

Dilemma zwischen aufsichtsrechtlicher Mitwirkungspflicht gegenüber der FINMA und strafprozessualer Selbstbelastungsfreiheit

Christoph B. Bühler/Alexia Bühler*

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung	297
II.	Das rechtliche Dilemma	298
III.	Die aufsichtsrechtliche Auskunftspflicht und Meldepflicht gegenüber der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht	299
	1. Inhalt	299
	2. Persönlicher Anwendungsbereich	300
IV.	Die strafprozessuale Selbstbelastungsfreiheit als Schranke der aufsichtsrechtlichen Auskunftspflicht	300
	1. Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit	300
	2. Verhältnis zur aufsichtsrechtlichen Auskunftspflicht	302
V.	Lösungsansatz zum Umgang mit dem rechtlichen Dilemma	306
VI.	Fazit	307

I. Einleitung

Es war zu Beginn der 90er-Jahre, als die Autoren Stephan Breitenmoser am Anfang ihres gemeinsamen Studiums der Rechtswissenschaften an der Juristischen Fakultät der Universität Basel als Assistenzprofessor für Europarecht kennenlernten. In dieser Zeit fand das Europarecht bei den Schweizer Juristinnen und Juristen noch kaum Beachtung, doch der Jubilar verstand es, nicht nur die Autoren, sondern ganze Generationen von Studierenden und Doktorierenden für dieses Rechtsgebiet, das mit den etablierten Fachbereichen des Völkerrechts und des Wirtschaftsrechts sowie den Europäischen Menschenrechten eng verflochten ist, nachhaltig zu begeistern und die wissenschaftliche Forschung und Lehre in diesem Bereich auch in der Schweiz entscheidend zu prägen und weiterzuentwickeln. Zugleich war und ist der Jubilar in vielerlei Funktionen, u.a. als Richter am Bundesverwaltungsgericht, ebenso ein erfolgreicher Gestalter des praktischen Wirtschaftslebens, in dem sich immer wieder besondere Spannungsfelder zur Rechtstheorie ergeben. Die Autoren greifen ein solches Spannungsfeld im Bereich des Wirtschaftsrechts an einer Schnittstelle zwischen dem Finanzmarktrecht und Strafrecht heraus, nämlich dasjenige zwischen der aufsichtsrechtlichen Mitwirkungspflicht in Verfahren der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht

* Die Autoren danken Dany Nüssler, MLaw, für die Recherchierung der Quellen zu diesem Beitrag und weiterführende Hinweise.

und dem als Teilgehalt von Art. 6 Ziff. 1 EMRK garantierten Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit («nemo tenetur») im Strafprozess, und beleuchten dieses am Beispiel des Insiderhandelsverbots, welches nach dem FinfraG sowohl aufsichtsrechtlich¹ als auch strafrechtlich² geschützt wird.³

II. Das rechtliche Dilemma

Wird einem Organmitglied eines von der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht beaufsichtigten Finanzinstituts vorgehalten, es habe eine Insiderinformation zum Handel von börsenkotierten Effekten ausgenutzt oder einem anderen mitgeteilt, so kann dieser Sachverhalt Anlass zur Eröffnung von mehreren gleichzeitig stattfindenden Verfahren geben. Die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht untersucht die mögliche Verletzung aufsichtsrechtlicher Pflichten, namentlich eines unzulässigen Ausnützens von Insiderinformationen gemäss Art. 142 FinfraG, und hält den Beschuldigten gestützt auf die aufsichtsrechtliche Mitwirkungspflicht gemäss Art. 29 FINMAG im Rahmen ihrer Vorabklärungen zur Auskunftserteilung an. Da der aufsichtsrechtliche und der strafrechtliche Tatbestand des Ausnützens von Insiderinformationen (Art. 154 FinfraG) weitgehend deckungsgleich sind, sieht die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht sich veranlasst, auch die zuständige Strafverfolgungsbehörde zu informieren. Zuständig ist im Falle einer möglichen Erfüllung des Insiderhandelstatbestands gemäss Art. 154 FinfraG die Bundesanwaltschaft.⁴ Gestützt auf Art. 38 FINMAG tauschen die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht und die Bundesanwaltschaft dabei die im Rahmen der Zusammenarbeit und zur Erfüllung ihrer Aufgaben notwendigen Informationen aus. Der Beschuldigte setzt sich durch seine Aussagen im Aufsichtsverfahren mithin der Gefahr aus, dass er sich selbst belastet und auch strafrechtlich verfolgt wird. Im Strafverfahren aber kann er sich grundsätzlich auf sein Aussageverweigerungsrecht gemäss Art. 113 StPO sowie die verfassungsmässig⁵ und völkerrechtlich⁶ garantierte Selbstbelastungsfreiheit berufen.

Das Organmitglied des Beaufsichtigten steht damit dem hier näher zu erörternden Dilemma gegenüber: Entweder es beruft sich auf sein strafprozessuales Aussageverweigerungsrecht und riskiert damit, gegen die aufsichtsrechtliche Mitwirkungspflicht zu verstossen und das Enforcementverfahren der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht zu verlieren, oder es kooperiert mit der Eidgenössischen

1 Art. 142 FinfraG.

2 Art. 154 FinfraG.

3 Der Jubilar hatte sich vor einiger Zeit denn auch bereits selber mit der Frage der Geltung der Garantien in Bezug auf ein faires Verfahren und die Unschuldsvermutung gemäss Art. 6 EMRK in kartellrechtlichen Verfahren auseinandergesetzt: BREITENMOSER STEPHAN, Grundrechtsschutz im Wettbewerbsrecht – ein Überblick, SZIER 2007, 428 ff.

4 Art. 156 Abs. 1 FinfraG i.V.m. Art. 50 Abs. 2 FINMAG.

5 Unschuldsvermutung und Verteidigungsrechte gemäss Art. 32 BV, Teilgehalt der persönlichen Freiheit gemäss Art. 10 Abs. 2 BV und Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung gemäss Art. 29 Abs. 1 BV. Vgl. BGE 130 I 126, E. 2.1 m.w.H.

6 Art. 14 Abs. 3 lit. g IPBPR (UNO-Pakt II) und Teilgehalt des Anspruchs auf ein faires Verfahren gemäss Art. 6 Ziff. 1 EMRK.

schen Finanzmarktaufsicht und läuft dabei Gefahr, Aussagen zu machen, die im parallel geführten Strafverfahren der Bundesanwaltschaft gegen das Organmitglied verwendet werden können.⁷

III. Die aufsichtsrechtliche Auskunfts- und Meldepflicht gegenüber der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht

1. Inhalt

Art. 29 Abs. 1 FINMAG regelt die Auskunfts- und Herausgabepflicht gegenüber der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht. In dieser Bestimmung geht es primär um Informationen, welche die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht bei den Beaufsichtigten anfordert, während Art. 29 Abs. 2 FINMAG sich auf Informationen bezieht, die der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht unaufgefordert zu melden sind.⁸ In formellen Verfahren der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht besteht zudem eine Pflicht der Parteien gemäss Art. 13 Abs. 1 VwVG, an der Erstellung des Sachverhalts mitzuwirken, sofern sie im Verfahren selbständige Begehren stellen.

Der Behörde sind auf ihr Verlangen hin diejenigen Auskünfte zu erteilen und Unterlagen herauszugeben, die im Machtbereich des Verpflichteten bereits verfügbar sind.⁹ Es besteht indes keine Pflicht, der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht auch Informationen offenzulegen, welche vom Verpflichteten erst bei Dritten beschafft werden müssten.¹⁰ Wo allerdings Funktionen des Geschäftsbetriebs eines Beaufsichtigten i.S. eines «outsourcing» an Dritte ausgelagert wurden, sind sie noch zu seinem Machtbereich zu rechnen.¹¹

Welche Informationen die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht zur Erfüllung ihrer Aufgaben benötigt, ist nach ständiger Rechtsprechung eine Frage des Ermessens.¹² Die Auskunftspflicht wird denn auch in der Lehre entsprechend weit interpretiert.¹³ Es ist dabei nicht eine strenge Notwendigkeit zur Aufgabenerfüllung durch die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht vorausgesetzt, sondern es genügt, dass die Information dieser dienlich ist und das Ersuchen sich zudem an den Grundsatz der Verhältnismässigkeit hält.¹⁴

7 In BStGer, 2.8.2021, CA.2020.10, E. 2.1.5.5, hielt das Bundesstrafgericht fest: «Auskunftspflicht einerseits und Schweigerecht andererseits bilden zumindest in ihrem Kernbereich einen unauflösbaren inhaltlichen Widerspruch.»

8 TRUFFER ROLAND, Kommentierung zu Art. 29 FINMAG, in: Watter Rolf/Bahar Rahid (Hrsg.), Basler Kommentar, Finanzmarktaufsichtsgesetz, Finanzmarktinfrastukturgesetz, 3. Aufl., Basel 2019, Art. 29 FINMAG N 14 und 32; GETH CHRISTOPHER, Aufsichtsrechtliche Mitwirkungspflichten und nemo tenetur, in: Emmenegger Susann (Hrsg.), Banken zwischen Strafrecht und Aufsichtsrecht, Basel 2014, 147.

9 BStGer, 14.6.2018, SK.2017.22, E. 4.4.

10 BGer, 6.4.2011, 4A_38/2011, E. 3.2.

11 Vgl. FISCHER JOEL/BORNHAUSER JONAS, Elektronische Board Portale, GesKR 2016, 425 ff., 442.

12 BGE 126 II 111, E. 3b; 121 II 147, E. 3a; 108 Ib 196, E. 2a; BVGer, 23.11.2015, B-4639/2014, E. 2.2.

13 TRUFFER, a.a.O., Art. 29 FINMAG N 17; GETH, a.a.O., 148.

14 BGE 108 Ib 196 ff., E. 2b.aa; TRUFFER, a.a.O., Art. 29 FINMAG N 18.

2. Persönlicher Anwendungsbereich

Die Auskunfts- und Meldepflicht gegenüber der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht richtet sich an die von ihr Beaufsichtigten, ihre Prüfgesellschaften und Revisionsstellen sowie qualifiziert oder massgebend an den Beaufsichtigten beteiligte Personen und Unternehmen. Zum Kreis der Beaufsichtigten gehören gemäss Art. 3 FINMAG Personen, die nach den Finanzmarktgesetzen¹⁵ eine Bewilligung, Anerkennung, Zulassung oder Registrierung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht benötigen, sowie kollektive Kapitalanlagen. Die Auskunfts- und Herausgabepflicht trifft mithin nur den Beaufsichtigten, also i.d.R. die juristische Person (Finanzdienstleistungsunternehmen oder Finanzinstitut), nicht auch deren Organe oder Organmitglieder persönlich. Die Organe sind zwar berufen, dem Willen der juristischen Person Ausdruck zu geben und ihre Handlungen werden dieser zugerechnet;¹⁶ daraus ist jedoch nicht abzuleiten, dass die gesetzlichen Pflichten der juristischen Person zugleich auch persönliche Pflichten der Organpersonen wären.¹⁷

Dabei ist allerdings zu beachten, dass der Anwendungsbereich der Auskunftspflicht in einigen Finanzmarktgesetzen auf weitere Personen ausgedehnt wird. So unterstellt etwa Art. 23^{bis} Abs. 1 BankG auch natürliche und juristische Personen, auf die eine Bank wesentliche Funktionen ausgliedert, der Auskunfts- und Meldepflicht, und Art. 145 FinfraG erklärt Art. 29 Abs. 1 FINMAG auch ausdrücklich für anwendbar auf Personen, welche den Insidertatbestand gemäss Art. 142 FinfraG verletzen. Schliesslich können Organpersonen, ebenso wie andere Mitarbeitende des Beaufsichtigten, auch nach den Vorschriften des VwVG über die Zeugnis- und Mitwirkungspflicht zur Auskunftserteilung herangezogen werden, wenn sich ein Sachverhalt auf andere Weise nicht hinreichend abklären lässt.¹⁸

IV. Die strafprozessuale Selbstbelastungsfreiheit als Schranke der aufsichtsrechtlichen Auskunftspflicht

1. Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit

a) Rechtsgrundlagen

Der anerkannte verfahrensrechtliche Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit, der auch mit der Parömie «nemo tenetur se ipsum accusare»¹⁹ ausgedrückt wird, hat in Art. 113 StPO eine konkrete Rechtsgrundlage. Er genießt darüber hinaus gemäss Art. 14 Abs. 3 lit. g IPBPR sowie Art. 6 Ziff. 1 EMRK auch völkerrechtlichen Schutz. Die Herleitung dieses Rechtsprinzips sowie dessen Reichweite und

15 Gemäss Definition in Art. 1 FINMAG.

16 Art. 55 ZGB.

17 TRUFFER, a.a.O., Art. 29 FINMAG N 8; a.M. TERLINDEN ANDRÉ, Der Untersuchungsbeauftragte der FINMA als Instrument des Finanzmarktenforcements, Diss. St.Gallen/Zürich 2010, 308; irreführend diesbezüglich auch die Botschaft des Bundesrats zum Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht vom 1.2.2006, BBl 2006 2829ff.

18 Art. 14 Abs. 1 und Art. 17 VwVG.

19 Vgl. BGE 130 I 126 ff., 128 f.

möglichen Grenzen sind nach wie vor umstritten. Während der Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit teilweise aus der Menschenwürde und dem Kernbereich des Persönlichkeitsrechts hergeleitet wird, verstehen das Bundesgericht, der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte und ein Teil der Lehre die Selbstbelastungsfreiheit als Prozessgrundrecht, nämlich als Bestandteil des Fairnessgebots von Art. 6 EMRK.²⁰

b) Inhalt

Demnach steht der beschuldigten Person im Strafverfahren das Recht zu, sich nicht selbst belasten zu müssen. Dazu gehört vor allem das Recht, die Aussage und Mitwirkung im Strafverfahren zu verweigern, ohne dass sie deshalb mit Sanktionen belegt werden darf.²¹ Insbesondere kann das Strafgericht nicht einfach aus dessen Schweigen auf die Schuld des Angeklagten schliessen.²² Aus dem Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit folgt auch ein Editionsverweigerungsrecht, d.h. die beschuldigte Person kann nicht verpflichtet werden, sie selbst belastende Beweisstücke herauszugeben.

Das Recht, sich nicht selbst belasten zu müssen, dient in erster Linie dem Schutz des Willens eines Beschuldigten, zur Anklage schweigen zu wollen. Die Behörden haben den Beweis für die Stichhaltigkeit der von ihnen erhobenen strafrechtlichen Vorwürfe ohne Rückgriff auf Beweismittel zu erbringen, welche sie in Missachtung des Willens des Angeklagten durch die Ausübung von Zwang erlangt haben.²³ Dies schliesst nicht nur die Anwendung körperlichen Zwangs aus, sondern erfasst auch Fälle, in denen die Verweigerung durch Bussen sanktioniert oder die Strafverfolgung angedroht wird.²⁴

c) Persönlicher Anwendungsbereich

Der Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit gilt nach der h.L. nicht nur für natürliche, sondern auch für juristische Personen, soweit diese nach Art. 102 StGB oder Art. 49 FINMAG oder anderen Bestimmungen des Nebenstrafrechts einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit unterstellt sind.²⁵ Das ist im vorliegenden

20 BGE 131 I 272, E. 3.2.3.2; EGMR, Saunders/Grossbritannien, Urt. v. 17.12.1996, Nr. 19187/91, Ziff. 68, Recueil 1996-VI; GETH, a.a.O., 150 f.; GAEDE KARSTEN, Fairness als Teilhabe – Das Recht auf konkrete und wirksame Teilhabe durch Verteidigung gemäss Art. 6 EMRK, Berlin 2007, 389 ff.; OTT DOMINIQUE, Der Grundsatz «nemo tenetur se ipsum accusare», Diss. Zürich 2012, 105 ff.

21 BGE 106 Ia 7.

22 BGer, 24.4.2001, 1P.641/2000, E. 3; EGMR, John Murray/Grossbritannien, Urt. v. 8.2.1996, Nr. 18731/91, Ziff. 47.

23 EGMR, Jalloh/Germany, Urt. v. 11.7.2006, Nr. 54810/00, Ziff. 102, CEDH 2006-IX; Saunders/Grossbritannien, Urt. v. 17.12.1996, Nr. 19187/91, Ziff. 68; J.B./Schweiz, Urt. v. 3.5.2001, Nr. 31827/96, Ziff. 64, CEDH 2001-III, Ziff. 64; Heaney und McGuinness/Irland, Urt. v. 21.12.2000, Nr. 34720/97, Ziff. 40, CEDH 2000-XII.

24 BENEDICK GILLES, Das Aussagedilemma in parallelen Verfahren, AJP 2011, 169 ff., 172.

25 TRUFFER, a.a.O., Art. 29 FINMAG N 23; MACALUSO ALAIN, Vers un véritable droit pénal suisse des affaires: La nécessité d'une approche centrée sur l'entreprise, SZW 2008, 260; WOHLERS WOLFGANG, Selbstregulierung – Aufsichtsrecht – Strafrecht: (Ziel-)konflikte und Interpenden-

Zusammenhang von besonderer Bedeutung, da es sich bei den durch die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht Beaufsichtigten meistens um juristische Personen handelt und sich das parallel geführte oder spätere Strafverfahren nicht nur gegen ein Organmitglied, sondern auch gegen das der Aufsicht durch die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht unterstellte Unternehmen richten kann.

Ein Finanzdienstleistungsunternehmen oder ein Finanzinstitut kann unter dem Aspekt der subsidiären Unternehmensstrafbarkeit (Art. 102 Abs. 1 StGB) namentlich auch die Tätereigenschaft des strafrechtlichen Insidertatbestandes²⁶ erfüllen. Die Strafbarkeit wird durch einen internen Organisationsmangel begründet, der dazu führt, dass der Urheber des Ausnützens von Insiderinformationen nicht eruiert werden kann, wobei dieser die Tat in Ausübung der geschäftlichen Verrichtung und im Rahmen des Unternehmenszwecks begeht.²⁷

Auch das Bundesgericht hat sich grundsätzlich für die Geltung der Selbstbelastungsfreiheit zugunsten von Unternehmen und juristischen Personen in strafrechtlichen Verfahren ausgesprochen.²⁸ Es weist allerdings darauf hin, dass es bei juristischen Personen einer differenzierten Betrachtungsweise des Prinzips «nemo tenetur» bedürfe, da das öffentliche Interesse am Vollzug des Aufsichtsrechts gegen dieses Prinzip abzuwägen sei. Diese Betrachtungsweise gebiete sachgerechte Anpassungen des an sich anwendbaren Grundsatzes «nemo tenetur» an die jeweils konkrete Situation.²⁹

2. Verhältnis zur aufsichtsrechtlichen Auskunftspflicht

a) *Selbstbelastungsfreiheit als Schranke der aufsichtsrechtlichen Auskunftspflicht?*

Es stellt sich nun im vorliegenden Falle des Ausnützens von Insiderinformationen durch ein Organmitglied die Frage, wie mit dem Umstand umzugehen ist, dass das betreffende Organmitglied im aufsichtsrechtlichen Untersuchungsverfahren der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht (wegen eines Verstosses gegen den aufsichtsrechtlichen Insidertatbestand gemäss Art. 142 FinfraG) zur Mitwirkung verpflichtet ist, sich jedoch im parallel verlaufenden Strafverfahren (wegen Erfüllung des strafrechtlichen Insidertatbestandes gemäss Art. 154 FinfraG) gegenüber der Bundesanwaltschaft zugleich auf die Selbstbelastungsfreiheit berufen kann. Die Frage ist vor allem relevant, weil die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht, wie erwähnt, gemäss Art. 38 FINMAG verpflichtet ist, mit den zuständigen Strafverfolgungsbehörden die zur Erfüllung ihrer Aufgaben notwendigen Informationen auszutauschen.

zen, in: Ackermann Jürg-Beat/Wohlens Wolfgang, Finanzmarkt ausser Kontrolle?, Zürich 2009, 267 ff., 295; BERTOSSA CARLO A., Unternehmensstrafrecht – Strafprozess und Sanktionen, Diss. Basel/Bern 2003, 145; SMOKVINA JASMINA, Untersuchungen der FINMA und das Prinzip «nemo tenetur», Diss. Zürich 2021, 60 f.

26 Art. 154 FinfraG.

27 DONATSCH ANDREAS/TAG BRIGITTE, Strafrecht I, Verbrechenlehre, 9. Aufl., Zürich 2013, 394 f.; TRECHSEL STEFAN/PIETH MARK, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl., Zürich 2017, 169.

28 BGE 140 II 384, E. 3.3.4.

29 BGE 140 II 385, E. 3.3.5; dazu kritisch SMOKVINA, a.a.O., 61 ff.

b) Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte bestimmte die Frage, ob eine strafrechtliche Anklage i.S.v. Art. 6 Ziff. 1 EMRK vorliegt und folglich die einschlägigen Verfahrensgarantien zur Anwendung gelangen, seit dem Entscheid *Engel and others/The Netherlands*³⁰ regelmässig nach den drei sogenannten «Engel-Kriterien».³¹ Ausgangspunkt bildet das Rechtssystem des involvierten Staates: Je nach innerstaatlicher Zuordnung der in Frage stehenden Sanktionsregelung gilt dies als Straf- oder Verwaltungsrecht. Beim zweiten Kriterium wird auf die wahre Natur des betreffenden Vergehens abgestellt. Der dritte Anknüpfungspunkt des Gerichtshofs bezieht sich schliesslich auf die Natur und den Schweregrad der Sanktion.³²

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat sich insbesondere in Steuerverfahren wiederholt zur Geltung der Selbstbelastungsfreiheit in Verwaltungsverfahren geäussert.³³ In seinem Urteil *J.B./Switzerland*³⁴ hat es etwa festgehalten, dass es unzulässig sei, den Steuerpflichtigen im Hinterziehungsverfahren mit Bussen zu zwingen, Belege über hinterzogene Beträge vorzulegen.

Als Leitentscheid zum Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit im Bereich des Finanzmarktrechts gilt bisher der Entscheid *Saunders/United Kingdom*,³⁵ bei dem es um den Tatbestand der Kursmanipulation ging. Der Beschuldigte wurde im aufsichtsrechtlichen Verfahren zur Mitwirkung gegenüber den «inspectors» angehalten, und seine Aussagen sollten im anschliessenden Strafverfahren als Beweismittel verwertet werden. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte sah in diesem Fall den *nemo tenetur*-Grundsatz als verletzt an. Nach Auffassung des Gerichtshofs war darauf abzustellen, ob die zwangsweise beschafften Beweismittel eine vom Willen des Beschuldigten unabhängige Existenz hatten. Das Recht, nicht zu seiner eigenen Verurteilung beitragen zu müssen, betreffe in erster Linie das Schweigerecht und erstrecke sich nicht auf die Ver-

30 EGMR, *Engel and others/Niederlande*, Urt. v. 8.6.1976, Nr. 5100/71, § 82.

31 EGMR, *Öztürk/Germany*, Urt. v. 21.2.1984, Nr. 8544/79, § 50ff.; *Campbell und Fell/United Kingdom*, Urt. v. 28.6.1984, Nr. 7819/77 und 7878/77, § 68.

32 SMOKVINA, a.a.O., 54ff.; DONATSCH ANDREAS, Verbot der Verpflichtung zur Selbstbelastung im Steuerhinterziehungsverfahren, ST 2001, 718ff.; JAAG TOBIAS, Verwaltungsrechtliche Sanktionen und Verfahrensgarantien der EMRK, in: Donatsch Andreas et al. (Hrsg.), *Festschrift für Stefan Trechsel zum 65. Geburtstag*, Zürich 2002, 151 ff., 158; IFFLAND JACQUES, Les procédures d'enforcement de la FINMA, in: Thévenoz Luc/Bovet Christian (Hrsg), *Journée de droit bancaires et financier 2010*, Zürich 2011, 121 ff., 132f.

33 Vgl. insb. EGMR, *Funke/France*, Urt. v. 25.2.1993, Nr. 10828/84, §§ 7ff.; *Saunders/United Kingdom*, Urt. v. 17.12.1996, Nr. 19187/91, §§ 15ff.; *Allen/United Kingdom*, Urt. v. 10.9.2002, Nr. 25424/09, §§ 7ff.; *Kansal/United Kingdom*, Urt. v. 27.4.2004, Nr. 21413/02, § 29; *Jalloh/Germany*, Urt. v. 11.7.2006, Nr. 54810/00, §§ 11ff.; *O'Halloran und Francis/United Kingdom*, Urt. v. 29.6.2007, Nr. 15809/02 und 25624/02, §§ 53ff.; *Marttinen/Finland*, Urt. v. 21.4.2009, Nr. 19235/03, §§ 6ff.; *Chambaz/Switzerland*, Urt. v. 5.4.2012, Nr. 11663/04; vgl. dazu ROTH ROBERT, *Das Verhältnis zwischen verwaltungsrechtlichen Mitwirkungspflichten und dem Grundsatz nemo tenetur se ipsum accusare*, ZStrR 2011, 296ff.

34 EGMR, *J.B./Switzerland*, Urt. v. 3.5.2001, Nr. 31827/96, § 71.

35 EGMR, *Saunders/United Kingdom*, Urt. v. 17.12.1996, Nr. 19187/91.

wertung von Tatsachen, die unabhängig vom Willen des Verdächtigen existierten. Sogenannte «pre-existing-documents» seien somit nicht unter den Schutz der Selbstbelastungsfreiheit gestellt.³⁶

Im Urteil Chambaz/Schweiz³⁷ stellt der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte klar, dass auch die erzwungene Dokumentationspflicht unter den Schutz der Selbstbelastungsfreiheit fällt. Deren Schutzbereich erstreckte sich auch auf das Verwaltungsverfahren, wenn das Verfahren einen ausreichenden Bezug zum Strafverfahren aufweise. Ein solcher Bezug zwischen Verwaltungs- und Strafverfahren liege vor, wenn die Verwaltungsbehörde zur Rechtshilfe gegenüber den Strafbehörden verpflichtet sei, die Verwaltungs- und Strafbehörde den gleichen Sachverhalt untersuchen oder wenn dieser von den gleichen Behörden untersucht werde.³⁸

c) Höchststrichterliche Rechtsprechung in der Schweiz

In einem jüngeren Entscheid aus dem Jahre 2018, in welchem es ebenfalls um den Tatbestand des Ausnützens von Insiderinformationen ging, hatte das Bundesverwaltungsgericht sich mit der Frage des Verhältnisses des «nemo tenetur»-Grundsatzes zur aufsichtsrechtlichen Mitwirkungspflicht auseinanderzusetzen. Die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht hatte wegen des Verdachts auf Ausnutzung von Insiderinformationen ein Enforcementverfahren gegen ein Vermögensverwaltungsunternehmen und ihren Berater durchgeführt. Die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht hatte dabei die von der Bundesanwaltschaft amtshilfweise übermittelten Einvernahmeprotokolle des parallel durchgeführten Strafverfahrens gegen die Beschwerdeführer zu den Akten genommen. Die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht stellte in der Folge fest, dass die Beschuldigten aufsichtsrechtliche Bestimmungen und insbesondere das Finanzmarktinfrastukturgesetz schwer verletzt hätten und verfügte eine Einziehung des dadurch erzielten Gewinns. Die Beschuldigten erhoben gegen diese Verfügung Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht und beantragten deren Aufhebung. Sie rügten die Verletzung von strafprozessualen Garantien im Zusammenhang mit dem Enforcementverfahren der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht und machten namentlich eine Verletzung von Art. 6 EMRK sowie Art. 14 Abs. 3 lit. g IPBPR und der darin enthaltenen Prinzipien (nemo tenetur, Unschuldsvermutung) geltend. Sie brachten zudem vor, Art. 142 FinfraG komme strafrechtlicher Charakter zu, wofür auch die Möglichkeit der Einziehung nach Art. 35 FINMAG spreche.³⁹

Das Bundesverwaltungsgericht hielt fest, dass die strafprozessualen Verfahrensgarantien im aufsichtsrechtlichen Enforcementverfahren der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht nicht zum Tragen kämen. Das Aufsichtsrecht nach Art. 142 ff. FinfraG ziele – im Unterschied zum Strafrecht – nicht auf die Vergel-

36 Dazu bereits GETH, a.a.O., 153 f.

37 EGMR, Chambaz/Schweiz, Urt. v. 5.4.2012, Nr. 11663/04; vgl. dazu ROTH SIMON, Zum Zweiten: Die Geltung von nemo tenetur im Verwaltungsverfahren, Jusletter vom 17.2.2014.

38 Vgl. dazu GETH, a.a.O., 155; BECK CAROLE CLAUDIA, Enforcementverfahren der FINMA und Dissonanz zum nemo tenetur-Grundsatz, Diss. Zürich 2019, Rz. 739.

39 BVGer, 29.6.2018, B-4763/2017, D. sowie E. 3.1.

tung eines Fehlverhaltens ab, sondern auf den Schutz sowie die Gleichbehandlung der Finanzmarktteilnehmerinnen und -teilnehmer und die Gewährleistung der Funktionsfähigkeit der Märkte.⁴⁰ Sie sähen keine Sanktion im strafrechtlichen Sinne, sondern einzig die Einziehung von unrechtmässig erzieltm Gewinn vor, was einer Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes gleichkomme.⁴¹ Die Nichteinziehung von Gewinnen würde zu einer Wettbewerbsverzerrung im Finanzmarkt führen, indem Marktteilnehmer, die sich rechtmässig verhielten, einen Nachteil erlitten, während die anderen von ihrer Regelverletzung profitieren würden. Der Einziehung komme somit ein ausgleichender und kein pönaler Charakter zu; sie habe rein verwaltungsrechtlichen Charakter. Somit stellten weder die aufsichtsrechtliche Bestimmung zum Insiderhandel noch die aufsichtsrechtliche Einziehung eine strafrechtliche Anklage i.S.v. Art. 6 Ziff. 1 EMRK dar, und die strafprozessualen Verfahrensgarantien kämen im verwaltungsrechtlichen Aufsichtsverfahren nicht zur Anwendung.⁴² Das Bundesverwaltungsgericht hielt im Weiteren fest, dass ein allfälliges Strafverfahren in derselben Sache wegen Widerhandlungen gegen Strafbestimmungen des Nebenstrafrechts im finanzmarktrechtlichen Aufsichtsverfahren auch nicht präjudizierend sei. Darin liege somit kein Verstoss gegen die Unschuldsvermutung, welche im Verwaltungsverfahren ohnehin nicht zur Anwendung gelange. Vielmehr seien die beiden Verfahren voneinander unabhängig und folgten je unterschiedlichen Prozessgrundsätzen. Den finanzmarktrechtlichen Aufsichtsbestimmungen nach Art. 142 ff. FinfraG lägen denn auch andere Voraussetzungen zugrunde als einer strafrechtlichen Verantwortung nach Art. 154 FinfraG.⁴³

Ähnlich entschied auch das Bundesgericht später in einem Entscheid aus dem Jahre 2019, indem es festhielt, dass allfällige strafprozessuale Verteidigungsrechte mit Bezug auf im Rahmen der Behördenkooperation ausgetauschte Informationen und Unterlagen nicht im verwaltungsrechtlichen, sondern im parallel geführten Strafverfahren geltend gemacht werden könnten.⁴⁴

Auch das Bundesstrafgericht hielt schliesslich unlängst⁴⁵ fest, dass trotz der sachlich möglicherweise engen Verbindung zwischen Verwaltungsverfahren und Strafverfahren diese beiden grundsätzlich strikt voneinander zu trennen seien. Die finanzmarktgesetzlichen Rechtsgüter könnten nur effektiv geschützt werden, wenn rasch und ohne Zuwarten auf ein allfälliges Strafverfahren gehandelt werde.

40 Art. 1 Abs. 2 FinfraG; Botschaft zum Finanzmarktinfrastukturgesetz vom 3.9.2014, BBl 2014 7483 ff., 7512 f.

41 BVGer, 29.6.2018, B-4763/2017, E. 3.3.

42 BVGer, 29.6.2018, B-4763/2017, E. 3.3 und 3.4.

43 BVGer, 23.11.2015, B-4639/2014, E. 5.3 mit Verweisung auf BGer, 10.2.2011, 2C_89/2010 und 2C_106/2010, E. 3.3.4, nicht publ. in BGE 137 II 284.

44 BGer, 25.11.2019, 1B_268/2019, E. 2.3. Vgl. auch BGE 142 IV 207, 218, E. 8.10; dazu MACULA LAURA, Erzwungene Selbstbelastung oder freiwillige Auskunft? Zur Verwertbarkeit von Unternehmensdossiers zuhanden der FINMA, ZStrR 2018, 30 ff.

45 BStGer, 2.8.2021, CA.2020.10, E. 2.1.5.2.

Diese Rechtsprechung zur Ausklammerung der Selbstbelastungsfreiheit vom Aufsichtsverfahren der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht überzeugt nach der hier vertretenen Auffassung nicht; sie blendet das eigentliche Problem des gesetzlich vorgeschriebenen Informationsaustausches zwischen der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht und der Strafverfolgungsbehörde aus und trägt nicht den besonderen Umständen und Problemen Rechnung, die wegen des gleichen Sachverhalts und der Erfüllung gleichartiger Tatbestände bei parallel geführten Aufsichts- und Strafverfahren mit unmittelbarem Bezug zueinander bestehen. Da nicht sichergestellt ist, dass die von der Verwaltungsbehörde unter der Herrschaft der Mitwirkungspflicht erlangten Informationen nicht in das parallel geführte Strafverfahren gelangen, können diese Informationen dort – selbst wenn sie formell nicht verwertbar wären – jedenfalls indirekt und informell verwertet werden. Das Argument, der Betroffene könne sein Aussageverweigerungsrecht dann ja im parallel oder nachgelagert geführten Strafverfahren geltend machen, verfängt nicht, zumal die betreffenden im Aufsichtsverfahren unter Mitwirkung des Beschuldigten erlangten Informationen und Unterlagen wegen der Verpflichtung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht zur Zusammenarbeit mit den Strafverfolgungsbehörden gemäss Art. 38 FINMAG dann diesen im Strafverfahren zur Kenntnis gebracht werden und somit die Selbstbelastungsfreiheit unterlaufen wird.⁴⁶

V. Lösungsansatz zum Umgang mit dem rechtlichen Dilemma

Die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht kann im Verwaltungsverfahren dem Verbot der erzwungenen Selbstbelastung grundsätzlich auf verschiedene Weise Rechnung tragen. Entweder anerkennt sie auch im Rahmen der aufsichtsrechtlichen Vorabklärungen und im anschliessenden Untersuchungsverfahren ein Recht zur Verweigerung der Mitwirkung, wenn diese einer Selbstbelastungsfreiheit bezüglich eines strafbaren Verhaltens gleichkäme, oder es muss sichergestellt sein, dass die von der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht unter der Herrschaft der Mitwirkungspflicht erlangten Informationen nicht in ein Strafverfahren gelangen können oder sie dort nicht verwertbar sind bzw. nicht gegen den Beschuldigten verwendet werden dürfen.⁴⁷

Die letztere Variante eines blossen Verwertungsverbotes befriedigt nicht, weil die der Strafverfolgungsbehörde übermittelten Informationen dann faktisch letztlich indirekt verwertet werden.⁴⁸ Da die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht einer Anzeigepflicht unterliegt, wenn ihr Straftaten zur Kenntnis kommen, und sie grundsätzlich auch zur Amtshilfe gegenüber Strafverfolgungsbehörden

46 So auch TRUFFER, a.a.O., Art. 29 FINMAG N 21; TERLINDEN, a.a.O., 183; BAUMGARTEN MARK-OLIVER/BURCKHARDT PETER/ROESCH ALEXANDER, Gewährsverfahren im Bankenrecht und Verhältnis zum Strafverfahren, AJP 2006, 196 ff., FN 92.

47 Dieser Lösungsansatz wurde bereits von der Expertenkommission Börsendelikte und Marktmissbrauch vorgeschlagen und im Rahmen der Gesetzgebung diskutiert (Berichterstattung Huber, AB N 2012 1134f.). Vgl. GETH, a.a.O., 159; SMOKVINA, a.a.O., 152; a.M. TRUFFER, a.a.O., Art. 29 FINMAG N 21.

48 TRUFFER, a.a.O., Art. 29 FINMAG N 21.

verpflichtet ist, können Auskünfte, die der Aufsichtsbehörde erteilt werden, stets ohne Weiteres den Weg in ein parallel geführtes Strafverfahren finden. In Fallkonstellationen (wie beim vorliegend beispielhaft dargelegten Tatbestand des Ausnützens von Insiderinformationen), in welchen:

- durch den gleichen Sachverhalt zugleich ein aufsichtsrechtliches und ein strafrechtliches Verfahren ausgelöst werden können,
- Verwaltungs- und Strafbehörde weitgehend denselben Sachverhalt untersuchen und
- die in diesen Verfahren erlangten Informationen ausgetauscht werden und somit ein «ausreichender Bezug» zwischen Verwaltungs- und Strafverfahren im Sinne der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte besteht,
- der Verdächtige oder Beschuldigte darlegen kann, dass er sich mit seiner Aussage im Aufsichtsverfahren im parallel geführten oder drohenden Strafverfahren möglicherweise selbst belasten würde,

muss dem übergeordneten verfassungs- und konventionsrechtlichen Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit Vorrang verschafft und dieser als Schranke der Auskunftspflicht und Herausgabepflicht nach Art. 29 Abs. 1 FINMAG anerkannt werden. Er muss dann mithin im Sinne einer «Vorwirkung»⁴⁹ bereits im aufsichtsrechtlichen Enforcementverfahren der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht Geltung beanspruchen. Die grundsätzlich im Aufsichtsverfahren zur Auskunft und Herausgabe von Unterlagen verpflichtete Person muss daher die Auskunft insoweit verweigern können, als sie sich dadurch der Gefahr einer i.S.v. Art. 6 Ziff. 1 EMRK strafrechtlichen Verfolgung aussetzen oder ihre Position in einem entsprechenden bereits hängigen oder in Zukunft befürchteten Verfahren erschweren würde.

Die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht geht in ihrer Praxis – soweit ersichtlich – bisher mit dem Problem in der Weise um, dass sie potentiell strafrechtlich belastete Personen nach den Grundsätzen behandelt, die im Strafverfahren für sogenannte Auskunftspersonen gelten, und diese nicht zu belastenden Aussagen zwingt.⁵⁰ Sie weist die Betroffenen vor der Befragung darauf hin, dass sie ihre Mitwirkung verweigern können, falls die Gefahr bestehe, dass sie sich mit ihrer Aussage einer strafrechtlichen Verfolgung aussetzen würden.⁵¹

VI. Fazit

Droht dem von einem Untersuchungs- oder Enforcementverfahren der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht Betroffenen eine Massnahme, die keinen strafrechtlichen Charakter gemäss Art. 6 Ziff. 1 EMRK aufweist, so gelangen grundsätzlich die verwaltungsrechtlichen Grundsätze und die aufsichtsrechtliche Mitwirkungspflicht gemäss Art. 29 FINMAG zur Anwendung. Aufgrund der

49 Vgl. MACULA LAURA, Mitwirkungspflichten nach Art. 29 FINMAG – zulässige Grenze strafprozessualer Selbstbelastungsfreiheit?, recht 2016, 37; vgl. auch NOLL ANDREAS, Fernwirkung des strafprozessualen Nemo-tenetur-Satzes in andere Rechtsgebiete, forumpoenale 2020, 177 ff.

50 MACULA, a.a.O. (FN 50), 30 ff.; TRUFFER, a.a.O., Art. 29 FINMAG N 22; TERLINDEN, a.a.O., 311.

51 ZULAUF URS/WYSS DAVID et al., Finanzmarktenforcement, Bern 2014, 279; GETH, a.a.O., 156.

Pflicht der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht, mit den Strafverfolgungsbehörden zusammenzuarbeiten und diesen die ihr bekannten Verbrechen und Vergehen anzuzeigen, kann der strafprozessuale Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit jedoch auf das aufsichtsrechtliche Enforcementverfahren der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht ausstrahlen. Besteht ein ausreichender Bezug zwischen Verwaltungs- und Strafverfahren und untersuchen Verwaltungs- und Strafbehörde weitgehend denselben Sachverhalt – wie etwa bei einem Verdacht auf ein Ausnützen von Insiderinformationen, der sowohl aufsichtsrechtlich als auch strafrechtlich relevant ist und untersucht wird – so besteht die Gefahr, dass die unter Mitwirkungszwang erhobenen Beweise Eingang ins parallel oder nachgelagert geführte Strafverfahren finden und gegen den Betroffenen verwendet werden. In solchen Konstellationen muss nach der Auffassung der Autoren dem übergeordneten verfassungs- und konventionsrechtlichen Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit Vorrang verschafft und dieser als Schranke auch der Auskunftspflicht nach Art. 29 Abs. 1 FINMAG im aufsichtsrechtlichen Untersuchungs- und Enforcementverfahren der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht anerkannt werden.

Rechtsschutz in Theorie und Praxis

**Festschrift für
Stephan Breitenmoser**

Herausgegeben von

Claudia Seitz
Ralf Michael Straub
Robert Weyeneth

Helbing Lichtenhahn

Bibliographische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet unter <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten. Dieses Werk ist weltweit urheberrechtlich geschützt. Insbesondere das Recht, das Werk mittels irgendeines Mediums (grafisch, technisch, elektronisch und/oder digital, einschliesslich Fotokopie und Downloading) teilweise oder ganz zu vervielfältigen, vorzutragen, zu verbreiten, zu bearbeiten, zu übersetzen, zu übertragen oder zu speichern, liegt ausschliesslich beim Verlag. Jede Verwertung in den genannten oder in anderen als den gesetzlich zugelassenen Fällen bedarf deshalb der vorherigen schriftlichen Einwilligung des Verlags.

ISBN 978-3-7190-4582-1

© 2022 Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel
www.helbing.ch

