

BVGer B-3759/2014 vom 11. Mai 2015

Bundesverwaltungsgericht, 2015-05-11, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-3759_2014

FR: TAF B-3759/2014 du 11 mai 2015

IT: TAF B-3759/2014 del 11 maggio 2015

Regeste

Unerlaubte Tätigkeit (BankG, BEHG, KAG)

Erwägungen

E. 4

Der Beschwerdeführer rügt sowohl die Publikation des Werbeverbots als auch seine Streichung aus dem Versicherungsvermittlerregister als unverhältnismässig, welche beide die Vorinstanz für die Dauer von zwei Jahren ausgesprochen hat. Bevor auf die Verhältnismässigkeit dieser beiden Massnahmen einzugehen ist, ist deren Übereinstimmung mit dem Legalitätsprinzip näher zu beleuchten. 4.14.1.1 Das Verwaltungsrecht auferlegt natürlichen und juristischen Personen zahlreiche Pflichten, die es in Gesetzen und Verordnungen als Gebote und Verbote umschreibt (vgl. hierzu und zum Folgenden: Tobias Jaag, a.a.O., S. 935 ff., m.w.H.). Gebote und Verbote machen indessen nur Sinn, wenn sie befolgt werden und gegebenenfalls auch mit staatlichen Massnahmen durchgesetzt werden können. Solche Massnahmen sind präventiver, repressiver und pönaler Natur, wobei die beiden letztgenannten Massnahmen als verwaltungsrechtliche Sanktionen bezeichnet werden. Mit einer verwaltungsrechtlichen Sanktion soll eine Realerfüllung wie bspw. die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands erzwungen werden können (sog. exekutorische Massnahme), oder es soll - wie beim Bewilligungsentzug - ein Vorteil verweigert oder entzogen werden können (sog. "administrativer Rechtsnachteil") und schliesslich dient sie - wie bspw. eine Busse - dazu, einer fehlbaren Person einen finanziellen Nachteil aufzuerlegen (sog. pönale Massnahme; vgl. Tobias Jaag, a.a.O., S. 936 f. Rz. 23.7 ff., m.w.H.). 4.1.2 Mögliche Überschneidungen der genannten Kategorien, wie sie bspw. beim Entzug einer Berufsausübungsbewilligung vorliegen, sowie die Nähe der repressiven verwaltungsrechtlichen (pönalen) Sanktionen zu den (verwaltungs-) strafrechtlichen Sanktionen, wie sie bspw. bei der Erhebung einer (hohen) Busse gegeben sind, verlangen indessen namentlich mit Blick auf das Legalitätsprinzip und die Verfahrensgarantien insbesondere der EMRK regelmässig eine differenzierte Betrachtungsweise. So erwog das Bundesgericht mit Hinweis auf die sog. Menarini-Rechtsprechung des EGMR, dass hohen Kartellbussen strafrechtlicher oder zumindest strafrechtsähnlicher Charakter zukomme, und dass daher die Anforderungen von Art. 6 EMRK an die Rechtsgrundlagen (genügend bestimmter Rechtssatz in einem formellen Gesetz) und an das Verfahren (volle Kognition einer gerichtlichen Behörde) zu erfüllen seien (vgl. etwa BGE 139 I 72 ff., "Publigroupe", insb. S. 78 ff. E. 2, S. 80 ff. E. 4 ff. sowie S. 85 ff. E. 8 ff.; Tobias Jaag, a.a.O., S. 952 Rz. 23.58, m.w.H.). Andererseits erachtete es in einem gegen eine Spielcasino-Betreiberin geführten Bussenverfahren die absolute Geltung des Schweigerechts, wie es in einem Strafverfahren besteht (sog. "nemo-tenetur-Grundsatz"), mit Blick auf die Besonderheiten eines aufsichtsrechtlichen

Verwaltungsverfahren als nicht sachgerecht und auch von der EMRK nicht verlangt (BGE 140 II 384 ff., insb. S. 390 ff. E. 3.3.2 ff.). Da im vorliegenden Verfahren keine Busse ausgesprochen wurde, erübrigen sich an dieser Stelle indessen Weiterungen hierzu. Ebenfalls pönalen Charakter weist die Anordnung auf, eine aufsichtsrechtliche Verfügung zu veröffentlichen (sog. "naming and shaming"; vgl. Tobias Jaag, a.a.O., S. 954 Rz. 23.64, m.w.H.). Auch hier sind daher - wie bei den Bussen - die hohen legislatorischen und verfahrensrechtlichen Vorgaben von Art. 6 EMRK einzuhalten. Gleich verhält es sich beim Berufsverbot (Tobias Jaag, a.a.O., S. 957 Rz. 23.73, m.w.H.), wobei hier - weil mit dieser Sanktion zugleich in die Persönlichkeitsrechte nach Art. 10 Abs. 2 BV und in die Wirtschaftsfreiheit nach Art. 27 BV eingegriffen wird - zugleich das verfassungsrechtliche Schutzdispositiv von Art. 36 BV formell zum Tragen kommt (für das gegen einen Versicherungsmakler verhängte Berufsverbot vgl. nunmehr BVGE 2013/59, mit zahlreichen Hinweisen). Es ist daher nachfolgend zu prüfen, ob im vorliegenden Rechts- und Sachzusammenhang die Anforderungen an das Legalitätsprinzip und die Verfahrensgarantien eingehalten sind.

E. 4.2

4.2.1 Das Bundesverwaltungsgericht ist eine unabhängige, mit voller Kognition ausgestattete richterliche Behörde (Art. 2 VGG sowie Art. 37 VGG i.V.m. Art. 49 VwVG), womit diese Verfahrensgarantie im Sinne von Art. 6 EMRK vorliegend eingehalten ist.

E. 4.2.2

Ebenso eingehalten sind die Anforderungen an die gesetzlichen Grundlagen bzw. an die Normstufe. Die hier anwendbaren Normen finden sich im FINMAG, BankG und VAG, welche Erlasse Gesetze im formellen Sinn darstellen und in einem demokratischen Verfahren ergingen.

E. 4.2.3

Schliesslich ist auch das Erfordernis der Normenklarheit erfüllt. Als verwaltungsrechtliche Sanktionen gegen Personen, die aufsichtsrechtliche Bestimmungen schwer verletzt haben, nennt das FINMAG - soweit hier interessierend - einerseits das Berufsverbot (Art. 33 FINMAG) und den Entzug der Bewilligung, der Anerkennung, der Zulassung oder der Registrierung (Art. 37 FINMAG; vgl. hierzu nachfolgend E. 4.2.4), welche sich gegen bewilligte Finanzintermediäre richten. Sodann sieht es die Veröffentlichung aufsichtsrechtlicher Verfügungen vor (Art. 34 FINMAG), welche auch Personen trifft, die in Verletzung der gesetzlichen Bestimmungen bewilligungslos tätig sind (vgl. Urteil des Bger 2C_122/2014 vom 19. Juli 2014 i.S. D._____ und E._____ gegen Eidgenössische Finanzmarktaufsicht, E. 3.1 sowie E. 4.2.5 des vorliegenden Urteils). Das BankG und das FINMAG sehen zudem die Möglichkeit vor, Widerhandlungen strafrechtlich zu verfolgen (Art. 46 ff. BankG und Art. 44 ff. FINMAG).

E. 4.2.4

Mit dem Entzug der Bewilligung, der Anerkennung, der Zulassung oder der Registrierung verliert die beaufsichtigte Person das Recht, die entsprechende Tätigkeit auszuüben. Die übrigen Folgen des Entzugs richten sich nach den anwendbaren (speziellen) Finanzmarktgesetzen (Art. 37 Abs. 2 FINMAG). Dieser Hinweis betrifft - soweit hier interessierend - Art. 51 Abs. 1 und Abs. 2 Bst. g VAG (zit. in Bst. A.b). Nach der genannten Bestimmung kann die FINMA einen Vermittler oder eine Vermittlerin aus dem Register der Versicherungsvermittler und Vermittlerinnen streichen, wenn diese den gesetzlichen

Vorschriften oder den Anordnungen der FINMA nicht nachkommen oder die Interessen der Versicherten anderweitig gefährden. Selbst wenn es das VAG nicht ausdrücklich sagt, ist diese Massnahme nach Praxis und Lehre auch für den Geltungsbereich des VAG grundsätzlich nur bei schweren Widerhandlungen oder Interessenkollisionen zulässig (vgl. Renato Degli Uomini/Hans-Peter Gschwind, Basler Kommentar zum Versicherungsaufsichtsgesetz, 2013, N. 2 ff. zu Art. 51 VAG).

E. 4.2.5

Wie erwähnt, kann die Vorinstanz nach Art. 34 Abs. 1 FINMAG bei schwerer Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen ihre Endverfügung nach Eintritt der Rechtskraft unter Angaben der Personendaten in elektronischer oder gedruckter Form veröffentlichen. Es handelt sich bei dieser Massnahme einerseits um eine Reputationsstrafe (sog. "naming and shaming"), die einen erheblichen Eingriff in die allgemeinen und wirtschaftlichen Persönlichkeitsrechte der Betroffenen bewirkt und welchem insofern Sanktionscharakter zukommt (vgl. Urteile des Bger 2C_71/2011 vom 26. Januar 2012 E. 5.3.1, 2C_30/2011 vom 12. Januar 2012 E. 5.2.1 f. und 2C_929/2010 vom 13. April 2011 E. 5.2.1, sowie BVGE 2013/59 E. 9.3.4 und 9.3.7), andererseits auch um eine Massnahme zum Schutz des Publikums bzw. potentieller künftiger Anleger, die vor den Aktivitäten der Adressaten des Werbeverbots gewarnt und geschützt werden sollen.

E. 4.3

Im Sinne eines weiteren Zwischenergebnisses ist daher festzuhalten, dass die vom Beschwerdeführer beanstandeten, gegen ihn verfügten Sanktionen ihre gesetzliche Grundlage in Art. 34 FINMAG sowie in Art. 51 VAG i.V.m. Art. 37 FINMAG haben, und dass das Legalitätsprinzip bzw. die Anforderungen an die Normstufe und die Normenklarheit insoweit gewahrt sind. Ebenso erfüllt sind die Verfahrensgarantien gemäss Art. 6 EMRK. Zu prüfen bleibt, ob die Vorinstanz den Grundsatz der Verhältnismässigkeit eingehalten hat. 5.5.1 Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit (Art. 5 Abs. 2 BV) verlangt, dass die Massnahmen zur Verwirklichung eines im öffentlichen Interesse liegenden Ziels geeignet und erforderlich sind sowie zumutbar bleiben (vgl. statt vieler BGE 138 II 346 E. 9.2 S. 362). Während sich das öffentliche Interesse um die Berechtigung und Begrenzung staatlicher Handlungsmotive kümmert, rückt der Verhältnismässigkeitsgrundsatz die Adäquanz staatlicher Handlungen in den Vordergrund - "Adäquanz" verstanden als Ausdruck eines vernünftigen Ausgleichs zwischen Handlungsziel, Handlungsumfeld und Handlungswirkung. 5.2 Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit im Sinne von Art. 5 Abs. 2 BV zerfällt traditionell in drei Teilgehalte. Diese Teilgehalte sind: 1. das Gebot der Eignung; 2. das Gebot der Erforderlichkeit; 3. das Gebot der Zumutbarkeit, d.h. der Ausgewogenheit von Handlungszweck und Handlungswirkung (Verhältnismässigkeit im engeren Sinn). Eine Verwaltungsmassnahme ist erst dann verhältnismässig, wenn sie die genannten Gebote kumulativ erfüllt. Mitunter konkretisiert das Sachgesetz den Grundsatz der Verhältnismässigkeit zuhanden der rechtsanwendenden Behörden ausdrücklich. In solchen Fällen wird man die Verhältnismässigkeit einer Verwaltungsmassnahme primär anhand des Gesetzes prüfen. Es kann allerdings sein, dass die gesetzliche Konkretisierung nicht alle Teilgehalte des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes abdeckt; für das Fehlende muss dann unmittelbar auf die Verfassung zurückgegriffen werden. Letztlich bezeichnen Eignung, Erforderlichkeit und Zumutbarkeit nur Aspekte ein und derselben Frage: jener nach dem rechten Mass staatlicher Vorkehrungen (vgl. Urteil des BVGer B-5431/2013 vom 17. November 2014 E. 5 - 5.8 sowie Tobias Jaag, a.a.O., S. 945 Rz. 23.31 ff. sowie S. 959

Rz. 23.81, mit weiteren Hinweisen). 5.3 Eine behördliche Anordnung - unabhängig davon, ob Eingriff oder Leistung - muss zunächst geeignet sein, das angestrebte, im öffentlichen Interesse liegende Ziel zu erreichen oder zur Zielerreichung einen nicht zu vernachlässigenden Beitrag zu leisten (sog. "Zwecktauglichkeit", "Zielkonformität"). Ungeeignet ist eine Anordnung, wenn sie mit Blick auf das angestrebte Ziel keine nennenswerte Wirkung zeigt (vgl. BGE 129 II 331 E. 4.3; 116 Ia 355 E. 3c) oder der Eintritt der Wirkung ungewiss ist (vgl. BGE 135 II 405 E. 4.3.4). Staatliche Anordnungen müssen unterbleiben, sofern sie für die Erreichung des angestrebten, im öffentlichen Interesse stehenden Ziels nicht erforderlich sind (sog. "Übermassverbot"). Die Erforderlichkeit eines Eingriffs fehlt, wenn eine aus Sicht des Bürgers weniger einschneidende Anordnung das angestrebte Ziel ebenso erreicht (vgl. BGE 136 II 457 E. 6.3; 135 I 176 E. 3.3) - und bei Leistungen entsprechend, wenn eine aus Sicht des Staats weniger aufwendige Massnahme auch genügen würde. 5.4 Verwaltungsmassnahmen müssen schliesslich noch zumutbar sein. Verlangt ist eine angemessene Zweck-Mittel-Relation, bei Eingriffen also ein vernünftiges Verhältnis zwischen konkretem Eingriffszweck und konkreter Eingriffswirkung - man könnte auch sagen: zwischen öffentlichem Nutzen und privater Last. Darum ist eine geeignete und erforderliche Massnahme gleichwohl unverhältnismässig, wenn der damit verbundene Eingriff in die Rechtsstellung des betroffenen Bürgers im Vergleich zur Bedeutung der verfolgten öffentlichen Interessen unverhältnismässig schwer wiegt (vgl. BGE 135 I 176 E. 8.1). Ob man die Zumutbarkeit bejahen kann, ist durch Abwägung aller berührten Interessen zu bestimmen. Das Verhältnismässigkeitsprinzip hat seinen Ursprung im Polizeirecht. Mittlerweile erstreckt es sich über alle Gebiete des öffentlichen Rechts (Art. 5 Abs. 2 BV; vgl. bereits BGE 94 I 392 E. 3 S. 397; Pierre Tschannen/ Ulrich Zimmerli/Markus Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2014, § 21 N 1 ff.; Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl. 2010, Rz. 535 ff.). 5.5 In Anbetracht des Sanktionscharakters der Publikation sind zwar erhöhte Anforderungen an die Verhältnismässigkeit der Massnahme zu stellen. Die Regelungszwecke des FINMAG - die Sicherstellung der Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte (sog. Funktionsschutz) einerseits und die Gewährleistung des Schutzes der Gläubiger, der Anleger und der Versicherten andererseits (Individualschutz) - müssen die Sanktion rechtfertigen und die dem Betroffenen daraus entstehenden Nachteile in seinem wirtschaftlichen Fortkommen mit Blick auf die Schwere der aufsichtsrechtlichen Verletzung überwiegen. Weitere Schädigungen und künftige Störungen des Finanzmarkts können verhindert werden, indem potentielle Investoren auf der Internetseite der Vorinstanz vor den unerlaubten Tätigkeiten des Beschwerdeführers gewarnt werden. Ferner werden potentiell geschädigte Adressaten rechtzeitig informiert (vgl. Urteil des BGer 2C_929/2010 E. 5; BVGE 2013/59 E. 9.3.7, sowie Urteile des BVGer B-1024/2013 vom 6. Januar 2014 E. 6.2; B-2991/2011 vom 20. März 2012 E. 4.5.1, 4.5.2 und 4.5.4). 5.6 Aus dem Gesagten ergibt sich, dass beide der gegen den Beschwerdeführer ausgesprochenen Sanktionen sowohl im öffentlichen Interesse liegen und als zur Wahrung und Durchsetzung der öffentlichen Interessen geeignet erscheinen. Weil sowohl der durch die verfügte zeitweise Publikation bewirkte Reputationsschaden als auch das durch die zeitweise Streichung aus dem Register der Versicherungsvermittler bewirkte Berufsverbot schwerwiegende Eingriffe in die Sphäre der persönlichen und wirtschaftlichen Freiheit des Beschwerdeführers darstellen, muss indessen auch die ihm vorgeworfene Verletzung von Aufsichtsvorschriften entsprechend schwer wiegen, um diese Sanktionen zu rechtfertigen (vgl. vorstehend E. 4.2.2 f.). Wie es sich

damit verhält, ist nachfolgend zu untersuchen. 6.6.1 Beim Begriff der schweren Verletzung handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff. Dabei kommt der Vorinstanz ein grosses Ermessen zu. Zu beachten ist allerdings, dass die Feststellungsverfügungen sowie die Verfügungen der Vorinstanz, die ein Werbeverbot veröffentlichen oder ein Berufsverbot aussprechen, der Anfechtung an das Bundesverwaltungsgericht unterliegen und diesem - im Rahmen seiner umfassenden Kognitionsbefugnis - nicht nur die Kontrolle der Gesetzmässigkeit, sondern auch der Angemessenheit obliegt (Art. 49 VwVG). Das Gericht belässt jedoch der Vorinstanz einen gewissen fachtechnischen Beurteilungsspielraum (vgl. BVGE 2013/59 E. 9.3.6 f., mit weiteren Hinweisen; Hsu/Bahar/Renninger, a.a.O., N. 22 zu Art. 34 FINMAG).

6.2 In der Rechtsprechung des Bundesgerichts haben sich verschiedene Kriterien herausgebildet, die es bei der Beurteilung der Schwere des Verstosses zu beachten gilt. Danach setzt die entsprechende verwaltungsrechtliche Massnahme eine Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen von einer gewissen Schwere voraus und muss auch im Einzelfall verhältnismässig sein. Eine einmalige, punktuelle und untergeordnete Verletzung finanzmarktrechtlicher Pflichten genügt nicht (vgl. BVGE 2013/59 E. 9.3.7, mit weiteren Hinweisen).

6.2.1 Weil zudem Art. 34 FINMAG in erster Linie die Grundlage bildet, um Verstösse gegen aufsichtsrechtliche Vorgaben beaufsichtigter Betriebe zu sanktionieren, ist bei einer illegalen gewerbsmässigen Entgegennahme von Publikumseinlagen deshalb regelmässig bereits schon von der Sache her von einer gewissen Schwere der Verletzung auszugehen. Doch können auch hier eine bloss untergeordnete Implikation oder besondere Umstände, die darauf hinweisen, dass es künftig zu keiner weiteren Verletzung finanzmarktrechtlicher Pflichten kommen wird (sog. "tätige Reue"), der Publikation entgegenstehen (vgl. Urteile des BGer 2C_71/2011 vom 26. Januar 2012 E. 5.2, 2C_30/2011 vom 12. Januar 2012 E. 5.2.2 und 2C_929/2010 vom 13. April 2011 E. 5.2).

6.2.2 Ähnliche Überlegungen geltend hinsichtlich der Berufsverbote, welche auch im Bereich der Versicherungsaufsicht ausgesprochen werden und gemäss Art. 33 Abs. 2 FINMAG bis zu fünf Jahre dauern können (vgl. BVGE 2013/59 E. 9.3.2 f. und 9.3.6 f., mit weiteren Hinweisen).

6.36.3.1 Nach dem unter E. 3.4.2 hiavor Gesagten erachtet es das Gericht als erwiesen, dass der Beschwerdeführer zumal in seiner Eigenschaft als im Register eingetragener Versicherungsvermittler durch sein Wirken massgeblich zum - verpönten - Erfolg der S. _____-Gruppe beigetragen hat und sich daher sämtliche ihrer Verstösse gegen aufsichtsrechtliche Vorschriften zurechnen lassen muss (vgl. vorne E. 3.3). Damit hat er in schwerer Weise gegen aufsichtsrechtliche Vorschriften verstossen. Verschuldensmässig besonders ins Gewicht fällt, dass er dabei - worauf die Vorinstanz mit Recht hinweist - insbesondere auch seine Vertrauensposition als im Register eingetragener Versicherungsvermittler dazu missbraucht hat, seine Klientschaft in illegaler Weise und zu deren Nachteil in erheblichem Umfang zu Anlagen bei der S. _____ zu verleiten. Erschwerend kommt hinzu, dass er seine illegale Vermittlungstätigkeit auch fortführte, als die Vorinstanz eine Untersuchung gegen die R. _____ eröffnete, für welche Gesellschaft er zu einem früheren Zeitpunkt ebenfalls unerlaubt zahlreiche Anleger vermittelt hatte, und die er nun der S. _____ zuführen wollte. Dass die Vorinstanz zum Ergebnis kam, die illegale Tätigkeit des Beschwerdeführers stelle insgesamt einen schweren Verstoss gegen aufsichtsrechtliche Vorschriften dar und es treffe ihn dabei ein entsprechend schweres Verschulden, erweist sich für das Gericht ohne Weiteres als nachvollziehbar. Daran ändert nichts, dass der Beschwerdeführer möglicherweise fahrlässig gehandelt hat, untersteht er doch als im Register eingetragener Versicherungsvermittler kraft der damit verbundenen Vertrauensposition einer erhöhten Sorgfaltspflicht.

6.3.2 Entsprechend der Schwere seiner

Verstöße gegen aufsichtsrechtliche Vorschriften und seines Verschuldens verfügte die Vorinstanz eine zweijährige Veröffentlichung der aufsichtsrechtlichen Verfügung auf ihrer Homepage gemäss Art. 34 FINMAG und eine Streichung aus dem Register der Versicherungsvermittler gemäss Art. 37 FINMAG i.V.m. Art. 51 Abs. 2 Bst. g VAG, verbunden mit einer zweijährigen Eintragungssperre. Diese Massnahmen erweisen sich im Lichte der vorstehenden Ausführungen als rechens und insbesondere auch als verhältnismässig. Sie tragen in nachvollziehbarer Weise einerseits der Schwere der Verstöße gegen aufsichtsrechtliche Vorschriften und des Verschuldens des Beschwerdeführers und andererseits dem erheblichen öffentlichen Interesse an einem adäquaten Schutz und an einer Warnung des Publikums Rechnung. Mit einer Beschränkung auf zwei Jahre bewegen sie sich eher am unteren Rand des möglichen Rahmens und können auch insofern nicht als unverhältnismässig bezeichnet werden. 7. Die Beschwerde erweist sich demnach in allen Teilen als unbegründet, weshalb sie vollumfänglich abzuweisen ist. 8. Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens sind dem Beschwerdeführer die Verfahrenskosten von Fr. 3'500.- aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Der einbezahlte Kostenvorschuss wird zur Bezahlung der Verfahrenskosten verwendet. Dem unterliegenden Beschwerdeführer ist keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 1 VGKE) und ebenso wenig der Vorinstanz (Art. 7 Abs. 3 VGKE).

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