

Bankkundengeheimnis & Mitwirkungspflicht nach FINMAG

Peter Aretin

Bundesstrafgericht (SK 2017.22, Strafkammer, 14. Juni 2018)

I. Zum Sachverhalt

Dem Beschuldigten wurde vorgeworfen, «er habe als Geschäftsleitungsmitglied der C. AG im Rang eines Direktors gegenüber der FINMA wissentlich falsche Auskünfte im Zusammenhang mit der Herausgabe von Daten der Zentralstelle für Kreditinformation (nachfolgend: ZEK) an den Kreditvermittler D. erteilt. Er habe damit gegen Art. 45 Abs. 1 FINMAG verstossen» (E. 2).

«Die C. AG mit Sitz in Zürich verfügt über eine Bewilligung der FINMA als Bank [...]. Ihr Geschäftsbereich umfasst insbesondere die Gewährung von Konsumkrediten [...]. Der Beschuldigte war anfangs 2014 General Counsel und Teil der fünfköpfigen Geschäftsleitung der C. AG im Rang eines Direktors mit Kollektivunterschrift zu zweien [...]. Diese Funktion hatte er seit 2007. Er war bis 2012 für die Bereiche Legal und Compliance verantwortlich. Ab 2012 leitete er ausschliesslich den Bereich Legal» (E. 3.1.1).

Im April 2011 erhielt die C. AG einen anonymen Hinweis. «Im Wesentlichen wurde beanstandet, die C. AG würde D. für Kreditneuanträge in grösserem Ausmass ZEK- und bankinterne ABOO-Auszüge in Papierform herausgeben [...]. Unrechtmässig war die Datenherausgabe, wenn es sich um mögliche Neukunden handelte. Die erwähnten Auszüge beinhalteten sensible Kundendaten (Kreditwürdigkeit etc.) im Zusammenhang mit der Kreditvergabe. Ausserdem wurde im anonymen Hinweis beanstandet, dass D. einigen Kunden den Kredit vor Ablauf der Widerrufsfrist sofort auszahle» (E. 3.2).

Es handelte sich um die Daten von ca. 40 000 Kunden. Die ZEK fragte bei der Unternehmung nach. «Die C. AG bzw. der Beschuldigte machte schliesslich in der Stellungnahme an die ZEK vom 18. November 2013 (wider besseren Wissens und entgegen den Tatsachen) geltend, es entspreche nicht der Praxis der Bank, dass im Rahmen der Vermittlung von Kreditverträgen einem Kreditvermittler konkrete ZEK-Daten offengelegt würden [...]. Weiter hielt das Schreiben fest, im Zusammenhang mit der Vermittlung von Kreditverträgen seien in der Vergangenheit im Einzelfall tatsächlich ZEK-Datenbankinhalte durch einzelne Mitarbeiter einer Filiale der Bank mit einem einzelnen Agenten besprochen und teilweise mutmasslich auch an diesen weitergegeben worden [...]. Der genaue Umfang der Weitergabe im Einzelfall sei der Bank nicht bekannt. Die Stellungnahme wurde vom Beschuldigten mitunterschieden» (E. 3.4).

«Nach dem Gesagten steht zweifelsfrei fest, dass die bankinternen Abklärungen und die Antwortschreiben unter der Leitung des Beschuldigten standen» (E. 3.5.9).

Der Beschuldigte bestritt später gegenüber einer Untersuchungsbeauftragten und der FINMA, falsche Auskünfte gegeben zu haben.

II. Das Bundesstrafgericht zu nemo tenetur

Der zentrale Passus der bundesstrafgerichtlichen Ausführungen zur Mitwirkungspflicht und dem Verbot des Selbstbelastungszwanges lautet wie folgt:

E. 5.8.2.8 «Gemäss Art. 29 Abs. 1 FINMAG besteht aber im **Verwaltungsverfahren der FINMA für Beaufsichtigte eine Mitwirkungspflicht**. Die Mitwirkungspflicht basiert auf dem Grundgedanken, dass sich die **Finanzmarktakteure mit der Übernahme einer bestimmten bewilligungspflichtigen Tätigkeit**, welche der Staat aufgrund ihrer besonderen Gefährlichkeit für gewichtige öffentliche Interessen, wie etwa funktionsfähige Finanzmärkte (siehe E. 4.2 und 6.3.3), **unter die Aufsicht der FINMA gestellt hat, freiwillig und wissentlich in ein besonderes Rechtsverhältnis zum Staat begeben**, von welchem sie auch profitieren. Im Rahmen solcher **«Sonderstatus- bzw. Sonderrechtsverhältnisse»** dürfen Grundrechte stärker eingeschränkt werden als im gewöhnlichen Hoheitsverhältnis zwischen Staat und Bürgern, und zwar in dem Masse, wie es die Natur des finanzmarktaufsichtsrechtlichen Sonderstatusverhältnisses verlangt. [...] Mit der Unterstellung unter das besondere Rechtsverhältnis haben sich die Finanzmarktakteure der entsprechenden Spezialgesetzgebung von Art. 29 FINMAG inklusive ihrer besonderen Auskunfts- und Herausgabepflichten unterworfen. Gemäss Bundesgericht kann sich auch eine juristische Person grundsätzlich auf das strafprozessuale Verbot des Selbstbelastungszwangs berufen (BGE 142 IV 207 E. 8.3.3). **Der «nemo tenetur»-Grundsatz ist jedoch in dem Sinne restriktiv zu handhaben, dass der aufsichtsrechtliche und strafprozessuale Zugriff auf Unterlagen, welche das beschuldigte Unternehmen aufgrund verwaltungsrechtlicher (insbesondere wie Banken konzessionsrechtlicher) Gesetzesvorschriften erstellen, aufbewahren und dokumentieren muss, nicht unterlaufen werden darf** (BGE 142 IV 207 E. 8.3.3, 8.18.3; 140 II 384 E. 3.3.4 S. 392f. m. H.). Gerade im Rahmen von Finanzdelikten stehen die Strafverfolgungsbehörden regelmässig vor schier unüberwindbaren Beweisschwierigkeiten [...], dies umso mehr, wenn die Informationen aus dem Verwaltungsverfahren einem Beweisverwertungsverbot unterstünden, weshalb ein Beweisverwertungsverbot im Strafprozess hinsichtlich der mittels finanzmarktrechtlicher Mitwirkungspflichten gemäss Art. 29 FINMAG erlangter

Informationen die Strafverfolgung in diesen Fällen faktisch verunmöglichen würde [...]»

«Ob die von der FINMA eingereichten Unterlagen im Verwaltungsstrafverfahren verwertet werden dürfen, ist aber insbesondere mit Blick auf die Rechtsprechung zu Art. 6 Ziff. 1 EMRK zu entscheiden. Nach der Praxis des EGMR und des Bundesgerichts gilt das Selbstbelastungsprivileg von Art. 6 EMRK als ungeschriebenes Grundrecht nicht «absolut» (BGE 142 IV 207 E. 8.4). Es verstösst gegen das Gebot der praktischen Konkordanz der Verfassungsinteressen, das Anliegen des Schutzes von Verfahrensrechten zu verabsolutieren und das ebenfalls verfassungsrechtliche Anliegen der Wirksamkeit des materiellen Rechts zu vereiteln. **Gerade bei juristischen Personen** ist eine differenzierte Abwägung vorzunehmen zwischen ihren grundrechtlich garantierten Verfahrensrechten und dem öffentlichen Interesse an einer effizienten strafprozessualen Wahrheitserforschung [...]»

«Nach dem Gesagten steht fest, dass die **Auskünfte des Beschuldigten und die Akten des Enforcementverfahrens verwertbar** sind. Die FINMA als Aufsichtsbehörde verlangte vom Beschuldigten gestützt auf Art. 29 FINMAG die Erteilung von Auskünften und drohte in den Auskunftersuchen vom 19. November 2013 und 14. Februar 2014 mit keinerlei Zwangsmitteln. Nach dem Gesagten würde aber nur dies zu einer strafprozessualen Unverwertbarkeit der falschen Aussagen führen (BGE 142 IV 207 E. 8.3.1., E. 8.11.) **Der Beschuldigte hätte sich persönlich durch eine umfassende und den Tatsachen entsprechende Auskunftserteilung gegenüber der FINMA keiner strafrechtlichen Verfolgung ausgesetzt. Aus alledem folgt ein Vorrang der finanzmarktrechtlichen Mitwirkungspflicht gemäss Art. 29 Abs.1 FINMAG gegenüber der Selbstbelastungsfreiheit.** Die Erteilung der mehrfachen falschen Auskünfte ist nicht durch das Verbot des Zwangs zur Selbstbelastung gerechtfertigt.»

Der Entscheid ist in vielerlei Hinsicht bemerkenswert. Bemerkenswert falsch.

III. Wer genau ist beschuldigt?

A. Unternehmen und seine Organe

Das erste, was einem bei der Lektüre auffällt, ist, dass andauernd zwischen dem Unternehmen und seinen Angestellten bzw. Organen hin- und hergesprungen wird. Das ist allerdings keine Besonderheit des Entscheides, sondern konzeptuell bereits im Gesetz angelegt, man denke nur an Art. 33 FINMAG (Berufsverbot), wo von «der verantwortlichen Person» die Rede ist, der «die Tätigkeit in leitender Stellung bei einer oder einem von ihr Beaufsichtigten» verboten werden könne. Die geschlechtsneutrale Formulierung täuscht nicht darüber hinweg, dass völlig unklar ist, wer denn genau die «verantwortliche Person» sei. Wer immer aber dies auch sei, ihr (dieser «verantwortlichen Person») wird die Tätigkeit untersagt bei einem der Aufsicht unterstehenden Unternehmen («einer oder einem von ihr [der FINMA] Beaufsichtigten»). Es dürfte nicht unwichtig sein, dass hier eine natürliche Person bestraft wird, die nicht der Aufsicht untersteht, indem ihr eine Tätigkeit untersagt wird bei einer juristischen Person, die der Aufsicht untersteht.

B. Die «Beaufsichtigte»

In casu etwa ist symptomatisch, dass auf Art. 29 Abs. 1 FINMAG und die dort statuierte Mitwirkungspflicht der «Beaufsichtigten» abgestellt wird. Diese Norm allerdings bezeichnet als «Beaufsichtigte» nicht etwa nur die Beaufsichtigte, sondern die *«Beaufsichtigten, ihre Prüfgesellschaften und Revisionsstellen sowie qualifiziert oder massgebend an den Beaufsichtigten beteiligte Personen und Unternehmen»*. Die Botschaft zum FINMAG verweist für den Begriff der «Beaufsichtigten» auf Art. 3 FINMAG. Dort wird geregelt: *«Der Finanzmarktaufsicht unterstehen: a. die Personen, die nach den Finanzmarktgesetzen eine Bewilligung, eine Anerkennung, eine Zulassung oder eine Registrierung der Finanzmarktaufsichtsbehörde benötigen; und b. die kollektiven Kapitalanlagen»*. Den Angeklagten konnte das als «General Counsel» und Mitglied der Geschäftsleitung jedenfalls nicht erfassen. Ein Gesellschaftsorgan ist ja nicht *per se* «qualifiziert oder massgebend» an einem Unternehmen beteiligt.

C. Bewilligungspflichtige Tätigkeit und freiwillige Unterstellung unter die Aufsicht?

Auch das nächste Argument des Bundesstrafgerichts folgt dieser Verwirrung: Finanzmarktakteure hätten sich mit der Übernahme einer bewilligungspflichtigen Tätigkeit unter die Aufsicht der FINMA gestellt. Das stimmt für Angestellte und Organe beaufsichtigter Unternehmen schlicht nicht. Auch dass sich sie *«freiwillig und wissentlich in ein besonderes Rechtsverhältnis zum Staat begeben»* hätten, trifft einfach nicht zu. Glaubt das Bundesstrafgericht tatsächlich, dass sich ein Geschäftsleitungsmitglied oder ein Compliance Officer einer Bank in ein besonderes Rechtsverhältnis zum Staat begeben? Zum Staat? Das erscheint doch als extrem kollektivistisch-planwirtschaftliche Sichtweise. Dass das Gericht von «Sonderstatusverhältnis» spricht, erscheint denn auch indikativ für die vollständige Verwirrung. Angestellte und Organe einer beaufsichtigten Unternehmung als eine Art Strafgefangene, Soldaten oder Beamte? Das kann nicht ernst gemeint sein.

D. Unternehmensorgane als Objekte von Sonderstatusverhältnissen?

Dass die *«Grundrechte [von Angestellten und Organen beaufsichtigter Unternehmungen] stärker eingeschränkt werden [dürften] als im gewöhnlichen Hoheitsverhältnis [!] zwischen Staat und Bürgern [im gewöhnlichen Hoheitsverhältnis zwischen Staat und Bürgern!]»*, muss in höchstem Masse erstaunen. Und dass diese Einschränkung individualrechtlicher (!) Grundrechte abhängen soll von der Massgabe *«der Natur des finanzmarktaufsichtlichen Sonderstatusverhältnisses»* kann nur erschrecken. Denn – soweit man überhaupt von einem «finanzmarktaufsichtlichen Sonderstatusverhältnis» sprechen könnte, träfe es eben die beaufsichtigte Unternehmung, nicht deren Mitarbeiter oder Organe, und schon gar nicht die für die Compliance zuständigen beratenden Stabsstellen.

E. Pflichten des Unternehmens

Und weiter in der Nebelwerferei: *«Der «nemo tenetur»-Grundsatz [sei] jedoch in dem Sinne res-*

triktiv zu handhaben, dass der aufsichtsrechtliche und strafprozessuale Zugriff auf Unterlagen, welche das **beschuldigte Unternehmen** aufgrund verwaltungsrechtlicher (insbesondere wie Banken konzessionsrechtlicher) Gesetzesvorschriften erstellen, aufbewahren und dokumentieren muss, nicht unterlaufen werden» dürfe. Eben! Das beschuldigte Unternehmen. Um das Unternehmen aber geht es im vorliegenden Entscheid gerade nicht. Nicht das Unternehmen ist in casu beschuldigt, sondern sein General Counsel. Und zwar wegen Verletzung der Auskunftspflicht. Ausführungen zum Unternehmen und seinen Pflichten können daher die Rechtsposition eines Angestellten oder Organes gerade nicht betreffen.

Angestellte und Organe einer beaufsichtigten Unternehmung als eine Art Strafgefangene, Soldaten oder Beamte? Das kann nicht ernst gemeint sein.

F. Beweisverwertungsverbote und Strafverfolgung

«Gerade im Rahmen von Finanzdelikten stehen die Strafverfolgungsbehörden regelmässig vor schier unüberwindbaren Beweisschwierigkeiten [...]». Das kann nicht massgeblich sein. Den Strafverfolgungsbehörden stehen ja Zwangsmassnahmen zur Verfügung. So ist etwa eine Durchsuchung von Wohnungen etc. nach Art. 48 VStrR ohne Überprüfung eines Zwangsmassnahmengerichtes, alleine auf schriftlichen Befehl des «Direktors oder Chefs der beteiligten Verwaltung»

zulässig. Wie sich der Zwang zur Selbstbelastung rechtfertigen liesse, bleibt unverständlich. Solcherart gewonnene Informationen unterstünden ja auch keinem Beweisverwertungsverbot. Aber auch dass ein entsprechendes Beweisverwertungsverbot «Strafverfolgung in diesen Fällen faktisch verunmöglichen würde», kann nicht zutreffen. Genau das nämlich gilt ja – nach jahrelangem Würgen und Ächzen im Steuerstrafrecht. Das Bundesstrafgericht wird nicht ernsthaft behaupten wollen, dass unser Steuerstrafrecht nicht funktionstüchtig sei. Oder etwa doch?

G. Abwägung von Verfahrensrechten mit Interesse an effizienter Strafverfolgung

Auch der nächste Passus bleibt in derselben Verwirrung bzw. Verwirrtheit von Unternehmung und natürlicher Person: «**Gerade bei juristischen Personen** [sei] eine differenzierte Abwägung vorzunehmen zwischen ihren grundrechtlich garantierten Verfahrensrechten und dem öffentlichen Interesse an einer effizienten strafprozessualen Wahrheitserforschung». Mag ja sein. Doch ist Gegenstand des Verfahrens und Urteils des Bundesstrafgerichts eben keine juristische Person, sondern der Angeklagte. Und er ist eben gerade nicht mit dieser Person identisch.

IV. Auskunftspflicht und Strafbarkeitsrisiken

A. Verfolgungskompetenz und Verfahrensordnung

Die möglicherweise erschreckendste Fehleinschätzung aber kommt erst jetzt: «Der Beschuldigte hätte sich persönlich durch eine umfassende und den Tatsachen entsprechende Auskunftserteilung gegenüber der FINMA keiner strafrechtlichen Verfolgung ausgesetzt.» Stimmt diese apodiktische Aussage? Leider nein.

Nach Art. 50 FINMAG werden Widerhandlungen gegen das FINMAG oder die Finanzmarktgesetze vom Eidgenössischen Finanzdepartement nach dem Verwaltungsstrafrecht (SR 313.0) verfolgt und beurteilt. Anderes gilt nur, wenn FINMAG oder die Finanzmarktgesetze anderes bestimmen. Finanzmarktgesetze sind nach Art. 1 FINMAG die folgenden Erlasse:

1. Pfandbriefgesetz vom 25. Juni 1930;
2. Versicherungsvertragsgesetz vom 2. April 1908;
3. Kollektivanlagengesetz vom 23. Juni 2006;
4. Bankengesetz vom 8. November 1934;
5. Börsengesetz vom 24. März 1995;
6. Geldwäschereigesetz vom 10. Oktober 1997;
7. Versicherungsaufsichtsgesetz vom 17. Dezember 2004;
8. Finanzmarktinfrastrukturgesetz vom 19. Juni 2015.

B. Geheimnisse

Bemerkenswert ist nun, dass Art. 47 Bankgesetz eine Ausnahme zur Kompetenz der verfolgenden Behörde und der Prozessordnung statuiert. Verletzungen des Bankkundengeheimnisses nämlich werden gemäss Art. 47 Abs. 6 BankG durch die Kantone verfolgt. Zur Anwendung gelangt entsprechend (e contrario Art. 1 VStrR [VStrR ist anwendbar, wenn Verfolgung/Beurteilung einer Verwaltungsbehörde des Bundes obliegen]) die Strafprozessordnung. Dieselbe Struktur bzw. dieselbe Ausnahme macht auch das Finanzmarktinfrastrukturgesetz (FinfraG, SR 958.1). Nach dessen Art. 156 nämlich unterstehen Verfolgung und Beurteilung von Widerhandlungen nach Art. 154 und 155 FinfraG der Bundesgerichtsbarkeit, wobei eine Übertragung der Zuständigkeit von Verfolgung und Beurteilung an die kantonalen Behörden ausdrücklich ausgeschlossen wird. Das genaue Gegenteil aber wird in Art. 156 Abs. 2 FinfraG für die Verfolgung und Beurteilung von Widerhandlungen nach Art. 147 FinfraG bestimmt. Verletzungen des Berufsheimnisses verfolgen und beurteilen danach die Kantone. Was wiederum (e contrario Art. 1 VStrR) zur Anwendung der StPO führt.

Verletzungen der Geheimnisse (Bankkundengeheimnis, Berufsheimnis) werden mithin (1) nicht vom Eidgenössischen Finanzdepartement verfolgt und (2) nicht nach Verwaltungsstrafrecht. Dass sowohl Art. 47 BankG als auch Art. 147 FinfraG jeweils Vorbehalte zugunsten eidgenössischer und kantonaler Bestimmung über die Zeugnispflicht und Auskunftspflicht

gegenüber einer Behörde statuieren, vermag daran nichts zu ändern. Es können nämlich weder Auskunftspflichten eines beaufsichtigten Unternehmens, noch irgendwelche ominöse Sonderstellungen, und schon gar nicht das öffentliche Interesse an einer effizienten Strafverfolgung die Verletzung eines Geheimnisses rechtfertigen, das einen Einzelnen Kunden betrifft. Wollte man das nämlich behaupten, so müsste man sich offen zum Kollektivismus bekennen: Die Geheimhaltungsinteressen des einzelnen, individuellen Geheimnisherrn müssten grundsätzlich und allgemein als weniger bedeutsam gewertet werden, als die Strafverfolgungsinteressen der Gemeinschaft in einem völlig anderen Verfahren, vor anderen Behörden und nach anderer Verfahrensordnung. Das mag in Nordkorea richtig sein. Hier in der Schweiz – jedenfalls der Schweiz, wie wir sie bisher kannten – hatten wir für eine andere Prioritätenordnung optiert.

C. Kooperation

Nur der Vollständigkeit halber sei auf Art. 38 FINMAG hingewiesen, nach welchem die FINMA und die zuständigen Strafverfolgungsbehörden die notwendigen Informationen austauschen und zur Erfüllung ihrer Aufgaben verwenden. Die FINMA ist nach Art. 38 Abs. 3 FINMAG sogar *verpflichtet*, gemeinrechtliche Verbrechen und Vergehen gegen die Finanzmarktgesetze (wie eben die Verletzung von Bankkunden oder Berufsheimnis) den zuständigen (kantonalen) Strafverfolgungsbehörden zu melden. Schöne Weihnacht all den betroffenen Personen!

V. Die einschlägigen Bestimmungen

Art. 33 FINMAG Berufsverbot

¹ Stellt die FINMA eine schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen fest, so kann sie der verantwortlichen Person die Tätigkeit in leitender Stellung bei einer oder einem von ihr Beaufsichtigten untersagen.

² Das Berufsverbot kann für eine Dauer von bis zu fünf Jahren ausgesprochen werden.

Art. 38 FINMAG Strafbehörden

¹ Die FINMA und die zuständige Strafverfolgungsbehörde tauschen die im Rahmen der Zusammenarbeit und zur Erfüllung ihrer Aufgaben notwendigen Informationen aus. Sie verwenden die erhaltenen Informationen ausschliesslich zur Erfüllung ihrer jeweiligen Aufgaben.

² Sie koordinieren ihre Untersuchungen, soweit möglich und erforderlich.

³ Erhält die FINMA Kenntnis von gemeinrechtlichen Verbrechen und Vergehen sowie Wider-

handlungen gegen dieses Gesetz und die Finanzmarktgesetze, so benachrichtigt sie die zuständigen Strafverfolgungsbehörden.

Art. 45 FINMAG Erteilen falscher Auskünfte

¹ Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe wird bestraft, wer vorsätzlich der FINMA, einer Prüfgesellschaft, einer Selbstregulierungsorganisation, einer Beauftragten oder einem Beauftragten falsche Auskünfte erteilt.

² Wer fahrlässig handelt, wird mit Busse bis zu 250 000 Franken bestraft.