

TPF 2014 106

20. Auszug aus dem Beschluss der Beschwerdekammer in Sachen A. gegen Eidgenössisches Finanzdepartement vom 2. Oktober 2014 (BV.2014.24)

Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweise im Verwaltungsstrafverfahren; Fernwirkung des Beweiserhebungsverbots. Prüfungsdichte im Beschwerdeverfahren.

Art. 39 Abs. 5 VStrR

Eine analoge Anwendung von Art. 141 Abs. 4 StPO und damit eine Fernwirkung des Beweiserhebungsverbots ist für den Bereich des Verwaltungsstrafrechts abzulehnen. Ohne eine ausdrückliche gesetzliche Bestimmung unterliegt die Frage der Güterabwägung im Einzelfall (E. 5).

Im Rahmen des Beschwerdeverfahrens ist die Frage nach der Verwertbarkeit von Beweismitteln mit Zurückhaltung zu prüfen und es ist eine solche nur in völlig klaren Fällen zu verneinen (E. 6).

Exploitation de moyens de preuves obtenus illégalement dans la procédure pénale administrative; utilisation des preuves recueillies exclusivement grâce à d'autres preuves obtenues de manière illégale. Intensité de l'examen dans le cadre de la procédure de recours.

Art. 39 al. 5 DPA

L'application par analogie de l'art. 141 al. 4 CPP en procédure pénale administrative, qui interdirait d'exploiter les preuves recueillies exclusivement grâce à d'autres preuves obtenues de manière illégale, est exclue. En l'absence d'une disposition légale expresse, la pesée des intérêts doit être opérée dans le cas concret (consid. 5).

Dans le cadre de la procédure de recours, la question relative à l'exploitation des preuves doit être examinée avec retenue, et ladite exploitation ne doit être niée que dans des cas parfaitement clairs (consid. 6).

Utilizzabilità di prove ottenute illegittimamente nell'ambito di una procedura penale amministrativa; utilizzabilità di prove raccolte esclusivamente grazie a prove ottenute illegittimamente. Limiti dell'esame in ambito ricorsuale.

Art. 39 cpv. 5 DPA

Nell'ambito del diritto penale amministrativo è esclusa un'applicazione analogica dell'art. 141 cpv. 4 CPP e del relativo divieto di utilizzare prove

raccolte esclusivamente grazie a prove ottenute illegittimamente. In assenza di una precisa disposizione legislativa la questione è lasciata alla ponderazione degli interessi nel caso concreto (consid. 5).

Nell'ambito della procedura ricorsuale la questione dell'utilizzabilità di determinate prove va esaminata con ritegno e va negata soltanto in casi pacifici (consid. 6).

Zusammenfassung des Sachverhalts:

Mit Verfügung vom 29. Oktober 2008 stellte die Eidgenössische Bankenkommission (EBK) im Anschluss an ein verwaltungsrechtliches Aufsichtsverfahren fest, dass A. nebst anderen Personen gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegengenommen und damit gegen das Bundesgesetz vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen (Bankengesetz, BankG; SR 952.0) verstossen habe. Mit Urteil vom 26. November 2009 wies das Bundesverwaltungsgericht die von A. gegen diese Feststellung gerichtete Beschwerde ab, soweit es darauf eintrat. Die sowohl von A. als auch von der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht (FINMA) gegen dieses Urteil erhobenen Beschwerden blieben erfolglos (siehe das Urteil des Bundesgerichts 2C_91/2010 vom 10. Februar 2011). Gestützt darauf erhob die FINMA am 29. August 2011 beim Generalsekretariat des Eidgenössischen Finanzdepartements (GS-EFD) gegen A. und die anderen Beteiligten Strafanzeige wegen des Verdachts der Widerhandlung gegen Art. 44 des Bundesgesetzes vom 22. Juni 2007 über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (Finanzmarktaufsichtsgesetz, FINMAG; SR 956.1) sowie gegen Art. 46 und 49 BankG. Am 31. Januar 2014 informierte das GS-EFD A., gegen ihn gestützt auf diese Strafanzeige eine verwaltungsstrafrechtliche Untersuchung eröffnet zu haben. Diesbezüglich nahm A. mit Eingabe vom 31. März 2014 Stellung. Dabei beantragte er nebst anderem, die Strafanzeige der FINMA sowie alle Beilagen seien aus den Akten zu weisen und das Verfahren sei einzustellen. Der untersuchende Beamte des GS-EFD verfügte darauf, dass im Aufsichtsverfahren der EBK vom Beschuldigten A. erlangte Beweismittel und Erkenntnisse im vorliegenden Verwaltungsstrafverfahren uneingeschränkt verwertet werden, sofern diese alternativ ohne Androhung einer Busse erlangt wurden oder unabhängig von der Androhung einer Busse durch die Strafverfolgungsbehörden auch auf anderem Wege hätten erlangt werden können. Nachdem seine hiergegen gerichtete Beschwerde vom Stv. Leiter Rechtsdienst EFD abgewiesen wurde, führte A. Beschwerde bei der

Beschwerdekammer. Er beantragte, es sei festzustellen, dass die im Aufsichtsverfahren der EBK von ihm erlangten Beweismittel und Erkenntnisse im vorliegenden Verwaltungsstrafverfahren auch dann nicht verwertet werden dürfen, wenn sie unabhängig von der Androhung einer Busse durch die Strafverfolgungsbehörden auch auf anderem Wege hätten erlangt werden können.

Die Beschwerdekammer wies die Beschwerde ab.

Aus den Erwägungen:

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

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

4.

4.1 Im Rahmen des eingangs erwähnten bankenrechtlichen Aufsichtsverfahrens wurde A. gemäss Ziff. 6b der superprovisorischen Verfügung der EBK vom 1. Juli 2008 unter Androhung von Busse gemäss Art. 50 BankG sowie von Busse gemäss Art. 292 StGB verpflichtet, den Untersuchungsbeauftragten sämtliche Informationen und Unterlagen zu den Geschäftsaktivitäten zur Verfügung zu stellen und Zugang zu den Räumlichkeiten zu verschaffen. Zu diesem Zeitpunkt war das FINMAG

noch nicht in Kraft. Es galten diesbezüglich die Bestimmungen des BankG in der bis zum 1. Januar 2009 gültigen Fassung (nachfolgend «aBankG»; vgl. hierzu bereits das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-7764/2008 vom 26. November 2009, E. 1.1). Die massgebliche Bestimmung für die Mitwirkungspflicht im Aufsichtsverfahren war Art. 23^{quater} Abs. 3 aBankG, welcher den Zutritt des Untersuchungsbeauftragten zu den Räumlichkeiten der Bank bzw. der unterstellungspflichtigen Gesellschaft sowie deren Pflicht zur Offenlegung aller benötigten Unterlagen und zur Erteilung aller benötigten Auskünfte statuierte. Die Erteilung falscher Auskünfte wurde gemäss Art. 46 Abs. 1 lit. i aBankG mit Gefängnis bis zu sechs Monaten oder mit Busse bis zu Fr. 50'000.– bestraft. Zudem fand sich in Art. 50 aBankG eine dem Art. 292 StGB nachgebildete Strafnorm, welche die Widerhandlung gegen eine amtliche Verfügung trotz Mahnung und Hinweis auf die Strafdrohung dieses Artikels mit Ordnungsbusse bis zu Fr. 5'000.– belegte.

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

4.3 Es ist davon auszugehen, dass sich die von der EBK eingesetzten Untersuchungsbeauftragten in ihren Berichten an die EBK auf Angaben aller Beteiligten und auf die von diesen herausgegebenen bzw. bei diesen erhobenen Unterlagen sowie auf Unterlagen Dritter, konkret der kontoführenden Banken, stützten. Allerdings stehen der Beschwerdekammer nur die Berichte, nicht jedoch die entsprechenden Beilagen zur Verfügung (gemäss Aktenverzeichnis bestehen diesbezüglich jedoch insgesamt fünf separate Ordner mit Beilagen). Ebenso besteht keine Ausscheidung, welche Unterlagen von A. stammen bzw. bei diesem erhoben wurden, und indirekt somit auch keinerlei Angabe, was sich genau aus diesen Akten ergibt für die jeweilige Feststellung des Sachverhalts in der Verfügung der EBK vom 29. Oktober 2008, im Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 26. November 2009 bzw. im Urteil des Bundesgerichts vom 10. Februar 2011. Immerhin aber ist ersichtlich, dass

sich das Bundesverwaltungsgericht bei seiner Annahme des Sachverhalts auf die mit geringen Modifikationen anerkannte Sachverhaltsdarstellung der Untersuchungsbeauftragten stützte. Insgesamt aber lässt sich weder aufgrund der Berichte noch der Verfügungen oder Urteile eruieren, welche Teile der Beilagen zur Strafanzeige vom 29. August 2011 auf von A. aufgrund dessen Mitwirkungspflicht gemachte Angaben bzw. herausgegebene Unterlagen zurückzuführen sind.

5. Das VStrR kennt zur Frage der Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweise anders als die StPO in ihrem Art. 141 keine Regelung. Art. 39 Abs. 5 VStrR stellt nur ein mit Art. 140 StPO vergleichbares Beweiserhebungsverbot dar, schweigt sich aber zum Umgang mit solchen Beweisen aus. Nach EICKER/FRANK/ACHERMANN (Verwaltungsstrafrecht und Verwaltungsstrafverfahrensrecht, Bern 2012, S. 174) soll deshalb die Regel des Art. 141 StPO in solchen Fällen analog angewendet werden. Dem kann so nicht zugestimmt werden: Art. 141 StPO schränkt die freie Beweisverwendung durch die Untersuchungsbehörde und vor allem die freie richterliche Beweismwürdigung ein. Ohne eine entsprechende gesetzliche Regelung im VStrR ist eine mit Art. 141 StPO vergleichbare Einschränkung nur aufgrund von übergeordnetem Recht zulässig. Es ist deshalb zu prüfen, ob aufgrund der EMRK ein Beweisverwertungsverbot besteht. Gestützt auf Art. 6 EMRK wurden bisher offenbar lediglich im Einzelfall solche Schlussfolgerungen gezogen (Urteil des EGMR i.S. Pishchalnikov gegen Russland vom 24. September 2009, Nr. 7025/04, Ziff. 70). Aus den gleichen Überlegungen muss im Verwaltungsstrafverfahren auch eine Fernwirkung des Beweiserhebungsverbots abgelehnt werden, wie dies neu und in Abweichung der bisherigen Rechtstradition in Art. 141 Abs. 4 StPO vorgesehen ist. Ohne eine ausdrückliche gesetzliche Bestimmung unterliegt die Frage nach einem Fernwirkungsverbot der Güterabwägung im Einzelfall (vgl. zum Ganzen KELLER, Grundrechtskonformität und Tauglichkeit des Verwaltungsstrafrechts als Prozessgesetz, in Eicker [Hrsg.], Aktuelle Herausforderungen für die Praxis im Verwaltungsstrafverfahren, Bern 2013, S. 181 f. m.w.H.; a. M. auch bezüglich des Fernwirkungsverbots EICKER/FRANK/ACHERMANN, a.a.O., S. 175).

6.

6.1 Vorliegend stellt sich vorab jedoch die Frage, ob die Verwertbarkeit von beispielsweise durch einen Verstoß gegen den Grundsatz *nemo tenetur se ipsum accusare* erhobenen Beweisen überhaupt im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens zu überprüfen bzw. inwieweit diese Frage dem

Sachrichter zu überlassen ist. Gerade dieser Frage ist die Strafkammer des Kantonsgerichts Freiburg in ihrem vom Beschwerdeführer angeführten Beschwerdeentscheid im Sinne von Art. 393 ff. StPO nicht nachgegangen, sondern hat sie implizit ohne Einschränkung bejaht, indem sie die Sache à fonds geprüft und die ihres Erachtens rechtswidrig erhobenen Aktenstücke auf dem Beschwerdeweg aus den Akten gewiesen hat.

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

6.3

6.3.1 Die Frage der Prüfungsdichte oder -intensität ist nicht mit der Kognition gleichzustellen. Diesem Ansatz ist zu folgen, wenn man sich Zurückhaltung bei der Überprüfung von Ermessensfragen auferlegt: Wo die Beschwerdeinstanz nämlich nicht die gleiche spezielle Sachkenntnis hat, muss ihr zugebilligt werden, nicht ohne Not von der Auffassung der Vorinstanz abzuweichen und ihr eigenes Ermessen anstelle des Ermessens der Vorinstanz (ausgenommen des erstinstanzlichen Strafgerichts) zu setzen (GUIDON, Die Beschwerde gemäss Schweizerischer Strafprozessordnung, Berner Diss., Zürich/St. Gallen 2011, N. 548 ff.). Es kann nicht Sinn und Zweck des Beschwerdeverfahrens sein, eine weitgehende Vorentscheidung über jene Fragen herbeizuführen, welche vom Sachrichter (definitiv) zu entscheiden sind. Anders zu entscheiden würde bedeuten, in der Schlussphase von Ermittlungen aufgrund des praktisch vollständigen Prozessstoffs, eine dem Sachrichterentscheid vergleichbare weitgehende Überprüfung der Tat- und Rechtsfragen vorzunehmen, was zu einer sachlich und funktional nicht vertretbaren Vorentscheidung führen würde (GUIDON, a.a.O., N. 552 mit Hinweis; Beschluss des Bundesstrafgerichts BB.2011.35 vom 6. Juni 2011, E. 2.3). Dass die Beschwerdeinstanz bei der Beurteilung des Tatverdachts anders als der Sachrichter keine erschöpfende Abwägung der in Betracht fallenden Tat- und Rechtsfragen bzw. sämtlicher belastender und entlastender Beweisergebnisse vorzunehmen hat (GUIDON, a.a.O., N.

552 m.w.H.), ist ebenfalls ein Aspekt der Prüfungsdichte. In der diesbezüglichen Relativierung unterscheidet sich die Beschwerdeinstanz aber nicht von derjenigen der Staatsanwaltschaft. Sie findet ihre Begründung nicht in der entfernteren oder weniger tief gehenden Fallkenntnis, sondern in der unterschiedlichen institutionellen Funktion von Sach- und Beschwerderichter (vgl. zum Ganzen KELLER, Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung [StPO], 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, Art. 393 StPO N. 40).

6.3.2 Eine besondere Bedeutung erhält die Frage der Prüfungsdichte gerade bei der Prüfung der Unverwertbarkeit von Beweiserhebungsergebnissen nach Art. 140 f. StPO. Die Prüfung dieser Frage im Beschwerdeverfahren ist grundsätzlich heikel, weil diese letztlich durch den Sachrichter abschliessend entschieden werden muss und der Beschwerdeentscheid diesem Urteil nicht vorgreifen soll. Für das Haftprüfungsverfahren führt das Bundesgericht aus, es genüge, wenn die Verwertbarkeit der Beweismittel, welche den Tatverdacht begründen, nicht zum Vorherein als ausgeschlossen erscheint (Urteile des Bundesgerichts 1B_694/2012 vom 6. Dezember 2012, E. 3.4; 1B_179/2012 vom 13. April 2012, E. 2.4 m.w.H.). Daraus ist zu folgern, dass eine diese Fragestellung thematisierende Beschwerde nicht grundsätzlich ausgeschlossen werden kann. In der Sache selbst (Prüfungsdichte) muss hingegen gelten, dass die Frage der Verwertbarkeit nach Art. 140 f. StPO mit Zurückhaltung zu prüfen und eine solche nur in völlig klaren Fällen zu verneinen ist. Im Vorverfahren gilt nämlich anders als im Verfahren vor dem Sachrichter der Grundsatz *in dubio pro duriore* (BGE 138 IV 86 E. 4.1.1; 137 IV 219 E. 7.1, 7.2). Daraus ist als Ergebnis abzuleiten, dass Beweismaterial nur bei völlig eindeutiger Unverwertbarkeit im Sinne des Art. 141 Abs. 5 StPO auf dem Beschwerdeweg aus den Akten und damit aus der Verfügungsgewalt der Staatsanwaltschaft als untersuchender Behörde entfernt werden soll (TPF 2013 72 E. 2.1 und 2.2; vgl. zum Ganzen KELLER, a.a.O., Art. 393 StPO N. 41).

6.4 Die vom Beschwerdeführer verlangte Überprüfung würde vorliegend gerade ein Vorgreifen auf den Entscheid des Sachrichters zur Verwertbarkeit zentraler Beweismittel bedeuten. Aufgrund der konkreten Konstellation, dass de facto praktisch vollständig auf die Ergebnisse der Beweiserhebung des Verwaltungsverfahrens abgestellt werden kann, würde dieser Entscheid zudem in der Schlussphase der Strafuntersuchung erfolgen. Ein völlig klarer Fall der Unverwertbarkeit der Beweise ist auch im Lichte des Urteils Chambaz, a.a.O., und von BGE 138 IV 47 jedenfalls nicht

anzunehmen. Im Gegensatz zur Ausgangslage, welche dem vom Beschwerdeführer angerufenen Beschwerdeentscheid der Strafkammer des Kantons Freiburg zu Grunde lag, lässt sich hier aufgrund der vorliegenden Akten nicht eruieren, welche Beweismittel inwieweit auf von A. aufgrund dessen Mitwirkungspflicht gemachte Angaben bzw. herausgegebene Unterlagen zurückzuführen sind (genau derselbe Unterschied besteht auch zur Ausgangslage, welcher dem Beschluss BK 2013 362 des Obergerichts des Kantons Bern vom 6. Februar 2014 zu Grunde lag und wo es um zwei konkret bezeichnete Protokolle von Einvernahmen ging; wiedergegeben in plädoyer 4/14, S. 48 ff.). Somit würde sich vorliegend für Beweismittel wie die erwähnten Untersuchungsberichte die Frage stellen, inwiefern sie gerade auf den von A. produzierten Beweismitteln beruhen oder eben nicht doch auch auf anderen. Darüber hinaus würde, selbst bei Annahme der Unverwertbarkeit der von A. produzierten Unterlagen bzw. Aussagen sich dann weiter die Frage stellen, ob und inwiefern diese anderswie (über Dritte) hätten beschafft werden können.

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

TPF 2014 113

21. Auszug aus dem Entscheid der Beschwerdekammer in Sachen A. GmbH gegen Bundesanwaltschaft vom 23. Oktober 2014 (RR.2014.95)

Internationale Rechtshilfe in Strafsachen; Parteistellung und Beschwerdelegitimation des Eigentümers im Rechtshilfeverfahren.

Art. 63 Abs. 2, 80b Abs. 1, 80h lit. b IRSG, Art. 9a lit. b IRSV

Der von der Beschlagnahme nur indirekt betroffene Hinterleger bzw. zivilrechtliche Eigentümer ist grundsätzlich nicht beschwerdelegitimiert gemäss Art. 80h lit. b IRSG i.V.m. Art. 9a lit. b IRSV; Bestätigung der Rechtsprechung (E. 3.2.2, 3.4.2, 3.5).

Bei der Beweismittelherausgabe nach Art. 74 Abs. 1 IRSG besteht der Schutz des Dritten, der gutgläubig Rechte erworben hat, nur, aber immerhin in der (einzuholenden) Zusicherung seitens der ersuchenden Behörde zur Rückgabe der Gegenstände gemäss Art. 74 Abs. 2 IRSG nach Abschluss ihres Verfahrens (E. 3.2.2).