

Postfach 1168, CH-8021 Zürich

Einschreiben
Staatssekretariat für Internationale
Finanzfragen SIF
Bundesgasse 3
3003 Bern

Bratschi AG
Bahnhofstrasse 70
CH-8021 Zürich
T +41 58 258 10 00
F +41 58 258 10 99
www.bratschi.ch

Isabelle Häner
Prof. Dr. iur., Rechtsanwältin
Isabelle.Haener@bratschi.ch
im Anwaltsregister eingetragen

5200020

Zürich, 10. November 2023

Rechtsgutachten

über pekuniäre Verwaltungssanktionen im Finanzmarktrecht

von Prof. Dr. iur. Isabelle Häner, Rechtsanwältin

INHALTSVERZEICHNIS

I.	SACHVERHALT UND FRAGESTELLUNG	4
A.	Ausgangslage	4
B.	Fragestellung	5
II.	Literatur, Gesetze, Materialien	5
A.	Literatur	5
B.	Gesetze	7
C.	Materialien	8
III.	Rechtliches	9
A.	Rechtshistorisches – Materialien	9
B.	Problematik der pekuniären verwaltungsrechtlichen Sanktionen in verfahrensrechtlicher Hinsicht	11
1.1	Überblick über die verwaltungsrechtlichen Sanktionen – Einordnung	11
1.2	Strafrechtliche Sanktionen gemäss Art. 6 EMRK	14
1.3	Folgen der Qualifikation der pekuniären Verwaltungssanktion als Strafe	17
1.4	Strafrechtliche Verfahrensgarantien im Verwaltungsverfahren	21
1.5	Fazit	36
C.	Rechtsvergleich: Finanzmarktrechtliche Sanktionen im Ausland	37
1.	Deutschland	37
1.1	Finanzmarktaufsicht	37
1.2	(Verwaltungs-)Strafrechtliche Sanktionen im Allgemeinen	37
1.3	Finanzmarktrechtliche Massnahmen und Sanktionen im Besonderen	38
2.	Vereinigtes Königreich (UK)	40
2.1	Finanzmarktaufsicht	40
2.2	Sanktionen im Allgemeinen	40
2.3	Finanzmarktrechtliche Sanktionen im Besonderen	40
2.4	Wirksamkeit der Sanktionen	42
3.	Vereinigte Staaten von Amerika (USA)	43
3.1	Finanzmarktaufsicht	43
3.2	Finanzmarktrechtliche Sanktionen im Allgemeinen	44

3.3	Bussenkompetenz des Federal Reserve	45
3.4	Finanzmarktrechtliche Sanktionen am Beispiel der CTFC und der SEC.....	46
3.5	Zusammenfassung.....	47
D.	Konkrete Beurteilung.....	48
1.	Ausgangspunkt: Die Modelle im Bericht Verwaltungssanktionen	48
2.	Beantwortung der konkreten Fragen	50
2.1	Einführung eines Vorrangs der Mitwirkungspflichten bei vorbestehenden Verwaltungsrechts- bzw. Aufsichtsverhältnissen	50
2.2	Einführung eines Mitwirkungsverweigerungsrechts und/oder eines Beweisverwertungsverbotes.....	60
2.3	Verhältnis zu rechtsstaatlichen Grundsätzen, allgemeinen Verfahrensgrundrechten und strafprozessualen Garantien	63
2.4	Auswirkungen auf Verfahren der FINMA	65
2.5	Auswirkungen auf Verwaltungsstrafverfahren des EFD.....	67
2.6	Auswirkungen auf Strafverfahren der Bundes- und kantonalen Strafverfolgungsbehörden	69
2.7	Verhältnis von allfälligen pekuniären Verwaltungssanktionen der FINMA zu anderen Aufsichtsinstrumenten der FINMA	70
2.8	Verhältnis von allfälligen pekuniären Verwaltungssanktionen der FINMA zu Alternativen	71
2.9	Internationale Erfahrungen.....	73
IV.	Fazit und Beantwortung Frage 10: Empfehlungen	75

I. SACHVERHALT UND FRAGESTELLUNG

A. Ausgangslage

- 1 Im Nachgang zu den Ereignissen rund um die Credit Suisse soll die Too-big-to-fail-Regulierung umfassend evaluiert werden. Die Ergebnisse sollen dem Parlament im April 2024 im Rahmen des nächsten Berichtes des Bundesrates zu den systemrelevanten Banken gemäss Art. 52 BankG unterbreitet werden. Dieser Bericht wird sich unter anderem mit der Frage auseinandersetzen, wie Finanzinstitute und Finanzmarktkader besser in die Pflicht genommen und letztlich sanktioniert werden können. In diesem Zusammenhang und unter Erfüllung diverser parlamentarischer Vorstösse prüft der Bund allfälligen Handlungsbedarf hinsichtlich der möglichen Anpassung bestehender finanzmarktrechtlicher Instrumente und insbesondere der allfälligen Einführung von pekuniären Verwaltungssanktionen (Verwaltungsbussen, Disziplinarbussen o.ä.) für im Finanzmarkt tätige juristische und/oder natürliche Personen bei Verletzungen aufsichtsrechtlicher Bestimmungen.

- 2 Am 23. Februar 2022 veröffentlichte der Bundesrat den Bericht über pekuniäre Verwaltungssanktionen. Darin wird in grundsätzlicher Art und Weise untersucht, wie pekuniäre Verwaltungssanktionen verfassungs- und EMRK-konform ausgestaltet werden können. Die pekuniären Verwaltungssanktionen sind zwar dem Verwaltungsrecht zuzurechnen und werden in Form von anfechtbaren Verfügungen ausgesprochen. Aufgrund der Sanktionshöhe und der repressiven sowie pönalen Wirkung gelten sie jedoch regelmässig als «strafrechtliche Anklagen» im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK. Deshalb kommen – nebst den rechtsstaatlichen Grundsätzen (Art. 5 BV) sowie den allgemeinen Verfahrensgrundrechten (Art. 29, 29a, 30 BV) – die strafprozessualen Garantien der Bundesverfassung (Art. 32 BV) sowie jene der EMRK (Art. 6 und 7 EMRK, Art. 2 und 4 Zusatzprotokoll 7 zur EMRK) grundsätzlich zur Anwendung. Zum Spannungsfeld zwischen verwaltungsrechtlichen Mitwirkungspflichten und der strafrechtlichen Selbstbe-

lastungsfreiheit skizziert der Bericht einzelne Lösungsmöglichkeiten für die Gesetzgebung. Es ist daher abzuklären, ob und wie pekuniäre Verwaltungssanktionen als Instrument im Finanzmarktrecht eingeführt werden können.

B. Fragestellung

3 Aufgrund dieser Ausgangslage sind die folgenden Fragen zu beantworten:

- Wie lassen sich die Lösungsmöglichkeiten gemäss Bericht des Bundesrates über pekuniäre Verwaltungssanktionen im Finanzmarktrecht umsetzen? (Detailfragen 1 bis 3 bzw. 2.1 bis 2.3)
- Wie sind die Auswirkungen einer hypothetischen Umsetzung auf Verfahren der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht (FINMA), Verwaltungsstrafverfahren des EFD sowie Strafverfahren des Bundes- und kantonalen Strafverfolgungsbehörden zu beurteilen? (Detailfragen 4 bis 6 bzw. 2.4 bis 2.6)
- Wie ist das Verhältnis von pekuniären Verwaltungssanktionen zu anderen Aufsichtsinstrumenten der FINMA sowie zu möglichen Alternativen zu den pekuniären Verwaltungssanktionen zu beurteilen? (Detailfragen 7 und 8 bzw. 2.7 bis 2.8)
- Wie sind die internationalen Erfahrungen? (Vergleich mit dem schweizerischen Rechtssystem) (Detailfrage 9 bzw. 2.9)
- Was sind Ihre Empfehlungen? (Detailfrage 10 bzw. III. Fazit)

II. LITERATUR, GESETZE, MATERIALIEN

A. Literatur

- Amstutz Marc/Reinert Mani, Basler Kommentar Kartellgesetz, 2. A., Basel 2022 (*zit. Autor/Autorin, BSK KG, Art.*)
- Auer Christoph/Müller Markus/Schindler Benjamin, Kommentar Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2. A., Zürich 2019 (*zit. Autor/Autorin, VwVG-Kommentar, Art.*)
- Biaggini Giovanni, Kommentar BV, 2. A., Zürich 2017

- Grabenwarter Christoph/Pabel Katharina, Europäische Menschenrechtskonvention, 7.A., München 2021
- Häfelin Ulrich/Müller Georg/Uhlmann Felix, Allgemeines Verwaltungsrecht 8. A., Zürich 2020
- Häner Isabelle, Bedeutung der strafprozessualen Mindestgarantien für verwaltungsrechtliche Sanktionen, in: Isabelle Häner/Bernhard Waldmann, Verwaltungsstrafrecht und sanktionierendes Verwaltungsrecht, Zürich 2010, S. 19 ff.
- Karpenstein Ulrich/Mayer Franz C., Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, Kommentar, 3. A., München 2022 (*zit. Autor, in: EMRK Kommentar*)
- Keller Helene/Suter David, Ne bis in idem und nemo tenetur im Steuerstrafrecht – 1. Teil, StR (Steuer Revue) 2018, S. 980 ff. und - 2. Teil, StR 2019, S. 4 ff.
- Kölz Alfred/Häner Isabelle/Bertschi Martin, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. A., Zürich 2013
- Macula Laura, Verwaltungs-(aufsichts)rechtliche Mitwirkungspflichten und strafprozessuale Selbstbelastungsfreiheit, Zürich 2016
- Meyer-Ladewig Jens/Nettesheim Martin/von Raumer Stefan, Handkommentar EMRK. Europäische Konvention für Menschenrechte, 5. A., Baden-Baden 2023 (*zit. Autor/Autorin, Handkommentar EMRK, Art.*)
- Moser André/Beusch Michael/Kneubühler Lorenz/Kayser Martin, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 3. A., Basel 2022
- Niggli Marcel Alexander/Heer Marianne/Wiprächtiger Hans, Basler Kommentar Schweizerische Strafprozessordnung/Jugendstrafprozessordnung, 3. A., Basel 2023 (*zit. Autor/Autorin, BSK StPO, Art.*)
- Seiler Hansjörg, das (Miss-)Verhältnis zwischen strafprozessualer schweizerrecht und verwaltungsrechtlicher Mitwirkungs- und Auskunftspflicht, recht 2005, S. 11 ff.
- Smokvina Jasmina, Untersuchungen der FINMA und das Prinzip «nemo tenetur», Zürich 2021

- Villiger Mark E., Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), 3. A., Zürich u.a., 2020
- Waldmann Bernhard/Krauskopf Patrick L., Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 3. A., Zürich 2023 (*zit. Autor/Autorin, Praxiskommentar VwVG, Art. ...*)
- Watter Rolf/Bahar Rashid, Basler Kommentar Finanzmarktaufsichtsgesetz / Finanzmarktinfrastrukturgesetz, 3. A., Basel 2019 (*zit. Autor/Autorin, BSK FINMAG, Art.*).
- Wiederkehr René/Richli Paul, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts, Band I, Bern 2012
- Zulauf Urs/Wyss David (Hrsg.), Finanzmarktenforcement. Verfahren zur Durchsetzung des Schweizer Finanzmarktrechts, 3. Auflage, Bern 2022 (*zit. Autor/Autorin, Finanzmarktenforcement, S. ...*)

B. Gesetze

- Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV) vom 18. April 1999 (SR 101)
- Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK) vom 4. November 1950, in Kraft getreten für die Schweiz am 28. November 1974 (SR 0.101)
- Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG) vom 20. Dezember 1968 (SR 172.021)
- Bundesgesetz über das Bundesverwaltungsgericht (Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG) vom 17. Juni 2005 (SR 173.32)
- Bundesgesetz über das Bundesgericht (BGG) vom 17. Juni 2005 (SR 173.110)
- Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (OR) vom 30. März 1911 (SR 220)
- Bundesgesetz über den Datenschutz (Datenschutzgesetz; DSG) vom 25. September 2020 (SR 235.1)
- Bundesgesetz über die Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) vom 6. Oktober 1995 (SR 251)

- Schweizerisches Strafgesetzbuch (StGB) vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0)
- Schweizerische Strafprozessordnung (Strafprozessordnung, StPO) vom 5. Oktober 2007 (SR 312.0)
- Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR) vom 22. März 1974 (SR 313.0)
- Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (DBG) vom 14. Dezember 1990 (SR 642.11)
- Bundesgesetz über Radio und Fernsehen (RTVG) vom 24. März 2006 (SR 784.40)
- Bundesgesetzes über Geldspiele (Geldspielgesetz, BGS) vom 29. September 2017 (SR 935.51)
- Bundesgesetz über die Finanzdienstleistungen (Finanzdienstleistungsgesetz, FIDLEG) vom 15. Juni 2018 (SR 950.1)
- Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen (Bankengesetz, BankG) vom 8. November 1934 (SR 952.0)
- Bundesgesetz über die Finanzinstitute (Finanzinstitutsgesetz, FINIG) vom 15. Juni 2018 (SR 954.1)
- Bundesgesetz über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung (GwG) vom 10. Oktober 1997 (SR 955.0)
- Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (Finanzmarktaufsichtsgesetz, FINMAG) vom 22. Juni 2007 (SR 956.1)
- Reglement über die Organisation der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA (Organisationsreglement FINMA; OrgR FINMA) vom 18. Dezember 2008

C. Materialien

- Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934, Bereinigte Gesetzessammlung 1947, XVII S. 337 ff.

- Botschaft des Bundesrates zum Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (Finanzmarktaufsichtsgesetz; FINMAG) vom 1. Februar 2006, BBI 2006 2829.
- II. Teilbericht der vom Bundesrat eingesetzten Expertenkommission, Sanktionen in der Finanzmarktaufsicht, August 2004 (*zit. II. Teilbericht*)
- Pekuniäre Verwaltungssanktionen, Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulates 18.4100 SPK-N vom 1. November 2018, 23. Februar 2022 (*zit. Bericht Verwaltungssanktionen, S. ...*)

III. RECHTLICHES

A. Rechtshistorisches – Materialien

- 4 Das Bankengesetz regelt in seinem vierzehnten Abschnitt die Verantwortlichkeits- und Strafbestimmungen. In seiner ursprünglichen Formulierung aus dem Jahr 1934 waren bankspezifische Haftungsbestimmungen in den Art. 38 ff. BankG enthalten.¹ So wurde z.B. die Prospekthaftung in Art. 39 BankG 1934 geregelt. Die Gründerhaftung, die Organhaftung gegenüber der Bank, den Gesellschaftern und den Gläubigern etc., sowie die Haftung der Liquidatoren und Kommissäre war in Art. 40 ff. BankG geregelt. Art. 46 BankG 1934 sah gewisse Straftatbestände vor, die aber sehr spezifische Tatbestände regelten. Art. 48 BankG 1934 stellte sodann die Kreditschädigung der Bank unter Strafe. Diese Bestimmung wurde erst mit dem Erlass des FINMAG gestrichen, da ihr keine praktische Bedeutung zugemessen wurde. Die Strafbestimmungen gemäss Art. 46 BankG mussten sodann in Einklang mit Art. 44 ff. FINMAG gebracht werden.²
- 5 Im FINMAG selbst wurden keine dem Kartellrecht (Art. 49a ff. KG) entsprechende Sanktionen aufgenommen. Art. 49a KG sieht vor, dass eine Unternehmung bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren erzielten Umsatzes belastet wird, wenn sie sich an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3

¹ BS 1947 XVII S. 337 ff.

² Vgl. BBI 2006 2829, 2902.

und Art. 4 KG beteiligt. Der II. Teilbericht der vom Bundesrat eingesetzten Expertenkommission aus dem Jahr 2004 zu den Sanktionen in der Finanzmarktaufsicht, der ebenso in die Vernehmlassung gegeben wurde³, hielt fest, dass es die Expertenkommission im Hinblick auf Art. 6 EMRK als problematisch erachte, Bussen von einer gewissen Höhe im Rahmen eines Verwaltungsverfahrens zu sprechen. Solchen Bussen käme Strafcharakter zu, weshalb das Verfahren den Mindestgarantien gemäss Art. 6 EMRK entsprechen müsse. Es müsste ein Spezialverfahren geschaffen werden, was wiederum zu heiklen Abgrenzungsproblemen führen würde. Die Expertenkommission verzichtete deshalb, einen Vorschlag zu verwaltungsrechtlichen Vermögenssanktionen zu unterbreiten. Bedenken äusserte sie auch zur Zuständigkeit der FINMA, solche Sanktionen anzuordnen, weil ansonsten bei der FINMA eine unerwünschte Machtkonzentration eintrete. Dann müsste wohl das EFD als Verwaltungsbehörde für zuständig erklärt werden.⁴

- 6 In der Botschaft zum FINMAG folgte der Bundesrat der Auffassung im II. Teilbericht. Danach sollten die Strafbestimmungen – gemeint waren wohl diejenigen nach dem aBankG – verwesentlicht und harmonisiert und der Strafrahmen angehoben werden. Daneben wurden neue Verwaltungssanktionen eingefügt wie z.B. die Einziehung und das Berufsverbot (Art. 33 ff. FINMAG). Der Bundesrat hielt fest, dass das verwaltungsrechtliche Sanktionsinstrumentarium der FINMA erlauben wird, präventive und repressive Massnahmen zu ergreifen, welche die Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte sicherstellen und den Schutz der Gläubigerinnen und Gläubiger, der Anlegerinnen und Anleger und der Versicherten gewährleisten. Die Einziehung wiederum sei ein neues Instrument, welches die Beaufsichtigten oder Personen in leitender Stellung davon abhalten sollte, aufsichtsrechtliche Bestimmungen zu verletzen. Die Einziehung trage dazu bei, die Fairness unter den Finanzinstituten wiederherzustellen. Sodann erwähnt der Bundesrat auch die Sanktion der Veröffentlichung der Verfügung (Art. 34 FINMAG).⁵ Im Ständerat wurde das Sanktionsregime als ausreichend qualifiziert.⁶

³ Vernehmlassung des EFD Juni 2004, Bericht über die Sanktionen.

⁴ II. Teilbericht, S. 19 f.

⁵ BBl 2006 2829

⁶ AB S 2007 407

7 Aus den Materialien folgt, dass die Problematik des Verhältnisses zwischen verwaltungsrechtlichen Vermögenssanktion und den strafrechtlichen Verfahrensgarantien bei Erlass des FINMAG bekannt war und aus diesem Grund auf die Einführung vermögensrechtlicher Sanktionen verzichtet wurde.⁷

B. Problematik der pekuniären verwaltungsrechtlichen Sanktionen in verfahrensrechtlicher Hinsicht

1.1 Überblick über die verwaltungsrechtlichen Sanktionen – Einordnung

8 Verwaltungsrechtliche Sanktionen werden in der Lehre verschieden dargestellt und systematisiert. Im vorliegenden Fall steht das Unterscheidungskriterium nach der Wirkung der Sanktion und nach der Rechtsgrundlage der Pflichten, deren Verletzung sanktioniert werden soll, im Vordergrund.⁸ In Bezug auf die Unterscheidung nach der Wirkung kann zwischen den *exekutorischen sowie restitutorischen Massnahmen*, welche der unmittelbaren Durchsetzung des Verwaltungsrechts dienen, unterschieden werden. Als Beispiele ist Art. 31 FINMAG zu erwähnen, wonach die FINMA den ordnungsgemässen Zustand wiederherstellen kann (restitutorische Wirkung). Weiter fällt unter die restitutorischen Massnahmen Art. 32 FINMAG, wonach die FINMA subsidiär zur Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes eine Feststellungsverfügung erlassen kann. Sodann kann sie gestützt auf Art. 32 FINMAG als exekutorische Massnahme eine Ersatzvornahme nach vorgängiger Androhung anordnen, wenn eine vollstreckbare Verfügung der FINMA nicht befolgt wird. Ferner sind die *administrativen Rechtsnachteile* zu erwähnen. Dazu gehört die Einziehung des Gewinns, die eine Beauftragte oder eine verantwortliche Person in leitender Stellung durch schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen erzielt hat (Art. 35 FINMAG).⁹ Auch diese Massnahme kann als restitutorisch qualifiziert werden, weil sie die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes bewirkt und die Chancengleichheit der Marktteilnehmer wieder herstellt.

⁷ Vgl. dazu auch eingehend Benninger/Zulauf, S. 468 ff.

⁸ Vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, Rz. 1441 ff.

⁹ Vgl. Häfelin/müller/Uhlmann, Rz. 1520; vgl. dazu BGer, Urteile 2C_315/2020 vom 7. Oktober 2020 E. 4.3; 2C_422/2018 vom 20. März 2019 E. 2.3.

- 9 Bei den *repressiven Sanktionen* schliesslich steht nicht nur die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes, sondern auch die Vermeidung künftiger Pflichtverletzungen in Frage. Dazu zählen insbesondere Disziplinar massnahmen, welche die Aufrechterhaltung der Ordnung sowie die Wahrung des Ansehens und der Vertrauenswürdigkeit der Verwaltungsbehörden bezwecken. Als verwaltungsrechtliche Sanktion werden sie auch als Unterkategorie der administrativen Rechtsnachteile qualifiziert.¹⁰ Art. 33 FINMAG, welcher das Berufsverbot für die Dauer bis zu fünf Jahren vorsieht, wie auch Art. 33a FINMAG, wonach die FINMA unter bestimmten Voraussetzungen sogar ein dauerndes Tätigkeitsverbot aussprechen kann, können als spezifische, auf die Finanzmarktaufsicht bezogene Disziplinar massnahmen verstanden werden. Sie bezwecken einerseits den Schutz der Gläubiger, Anleger und Versicherter als Marktteilnehmer, somit den Schutz von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr. Andererseits bezwecken sie die Sicherstellung der Funktionsfähigkeit und des Vertrauens in die Finanzmärkte.¹¹ Ebenso als repressive Sanktion zu qualifizieren ist Art. 34 FINMAG, wonach die FINMA bei schwerer Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen die Endverfügung nach Eintritt der Rechtskraft unter Angabe von Personendaten veröffentlichen kann. Bei dieser Sanktion steht der generalpräventive Charakter im Vordergrund.¹² Sie dient aber ebenso der Herstellung von Markttransparenz, die ein wesentliches Element zur Aufrechterhaltung der Funktion der Finanzmärkte darstellt.¹³ Die pekuniären Verwaltungssanktionen wie z.B. gemäss Art. 49a ff. KG sind ebenfalls als repressive Verwaltungssanktionen zu qualifizieren, allerdings mit gleichzeitig pönalem Charakter. Darauf ist zurückzukommen.¹⁴
- 10 In Bezug auf die Unterscheidung nach der Begründung der Pflichten können die Sanktionen zum einen unmittelbar der Durchsetzung von Pflichten dienen, die in einem Rechtssatz begründet werden, oder der Vollstreckung von Verfügungen dienen. Im vorliegenden Fall, bei der Anwendung der Finanzmarktregulierung,

¹⁰ Vgl. BGE 147 I 57 E. 5.4.1.

¹¹ Hsu/Bahar/Fühlmann, BSK FINMAG, Art. 33, Rz. 5; BGE 142 II 243 E. 3.4. zum Berufsverbot nach Art. 22 FINMAG; BGer, Urteil 2C_315/2020 vom 7. Oktober 2020 E. 4.2 in Bezug auf Art. 33a FINMAG, welche Bestimmung von Art. 35 aBEHG (Bundesgesetz vom 24. März 1995 über die Börsen und den Effektenhandel, ausser Kraft seit 15. Juni 2018) übernommen wurde.

¹² Vgl. Hsu/Bahar/Fühlmann, BSK FINMAG, Art. 34 Rz. 8; BGE

¹³ BGE 147 I 57 E. 5.4.3.3.

¹⁴ Häfelin/Müller/Uhlmann, Rz. 1442 ff.; vgl. dazu hinten, Rz. 16.

geht es häufig um die Durchsetzung von unmittelbar durch Rechtssatz begründete Pflichten, z.B. um die gesetzlichen Sorgfaltspflichten von Finanzintermediären gemäss Art. 3 ff. GwG, wozu insbesondere die Meldepflicht nach Art. 9 GwG gehört. Verbunden mit einer Verfügung sind die Pflichten, welche sich ebenso aus einer Bankbewilligung ergeben, z.B. die Gewährspflicht der mit der Geschäftsführung betrauten Personen einer Bank (Art. 3 Abs. 2 lit. c und Art. 3f BankG).

11 Die repressiven und insbesondere auch die pekuniären Verwaltungssanktionen und die verwaltungsrechtlichen (Ordnungs-)Bussen dienen nicht nur der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes. Vielmehr sollen sie präventiv wirken und künftige Verletzungen des Verwaltungsrechts verhindern. Zudem dienen sie dazu, das Vertrauen – vorliegend in die Finanzmärkte – wiederherzustellen. Im Rahmen ihrer präventiven Wirkung sollen sie ebenfalls abschreckende Wirkung entfalten. Repressive Massnahmen und insbesondere auch die pekuniären Sanktionen, können jedoch gestützt auf Art. 6 EMRK ebenso als Strafen im strafrechtlichen Sinn qualifiziert werden. Rechtsfolge davon ist, dass andere Verfahrensgarantien gelten und namentlich die für die strafrechtlichen Verfahren relevanten Garantien zu beachten sind. Darauf ist zurückzukommen (Abschnitt 1.4). Allerdings ist nicht jede Sanktion, die nicht exekutorisch oder restitutorisch wirkt, als Strafe im strafrechtlichen Sinn zu qualifizieren, sondern es ist zu unterscheiden.¹⁵

12 Bei der Entscheidung, mit welchen Mitteln der Gesetzgeber die im Gesetz vorgesehenen Rechte und Pflichten durchsetzen will, verfügt dieser zweifellos über einen sehr weiten Ermessensspielraum. Ob im FINMAG neben den repressiven verwaltungsrechtlichen Sanktionen und dem ebenso repressiv wirkenden administrativen Rechtsnachteil der Einziehung gemäss Art. 35 FINMAG gleichzeitig eine Bussenkompetenz aufgenommen werden soll, ist anhand des Verhältnismässigkeitsprinzips zu prüfen. Die Busse muss als geeignet, erforderlich und zumutbar qualifiziert werden können, damit der Gesetzgeber den Sanktionska-

¹⁵ BGE 147 I 57 E. 4.3.

atalog des FINMAG erweitern kann. Zum Teil wird die Geeignetheit derselben jedoch auch in Frage gestellt, weil selbst hohe Bussen nur schwer eine ausreichend abschreckende Wirkung entfalten, namentlich für Unternehmen.¹⁶ Allerdings fällt auf, dass sich repressive Verwaltungssanktionen im FINMAG einzig gegen die natürlichen Personen richten und für diese sehr einschneidend sein können, wie das Berufs- oder Tätigkeitsverbot gemäss Art. 33 f. FINMAG. Bei juristischen Personen kommt als repressive Sanktion nur Art. 34 FINMAG in Frage, wonach die aufsichtsrechtlichen Verfügungen der FINMA veröffentlicht werden. Insofern besteht in Bezug auf die repressiven Verwaltungssanktionen zwischen juristischen Personen und den natürlichen Personen auch ein Ungleichgewicht.

- 13 Bei den natürlichen Personen vermögen pekuniäre Verwaltungssanktionen jedoch eher präventive Wirkung zu zeitigen, erweisen sich aber – je nach Stellung der natürlichen Person im Unternehmen – auch leicht als unverhältnismässig und unzumutbar. Zudem besteht bei hohen Bussandrohungen auch für natürliche Personen die Gefahr, dass sich die Abschreckungswirkung als zu weit reichend erweist und entsprechende Verantwortung bloss noch gegen eine entsprechend hohe Risikoprämie bei der Vergütung übernommen wird.¹⁷

1.2 Strafrechtliche Sanktionen gemäss Art. 6 EMRK

- 14 Art. 6 Ziff. 1 EMRK bestimmt, dass jede Person das Recht darauf hat, dass über Streitigkeiten in Bezug auf ihre zivilrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen oder *über eine gegen sie erhobene strafrechtliche Anklage* von einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht in einem fairen Verfahren, öffentlich und innerhalb angemessener Frist verhandelt wird. Art. 6 Ziff. 2 EMRK bestimmt weiter, dass jede Person, die einer Straftat angeklagt ist, bis zum gesetzlichen Beweis ihrer Schuld als unschuldig gilt (Unschuldsvermutung).

¹⁶ Benninger/Zulauf, Finanzmarktenforcement, S. 472.

¹⁷ Vgl. zum Ganzen auch Benninger/Zulauf, Finanzmarktenforcement, S. 472 f.

15 Weil der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) die Begriffe nicht in das Belieben der jeweiligen Rechtsordnungen der verschiedenen Staaten legen will, legt er den Begriff der Entscheidung über die Stichhaltigkeit einer strafrechtlichen Anklage autonom, somit unabhängig vom innerstaatlichen Recht aus.¹⁸ Dementsprechend hat sich die Rechtsprechung des EGMR mit einer grossen Dynamik entwickelt, so dass die Garantien von Art. 6 EMRK auch auf die Verwaltungsverfahren bzw. die Verwaltungsgerichtsverfahren Anwendung finden.¹⁹ Allerdings hat der EGMR die (autonome) Definition, wann eine strafrechtliche Anklage im Sinne von Art. 6 EMRK vorliegt, sehr früh vorgenommen und bereits im Jahr 1976 die sogenannten «Engel» Kriterien entwickelt.²⁰ Danach liegt eine strafrechtliche Anklage vor, wenn alternativ (a) entweder das nationale Recht eine staatliche Massnahme dem Strafrecht zuordnet *oder* (b) die Natur oder die Art und Schwere des Vergehens und/oder (c) die Sanktion für einen strafrechtlichen Charakter sprechen. Die «Engel» Kriterien werden ebenso in der bundesgerichtlichen Praxis angewendet.²¹ Das Bundesgericht hat sich in zahlreichen Entscheiden damit befasst, gerade als es um Sanktionen gemäss Art. 33 ff. FINMAG ging. Das Bundesgericht hat es jedoch bislang abgelehnt, die Publikation einer Unterlassungsanweisung im Sinne von Art. 34 FINMAG als strafrechtliche Anklage anzuerkennen.²² Abgelehnt hat es das Bundesgericht auch, das in Art. 33 FINMAG als verwaltungsrechtliche Sanktion vorgesehene Berufsverbot als strafrechtliche Anklage anzuerkennen.²³ In beiden Fällen hob das Bundesgericht hervor, dass es sich um eine Disziplinar-massnahme bzw. eine Disziplinarregelung im Sinne einer Massnahme gegen Personen in einem besonderen Rechts- oder Aufsichtsverhältnis handle und die Massnahmen somit auf die Wiederherstellung des Vertrauens der Öffentlichkeit in einen bestimmten Berufsstand abziele²⁴ und damit nicht auf Vergeltung.

¹⁸ Vgl. dazu Grabenwarter/Pabel, § 24 Rz. 18; Villiger Rz. 473 je mit zahlreichen Hinweisen auf die Praxis des EGMR.

¹⁹ Villiger, Rz. 436.

²⁰ Grundlegend Urteil des EGMR Engel gegen Niederlande vom 8. Juni 1976, Serie A, Bd. 22 = EuGRZ 1985 S. 62; vgl. die Zusammenfassung der jüngsten Rechtsprechung im zit. Urteil des EGMR Rola, § 56–59 ff.; zur Übereinstimmung der Kriterien, nach welchen sich das Vorliegen einer Strafe im Sinne von Art. 7 Ziff. 1 EMRK beurteilt, mit den «Engel-Kriterien» siehe zit. Urteil des EGMR Rola, § 54 Ziff. 49.

²¹ Vgl. zu den «Engel-Kriterien» ausführlich auch BGE 142 II 243 E. 3.4 S. 252 ff.; BGE 140 II 384 E. 3.2.1 S. 388 f.; BGE 139 I 72 E. 2.2.2 S. 78 ff.;

²² BGE 147 I 57 E. 5.3.

²³ BGE 142 II 243 E. 3.4

²⁴ BGE 147 I 57 E. 5.4.2; 142 II 243 E. 3.4.

- 16 Anders qualifizierte das Bundesgericht die Bussenandrohungen zunächst gemäss Art. 49a KG. Das Bundesgericht qualifizierte die dort vorgesehene Gewinnabschöpfung in ihrer Wirkung als abschreckend und schrieb ihr Vergeltungscharakter zu. Auch kann diese Sanktion gegen ein fehlbares Unternehmen zu einer Belastung von mehreren Millionen Franken führen. Das Bundesgericht hielt fest, dass deshalb unabhängig davon, dass diese Massnahme ihre Grundlage im Kartell- und nicht im (Kern-)Strafrecht habe, diese einen strafrechtlichen bzw. strafrechtsähnlichen Charakter habe.²⁵
- 17 Sodann hat das Bundesgericht – noch gestützt auf das alte Spielbankengesetz – entschieden, dass die damals geltende Gewinnabschöpfung bis zur dreifachen Höhe des erzielten Gewinns bei der Spielbankenkonzessionärin ebenfalls eine Strafe im Sinne der «Engel»-Kriterien sei. Das Bundesgericht bezog sich dabei auf seine Rechtsprechung zu Art. 49a KG.²⁶
- 18 Anzufügen ist, dass sich die Frage, inwiefern neben den verwaltungsrechtlichen Sanktionen insbesondere die pekuniären Sanktionen eine Strafe im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK darstellen, in zahlreichen weiteren Rechtsgebieten stellt. So stellt z.B. die Nachsteuer keine Strafe dar, weil diese darauf abzielt, die Steuern im Nachhinein zu beziehen und somit restituierend wirkt, während die Bussen bei einer Steuerhinterziehung als Strafe zu qualifizieren sind.²⁷ Weitere Beispiele finden sich z.B. auch im Radio- und Fernsehgesetz des Bundes. Die in Art. 89 Abs. 1 lit. a Ziff. 3 RTVG vorgesehene Gewinnabschöpfung hat deshalb restituierenden Charakter und kann nicht als Strafe qualifiziert werden, weil nach dieser Bestimmung der Gewinn nur auf die Ablieferung der Einnahmen abzielt, welche durch die Konzessions- oder Gesetzesverletzung erzielt wurde. Demgegenüber sieht Art. 90 RTVG vor, dass die Aufsichtsbehörde eine fehlbare Konzessionärin zur Ablieferung bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren durchschnittlich in der Schweiz erzielten Jahresumsatzes anhalten kann. Diese Sanktion wurde zwar soweit ersichtlich noch nie angewendet, sie dürfte jedoch ohne

²⁵ BGE 139 I 72 E. 2.2.2.

²⁶ BGE 140 II 384 E. 3.2. Spielbankengesetz vom 18. Dezember 1998, ausser Kraft; vgl. neu die Verwaltungssanktionen nach Art. 100 BGS.

²⁷ BGE 119 Ib 311 E. 2.

Weiteres als strafrechtliche Sanktion qualifiziert werden können, da ihr Zweck primär in der Abschreckung und Vergeltung liegt.²⁸

1.3 Folgen der Qualifikation der pekuniären Verwaltungssanktion als Strafe

19 Das Verwaltungsverfahren und das Strafverfahren unterscheiden sich in wesentlichen Punkten in Bezug auf die Verfahrensgarantien. Zunächst ist festzuhalten, dass die Bestimmungen von Art. 29 ff. BV die Verfahrensgarantien von Art. 6 EMRK übernommen haben. Das Bundesgericht hält ausdrücklich fest, dass Art. 30 Abs. 1 BV dieselbe Tragweite habe wie Art. 6 Ziff. 1 EMRK und folglich, dann anzuwenden ist, wenn es sich um eine strafrechtliche Anklage handelt.²⁹ Dasselbe gilt für die spezifischen Garantien für Strafverfahren, welche in Art. 32 BV festgehalten sind, weil der Titel «Strafverfahren» von Art. 32 BV analog zur Definition der strafrechtlichen Anklage verstanden wird.³⁰ Neben Art. 6 Ziff. 1 EMRK enthält auch Art. 14 Ziff. 2 und 3 UNO-Pakt II analoge Garantien, die in der Rechtsprechung allerdings weniger häufig aufgegriffen werden. Dementsprechend beziehen sich die nachfolgenden Ausführungen in erster Linie auf Art. 6 EMRK.

20 Zunächst ist die Unschuldsvermutung gemäss Art. 32 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 2 EMRK zu erwähnen. Daraus lassen sich drei relevante Verfahrensrechte ableiten:

- a. Aus der Unschuldsvermutung ergibt sich vorab die Beweislast- und Beweiswürdigungsregel *in dubio pro reo*.³¹ Dies bedeutet zum einen, dass der Staat die Schuld des Angeklagten zu beweisen hat, und zum anderen, dass der Staat den vollen Beweis erbringen muss, d.h., das Gericht muss zur Überzeugung gelangen, dass sich der belastende Sachverhalt so zugegetragen hat und keine erheblichen und nicht zu unterdrückenden Zweifel bestehen, dass es auch anders sein könnte.

²⁸ Vgl. dazu auch Häner, S. 35; weitere Beispiele in Bericht Verwaltungssanktionen, S. 12.

²⁹ Vgl. BGE 139 I 72 E. 2.2.1.

³⁰ Biaggini, Kommentar BV, Art. 32 N 2.

³¹ Biaggini, Kommentar BV, Art. 32 N 4; Häner, S. 22.

- b. Sodann wird aus der Unschuldsvermutung gemäss Art. 32 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 2 EMRK das Verbot zum Zwang der Selbstbelastung abgeleitet (*nemo tenetur se ipsum accusare*). Ausdrücklich erwähnt ist das Selbstbelastungsverbot in Art. 14 Abs. 3 lit. g UNO-Pakt II.³² Der EGMR stützt das Selbstbelastungsverbot ebenso auf den Anspruch auf ein faires Verfahren nach Art. 6 Ziff. 1 EMRK ab.³³
- c. Unter Verletzung der Verfahrensgarantien erlangte Beweise sind unrechtmässig und dürfen dementsprechend grundsätzlich nicht verwertet werden. Das *Beweisverwertungsverbot* stützt sich auf Art. 29 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK.³⁴

21 Angeschuldigte haben weiter aufgrund des Anspruchs auf ein faires Verfahren gemäss Art. 32 Abs. 2 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK ein *Informationsrecht* über ihre Verteidigungsrechte. Diese Informationspflichten sind in Art. 158 StPO im Einzelnen konkretisiert. Dazu gehört bereits von Verfassungswegen, dass eine beschuldigte Person über ihr Aussageverweigerungsrecht gemäss dem Selbstbelastungsverbot in der ersten Einvernahme unterrichtet wird (Art. 158 Abs. 1 lit. b StPO). Dieses Recht leitete das Bundesgericht vor Erlass der StPO einerseits aus Art. 31 Abs. 2 BV, der die Informationspflicht im Hinblick auf den Freiheitsentzug statuiert, ab. Andererseits stützte das Bundesgericht die Aufklärungspflicht ebenso auf Art. 32 Abs. 2 BV, wonach die Informationspflicht über die Verteidigungsrechte für Strafverfahren allgemein gilt.³⁵ Daraus folgt, dass in denjenigen Verfahren, in welchen es um pönale Sanktionen geht und in denen nicht die StPO sondern das VwVG anwendbar ist, die Aufklärung auch über das Recht zu Schweigen, erfolgen muss. Zu informieren ist sodann auch möglichst rasch und umfassend über die gegen die beschuldigte Person erhobenen Beschuldigungen (Art. 6 Ziff. 2 lit. a EMRK, Art. 32 Abs. 2 BV). Ebenso zu informieren ist über die Verfahrensgarantie gemäss Art. 6 Ziff. 2 lit. c EMRK, sich anwaltlich vertreten zu lassen.³⁶

³² BGE 147 I 57 E. 5.1.

³³ Vgl. unter anderen EGMR, 8.2.1996 (GK), John Murray gegen Grossbritannien, NR. 1831/91 = EuGRZ 1996, S. 587; weitere Hinweise bei Grabenwarter/Pabel, § 24 Rz. 138 Fn. 608; Harrendorf/König/Voigt, Handkommentar EMRK, Art. 6 Ziff. 152.

³⁴ Biaggini, Kommentar BV, Art. 32 N 5, S. 389; Häner, S. 24; aus der neueren Rechtsprechung BGE 148 IV 205 E. 2.4.

³⁵ BGE 130 I 126 E. 2.3 – 2.5, bestätigt in BGE 131 I 350 E. 4.2.

³⁶ Vgl. zum Ganzen Ruckstuhl, BSK StPO, Art. 158 Rz. 19 ff.

- 22 Neben den soeben genannten Verteidigungsrechten kommt hinzu, dass ausreichend Zeit und Gelegenheit zur Vorbereitung der Verteidigung einzuräumen ist (Art. 6 Ziff. 2 lit. b EMRK). Sodann besteht das Recht, Fragen an Belastungszeugen zu stellen oder stellen zu lassen (Art. 6 Ziff. 2 lit. e EMRK) und das Recht, dass die Ladung und Vernehmung von Entlastungszeugen unter denselben Bedingungen durchgeführt werden wie sie für die Belastungszeugen gelten (Art. 6 Ziff. 2 lit. d EMRK). Schliesslich besteht allenfalls ein Recht auf einen unentgeltlichen Dolmetscher (Art. 6 Ziff. 3 lit. e EMRK).³⁷ Auch diese Rechte sind in Art. 158 Abs. 1 StPO gesetzlich verankert. Ausserhalb des Anwendungsbereichs der StPO sind die entsprechenden Rechte unmittelbar gestützt auf die EMRK zu beachten.
- 23 Ferner ist auf die Rechtsmittelgarantie, die für die strafrechtlichen Anklagen spezifisch in Art. 4 Zusatzprotokoll 7 zur EMRK sowie gestützt darauf in Art. 32 Abs. 3 BV garantiert wird, hinzuweisen. Daneben steht die allgemeine Rechtsweggarantie nach Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 29a BV. Art. 32 Abs. 3 BV lautet in Anlehnung an Art. 4 Zusatzprotokoll 7 zur EMRK, dass jede Person das Recht hat, das Urteil von einem höheren Gericht überprüfen zu lassen. Die Rechtsmittelgarantie beinhaltet somit die Garantie der «double instance».³⁸ Art. 29a BV wurde erst mit der Justizreform eingefügt, die am 1. Januar 2007 in Kraft trat. Diese Garantie zielt darauf ab, dass jede Streitsache durch eine richterliche Behörde beurteilt wird. Die richterliche Behörde muss dabei über eine vollständige Kognition verfügen, das heisst, sie muss sämtliche Sachverhalts- und Rechtsfragen prüfen können. Eine Überprüfung des Ermessens, wie dies in Art. 49 lit. c VwVG i.V.m. Art. 37 VGG für das Bundesverwaltungsgericht grundsätzlich vorgesehen ist, ist hingegen nicht notwendig.³⁹ In der Rechtsmittelgarantie ist die Rechtsweggarantie mitenthalten, weil sie einen zweifachen gerichtlichen Instanzenzug garantiert. Nicht erforderlich ist allerdings, dass die zweite Instanz ebenfalls über eine volle Kognition verfügt, wie sie von Art. 29a BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK verlangt wird. Vielmehr genügt auch eine Rechtskontrolle, während eine Sachverhaltskontrolle nicht notwendig ist.⁴⁰

³⁷ Zu den Verteidigungsrechten auch Biaggini, Kommentar BV, Art. 32 N 9.

³⁸ Biaggini, Kommentar BV, Art. 32 N 13.

³⁹ Biaggini, Kommentar BV, Art. 29a N 8.

⁴⁰ Biaggini, Kommentar BV, Art. 32 N 13; Bericht Verwaltungssanktionen, S. 108 ff.

- 24 Weiter kommt der Grundsatz des Verbotes der Doppelbestrafung zur Anwendung (*ne bis in idem*), der in Art. 4 Zusatzprotokoll 7 zur EMRK verankert ist. Danach darf eine Person wegen einer Straftat, wegen der sie bereits nach dem Gesetz und dem Strafverfahrensrecht desselben Staates rechtskräftig verurteilt oder freigesprochen wurde, nicht in einem Strafverfahren desselben Staates erneut verfolgt oder bestraft werden. Dies bedeutet, dass bereits eine rechtskräftige Verurteilung vorliegen muss und es um dieselbe strafbare Handlung gehen muss, die erneut pönalisiert wird.⁴¹
- 25 Schliesslich ist auf Art. 7 EMRK hinzuweisen. Diese Bestimmung enthält den Grundsatz «Keine Strafe ohne Gesetz» (*nulla poena sine lege*) und beinhaltet eine wesentliche Sicherung des Rechtsstaates. Danach darf wegen einer Handlung oder Unterlassung niemand verurteilt werden, der 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. Art. 7 EMRK wird in der Literatur ebenfalls unter die Verfahrens- und Justizgarantien subsumiert, wobei jedoch zu Recht auf die materiellrechtliche Seite dieser Garantie verwiesen wird.⁴² Im Schweizerischen Recht lässt sich die Garantie «keine Strafe ohne Gesetz» verfassungsrechtlich auf das Legalitätsprinzip nach Art. 5 Abs. 1 BV abstützen, im Anwendungsbereich des StGB auf Art. 1 StGB.
- 26 Diese spezifischen Garantien sind dann anzuwenden, wenn eine strafrechtliche Anklage im Sinne von Art. 6 EMRK vorliegt. Es ist nachfolgend zu prüfen, inwiefern diese Garantien den verfahrensrechtlichen Bestimmungen im VwVG widersprechen und inwiefern diese Bestimmungen im VwVG allenfalls ohnehin enthalten sind. Es geht somit darum, sich einen Überblick zu verschaffen, welche konventionsrechtlichen und verfassungsrechtlichen Grundsätze neben dem VwVG zu beachten sind, und wie die Praxis allfällige Widersprüche zwischen den konventionsrechtlichen und verfassungsrechtlichen Garantien und den Verfahrensbestimmungen im Verwaltungsverfahren, insbesondere im VwVG, auflöst.

⁴¹ Vgl. dazu Grabenwarter/Pabel § 24 Rz. 165 ff.

⁴² Grabenwarter/Pabel, § 24 Rz. 145.

1.4 Strafrechtliche Verfahrensgarantien im Verwaltungsverfahren

1.4.1 Verfahrenseröffnung – Informationsrechte der Verfahrensbeteiligten

27 Das Verwaltungsverfahren ist im Vergleich zum Zivilprozess und Strafprozess generell ein wenig formalisiertes Verfahren. Auch wenn das VwVG die Formen und den Verfahrensablauf, der bis zum Erlass der Verfügung führt,⁴³ regelt, lässt das VwVG zahlreiche Fragen, die nicht zwingend gestützt auf die Verfahrensgarantien der BV geregelt werden müssen, offen. Damit belässt das VwVG den Verwaltungsbehörden eine grosse Flexibilität und erreicht damit, dass es in den verschiedenen besonderen bundesverwaltungsrechtlichen Rechtsgebieten als Grundordnung zur Anwendung gelangt.

28 Einen wichtigen Eckpfeiler bildet zwar zweifellos der Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 BV und Art. 29 VwVG. Zu welchem Zeitpunkt im Verfahren der Anspruch aber zu gewähren ist, wird in den gesetzlichen Grundlagen nicht konkretisiert. Das rechtliche Gehör ist gemäss Art. 30 VwVG grundsätzlich vor Erlass der Verfügung zu gewähren, es sei denn, eine der Ausnahmen gemäss Art. 30 Abs. 2 VwVG sei anwendbar, was für die vorliegende Fragestellung jedoch nicht relevant ist. Aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör ergibt sich als Teilgehalt unter anderem auch ein Anspruch auf Orientierung über das Verfahren sowie über die vorhandenen Akten. Die Orientierungspflicht bildet eine unabdingbare Voraussetzung zur Wahrnehmung des Anspruchs auf das rechtliche Gehör und namentlich des Anspruchs auf Akteneinsicht und Äusserung. Im Übrigen ist es aber offen, in welchem Verfahrensstadium die Verfahrensbetroffenen überhaupt erfahren, ob ein Verfahren eröffnet ist.⁴⁴ Gerade in den von Amtes wegen eingeleiteten Verfahren besteht grundsätzlich, bis den Verfahrensbeteiligten das rechtliche Gehör zu gewähren ist oder Mitwirkungspflichten eingefordert werden müssen, keine Pflicht, über die Verfahrenseinleitung zu orientieren.⁴⁵

⁴³ Kölz/Häner/Bertschi, Rz. 323.

⁴⁴ BGE 144 I 11 E. 5.3.

⁴⁵ Vgl. dazu Waldmann/Bickel, Praxiskommentar VwVG, Art. 29 Rz. 42.

29 Gewisse Widersprüche zu den strafrechtlichen Garantien der frühzeitigen Information einer beschuldigten Person bleiben jedenfalls bestehen. Wie in Rz. 21 dargelegt, sind beschuldigte Personen von Beginn weg auf ihre Verfahrensrechte und namentlich auch auf das Recht zu schweigen, soweit dieses besteht,⁴⁶ und eine Rechtsvertretung beizuziehen, hinzuweisen. Insofern ist eine persönliche Eröffnung einer Untersuchung angezeigt und müsste ebenso auf die Verteidigungsrechte hingewiesen werden, wenn es um pönale Verwaltungsanktionen geht. Art. 30 FINMAG sieht zwar vor, dass die Eröffnung einer Untersuchung den Parteien anzuzeigen ist. Dies ist schon deshalb notwendig, weil den Verfahrensbetroffenen ebenso spezifische Mitwirkungspflichten zukommen (Art. 29 FINMAG und Art. 36 FINMAG). Weil die FINMA jedoch keine pönalen Verwaltungsanktionen auszusprechen befugt ist, erübrigt sich auch der Hinweis auf die spezifischen Verteidigungsrechte gemäss BV und EMRK. Zuständig zur Verfolgung der Straftatbestände nach Art. 44 ff. FINMAG ist das EFD (Art. 50 FINMAG).

30 Das Bundesgericht hat in Bezug auf die kartellrechtliche Bussensanktion gemäss Art. 49a KG festgehalten, dass eine Angleichung des kartellrechtlichen Verfahrens an ein Strafverfahren nicht gefordert ist, soweit eine gerichtliche Instanz die Verfügung der Wettbewerbskommission (WEKO) überprüft. Die vorzeitige Information und Orientierung dienen namentlich der gehörigen Vorbereitung für die Gewährung des rechtlichen Gehörs. Geht es um pönale Sanktionen, welche – wie zu zeigen sein wird – in zulässiger Weise von den Verwaltungsbehörden ausgesprochen werden können,⁴⁷ stellt sich die Frage, ob mit Blick auf die Chancengleichheit im Sinne der Waffengleichheit jedoch gleichwohl, auch wenn das Bundesgericht – in Anlehnung an die Praxis des EGMR – keine Angleichung des kartellrechtlichen Verfahrens an das Strafverfahren verlangt, eine einzige Anhörung ausreicht. Es ist darauf hinzuweisen, dass z.B. im kartellrechtlichen Sanktionsverfahren, bei welchem das Sekretariat die instruierende Behörde ist, die Verfahrensbetroffenen einerseits zum Antrag des Sekretariats an die WEKO

⁴⁶ Vgl. dazu BGE 140 II 384 E. 3.4.

⁴⁷ Dazu hinten, Rz. 45.

Stellung nehmen können. Damit kommt (insbesondere) den Verfahrensbetroffenen ein eigentliches Replikrecht zu, das über den Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 VwVG bzw. Art. 29 Abs. 2 BV hinausgeht, indem nicht nur zum Sachverhalt, sondern auch zur Beweiswürdigung des Sekretariats, insbesondere zur ökonomischen Beurteilung und zu den rechtlichen Ausführungen, Stellung genommen werden kann.⁴⁸ Andererseits kann die WEKO eine zusätzliche Anhörung beschliessen (Art. 30 Abs. 2 KG) und somit das rechtliche Gehör erneut gewähren. Insofern soll auch das Ungleichgewicht zwischen dem Sekretariat der WEKO als instruierende Behörde und den Verfahrensbetroffenen vor der WEKO als entscheidende Behörde bis zu einem gewissen Grad ausgeglichen werden. Dies trägt jedenfalls dem Grundsatz der Fairness im Verfahren im Sinne der Chancengleichheit der Standpunkte – derjenigen des Sekretariates auf der einen Seite und derjenigen der Verfahrensbetroffenen auf der anderen Seite – vor der WEKO Rechnung.

1.4.2 Mitwirkungspflichten – Selbstbelastungsverbot

31 Der zentrale Widerspruch zwischen Verwaltungsverfahren und der strafprozessualen Garantie, sich nicht selbst belasten zu müssen, besteht jedoch in Bezug auf die Mitwirkungspflichten. Die verwaltungsrechtlichen Mitwirkungspflichten gelten im Verwaltungsverfahren auch dann, wenn sich die Mitwirkung zum Nachteil der Verfahrensbetroffenen auswirkt. Zwar besteht im Verfahren vor der FINMA allein gestützt auf Art. 13 VwVG keine besondere Mitwirkungspflicht, weil sich die dort vorgesehene Verpflichtung zur Mitwirkung insbesondere auf Verfahren bezieht, die durch Begehren, d.h. auf Gesuch hin, eingeleitet wurden (Art. 13 Abs. 1 lit. a VwVG). Art. 13 Abs. 1 lit. c VwVG behält jedoch spezialgesetzliche Regelungen, insbesondere die Auskunftspflicht und Offenlegungspflicht in einem anderen Bundesgesetz vor. Solche spezialgesetzlichen Mitwirkungspflichten enthält insbesondere Art. 29 FINMAG. Danach haben die Beaufsichtigten, ihre Prüfgesellschaften und Revisionsstellen sowie qualifiziert oder massgebend an den Beaufsichtigten beteiligte Personen und Unternehmen der FINMA alle Auskünfte zu erteilen und Unterlagen herauszugeben, die sie zur Erfüllung

⁴⁸ Vgl. dazu Zirlick/Tagmann, BSK KG, Art. 30 Rz. 11 und 17 ff.

ihrer Aufgaben benötigt. Dabei fällt ins Gewicht, dass diese Auskunftspflichten bereits vor der Eröffnung des Verwaltungsverfahrens bestehen, somit ebenso der Vorabklärung dienen, ob überhaupt eine Untersuchung gemäss Art. 30 FINMAG zu eröffnen ist.⁴⁹ Sodann bestimmt Art. 36 Abs. 3 FINMAG, dass die Beaufsichtigten den von der FINMA eingesetzten Untersuchungsbeauftragten Zutritt zu ihren Räumlichkeiten zu gewähren sowie alle Auskünfte zu erteilen und Unterlagen offen zu legen haben, welche die oder der Untersuchungsbeauftragte zur Erfüllung der Aufgabe benötigt. In Bezug auf die Untersuchungen nach Art. 36 FINMAG ist das VwVG gemäss der bundesgerichtlichen Praxis nicht anwendbar. Das Bundesgericht hält fest, dass das Verfahren als Ganzes den gesetzlichen und verfassungsmässigen Garantien zu genügen habe.⁵⁰ Bei der Anwendung der genannten Garantien ebenfalls auf die Untersuchung durch den Untersuchungsbeauftragten wäre somit, falls pekuniäre Verwaltungssanktionen eingeführt werden, zu differenzieren und wäre die Auswirkung des Selbstbelastungsverbots zu prüfen.⁵¹

32 Art. 17 VwVG verlangt allerdings die Mitwirkung an der Beweisabnahme von denjenigen, welche auch als Zeugen einvernommen werden können. Dies sind stets am Verfahren nicht beteiligte Drittpersonen.⁵² Für diese sieht das VwVG somit eine generelle Mitwirkungspflicht vor. Nicht einvernommen werden dürfen aber diejenigen Personen, welche sich auf das Zeugnisverweigerungsrecht gemäss Art. 16 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 42 Abs. 1 und 3 BZP berufen können. Nach Art. 42 Abs. 1 lit. a BZP steht denjenigen Personen das Zeugnisverweigerungsrecht zu, die sich durch die Beantwortung von Fragen der Gefahr der strafrechtlichen Verfolgung aussetzen würden. In einem Untersuchungsverfahren im Rahmen der Institutsaufsicht müssen somit die zu befragenden Organe und Mitarbeiter dann keine Auskunft erteilen, wenn die Gefahr der strafrechtlichen Verfolgung besteht. Insoweit ist der Grundsatz des Selbstbelastungsverbotes ebenso auf Gesetzesstufe festgehalten. Dabei hat das Bundesgericht ausgeführt, dass sich ehemalige Organe eines Unternehmens nicht auf das Zeugnisverweigerungsrecht berufen können, weil das Unternehmen keine ihnen nahestehende

⁴⁹ Schönknecht, in: Finanzmarktenforcement, S. 67.

⁵⁰ Vgl. BGE 130 II 351 E. 3.3.2; Maurenbrecher/Terlinden, BSK FINMAG, Art. 36 Rz. 65.

⁵¹ In diesem Sinn auch Maurenbrecher/Terlinden, BSK FINMAG, Art. 36 Rz. 66.

⁵² Auer/Binder, VwVG-Kommentar, Art. 15 N 8.

Person ist, ansonsten jeder zu befragender Person aufgrund eines wie auch immer gearteten Näheverhältnisses ein Aussageverweigerungsrecht zugestanden werden müsste. Der Nemo-tenetur-Grundsatz gilt nur solange, als sich der Zeuge oder die Zeugin selbst einem Strafverfahren aussetzen könnte.⁵³

33 In der Rechtsprechung zeigt sich die Tendenz, dass den Mitwirkungspflichten im Verwaltungsverfahren ein gewissen Vorzug eingeräumt wird. Die verwaltungsrechtlichen Mitwirkungspflichten, die vorliegend namentlich als spezialgesetzliche Mitwirkungspflichten in Art. 29 Abs. 1 und Art. 36 Abs. 1 FINMAG (vgl. Art. 13 Abs. 1 lit. c VwVG) in Erscheinung treten, durchbrechen den Grundsatz, dass die Verwaltungsbehörden den Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären haben (Art. 12 VwVG). Wird die Mitwirkungspflicht im Verwaltungsverfahren verletzt, wird dies im Rahmen der Beweiswürdigung zu berücksichtigen sein, was regelmässig zu einer Beweiswürdigung zuungunsten der Verfahrensbe betroffenen führt.⁵⁴ Zudem können die verwaltungsrechtlichen Mitwirkungspflichten auch zwangsweise und zum Teil mit der Strafandrohung nach Art. 292 StGB durchgesetzt werden.⁵⁵ Im Verfahren vor der FINMA stützt sich die FINMA jeweils auf Art. 48 FINMAG ab, wonach die Busse bis zu CHF 100'000.- betragen kann.⁵⁶ Es besteht nach Art. 29 Abs. 1 und Art. 36 Abs. 1 i.V.m. Art. 45 FINMAG zudem die Pflicht zur wahrheitsgemässen Auskunft. Die Mitwirkungspflichten mögen zwar den Untersuchungsgrundsatz zu durchbrechen. Sie bilden jedoch einen wesentlichen Bestandteil der Sachverhaltsabklärung und damit des verwaltungsverfahrenrechtlichen Anspruchs, der materiellen Wahrheit zum Durchbruch zu verhelfen und zu einer materiell richtigen Entscheidung zu gelangen. Ohne die Mitwirkungspflichten liessen sich die im FINMAG vorgesehenen materiell rechtlichen Pflichten und die mit dem FINMAG verfolgten öffentlichen Interessen der Vertrauenswürdigkeit des schweizerischen Finanzmarktes nicht durchsetzen (vgl. Art. 4 FINMAG).⁵⁷

⁵³ BGE 147 II 1 E. 5.2.3

⁵⁴ Vgl. Kölz/Häner/Bertschi, Rz. 467; Seiler, S. 11.

⁵⁵ Kölz/Häner/Bertschi, Rz. 469; Auer/Binder, VwVG-Kommentar, Art. 13 N 41; Bericht Verwaltungssanktionen, S. 67.

⁵⁶ Vgl. Urteil BStrG, SK.2016.19 E. 6.3.4.

⁵⁷ Seiler, S. 18; Smokvina, S. 29; Bericht Verwaltungssanktionen, S. 65.

34 Auf der anderen Seite steht das Selbstbelastungsverbot, das in erster Linie *natürliche Personen* in ihrer Willensfreiheit schützen soll und insofern auch aus der Menschenwürde gemäss Art. 7 BV abgeleitet werden kann. Die beschuldigte Person soll nicht verpflichtet sein, zu ihrer eigenen Verurteilung beitragen zu müssen. Strafbehörden können somit nicht auf Beweismittel zurückgreifen, die durch Druck oder Zwang in Missachtung des Willens der beschuldigten bzw. angeklagten Person erlangt wurden.⁵⁸ Dabei wird jedoch unterschieden: Die Willensfreiheit wird dann nicht beeinträchtigt, wenn es um Beweismittel geht, die unabhängig vom Willen des Betroffenen existieren, was regelmässig bei vorbestandenem Dokumenten der Fall ist, wenn diese beschlagnahmt werden⁵⁹. Es handelt sich dabei eher um passive Duldungspflichten, wobei die Abgrenzung zur aktiven Herausgabe im Einzelfall fließend ist. Eingeschränkt wird die Willensfreiheit jedoch, wenn die betroffene Person z.B. mittels Ungehorsamsstrafe zu einer Aussage oder zur Herausgabe dieser Dokumente gezwungen wird. Dabei gilt aber das Verbot der erzwungenen aktiven Herausgabe nicht absolut und sind Ausnahmen anerkannt, die allgemein wie folgt zusammengefasst werden: (i) Das Verfahren darf insgesamt den Kern der Fairness nicht verletzen, da ansonsten unzulässiger Zwang (*improper compulsion*) vorliegt (z.B. fehlender Hinweis auf das Recht zu schweigen), (ii) es müssen prozessuale Schutzmechanismen bestehen (z.B. Beweisverwertungsverbote,) und (iii) es kommt auf die Verwendung der Information an (Bedeutung der Information im Verfahren und das Vorliegen weiterer Beweise).⁶⁰

35 Im Zusammenhang mit Verfahren vor der FINMA hat das Bundesstrafgericht das Selbstbelastungsverbot weiter ausdifferenziert. Es weist darauf hin, dass der EGMR die Unterscheidung zwischen «vis absoluta» und «vis compulsive» aufgegeben habe und leitet daraus ab, dass dort, wo es um die vorbestandene (pre-existing) Dokumente geht und diese im Aufsichtsverfahren unter Androhung einer Ordnungsbusse gemäss Art. 48 FINMAG herausverlangt wurden, diese Dokumente im Strafverfahren verwertbar seien und nicht dem Beweisverwer-

⁵⁸ BGE 140 II 384 E. 3.3.1.; vgl. auch Harrendorf/König/Voigt, Handkommentar EMRK, Art. 6 Ziff. 152.

⁵⁹ Vgl. Mayer, EMRK Kommentar, Art. 6 N 142.

⁶⁰ Vgl. dazu Keller/Suter, StR 2019, S. 6 und S. 13 f. mit Hinweisen auf die Praxis des EGMR.

tungsverbot unterliegen würden. Das Bundesstrafgericht kommt namentlich deshalb zu diesem Schluss, weil die Dokumente ebenso in einem Hausdurchsuchungsverfahren durch das EFD bzw. durch die (von der FINMA eingesetzten) Untersuchungsbeauftragten hätten sichergestellt werden können (vgl. Art. 36 FINMAG). Als nicht verwertbar erachtete es jedoch jene Beweismittel, welche unter Androhung ungebührlichen Zwangs neu geschaffen wurden und deren Verwertung von den Beschuldigten verweigert wurde. Im konkreten Fall betraf dies Einvernahmen durch den von der FINMA im Verwaltungsverfahren eingesetzten Untersuchungsbeauftragten, soweit sich diese belastend auswirkten. Die Einsetzung des Untersuchungsbeauftragten wurde mit der Androhung einer Ordnungsbusse gemäss Art. 48 FINMAG verbunden.⁶¹

36 Bei den *juristischen Personen* spielt der Aspekt der Menschenwürde zwar keine Rolle, was von der Bundesgerichtspraxis betont wird. Allerdings wird in der Lehre darauf hingewiesen, dass diese Unterscheidung keine Stütze in der Praxis des Europäischen Gerichtshof findet.⁶² Jedenfalls musste die Frage vom EGMR bislang nicht beantwortet werden. In Bezug auf juristische Personen hält das Bundesgericht fest, dass die juristische Person mit ihrer Aussage keine Schuldanerkennung ausspricht und der Anspruch auf eine wirksame Verteidigung bleibt.⁶³ Das Bundesgericht hat erwogen, dass Unternehmen aus zahlreichen Gründen gehalten sind, bestimmte Dokumente und Unterlagen zu erstellen und diese den Verwaltungsbehörden abzuliefern. Namentlich hält es fest, dass Unternehmen gehalten seien, bestimmte Dokumente und Unterlagen zu erstellen, zu führen und gegebenenfalls den Verwaltungsbehörden zur Verfügung zu stellen, z.B. Buchhaltungen oder Dokumentationen, welche die Einhaltung von Pflichten belegen.⁶⁴ Könnten diese die Herausgabe der Dokumente und Unterlagen verweigern, würde die Durchsetzung der materiellen gesetzlichen Pflichten der Beaufsichtigten praktisch verunmöglicht. Die Berufung auf das Selbstbelastungsverbot dürfe nicht dazu führen, dass der gesetzlich vorgesehene strafprozessuale Zu-

⁶¹ Urteil BStGer, SK.2016.19 vom 19.9.2018 E. 6.4.1.1 mit Hinweisen

⁶² So Keller/Suter, StR 2019, S. 13; vgl. auch Mayer, EMRK Kommentar Art. 6 N 140, der darauf hinweist, dass den juristischen Personen namentlich in Kartellverfahren das Schweigerecht zusteht.

⁶³ BGE 147 II 153 E. 5.2.3.

⁶⁴ BGE 140 II 385 E. 3.3.4.

griff auf Unterlagen, welche das Unternehmen z.B. aufgrund der Geldwäschereigesetzgebung erstellen, aufbewahren und dokumentieren muss, unterlaufen werde. Vielmehr sei eine praktische Konkordanz zwischen den sich widersprechenden Interessen herbeizuführen.⁶⁵ Das Bundesgericht geht in Anlehnung an die Praxis des EGMR dementsprechend davon aus, dass das Verfahrensrecht auf faire Weise die Realisierung des materiellen Rechts zu ermöglichen hat.⁶⁶ Das Bundesgericht weist darauf hin, dass selbst in Strafverfahren unterschieden werde und es einzig unzulässig sei, missbräuchliche bzw. unverhältnismässige Formen von Zwang auszuüben («improper compulsion»)⁶⁷. Gemäss der Praxis des EGMR komme es – so das Bundesgericht – auf den Grad des angewendeten Zwangs zur Erlangung des Beweismittels, die Verteidigungsmöglichkeiten sowie den Gebrauch des Beweismaterials an.⁶⁸ Es seien somit sämtliche Aspekte miteinzubeziehen. Weiter hält das Bundesgericht fest, dass es darauf ankomme, ob es um eine Auskunftspflicht über Sachverhaltselemente oder um eine implizite Schuldanerkennung gehe und damit die Verteidigungsrechte eingeschränkt würden sowie um die Qualität der Sanktion bei Verletzung der Mitwirkungspflicht.⁶⁹

37 Der Wertungswiderspruch, welcher zweifelsohne besteht, wenn das Selbstbelastungsverbot absolut auf das Verwaltungsverfahren übertragen würde, löst die Praxis somit mittels einer Interessenabwägung auf, indem verschiedene Differenzierungen vorgenommen werden können, um die praktische Konkordanz zu erreichen.⁷⁰ Bei den juristischen Personen dürfte aufgrund der bundesgerichtlichen Praxis (BGE 140 II 384 E. 3.3.4) eine Berufung auf das Selbstbelastungsverbot grundsätzlich eher schwierig sein, wobei sich durchaus Schranken erkennen lassen. Augenfällig ist, dass das Bundesgericht in den konkreten Fällen je-

⁶⁵ Zum Ganzen BGE 140 II 384 E. 3.3.4 f. im Zusammenhang mit den konzessionsrechtlichen Pflichten gemäss altem Spielbankengesetz (heute Geldspielgesetz). BGE 142 IV 207 E. 8.18.3 in Bezug auf eine Aktenherausgabe durch eine Bank in einer Vorabklärung durch die FINMA an die Strafbehörde.

⁶⁶ BGE 140 II 384 E. 3.3.5.

⁶⁷ BGE 140 II 384 E. 3.3.2 und E. 3.3.5; 142 II 242 E. 3.3.

⁶⁸ BGE 140 II 384 mit Hinweis auf EGMR, O'Halloran und Francis gegen Vereinigtes Königreich vom 29. Juni 2007, Nrn 15809/02 und 25624/02; im konkreten Fall wurde es als zulässig angesehen, dass ein Fahrzeughalter unter Strafandrohung verpflichtet wurde, die Person zu benennen, welche das Fahrzeug im Zeitpunkt gelenkt hat, als damit ein Verkehrsdelikt begangen wurde.

⁶⁹ BGE 140 II 384 E. 3.3.5.

⁷⁰ BGE 142 IV 207 E. 8.4.; Harrendorf/König/Voigt, Handkommentar EMRK, Art. 6 Rz. 160; Grabenwarter/Pabel, Rz. 138.

weils betonte, dass die Herausgabe von Dokumenten nicht unter Androhung einer Ordnungsbusse erfolgt sei.⁷¹ Dieser Hinweis, mit dem das Bundesgericht die Verwendung der Beweismittel im konkreten pekuniären Sanktionsverfahren stützte, steht in einem gewissen Widerspruch zur erwähnten Praxis des Bundesstrafgerichts,⁷² wonach vorbestandene Akten, die im Verwaltungsverfahren unter einer erheblichen Bussenandrohung herausverlangt wurden, im Strafverfahren gerade keinem Beweisverwertungsverbot unterliegen. Zu beachten ist allerdings, dass es bei den genannten bundesgerichtlichen Verfahren um pönale Sanktionsverfahren im Sinne von Strafverfahren handelte und es nicht – wie vor dem Bundesstrafgericht – um das Verhältnis zwischen dem im Verwaltungsverfahren unter Verwendung von Zwangsmitteln abgeklärten Sachverhalt und einem nachfolgenden Strafverfahren ging. In diesen bundesgerichtlichen Verfahren wird eine Pflicht zur Herausgabe der vorbestehenden Dokumente zwar bejaht, jedoch stets betont, dass dies ohne Zwangsandrohung erfolgt sei.

38 Gemäss der Lehre darf im Strafverfahren das Schweigerecht nicht dadurch verkürzt werden, dass die Erteilung von Auskünften oder die Vorlage von Dokumenten erzwungen wird. Insbesondere sei die Androhung einer Sanktionierung bei einer Auskunftsverweigerung in einem Verfahren, das als strafrechtsähnlich im Sinne von Art. 6 EMRK zu qualifizieren sei, mit dem Selbstbelastungsverbot nicht zu vereinbaren.⁷³ In den Fällen, in welchen sich im Strafverfahren ein Fahrzeughalter weigerte, den Namen der Person bekannt zu geben, die das Fahrzeug fehlbar lenkte, lässt es das Bundesgericht – wiederum gestützt auf die Praxis des EGMR – gelten, dass die mangelnde Mitwirkung zu Lasten des Fahrzeughalters gewürdigt wird. Der EGMR liess es auch zu, die Mitwirkung mit einer (geringfügigen) Ordnungsbusseandrohung durchzusetzen.⁷⁴ Damit wird jedoch auch das Recht zu schweigen, eingeschränkt.⁷⁵ Ausschlaggebend war für den EGMR, dass das Schweigerecht nicht verhindern darf, dass in Fällen, in denen eindeutig

⁷¹ Vgl. implizit BGE 142 IV 207 E. 8.16; 140 II 384 E. 3.3.4; vgl. Auch Art. 183 Abs. 1^{bis} DBG; auch in der Lehre wird betont, dass die Auskunftsverweigerung im Strafverfahren nicht sanktioniert werden dürfte; Meyer, in: EMRK Kommentar, Art. 6 N. 146.

⁷² Vgl. soeben Rz. 35.

⁷³ Mayer, EMRK Kommentar, Art. 6 N 146.

⁷⁴ Vgl. BGer, Urteil 6B_571/2009 E. 3.2 mit Hinweisen.

⁷⁵ Die Lehre ist uneinheitlich, vgl. Grabenwarter/Pabel, § 24 Rz. 138; demgegenüber Meyer, in: EMRK Kommentar, Art. 6 N 146.

eine Erklärung notwendig ist – wie etwa wer das Fahrzeug gelenkt hat – das Schweigen der betroffenen Person das gesamte Verfahren torpedieren kann.⁷⁶

39 Angesichts dieser Praxis und aufgrund der Lehre bleibt im Ergebnis eine grosse Rechtsunsicherheit, inwiefern Auskunfts- und Herausgabepflichten in einem Sanktionsverfahren generell den Vorrang vor dem Recht, zu schweigen und sich nicht selbst belasten zu müssen, haben und mittels Ordnungsbussen gemäss Art. 48 FINMAG durchgesetzt werden könnten. Die Praxis über die pönalen Sanktionsverfahren oder Strafverfahren erscheint strenger als diejenige in den Fällen, in denen Verwaltungsverfahren und Strafverfahren zu koordinieren sind und es um die Verwertung von Beweisen in Strafverfahren geht, welche im Verwaltungsverfahren unter Strafandrohung erlangt wurden. Während mit Blick auf die Fahrzeughalter-Fälle und mit Blick auf die bundesgerichtliche Praxis in pönalen Sanktionsverfahren die Anordnung einer Ordnungsbusse im Strafverfahren selbst nur mit grösster Zurückhaltung zulässig zu sein scheint nämlich dann, wenn die Ordnungsbusse geringfügig bleibt, eine Erklärung zwingend erwartet werden kann und die Gefahr besteht, dass eine Aussageverweigerung das Verfahren torpedieren kann, steht einer Verwendung von Beweismitteln, die im Aufsichtsverfahren zwangsweise herausverlangt wurden dann nichts entgegen, wenn es sich um vorbestandene Dokumente handelt und diese auch bei einer Hausdurchsuchung hätten erlangt werden können. Ein Beweisverwertungsverbot wird im nachfolgenden Strafverfahren hingegen insofern bejaht, als es darum geht, dass unter Strafandrohung neue Beweismittel erstellt werden mussten, wie insbesondere die Erteilung von Auskünften im Rahmen von Einvernahmen.

40 Die Rechtsfolge bei einer Verletzung des Selbstbelastungsverbotes besteht darin, dass die Verwertung dieser Beweise in einem Strafverfahren nicht zulässig wäre und gegen das Gebot des fairen Verfahrens nach Art. 29 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK verstossen würde. Die gerechtfertigte Aussageverweigerung darf grundsätzlich auch nicht zuungunsten des Beschuldigten gewürdigt werden, wobei negative Schlüsse nicht per se ausgeschlossen sind.⁷⁷ Im Sinne des strafrechtlichen Beweiswürdigungsgrundsatzes «Im Zweifel für den Angeklagten»

⁷⁶ Urteil EGMR vom 01.03.2008, in: *forum poenale* 1/2008 S. 2 ff., 3.

⁷⁷ Harrendorf/König/Voigt, *Handkommentar EMRK*, Art. 6 Ziff. 158 f..

(«in dubio pro reo»), folgt aus einer Aussageverweigerung, die nicht verwendbar ist, gegebenenfalls ein Freispruch, weil die Beweislast, dass die Voraussetzungen zur Sanktionierung gegeben sind, bei der Behörde liegt.

- 41 Zusammenfassend zeigt sich, dass – mangels klarer gesetzlicher Regelung⁷⁸ – die Praxis nach differenzierten Lösungen sucht, welche der Durchsetzung des geltenden Rechts und damit insbesondere der Durchsetzung der in Art. 4 FINMAG festgehaltenen öffentlichen Interessen den Vorrang einräumt. Diese Tendenz besteht einerseits in Bezug auf pönale Sanktionsverfahren als Strafverfahren gegen juristische Personen, indem dort (i) die verwaltungsrechtlichen Mitwirkungspflichten als zulässig angesehen werden, wenn sie sich auf vorbestandene Akten oder Informationen beziehen und Auskunft über Sachverhaltselemente verlangt werde (keine Schuldanerkennung) und (ii) die Herausgabe nicht unter einer Zwangsandrohung erfolgte. Bei mehrstufigen Verfahren können die Mitwirkungspflichten im aufsichtsrechtlichen Verwaltungsverfahren auch unter Androhung der verhältnismässig hohen Busse gemäss Art. 48 FINMAG eingefordert worden sein, jedoch nur dann, wenn es um vorbestehende Dokumente geht, die auch bei einer Hausdurchsuchung bzw. durch den Untersuchungsbeauftragten nach Art. 36 FINMAG erlangt werden könnten und unter Zwang nicht neue Beweismittel erstellt werden mussten, wie dies bei Einvernahmen der Fall ist.

1.4.3 Informationsrechte – Verteidigungsrecht

- 42 Eine weitgehende Übereinstimmung zwischen dem Verwaltungsverfahren nach VwVG und den strafprozessualen Garantien ergibt sich im Hinblick auf die Informationsrechte und die Verteidigungsrechte. Die strafprozessual garantierten Informationsrechte gemäss Art. 158 StPO, die sich aus Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 32 Abs. 2 BV ergeben, können weitgehend aus Art. 5 Abs. 3 BV und Art. 9 BV abgeleitet werden. Danach sind die Verfahrensbetroffenen über die jeweiligen Verfahrensschritte zu informieren, wenn diese geeignet sind, den Entscheid zu beeinflussen und es um die Vorbereitung der Verfahrensbetroffenen auf die nächsten Verfahrensschritte geht.⁷⁹ Die Behandlung der Verfahrensbetroffenen

⁷⁸ Vgl. demgegenüber z.B. Art. 183 Abs. 1^{bis} DBG.

⁷⁹ BGE 141 I 60 E. 3.3.

nach Treu und Glauben bedeutet namentlich, dass ihnen kein Verlust prozessualer Rechte drohen darf.⁸⁰ Der Inhalt und der Umfang der vorgängigen Orientierung wird sich dabei nach den konkreten Umständen zu richten haben. Massgeblich ist jedoch gestützt auf Art. 29 Abs. 1 BV gleichermassen, dass das Verfahren in fairer Weise geführt wird.

- 43 Dass die Verfahrensbetroffenen einen Anspruch auf eine rechtliche Vertretung haben, ergibt sich aus Art. 11 Abs. 1 VwVG. Das Recht, den Belastungszeugen Ergänzungsfragen zu stellen und bei deren Befragung anwesend zu sein, ist in Art. 18 Abs. 1 VwVG garantiert. Einzig die Verfahrenssprache ist zwingend eine Amtssprache und es besteht kein Anspruch auf einen unentgeltlichen Dolmetscher, wie dies in Art. 6 Ziff. 3 lit. e EMRK und Art. 158 Abs. 1 StPO vorgesehen ist.⁸¹

1.4.4 Rechtsweggarantie

- 44 Gemäss Art. 6 Ziff. 1 EMRK, Art. 4 Zusatzprotokoll 7 zur EMRK und Art. 32 Abs. 3 BV besteht bei den strafrechtlichen Anklagen ein Anspruch auf eine Beurteilung durch ein unabhängiges und unparteiliches Gericht sowie ein Anspruch darauf, dass eine höhere Gerichtsinstanz das erstinstanzliche Urteil überprüft. Es wurde bereits ausgeführt, dass Art. 29a BV jeder Person bei Rechtsstreitigkeiten ein Anspruch auf Beurteilung durch ein Gericht, das unabhängig und unparteilich ist, garantiert. Kein Anspruch besteht gestützt auf Art. 29a BV, dass eine zweite gerichtliche Instanz das Urteil prüft. Hingegen sieht Art. 191 BV vor, dass das Gesetz den Zugang zum Bundesgericht gewährleisten muss. Grundsätzlich können Ausnahmen vorgesehen werden, die indessen für das Finanzmarktrecht nicht gelten.⁸² Insofern ist somit der Zugang zum Bundesgericht, das eine Rechtskontrolle durchführt (Art. 95 ff. BGG), gewährleistet.

⁸⁰ Kölz/Häner/Bertschi, Rz. 203.

⁸¹ Vgl. dazu vorne, Rz. 22.

⁸² Art. 83 BGG e contrario.

45 Was die Zuständigkeit zur Verfügung von Verwaltungsanktionen angeht, so entspricht es der Praxis, dass Verwaltungsanktionen von den Verwaltungsbehörden ausgesprochen werden dürfen, soweit die Verfügung der gerichtlichen Beurteilung unterliegt und im Gerichtsverfahren sämtliche Garantien von Art. 6 Ziff. 1 EMRK eingehalten werden können. Der Europäische Gerichtshof hat es insbesondere im Zusammenhang mit den kartellrechtlichen Sanktionen für zulässig erachtet, dass in einem ersten Verfahrensgang eine Verwaltungsbehörde entscheidet.⁸³ Aus dieser Rechtsprechung folgt ebenso, dass die Instruktions- und Entscheidungsinstanz nicht zwingend getrennt sein müssen und die Entscheidungsinstanz nicht bereits ein unabhängiges Gericht sein muss, das über den Antrag der Instruktionsbehörde entscheidet.⁸⁴

46 Das Bundesverwaltungsgericht als erste gerichtliche Rechtsmittelinstanz schränkt seine Kognition praxisgemäss dann ein, wenn es darum geht, das fachtechnische Wissen der verfügenden Behörde zu respektieren und dieses Wissen dem Bundesverwaltungsgericht fehlt. Dabei geht es darum, dass das Bundesverwaltungsgericht das technische Ermessen einer gesetzlich vorgesehenen unabhängigen Fachinstanz mit besonderen Fachkenntnissen zu respektieren hat und nicht aus eigenem Gutdünken, sondern nur aus triftigen Gründen von der Beurteilung durch die zuständige Fachbehörde abweichen soll.⁸⁵ Eingebürgert für diese aufzuerlegende Zurückhaltung in Bezug auf die in Art. 49 Abs. 1 VwVG an sich umfassend eingeräumte Kognition haben sich die Begriffe «Ohne-Not-Praxis», Zurückhaltung der Überprüfung oder auch behördenrechtliche Kognitionsbeschränkung.⁸⁶ Im Zusammenhang mit den kartellrechtlichen Sanktionen hat sich das Bundesgericht darüber ausgesprochen, inwiefern die Kognitionsbeschränkung mit dem Anspruch auf Beurteilung einer Angelegenheit durch ein unabhängiges und unparteiliches Gericht gemäss Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 30 BV vereinbar ist. Es hat in Anlehnung an die Lehre und Praxis zu Art. 6 Ziff. 1 EMRK festgehalten, dass die Kognitionsbeschränkung anhand des Verfahrensgegenstandes (wenn für die Beurteilung der Sachfragen professionelles Wissen

⁸³ BGE 139 I 72 E. 4.3; Grabenwarter/Pabel, § 24 Rz. 63; Harrendorf/König/Voigt, Handkommentar EMRK, Art. 6 Rz. 52.

⁸⁴ Bericht Verwaltungssanktionen, S. 51.

⁸⁵ BGE 142 II 451 E. 4.5.1.

⁸⁶ Schindler, VwVG-Kommentar, Art. 49 N 3.

bzw. Erfahrung notwendig ist), anhand der Art und Weise, wie der Verwaltungsentscheid zustande kam und inwiefern die Verfahrensgarantien von den Verwaltungsbehörden berücksichtigt wurden, sowie anhand des Streitgegenstandes zu prüfen ist. Notwendig sei zudem, dass das Gericht die Rügen Punkt für Punkt abarbeiten würde.⁸⁷ Weil die Rechtsweggarantie gemäss Art. 6 Ziff. 1 EMRK umfassend in Art. 29a VwVG aufgenommen wurde, gelten die genannten Grundsätze auch dann, wenn es nicht um eine strafrechtliche Anklage geht. Zwar wirkt sich die Zurückhaltung des Bundesverwaltungsgerichts auch auf die Beurteilung von Rechtsfragen aus, namentlich wenn es um die Anwendung von unbestimmten Rechtsbegriffen geht. Damit die zurückhaltende Prüfung zulässig ist, muss es dementsprechend dem Willen des Gesetzgebers entsprechen, der Fachinstanz einen Beurteilungsspielraum einzuräumen. Dies muss vom Bundesverwaltungsgericht ebenfalls geprüft werden, bevor es seine Kognition einschränkt.⁸⁸

47 Im Ergebnis ergeben sich in Bezug auf die Rechtsweggarantie in der Verwaltungsrechtspflege und in Bezug auf diejenige in der Strafrechtspflege keine Unterschiede. Zudem sind die Urteile des Bundesverwaltungsgerichts, welches die Verfügungen der FINMA auf Beschwerde hin überprüft (Art. 33 lit. h VGG), bei gegebenen Voraussetzungen (Art. 82 ff. BGG) an das Bundesgericht mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten weiterziehbar. Dementsprechend ist auch die Rechtsmittelgarantie, welche wie ausgeführt in der zweiten Instanz keine gerichtliche Beurteilung mit voller Kognition verlangt⁸⁹, ebenfalls gewährleistet.

1.4.5 «ne bis in idem» und «nulla poena sine lege»

48 Bei beiden Grundsätzen handelt es sich um grundlegende materielle rechtsstaatliche Garantien, die spezifisch auf das Strafrecht zugeschnitten sind.⁹⁰ Bei verwaltungsrechtlichen Sanktionen, welchen die Eigenschaft der strafrechtlichen

⁸⁷ BGE 139 I 72 E. 4.5.

⁸⁸ Eingehend Moser/Beusch/Kneubühler, Rz. 2.155 ff.

⁸⁹ Das Bundesgericht prüft die vorinstanzliche Sachverhaltsfeststellung nur in sehr beschränktem Umfang: Art. 97 BGG; vgl. vorne, Rz. 23

⁹⁰ Vgl. dazu vorne, Rz. 24.

Anklage nicht zukommt, somit insbesondere auch bei disziplinarischen Sanktionen, gilt der Grundsatz *ne bis in idem* nicht. Eine fehlbare Person kann somit wegen derselben Pflichtverletzung mit mehreren verwaltungsrechtlichen Sanktionen belegt werden, soweit dies noch verhältnismässig ist. Zulässig ist es auch, neben einer strafrechtlichen Sanktion, somit auch neben einer strafrechtlich zu qualifizierenden pekuniären Verwaltungssanktion, eine verwaltungsrechtliche Sanktion auszusprechen. Beispielweise wäre es zulässig, neben einer Busse auch ein Berufs- oder Tätigkeitsverbot auszusprechen (Art. 33 und Art. 33a FIN-MAG).⁹¹ Damit besteht auch kein Wertungswiderspruch zwischen den strafrechtlichen Verwaltungssanktionen und den übrigen Verwaltungssanktionen.

- 49 Der Grundsatz, dass keine Strafe ohne Gesetz ausgesprochen werden darf, konkretisiert das Legalitätsprinzip nach Art. 5 Abs. 1 BV. Der Grundsatz gemäss Art. 7 EMRK wird namentlich dahingehend verstanden, dass die Strafnorm einen hinreichend klar und bestimmt formulierten Straftatbestand enthält und eine Strafe androhen muss. Die erforderliche Bestimmtheit lässt sich nicht abstrakt festlegen, sondern hängt von zahlreichen Faktoren ab, unter anderem von der Komplexität und der Vorhersehbarkeit der Entscheidung, von der Schwere des Eingriffs in die verfassungsmässigen Rechte sowie davon, ob erst bei der Konkretisierung im Einzelfall ein sachgerechter Entscheid möglich ist.⁹² Vergleicht man das strafrechtlich formulierte Bestimmtheitsgebot, so ergibt sich, dass dieses praktisch mit demjenigen, welches aus Art. 5 Abs. 1 BV abgeleitet wird, übereinstimmt. Der verfassungsmässige Grundsatz von Art. 5 Abs. 1 BV garantiert, dass sich alles staatliche Handeln auf das Recht stützt, das heisst, seine Grundlage in einem Rechtssatz festgehalten ist. Dabei ist einerseits gefordert, dass die Normstufe ein Gesetz im formellen Sinn ist, namentlich wenn Grundrechte in schwerwiegender Art und Weise eingeschränkt werden (Art. 36 Abs. 1 BV). Andererseits muss der Rechtssatz eine genügende Bestimmtheit aufweisen. Das Bundesgericht verlangt in Bezug auf das Bestimmtheitsgebot, dass das Gesetz so präzise formuliert sein muss, dass der Bürger sein Verhalten danach einrich-

⁹¹ Häfelin/Müller/Uhlmann, Rz.1510 f.; auch bei der Anwendung von Art. 292 StGB gilt der Grundsatz «ne bis in idem» nicht, Häfelin/Müller/Uhlmann, Rz. 1504.

⁹² BGE 139 I 72 E. 8.2.1. mit zahlreichen Hinweisen.

ten und die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit zu erkennen vermag. Auch dann, wenn es um Eingriffe in die Rechtsstellung der Einzelnen gestützt auf ein Verwaltungshandeln geht, verlangt das Bundesgericht praktisch gleichlautend wie gestützt auf den Grundsatz «nulla poena sine lege», dass der Grad der erforderlichen Bestimmtheit von der Vielfalt der zu ordnenden Sachverhalte, von der Komplexität und der Vorhersehbarkeit der im Einzelfall erforderlichen Entscheidung, von den Normadressaten, von der Schwere des Eingriffs in Verfassungsrechte und von der erst bei der Konkretisierung im Einzelfall möglichen und sachgerechten Entscheidung abhängt.⁹³ Daraus folgt, dass auch in dieser Hinsicht kein Wertungswiderspruch ersichtlich ist und die Anforderungen an die gesetzliche Grundlage für Verwaltungssanktionen unabhängig ihres pönalen Charakters dieselben sind.

50 Im Zusammenhang mit Art. 49a KG hat das Bundesgericht zudem festgehalten, dass Art. 7 KG, dessen Anwendung auf einer Analyse der Marktverhältnisse beruht, nicht deshalb zu unbestimmt formuliert ist, weil die Marktanalyse auf Annahmen beruhe. Dies sei zwangsläufig der Fall. Deshalb sei es auch nicht erforderlich, eine strikte Beweisführung zu verlangen, die kaum je möglich sei. Ein Verstoss gegen den Grundsatz «in dubio pro reo» lag dementsprechend ebenfalls nicht vor.⁹⁴

1.5 Fazit

51 Beim Vergleich der strafprozessualen Verfahrensgarantien und dem Verwaltungsverfahren nach VwVG zeigt sich, dass sich ein klar ersichtlicher Wertungswiderspruch zwischen den verwaltungsrechtlichen Mitwirkungspflichten und dem strafrechtlich begründeten Selbstbelastungsverbot ergibt. Die Praxis löst diesen Widerspruch in einer Interessenabwägung zugunsten der Durchsetzung der verwaltungsrechtlichen Normen und dementsprechend zugunsten der damit geschützten öffentlichen Interessen auf. Gleichwohl stellt sich die Frage, inwiefern

⁹³ BGE 143 I 310 E. 3.3.1.; Häfelin/Müller/Uhlmann, Rz. 343.

⁹⁴ BGE 139 I 72 E. 8.3.2.; vgl. vorne Rz. 20 und 40.

der Gesetzgeber selbst gewisse Vorgaben machen soll, wie das Selbstbelastungsverbot in einem allfälligen Sanktionsverfahren gehandhabt werden soll (vgl. Art. 183 Abs. 1^{bis} DBG).

52 Sodann stellt sich ebenso die wenig diskutierte Frage, wie das konkrete Verfahren auszugestalten ist, damit das Verfahren dem Fairnessgebot insgesamt ausreichend Rechnung tragen und eine Chancengleichheit der Standpunkte herbeigeführt werden kann. Ausgehend von der Rechtsprechung des EGMR, dass Verwaltungsbehörden auch gestützt auf die Rechtsweggarantie gemäss Art. 6 Ziff. 1 EMRK befugt sind, strafrechtliche Sanktionen auszusprechen, sofern die entsprechende Verfügung der gerichtlichen Überprüfung unterliegt, wird die konkrete Ausgestaltung der Verfahren wenig hinterfragt. Da es sich bei Art. 29 Abs. 2 BV wie auch bei Art. 6 Ziff. 1 EMRK jedoch bloss um eine Mindestgarantie handelt, spricht grundsätzlich nichts dagegen, den Anspruch auf rechtliches Gehör – auch mit Blick auf die Verfahrensfairness nach Art. 29 Abs. 1 BV – auf Gesetzesstufe auszuweiten, wobei die Grenze zweifellos die Verfahrenseffizienz sein muss.

C. Rechtsvergleich: Finanzmarktrechtliche Sanktionen im Ausland

1. Deutschland

1.1 Finanzmarktaufsicht

53 Aufsichtsbehörde über den deutschen Finanzmarkt ist die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin), die gestützt auf das Gesetz über die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (FinDAG) errichtet wurde.

1.2 (Verwaltungs-)Strafrechtliche Sanktionen im Allgemeinen

54 Das deutsche Recht kennt den Begriff der Verwaltungssanktion nicht. Es unterscheidet zwischen strafrechtlichen Sanktionen im engeren Sinne (z.B. Freiheitsstrafen, Geldstrafen, Entzug des aktiven und passiven Wahlrechts) und verwaltungsstrafrechtlichen Sanktionen für Ordnungswidrigkeiten (z.B. Geldstrafen,

Einziehung von Vermögenswerten, Entzug des Führerscheins).⁹⁵ Die Unterscheidung beruht in erster Linie auf der Schwere des Verstosses und der damit verbundenen Folgen.⁹⁶

55 Sanktionen für Ordnungswidrigkeiten finden ihre rechtliche Grundlage im Ordnungswidrigkeitengesetz (OWiG). Sie werden in der Regel von einer Verwaltungsbehörde verhängt (§ 35 Abs. 1 OWiG) und können juristische Personen sowie Unternehmen betreffen (§ 30 OWiG). Die Verwaltungsbehörde gibt die Sache an die Staatsanwaltschaft ab, wenn Anhaltspunkte bestehen, dass es sich um eine Straftat handelt (§ 40 OWiG). Ist eine Handlung gleichzeitig Straftat und Ordnungswidrigkeit, so wird nur das Strafrecht angewendet (§ 21 OWiG). Aufgrund ihrer Verortung im Verwaltungsstrafrecht gelten bei Sanktionen für Ordnungswidrigkeiten auch die strafrechtlichen Verfahrensgarantien. Nur beschränkt anwendbar ist der Grundsatz «ne bis in idem», da das Gericht eine Bussgeldentscheidung während des Strafverfahrens wegen derselben aufheben kann und stattdessen eine strafrechtliche Sanktion im engeren Sinne verhängen kann (vgl. § 86 Abs. 1 OWiG). Es gilt das Opportunitätsprinzip: Es liegt im pflichtgemässen Ermessen der zuständigen Behörde, die Ordnungswidrigkeit zu verfolgen (§ 47 Abs. 1 OWiG).⁹⁷

1.3 Finanzmarktrechtliche Massnahmen und Sanktionen im Besonderen

56 Die präventiven und repressiven Massnahmen, welche die BaFin ergreifen kann, finden ihre rechtliche Grundlage in den einschlägigen Spezialerlassen wie etwa dem Kreditwesengesetz (KWG), dem Wertpapierhandelsgesetz (WpHG) und dem Versicherungsaufsichtsgesetz (VAG).⁹⁸

⁹⁵ Vgl. zur Abgrenzung Irmscher Philipp Florian, Öffentlichkeit als Sanktion – Bankaufsicht zwischen Repression und Prävention – Eine Einordnung des «naming and shaming» in das Sanktionssystem des KWG, in: Kämmerer Jörn Axel/Schmidt Karstene/Veil Rüdiger (Hrsg.), Schriften zum Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, Vol. 57, Tübingen 2019, S. 104 ff.

⁹⁶ Vgl. hierzu und zum Folgenden Europarat, European Committee on Crime Problems (CDPC), Replies to Questionnaire on Administrative Sanctions. Strasbourg, 6. Februar 2020 («Questionnaire CDPC»), Abschnitt «Germany», Ziff. 62 ff., abrufbar unter: <https://rm.coe.int/090000168093669b>, besucht am 26. Juli 2023; Bericht des Bundesrates vom 23. Februar 2022 betreffend Pekuniäre Verwaltungssanktionen in Erfüllung des Postulates 18.4100 SPK-N vom 1. November 2018 (BBI 2022 776), S. 132 f.

⁹⁷ Bericht des Bundesrates vom 23. Februar 2022 betreffend Pekuniäre Verwaltungssanktionen in Erfüllung des Postulates 18.4100 SPK-N vom 1. November 2018 (BBI 2022 776), S. 132 f.

⁹⁸ BaFin, Jahresbericht 2016, S. 55 ff., abrufbar unter: https://www.bafin.de/DE/PublikationenDaten/Jahresbericht/jahresbericht_node.html, besucht am 27. Juli 2023.

- 57 Die präventiven Massnahmen bezwecken die Gefahrenabwehr. Zu ihnen gehören beispielsweise Aufsichtsgespräche, Akteneinsicht, informelle Aufforderungen, aber auch formelle Anordnungen. Leisten die Adressaten den Anordnungen der BaFin keine Folge, kann diese gemäss § 17 Abs. 1 FinDAG Zwangsgeld bis zu EUR 2.5 Mio. auferlegen. Da das Zwangsgeld dazu dient, die Pflicht einer natürlichen oder juristischen Person zu einem Tun oder Unterlassen durchzusetzen, gilt dies nach Ansicht der BaFin nicht als repressive Verwaltungsmassnahme.⁹⁹ Diese Ansicht dürfte allerdings kaum mit den Anforderungen an die strafrechtliche Anklage im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK vereinbar sein.¹⁰⁰
- 58 Mit repressiven Massnahmen, namentlich Sanktionen¹⁰¹, verfolgt werden Verstösse gegen Bestimmungen des Finanzmarktrechts. Sie werden strafrechtlich sowie disziplinarrechtlich geahndet. Die BaFin ist befugt, für Ordnungswidrigkeiten nach KWG, WpHG, VAG und anderen Spezialerlassen Bussgelder zu verhängen (§ 60 KWG, § 121 WpHG bzw. § 333 VAG je i.V.m. § 36 Abs. 1 Nr. 1 OWiG). Die Bussgeldvorschriften in § 56 KWG, §§ 120–120b WpHG und § 332 VAG enthalten Kataloge über die möglichen Ordnungswidrigkeiten sowie die Höchstbeträge der jeweiligen Bussgelder.¹⁰² Die Geldbusse soll jedenfalls den wirtschaftlichen Vorteil infolge eines Verstosses überschreiten (§ 17 Abs. 4 OWiG). Ist ein Straftatbestand gemäss §§ 54–55b KWG, §§ 119–119a WpHG oder § 331 VAG erfüllt, sind die Strafverfolgungsbehörden zuständig.¹⁰³

⁹⁹ BaFin, Jahresbericht 2016 (Fn 98), S. 56.

¹⁰⁰ EGMR, *Messier v. France*, Urteil Nr. 25041/07 vom 19. Mai 2009; vgl. Arslan Mehmet, *Procedural Guarantees for Criminal and Administrative Criminal Sanctions – A Study of the European Convention on Human Rights*, in: *Beiträge zum Sicherheitsrecht/Contributions to Security Law*, Vol. 4, Freiburg im Breisgau 2019, S. 7, abrufbar unter: https://pure.mpg.de/rest/items/item_3024430/component/file_3032343/content, besucht am 25. Juli 2023.

Der EGMR beurteilte die administrativen Sanktionsregimes der italienischen Wettbewerbsaufsichtsbehörde (Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, AGCM), der italienischen Börsenaufsichtsbehörde (Commissione Nazionale per le Società e la Borsa, CONSOB), des französischen Finanzmarktrats (Conseil des marchés financiers, CMF) und der französischen Finanzmarktaufsichtsbehörde (Autorité des marchés financiers, AMF) jeweils aufgrund ihrer Zielsetzung im Allgemeinen als von strafrechtlicher Natur, vgl. die Hinweise bei Arslan, S. 9.

¹⁰¹ Die BaFin bezeichnet ausschliesslich Ordnungswidrigkeitsverfahren als Sanktionen; vgl. BaFin, Jahresbericht 2016 (Fn 98), S. 57.

¹⁰² Bis zu EUR 5 Mio. nach KWG und bis zu EUR 1.5 Mio. nach WpHG.

¹⁰³ BBl 2006 2829, 2855 f.

2. Vereinigtes Königreich (UK)

2.1 Finanzmarktaufsicht

59 Aufsichtsbehörden sind die Financial Conduct Authority (FCA) und die Prudential Regulation Authority (PRA). Sie entstanden per 1. April 2013 aus der früheren Financial Services Authority (FSA). Die PRA hat im Wesentlichen die Aufgabe, zur finanziellen Stabilität des Vereinigten Königreichs beizutragen und die Sicherheit und Kreditwürdigkeit der zugelassenen Personen zu gewährleisten. Das strategische Ziel der FCA ist der Schutz und die Stärkung des Vertrauens in das Finanzsystem; die FCA verfolgt dabei drei operative Ziele: Verbraucherschutz, Schutz der Integrität der britischen Finanzmärkte und Förderung des Wettbewerbs auf den Finanzmärkten.¹⁰⁴

2.2 Sanktionen im Allgemeinen

60 Zu unterscheiden ist zwischen strafrechtlichen Sanktionen («criminal sanctions») und verwaltungsrechtlichen Sanktionen («administrative sanctions», auch «civil sanctions» oder «civil penalties»). Eine «administrative sanction» ist eine Sanktion, die von einer Verwaltungsbehörde als Restitution für fehlbares Verhalten angeordnet wird.¹⁰⁵ Dabei handelt es sich nicht um eine strafrechtliche Sanktion, da sie in erster Linie darauf abzielt, den rechtmässigen Zustand wiederherzustellen, und nicht darauf, das fehlbare Verhalten zu bestrafen.¹⁰⁶

2.3 Finanzmarktrechtliche Sanktionen im Besonderen

61 Die FCA und PRA sind gestützt auf den Financial Services and Markets Act 2012 (FSMA)¹⁰⁷ und Schedule 5 des Regulatory Enforcement and Sanction Act 2008

¹⁰⁴ Johnson Diana, What Are the Merits of Taking a Hybrid Regulatory Approach Toward the Enforcement of Corporate Financial Crime in the United Kingdom and United States of America?, in: Journal of White Collar and Corporate Crime, 3(1), 2022, S. 23–32, abrufbar unter: <https://journals.sagepub.com/doi/full/10.1177/2631309X211050013>, besucht am 24. Juli 2023.

¹⁰⁵ Vgl. Questionnaire CDPC (Fn 96), Abschnitt «United Kingdom», Ziff. 3; vgl. ferner FCA, Our enforcement powers, abrufbar unter: <https://www.fca.org.uk/about/how-we-regulate/enforcement>, besucht am 26. Juli 2023.

¹⁰⁶ Wikipedia, Civil penalty, abrufbar unter: https://en.wikipedia.org/wiki/Civil_penalty#cite_note-1, besucht am 26. Juli 2023.

¹⁰⁷ Abrufbar unter: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/8/contents>, besucht am 26. Juli 2023.

(RESA)¹⁰⁸ befugt, administrative Sanktionen gegen fehlbare Organisationen oder Personen anzuordnen. Dazu gehören finanzielle Sanktionen («financial penalties»), Suspendierungen, Vorbehalte, Auflagen, Beschränkungen, Verbote und öffentliche Verweise («public censures»)¹⁰⁹.

62 Ob die FCA Massnahmen ergreift, hängt von verschiedenen Faktoren ab: von der Art, der Schwere und den Auswirkungen des Verstosses, vom Verhalten der fehlbaren Person nach dem Verstoss, von deren früheren Disziplinarvergehen, von Massnahmen der FCA in früheren, ähnlichen Fällen und davon, ob andere inländische oder ausländische Behörden Massnahmen ergreifen.¹¹⁰

63 Die Höhe eines «financial penalty» bestimmt sich nach drei Grundsätzen: (1) Abschöpfung von Vermögensvorteilen – ein Unternehmen oder eine Person sollte nicht von einem Verstoss profitieren; (2) Disziplinierung – ein Unternehmen oder eine Person sollte für ihr Fehlverhalten bestraft werden; (3) Abschreckung – jede verhängte Strafe sollte das Unternehmen oder die Person, die den Verstoss begangen hat, davon abhalten, weitere oder ähnliche Verstösse zu begehen.¹¹¹ Der Gesamtbetrag eines «financial penalty» kann sich aus zwei Elementen zusammensetzen: zum einen die Abschöpfung des Vermögensvorteils aufgrund des Verstosses, zum anderen eine Geldstrafe, welche die Schwere des Verstosses widerspiegelt.¹¹² Der «financial penalty» hat mithin auch pönalen Charakter.

64 Gewisse Straftatbestände können die FCA und die PRA gestützt auf Art. 401 FSMA strafrechtlich verfolgen.¹¹³ Darüber hinaus kann die FCA gestützt auf Art. 402 FSMA Strafverfahren wegen Insiderhandel und Straftaten im Zusammenhang mit Geldwäscherei oder Terrorismus einleiten.

¹⁰⁸ Abrufbar unter: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/13/contents>, besucht am 26. Juli 2023.

¹⁰⁹ «Financial penalties, suspensions, restrictions, conditions, limitations, disciplinary prohibitions, and public censures»; FCA Handbook, Enforcement Guide (EG), EG 7.1.2, verfügbar unter: <https://www.handbook.fca.org.uk/handbook/EG/7/1.html>, besucht am 25. Juli 2023.

¹¹⁰ Financial Conduct Authority, FCA Handbook, Decision procedure and Penalties Manual (DEPP), DEPP 6.2, abrufbar unter: <https://www.handbook.fca.org.uk/handbook/DEPP/6/?view=chapter>, besucht am 25. Juli 2023.

¹¹¹ FCA Handbook, DEPP 6.4.2 (Fn 111).

¹¹² FCA Handbook, DEPP 6.5.3 (Fn 111).

¹¹³ Vgl. FCA Handbook, EG 12.1, abrufbar unter: <https://www.handbook.fca.org.uk/handbook/EG/12/1.html>, besucht am 26. Juli 2023.

2.4 Wirksamkeit der Sanktionen

65 Im gesamten Enforcementverfahren erfolgt nur eine einzige öffentliche Bekanntmachung zum Abschluss, die vollständige Informationen über die rechtlichen Sanktionen enthält. Reputationsschäden aufgrund eines Enforcementverfahrens werden als fast neunmal höher eingeschätzt als Schäden aufgrund der finanziellen Sanktionen.¹¹⁴

66 Die Wirksamkeit von finanziellen Sanktionen der FCA, insbesondere die Abschreckung, wird in der Literatur in Frage gestellt, insbesondere wegen ihrer Höhe.¹¹⁵ Die Praxis der US-amerikanischen Behörden wird zudem häufig zum Vergleich beigezogen.¹¹⁶ Im Gegensatz zu diesen scheinen die FCA und die PRA zurückhaltend, hohe finanzielle Sanktionen zu verhängen.¹¹⁷ Als Beispiel dafür dient der LIBOR-Skandal, infolgedessen die FSA die britische Barclays Bank PLC mit GBP 59.5 Mio. büsste;¹¹⁸ die US-amerikanischen Behörden insgesamt mit USD 360 Mio. (USD 200 Mio. durch CFTC¹¹⁹ und USD 160 Mio. durch das DoJ, insgesamt GBP 231.1 Mio.¹²⁰).¹²¹ Diese Sanktionen entsprachen insgesamt weniger als 5 % des Gewinns der Bank.¹²² Die FCA verhängte im Jahr 2022 finanzielle Sanktionen in Höhe von rund GBP 215.8 Mio.; im Jahr 2021 rund GBP 567.8 Mio.¹²³

¹¹⁴ Armour John/Mayer Colin/Polo Andrea, Regulatory Sanctions and Reputational Damage in Financial Markets, in: Journal of Financial and Quantitative Analysis, 52/4, Seattle 2017, S. 1429–1448, S. 1443, abrufbar unter: <https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/462D1A709D61F3B94605A64E626A3DEE/S0022109017000461a.pdf/regulatory-sanctions-and-reputational-damage-in-financial-markets.pdf>, besucht am 25. Juli 2023.

¹¹⁵ Hillman Henry, Are the current laws and potential enforcement measures effective in achieving the accountability of bank directors for their actions, or the actions of the banks they manage? A comparison of UK and US approaches, in: Ryder Nicholas/Turksen Umut/Hasler Sabine (Hrsg.), Fighting financial crime in the global economic crisis, London 2015, S. 189–228, S. 192 ff., insb. S. 197; Johnson (Fn 104), Conclusion.

¹¹⁶ Vgl. nur Hillman (Fn 115), S. 201 ff., und Johnson (Fn 104).

¹¹⁷ Hillman (Fn 115), S. 193 f., S. 201; Johnson (Fn 104), Conclusion.

¹¹⁸ Financial Services Authority FSA, Final Notice to Barclays Bank Plc, 27. Juni 2012, abrufbar unter: <https://www.fca.org.uk/publication/final-notices/barclays-jun12.pdf>, besucht am 24. Juli 2023.

¹¹⁹ Commodity Futures Trading Commission CFTC, CFTC Orders barclays to pay \$ 200 Million Penalty for Attempted Manipulation of and False Reporting concerning LIBOR and Euribor Benchmark Interest Rates, Medienmitteilung vom 27. Juni 2012, abrufbar unter: <https://www.cftc.gov/PressRoom/PressReleases/6289-12>, besucht am 24. Juli 2023.

¹²⁰ US Department of Justice, Office of Public Affairs, Barclays Bank PLC Admits Misconduct Related to Submissions for the London Interbank Offered Rate and the Euro Interbank Offered Rate and Agrees to Pay \$160 Million penalty, Medienmitteilung vom 27. Juni 2012, abrufbar unter: <https://www.justice.gov/opa/pr/barclays-bank-plc-admits-misconduct-related-submissions-london-interbank-offered-rate-and>, besucht am 24. Juli 2023.

¹²¹ Hillman (Fn 115), S. 195 f.

¹²² Basierend auf einem Gewinn von GBP 7'048 Mio.; Barclays Bank PLC Annual Report 2012, abrufbar unter: <https://home.barclays/content/dam/home-barclays/documents/investor-relations/annualreports/ar2012/2012-barclays-bank-plc-annual-report.pdf>, besucht am 24. Juli 2023; vgl. Hillman (Fn 115), S. 225.

¹²³ Financial Conduct Authority FCA, 2022 fines, abrufbar unter: <https://www.fca.org.uk/news/news-stories/2022-fines>, besucht am 24. Juli 2023.

67 Im Vereinigten Königreich wird vorgeschlagen, die Finanzmarktaufsicht und ihre Instrumente dem Wettbewerbsrecht anzugleichen.¹²⁴

3. Vereinigte Staaten von Amerika (USA)

3.1 Finanzmarktaufsicht

68 Die Aufsicht über das Finanzwesen in den USA ist fragmentiert. Das Finanzwesen besteht aus den Sektoren Banken, Wertpapierhandel und Versicherungen und wird von mehreren unabhängigen nationalen und gliedstaatlichen Behörden beaufsichtigt.¹²⁵ Je nach Art der Institution und Zulassungsstelle sind unterschiedliche Behörden zuständig. Von grosser Bedeutung ist die Federal Reserve (Fed), die US-amerikanische Zentralbank, welche nicht nur die Geldpolitik der USA festlegt, sondern auch Banken beaufsichtigt und reguliert. Sie ist die Aufsichtsbehörde für Bank-Holdinggesellschaften, US-Zweigniederlassungen ausländischer Banken, ausländische Zweigniederlassungen von US-Banken und gliedstaatlich errichtete Banken («state chartered banks»), die Mitglieder des Federal Reserve Systems sind, sowie für Nicht-Bank-Finanzinstitute, die als systemisch wichtig eingestuft wurden. Das Office of the Comptroller of the Currency (OCC) hingegen ist die Aufsichtsbehörde für bundesstaatlich errichtete Banken («federally chartered banks») und bundesstaatlich errichtete Zweigstellen ausländischer Banken.¹²⁶

69 Zwei weitere wichtige Aufsichtsbehörden sind die U.S. Securities and Exchange Commission (SEC), die den Wertpapierhandel und die Wertpapierfirmen überwacht, und die Commodities Futures Trading Commission (CFTC), welche für

¹²⁴ Johnson (Fn 104), Conclusion. Die Autorin erblickt in der Anwendung des Wettbewerbsrechts durch die Finanzmarktaufsichtsbehörden folgende Vorteile: (1) die Aufsichtsbehörde kann höhere Bussen verhängen, bis zu 10 % des weltweiten Umsatzes eines Unternehmens; (2) die Aufsichtsbehörde hätte die Möglichkeit – analog zu Verstössen im Kartellrecht in den USA – ein Strafverfahren gegen das fehlbare Unternehmen anstreben oder ein DPA (Deferred Prosecution Agreement – dabei schiebt die Strafverfolgungsbehörde die Anklage auf, um als Gegenleistung das fehlbare Unternehmen während der Zeit des Aufschubs zur Erfüllung von zahlreichen Auflagen zu verpflichten) treten; (3) der Aufsichtsbehörde stünden mehr Instrumente zur Verfügung.

¹²⁵ Congressional Research Service, Introduction to Financial Services: The Regulatory Framework, In Focus IF11065, Stand 5. Januar 2023, abrufbar unter: <https://sgp.fas.org/crs/misc/IF11065.pdf>, besucht am 27. Juli 2023.; BBl 2006 2829, 2854 f.

¹²⁶ Götz Martin R./Tröger Tobias H., Fines for misconduct in the banking sector – what is the situation in the EU?, März 2017, S. 14, abrufbar unter: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2017/587401/IPOL_IDA\(2017\)587401_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2017/587401/IPOL_IDA(2017)587401_EN.pdf), besucht am 23. August 2023.

Derivate und Derivatbörsen zuständig ist. Die meisten Finanzinstitute, Finanzmärkte und Finanzprodukte unterstehen Bundesrecht, während die Versicherungen grösstenteils durch Organe der Gliedstaaten reguliert werden.¹²⁷

3.2 Finanzmarktrechtliche Sanktionen im Allgemeinen

70 Den Aufsichtsbehörden stehen verschiedene Massnahmen («enforcement powers») zur Verfügung, um das Verhalten von Unternehmen zu überwachen, zu korrigieren oder zu ahnden. Dazu gehört die Befugnis, Bussen, Strafen und Unterlassungsanordnungen zu verhängen, Straf-, Zivil-, Verwaltungs- oder Schiedsgerichtsverfahren einzuleiten oder Zulassungen oder Satzungen zu widerrufen.¹²⁸ Zu unterscheiden ist zwischen rein korrigierenden, nicht pönalen Anordnungen einerseits und Bussen («civil money penalties») andererseits, die Verstösse gegen die aufsichtsrechtlichen Bestimmungen bestrafen. Die Unterlassungsanordnung hat keinen pönalen Charakter.¹²⁹

71 Die Aufsichtsbehörden können auch in DPAs treten.¹³⁰ Die meisten Enforcementverfahren werden mit einer Einigung abgeschlossen, welche Unterlassungsanordnungen, Beseitigungs- und Verbotsanordnungen, zivile Bussen und Gewinnabschöpfung zum Gegenstand haben kann. Die Einigung ist häufig mit behördlichen Auflagen verbunden.¹³¹ Die Adressaten haben die Möglichkeit, sich mit den Aufsichtsbehörden zu einigen, ohne einen Verstoß gegen die einschlägigen Bestimmungen zugeben zu müssen. Die Aufsichtsbehörden rechtfertigen solche «neither-admit-nor-deny settlements» damit, dass sie auf diesem Weg rasch Massnahmen ergreifen und Geschädigten abhelfen können, ohne hohe Verfahrenskosten in Kauf nehmen zu müssen.¹³²

¹²⁷ Congressional Research Service, Introduction to Financial Services: The Regulatory Framework, In Focus IF11065, Stand 5. Januar 2023, abrufbar unter: <https://sgp.fas.org/crs/misc/IF11065.pdf>, besucht am 27. Juli 2023.; BBl 2006 2829, 2854 f.

¹²⁸ Congressional Research Service, Who Regulates Whom? An Overview of the U.S. Financial Regulatory Framework, Report R44918, Stand 10. März 2020, S. 3, abrufbar unter: <https://sgp.fas.org/crs/misc/R44918.pdf>, besucht am 27. Juli 2023.

¹²⁹ Götz Martin R./Tröger Tobias H., Fines for misconduct in the banking sector – what is the situation in the EU?, März 2017, S. 12 mit weiteren Hinweisen, abrufbar unter: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2017/587401/IDAN_IDA\(2017\)587401_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2017/587401/IDAN_IDA(2017)587401_EN.pdf), besucht am 23. August 2023.

¹³⁰ Johnson (Fn 104). Zum DPA vgl. Fn 104; ferner <https://www.economiesuisse.ch/de/dossier-politik/2-deferred-prosecution-agreement-dpa-als-pate>, besucht am 15. August 2023; zu den DPAs vgl. Fn 124.

¹³¹ Nazareth Annette/Sater Mark/Zweihorn Zachary, Enforcement of financial services regulations in USA, abrufbar unter: <https://www.lexology.com/?url=https%3A%2F%2Fwww.lexology.com%2Flibrary%2Fdetail.aspx%3Fg%3D2a5fd3d1-9687-484f-9ee2-55dd533b3759>, besucht am 27. Juli 2023.

¹³² Nazareth Annette/Sater Mark/Zweihorn Zachary, Enforcement of financial services regulations in USA, abrufbar unter: <https://www.lexology.com/?url=https%3A%2F%2Fwww.lexology.com%2Flibrary%2Fdetail.aspx%3Fg%3D2a5fd3d1-9687-484f-9ee2-55dd533b3759>, besucht am 27. Juli 2023.

3.3 Bussenkompetenz des Federal Reserve

72 Das Federal Reserve (Fed) ist die US-amerikanische Zentralbank. Sie führt die Geldpolitik der USA, beaufsichtigt und reguliert Banken und hält das Finanzsystem aufrecht. Neben Banken beaufsichtigt sie unter anderem deren Muttergesellschaften, Spar- und Leihkassen und bestimmte systemrelevante Unternehmen sowie die dort angestellten Beamten, Verwaltungsmitglieder und Angestellten. Bei Zuwiderhandlungen der Beaufsichtigten – etwa Verstössen gegen Gesetze und andere Vorschriften, unsicherer und unsolider Geschäftstätigkeit, Verstössen gegen treuhänderische Pflichten und Verstössen gegen endgültige Anordnungen – stehen der Fed verschiedene Durchsetzungsmassnahmen («enforcement actions») zur Verfügung.¹³³

73 Dazu gehören auch finanzielle Sanktionen («civil money penalties») gemäss Art. 29 des Federal Reserve Act.¹³⁴ Demnach hat eine Mitgliedsbank oder eine andere beaufsichtigte Person je nach Zuwiderhandlung für jeden Tag, an dem die Zuwiderhandlung andauert oder andauerte, einen «civil penalty» in einer bestimmten Höhe zu bezahlen. Der Tageshöchstbetrag ist abhängig davon, ob die Sanktion eine Mitgliedsbank oder eine andere beaufsichtigte Person betrifft. Bei Mitgliedsbanken beträgt die Sanktion mindestens USD 1 Mio. oder 1 Prozent ihres Gesamtvermögens pro Tag, wobei der höhere der beiden Beträge massgebend ist. Bei allen anderen Adressaten der Sanktion beträgt diese höchstens USD 1 Mio. pro Tag.

74 Das Federal Reserve Board, der Vorstand des Fed, erliess jüngst eine Unterlassungsanordnung und eine Sanktion in Höhe von USD 268.5 Mio. gegen die UBS wegen Fehlverhaltens der Credit Suisse. Die Durchsetzungsmassnahmen erfolgten in Verbindung mit Massnahmen der FINMA und der PRA. Die Sanktionen des Fed und der PRA belaufen sich auf insgesamt USD 387 Mio.¹³⁵

¹³³ <https://www.federalreserve.gov/supervisionreg/enforcement-actions-about.htm>, besucht am 18. August 2023.

¹³⁴ Federal Reserve Act, abrufbar unter: <https://www.federalreserve.gov/aboutthefed/section29.htm>, besucht am 18. August 2023.

¹³⁵ Board of Governors of the Federal Reserve System, Medienmitteilung vom 24. Juli 2023, «Federal Reserve Board announces a consent order and a \$268.5 million fine with UBS Group AG, of Zurich, Switzerland, for misconduct by Credit Suisse, which UBS subsequently acquired in June 2023», abrufbar unter: <https://www.federalreserve.gov/newsevents/pressreleases/enforcement20230724a.htm>, besucht am 18. August 2023.

3.4 Finanzmarktrechtliche Sanktionen am Beispiel der CFTC und der SEC

75 Die SEC kann für Verstösse gegen Gesetze in ihrem Zuständigkeitsbereich «civil sanctions» und «administrative sanctions» erlassen.¹³⁶ Nach der Rechtsprechung des Supreme Court dienen die Unterlassungsanordnung («injunction») und die Gewinnabschöpfung («disgorgement») der SEC der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes und haben keinen Strafcharakter (vgl. Rz 70). Mangels ihres Strafcharakters fallen sie nicht unter Titel 28 § 2462 U.S. Code¹³⁷, eine Bestimmung über die Verjährung.¹³⁸ Daraus folgt im Umkehrschluss, dass die Sanktionen, die in Titel 28 § 2462 U.S. Code erwähnt sind – zivile Bussen («civil fines»¹³⁹), Strafen («penalties») und Einziehungen («forfeitures»), ob finanzieller Natur oder nicht – als Strafen gelten. Soweit ersichtlich handelt es sich dabei – wenn es um Einziehungen finanzieller Natur geht – um Sekundärerwinne. Nach anderer Meinung in der US-amerikanischen Literatur hat aber bereits die Gewinnabschöpfung pönalen Charakter.¹⁴⁰

76 Die CFTC kann zivile Geldstrafen («civil monetary penalties») verhängen; diese gehören zu den verwaltungsrechtlichen Enforcementmassnahmen («administrative enforcement proceedings»¹⁴¹). Die CFTC bemisst die Höhe der zivilen Geldstrafe vor allem anhand der Schwere des Verstosses und der mildernden und erschwerenden Umstände, kann dabei aber auch weitere Faktoren berücksichtigen. Ihr übergeordnetes Ziel ist dabei die spezifische und allgemeine Abschreckung.¹⁴² Kommt bei der CFTC aufgrund von Beweisen der Verdacht auf, dass ein Verstoß gegen eine Strafbestimmung des Commodity Exchange Act (CEA)¹⁴³ oder eine andere strafbare Handlung vorliegt, überweist sie die Sache dem Departement of Justice oder der zuständigen gliedstaatlichen Behörde.¹⁴⁴

¹³⁶ Maxson Catherine E., The Applicability of Section 2462's Statute of Limitations to SEC Enforcement Suits in Light of the Remedies Act of 1990, 94 Mich. L. Rev. 512 (1995–1996), S. 516 mit weiteren Hinweisen, abrufbar unter https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?params=/context/mlr/article/2051&path_info=, besucht am 15. August 2023

¹³⁷ Abrufbar unter: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/28/2462>, besucht am 15. August 2023.

¹³⁸ Maxson (Fn 136), S. 523 ff. mit weiteren Hinweisen.

¹³⁹ Anderenorts findet sich allerdings die Erklärung, dass «civil fines», auch «civil penalties» genannt, im Gegensatz zu «criminal penalties» nicht der Bestrafung dienen; vgl. <https://www.mylawquestions.com/what-is-a-civil-penalty.htm>, besucht am 15. August 2023.

¹⁴⁰ Vgl. Maxson (Fn 136), S. 523 ff. mit weiteren Hinweisen.

¹⁴¹ CFTC, Enforcement Division, Enforcement Manual, 20. Mai 2020, S. 29 ff., Ziff. 6.8.1, abrufbar unter: <https://www.cftc.gov/LawRegulation/Enforcement/EnforcementManual.pdf>, besucht am 15. August 2023.

¹⁴² CFTC, Enforcement Manual, S. 23 f., Ziff. 6.2.2 (Fn 141)

¹⁴³ Abrufbar unter: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/7/chapter-1>, besucht am 15. August 2023.

¹⁴⁴ CFTC, Enforcement Manual, S. 3, Ziff. 3.3 (Fn 141).

Die Sanktionen für ein fehlbares Unternehmen können sich schliesslich einerseits aus zivilen Sanktionen («civil sanctions») und andererseits strafrechtlichen Sanktionen («criminal sanctions») zusammensetzen.¹⁴⁵

77 Ein hilfreiches Durchsetzungsmittel der Aufsichtsbehörden ist das «Office of the Whistleblower», das sowohl bei der SEC als auch bei der CFTC als Abteilung zu finden ist. Es setzt Anreize, Verstösse zu melden, indem es unter bestimmten Voraussetzungen die meldende Person für die Weitergabe von Informationen, die zu einem erfolgreichen Enforcementverfahren mit Sanktionen von über USD 1 Million führen, belohnt. Die Belohnung beläuft sich auf 10–30 % der gesamten Sanktionssumme.¹⁴⁶

3.5 Zusammenfassung

78 Aus dem Gesagten (vgl. Rz 75 f.) ergibt sich Folgendes: Die Aufsichtsbehörde (z.B. Fed, CFTC, SEC) kann verwaltungsrechtliche Sanktionen («civil sanctions», «administrative sanctions») für Verstösse gegen verwaltungsrechtliche Bestimmungen in ihrem Zuständigkeitsbereich erlassen. Dazu gehören insbesondere Bussen mit Strafcharakter («civil monetary penalties», «civil fines»), aber auch finanzielle Sanktionen ohne Strafcharakter wie Gewinnabschöpfung («disgorgement»). Die Strafverfolgungsbehörden (z.B. DoJ) können strafrechtliche Sanktionen («criminal sanctions») erlassen.

¹⁴⁵ Siehe als Beispiel für die CFTC die Sanktionen gegen BP Products North America Inc., vgl. CFTC, Medienmitteilung vom 25. Oktober 2007, «BP Agrees to Pay a Total of \$ 303 Million in Sanctions to Settle Charges of Manipulation and Attempted Manipulation in the Propane Market», abrufbar unter: <https://www.cftc.gov/PressRoom/PressReleases/5405-07>, besucht am 15. August 2023.

Siehe als Beispiel für die SEC die Sanktionen gegen die Credit Suisse, vgl. SEC, Medienmitteilung vom 18. Oktober 2021, «Credit Suisse to Pay Nearly \$475 Million to U.S. and U.K. Authorities to Resolve Charges in Connection with Mozambican Bond Offerings», abrufbar auf: <https://www.sec.gov/news/press-release/2021-213>, besucht am 15. August 2023.

¹⁴⁶ Abrufbar unter: <https://www.sec.gov/whistleblower>, besucht am 15. August 2023; <https://www.whistleblower.gov/>, besucht am 15. August 2023.

D. Konkrete Beurteilung

1. Ausgangspunkt: Die Modelle im Bericht Verwaltungssanktionen

79 Im Bericht Verwaltungssanktionen zeigt der Bundesrat insbesondere auf, welche Optionen sich für den Gesetzgeber ergeben, der im Vordergrund stehende Widerspruch zwischen den verwaltungsrechtlichen Mitwirkungspflichten und dem Selbstbelastungsverbot zu lösen. Er stellt dabei drei Optionen vor.

- a. Status quo: Man belässt es beim Status quo mit der Folge, dass im Einzelfall zu prüfen ist, inwiefern die Mitwirkungspflichten im verwaltungsrechtlichen Verfahren vor der FINMA auch Vorrang beanspruchen können, wenn pekuniäre Verwaltungssanktionen mit Strafcharakter ausgesprochen werden sollen. Im Bericht Verwaltungssanktionen wird darauf hingewiesen, dass damit kaum Rechtssicherheit geschaffen werden kann.¹⁴⁷ Dies ist umso mehr der Fall, als – wie aufgezeigt – im Verhältnis zwischen den verwaltungsrechtlichen Sanktionen und den strafrechtlichen Sanktionen der Grundsatz «ne bis in idem» nicht gilt und somit z.B. ein Berufsverbot durchaus auch neben einer Busse ausgesprochen werden könnte, oder aber – was bei juristischen Personen relevant ist – eine Gewinneinziehung als verwaltungsrechtliche Sanktion neben der Busse. Kommt ein Gericht zum Schluss, dass erstens das Selbstbelastungsverbot verletzt wurde und dem zweitens ein Beweisverwertungsverbot folgen muss, könnten allenfalls auch die Voraussetzung zur Gewinneinziehung nach Art. 35 FINMAG nicht mehr durchgesetzt werden. Der Bericht Verwaltungssanktionen schliesst nicht aus, dass der EGMR die Mitwirkungspflichten bereits im Rahmen der Aufsicht als nicht mehr zulässig erachten könnte.¹⁴⁸
- b. Als zweite Option erwähnt der Bericht den Vorrang der Mitwirkungspflichten bei vorbestehenden Verwaltungsrechts- bzw. Aufsichtsverhältnissen. Der Bericht knüpft dabei an BGE 140 II 384 E. 3.3.4 betreffend die Bus-

¹⁴⁷ Bericht Verwaltungssanktionen, S. 82.

¹⁴⁸ Bericht Verwaltungssanktionen, S. 82 am Ende.

senandrohung im Geldspielrecht an, wo sich das Bundesgericht bei juristischen Personen namentlich auf die spezialgesetzliche Dokumentations- und Rechenschaftspflicht im Geldspielrecht bezogen hat. Solche Dokumentations- und Rechenschaftspflichten sieht auch Art. 29 FINMAG vor. Danach könne der richterrechtliche Ansatz des Vorrangs der Mitwirkungspflichten im aufsichtsrechtlichen Verfahren im Gesetz grundsätzlich festgeschrieben werden, was der Rechtssicherheit diene. Es müsste aber ausreichend Raum bleiben, um die in der Rechtsprechung geforderten Einzelfallbeurteilung vorzunehmen. Insbesondere wäre es unzulässig, mit den Mitwirkungspflichten einzig Beweisschwierigkeiten der Behörden kompensieren zu wollen. Anerkannt wird auch, dass der Anspruch auf wirksame Verteidigung bestehen bleiben muss und sich die Mitwirkungspflicht einzig auf den Sachverhalt beziehen kann und keine rechtliche Selbsteinschätzung erfolgen soll. Der Bericht hält weiter dafür, dass sich Ausnahmen vom Selbstbelastungsverbot auf die spezialgesetzlichen Mitwirkungspflichten beschränken müssen und bei diesen wiederum eine Einzelfallbeurteilung vorzunehmen wäre.¹⁴⁹

- c. Als Option 3 wird sodann der umgekehrte Fall erwogen, dass ein genereller Vorrang eines Mitwirkungsverweigerungsrechts und/oder eines Beweisverwertungsverbot eingeführt wird. Damit könnte an das Steuerstrafrecht z.B. gemäss Art. 183 Abs. 1^{bis} DBG angeknüpft werden. Auch wenn dieser Vorrang so ausgestaltet werden könnte, dass sich das Verweigerungsrecht einzig auf das Sanktionsverfahren bezieht, könnten erhebliche Schwierigkeiten auftreten und müsste das Aussageverweigerungsrecht mit weiterreichenden Untersuchungsmitteln kompensiert werden wie insbesondere der Hausdurchsuchung oder aber der Befugnis der FINMA, Zeugen einzuvernehmen.¹⁵⁰ Vom Standpunkt aus, dass auch die Garantien von Art. 6 Ziff. 1 EMRK einzig Minimalgarantien darstellen, wäre diese Variante grundsätzlich nicht ausgeschlossen. Fraglich ist aber, ob der Gesetzgeber in diesem Fall mit Blick auf Art. 4 FINMAG tatsächlich praktische

¹⁴⁹ Bericht, S. 84; vgl. dazu vorne, Rz.34.

¹⁵⁰ Bericht, S. 88 ff.

Konkordanz der sich gegenüberstehenden Interessen herbeizuführen vermag.¹⁵¹

80 Nachfolgend soll gestützt auf die konkrete Fragestellung geprüft werden, wie sich die Einführung dieser Optionen verfahrensrechtlich auf die Verfahren vor der FINMA auswirken könnten.

2. Beantwortung der konkreten Fragen

2.1 Einführung eines Vorrangs der Mitwirkungspflichten bei vorbestehenden Verwaltungsrechts- bzw. Aufsichtsverhältnissen

2.1.1 *Wie wäre in Bezug auf pekuniäre Verwaltungssanktionen im Schweizer Finanzmarktrecht ein allfälliger Vorrang der Mitwirkungspflicht konkret im Finanzmarktrecht umzusetzen (Lösungsoption 2 im Bericht Verwaltungssanktionen) in Bezug auf juristische Personen und in Bezug auf natürliche Personen?*

81 Vorauszuschicken ist, dass bei der Aufnahme von pekuniären Verwaltungssanktionen die Einführung eines grundsätzlichen Vorrangs der Mitwirkungspflichten EMRK konform erfolgen muss. Zwar besteht gestützt auf Art. 190 BV gegenüber Bundesgesetzen ein Anwendungsgebot für die entscheidenden Verwaltungs- und Gerichtsinstanzen, auch wenn ein Bundesgesetz in Widerspruch zur Bundesverfassung steht (vorliegend insbesondere zu Art. 32 Abs. 1 BV, woraus das sich Selbstbelastungsverbot ableitet). Auch wenn jedoch in Bezug auf die EMRK die Nichtanwendung von Art. 190 BV durch die innerstaatlichen Entscheidungsinstanzen nicht restlos geklärt ist,¹⁵² kann der EGMR die Bundesgesetze akzessorisch auf Übereinstimmung mit der EMRK prüfen. Zudem bedeutet Art. 190 BV, dass es am Parlament liegt, über die Einhaltung der Verfassungsmässigkeit der Bundesgesetze zu wachen.

82 Ausgangspunkt bildet Art. 29 FINMAG. Danach haben die Beaufsichtigten, ihre Prüfgesellschaften und Revisionsstellen sowie qualifiziert oder massgebend an

¹⁵¹ Vgl. vorne, Rz. 34 f.

¹⁵² Vgl. dazu Biaggini, Kommentar BV, Art. 190 N 16.

den Beaufsichtigten beteiligte Personen und Unternehmen der FINMA alle Auskünfte zu erteilen und Unterlagen herauszugeben, die sie zur Erfüllung ihrer Aufgaben benötigt. Die Beaufsichtigten und die Prüfgesellschaften, die bei ihnen Prüfungen durchführen, müssen der FINMA zudem unverzüglich Vorkommnisse melden, die für die Aufsicht von wesentlicher Bedeutung sind. Die Ausübung der Aufsicht der FINMA gründet im Wesentlichen auf dieser sehr weitreichenden Mitwirkungspflicht der Beaufsichtigten. Andere, namentlich auf Art. 13 VwVG abgestützte Mitwirkungspflichten bestehen gegenüber den Verfahrensbetroffenen keine. Einzig Dritte können im Rahmen von Art. 17 VwVG – vorbehaltlich des Zeugnisverweigerungsrechts – zur Edition von Urkunden und zur Erteilung von Auskünften verpflichtet werden.¹⁵³

- 83 Wird eine pekuniäre Verwaltungssanktion eingeführt und gleichzeitig der Vorrang der Mitwirkungspflichten statuiert, ist dem Bericht Verwaltungssanktionen insofern Folge zu leisten, als dass eine entsprechende Bestimmung, unabhängig davon, an wen sie sich richtet, jedenfalls die Einzelfallbeurteilung offenlassen muss und die Mitwirkungspflicht keine Absolutheit beanspruchen kann. Dabei geht der Bericht Verwaltungssanktionen bei der Option 2 (Vorrang der Mitwirkungspflichten) in Anlehnung an die Praxis des Bundesgerichts zu Recht davon aus, dass ein solcher Vorrang vorab *bei juristischen Personen*, somit bei Bewilligungsinhabern denkbar ist.¹⁵⁴ Wie vorne ausgeführt, lassen sich Mitwirkungspflichten im Verfahren um pönale Verwaltungssanktionen nicht leicht mit den Anforderungen des Rechts zu Schweigen und sich nicht selbst belasten zu müssen, vereinbaren. Geht es um parallele Verfahren, sind das (nicht pönale) Aufsichtsverfahren und das pönale Sanktionsverfahren oder das Strafverfahren getrennt und sollen unter Wahrung der Mitwirkungspflichten herausgegebene Unterlagen im nachfolgenden strafrechtlichen Verfahren verwendet werden, kommt es darauf an, dass das Verfahren insgesamt den Grundsatz der Fairness beachten muss, es kommt weiter z.B. auf den Grad des angewendeten Zwangs zur Erlangung des Beweismittels (keine Schuldanerkennung und im Hinblick auf das durchzuset-

¹⁵³ Vgl. vorne, Rz. 32 ff.

¹⁵⁴ Vgl. Sanktionsbericht, S. 81.

zende öffentliche Interesse verhältnismässiger Zwang), auf die nach wie vor bestehenden Verteidigungsmöglichkeiten sowie auf den Gebrauch des Beweismaterials an (Stellenwert des Beweises neben anderen Beweismitteln).¹⁵⁵ Je nach Fallkonstellation kann dies verschieden ausgestaltet sein. Das Bundesstrafgericht tariert die unterschiedlichen Anforderungen des Verwaltungsverfahrens und des nachfolgenden Strafverfahrens bereits in Bezug auf die natürlichen Personen so aus, dass in einem nachfolgenden Strafverfahren die Beweismittel, selbst wenn sie unter der strengen Bussenandrohung von Art. 48 FINMAG herausverlangt wurden, dann verwendet werden dürfen, wenn es sich um vorbestehende Dokumente handelt, welche der von der FINMA mit der Untersuchung beauftragte auch mittels einer Durchsuchung hätte erlangen können (Art. 36 FINMAG). Unter Zwang neu erstellte Beweismittel, wie z.B. Einvernahmen, dürfen hingegen nicht verwendet werden und unterliegen im nachfolgenden Verfahren einem Beweisverwertungsverbot.¹⁵⁶ Wie vorne ausgeführt, zeigt sich die Praxis des Bundesgerichts jedoch zurückhaltend, wenn es um die Androhung von Ordnungsbussen im pönalen Sanktionsverfahren im Sinne eines Strafverfahrens selbst geht. Es ist somit offen, ob das Bundesgericht oder sogar der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte dem folgen würde und die Herausgabe von vorbestehenden Dokumenten unter Androhung einer Ordnungsbusse in der Höhe bis zu CHF 100'000.- gemäss Art. 48 FINMAG zulassen würde.¹⁵⁷ Eine Übertragung der vom Bundesstrafgericht im Zusammenhang mit der Beweiswürdigung definierten Grundsätze auf das pönale Sanktionsverfahren in dem Sinne, dass vorbestehenden Dokumente unter Androhung der Busse gemäss Art. 48 FINMAG herausverlangt werden dürften, ist somit aufgrund des derzeitigen Praxisstandes mit erheblichen Unsicherheiten behaftet und wird an dieser Stelle nicht empfohlen. Insofern sind dem Vorrang der Mitwirkungspflichten im pönalen Sanktionsverfahren nach der hier vertretenen Auffassung Grenzen gesetzt.

- 84 Die sachliche Beschränkung auf die gemäss Art. 29 FINMAG herauszugebenden Unterlagen, wie dies vorgeschlagen wird, erscheint aber jedenfalls sinnvoll, weil

¹⁵⁵ Vgl. BStGer, SK 2016.19 E. 6.3.9; BV 2020.38 E. 3.

¹⁵⁶ BStGer, SK 2016.19. E. 6.4.1.1.

¹⁵⁷ Vgl. vorne, Fn. 71

damit auch vermieden wird, dass die juristische Person zu einer Schuldanererkennung gezwungen wird, wenn sie z.B. eigens Akten erstellen muss oder zu Aussagen verpflichtet würde. Zudem kann damit auch erreicht werden, dass die Handlungen des Untersuchungsbeauftragten, dem gestützt auf Art. 36 Abs. 3 FINMAG Zutritt zu den Räumlichkeiten zu gewähren ist und dem die Dokumente gestützt auf Art. 29 FINMAG auszuhändigen sind, zulässig sind.¹⁵⁸ Dies könnte zwar ausdrücklich im Gesetz in dem Sinne festgehalten werden, dass bei einer Weigerung der Mitwirkung die Mitwirkung mittels Zwischenverfügung (durch die FINMA) angeordnet werden kann.¹⁵⁹ Ob dies allerdings in einem pönalen Sanktionsverfahren im Sinne eines Strafverfahrens im Hinblick auf das Schweigerecht zulässig wäre, ist aufgrund der Praxis des Bundesgerichts wie erwähnt eher zweifelhaft, weil dieses immer wieder betont, dass die in den Verfahren relevanten Akten zwar in Erfüllung einer Mitwirkungspflicht herausgegeben worden seien, jedoch nicht unter Androhung einer Ordnungsbusse, somit unter Zwang.¹⁶⁰ Damit steht einzig fest, dass die verwaltungsrechtlichen Mitwirkungspflichten zulässig sind. Nicht beurteilt wurde vom Bundesgericht hingegen, ob Zwangsdrohungen namentlich gemäss Art. 48 FINMAG bzw. in analoger Höhe zulässig wären. Gemäss der heutigen Praxis dürfte eine Ordnungsbusse unter Beachtung der Rechtsprechung des EGMR im Strafverfahren selbst nur verfügt werden, sofern die Berufung zwingend eine Erklärung erwartet werden darf und das Schweigerecht ein Verfahren geradezu torpedieren würde sowie wenn die Ordnungsbusse höchstens geringfügig ausfallen würde.¹⁶¹

85 In diesem Zusammenhang sei auf Art. 40 KG verwiesen, der zwar ebenso eine Auskunftspflicht statuiert, jedoch gleichzeitig auf das Auskunftsverweigerungsrecht gemäss Art. 16 und Art. 17 VwVG verweist.¹⁶² Damit trägt der Bundesgesetzgeber dem Selbstbelastungsverbot Rechnung, statuiert aber ebenso die grundsätzliche Mitwirkungspflicht. Berufen sich die Betroffenen auf ihr Schwei-

¹⁵⁸ Bericht Verwaltungssanktionen, S. 86 und vorne, Rz. 34 ff.; vgl. auch Truffer, BSK FINMAG Art. 29 N. 31.

¹⁵⁹ Vgl. als Beispiel Art. 50 DSGVO.

¹⁶⁰ Vorne, Fn. 71.

¹⁶¹ Die Androhung einer Ordnungsbusse von CHF 100'000.- gemäss Art. 48 FINMAG wäre jedenfalls nicht mehr verhältnismässig, vgl. BStrGer, SK 2016/19 E. 6.4.11. c.

¹⁶² Art. 16 VwVG i.V.m. Art. 42 Abs. 1 und 3 BZP; Art. 42 Abs. 1 BZP verweist auf das Zeugnisverweigerungsrecht für den Fall, dass die Gefahr besteht, sich einer strafrechtlichen Verfolgung auszusetzen.

gerecht oder verweigern sie die Edition von Unterlagen, steht es den Wettbewerbsbehörden aber frei, die notwendigen Beweismittel mittels einer Ersatzvornahme oder einer Hausdurchsuchung zu erheben.¹⁶³ Insofern weist das Kartellgesetz ein austariertes System der Beweismittel auf. Entsprechendes könnte unter Umständen auch in einem Sanktionsverfahren der FINMA vorgesehen werden. Es ist zu beachten, dass gemäss Art. 36 FINMAG dem oder der Untersuchungsbeauftragte das Recht auf Zutritt zu den Räumlichkeiten bereits zukommt (Art. 36 FINMAG). Zu prüfen ist, ob diese Bestimmung nicht mit einem Recht auf Beschlagnahmung ergänzt werden könnte.

86 Ausser Betracht fällt nach der hier vertretenen Auffassung ebenso, in einem pönalen Sanktionsverfahren die Mitwirkungspflichten mit der Androhung von administrativen Rechtsnachteilen zu verbinden, z.B. mit einem Gewährsentzug, weil damit (i) eine definitive Massnahme vorweggenommen werden könnte und (ii) auch das Verhältnismässigkeitsprinzip verletzt wäre. Namentlich kann eine solche Massnahme nicht mehr als zumutbar angesehen werden. Ganz abgesehen davon müsste eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage geschaffen werden, zumal die für juristische Personen relevanten Bestimmungen von Art. 37 FINMAG darauf ausgerichtet ist, eine schwere materiell-rechtliche Pflichtverletzung zu sanktionieren

87 Was den Vorrang der Mitwirkungspflichten von *natürlichen Personen* angeht (namentlich den Organen), so ist darauf hinzuweisen, dass die spezialgesetzliche Auskunftspflicht gemäss Art. 29 FINMAG diese nicht betrifft (aber wohl die Inhaber von Einzelfirmen, falls die Sanktionen generell beaufsichtigte Unternehmen erfassen).¹⁶⁴ Diese Auslegung von Art. 29 FINMAG ist aber nicht unumstritten, zumal Gewährspersonen z.B. ein gegen sie eröffnetes Strafverfahren der FINMA melden müssen.¹⁶⁵ Dementsprechend hat das Bundesgericht entschieden, dass sich im Zusammenhang mit einer gemäss Geldwäschereigesetz relevanten Tatsache sich die natürliche Person die unterlassene Auskunft nach Art. 29 Abs. 1

¹⁶³ Wyssling/Bickel, in: Zäch/Arnet/Baldi/Kiener/Schaller/Schraner/Spühler (Hrsg.), KG Kommentar, Zürich/St. Gallen 2018, Art. 40 Auskunftspflicht / F. - J. N 85.

¹⁶⁴ Für diese wäre eine Sonderregelung zu treffen, vgl. Bericht, Verwaltungssanktionen, S. 86 mit Fn. 389.

¹⁶⁵ Truffer, BSK FINMAG, Art. 29 Rz. 8 ff., geht davon aus, dass Adressaten von Art. 29 FINMAG nur die Bewilligungsinhaber sind; a.M. z.B. Kuhn/Zulauf, in: Finanzmarktenforcement, S. 179 Art. 29 FINMAG betrifft jedenfalls alle Institute, unabhängig ihrer Rechtsform, somit auch Einzelfirmen.

und 2 FINMAG anrechnen lassen müsse.¹⁶⁶ Organe und verantwortliche natürliche Personen in einem Verfahren gegen die juristische Person sind ansonsten als Dritte zu qualifizieren und aufgrund von Art. 17 VwVG zur Auskunft verpflichtet, es sei denn, es bestünde ein Zeugnisverweigerungsrecht. Das Bundesgericht hat jedoch wie erwähnt festgehalten, dass dieses bei der Auskunftserteilung – und dementsprechend auch in Bezug auf die Herausgabepflicht von Urkunden gemäss Art. 17 VwVG – nicht besteht, soweit diesen kein Strafverfahren droht.¹⁶⁷ Dementsprechend, weil die Auskunftspflicht nach Art. 17 VwVG grundsätzlich besteht, bedarf es in dieser Hinsicht keiner weiteren Vorkehrungen und haben die Mitwirkungspflichten ohnehin Vorrang. Es ist zu beachten, dass die FINMA gemäss ihrer Praxis das Selbstbelastungsverbot bei diesen Personen aber dann beachtet, wenn diesen nach geltendem Recht ein Strafverfahren droht.¹⁶⁸ Im Übrigen sind die in Art. 31 ff. FINMAG vorgesehenen Sanktionen nicht als Strafe zu qualifizieren.

88 Anders zu beurteilen wäre der Regulierungsbedarf, wenn Pflichtverletzungen von *natürlichen Personen* selbst mit *pekuniären Verwaltungssanktionen* geahndet werden könnten. Dabei kämen die verantwortlichen Personen, denen Gewährleistungspflichten zukommen und die somit zumindest insofern in einem besonderen Rechtsverhältnis zum Staat stehen, in Betracht.¹⁶⁹ Auch in diesem Fall müsste der Gesetzgeber dem Grundsatz nach zunächst bestimmen, *welche Akten* im Einzelnen auszuhändigen sind. Sodann dürfte auch hier die Androhung einer Ordnungsbusse unter Beachtung der Rechtsprechung des EGMR nur dann in Betracht fallen, wenn eine Erklärung erwartet werden kann und das Verfahren insgesamt ansonsten torpediert würde, wie dies bei den Fahrzeughaltern der Fall ist, welche nicht bekannt geben wollen, welche Person im Zeitpunkt einer Verfehlung im Strassenverkehr gefahren ist. Im Einzelfall ist dem Verhältnismässigkeitsprinzip in diesen Fällen somit besonders Rechnung zu tragen. Dies bedeutet, dass der Androhung der Ordnungsbusse im Regelfall eine Verweigerung

¹⁶⁶ BGer, Urteil 2C_929/2017 vom 23.4.2018 E. 2.3.

¹⁶⁷ BGE 147 II 154 E. 5.2.3; vorne, Rz. 34.

¹⁶⁸ Vgl. die Hinweise bei Tuffler, BSK FINMAG, Art. 29 Rz. 22.

¹⁶⁹ Z.B. Art. 3 Abs. 2 lit. d, Art. 3f BankG; Art. 2 Abs. 1 lit. b FIDLEG; Art. 11 FINIG; pekuniäre Verwaltungssanktionen werden im Regelfall nur dann vorgesehen, wenn die verpflichteten Personen in einer besonderen Rechtsbeziehung zum Staat stehen, vgl. Bericht Verwaltungssanktionen, S. 87 (keine «Jedermannspflichten»). Dies wäre der Fall, wenn man die pekuniären Sanktionen auf sämtliche Mitarbeitenden bei einer BewilligungsinhaberIn ausdehnen wollte.

vorangegangen sein muss und deutlich wird, dass das gesamte Verfahren damit blockiert werden kann. Zudem sind höchstens geringfügige Ordnungsbussen zulässig.¹⁷⁰ Der Bussenrahmen von Art. 48 FINMAG erweist sich jedenfalls als zu hoch. Im Einzelnen ist ebenso zu gewährleisten, dass die ausreichenden Verteidigungsmöglichkeiten bestehen bleiben und das Beweismaterial einzig für das betreffende Verfahren verwendet wird.

89 Ein gewichtiger Nachteil der Unterstellung der natürlichen Personen unter pekuniäre Verwaltungssanktionen besteht darin, dass sich diese grundsätzlich bereits im Untersuchungsverfahren gegenüber ihrem Unternehmen als Bewilligungsinhaberin auf das Selbstbelastungsverbot berufen und die Mitwirkung bereits in diesem Verfahren verweigern könnten. Gemäss der Praxis des europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte ist bei sogenannten mehrgleisigen oder mehrstufigen Sanktions- und Aufsichtsverfahren bereits im ersten Verfahren der Nemo-tenetur-Grundsatz und das Recht zu Schweigen zu respektieren, wenn ein pönales Sanktionsverfahren (vorliegend ein Sanktionsverfahren gegen die natürliche Person) folgen wird.¹⁷¹ Zwar können die Mitwirkungspflichten im Aufsichtsverfahren bestehen bleiben, selbst wenn diese mit der Androhung einer Ordnungsbusse durchgesetzt wurden. Im nachfolgenden Strafverfahren sind jedoch die Grundsätze des Beweisverwertungsverbotes zu berücksichtigen, wie sie insbesondere nach Art. 158 StPO gelten und ausformuliert wurden. In diesem Fall muss im Einzelnen geprüft werden, inwiefern im gesamten Verfahren die Verfahrensfairness beachtet wurde oder ob die Anwendung von unverhältnismässigem Zwang vorliegt.¹⁷² Das Gesetz müsste dementsprechend ein Beweisverwertungsverbot für das Sanktionsverfahren vorsehen wenn das verfahrensbetroffene Organ im Verfahren gegen das Unternehmen die Mitwirkungspflicht gemäss Art. 29 FINMAG wahrgenommen hat und gestützt darauf selbst mit einem pönalen Sanktionsverfahren konfrontiert wird, damit das Sanktionsverfahren gegen das Unternehmen nicht blockiert wird. Verwaltungsrechtlich ist zwar dagegen nichts einzuwenden und entspricht es der Praxis, dass auch Verfahren

¹⁷⁰ Vgl. zum Ganzen dazu vorne, Rz. 37.

¹⁷¹ Vgl. dazu auch Keller/Suter, StR 2019, S. 8.

¹⁷² Vgl. BStGer, SK 2016.19 E. 6.3.9; BV 2020.38 E. 3.

insbesondere gegen die verantwortlichen Organe aufgehoben und ein Berufsverbot gemäss Art. 33 FINMAG sowie allenfalls eine Gewinneinziehung nach Art. 35 FINMAG angeordnet werden können.¹⁷³ Geht es jedoch um strafrechtliche Sanktionen, welche vorliegend – gestützt auf das besondere Rechtsverhältnis zum Staat einzig Organe betreffen könnten – könnten die Mitwirkungspflichten natürlicher Personen die Untersuchung gegen das Unternehmen somit zu Lasten der öffentlichen Interessen übermässig einschränken. Zumindest müssten in Bezug auf die Beweisverwertung die Grundsätze, wie sie vom Bundesstrafgericht formuliert wurden, berücksichtigt werden.¹⁷⁴

90 Zusammenfassend ergibt sich, dass aus der verfahrensrechtlichen Perspektive – falls überhaupt pönale Verwaltungssanktionen gegen ein Unternehmen mit einem Vorrang der Mitwirkungspflichten vorgesehen werden sollen – es sich nicht empfiehlt, ebenso pönale Sanktionen gegen natürliche Personen einzuführen und in diesem Fall ein Vorrang von Mitwirkungspflichten höchstens in einem sehr engen Rahmen zulässig sein kann. In der neueren Lehre wird sogar die Ansicht vertreten, dass in diesem Fall von einem generellen Wegfall der Mitwirkungspflicht der betroffenen Person auszugehen ist respektive überdies ein Mitwirkungsverweigerungsrecht gesetzlich verankert werden sollte.¹⁷⁵

91 Eine gesetzliche Regelung müsste, auch wenn sich die pönale Sanktion auf die juristischen Personen beschränkt, mit Blick auf die Vorgaben nach Art. 6 Ziff. 1 EMRK Leitlinien setzen, indem einzig die gemäss Art. 29 FINMAG herauszugebenden Dokumente (als vorbestehende Akten) und die Aussage über Sachverhaltselemente betroffen sein können. Weiter könnte die auf diese Dokumente zu statuierende Auskunftspflicht analog zu Art. 40 KG mit dem Vorbehalt des Auskunftsverweigerungsrechts nach Art. 16 und 17 VwVG vorgesehen werden.¹⁷⁶ Bereits fraglich wäre, ob die Mitwirkungspflichten allenfalls mittels Zwischenverfügung angeordnet werden könnten, ohne dass der Vorbehalt gemäss Art. 16

¹⁷³ Vgl. die beiden Präzedenzfälle BGE 142 II 243 zum Berufsverbot und BGE 147 I 57 zur nicht anonymisierten Publikation der Verfügungen. Vorliegend werden nur die verantwortlichen Organe genannt.

¹⁷⁴ BStRG, SK 2016.19 E. 6.4.1.1., vorne im Einzelnen, Rz. 35, 83.

¹⁷⁵ Sume/Witzig, Ende der Credit Suisse: Gesetzesrevisionen am Horizont?, in: GesKR 2023 S. 303 ff., 313.

¹⁷⁶ Vgl. auch Sume/Witzig, Ende der Credit Suisse: Gesetzesrevisionen am Horizont?, in: GesKR 2023 S. 303 ff., 313, welche von einem Wegfall der Mitwirkungspflicht der betroffenen Partei ausgehen und dafür eine Kompensation durch alternative Beweiserhebungsbefugnisse – wie bspw. Zeugenbefragungen, Hausdurchsuchungen etc. – begrüssen würden.

und 17 VwVG vorgesehen würde. Die generelle Festschreibung, dass eine Ordnungsbusse angedroht werden darf, ist hingegen mit den Anforderungen der EMRK nicht in Einklang zu bringen. Eine Ordnungsbusse ist in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des EGMR im Einzelfall nur in Ausnahmefällen nicht ausgeschlossen, wenn die Berufung auf das Schweigerecht ein Verfahren torpediert, aber eine Erklärung erwartet werden muss und die Höhe der Ordnungsbusse geringfügig bleibt. Andere Sanktionen, insbesondere die Androhung von administrativen Rechtsnachteilen, sind ebenfalls nicht verhältnismässig. Zu überlegen wäre hingegen, ob – neben einer Art. 40 KG nachgebildeten Regelung über die Auskunftspflicht – die Mittel der Untersuchung nicht z.B. auf ein Recht, Dokumente zu beschlagnahmen, ausgedehnt werden müssten.

2.1.2 *Wäre es möglich, einen allfälligen Vorrang der Mitwirkungspflicht so auszugestalten, dass*

a. vorbestehende Dokumente ("pre-existing documents") von diesem Vorrang erfasst sind;

b. die FINMA oder ein Beauftragter der FINMA (z.B. Untersuchungsbeauftragter nach Art. 36 FINMAG) weiterhin Zugriff auf sämtliche vorbestehende Unterlagen hätte;

c. die (früheren und aktuellen) Organe und/oder Mitarbeitenden eines Instituts der FINMA Auskunft zu einem bestimmten Sachverhalt erteilen müssten?

92 Wie soeben ausgeführt, kann gegenüber juristischen Personen der Vorrang der Mitwirkungspflicht, wenn sie sich auf Art. 29 FINMAG abstützt, auf die vorbestehenden Dokumente beziehen (Punkt a), wobei sich diese ausdrückliche Regelung vorab auf die zwangsweise Durchsetzung der Auskunftspflicht im Strafverfahren beschränken kann. Da die zwangsweise Durchsetzung von Art. 29 FINMAG im Strafverfahren selbst nicht sichergestellt ist, drängt sich auf, analog dem kartellrechtlichen Sanktionsverfahrens weitergehende Beweismittel zu prüfen.

93 Art. 29 FINMAG ist sehr weit formuliert und wird grundsätzlich nur durch das Verhältnismässigkeitsprinzip eingeschränkt. Dabei gesteht die Gerichtspraxis der FINMA ein weites Ermessen zu, welche Unterlagen und Auskünfte sie als für

das Verfahren notwendig erachtet. Sie kann sich auf die Auskunftspflicht berufen, sobald Hinweise auf eine unerlaubte Tätigkeit bestehen.¹⁷⁷ Zudem bildet Art. 29 FINMAG auch die Grundlage, spezifische Berichterstattungen zu verlangen.¹⁷⁸ Strafprozessual ist eine Beweisausforschung verboten und es wird aus diesem Grund verlangt, dass der Zweck einer Untersuchung angegeben wird und welche Beweismittel die Untersuchungsbehörde erwartet (Art. 241 Abs. 1 StPO). Es wird folglich eine Orientierungspflicht vorausgesetzt die sich ebenso aus Art. 32 Abs. 2 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK ergibt und Bestandteil des fairen Verfahrens bildet.¹⁷⁹ Dabei ist allerdings zu beachten, dass sich unmittelbar aus der EMRK soweit ersichtlich kein unmittelbares Beweisausforschungsverbot ergibt. Die Orientierungspflichten beziehen sich jedoch allgemein darauf, dass die angeschuldigte Person grundsätzlich über die Anschuldigungen informiert wird.¹⁸⁰ Dem wäre bei der Einführung pekuniärer Verwaltungssanktionen auch beim Vorrang der Mitwirkungspflichten Rechnung zu tragen, zumal diese ohnehin nicht absolut gelten können, sondern auch bei einem Vorrang derselben eine Einzelfallprüfung vorbehalten bleiben muss (Punkt b).

- 94 Frühere und aktuelle Organe sind bereits gestützt auf Art. 17 VwVG im Rahmen ihrer Zeugnispflicht zur Auskunft verpflichtet. Diese Auskunftspflicht gilt insofern umfassend, als sich diese nicht selbst einem Strafverfahren aussetzen, weshalb sich eine besondere Regelung nicht aufdrängt (Punkt c).

2.1.3 *Könnte ein allfälliger Vorrang der Mitwirkungspflicht so ausgestaltet werden, dass ein Finanzinstitut und/oder Organe und/oder Mitarbeitende eines Instituts dazu verpflichtet ist/sind, die ersuchten Informationen aktiv herauszugeben (und nicht nur den allfälligen Zugriff passiv zu dulden)?*

- 95 Geht es darum, in Bezug auf Art. 29 FINMAG Mitwirkungspflichten zu statuieren, so ergibt sich aus dieser Bestimmung, dass sich die Mitwirkung nicht einzig auf eine passive Duldung beschränkt, sondern die ersuchte Information herauszu-

¹⁷⁷ Truffler, BSK FINMAG, Art. 29 Rz. 17 mit Hinweis auf BGE 126 II 111 E. 3b.

¹⁷⁸ Truffler, BSK FINMAG, Art. 29 Rz. 15.

¹⁷⁹ Vgl. zur Informationspflicht vorne, Rz. 27 ff.; Gfeller, BSK StPO, Art. 241 Rz. 7 ff., Rz. 13.

¹⁸⁰ Vgl. vorne, Rz. 21.

geben ist. Die Frage der aktiven Herausgabepflicht und der passiven Duldungspflicht bezieht sich denn auch eher darauf, inwiefern zur Erzwingung der Herausgabe Zwang ausgeübt werden darf, wobei diese Unterscheidung nicht mehr im Vordergrund steht.¹⁸¹ Wie vorne erwähnt, wird die Verweigerung der Herausgabe oder eine Auskunftserteilung gestützt auf Art. 48 FINMAG zwangsweise durchgesetzt. Bleibt die angedrohte Bussenhöhe gering – worauf der Strafrahmen von Art. 48 FINMAG allerdings nicht hindeutet – und wird diese auch nicht mit der Verfügung um Aktenherausgabe bzw. Auskunftserteilung angedroht, ist es zulässig einen solchen (verhältnismässigen Zwang) auszuüben.¹⁸²

2.2 Einführung eines Mitwirkungsverweigerungsrechts und/oder eines Beweisverwertungsverbotes

Wie wäre in Bezug auf pekuniäre Verwaltungssanktionen im Schweizer Finanzmarktrecht ein allfälliges Mitwirkungsverweigerungsrecht und/oder ein Beweisverwertungsverbot konkret im Finanzmarktrecht umzusetzen (Lösungsoption 3 im BR-Bericht) in Bezug auf

- a. juristische Personen;*
- b. natürliche Personen?*

96 Wie bei der Frage 2.1 wäre davon auszugehen, dass das Mitwirkungsverweigerungsrecht und/oder Beweisverwertungsverbot als allgemeine Klausel aufzunehmen wäre, die auch Ausnahmen kennt. Bei den in der EMRK garantierten Rechte handelt es sich zwar um Mindestgarantien (Art. 53 EMRK), so dass die Mitgliederstaaten auch weitergehende Garantien vorsehen können. Allerdings wäre es rechtsstaatlich ebenso unhaltbar, Ausnahmen zum Mitwirkungsverweigerungsrecht bzw. zum Beweisverwertungsverbot vorzusehen, welche die Durchsetzung der finanzmarktrechtlichen Ordnung erheblich erschwert.

97 Würde das Mitwirkungsverweigerungsrecht dem Grundsatz nach vorgesehen, würde dies jedoch bedeuten, dass im Fall, in welchem verwaltungsrechtliche Sanktionen drohen, die Aussage zunächst verweigert werden könnte und die

¹⁸¹ Vgl. zur Entwicklung der Rechtsprechung des EGMR, Macula, S. 30; Keller/Suter, StR 2019, S. 6; vorne Rz. 34 ff.

¹⁸² Vgl. dazu vorne, Rz. 37 und Rz. 81 ff.

Verwaltungsbehörde nachzuweisen hätte, dass eine Ausnahme vorliegt. Gleiches gilt, wenn eine generelles Beweisverwertungsverbot statuiert würde. Weil die Rechtsprechung des Bundesgerichts, wie vorne aufgezeigt,¹⁸³ dazu neigt, selbst bei pekuniären Verwaltungssanktionen, die als strafrechtliche Anklage zu qualifizieren sind, dem öffentlichen Interesse an der Durchsetzung der verwaltungsrechtlichen Rechtsnormen den Vorrang einzuräumen, ginge der Gesetzgeber über die Anforderungen der bundesgerichtlichen Praxis hinaus, was mit einer unverhältnismässigen Erschwerung der Durchsetzung der Verwaltungsrechtsnormen verbunden wäre.¹⁸⁴ Bei den verwaltungsrechtlichen, pönalen Sanktionen besteht das Mitwirkungsverweigerungsrecht einzig, wenn unverhältnismässiger Zwang ausgeübt wird, um die Mitwirkung zu erreichen. Würde das Mitwirkungsverweigerungsrecht an diese Voraussetzung gebunden, würde dies jedoch praktisch auf dasselbe hinauslaufen, wie wenn grundsätzlich die Mitwirkungspflicht eingeführt und Ausnahmen dazu vorgesehen würden.¹⁸⁵ Soll somit nicht über die Mindestgarantien, wie sie von der Rechtsprechung entwickelt worden sind, hinausgegangen werden, empfiehlt sich eine gesetzliche Regelung eines Mitwirkungsverweigerungsrecht oder Beweisverwertungsverbot als Grundsatz nicht, da die Ausnahmen faktisch den Regelfall darstellen würden. Dies ist umso mehr der Fall, als im Regelfall kein Zwang ausgeübt und die Auskünfte und Unterlagen regelmässig ohne Androhung einer Ordnungsbusse etc. angefordert werden. Mit einem generellen Mitwirkungsverweigerungsrecht wäre dies nicht mehr möglich. In einem solchen Fall müssten zudem die Mittel der Untersuchung so gestärkt werden, dass die Beweise mittels Hausdurchsuchung und Beschlagnahmung erhoben werden könnten.

98 Zudem stellt sich gerade in diesem Fall die Frage, inwiefern zusammen mit pönalen Sanktionen gegen die verantwortlichen Personen gleichzeitig noch Sanktionen wie Berufsverbote oder Tätigkeitsverbote (Art. 33 f. FINMAG) ausgesprochen werden könnten. Diese Sanktionen sind insbesondere bei den natürlichen

¹⁸³ Vgl. vorne, Rz. 31 ff.

¹⁸⁴ So auch Bericht Verwaltungssanktionen, S. 89.

¹⁸⁵ «Die Verfahrensbeteiligten sind zur Mitwirkung verpflichtet. Sie können die Mitwirkung verweigern, wenn die FINMA zur Erreichung der Mitwirkung unverhältnismässiger Zwang ausübt.» – versus – «Die Verfahrensbeteiligten können die Mitwirkung verweigern, wenn die FINMA... unverhältnismässiger Zwang ausübt bzw. «Die Verfahrensbeteiligten sind berechtigt, die Mitwirkung zu verweigern. Dies gilt nicht, wenn die FINMA keinen unverhältnismässigen Zwang ausübt».

Personen zur Durchsetzung des öffentlichen Interesses an der Vertrauenswürdigkeit des Finanzmarktes von erheblicher Bedeutung. Würden die natürlichen Personen ebenfalls pönal sanktioniert, könnten auch diese verwaltungsrechtlichen Massnahmen kaum mehr ausgesprochen werden.

- 99 Dies wäre weniger der Fall, wenn bei den natürlichen Personen von pekuniären Verwaltungssanktionen abgesehen würde. Bei den juristischen Personen kommen allerdings vor allem die restituierenden Sanktionen in Betracht wie die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes und allenfalls die Ersatzvornahme (Art. 31 f. FINMAG) oder aber die Einziehung gemäss Art. 35 FINMAG. Diese ebenfalls zur Durchsetzung der finanzmarktrechtlichen Regelungen unabdingbaren Sanktionen könnten – je nach Ausgestaltung des Mitwirkungsverweigerungsrechts oder des Beweisverwertungsverbotes ebenfalls erschwert werden. Unabdingbar wäre es in diesem Fall, die Beweismassnahmen mit Befugnissen zur Hausdurchsuchung (vgl. auch Art. 42 Abs. 2 KG) zu ergänzen. Die Befugnis der FINMA zur Zeugeneinvernahme ist in Art. 14 Abs. 1 lit. e FINMAG bereits vorgesehen.

2.3 Verhältnis zu rechtsstaatlichen Grundsätzen, allgemeinen Verfahrensgrundrechten und strafprozessualen Garantien

Welchen rechtlichen Leitplanken wäre die Einführung von pekuniären Verwaltungssanktionen gemäss Lösungsoption 1 (Status Quo) sowie 2 und 3 im BR-Bericht (siehe Fragen 1 und 2) unterworfen

a) bei Einführung dieses Instruments gegenüber juristischen Personen bzw. Finanzinstituten;

b) bei Einführung dieses Instruments gegenüber natürlichen Personen (insbesondere Kaderpersonen der Finanzinstitute) insbesondere mit Blick auf

aa) das Prinzip der Selbstbelastungsfreiheit («nemo tenetur-Grundsatz»: im Strafverfahren darf niemand gezwungen werden, sich selbst zu belasten);

bb) das Prinzip «Ne bis in idem» (keine erneute Bestrafung in derselben Strafsache);

cc) das Prinzip «nulla poena sine lege» (Legalitätsprinzip, Bestimmtheitsgebot);

dd) den Anspruch auf ein unabhängiges und unparteiisches Gericht?

100 Vorauszuschicken ist, dass ausser beim Prinzip der Selbstbelastungsfreiheit nicht zwischen natürlichen und juristischen Personen unterschieden wird und sich sowohl juristische Personen und natürliche Personen in gleichem Umfang auf die in den Buchstaben aa) bis dd) genannten Mindestgarantien berufen können.

101 Wie vorne (Abschnitt B.1.4, ab Rz. 27 ff.) eingehend ausgeführt, gelten sämtliche dieser Garantien für diejenigen Verwaltungssanktionen, welche als strafrechtliche Anklage zu qualifizieren sind. Dies trifft bei den vorliegend diskutierten pekuniären Verwaltungssanktionen zu, weil sie erwartungsgemäss aufgrund des damit durchzusetzenden Finanzmarktrechts sehr hoch ausfallen dürften.

102 Zu aa): Eine Regulierung des Selbstbelastungsverbotes wurde bereits bei der Beantwortung der Fragen 2.1 und 2.2 diskutiert. Die Kernaussage des Bundesgerichts in BGE 140 II 384 E. 3.3.5 kann wie folgt zusammengefasst werden:

- *Entscheidend ist, dass keine «improper compulsion» ausgeübt wird, wie dies der EGMR wiederholt formuliert hat. Es ist ein angemessener Ausgleich der verschiedenen Interessen anzustreben, um auf eine faire Weise die materielle Wahrheit zu erforschen, was sachgerechte Anpassungen des grundsätzlich anwendbaren nemo-tenetur-Grundsatzes an die jeweilige konkrete Situation zulässt bzw. gebietet (juristische oder natürliche Person, Auskunftspflicht über Sachverhaltselemente oder implizite Schuldanerkennung, Qualität der Sanktion bei Vereitelung der Mitwirkungspflicht usw.).*

103 Damit die Regelung dem übergeordneten Recht der BV und der EMRK entspricht, müssen die Mitwirkungspflichten spezialgesetzlich so geregelt werden (Fragen 2.1 und 2.2), dass diese ausreichend Spielraum für die Einzelfallbeurteilung lassen. In diesem Zusammenhang wäre auch eine Unterscheidung zwischen juristischen Personen und natürlichen Personen denkbar.

104 Zu bb): Das Verbot der Doppelbestrafung gemäss Art. 4 Zusatzprotokoll 7 zur EMRK bezieht sich wie ausgeführt¹⁸⁶ nur auf die als strafrechtliche Anklage zu qualifizierenden Sanktionen und nicht ebenso auf die verwaltungsrechtlichen Sanktionen. In dieser Hinsicht sind jedoch Überschneidungen allenfalls mit den Tatbeständen des StGB und den in Art. 44 ff. FINMAG enthaltenen Strafbestimmungen denkbar.

105 Zu cc): Das Gebot der gesetzlichen Grundlage der Strafe ist in Art. 7 EMRK ausdrücklich erwähnt. Von Bedeutung ist, dass der Straftatbestand eine ausreichende Bestimmtheit aufweist.¹⁸⁷ Das Bestimmtheitsgebot bezieht sich dabei auf die im FINMAG und anderen relevanten finanzmarktrechtlichen Regelungen enthaltenen Pflichten der Beaufsichtigten, die mit der Einführung von pekuniären Verwaltungssanktionen strafbewehrt werden. Bei diesen ist zu prüfen, ob der notwendige Grad der Bestimmtheit erreicht wird oder ob Präzisierungen notwendig sind. Es ist allerdings festzuhalten, dass – soweit ersichtlich – bislang in keinem bundesgerichtlichen Entscheid die gesetzliche Grundlage als zu unbestimmt bemängelt wurde.

¹⁸⁶ Vgl. vorne, Rz. 48.

¹⁸⁷ Vgl. dazu vorne, 49.

106 Zu dd): Es kann vollumfänglich auf die Ausführungen in Rz. 44 ff. verwiesen werden. Soweit zudem das Bundesverwaltungsgericht die Prüfungsdichte bei seiner Entscheidung nicht über das zulässige Mass hinaus einschränkt und die Kognitionsbeschränkung einzig in Bezug auf die Ausübung des fachtechnischem Ermessens durch die FINMA anwendet, wird die Rechtsweggarantie nach Art. 29a BV bzw. Art. 6 Ziff. 1 EMRK eingehalten.

2.4 Auswirkungen auf Verfahren der FINMA

Wie würde sich die Einführung von pekuniären Verwaltungssanktionen gemäss Lösungsoption 1 (Status Quo), 2 oder 3 im BR-Bericht auf Verfahren der FINMA (auch organisatorisch) – beispielsweise bei Verletzung des bankenrechtlichen Organisations- sowie Gewährserfordernisses – auswirken gegenüber

a. juristischen Personen;

b. natürlichen Personen?

107 Zunächst kann in organisatorischer Hinsicht darauf verwiesen werden, dass es als zulässig gilt, wenn Verwaltungsbehörden Strafen aussprechen. Die Verfügungskompetenz steht gemäss Art. 10 Abs. 2 lit. a FINMAG der Geschäftsleitung zu. Dementsprechend ist es auch die Geschäftsleitung, welche die Sanktionen gemäss Art. 31 ff. FINMAG verfügt. Der Verwaltungsrat kann zwar in wichtigen Fällen selbst verfügen und entscheidet über den Bewilligungsentzug (Art. 2^{bis} OrgR FINMA). Weil es sich jedoch bei den pekuniären Verwaltungssanktionen, je nach anzudrohender Bussenhöhe, um eine schwere Strafe handeln kann, könnte in schweren Fällen wegen der Tragweite der Sanktion auch der Verwaltungsrat für zuständig zu erklären. Wird für die Fälle, in welchen der Verwaltungsrat zuständig ist, die Instruktion des Verfahrens der Geschäftsleitung übertragen, müssten die Verfahrensregelungen für die pekuniären Verwaltungssanktionen so ausgestaltet werden, dass die Verfahrensfairness gewährleistet bleibt. Es sei auf die Diskussion über die kartellrechtlichen Sanktionsverfahren hingewiesen.¹⁸⁸

¹⁸⁸ Vorne, Rz. 30 und 52.

108 Es wäre auch denkbar, dass pekuniäre Verwaltungssanktionen in einem anderen Verfahren entschieden würden, ähnlich wie dies heute in Bezug auf die Verfolgung der Straftatbestände gemäss Art. 44 ff. FINMAG der Fall ist, die in die Zuständigkeit des EFD fällt (Art. 50 FINMAG). Der Nachteil der geteilten Verfahren besteht allerdings darin, dass bei einem Entscheid über die verwaltungsrechtlichen Sanktionen durch die FINMA und der Verfügung über die pekuniären Sanktionen die Verfahren entweder zu koordinieren wären (Art. 38 Abs. 2 FINMAG) oder aber eine grundsätzliche Bindungswirkung des erstergangenen Entscheids bestünde, falls die Verfahren gestaffelt durchgeführt würden. Die zweitentscheidende Behörde wäre folglich an den Entscheid der erstentscheidenden Behörde gebunden und könnte nur aus triftigen Gründen von den Feststellungen im Erstentscheid abweichen. Besteht ein Beweisverwertungsverbot, weil das Selbstbelastungsverbot verletzt sein könnte, besteht die Gefahr von sich widersprechenden Entscheiden. Darauf weist der Bericht Verwaltungssanktionen zu Recht hin, weshalb eine Aufteilung der Zuständigkeiten nicht zu empfehlen ist.¹⁸⁹

109 Auch wenn die Praxis der Durchsetzung der öffentlichen Interessen einen erheblichen Stellenwert einräumt und den Nemo-tenetur-Grundsatz nur restriktiv gelten lässt, könnte die Abklärung des Sachverhaltes in einem Aufsichtsverfahren gemäss Art. 30 ff. FINMAG nicht vollumfänglich erfolgen, falls das Selbstbelastungsverbot beachtet werden muss. Diese Gefahr ist dann, wenn natürliche Personen ebenfalls sanktioniert werden sollen, grösser, weil deren Interessen stärker zu gewichten sind als die Interessen einer juristischen Person, bei welcher es nicht um die Wahrung der Willensfreiheit geht, sondern einzig um die Wahrung ihrer Verteidigungsrechte. Es kann auf die Beantwortung der Fragen 2.1.1 (bei Rz. 81 ff.) und 2.2 (bei Rz. 96 ff.) verwiesen werden.

¹⁸⁹ Vgl. Bericht Verwaltungssanktionen, S. 110 ff.

2.5 Auswirkungen auf Verwaltungsstrafverfahren des EFD

Wie würde sich die Einführung von pekuniären Verwaltungssanktionen gemäss Lösungsoption 1 (Status Quo), 2 oder 3 im BR-Bericht insbesondere betreffend «ne bis in idem» auf (nachgelagerte) Verwaltungsstrafverfahren des EFD im Finanzmarktbereich auswirken gegenüber

a. juristischen Personen;

b. natürlichen Personen?

110 Der Grundsatz «ne bis in idem» beinhaltet das Verbot der Doppelbestrafung. Die durch das EFD zu verfolgenden Straftaten zielen vorab darauf ab, die natürlichen Personen ins Recht zu fassen. Insofern spielt das Doppelbestrafungsverbot solange keine Rolle, als die natürlichen Personen keiner pekuniären Verwaltungssanktion unterstellt werden. Die juristischen Personen können zwar gestützt auf Art. 49 FINMAG stellvertretend aufgrund der Bestimmungen von Art. 44 ff. FINMAG bestraft werden.¹⁹⁰ Auch in Bezug auf die Straftatbestände gemäss Art. 44 ff. FINMAG zeigt sich, dass die natürlichen Personen als erste im Fokus der Sanktion stehen. Im Gegensatz zu Art. 102 StGB wird somit nicht das Unternehmen wegen mangelnder Organisation bestraft, sondern hat gewissermassen stellvertretend für die natürliche Person zu haften.¹⁹¹ Wie erwähnt ergibt sich ein ähnliches Bild in Bezug auf die verwaltungsrechtlichen Sanktionen.¹⁹²

111 Wie ausgeführt setzt das Verbot der Doppelbestrafung, das in Art. 4 Zusatzprotokoll 7 zur EMRK ausdrücklich vorgesehen ist, voraus, dass es bereits zu einer rechtskräftigen Verurteilung oder einem rechtskräftigen Freispruch gekommen ist.¹⁹³ Nach dem klaren Wortlaut der Bestimmung muss eine res judicata vorliegen, wobei die Anwendung des Grundsatzes bei Parallelverfahren nicht ausgeschlossen ist.¹⁹⁴ Damit der Grundsatz «ne bis in idem» nicht zur Anwendung gelangt, wird zudem verlangt, dass (i) die beiden Verfahren einander ergänzen,

¹⁹⁰ Vgl. Schwob/Wohlers, BSK FINMAG, Art. 49 Rz. 6 ff.

¹⁹¹ Vgl. Schwob/Wohler, BSK FINMAG, Art. 49 Rz., 3.

¹⁹² Vorne, Rz. 12.

¹⁹³ Vgl. vorne, Rz. 24.

¹⁹⁴ Vgl. dazu Keller/Suter, StR 2018, S. 916 f.

somit komplementär sein müssen und verschiedene Zwecke zu erfüllen haben.¹⁹⁵ Sodann müssen sie (ii) zeitlich und sachlich nahe beieinander liegen, damit die Betroffenen nicht zu lange in Unsicherheit gelassen werden. Materiell geht es dabei um eine Konkurrenz zwischen verschiedenen Straftatbeständen, welche gemäss Art. 49 StGB nach schweizerischem Recht zu einer Straferhöhung führen, wobei dies nach Art. 9 VStR nicht für Bussen gilt. Dem Grundsatz «ne bis in idem» kann jedenfalls dadurch Rechnung getragen werden, dass die beiden Verfahren parallel geführt und aufeinander abgestimmt entschieden werden. Wird gestaffelt entschieden – was nicht grundsätzlich unzulässig ist – muss die im Erstverfahren ausgesprochene Sanktion im zweiten Verfahren berücksichtigt werden, damit keine unzumutbare Belastung entsteht. Wie erwähnt müssen die geführten Verfahren zudem zeitlich nahe beieinander liegen und muss eine Verdoppelung der Sachverhaltsfeststellung und -würdigung soweit als möglich vermieden werden.¹⁹⁶ Fraglich kann immerhin sein, ob sich insbesondere die Tatbestände gemäss Art. 44 ff. FINMAG und die pekuniäre Verwaltungssanktion in ihrer Zweckrichtung eher ergänzen und somit als komplementär zu beurteilen sind oder nicht.¹⁹⁷ Dies kann insofern bejaht werden, als die pekuniären Verwaltungssanktionen analog zu den repressiven Verwaltungsmassnahmen ebenso dazu dienen, das Vertrauen in die Finanzmärkte wiederherzustellen,¹⁹⁸ während die Straftatbestände nach Art. 44 ff. FINMAG eher die Vergeltung von begangenen schweren Pflichtverletzungen bezwecken. Zudem wäre die Koordination der beiden Verfahren zu regeln, sofern natürliche Personen überhaupt den pekuniären Verwaltungssanktionen unterstellt werden sollen.

112 Fraglich ist, ob dies auch gilt, wenn die FINMA eine juristische Person rechtskräftig mit einer pönalen Verwaltungssanktion belegt und das EFD im Nachhinein gestützt auf Art. 44 ff. FINMAG ein Strafverfahren gegen eine natürliche Person einleitet, jedoch die juristische Person stellvertretend aufgrund von Art. 49 FINMAG zu büssen hat. Das Verbot der Doppelbestrafung ist darauf aus-

¹⁹⁵ Vgl. dazu sowie die Hinweise auf die Praxis des EGMR, Keller/Suter, StR 2019, S. 907 f., 920.

¹⁹⁶ Keller/Suter, StR 2018, S. 918.

¹⁹⁷ Zu beachten ist, dass das EFD auch für die Verfolgung von Straftatbeständen in anderen Finanzmarktgesetzen zuständig ist (vgl. z.B. Art. 37 f. GWG).

¹⁹⁸ Vgl. vorne, Rz. 12; vgl. auch zum Verhältnis Steuerbetrug und Steuerhinterziehung, Keller/Suter, StR 2019 S. 15.

gerichtet, dass dieselbe Person nicht für denselben Tatbestand erneut vor Gericht gestellt wird. In Bezug auf Steuerdelikte lehnte es das Bundesgericht ab, dass das Verbot der Doppelbestrafung verletzt ist, wenn sowohl die Kapitalgesellschaft wie auch die natürliche Person infolge Steuerhinterziehung verurteilt werden. Nach der Praxis des Bundesgerichts liegt ein identischer Sachverhalt nur vor, wenn sich ein erneut angehobenes Verfahren gegen dieselbe Person richtet.¹⁹⁹ Weil es sich bei Art. 49 FINMAG um eine Sanktion handelt, welche der juristischen Person stellvertretend für die fehlbare natürliche Person auferlegt wird, ist der Grundsatz «ne bis in idem» somit nicht verletzt.

2.6 Auswirkungen auf Strafverfahren der Bundes- und kantonalen Strafverfolgungsbehörden

Wie würde sich die Einführung von pekuniären Verwaltungssanktionen gemäss Lösungsoption 1 (Status Quo), 2 oder 3 im BR-Bericht insbesondere betreffend «ne bis in idem» auf (nachgelagerte) Strafverfahren – beispielsweise bei Verletzung des bankenrechtlichen Organisations- sowie Gewährserfordernisses im geldwäschereirechtlich relevanten Bereich mit Blick auf Art. 305^{ter} Abs. 1 StGB (mangelnde Sorgfalt bei Finanzgeschäften) – auswirken gegenüber

a. juristischen Personen;

b. natürlichen Personen?

113 Das Verbot der Doppelbestrafung könnte grundsätzlich ebenfalls bei einer gleichzeitigen Strafverfolgung gestützt auf Art. 305^{ter} StGB entgegengehalten werden, wenn damit dieselben Tathandlungen erfasst und verfolgt werden, was ohne Weiteres der Fall sein dürfte. Wie soeben bei der Beantwortung der vorhergehenden Frage dargelegt, ist die Geltung des «ne bis in idem» Grundsatzes aber nicht absolut²⁰⁰ und verfolgen die verwaltungsrechtlichen Sanktionen einen anderen Zweck als das Strafrecht. Sie sind insoweit somit komplementär. Wesentlich ist sodann, dass die Strafverfahren zeitlich und sachlich aufeinander abgestimmt sind.

¹⁹⁹ Eingehend dazu BGer, Urteil 6B_1053/2017 E. 5.

²⁰⁰ Soeben Frage III.D.2.5, bei Rz. 110 ff.

2.7 Verhältnis von allfälligen pekuniären Verwaltungssanktionen der FINMA zu anderen Aufsichtsinstrumenten der FINMA

Inwiefern würden pekuniäre Verwaltungssanktionen die laufende Aufsichtstätigkeit und Verfahren zur Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustands sowie die übrigen Aufsichtsinstrumente der FINMA ergänzen oder konkurrenzieren bei Einführung gegenüber

a. juristischen Personen;

b. natürlichen Personen?

114 Bei der Beantwortung der Frage, inwiefern die laufende Aufsicht oder das Verfahren über die Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes beeinflusst werden können, ist namentlich auf den zeitlichen Geltungsbereich des Selbstbelastungsverbotes «nemo tenetur» abzustellen. Gemäss der Praxis gilt der Nemo-tenetur-Grundsatz ab dem Zeitpunkt, in welchem die Gefahr der Einleitung eines Strafverfahrens besteht. Dem Nemo-tenetur-Grundsatz wird somit eine gewisse Vorwirkung zugestanden. Es ist danach zu fragen, ob diese Gefahr mit einer gewissen bzw. nicht unerheblichen Wahrscheinlichkeit besteht und die Rechtsstellung des Betroffenen erheblich beeinträchtigt werden könnte. Dabei wird unterschieden, ob es sich um vorbestandene Akten handelt oder ob es um Unterlagen geht, welche noch eigens produziert werden mussten und hierzu ein Zwang bestand. Wurden bestehende Unterlagen im Verwaltungsverfahren zwangsweise herausverlangt, spielt dies bei vorbestandenen Akten insofern keine Rolle, als Art. 3 EMRK (Folterverbot) beachtet wurde.²⁰¹ Damit erfährt der Nemo-tenetur-Grundsatz eine weitere Einschränkung.

115 Geht es um die laufende Aufsicht, dürfte kaum eine nicht unerhebliche Wahrscheinlichkeit eines Strafverfahrens bestehen, zumal diese unabhängig eines konkreten Verdachts durchgeführt wird. Anders gestaltet sich jedoch die Situation bei der ebenfalls als Verwaltungssanktion zu qualifizierender Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes nach Art. 31 FINMAG. Je nach der in

²⁰¹ Vgl. zur Praxis des EGMR vgl. Harrendorf/König/Voigt, Handkommentar EMRK, Art. 6 Rz. 159; Smokvina, S. 68 f.

Frage stehenden Pflichtverletzung könnte sich die Frage stellen, ob die betroffene Person die Herausgabe der Unterlagen verweigern könnte. Dabei ist jedoch zu beachten, dass in diesem Fall das Selbstbelastungsverbot nur Anwendung findet, wenn hierzu eigens Unterlagen unter Zwangsandrohung hätten produziert werden müssen, wenn z.B. die von Art. 29 FINMAG verlangte Berichterstattung unter einer Zwangsandrohung erstellt worden wäre. Zudem kommt hier hinzu, dass bei den juristischen Personen, die wohl auch Hauptadressatinnen von Art. 31 FINMAG sein dürften, der Herausgabe von Unterlagen das Selbstbelastungsverbot kaum entgegengehalten werden kann, solange damit keine Schuldanerkennung einhergeht.²⁰²

2.8 Verhältnis von allfälligen pekuniären Verwaltungssanktionen der FINMA zu Alternativen

Sind – um die Verantwortung von Finanzmarktunternehmen und Finanzmarktkauder zu stärken – Alternativen denkbar, namentlich:

- a. eine aufsichtsrechtliche rechtsformunabhängige Verankerung wesentlicher Bestimmungen des reformierten Aktienrechts sowie von Grundsätzen des neuen Swiss Code of Best Practice of Corporate Governance;*
- b. eine Verstärkung aufsichtsrechtlicher Berufs- bzw. Tätigkeitsverbote in Kombination mit einem Regime, in dem Verantwortlichkeiten klarer einzelnen Personen zugeordnet werden können (bspw. ein Ansatz ähnlich einem «Managers and Certification Regimes» wie in den UK);*
- c. eine Verstärkung des Unternehmens(verwaltungs)strafrechts (Art. 102 StGB; Art. 49 FINMAG)?*

116 Zu a.: Allgemein drängt sich auf, Instrumente ausserhalb der Strafsanktionen zu prüfen, um dort einzugreifen, wo die privatrechtliche Kontrolle innerhalb der Aktiengesellschaften derart versagt, dass volkswirtschaftliche Interessen erheblich beeinträchtigt sein können. Entsprechende Ansätze finden sich namentlich für

²⁰² Vgl. vorne, Rz. 34.

die systemrelevanten Banken in Art. 9 bis 10a BankG. Dabei würde es sich um eine Präzisierung der allgemeinen Sorgfalts- und Gewährspflichten handeln, wie sie etwa in Art. 3f Abs. 1 und 2 BankG vorgesehen sind. Es ist allerdings zu beachten, dass hierfür die Rundschreiben der FINMA gemäss Art. 7 lit. b FINMAG je nach vorhandenen gesetzlichen Grundlagen nicht genügen, zumal die Rundschreiben nicht als Verordnungen zu verstehen sind, sondern bloss als Richtlinien. In Bezug auf die Frage, ob die Bestimmungen des reformierten Aktienrechts für sämtliche der Aufsicht der FINMA unterstellten Institute und Tätigkeiten übernommen werden sollen, ist zu beachten, dass derartige Regelungen weit in die Privatautonomie einer Aktiengesellschaft eingreifen würden. Der Gesetzgeber hat dies bislang anerkannt, indem Massnahmen im Bereich der Vergütungen bei systemrelevanten Banken nur getroffen werden dürfen, wenn diesen direkt oder indirekt Beihilfe aus Bundesmitteln gewährt wird. Zudem ist der Bundesrat für die Anordnung solcher Massnahmen zuständig (Art. 10a BankG). Für eine kohärente Rechtsetzung stellte sich zudem die Frage, inwiefern und in welchem Umfang dieselben Pflichten für sämtliche Gesellschaftsformen nicht bereits im Obligationenrecht, analog den aktienrechtlichen Bestimmungen, festgehalten werden müssten. Nach der hier vertretenen Auffassung bedürfte dies einer genaueren Analyse, damit sie tatsächlich als Alternativen zu pekuniären Sanktionen treten könnten. Dies gilt im Übrigen auch, falls die aufsichtsrechtlichen Kompetenzen im Bereich der Vergütungen – in Weiterentwicklung von Art. 10a BankG – ausgedehnt werden sollten.

117 Zu b.: Spezifische Zertifikate für die Übernahme von Funktionen in der Geschäftsführung, welche die verantwortlichen Personen in Bezug auf die Umsetzung der Corporate Governance auszeichnen, wäre wohl ein Ansatzpunkt. Um ein solches Regime wirksam umzusetzen, müssten die Institute allerdings verpflichtet werden, einzig noch solche Personen in der Geschäftsführung und wohl auch im Verwaltungsrat zuzulassen, was einer weitgehenden Regulierung bedürfte. Die Erteilung der Zertifikate müsste ebenfalls geregelt werden und die Weiterbildungskurse müssten staatlich anerkannt werden. Fraglich wäre zudem, wie ein solches Zertifikat bei global tätigen Unternehmen umzusetzen wäre, wenn diese die Geschäftsführung mit ausländischen Personen besetzen. Aus-

ländische Personen, soweit sie nicht über ein entsprechendes Zertifikat verfügen, müssten ebenfalls verpflichtet werden können, das Zertifikat innert einer angemessenen Frist zu erwerben. Fraglich ist, mit welcher Sanktion das Institut oder die ausländische Person zu versehen wären, falls dem nicht Folge geleistet wird. Nach der hier vertretenen Ansicht wäre eine solche Massnahme wohl verhältnismässig und insbesondere auch weit milder, als die Einführung pekuniärer Verwaltungssanktionen namentlich gegenüber natürlichen Personen, jedoch wäre dies mit einem erheblichen regulatorischen Aufwand verbunden.

118 Zu c.: Bei Art. 49 FINMAG und Art. 102 StGB ginge es namentlich darum, die subsidiäre Strafandrohung gegen die Unternehmen wie in Art. 102 Abs. 2 StGB vorgesehen, auf weitere Straftatbestände auszuweiten. Fraglich ist dabei allerdings, inwiefern dies ausreicht, zumal die Straftatbestände im Umfeld des Finanzmarktes sehr spezifisch sind. Beispielsweise erfasst Art. 305^{ter} StGB einzig die Unterlassung der Prüfung des wirtschaftlich Berechtigten. Mithin müssten wohl weitere spezifische Handlungen, z.B. die Unterlassung der Meldepflichten strafrechtlich erfasst werden, dass die Änderung von Art. 102 StGB sinnvoll ist. Ähnliches gilt für Art. 49 FINMAG. Auch hier müssten die Straftatbestände gemäss Art. 44 FINMAG erweitert werden, damit diese Variante tatsächlich als Alternative zur Einführung pekuniärer Verwaltungssanktionen erscheint.

2.9 Internationale Erfahrungen

Welche Erfahrungen mit pekuniären Verwaltungssanktionen haben ausgewählte Jurisdiktionen gemacht? Inwiefern können diese Rechtssysteme mit dem schweizerischen Rechtssystem verglichen werden?

119 Der Rechtsvergleich unter dem Titel C erfasst die Länder Deutschland, UK und USA. Während sich die Regelungen in Deutschland und UK eher mit denjenigen der Schweiz vergleichen lassen, weist das System in den USA einen äusserst fragmentierten Charakter mit zahlreichen Zuständigkeiten auf.

120 In Deutschland werden die Sanktionen für Ordnungswidrigkeiten, die gemäss Auffassung in Deutschland verwaltungsrechtlicher Natur sind, und die eigentlichen Strafen unterschieden, mit welchen schwere Verstösse geahndet werden.

Das Verfahren betreffend die verwaltungsrechtlichen Sanktionen wird von der BaFin geführt, dasjenige betreffend die strafrechtlichen Sanktionen von der Staatsanwaltschaft. Auffallend ist, dass die verwaltungsrechtlichen Sanktionen, und damit auch diejenigen mit Strafcharakter, auch gegenüber den juristischen Personen ausgesprochen werden können. Sodann fällt auf, dass der Grundsatz «ne bis in idem» durch koordinierte Verfahren umgesetzt worden ist.

121 In UK sodann wird ebenfalls unterschieden zwischen verwaltungsrechtlichen und strafrechtlichen Sanktionen. Die Zuständigkeit, verwaltungsrechtliche Sanktionen auszusprechen liegt bei der FCA und der PRA, deren Aufgabenbereiche sehr eng zusammenliegen.²⁰³ Diesen kommen ebenso Strafrechtskompetenzen zu. Im Rahmen der verwaltungsrechtlichen Sanktionen sind diese Behörden zudem befugt, gegen die Unternehmen Ordnungsbussen auszusprechen, die jedoch als bei weitem zu niedrig und dementsprechend als unwirksam empfunden werden.²⁰⁴ Die Diskussion geht dahin, die finanzmarktrechtlichen Sanktionen dem Kartellrecht anzupassen.

122 Auch in UK vergleicht man sich mit den USA. Die – wohl historisch gewachsene – Fragmentierung der Zuständigkeiten erschwert die Übersicht allerdings ausserordentlich. Die Zuständigkeit richtet sich dabei nach der Zuständigkeit für die Zulassung eines Instituts, so dass selbst das FED Bussen aussprechen kann. In Bezug auf die Höhe der Bussen, welche die von Deutschland oder UK ausgesprochenen Bussen regelmässig bei weitem übersteigen, hängt damit zusammen, dass die Aufsichtsbehörden neben den eigentlichen strafrechtlichen Bussen die zivilen Geldstrafen verhängen können, deren Ziel die Abschreckung ist.²⁰⁵ Dementsprechend hoch ist auch der Bussenrahmen.²⁰⁶ Mit 1 % des Gesamtvermögens pro Tag liegt dieser Rahmen wohl regelmässig weit höher als z.B. der Bussenrahmen gemäss Art. 49a KG, der auf maximal 10 % des Gewinns über die letzten drei Geschäftsjahre begrenzt ist. Eine wesentliche Besonderheit

²⁰³ Vgl. vorne Rz. 61.

²⁰⁴ Vorne, Rz. 67.

²⁰⁵ Vorne, Rz. 75.

²⁰⁶ Vorne, Rz. 73.

ist sodann, dass in den USA sämtliche Sanktionen, auch die verwaltungsrechtlichen, verhandelbar sind.²⁰⁷

123 Im Ergebnis kann festgehalten werden, dass sich die Rechtssysteme in Deutschland und UK, welche zudem beide der Europäischen Menschenrechtskonvention unterstehen, am ehesten mit der Schweiz vergleichen lassen, während sich die USA stark vom schweizerischen Rechtssystem abhebt. Wollte man in der Schweiz – in diesem Fall auf der strafrechtlichen Ebene, weil die Schweiz die zivilrechtliche Geldstrafe nicht oder bloss in Ansätzen kennt²⁰⁸ – Geldstrafen in vergleichbarer Höhe einführen, müsste man im Hinblick auf die Kohärenz der Rechtsordnung prüfen, ob ähnliche Bussen in anderen Bereichen nicht ebenfalls zu erhöhen wären. Mithin stellt sich die Frage, inwiefern das vergleichbare Sanktionssystem insgesamt anzupassen wäre. Zu denken ist vor allem an das Kartellgesetz, aber auch an das Geldspielgesetz.

IV. FAZIT UND BEANTWORTUNG FRAGE 10: EMPFEHLUNGEN

Zweckmässigkeit einer Einführung von pekuniären Verwaltungssanktionen der FINMA, namentlich Empfehlungen unter Berücksichtigung der obenstehenden Fragestellungen.

124 Die Empfehlung dieses Gutachtens geht dahin, pekuniäre Verwaltungssanktionen für die finanzmarktrechtlich beaufsichtigten juristischen Personen im FINMAG einzuführen. Diese Schlussfolgerung beruht auf der Überlegung, dass die Sanktionen gegenüber natürlichen Personen, und als solches auch gegenüber Einzelunternehmen, gestützt auf Art. 34 ff. FINMAG weit einschneidender sind als diejenigen gegenüber den juristischen Personen. Letztere kommen zudem in den Genuss von Art. 44 FINMAG wie auch von Art. 102 StGB, dass ihre Strafbarkeit gegenüber derjenigen der natürlichen Personen bloss subsidiär ist. Dieses Ungleichgewicht des Sanktionsregimes sollte insofern korrigiert werden.

²⁰⁷ Vorne, Rz. 71.

²⁰⁸ Es kann auf die Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung des Arbeitsvertrages durch den Arbeitgeber genannt werden, Art. 336a OR.

Dabei ist in erster Linie zu prüfen, ob eine Bestimmung sinngemäss zu Art. 49a KG in das FINMAG aufgenommen werden kann. Die Bussenhöhe sollte sich dabei in das schweizerische Recht einordnen. Die Zuständigkeit kann bei der FINMA liegen, wobei der Verfahrensfairness im Sinne der Waffengleichheit dann besonders Rechnung zu tragen ist. Eine besondere Regelung der Mitwirkungspflichten erweist sich sodann als empfehlenswert, damit in der Praxis Rechtssicherheit geschaffen werden kann. Mitwirkungspflichten können sich einzig auf die Herausgabe vorbestehender Dokumente beziehen. Die Durchsetzung der Mitwirkungspflichten mittels Zwischenverfügung wäre ein Ansatz, wobei unsicher ist, ob nicht bereits damit das Recht der Betroffenen zu schweigen und sich nicht selbst belasten zu müssen verletzt wird. Dementsprechend käme die Statuierung einer Auskunftspflicht nur in Frage, wenn – wie in Art. 40 KG – ein Auskunftsverweigerungsrecht vorgesehen würde. Nicht zu lässig wäre es, im Gesetz generell vorzusehen, dass die Auskunft mittels der Androhung einer Ordnungsbusse durchgesetzt werden darf. Jedenfalls wurde bislang in strafrechtlichen Sanktionsverfahren, in denen die Verwendung von Informationen in Frage stand, für deren Herausgabe eine Mitwirkungspflicht besteht, stets betont, dass die zuständige Behörde die Mitwirkungspflicht ohne Androhung einer Sanktion einverlangt habe. Daraus lässt sich schliessen, dass zwar die Mitwirkungspflicht nach Art. 29 FINMAG auch im Sanktionsverfahren Bestand haben kann, jedoch die gleichzeitige Androhung der Ordnungsbusse gestützt auf Art. 48 FINMAG kaum vor Art. 6 EMRK standhalten würde. Es stellt sich deshalb die Frage, ob nicht andere Beweismittel zur Verfügung zu stellen sind. Insofern wäre zu überlegen, ob für vorbestehende Dokumente eine Beschlagnahmungsmöglichkeit einzuführen wäre, weil bei solchen Beweismitteln der Nemo-tenetur-Grundsatz nicht anwendbar ist. Eine solche könnte die Bestimmung von Art. 36 Abs. 3 FINMAG ergänzen, wonach der Untersuchungsbeauftragte Zutritt zu den Räumlichkeiten erhält und wonach diesem die Dokumente offen zu legen sind. Allerdings wäre die Beschlagnahmung in jedem Fall durch die FINMA selbst und nicht durch den Untersuchungsbeauftragten anzuordnen. Die Erweiterung der Beweismittel drängt sich dann, wenn den Mitwirkungspflichten der Vorrang eingeräumt werden soll, auch im Hinblick darauf auf, dass die strafrechtliche Rechtsprechung bei der Ver-

wendung von Beweisen, die aufgrund von verwaltungsrechtlichen Mitwirkungspflichten herausverlangt wurden, auch weitere Untersuchungsmittel wie eine Hausdurchsuchung offenstanden.²⁰⁹

126 Für die natürlichen Personen sind hingegen nach der hier vertretenen Auffassung keine pekuniären Verwaltungssanktionen angezeigt. Zum einen dürften diese Sanktionen entweder mit Risikozuschlägen der Vergütung oder mit Vereinbarungen über eine Bussenübernahme durch die Arbeitgeberin vorab kompensiert werden. Zum andern erweisen sich die vorhandenen verwaltungsrechtlichen Sanktionen als ausnehmend einschneidend, wenn ein langjähriges Berufsverbot von bis zu fünf Jahren (Art. 33 FINMAG) bzw. ein dauerndes Tätigkeitsverbot (Art. 33a FINMAG) verhängt werden kann und ein allfälliger persönlich erlangter Gewinn (bei Eigengeschäften) eingezogen wird. Der bei den natürlichen Personen weiterreichende Grundsatz des «nemo tenetur» kann dazu führen, dass die Abklärung des Sachverhalts im Enforcementverfahren gegen die juristische Person erschwert wird.

127 Zusammenfassend wird somit empfohlen, pekuniäre Verwaltungssanktionen gegen juristische Personen einzuführen, nicht aber gegen natürliche Personen.

Freundliche Grüsse



Prof. Dr. iur. Isabelle Häner

²⁰⁹ Vgl. BStrG, SK.2016.19 vom 19.9.2018 E. 6.4.1.1.