

ius.focus

April 2020 Heft 4

Aktuelle Rechtsprechung kompakt

ZGB

Provisio ad litem – Leistung eines
Prozesskostenvorschusses an den Ehegatten

Obligationenrecht (AT/BT)

Nichtige Mietzinserhöhung

Gesellschaftsrecht

Haftung des Geschäftsführers einer GmbH
für Sozialversicherungsbeiträge

Haftungspflichtrecht und privates Versicherungsrecht

Verzugszinsen bei strittigen Versicherungs-
ansprüchen

Handels- und Wirtschaftsrecht

Strafcharakter des «naming and shaming»

Zivilprozessrecht

Revision des vor der Schlichtungsbehörde
abgeschlossenen Vergleichs aufgrund
eines Willensmangels

SchKG

Betreibung gegen den Willensvollstrecker

IPR, LugÜ, Schiedsgerichtsbarkeit

Internationale Zuständigkeit für Widerspruchsklage

Strafrecht, Strafprozessrecht

Geringfügiges Vermögensdelikt

Anwaltsrecht

Schweizer Master heilt ausländischen Bachelor
nicht

Strafcharakter des «naming and shaming»

Art. 34 FINMAG; Art. 6 EMRK

Die Publikationsanordnung nach Art. 34 FINMAG stellt keine strafrechtliche Sanktion i.S.v. Art. 6 EMRK dar. [97]

BGer 2C_92/2019 vom 31. Januar 2020 (Publikation vorgesehen)

Im Rahmen eines Enforcementverfahrens gegen die C. AG stellte die FINMA mit Verfügung fest, dass A. (Beschwerdeführer) als deren Verwaltungsrat einen massgeblichen Beitrag an deren unerlaubten Tätigkeit geleistet habe. A. wurde angewiesen, jegliche finanzmarktrechtliche bewilligungspflichtige Tätigkeit und entsprechende Werbung zu unterlassen. Die FINMA ordnete die Veröffentlichung dieser Unterlassungsanweisung ab deren Rechtskraft für die Dauer von zwei Jahren an. Die dagegen von A. erhobene Beschwerde wies das Bundesverwaltungsgericht ab.

Daraufhin erhob A. Beschwerde ans Bundesgericht. A. rügte, dass die Publikationsanordnung nach Art. 34 FINMAG aufgrund ihrer repressiven Wirkung Strafcharakter habe, weshalb die Aufforderung der FINMA an A. zur Kooperation unter Hinweis auf die Auskunftspflicht (Art. 29 FINMAG) und die Strafandrohung (Art. 45 FINMAG) den *nemo-tenetur* Grundsatz und die Unschuldsvermutung (Art. 6 Ziff. 1 EMRK, Art. 32 BV) verletze. Zudem sei die Unterlassungsanweisung falsch und irreführend formuliert worden.

Zur Prüfung des Strafcharakters stellt das Bundesgericht auf die vom EGMR entwickelten «Engel-Kriterien» ab. Danach liegt eine strafrechtliche Anklage i.S.v. Art. 6 EMRK vor, wenn alternativ entweder das nationale Recht eine staatliche Massnahme dem Strafrecht zuordnet oder die Natur oder die Art und Schwere des Vergehens und/oder die Sanktion für einen strafrechtlichen Charakter sprechen (E. 5.2).

Das erste Kriterium sei nicht erfüllt, da die Publikationsanordnung ihre Rechtsgrundlage im Kapitel über die aufsichtsrechtlichen Instrumente eines wirtschaftspolizeilichen Erlasses habe. Entsprechend liege keine Massnahme des Strafrechts nach nationalem Recht vor (E. 5.3).

Adressat der Publikationsanordnung nach Art. 34 FINMAG sei nicht die Allgemeinheit sondern ein bestimmter Berufsstand. Es handle sich um Personen, die sich in einem besonderen bewilligungs-, anerkennungs-, zulassungs- oder registrierungspflichtigen Rechts- oder Aufsichtsverhältnis befänden und zur Einhaltung mit diesem besonderen Rechts- oder Aufsichtsverhältnis im Zusammenhang stehenden aufsichtsrechtlichen Pflichten angehalten würden (vgl. Art. 3 lit. a FINMAG) (E. 5.4.3.2). Wegen des begrenzten Adressatenkreises sei die Publikationsanord-

nung als eine Art Disziplinarsanktion anzusehen. Zudem stehe bei der Publikationsanordnung nach einem zeitgemässen Gesetzesverständnis nicht mehr das eigentliche «naming and shaming», das zumindest für Personen mit einer guten Reputation eine repressive Wirkung entfalten könne, sondern die Herstellung von Markttransparenz als einem wesentlichen Element der Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte im Vordergrund. Der aus der Publikation resultierende (wirtschaftliche) Nachteil wiege nicht schwer genug, um die Sanktion als strafrechtlich zu qualifizieren. Selbst ein dauernder Entzug einer in einem besonderen Rechts- oder Aufsichtsverhältnis zuvor erteilten Bewilligung für die Ausübung einer bestimmten Tätigkeit führe nach der Rechtsprechung des EGMR noch nicht zu einer Qualifikation der Sanktion als strafrechtlich i.S.v. Art. 7 EMRK, falls der Betroffene immer noch einen anderen Beruf auf seinem angestammten Ausbildungsfeld ausüben könne. Zusammenfassend sprächen die Natur bzw. die Art und Schwere des Vergehens für eine Qualifikation der Publikationsanordnung als verwaltungsrechtliche Disziplinarregelung im besonderen Rechts- oder Aufsichtsverhältnis und nicht als strafrechtliche Anklage i.S.v. Art. 6 EMRK (E. 5.4.3.3). Entsprechend erweise sich die Beschwerde wegen Verletzung von Art. 6 EMRK und Art. 32 BV als unbegründet (E. 5.5).

Indessen heisst das Bundesgericht die Beschwerde betreffend die Rüge der mangelhaft formulierten Unterlassungsanweisung gut. Beim Verbot der *bewilligungslosen* Ausübung jeglicher bewilligungspflichtiger finanzmarktrechtlicher Tätigkeit handle es sich um eine Warnung bzw. Ermahnung im Sinne einer Erinnerung an die Rechtslage. Entsprechend habe die FINMA diesen Rahmen überschritten, wenn sie die Ausübung *jeglicher* finanzmarktrechtlicher bewilligungspflichtiger Tätigkeit untersagt habe (E. 6.1).

Kommentar

Das Bundesgericht lässt ausser Acht, dass Art. 34 FINMAG aufgrund von Art. 145 FinfraG auf sämtliche Personen anwendbar ist, welche Art. 120, 121, 124, 142 oder 143 FinfraG verletzen, und damit nicht nur einen bestimmten Berufsstand betrifft. Ob die Argumentation, es handle sich bei der Sanktion von Art. 34 FINMAG um eine Disziplinarsanktion, richtig ist, ist damit zweifelhaft. Im Umkehrschluss ergäbe sich sodann, dass die Publikationsanordnung als strafrechtliche Anklage i.S.v. Art. 6 EMRK zu qualifizieren wäre, wenn es sich bei der betroffenen Person nicht um einen Beaufichtigten nach Art. 3 lit. a BankG handelt.