

Inhaltsverzeichnis.

1. Einleitung
2. Gesetzliche Grundlagen des Finanzmarktenforcements
 - 2.1 Entwicklungsgeschichte
 - 2.2 Regelungen im FINMAG und im VwVG
3. Offene Fragen zum Verfahren
 - 3.1 Superprovisorische Anordnung von vorsorglichen Massnahmen
 - 3.2 Enforcementverfahren gegen natürliche Personen
 - 3.3 Rechtsnatur des Enforcementverfahrens
 - 3.4 Verwertung von Erkenntnissen im anschliessenden Strafverfahren
 - 3.5 Informationshoheit über Verfahren
4. Schlussfolgerungen

1. Einleitung

Enforcement:

- Durchsetzung des Finanzmarktaufsichtsrechts durch die FINMA
- Alle Ermittlungen, Verfahren und Massnahmen der FINMA, mit denen sie Verstösse gegen das Aufsichtsrecht abklärt und ahndet
- Kann Bewilligungsträger oder potentiell illegal tätige Unternehmen oder natürliche Personen betreffen
- Bei Verletzung von Aufsichtsrecht ordnet die FINMA in einer anfechtbaren Verfügung die erforderlichen Massnahmen an.
- Enforcement-Verfügungen können mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesverwaltungsgericht, dessen Urteil beim Bundesgericht angefochten werden.

2. Gesetzliche Grundlagen (1/2)

2.1 Entwicklungsgeschichte

- Finanzmarktenforcement findet seit gut 20 Jahren statt.
- Erste Rechtsgrundlagen wurden im Bankengesetz geschaffen.
- Seit dem 1. Januar 2009 bestehen einheitliche Enforcement-Regelungen für den Finanzmarkt im Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (Finanzmarktaufsichtsgesetz, FINMAG).

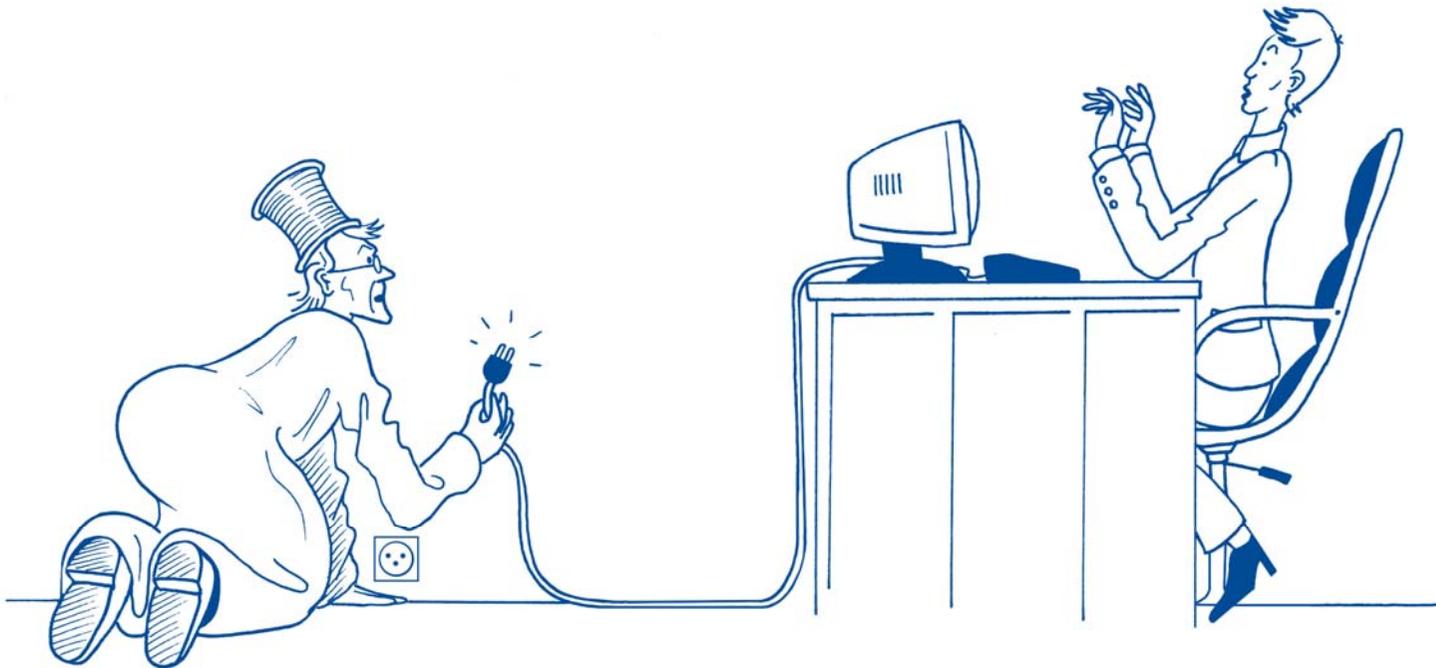
2. Gesetzliche Grundlagen (2/2)

2.2 Regelungen im FINMAG und im VwVG

- Art. 29 - 37 FINMAG („Weitere Aufsichtsinstrumente“)
- Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG)

3. Offene Fragen zum Verfahren (1/21)

3.1 Superprovisorische Anordnung von vorsorglichen Massnahmen (1/5)



3. Offene Fragen zum Verfahren (2/21)

3.1 Superprovisorische Anordnung von vorsorglichen Massnahmen (2/5)

- Art. 36 Abs. 1 FINMAG
- *Die FINMA kann eine unabhängige und fachkundige Person damit beauftragen, bei einer oder einem Beaufsichtigten einen aufsichtsrechtlich relevanten Sachverhalt abzuklären oder von ihr angeordnete aufsichtsrechtliche Massnahmen umzusetzen (Untersuchungsbeauftragte oder Untersuchungsbeauftragter).*

3. Offene Fragen zum Verfahren (3/21)

3.1 Superprovisorische Anordnung von vorsorglichen Massnahmen (3/5)

- Art. 30 Abs. 1 VwVG
- *Die Behörde hört die Parteien an, bevor sie verfügt.*
- Art. 30 Abs. 2 lit. e VwVG
- *Sie braucht die Parteien nicht anzuhören vor:
anderen Verfügungen in einem erstinstanzlichen Verfahren, wenn Gefahr im Verzuge ist, den Parteien die Beschwerde gegen die Verfügung zusteht und ihnen keine andere Bestimmung des Bundesrechts einen Anspruch auf vorgängige Anhörung gewährleistet;*

3. Offene Fragen zum Verfahren (4/21)

3.1 Superprovisorische Anordnung von vorsorglichen Massnahmen (4/5)

- Art. 45 Abs. 1 aVwVG
- *Verfahrensleitende und andere Zwischenverfügungen in einem der Endverfügung vorangehenden Verfahren, die einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken können, sind selbständig durch Beschwerde anfechtbar.*
- Art. 45 Abs. 2 lit. g aVwVG
- *Als selbständig anfechtbare Zwischenverfügungen gelten insbesondere Verfügungen über:
vorsorgliche Massnahmen;*
- BGE 126 II 111, Seite 123
- Zuerst superprovisorische, *nicht* anfechtbare Einsetzungsverfügung
- Unmittelbar anschliessend Gewährung des rechtlichen Gehörs
- Auf Verlangen: Bestätigung der Einsetzungsverfügung in einer nun anfechtbaren Einsetzungsverfügung

3. Offene Fragen zum Verfahren (5/21)

3.1 Superprovisorische Anordnung von vorsorglichen Massnahmen (5/5)

- Bundesgesetz über das Bundesverwaltungsgericht (Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG)
- Art. 49 VwVG und Art. 37 VGG
- Seit dem 1. Januar 2007 ist das Bundesverwaltungsgericht für die Behandlung von Beschwerden gegen Verfügungen der FINMA zuständig.
- Dem Bundesverwaltungsgericht steht die volle Kognition zu.
- Urteil B-5839/2008 vom 19. September 2008
- Urteil B-2727/2009 vom 27. Mai 2009
- Urteil B-7038/2009 vom 20. November 2009
- BGE 137 II 284, S. 289

3. Offene Fragen zum Verfahren (6/21)

3.2 Enforcementverfahren gegen natürliche Personen (1/5)



3. Offene Fragen zum Verfahren (7/21)

3.2 Enforcementverfahren gegen natürliche Personen (2/5)

- Enforcement-Policy der FINMA
(aktualisierte Fassung vom 10. November 2011)
- Grundsatz 6 der Enforcement-Policy:
Zurückhaltung bei Verfahren gegen natürliche Personen
- Grundsatz 7 der Enforcement-Policy:
Grundsätzlich keine Verfahren gegen ausgeschiedene Gewährsträger

3. Offene Fragen zum Verfahren (8/21)

3.2 Enforcementverfahren gegen natürliche Personen (3/5)

- Bericht des Bundesrats zum «Verhalten der Finanzmarktaufsicht in der Finanzmarktkrise – Lehren für die Zukunft»
- Leitlinien der FINMA zum Enforcement vom 25. September 2014:
- *Gegen natürliche Personen, die für schwere Verletzungen aufsichtsrechtlicher Bestimmungen die Verantwortung tragen, geht die FINMA gezielt vor.*

3. Offene Fragen zum Verfahren (9/21)

3.2 Enforcementverfahren gegen natürliche Personen (4/5)

- Art. 33 FINMAG Berufsverbot
- *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.*
- Art. 3 lit. a FINMAG Beaufsichtigte
- *Der Finanzaufsicht unterstehen:
a. die Personen, die nach den Finanzmarktgesetzen eine Bewilligung, eine Anerkennung, eine Zulassung oder eine Registrierung der Finanzaufsichtsbehörde benötigen.*
- *Organe von beaufsichtigten Unternehmen als Beaufsichtigte nach Art. 3 FINMAG?*
- *Auch nach dem Ausscheiden beim beaufsichtigten Unternehmen?*

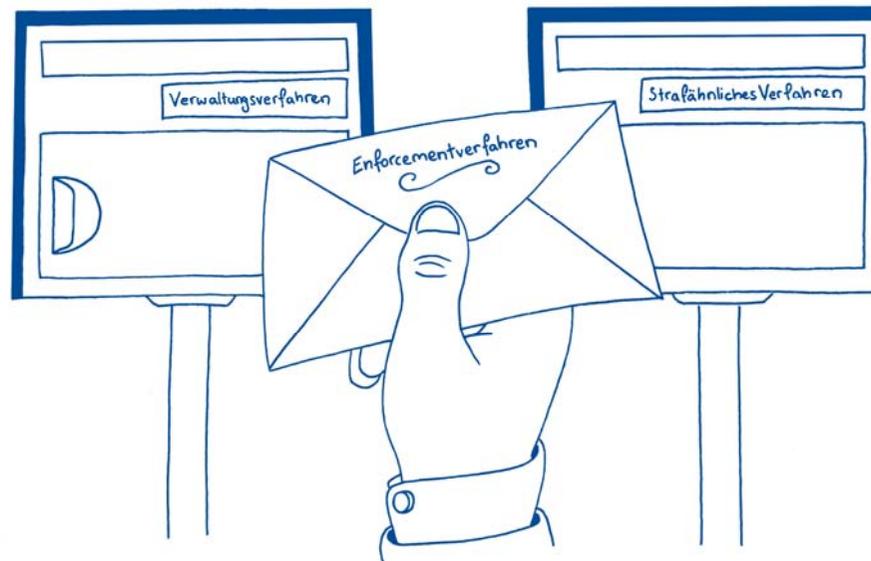
3. Offene Fragen zum Verfahren (10/21)

3.2 Enforcementverfahren gegen natürliche Personen (5/5)

- Urteil B-5041/2014 vom 29. Juni 2015
- *Für die Anwendbarkeit von Art. 33 FINMAG besteht nach dem Gesetzestext keine zeitliche Begrenzung; entscheidend ist der Zeitpunkt bzw. Zeitraum der relevanten Aufsichtsrechtsverletzung, die als Grundlage für das Berufsverbot herangezogen wird.*
- *Es ist nicht notwendig, dass der Beschwerdeführer noch immer beim fraglichen beaufsichtigten Institut tätig oder anderweitig der Aufsicht der FINMA (direkt oder indirekt) unterstellt wäre.*
- Aber: Keine Zuständigkeit der FINMA nach Art. 3 FINMAG für solche eigenständige Sanktionsverfahren, wenn kein Beaufsichtigter Partei ist
- Rechtsgrundlage für Zuständigkeit der FINMA für Sanktionsverfahren ohne Beaufsichtigte nach Art. 3 FINMAG als Partei nicht klar bzw. nach Bundesverwaltungsgericht offenbar nicht erforderlich.

3. Offene Fragen zum Verfahren (11/21)

3.3 Rechtsnatur des Enforcementverfahrens (1/2)



3. Offene Fragen zum Verfahren (12/21)

3.3 Rechtsnatur des Enforcementverfahrens (2/2)

- Reines Verwaltungsverfahren oder strafähnliches Sanktionsverfahren?
- Art. 6 und 7 EMRK
- Konsequenzen der EMRK-Garantien im strafähnlichen Sanktionsverfahren
- Volle Kognition des Bundesverwaltungsgerichts in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht (Art. 6 Ziff. 1 EMRK, Unabhängigkeit des Gerichts)
- Verbot der Selbstbelastung (Art. 6 Ziff. 1 EMRK, faires Verfahren)
- Ladung und Vernehmung von Entlastungszeugen vor Bundesverwaltungsgericht (Art. 6 Abs. 2 Bst. d EMRK)
- BVGE B-2013/59 E. 9.4.1
- Urteil B-5041/2014 vom 29. Juni 2015
- BGE 140 II 384
- BGE 139 I 72 E. 2.2.2
- Urteil 2C_949/2010 vom 18. Mai 2011 E. 6
- Urteil EGMR Dubus S.A. gegen Frankreich vom 11. Juni 2009, [Nr. 5242/04], § 37

3. Offene Fragen zum Verfahren (13/21)

3.4 Verwertung von Erkenntnissen im anschliessenden Strafverfahren (1/6)



3. Offene Fragen zum Verfahren (14/21)

3.4 Verwertung von Erkenntnissen im anschliessenden Strafverfahren (2/6)

- Art. 44 Abs. 1 FINMAG
- *Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe wird bestraft, wer vorsätzlich ohne Bewilligung, Anerkennung, Zulassung oder Registrierung eine nach den Finanzmarktgesetzen bewilligungs-, anerkennungs-, zulassungs- oder registrierungspflichtige Tätigkeit ausübt.*
- Art. 38 Abs. 3 FINMAG
- *Erhält die FINMA Kenntnis von gemeinrechtlichen Verbrechen und Vergehen sowie Widerhandlungen gegen dieses Gesetz und die Finanzmarktgesetze, so benachrichtigt sie die zuständigen Strafverfolgungsbehörden.*

3. Offene Fragen zum Verfahren (15/21)

3.4 Verwertung von Erkenntnissen im anschliessenden Strafverfahren (3/6)

- Art. 29 Abs. 1 FINMAG
- *Die Beaufsichtigten, ... müssen der FINMA alle Auskünfte erteilen und Unterlagen herausgeben, die sie zur Erfüllung ihrer Aufgaben benötigt.*
- Art. 15 VwVG Zeugnispflicht
- Bei juristischen Personen als Beaufsichtigte sind deren Organe Adressaten der Auskunfts- und Meldepflicht.
- Die Auskunfts- und Herausgabepflicht gilt auch gegenüber den Untersuchungsbeauftragten (Art. 36 Abs. 3 FINMAG).
- Aber: Für die Untersuchungsbeauftragten gilt das VwVG nicht. Sie dürfen keine formellen Einvernahmen durchführen, nur «Befragungen».

3. Offene Fragen zum Verfahren (16/21)

3.4 Verwertung von Erkenntnissen im anschliessenden Strafverfahren (4/6)

- Art. 48 FINMAG
- *Mit Busse bis zu 100 000 Franken wird bestraft, wer einer von der FINMA unter Hinweis auf die Strafdrohung dieses Artikels ergangenen rechtskräftigen Verfügung oder einem Entscheid der Rechtsmittelinstanzen vorsätzlich nicht Folge leistet.*
- Art. 45 Abs. 1 FINMAG
- *Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe wird bestraft, wer vorsätzlich der FINMA, einer Prüfgesellschaft, einer Selbstregulierungsorganisation, einer Beauftragten oder einem Beauftragten falsche Auskünfte erteilt.*

3. Offene Fragen zum Verfahren (17/21)

3.4 Verwertung von Erkenntnissen im anschliessenden Strafverfahren (5/6)

- Weder im FINMAG noch im VwVG besteht im Falle einer Selbstbelastung ein formelles Aussageverweigerungsrecht.
- Art. 16 VwVG i.V.m. Art. 42 Abs. 1 des Bundesgesetzes über den Bundeszivilprozess
- Die Beantwortung von Fragen kann in der Einvernahme durch die FINMA verweigert werden, falls sich die Befragten dabei der Gefahr der strafrechtlichen Verfolgung oder einer schweren Benachteiligung der Ehre aussetzen könnten oder ihnen ein unmittelbarer vermögensrechtlicher Schaden verursacht würde.
- Die FINMA kann aber die Verweigerung der Mitwirkung in diesem Fall frei würdigen.
- Kein Hinweis auf Aussageverweigerungsrecht in Befragungen durch Untersuchungsbeauftragte.

3. Offene Fragen zum Verfahren (18/21)

3.4 Verwertung von Erkenntnissen im anschliessenden Strafverfahren (6/6)

- Dürfen Aussagen und Unterlagen von Organen aus dem Enforcement-Verfahren in einem späteren Verwaltungsstrafverfahren gegen diese Organe als Angeschuldigte verwendet werden?
- Wie steht es mit dem verfassungsmässig und von der EMRK geschützten Verbot der Selbstbelastung (lat.: nemo tenetur se ipsum accusare, «nemo tenetur»)?
- BGE 140 II 384 E.3.3.2
- Urteil EGMR Funke gegen Frankreich vom 25. Februar 1993 [Nr. 10588/83], § 44
- Urteile EGMR Chambaz gegen Schweiz vom 5. April 2012 [Nr. 11663/04] § 39, 54
- Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts, Beschluss BV.2014.25 vom 2. Oktober 2014

3. Offene Fragen zum Verfahren (19/21)

3.5 Informationshoheit über Verfahren (1/3)



« Diese Verfügung darf nur mit Zustimmung der FINMA Dritten herausgegeben oder zugänglich gemacht werden. »

3. Offene Fragen zum Verfahren (20/21)

3.5 Informationshoheit über Verfahren (2/3)

- Darf die FINMA den Adressaten einer Enforcement-Verfügung verbieten, diese Dritten herauszugeben oder zugänglich zu machen?
- Urteil 2C_1058/2014 vom 28. August 2015
- *Das FINMAG selbst enthält momentan jedoch keine explizite formellgesetzliche Ermächtigung, auf welche die FINMA das unbefristete Zustimmungserfordernis abstützen könnte.*
- *Es besteht somit keine genügende gesetzliche Grundlage, welche einen schweren Eingriff in die informationelle Selbstbestimmung und die Meinungsäusserungsfreiheit rechtfertigen könnte.*

3. Offene Fragen zum Verfahren (21/21)

3.5 Informationshoheit über Verfahren (3/3)

- Kommentar FINMA in der NZZ vom 21. September 2015:
- *«Das Ausloten rechtlicher Grenzen gehöre zum Schweizer Rechtssystem. Wer das nicht tue, setze sich demnach dem Vorwurf aus, gleichsam als juristischer Beckenrandschwimmer allein auf Sicherheit zu setzen.»*
- Rechtsgrundlage für Zustimmungserfordernis seit 1. Januar 2016 im FinfraG?

4. Schlussfolgerungen

- Im Zusammenhang mit dem Enforcementverfahren der FINMA sind immer noch viele Fragen offen.
- In den betroffenen Bereichen finden schwere Eingriffe in verfassungsmässig geschützte Rechtsgüter der Betroffenen statt.
- Das Bundesverwaltungsgericht hat sich bisher nicht besonders als Hüter dieser Rechte hervorgetan.
- Auch der gute Zweck darf nicht alle Mittel heiligen.