

Der Präsident:
Rolf Grädel, Generalstaatsanwalt Kanton Bern
rolf.graedel@justice.be.ch

Eidgenössisches Finanzdepartement
Rechtsdienst
Generalsekretariat
Bernernhof
3003 Bern

Bern, 12. September 2014

Sehr geehrte Frau Bundesrätin

Die Schweizerische Staatsanwälte-Konferenz (SSK) dankt Ihnen für die gewährte Teilnahme am Vernehmlassungsverfahren für das neue Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG) und das neue Finanzinstitutsgesetz (FINIG), zu deren Entwürfen sie nachfolgend gerne Stellung nimmt.

Die SSK begrüsst den Willen des Bundesrates, in diesen beiden Bundesgesetzen Bestimmungen zu vereinen, welche aktuell auf zahlreiche Rechtstexte verteilt sind. Die Gesamtheit des Systems und der betroffenen Regelungsbereiche sollte damit an Klarheit, Lesbarkeit und Kohärenz gewinnen.

Die SSK beschränkt sich vorliegend auf die Überprüfung jener Bestimmungen, welche für die Strafverfolgung in grundsätzlicher und formeller Hinsicht sowie in Bezug auf die Zuständigkeit von Bedeutung sind. Es sei hierbei insbesondere auf die komplexe Problematik der Verletzung des Berufsgeheimnisses hingewiesen (Art. 119 FINIG; vgl. Ziff. II.2. unten).

Die SSK geht im Übrigen davon aus, dass die Zuständigkeit zur Verfolgung und Beurteilung der Strafbestimmungen von FIDLEG und FINIG – mit Ausnahme von Art. 119 FINIG – beim Eidgenössischen Finanzdepartement liegt, welches das Verwaltungsstrafverfahren anwendet (Art. 50 Abs. 1 FINMAG). Im Interesse der Klarheit und Transparenz erscheint es sinnvoll, in den Erläuterungen einen entsprechenden, ausdrücklichen Hinweis anzubringen.

I.- Bundesgesetz über die Finanzdienstleistungen (FIDLEG)

Seitens der Strafverfolgungsbehörden sind zu zwei Arten von Bestimmungen Anmerkungen anzubringen.

I.1.- Art. 30 Abs. 2 FIDLEG legt fest, dass die Kundenberater, welche künftig in einem zentralen Register eingetragen sind, nicht in dieses Register aufgenommen werden können, wenn sie einen Strafregistereintrag wegen strafbarer Handlungen gegen das Vermögen nach Art. 137-172ter StGB aufweisen. Der globale Verweis auf diese Bestimmungen erscheint unangemessen. Es gilt festzustellen, dass dadurch z.B. auch die Sachbeschädigung (Art. 144 StGB) erfasst würde, welche man sich nicht unbedingt als Grund für ein Berufsverbot vorstellt.

Andere Straftatbestände werden hingegen nicht berücksichtigt, obwohl sie relevanter erscheinen (z.B. die Geldfälschung nach Art. 240 ff. StGB, Urkundenfälschung nach Art. 251 ff. StGB, Geldwäscherei nach Art. 305bis StGB, mangelnde Sorgfalt bei Finanzgeschäften nach Art. 305ter StGB, ungetreue Amtsführung nach Art. 314 StGB, Bestechung nach Art. 322ter-septies StGB etc.). Diese Liste ist keinesfalls vollständig. In Betracht zu ziehen wären auch Straftatbestände aus Spezialgesetzen, z.B. die Finanzierung des Handels mit Betäubungsmitteln nach Art. 19 Abs. 1 Bst. e BetmG.

Wenn überdies jeder Verstoss gegen die Strafbestimmungen des FIDLEG ein Hinderungsgrund sein soll, wäre es angemessen, sich für die anderen Gesetze – insbesondere das Strafgesetzbuch – auf Verbrechen und Vergehen zu beschränken unter Ausschluss der Übertretungen.

Im Ergebnis sollte diese Bestimmung überarbeitet und zumindest eine sachbezogenere Aufzählung der relevanten Tatbestände geschaffen werden.

I.2.- Das FIDLEG führt in den Art. 119-121 neue Strafbestimmungen ein. Diese geben Anlass zu verschiedenen Bemerkungen.

a) Allgemein stellt die SSK fest, dass das FIDLEG keine Bestimmung enthält, welche auf das Strafgesetzbuch verweisen oder die Straftatbestände des gemeinen Strafrechts vorbehalten würde (diese Feststellung gilt auch für das FINIG). Es ist anzunehmen, dass ein ausdrücklicher Verweis in einem Verwaltungsgesetz nicht als notwendig erachtet wird angesichts des generellen Verweises in Art. 2 VStrR.

b) Art. 119-121 sehen die Strafbarkeit der Fahrlässigkeit vor. Die SSK bedauert, dass die dieser Regelung zugrundeliegende Absicht des Bundesrates nicht erläutert wird. Jedenfalls erscheint die Strafverfolgung der Fahrlässigkeit von Amtes wegen als zu weit gehend.

Ausserdem geht Art. 121 FIDLEG mit Blick auf seine zu Straftatbeständen erhobenen Verhaltensregeln viel zu weit. Tatsächlich handelt es sich bei dieser Aufzählung um Handlungen, welche sehr häufig von Kunden in zivilrechtlichen Streitigkeiten mit Banken geltend gemacht werden (Unangemessenheit der verkauften Produkte, Problematik der Retrozessionen). Es darf aber nicht jede zivilrechtliche Verfehlung zu einem strafbaren Verhalten gemacht werden, auch wenn seit einigen Jahren eine systematische, unangemessene Tendenz in diese Richtung festzustellen ist.

In der Praxis sollten die von Art. 121 FIDLEG bezeichneten Verhaltensweisen grundsätzlich einzig unter dem Aspekt des zivilrechtlichen Fehlverhaltens untersucht werden (Verantwortlichkeit aus Vertrag oder unerlaubter Handlung), wobei extreme Fälle von Art. 158 StGB erfasst und als ungetreue Geschäftsbesorgung geahndet werden können.

Eine solche Ausdehnung der Strafbarkeit hätte für die Strafbehörden eine unvermeidliche Zunahme ihrer Arbeitslast zur Folge. Ferner ist zu betonen, dass die Strafbehörden der Gefahr einer Instrumentalisierung zugunsten des Zivilprozesses ausgesetzt würden.

Des Weiteren erscheint eine strafrechtliche Sanktionierung umso weniger gerechtfertigt, als diese möglichen Verfehlungen, die von Tätern begangen werden, welche einem Bewilligungssystem unterworfen sind, mit Verwaltungssanktionen geahndet werden können, insbesondere dem Entzug der Bewilligung. Schliesslich ist die krasse Ungleichbehandlung hervorzuheben, welche diese Bestimmung schafft, indem für Berufe, welche unter das FIDLEG fallen, die strafrechtliche Sanktion für jegliche Verletzung von Verhaltensvorschriften zur Regel wird, während für andere Berufe generell ein gegenteiliges System gilt. Ein solches Ausnahmesystem für Berufe aus dem Bereich der Finanzdienstleistungen ist nicht gerechtfertigt.

II.- Bundesgesetz über die Finanzinstitute (FINIG)

II.1.- Die SSK ist erstaunt, dass das in Art. 30 FIDLEG von den Kundenberatern verlangte Nichtvorliegen von Vorstrafen nicht ins FINIG aufgenommen wird, insbesondere in Art. 10 Abs. 2 für die mit der Verwaltung und Geschäftsführung eines Finanzinstituts betrauten Personen.

II.2.- Aus Sicht der SSK stellen sich bei Art. 119 FINIG die für die Strafverfolgungsbehörden wichtigsten Fragen; diese betreffen das Strafmass, die Modalitäten der Strafverfolgung und die Zuständigkeit.

a) Einleitend fragt sich, ob es, nachdem das Bankgeheimnis durch das Berufsgeheimnis ersetzt wurde, nicht sachgemäss gewesen wäre, die von Art. 119 FINIG erfassten Personen in die Liste von Art. 321 StGB aufzunehmen. Gleichwohl ist es nachvollziehbar, wenn das Berufsgeheimnis gemäss FINIG unterschiedlich behandelt und in einer eigenen Bestimmung geregelt wird, sowohl aus historischen und politischen Gründen als auch wegen der Besonderheiten der Buchstaben b und c des ersten Absatzes.

b) Grundsätzlich sieht die SSK keinen Anlass, die blossе Fahrlässigkeit zu verfolgen, wie dies Art. 119 Abs. 3 FINIG festhält, während Art. 321 StGB die Strafbarkeit der Fahrlässigkeit nicht vorsieht. Es ist nicht ersichtlich, was diese unterschiedliche Behandlung rechtfertigt. Die Interessen desjenigen, der sich einem Priester, einem Rechtsanwalt oder einem Arzt anvertraut, erscheinen diesbezüglich nicht weniger schutzwürdig als jene eines Bankkunden.

Die Strafschärfung im zweiten Absatz gibt keinen Anlass zu Bemerkungen.

c) Die SSK ist der Ansicht, dass es angesichts der Entwicklung des Bankgeheimnisses und der vielfachen Debatten um dieses in den letzten Jahren nicht mehr gerechtfertigt ist, die Verfolgung von Amtes wegen – wie sie in Art. 47 BankG vorgesehen war – beizubehalten. Der erläuternde Bericht äussert sich im Übrigen nicht zu diesem Punkt. Die Abweichung gegenüber anderen Berufsgeheimnisverletzungen ist unbegründet. Wir verweisen auf Bst. b) zuvor.

d) Ebenso schweigt der erläuternde Bericht zur Verlagerung der Zuständigkeit und Schaffung einer neuen Bundesgerichtsbarkeit für die Verfolgung und Beurteilung der Berufsgeheimnisverletzungen (Art. 119 Abs. 6 FINIG). Es scheint, dass diese Bestimmung auf einige wenige, schlagzeilenträchtige Fälle zurückgeht: Fall "HSBC/ Falciani"; Verkauf von Bankdaten an deutsche Steuerbehörden; Fall "Cahuzac" etc.

Die SSK versteht, wenn der Bundesrat die Strafkompetenz für Fälle dieser Art den Bundesbehörden zuweisen möchte. Tatsächlich wird in solchen Situationen der Treuebruch zulasten des Bankkunden überlagert von anderen Auswirkungen der Geheimnisverletzung, welche die Täterschaft anstrebt. Diese will in solchen Fällen nämlich mehr, als dem/den betroffenen Kunden oder einem einzelnen Finanzinstitut (z.B. dem ehemaligen Arbeitgeber) einen Schaden zuzufügen; sie will die Reputation und das Funktionieren des schweizerischen Finanzplatzes oder seiner Akteure beeinträchtigen. Dies ist offenkundig der Fall bei einer massenhaften Weitergabe von Daten, oder wenn die preisgegebenen Daten politisch exponierte Personen (PEP) betreffen, oder wenn die Interessen der Eidgenossenschaft gefährdet werden.

Das geschützte Rechtsgut, das durch die Geheimnisverletzung beeinträchtigt wird, ist nicht mehr nur die Vertrauensbeziehung zum Kunden, sondern die Leistungsfähigkeit und die Sicherheit des schweizerischen Finanzplatzes und seiner Akteure. Auf diese Faktoren zielt der Täter in Wirklichkeit ab. In solchen Fällen erscheint die Bundesgerichtsbarkeit gerechtfertigt.

Die SSK ist der Ansicht, dass auch in solchen Fällen die Eröffnung einer Untersuchung respektive die Verfahrensübernahme durch die Bundesanwaltschaft von einer Strafanzeige abhängig gemacht werden muss. Letztere sollte von jener Behörde ausgehen, welche am besten in der Lage ist, die Finanzmärkte zu überwachen. Dies ist die FINMA, zumal Art. 5 FINMAG vorsieht, dass "die Finanzmarktaufsicht [...] nach Massgabe der Finanzmarkt-gesetze den Schutz der Gläubigerinnen und Gläubiger, der Anlegerinnen und Anleger, der Versicherten sowie den Schutz der Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte [bezweckt]. Sie trägt damit zur Stärkung des Ansehens und der Wettbewerbsfähigkeit des Finanzplatzes Schweiz bei".

Um diese Kompetenz wahrnehmen zu können, müssten der FINMA sämtliche Untersuchungen mitgeteilt werden, die von kantonalen Strafverfolgungsbehörden auf Strafantrag hin eröffnet werden. Ausserdem müsste der FINMA in jenen Fällen, welche sie den Strafverfolgungsbehörden des Bundes anzeigt, gestützt auf Art. 104 Abs. 2 StPO die Parteistellung eingeräumt werden, dies in ihrer Eigenschaft als Behörde, die öffentliche Interessen zu wahren hat.

Nach Eingang einer solchen Anzeige der FINMA tritt die Bundesanwaltschaft mit einer bereits befassten kantonalen Staatsanwaltschaft in einen Meinungs-austausch über die Frage des Gerichtsstands und der Zuständigkeit. Bei Einigkeit über die Bundeszuständigkeit ergeht eine Abtretungs- bzw. Übernahmeverfügung.

Abschliessend schlägt die SSK betreffend Art. 119 FINIG vor,
dass die in den Absätzen 1 und 2 vorgesehenen Tatbestände nur auf Antrag hin verfolgt werden;
dass auf die Strafbarkeit der Fahrlässigkeit verzichtet wird (Abs. 3);
dass die Absätze 4 und 5 beibehalten werden;
dass Absatz 6 die kantonale Zuständigkeit beibehält;
dass ein neuer Absatz die Strafverfolgungsbehörden verpflichtet, die Eröffnung einer Untersuchung der FINMA mitzuteilen;

und dass eine zusätzliche Bestimmung geschaffen wird, welche:
einen qualifizierten Tatbestand der Berufsgeheimnisverletzung definiert, wonach derjenige, der ihn begeht, insbesondere indem er Daten massenhaft oder solche betreffend öffentlich oder politisch exponierte Personen weitergibt, will oder damit rechnen muss, dass die offenbarten Geheimnisse in einer Weise öffentlich werden, die der Reputation und den

Aktivitäten des schweizerischen Finanzplatzes oder seiner Akteure schadet;
die Verfolgung und Beurteilung dieses Tatbestandes der Bundesgerichtsbarkeit unterstellt;
die Verfolgung dieses Tatbestandes abhängig macht von einer Anzeige der FINMA, welcher
das FINMAG die Parteistellung mit allen Rechten im Sinne von Art. 104 Abs. 2 StPO
einräumt.

Wir danken Ihnen für die Gelegenheit zur Stellungnahme.

Für die Schweizerische Staatsanwälte-Konferenz (SSK I CPS)

Rolf Grädel, Generalstaatsanwalt des Kantons Bern, Präsident