

Aufsichtsrechtliche Mitwirkungspflichten und nemo tenetur

Christopher Geth, Bern*

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis	142
Materialien.....	144
I. Einleitung	144
II. Auskunfts-, Herausgabe- und Meldepflichten gegenüber der FINMA	146
1. Überblick und gesetzliche Grundlagen.....	146
2. Informationspflichten gemäss FINMAG.....	147
III. Das Verhältnis von Mitwirkungspflichten und nemo tenetur im Finanzmarktrecht	150
1. Zum Verständnis von nemo tenetur	150
2. Mitwirkungspflichten und nemo tenetur in der Rechtsprechung	151
a) Bundesgericht	152
b) Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte	153
3. Art. 29 FINMAG und nemo tenetur: Lösungsansätze	156
a) Praxis der FINMA	156
b) Lösungsansätze.....	157
aa) Geltung von Art. 6 EMRK im Verwaltungsverfahren?	158
bb) Beweisverwertungsverbot im Strafverfahren.....	159
cc) Besonderheiten bei (mutmasslichen) Straftaten von Unternehmen.....	160
IV. Fazit.....	164

* Prof. Dr. iur., Assistenzprofessor für Strafrecht an der Universität Bern.

Literaturverzeichnis

- ARZT GUNTHER, Strafverfahren ohne Menschenrechte gegen juristische Personen, in: Ursula Medigovic (Hrsg.), Festschrift für Manfred Burgstaller, Wien 2004, S. 221-237.
- BAUMGARTEN MARK-OLIVER/BURCKHARDT PETER/ROESCH ALEXANDER, Gewährsverfahren im Bankenrecht und Verhältnis zum Strafverfahren, AJP 2/2006, S. 169-180.
- BÉNÉDICT JÉRÔME/TRECCANI JEAN, Vorbemerkungen zu Art. 139-141 und Art. 141, in: André Kuhn/Yvan Jeanneret (Hrsg.), Commentaire romand. Code de procédure pénale suisse, Basel 2011.
- BENEDICK GILLES, Das Aussagedilemma in parallelen Verfahren, AJP 2/2011, S. 169-180.
- BERNASCONI PAOLO Nemo tenetur – Erosione di principi procedurali a scapito di banche e di imprese nel labirinto di procedure giudiziarie e amministrative, in: Rivista ticinese di diritto I-2012, S. 531-559.
- BERTOSSA CARLO, Unternehmensstrafrecht – Strafprozess und Sanktionen, Bern 2003.
- BÖSE MARTIN, Die verfassungsrechtlichen Grundlagen des Satzes «Nemo tenetur se ipsum accusare», GA 2002, 98 ff.
- DROPE KATHARINA, Strafprozessuale Probleme bei der Einführung einer Verbandsstrafe, Berlin 2002.
- DONATSCH ANDREAS/CAVEGN CLAUDINE, Ausgewählte Fragen zum Beweisrecht nach der schweizerischen Strafprozessordnung, ZStrR 126/2008, S. 158-173.
- DONATSCH ANDREAS/HANSJAKOB THOMAS/LIEBER VIKTOR, Züricher Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), Zürich 2010 (zit. ZK StPO).
- EICKER ANDREAS/FRANK FRIEDRICH/ACHERMANN JONAS, Verwaltungsstrafrecht und Verwaltungsverfahrenrecht, Bern 2012.
- ENGLER MARC, Die Vertretung des beschuldigten Unternehmens, Zürich 2008.
- GAEDE KARSTEN, Fairness als Teilhabe – Das Recht auf konkrete und wirksame Teilhabe durch Verteidigung gemäss Art. 6 EMRK, Berlin 2007.
- GETH CHRISTOPHER, Selbstbelastungsfreiheit im Unternehmensstrafrecht – Konflikt zwischen Moderne und Tradition aus Schweizer Perspektive, erscheint demnächst in ZStW 126 (2014), Heft 2.
- GLESS SABINE, Anmerkung zu Obergericht Zürich, Beschluss vom 24. April, UH120368, forumpenale 6/2013, S. 343-347.
- Nemo tenetur se ipsum accusare und verwaltungsrechtliche Auskunftspflichten – Konflikt und Lösungsansätze am Beispiel der Schweizer Finanzmarktaufsicht, in: Festschrift für Werner Beulke, erscheint 2014.
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER/HEER MARIANNE/WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), Basler Kommentar. Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung, Basel 2011 (zit. BSK StPO).
- HÄRING DANIEL, Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweise gemäss Schweizerischer Strafprozessordnung – alte Zöpfe oder substanzielle Neuerungen?, ZStrR 127/2009, S. 225-257.

- KURZBEIN REGULA, Verletzungen der börsenrechtlichen Meldepflichten (Art. 20 und 31 BEHG) – Verwaltungs- und strafrechtliche Konsequenzen nach dem revidierten Börsengesetz (2013), Bern 2013.
- MACALUSO ALAIN, La responsabilité pénale de l'entreprise. Principe et commentaire des art. 100quater et quinquies CP, Genf 2004.
- NOBEL PETER, Schweizerisches Finanzmarktrecht und internationale Standards, 3. Aufl., Bern 2010.
- PIETH MARK, Strafverfahren gegen das Unternehmen, in: Jörg Arnold et. al. (Hrsg.), Menschengerechtes Strafrecht, Festschrift für Albin Eser, München 2005, S. 599-616.
- Schweizerisches Strafprozessrecht, 2. Aufl., Basel 2012.
- QUECK NADINE, Die Geltung des nemo-tenetur-Grundsatzes zugunsten von Unternehmen, Berlin 2005.
- ROTH SIMON, Die Geltung von *nemo tenetur* im Verwaltungsverfahren, Jusletter vom 17. Februar 2014.
- Das Verhältnis zwischen verwaltungsrechtlichen Mitwirkungspflichten und dem Grundsatz «nemo tenetur se ipsum accusare», ZStrR 129/2011, S. 296-321.
- SCHLAURI REGULA, Das Verbot des Selbstbelastungszwangs im Strafverfahren. Konkretisierung eines Grundrechts durch Rechtsvergleichung, Zürich 2003.
- SCHLICHTING LARS, Legge sulla FINMA, Annotata e commentata, Zürich 2011.
- SCHLÜTER JAN, Die Strafbarkeit von Unternehmen in einer prozessualen Betrachtung. Nach geltendem Strafprozessrecht, Frankfurt 2000.
- SCHMID NIKLAUS Strafbarkeit des Unternehmens: die prozessuale Seite, recht 2003, S. 201-224.
- TRECHSEL STEFAN/VEST HANS, Art. 321, in: Stefan Trechsel/Mark Pieth (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch (StGB). Praxiskommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2013.
- TRUFFER ROLAND, Art. 29 FINMAG, in: Rolf Watter/Nedim Peter Vogt (Hrsg.), Basler Kommentar. Börsengesetz, Finanzmarktaufsichtsgesetz, 2. Aufl., Basel 2011.
- VON FREIER FRIEDRICH, Selbstbelastungsfreiheit von Verbandspersonen, ZStW 122 (2010), S. 117-156.
- WOHLERS WOLFGANG/PFLAUM SONJA, Kurs- und Marktmanipulation, GesKR 2013, S. 523-540.
- WOHLERS WOLFGANG, Selbstregulierung – Aufsichtsrecht – Strafrecht: (Ziel-)Konflikte und Interdependenzen, in: Finanzmarkt ausser Kontrolle? Selbstregulierung – Aufsichtsrecht – Strafrecht, Zürich 2009, S. 267-314.
- WYSS DAVID, Marktaufsicht in der Schweiz – eine Bestandesaufnahme, SZW 2011, S. 560-576.
- ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE/CONTRATTO FRANCA, FINMA. The Swiss Financial Market Supervisory Authority, Basel 2009.
- ZULAUF URS/WYSS DAVID u.a., Finanzmarktenforcement, 2. Aufl., Bern 2014.

Materialien

Amtliches Bulletin, Sommersession 2012, Fünfzehnte Sitzung des Nationalrats zum Geschäft 11.050.

Botschaft vom 1. Februar 2006 zum Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht, BBl 2006 2829.

Botschaft vom 21. Dezember 2005 zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts, BBl 2006 1085.

Expertenkommission Börsendelikte und Marktmissbrauch, Bericht vom 29. Januar 2009 (abrufbar unter: <www.efd.admin.ch/dokumentation/zahlen/00578/01375/>, zuletzt besucht am 2.5.14).

I. Einleitung

Ein Dilemma ist bekanntlich eine Zwickmühle, also eine Situation, die zwar theoretisch zwei Möglichkeiten der Entscheidung bietet, aber beide letztlich zu einem unerwünschten Resultat führen. Vor ein solches Dilemma hat der Schweizer Gesetzgeber die Aufsichts- und Strafbehörden sowie die Banken und ihre Mitarbeitenden gestellt, als er die Finanz- und Kapitalmärkte mit drei parallelen Instrumenten reguliert hat:

- mit dem Aufsichtsrecht,
- mit einer «gelenkten Selbstregulierung» und
- mit der Drohung des Strafrechts, das als ultima ratio des Staates immer im Hintergrund steht.

Dieses Nebeneinander von drei Regelungsebenen führt zu Problemen. Denn zwischen den einzelnen Instrumenten bestehen Zielkonflikte:

Das Aufsichtsrecht und die Selbstregulierung bezwecken eine zukunftsorientierte, präventive Kontrolle, die – wenn sie funktionieren soll – eine möglichst umfassende und ehrliche Dokumentation und Kommunikation aller relevanten Geschehnisse voraussetzt, während das Strafrecht grundsätzlich vergangenheitsorientiert und repressiv agiert (und allenfalls indirekt auf präventive Wirkungen abzielt¹) und, weil es Schuld und Strafe zu-

¹ WOHLERS, (Ziel-)Konflikte und Interdependenzen, S. 292 f.; ähnlich NOBEL, Finanzmarktrecht, § 7 N. 146. Dagegen betrachtet WYSS, SZW 2011, S. 561 die Marktaufsicht als primär repressives und nur indirekt präventives Instrument. Der Vorschlag der EBK in einem Sanktionenbericht aus dem Jahre 2003, einem Sanktionskomitee der FINMA die Kompetenz für Verwaltungssanktionen mit pönalem Charakter einzuräu-

weist, dem Beschuldigten traditionell das Privileg auf Selbstbelastungsfreiheit gewährt.

Die sich überlagernden Verfahren im Bereich des Finanz- und Kapitalmarktrechts schreiben den Zielkonflikt fort: Auf der einen Seite steht die Aufsicht durch die FINMA, welche sich primär nach den Vorschriften des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (VwVG) richtet.² In diesem aufsichtsrechtlichen Verfahren bestehen umfassende Auskunft-, Herausgabe- sowie Meldepflichten der Betroffenen und es sind weder das Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR), noch andere Bestimmungen anwendbar, welche strafverfahrensrechtliche Mindeststandards gewährleisten.³

Auf der anderen Seite können Verstösse gegen die Finanzmarktgesetze eben aber auch strafrechtliche Relevanz haben; die in diesem Verwaltungsverfahren gesammelten Informationen können interessante Beweismittel sein.⁴ Hier greift die Strafprozessordnung (StPO) und es gilt das Aussageverweigerungsrecht des Beschuldigten nach Art. 113 StPO.

Angesichts dieser Gemengelage von Verwaltungs- und Strafverfahren stellt sich die Grundsatzfrage:

In welchem Verhältnis stehen die Auskunft-, Herausgabe- und Meldepflichten – kurz die Informationspflichten – des Finanzmarktaufsichtsrechts zum strafrechtlichen Grundsatz des Selbstbelastungsverbots?

Der vorliegende Beitrag beschränkt sich auf einen möglichen Informationsfluss von der FINMA an die Strafverfolgungsbehörden. Natürlich wäre auch der umgekehrte Weg denkbar, nämlich dass Informationen z.B. von der Bundesanwaltschaft an die FINMA gegeben werden sollen. Dies ist grundsätzlich gestützt auf Art. 68 Strafbehördenorganisationsgesetz (StBOG) bzw. Art. 38 Abs. 1 FINMAG möglich.⁵

Wenn hier von Strafverfolgungsbehörden die Rede ist, sind sowohl die Bundesanwaltschaft als auch das Eidgenössische Finanzdepartement ge-

men, stiess u.a. mit Blick auf Art. 6 EMRK auf harte Kritik und wurde daher in dieser Form nicht übernommen; s. dazu: NOBEL, Finanzmarktrecht, § 7 N. 154-160.

² NOBEL, Finanzmarktrecht, § 7 N. 167.

³ NOBEL, Finanzmarktrecht, § 7 N. 175.

⁴ Ausgeklammert wird im Folgenden die Frage, ob Massnahmen der FINMA selbst als strafrechtliche Anklage im Sinne der Engel-Kriterien anzusehen sind. Vgl. dazu: ZULAUF/WYSS u.a., Finanzmarktenforcement, S. 269 ff. m.w.N.

⁴ PFLAUM/WOHLERS, GesKR 2013 S. 537.

⁵ PFLAUM/WOHLERS, GesKR 2013 S. 537.

meint. Art. 50 FINMAG weist die Zuständigkeiten je nach Fallkonstellation eine dieser beiden Behörden zu. Für die Frage der Geltung der Selbstbelastungsfreiheit ist die Zuständigkeitsfrage jedoch nicht zentral, da auch verwaltungsstrafrechtliche Verfahren den verfahrensrechtlichen Garantien der Strafprozessordnung unterstellt sind.⁶

II. Auskunfts-, Herausgabe- und Meldepflichten gegenüber der FINMA

1. Überblick und gesetzliche Grundlagen

Bevor die Auskunfts- und Mitwirkungspflichten nach Art. 29 FINMAG⁷ skizziert werden, ist ganz generell in Erinnerung zu rufen: Auskunfts- und Mitwirkungspflichten, aufgrund derer Mitwirkende sie belastende Informationen an Behörden liefern müssen, die quasi «zurück schlagen» könnten, existieren nicht nur zugunsten der FINMA. Jeder kennt sie bspw. aus den Steuerveranlagungsverfahren oder aus dem Strassenverkehrsrecht. Darüber hinaus etabliert Art. 13 VwVG eine allgemeine Mitwirkungspflicht der Parteien im Verwaltungsverfahren.

Ausserdem fanden sich auch schon vor Erlass des FINMAG im Jahre 2007 vergleichbare Pflichten gegenüber Aufsichtsbehörden in den speziellen Finanzgesetzen.⁸ Art. 29 Abs. 1 FINMAG fasst nun die bestehenden Informationspflichten zusammen, während die einschlägigen Spezialbestimmungen zum Teil aufgehoben oder angepasst wurden.⁹ Die Regelung der Informationspflichten für sämtliche der FINMA unterstellten Finanzbereiche im FINMAG brachte so eine sinnvolle Vereinheitlichung und Harmonisie-

⁶ EICKER/FRANK/ACHERMANN, Verwaltungsstrafrecht und Verwaltungsstrafverfahrensrecht, S. 150.

⁷ Entsprechende Pflichten gegenüber Prüfgesellschaften bzw. Untersuchungsbeauftragten finden sich in anderen Normen (vgl. Art. 25 Abs. 1 bzw. Art. 36 Abs. 3 FINMAG) und sind nicht Gegenstand dieser Ausführungen.

⁸ Bei Erlass des FINMAG waren die Auskunfts- und Meldepflichten spezialgesetzlich geregelt, etwa in: Art. 61 Abs. 1 und 2 des inzwischen durch das Kollektivanlagengesetz (KAG) ersetzten Anlagenfondgesetz (AFG), Art. 23^{bis} Abs. 2 Bankengesetz (BankG), Art. 35 Abs. 2 Börsengesetz (BEHG), Art. 19 Geldwäschereigesetz (GwG) und Art. 47 Abs. 2 Versicherungsaufsichtsgesetz (VAG). Diese Pflichten wurden in Art. 29 Abs. 1 FINMAG zusammengefasst, vgl. BBl 2006 2880.

⁹ Vgl. BBl 2006 2880 sowie ZUFFEREY/CONTRATTO, FINMA, S. 100.

zung mit sich.¹⁰ Die weiter bestehenden Spezialbestimmungen – etwa Art. 35 BEHG – behalten allerdings insofern noch eigenständige Bedeutung, als sie teilweise über den persönlichen Anwendungsbereich von Art. 29 Abs. 1 FINMAG hinausgehen.¹¹

2. Informationspflichten gemäss FINMAG

Art. 29 FINMAG lässt sich wie folgt systematisieren: Während Art. 29 Abs. 1 FINMAG spezielle *Auskunfts- und Herausgabepflichten* gegenüber der FINMA statuiert, schreibt Art. 29 Abs. 2 FINMAG eine *allgemeine Meldepflicht* der Beaufsichtigten bezüglich jeglicher aufsichtsrelevanter Ereignisse vor. In Abs. 1 geht es primär um Informationen, welche die FINMA bei den Beaufsichtigten anfordert,¹² während sich Abs. 2 auf Informationen bezieht, die der FINMA unaufgefordert zu übermitteln sind.¹³ Ein weiterer Unterschied zwischen den beiden Absätzen des Art. 29 FINMAG besteht bei deren Adressaten: Der persönliche Anwendungsbereich von Art. 29 Abs. 1 FINMAG ist äusserst weit gefasst¹⁴ und umfasst zunächst die Beaufsichtigten (wobei für juristische Personen umstritten ist, ob die Pflicht die juristische Person selbst oder deren Organe trifft),¹⁵ deren Prüfgesellschaften und Revisionsstellen, darüber hinaus aber auch Personen und Unternehmen, die qualifiziert oder massgebend an den Beaufsichtigten beteiligt sind.¹⁶ Hingegen richtet sich die Meldepflicht gemäss Art. 29 Abs. 2 FINMAG nur an die Beaufsichtigten selbst.¹⁷

Wie bereits erwähnt, bezieht sich die Verpflichtung zur Erteilung von Auskünften und Herausgabe von Unterlagen gemäss Art. 29 Abs. 1

¹⁰ Vgl. dazu NOBEL, Finanzmarktrecht, § 7 N. 81.

¹¹ Vgl. dazu BSK FINMAG-TRUFFER, Art. 29 N. 4; ZUFFEREY/CONTRATTO, FINMA, S. 100.

¹² Vgl. BSK FINMAG-TRUFFER, Art. 29 N. 15.

¹³ BSK FINMAG-TRUFFER, Art. 29 N. 32.

¹⁴ Siehe ausführlich zum Kreis der Informationspflichtigen gemäss Art. 29 Abs. 1 FINMAG: BBI 2006 2880, SCHLICHTING, FINMA, S. 27 f. sowie BSK FINMAG-TRUFFER, Art. 29 N. 6 ff.

¹⁵ BSK FINMAG-TRUFFER, Art. 29 N. 8 m.w.N.

¹⁶ Siehe dazu NOBEL, Finanzmarktrecht, § 7 N. 100, der «qualifiziert» und «massgebend» als Synonyme versteht. Er verweist für die Konkretisierung dieser Begriffe auf Art. 23 Abs. 4 Börsenverordnung (BEHV), welcher bei einer Beteiligung von mindestens 10% des Kapitals oder der Stimmrechte von einer solchen qualifizierten Beteiligung ausgeht.

¹⁷ Vgl. BSK FINMAG-TRUFFER, Art. 29 N. 37.

FINMAG auf Informationen, welche die FINMA bei den Betroffenen anfordert. Dies kann sie entweder durch das Statuieren generell-abstrakter Pflichten zu periodischen Berichten oder in Form eines individuell-konkreten Auskunftersuchens im Einzelfall tun.¹⁸

Art. 29 Abs. 1 FINMAG zielt nur auf solche Informationen, welche die FINMA für die Erfüllung ihrer Aufgaben benötigt. Bei der Einschätzung, welche Informationen von besagter Relevanz sind, besteht indes ein erheblicher Ermessensspielraum der FINMA. Aufgrund des gewichtigen öffentlichen Interesses an einer effektiven Finanzmarktaufsicht, werden die Informationspflichten in Praxis und Lehre im Zweifel weit ausgelegt.¹⁹ Die Informationen müssen daher für die Aufgabenerfüllung nicht geradezu unentbehrlich sein, sondern es genügt, wenn sie ihr förderlich sind.²⁰

Bei juristischen Personen sind jene Informationen umfasst welche Personen zur Verfügung stehen, die in die Organisation der juristischen Person eingegliedert und ihr gegenüber auskunftspflichtig sind.²¹ Hier ist zu beachten, dass die Informationspflichten durch die Selbständigkeit einer juristischen Person gegenüber anderen Gruppengesellschaften eine Schranke erfahren können.²² Demgegenüber stehen etwaige Berufsgeheimnisse den Auskunfts- und Herausgabepflichten grundsätzlich nicht entgegen. So sind insbesondere Kreditinstitute, Effektenhändler sowie Prüfgesellschaften und Revisionsstellen berechtigt und verpflichtet, auch Informationen an die FINMA zu übermitteln, welche eigentlich dem Bank- bzw. Berufsgeheimnis unterliegen, freilich nur so weit die Informationen von der Anfrage der FINMA umfasst sind.²³ Hingegen geht das Berufsgeheimnis der Geistlichen, Rechtsanwälte, Verteidiger, Notare und Medizinalpersonen gemäss Art. 321 StGB den allgemeinen Informationspflichten aus Art. 29 Abs. 1 FINMAG vor. Für eine Befreiung bedarf es hier spezifischer Auskunftspflichten des jeweiligen Geheimnisträgers.²⁴

Die Auskunftspflicht gegenüber der FINMA wird ergänzt durch eine in Art. 29 Abs. 2 FINMAG statuierte Meldepflicht bezüglich jeglicher aufsichtsrelevanter Ereignisse. Auch wenn der Zweck dieser Meldepflichten wohl-

¹⁸ Vgl. BSK FINMAG-TRUFFER, Art. 29 N. 15 m.w.N.

¹⁹ BGE 126 II 111 E. 3a.

²⁰ BSK FINMAG-TRUFFER, Art. 29 N. 18 m.w.N.

²¹ BSK FINMAG-TRUFFER, Art. 29 N. 14.

²² Vgl. dazu SCHLICHTING, FINMA, S. 27 sowie BSK FINMAG-TRUFFER, Art. 29 N. 26 ff.

²³ BSK FINMAG-TRUFFER, Art. 29 N. 29 m.w.N.

²⁴ TRECHSEL/VEST, Praxiskommentar StGB, Art. 321 N. 38.

meinend ist, nämlich eine sofortige Reaktion der FINMA im Ernstfall zu ermöglichen,²⁵ sind die Konsequenzen vor dem Hintergrund einer möglichen strafrechtlichen Untersuchung brisant. In dem Moment, in dem irgendein Bankmitarbeiter, für den die Meldepflicht nach Art. 29 Abs. 2 FINMAG greift, weiss, dass etwa ein Insiderdeal vorbereitet wird, muss er dies unaufgefordert²⁶ und unverzüglich²⁷ der FINMA melden. Eigentlich müsste er sich und andere ständig beobachten, um alle Vorkommnisse zu rapportieren, welche «für die Aufsicht von wesentlicher Bedeutung»²⁸ sind, was aufgrund der umfassenden Zuständigkeit der FINMA sehr viel sein kann.²⁹ Die «Alarm- und Warnsignale», welche eine Meldepflicht auslösen, werden für die einzelnen Finanzbereiche teilweise auch in Sonderbestimmungen konkretisiert.

Man kann sich jenseits von nemo tenetur fragen, ob eine solche Meldepflicht in einem Staat, der davon ausgeht, dass die Bürger sich weder gegenseitig noch selbst anzeigen müssen, wenn sie vermuten, dass eine Straftat begangen wurde, überhaupt zulässig ist. Zu Recht wird deshalb auch im Finanzmarktrecht davon ausgegangen, dass der Beaufsichtigte eine Meldepflicht nur bezüglich jener Vorkommnisse hat, welche für die ihn selbst betreffende Aufsicht wesentlich sind. Eine Pflicht zu «Denunziation Dritter» besteht mithin nicht.³⁰

²⁵ ZUFFEREY/CONTRATTO, FINMA, S. 103.

²⁶ Vgl. BSK FINMAG-TRUFFER, Art. 29 N. 32.

²⁷ D.h. ohne im konkreten Fall zweckwidrige Verzögerung Vgl. BSK FINMAG-TRUFFER, Art. 29 N. 44.

²⁸ Art. 29 Abs. 2 FINMAG.

²⁹ BSK FINMAG-TRUFFER, Art. 29 N. 28. Mit Blick auf den Zweck der Norm umfasst dies allgemein Ereignisse, welche eine unverzügliche Reaktion durch die FINMA erforderlich erscheinen lassen. Dies sind etwa schwerwiegende finanzielle Probleme (insb. «solvenzgefährdende Vorkommnisse»), gravierende Probleme personeller oder organisatorischer Natur sowie «Schwierigkeiten mit ausländischen Behörden oder Änderungen der Geschäftsstrategie, welche sich wesentlich auf die Risiken einer oder eines Beaufsichtigten auswirken».

³⁰ BSK FINMAG-TRUFFER, Art. 29 N. 28.

III. Das Verhältnis von Mitwirkungspflichten und nemo tenetur im Finanzmarktrecht

Nachdem der Inhalt und die Reichweite der Informationspflichten nach Art. 29 FINMAG abgesteckt sind, ist in einem zweiten Schritt auf das Verhältnis dieser Mitwirkungspflichten zu nemo tenetur einzugehen. Wie könnte das Dilemma zwischen verwaltungsrechtlichen Auskunftspflichten und strafprozessualen Selbstbelastungsverbot aufgelöst werden?

Praktisch wird die Frage vor allem deshalb relevant, weil die FINMA nach Art. 38 FINMAG gegenüber den Strafverfolgungsbehörden zur Rechts- und Amtshilfe verpflichtet ist. In Art. 38 Abs. 2 FINMAG heisst es ausserdem, dass die Verfahren der Aufsichts- und Strafbehörden soweit möglich und erforderlich zu koordinieren seien. Darüber hinaus trifft die FINMA eine Anzeigepflicht bei gemeinrechtlichen Verbrechen und Vergehen sowie Widerhandlungen gegen das FINMAG und die Finanzmarktgesetze.

1. Zum Verständnis von nemo tenetur

Im Schweizer Recht finden sich – wie in allen anderen westlichen Rechtsordnungen – verschiedene gesetzliche Grundlagen, die wir auf nemo tenetur zurückführen und im Lichte der Selbstbelastungsfreiheit interpretieren.

Die zentrale Norm ist Art. 113 StPO, wonach der beschuldigten Person das Recht zusteht, sich nicht selbst belasten zu müssen. Dazu gehört namentlich das Recht, die Aussage und die Mitwirkung im Strafverfahren zu verweigern. Aus dem nemo-tenetur-Grundsatz folgt auch ein sog. Editionsverweigerungsrecht, d.h. die beschuldigte Person kann nicht verpflichtet werden, sie selbst belastende Beweisstücke (Urkunden, Tatwaffen etc.) herauszugeben.

Die Selbstbelastungsfreiheit geniesst darüber hinaus völkerrechtlichen Schutz, in Art. 14 Ziff. 3 lit. g IPBPR (= UNO-Pakt II) sowie im europäischen Rechtsraum in Art. 6 Ziff. 1 EMRK, wobei anzufügen ist, dass die Europäische Menschenrechtskonvention gar keine ausdrückliche Garantie ausspricht, die Selbstbelastungsfreiheit allerdings als Bestandteil des Fairnessgebots angesehen wird.

Die exakte Herleitung dieses Rechtsprinzips und die Reichweite sowie die möglichen Grenzen der Selbstbelastungsfreiheit sind freilich nach wie vor umstritten. Während nemo tenetur teilweise aus der Menschenwürde bzw. dem Kernbereich des Persönlichkeitsrechts hergeleitet wird, verstehen

das Bundesgericht, der EGMR und eine Reihe von Autoren die Selbstbelastungsfreiheit als Prozessgrundrecht, nämlich als Bestandteil des Fairnessgebots von Art. 6 EMRK.³¹

Umstritten sind aber nicht nur die Herleitung von nemo tenetur, sondern auch mögliche Grenzen. Dies gilt etwa für die zeitliche Dimension von nemo tenetur:

Wer die Selbstbelastungsfreiheit eng interpretiert und darunter nur das Recht des Beschuldigten versteht, zur Anklage schweigen zu dürfen, sieht in einer aufsichtsrechtlichen Mitwirkungspflicht kein Problem, denn die Informationspflichten nach Art. 29 FINMAG verpflichten die Bankmitarbeiter ja nicht dazu, sich in dem Moment, in dem sie vor Gericht stehen, zu einer allfälligen Strafklage zu äussern.

So verstanden wäre nemo tenetur als Recht aber weitgehend nutzlos, denn die Mitarbeiter hätten ja bereits zuvor, aufgrund der vorgelagerten Pflichten von Art. 29 FINMAG, alle Beweise auf einem Silbertablett serviert. Deshalb formuliert die Schweizer Strafprozessordnung nemo tenetur als ein umfassendes Aussageverweigerungsrecht, die Selbstbelastungsfreiheit gilt bereits dann, wenn man befürchtet, Beschuldigter zu werden.³² Dies sagt freilich noch nichts darüber aus, wo die Grenze zwischen zulässiger Mitwirkungspflicht und dem Gebot der Selbstbelastungsfreiheit tatsächlich verläuft. Bekanntlich kennt auch der Strafprozess Duldungs- und Mitwirkungspflichten der beschuldigten Personen, z.B. bei Zwangsmassnahmen.

2. Mitwirkungspflichten und nemo tenetur in der Rechtsprechung

Wie löst die Rechtsprechung das Spannungsverhältnis zwischen verwaltungsrechtlichen Mitwirkungspflichten und der strafprozessualen Selbstbelastungsfreiheit?

³¹ Vgl. etwa: BGE 131 I 272 E. 3.2.3.2; EGMR vom 17.12.1996, Saunders v. Vereinigtes Königreich, EGMR vom 30.6.2008, Gäfgen v. Deutschland = EuGRZ 35 (2008) S. 476; ausführlich: GAEDE, Fairness als Teilhabe, S. 389 ff. m.w.N; SCHLAURI, Verbot des Selbstbelastungszwangs, S. 82 ff., 98 ff.

³² ZK StPO-LIEBER, Art. 113 N. 14.

a) Bundesgericht

Im Kontext der Auskunft-, Herausgabe und Meldepflichten nach Art. 29 FINMAG haben sich die Gerichte – soweit ersichtlich – noch nicht zu Fragen der Geltung von *nemo tenetur* geäußert. Das Bundesgericht hat sich bereits des Öfteren in anderen Bereichen mit der Frage der Vereinbarkeit verwaltungsrechtlicher Mitwirkungspflichten mit *nemo tenetur* befasst, insbesondere im Steuerrecht³³ oder im Strassenverkehrsrecht.³⁴

In einem Entscheid vom Jahre 1995, der im Anschluss zu einer Verurteilung der Schweiz durch den EGMR führte, musste das Bundesgericht entscheiden, ob ein Steuerpflichtiger durch eine Busse dazu gezwungen werden kann, im Steuerhinterziehungsverfahren über seine finanziellen Verhältnisse Auskunft zu geben.³⁵

Das Bundesgericht erachtete dies als zulässig. Die Begründung ist pragmatisch und ähnelt insofern den Begründungen, die in Zusammenhang mit den FINMAG-Pflichten abgegeben werden:

- Die Mitwirkungspflichten des Steuerpflichtigen seien das Korrelat zur Beweislast der untersuchenden Steuerbehörde und ohne diese sei eine gesetzmässige und rechtsgleiche Besteuerung unmöglich.
- Die Mitwirkungspflichten seien ferner etwa gegenüber einer Herabsetzung der Beweisanforderungen oder einer Umkehr der Beweislast zulasten des Steuerpflichtigen das mildere Mittel, um diese Beweisprobleme zu lösen.
- Würde man ein Selbstbelastungsverbot im Hinterziehungsverfahren bejahen, müsste man ausserdem unter Umständen bereits im vorgelagerten verwaltungsrechtlichen Veranlagungsverfahren ein solches einräumen, was mit dem geltenden Steuersystem unvereinbar sei.³⁶
- Und als weiteres – schwaches – Argument, dass in vielen anderen Rechtsgebieten vergleichbare Mitwirkungspflichten bestünden.³⁷

Diesen Begründungen ist der EGMR in seinem Urteil *J. B. v. Switzerland* nicht gefolgt, sondern hat vielmehr eine Verletzung von Art. 6 Ziff. 1 EMRK

³³ BGE 121 II 273 ff.

³⁴ BGE 131 IV 36.

³⁵ BGE 121 II 273 ff.

³⁶ BGE 121 II 285 f.

³⁷ BGE 121 II 286.

festgestellt.³⁸ Im Lichte der Selbstbelastungsfreiheit sei es unzulässig, den Steuerpflichtigen im Hinterziehungsverfahren mit Bussen zu zwingen, Belege über hinterzogene Beträge vorzulegen.

b) Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte

Neben dieser Entscheidung hat sich der EGMR in einer Vielzahl weiterer Einzelentscheidungen wiederholt zur Geltung von nemo tenetur geäußert und trotz seiner nicht ganz widerspruchsfreien Rechtsprechung ein paar Orientierungshilfen geschaffen.³⁹ Im Einzelnen ist allerdings die Tragweite des nemo-tenetur-Prinzips in Bezug auf passive und aktive Verhaltenspflichten umstritten, insbesondere auch bezüglich Handlungspflichten, etwa Informationspflichten gegenüber Behörden oder Privatpersonen, die sich mittelbar selbstbelastend auswirken können.⁴⁰

Im Bereich des Finanzmarktrechts darf wohl der Entscheid *Saunders vs. United Kingdom*⁴¹ als leading case zur nemo tenetur-Problematik angesehen werden. Der Beschwerdeführer wurde der Kursmanipulation verdächtigt. Ihm oblag bei der Sachverhaltsabklärung gegenüber sogenannten «inspectors» Mitwirkungspflichten, welche mit bis zu zwei Jahren Freiheitsstrafe sanktioniert waren. Seine Aussagen sollten im anschließenden Strafverfahren als Beweismittel verwertet werden. Der EGMR sah in diesem Fall nemo tenetur als verletzt an. Das Gericht stellte allerdings darauf ab, ob die zwangsweise beschafften Beweismittel eine vom Willen des Beschuldigten unabhängige Existenz hatten.⁴² Das Recht, nicht zu seiner eigenen Verurtei-

³⁸ EGMR vom 3.5.2001, *J.B. v. Switzerland*, § 71.

³⁹ Vgl. insbesondere: EGMR vom 25.2.1993, *Funke v. France*, §§ 7 ff.; EGMR vom 17.12.1996, *Saunders v. United Kingdom*, §§ 15 ff.; EGMR vom 3.5.2001, *J.B. v. Switzerland*, § 71; EGMR vom 10.9.2002, *Allen v. United Kingdom*; EGMR vom 8.4.2004, *Weh v. Austria*, §§ 10 ff.; EGMR vom 4.10.2005, *Shannon v. United Kingdom*, §§ 7 ff.; EGMR vom 27.4.2004, *Kansal v. United Kingdom*, § 29; EGMR vom 11.7.2006, *Jalloh v. Germany*, §§ 11 ff.; EGMR vom 29.6.2007, *O'Halloran and Francis v. United Kingdom*, §§ 53 ff.; EGMR vom 21.4.2009, *Marttinen v. Finland*, §§ 6 ff.; EGMR vom 5.4.2012, *Chambaz v. Switzerland*; ausführlich dazu: ROTH, in: *ZStrR* 2011, 296 ff.; DERS., in: *Jusletter* vom 17. Februar 2014.

⁴⁰ SCHLAURI, *Verbot des Selbstbelastungszwangs*, S. 112 ff., 169 ff.

⁴¹ EGMR vom 17.12.1996, *Saunders v. United Kingdom*.

⁴² «The right not to incriminate oneself] does not extend to the use in criminal proceedings of material which may be obtained from the accused through the use of compulsory powers but which has an existence independent of the will of the suspect such as, inter alia, documents acquired pursuant to a warrant, breath, blood and urine samples

lung beitragen zu müssen, betreffe somit in erster Linie das Schweigerecht und erstrecke sich nicht auf die Verwertung von Tatsachen, die unabhängig vom Willen des Verdächtigen existierten, wie Atemluft-, Blut- und Urinproben oder Gewebeproben zum Zwecke einer DNA-Untersuchung. Teilweise wurde daraus der Schluss gezogen, dass sog. «pre-existing-documents» nicht unter den Schutzbereich von *nemo tenetur* zu fassen seien.

In *Kansal v. United Kingdom* bestätigte der EGMR die Saunders-Rechtsprechung im Zusammenhang mit strafrechtlich bewährten Mitwirkungspflichten in einem insolvenzrechtlichen Verfahren.⁴³ Die Verurteilung von Kansal wegen Betruges – er hatte ein Baudarlehen aufgenommen, ohne den Kreditgeber über das hängige Konkursverfahren zu informieren – stützte sich wesentlich auf Angaben, die Kansal gegenüber dem Konkursbeamten gemacht hatte. Obwohl das konkursrechtliche Verwaltungsverfahren nicht mit der Absicht einer Strafverfolgung geführt wurde, wurde die Verwertung der unter Mitwirkungszwang erhobenen Aussagen als Verletzung gegen *nemo tenetur* eingestuft.

In seiner späteren Rechtsprechung hat der EGMR eine Differenzierung anhand der Unterscheidung zwischen unzulässigem Zwang zur aktiven Mitwirkung und zulässigem Zwang zur passiven Duldung hingegen aufgegeben. In *Jalloh v. Deutschland*⁴⁴ und *O'Halloran and Francis v. United Kingdom*⁴⁵ bedient sich das Gericht anderer Kriterien: Es hält fest, dass bei einer erzwungenen Mitwirkung an der Aufklärung des Sachverhalts *nemo tenetur* nicht ohne Weiteres verletzt sei, sondern immer eine Würdigung des Einzelfalls stattfinden müsse. Entscheidend seien die Art und das Ausmass des Zwangs, das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung, das Vorhandensein relevanter Schutzmassnahmen innerhalb des Verfahrens sowie die Verwertung der erlangten Beweismittel, d.h. welche Bedeutung die entsprechenden Beweismittel innerhalb des Strafverfahrens haben.

Neu an dieser Rechtsprechung ist vor allem, dass die Verletzung von *nemo tenetur* durch öffentliche Interessen gerechtfertigt werden kann.

and bodily tissue for the purpose of DNA testing.» EGMR vom 17.12.1996, *Saunders v. United Kingdom*, § 69.

⁴³ EGMR vom 11.7.2006, *Kansal v. United Kingdom*, § 29.

⁴⁴ EGMR vom 11.7.2006, *Jalloh v. Germany*, §§ 11 ff.

⁴⁵ EGMR vom 29.6.2007, *O'Halloran and Francis v. United Kingdom*, §§ 53 ff.

Im neuesten Urteil zu dieser Thematik (*Chambaz vs. Switzerland*)⁴⁶ – es ging um eine Busse in einem steuerlichen Veranlagungsverfahren – hat der EGMR erneut eine Kehrtwende vollzogen und zwar nicht nur deshalb, weil das Gericht in diesem Urteil die Idee einer Rechtfertigung eines Eingriffs in die Selbstbelastungsfreiheit durch öffentliche Interessen nicht mehr aufgreift. Das Urteil ist insofern bemerkenswert, als der EGMR dort zwei wesentliche Feststellungen trifft:

Erstens stellt das Gericht klar, dass auch die erzwungene Dokumentationspflicht unter den Schutz der Selbstbelastungsfreiheit fällt. Ein solches Editionsverweigerungsrecht ist vor dem Hintergrund der Schutzrichtung von *nemo tenetur* konsequent und entspricht auch den Vorstellungen des Schweizer Gesetzgebers, der das Aussageverweigerungsrecht mit einem Herausgabeverweigerungsrecht flankiert.

Zweitens weitet das Gericht in *Chambaz vs. Switzerland* – soweit ersichtlich erstmalig – den Schutzbereich von *nemo tenetur* auf das Verwaltungsverfahren aus, wenn das Verfahren einen ausreichenden Bezug zum Strafverfahren aufweist. Ein solcher Bezug zwischen Verwaltungs- und Strafverfahren soll vorliegen, wenn die folgenden Kriterien (alternativ) erfüllt sind:

- die Verwaltungsbehörde ist zur Rechtshilfe gegenüber den Strafbehörden verpflichtet;
- Verwaltungs- und Strafbehörde untersuchen (zumindest teilweise) den gleichen Sachverhalt;
- Verwaltungs- und Strafverfahren werden von den gleichen Behörden untersucht.

Legt man die *Chambaz*-Kriterien zugrunde, lässt sich relativ schnell ein ausreichender Bezug zwischen Verwaltungs- und Strafverfahren herstellen.

Sie würden auch in der Situation des Art. 29 FINMAG zu einem Verstoss gegen Art. 6 EMRK führen, da ein ausreichender Bezug zwischen Verwaltungs- und Strafverfahren bereits darin besteht, dass die FINMA gegenüber der Bundesanwaltschaft bzw. dem EFD zur Rechtshilfe verpflichtet ist und Verwaltungs- als auch Strafbehörden den gleichen Sachverhalt ermitteln.⁴⁷

⁴⁶ EGMR vom 5.04.2012, *Chambaz v. Switzerland*; ausführlich dazu: ROTH, Jusletter vom 17.2.14.

⁴⁷ In die gleiche Richtung deutet i.ü. auch das Urteil des Kantonsgerichts Fribourg aus dem Jahre 2013 bezüglich der Meldepflicht nach Art. 9 GWG; vgl. Urteil vom 17.9.2014, 502 2012-147 (noch nicht rechtskräftig).

3. Art. 29 FINMAG und nemo tenetur: Lösungsansätze

Was bedeutet die Rechtsprechung des EGMR für die Mitwirkungspflichten nach Art. 29 FINMAG bzw. für eine etwaige strafrechtliche Verurteilung gestützt auf Informationen, die unter einer Mitwirkungspflicht erhoben wurden?

a) Praxis der FINMA

Bevor mögliche Lösungsansätze vorgestellt werden, wird kurz auf die Praxis der FINMA eingegangen, um aufzuzeigen, wie der Konflikt zwischen Selbstbelastungsfreiheit und Mitwirkungspflichten derzeit gehandhabt wird.

Zunächst ist entscheidend, dass die FINMA praktisch so vorgeht, dass sie die Betroffenen vor der Befragung darauf hinweist, dass sie ihre Mitwirkung verweigern können, falls die Gefahr bestehe, dass sie sich mit ihrer Aussage einer strafrechtlichen Verfolgung aussetzen würden.⁴⁸ Vordergründig wäre damit nemo tenetur Genüge getan.

Die Belehrung verknüpft sie jedoch mit dem Hinweis, dass die Verweigerung der Mitwirkung von der FINMA frei gewürdigt werde.⁴⁹ Dies bedeutet insbesondere, dass das Schweigen zu Ungunsten des Beaufsichtigten berücksichtigt werden kann.⁵⁰ Darüber hinaus kann die FINMA eine Mitwirkung mittelbar erzwingen, indem sie dem Betroffenen eine «Ungehorsams-Busse» androht.⁵¹ Doch selbst wenn sie dies nicht tut, muss ein solcher mittelbarer Zwang, verursacht durch die Möglichkeit einer nachteiligen Beweiswürdigung, ausreichen, um bei einer Verwertung dieser Beweise im Strafverfahren einen Verstoss gegen die Selbstbelastungsfreiheit anzunehmen. Denn die verwaltungsrechtlichen Folgen des Schweigens können teils gravierend sein,⁵² so dass der zur Aussage verpflichteten Person keine echte Wahlfreiheit zukommt.

⁴⁸ ZULAUF/WYSS u.a., Finanzmarktenforcement, S. 279 f.

⁴⁹ BÉNEDICK, AJP 2001, S. 178; KURZBEIN, Verletzung der börsenrechtlichen Meldepflichten, N. 686.

⁵⁰ Vgl. Art. 19 Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG) i.V.m. Art. 40 Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess (BZP).

⁵¹ Vgl. Art. 48 FINMAG. Diese Vorschrift ist lex specialis zu Art. 292 StGB, vgl. KURZBEIN, Verletzung der Börsenrechtlichen Meldepflichten, N. 684 Fn. 1328 m.w.N.

⁵² U.a.: Art. 33 FINMAG (Berufsverbot); Art. 35 FINMAG (Einziehung); Art. 37 FINMAG (Entzug der Bewilligung).

Daraus folgt, dass das Vorgehen der FINMA den Anforderungen an die Belehrungspflichten im Hinblick auf die Selbstbelastungsfreiheit nicht genügt.⁵³

b) Lösungsansätze

Was sind somit die Folgen des Verstosses gegen die Selbstbelastungsfreiheit?

Klar erscheint, dass sich eine schweizerische Lösung nicht allzu weit von den völkerrechtlichen Vorgaben entfernen sollte. Auch wenn die Rechtsprechung des EGMR keine unmittelbaren Auswirkungen auf die nationale Rechtsordnung hat, sollte bei der Anwendung oder Schaffung des nationalen Rechts ein menschenrechtskonformer Weg eingeschlagen werden.

Auch im eingangs beschriebenen steuerrechtlichen Fall (J.B. vs. Switzerland) haben der nationale Gesetzgeber und das Bundesgericht inzwischen reagiert und die Steuergesetzgebung EMRK-rechtskonform angepasst: Um den Verfahrensgarantien von Art. 6 EMRK gerecht zu werden, statuieren die auf den 1. Januar 2008 in Kraft getretenen Bestimmungen,⁵⁴ dass Beweismittel aus einem Nachsteuerverfahren in einem Strafverfahren wegen Steuerhinterziehung nur verwendet werden dürfen, wenn sie weder unter Androhung einer Veranlagung nach pflichtgemäsem Ermessen,⁵⁵ mit Umkehr der Beweislast⁵⁶ noch unter Androhung einer Busse wegen Verletzung von Verfahrenspflichten beschafft wurden.

Unter Hinweis auf diese Gesetzesanpassungen und mit Verweis auf die Urteile des EGMR in den Sachen Saunders v. United Kingdom sowie J.B. v. Switzerland erachtet es das Bundesgericht in einem Entscheid aus dem Jahre 2011 als unzulässig, einen Steuerpflichtigen im Hinterziehungsverfahren mit Busse zu zwingen, Dokumente bezüglich hinterzogener Beträge herauszugeben bzw. solche im Nachsteuerverfahren zwangsweise erlangten Beweismittel im Hinterziehungsverfahren zu verwerten. Diese Bestimmungen beziehen sich zwar ausdrücklich nur auf das Steuerhinterziehungsverfahren,

⁵³ Gl. Meinung: BÉNEDECK, AJP 2011, S. 168; KURZBEIN, Verletzung der börsenrechtlichen Meldepflichten, N. 698 ff.; WOHLERS/PFLAUM, GesKR 2013, S. 538 f.; a.A.: ZULAUF/WYSS u.a., Finanzmarktenforcement, S. 280.

⁵⁴ Art. 183 Abs. 1^{bis} DBG und Art. 57a Abs. 2 i.V.m. Art. 72g StHG.

⁵⁵ Art. 130 Abs. 2 DBG; Art. 46 Abs. 3 StHG.

⁵⁶ Art. 132 Abs. 3 DBG bzw. Art. 48 Abs. 2 StHG.

sie gelten aber gemäss Bundesgericht analog auch im Verfahren wegen Steuerbetrugs.⁵⁷

Unterfallen unter Mitwirkungszwang gewonnene Erkenntnisse im Sinne von Art. 29 FINMAG der in Art. 6 EMRK garantierten Selbstbelastungsfreiheit, muss geklärt werden, wie bzw. in welchen Verfahren dies zu berücksichtigen ist. Zwei Ansätze sind denkbar:

aa) Geltung von Art. 6 EMRK im Verwaltungsverfahren?

Der erste Lösungsansatz bestünde in der Gewährung eines Aussageverweigerungsrechts auch im Aufsichtsverfahren zugunsten von Personen, die zugleich Beschuldigte in einem Strafverfahren sind bzw. werden könnten. Konsequenterweise müsste dieses Verweigerungsrecht auch bezüglich der Herausgabe von Unterlagen gelten. Wie bereits beschrieben, wird dieser Ansatz vom EGMR präferiert.

Dieser Weg empfiehlt sich allerdings nicht und zwar primär aus der Überlegung heraus, dass anderenfalls eine funktionierende Marktaufsicht in Frage gestellt wäre. Denn anders als die Strafverfolgungsbehörden hat die FINMA keine Zwangsmassnahmenkompetenz, die es – als Kompensation zum Wegfall der Mitwirkungspflicht – ermöglichen würde, auf andere Art und Weise an die erforderlichen Informationen zu gelangen.⁵⁸ Ohne Mitwirkungspflicht des Beaufsichtigten, wäre es also der FINMA praktisch unmöglich, an die Informationen zu gelangen, die für ihre Tätigkeit von Bedeutung sind. Gerade dann, wenn schwerwiegende Pflichtverletzungen zur Diskussion stehen, also solche, die auch strafrechtlich relevant sein können, muss aus präventiven Überlegungen ein Eingreifen der FINMA möglich bleiben.

Und selbst wenn man der FINMA eine Zwangsmassnahmenkompetenz, z.B. für Durchsuchungen oder Beschlagnahmen, zusprechen würde, müsste man sich überlegen, wie eine solche konkret auszugestalten wäre. Wenn Zwangsmassnahmen im Kontext mutmasslich strafbaren Verhaltens anzuordnen wären, erschiene es stossend, wenn die FINMA mit weitergehenden Kompetenzen ausgestaltet wäre, als Strafverfolgungsbehörden, also etwa verdachtsunabhängig tätig werden dürfte.

⁵⁷ BGE 138 IV 52 f.

⁵⁸ ZULAUF/WYSS u.a., Finanzmarktenforcement, S. 263

bb) Beweisverwertungsverbot im Strafverfahren

Unter strafprozessualen Gesichtspunkten ist die Geltung von nemo tenetur im verwaltungsrechtlichen Verfahren auch nicht notwendig, wenn die Tatsache, dass die Informationen unter einer verwaltungsrechtlichen Mitwirkungspflicht erlangt wurden, auch auf andere Art und Weise im Strafverfahren berücksichtigt werden kann. Vorzuziehen ist ein strafprozessuales Beweisverwertungsverbot.

Die Folge ist, dass es der FINMA erlaubt bleibt, die Informationen unter Mitwirkungszwang zu erlangen, in einem möglichen Strafverfahren dürfen Sie allerdings nicht gegen den Beschuldigten verwendet werden.⁵⁹ Diese Lösung wurde bereits von Expertenkommission Börsendelikte und Marktmissbrauch⁶⁰ als gangbarer Weg vorgeschlagen und auch im Rahmen der Gesetzgebung diskutiert.⁶¹

Sind unter Mitwirkungszwang erhobene Beweise in einem Strafverfahren unverwertbar, stellt sich des Weiteren die Frage, ob die FINMA unverwertbare Beweise überhaupt an die Strafverfolgungsbehörden übermitteln darf. Dagegen spricht zunächst, dass Art. 141 Abs. 5 StPO vorschreibt, dass unverwertbare Beweise aus den Strafakten zu entfernen sind und bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens unter separatem Verschluss gehalten werden müssen. Erst danach dürfen sie vernichtet werden. Ausserdem wird sich kaum leugnen lassen, dass sich Strafbehörden im Rahmen des Untersuchungsverfahrens nicht auch von Informationen leiten lassen könnten, deren Verwertung fraglich ist, und sei es nur insoweit, als sich neue Ermittlungsansätze daraus ergeben. Selbst wenn man richtigerweise davon ausgeht, dass ein wegen Verletzung des nemo tenetur Prinzips unverwertbarer Beweis mit einer sog. Fernwirkung ausgestaltet ist, also auch alle Beweise mitumfasst, die überhaupt nur gefunden werden konnten, weil den Ermittlern ein unverwertbarer Beweis zur Verfügung stand, bleibt es dabei, dass die Strafbehörden oft überhaupt nur auf Grundlage einer Strafanzeige durch die FINMA tätig werden können. Würde man ein Übermittlungsverbot der möglicherweise unverwertbaren Beweise von der FINMA an die Strafverfolgungsbehörden annehmen, bedeutete dies jedoch, dass bereits die FINMA

⁵⁹ So auch: BÉNEDICK, AJP 2011, S. 178; BERNASCONI, Nemo tenetur, S. 556; GLESS, FS Beulke, erscheint 2014, WOHLERS/PFLAUM, GesKR 2013, S. 539; BSK FINMAG-TRUFFER, Art. 29 N. 21a.; vgl. auch BAUMGARTEN/BURCKHARDT/ROESCH, AJP 2006, S. 178 f.

⁶⁰ Bericht vom 29. Januar 2009, S. 29.

⁶¹ Berichterstattung HUBER, AB 2012 NR 1134 f.

über die Frage der Verwertbarkeit der Informationen entscheiden müsste, was faktisch zu einer Art Einstellungskompetenz der FINMA führen würde.⁶² Dies widerspricht jedoch der insoweit zutreffenden Ansicht des Bundesgerichts, dass über die Frage der Verwertbarkeit der Sachrichter zu entscheiden habe.⁶³

Nach zutreffender Ansicht gelten Beweisverwertungsverbote nach ausserdem als reine Belastungsverbote.⁶⁴ Eine Separierung sollte also nicht dazu führen, dass die im aufsichtsrechtlichen Verfahren erhobenen entlastenden Beweise im Strafprozess nicht berücksichtigt werden. Ob und für wen eine Aussage be- oder entlastend ist, lässt sich in dem Verfahren vor der FINMA aber oft noch gar nicht sagen, weil zunächst der Kreis möglicher Tatverdächtiger abgesteckt werden muss und der Fokus im aufsichtsrechtlichen Verfahren ein anderer sein kann als im späteren Strafverfahren. Dies rechtfertigt es, dass die FINMA auch möglicherweise unverwertbare Beweise an die Strafverfolgungsbehörden übermitteln darf.⁶⁵

Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass unter Mitwirkungszwang im Verwaltungsverfahren gewonnene Informationen an die Strafverfolgungsbehörden übermittelt werden dürfen, diese Informationen allerdings einem Beweisverwertungsverbot mit Fernwirkung unterliegen.

cc) Besonderheiten bei (mutmasslichen) Straftaten von Unternehmen

Wie sieht die Situation aus, wenn sich das spätere Strafverfahren nicht gegen ein Individuum, sondern gegen das der Aufsicht unterstellte Unternehmen richtet? Kann sich das Unternehmen im Strafverfahren ebenfalls auf den

⁶² WOHLERS/PFLAUM, GesKR 2013, S. 538.

⁶³ Urteil des Bundesgerichts vom 13. April 2012 (BGer 1B_179/2012); Urteil des Bundesgerichts vom 5. Juni 2013 (BGer 1B_2/2013). Das Bundesgericht geht davon aus, dass Beweismittel bei der Anordnung von Zwangsmassnahmen (i.d.R. Untersuchungshaft) berücksichtigt werden dürfen, wenn die Verwertbarkeit der Beweismittel, welche den Tatverdacht begründen, nicht zum Vornherein als ausgeschlossen erscheint (Urteile 1B_326/2009 vom 11. Mai 2010; 1B_123/2008 vom 2. Juni 2008).

⁶⁴ Beschluss der Beschwerdekammer in Strafsachen des Berner Obergerichts vom 18. Juni 2012 (BK 2012 62), E. 4.2.; Obergericht Zürich, *forum* 2013, S. 346 mit Anm. GLESS; CR CPP-BÉNÉDICT/TRECCANI, Vorbem. zu Art. 139–141, N. 18 f. sowie Art. 141 N. 31 ff; BSK StPO-GLESS, Art. 141 N. 111 ff.; HÄRING, ZStrR 2009, S. 234 f.; a.A. DONATSCH/CAVEGN, ZStrR 2008, S. 166 f.

⁶⁵ So auch: WOHLERS/PFLAUM, GesKR 2013, S. 538.

nemo tenetur Grundsatz mit der Konsequenz berufen, dass unter Mitwirkungszwang erlangte Informationen nicht verwertbar sind?⁶⁶

Soweit keine speziellen Regelungen vorliegen, geht die allgemeine Meinung davon aus, dass grundsätzlich alle Vorschriften zum Individualstrafverfahren auf den Unternehmensstrafprozess übertragbar sind.⁶⁷ Dies gelte insbesondere für die Verfahrensgrundsätze, die gleichermassen für Unternehmen Geltung beanspruchen sollten. In den Gesetzgebungsmaterialien wird hierzu ausgeführt:

«Der Bundesrat ist der Auffassung, dass die Unternehmen in ihrer Rolle als beschuldigte Gebilde die gleichen Verfahrensrechte wie natürliche Personen als Beschuldigte beanspruchen können, also beispielsweise das Recht, eine aktive Mitwirkung im Verfahren zu verweigern.»⁶⁸

Diese verfahrensrechtliche Gleichstellung des Unternehmens mit Individuen ist freilich nicht unwidersprochen geblieben. ARZT bspw. etwa hat sich vehement gegen die Geltung der Unschuldsvermutung und damit auch der Selbstbelastungsfreiheit mit folgender Begründung ausgesprochen: «Wo es nicht um echte Schuld geht, gilt die Unschuldsvermutung nicht.»⁶⁹ Neben praktischen Problemen im Unternehmensstrafprozess verweist ARZT auf die menschenrechtliche Herleitung der genannten Prinzipien, die auf ein Unternehmen nicht übertragbar seien.⁷⁰ Diese subjektiv-personalistische Sichtweise, die den nemo-tenetur-Grundsatz aus der Menschenwürde bzw. dem Kernbereich des Persönlichkeitsrechts herleiten will, ist zwar als Resultat der Abkehr vom alten Inquisitionsprozess zum reformierten Strafprozess geschichtlich belegt, wird aber in der neueren Literatur vermehrt in Frage gestellt. Die Selbstbelastungsfreiheit wird in der neueren Diskussion vermehrt als Prozessgrundrecht verstanden, also genuin verfahrensrechtlich begrün-

⁶⁶ Vgl. zu den nachfolgenden Ausführungen bereits: GETH, ZStW 2014, Heft 2, erscheint demnächst.

⁶⁷ BBl 2006 1168; ENGLER, Vertretung des beschuldigten Unternehmens, S. 90 f.; BSK StPO-ENGLER, Art. 112 N. 63; MACALUSO, La responsabilité pénale de l'entreprise, N. 1253 ff.; PIETH, FS Eser, S. 609; SCHMID, recht 2003, S. 214.

⁶⁸ BBl 2006 1168.

⁶⁹ ARZT, FS Burgstaller, S. 231.

⁷⁰ Vgl. zu dieser Diskussion: BERTOSSA, Unternehmensstrafrecht, S. 143 ff.; DROPE, Strafprozessuale Probleme bei der Einführung einer Verbandsstrafe, S. 186 ff.; QUECK, Die Geltung des nemo-tenetur-Grundsatzes zugunsten von Unternehmen, S. 115 ff.; SCHLÜTER, Die Strafbarkeit von Unternehmen in einer prozessualen Betrachtung, S. 100 ff.; VON FREIER, ZStW 122 (2010), 117 ff.

det, nämlich als Bestandteil des Fairnessgebots von Art. 6 EMRK.⁷¹ Der Beschuldigte wird als Prozesssubjekt anerkannt oder wie BÖSE es im Hinblick auf die Garantie des rechtlichen Gehörs formuliert hat: Dem Beschuldigten müsse seine kommunikative Autonomie erhalten bleiben, positiv durch eine kommunikative Teilhabe und negativ – als dessen Kehrseite – durch das Recht zu schweigen.⁷² Mit dieser verfahrensrechtlichen Herleitung wird der Bezug von *nemo tenetur* zur Menschenwürde zumindest relativiert. Die verfahrensrechtliche Gleichstellung von Unternehmen und Individuum birgt allerdings einige Schwierigkeiten, die zumindest auch daraus resultieren, dass das Unternehmen per se nicht handlungsfähig ist, sondern auf eine natürliche Person angewiesen ist, die es vertritt.

Dies äussert sich beispielsweise darin, dass das Unternehmen sein Schweigerecht nur vermittelt über den sog. Unternehmensvertreter (vgl. Art. 112 StPO) wahrnehmen kann. Der Unternehmensvertreter und sämtliche allfällige Ersatzpersonen (potenzielle Unternehmensvertreter) werden gemäss Art. 178 lit. g StPO als sog. Auskunftspersonen einvernommen,⁷³ denen mit Ausnahme der Privatklägerschaft bezogen auf die Aussagesituation die gleichen Rechte wie der beschuldigten Person zukommen; auch sie sind nicht zur Aussage verpflichtet.⁷⁴ Neben dem Unternehmensvertreter sind auch seine Mitarbeitenden nur als Auskunftspersonen einzuvernehmen.⁷⁵ Damit soll sichergestellt werden, dass die Aussagefreiheit der Organe⁷⁶ nicht durch eine Einvernahme ihrer Hilfspersonen umgangen wird.⁷⁷ Das Zeug-

⁷¹ Vgl. etwa: BGE 131 I 272 E. 3.2.3.2; EGMR vom 17.12.1996, *Saunders v. United Kingdom*, EGMR vom 30.6.2008, *Gäfen v. Germany* = EuGRZ 35 (2008) S. 476; ausführlich: GAEDE, *Fairness als Teilhabe*, S. 389 ff. m.w.N.; SCHLAURI, *Verbot des Selbstbelastungszwangs*, S. 82 ff., 98 ff.

⁷² BÖSE, GA 2002, S. 118 ff.

⁷³ Kritisch PIETH, *Strafprozessrecht*, S. 181, der die Stellung des Unternehmensvertreters als Auskunftsperson als «Verlegenheitslösung» bezeichnet und dafür plädiert, den Unternehmensvertreter als «Verkörperung des Beschuldigten» anzusehen.

⁷⁴ Art. 180 Abs. 1 StPO. Der wichtigste Unterschied zu einem Zeugen besteht folglich darin, dass Auskunftspersonen nicht der Strafdrohung wegen Falschaussage unterstehen.

⁷⁵ Parallele zu den Hilfspersonen in Art. 321 Ziff. 1 StGB.

⁷⁶ Genauer: des Unternehmensvertreters und aller potenziell zur Unternehmensvertretung berechtigten Personen.

⁷⁷ Dieser weitreichende Schutz ist im Vergleich zu Individualbeschuldigten allerdings fraglich, da auch bei Vertrauenspersonen eines Individuums ein entsprechender Schutz fehlt, ausser wenn ausnahmsweise ein Zeugnisverweigerungsrecht eingreift, vgl. PIETH, *Strafprozessrecht*, S. 182.

nisverweigerungsrecht des Unternehmensvertreters wird durch ein Herausgabeverweigerungsrecht bei einer Beschlagnahme flankiert (Art. 265 Abs. 2 lit. a StPO).

Die besondere Problematik im Kontext mit vorverlagerten verwaltungsrechtlichen Auskunftspflichten besteht aber nun darin, dass im Zeitpunkt des Verfahrens vor der FINMA noch kein Unternehmensvertreter im Sinne von Art. 112 Abs. 1 StPO bestellt ist, weil in aller Regel noch kein Strafverfahren geführt wird. Mit anderen Worten ist zu diesem Zeitpunkt noch gar nicht klar, wer sich im späteren Strafverfahren auf ein Aussageverweigerungsrecht berufen kann. Da im Strafverfahren gemäss Art. 178 lit. g StPO nicht nur der tatsächlich bestimmte Unternehmensvertreter, sondern auch alle potentiellen Unternehmensvertreter sowie deren Mitarbeitende als Auskunftspersonen einvernommen werden sollen, kann hinsichtlich der Aussagen im aufsichtsrechtlichen Verfahren nichts anderes gelten.⁷⁸ Ansonsten könnte die Geltung für nemo tenetur für das Unternehmen unterlaufen werden.

Auch an dieser Stelle zeigt sich i.ü. wieder, dass ein Aussageverweigerungsrecht bereits im Verfahren vor der FINMA nicht überzeugen kann, da im Falle einer drohenden strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Unternehmens die gesamte Unternehmensführung ein Aussageverweigerungsrecht geltend machen könnte, was wiederum aus präventiven Überlegungen und mangels Zwangsmassnahmenkompetenz wenig überzeugend ist.

Soweit eine Person als Unternehmensvertreter in Betracht kommt, sind deren unter Mitwirkungszwang gewonnenen Informationen im Strafverfahren gegen das Unternehmen unverwertbar.⁷⁹

Es ist zuzugeben, dass mit der hier entwickelten Lösung ein gewisses Missbrauchspotential besteht, denn es bleibt dem Unternehmen unbenommen, eine Person, die im aufsichtsrechtlichen Verfahren das Unternehmen

⁷⁸ Vgl. BÉNEDICK, AJP 2011, S. 176.

⁷⁹ Die Unverwertbarkeit von Aussagen im aufsichtsrechtlichen Verfahren bei einem Strafverfahren gegen das Unternehmen muss ausserdem für Aussagen gelten, die der potentielle Unternehmensvertreter in einem Verfahren getätigt hat, das (zunächst) auf die Ermittlung der sog. Anlasstat gerichtet war. In diesem Verfahren kann der (potentielle) Unternehmensvertreter als Zeuge vernommen werden. Gerät das Unternehmen in den Fokus einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit, ist die Zeugenaussage des (potentiellen) Unternehmensvertreters als «Quasi-Beschuldigter» mit einem Beweisverwertungsverbot belegt. Vgl. zu diesem Problem des sog. Rollenwechsels: GETH, ZStW 2014, Heft 2, erscheint demnächst.

belastende Informationen geliefert hat, vor oder während eines Strafverfahrens zu einem (potentiellen) Unternehmensvertreter zu befördern, um die Verwertbarkeit der Aussage zu verhindern. Für eine vergleichbare Konstellation wird teilweise vorgeschlagen, dass die gemachten Aussagen verwertbar seien und kein Beweisverwertungsverbot greife.⁸⁰ Jedenfalls dann, wenn das Unternehmen mit der Beförderung bewusst bezweckt, den Strafverfolgungsbehörden einen Zeugen vorzuenthalten, wird man dem zustimmen können.

IV. Fazit

Das Dilemma zwischen aufsichtsrechtlichen Auskunftspflichten und der strafprozessualen Selbstbelastungsfreiheit ist zugunsten eines Beweisverwertungsverbots im Strafverfahren aufzulösen. Dafür sprechen die *de lege lata* eingeschränkten Kompetenzen der FINMA im Bereich von Zwangsmassnahmen und die unterschiedlichen Zielsetzungen von Aufsichts- und Strafverfahren. Die Tatsache, dass die unter Mitwirkungspflicht erhobene Beweise im Strafverfahren nicht verwertbar sind, führt aber nicht zu einem Verbot, die Akten der FINMA an die Strafverfolgungsbehörden zu übermitteln, weil dies einerseits einer faktischen und nicht zulässigen Einstellungsmöglichkeit der FINMA gleich käme und andererseits die Frage der Verwertbarkeit vom Sachrichter geklärt werden muss.

Die hier aufgezeigte Lösung gilt auf für den Fall, dass sich das (spätere) Strafverfahren nicht gegen ein Individuum, sondern gegen das beaufsichtigte Unternehmen richtet. Diesfalls sind grundsätzlich alle von potentiellen Unternehmensvertretern im Verfahren vor der FINMA getätigten Aussagen im Strafverfahren unverwertbar.

⁸⁰ BERTOSSA, Unternehmensstrafrecht, S. 204.