

## **BGE 147 I 57**

Bundesgericht (BGE), 2020-01-31, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_BGE\\_147\\_I\\_57](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_BGE_147_I_57)

FR: ATF 147 I 57

IT: DTF 147 I 57

### **Regeste**

Regeste Art. 34 FINMAG; Art. 6, Art. 7 EMRK; Art. 14 Abs. 3 lit. g UNO-Pakt II; Art. 32 Abs. 1 BV. Die finanzmarktrechtliche Publikationsanordnung qualifiziert nicht als eine strafrechtliche Anklage bzw. eine Strafe im Sinne der Art. 6 und 7 EMRK. Entstehungsgeschichte der finanzmarktrechtlichen Publikationsanordnung (E. 2.1 und 2.2). Die Publikationsanordnung im neueren Recht der EU (E. 2.3). Abgrenzung verwaltungsrechtlicher und strafrechtlicher Sanktionen im Recht der EU im Lichte der Kompetenzabgrenzungen zwischen der EU und ihren Mitgliedstaaten (E. 2.4). Wandel der Reputationssanktion zu einem Instrument der Markttransparenz (E. 3). Die Realdurchsetzung der innerstaatlichen verwaltungsrechtlichen Ordnung über repressive verwaltungsrechtliche Sanktionen (E. 4.2). Abgrenzung repressiver verwaltungsrechtlicher Sanktionen von strafrechtlichen Sanktionen anhand der "Engel-Kriterien" (E. 4.3). Unschuldsvermutung und nemo-tenetur (E. 5.1). Vorliegen einer strafrechtlichen Anklage (Art. 6 EMRK) bzw. einer Strafe (Art. 7 EMRK) in Anwendung der "Engel-Kriterien" (E. 5.2). Eine auf Art. 34 FINMAG gestützte und angemessen zu befristende Publikation einer Unterlassungsanweisung erfüllt keines der "Engel-Kriterien", weshalb ein auf Erlass dieser Sanktion gerichtetes Verwaltungsverfahren keine strafrechtliche Anklage im Sinne von Art. 6 EMRK darstellt (E. 5.3-5.5).

Regeste Art. 34 LFINMA; art. 6, art. 7 CEDH; art. 14 al. 3 let. g Pacte ONU II; art. 32 al. 1 Cst. L'ordonnance de publication prononcée en vertu du droit des marchés financiers ne constitue pas une accusation en matière pénale, respectivement une peine au sens des art. 6 et 7 CEDH. Historique de l'ordonnance de publication dans le domaine du droit des marchés financiers (consid. 2.1 et 2.2). L'ordonnance de publication dans le nouveau droit de l'UE (consid. 2.3). Distinction entre sanctions administratives et sanctions pénales en droit de l'UE, à la lumière des répartitions de compétences entre l'UE et les Etats membres (consid. 2.4). Passage d'une sanction réputationnelle à un instrument de transparence du marché (consid. 3). Mise en oeuvre du droit administratif national au travers de sanctions administratives répressives (consid. 4.2). Distinction entre sanctions administratives répressives et sanctions pénales au moyen des "critères Engel" (consid. 4.3). Présomption d'innocence et nemo-tenetur (consid. 5.1). Existence d'une accusation en matière pénale (art. 6 CEDH), respectivement d'une peine (art. 7 CEDH) en application des "critères Engel" (consid. 5.2). La publication limitée dans le temps d'une décision fondée sur l'art. 34 LFINMA ne remplit aucun des "critères Engel", raison pour laquelle les procédures administratives qui aboutissent au prononcé de telles sanctions ne constituent pas des accusations en matière pénale au sens de l'art. 6 CEDH (consid. 5.3-5.5).

Regesto Art. 34 LFINMA; art. 6, art. 7 CEDU; art. 14 cpv. 3 lett. g Patto ONU II; art. 32 cpv. 1 Cost. L'ordine di pubblicazione del diritto sui mercati finanziari non costituisce un'accusa penale rispettivamente una pena ai sensi degli art. 6 e 7 CEDU. Genesi dell'ordine

di pubblicazione del diritto sui mercati finanziari (consid. 2.1 e 2.2). L'ordine di pubblicazione nel nuovo diritto dell'UE (consid. 2.3). Distinzione tra le sanzioni amministrative e le sanzioni penali nel diritto dell'UE, alla luce della ripartizione delle competenze tra l'UE e i suoi Stati membri (consid. 2.4). Passaggio dalla sanzione stigmatizzante ad un strumento di trasparenza del mercato (consid. 3). Attuazione del diritto amministrativo nazionale attraverso sanzioni amministrative repressive (consid. 4.2). Distinzione tra sanzioni amministrative repressive e sanzioni penali mediante i "criteri Engel" (consid. 4.3.). Presunzione di innocenza e nemo-tenetur (consid. 5.1). Determinazione, in applicazione dei "criteri Engel", di un'accusa penale (art. 6 CEDU) rispettivamente di una pena (art. 7 CEDU) (consid. 5.2). La pubblicazione limitata nel tempo di una decisione fondata sull'art. 34 LFINMA non adempie alcuno dei "criteri Engel", ragione per cui le procedure amministrative che si concludono con questa sanzione non costituiscono delle accuse penali ai sensi dell'art. 6 CEDU (consid. 5.3-5.5).

## **Erwägungen**

### **E. 2**

Der Beschwerdeführer stellt in seiner dem Bundesgericht eingereichten Beschwerdeschrift nicht mehr in Abrede, dass die C. SA ohne Bewilligung gewerbsmässig Publikumseinlagen BGE 147 I 57 S. 59 entgegengenommen und damit aufsichtsrechtliche Bestimmungen (Art. 1 Abs. 2 Satz 1 des Bundesgesetzes vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen [BankG; SR 952.0]) schwer verletzt hat. Ebenso wenig macht er geltend, nicht einen massgeblichen Beitrag zu dieser unerlaubten Tätigkeit geleistet zu haben. Der Beschwerdeführer rügt jedoch, die Unterlassungsanweisung sei falsch und irreführend formuliert worden. Des Weiteren habe die vorinstanzlich bestätigte Publikationsanordnung gemäss Art. 34 des Bundesgesetzes vom 22. Juni 2007 über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMAG; SR 956.1) schon aufgrund ihrer repressiven Wirkung Strafcharakter, weshalb die Aufforderung der FINMA an den Beschwerdeführer zur Kooperation, zur Beantwortung von Fragen und zur Edition von Unterlagen unter Hinweis auf die Auskunftspflicht von Art. 29 FINMAG und die Strafandrohung von Art. 45 FINMAG den nemo-tenetur Grundsatz von Art. 6 Ziff. 1 EMRK, Art. 14 Abs. 3 lit. g des Internationalen Pakts vom 16. Dezember 1966 über bürgerliche und politische Rechte (UNO-Pakt II; SR 0.103.2) sowie Art. 32 BV, Art. 1 und Art. 333 des Schweizerischen Strafgesetzbuches vom 21. Dezember 1937 (StGB; SR 311.0) und Art. 34 FINMAG verletze.

#### **E. 2.1**

Die Reputationssanktion des "naming and shaming" wurde anlässlich der Inkraftsetzung des FINMAG (vgl. II. Teilbericht der vom Bundesrat eingesetzten Expertenkommission, Sanktionen in der Finanzmarktaufsicht, gesetzgeberische Folgearbeiten zum Schlussbericht der Expertengruppe Finanzmarktaufsicht; Bericht Zufferey, [nachfolgend: Sanktionenbericht Zimmerli], August 2004, S. 34; Botschaft vom 1. Februar 2006 zum FINMAG [nachfolgend: Botschaft FINMAG], BBl 2006 2875, 2883) in der Schweiz eingeführt.

#### **E. 2.2**

Vorbild der Reputationssanktion von Art. 34 FINMAG waren insbesondere die public censure der vormaligen Financial Services Authority (FSA; mittlerweile Financial Conduct

Authority [FCA]) in Grossbritannien (NARTOWSKA/KNIERBEIN, Ausgewählte Aspekte des "Naming and Shaming" nach § 40c WpHG, Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht [NZG] 7/2016 S. 257; FRANCA CONTRATTO, Die expansive Wirkung des Effektivitätsgebots beim Vollzug des EU-Kapitalmarktrechts, EuZ 2016 S. 42 f.; PHILIPP IRMSCHER, Rechtsschutz gegen "naming and shaming" im EU-Rechtssystem - eine Analyse anhand des Single Supervisory Mechanism [SSM], Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht [EWS] 2016 S. 318) und ältere Vorschriften der EU, nach denen unbeschadet der Verfahren für den Entzug der Zulassung oder des Rechts der Mitgliedstaaten, BGE 147 I 57 S. 60 strafrechtliche Sanktionen zu verhängen, die Mitgliedstaaten entsprechend ihrem nationalen Recht dafür zu sorgen hatten, dass bei Verstössen gegen die verantwortlichen Personen geeignete Verwaltungsmassnahmen zu ergreifen oder im Verwaltungsverfahren zu erlassende Sanktionen zu verhängen waren sowie die Mitgliedstaaten vorzusehen hatten, dass die zuständige Behörde jede Massnahme oder Sanktion bekannt machen konnte, sofern eine solche Bekanntgabe die Stabilität der Finanzmärkte nicht ernstlich gefährdete oder den Beteiligten keinen unverhältnismässig hohen Schaden zufügte (Sanktionenbericht Zimmerli, S. 17 ff.; Botschaft FINMAG, BBl 2006 2855 f.; vgl. anstatt vieler Art. 14 Abs. 1 und 4 der vormaligen Marktmissbrauchsrichtlinie [Richtlinie 2003/6/EG vom 28. Januar 2003, ABl. L 96 vom 12. April 2003]; ausführlich FABIO PASCUA MATEO, Harmonising national sanctioning administrative law: An alternative to a single capital-markets supervisor, European Law Journal, Bd. 24, Ausgabe 4-5, September 2018, S. 328).

### **E. 2.3**

Des Weiteren fand die Reputationssanktion des "naming and shaming" im Zuge der Reform der Europäischen Finanzaufsichtsarchitektur zur Förderung von Konvergenz in der Aufsichtspraxis sowie zur Effektivierung und Harmonisierung der Sanktionsregelungen (weiterführend PASCUA MATEO, a.a.O., S. 337 ff.) Eingang in zahlreiche neuere Richtlinien der EU (Art. 28b Abs. 1 Bst. a und b, Art. 29 Transparenzrichtlinie-Änderungsrichtlinie [Richtlinie 2013/ 50/EU vom 22. Oktober 2013, ABl. L 294 vom 6. November 2013]; Art. 34 Abs. 1 Satz 1 und 2 Marktmissbrauchsverordnung [Verordnung [EU] Nr. 596/2014 vom 16. April 2014, ABl. L 173 vom 12. Juni 2014]; Art. 70 Abs. 6 Bst. a, Art. 71 MiFID II [Richtlinie 2014/ 65/EU vom 15. Mai 2014, ABl. L 173 vom 12. Juni 2014]; Art. 12 Abs. 2 EMIR [Verordnung [EU] Nr. 648/2012 vom 4. Juli 2012, ABl. L 201 vom 27. Juli 2012]; Art. 99 Abs. 6 Bst. a OGAW V [Richtlinie 2014/91/EU vom 23. Juli 2014, ABl. L 257 vom 28. August 2014]; Art. 24 Abs. 2 Bst. c PRIIP [Verordnung [EU] Nr. 1286/ 2014 vom 26. November 2014, ABl. L 352 vom 9. Dezember 2014]; Art. 42 Abs. 1 Prospektverordnung [Verordnung [EU] Nr. 2017/1129 vom 14. Juni 2017, ABl. L 168 vom 30. Juni 2017]). Eine Ausnahme von der Veröffentlichungspflicht sehen die zitierten Bestimmungen regelmässig für den Fall vor, dass sich die Bekanntgabe von Personendaten im Einzelfall als unverhältnismässig erweisen oder laufende Ermittlungen oder die Stabilität des Finanzmarktes gefährden würde (Art. 34 Abs. 1 Satz 4 Marktmissbrauchsverordnung [Nr. 596/2014], BGE 147 I 57 S. 61 Art. 29 Abs. 1 Bst. a-c Transparenzrichtlinie-Änderungsrichtlinie [2013/50/EU], Art. 71 Abs. 1 Satz 4 MiFID II [2014/65/ EU], Art. 12 Abs. 2 EMIR [Nr. 648/2012], Art. 42 Abs. 2 Prospektverordnung [Nr. 2017/1129]).

### **E. 2.4**

Die Überprüfung der nationalen Regelungen zu verwaltungsrechtlichen Sanktionen im Rahmen der vormaligen Marktmissbrauchsrichtlinie 2003/6/EG, die in Art. 14 Abs. 4 die als verwaltungsrechtliche Sanktion qualifizierte Reputationsstrafe des "naming and shaming" enthielt, ergab nach Auffassung des Europäischen Parlaments und des Rates jedoch auch, dass sich die Einführung verwaltungsrechtlicher Sanktionen durch die Mitgliedstaaten (vgl. dazu die Zusammenstellung der Europäischen Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde [ESMA], ESMA Report, Actual use of sanctioning powers under MAD vom 26. April 2012 [nachfolgend: ESMA Report vom 26. April 2012], S. 5 N. 2; [www.esma.europa.eu/document/actualuse-sanctioning-powers-under-mad](http://www.esma.europa.eu/document/actualuse-sanctioning-powers-under-mad)) bislang nicht als ausreichend erwiesen hatte, um die Einhaltung der Vorschriften zur Verhinderung und Bekämpfung von Marktmissbrauch sicherzustellen (Ingress Abs. 4 und 5 der Richtlinie 2014/57/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. April 2014 über strafrechtliche Sanktionen bei Marktmanipulation [Marktmissbrauchsrichtlinie], ABl. 173 vom 12. Juni 2014 S. 179-189). Mit dem Vertrag von Lissabon wurde in Art. 83 Abs. 2 AEUV eine Rechtsgrundlage für die Angleichung der Mindestvorschriften zur Festlegung von Straftaten und Strafen materiellen Strafrechts geschaffen, wenn sich dies als unerlässlich für die wirksame Durchsetzung der Politik auf einem Gebiet, auf dem Harmonisierungsmassnahmen erfolgt sind, erweist (JULIA VON BUTTLAR, Die Stärkung der Aufsichts- und Sanktionsbefugnisse im EU-Kapitalmarktrecht: ein neues "field of dreams" für Regulierer?, Betriebs-Berater 9/2014, S. 453). Über die neue Marktmissbrauchsverordnung (Verordnung [EU] Nr. 596/2014, a.a.O.) hinaus, welche die verwaltungsrechtliche Sanktion der Publikation in Art. 34 Abs. 1 weiterhin enthält (SEIBT/WOLLENSCHLÄGER, Revision des Marktmissbrauchsrechts durch Marktmissbrauchsverordnung und Richtlinie über strafrechtliche Sanktionen für Marktmanipulation, Die Aktiengesellschaft [AG] 17/2014 S. 605), wurde die Einführung von strafrechtlichen Sanktionen (Geldstrafen und Freiheitsstrafen, vgl. Art. 7-9 der Marktmissbrauchsrichtlinie) als unumgänglich erachtet und die Richtlinie 2014/57/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. April 2014 über strafrechtliche Sanktionen BGE 147 I 57 S. 62 bei Marktmanipulation eingeführt (vgl. ausführlich PASCUA MATEO, a.a.O., S. 324 ff.; VON BUTTLAR, a.a.O., S. 452 ff.).

### **E. 3**

Nach ihrem Vorbild, der public censure der FCA (NARTOWSKA/ WALLA, Das Sanktionsregime für Verstöße gegen die Beteiligungstransparenz nach der Transparenzrichtlinie 2013, AG 24/2014 S. 898), sollte die Reputationsstrafe des "naming and shaming" ursprünglich vorab Personen, die Verletzungen des Aufsichtsrechts begangen haben, davon abhalten, weitere Verstöße zu begehen, andere Personen warnend in präventiver Hinsicht davon abschrecken, ähnliche Verstöße zu begehen, und in allgemeiner Hinsicht die Vorteile rechtskonformen Verhaltens herausstreichen (FCA Handbook, The Decision Procedure and Penalties Manual [DEPP], Ausgabe 42, September 2019, DEPP 6.1.2, [www.handbook.fca.org.uk/handbook/DEPP/6A/](http://www.handbook.fca.org.uk/handbook/DEPP/6A/)). Zu Art. 28b und Art. 29 Transparenzrichtlinie-Änderungsrichtlinie (2013/50/EU) wird in der Lehre die Auffassung vertreten, der Gesetzeszweck lasse einen präventiven Charakter erkennen, eine repressive Wirkung könne aber angesichts des mit der Publikation verbundenen Ansehensverlusts und der regelmässig entstehenden wirtschaftlichen Nachteile nicht ausgeschlossen werden (NARTOWSKA/ KNIERBEIN, a.a.O., S. 259 f.; VON BUTTLAR, a.a.O., S. 457). Angesichts dessen, dass die neueren Vorschriften der EU über die Veröffentlichungen von Verstößen oder von Entscheidungen über die ergriffenen verwaltungsrechtlichen Sanktionen

grundsätzlich auf Art. 28b und Art. 29 Transparenzrichtlinie-Änderungsrichtlinie (2013/50/EU) basieren (PASCUA MATEO, a.a.O., S. 337 f.), wird der vorwiegende Zweck der Publikationsanordnung nach einem modernen Gesetzesverständnis in der Schaffung von Markttransparenz im Sinne einer (warnenden) Information von (potentiellen) Marktteilnehmern erblickt (PASCUA MATEO, a.a.O., S. 345 f.; FRANZ REIMER, Adverse Publizität: Der Pranger im Verwaltungsrecht, in: Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, Neue Folge, Band 58, 2010, S. 278; zum fehlenden Sanktionscharakter bei Verfolgung reiner Transparenzzwecke im Lebensmittelrecht CHRISTOPH DANNECKER, Internet-Pranger auf Verdacht: Zur Bedeutung der Unschuldsvermutung für die Information der Öffentlichkeit über lebensmittelrechtliche Verstösse nach § 40 Abs. 1a Nr. 2 LFGB, Juristen Zeitung 19/2013, S. 928), wobei zu berücksichtigen ist, dass mit zunehmendem zeitlichem Abstand der Veröffentlichung vom Zeitpunkt des Verstosses der Sanktionscharakter in den Vordergrund treten kann (zu Verbraucherinformationen ELKE GURLIT, Zeitwert von Verbraucherinformationen und BGE 147 I 57 S. 63 Rechtsschutzanforderungen, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht [NVwZ] 17/ 2011 S. 1052, 1054).

#### **E. 4.1**

Der Beschwerdeführer rügt, die Publikationsanordnung im Sinne von Art. 34 FINMAG müsse schon aufgrund ihrer repressiven Wirkung als strafrechtliche Sanktion im Sinne von Art. 6 EMRK qualifiziert werden. Die "Engel-Kriterien" seien für deren Einordnung untauglich.

#### **E. 4.2**

Gemäss bundesgerichtlicher Praxis ist die Publikationsanordnung im Sinne von Art. 34 FINMAG eine repressive verwaltungsrechtliche Sanktion und eine präventive Massnahme zum Schutz des Publikums (Urteile 2C\_122/2014 vom 19. Juli 2014 E. 6.1; 2C\_71/2011 vom 26. Januar 2012 E. 5; 2C\_30/2011 vom 12. Januar 2012 E. 5.2.2), der nicht die Wirkung einer strafrechtlichen Anklage im Sinne von Art. 6 EMRK zukommt (Urteil 2C\_177/2019 vom 22. Juli 2019 E. 5.1, unter Verweis auf die Urteile 2C\_860/2017 vom 5. März 2018 E. 8.2.1; 2C\_929/2010 vom 13. April 2011 E. 5.2.1). Die unter dem Oberbegriff verwaltungsrechtliche Sanktionen zusammengefassten Instrumente dienen dem Staat zur Realdurchsetzung der verwaltungsrechtlichen Ordnung, woran ein erhebliches öffentliches Interesse besteht (FRITZ GYGI, Verwaltungsrecht, Eine Einführung, 1986, S. 318 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016, S. 321 Rz. 1440; MOOR/POLTIER, Droit administratif, Bd. II, Les actes administratifs et leur contrôle, 3. Aufl. 2011, S. 113; BERNHARD WALDMANN, Das Disziplinarwesen, in: Verwaltungsstrafrecht und sanktionierendes Verwaltungsrecht, 2010, S. 104 f.; JAAG/HÄGGI FURRER, in: Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz [VwVG], 2. Aufl. 2016, N. 1 zu Art. 41 VwVG; ALEXANDER LOCHER, Verwaltungsrechtliche Sanktionen, Diss. Zürich 2013, S. 1; TOBIAS JAAG, Verwaltungsrechtliche Sanktionen: Einführung, in: Verwaltungsstrafrecht und sanktionierendes Verwaltungsrecht, 2010, S. 2; ISABELLE HÄNER, Mindestgarantien für Strafverfahren und ihre Bedeutung für verwaltungsrechtliche Sanktionen, in: Verwaltungsstrafrecht und sanktionierendes Verwaltungsrecht, 2010, S. 1). Die repressiven verwaltungsrechtlichen Sanktionen sind als eigene Kategorie von verwaltungsrechtlichen Sanktionen in der Lehre zum schweizerischen Allgemeinen Verwaltungsrecht fest etabliert (GYGI, a.a.O., S. 318 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., S. 322 N. 1444, S. 330 N. 1484 ff.;

MOOR/POLTIER, a.a.O., S. 114 f.; BGE 147 I 57 S. 64 WALDMANN, a.a.O., S. 107 ff.; LOCHER, a.a.O., S. 119; JAAG/HÄGGI FURRER, a.a.O., N. 5 zu Art. 41 VwVG ; JAAG, a.a.O., S. 10 ff.; HÄNER, a.a.O., S. 37 ff.; MARCEL OGG, Die verwaltungsrechtlichen Sanktionen und ihre Rechtsgrundlagen, 2002, S. 40 ff.) und sind auch in rechtsvergleichender Hinsicht (siehe dazu unten, E. 5.3.2) keine Ausnahmeerscheinung.

### **E. 4.3**

Mit der allgemein gehaltenen Rüge, die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Einordnung von repressiven verwaltungsrechtlichen Sanktionen übergehe deren repressives Element, weshalb diese Sanktionen zutreffenderweise als Strafrecht qualifiziert werden müssten, übersieht der Beschwerdeführer, dass die repressiven verwaltungsrechtlichen Sanktionen hinsichtlich ihrer repressiven Wirkung denselben Zweck wie das Strafrecht verfolgen (LOCHER, a.a.O., S. 170; JAAG/HÄGGI FURRER, a.a.O., N. 5 zu Art. 41 VwVG ; JAAG, a.a.O., S. 15 ff.; HÄNER, a.a.O., S. 29, 37 f.; WALDMANN, a.a.O., S. 109; OGG, a.a.O., S. 40 ff.). Nicht jede Sanktion, die nicht exekutorisch oder restitutorisch wirkt, muss deswegen jedoch zwingend als strafrechtliche Sanktion qualifiziert werden (LOCHER, a.a.O., S. 185, unter Verweis auf RIEDO/NIGGLI, Verwaltungsstrafrecht, Teil 1, in: Verwaltungsstrafrecht und sanktionierendes Verwaltungsrecht, 2010, S. 45; a.A. MARCEL ALEXANDER NIGGLI, Strafrecht & strafrechtliche Anklage - Kann der Begriff der strafrechtlichen Anklage [ Art. 6 EMRK ] definieren, was Strafrecht ist [am Beispiel BGE 142 II 243 zum FINMAG-Berufsverbot]?, in: ContraLegem 2018/2 S. 51 f.; ders., Höchststrichterlicher Schabernack beim FINMAG-Berufsverbot 2, ContraLegem 2018/2 S. 62 ff.). Die in Art. 32 Abs. 1 BV , Art. 6 Ziff. 2 EMRK bzw. Art. 6 EMRK (in seiner Ausprägung als Garantie eines fairen Verfahrens, siehe BGE 144 I 242 E. 1.2.1 S. 244 f.) und Art. 14 Abs. 3 lit. g UNO-Pakt II verankerte Unschuldsvermutung knüpft an das Schuldstrafrecht an und statuiert als Regel für die Verteilung der Beweislast, dass es Sache der Strafverfolgungsbehörden ist, dem Beschuldigten seine Täterschaft nachzuweisen (ausführlich unten, E. 5.1). Aufgrund der unterschiedlichen Zielsetzung und Interessenlage wird deutlich, dass die besonderen, auf das Strafrecht zugeschnittenen Garantien nicht einfach unbesehen auf die Durchsetzung der verwaltungsrechtlichen Ordnung übertragen werden können (HÄNER, a.a.O., S. 29; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., S. 338 f. Rz. 1540). Die auf diese gegenläufige Interessenlage zugeschnittenen "Engel-Kriterien" (unten, E. 5.2) entsprechen der ständigen Praxis des EGMR (letztmals BGE 147 I 57 S. 65 bestätigt im Urteil des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte [EGMR] Rola gegen Slowenien vom 4. Juni 2019, Nr. 12096/14, 39335/16, § 54). Der Beschwerdeschrift lassen sich keine fundierten Argumente dazu entnehmen, inwiefern die "Engel-Kriterien" für die Beurteilung dazu, ob eine strafrechtliche Anklage im Sinne von Art. 6 EMRK vorliegt, ungeeignet sein sollten. Entsprechend wird nachfolgend auf diese Kriterien abgestellt.

### **E. 5**

Der Beschwerdeführer rügt insbesondere, die Aufforderung der FINMA an den Beschwerdeführer zur Kooperation, zur Beantwortung von Fragen und zur Edition von Unterlagen unter Hinweis auf die Auskunftspflicht von Art. 29 FINMAG und die Strafandrohung von Art. 45 FINMAG verletze angesichts dessen, dass Art. 34 FINMAG Strafcharakter zukomme, die Unschuldesvermutung bzw. den nemo-tenetur Grundsatz von Art. 6 Ziff. 1 EMRK , Art. 14 Abs. 3 lit. g UNO-Pakt II sowie Art. 32 BV , Art. 1 und Art. 333 StGB . Die Vorinstanz habe dadurch, dass sie seine Beschwerde gegen die Verfügung

der FINMA vom 7. September 2017 abgewiesen habe, diese konventions- und verfassungsrechtlich geschützten Garantien verletzt.

### **E. 5.1**

Die Unschuldsvermutung ist in Art. 32 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 2 EMRK verankert. Demnach ist es als Regel für die Verteilung der Beweislast Sache der Strafverfolgungsbehörden, dem Beschuldigten seine Täterschaft nachzuweisen. Obwohl in der Konvention nicht eigens erwähnt, gehört das Recht zu schweigen und sich nicht selbst zu belasten, zum allgemein anerkannten internationalen Standard eines fairen Verfahrens im Sinne von Art. 6 EMRK. Das Recht soll den Beschuldigten vor Pressionen schützen und hängt mit der Unschuldsvermutung zusammen. Die Anklage soll gezwungen sein, die notwendigen Beweise ohne Rückgriff auf Beweismittel zu erbringen, die gegen den Willen des Beschuldigten durch ungerechtfertigten Zwang erlangt wurden ( BGE 144 I 242 E. 1.2.1 S. 244 f.; MEYER-LADEWIG/HARRENDORF/KÖNIG, in: EMRK, Handkommentar, Meyer-Ladewig und andere [Hrsg.], 4. Aufl. 2017, N. 131 zu Art. 6 EMRK ). Das Recht zu schweigen ist indes kein absolutes Recht. Es ist im Rahmen des Verhältnismässigen beschränkbar, solange sein Wesensgehalt intakt bleibt ( BGE 144 I 242 E. 1.2.1 S. 245; FRANK MEYER, in: Konvention zum Schutz der Menschenrechte [...], Kommentar, Karpenstein/Mayer [Hrsg.], 2. Aufl. 2015, N. 130 zu Art. 6 EMRK ).

### **E. 5.2**

Eine strafrechtliche Anklage im Sinne von Art. 6 EMRK liegt gemäss der Rechtsprechung des EGMR vor, wenn alternativ entweder BGE 147 I 57 S. 66 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 (vgl. zu den "Engel-Kriterien" ausführlich BGE 142 II 243 E. 3.4 S. 252 ff.; BGE 140 II 384 E. 3.2.1 S. 388 f.; BGE 139 I 72 E. 2.2.2 S. 78 ff.; grundlegend Urteil des EGMR Engel gegen Niederlande vom 8. Juni 1976, Serie A, Bd. 22; vgl. die Zusammenfassung der jüngsten Rechtsprechung im zit. Urteil des EGMR Rola , § 56-59 ff.; zur Übereinstimmung der Kriterien, nach welchen sich das Vorliegen einer Strafe im Sinne von Art. 7 Ziff. 1 EMRK beurteilt, mit den "Engel-Kriterien" siehe zit. Urteil des EGMR Rola , § 54).

#### **E. 5.3.1**

Die gegen den Beschwerdeführer angeordnete Publikation der Unterlassungsanweisung hat ihre Rechtsgrundlage in Art. 34 FINMAG und damit im Kapitel über die aufsichtsrechtlichen Instrumente eines wirtschaftspolizeilichen Erlasses (aArt. 5 FINMAG; BGE 142 II 243 E. 3.4 S. 252). Das erste "Engel-Kriterium", die Zuordnung einer Massnahme zum Strafrecht nach nationalem Recht, ist somit nicht erfüllt.

#### **E. 5.3.2**

In rechtsvergleichender Hinsicht (vgl. zur Rechtsvergleichung als ein bei der historischen Auslegung mitzubehütendes Element BGE 133 III 180 E. 3.5 S. 184; Urteile 2C\_586/2015 vom 9. Mai 2016 E. 2.1, nicht publ. in: BGE 142 II 307 ; 2C\_150/2016 vom 22. Mai 2017 E. 2.2 in fine; BERNHARD RÜTSCHKE, Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht: Auslegungsmethode oder blosser Inspirationsquelle?, in: Die Rechtsvergleichung in der Rechtsprechung, Praxis, Legitimität und Methodik, Referate und Diskussionen der Tagung vom 12. September 2013 in Luzern, 2014, S. 13) kann auf die Publikationsanordnungen im Regelwerk der EU verwiesen werden. Aus den Vorarbeiten zu den neuen Richtlinien über die Bekämpfung des Marktmissbrauchs (oben, E. 2.4) geht

hervor, dass Anordnungen zur Publikation zumindest von verwaltungsrechtlichen Sanktionen von den zuständigen Organen der EU als harmonisierte verwaltungsrechtliche Sanktionen qualifiziert werden (ebenso VON BUTTLAR, a.a.O., S. 454, 457; a.A., jedoch ohne Berücksichtigung des ESMA Reports vom 26. April 2012, S. 5 N. 2, und der eingangs zitierten Art. 99 Abs. 1 und Abs. 6 Bst. a Richtlinie 2014/91/EU [OGAW V] sowie Art. 70 Abs. 1 und Abs. 6 Bst. a Richtlinie 2014/ 65/EU [MiFID II] NARTOWSKA/KNIERBEIN, a.a.O., S. 259). Die ausdrückliche Bezeichnung als verwaltungsrechtliche Sanktion (siehe BGE 147 I 57 S. 67 etwa Art. 99 Abs. 1 und Abs. 6 Bst. a OGAW V [Richtlinie 2014/ 91/EU]; Art. 70 Abs. 1 und Abs. 6 Bst. a MiFID II [2014/65/EU]; Art. 34 Abs. 1 Marktmissbrauchsverordnung [Nr. 596/2014]) im Regelwerk der EU ist vor dem Hintergrund zu verstehen, dass die EU eine Harmonisierung der strafrechtlichen Sanktionierung von Verletzungen finanzmarktrechtlicher Bestimmungen grundsätzlich nicht bezweckt (ESMA Report vom 26. April 2012, S. 5 N. 2; FABIAN WALLA, Europäisches Kapitalmarktrecht, 2. Aufl. 2014, S. 144 N. 25; zur Einführung strafrechtlicher Sanktionen vgl. oben, E. 2.4). Auch in rechtsvergleichender Hinsicht ist das erste "Engel-Kriterium" nicht erfüllt.

#### **E. 5.4**

Ebensowenig sprechen die Natur des Vergehens (zweites "Engel-Kriterium") oder dessen Art und Schwere (drittes "Engel-Kriterium") für eine Qualifikation als strafrechtliche Anklage im Sinne von Art. 6 EMRK .

##### **E. 5.4.1**

Die Kritik, die der Beschwerdeführer in diesem Zusammenhang an der Einordnung des vorübergehenden Berufsverbots nach Art. 33 FINMAG in BGE 142 II 243 E. 3.4 S. 252 ff. als repressive verwaltungsrechtliche Sanktion ohne Charakterisierung als strafrechtliche Anklage im Sinne von Art. 6 EMRK äussert, übergeht, dass der Entzug eines Fähigkeitsausweises oder der Berufsausübungsbewilligung im Rahmen der Aufsicht über die freien Berufe im schweizerischen Verwaltungsrecht seit jeher als verwaltungsrechtliche Disziplinar massnahme qualifiziert, die ihrerseits grundsätzlich als Unterkategorie der administrativen Rechtsnachteile angesehen wird (GYGI, a.a.O., S. 335; differenzierend LOCHER, a.a.O., S. 102 ff.; teilweise abweichend JAAG, a.a.O., S. 11 f.). Von den klassischen Disziplinar massnahmen des schweizerischen Allgemeinen Verwaltungsrechts (siehe HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., S. 333 Rz. 1505) unterscheidet sich das Berufsverbot nach Art. 33 FINMAG etwa dadurch, dass die Ausübung einer leitenden Stelle bei einer Beaufichtigten gegenüber der verantwortlichen Person auch nach beendetem Arbeitsverhältnis ausgesprochen werden kann ( BGE 142 II 243 E. 2.2 S. 247; HSU/BAHAR/FLÜHMANN, in: Basler Kommentar, Finanzmarktaufsichtsgesetz, Finanzmarktinfrastrukturgesetz, 3. Aufl. 2019, N. 13b zu Art. 33 FINMAG ). Der Umstand hingegen, dass mit dem vorübergehenden Berufsverbot nach Art. 33 FINMAG nicht, wie für die übrigen freien Berufe typisch, eine zuvor erteilte Polizeibewilligung widerrufen wird, ist einzig auf BGE 147 I 57 S. 68 das Konzept der Institutsaufsicht zurückzuführen, wonach regelmässig nicht die angestellte natürliche Person, sondern das Institut eine Marktzugangsbewilligung benötigt (für das Bankenrecht Art. 1 Abs. 1 lit. d, Art. 2, Art. 3 lit. a FINMAG in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 BankG ). Entsprechend wird mit dem Berufsverbot nach Art. 33 FINMAG nicht etwa dem Institut die finanzmarktrechtliche Bewilligung, Zulassung, Akkreditierung oder Anerkennung entzogen, sondern, in Durchbrechung dieses Grundsatzes der Institutsaufsicht, der für eine schwere Verletzung

aufsichtsrechtlicher Vorschriften verantwortlichen natürlichen Person die Tätigkeit (in leitender Stellung) bei einer Beaufsichtigten für einen bestimmten Zeitraum verboten. Diese Verfeinerung der Kategorie der Disziplinarregelungen im Sinne von Massnahmen gegen Personen in einem besonderen Rechts- oder Aufsichtsverhältnis (JAAG, a.a.O., S. 11) vermag aber nichts daran zu ändern, dass das in einem wirtschaftspolizeilichen Erlass (aArt. 5 FINMAG) verankerte vorübergehende finanzmarktrechtliche Berufsverbot im Sinne von Art. 33 FINMAG sich wie die übrigen aufsichtsrechtlichen Instrumente wie etwa die Feststellungsverfügung nach Art. 32 FINMAG (vgl. dazu HSU/BAHAR/FLÜHMANN, a.a.O., N. 12a zu Art. 32 FINMAG ) nicht an die Allgemeinheit, sondern an spezifische Personen in einem besonderen Rechts- oder Aufsichtsverhältnis (Beaufsichtigte im Sinne von Art. 3 lit. a FINMAG ) oder, in Durchbrechung des Grundsatzes der Institutsaufsicht, an deren (auch nur potentiell) leitende Angestellte und damit an einen spezifischen Berufsstand richtet, der im Interesse des Gläubiger-, Anleger- und Versicherungsschutzes sowie der Sicherstellung der Funktionsfähigkeit und des Vertrauens in die Finanzmärkte (HSU/BAHAR/FLÜHMANN, a.a.O., N. 5 f. zu Art. 33 FINMAG , mit zahlreichen Hinweisen) zu einer aufsichtsrechtlich korrekten Berufsausübung angehalten werden soll (zutreffend MARTIN KARL WEBER, Informationsmissbrauch im Finanzmarkt, 2013, S. 245).

#### **E. 5.4.2**

Diese Qualifikation ist auch in rechtsvergleichender Hinsicht (oben, E. 5.3.2) nicht aussergewöhnlich. Die britische Finanzmarktaufsichtsbehörde Financial Conduct Authority (FCA) bezeichnet vorübergehende und definitive Einschränkungen von zuvor bewilligten Tätigkeiten ausdrücklich als "disciplinary measure which the FCA may use in addition to, or instead of, imposing a financial penalty or issuing a public censure. The BGE 147 I 57 S. 69 principal purpose of imposing such a measure is to promote high standards of regulatory and/or market conduct by deterring persons who have committed breaches from committing similar breaches, and demonstrating generally the benefits of compliant behaviour" (FCA Handbook, The Decision Procedure and Penalties Manual [DEPP], Ausgabe 42, September 2019, DEPP 6A.1.3; [www.handbook.fca.org.uk/handbook/DEPP/6A](http://www.handbook.fca.org.uk/handbook/DEPP/6A)); zur Bedeutung des FCA Handbook FEDERICO DELLA NEGRA, MiFID II and Private Law, Enforcing EU Conduct of Business Rules, 2019, S. 73). Auch nach der neusten Rechtsprechung des EGMR qualifizieren Massnahmen, welche nicht in erster Linie auf eine Vergeltung begangenen Unrechts, sondern auf die (Wieder-)Herstellung des öffentlichen Vertrauens in einen bestimmten Berufsstand zielen, unter dem Gesichtspunkt des zweiten und des dritten "Engel-Kriteriums" (Natur bzw. Art und Schwere des Vergehens) nicht als strafrechtliche Anklage im Sinne von Art. 6 EMRK . Solche Massnahmen würden sich nach der Auffassung des EGMR an einen bestimmten Berufsstand mit einem besonderen Status richten, weshalb einem Berufsausübungsverbot nicht dieselbe repressive und abschreckende Wirkung wie eine strafrechtliche Sanktion zukomme (zit. Urteil des EGMR Rola , § 56 f., 64, 66, unter Verweis auf die Urteile des EGMR Müller-Hartburg gegen Österreich vom 19. Februar 2013, Nr. 47195/06, § 44 f., und Carlo Biagioli gegen San Marino vom 13. September 2016, Nr. 64735/14, § 54-57; a.A. DAMIAN K. GRAF, Strafrechtlicher Umgang mit Verfehlungen in der Finanzbranche, Schweizerische Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht[GesKR]2018 S. 46).

#### **E. 5.4.3**

Das Gesagte gilt auch für die Publikation einer Unterlassungsanweisung gestützt auf Art. 34 FINMAG . Weder die Natur (zweites "Engel-Kriterium") noch die Art oder Schwere der Sanktion (drittes "Engel-Kriterium") sprechen für eine Qualifikation einer Unterlassungsanweisung als strafrechtliche Sanktion im Sinne von Art. 6 EMRK .

#### **E. 5.4.3.1**

Gemäss Art. 34 FINMAG kann die FINMA bei Vorliegen einer schweren Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen ihre Endverfügung nach Eintritt der Rechtskraft unter Angabe von Personendaten in elektronischer oder gedruckter Form veröffentlichen (Abs. 1), wobei die Veröffentlichung in der Verfügung selbst anzuordnen ist (Abs. 2). Die Publikation der aufsichtsrechtlichen Verfügung ist in sachlicher, räumlicher, zeitlicher und persönlicher Hinsicht BGE 147 I 57 S. 70 zu begrenzen (Urteil 2C\_929/2010 vom 13. April 2011 E. 5.2.3; HSU/BAHAR/FLÜHMANN, a.a.O., N. 13c zu Art. 34 FINMAG ).

#### **E. 5.4.3.2**

Adressatenkreis von Art. 34 FINMAG sind die möglichen Adressaten einer Endverfügung der FINMA (HSU/BAHAR/FLÜHMANN, a.a.O., N. 11 zu Art. 34 FINMAG ) und somit, vorbehältlich einer Durchbrechung des Konzepts der Institutsaufsicht, die Beaufsichtigten im Sinne von Art. 3 lit. a FINMAG . Nach Art. 3 lit. a FINMAG sind die Beaufsichtigten Personen, welche nach den Finanzmarktgesetzen ( Art. 1 Abs. 1 FINMAG ) eine Bewilligung, eine Anerkennung, eine Zulassung oder eine Registrierung der FINMA benötigen. Die Formulierung trägt dem Umstand Rechnung, dass die FINMA berechtigt ist, das gesetzliche Aufsichtsinstrumentarium auch gegenüber Instituten oder Personen einzusetzen, deren Unterstellungs- oder Bewilligungspflicht umstritten ist oder die rechtswidrig unbewilligt tätig sind (Urteile 2C\_305/2016 vom 24. November 2016 E. 2.3.1; 2C\_1055/2014 vom 2. Oktober 2015 E. 4.2). Adressat der Publikationsanordnung nach Art. 34 FINMAG ist somit nicht die Allgemeinheit, sondern ein bestimmter Berufsstand im Sinne von Personen, die sich in einem besonderen bewilligungs-, anerkennungs-, zulassungs- oder registrierungspflichtigen Rechts- oder Aufsichtsverhältnis befinden oder befinden sollten und zum Schutze der Gläubigerinnen und Gläubiger, der Anlegerinnen und Anleger, der Versicherten und der Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte (aArt. 5 FINMAG) zur Einhaltung mit diesem besonderen Rechts- oder Aufsichtsverhältnis in Zusammenhang stehenden aufsichtsrechtlichen Pflichten angehalten werden.

#### **E. 5.4.3.3**

Entsprechend wird die Publikationsanordnung in Art. 34 FINMAG nicht von einem individuellen Verschulden im Sinne des Schuldstrafrechts (vgl. zum Schuldprinzip RETO HEIZMANN, Strafe im schweizerischen Privatrecht, Phänomenologie und Grenzen gesetzlich begründeter Strafsanktionen des Privatrechts, 2015, S. 341 ff.), sondern von der Voraussetzung einer individuell zurechenbaren schweren Verletzung aufsichtsrechtlicher Pflichten abhängig gemacht. Im Vordergrund steht bei der Publikationsanordnung im Sinne von Art. 34 FINMAG nach einem zeitgemässen Gesetzesverständnis nicht mehr das eigentliche "naming and shaming", das zumindest für Personen mit einer guten Reputation (so PETER NOBEL, Internationales und Transnationales Aktienrecht, Bd. 1, 2. Aufl. 2012, S. 388 f.) eine repressive oder präventive Wirkung zu entfalten vermag (HSU/BAHAR/FLÜHMANN, a.a.O., N. 9 zu Art. 34 FINMAG ), BGE 147 I 57 S. 71 sondern die Herstellung von Markttransparenz (siehe dazu oben, E. 3) als ein wesentliches Element der Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte (LUCIA GOMEZ RICHA, Les produits

structurés et la protection de l'investisseur, Diss. Genf 2015, S. 185 f.). Ob eine nicht über die für den Marktzugang erforderliche Bewilligung, Anerkennung, Zulassung oder Registrierung verfügende Person durch die bloss Information über diesen Umstand angesichts dessen, dass sie ohnehin nicht auf diesem Markt tätig sein dürfte, überhaupt einen (wirtschaftlichen) Nachteil zu erleiden vermag, wird vorliegend deswegen offen gelassen, weil ein solcher im Lichte der Rechtsprechung jedenfalls nicht schwer genug wiegt, um eine Qualifikation der Sanktion als strafrechtlich zu rechtfertigen. Nach der jüngsten Rechtsprechung des EGMR führt selbst ein dauernder Entzug einer in einem besonderen Rechts- oder Aufsichtsverhältnis zuvor erteilten Bewilligung für die Ausübung einer bestimmten Tätigkeit noch nicht zu einer Qualifikation der Sanktion als strafrechtlich im Sinne von Art. 7 EMRK, falls dem Betroffenen dadurch nicht vollständig verunmöglicht wird, einen anderen Beruf auf seinem angestammten Ausbildungsfeld auszuüben (zit. Urteil des EGMR Rola, § 66; a.A. GRAF, a.a.O., S. 46). Noch weniger vermögen bloss vorübergehende Einschränkungen in einer bewilligungspflichtigen Tätigkeit eine Qualifikation als strafrechtliche Anklage im Sinne von Art. 6 EMRK nach sich zu ziehen (zit. Urteil des EGMR Müller-Hartburg, § 48). Die Natur bzw. die Art und Schwere des Vergehens sprechen daher für eine Einordnung der Sanktion als verwaltungsrechtliche Disziplinarregelung im besonderen Rechts- oder Aufsichtsverhältnis (oben, E. 5.4.1) und nicht als strafrechtliche Anklage im Sinne von Art. 6 EMRK (zit. Urteile des EGMR Rola, § 56, 63, 64; Müller-Hartburg, § 44-49 und Biagioli, § 54-57; siehe auch HSU/BAHAR/FLÜHMANN, a.a.O., N. 12a zu Art. 32 FINMAG; WALDMANN, a.a.O., S. 110).

### **E. 5.5**

Zusammenfassend erfüllt eine auf Art. 34 FINMAG gestützte und angemessen zu befristende Publikation einer Unterlassungsanweisung keines der "Engel-Kriterien", weshalb ein auf Erlass dieser Sanktion gerichtetes Verwaltungsverfahren keine strafrechtliche Anklage im Sinne von Art. 6 EMRK beinhaltet. Die Beschwerde wegen Verletzung von Art. 6 EMRK, Art. 14 Abs. 3 lit. g UNO-Pakt II, Art. 32 BV und Art. 1 sowie Art. 333 StGB erweist sich als unbegründet. Eine Verletzung von Art. 9 BV oder von Art. 53 FINMAG in Verbindung mit Art. 12-19 VwVG (SR 172.021) ist nicht ersichtlich.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.