

Monika Roth*

Finanzmarktrecht: Schnittstellen im Bereich der Sanktionen

Inhaltsübersicht

- I. Ausgangslage: Vernetzung von Normsituationen ...
- II. ... auch im Bereich der Sanktionen
- III. Verwaltungsrechtliche Sanktionen für Organe
- IV. Tätigkeitsverbot für Effektenhändler
- V. Abberufung
- VI. Berufsverbot nach Art. 67 StGB (noch nicht in Kraft)
- VII. Massnahme nach Art. 41 Abs. 2 StGB
- VIII. Zusammenfassung

I. Ausgangslage: Vernetzung von Normsituationen ...

Heute lässt sich eine Trennung zwischen Massnahmen, welche eine Bank aufgrund von zivilrechtlichen und/oder aufsichtsrechtlichen Vorgaben trifft, nicht mehr vornehmen. Das Wissen, welches sie über den Kunden und seine wirtschaftlichen Verhältnisse erwirbt, kann beispielsweise nicht auf die jeweiligen Grundlagen zurückgeführt und innerhalb der Bank so getrennt werden, dass sie das aus aufsichtsrechtlichen Gründen erworbene Wissen nicht auf die zivilrechtlichen Pflichten anwendet (und umgekehrt).

Compliancerelevante Fragestellungen und Regelungen beeinflussen somit direkt die Sorgfalts- und Treuepflichten einer Bank gegenüber ihren Kunden.

II. ... auch im Bereich der Sanktionen

Die Fragen betreffend Abgrenzungen, Schnittstellen und Vernetzungen beschränken sich jedoch nicht nur auf Vertragsverhältnisse. Eine solche Frage stellt sich auch im Bereich von Sanktionen des Finanzmarktrechts im weitesten Sinn, bei welchem sich mittlerweile aufgrund unterschiedlicher gesetzlicher Grundlagen und Lösungen ein ganzer Fächer an Möglichkeiten für Tätigkeits- beziehungsweise Berufsverbote ergibt, welche

sich zum Teil ergänzen und überschneiden. Aufgrund anderer gesetzlicher Grundlagen bedürfen Tatbestände, Sanktionen und Verfahren unterschiedlicher Betrachtungen und Vorgehensweisen. Die Massnahmen sind nicht durchgängig aufeinander abgestimmt: Sie sind verwaltungsrechtlicher Natur und auch dort von verschiedenen Leitgedanken geprägt (Institutsaufsicht/Marktaufsicht) oder werden vom Strafrichter ausgeübt.

III. Verwaltungsrechtliche Sanktionen für Organe

Mit dem Inkrafttreten des FINMAG¹ und gemäss dem in Art. 33 Abs. 1-2 E-FINMAG² vorgesehenen Berufsverbot wird es so sein, dass die Finanzmarktaufsicht (FINMA) bei schwerer Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen befugt ist, den verantwortlichen Personen die Tätigkeit in leitender Stellung beim beaufsichtigten Unternehmen zu untersagen. Sie kann dieses Verbot auch nur auf einen bestimmten Tätigkeitsbereich beschränken. Es geht demnach nicht um die Begehung einer beliebigen Straftat in Ausübung eines Berufes, und eine strafrechtliche Verurteilung ist nicht Voraussetzung. Ein wichtiges Kriterium bildet die Wiederholungsgefahr.

Ein solches Berufsverbot gab es bisher eigentlich nur für Gewährsträger von Instituten, welche der prudentiellen Aufsicht der EBK unterstehen. Dieses Berufsverbot stellt eine andere Massnahme dar als diejenige, welche im Rahmen der Evaluation der Bewilligungsvoraussetzungen gemäss den Finanzmarktgesetzen für prudentiell beaufsichtigte Finanzintermediäre stattfindet und bei der unter anderem geprüft wird, ob die obersten Organe des betreffenden Instituts «einen guten Ruf geniessen und Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten.» Es kann hier eine Person als Organ oder als Eigentümer abgelehnt werden, auch wenn kein Berufsverbot besteht. Es geht unter anderem darum, In-

* Dr. iur. Monika Roth, Advokatin, roth-schwarz-roth, Binningen, Studienleiterin des Diploma of Advanced Studies Compliance Management (DAS) am IFZ, Zug (HSW Luzern).

¹ Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMAG).

² Entwurf zum Bundesgesetz über die Finanzmarktaufsicht.

tegrität und Vertrauenswürdigkeit der Institute sowie das Ansehen des Finanzplatzes Schweiz insgesamt zu wahren.

Angeichts der bisherigen langjährigen Praxis der EBK lässt sich ohne weiteres voraussagen, dass die FINMA nicht nur Verstösse gegen die geschriebene Rechtsordnung, sondern auch die Abweichung von integritätsbezogenen Werten als sittenwidrig, als aufsichtsrechtswidrig und als Rufisiko qualifizieren, und dass die FINMA ein umfassendes Compliance-Verständnis bekunden und von den Beaufsichtigten einfordern wird. Die bisher formulierten Ansprüche der EBK lassen sich insbesondere so umschreiben, dass von den Gewährsträgern mehr verlangt wird als lediglich die Respektierung des vom Gesetzgeber für alle Bürger und Bewohner Angeordneten oder Verbotenen. Banken und ihre Mitarbeiter sollen sich «nicht an rechts- oder sittenwidrigen Geschäften beteiligen, das heisst nicht gegen die der Gesamtrechtsordnung immanenten ethischen Prinzipien und Wertmassstäbe verstossen.»³

Im Grunde genommen ist dies keine *andere* Ethik als die, welche von jedem anderen Mitbürger auch zu erwarten wäre. Der Unterschied besteht darin, dass die Gewährsträger im Bankensektor sanktioniert werden, wenn sie diesen Anforderungen, welche Veränderungen unterworfen und nicht immer klar bestimmbar sind, nicht nachleben, der einzelne Bürger jedoch nicht. Für diesen gilt der Grundsatz «nullum crimen sine lege stricta»; für den Gewährsträger gibt es dagegen zusätzlich «Innominatdelikte», welche im Rahmen der Aufsichtspraxis entwickelt werden. Das bedeutet, dass Gewährsträger nicht nur für strafrechtlich geahndete Verstösse zur Rechenschaft gezogen werden können, sondern zusätzlich für Verhaltensweisen, welche moralisch als verwerflich angesehen werden. An ihr moralisches Urteil werden höhere Erwartungen gestellt. Ethische Standards und an ihnen sich orientierende aufsichtsrechtliche Vorgaben müssen reflektiert und beachtet werden. Es geht um eine geltungszeitliche Auslegung der Anforderungen an die Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit.

Zudem hat der Gewährsträger im Rahmen dieser Anforderungen nicht nur für eigene Handlungen einzustehen, sondern unter Umständen auch für solche von Mitarbeitern, welche geduldet oder durch eine gravierende Verletzung von Organisations- und Kontrollpflichten erst möglich wurden.

IV. Tätigkeitsverbot für Effektenhändler

Neben dem Berufsverbot nach FINMAG bleibt das Tätigkeitsverbot für Effektenhändler bestehen. Gemäss Art. 35a BEHG⁴ (bisher Art. 35 Abs. 3 lit. b BEHG) kann die FINMA gegen Personen, die als verantwortliche Mitarbeiter eines Effektenhändlers den Effektenhandel betreiben, als Verwaltungssanktion nach BEHG ein Tätigkeitsverbot aussprechen. Damit soll dem erhöhten Missbrauchspotential bei Händlern im Bereich des Effektenhandels Rechnung getragen werden. Deshalb werden nicht nur leitende Organe eines Effektenhändlers erfasst, sondern diese Massnahme kann gegen alle verantwortlichen Personen verhängt werden, welche in der Handelsabteilung des Effektenhändlers tätig sind.

V. Abberufung

Das Versicherungsaufsichtsgesetz (Art. 51 Abs. 1 lit. f VAG) sieht weiterhin vor, dass die entsprechende Aufsichtsbehörde zur «Wahrung der Interessen der Versicherten» Massnahmen wie die Abberufung der mit der Oberleitung, Aufsicht, Kontrolle oder Geschäftsführung betrauten Personen verlangen kann.

VI. Berufsverbot nach Art. 67 StGB (noch nicht in Kraft)

Der revidierte Art. 67 StGB statuiert ein Berufsverbot für die betreffende oder eine vergleichbare Tätigkeit, welches der Strafrichter aussprechen kann, wenn in Ausübung eines Berufes, Gewerbes oder Handelsgeschäftes ein Verbrechen oder Vergehen begangen wurde, die Täterschaft zu einer Freiheitsstrafe von über sechs Monaten oder zu einer Geldstrafe von über 180 Tagessätzen verurteilt wurde und die Gefahr des weiteren Missbrauchs festgestellt wird. Mit dem Berufsverbot wird ausgeschlossen, dass der Täter die Tätigkeit selbständig, als Organ einer juristischen Person oder Handelsgesellschaft, als Beauftragter oder als Vertreter eines anderen ausübt.

Sofern vom Strafgericht die Gefahr bejaht wird, der Täter werde seine Tätigkeit auch zur Begehung von Straftaten missbrauchen, wenn er sie nach Weisung und unter Kontrolle seines Vorgesetzten ausübt, gibt es die Möglichkeit, ihm diese Aktivität ganz zu untersagen.

Während des Vollzugs einer Freiheitsstrafe oder einer freiheitsentziehenden Massnahme ruht das Berufsverbot; es kann maximal fünf Jahre betragen.

³ Sanktionen in der Finanzmarktaufsicht, II. Teilbericht der vom Bundesrat eingesetzten Expertenkommission (Bericht Zufferey) vom August 2004, S. 35 (abrufbar unter <http://www.efd.admin.ch/dokumentation/zahlen/00578/00910/index.html?lang=de>).

⁴ Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel (Börsengesetz, BEHG) vom 24. März 1995; SR 954.1.

VII. Massnahme nach Art. 41 Abs. 2 StGB

Gemäss Art. 41 Abs. 2 StGB kann der Richter bei Gewährung des bedingten Strafvollzugs den Verurteilten unter Schutzaufsicht stellen und ihm für sein Verhalten während der Probezeit bestimmte Weisungen erteilen, welche sich beispielsweise auf die Berufsausübung beziehen können. Eine Probezeit kann zwei bis fünf Jahre betragen. Eine solche Weisung kann sich darauf beziehen, dass sich der Verurteilte weder beruflich noch nicht-beruflich als Finanzintermediär betätigen darf.

Ein Beispiel: Mit Urteil vom 25. Februar 2005 iS XX hat das Strafgericht Basel-Landschaft so entschieden und dem Verurteilten verboten, fremde Vermögenswerte anzunehmen, aufzubewahren, anzulegen oder zu übertragen, insbesondere

- Kreditgeschäfte zu betreiben,
- Dienstleistungen für den Zahlungsverkehr zu erbringen,
- auf fremde Rechnung mit Banknoten und Münzen, Geldmarktinstrumenten, Devisen, Edelmetallen, Rohwaren und Effekten (Wertpapiere und Wertrechte) sowie deren Derivaten zu handeln,
- in- oder ausländische Anlagefonds oder andere kollektive Kapitalanlagen anzubieten oder zu vertreiben bzw. anbieten oder vertreiben zu lassen,
- Vermögen zu verwalten,
- als Anlageberater Anlagen zu tätigen,
- Effekten aufzubewahren und zu verwalten.

Dem Verurteilten wurde weiter untersagt, von Dritten Gelder oder andere Vermögenswerte, beispielsweise in Form von Darlehen, entgegenzunehmen, um mit diesen Vermögenswerten Geschäfte zu tätigen.

Im Urteilsdispositiv wurde weitgehend auf die Formulierung des persönlichen Geltungsbereiches des Geldwäschereigesetzes im Nichtbankensektor (Art. 2 Abs. 3 GwG) abgestellt. Es handelt sich dabei um eine Generalklausel und nicht um eine abschliessende Liste von unterstellten Tätigkeiten.

Im Nichtbankensektor findet das GwG seinem Wortlaut entsprechend ausschliesslich auf Finanzintermediäre Anwendung, welche ihre Tätigkeit «berufsmässig» ausüben. Mit dem Ausdruck «nicht berufsmässig» wurde somit im Urteil auch eine allfällige Nebenerwerbstätigkeit sowie eine gelegenheitshalber erfolgende Aktivität im genannten Sinne untersagt, womit die Fragen nach den Qualifikationskriterien für die Berufsmässigkeit keine Rolle mehr spielen.

VIII. Zusammenfassung

Verwaltungsrechtliche und strafrechtliche Sanktionen bedingen und beeinflussen sich im Finanzbereich auf unterschiedliche Art und Weise und sind nicht aufeinander abgestimmt. Es gibt in diesem mehrspurigen Konzept einen Gleichlauf, welcher für den Betroffenen zu belastenden Situationen führen kann. Wenn die rechtsstaatlichen Garantien in den Verfahren jeweils beachtet werden, so ist die Diversität in dem Sinne als positiv zu konnotieren, als sowohl positivrechtlich verankerte Regeln wie auch für den Finanzsektor speziell geltende Verhaltenserwartungen durchgesetzt werden können. Letzteres soll im Falle einer schweren Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen dadurch verschärft werden, dass die FINMA gemäss Art. 34 Abs. 1–2 E-FINMAG ihre Endverfügung unter Angabe von Personendaten veröffentlichen kann (*naming and shaming*).

Die staatliche Einflussnahme auf das konkrete Handeln von Marktteilnehmern und die damit einhergehende Sanktionierung von Missbräuchen im Sinne der vorerwähnten «Innominatdelikte» durch die Verwaltung muss sich an den allgemeinen Voraussetzungen und Grundsätzen des Legalitätsprinzips, des öffentlichen Interesses und der Verhältnismässigkeit orientieren. Die Erfahrungen mit den Entwicklungen im kapitalmarktbezogenen Strafrecht zeigen, dass die Tatbestände zu einem wenig griffig sind und dass sich zum andern unter dem Aspekt des Legalitätsprinzips und des Verschuldensprinzips viele offene und kritische Fragen stellen. Daher ist die Versuchung gross, angesichts der raschen und sehr komplexen Entwicklungen mit Generalklauseln zu arbeiten. Daran ändert das FINMAG als Rahmengesetz nichts: Auch hier bleibt – im Gegensatz zur strafrechtlichen Würdigung – der Verwaltung ein sehr grosser Spielraum bei der Umschreibung des sanktionswürdigen Verhaltens. Dies führt dazu, dass das «gesellschaftliche Änderungsrisiko» weitgehend zu Lasten der beaufsichtigten Marktteilnehmer geht, was unter dem Aspekt der Rechtssicherheit problematisch bleibt.