

# **BStGer BV.2014.24 vom 2. Oktober 2014**

Bundesstrafgericht, 2014-10-02, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bstger\\_BV.2014.24](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bstger_BV.2014.24)

FR: TPF BV.2014.24 du 2 octobre 2014

IT: TPF BV.2014.24 del 2 ottobre 2014

## **Regeste**

Amtshandlung (Art. 27 Abs. 1 und 3 VStrR).

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Für die Widerhandlungen gegen Art. 44 FINMAG sowie gegen Art. 46 und 49 BankG (siehe hierzu Art. 1 Abs. 1 lit. d FINMAG) ist das Bundesgesetz vom 22. März 1974 über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR; SR 313.0) anwendbar, soweit das FINMAG oder die Finanzmarktgesetze gemäss Art. 1 Abs. 1 FINMAG nichts anderes bestimmen (Art. 50 Abs. 1 Satz 1 FINMAG). Verfolgende und urteilende Behörde ist das GS-EFD (Art. 50 Abs. 1 Satz 2 FINMAG i.V.m. Art. 3 Abs. 1 und Art. 5 lit. e der Organisationsverordnung vom 17. Februar 2010 für das Eidgenössische Finanzdepartement [OV-EFD; SR 172.215.1]).

### **E. 1.2**

Gegen einen Beschwerdeentscheid im Sinne von Art. 27 Abs. 2 VStrR kann bei der Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts Beschwerde geführt werden (Art. 27 Abs. 3 VStrR i.V.m. Art. 37 Abs. 2 lit. b StBOG). Zur Beschwerde ist berechtigt, wer durch den Beschwerdeentscheid berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung hat (Art. 28 Abs. 1 VStrR). Die Beschwerde gegen einen Beschwerdeentscheid ist innert drei Tagen, nachdem dieser dem Beschwerdeführer eröffnet wurde, schriftlich mit Antrag und kurzer Begründung einzureichen (Art. 28 Abs. 3 VStrR). Währenddem mit der Beschwerde gegen Zwangsmassnahmen auch die unrichtige oder unvollständige Feststellung des Sachhalts und die Unangemessenheit gerügt werden kann (Art. 28 Abs. 2 VStrR), ist die Beschwerde gegen gestützt auf Art. 27 VStrR ergangene Beschwerdeentscheide nur wegen Verletzung von Bundesrecht, einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, zulässig (Art. 27 Abs. 3 VStrR).

### **E. 1.3**

Der Beschwerdeführer ist als Beschuldigter Partei des vorliegenden Verwaltungsstrafverfahrens. Im Rahmen seiner Beschwerde macht er geltend, die Zulassung der von ihm benannten Beweismittel im gegen ihn geführten Verfahren verletze sein strafprozessuales Recht, sich nicht selbst belasten zu müssen. Der entsprechende Schutz der beschuldigten Person ergibt sich aus Art. 14 Abs. 3 lit. g des Internationalen Pakts vom 16. Dezember 1966 über bürgerliche und politische Rechte (SR 0.103.2). Weiter ist der Grundsatz in Art. 6 Ziff. 1 EMRK verankert (vgl. hierzu BGE 138 IV 47 E. 2.6.1 S. 51 m.w.H.). Der Beschwerdeführer ist damit in seinen Verfahrensrechten berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhe-

zung oder Änderung des angefochtenen Beschwerdeentscheides. Auf sei- ne frist- und formgerecht erhobene Beschwerde ist einzutreten.

## **E. 2**

Der Beschwerdeführer macht hauptsächlich geltend, eine Verwertung der im Rahmen des dem aktuellen Verwaltungsstrafverfahren vorangehenden Aufsichtsverfahrens der EBK von ihm erlangten Beweismittel und Erkennt- nisse verstosse gegen den Grundsatz nemo tenetur se ipsum accusare. Er habe die fraglichen Beweise unter in strafprozessualer Hinsicht unzulässig- gem Mitwirkungszwang liefern müssen. Der angefochtene Beschwerdeent- scheid lasse sich insbesondere nicht mit dem Urteil des Europäischen Ge- richtshofes für Menschenrechte bzw. EGMR i.S. Chambaz gegen Schweiz vom 5. April 2012, Nr. 11663/04, vereinbaren.

Der Beschwerdegegner seinerseits verfügte auf die Verfahrensanträge des Beschwerdeführers hin den Ausschluss der Verwertung von im Aufsichts- verfahren vom Beschwerdeführer unter Androhung einer Busse erlangten Beweismitteln und Erkenntnissen. Er hielt aber an der uneingeschränkten Verwertung derjenigen Beweismittel und Erkenntnisse fest, welche unab- hängig von einer Busse durch die Strafverfolgungsbehörden auch auf an- derem Wege hätten erlangt werden können. Streitgegenstand bildet vorlie- gend allein die Frage nach der Verwertbarkeit dieser zweiten Kategorie von Beweismitteln und Erkenntnissen.

## **E. 3**

Der Beschwerdeführer rügt diesbezüglich vorab eine Verletzung seines Anspruchs auf rechtliches Gehör. Die Vorinstanz sei auf seine Argumente nicht eingegangen und habe insbesondere das von ihm angeführte Urteil Chambaz nicht beachtet (act. 1, Ziff. III.1). Im angefochtenen Entscheid fin- den sich die Überlegungen, von welcher sich die Vorinstanz hat leiten las- sen und auf welche sich ihr Entscheid stützt. Ihrer sich aus Art. 29 Abs. 2 BV ergebenden Begründungspflicht hat sie damit Genüge getan (vgl. hier- zu BGE 139 IV 179 E. 2.2 m.w.H.). Ob die Begründung inhaltlich zu über- zeugen vermag, ist nicht eine Frage des rechtlichen Gehörs, sondern der materiellen Überprüfung des angefochtenen Entscheides.

### **E. 4.1**

Im Rahmen des eingangs erwähnten bankenrechtlichen Aufsichtsverfah- rens wurde A. gemäss Ziff. 6b der superprovisorischen Verfügung der EBK vom 1. Juli 2008 unter Androhung von Busse gemäss Art. 50 BankG sowie von Busse gemäss Art. 292 StGB verpflichtet, den Untersuchungsbeauf-

- 6 -

tragten sämtliche Informationen und Unterlagen zu den Geschäftsaktivitä- ten zur Verfügung zu stellen und Zugang zu den Räumlichkeiten zu ver- schaffen (Akten EFD, pag. 030-0116 ff., 030-0126 f.). Zu diesem Zeitpunkt war das FINMAG noch nicht in Kraft. Es galten diesbezüglich die Bestim- mungen des BankG in der bis zum 1. Januar 2009 gültigen Fassung (nach- folgend "aBankG"; vgl. hierzu bereits das Urteil des Bundesverwaltungsge- richts B-7764/2008 vom 26. November 2009, E. 1.1; Akten EFD, pag. 013- 0010 f.). Die massgebliche Bestimmung für die Mitwirkungspflicht im Auf- sichtsverfahren war Art. 23quater Abs. 3 aBankG, welcher den Zutritt des Un- tersuchungsbeauftragten zu den Räumlichkeiten der Bank bzw. der unter-

stellungspflichtigen Gesellschaft sowie deren Pflicht zur Offenlegung aller benötigten Unterlagen und zur Erteilung aller benötigten Auskünfte statuierte. Die Erteilung falscher Auskünfte wurde gemäss Art. 46 Abs. 1 lit. i aBankG mit Gefängnis bis zu sechs Monaten oder mit Busse bis zu Fr. 50'000.-- bestraft. Zudem fand sich in Art. 50 aBankG eine dem Art. 292 StGB nachgebildete Strafnorm, welche die Widerhandlung gegen eine amtliche Verfügung trotz Mahnung und Hinweis auf die Strafdrohung dieses Artikels mit Ordnungsbusse bis zu Fr. 5'000.-- belegte.

#### **E. 4.2**

Den Akten lässt sich entnehmen, dass die von der EBK eingesetzten Untersuchungsbeauftragten am 4. Juli 2008 unter Vorweisung der superprovisorischen Verfügung der EBK vom 1. Juli 2008 Einlass in die Privatwohnung von A. verlangt haben. Hierbei sei er von den Untersuchungsbeamten zu dessen Aktivitäten befragt worden. Diesbezüglich sei von einer Assistentin eine Aktennotiz bzw. ein Protokoll erstellt worden. Zudem seien von den Untersuchungsbeamten auch verschiedene Unterlagen und elektronische Daten sichergestellt worden (vgl. hierzu bspw. Akten EFD, pag. 021-0012; 021-0024 ff.; 021-0031). Damit ist erstellt, dass A. im Rahmen des bankenrechtlichen Aufsichtsverfahrens unter Androhung von Busse mitgewirkt hat.

#### **E. 4.3**

Es ist davon auszugehen, dass sich die von der EBK eingesetzten Untersuchungsbeauftragten in ihren Berichten an die EBK auf Angaben aller Beteiligten und auf die von diesen herausgegebenen bzw. bei diesen erhobenen Unterlagen sowie auf Unterlagen Dritter, konkret der kontoführenden Banken, stützten (Akten EFD, pag. 030-0004 ff., 030-0055 ff.). Allerdings stehen der Beschwerdekammer nur die Berichte, nicht jedoch die entsprechenden Beilagen zur Verfügung (gemäss Aktenverzeichnis bestehen diesbezüglich jedoch insgesamt fünf separate Ordner mit Beilagen). Ebenso besteht keine Ausscheidung, welche Unterlagen von A. stammen bzw. bei diesem erhoben wurden, und indirekt somit auch keinerlei Angabe, was sich genau aus diesen Akten ergibt für die jeweilige Feststellung des Sach-

- 7 -

verhalts in der Verfügung der EBK vom 29. Oktober 2008, im Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 26. November 2009 bzw. im Urteil des Bundesgerichts vom 10. Februar 2011. Immerhin aber ist ersichtlich, dass sich das Bundesverwaltungsgericht bei seiner Annahme des Sachverhalts auf die mit geringen Modifikationen anerkannte Sachverhaltsdarstellung der Untersuchungsbeauftragten stützte (vgl. das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-7764/2008 vom 26. November 2009, E. 3.1.8 und 3.3). Insgesamt aber lässt sich weder aufgrund der Berichte noch der Verfügungen oder Urteile eruieren, welche Teile der Beilagen zur Strafanzeige vom 29. August 2011 auf von A. aufgrund dessen Mitwirkungspflicht gemachte Angaben bzw. herausgegebene Unterlagen zurückzuführen sind.

#### **E. 5**

Das VStrR kennt zur Frage der Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweise anders als die StPO in ihrem Art. 141 keine Regelung. Art. 39 Abs. 5 VStrR stellt nur ein mit Art. 140 StPO vergleichbares Beweiserhebungsverbot dar, schweigt sich aber zum Umgang mit solchen Beweisen aus. Nach EICKER/FRANK/ACHERMANN (Verwaltungsstrafrecht und

Verwaltungsstraf- verfahrensrecht, Bern 2012, S. 174) soll deshalb die Regel des Art. 141 StPO in solchen Fällen analog angewendet werden. Dem kann so nicht zu- gestimmt werden: Art. 141 StPO schränkt die freie Beweisverwendung durch die Untersuchungsbehörde und vor allem die freie richterliche Be- weiswürdigung ein. Ohne eine entsprechende gesetzliche Regelung im VStrR ist eine mit Art. 141 StPO vergleichbare Einschränkung nur aufgrund von übergeordnetem Recht zulässig. Es ist deshalb zu prüfen, ob aufgrund der EMRK ein Beweisverwertungsverbot besteht. Gestützt auf Art. 6 EMRK wurden bisher offenbar lediglich im Einzelfall solche Schlussfolgerungen gezogen (Urteil des EGMR i.S. Pishchalnikov gegen Russland vom 24. September 2009, Nr. 7025/04, Ziff. 70). Aus den gleichen Überlegun- gen muss im Verwaltungsstrafverfahren auch eine Fernwirkung des Be- weiserhebungsverbots abgelehnt werden, wie dies neu und in Abweichung der bisherigen Rechtstradition in Art. 141 Abs. 4 StPO vorgesehen ist. Oh- ne eine ausdrückliche gesetzliche Bestimmung unterliegt die Frage nach einem Fernwirkungsverbot der Güterabwägung im Einzelfall (vgl. zum Ganzen KELLER, Grundrechtskonformität und Tauglichkeit des Verwal- tungsstrafrechts als Prozessgesetz, in Eicker [Hrsg.], Aktuelle Herausforde- rungen für die Praxis im Verwaltungsstrafverfahren, Bern 2013, S. 181 f. m.w.H.; a. M. auch bezüglich des Fernwirkungsverbots EICKER/FRANK/ ACHERMANN, a.a.O., S. 175).

- 8 -

### **E. 6.1**

Vorliegend stellt sich vorab jedoch die Frage, ob die Verwertbarkeit von beispielsweise durch einen Verstoss gegen den Grundsatz *nemo tenetur se ipsum accusare* erhobenen Beweisen überhaupt im Rahmen eines Be- schwerdeverfahrens zu überprüfen bzw. inwieweit diese Frage dem Sach- richter zu überlassen ist. Gerade dieser Frage ist die Strafkammer des Kantonsgerichts Freiburg in ihrem vom Beschwerdeführer angeführten Be- schwerdeentscheid im Sinne von Art. 393 ff. StPO nicht nachgegangen, sondern hat sie implizit ohne Einschränkung bejaht, indem sie die Sache à fonds geprüft und die ihres Erachtens rechtswidrig erhobenen Aktenstücke auf dem Beschwerdeweg aus den Akten gewiesen hat (vgl. act. 1.2).

### **E. 6.2**

Obschon vorliegend nicht die StPO, sondern das VStrR Anwendung findet, führt dies nicht zu einer unterschiedlichen Beantwortung dieser Frage. Zwar unterscheidet sich die Beschwerde nach VStrR bei Beschwerden, welche keine Zwangsmassnahmen betreffen, in der zweiten, gerichtlichen Stufe von der einstufigen gerichtlichen Beschwerde nach StPO in Bezug auf die Kognition dadurch, dass Erstere nur eine Prüfung wegen Verletzung von Bundesrecht, einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Er- messens kennt (Art. 27 Abs. 3 VStrR), während Art. 393 Abs. 2 StPO die volle Kognition vorsieht. Bei der hier aufgeworfenen Frage, wie weit die Be- schwerdeinstanz gehen kann oder muss, geht es jedoch um die Frage der Prüfungsdichte.

#### **E. 6.3.1**

Die Frage der Prüfungsdichte oder –intensität ist nicht mit der Kognition gleichzustellen. Diesem Ansatz ist zu folgen, wenn man sich Zurückhaltung bei der Überprüfung von Ermessensfragen auferlegt: Wo die Beschwerde- instanz nämlich nicht die gleiche spezielle Sachkenntnis hat, muss ihr zu- gebilligt werden, nicht ohne Not von der Auffassung der Vorinstanz abzu- weichen und ihr eigenes Ermessen anstelle des Ermessens der Vorinstanz

(ausgenommen des erstinstanzlichen Strafgerichts) zu setzen (GUIDON, Die Beschwerde gemäss Schweizerischer Strafprozessordnung, Berner Diss., Zürich/St. Gallen 2011, N. 548 ff.). Es kann nicht Sinn und Zweck des Beschwerdeverfahrens sein, eine weitgehende Vorentscheidung über jene Fragen herbeizuführen, welche vom Sachrichter (definitiv) zu entscheiden sind. Anders zu entscheiden würde bedeuten, in der Schlussphase von Ermittlungen aufgrund des praktisch vollständigen Prozessstoffs, eine dem Sachrichterentscheid vergleichbare weitgehende Überprüfung der Tat- und Rechtsfragen vorzunehmen, was zu einer sachlich und funktional nicht vertretbaren Vorentscheidung führen würde (GUIDON, a.a.O., N. 552 mit Hinweis; Beschluss des Bundesstrafgerichts BB.2011.35 vom 6. Juni 2011,

- 9 -

E. 2.3). Dass die Beschwerdeinstanz bei der Beurteilung des Tatverdachts anders als der Sachrichter keine erschöpfende Abwägung der in Betracht fallenden Tat- und Rechtsfragen bzw. sämtlicher belastender und entlastender Beweisergebnisse vorzunehmen hat (GUIDON, a.a.O., N. 552 m.w.H.), ist ebenfalls ein Aspekt der Prüfungsdichte. In der diesbezüglichen Relativierung unterscheidet sich die Beschwerdeinstanz aber nicht von derjenigen der Staatsanwaltschaft. Sie findet ihre Begründung nicht in der entfernteren oder weniger tief gehenden Fallkenntnis, sondern in der unterschiedlichen institutionellen Funktion von Sach- und Beschwerderichter (vgl. zum Ganzen KELLER, Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung [StPO], 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, Art. 393 StPO N. 40).

#### **E. 6.3.2**

Eine besondere Bedeutung erhält die Frage der Prüfungsdichte gerade bei der Prüfung der Unverwertbarkeit von Beweiserhebungsergebnissen nach Art. 140 f. StPO. Die Prüfung dieser Frage im Beschwerdeverfahren ist grundsätzlich heikel, weil diese letztlich durch den Sachrichter abschliessend entschieden werden muss und der Beschwerdeentscheid diesem Urteil nicht vorgreifen soll. Für das Haftprüfungsverfahren führt das Bundesgericht aus, es genüge, wenn die Verwertbarkeit der Beweismittel, welche den Tatverdacht begründen, nicht zum Vornherein als ausgeschlossen erscheint (Urteile des Bundesgerichts 1B\_694/2012 vom 6. Dezember 2012, E. 3.4; 1B\_179/2012 vom 13. April 2012, E. 2.4 m.w.H.). Daraus ist zu folgern, dass eine diese Fragestellung thematisierende Beschwerde nicht grundsätzlich ausgeschlossen werden kann. In der Sache selbst (Prüfungsdichte) muss hingegen gelten, dass die Frage der Verwertbarkeit nach Art. 140 f. StPO mit Zurückhaltung zu prüfen und eine solche nur in völlig klaren Fällen zu verneinen ist. Im Vorverfahren gilt nämlich anders als im Verfahren vor dem Sachrichter der Grundsatz in dubio pro duriore (BGE 138 IV 86 E. 4.1.1; 137 IV 219 E. 7.1, 7.2). Daraus ist als Ergebnis abzuleiten, dass Beweismaterial nur bei völlig eindeutiger Unverwertbarkeit im Sinne des Art. 141 Abs. 5 StPO auf dem Beschwerdeweg aus den Akten und damit aus der Verfügungsgewalt der Staatsanwaltschaft als untersuchender Behörde entfernt werden soll (TPF 2013 72 E. 2.1 und 2.2; vgl. zum Ganzen KELLER, a.a.O., Art. 393 StPO N. 41).

#### **E. 6.4**

Die vom Beschwerdeführer verlangte Überprüfung würde vorliegend gerade ein Vorgreifen auf den Entscheid des Sachrichters zur Verwertbarkeit zentraler Beweismittel bedeuten. Aufgrund der konkreten Konstellation, dass de facto praktisch vollständig auf die Ergebnisse der Beweiserhebung des Verwaltungsverfahrens abgestellt werden kann, würde

dieser Ent- scheid zudem in der Schlussphase der Strafuntersuchung erfolgen. Ein völ- lig klarer Fall der Unverwertbarkeit der Beweise ist auch im Lichte des Ur-

- 10 -

teils Chambaz, a.a.O., und von BGE 138 IV 47 jedenfalls nicht anzuneh- men. Im Gegensatz zur Ausgangslage, welche dem vom Beschwerdeführer angerufenen Beschwerdeentscheid der Strafkammer des Kantons Freiburg (act. 1.2) zu Grunde lag, lässt sich hier aufgrund der vorliegenden Akten nicht eruieren, welche Beweismittel inwieweit auf von A. aufgrund dessen Mitwirkungspflicht gemachte Angaben bzw. herausgegebene Unterlagen zurückzuführen sind (genau derselbe Unterschied besteht auch zur Aus- gangslage, welcher dem Beschluss BK 2013 362 des Obergerichts des Kantons Bern vom 6. Februar 2014 zu Grunde lag und wo es um zwei kon- kret bezeichnete Protokolle von Einvernahmen ging; wiedergegeben in plä- doyer 4/14, S. 48 ff.). Somit würde sich vorliegend für Beweismittel wie die erwähnten Untersuchungsberichte die Frage stellen, inwiefern sie gerade auf den von A. produzierten Beweismitteln beruhen oder eben nicht doch auch auf anderen. Darüber hinaus würde, selbst bei Annahme der Unver- wertbarkeit der von A. produzierten Unterlagen bzw. Aussagen sich dann weiter die Frage stellen, ob und inwiefern diese anderswie (über Dritte) hät- ten beschafft werden können.

#### **E. 6.5**

Nach dem Gesagten erweist sich die Beschwerde als unbegründet. Sie ist abzuweisen.

#### **E. 7**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat der Beschwerdeführer die Ge- richtskosten zu tragen (Art. 66 Abs. 1 BGG analog; vgl. hierzu TPF 2011 25 E. 3). Die Gerichtsgebühr ist auf Fr. 2'000.-- festzusetzen (Art. 25 Abs. 4 VStrR i.V.m. Art. 73 StBOG und Art. 5 und 8 Abs. 1 des Reglements des Bundesstrafgerichts vom 31. August 2010 über die Kosten, Gebühren und Entschädigungen in Bundesstrafverfahren [BStKR; SR 173.713.162]), unter Anrechnung des geleisteten Kostenvorschusses in derselben Höhe.

- 11 -

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