er den Betroffenen zum Widerstand unfähig gemacht hat, einen Diebstahl begeht [...].*».

³⁹ Art. 149 StGB: «*Wer sich in einem Gastgewerbebetrieb beherbergen, Speisen oder Getränke vorsetzen lässt oder andere Dienstleistungen beansprucht und den Betriebsinhaber um die Bezahlung prellt [...].*».

⁴⁰ Art. 157 StGB: «*Wer die Zwangslage, die Abhängigkeit, die Unerfahrenheit oder die Schwäche im Urteilsvermögen einer Person dadurch ausbeutet, dass er sich oder einem anderen für eine Leistung Vermögensvorteile gewährt oder versprechen lässt, die zur Leistung wirtschaftlich in einem offenbaren Missverhältnis stehen [...].*».

⁴¹ Vgl. René A. Rhinow / Manfred Bayerdörfer, a.a.O., Rz. 162, S. 60 («*Im übrigen ist es unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit äusserst problematisch, mit derart unscharfen Kriterien zu operieren, die dem Betroffenen keine Beurteilung erlauben, wo er die Grenze zwischen Zulässigkeit und Unzulässigkeit ziehen soll.*»).

*rungen resultieren nämlich auch aus der rechtsstaatlichen Gewährung von Rechtssicherheit. Allein aus dem Begriff der Zuverlässigkeit kann der Betroffene nicht erkennen, in welchen Fällen er aufgrund eines nicht ordnungsgemässen Verhaltens mit staatlichen Maßnahmen rechnen muss».*⁴²

4. Exkurs: Welcher Kreis von Bankmitarbeitern wird von Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG erfasst?

[Rz 24] Die Gewährsbestimmung von Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG erfasst nur die höheren Chargen einer Bank.⁴³ Das Bundesverwaltungsgericht hat in einem jüngeren Entscheid die Gewährsbestimmung und Art. 33 FINMAG (Berufsverbot) in persönlicher Hinsicht dahingehend voneinander abgegrenzt, dass nur das *oberste* Bankorgan von Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG erfasst wird.⁴⁴ Dem ist zuzustimmen. Eine grammatikalische, historische, systematische und teleologische Auslegung des Gewährserfordernisses ergibt, dass dieses nur die oberste Führungsebene einer Bank erfasst.

[Rz 25] In grammatikalischer Hinsicht indiziert die Formulierung von Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG, wonach es um Personen geht, welche die «*Verwaltung und Geschäftsführung der Bank*» besorgen, dass sich diese Bestimmung nur auf die oberste Leitungs- und Führungsebene einer Bank bezieht.

[Rz 26] Bezüglich des historischen Auslegungselementes ist zunächst auf die einschlägige Botschaft vom 13. Mai 1970 über die Revision des BankG zu verweisen.⁴⁵ Diese enthält insbesondere folgende Ausführung zur damals neuen Gewährsbestimmung: «*Ein weiteres wichtiges Erfordernis besteht darin, dass die Bank von charakterlich zuverlässigen und fachlich fähigen Personen **geleitet** wird. Die Bankkommission soll zu diesem Zwecke Leumundszeugnisse über die **Mitglieder der Bankorgane** einholen und anderswie Erkundigungen einziehen. Sie kann gegen die Ernennung von Personen, die nicht Gewähr für eine sachkundige und seriöse **Leitung** bieten, ihr Veto einlegen oder deren Entfernung verlangen*».⁴⁶

[Rz 27] Obige Ausführungen in der Botschaft indizieren, dass sich die Gewährsbestimmung nach dem Willen des Gesetzgebers ausschliesslich auf die oberste Leitungsebene einer Bank beziehen soll.

[Rz 28] Auch die beiden nachfolgenden parlamentarischen Äusserungen weisen auf die Intention des Gesetzgebers hin, mit der Gewährsbestimmung ausschliesslich die oberste Leitungs- und Führungsebene einer Bank zu erfassen:

⁴² *Christiane Middelschulte*, Unbestimmte Rechtsbegriffe und das Bestimmtheitsgebot, Diss. Universität Bielefeld 2006, publiziert in der Schriftenreihe Verfassungsrecht in Forschung und Praxis, Band 36, Hamburg 2007, S. 245 f.

⁴³ Vgl. etwa *Philipp Haberbeck*, a.a.O., Rz. 14 ff. und die dort zitierten Quellen.

⁴⁴ Siehe das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3625/2014 vom 6. Oktober 2015 E. 6.4 S. 26 (Hervorhebungen zusätzlich: «*Lässt sich ein **oberstes Organ** eine schwere Pflichtverletzung zu Schulden kommen, stellt dies einerseits die Gewähr der oder des Beaufsichtigten in Frage; andererseits kann ein entsprechender Verstoß gegenüber den direkt Verantwortlichen zur Aussprechung eines Berufsverbots führen. Eine schwere Verletzung durch Personen in leitender Stellung führt (nur) zu einem Berufsverbot, nicht hingegen zu einem Gewährsverfahren, sofern die **obersten Organe** nicht mitverantwortlich sind.*»).

⁴⁵ Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG wurde erst mit der Gesetzesrevision vom 11. März 1971 in das Bankengesetz eingeführt.

⁴⁶ BBl 1970 I 1144, S. 1151; Hervorhebungen zusätzlich.

- Ständerat *Bachmann* erwähnte bezüglich des Entwurfs des neuen Gewährserfordernisses am 29. September 1970 insbesondere: «*Der vorliegende Entwurf [...] verlangt [...] neben der Gewähr einer einwandfreien Geschäftsführung noch einen guten Ruf des **Bankleiters***».⁴⁷
- Im Nationalrat kommentierte der Berichterstatter *Hummler* am 10. Dezember 1970 den bundesrätlichen Entwurf der Gewährensbestimmung folgendermassen: «*Neu und leider symptomatisch für unsere Zeit ist insbesondere die Vorschrift von Artikel 3, dass die mit der Verwaltung und Geschäftsführung der Bank betrauten Personen einen guten Ruf geniessen und Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten müssten. Die Botschaft vom 2. Februar 1934 zur Einführung eines Bankengesetzes führte unter anderem aus: <Nichts kann die persönlichen Eigenschaften ersetzen, die notwendig sind, um die schwere Verantwortung für die **Verwaltung** einer Bank zu übernehmen.> Damals glaubte man aber offenbar noch nicht, dass solche Selbstverständlichkeiten auch im Gesetz niedergelegt werden müssten*».⁴⁸

[Rz 29] Systematisch befindet sich Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG im zweiten Teil des Bankengesetzes, der die «*Bewilligung zum Geschäftsbetrieb*» einer Bank behandelt. In Einklang mit dem Ergebnis einer grammatikalischen und historischen Auslegung zeigt die systematische Stellung des Gewährsartikels, dass sich das Gewährserfordernis sozusagen auf die Bank «an sich» bezieht, was dafür spricht, diese Bewilligungsvoraussetzung auf die oberste Leitungs- und Führungsebene des Instituts einzuschränken.

[Rz 30] Das grammatikalische, historische sowie systematische Auslegungselement führen in Einklang mit dem vorstehend zitierten Urteil des Bundesverwaltungsgerichts zum Schluss, dass der Sinn und Zweck von Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG darin liegt, einer Bank die Betriebsbewilligung zu verweigern oder zu entziehen, wenn die *oberste* Verantwortlichkeitsebene der Bank keine Gewähr für die ordnungsgemässe Geschäftstätigkeit der Bank bietet. In diesem Zusammenhang ist auch zu bedenken, dass es zu den «gewährsrelevanten» Pflichten der obersten Organe einer Bank gehören dürfte, qualifiziert unzulängliche Untergebene aus der Bank zu entfernen. Zudem kann die FINMA hinsichtlich der Leitungsebenen unterhalb der obersten Organebene nötigenfalls auf der Grundlage des Berufsverbots gemäss Art. 33 FINMAG eingreifen.

5. Zusammenfassung

[Rz 31] Als Bestimmung mit einem (auch) pönalen Charakter muss Art. 33 FINMAG dem verfassungsrechtlich geforderten Bestimmtheitsgebot genügen, das vom Bundesgericht dahingehend umschrieben wird, dass «*[e]ine Strafnorm [...] so präzise formuliert sein [muss], dass der Bürger sein Verhalten danach richten und die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit erkennen kann [...]*»⁴⁹.

[Rz 32] Art. 33 FINMAG enthält selbst keine konkrete Verhaltensvorschrift, sondern sanktioniert «*eine schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen*». Entsprechend ist unter dem Gesichtswinkel des Bestimmtheitsgebotes die jeweilige aufsichtsrechtliche Bestimmung darauf hin zu prüfen, ob sie ausreichend präzise formuliert ist.

⁴⁷ Amtliches Bulletin 1970 III 296 ff., S. 300; Hervorhebung zusätzlich.

⁴⁸ Amtliches Bulletin 1970 IV 741 ff., S. 742; Hervorhebung zusätzlich.

⁴⁹ BGE 141 IV 279 E. 1.3.3 S. 282.

[Rz 33] Nach hier vertretener Auffassung ist die Gewährensbestimmung von Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG zu unbestimmt formuliert, um als aufsichtsrechtliche Bestimmung im Sinne von Art. 33 FINMAG dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot zu genügen, womit es sich nach Auffassung des Autors beim Gewährsartikel nicht um eine aufsichtsrechtliche Bestimmung im Sinne von Art. 33 FINMAG handelt.

[Rz 34] Im Sinne eines Exkurses wurde vorstehend auch der persönliche Anwendungsbereich von Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG kurz diskutiert. In diesem Zusammenhang wurde darauf hingewiesen, dass nach einem jüngeren Urteil des Bundesverwaltungsgerichts nur das *oberste* Organ einer Bank von Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG erfasst wird. Vorstehend wurde dargelegt, dass dieser Einschränkung des persönlichen Anwendungsbereichs des Gewährsartikels zuzustimmen ist.

Lic. iur. utr. PHILIPP H. HABERBECK ist Rechtsanwalt in Zürich (www.haberbeck.ch).