

# Verfahrensgarantien bei der FINMA

Ein Überblick

Patric Eymann, FINMA

11. Oktober 2018

# Enforcement der FINMA

# „Enforcement“ im Gesetz

## **Art. 31 FINMAG Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes**

«Verletzt ein Beaufchtigter die Bestimmungen [des FINMAG] oder eines Finanzmarktgesetzes oder bestehen sonstige Missstände, **so sorgt** die FINMA für die Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustands»

Alle übrigen Massnahmen/Sanktionen: Die FINMA **kann**...

## **Art. 33 FINMAG Berufsverbot**

«Stellt die FINMA eine schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen fest, **so kann** sie der verantwortlichen Person die Tätigkeit in leitender Stellung bei einer oder einem von ihr Beaufchtigten untersagen»

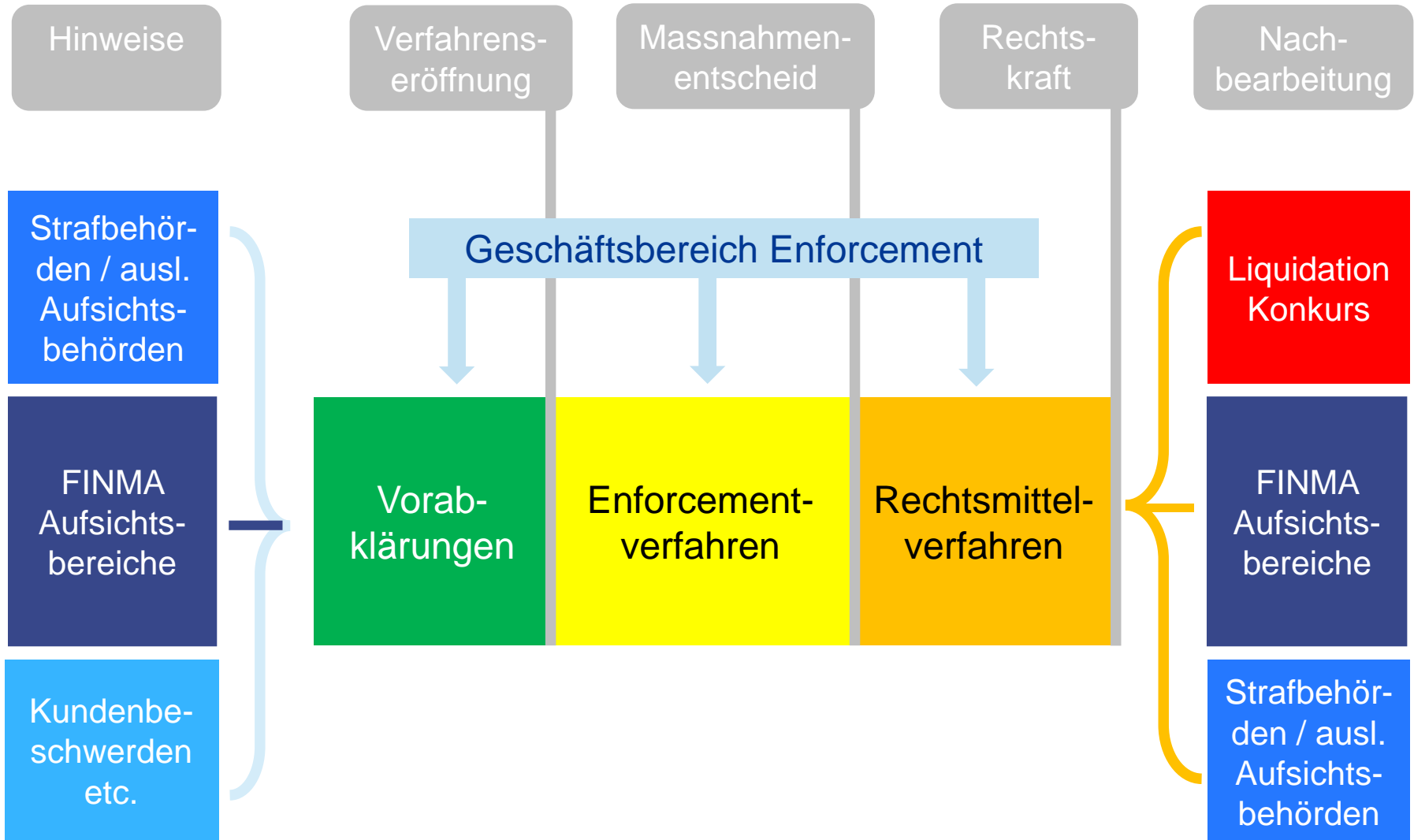
# Strategie und Policy

- **Enforcement dient der Durchsetzung der Ziele der Aufsicht**  
Kein Selbstzweck, wie z.B. blosser Pönalisierung eines bestimmten Verhaltens
- **Enforcement fokussiert auf Geschäftsverhalten**  
GwG-Pflichten, Marktverhalten, Suitability, Cross-Border. Klassische prudentielle Themen verbleiben so weit wie möglich in der Aufsicht
- **Enforcement richtet sich "gezielt" gegen natürliche Personen**  
Fokus auf Personen, die kausal und schuldhaft für die aufsichtsrechtliche Verletzung die Verantwortung tragen (BGer 2C\_739/2015, 25. April 2016)
- **Effiziente Zusammenarbeit mit anderen (int.) Aufsichtsbehörden**

# Enforcement als Eskalation und Episode

- Aufsicht wird intensiver (Einfordern von Stellungnahmen, Aufsichtsgespräche, Vor-Ort-Kontrollen, Prüfbeauftragter etc.)
- Abklärungen durch Enforcement
- Verfahren (Rechtsgrundlagen FINMAG und VwVG)
  
- Transparente Eskalation
- Laufende Aufsicht geht weiter
- Ordnungsgemässen Zustand rasch wiederherstellen

# Der Ablauf von Enforcementverfahren



# Merkmale des Enforcementverfahrens (1/2)

## **Anwendbarkeit des Verwaltungsverfahrensrechts (Art. 53 FINMAG) –**

Keine Anwendung des VwVG im Abklärungsstadium

### Wichtigste **Verfahrensschritte:**

- Notifikation Verfahren zuhanden der Parteien (Art. 30 FINMAG)
- Durchführung des Beweisverfahrens (**Zentrales Instrument: Mitwirkungs- und Auskunftspflicht; Art. 29 Abs. 1 FINMAG**)
- Einsetzung von Untersuchungsbeauftragten
- Durchführen von Einvernahmen
- Einverlangen von Auskünften (Partei und Dritte)
- Zustellung Entwurf Sachverhalt oder Bericht Untersuchungsbeauftragter
- Redaktion der notwendigen (End-)Verfügungen
- Entscheid liegt bei Enforcementausschuss (ENA)

## Merkmale des Enforcementverfahrens (2/2)

### **Massnahmenkatalog** von Art. 31 ff. FINMAG

- Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands (z.B. Anordnungen, Auflagen etc.)
- Feststellung ("Rüge") (Art. 32 FINMAG)
- Berufs-, Tätigkeits- bzw. Funktionsübernahmeverbote (insbes. Art. 33 FINMAG)
- Einziehung (Art. 35 FINMAG)
- Bewilligungsentzug und Liquidation (Art. 37 FINMAG)
- Publikation (Art. 34 FINMAG)

**Rechtsschutz:** Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht (Art. 54 FINMAG i.V.m. Art. 47 VwVG und 31 ff. VGG)



# Verfahrensgarantien und FINMA- Enforcement

# Anwendbarkeit der EMRK

## Aus der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zum Berufsverbotsverfahren:

- **BVGE 2012/10 E. 5.3:** Aufgrund der Schwere der Massnahme, kann strafrechtlicher Charakter nicht von vornherein ausgeschlossen werden, aber: Frage offengelassen
  
- **BVGE 2013/59 E. 9.4.1:**
  - Berufsverbot richtet sich an im Aufsichtsbereich tätige Personen und nicht an die Allgemeinheit: "Art Disziplinarnorm"
  - hat vorwiegend präventiven Charakter (Schutz der Anleger und der Märkte); vergleichbar mit Streichung eines Anwalts aus dem Anwaltsregister
  - Fazit: eher keine strafrechtliche Anklage, aber: Frage offengelassen

## Anwendbarkeit der EMRK

- **B-5041/2014 vom 29. Juni 2015:** Art. 33 FINMAG ist aufsichtsrechtliche Sanktion, die nach schweizerischem Recht nicht als Strafe konzipiert ist; keine strafrechtliche Anklage
  
- **B-3625/2014 vom 6. Oktober 2015 (unter Verweis auf BGE 139 I 72 ff):** Anwendung der Verfahrensgarantien eher bejaht; aber:
  - Art. 33 FINMAG stellt eine hinreichende *gesetzliche Grundlage* dar;
  - Verwaltungsgericht entscheidet mit *voller Kognition*;
  - Ergebnis: Verfahrensgarantien wird hinreichend Rechnung getragen

# Anwendbarkeit der EMRK

## Klärung durch das Bundesgericht: Keine Anwendbarkeit im Berufsverbotsverfahren (BGE 142 II 243)

- Zweck und Natur des Berufsverbots: Enthält repressive Elemente
  - Prüfung der Engel-Kriterien (E. 3.4)
    - Berufsverbot stellt wirtschaftspolizeiliche Bestimmung dar und ist administrativer und nicht strafrechtlicher Natur
    - Art. 33 FINMAG richtet sich nicht an die Allgemeinheit, sondern an Personen in leitender Stellung bei einem Beaufsichtigten
    - Polizeilich motivierte und zeitlich beschränkte Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit und nicht Vergeltung begangenen Unrechts
- ➔ Keine strafrechtliche Anklage im Sinne von Art. 6 EMRK

# Mitwirkung und "nemo tenetur" (1/2)

## Ausgangslage

- Umfassende Auskunfts- bzw. Mitwirkungspflichten bei Vorabklärungen (Art. 29 Abs. 1 FINMAG) bzw. im Enforcementverfahren (Art. 13 Abs. 1 Bst. c i.V.m. Art. 29 Abs. 1 FINMAG)
- Geltung der Mitwirkungspflichten im Verwaltungsverfahren grundsätzlich auch bei Selbstbelastung
- FINMA anerkennt Aussageverweigerungsrecht; aber: Freie Würdigung der Aussageverweigerung möglich

## Problem

- Nebeneinander von Aufsichts- und Strafverfahren
- Art. 38 FINMAG: Austausch von Informationen und Koordination der Verfahren im Rahmen der Möglichkeiten

## Mitwirkung und "nemo tenetur" (2/2)

### **Praxis der FINMA**

- Grundsätzlich muss Strafrichter über die Verwertbarkeit entscheiden

Aber: Konflikte sollen nach Möglichkeit vermieden werden:

- Verweigerungsgrund im Sinne von Art. 40 FINMAG?
- Koordination einzelner Verfahrensschritte, insbesondere: Vorrang der Strafbehörden bei Einvernahmen oder zu Beginn der Verfahren soweit möglich

# Fazit

## **Tendenz:**

- Keine Anwendbarkeit der strafprozessualen Verfahrensgarantien im FINMA-Enforcement

## **FINMA als Aufsichtsbehörde, nicht als Sanktionsbehörde**

- Aufgabe der FINMA: Überwachung einer bewilligungspflichtigen Tätigkeit, Anleger- und Funktionsschutz
- Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands; notfalls mittels Verwaltungszwang (Enforcement)
- Deshalb: schnelles Handeln und rasche Verfahren erforderlich
- Auskunftspflicht als wichtigstes Untersuchungsmittel
- Internationale Sachverhalte und erheblicher Koordinationsbedarf mit ausländischen Behörden

# Fazit

## **Auswirkungen der Anwendung** der strafprozessualen Verfahrensgarantien im FINMA-Enforcement?

- Aussageverweigerungsrecht vs. Auskunftspflicht (immerhin: *BGE 140 II 384 E.3 [Spielbankenkommission]*)
- Längere Verfahren?
- Rasche Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands noch möglich?
- FINMA als Sanktionsbehörde? Machtkonzentration?
- Gleichwertigkeit mit ausländischen Aufsichtsbehörden?



# Anhang

# Literaturauswahl

BRAIDI GUILLAUME, L'individu en droit de la surveillance financière, Diss. Fribourg 2016

FRIEDMANN OLIVER/KUHN CHRISTOPH/SCHÖNKNECHT FLORIAN, Enforcement, in:  
Sester/Brändli/Bartholet/Schiltknecht, Finanzmarktaufsicht und Finanzmarktinfrastrukturen, Zürich/St. Gallen 2018

FROWEIN JOCHEN ABR./PEUKERT WOLFGANG, Europäische Menschenrechtskonvention, 3. Auflage, Kehl 2009

GÖKSU TARKAN, Art. 32 BV, in: Waldmann/Belser/Epiney (Hrsg.), Bundesverfassung, Basler Kommentar, Basel 2015

GRABENWARTER CHRISTOPH/PABEL KATHARINA, Europäische Menschenrechtskonvention, 6. Auflage, München 2016

HÄNER ISABELLE, Mindestgarantien für Strafverfahren und ihre Bedeutung für verwaltungsrechtliche Sanktionen, in: Häner/Waldmann (Hrsg.), Verwaltungsstrafrecht und sanktionierendes Verwaltungsrecht, Zürich/Basel/Genf 2010

KIENER REGINA/KÄLIN WALTER/WYTTENBACH JUDITH, Grundrechte, 3. Auflage, Bern 2018

NIGGLI MARCEL ALEXANDER/MAEDER STEFAN, Das Enforcementverfahren der Finanzmarktaufsicht (FINMA), Strafprozessuale Garantien im Verwaltungsrecht, in: Jusletter vom 7. März 2016

PFLAUM SONJA/WOHLERS WOLFGANG, Kurs- und Marktmanipulation, Straf- und aufsichtsrechtliche Relevanz der Manipulation von Börsenkursen, GesKR 2013, S. 523 ff.

UHLMANN FELIX, § 40 Verfahrensgrundrechte, in: Biaggini/Gächter/Kiener (Hrsg.), Staatsrecht, 2. Auflage, Zürich/St. Gallen 2015

UHLMANN FELIX, Berufsverbot nach Art. 33 FINMAG, in: SZW 2011, S. 437 ff.

ZULAUF URS ET AL., Finanzmarktenforcement, 2. Auflage, Bern 2014