Rechtsschutz in Theorie und Praxis

Festschrift für Stephan Breitenmoser

Herausgegeben von

Claudia Seitz Ralf Michael Straub Robert Weyeneth

Rechtsschutz in Theorie und Praxis Festschrift für Stephan Breitenmoser



Hoplan Beisenes

Rechtsschutz in Theorie und Praxis

Festschrift für Stephan Breitenmoser

Herausgegeben von

Claudia Seitz Ralf Michael Straub Robert Weyeneth 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

Vorwort der Herausgeber

«Rechtsschutz in Theorie und Praxis». Dieser Titel der vorliegenden Festschrift zu Ehren von Stephan Breitenmoser bringt den Austausch und die wechselseitigen Bezüge zwischen Wissenschaft und Praxis zum Ausdruck, der das langjährige berufliche Wirken des Jubilars in besonderer Weise auszeichnet und zugleich ein wesentliches Element seiner Persönlichkeit kennzeichnet. Mit seinen vielfältigen Tätigkeiten hat er beide Bereiche in geradezu idealer Weise miteinander verbunden, wobei ihn sein ausgeprägtes Streben nach dem Richtigen und Gerechten ständig begleitet und zur Sicherstellung einer sachgerechten Anwendung und Entwicklung des Rechts verpflichtet hat.

In Basel geboren und aufgewachsen, war der Jubilar nach seinem Rechtsstudium an der Universität Basel von 1980 bis 1983 Assistent bei Professor Luzius Wildhaber, der sich zunächst als Mentor und über die Jahre hinweg auch als Freund erwies. Gemeinsam mit ihm hat er zahlreiche Publikationen im Völkerund Europarecht sowie im Staats- und Verwaltungsrecht verfasst, allen voran zum Schutz der Grund- und Menschenrechte. Diese Rechtsgebiete sollten sich – entsprechend seinem gesellschaftspolitischen Interesse und Engagement unter anderem als Mitglied des Verfassungsrats für eine neue Kantonsverfassung des Kantons Basel-Stadt – denn auch zu seinen fachlichen Schwerpunkten entwickeln.

1985 promovierte der Jubilar summa cum laude mit einer Dissertation über den Schutz der Privatsphäre nach der Europäischen Konvention für Menschenrechte. Diese Arbeit fand weit über die Schweiz hinaus Beachtung und wurde mehrfach ausgezeichnet, war sie doch eine der ersten Analysen der frühen Rechtsprechung der damaligen Europäischen Kommission für Menschenrechte und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte.

Beflügelt durch diesen Erfolg widmete er sich nach dem zwischenzeitlichen Abschluss des Advokaturexamens in Basel seinen weiteren wissenschaftlichen Studien, indem er mit Unterstützung eines Nachwuchsstipendiums des Schweizerischen Nationalfonds seine Habilitationsschrift über den Rechtsschutz im völker- und landesrechtlichen Mehrebenensystem der internationalen Amts- und Rechtshilfe in Angriff nahm. Diese Studien führten ihn im Rahmen von Forschungsaufenthalten an das Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht in Freiburg i.Br. (1988), an die University of California in Berkeley (1988–1989) sowie an das Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht in Heidelberg (1989–1990), wodurch er mit ganz verschiedenen Rechtskulturen in Kontakt kam. Sein Rechtsdenken wurde durch diesen Austausch wesentlich erweitert und massgeblich geprägt. Der dadurch gewonnene internationale Aus- und Überblick, der seiner positiven Lebenseinstellung, Offenheit und Neugierde entsprach, wurde seither zu seinem ständigen Begleiter.

Ein weiterer Forschungsaufenthalt am Schweizerischen Institut für Rechtsvergleichung in Lausanne (1991) führte dann zu einer ebenfalls wichtigen Weichenstellung für sein weiteres Leben. Denn dort lernte er seine erste Ehefrau

Karolina Stransky kennen, mit der er eine Familie gründete, aus der die drei Kinder Jan, Basil und Thea hervorgingen.

1992 wurde dem Jubilar von der Universität Basel eine Assistenzprofessur für Europarecht, Völkerrecht und öffentliches Recht übertragen, die er bis 1998 inne hatte. Im selben Jahr wurde er vom Regierungsrat Basel-Stadt auch zum Stellvertreter des Präsidenten der Expropriationskommission ernannt und in einer Volkswahl zum ordentlichen nebenamtlichen Richter am Appellationsgericht Basel-Stadt gewählt. Diese beiden richterlichen Tätigkeiten übte er bis zu seiner Wahl an das Bundesverwaltungsgericht im Jahr 2007 aus.

1995 erfolgte die Habilitierung des Jubilars durch die Juristische Fakultät der Universität Basel und die Erteilung der *venia docendi* auf den Gebieten des öffentlichen Rechts sowie des Völker- und Europarechts. In der Folge wurden ihm 1996 eine Jean Monnet-Gastprofessur am Zentrum für Europäische Integrationsforschung der Universität Bonn und danach Lehraufträge am Europainstitut der Universität Basel, an der Universität St. Gallen, an der Universität Krakau sowie an mehreren chinesischen Universitäten erteilt.

In den Jahren von 1999 bis 2006 war er mit einem Pensum von 50% Wissenschaftlicher Adjunkt beim Bundesamt für Justiz. Dort wirkte er massgeblich an den Vorbereitungsarbeiten zu den Bilateralen II-Verträgen mit der EU mit, die der Schweiz unter anderem die Teilnahme am Schengen- und Dublin-Recht ermöglichte.

2001 erfolgte dann die Berufung des Jubilars zum Ordinarius für Europarecht an der Universität Basel mit einem Pensum von 50%. Diese Professur hatte er bis zu seiner Emeritierung im Sommer 2022 inne. Seit der Ablehnung eines Beitritts der Schweiz zum Europäischen Wirtschaftsraum in einer Volksabstimmung im Jahr 1992 kam diesem Rechtsgebiet eine immer grösser werdende Bedeutung für die Schweiz zu. Der Jubilar hat diese Entwicklung in mehrfacher Weise begleitet. So hat er zum einen das Europarecht und das komplexe Verhältnis zwischen der Schweiz und der EU in mehreren Lehrbüchern und zahlreichen Beiträgen fundiert und umsichtig ausgeleuchtet und mit klarer Sicht analysiert. Zum anderen hat er sich immer wieder am öffentlichen Diskurs beteiligt und auch eigene Vorschläge eingebracht, wie etwa in der Diskussion über ein institutionelles Rahmenabkommen zwischen der Schweiz und der EU. Dabei hat er sich nie gescheut, eigenständige und konstruktive Positionen zu vertreten und gemeinhin übersehene Fragen in das Blickfeld der Öffentlichkeit zu rücken. Damit verfügt eine neue Generation von Juristinnen und Juristen über ein umfassendes europarechtliches Grundlagenwissen dank des von ihm mit aufgebauten Studienangebots im Europarecht. In seinen stets gut besuchten Lehrveranstaltungen und Seminaren war es ihm denn auch ein grundlegendes Anliegen, den Studierenden das Zusammenwirken von nationalem und internationalem Recht verständlich und praxisbezogen zu vermitteln sowie ihren Sinn für kritisches und differenziertes Denken zu entwickeln und zu stärken.

2007 wurde der Jubilar von der Bundesversammlung zum Richter am Bundesverwaltungsgericht mit einem Pensum von 50% ernannt. Diese Tätigkeit wird er mit dem ihm eigenen Elan noch bis Ende 2023 ausüben. In dieser Zeit hat sich der Jubilar von den in der Öffentlichkeit unbeachteten Sachverhalten einer Über-

prüfung von Berufsabschlüssen und Diplomanerkennungen bis hin zu den «Causes Célèbres» der national beachteten Finanzmarkt- und Kartellrechtsfälle immer mit grosser Sorgfalt und Leidenschaft für das richtige Urteil eingesetzt, um die dem Einzelfall gerecht werdende Lösung zu finden. Dabei war er immer bestrebt, im Rahmen von Instruktions- und Vergleichsverhandlungen einen pragmatischen Ausgleich zwischen den widerstreitenden Parteien und Interessen zu erreichen. Unvergessen sind zum Beispiel im Landwirtschaftsrecht die erfolgreichen Abschlüsse von Vergleichen, mit denen rasche Veränderungen beim Pestizideinsatz anstelle von weiteren langjährigen Rechtsverfahren erreicht werden konnten. Die intensive Zusammenarbeit mit seinen Gerichtsschreiberinnen und Gerichtsschreibern beruhte dabei auf einem gelebten Verhältnis des gegenseitigen Vertrauens und Respekts, das eine konstruktive, auf Augenhöhe und zuweilen mit viel Herzblut geführte Auseinandersetzung mit den zu lösenden, nicht selten präjudiziellen Rechtsfragen ermöglichte.

Mit Professur und Richteramt hat der Jubilar die höchsten Stufen von Theorie und Praxis erklommen. Seine jeweiligen Funktionen in Wissenschaft und Praxis standen in einem wechselseitigen und fruchtbaren Dialog, durch den mitunter wichtige Weiterentwicklungen der Rechtsprechung angestossen wurden. So wird in der Fachliteratur eine der von ihm instruierten Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts im Kartellrecht sogar den Gerichten der EU als Vorbild für deren Rechtsprechung angedient.

Die Symbiose von Praxis und Wissenschaft zeigt sich nicht zuletzt im reichhaltigen Schrifttum des Jubilars. Dieses zeichnet sich nicht nur durch eine thematische Breite und dogmatische Tiefe, sondern insbesondere auch durch seinen praxis- und problemorientierten Ansatz aus. So behandeln seine Publikationen oft auch Fragen des Rechts- und Verfahrensschutzes der von nationalen oder internationalen Massnahmen betroffenen Menschen und Unternehmen.

Die ausgesprochene Freude, mit welcher der Jubilar seinen Tätigkeiten ein Leben lang nachgegangen ist, und die sich daraus ergebende Schaffenskraft lassen sich anhand einiger Aspekte aufzeigen. So hat er mit der von ihm initiierten Tagungsreihe zu Fragen des Schengener und Dubliner Rechts für Wissenschaft und Praxis ein Forum geschaffen, in welchem die Entwicklungen in diesen komplexen Bereichen kontrovers diskutiert und analysiert werden können. Mittlerweile liegen sechs Tagungsbände vor, die auch in zahlreichen Bibliotheken europäischer und internationaler Institutionen vorhanden sind. Und zusammen mit Bundesrichter Thomas Stadelmann hat er jüngst zwei viel beachtete internationale Tagungen über die rechtsstaatlichen Anforderungen an eine unabhängige Justiz durchgeführt.

Und auch die Unterstützung und Förderung von zukünftigen und gestandenen Juristinnen und Juristen war ihm ein wichtiges Anliegen. So geht eine Vielzahl von wissenschaftlichen Publikationen auf seine Anregung und seinen Zuspruch zurück. Darüber hinaus hat er während vielen Jahren den Advokatenprüfungskommissionen der Kantone Basel-Stadt und Basel-Landschaft angehört. In der Einsicht, dass die Ausbildung nicht vor Landesgrenzen Halt machen sollte, hat der Jubilar zudem die Zusammenarbeit mit Universitäten in Deutschland und Frankreich entscheidend vorangebracht. So führte er während 20 Jah-

ren gemeinsam mit den Universitäten Strassburg (Prof. Constance Grewe und Prof. Catherine Haguenau-Moizzard) und Freiburg i.Br. (Prof. Thomas Würtenberger und Prof. Matthias Jestaedt) Eucor-Seminare durch und veranstaltete zusammen mit Prof. Matthias Herdegen (Universität Bonn), Prof. Stefan Oeter (Universität Hamburg) und Prof. Bernhard Ehrenzeller (Universität St.Gallen) zunächst in Sils-Maria, danach auf dem Arenenberg am Bodensee und schliesslich in Castelen bei Kaiseraugst alljährlich ein Doktorandenseminar, an dem oft auch der Schweizer Richter und Präsident des EGMR, Prof. Luzius Wildhaber, über die neuesten Entwicklungen in der Strassburger Rechtsprechung referierte. Zu erwähnen ist auch das gemeinsam mit Prof. Peter Uebersax während fast zwei Jahrzehnten durchgeführte Seminar zum Migrationsrecht. Zudem betreute er während vielen Jahren erfolgreich das Team der Universität Basel am EMRK-Moot Court in Strassburg. Legendär sind schliesslich seine über 30 Studienreisen nach Strassburg, Luxemburg und Brüssel, mit denen er den Studierenden die Institutionen der EU näher brachte.

Zu allen Zeiten und in allen Funktionen offenbarte sich aber die wichtigste und prägendste Eigenschaft des Jubilars, die mit Fug und Recht als seine eigentliche Berufung bezeichnet werden kann: Stephan Breitenmoser ist ein Menschenfreund, der allen, die danach verlangen, aufrichtig mit Rat und Tat zur Seite steht. Sichtbarer Beleg hierfür waren etwa die Warteschlangen bei seinen wöchentlichen Sprechstunden an der Universität, in denen die Studierenden alleweil ein offenes Ohr und praktische Entscheidungshilfen bei Fragen des Studiums, des Berufseinstiegs und der Karriereplanung vorfanden. Und auch sein Umgang mit Kollegen und Mitarbeitern an Universität und Gericht war jederzeit von Respekt und Einfühlsamkeit geprägt. Er ist bekannt für seine vermittelnden und ausgleichenden Bemühungen, allfällig auftretende Probleme jeglicher Art zur Zufriedenheit aller Beteiligten pragmatisch aufzulösen.

Sinnbild für seine humanistische Grundhaltung ist auch sein während vieler Jahre als Vertreter der Juristischen Fakultät in der universitären Stipendienkommission ausgeübtes grosses Engagement für finanziell schwächer gestellte Studierende.

Letztlich sind diese Eigenschaften wohl auch einer der Hauptgründe dafür, dass sich eine solch grosse Anzahl an Personen, die den Jubilar auf dessen Berufs- und Lebensweg ein kürzeres oder längeres Stück begleiten konnten, für das vorliegende Werk engagiert haben, und den Unterzeichnern die Ehre zukommt, dieses herausgeben zu dürfen. Allen Autorinnen und Autoren sei deshalb für die Abfassung ihrer fachlich fundierten und mitunter auch originellen persönlichen Beiträge zur Festschrift gedankt. Denn ohne ihre Mitwirkung wäre das Erscheinen dieses Werks nicht möglich gewesen.

Ein herzlicher Dank gilt dabei auch Frau MLaw Stephanie Giese vom Helbing Lichtenhahn Verlag für ihre professionelle und konstruktive Zusammenarbeit bei der Erstellung der Festschrift. Mit viel Um- und Nachsicht hat sie die rollierende Planung des Werks auf Seiten der Herausgeber souverän bis zur tatsächlichen Auslieferung der gedruckten Bücher umgesetzt.

Unser ganz besonderer Dank gilt Frau Martine Conus, langjährige und verschwiegene «Perle» am Lehrstuhl des Jubilars, für ihre umsichtige, kompetente

und engagierte Betreuung aller anfallenden, sehr umfangreichen administrativen Arbeiten von Anbeginn bis zum Abschluss der Festschrift. Ihr ist es in herausragender Weise gelungen, die Herausforderungen der Koordinierung einer Hundertschaft von Autoren und von drei Herausgebern erfolgreich zu meistern.

Schliesslich wurde die Herausgabe dieser Festschrift erst durch die grosszügigen finanziellen Zuwendungen verschiedener Förderer ermöglicht. Es sind dies die Pro Iure-Alumni-Vereinigung der Juristischen Fakultät, der Emil Dreyfus-Fonds II, die Stiftung für Schweizerische Rechtspflege, die Berta Hess-Cohn-Stiftung, die Stiftung zur Förderung der rechtlichen und wirtschaftlichen Forschung an der Universität Basel, der Swisslos-Fonds des Kantons Basel-Landschaft, der Basler Juristenverein sowie die Anwaltskanzleien Böckli Bühler Partner, Basel, LEXPARTNERS, Muttenz, und Schellenberg Wittmer Rechtsanwälte. Ihnen allen sei unser aufrichtiger Dank für das äusserst geschätzte Engagement nachdrücklich versichert.

Wir wünschen unserem früheren Lehrer und heutigen Freund Stephan Breitenmoser und seiner Ehefrau Marianne für die Zukunft alles erdenklich Gute, beste Gesundheit und noch viele gemeinsame glückliche Stunden im Kreise ihrer Familie und Freunde.

Claudia Seitz

Ralf Michael Straub

Robert Weyeneth

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 Auskunfts- 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 ausgenützt 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 Eidgenösssischen Finanzmarktaufsicht zu verlieren, oder es kooperiert mit der Eidgenössi-

- 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, Finanzmarktinfrastrukturgesetz, 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 Auskunftsund 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

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 2829 ff.
- 18 Art. 14 Abs. 1 und Art. 17 VwVG.
- 19 Vgl. BGE 130 I 126ff., 128f.

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 McGuiness/Irland, Urt. v. 21.12.2000, Nr. 34720/97, Ziff. 40, CEDH 2000-XII.
- 24 Benedick Gilles, Das Aussagedilemma in parallelen Verfahren, AJP 2011, 169ff., 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/Wohlers 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, Verbrechenslehre, 9. Aufl., Zürich 2013, 394f.; 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 Netherlands³0 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./Switzerland³⁴ 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, § 50 ff.; 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., 132 f.
- 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, 296 ff.
- 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/Switzerland³⁷ stellt der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte klar, dass auch die erzwungene Dokumentationspflicht unter den Schutz der Selbstbelastungsfreiheit fällt. Deren Schutzbereich erstrecke sich auch auf das Verwaltungsverfahren, wenn das Verfahren einen ausreichenden Bezug zum Strafverfahren aufweise. Ein solcher Bezug zwischen Verwaltungsund 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) Höchstrichterliche 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 Ausnützung von Insiderinformationen ein Enforcementverfahren gegen ein Vermögensverwaltungsunternehmen und ihren Berater durchgeführt. Die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht hatte dabei die von der Bundesanwaltschaft amtshilfeweise 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 Finanzmarktinfrastrukturgesetz 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.О., 153 f.

³⁷ EGMR, Chambaz/Switzerland, 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 erzieltem 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 Finanzmarktinfrastrukturgesetz 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, 30ff.

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 Verdächtigte 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 Auskunfts- und Herausgabepflicht nach Art. 29 Abs. 1 FINMAG anerkannt werden. Er muss dann mithin im Sinne einer «Vorwirkung» 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 Auskunfts- und Herausgabepflicht nach Art. 29 Abs. 1 FINMAG im aufsichtsrechtlichen Untersuchungs- und Enforcementverfahren der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht anerkannt werden.

