

BStGer TPF 2021 183 vom 2. August 2021

Bundesstrafgericht, 2021-08-02, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bstger_TPF_2021_183

FR: TPF TPF 2021 183 du 2 août 2021

IT: TPF TPF 2021 183 del 2 agosto 2021

Regeste

Verwertbarkeit von Aussagen im Rahmen eines verwaltungsrechtlichen Verfahrens (Enforcementverfahren der FINMA) im Strafverfahren

Volltext

TPF 2021 183

183

TPF 2021 183

24. Auszug aus dem Urteil der Berufungskammer in Sachen A. gegen Bundesanwaltschaft, Eidgenössisches Finanzdepartement vom 2. August 2021 (CA.2020.10)

Verwertbarkeit von Aussagen im Rahmen eines verwaltungsrechtlichen Verfahrens (Enforcementverfahren der FINMA) im Strafverfahren

Art. 6 EMRK, Art. 5, 29 BV, Art. 111, 113, 140, 141, 194 StPO, Art. 29, 53 FINMAG, Art. 12, 13 VwVG

Grundsätze zur Verwertbarkeit von Beweismitteln im Strafprozess (E. II.A/ 2.1.3).

Beschuldigtenstellung im Strafprozess (E. II.A/2.1.4.1–2.1.4.2).

Rechtsgrundlagen, verfahrensrechtlicher Charakter des verwaltungsrechtlichen Enforcementverfahrens und Mitwirkungspflicht (E. II.A/2.1.5.1–2.1.5.5).

Grundsätze des strafprozessualen Prinzips nemo tenetur und dessen Anwendbarkeit im verwaltungsrechtlichen Enforcementverfahren sowie generelle Voraussetzungen der strafprozessualen Verwertbarkeit von im Verwaltungsverfahren getroffenen Aussagen (E. II.A/2.1.5.6–2.1.5.9).

Anwendungsbereich des strafprozessualen Täuschungsverbots (E. II.A/2.1.6.1– 2.1.6.3).

Exploitabilité de déclarations faites dans le cadre d'une procédure administrative (procédure d'enforcement de la FINMA) dans une procédure pénale

Art. 6 CEDH, art. 5, 29 Cst., art. 111, 113, 140, 141, 194 CPP, art. 29, 53 LFINMA, art. 12, 13 PA

Principes relatifs à l'exploitabilité des moyens de preuves en procédure pénale (consid. II.A/2.1.3).

Statut du prévenu dans la procédure pénale (consid. II.A/2.1.4.1–2.1.4.2).

Bases légales, caractère procédural de la procédure administrative d'enforcement et obligation de collaborer (consid. II.A/2.1.5.1–2.1.5.5).

Principe de procédure pénale nemo tenetur et son applicabilité dans la procédure administrative d'enforcement ainsi que les conditions préalables générales relatives à l'exploitabilité, dans la procédure pénale, des déclarations faites lors de la procédure administrative (consid. II.A/2.1.5.6–2.1.5.9).

TPF 2021 183

184

Champ d'application de l'interdiction de la tromperie dans le cadre de la procédure pénale (consid. II.A/2.1.6.1–2.1.6.3).

Utilizzabilità delle dichiarazioni rese nell'ambito di un procedimento amministrativo (procedimento di enforcement della FINMA) nel procedimento penale

Art. 6 CEDU, art. 5, 29 Cost., art. 111, 113, 140, 141, 194 CPP, art. 29, 53 LFINMA, art. 12, 13 PA

Principi sull'utilizzabilità delle prove nel procedimento penale (consid. II.A/ 2.1.3).

Posizione dell'imputato nel procedimento penale (consid. II.A/2.1.4.1–2.1.4.2).

Basi legali, carattere procedurale del procedimento amministrativo di enforcement e obbligo di collaborazione (consid. II.A/2.1.5.1–2.1.5.5).

Presupposti del principio nemo tenetur nel procedimento penale, applicabilità nel procedimento amministrativo di enforcement e principi generali sull'utilizzabilità nel procedimento penale delle dichiarazioni rese nel procedimento amministrativo (consid. II.A/2.1.5.6–2.1.5.9).

Campo di applicazione del divieto di inganno nel procedimento penale (consid. II.A/2.1.6.1–2.1.6.3).

Zusammenfassung des Sachverhalts:

Einem für die Einhaltung der Geldwäschereibestimmungen verantwortlichen Bankmitarbeiter wurde vorgeworfen, geldwäschereiverdächtige Vermögenswerte rund um Geschäftsbeziehungen mit einer mit der Korruptionsaffäre um den malaysischen Staatsfonds «1MDB» in Verbindung gebrachten Gesellschaft trotz begründeten Verdachts der Meldestelle für Geldwäscherei MROS nicht gemeldet zu haben. Dem verwaltungsstrafrechtlichen Verfahren ging ein sogenanntes Enforcementverfahren der FINMA voraus. Gegen den erstinstanzlichen Schuldspruch durch die Strafkammer des Bundesstrafgerichts erklärte der betroffene Bankmitarbeiter Berufung, wobei er in prozessualer Hinsicht insbesondere geltend machte, seine Aussagen im Enforcementverfahren dürften im Strafprozess nicht zu seinen Ungunsten berücksichtigt werden.

Die Berufungskammer des Bundesstrafgerichts verwarf die prozessualen Rügen und bestätigte den vorinstanzlichen Schuldspruch.

TPF 2021 183

185

Aus den Erwägungen:

2.1 Beweislage und Verwertbarkeit der Beweismittel

2.1.1 Die Vorinstanz hat in ihrem Urteil die zur Erstellung des Anklagesachverhalts im Recht liegenden Beweismittel zusammengefasst und wiedergegeben (Urteil SK.2019.55 E. 2.3.1–2.3.26). Soweit seine eigenen Aussagen in den von der FINMA gegen die Bank D. und ihn selber geführten Enforcementverfahren betreffend, rügt der Beschuldigte im Berufungsverfahren eine Verletzung des Verwertungsverbots. Sowohl die Einvernahme durch die Untersuchungsbeauftragte der FINMA (C. AG) vom 5. Juli 2016 als auch die Einvernahme durch die FINMA vom 23. Januar 2018 dürften nicht gegen ihn verwertet werden. Bezüglich der Befragung durch die Untersuchungsbeauftragte der FINMA wird im Berufungsverfahren zusammengefasst eingewendet, die Verwertbarkeit dieser formlosen Aussagen im Strafverfahren verstiesse gegen den Grundsatz nemo tenetur, da er nicht darauf aufmerksam gemacht worden sei, dass er sich nicht selber belasten müsse. Betreffend die Einvernahme durch die FINMA führt der Beschuldigte an, er sei vor der Einvernahme nicht darüber orientiert worden, dass nahezu ein Jahr zuvor durch die FINMA bereits Strafanzeige wegen Verletzung der Meldepflicht im Fall der Bank D. erstattet worden sei. Da er ganz offensichtlich von dieser Strafanzeige erfasst worden sei und als zentrale Person für einen entsprechenden Vorwurf als Adressat gemeint gewesen sei, wäre die FINMA verpflichtet gewesen, ihn darüber aufzuklären, dass er bereits Beschuldigter in einem Strafverfahren sei, welches mit seinem Verfahren bei der FINMA zusammenhänge. Dass die FINMA das nicht getan habe, stelle eine Täuschung dar. Es habe keinen legitimen Grund gegeben, die Tatsache einer Anzeige nicht zu benennen und damit ganz direkt seine Rechte zu beeinträchtigen. Hätte er von der Anzeige gewusst, wäre sein Aussageverhalten ein ganz anderes gewesen und er hätte als bereits Beschuldigter ein absolutes Aussageverweigerungsrecht gehabt. Insgesamt habe die FINMA mit ihrem Schweigen über die und dem Nichtdokumentieren der bereits materiell gegen ihn erstatteten Anzeige somit einen Irrtum ausgenützt, nämlich den, dass die FINMA zwar eine Anzeigepflicht habe, davon aber noch nicht Gebrauch gemacht habe. Die Einwendungen des Beschuldigten folgen unterschiedlichen Argumentationssträngen, die in den nachfolgenden Erwägungen auseinander zu halten sind. In mehr grundsätzlicher Weise hält der Beschuldigte fest, dass seine Aussagen in den beiden Befragungen zufolge

TPF 2021 183

186

des unterlassenen Hinweises auf sein generelles Aussageverweigerungsrecht unverwertbar seien (vgl. dazu die nachfolgenden Erwägungen II.A/2.1.4.1–2.1.5.9). Des Weiteren macht der Beschuldigte geltend, es seien bei der Beweiserhebung insofern unzulässige Beweiserhebungsmethoden angewendet worden, als er von der FINMA nicht über die eingereichte Strafanzeige orientiert und dadurch getäuscht worden sei (vgl. dazu die nachfolgenden Erwägungen II.A/2.1.6.1–2.1.6.3). Nebst dem rügt der Beschuldigte im Berufungsverfahren eine Verletzung der Aktenführungspflicht und des Anspruchs auf rechtliches Gehör, weil die von der FINMA erstattete Anzeige nicht in den Akten des gegen ihn geführten Enforcementverfahrens abgelegt worden sei.

2.1.3 Die Strafbehörden setzen zur Wahrheitsfindung alle nach dem Stand der Wissenschaft und Erfahrung geeigneten Beweismittel ein, die rechtlich zulässig sind (Art. 139 Abs. 1 StPO). Gemäss Art. 194 Abs. 1 StPO ziehen die Strafbehörden und die Gerichte Akten anderer Verfahren bei, wenn dies für den Nachweis des Sachverhalts oder die Beurteilung der beschuldigten Person erforderlich ist. Die beizuziehenden Akten können insbesondere aus Verwaltungsverfahren stammen (DONATSCH, Zürcher Kommentar, 3. Aufl. 2020,

Art. 194 StPO N. 4). Die Einvernahmen des Beschuldigten, deren straf- prozessuale Verwertbarkeit zur Diskussion gestellt wurde, erfolgten im Rahmen von sogenannten Enforcementverfahren der FINMA gegen die Bank D. und gegen den Beschuldigten persönlich und wurden vom EFD durch Aktenbeizug zu den Strafverfahrensakten gezogen. Bei den beigezogenen Verfahrensakten und den sich darin befindlichen Befragungsprotokollen handelt es sich um sachliche Beweismittel, die in einem Strafprozess grundsätzlich verwertet werden dürfen und der freien richterlichen Beweiswürdigung unterliegen. Der Pflicht, alle faktisch vorhandenen und geeignet erscheinenden Mittel zur Ermittlung der materiellen Wahrheit einzusetzen, werden durch gesetzliche Beweismethoden- und Beweisverwertungsverbote Schranken gesetzt. Art. 140 StPO zählt verschiedene Beweiserhebungsmethoden auf, die verboten sind. Gemäss Art. 140 Abs. 1 StPO sind Zwangsmittel, Gewaltanwendung, Drohungen, Versprechungen, Täuschungen und Mittel, welche die Denkfähigkeit oder die Willensfreiheit einer Person beeinträchtigen können, bei der Beweiserhebung untersagt. Beweise, die in Verletzung dieser Bestimmung erhoben wurden oder die von der StPO als unverwertbar bezeichnet werden, sind in keinem Fall verwertbar (Art. 141 Abs. 1 StPO). Beweise, die Strafbehörden in strafbarer Weise oder unter Verletzung von Gültigkeitsvorschriften erhoben haben, dürfen nicht verwertet werden, es sei denn, ihre Verwertung sei zur Aufklärung schwerer TPF 2021 183

187

Straftaten unerlässlich (Art. 141 Abs. 2 StPO). Wie alle staatlichen Behörden hat die Strafuntersuchungsbehörde überdies die Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns gemäss Art. 5 BV sowie die Grundrechte zu beachten (vgl. auch Art. 3 StPO). Unter anderem muss ihr Handeln im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein (Art. 5 Abs. 2 sowie Art. 36 Abs. 2 und 3 BV). Der definitive Entscheid über die Verwertbarkeit von Beweismitteln obliegt grundsätzlich dem erkennenden Sachgericht im Rahmen des Endentscheides (BGE 143 IV 475 E. 2.7).

2.1.4.1 Die prozessualen Rügen der Verletzung der Belehrungspflicht und des Verstosses gegen den strafprozessualen Grundsatz nemo tenetur bezüglich der mit ihm in den Enforcementverfahren der FINMA durchgeführten Einvernahmen begründet der Beschuldigte zunächst damit, dass er in den Befragungszeitpunkten als Beschuldigter im Sinne des Strafprozessrechts mit einem umfassenden Aussageverweigerungsrecht hätte gelten müssen. Wie eingangs erwähnt, hat die FINMA am 6. Februar 2017 beim EFD Strafanzeige gegen «die Verantwortlichen der D. & Co AG» sowie «allfällige weitere involvierten Personen» wegen «Widerhandlung gegen Art. 9 i.V.m. Art. 37 des Geldwäschereigesetzes (GwG)» erstattet. Aus der zeitlichen Chronologie ergibt sich, dass sich der prozessuale Einwand – wie vom EFD richtigerweise festgehalten – sinnvollerweise einzig auf die Befragung durch die FINMA beziehen kann. Als die Untersuchungsbeauftragte der FINMA am 5. Juli 2016 das «Interview» mit dem Beschuldigten durchgeführt hat, war noch keine Strafanzeige eingereicht worden. Diese Strafanzeige der FINMA vom 6. Februar 2017 war gegen die «Verantwortlichen der D. & Co AG» sowie gegen «allfällige weitere involvierten Personen» gerichtet, wobei keine wahrscheinlichen Täter namentlich genannt wurden, keine Ausführungen zum beanzeigten Sachverhalt gemacht wurden und der Anzeige einzig eine Kopie der Verfügung der FINMA vom 27. Januar 2017 aus dem Enforcement- verfahren gegen die Bank D. beigelegt war. Wie die Vorinstanz zutreffend ausgeführt hat (Urteil SK.2019.55 E. 1.7.2) – wurde dem

Beschuldigten weder in der Strafanzeige selber noch in den darin verwiesenen Beilagen konkret eine strafrechtliche Widerhandlung angelastet. Die Vorinstanz folgert daraus, dass der Beschuldigte anlässlich der Einvernahme durch die Untersuchungsbeauftragte der FINMA am 5. Juli 2016 und anlässlich der Einvernahme durch die FINMA am 23. Januar 2018 kein Beschuldigtenstatus hatte (Urteil SK.2019.55 E. 1.7.2). Wie schon im vorinstanzlichen Verfahren legt der Beschuldigte auch im Berufungsverfahren ausführlich dar, weshalb aus seiner Sicht angesichts

TPF 2021 183

188

von Funktion und Aufgabenbereich keinerlei Zweifel daran bestünden, dass sich die Strafanzeige der FINMA auch gegen ihn persönlich gerichtet habe. Welchen Personenkreis die von der FINMA verfasste Strafanzeige im Einzelnen umfasste, braucht nicht abschliessend geklärt zu werden. In der Sache kann dem Beschuldigten jedenfalls nicht gefolgt werden, soweit er bezüglich der Einvernahmen in den verwaltungsrechtlichen Enforcementverfahren unmittelbar Verfahrensrechte einer im strafprozessualen Sinne beschuldigten Person für sich in Anspruch nimmt.

2.1.4.2 Die Frage, wann und unter welchen Voraussetzungen jemandem der Status einer in einem Strafverfahren beschuldigten Person zuzuerkennen ist, beantwortet sich – darin ist dem Beschuldigten zuzustimmen – mangels Spezialbestimmung im VStrR nach den Vorschriften der Strafprozessordnung. Gemäss Art. 111 Abs. 1 StPO gilt als beschuldigte Person die Person, die in einer Strafanzeige, einem Strafantrag oder von einer Strafbehörde in einer Verfahrenshandlung einer Straftat verdächtigt, beschuldigt oder angeklagt wird. Selbst wenn der Beschuldigte aufgrund der damals bekannten Sachlage zu den Tatverdächtigen zu zählen gewesen wäre, würde er dadurch noch nicht zur «beschuldigten Person» im Sinne von Art. 111 StPO. Eine blosser Verdächtigung oder vage Vermutung genügt noch nicht, um eine Person in den Status einer beschuldigten Person zu versetzen (ENGLER, Basler Kommentar, 2. Aufl. 2014, Art. 111 StPO N. 2a). Auch der Beschuldigte nimmt zu Recht an, dass eine Anzeige per se erst einmal eine Behauptung darstellt und nicht in jedem Fall einen ausreichenden Tatverdacht begründet. Entscheidend für die Begründung der Beschuldigtenstellung ist der materielle Beschuldigtenbegriff. Danach ist die betreffende Person als Beschuldigte zu betrachten, wenn konkrete Verdachtsgründe für die Beteiligung an einer Straftat sprechen (EICKER/HUBER/BARIS, Grundriss des Strafprozessrechts, 2020, S. 103; LIEBER, Zürcher Kommentar, 3. Aufl. 2020, Art. 111 StPO N. 5; ENGLER, a.a.O., Art. 111 StPO N. 2a; RIKLIN, Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2014, Art. 111 StPO N. 2; SCHMID/JOSITSCH, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 2. Aufl. 2017, N. 656; vgl. auch EICKER/FRANK/ACHERMANN, Verwaltungsstrafrecht und Verwaltungsstrafverfahrensrecht, 2012, S. 160 und VEST, Beschuldigtenbegriff und Beschuldigteneigenschaft, Jusletter vom 19. Juni 2017, N. 23 ff.). Der formelle Beschuldigtenbegriff spielt insofern eine zweitrangige Rolle und begründet die Beschuldigtenstellung spätestens dann, wenn die betreffende Person mittels förmlicher Mitteilung der Strafverfolgungsbehörden einer Straftat beschuldigt wird

TPF 2021 183

189

(EICKER/HUBER/BARIS, a.a.O., S. 103). Als beschuldigte Person ist jene Person zu betrachten, gegen die sich das zur Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs eingeleitete Verfahren richtet (SCHMID/JOSITSCH, a.a.O., N. 655). Die Einräumung einer Beschuldigtenstellung setzt entsprechend stets einen Willensakt der Strafverfolgungsbehörden voraus, mit dem sie zum Ausdruck bringt, gegen den Beschuldigten ermitteln zu wollen (OBERHOLZER, Grundzüge des Strafprozessrechts, 4. Aufl. 2020, S. 129). Es muss mithin eine Strafuntersuchung gegen eine bestimmte Person eingeleitet werden, indem entweder eine Strafuntersuchung förmlich eröffnet wird oder aber Untersuchungshandlungen vorgenommen werden (OBERHOLZER, a.a.O., S. 129; pointiert zudem BERNARD, Was ist Strafverteidigung? Eine Praxiseinführung, 2021, S. 3: «Erst wenn ein Strafverfahren eröffnet wird, gibt es auch eine beschuldigte Person mit daraus resultierenden Parteirechten»). Es steht unbestritten fest, dass im Zeitpunkt der Befragung des Beschuldigten durch die FINMA eine Strafuntersuchung noch nicht förmlich eröffnet wurde. Es ist zudem weder ersichtlich noch geltend gemacht, dass das EFD damals bereits gegen den Beschuldigten ermittelt oder Beweise erhoben hätte. Die FINMA ihrerseits ist keine Verwaltungsstrafbehörde und führt ihre Einvernahme nicht im Rahmen eines Strafverfahrens durch. Bei dieser Ausgangslage kam dem Beschuldigten noch keine materielle Beschuldigteneigenschaft zu. Folglich ist es nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz befand, der Beschuldigte habe sich anlässlich der Befragung durch die FINMA nicht unmittelbar auf strafprozessuale Beschuldigtenrechte berufen können.

2.1.5.1 Die vom Beschuldigten behauptete Verletzung des nemo tenetur- Grundsatzes ist als nächstes in einem grösseren Zusammenhang unter der Problematik der strafprozessualen Verwertbarkeit von in einem Verwaltungsverfahren gemachten Aussagen zu betrachten. Dabei gilt es zu Beginn den verfahrensgegenständlichen Kontext der betroffenen Befragungen näher auszuleuchten. Die umstrittenen Aussagen erfolgten im Verlauf von sogenannten Enforcementverfahren der FINMA gegen die Bank D. und gegen den Beschuldigten persönlich. Die Gesetzgebung zum Finanzmarktrecht kennt weder den Begriff «Enforcement» noch den Begriff «Enforcementverfahren». Es handelt sich dabei jedoch um in der Sprache des Finanzmarktrechts etablierte Begriffe (BLATTER, Rechtsstaatliche Garantien im Enforcementverfahren der FINMA. Ausgewählte Aspekte in der Institutsaufsicht und in Unterstellungssachen, 2019, S. 12; NOBEL, Schweizerisches Finanzmarktrecht, 4. Aufl. 2019, S. 567). Als «Enforcement» im Finanzmarktrecht gelten «alle hoheitlichen Tätigkeiten

TPF 2021 183

190

einer Finanzmarktaufsichtsbehörde wie der FINMA, die darauf gerichtet sind, Gesetzesverletzungen und Missstände zwangsweise festzustellen, zu korrigieren, und allenfalls zu sanktionieren oder eine ersuchte Bewilligung zu verweigern.» (ZULAUF/WYSS/TANNER/KÄHR/FRITSCH/EYMANN/AMMANN, Finanzmarktenforcement, 2. Aufl. 2014, S. 18; vgl. auch FRIEDMANN/KUHN/SCHÖNKNECHT, Enforcement, in: Sester/Brändli/Bartholet/Schiltknecht [Hrsg.], St. Galler Handbuch zum Schweizer Finanzmarktrecht, Finanzmarktaufsicht und Finanzmarktinfrastrukturen, 2018, § 12 N. 1). Die Enforcementtätigkeit ist Teil der Aufsichtstätigkeit der FINMA über den Finanzmarkt (vgl. Art. 6 Abs. 1 FINMAG; BLÖCHLIGER, Institutsaufsicht, in: Sester/Brändli/Bartholet/Schiltknecht [Hrsg.], a.a.O., § 11 N. 56). Gemäss Art. 3 lit. a

FINMAG unterstehen der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA insbesondere Personen, die nach den Finanzmarktgesetzen eine Bewilligung, eine Anerkennung, eine Zulassung oder eine Registrierung der FINMA benötigen. Die Finanzmarktaufsicht bezweckt nach Massgabe der Finanzmarktgesetze den Schutz der Gläubigerinnen und Gläubiger, der Anlegerinnen und Anleger, der Versicherten sowie den Schutz der Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte. Sie trägt damit zur Stärkung des Ansehens, der Wettbewerbsfähigkeit und der Zukunftsfähigkeit des Finanzplatzes Schweiz bei (Art. 4 FINMAG). Zu den Finanzmarktgesetzen gehört auch das Geldwäschereigesetz (Art. 1 Abs. 1 lit. f FINMAG).

2.1.5.2 Die FINMA ist eine Aufsichtsbehörde und keine Strafuntersuchungsbehörde. Bei aufsichtsrechtlichen Enforcementverfahren stellen sich jedoch häufig ähnliche Fragestellungen wie bei Strafverfahren (ZULAUF/WYSS/TANNER/KÄHR/FRITSCH/EYMANN/AMMANN, a.a.O., S. 128). Eine Strafanzeige kann, muss aber nicht gleichzeitig mit dem Enforcementverfahren erstattet werden. Ein und derselbe Sachverhalt kann Anlass zur Eröffnung mehrerer, gleichzeitig oder nacheinander stattfindender Verfahren geben. Trotz der sachlich möglicherweise engen Verbindung zwischen Verwaltungsverfahren und Verwaltungsstrafverfahren sind die beiden Verfahren grundsätzlich strikt zu unterscheiden. Das Verwaltungsstrafrecht ist einzig auf die Strafverfolgung anwendbar. Ob ein Strafverfahren eröffnet wird und gegen welche Personen sich dieses richtet, entscheidet das EFD (Art. 50 FINMAG). Dem Finanzmarktrecht ist es bis zu einem gewissen Grad immanent, dass sich zunächst die FINMA als Aufsichtsbehörde einer Angelegenheit des Aufsichtsrechts annimmt. Die finanzmarktgesetzlichen Rechtsgüter können

TPF 2021 183

191

nur effektiv geschützt werden, wenn rasch und ohne Zuwarten auf ein allfälliges Strafverfahren gehandelt wird (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_901/2012 vom 30. Januar 2013 E. 2.3). Gegenstand der aufsichtsrechtlichen Untersuchung ist gerade, abzuklären, ob eine Widerhandlung gegen das FINMAG und die Finanzmarktgesetze vorliegen könnte (Botschaft vom 1. Februar 2006 zum Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht, BBl 2006 2829, 2885). Ein verwaltungsrechtliches Aufsichtsverfahren hat keine präjudizierende Wirkung für ein allenfalls nachgelagertes Strafverfahren. Darin liegt auch kein Verstoss gegen die Unschuldsvermutung (Urteil des Bundesgerichts 2C_331/2017 vom 6. April 2017 E. 3.4). Die beiden Verfahren sind voneinander unabhängig und folgen je unterschiedlichen Prozessgrundsätzen (Urteil des Bundesgerichts 2C_89/2010 vom 10. Februar 2011 E. 3.3.4). Im Falle paralleler Verfahren ist eine Koordinierung der Tätigkeit der FINMA als Aufsichtsbehörde mit derjenigen der Strafverfolgungsbehörden gesetzlich vorgesehen. Gemäss Art. 38 Abs. 2 FINMAG koordinieren die FINMA und die Strafbehörden ihre Untersuchungen, soweit das möglich und erforderlich ist. Durch die Koordinierung soll verhindert werden, dass das Tätigwerden der einen Behörde das Verfahren der anderen Behörde erschwert oder gar beeinträchtigt, beispielsweise indem durch ein nicht mit den Strafbehörden abgesprochenes Tätigwerden der Verwaltungsbehörde die betroffenen Personen gewarnt werden, so dass der zum Nachweis einer Straftat notwendige, überraschende Zugriff auf potentielle Beweismittel gefährdet oder gar vereitelt würde (vgl. Botschaft vom 1. Februar 2006 zum Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht, BBl 2006 2829, 2885;

SCHWOB/WOHLERS, Basler Kommentar, 3. Aufl. 2018, Art. 38 FINMAG N. 5–7, mit Hinweisen).

2.1.5.3 Ein Enforcementverfahren der FINMA richtet sich gemäss Art. 53 FINMAG nach den Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG; vgl. NOBEL, Schweizerisches Finanzmarktrecht, 4. Aufl. 2019, S. 568). Der von einem Enforcementverfahren betroffenen Person stehen daneben die von Verfassung und Gesetz gewährten und von der Rechtsprechung weiterentwickelten Verfahrensrechte wie namentlich das Verhältnismässigkeitsprinzip, das Willkürverbot, der Grundsatz von Treu und Glauben oder der Anspruch auf rechtliches Gehör zu (FRIEDMANN/KUHN/SCHÖNKNECHT, Enforcement, in: Sester/Brändli/Bartholet/Schiltknecht [Hrsg.], a.a.O., § 12 N. 54; NOBEL, a.a.O., S. 568;

TPF 2021 183

192

MÜLLER/HAAS/STAUBER, FINMA-Enforcementverfahren gegen natürliche Personen. Ausgewählte prozessuale Aspekte aus der Praxis, GesKR 2019, S. 388 ff., 391). Anwendbar sind zudem einzelne Normen der Finanzmarkt- gesetze mit verfahrensrechtlichem Gehalt. Verwaltungsstrafrechtliche Zwangsmittel kennen die Finanzmarktgesetze nicht (ZULAUF/WYSS/TANNER/KÄHR/ FRITSCHKE/EYMANN/AMMANN, a.a.O., S. 128). Die FINMA stellt den Sachverhalt im Rahmen eines Enforcementverfahrens nach Art. 12 VwVG (Untersuchungsgrundsatz) von Amtes wegen fest, wobei ihr nötigenfalls die gesetzlich abschliessend genannten Beweismittel (Urkunden [lit. a]; Auskünfte der Parteien [lit. b]; Auskünfte oder Zeugnis von Drittpersonen [lit. c]; Augenschein [lit. d], Gutachten von Sachverständigen [lit. e]) zur Verfügung stehen. Das Verwaltungsverfahrensrecht sieht regelmässig eine Mitwirkungspflicht der beteiligten Parteien gegenüber der für das Verfahren zuständigen Verwaltungsbehörde vor. Die Mitwirkungspflicht dient der Erlangung von Informationen, welche eine Partei besser kennt als die Behörden und welche diese ohne Mitwirkung einer Partei gar nicht oder nicht mit vernünftigem Aufwand erheben könnte (vgl. BGE 124 II 361 E. 2a; 122 II 385 E. 4c/cc). Soweit eine Partei der notwendigen Mitwirkung nicht oder nicht in ausreichender Weise nachkommt, können daraus zulässigerweise Rückschlüsse gezogen werden. Diese Mitwirkungspflicht wird in Art. 13 VwVG in allgemeiner Weise für Parteien statuiert, welche ein Verfahren einleiten oder in dessen Ablauf Anträge stellen. Art. 13 Abs. 1 lit. c VwVG sieht zudem vor, dass die Parteien verpflichtet sind, an der Feststellung des Sachverhaltes mitzuwirken, soweit ihnen nach einem anderen Bundesgesetz eine weitergehende Auskunfts- oder Offenbarungspflicht obliegt.

2.1.5.4 Gemäss Art. 29 Abs. 1 FINMAG müssen «die Beaufsichtigten, ihre Prüfgesellschaften und Revisionsstellen sowie qualifiziert oder massgebend an den Beaufsichtigten beteiligte Personen und Unternehmen der FINMA die Auskünfte erteilen und die Unterlagen herausgeben, die sie zur Erfüllung ihrer Aufgaben benötigt». Betroffene Parteien sind etwa verpflichtet, die verlangten Informationen und Dokumente der FINMA zukommen zu lassen, die von der FINMA gestellten Fragen wahrheitsgemäss zu beantworten oder einem Untersuchungsbeauftragten alle Auskünfte zu erteilen und Unterlagen offenzulegen, welche der Untersuchungsbeauftragte zur Erfüllung seiner Aufgaben benötigt (vgl. allgemein zum Inhalt der Mitwirkungspflichten TRUFFER, Basler Kommentar, 3. Aufl. 2018, Art. 29 FINMAG N. 14). Die Dokumentations- und

Meldepflichten gemäss Art. 29 Abs. 1 FINMAG gehen deutlich weiter

TPF 2021 183

193

als die in Art. 13 VwVG statuierten Mitwirkungspflichten (MACULA, Mitwirkungspflichten nach Art. 29 FINMAG – zulässige Grenze strafprozessualer Selbstbelastungsfreiheit?, recht 2016, S. 30 ff., 32). Kommt eine Partei diesen Verpflichtungen nicht nach, kann die FINMA die fehlende Mitwirkung bei der Beweiswürdigung zu ihren Ungunsten würdigen (ZULAUF/WYSS/TANNER/KÄHR/FRITSCHKE/EYMANN/AMMANN, a.a.O., S. 263). Spezifische Auskunftsverweigerungsrechte sind im FINMAG nicht vorgesehen. Gemäss Art. 16 VwVG i.V.m. Art. 42 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 4. Dezember 1947 über den Bundeszivilprozess (BZP; SR 273) kann die Beantwortung von Fragen verweigert werden, falls eine Person sich dabei der Gefahr der strafrechtlichen Verfolgung oder einer schweren Beeinträchtigung der Ehre aussetzen würde oder ihr ein unmittelbarer vermögensrechtlicher Schaden verursacht würde (vgl. zur sinngemässen Anwendung auf die sich aus Art. 29 FINMAG ergebenden Mitwirkungspflichten TRUFFER, a.a.O., Art. 29 FINMAG N. 22 und 23).

2.1.5.5 Die verfahrensrechtliche Charakterisierung des Enforcement- verfahrens ist für die Rechte und Pflichten der Betroffenen von grundlegender Bedeutung, weil je nachdem strafprozessuale Mindestgarantien wie das Selbstbelastungsverbot oder die Unschuldsvermutung zu beachten wären (MÜLLER/HAAS/STAUBER, a.a.O., S. 392). Zwar ist nach einem anerkannten, sich aus Art. 32 BV ergebenden verfahrensrechtlichen Grundsatz niemand gehalten, sich im Hinblick auf eine strafrechtliche Verantwortlichkeit selbst zu belasten (TRUFFER, a.a.O., Art. 29 FINMAG N. 20). Wäre das Enforcementverfahren als strafrechtliches oder strafähnliches Verfahren zu qualifizieren, würde das nemo tenetur-Prinzip indessen unmittelbar Geltung beanspruchen und in direkten Konflikt mit den ebenfalls anwendbaren verwaltungsrechtlichen Mitwirkungspflichten geraten (MACULA, a.a.O. S. 38; NIGGLI/MAEDER, Das Enforcementverfahren der Finanzmarktaufsicht [FINMA], Strafprozessuale Garantien im Verwaltungsrecht, Jusletter vom 7. März 2016, N. 1). Denn Auskunftspflicht einerseits und Schweigerecht andererseits bilden zumindest in ihrem Kernbereich einen unauflösbaren inhaltlichen Widerspruch. Das Spannungsfeld zwischen verwaltungsrechtlichen Mitwirkungspflichten und der strafprozessualen Selbstbelastungsfreiheit wird dadurch verschärft, dass Art. 38 FINMAG eine Verpflichtung zur Rechts- und Amtshilfe zwischen Verwaltungs- und Strafverfolgungsbehörden vorsieht (Art. 38 Abs. 1 FINMAG) und die FINMA die zuständige Strafverfolgungsbehörde zu benachrichtigen hat, wenn sie Kenntnis von Widerhandlungen gegen die Finanzmarktgesetze hat

TPF 2021 183

194

(Art. 38 Abs. 3 FINMAG). Bei Aufkommen eines Verdachts auf Unregelmässigkeiten muss daher regelmässig damit gerechnet werden, dass die FINMA die Strafverfolgungsbehörde unterrichten und dabei auch aufgrund von Mitwirkungspflichten erteilte Auskünfte oder Aussagen weiterleiten werde (MACULA, a.a.O., S. 37; TRUFFER, a.a.O., Art. 29 FINMAG N. 21a). Vor dem Hintergrund der verfahrenstechnischen Implikationen und der

möglichen Parallelität von Verwaltungsverfahren und Strafverfahren stellt sich die – vom Beschuldigten in seinen Berufungsvorbringen implizit im bejahenden Sinne beantwortete – Frage, ob das strafprozessuale Verbot des Selbstbelastungszwangs auch bereits in einem verwaltungsrechtlichen Enforcementverfahren Anwendung finden muss.

2.1.5.6 Aufgrund seiner Natur als individuelles verfassungsmässiges Grundrecht kommt dem nemo tenetur-Grundsatz im Strafprozess eine zentrale Bedeutung zu. Das Prinzip von nemo tenetur ist als ein allgemeiner Grundsatz des Strafprozessrechts anerkannt. Eine ausdrückliche völker- und verfassungsrechtliche Statuierung hat der Grundsatz allerdings nur in Art. 14 Abs. 3 lit. g UNO-Pakt II erfahren. Das Verbot erzwungener Selbstbelastung wird aber auch durch den Anspruch auf ein faires Verfahren i.S.v. Art. 6 Ziff. 1 EMRK bzw. Art. 29 BV gewährleistet (WOHLERS, Zürcher Kommentar, 3. Aufl. 2020, Art. 3 StPO N. 25). Gemäss Art. 113 Abs. 1 StPO muss sich die beschuldigte Person sodann nicht selber belasten. Sie hat namentlich das Recht, die Aussage und ihre Mitwirkung im Strafverfahren zu verweigern (Art. 113 Abs. 1 Satz 2 StPO). Der nemo tenetur-Grundsatz statuiert das Recht eines Beschuldigten, eigenverantwortlich über seine inhaltliche Mitwirkung an einem Strafverfahren zu entscheiden. Diese Entscheidung umfasst die Möglichkeit, entweder durch eigene Mitteilungen und sonstige Aufklärungshandlungen am Verfahren teilzunehmen oder auf eine entsprechende Mitwirkung zu verzichten (vgl. LIEBER, Zürcher Kommentar, 3. Aufl. 2020, Art. 113 StPO N. 1 und 19). Die Anklage soll gezwungen sein, die notwendigen Beweise ohne Rückgriff auf Beweismittel zu erbringen, die gegen den Willen des Beschuldigten durch ungerechtfertigten Zwang erlangt wurden (BGE 144 I 242 E. 1.2.1 S. 245). Durch die Berufung auf den nemo tenetur-Grundsatz darf einer beschuldigten Person grundsätzlich auch kein Nachteil erwachsen. Die von der FINMA in einem Enforcementverfahren allenfalls erlassenen Massnahmen können für die davon betroffene Person weitreichende Konsequenzen haben. Massnahmen im Enforcementverfahren enthalten auch repressive Elemente und sind

TPF 2021 183

195

gerade für natürliche Personen sehr einschneidend. Die vom Beschuldigten aufgeworfene Frage ist insofern von erheblicher praktischer Bedeutung und hat gewiss ihre Berechtigung. In Literatur und Rechtsprechung wird denn auch seit längerem immer wieder diskutiert, ob es sich bei einem Enforcementverfahren um eine «strafrechtliche Anklage» im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK handelt sowie ob und inwiefern es sich bei den von der FINMA erlassenen Massnahmen um Instrumente des Strafrechts handle. Die Gerichte haben sich regelmässig mit der Anwendbarkeit des nemo tenetur-Prinzips in Verwaltungsverfahren zu befassen. In Bezug auf die interessierende Thematik besteht inzwischen eine reichhaltige Rechtsprechung.

2.1.5.7 Regelmässigen Anlass zu höchstrichterlicher Klärung gaben insbesondere Kontroversen betreffend den strafrechtlichen Charakter der in der Finanzmarktgesetzgebung vorgesehenen verwaltungsrechtlichen Sanktionen. So qualifizierte das Bundesgericht etwa das in Art. 33 FINMAG statuierte Berufsverbot nicht als eine strafrechtliche Anklage im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK, sondern als eine polizeirechtlich motivierte Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit, und verneinte die Anwendbarkeit der aus dieser konventionsrechtlichen Garantie fliessenden Rechte zu schweigen und sich nicht selber belasten zu müssen (BGE 142 II 243 E. 3.2–3.4; Urteile des

Bundesgerichts 2C_315/2020 vom 7. Oktober 2020 E. 4.1; 2C_771/2019 vom 14. September 2020 E. 5.1 und 5.2; 2C_790/2019 vom 14. September 2020 E. 7.1; vgl. MÜLLER/HAAS/STAUBER, a.a.O., S. 392). Zur Begründung führte das Bundesgericht namentlich an, dass durch eine solche Massnahme der Markt und die Marktteilnehmer für eine bestimmte Zeit von einem erwiesenermassen bereits in Verletzung von Aufsichtsrecht tätig gewordenen Finanzintermediär geschützt würden, weshalb es sich dabei um eine verwaltungsrechtliche Sanktion handle (Urteil des Bundesgerichts 2C_315/2020 vom 7. Oktober 2020 E. 4.1.3). Aus den gleichen Überlegungen ging das Bundesgericht auch davon aus, dass es sich bei einem Tätigkeitsverbot nach Art. 33a FINMAG um eine dem Schutz der Anleger und des Marktes verpflichtete, rein polizeirechtlich motivierte und zeitlich limitierte Einschränkung der verfassungsrechtlich garantierten Wirtschaftsfreiheit handle (Urteil des Bundesgerichts 2C_315/2020 vom 7. Oktober 2020 E. 4.2; vgl. auch die Urteile des Bundesgerichts 2C_317/2020 und 2C_318/2020, beide vom 7. Oktober 2020 mit analogen Begründungen). Schliesslich beinhaltet nach der Auffassung des Bundesgerichts auch die in Art. 34 FINMAG vorgesehene Veröffentlichung einer aufsichtsrechtlichen Verfügung («naming and

TPF 2021 183

196

shaming») keine strafrechtliche Anklage gemäss Art. 6 Ziff. 1 EMRK, weil sie nicht von einem individuellen Verschulden im Sinne des Schuldstrafrechts, sondern von einer individuell zurechenbaren schweren Verletzung aufsichtsrechtlicher Pflichten abhängt und der Herstellung von Markttransparenz als einem wesentlichen Element der Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte diene (BGE 147 I 57 E. 5.4.3.3 und 5.5; vgl. auch Urteile des Bundesgerichts 2C_177/2019 vom 22. Juli 2019 E. 5.1; 2C_860/2017 vom 5. März 2018 E. 8.2.1).

2.1.5.8 Die referierte Rechtsprechung lässt sich dahingehend zusammenfassen, dass die im Zuge eines verwaltungsrechtlichen Enforcementverfahrens von der FINMA gegebenenfalls anzuordnenden Massnahmen nicht als «strafrechtliche Anklage» im Sinne von Art. 6 EMRK zu qualifizieren sind. Bei dieser Betrachtungsweise konnte sich der Beschuldigte nicht schon während des Enforcementverfahrens der FINMA auf die darin gewährleisteten strafprozessualen Verfahrensgarantien berufen. Das Enforcementverfahren muss mithin nicht sämtlichen Anforderungen genügen, die Art. 6 EMRK an ein Strafverfahren stellt. Insbesondere erweist sich die Auffassung des Beschuldigten, ihm sei bereits im Enforcementverfahren der FINMA ein absolutes Aussageverweigerungsrecht zugestanden, als unzutreffend. Vielmehr begründen die verwaltungsrechtlichen Mitwirkungspflichten rechtsprechungsgemäss eine zulässige Einschränkung der Selbstbelastungsfreiheit, welche auch durch die Androhung negativer Beweisschlüsse im Falle verweigerter Mitwirkung durchgesetzt werden darf (vgl. BGE 142 IV 207 E. 8.3.3; 140 II 384 E. 3.3.4). Vor der Befragung durch die Untersuchungsbeauftragte der FINMA am 5. Juli 2016 wurde der Beschuldigte darauf hingewiesen, dass es sich dabei nicht um eine formelle Einvernahme, sondern um eine Befragung auf freiwilliger Basis handle. Damit wurde dem Beschuldigten klar zum Ausdruck gebracht, dass er bei der Befragung nicht mitwirken müsse und keine Aussagen zu machen habe. Vor der Befragung durch die FINMA am 23. Januar 2018 wurde der Beschuldigte unter anderem darauf hingewiesen, dass er die Beantwortung von Fragen verweigern könne, falls er sich dabei der Gefahr der strafrechtlichen Verfolgung oder einer schweren Benachteiligung der Ehre aussetzen könnte oder ihm ein unmittelbarer

vermögensrechtlicher Schaden verursacht würde, wobei die Verweigerung der Mitwirkung von der FINMA frei gewürdigt werde. Mit der Möglichkeit einer vorbehaltlosen bzw. einer auf die strafrechtliche Selbstbelastung bezogenen Auskunftsverweigerung wurde im Verwaltungsverfahren dem Verbot der erzwungenen

TPF 2021 183

197

Selbstbelastung aus verwaltungsrechtlicher Perspektive hinreichend Rechnung getragen, selbst wenn der Beschuldigte ausserdem darauf hingewiesen würde, dass die Verweigerung der Mitwirkung bei der Beweiswürdigung allenfalls zu seinen Ungunsten berücksichtigt werden würde. Mit den erteilten Hinweisen und Belehrungen durfte es bei den Einvernahmen des Beschuldigten in den finanzmarktrechtlichen Enforcementverfahren sein Bewenden haben. Bei den Aussagen des Beschuldigten handelt es sich um in einem Verwaltungsverfahren prozessrechtskonform erhobene Beweismittel.

2.1.5.9 Um auch in einem Strafprozess verwertet werden zu können, muss die entsprechende Beweisabnahme zudem den in einem Strafprozess geltenden Grundsätzen entsprechen. Dabei ist von vordringlicher Bedeutung, ob die Beweiserhebung im Verwaltungsverfahren unter hinreichender Beachtung des nemo tenetur-Grundsatzes erfolgt ist. Denn es darf als anerkannt gelten, dass das Selbstbelastungsprivileg im Strafverfahren durch die Mitwirkungspflicht im Verwaltungsverfahren nicht ausgehebelt werden darf (Urteil des Bundesgerichts 1B_365/2019 vom 7. April 2020 E. 4.2; Urteil des Bundesstrafgerichts CA.2019.27 vom 22. September 2020 E. II./1.1.3.10). Dazu ist einmal erforderlich, dass die beschuldigte Person im Verwaltungsverfahren auf ihr Recht hingewiesen wird, jede Mitwirkung und insbesondere die Aussagen zu verweigern (Urteil des Bundesgerichts 1B_365/2019 vom 7. April 2020 E. 4.2). Diese Grundvoraussetzung ist vorliegend unstreitig erfüllt, wurde der Beschuldigte doch über sein Aussageverweigerungsrecht belehrt (vgl. E. II.A/2.1.5.8 hiervor). Zweitens ist erforderlich, dass die beschuldigte Person für den Fall, dass sie sich auf das Aussageverweigerungsrecht berufen will, keinem Druck und keinem Zwang ausgesetzt wird (Urteil des Bundesgerichts 1B_365/2019 vom 7. April 2020 E. 4.2; Urteil des Bundesstrafgerichts CA.2019.27 vom 22. September 2020 E. II./1.1.3.10). Aus dem Recht des Beschuldigten, nicht zu seiner eigenen Verurteilung beitragen zu müssen, ergibt sich insbesondere, dass die Behörden ihre Anklage führen müssen, ohne auf Beweismittel zurückzugreifen, die durch Zwang oder Druck in Missachtung des Willens des Beschuldigten erlangt worden sind (BGE 142 II 243 E. 3.3; 138 IV 47 E. 2.6.1). Das Recht zu schweigen ist indes kein absolutes Recht. Es ist im Rahmen des Verhältnismässigen beschränkbar, solange sein Wesensgehalt intakt bleibt (BGE 144 I 242 E. 1.2.1 mit Hinweisen; Urteil des Bundesgerichts 6B_722/2019 vom 23. Januar 2020 E. 1.3.3). Nach der Praxis des Bundesgerichts verletzt nicht jede Einwirkung zur Durchsetzung einer

TPF 2021 183

198

Informationspflicht die Unschuldsvermutung und das daraus abgeleitete Recht, sich nicht selber belasten zu müssen, wobei auf die Natur und den Grad des angewendeten Zwangs zur Erlangung des Beweismittels, die Verteidigungsmöglichkeiten sowie den Gebrauch des Beweismaterials abzustellen ist (BGE 144 I 242 E. 1.2.2; Urteil des Bundesgerichts

6B_439/2010 vom 29. Juni 2010 E. 5.3). Untersagt ist die «improper compulsion» («coercition abusive»), d.h. eine missbräuchlich bzw. unverhältnismässig ausgeübte Form von Zwang (BGE 142 II 243 E. 3.3 S. 252; 140 II 384 E. 3.3.2; 138 IV 47 E. 2.6.1; 131 IV 36 E. 3.1). Dass dem Beschuldigten in den beiden Einvernahmen im Enforcementverfahren für den Fall der Aussageverweigerung solche unzulässigen Zwangsmittel angedroht worden wären, ist – wie von der Vorinstanz zutreffend erwogen (Urteil SK.2019.55 E. 1.7.5) – nicht ersichtlich. Dass die FINMA bei ihrer Befragung auf die grundsätzliche Mitwirkungspflicht und die Möglichkeit der Berücksichtigung der Aussageverweigerung im Rahmen der freien Beweiswürdigung hingewiesen hat, bewirkt weder Druck noch Zwang. Der Beschuldigte ging vor Vorinstanz selber davon aus, dass nicht von einer unverhältnismässig ausgeübten Form von Zwang gesprochen werden könne. Die Aussagen des Beschuldigten in den beiden fraglichen Einvernahmen dürfen damit auch zu Zwecken der Strafverfolgung verwendet werden.

2.1.6.1 Bezüglich der Beweisverwertungsproblematik bleibt zu prüfen, wie es sich mit der vom Beschuldigten geltend gemachten Täuschung durch die Behörden verhält. Vorab unbegründet ist die vom Beschuldigten in diesem Zusammenhang erhobene Kritik der Verletzung der Begründungspflicht durch die Vorinstanz. Die Begründung im angefochtenen Urteil, weshalb eine Täuschung des Beschuldigten zu verneinen sei (Urteil SK.2019.55 E. 1.7.5), ist zwar kurz ausgefallen, zeigt aber klar auf, von welcher Überlegung sich die Vorinstanz leiten liess. Sollte sich der Einwand des Beschuldigten, er hätte in Kenntnis der Strafanzeige von seinem Aussageverweigerungsrecht Gebrauch gemacht, auch – was sich der Berufungsbegründung nicht eindeutig entnehmen lässt – auf die Befragung durch die Untersuchungsbeauftragte der FINMA beziehen, wäre er in diesem Umfang offensichtlich unbegründet. In seiner Berufungsantwort weist das EFD zutreffend darauf hin, dass die FINMA erst mehrere Monate nach dieser Befragung Anzeige erstattete. Eine massgebliche Täuschung erblickt der Beschuldigte – wie gesagt – darin, dass die FINMA vor der Einvernahme vom 28. Januar 2018 nicht darüber informiert hat, rund ein Jahr zuvor Strafanzeige wegen Verletzung der Meldepflicht im Fall der Bank D. erstattet zu haben. Soweit dabei abermals die unzutreffende

TPF 2021 183

199

prozessuale Ausgangslage unterstellt wird, im damaligen Zeitpunkt bereits Beschuldigte in einem Strafverfahren gewesen zu sein, kann auf das in dieser Hinsicht bereits Ausgeführte verwiesen werden (vgl. E. II.A/2.1.4.2 hiervor) und erübrigen sich weitere Erwägungen. Es gab gerade keinen «Beschuldigtenstatus», über den die FINMA den Beschuldigten hätte aufklären müssen und sie hat auch keine «Rechte der beschuldigten Person» beeinträchtigt, indem sie das nicht getan hat. Auch aus den vom Beschuldigten zuweilen bemühten strafprozessualen Prinzipien wie dem Anspruch auf ein faires Verfahren oder dem Gebot von Treu und Glauben lässt sich nichts zugunsten des Standpunktes des Beschuldigten ableiten. Die darauf beruhenden Einwendungen des Beschuldigten etwa, die FINMA habe ihm rechtsmissbräuchlich «die Wahrheit über den Stand des Verfahrens» verschwiegen oder ihn «in eine Falle» laufen lassen, sind unbegründet. Es ist nicht ersichtlich, dass und weshalb die FINMA verpflichtet gewesen wäre, den Beschuldigten im Vorfeld seiner Einvernahme über eine nicht konkret gegen ihn persönlich gerichtete Strafanzeige zu informieren. Der unterbliebene Hinweis auf die erstattete Strafanzeige stellt damit keine Täuschung des Beschuldigten dar und führt auch nicht zur Unvollständigkeit der von der

FINMA vor der Befragung erteilten Rechtsbelehrungen.

2.1.6.2 Der Beschuldigte macht schliesslich geltend, dass die FINMA ihm zumindest hätte mitteilen müssen, dass betreffend die bei der Bank D. geführte Geschäftsbeziehung mit «F. Ltd.» schon eine Strafanzeige eingereicht worden sei. Es bedarf keiner näheren Erläuterung, dass täuschendes Verhalten den Grundsätzen der Verfahrensfairness widerspricht und dadurch erlangte Beweismittel wie Aussagen von Verfahrensbeteiligten nicht verwertet werden dürfen. Gemäss Art. 140 Abs. 1 StPO gehören Täuschungen im Strafprozess ausdrücklich zu den verbotenen Beweiserhebungsmethoden. Durch Täuschung gewonnene Erkenntnisse sind nach Art. 141 Abs. 1 StPO in keinem Falle verwertbar. Vom Beschuldigten im Verwaltungsverfahren unter dem Eindruck einer Täuschung gemachte Aussagen dürften im Strafverfahren nicht als Beweis gegen ihn verwertet werden. Nach dem Schutzgedanken des strafprozessualen Täuschungsverbots soll eine beschuldigte Person nicht vor jedem Irrtum, sondern lediglich vor bewusster und vorsätzlicher Täuschung schützen (vgl. etwa OBERHOLZER, a.a.O., S. 288), weil die Tätigkeit des Täuschens nach grammatikalischer Auslegung ein zielgerichtetes und planmässiges Vorgehen voraussetze und deshalb nur vorsätzlich bzw. bewusst begangen werden könne (BRODBECK, Irrtum und

TPF 2021 183

200

Täuschung in der Einvernahme, 2009, S. 13 und 25). Es kommt entscheidend auf den Einfluss des behördlichen Verhaltens auf die Willensfreiheit (Willensbildung und Willensbetätigung) der beschuldigten Person an (BGE 144 IV 23 E. 4.2; OBERHOLZER, a.a.O., S. 288). Der Beschuldigte wusste aufgrund der ihm erteilten Belehrung, dass er bei der Befragung durch die FINMA keine Aussage machen musste, falls er sich dadurch der Gefahr der strafrechtlichen Verfolgung aussetzen könnte. Es ist nicht davon auszugehen, dass der Beschuldigte nicht frei hätte darüber entscheiden können, gegenüber der FINMA Aussagen zu machen oder eben nicht auszusagen. Insofern hätte die Auskunft über die Strafanzeige – wie das von der Verteidigung vor Vorinstanz eingeräumt wurde – weder an den Aussageverweigerungsrechten noch an den grundsätzlichen Mitwirkungspflichten im Verwaltungsverfahren etwas geändert.

2.1.6.3 Verschiedentlich hat der Beschuldigte überdies darauf hingewiesen, dass sich aus seinen damaligen Aussagen entlastende Aspekte ergeben hätten. Es war denn auch der Beschuldigte selber, der dem EFD beantragt hat, das Protokoll der Einvernahme durch die FINMA beizuziehen. In der schriftlich begründeten Einsprache gegen den vom EFD erlassenen Strafbescheid führte der Beschuldigte ausdrücklich aus, dass die Aussagen bei der Befragung durch die FINMA ihn entlasten würden. Ob bei dieser Sachlage die Berufung auf die Unverwertbarkeit ebendieser Aussagen mit der Vorinstanz (Urteil SK.2019.55 E. 1.7.5) als treuwidrig zu erachten ist, erscheint zweifelhaft, kann indessen dahin gestellt bleiben. Entscheidend wirkt sich aus, dass die vom Beschuldigten bei der FINMA getätigten Aussagen gemäss eigenem Bekunden in der Intention erfolgten, zu seiner Entlastung beizutragen. Inwiefern die Kenntnis über eine von der FINMA angestrebte Strafanzeige diese Aussagemotivation wesentlich hätte beeinflussen sollen, ist nicht zu erkennen. Der Beschuldigte kann deshalb nicht in nachvollziehbarer Weise geltend machen, sein Aussageverhalten wäre «ein ganz anderes» gewesen oder er wäre «weniger auskunftsbereit und beredt» gewesen und hätte die meisten Antworten verweigert. Das

Täuschungsverbot nimmt Aussagen in den Blick, die eine beschuldigte Person belasten und die sie in Kenntnis der tatsächlichen Umstände so nicht gemacht hätte (vgl. als «Lehrbuchbeispiel» ein Geständnis, das nach Vorspiegelung eines tatsächlich nicht vorhandenen Beweismittels abgelegt wird [WOHLERS, Zürcher Kommentar, 3. Aufl. 2020, Art. 140 StPO N. 11]). Der Beschuldigte legt nicht dar und es ist auch nicht ersichtlich, dass er in der Einvernahme bei der FINMA solche belastenden Aussagen gemacht hätte. Dass einzelne Aussagen entgegen seiner subjektiven Überzeugung

TPF 2021 201

201

später nicht nur nicht als entlastend, sondern im Gegenteil als belastend gewürdigt werden, ändert daran selbstverständlich nichts. Es liegt keine Täuschung des Beschuldigten durch die FINMA vor, die zur Unverwertbarkeit seiner damaligen Aussagen führen müsste. War die FINMA nicht gehalten, den Beschuldigten über die von ihr eingereichte Strafanzeige aufzuklären, kann entgegen der Auffassung des Beschuldigten auch keine Missachtung von Verfahrensrechten darin liegen, dass die Strafanzeige nicht unmittelbar in den Akten des Enforcementverfahrens abgelegt oder anderweitig aktenkundig gemacht wurde. Welcher im vorliegenden Zusammenhang relevante prozessuale Nachteil dem Beschuldigten aus der fehlenden aktenmässigen Dokumentation der Strafanzeige darüber hinaus erwachsen sein könnte, wurde nicht dargetan. Für die Frage nach der Verwertbarkeit der in Unkenntnis der erfolgten Strafanzeige deponierten Aussagen des Beschuldigten ist die bemängelte Aktenführung durch die FINMA jedenfalls nicht von Belang.

2.1.7 Nach den vorstehenden Erwägungen erweisen sich die Einwände des Beschuldigten gegen die Verwertbarkeit seiner Einvernahmen in den Enforcementverfahren der FINMA als unbegründet. Die Vorinstanz hat mit Recht auch auf diese Aussagen abgestellt. Bezüglich der übrigen Beweismittel ergeben sich ebenfalls keine Einschränkungen in der Verwertbarkeit. Damit sind sämtliche erhobenen und von der Vorinstanz berücksichtigten Beweismittel gegen den Beschuldigten verwertbar. Die Darstellung des wesentlichen Inhalts der relevanten Beweismittel im vorinstanzlichen Urteil steht im Einklang mit den Akten und erweist sich – soweit für die Entscheidungsfindung notwendig – als vollständig. Es kann darauf verwiesen werden (Art. 82 VStrR i.V.m. Art. 82 Abs. 4 StPO).

TPF 2021 201

25. Auszug aus dem Beschluss der Beschwerdekammer in Sachen A. gegen Bundesanwaltschaft, B., C., D., E., F. und G. vom 16. August 2021 (BB.2020.98)

Verletzung des Amtsgeheimnisses; Öffentlichkeit des Verfahrens; Schlussprotokoll; Strafbescheid

Art. 320 Ziff. 1 StGB, Art. 61, 64, 70 VStrR, Art. 30 Abs. 3 BV, Art. 6 Ziff. 1 EMRK, Art. 14 UNO-Pakt II

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