

Band 128

# Schweizer Schriften zum Finanzmarktrecht

Herausgegeben von  
Prof. Dr. Dieter Zobl  
Prof. Dr. Rolf H. Weber  
Prof. Dr. Rolf Sethe

Carole Claudia Beck

## Enforcementverfahren der FINMA und Dissonanz zum nemo tenetur-Grundsatz

Grundlagen, Übersicht und Lösungs-  
ansätze unter spezieller Berücksichtigung  
der internen Untersuchung

Schulthess § 2019

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	VII
Inhaltsübersicht .....	IX
Inhaltsverzeichnis.....	XIII
Abkürzungsverzeichnis .....	XXIII
Literaturverzeichnis.....	XXXI
Materialien .....	LV
§ 1 Einleitung.....	1
I. Ausgangslage und Zielsetzung.....	1
II. Gang der Untersuchung.....	2
III. Abgrenzungen und Terminologie.....	3
Teil 1: Enforcementverfahren der FINMA .....	5
§ 2 Vorbemerkungen.....	5
§ 3 Einführung .....	5
I. Die FINMA und ihre Aufsichtstätigkeit.....	5
II. Enforcement der FINMA .....	10
A. Terminologie und Gegenstand.....	10
B. Adressaten und Verfahrensgegenstände .....	14
C. Geschäftsbereich Enforcement der FINMA .....	17
D. Enforcement-Strategie der EBK und der FINMA .....	19
1. Enforcement-Strategie der EBK.....	19
2. Enforcement-Policy der FINMA.....	20
3. Strategische Ziele der FINMA .....	21
4. Leitlinien zum Enforcement 2014.....	22
§ 4 Ablauf eines Enforcementverfahrens.....	24
I. Vorabklärungen .....	24
A. Rechtliche Einordnung.....	26
B. Gewährung der Parteirechte im Vorabklärungsverfahren.....	28
1. Geltung des VwVG im Vorabklärungsverfahren.....	28
2. Abgrenzung zwischen Vorabklärungsverfahren und formellem Verfahren.....	31
3. Rechtsbehelfe.....	32
C. Mitwirkungspflicht der Betroffenen im Vorabklärungsverfahren.....	33
1. Mitwirkungspflicht nach Art. 29 Abs. 1 FINMAG.....	34
a) Ausgangslage .....	34

b) Persönlicher Anwendungsbereich .....	35
aa) Beaufsichtigte .....	35
aaa) Lehrmeinungen .....	35
bbb) Auslegung .....	36
ccc) Ergebnis .....	39
bb) Prüfgesellschaften, Revisionsstellen und qualifiziert beteiligte Personen und Unternehmen .....	40
cc) Weitere Adressaten .....	40
2. Mitwirkungspflicht weiterer Personen .....	41
D. Abschluss des Vorabklärungsverfahrens .....	41
II. Eröffnung des Verfahrens .....	43
A. Eröffnungsanzeige .....	43
B. Bedeutung der Eröffnung für die Parteien .....	44
III. Untersuchung des Sachverhaltes .....	45
A. Untersuchungsgrundsatz .....	45
B. Untersuchungsmittel .....	46
1. Übersicht .....	46
2. FINMA-Beauftragte .....	50
a) Allgemein .....	50
b) Untersuchungsbeauftragte .....	51
aa) Verhältnis zur FINMA .....	52
bb) Verhältnis zu den Beaufsichtigten .....	53
aaa) Zutritts-, Einsichts- und Auskunftsrecht der Untersuchungsbeauftragten .....	53
bbb) Problematik .....	56
cc) Kostentragung durch die Beaufsichtigten .....	58
IV. Abschluss des Verfahrens .....	59
A. Einstellung .....	59
B. Erlass einer Verfügung .....	59
1. Zuständigkeit .....	59
2. Anordnung einer Massnahme bei Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen .....	60
3. Rechtsschutz .....	61
§ 5 Rechte und Pflichten der Beteiligten .....	62
I. Rechte und Pflichten als Partei .....	62
A. Parteistellung im Verwaltungsverfahren .....	62
1. Im Allgemeinen .....	63
a) Verfügungsadressaten .....	63
b) Dritte .....	63
2. Im Enforcementverfahren .....	65

a)	Ermittlung der Parteien im Enforcementverfahren.....	65
b)	Beaufsichtigte.....	67
c)	Gewährsträger .....	67
d)	Personen unterhalb der Gewährsschwelle .....	68
e)	Nichtbeaufsichtigte.....	69
f)	Weitere Parteien .....	70
g)	Keine Parteistellung für anzeigende Kunden .....	71
B.	Ausgewählte Rechte und Pflichten der Parteien.....	71
1.	Anspruch auf rechtliches Gehör.....	72
a)	Wesentlicher Inhalt des Anspruchs auf rechtliches Gehör.....	72
aa)	Mitwirkungsrechte .....	72
aaa)	Vorgängige Anhörung .....	73
bbb)	Mitwirkung an der Beweiserhebung .....	74
bb)	Informationsansprüche .....	75
aaa)	Recht auf Orientierung.....	75
bbb)	Recht auf Akteneinsicht .....	75
ccc)	Recht auf Eröffnung der Verfügung.....	76
b)	Folgen der Verletzung .....	77
2.	Mitwirkung an der Feststellung des Sachverhaltes .....	78
a)	Relativierung des Untersuchungsgrundsatzes .....	78
b)	Mitwirkungspflichten im Verwaltungsverfahren .....	79
aa)	Auskunfts- und Herausgabepflicht nach Art. 13 Abs. 1 lit. c VwVG i.V.m. Art. 29 Abs. 1 FINMAG.....	80
aaa)	Persönlicher Anwendungsbereich .....	80
bbb)	Umfang der Mitwirkungspflicht.....	81
ccc)	Durchsetzung der Mitwirkungspflicht.....	82
bb)	Mitwirkungspflicht nach Art. 13 Abs. 1 lit. b VwVG.....	84
cc)	Mitwirkungspflicht aus dem Grundsatz von Treu und Glauben .....	85
c)	Beschränkung der Mitwirkungspflicht .....	86
aa)	Beschränkung durch das Anwaltsgeheimnis .....	86
bb)	Beschränkung durch den nemo tenetur-Grundsatz?.....	89
3.	Weitere Pflichten der Parteien .....	90
a)	Duldungspflichten .....	90
b)	Kostentragung .....	90
II.	Stellung von Mitarbeitern ohne Parteistellung .....	91
A.	Allgemein.....	91
1.	Befragung als Auskunftsperson.....	92
a)	Mögliche Auskunftspersonen .....	92
b)	Prozessuales .....	93

2. Befragung als Zeuge .....	94
a) Voraussetzungen der Zeugeneinvernahme und Zeugnispflicht....	94
b) Zeugnisverweigerungsrechte.....	96
c) Prozessuales .....	97
d) Folgen der Verletzung der Zeugnispflicht .....	98
B. Im Enforcementverfahren .....	99
1. Mitarbeiter mit Organfunktion.....	99
a) Rolle im Enforcementverfahren .....	99
b) Mitwirkungspflichten .....	100
2. Mitarbeiter ohne Organfunktion.....	100
3. Verwendung der getätigten Aussagen in einem Individual- verfahren .....	102
Teil 2: Sanktionsinstrumentarium der FINMA.....	105
§ 6 Vorbemerkungen .....	105
§ 7 Sanktionsregime der Aufsichtsbehörde.....	106
§ 8 Anwendbarkeit von Art. 6 EMRK .....	109
I. Persönlicher Anwendungsbereich .....	110
II. Sachlicher Anwendungsbereich .....	110
A. Qualifikation einer Bestimmung als strafrechtlich i.S.v. Art. 6 EMRK.....	111
1. Engel-Kriterien.....	112
a) Innerstaatliche Zuordnung der Vorschrift.....	112
b) Natur der Zuwiderhandlung .....	113
c) Art und Schwere der angedrohten Sanktion .....	114
2. Begriff der «Anklage».....	115
B. Spezialfall des Sonderstatusverhältnisses .....	115
1. Allgemein.....	115
2. Sonderstatusverhältnis der vom Enforcementverfahren Betroffenen?.....	117
C. Erkenntnis .....	118
§ 9 Verwaltungsrechtliche Sanktionen gemäss FINMAG.....	118
I. Übersicht .....	118
A. Arten verwaltungsrechtlicher Sanktionen .....	118
B. Beaufsichtigte und Mitarbeiter als Adressaten .....	119
II. Sanktionen gegen Beaufsichtigte und Mitarbeiter mit Organfunktion.....	121
A. Begriff der Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit.....	121
B. Gewährsträger .....	122

C.	Gewährsverfahren .....	124
1.	Allgemein.....	124
2.	Keine Gewährsverfahren gegen Ausgeschiedene und Personen ohne Gewährfunktion .....	126
3.	Fehlende Gewähr .....	126
4.	Mögliche Sanktionen bei fehlender Gewähr .....	128
a)	Anordnung der Entfernung des fehlbaren Gewährsträgers.....	128
b)	Feststellungsverfügung.....	129
D.	Aufschub des Gewährsverfahrens .....	129
1.	Datensammlung Gewähr .....	130
2.	Gewährsbrief.....	132
3.	Kritik an der Gewährsbrief-Praxis .....	134
E.	Gewährsmassnahmen als strafrechtliche Anklagen i.S.v. Art. 6 EMRK? .....	136
III.	Sanktionen gegen Beaufichtigte und Mitarbeiter .....	138
A.	Feststellungsverfügung (Art. 32 FINMAG).....	138
1.	Inhalt und Zweck.....	138
2.	Erfasster Personenkreis .....	140
3.	Voraussetzungen der Feststellungsverfügung nach Art. 32 FINMAG.....	141
a)	Schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen.....	141
b)	Subsidiarität.....	145
4.	Abgrenzung zur Feststellungsverfügung nach Art. 25 VwVG .....	145
5.	Feststellungsverfügung als strafrechtliche Anklage i.S.v. Art. 6 EMRK? .....	146
B.	Berufsverbot (Art. 33 FINMAG) .....	147
1.	Inhalt und Zweck.....	147
2.	Erfasster Personenkreis .....	150
3.	Voraussetzung des Berufsverbotes .....	153
4.	Abgrenzungen .....	156
a)	Abgrenzung zum Gewährsverfahren .....	156
b)	Abgrenzung zum Tätigkeitsverbot nach Art. 35a BEHG .....	158
5.	Berufsverbot als strafrechtliche Anklage i.S.v. Art. 6 EMRK? .....	159
C.	Veröffentlichung einer Verfügung (Art. 34 FINMAG).....	164
1.	Inhalt und Zweck.....	164
2.	Erfasster Personenkreis .....	166
3.	Voraussetzung der Veröffentlichung einer Verfügung.....	166
a)	Schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen.....	167
b)	In Rechtskraft erwachsene Endverfügung der FINMA .....	169

4. Veröffentlichung der Endverfügung als strafrechtliche Anklage i.S.v. Art. 6 EMRK? .....	169
D. Einziehung (Art. 35 FINMAG) .....	174
1. Inhalt und Zweck .....	174
2. Erfasster Personenkreis .....	175
3. Voraussetzungen der Einziehung .....	176
a) Schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen .....	176
b) Verjährung .....	177
4. Umfang der Einziehung .....	178
5. Verwendung der eingezogenen Vermögenswerte .....	181
6. Verhältnis zur strafrechtlichen Einziehung .....	182
7. Einziehung als strafrechtliche Anklage i.S.v. Art. 6 EMRK? .....	183
IV. Erkenntnis .....	185
Teil 3: Interne Untersuchung und behördliche Verfahren .....	187
§ 10 Vorbemerkungen .....	187
§ 11 Interne Untersuchung .....	188
I. Übersicht .....	188
A. Pflicht zur Compliance .....	189
B. Interne Untersuchung als reaktive Massnahme bei Verdacht auf Compliance-Verstoss .....	191
II. Ablauf einer internen Untersuchung .....	192
A. Anstoss .....	192
1. Auf Anordnung der FINMA? .....	194
2. Im Interesse des betroffenen Instituts .....	196
3. Im Interesse des Arbeitnehmers .....	199
B. Vorbereitungs- und Untersuchungsphase .....	199
1. Entscheid über die Eröffnung einer Untersuchung .....	199
2. Organisation der Untersuchung .....	200
3. Vornahme der Untersuchungshandlungen .....	202
4. Berichterstattung .....	203
C. Nachbearbeitungsphase .....	203
III. Mitarbeiterbefragung als Herzstück der internen Untersuchung .....	204
A. Rolle der Arbeitnehmer .....	204
B. Gegensätzliche Interessen des Unternehmens und der Arbeitnehmer .....	205
C. Arbeitnehmer in der internen Untersuchung .....	206
1. Arbeitsrechtliche Grundsätze .....	206
a) Treuepflicht des Arbeitnehmers .....	206
b) Fürsorgepflicht des Arbeitgebers .....	209

c) Weisungsrecht des Arbeitgebers und Befolgungspflicht des Arbeitnehmers .....	210
2. Sonderstellung einer Organperson .....	211
3. Erscheinungs-, Auskunfts- und Herausgabepflicht anlässlich der Arbeitnehmerbefragung .....	215
a) Erscheinungspflicht .....	215
b) Auskunfts- und Herausgabepflicht .....	216
4. Recht zur Auskunftsverweigerung bei Selbstbelastung?.....	219
a) Problemstellung.....	219
b) Meinungsstand .....	220
aa) Unbeschränkte Auskunftspflicht verbunden mit Verwertungsverbot.....	221
aaa) Unbeschränkte Auskunftspflicht .....	221
bbb) Strafprozessuales Verwertungsverbot .....	222
bb) Ausdehnung des nemo tenetur-Grundsatzes.....	226
cc) Beschränkte Auskunftspflicht bei berechtigtem Eigeninteresse.....	227
c) Würdigung.....	230
§ 12 Verwendung der Ergebnisse in Enforcement- und Strafverfahren.....	232
I. Im Enforcementverfahren .....	232
A. Übersicht .....	232
B. Verwertbarkeit der Befragungsprotokolle .....	234
1. Bei bestehender Auskunftspflicht nach Art. 13 Abs. 1 lit. c VwVG i.V.m. Art. 29 Abs. 1 FINMAG .....	234
2. Bei bestehender Mitwirkungspflicht nach Art. 13 Abs. 1 lit. b VwVG und aus dem Grundsatz von Treu und Glauben .....	236
3. Bei Erlass von Massnahmen mit strafrechtlichem Charakter i.S.v. Art. 6 EMRK .....	236
4. Erkenntnis .....	237
II. Im Strafverfahren .....	238
A. Übersicht .....	238
B. Beschlagnahme .....	239
C. Verwertbarkeit der Befragungsprotokolle .....	240
III. Bedeutung des Anwaltsgeheimnisses .....	240
A. Übersicht .....	241
B. Bei anschliessendem Enforcementverfahren.....	243
C. Bei anschliessendem Strafverfahren .....	244
1. Urteil des Bundesgerichts vom September 2016.....	245
a) Sachverhalt und Erwägungen .....	245
b) Kritik in der Lehre.....	247



c) Bestätigung der Rechtsprechung .....	248
2. Bemerkungen .....	249
Teil 4: Mitwirkungspflicht versus Schweigerecht .....	251
§ 13 Vorbemerkungen .....	251
§ 14 Zusammenarbeit der Behörden im Finanzmarktstrafrecht .....	252
I. Zuständigkeiten .....	252
II. Pflicht zur Zusammenarbeit und Koordination .....	254
III. Pflicht der FINMA zur Strafanzeige.....	257
IV. Aktenherausgabe der FINMA an die Strafbehörden .....	259
A. Grundsatz .....	259
B. Schranken.....	260
1. Verweigerungsgründe nach Art. 40 FINMAG.....	260
2. Private Geheimhaltungsinteressen?.....	262
3. Nemo tenetur-Grundsatz? .....	263
V. Aktenherausgabe der Strafbehörden an die FINMA .....	266
§ 15 Dissonanz zwischen Strafverfahren und Verwaltungsverfahren.....	267
I. Nemo tenetur-Grundsatz im Strafverfahren .....	267
A. Rechtliche Grundlage und Teilgehalte .....	268
1. Rechtliche Grundlage.....	268
2. Teilgehalte.....	269
B. Tragweite.....	270
1. Zeitlicher Schutzbereich.....	270
2. Persönlicher Schutzbereich .....	271
a) Natürliche Personen .....	271
b) Juristische Personen .....	271
3. Sachlicher Schutzbereich .....	274
a) Umfang.....	274
b) Grenzen .....	276
aa) Herrschende Lehre und bundesgerichtliche Recht- sprechung .....	276
bb) Rechtsprechung des EGMR .....	277
4. Erkenntnis .....	280
C. Folgen der Verletzung .....	281
II. Nemo tenetur-Grundsatz und verwaltungsrechtliche Mitwirkungspflichten...	283
A. Problematik .....	283
B. Nemo tenetur-Grundsatz im Verwaltungsverfahren .....	284
1. Rechtsprechung des EGMR .....	284
a) Eröffnung des Schutzbereiches .....	284
aa) Grundsatz .....	284

bb) Im Verwaltungsverfahren .....	284
aaa) Funke/Frankreich (1993) .....	285
bbb) Saunders/Vereinigtes Königreich (1996) .....	285
ccc) J.B./Schweiz (2001) .....	286
ddd) Weh/Österreich (2004) .....	287
eee) O'Halloran und Francis/Vereinigtes Königreich (2007) .....	287
fff) Marttinen/Finnland (2009) .....	288
ggg) Chambaz/Schweiz (2012) .....	289
b) Würdigung .....	290
aa) Geltung des nemo tenetur-Grundsatzes im Verwaltungs- verfahren .....	290
bb) Zulässigkeit erzwungener Dokumentenedition .....	292
2. Rechtsprechung des Bundesgerichts .....	293
a) Steuerrecht .....	293
b) Strassenverkehrsrecht .....	294
c) Konkursrecht .....	295
d) Spielbankenrecht .....	296
e) Strafrecht/Finanzmarktrecht .....	298
f) Würdigung .....	299
C. Erkenntnisse für das Enforcementverfahren .....	303
1. Keine Anwendung des nemo tenetur-Grundsatzes in Enforcementverfahren .....	303
2. Anwendung des nemo tenetur-Grundsatzes in Enforcementverfahren .....	304
a) Bestehender Konnex zum Strafverfahren .....	304
b) Aufsichtsverfahren mit strafrechtlichem Charakter .....	305
III. Lösungsansätze .....	306
A. Enforcementverfahren mit strafrechtlichem Bezug .....	306
1. Lehre .....	307
a) Sistierung des Verwaltungsverfahrens .....	307
b) Verzicht auf die Mitwirkungspflicht .....	307
c) Mitwirkungsverweigerungsrecht und Zwangsmassnahmen .....	308
d) Mitwirkungspflicht gekoppelt mit Verwertungsverbot .....	309
e) Trennung der Verfahren .....	312
2. FINMA-Praxis .....	313
3. Gesetzgeber .....	314
4. Würdigung .....	316
B. Enforcementverfahren mit strafrechtlichem Charakter .....	318

1. Anpassung des Enforcementverfahrens .....	319
2. Neue Zuständigkeitskompetenzen.....	320
3. Würdigung .....	322
§ 16 Schlussbetrachtung.....	324
Stichwortverzeichnis .....	327