

ius.focus

Juni 2020 Heft 6

Aktuelle Rechtsprechung kompakt

ZGB

Vorkaufsrecht im Miteigentums- und Baurechtsverhältnis

Obligationenrecht (AT/BT)

Begründung des Anfangsmietzinses bei Erstvermietung

Gesellschaftsrecht

Auflösung von Gesellschaften bei Mängeln in der Organisation

Haftpflichtrecht und privates Versicherungsrecht

Festsetzung von Maximaltarifen in den zusätzlichen Versicherungsbedingungen

Handels- und Wirtschaftsrecht

Berufsverbot nach Art. 33 FINMAG: Individuelle, schwere Verletzung trotz Organisationsverschulden bejaht

Zivilprozessrecht

Keine Rückzahlung eines bereits geleisteten Kostenvorschusses nach Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege

SchKG

Provisorische Rechtsöffnung in der Betreuung auf Grundpfandverwertung

IPR, LugÜ, Schiedsgerichtsbarkeit

Zusammenhängende Klagen unter LugÜ

Strafrecht, Strafprozessrecht

Legalprognose, Gutachten und Therapie

Anwaltsrecht

Strafverteidiger als potenzieller Zeuge im Verfahren seines Klienten

**Berufsverbot nach Art. 33 FINMAG:
Individuelle, schwere Verletzung
trotz Organisationsverschulden
bejaht**

Art. 33 FINMAG; Art. 6, Art. 9 Abs. 1 lit. a Ziff. 2 GwG;
Art. 5 Abs. 2, Art. 9, Art. 36 Abs. 3 BV

**Organisationsmängel beseitigen die individuelle
Zurechenbarkeit von Aufsichtsrechtverletzungen
nicht. Aufgrund der wirtschaftspolizeilichen Natur
des Berufsverbots nach Art. 33 FINMAG sind keine
hohen Anforderungen an das Verschulden zu
stellen.** [150]

BGer 2C_192/2019 vom 11. März 2020

Im Zusammenhang mit der mutmasslichen Korruptionsaffäre rund um den malaysischen Staatsfond untersuchte die FINMA im Rahmen eines Enforcementverfahrens die Geschäftsbeziehung der Bank B. zu dem intern als «High-Risk» klassifizierten Kunden H. Dieser wickelte über seine Konti bei der Bank B. Transaktionen im neunstelligen Bereich ab. Der damalige CEO und der damalige Verwaltungsratspräsident der Bank B. übten Druck aus, damit diese Transaktionen rasch und unkompliziert genehmigt würden. Die FINMA verfügte gegen A., dem General Counsel und Leiter der Abteilung Legal & Compliance sowie späteren Managing Director und stellvertretenden COO der Bank B., ein Verbot der Ausübung einer Tätigkeit in leitender Stellung bei einem von der FINMA beaufsichtigten Unternehmen für die Dauer von zwei Jahren gemäss Art. 33 FINMAG. A. wird eine Verletzung von Art. 9 Abs. 1 lit. a Ziff. 2 GwG vorgeworfen, da er aktenkundig trotz erheblichen Zweifeln hinsichtlich der Verwendung der transferierten Mittel von einer Meldung an die Meldestelle für Geldwäscherei (MROS) bzw. an die bankinterne Compliance absah. Dagegen erhob A. Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht, das die Verfügung der FINMA mit Blick auf das als leicht qualifizierte Mitverschulden aufhob. Daraufhin erhob die FINMA Beschwerde in öffentlichen Angelegenheiten ans Bundesgericht (BGer).

Das BGer hielt zunächst fest, die Sanktion des Berufsverbots nach Art. 33 FINMAG setze erstens eine schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen voraus, die zweitens individuell zurechenbar sei, d.h. es müsse eine aktive Aufsichtsrechtsverletzung, ein pflichtwidriges Nicht-einschreiten gegen eine Aufsichtsverletzung trotz Kenntnis oder eine pflichtwidrige Unkenntnis der Aufsichtsrechtsverletzung vorliegen. Die Sanktion des Berufsverbots solle nicht mit dem Hinweis auf die interne Aufgabenteilung bzw. ein Organisationsverschulden ausgehebelt werden können (E. 3.2). In Übereinstimmung mit der wirtschaftspolizeilichen Natur des Berufsverbots seien daher an das Verschulden keine hohen Anforderungen zu stellen. Insb. habe ein Compliance-Officer stets die nach den Umständen gebotene und zumutbare Sorgfalt zu beachten und folglich für jede, auch die fahrlässig begangene Pflichtverletzung einzustehen (E. 3.3). Denn Finanzintermediären komme hinsichtlich der Meldepflicht nach Art. 9 i.V.m. Art. 6 GwG eine Garantenstellung zu; sie müssten sich deshalb angemessen organisieren, um Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung zu verhindern (E. 4.1). Mit der Voraussetzung der schweren Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen habe der Gesetzgeber das Verhältnismässigkeits- und Opportunitätsprinzips zu verankern beabsichtigt, um marginale Verletzungen von den spezifisch aufsichtsrechtlichen Sanktionsmassnahmen auszunehmen (E. 4.5).

Das BGer berücksichtigte insb. die bankinterne Weisung, wonach jeder Mitarbeiter bei Verdacht auf Geldwäscherei zur umgehenden Meldung an die interne Compliance-Abteilung verpflichtet sei, welcher, nach Konsultation der Geschäftsleitung, der Entscheid hinsichtlich einer Meldung an MROS obliege. Angesichts dessen, dass die Geschäftsbeziehung mit H. aufgrund der Höhe der Transaktionen als solche mit erhöhten Risiken einzustufen war und die Herkunft der Vermögenswerte sowie die Hintergründe und die Plausibilität der grösseren Zahlungseingänge nicht zufriedenstellend geklärt werden konnten, war gemäss BGer eine Verletzung der aufsichtsrechtlich zentralen Meldepflicht von Art. 9 Abs. 1 GwG zu bejahen (E. 5.2). A. hätte organisatorisch wie auch faktisch den Entscheid der Geschäftsleitung zugunsten einer Meldung an MROS beeinflussen können. Indes positiv zu würdigen sei, dass A. von seinen hierarchisch Vorgesetzten unter Druck gesetzt und teilweise getäuscht worden sei sowie dass die Geschäftsleitung über die geldwäschereirechtlich heiklen Aspekte jederzeit informiert gewesen sei. Diese Organisationsmängel und eine allfällige Strafbarkeit des Gremiums hindern jedoch die individuelle Zurechenbarkeit der Aufsichtsrechtsverletzung nicht. Im Ergebnis erachtete das BGer das von der FINMA verhängte zweijährige Berufsverbot nach Art. 33 FINMAG als angemessen und damit rechtmässig und hiess die Beschwerde gut (E. 5.4.2).

Kommentar

Unter Bezugnahme auf die wirtschaftspolizeiliche Natur des Berufsverbots lockert das BGer die Anforderungen an die Vorwerfbarkeit des strafbaren Verhaltens stark. Dies erstaunt angesichts des gesetzgeberischen Entscheids, nur schwere Verletzungen mittels Berufsverbot zu sanktionieren, ist jedoch mit Blick auf den in der Praxis oftmals schwierig zu erbringenden Nachweis persönlicher Verantwortlichkeit nachzuvollziehen.

Mirco Ceregato/Ramona Keist

«primeGear» ist ein Zeichen des Gemeinguts – kein Markenschutz

Art. 2 lit. a MSchG

«primeGear» ist keine schützenswerte Marke, weil das Zeichen das Hilfsmittel beschreibt, mit dem die beanspruchten Dienstleistungen ausgeführt werden. [151]

BVGer B-6307/2019 vom 17. April 2020

Die Beschwerdeführerin X. ersuchte das Eidgenössische Institut für Geistiges Eigentum (IGE, Vorinstanz) um Eintragung der Wortmarke «primeGear» in Klasse 40 für Dienstleistungen für die thermische Oberflächenbearbeitung von Werkzeugen und Maschinenbauteilen.

Das IGE wies das Gesuch mit der Begründung ab, das Zeichen gehöre aufgrund seines beschreibenden Charakters dem Gemeingut an, weshalb der Markenschutz nicht greife.

Auf Beschwerde gegen die Abweisungsverfügung führt das BVGer aus, Zeichen i.S.v. Art. 2 lit. a MSchG, die zum Gemeingut gehörten, seien mit gewissen Ausnahmen vom Markenschutz auszuschliessen (E. 2.1). Gemeingut seien u.a. Zeichen, die sich mangels Unterscheidungskraft nicht zur Identifikation von Waren oder Dienstleistungen eignen. Die Unterscheidungskraft fehle Zeichen, die beschreibender Natur seien und von den massgeblichen Verkehrskreisen unmittelbar und ausschliesslich als Aussage über bestimmte Eigenschaften der zu kennzeichnenden Waren oder Dienstleistungen verstanden würden, d.h. insb. Zeichen, die als Hinweis auf den Verwendungszweck der beanspruchten Dienstleistung aufgefasst würden. Blosser Gedankenassoziationen, die ein Zeichen wecke und die nur entfernt auf Dienstleistungen hindeuteten, hätten hingegen keinen Gemeingutcharakter. Entscheidend sei die Erkennbarkeit des beschreibenden Charakters der Marke für einen erheblichen Teil der schweizerischen Markenadressaten ohne besondere Denkarbeit oder besonderen Aufwand an Fantasie (E. 2.2). Auch stellt das BVGer klar, eine allfällige Mehrfachbedeutung eines Zeichens führe zumindest nicht

automatisch zu dessen Schutzfähigkeit. Vielmehr reiche es für die Verweigerung des Markenschutzes bereits, wenn eine der Zeichendeutungen eine unmittelbare Aussage über die betreffende Dienstleistung enthalte (E. 2.3).

X. argumentiert mit der Mehrdeutigkeit des Zeichens für die massgebenden Verkehrskreise. Ob «primeGear» eine vorbereitende Dienstleistung für ein Getriebe/Zahnrad oder aber ein erstklassiges Getriebe/wesentlicher Gang darstelle, sei nicht klar. Diese Mehrdeutigkeit, so X., Sorge bereits für genügend Unterscheidungskraft. Zudem habe «prime» keinen beschreibenden Charakter, da erst die gedankliche Verbindung von «prime» mit «Gear» einen Sinneszusammenhang ergebe. Vorliegend führe der mit «prime» bezeichnete Oberflächenvorbereitungsschritt nicht umgehend zum Endprodukt «Gear». Abschliessend bringt X. vor, die Vorinstanz habe dem Zeichen «Prime Speed», das ihrer Ansicht nach mit dem Zeichen «primeGear» gleichzusetzen sei, den Markenschutz gewährt. Aufgrund der Gleichbehandlung müsse daher auch dem Eintragungsgesuch von «primeGear» entsprochen werden (E. 4.2). Wie die Vorinstanz zerlegt das BVGer für die Frage der Schutzfähigkeit das Zeichen «primeGear» in seine Bestandteile «prime» und «Gear», was dem Gedankengang des durchschnittlichen Verkehrsteilnehmers entspreche (E. 5.1). Unter Berücksichtigung des Verständnisses relevanter Abnehmerkreise sei hier «primeGear» mit «erstklassiger Ausrüstung», «erstklassiges Getriebe» und «erstklassiges Zahnrad» gleichzusetzen. Allen drei Bedeutungen sei gemeinsam, dass zwischen ihren Bedeutungen und der daraus abgeleiteten Dienstleistung ein unmittelbarer Bezug und damit eine anpreisende Wirkung vorlägen. Darüber hinaus beschreibe das Zeichen das Hilfsmittel, mit welchem die beanspruchte Dienstleistung ausgeführt werde (E. 5.3).

Der von X. geltend gemachte, notwendige gedankliche Zwischenschritt für die Erfassung des Zeichens lehnt das BVGer aus syntaktischen Gründen ab. Es sei selbsterklärend, dass man das Wort «prime» unmittelbar in Bezug setze zum nachfolgenden Wortteil «Gear» (E. 5.3). Auch sei hier das Gebot der Gleichbehandlung nicht verletzt, da das Zeichen «Prime Speed» einer anderen Dienstleistungskategorie als «primeGear» angehöre, weshalb es bereits an der Vergleichbarkeit beider Zeichen fehle (E. 6).

Insgesamt sei das Zeichen «primeGear» für die beanspruchten Dienstleistungen beschreibend, falle unter den Begriff des Gemeinguts und sei nicht als Marke zu schützen.

Kommentar

Die Schlussfolgerungen des BVGer überzeugen. Die Herleitung des Gemeingutcharakters von «primeGear» entspricht der bisherigen verwaltungsgerichtlichen Praxis.

Reto Arpagaus/Dominique Simmen