

## Banken und Finanzintermediäre im Verfahrensgestrüpp

Von Prof. Paolo Bernasconi

*Banks and other financial intermediaries are lost in a labyrinth of cunning proceedings, because unlawful activity can be targeted at the same time by several domestic and foreign authorities with different functions and competences, more often criminal, but also civil, administrative, prudential, fiscal and/or bankruptcy authorities, often in the interest of domestic proceedings, but also in the interest of foreign proceedings, i.e. in execution of a request for international mutual assistance. Such a concentration of proceedings occurs in business cases where many individuals suffer damage and several perpetrators are involved, but also where third parties are more or less affected. The necessary increase of regulations generates multifaceted legal cases. Furthermore, as each authority involved must inform the other authorities, even foreign ones, this leads to a very sophisticated net of self-crossing, parallel proceedings, procedural measures and judgements. Let's take the example of provisional*

*and final measures with the aim to freeze assets according to different procedural rules. How is it possible to timely and materially coordinate such measures? It is further the responsibility of the authorities to ensure the respect of the individual rights pursuant to the Federal Constitution and the procedural Codes, such as the fair trial rule. Typical examples are: the overlapping proceedings before the FINMA – e.g. in order to get an authorisation –, prudential lawsuits, enforcement: during some of these proceedings the investigated person has the duty to cooperate, but not within other proceedings, chiefly when the accused has to expect consequences of penal nature. The task to manage the legal risk becomes a Sysiphean task for legal departments and compliance officers; they often feel lost in a labyrinth. It's time for authorities to adapt their organisation and the course of their proceedings, time for the legislator to better separate procedural competences and jurisdictions.*

### Inhaltsübersicht

- I. Einführung und Zielsetzung
- II. Verfahrensgestrüpp von zusammentreffenden Verfahren bezüglich Banken und anderer Finanzintermediäre
  - 1. *Plurima in idem*
  - 2. Das Verfahrensgestrüpp als Folge der Regulierungsverdichtung auf dem Finanzmarkt
  - 3. Zusammenspiel zwischen Medien und Meldepflichten sowie Meldebefugnissen von Behörden, Banken und Drittpersonen
    - 3.1 Meldepflichten zur Stärkung der staatlichen Effizienz
    - 3.2 Mediatisierung rechtserheblicher Auskünfte
    - 3.3 Meldepflicht gegenüber Behörden
- III. Zusammentreffende Massnahmen im parallelen Verfahren
  - 1. Koordinationsbedürfnisse
  - 2. Berücksichtigung der Verfahrensrechte
- IV. Mitwirkungspflichten versus Selbstbelastungsverbot
  - 1. Selbstbelastung
  - 2. Auswirkungen
  - 3. Verwertbarkeit
  - 4. Massnahmen zum Schutz von prozessualen Garantien im Rahmen verschiedener paralleler Verfahren
- V. Perspektiven

### I. Einführung und Zielsetzung

«Der Revisor hat uns wie Kriminelle behandelt», sagt ein Finanzintermediär aus Zürich. «Der Untersuchungsbeauftragte führte meine Befragung wie

ein Untersuchungsrichter durch», beklagt sich ein anderer Finanzintermediär aus Genf. Ihre Anwälte empfehlen ihnen, Geduld zu haben, um nicht in die Ungunst der beauftragenden FINMA oder SRO zu fallen, und in der Hoffnung, dass die Verwendung der durch zwangsmassnahmeähnliche Mittel erlangten Auskünfte inskünftig nicht in ein *Enforcement* oder, noch schlimmer, in ein Strafverfahren münden wird. Wie sind solche Klagen von Laien rechtlich auszulegen und zu qualifizieren? Gestützt auf die sich überlappenden Verfahren verschiedener Natur entstehen unversöhnliche Kollisionen zwischen den Mitwirkungspflichten der beteiligten Personen und ihren verfahrensrechtlichen Garantien. Wie solche Kollisionen zu bewältigen sind, erhellt erstens aus der Beschreibung des Verfahrensgestrüpps und zweitens aus der Vielfalt dieser Kollisionen und deren Ursachen. Das Ergebnis stellt ein neues Kapitel im Bereich der Bewältigung von Rechts- und Reputationsrisiken im Finanzmarkt dar.

### II. Verfahrensgestrüpp von zusammentreffenden Verfahren bezüglich Banken und anderer Finanzintermediäre

#### 1. *Plurima in idem*

Im Finanzmarkt wird der Grundsatz *ne bis in idem* immer häufiger durch das Gebot *plurima in idem* ersetzt. In der Tat mehren sich auch auf dem schweizerischen Finanzmarkt Verfahren, die sich mit demselben

Verhalten oder mit demselben Komplex von Transaktionen beschäftigen, weil mehr als eine Behörde und manchmal sogar vier, fünf oder noch mehr Instanzen für das Verfahren zuständig sind, welche ein und dieselben Personen und Verhaltensweisen betreffen oder wenigstens Verhaltensweisen, die sich überlappen: Dies können Strafbehörden sein, welche infolge territorialer oder anderer Zuständigkeitsgründe Verfahren in Bezug auf denselben Tatbestand in der Schweiz sowie in anderen Ländern führen. Dasselbe kann für Zivil-, Verwaltungs-, Aufsichts-, Steuer- und Konkursbehörden in der Schweiz und in anderen Ländern zutreffen. Der Kreis solcher Verfahren vervollständigt sich mit denjenigen, die in der Schweiz, aber nicht im Interesse eines schweizerischen Verfahrens geführt werden, sondern amts- und rechtshilfweise im Interesse eines ausländischen Verfahrens. Dazu kommen noch private Stellen, wie z.B. die vom Geldwäschereigesetz vorgesehenen Selbstregulierungsorganisationen und die Aufsichtskommission zur Vereinbarung über die Sorgfaltspflicht der Banken.

Gewöhnlich werden solche Verfahren, zumindest teilweise, gleichzeitig geführt. Deswegen spricht man von parallelen Verfahren; aber nicht unbedingt, weil auch nach Beendigung z.B. eines Straf-, Aufsichts- oder *Enforcement*-Verfahrens der FINMA noch andere Zivil-, Steuer- und Konkursverfahren eröffnet werden können.

## 2. Das Verfahrensgestrüpp als Folge der Regulierungsverdichtung auf dem Finanzmarkt

Während der letzten Jahrzehnte hat sich das Normennetz über das Verhalten und die Führung von Finanzgeschäften und Transaktionen auf internationaler sowie auf nationaler Ebene ständig weiter verdichtet. Gleichzeitig haben die internationalen sowie die nationalen Gesetzgeber den Finanzintermediären immer mehr neue, umfassende Verpflichtungen aufgebürdet. Hinzu kommt die Globalisierung der Märkte, die zu einer erneuten, hauptsächlich wirtschaftspolitisch und strafrechtlich motivierten Regulierung führte. Typisches Beispiel ist die Überlappung von Normen unterschiedlicher Natur in Bezug auf eine so weitreichende Massnahme wie die Identifizierung der Kundschaft, die nicht nur aufsichtsrechtlich, sondern auch straf-, zivil- und verwaltungsrechtlich von Bedeutung ist. Ein zweites Beispiel ist die Regulierung der sogenannten *Retrozessionen* und ähnlicher Zahlungen, die aus den verschiedensten Rechtsgründen beachtlich

sein kann, d.h. straf-, zivil-, aufsichts-, verwaltungs-, steuer- und konkursrechtlich, ferner, wie immer, auch unter dem Gesichtspunkt der internationalen Amts- und Rechtshilfe. Die Globalisierung der Märkte bewirkt eine Globalisierung der Normen, insbesondere durch ein sich verdichtendes Netz von internationalen, multi- und bilateralen Übereinkommen. Dazu kommt der stark zunehmende Aktivismus der ausländischen Behörden. Sie haben in den letzten Jahren die Durchsetzung von seit Jahrzehnten nur vereinzelt angewandten Normen stark intensiviert; dies nicht nur im Steuerbereich, sondern auch im Aufsichts- und Strafrecht sowie unter dem Aspekt des Konsumentenschutzes. Die Folgen dieses verstärkten Aktivismus, nicht nur in den Vereinigten Staaten, sondern auch in den EU-Mitgliedstaaten, führte zu einer intensivierten Aktivität auch der Schweizer FINMA im Lichte der herrschenden Praxis und Regulierung unter dem Titel *Cross-border Risk*.

## 3. Zusammenspiel zwischen Medien und Meldepflichten sowie Meldebefugnissen von Behörden, Banken und Drittpersonen

### 3.1 Meldepflichten zur Stärkung der staatlichen Effizienz

«*Es war einmal ...*», als das Amtsgeheimnis zwischen den Schweizer Behörden so streng ausgelegt wurde, dass auch innerstaatlich der Informationsaustausch praktisch verboten bzw. jedenfalls stark belastet und sozusagen unbekannt war. Nach geltendem Recht herrscht jedoch das gegenteilige Gebot: Um die Effizienz der staatlichen Intervention, insbesondere auf dem Finanzmarkt, zu verstärken, wurden die gegenseitigen Meldepflichten zu Lasten der Behörden multipliziert. Dies führt zum Ergebnis, dass dort, wo ein Tatbestand oder ein Komplex von Finanztransaktionen Gegenstand eines Verfahrens ist, die zuständige Behörde auch andere Behörden, die ihrerseits auch ähnlichen Meldepflichten unterstellt sind, darüber benachrichtigen muss.

### 3.2 Mediatisierung rechtserheblicher Auskünfte

Auch die Medien betreiben heute einen früher nicht gekannten Aktivismus und bekunden ein vermehrtes Interesse an Ereignissen auf dem Finanzmarkt, die für Behörden im In- oder Ausland erheblich sein können. Transparenz der Märkte gilt heute als ein Gebot des Gesetzgebers, welches oftmals zu

Gunsten von Sensationslust und Neugier der Medien und der Öffentlichkeit ausgenutzt wird. Wenn sich ein Finanzintermediär auch in bekannten Bereichen des Finanzmarktes einem rechtlichen Risiko aussetzt, dann wird der medienwirksame Rummel sofort ins Spiel gebracht. Behörden, aber auch Finanzintermediäre, dürfen gegenüber der Mediatisierung von rechtserheblichen Auskünften nicht mehr passiv bleiben: Sie müssen solche Auskünfte sorgfältig prüfen um festzustellen, ob sich aus deren Bekanntgabe besondere rechtliche Pflichten, wie z. B. Meldepflichten, ableiten lassen.

### 3.3 Meldepflicht gegenüber Behörden

Eine typische Art der Mitwirkungspflicht zu Lasten von Finanzintermediären, seien diese natürliche oder juristische Personen, ergibt sich auch aus den Meldepflichten gegenüber den Behörden. Die bekannteste herrscht schon seit 1998 im Bereich der Geldwäschereiabwehr. Wo die Indizien nicht genügend erhärtet sind, können sich Finanzintermediäre auf das Melderecht und andere Meldebefugnisse stützen. Auch wenn jährlich nur ungefähr 1000 Meldungen von in der Schweiz tätigen Finanzintermediären bei der Geldwäschereimeldestelle eingehen, werden diese nicht nur an die Strafbehörden, sondern auch kaskadenartig an andere Behörden im In- und/oder Ausland weitergeleitet. Gewöhnlich führt eine solche Auskunft zu mehreren parallelen Verfahren. Die meisten Mitwirkungspflichten entstehen aber zwischen Banken und anderen Finanzintermediären einerseits sowie der FINMA andererseits, weil alle aussage- und editationspflichtig sind, dies nicht nur auf Anfrage, sondern auch spontan, wie z.B. in den von Art. 29 und 29a GwG vorgesehenen Fällen.

## III. Zusammentreffende Massnahmen im parallelen Verfahren

### 1. Koordinationsbedürfnisse

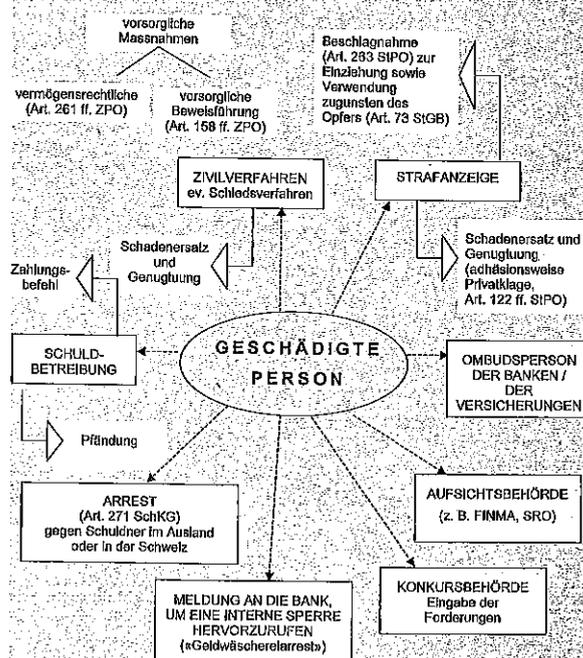
Trotz der Schwierigkeit, die durch verschiedene prozessuale Normen geregelten Verfahren zu verallgemeinern, stellt man fest, dass dort, wo ein Verfahrensgestrüpp entstanden ist, auch eine Reihe von möglichen behördlichen Massnahmen besteht, die auch untereinander kollidieren können. Es handelt sich vor allem um Massnahmen der folgenden wichtigsten Gattungen:

- a) Massnahmen zum Einholen von Auskünften, Daten und Beweismitteln, die sich gleichzeitig an denselben Träger richten. Dieser muss solche Auskünfte, Daten und Beweismittel im Rahmen einer angeordneten Aktenherausgabe oder Befragung, bzw. Einvernahme, zur Verfügung stellen.
- b) Massnahmen zur Sicherung und Aufbewahrung von Gegenständen und insbesondere von Vermögenswerten, nach denen sich die verschiedenen Verfahren richten.

Hinzu kommen die Koordinationsbedürfnisse zwischen den genannten Massnahmen und überhaupt zwischen den verschiedenen, gleichzeitig hängigen Verfahren; dies sogar bis zur Übertragung des Verfahrens an eine entsprechende ausländische Behörde.

Die Schwierigkeit, solche Verfahren zu koordinieren und mögliche Kollisionen zu vermeiden oder wenigstens zu bewältigen, taucht öfters wegen der Häufung der Massnahmen unterschiedlicher Natur zum Schutz geschädigter Personen auf.

Grafik 1: Rechtliche Massnahmen zum Schutz des Geschädigten von Vermögensdelikten<sup>1</sup>



<sup>1</sup> Siehe Peter Nobel/Nina Sauerwein, Die verfahrensrechtlichen Aspekte des FINMA-Vertriebsberichts 2010, SZW 2011, 283 ff.; Luc Thévenoz, Une meilleure information des investisseurs privés, SZW 2011, 271 ff.; Urs Zulauf, Der «FINMA-Vertriebsbericht 2010», SZW 2011, 265 ff.

## 2. Berücksichtigung der Verfahrensrechte

Das Bedürfnis der Bewältigung eines Verfahrensgestrüpps entsteht nicht nur aus Gründen der Effizienz bei der Ausführung von behördlichen Aufgaben, sondern auch, um die prozessualen Rechte der Parteien zu berücksichtigen. Wie steht es mit dem Auskunfts-, Akteneinsichts-, Anhörungs- und Beschwerderecht der Parteien sowie mit den von Massnahmen betroffenen Drittpersonen im Fall von geplanter oder schon erfolgter Zusammenarbeit zwischen Behörden, die für die verschiedenen, gleichzeitig hängigen Verfahren zuständig sind? Wie, zu welchem Zeitpunkt und in welchem Umfang können solche prozessualen Rechte wirksam geschützt werden, in Bezug auf obligatorische oder fakultative Meldungen zwischen Behörden, auf die Übermittlung von Auskünften, Daten, Beweismitteln oder Unterlagen zwischen Behörden, auf die Koordination von parallelen Verfahren,

auf konkurrierende Zwangsmassnahmen und auf die Übertragung von Verfahren, sowie in Bezug auf die Wirkung von einem in einem anderen Verfahren bereits gefällten Entscheid? (Siehe Tabelle 1)

## IV. Mitwirkungspflichten versus Selbstbelastungsverbot

### 1. Selbstbelastung

Rücksicht gegenüber prozessualen Rechten der Parteien und anderer involvierter Behörden ist geboten, wenn ein Finanzintermediär und/oder seine Organmitglieder, Geschäftsführer, Angestellten und Aktionäre der Mitwirkungspflicht unterstehen, auch wenn das Ergebnis ihrer Mitwirkung selbstbelastend ist.

In der Anwaltspraxis tritt des Öfteren das folgende Szenario ein: Der externe Rechtsberater erfährt im

*Tabelle 1: Welche verfahrensrechtlichen Rechte der Parteien im Falle von geplanter oder erfolgter Zusammenarbeit zwischen verschiedenen Behörden gibt es?*

Verhältnis zwischen verschiedenen Verfahren Verfahrensrechtliche Garantien	Obligatorische oder fakultative Meldung zwischen Behörden	Übermittlung von Auskünften, Beweismitteln, Daten und Unterlagen	Koordination zwischen Verfahren	Konkurrierende Zwangsmassnahmen	Übertragung des Verfahrens	Gegenseitige Wirkung der Entscheide
<i>Auskunftsrecht:</i> Recht über geplante oder erfolgte Verhältnisse zwischen verschiedenen Behörden informiert zu werden						
<i>Akteneinsichtsrecht:</i> <sup>2</sup> Recht auf Einsicht betreffend die Folgen der stattgefundenen Zusammenarbeit						
<i>Rechtliches Gehör:</i> Recht sich über die Folgen der stattgefundenen Zusammenarbeit Gehör zu verschaffen						
<i>Beschwerderecht:</i> Recht sich gegen die Folgen der stattgefundenen Zusammenarbeit zu beschweren.						

<sup>2</sup> Die Antworten hängen von den verfahrensrechtlichen Normen der verschiedenen in Frage kommenden Verfahren ab.

<sup>3</sup> Marc Häusler/Reto Ferrari-Visca, Das Recht auf Akteneinsicht im Verwaltungs- und Verwaltungsverfahren, Jusletter vom 8. August 2011.

Tabelle 2.<sup>4</sup> Verfahrensrechtliche Mitwirkungspflichten<sup>5</sup> vs. Selbstbelastungsverbot<sup>6</sup> in anderen Verfahren

Verwertung in anderen Verfahren <sup>1</sup>	Bewilligungs-, Gewährs- und Aufsichtsverfahren (vor FINMA und SRO)	Enforcementverfahren (vor FINMA und SRO)	Meldeverfahren nach Art. 9 GwG, 29 FINMAG, 31 GwV-FINMA	Schweiz. Strafverfahren (vor Strafbehörde oder Finanzdep.)	Schweizer Steuerverfahren	Schweizer Amts- und Rechtshilfeverfahren	Ausländ. Strafverfahren
Mitwirkungspflichten der Parteien							
in Bewilligungs- und Aufsichtsverfahren (z.B. vor der FINMA und vor den SRO) <sup>8</sup>	–	✓ <sup>9</sup>	✓	–	✓	✓	–
in Enforcementverfahren (z.B. vor FINMA und SRO) <sup>10</sup>	✓	–	✓	–	✓	✓	–
Meldepflichten nach Art. 9 GwG, 29 FINMAG, 31 GwV-FINMA <sup>11</sup>	✓	✓	–	✓	✓	✓	✓
in schweizerischen Strafverfahren <sup>12</sup>	✓	✓	✓	–	✓	✓	✓

<sup>4</sup> In dieser Tabelle wird die Wirkung des Vorhandenseins verfahrensrechtlicher Mitwirkungspflichten im Rahmen bestimmter Verfahren und die Gewährung des Selbstbelastungsverbots (*nemo tenetur se ipsum accusare*) im Rahmen anderer Verfahren dargestellt. Es wird klar gemacht, dass im Rahmen von Verfahren, bei denen das Selbstbelastungsverbot gewährt wird, diejenigen Auskünfte und Beweismittel (z.B. Einvernahmeprotokolle und herausgegebene Belege und Daten), die dank Mitwirkungspflichten im Rahmen anderer Verfahren erlangt wurden, nicht verwertet werden dürfen (gemäss Art. 141 StPO). Grundsätzlich zeigt die Tabelle, dass im Rahmen schweizerischer Strafverfahren vor den Straf- oder den Verwaltungsbehörden – darunter das Eidgenössische Finanzdepartement – sowie im Rahmen ausländischer Strafverfahren diejenigen Beweismittel nicht verwertbar sind, welche unter Ausübung von Mitwirkungspflichten in Verfahren vor der FINMA und vor den SRO eingeholt wurden.

<sup>5</sup> Unter den Begriff «Mitwirkungspflichten» fällt die Erteilung aller spontanen oder durch die Behörde verlangten Auskünfte, sowie die Herausgabe von Belegen und Daten durch die Finanzintermediäre. Die Pflicht kann gesetzlich begründet sein oder sich aus einer konkreten behördlichen Verfügung ergeben.

<sup>6</sup> Das Selbstbelastungsverbot beruht auf Art. 6 Ziff. 1 EMRK, Art. 14 Ziff. 3 lit. g IPBPR (Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966, SR 0.103.2) und Art. 32 BV.

<sup>7</sup> Es wird die Frage aufgeworfen, ob die im Rahmen der in der vertikalen Rubrik aufgelisteten Verfahren eingeholten Auskünfte, Beweismittel, Akten, Urteile usw. im Rahmen anderer Verfahren verwertet werden dürfen.

<sup>8</sup> Es handelt sich um die Verfahren zur Feststellung der Einhaltung der Bedingungen der durch die FINMA oder die SRO erteilten Bewilligung.

<sup>9</sup> «*In dubio contra bancam*»: siehe Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3708/2007 vom 4. März 2008.

<sup>10</sup> Verwaltungsverfahren mit Zwangscharakter, welche die Einhaltung der Marktregeln sichern müssen (vgl. *Urs Zulauf/David Wyss/Daniel Roth*, Finanzmarktenforcement, Bern 2008, 14 ff.; Enforcement-Policy der FINMA, 17. Dezember 2009 [aktualisiert: 10. November 2011], <[www.finma.ch](http://www.finma.ch)>; Effektivität und Effizienz in der Aufsicht – Aufsichtsinstrumente, Arbeitsprozesse und Organisation in der FINMA, Bericht vom 21. April 2011, <[www.finma.ch](http://www.finma.ch)>).

<sup>11</sup> Meldepflichten seitens von Banken und anderen Finanzintermediären sind in folgenden Bestimmungen vorgesehen: Art. 9 GwG (Meldepflicht), Art. 29 FINMAG (Auskunfts- und Meldepflicht), Art. 31 GwV-FINMA (Information).

<sup>12</sup> Mitwirkungspflichten im Rahmen schweizerischer Strafverfahren sind zulasten von angeklagten Personen ausgeschlossen (vgl. *Niklaus Schmid*, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, Zürich/St. Gallen 2009, N 671; *Jacques Iffland*, Les procédures d'enforce-

Allgemeinen vor der Behörde, dass die Mitwirkung eines Finanzintermediärs zur Selbstbelastung führen wird. Dies, weil die pflichtgemäss zur Verfügung gestellten Auskünfte, Daten oder Beweismittel das Risiko einer Benachteiligung durch die Behörde mit sich bringen können. Es könnte sich um eine Sanktion, eine Massnahme mit sanktionierendem Charakter oder um eine sanktionsähnliche Massnahme gegen denselben Finanzintermediär handeln. (Siehe Tabelle 2)

## 2. Auswirkungen

Die Kollision zwischen Mitwirkungspflichten einerseits und dem Selbstbelastungsverbot andererseits stellt nur eine der typischen Konstellationen dar, die in einem Verfahrensgestrüpp von Behörden und verwickelten Personen zu lösen sind. In der Tat resultiert daraus auch die Nichtbeachtung prozes-

sualer Rechte in Verfahren, die in eine Sanktion münden können. Dieser Fall tritt typischerweise dann ein, wenn Daten oder Belege von einer Bank oder einem anderen Finanzintermediär im Rahmen eines Bewilligungs-, Gewährens-, Aufsichts- oder *Enforcement*-Verfahrens der FINMA einem von der FINMA beauftragten Revisor oder Untersuchungsbeauftragten zur Verfügung gestellt werden, und diese im Nachhinein an die Strafbehörde, d.h. an das Eidgenössische Finanzdepartement, die Bundesanwaltschaft oder eine kantonale Staatsanwaltschaft weitergeleitet werden. Durch diesen Mechanismus werden Daten und Belege ohne Rücksicht auf die im straf- und verwaltungsstrafrechtlichen Verfahren gewährten Rechte, wie die Unschuldsvermutung, der Grundsatz *in dubio pro reo* mit allen seinen prozessualen Auswirkungen, die vorherige Orientierungspflicht über den Gegenstand eines Verfahrens, die Rechtsbelehrung über Rechte und Pflichten vor einer

Tabelle 2:<sup>4</sup> Verfahrensrechtliche Mitwirkungspflichten<sup>5</sup> vs. Selbstbelastungsverbot<sup>6</sup> in anderen Verfahren

Verwertung in anderen Verfahren <sup>7</sup>	Bewilligungs-, Gewährens- und Aufsichtsverfahren (vor FINMA und SRO)	Enforcementverfahren (vor FINMA und SRO)	Meldevorfahren nach Art. 9 GwG, 29 FINMAG 31 GwV-FINMA	Schweiz. Strafverfahren (vor Strafbehörde oder Finanzdep.)	Schweizer Steuerverfahren	Schweizer Amts- und Rechtshilfeverfahren	Ausländ. Strafverfahren
Mitwirkungspflichten der Parteien							
in schweizerischen Steuerverfahren <sup>13</sup>	✓	✓	✓			✓	-
in schweizerischen Amts- und Rechtshilfeverfahren <sup>14</sup>	✓	✓	✓		✓	-	✓
in ausländischen Strafverfahren <sup>15</sup>	✓	✓	✓	✓	✓	✓	-

ment de la FINMA, ou de la difficulté de coordonner les procédures coercitives administratives et les procédures pénales sous l'empire du nouveau CPP et de la LFINMA, in: Luc Thévenoz/Christian Boyet (Hrsg.), Journée 2010 de droit bancaire et financier, Zürich 2011, 121 ff.; Gilles Benedict, Das Aussagedilemma in parallelen Verfahren, AJP 2011, 169 ff.

<sup>13</sup> In schweizerischen Steuerverfahren können grundsätzlich alle Auskünfte, Beweismittel, Belege usw. verwendet werden, die im Rahmen anderer Verfahren eingeholt werden müssen.

<sup>14</sup> In schweizerischen Amts- und Rechtshilfeverfahren bestehen zulasten von im Ausland angeklagten Personen keine Mitwirkungspflichten. Hingegen existieren solche Pflichten zulasten von Personen, die als Zeugen einvernommen werden müssen sowie von Drittpersonen, gegenüber welchen eine Zwangsmassnahme angeordnet wurde, wie bspw. die Erteilung von Auskünften oder die Herausgabe von Belegen und Daten.

<sup>15</sup> In ausländischen Strafverfahren sind grundsätzlich keine Mitwirkungspflichten zulasten von angeklagten Personen vorgesehen.

Verfahrenshandlung und betreffend die Anfechtbarkeit einer Verfügung eingeholt.

### 3. Verwertbarkeit?

Sollten im Rahmen eines verwaltungs- oder aufsichtsrechtlichen Verfahrens Auskünfte, Daten und Beweismittel ohne Rücksicht auf die individuellen prozessualen Rechte eingeholt werden, wird sich in einem Verfahren mit strafprozessualen Charakter sofort die Frage der Verwertbarkeit der unrechtmässig eingeholten Beweismittel stellen, wie sie z.B. in Art. 140 und 141 StPO vorgesehen ist. Sogar die Anwendung des verfassungsrechtlich verankerten Verhältnismässigkeitsgrundsatzes muss anders erfolgen. In der Tat ist es nicht begründet, dass ein Revisor oder Untersuchungsbeauftragter im Rahmen eines aufsichtsrechtlichen oder Bewilligungsverfahrens Einsicht in einen Personal Computer und private E-Mail-Korrespondenz nehmen kann, die Auflistung telefonischer Anrufe zu Gesicht bekommt und sogar Back-ups von allen computergestützten Transaktio-

nen erstellen kann, auf eine Art und Weise, die aufgrund eines straf- oder verwaltungsstrafrechtlichen Verfahrens die Erfüllung von formellen Bedingungen sowie das Vorhandensein von qualifizierten Indizien, sogar von Straftaten, voraussetzen würde.

### 4. Massnahmen zum Schutz von prozessualen Garantien im Rahmen verschiedener paralleler Verfahren

Die Unvereinbarkeit von Mitwirkungspflichten einerseits und dem Selbstbelastungsverbot andererseits kann durch Massnahmen organisatorischer und/oder prozessualer Natur überwunden werden. Ferner sollten Verfahren ohne jeglichen sanktionierenden Charakter von anderen Verfahren getrennt und von verschiedenen Behörden geführt werden. Der Gedanke richtet sich vornehmlich an die von der FINMA geleiteten Verfahren, auch wenn sie sich auf verschiedene Normen stützen und unterschiedliche Ziele verfolgen. Namentlich *Enforcement*-Verfahren gehören in den Zuständigkeitsbereich der sanktionie-

Tabelle 3: Verfahrensrechtliche Garantien zugunsten einzuvernehmender<sup>16</sup> und herausgabepflichtiger Personen im Rahmen verschiedener Verfahren

Garantien	Aufsichtsverfahren vor FINMA/SRO	Enforcementverfahren vor FINMA/SRO	Verwaltungsstrafverfahren	Strafverfahren
Trennung zwischen Ermittlungs- und Entscheidungsverfahren <sup>17</sup>	–	✓	✓	✓
Antragsrecht zur Beweiserhebung	–	–	✓	✓
Vorherige Orientierungspflicht über den Gegenstand des Verfahrens	✓	✓	✓	✓
Rechtsbelehrung über Rechte und Pflichten vor einer Verfahrenshandlung	–	✓	✓	✓
Unverwertbarkeit der unrechtmässig eingeholten Beweismittel <sup>18</sup>	–	–	✓	✓
Unschuldsvermutung	–	–	✓	✓
In dubio pro reo	–	–	✓	✓
Ne bis in idem	–	–	✓	✓
Selbstbelastungsverbot	–	–	✓	✓

<sup>16</sup> Benedick (Fn. 12), 169 ff.

<sup>17</sup> Iffland (Fn. 12), 121 ff.

<sup>18</sup> Luzia Vetterli, Fernwirkung von Beweisverwertungsverböten, insfocus 6/2011, 25.

renden Behörden, d.h. gemäss der heute geltenden Rechtssystematik in denjenigen des Eidgenössischen Finanzdepartements. Als Massnahmen strafprozessualer Natur kommt die vermehrte Beachtung von prozessualen Rechten wenigstens dort in Frage, wo das Risiko besteht, dass durch die Ausübung der Mitwirkungspflicht Verfahren strafrechtlicher Natur entstehen oder zumindest sanktionsähnliche Massnahmen getroffen werden können. (Siehe Tabelle 3)

Die immanente Konsistenz (Kohärenz) der Rechtsordnung verlangt, dass auch in diesem ganzen Bereich, und besonders auch im Verwaltungsrecht, die aktuellsten Tendenzen des Gesetzgebers berücksichtigt werden, die sich erst vor Kurzem, z. B. in der Regulierung der Überwachung von Bankbeziehungen, konkretisiert haben. In der Tat sieht der am 1. Januar 2011 in Kraft getretene Art. 285 Abs. 2 der Strafprozessordnung vor:

*<sup>2</sup>Die Bank oder das bankähnliche Institut haben keine Informationen oder Dokumente zu liefern, wenn sie sich durch die Herausgabe selbst derart belasten würden, dass sie:*

- a. *strafrechtlich verantwortlich gemacht werden könnten; oder*
- b. *zivilrechtlich verantwortlich gemacht werden könnten, und wenn das Schutzinteresse das Strafverfolgungsinteresse überwiegt.*

## V. Perspektiven

Die erste Gelegenheit, die dargestellte Unvereinbarkeit zwischen Mitwirkungspflichten und Selbstbelastungsverbot zu überwinden, ergibt sich anlässlich der parlamentarischen Beratung der Neuordnung der Börsendelikte, deren Verfolgung und Zuständigkeit von den ordentlichen Strafbehörden auf das Eidgenössische Finanzdepartement übertragen werden sollen. In der Tat sollten, weil das Risiko der Auswertung der von der FINMA eingeholten Daten und Belege zu strafrechtlichen Zwecken konkret wird, die im Rahmen von Strafverfahren gewährten Individualrechte schon von der FINMA und von den durch die FINMA beauftragten Revisoren und Untersuchungsbeauftragten beachtet werden.