

Höchstrichterlicher Schabernack beim FINMAG-Berufsverbot 1

Marcel Alexander Niggli

Vom kuriosen Umgang des Bundesgerichtes mit Literatur (BGE 142 II 243)

I. Das Bundesgericht zitiert

Es mag vielleicht den einen oder anderen interessieren, wie das Bundesgericht seine Auffassungen belegt, d. h. wie es mit Belegen umgeht. Nachfolgend ein leider typisches Beispiel. Es stammt aus BGE 142 II 243, 252.

«Ungeachtet der repressiven Elemente, welche das **Berufsverbot** im Sinne von Art. 33 FINMAG ebenfalls enthält (Botschaft FINMAG, BBl 2006 2848, 2882 zu Art. 33) **ist diese Sanktion nach nationalem Recht als administrativ und nicht als strafrechtlich zu qualifizieren** (Uhlmann, a. a. O., S. 442; Braidì, a. a. O., S. 216; Graf, a. a. O., S. 1201; Hsu/Bahar/Flühmann, a. a. O., N. 5f., N. 8 und 10 zu Art. 33 FINMAG; vgl. auch für die gesetzgeberischen Vorarbeiten Sanktionen in der Finanzmarktaufsicht, II. Teilbericht der vom Bundesrat eingesetzten Expertenkommission Zimmerli [Expertenbericht Zimmerli], S. 13f., S. 22f., www.admin.ch/ch/d/gg/pc/ind2004.html, unter: Bericht über die Sanktionen in der Finanzmarktaufsicht; zu den repressiven Sanktionen als eine Kategorie verwaltungsrechtlicher Massnahmen anstatt vieler JAAG/HÄGGI, in: VwVG, Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2009, N. 5 zu Art. 41 VwVG).»

Man gewinnt daraus notwendig den Eindruck, dass die fragliche Norm, das Berufsverbot nach Art. 33 FINMAG, nach Meinung der vorbrin-

genden Autoren – trotz seiner repressiven Natur – kein Strafrecht, sondern Verwaltungsrecht sei. Was sagen die zitierten Quellen wirklich?

II. Die zitierten Quellen

A. G. Braidì, *L'interdiction d'exercer selon l'art. 33 LFINMA*, SZW 2013, 204–219, 216

«Tout d'abord, concernant la classification de l'interdiction d'exercer en droit national, aussi bien la doctrine que la jurisprudence s'accordent à dire que l'art. 33 FINMA n'a pas été conçu comme une norme pénale. En effet, la LFINMA prévoit l'interdiction d'exercer, selon sa systématique, sous la section <autres moyens de surveillance> (art. 29 ss LFINMA) et non pas sous les dispositions pénales des art. 44 ss LFINMA. De plus, l'infliction d'une sanction d'interdiction d'exercer ne débouche pas sur une inscription dans le casier judiciaire. Il est donc exact que les mesures susceptibles d'être prises par la FINMA sur la base de l'art. 33 LFINMA relèvent du droit administratif en Suisse. **Toutefois, ce point n'est pas déterminant dans le contexte de l'art. 6 CEDH.**

Ensuite, s'agissant de la nature de l'infraction, autant le Message LFINMA que la FINMA elle-même ne cachent pas le **caractère répressif de l'interdiction d'exercer**. Comme il a été argumenté, **autant la nature que le but de la mesure vont au-delà de la <simple> surveillance**

des marchés, et nous laissent entrevoir le caractère punitif et dissuasif de la norme. En effet, elle vise explicitement à prévenir la répétition d'infractions futures et à punir les comportements fautifs passés. Or, selon la CourEDH, ces éléments sont autant d'indices qui témoignent de la nature pénale d'une disposition.»

Sehr deutlich, ja überdeutlich wird hier gesagt, dass Art. 33 FINMAG über die blosser Marktauf-sicht hinausgehe und punitiven und abschreckenden Charakter aufweise. Das Berufsverbot wolle strafend und zukünftigen Rechtsbrüchen vorbeugend (also spezialpräventiv, sprich abschreckend) wirken. Deutlicher lässt sich eine Norm nicht als Strafrecht charakterisieren.

«Ungeachtet der repressiven Elemente, welche das Berufsverbot im Sinne von Art. 33 FINMAG ebenfalls enthält ...»

B. D. Graf, Berufsverbote für Gesellschaftsorgane, AJP 2014, 1195–1206, 1201

«Im Gegensatz zur Gewährsbestimmung handelt es sich beim von der FINMA für die Dauer von bis zu fünf Jahren ausgesprochenen Berufsverbot i.S.v. Art. 33 FINMAG um eine explizit gegen das Individuum verfügte Massnahme, die vom im Finanzmarktrecht ansonsten geltenden Grundsatz der Institutsaufsicht abweicht. Es bezweckt einerseits den Anlegerschutz und ist andererseits darauf ausgerichtet, die Funktionsfähigkeit und das Vertrauen der Marktteilnehmer in die Finanzmärkte sicherzustellen. Anders als die Gewährsmassnahme ist das **Berufsverbot generalpräventiven und vor allem repressiven Charakters**, indem die fehlbaren

Personen für ihr vergangenes, individuell vorwerfbares Fehlverhalten sanktioniert werden sollen.»

Die fragliche Norm hat danach generalpräventiven (also die Allgemeinheit abschreckenden) und repressiven Charakter. Ziel ist die Bestrafung individuell vorwerfbares Verhaltens. Damit wird die Bestimmung ohne jeden vernünftigen Zweifel als Strafnorm qualifiziert, gleichgültig ob sie nun dem Straf- oder dem Verwaltungsrecht zugerechnet wird.

C. P. Ch. Hsu/B. Rashid/D. Flühmann, Kommentar zu Art. 32, in: R. Watter/P. Vogt (Hrsg.) BSK, Börsengesetz und Finanzmarktaufsichtsgesetz etc., 2. Aufl., Basel 2011

N 5 «Die der FINMA mit Art. 33 FINMAG übertragene Kompetenz ist ein wichtiges Element des verwaltungsrechtlichen Sanktionsinstrumentariums der Aufsichtsbehörde. **Gemäss der Botschaft FINMAG bezwecken die neu geschaffenen und in der FINMA vereinten Sanktionskompetenzen einerseits den Schutz der Gläubiger, Anleger und Versicherten als Marktteilnehmer (Individualschutz) sowie andererseits die Sicherstellung der Funktionsfähigkeit und des Vertrauens in die Finanzmärkte (...).**»

N 6 «Das Berufsverbot gem. Art. 33 FINMAG ist **repressiver Natur und ermöglicht der FINMA, fehlbare Personen in Fällen von gravierenden Widerhandlungen gegen das Aufsichtsrecht zu sanktionieren. Zentral ist dabei der generalpräventive Zweck** und die Verwirklichung der Ziele der Finanzmarktaufsicht (vgl. Botschaft FINMAG, 2882; Bericht Finanzmarktkrise, 27; FINMA-Leitlinien, Ziff. 1 und 2). **Weiter soll mit dem Berufsverbot auch das individuelle Fehlverhalten der verantwortlichen Person geahndet werden.**»

N 8 «Das Berufsverbot des Art. 33 FINMAG ist eine verwaltungsrechtliche Sanktion (...), welche durch die FINMA im Rahmen eines eingreifenden Verwaltungsverfahrens (...) nach den Regeln des Verwaltungsverfahrensgesetzes verfügt werden kann.»

Was «verwaltungsrechtliche Sanktion» meint, wird in N 9 erläutert:

N 9 «Das Fehlen von Gewährspflichten bei Funktionen unterhalb der Gewährsschwelle weist auf den **Sanktionscharakter des Berufsverbots für das Individuum** hin.»

Auch hier ergibt sich ohne jeden vernünftigen Zweifel, dass die Bestimmung nach der Ansicht der Autoren eine Strafnorm darstellt. Wenn sie repressiver Natur ist und gravierende Widerhandlungen sanktionieren soll, so spricht das bereits für sich. Dass sie generalpräventiven (also abschreckenden) Zweck haben und individuelles Fehlverhalten der verantwortlichen Person ahnden soll, bestätigt diese klare Sachlage. Natürlich kann man all dem auch Verwaltungsrecht sagen, aber es ändert eben nichts daran, dass es sich um Verwaltungs**straf**recht handeln muss.

D. T. Jaag/R. Häggi Furrer, Kommentar zu Art. 41, in: VwVG, B. Waldmann/Ph. Weissenberger (Hrsg.) Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich 2009 (ebenso die 2. Auflage 2016)

Die vorstehende Schlussfolgerung wird bestätigt durch den abschliessenden Verweis des BGer auf **Jaag/Häggi** zur Kategorie verwaltungsrechtlicher Massnahmen. Dort nämlich steht Folgendes:

N 5 «Mittels **pönaler Sanktionen (oder repressiver Sanktionen)** wird ein pflichtwidriges Verhalten des Bürgers **bestraft**; hingegen **wird damit der rechtmässige Zustand nicht wiederhergestellt. Pönale Sanktionen sollen von zukünftigem pflichtwidrigem Verhalten abhalten. Sie weisen somit einen strafenden und (general-) präventiven Charakter** auf. Art. 41 Abs. 1 VwVG sieht als pönale Sanktionen Strafen gestützt auf andere Bundesgesetze (lit. c) sowie wegen Ungehorsams gemäss Art. 292 StGB (lit. d)).»

III. Resultat

Dass ein Gericht eine andere Meinung vertritt als die Literatur, ist nicht aussergewöhnlich. Dass Referenzen bzw. Quellen, die zum Gegenteil der gerichtlichen Position sprechen, einfach ignoriert werden, kommt ebenfalls vor. Und selbst dass ein Gericht basierend auf diesen Quellen zu gegenteiligen Schlüssen kommt, liesse sich zur Not mit seiner Beschränktheit erklären. Dass es aber genau diese Quellen als Beleg seiner eigenen, diametral gegenläufigen Meinung angibt, erscheint doch recht unverschämt. Studentische Arbeiten dieser «Qualität» würden ohne nähere Begründung zurückgegeben. Erschreckend und beschämend zugleich ist, dass unser höchstes Gericht – unser höchstes (!) Gericht – auf diesem (!) fachlichen Niveau arbeitet.