Urteilskopf

142 II 243

19. Auszug aus dem Urteil der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung i.S. A. gegen Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA) (Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten) 2C_739/2015 vom 25. April 2016

Regeste (de):
Art. 3 lit. a, Art. 33 FINMAG; Art. 29 Abs. 2 BV; Art. 35, Art. 61 VwVG; Art. 9 Abs. 2 aBankV; Art. 6 Ziff. 1 EMRK; Art. 14 Ziff. 3 lit. g UNO-Pakt II. Verfahren auf Erlass eines finanzmarktrechtlichen Berufsverbots; Selbstbelastungsverbot.

Eine im Verfahren gegen die Beaufsichtigte ergangene Verfügung kann der für die Beaufsichtigte tätigen oder tätig gewesenen natürlichen Person im anschliessend gegen sie geführten Verfahren nicht im Sinne einer rechtskräftig beurteilten Vorfrage entgegengehalten werden (E. 2). Anforderungen an die Begründungsdichte im Falle von aufsichtsrechtlich relevanten Unterlassungen (E. 3.1). In auf Auferlegung eines Berufsverbots gerichteten Verfahren kann auf Aussagen abgestellt werden, welche die natürliche Person im gegen die Beaufsichtigte geführten Verfahren getätigt hat: Das Selbstbelastungsverbot steht einer Verwertung dieser Aussagen nicht entgegen, weil das Berufsverbot hinsichtlich seiner Art und Schwere eine wirtschaftspolizeirechtlich motivierte Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit und nicht eine strafrechtliche Anklage i.S.v. Art. 6 Ziff. 1 EMRK ist (E. 3.2-3.4).

Regeste (fr):
Art. 3 let. a, art. 33 LFINMA; art. 29 al. 2 Cst.; art. 35, art. 61 PA; art. 9 al. 2 aOB; art. 6 par. 1 CEDH; art. 14 par. 3 let. g Pacte Onu II. Procédure relative à une interdiction d'exercer dans le domaine des marchés financiers; principe selon lequel nul n'est tenu de s'accuser lui-même.

Une décision prononcée à l'encontre d'une entité assujettie à surveillance n'est pas opposable, en tant que décision préjudicielle entrée en force, à une personne physique qui travaille ou a travaillé pour l'entité assujettie et qui fait, par la suite, l'objet d'une procédure distincte (consid. 2). Exigences quant au degré de motivation en cas d'omissions qui relèvent du droit de la surveillance (consid. 3.1). Les déclarations qu'une personne physique a faites dans le cadre de la procédure dirigée contre l'entité assujettie peuvent être prises en compte dans la procédure visant à prononcer une interdiction d'exercer: le principe selon lequel nul n'est tenu de s'accuser lui-même ne s'oppose pas à l'utilisation de ces déclarations, car l'interdiction d'exercer constitue, en ce qui concerne sa nature et sa gravité, une mesure de police économique qui restreint la liberté économique et non pas une sanction pénale au sens de l'art. 6 par. 1 CEDH (consid. 3.2-3.4).

Regesto (it):
Art. 3 lett. a, art. 33 LFINMA; art. 29 cpv. 2 Cost.; art. 35, art. 61 PA; art. 9 cpv. 2 vOBCR; art. 6 n. 1 CEDU; art. 14 n. 3 lett. g Patto ONU II. Procedura tesa alla pronuncia di un divieto di esercizio della professione in ambito di mercati finanziari; principio secondo cui nessuno è tenuto ad autoincriminarsi.

Una decisione pronunciata contro un'entità sottoposta a sorveglianza non è opponibile, nel senso di una decisione pregiudiziale cresciuta in giudicato, contro una persona fisica che lavora o ha lavorato per detta entità e che è, nel seguito, oggetto lei stessa di una procedura (consid. 2). Esigenze in merito al grado di motivazione nel caso di omissioni rilevanti dal punto di vista della sorveglianza (consid. 3.1). Le dichiarazioni che una persona fisica ha rilasciato nel quadro della procedura contro l'entità sottoposta a sorveglianza possono essere prese in considerazione nella procedura che mira a pronunciare un divieto d'esercizio della professione: il principio secondo cui nessuno è tenuto ad autoincriminarsi non si oppone all'uso di queste dichiarazioni, siccome il divieto di esercitare la professione costituisce, per sua natura e gravità, una misura dettata da motivi di polizia economica che restringe la libertà economica e non un'accusa di carattere penale ai sensi dell'art. 6 n. 1 CEDU

(consid. 3.2-3.4).

Sachverhalt ab Seite 244

BGE 142 II 243 S. 244

A.

A.a Mit Verfügung vom 30. August 2013 stellte die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA) fest, dass die Bank X. AG (zum Urteilszeitpunkt: X. Administration AG; nachfolgend: Bank X.) aufsichtsrechtliche Bestimmungen im Zusammenhang mit dem grenzüberschreitenden US-Kundengeschäft ab dem Jahr 2008 sowie die dauernd einzuhaltenden Bewilligungsvoraussetzungen betreffend die Organisation und die Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit schwer verletzt hatte. Dieser Teil des Verfügungsdispositivs blieb unangefochten. Die Bank X. hat ihre Geschäftstätigkeit inzwischen eingestellt und wurde aus der Aufsicht entlassen.

A.b Am 30. September 2013 eröffnete die FINMA im Zusammenhang mit dem grenzüberschreitenden US-Kundengeschäft der Bank X. gegen deren zwischen 2008 und November 2012 amtierenden CEO, A., ein eingreifendes Verwaltungsverfahren. Mit Verfügung vom 4. Juli 2014 untersagte die FINMA A. die Ausübung einer leitenden Stellung bei einem von ihr Beaufsichtigten für die Dauer von zwei Jahren ab Rechtskraft der Verfügung (Berufsverbot, Dispositivziffer 1). Sämtliche Informationen und Unterlagen aus dem

BGE 142 II 243 S. 245

gegen A. und gegen die Bank X. geführten Verfahren wie auch die Tatsache, dass diese Verfahren geführt würden, dürften nur mit vorgängiger Zustimmung der FINMA Dritten herausgegeben oder zugänglich gemacht werden (Zustimmungserfordernis; Dispositivziffer 2). Für den Fall der Widerhandlung gegen die Dispositivziffern 1 und 2 verwies die FINMA auf Art. 48 FINMAG und die darin enthaltene Strafandrohung (Dispositivziffer 3). Einer allfälligen Beschwerde gegen Dispositivziffer 2 der Verfügung entzog die FINMA die aufschiebende Wirkung und erklärte diesen Teil des Dispositivs für sofort vollstreckbar (Dispositivziffer 4). Die Verfahrenskosten von Fr. 30'000.- wurden A. auferlegt (Dispositivziffer 5).

B. Mit Beschwerde gegen die Verfügung der FINMA vom 4. Juli 2014 an das Bundesverwaltungsgericht beantragte A. deren vollständige Aufhebung sowie die Einstellung des eingreifenden Verwaltungsverfahrens; eventualiter sei die angefochtene Verfügung aufzuheben und es sei festzustellen, dass seitens A. im US-Kundengeschäft der Bank X. keine schwere Verletzung von aufsichtsrechtlichen Bestimmungen vorgelegen habe. Er ersuchte um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung. Das Bundesverwaltungsgericht verwies die Beschwerde gegen Dispositivziffer 2 der Verfügung der FINMA (Zustimmungserfordernis) vom 4. Juli 2014 in ein separates Verfahren (vgl. BGE 141 I 201 zur analogen Verfügung gegen die Bank X. & Co. AG). Mit Teilurteil vom 29. Juni 2015 (B-5041/2014) wies das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde von A. gegen die Verfügung der FINMA vom 4. Juli 2014, Dispositivziffer 1 (Berufsverbot), und Dispositivziffer 5 (Verfahrenskosten) ab.

C. Mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten vom 1. September 2015 an das Bundesgericht beantragt A., das Teilurteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 29. Juni 2015 sei kostenfällig aufzuheben. Es

sei festzustellen, dass seitens von A. im US-Kundengeschäft der Bank X. keine schwere Verletzung von aufsichtsrechtlichen Bestimmungen vorgelegen habe. Die Vorinstanz hat auf die Einreichung einer Vernehmlassung verzichtet. Die FINMA schliesst auf kostenfällige Abweisung der Beschwerde, soweit darauf eingetreten werden könne.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

2. Der Beschwerdeführer rügt, das angefochtene Teilurteil verletze Bundesrecht (Art. 95 lit. a BGG) und der rechtserhebliche

Sachverhalt sei unrichtig festgestellt worden (Art. 97 BGG). Seine aus Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 14 Ziff. 3 lit. g UNO-Pakt II (SR 0.103.2) abgeleiteten Rechte, in einem Strafverfahren schweigen zu können und sich nicht selbst belasten zu müssen, habe die Vorinstanz dadurch missachtet, dass sie seine unter Verletzung dieser Bestimmungen gemachten Aussagen im Verfahren gegen seine Arbeitgeberin, die Bank X., im vorliegenden Verfahren gegen ihn verwendet habe. Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK sei deswegen verletzt, weil die Vorinstanz die beantragte Befragung von Entlastungszeugen verweigert habe. Die Vorinstanz habe ausserdem Art. 33 des Bundesgesetzes vom 22. Juni 2007 über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMAG; SR 956.1) unzutreffend ausgelegt und angewendet sowie ihre Kognition nicht ausgeschöpft, womit sie gegen Art. 6 Ziff. 1 EMRK verstossen habe. Ebenso seien sein verfassungsmässiger Anspruch auf Behandlung nach Treu und Glauben (Art. 9 BV) und auf Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 und Art. 94 Abs. 1 BV) missachtet worden, indem ihm ohne schwere Verletzung von aufsichtsrechtlichen Bestimmungen ein Berufsverbot auferlegt worden sei, welches ihn in seiner wirtschaftlichen Tätigkeit im Finanzsektor einschränke.

2.1 Gegenstand des vorliegenden bundesgerichtlichen Beschwerdeverfahrens ist gemäss den Beschwerdeanträgen und dem Dispositiv des angefochtenen Urteils (BGE 136 II 165 E. 5 S. 174; Urteil 2C_961/2013 vom 29. April 2014 E. 3.3) das mit Verfügung der FINMA vom 4. Juli 2014 gegen den Beschwerdeführer ausgesprochene Berufsverbot und die erstinstanzlichen Verfahrenskosten in Höhe von Fr. 30'000.-.

2.2 In Durchbrechung des Grundsatzes der Institutsaufsicht (Art. 3 lit. a FINMAG) kann die FINMA Personen, die durch ihr individuelles Fehlverhalten kausal und schuldhaft eine schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen bewirkt haben, für eine Dauer von bis zu fünf Jahren die Tätigkeit in leitender Stellung bei einer oder einem Beaufsichtigten untersagen (Art. 33 FINMAG; HSU/BAHAR/FLÜHMANN, in: Basler Kommentar, Börsengesetz, Finanzmarktaufsichtsgesetz, 2. Aufl. 2011, N. 13 zu Art. 33 FINMAG; DAMIAN K. GRAF, Berufsverbote für Gesellschaftsorgane: das Sanktionsregime im Straf- und Finanzmarktrecht, AJP 2014 S. 1203). Abzugrenzen ist das Berufsverbot im Sinne von Art. 33 FINMAG insbesondere vom Gewährserfordernis als gemäss Art. 3 Abs. 2 lit. c des Bundesgesetzes vom 8. November 1934 über die Banken und

Sparkassen (BankG; SR 952.0) durch die oder den Beaufsichtigten dauernd einzuhaltende Bewilligungsvoraussetzung (vgl. zu den Anwendungsbereichen von Art. 33 FINMAG bzw. Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG Botschaft des Bundesrates vom 1. Februar 2006 zum Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht [nachfolgend: Botschaft FINMAG], BBl 2006 2882 zu Art. 33;UHLMANN, Berufsverbot nach Art. 33 FINMAG, SZW 2011 S. 439; GUILLAUME BRAIDI, L'interdiction d'exercer selon l'art. 33 LFINMA: étendue, délimitations et qualification, SZW 2013 S. 210; GRAF, a.a.O., S. 1199 ff., HSU/BAHAR/FLÜHMANN, a.a.O., N. 15 zu Art. 33 FINMAG; ZULAUF/WYSS/TANNER/KÄHR/FRITSCHE/EYMANN/AMMANN, Finanzmarktenforcement, 2. Aufl. 2014, S. 229 ff.; ZULAUF, Gewähr im Gericht - Die von den Schweizer Finanzmarktgesetzen geforderte "Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit" und das "Berufsverbot" im Lichte der jüngeren Rechtsprechung, FINMA-Bulletin 2/2013 S. 17 ff.). Die Eröffnung des personellen Anwendungsbereichs der Norm von Art. 33 FINMAG setzt nicht voraus, dass die mit einer Sanktion zu belegenden Person in einer bestimmten Beziehung zu einer oder einem Beaufsichtigten steht, weshalb das finanzmarktrechtliche Berufsverbot auch nach beendetem Arbeitsverhältnis ausgesprochen werden kann (BRAIDI, a.a.O., S. 205; UHLMANN, a.a.O., S. 448, unter Verweis auf die Botschaft FINMAG, BBl 2006 2882 zu Art. 33).

2.3 Zu prüfen ist rügegemäss, ob die Voraussetzungen für die Erteilung eines Berufsverbots (Art. 33 FINMAG) erfüllt sind. Hinsichtlich der Voraussetzung einer schweren Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen steht, entgegen der Auffassung der Vorinstanz (angefochtenes Urteil E. 3.5.3.4 und E. 3.5.3.5), der Umstand, dass die Beaufsichtigte die an sie gerichtete Verfügung der FINMA vom 30. August 2013 mit Bezug auf die Feststellung, sie (die Bank X.) habe aufsichtsrechtliche Bestimmungen im Zusammenhang mit dem grenzüberschreitenden US-Kundengeschäft ab dem Jahr 2008 schwer verletzt, innert Frist nicht angefochten hat, einer Überprüfung der Tatbestandsmerkmale des Berufsverbots (Art. 33 FINMAG) im nachfolgend gegen die natürliche, für die Beaufsichtigte tätig gewesene Person geführten Verfahren, nicht entgegen. Eine in einem erneuten Verfahren verbindlich zu beachtende materiell rechtskräftig beurteilte Vorfrage würde nur im Falle einer Entscheidung zwischen denselben Parteien vorliegen (zum Begriff der materiellen Rechtskraft BGE 139 III 126 E. 3.1 S. 128 f.; BGE 123 III 16 E. 2a S. 18 f.; zur

Bindung inter partes von Beschwerdeentscheiden CAMPRUBI, in: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], 2008, N. 24 zu Art. 61 VwVG). Zutreffend ist, dass die Pflicht, deren schwere Verletzung die Auferlegung eines Berufsverbots für eine natürliche Person (Art. 33 FINMAG) rechtfertigt, der Beaufsichtigten und nicht der natürlichen Person selbst obliegt, weswegen diese Pflichtverletzung auch in einem aufsichtsrechtlichen Verfahren gegen die Beaufsichtigte (Art. 3 lit. a FINMAG in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 BankG) selbst beurteilt wird; dieser Umstand, welcher im System der Institutsaufsicht begründet liegt, vermag jedoch nichts daran zu ändern, dass die natürliche, für die Beaufsichtigte tätige (oder tätig gewesene) Person nicht Partei jenes Verfahrens war und ihr somit der gegen die Beaufsichtigte ergangene Entscheid unter dem Gesichtspunkt der materiellen Rechtskraft wegen fehlender Identität der Parteien nicht entgegengehalten werden kann (zum Adressaten aufsichtsrechtlicher Verfügungen vgl. Urteil 2C_1055/2014 vom 2. Oktober 2015 E. 4.2; HSU/BAHAR/FLÜHMANN, in: Basler Kommentar, a.a.O., N. 12 zu Art. 33 FINMAG).

2.4 Die Vorinstanz hat aufgrund ihrer unzutreffenden Rechtsauffassung im vorinstanzlichen Verfahren das Vorbringen des Beschwerdeführers ungeprüft gelassen, der durch ihn (aktiv oder passiv) bewirkte Zustand bei der Bank X. könne nicht als schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen im Sinne von Art. 33 FINMAG qualifiziert werden, was die in den Art. 29 ff. VwVG (SR 172.021) spezialgesetzlich verankerte, aus dem verfassungsrechtlichen Gehörsanspruch (Art. 29 Abs. 2 BV) fliessende Berücksichtigungspflicht rechtserheblicher Vorbringen der Parteien (BGE 134 I 83 E. 4.1 S. 88; BGE 124 I 241 E. 2 S. 242; Urteil 4A_140/2009 vom 12. Mai 2009 E. 3.1; STEINMANN, Die schweizerischen Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl. 2014, N. 49 zu Art. 29 BV; WALDMANN/BICKEL, in: Praxiskommentar, Verwaltungsverfahrensgesetz [VwVG],

2. Aufl. 2016, N. 83 Art. 29 VwVG) verletzt und angesichts von Art. 49 lit. a VwVG einer formellen Rechtsverweigerung gleichkommt (zur Garantie der ordnungsgemässen Anwendung des Verfahrensrechts durch Art. 29 Abs. 1 BV STEINMANN, a.a.O., N. 20 zu Art. 29 BV). Auf Grund der Bedeutung, welche dem materiellen Recht (vorliegend Art. 33 FINMAG) für die Qualifikation eines Sachverhaltselements als rechtserheblich zukommt (BGE 136 II 65 E.1.4 S. 68; BGE 134 V 53 E. 4.3 S. 62), hat sie denn auch den rechtserheblichen Sachverhalt unvollständig erhoben. Zwar kann das

Bundesgericht die Anwendung und Auslegung von Art. 33 FINMAG als Bundesrecht frei prüfen (Art. 95 lit. a BGG) und auch den dafür rechtserheblichen Sachverhalt ergänzen, soweit er nicht aus dem angefochtenen Entscheid hervorgeht (Art. 105 Abs. 2 BGG). Es ist dazu jedoch nicht verpflichtet. Die bundesgerichtliche Ergänzung des Sachverhalts ist eher die Ausnahme und kommt vor allem bei untergeordneten Unvollständigkeiten zum Tragen; es ist nicht Aufgabe des in erster Linie der Rechtskontrolle verpflichteten Bundesgerichts, umfassende Sachverhaltsabklärungen selber vorzunehmen (BGE 133 IV 293 E. 3.4.2 S. 295; Urteil 2C_433/2013 vom 6. Dezember 2013 E. 2.1, nicht publ. in BGE 140 II 102). Der Beschwerdeführer hat bereits im Verfahren vor der Vorinstanz bestritten, dass die Bank aufsichtsrechtliche Bestimmungen schwer verletzt hat, und dies mit zahlreichen Vorbringen begründet: nur ein geringer Teil der Gelder von US-Kunden sei unversteuert gewesen, die Bank habe nicht aggressiv um US-Kunden geworben, für US-Kunden seien keine Wertschriften betreut worden, die Annahme unversteuerter Gelder sei nach geltendem schweizerischem Aufsichtsrecht nicht untersagt gewesen; er habe bereits ab dem Jahr 2009 risikominimierende Massnahmen ergriffen; die dem US-Kundengeschäft inhärenten Risiken seien durch das interne Kontrollsystem der Bank wie auch durch die bankengesetzliche externe Revisionsstelle laufend evaluiert und als angemessen beurteilt worden; die Bank habe die Grundzüge zum Risikomanagement eingehalten; auch die FINMA, welcher sämtliche Fakten bekannt gewesen seien, habe im August und im September 2011 keine Anzeichen für eine Pflichtverletzung erkennen können; die FINMA habe ihre Einschätzung erst anfangs des Jahrs 2012 geändert, weshalb der Vorwurf, die Bank habe vorher aufsichtsrechtliche Pflichten schwer verletzt, auf einem Rückschaufehler beruhe. Die Vorinstanz ist jedoch vom Vorliegen einer schweren Pflichtverletzung durch die Bank ausgegangen und hat nur noch das persönliche Verhalten des Beschwerdeführers beurteilt. In diesem Zusammenhang hat sie sich zwar teilweise auch zum Verhalten der Bank als solcher geäussert; sie hat aber nicht systematisch die Vorbringen des Beschwerdeführers, die sich auf das Verhalten der Bank bezogen haben, geprüft und beurteilt. Insbesondere hat sie auch die beantragte Befragung von Vertretern der FINMA mit dem Argument abgewiesen, dieser Beweisantrag beziehe sich vorwiegend auf die Frage der Verletzung durch die Bank (angefochtenes Urteil, E. 6). Für die aufgrund des Gesagten hier

vorzunehmende Beurteilung, ob die Bank im massgeblichen Zeitraum aufsichtsrechtliche Pflichten schwer verletzt hat, kann jedoch die Befragung von Vertretern der FINMA nicht von vornherein als unerheblich betrachtet werden. Insgesamt hat somit die Vorinstanz ein rechtserhebliches Tatbestandselement von Art. 33 FINMAG (vgl. dazu oben, E. 2.2) ungeprüft gelassen, weshalb sich die Beschwerde in diesem Punkt als begründet erweist. Das angefochtene Urteil ist aufzuheben und die Sache zur Sachverhaltsergänzung und zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen.

3.

3.1 Anlässlich der Redaktion des neuen Urteils wird die Vorinstanz auch die Vorgaben von Art. 61 VwVG zu beachten haben (Art. 2 Abs. 4 VwVG; Art. 37 VGG [SR 173.32]). Gemäss Art. 61 Abs. 2 VwVG enthält ein Beschwerdeentscheid insbesondere die Gründe rechtlicher und tatsächlicher Art sowie das Dispositiv. Liegt der zentrale Vorwurf, welcher gegen eine Verfahrenspartei erhoben wird, wie im vorliegenden Fall, in einer Unterlassung - dem Beschwerdeführer wurde (ungeprüft, vgl. dazu oben, E. 2.3) zusammenfassend entgegengehalten, trotz hinreichender Anhaltspunkte für die prekäre Risikolage der Bank und unter Berücksichtigung eines Positionspapiers der FINMA keine eigene Risikoanalyse erstellt, die Risiken bei Geschäftsleitungssitzungen nicht thematisiert, geeignete Massnahmen nicht getroffen, den Verwaltungsrat nicht konfrontiert und keine entsprechenden Entscheide eingeholt zu haben (angefochtenes Urteil, E. 3.6.10, S. 22 f.) - gilt zu beachten, dass auch aufsichtsrechtlich nur pflichtwidrig nicht vorgenommene Handlungen für den Erlass eines Berufsverbots relevant sein können. Eine schwere Verletzung einer aufsichtsrechtlichen Pflicht kann demnach durch eine Unterlassung nur begründet werden, wenn ein Beaufsichtigter eine Handlung, welche durch das Aufsichtsrecht geboten ist, unterlässt. Dabei wird mit dem Beschwerdeführer davon auszugehen sein, dass die Durchsetzung ausländischer Rechtsvorschriften in der Schweiz - in Übereinstimmung mit dem das öffentliche Recht beherrschenden Grundsatz des Territorialitätsprinzips - grundsätzlich nicht Aufgabe der Schweizerischen Finanzmarktaufsicht ist: Gemäss Art. 6 Abs. 1 FINMAG übt die FINMA die Aufsicht nach den (in Art. 1 FINMAG aufgezählten) schweizerischen Finanzmarktaufsichtsgesetzen aus (ZULAUF, "Weissgeldstrategie" für das Schweizer Private Banking?, in: Vermögensverwaltung VI, 2013, S. 17). Die Pflicht zur Erfassung, Begrenzung und Überwachung der dem Cross-border

Geschäft inhärenten Risiken ergibt sich denn auch nicht aus ausländischem, sondern aus inländischem Recht (für die massgebliche Zeitperiode Art. 9 Abs. 2 der Verordnung über die Banken und Sparkassen vom 17. Mai 1972 [aBankV; AS 1972 821]; vgl. diesbezüglich BIZZOZERO/ROBINSON, Activités financières cross-border vers et depuis la Suisse, 2010, S. 132 ff., S. 141 ff.; BIZZOZERO/ROBINSON, Cross-border Finanzgeschäfte aus der und in die Schweiz, 2011, S. 138 ff., S. 153 ff.). Ein allgemeiner Hinweis darauf, die Bank sei ab Herbst 2008 im Zusammenhang mit dem US-Kundengeschäft ihrer Pflicht, die dem Bankgeschäft inhärenten Risiken (vorab rechtliche Risiken und Reputationsrisiken) angemessen zu erfassen, zu begrenzen und zu überwachen, nicht nachgekommen, reicht dafür angesichts der verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Begründungsdichte (BGE 111 Ia 2 E. 4b S. 4 f; LORENZ KNEUBÜHLER, in: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVg], 2008, N. 12 zu Art. 35 VwVG) nicht aus. Für eine im Sinne von Art. 61 VwVG ausreichende, den verfassungsrechtlichen Anforderungen (Art. 29 Abs. 2 BV) genügende Begründung ist detailliert aufzuzeigen, aus welcher aufsichtsrechtlichen Bestimmung die Pflicht zur Vornahme welcher Handlung fliesst und inwiefern die Verfahrenspartei diese spezifische Handlung, trotz bestehender rechtlicher Handlungspflicht, unterlassen hat (zu Unterlassungen im Aufsichtsrecht ZULAUF/WYSS/TANNER/KÄHR/FRITSCHE/EYMANN/AMMANN, a.a.O., S. 242); im Zusammenhang mit Art. 9 Abs. 2 aBankV ist insbesondere für jedes Risiko gesondert darzulegen, inwiefern die Verfahrenspartei dieses hätte erkennen, erfassen und wie begrenzen müssen.

3.2 Für die Ermittlung des rechtserheblichen Sachverhalts kann die Vorinstanz, wie sie im angefochtenen Urteil zutreffend erkannt hat, ohne Verletzung von Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 14 Ziff. 3 lit. g UNO-Pakt II insbesondere auf im Verfahren gegen die Beaufsichtigte getätigten Aussagen des Beschwerdeführers abstellen.

3.3 Wird gegen eine Person eine strafrechtliche Anklage im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK erhoben, fliesst aus dieser konventionsrechtlichen Garantie das Recht des Beschuldigten zu schweigen und sich nicht selbst belasten zu müssen (Selbstbelastungsverbot). Aus dem Recht des Angeklagten, nicht zu seiner eigenen Verur-

teilung beitragen zu müssen, ergibt sich insbesondere, dass die Behörden ihre Anklage führen müssen, ohne auf Beweismittel zurückzugreifen, die durch Zwang oder Druck in Missachtung des Willens des

BGE 142 II 243 S. 252

Angeklagten erlangt worden sind. Nach der inhaltlich mit derjenigen des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (EGMR) (EGMR-Urteil Weh gegen Österreich vom 8. April 2004 [Nr. 38544/97]§ 44 f.; Nichtzulassungsentscheid Allen gegen Vereinigtes Königreich vom 10. September 2002 [Nr. 76574/01]) übereinstimmenden Praxis des Bundesgerichts (BGE 131 IV 36 E. 3.1 S. 40 ff.) ist im Lichte der konventionsrechtlichen Garantien bei strafrechtlichen Anklagen nicht jede Pflicht unzulässig, Informationen zur Verfügung stellen zu müssen, die auch eine Strafsanktion nach sich ziehen können; untersagt ist vielmehr die "improper compulsion" ("coercition abusive"), d.h. eine missbräuchlich bzw. unverhältnismässig ausgeübte Form von Zwang (EGMR-Urteile Marttinen gegen Finnland vom 21. April 2009 [Nr. 19235/03]§ 60; Murray gegen Vereinigtes Königreich vom 8. Februar 1996 [Nr. 18731/91], Recueil CourEDH 1996-I S. 30 § 45 f.; vgl. BGE 140 II 384 E. 3.3.2 S. 390 f.; BGE 138 IV 47 E. 2.6.1 S. 51 f.; BGE 131 IV 36 E. 3.1 S. 40 ff.).

3.4 Gemäss der Rechtsprechung des EGMR liegt eine strafrechtliche Anklage im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK vor, wenn alternativ entweder das nationale Recht eine staatliche Massnahme dem Strafrecht zuordnet oder die Natur des Vergehens oder die Art und Schwere des Vergehens und/oder die Sanktion für einen strafrechtlichen Charakter sprechen (vgl. zu den Engel-Kriterien ausführlich BGE 140 II 384 E. 3.2.1 S. 388 f.; BGE 139 I 72 E. 2.2.2 S. 78 f.; grundlegend Urteil des EGMR Engel gegen Niederlande vom 8. Juni 1976, Serie A Bd. 22). Das gegen den Beschwerdeführer ausgesprochene Berufsverbot hat seine Rechtsgrundlage in Art. 33 FINMAG und damit im Kapitel über die aufsichtsrechtlichen Instrumente eines wirtschaftspolizeilichen Erlasses (Art. 5 FINMAG; zur wirtschaftspolizeilichen Natur des Finanzmarktaufsichtsrechts vgl. anstatt vieler KILGUS, Expertengutachten betreffend die Regulierungs- und Kommunikationstätigkeit der FINMA, erstattet dem Eidgenössischen Finanzdepartement, vom 4. August 2014, www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/3780 [besucht am 10. Mai 2016], N. 30). Ungeachtet der repressiven Elemente, welche das Berufsverbot im Sinne von Art. 33 FINMAG ebenfalls enthält (Botschaft FINMAG, BBl 2006 2848, 2882 zu Art. 33) ist diese Sanktion nach nationalem Recht als administrativ und nicht als strafrechtlich zu qualifizieren (UHLMANN, a.a.O., S. 442; BRAIDI, a.a.O., S. 216; GRAF, a.a.O., S. 1201; HSU/BAHAR/FLÜHMANN, a.a.O., N. 5 f., N. 8 und 10 zu Art. 33 FINMAG; vgl. auch für die gesetzgeberischen

BGE 142 II 243 S. 253

Vorarbeiten Sanktionen in der Finanzmarktaufsicht, II. Teilbericht der vom Bundesrat eingesetzten Expertenkommission Zimmerli [Expertenbericht Zimmerli], S. 13 f., S. 22 f., www.admin.ch/ch/d/gg/pc/ind2004.html, unter: Bericht über die Sanktionen in der Finanzmarktaufsicht; zu den repressiven Sanktionen als eine Kategorie verwaltungsrechtlicher Massnahmen anstatt vieler JAAG/HÄGGI, in: VwVG, Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2009, N. 5 zu Art. 41 VwVG). Ihrer Natur nach richtet sie sich denn auch nicht an die Allgemeinheit, sondern an Personen in leitender Stellung bei einer oder einem Beaufsichtigten und damit an einen spezifischen Berufsstand, welcher durch die Sanktionsandrohung zu einer im Sinne des Aufsichtsrechts korrekten Berufsausübung angehalten werden soll (HSU/BAHAR/FLÜHMANN, a.a.O., N. 5 ff. zu Art. 33 FINMAG; zur vom Gesetzgeber ausdrücklich beabsichtigten Durchbrechung des Prinzips der Institutsaufsicht für den Geltungsbereich von Art. 33 FINMAG anstatt vieler HSU/BAHAR/FLÜHMANN,

a.a.O., N. 9 zu Art. 33 FINMAG; widersprüchlich NIGGLI/MAEDER, Das Enforcementverfahren der Finanzmarktaufsicht [FINMA], Strafprozessuale Garantien im Verwaltungsrecht, Jusletter 7. März 2016 Rz. 12, 16, 49; zur Entstehungsgeschichte von Art. 33 FINMAG vgl. insbesondere den Expertenbericht Zimmerli, S. 13 f., S. 22 f., S. 33 f.). Nicht in Abrede zu stellen ist, dass selbst ein zeitlich befristetes Berufsausübungsverbot die freie Berufswahl des vom Verbot Betroffenen empfindlich zu tangieren vermag; diese Verringerung der Berufswahlmöglichkeiten qualifiziert jedoch hinsichtlich ihrer Art und Schwere vorab als eine polizeirechtlich motivierte und zeitlich limitierte Einschränkung der verfassungs rechtlich garantierten Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 in Verbindung mit Art. 36 BV; BGE 135 I 130 E. 4.2 S. 135; BGE 130 I 26 E. 4.1 S. 40 f.) und nicht als eine Vergeltung begangenen Unrechts (Urteil des EGMR vom 19. Februar 2013 Müller-Hartburg gegen Österreich [Nr. 47195/06], § 48; Urteile 2C_344/2007 vom 22. Mai 2008 E. 1.3; 2C_407/2008 vom 23. Oktober 2008 E. 3.5; ebenso UHLMANN, a.a.O., S. 442, S. 446; a.A. BRAIDI, a.a.O., S. 216 ff., GRAF, a.a.O., S. 1202 f.; NIGGLI/MAEDER, a.a.O., N. 46 ff.). Unter diesem Aspekt erweist sich das von der FINMA gegen bei einer Beaufsichtigten in leitender Stellung tätige Personen verhängte Berufsverbot gemäss Art. 33 FINMAG als identisch mit einem zeitlich beschränkten Berufsausübungsverbot, welches die Aufsichtskommission aus Gründen des Publikumsschutzes und zur Wahrung von Treu und Glauben im

Geschäftsverkehr (BGE 139 II 173 E. 1 S. 179; BGE 125 I 417 E. 5a S. 426; BGE 123 I 12 E. 2c/aa S. 16 f.) als Disziplinarmassnahme gegen eine Rechtsanwältin oder einen Rechtsanwalt aussprechen kann (Art. 17 Abs. 1 lit. d BGFA [SR 935.61]), und unterscheidet sich substantiell von Sanktionen, welche unter Einschränkung der persönlichen Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) die Sicherstellung eines Anstaltsbetriebs bzw. die Aufrechterhaltung einer Hausordnung bezwecken (jedoch ebenfalls als Disziplinarmassnahmen qualifizieren, BGE 125 I 104 E. 3 S. 109 ff.). Gilt das Verfahren auf Erlass eines Berufsverbots im Sinne von Art. 33 FINMAG nicht als eine strafrechtliche Anklage im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 14 Ziff. 3 lit. g UNO-Pakt II, finden die aus diesen Bestimmungen abgeleiteten Garantien (oben E. 3.3) keine Anwendung. Die Beschwerde erweist sich in diesem Punkt als unbegründet. (...)