

Das Aussagedilemma in parallelen Verfahren



GILLES BENEDICK
Dr. iur., Rechtsanwalt,
LL.M., Lugano

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Parallele Verfahren
- III. Die unterschiedliche Ausgestaltung der prozessualen Parteirechte und -pflichten im Verwaltungs- und Strafverfahren
 1. Die Mitwirkungspflicht im Verwaltungsverfahren und ihre Verletzung
 - a. Die Mitwirkungspflicht im Verwaltungsverfahren
 - b. Die Folgen der Verletzung der Mitwirkungspflicht
 2. Das Aussageverweigerungsrecht des Beschuldigten im Strafverfahren
 - a. Grundlage und Inhalt des Aussageverweigerungsrechts
 - b. Tragweite des Aussageverweigerungsrechts
 - c. Aussageverweigerungsrecht und Mitwirkungspflichten
 - d. Geltung des Aussageverweigerungsrechts für Unternehmen
- IV. Die Verwertung von Aussagen in parallelen Verfahren
 1. Verwertung von Aussagen, die im Strafverfahren gemacht wurden, im Verwaltungsverfahren
 2. Verwertung von Aussagen, die im Verwaltungsverfahren gemacht wurden, im Strafverfahren
 - a. Verwertbarkeit, sofern der *nemo tenetur*-Grundsatzes auch im Verwaltungsverfahren respektiert wird
 - b. Verletzung des *nemo tenetur*-Grundsatzes durch Anwendung von direktem Zwang
 - c. Verletzung des *nemo tenetur*-Grundsatzes durch Anwendung von indirektem Zwang
 3. Verwertung von Aussagen gegen Unternehmen
- V. Schlussbemerkungen

I. Einleitung

Im Verwaltungsverfahren unterstehen Parteien einer Mitwirkungs- und Auskunftspflicht, welche von der Behörde mittels Zwangsmassnahmen und Sanktionen mit Strafcharakter,

wie z. B. Bussen, durchgesetzt werden kann¹. Im Strafverfahren hingegen hat der Beschuldigte das Recht zu schweigen, weshalb Aussagen, die er unter Androhung von Sanktionen macht, im Rahmen des Strafprozesses grundsätzlich nicht verwertbar sind².

Wenn parallel zu einem Verwaltungsverfahren auch ein Strafverfahren geführt wird, sieht sich die betroffene Partei regelmässig mit einem Aussagedilemma konfrontiert. Als dann stehen nämlich die verwaltungsrechtlichen Mitwirkungs- und Auskunftspflichten dem strafprozessualen Aussageverweigerungsrecht gegenüber³.

Die Problematik lässt sich am Beispiel des Verfahrens des Finanzmarktenforcements darstellen: Nach der Praxis der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht (FINMA) wird der Beaufsichtigte im Aufsichtsverfahren zwar darauf hingewiesen, dass er die Mitwirkung verweigern kann, falls er sich dabei der Gefahr einer strafrechtlichen Verfolgung aussetzt. Die FINMA teilt dem Beaufsichtigten jedoch auch mit, dass sie die Verweigerung der Mitwirkung frei würdigen kann⁴. Unter diesen Voraussetzungen steht der Beaufsichtigte dem erwähnten Aussagedilemma gegenüber: Entweder er beruft sich auf sein (strafprozessuales) Aussageverweigerungsrecht und riskiert damit, das Enforcementverfahren zu verlieren. Oder aber er kooperiert mit der FINMA und läuft Gefahr, Aussagen zu machen, die in einem parallelen Strafverfahren gegen ihn verwendet werden können.

Der Autor bedankt sich herzlich beim seinem Kollegen Rechtsanwalt Dr. iur. Marco Bundi, LL.M., für die kritische Durchsicht dieses Aufsatzes.

¹ Vgl. nachstehend Ziff. III.1.

² Vgl. nachstehend Ziff. III.2.

³ ANDRÉ TERLINDEN, Der Untersuchungsbeauftragte der FINMA als Instrument des Finanzmarktenforcements, Diss. Zürich 2010, 181; WOLFGANG WOHLERS, Reformbedarf bei der Börsenaufsicht, in: Wolfgang Wohlers (Hrsg.), Neuere Entwicklungen im schweizerischen und internationalen Wirtschaftsstrafrecht, Zürich 2007, 41 ff., 69 ff. (zitiert: Reformbedarf); WOLFGANG WOHLERS, Selbstregulierung – Aufsichtsrecht – Strafrecht: (Ziel-)Konflikte und Interdependenzen, in: Jürg-Beat Ackermann/Wolfgang Wohlers (Hrsg.), Finanzmarkt ausser Kontrolle? Selbstregulierung – Aufsichtsrecht – Strafrecht, Zürich 2009, 267 ff., 285 und 293 (zitiert: Selbstregulierung); vgl. auch Erläuternder Bericht zur Änderung des Bundesgesetzes über die Börsen und den Effektenhandel (Börsendelikte und Marktmissbrauch) vom 15. Januar 2010, 11 und 15; Bericht der Expertenkommission Börsendelikte und Marktmissbrauch vom 29. Januar 2009, 25 f.

⁴ Vgl. URS ZULAUF/DAVID WYSS/DANIEL ROTH, Finanzmarktenforcement, Bern 2008, 210; URS ZULAUF, Procédure devant la CFB («Enforcement»): drame en cinq actes et épilogue, in: Luc Thévenoz/Christian Bovet (Hrsg.), Journée 2006 de droit bancaire et financier, Zürich 2007, 178 ff., 187.

Dieser Aufsatz bezweckt, die Gründe für das aufgezeigte Aussagedilemma in parallelen Verfahren darzulegen und die damit zusammenhängende Frage zu erörtern, ob und inwiefern Aussagen, die im Verwaltungsverfahren unter Hinweis auf die Mitwirkungs- und Auskunftspflicht gemacht wurden, in einem parallelen Strafverfahren verwertet werden dürfen⁵.

II. Parallele Verfahren

Bei parallelen Verfahren im hier verstandenen Sinn handelt es sich um gleichzeitig oder nacheinander stattfindende Erkenntnisverfahren, die (1.) auf dem gleichen Sachverhalt beruhen und (2.) gegen die gleiche Partei oder die gleichen Parteien gerichtet sind.

Ein und derselbe Sachverhalt kann Anlass zur Eröffnung mehrerer, gleichzeitig oder nacheinander stattfindender Verfahren geben. Beispielsweise kann die Verletzung von Verkehrsregeln ein verwaltungsrechtliches Verfahren zum Entzug des Führerausweises⁶ und gleichzeitig die Eröffnung einer Strafuntersuchung wegen der Verletzung von Verkehrsregeln⁷ auslösen. Parallele Verfahren treten sodann häufig im Steuerrecht auf, etwa im Zusammenhang mit einem Nachsteuer- und Steuerhinterziehungsverfahren. Schliesslich sind parallele Verfahren im Bereich des Finanzmarktes anzutreffen: Zuständig für das Finanzmarktenforcement ist zunächst die FINMA⁸. Daneben können jedoch auch weitere Behörden tätig werden: Verfolgende und urteilende Behörde für die Widerhandlungen gegen die Strafbestimmungen des Finanzmarktaufsichtsgesetzes sind das Eidgenössische Finanzdepartement oder die Bundesanwaltschaft⁹. Die Verantwortung für die Verfolgung von Gemeindelikt nach StGB (z.B. einem Verstoß gegen den Insiderstatbestand nach Art. 161 StGB) liegt hingegen bei den kantonalen Strafverfolgungsbehörden¹⁰.

Ob das Strafuntersuchungsverfahren vor, parallel oder nach dem Verwaltungsverfahren stattfindet, hängt vom jeweiligen Rechtsgebiet ab. Während das Nachsteuer- und Steuerhinterziehungsverfahren in der Regel gleichzeitig durchgeführt wird¹¹, ist das Enforcementverfahren der FINMA der Strafuntersuchung üblicherweise vorgeschaltet¹². Bei einer Strassenverkehrsregelverletzung erfolgt der Entzug des Führerausweises – d.h. das Administrativverfahren – hingegen regelmässig nach der Durchführung des Strafverfahrens.

Da die massgeblichen Gesetze vielfach Bestimmungen enthalten, wonach die Verwaltungsbehörde und die Strafverfolgungsbehörden einander Rechts- und Amtshilfe leisten¹³, müssen die Parteien im Verwaltungsverfahren vorsichtigerweise davon ausgehen, dass die Akten an die Strafverfolgungsbehörden herausgegeben werden können¹⁴.

III. Die unterschiedliche Ausgestaltung der prozessualen Parteirechte und -pflichten im Verwaltungs- und Strafverfahren

1. Die Mitwirkungspflicht im Verwaltungsverfahren und ihre Verletzung

a. Die Mitwirkungspflicht im Verwaltungsverfahren

Die Behörde stellt im Verwaltungsverfahren den Sachverhalt von Amtes wegen fest¹⁵. Die Parteien sind jedoch verpflich-

siner Strafverfolgungsbehörden, vgl. <http://www.finma.ch/d/aktuell/seiten/mm-aston-bank-20100106.aspx>.

¹¹ Initiative des Kantons Jura, Aufhebung von Bundessteuerbestimmungen, die gegen Artikel 6 EMRK verstossen, Bericht der Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Ständerates vom 13. Februar 2006, BB1 2006 4021, 4025 (zitiert: Botschaft Initiative des Kantons Jura).

¹² BAUMGARTEN/BURCKHARDT/ROESCH (FN 5), 176; CHRISTOPH HOHLER/NIKLAUS SCHMID, Die Stellung der Bank und ihrer Mitarbeiter im Strafverfahren unter besonderer Berücksichtigung der Verantwortlichkeit der Bank nach StGB 100^{quater} f., AJP/PJA 2005, 515 ff., 525. Im Einzelfall kann jedoch das Strafverfahren Vorrang vor dem Verwaltungsverfahren haben, vgl. ZULAUF/ROTH/WYSS (FN 4), 203.

¹³ Z. B. Art. 38 FINMAG und Art. 112 DBG; vgl. ferner NIKLAUS SCHMID, Strafverfahren und sein Verhältnis zu Administrativuntersuchung und Disziplinarverfahren, in: Bernhard Ehrenzeller/Rainer J. Schweizer (Hrsg.), Administrativuntersuchung in der öffentlichen Verwaltung und in privaten Grossunternehmen, St. Gallen 2004, 43 ff., 56 ff. (zitiert: Administrativuntersuchung); JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY/FRANCA CONTRATTO, FINMA, Basel 2009, 111; ZULAUF/ROTH/WYSS (FN 4), 202 ff.

¹⁴ Betreffend die Herausgabe von Akten in einem Gewährsverfahren: BAUMGARTEN/BURCKHARDT/ROESCH (FN 5), 178.

¹⁵ Art. 12 VwVG; BGE 99 Ib 104 (109) E. 4; BENOÎT BOVAY, Procédure administrative, Bern 2000, 175 ff.; ULRICH HÄFELIN/

⁵ Vgl. nachstehend Ziff. IV. Die (taktische) Frage, wie sich die betroffene Partei im Einzelfall zu verhalten habe – Schweigen oder Kooperieren – stellt hingegen nicht Gegenstand dieses Aufsatzes dar; vgl. hierzu MARK-OLIVER BAUMGARTEN/PETER BURCKHARDT/ALEXANDER ROESCH, Gewährsverfahren im Bankenrecht und Verhältnis zum Strafverfahren, AJP/PJA 2006, 169 ff., 178 f.; NIKLAUS SCHMID, Strafbarkeit des Unternehmens: die prozessuale Seite, in: recht 2003, 201 ff., 207 f. (zitiert: Strafbarkeit).

⁶ Art. 16 ff. i.V.m. Art. 22 SVG.

⁷ Art. 90 SVG.

⁸ Art. 4 FINMAG.

⁹ Art. 50 Abs. 1 und 2 FINMAG.

¹⁰ ZULAUF/ROTH/WYSS (FN 4), 21. Vgl. beispielsweise das Verfahren gegen die Aston Bank SA: Da der Verdacht bestand, dass die Bewilligungsvoraussetzungen von der Aston Bank SA nicht mehr erfüllt werden, setzte die FINMA einen Untersuchungsbeauftragten ein. Gleichzeitig lief gegen den Generaldirektor der Bank und seinen Stellvertreter eine Untersuchung der Tes-

tet, an der Feststellung des Sachverhaltes mitzuwirken¹⁶. Diese Mitwirkungspflicht¹⁷ erfasst etwa im Verfahren vor der FINMA die Pflicht, ihr alle Auskünfte zu erteilen und Unterlagen herauszugeben, die sie zur Erfüllung ihrer Aufgaben benötigt¹⁸. Im Steuerverfahren muss «der Steuerpflichtige ... alles tun, um eine vollständige und richtige Veranlagung zu ermöglichen»¹⁹.

Die Mitwirkungspflicht stellt ein Gegengewicht zu den – im Vergleich zu den Strafverfolgungsbehörden – deutlich eingeschränkten Beweiserhebungsmöglichkeiten durch die Verwaltungsbehörden dar²⁰. Ferner wird darauf hingewiesen, dass die Behörde bei der Feststellung des Sachverhalts auf die Mitwirkung der Partei, welche häufig die einzigen Informationsträger in Bezug auf die feststellungsbedürftige Tatsache sind, angewiesen ist²¹.

b. Die Folgen der Verletzung der Mitwirkungspflicht

Verletzt eine Partei die verfahrensrechtliche Mitwirkungspflicht, kann sie von der Behörde sanktioniert werden. Die Verletzung der Mitwirkungspflicht hat im Steuerverfahren nach erfolgter Mahnung des Steuerpflichtigen etwa die Verhängung einer Busse²² oder die Veranlagung nach pflichtgemäßem Ermessen zur Folge²³. Unter Umständen kann die Mitwirkungspflicht auch durch Androhung einer Ungehorsamsstrafe nach Art. 292 StGB oder gar durch Anwendung unmittelbaren Zwangs durchgesetzt werden²⁴.

Der Grundsatz der freien Beweiswürdigung, der für das gesamte Verwaltungsverfahren gilt²⁵, verlangt, dass sich die urteilende Instanz sorgfältig, gewissenhaft und unvoreingenommen ihre Meinung darüber bildet, ob der zu beweisende Sachumstand als wahr zu gelten hat oder nicht²⁶. Bei der Beweiswürdigung sind auch die Art und das Mass der Mitwirkung der Partei zu werten²⁷. Verletzt eine Partei ihre Mitwirkungspflicht, kann dies somit im Rahmen der freien Beweiswürdigung zum Nachteil der nicht kooperativen Partei berücksichtigt werden²⁸.

Die Möglichkeit eines negativen Beweisschlusses²⁹ wird explizit in Art. 22 Abs. 4 BewG kodifiziert. Gemäss dieser Bestimmung kann die Behörde zu Ungunsten des Erwerbers entscheiden, wenn ein Auskunftspflichtiger die notwendige und zumutbare Mitwirkung verweigert. Der Grundsatz hat im Verwaltungsverfahren jedoch allgemeine Geltung: Im Steuerverfahren etwa führt die durch mangelnde Mitwirkung

GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. A., Zürich 2010, N 1625.

¹⁶ Vgl. etwa BOVAY (FN 15), 178 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 15), N 1626. Die Mitwirkungspflicht greift zumindest insofern, als eine Partei das Verfahren durch eigenes Begehren eingeleitet hat oder darin eigene Rechte geltend macht: Art. 13 Abs. 1 lit. a und b VwVG; BGE 124 II 361 (365) E. 2b; vgl. aber auch Art. 13 Abs. 1 lit. c VwVG, welcher einen Vorbehalt zu Gunsten weitergehender spezialgesetzlicher Mitwirkungs- und Auskunftspflichten enthält, PATRICK L. KRAUSKOPF/KATRIN EMMENEGGER, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger (Hrsg.), Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich 2009, N 17 ff. zu Art. 13 VwVG.

¹⁷ Wenn nachfolgend von der «Mitwirkungspflicht» der Partei im Verwaltungsverfahren gesprochen wird, ist stets auch die damit verbundene Auskunftspflicht einbegriffen.

¹⁸ Art. 29 FINMAG; Bericht der Expertenkommission Börsendelitte und Marktmissbrauch vom 29. Januar 2009, 25.

¹⁹ Art. 126 Abs. 1 DBG; Art. 42 Abs. 1 StHG.

²⁰ Die FINMA ist u.a. nicht befugt, Hausdurchsuchungen anzuordnen oder Beweismittel zu beschlagnahmen, vgl. etwa BAUMGARTEN/BURCKHARDT/ROESCH (FN 5), 177; vgl. ferner ZULAUF/ROTH/WYSS (FN 4), 159; Bericht der Eidgenössischen Bankenkommission über die Sanktionsbefugnisse in der Aufsicht über Banken, Effekthändler und Fondsleitungen («Institutsaufsicht») und in der Überwachung der Märkte hinsichtlich Insiderdelikten, Kursmanipulationen und anderen Marktverhaltensregeln («Marktaufsicht») im Hinblick auf die Neugestaltung der Finanzmarktaufsicht in der Schweiz, April 2003, 23 (zitiert: EBK-Sanktionsbericht).

²¹ BGE 130 II 449 (464) E. 6.6.1; BGE 128 II 139 (142 f.) E. 2b; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 15), N 1630; betreffend das Steuerverfahren: Urteile A-1501/2006 und A-1502/2006 des Bundesverwaltungsgerichts vom 6. November 2008, E. 5.2; vgl. auch Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über das Verwaltungsverfahren (Bundesverwaltungsverfahren) vom 24. September 1965, BBl 1965 II 1348, 1355, wonach die Mitwirkungspflicht der Entlastung der Verwaltungsgerichtsbarkeit dienen soll.

²² Art. 174 DBG; Art. 55 StHG.

²³ Art. 130 Abs. 2 DBG; Art. 46 Abs. 3 StHG.

²⁴ VPB 51.54 E. 2.1; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 15), N 1631.

²⁵ Art. 19 VwVG i.V.m. Art. 40 des Bundesgesetzes vom 4. Dezember 1947 über den Bundeszivilprozess, SR 273; vgl. BVGE 2008/23, E. 4.1; Urteil C-1189/2006 des Bundesverwaltungsgerichts vom 3. April 2009, E. 4.1.

²⁶ BVGE 2008/23 E. 4.1.

²⁷ Betreffend das Steuerverfahren: Urteile A-1501/2006 und A-1502/2006 des Bundesverwaltungsgerichts vom 6. November 2008, E. 5.2.

²⁸ BAUMGARTEN/BURCKHARDT/ROESCH (FN 5), 177; CLÉMENCE GRISEL, L'obligation de collaborer des parties en procédure administrative, Diss., Zürich 2008, N 798 ff.; BGE 128 II 139: «Genügt [der Betroffene] seiner Mitwirkungspflicht im Verwaltungsverfahren nicht [und] lässt die Verwaltungsbehörde den Betroffenen die Folgen der unbewiesenen Behauptung tragen, verletzt sie keine wesentlichen Verfahrensbestimmungen».

²⁹ Der Begriff des «negativen Beweisschlusses» umschreibt in den nachfolgenden Ausführungen die Beweiswürdigung zu Ungunsten jener Partei, welche die Mitwirkungspflicht verletzt hat. Vgl. zur «adverse inference» im US-amerikanischen Recht: Urteil des Obersten Gerichtshof der Vereinigten Staaten i.S. *Baxter gegen Palmigiano*, 425 U.S. 308, 318 f. (1976); ELKAN ABRAMOWITZ/JED S. RAKOFF, The Fifth Amendment Privilege in Civil Litigation: Assertion, Waiver, and Consequences, Practising Law Institute, Litigation and Administrative Practice Course Handbook Series, 1985, 211 ff., 239 ff.

verschuldeterweise vom Steuerpflichtigen herbeigeführte «Beweisnot» der Steuerbehörde je nach Lehrmeinung zu einer entsprechenden Berücksichtigung der Verletzung der Mitwirkungspflichten im Rahmen der Beweiswürdigung, zu einer Beweiserleichterung zu Gunsten der Steuerbehörde oder gar zu einer Überbindung der Beweislast auf den Steuerpflichtigen³⁰. Ferner kann die Nichtbeachtung der Mitwirkungspflicht für die nicht kooperative Partei auch im Verfahren vor der FINMA prozessuale Nachteile zur Folge haben³¹.

2. Das Aussageverweigerungsrecht des Beschuldigten im Strafverfahren

a. Grundlage und Inhalt des Aussageverweigerungsrechts

Den Beschuldigten in einem Strafverfahren trifft keine Pflicht, durch aktives Verhalten die Untersuchung zu fördern und so zu seiner eigenen Überführung beizutragen (*nemo tenetur se ipsum accusare*). Diese Garantie ist ausdrücklich in Art. 14 Ziff. 3 lit. g UNO-Pakt II enthalten³². Das Recht des Beschuldigten, zu schweigen und sich nicht selbst belasten zu müssen, wird ferner aus Art. 6 Ziff. 1 EMRK abgeleitet³³: Es sind international anerkannte Grundsätze, die den Kern eines fairen Verfahrens gemäss Art. 6 EMRK ausmachen, auch wenn die EMRK diese Grundsätze nicht ausdrücklich erwähnt³⁴. Das Aussageverweigerungsrecht des Beschuldigten wird nunmehr ausdrücklich in Art. 113 Abs. 1 erster Satz StPO statuiert³⁵.

Der *nemo tenetur*-Grundsatz besagt, dass der Beschuldigte in einem Strafverfahren nicht zu Aussagen verpflichtet ist³⁶ und deshalb nicht mit Sanktionen belegt werden darf, wenn er die Aussage verweigert³⁷. Insbesondere kann das Strafgericht nicht einfach aus dem Schweigen auf die Schuld des Angeklagten schliessen³⁸. Das Recht, sich nicht selbst belasten zu müssen, dient in erster Linie dem Schutz des Willens eines Beschuldigten, zur Anklage schweigen zu wollen³⁹. 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 haben⁴⁰. Dies schliesst nicht nur die Anwendung körperlichen Zwangs aus, sondern erfasst auch Fälle, in denen die Verweigerung durch Bussen sanktioniert oder die Strafverfolgung angedroht wird⁴¹.

b. Tragweite des Aussageverweigerungsrechts

Das Recht zu schweigen im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK, steht dem Beschuldigten unter der Voraussetzung zu, dass eine «strafrechtliche Anklage» («*criminal charge*») vorliegt⁴². Ob dies der Fall ist, entscheidet der Europäische Ge-

³⁰ Siehe Urteile A-1501/2006 und A-1502/2006 des Bundesverwaltungsgerichts vom 6. November 2008, E. 5.2.

³¹ EBK Bulletin 1994/25, 14 f.; EBK Bulletin 1993/23, 12; BEAT KLEINER, in: Daniel Bodmer/Beat Kleiner/Benno Lutz (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen, Dieter Zobl (Hrsg.), 18. Nachlieferung, Zürich 2009, N 9 zu Art. 23^{bis} BankG; TOMAS POLEDNA/LORENZO MARAZZOTTA, in: Rolf Watter/Nedim Peter Vogt/Thomas Bauer/Christoph Winzeler (Hrsg.), Basler Kommentar, Bankengesetz, Basel 2005, N 26 zu Art. 23^{bis} BankG; TERLINDEN (FN 3), 184; ZULAUF/ROTH/WYSS (FN 4), 208.

³² Internationaler Pakt vom 16. Dezember 1966 über bürgerliche und politische Rechte, SR 0.103.2: «Jeder wegen einer strafbaren Handlung Angeklagte hat in gleicher Weise im Verfahren Anspruch auf folgende Mindestgarantien: er darf nicht gezwungen werden, gegen sich selbst als Zeuge auszusagen oder sich schuldig zu bekennen».

³³ BGE 130 I 126 (128) E. 2.1; BGE 121 II 273 (281 f.) E. 3; Urteil 1P.277/2004 des Bundesgerichts vom 15. September 2004, E. 2.1.

³⁴ Urteil des EGMR i.S. *John Murray gegen Grossbritannien* vom 8. Februar 1996, Nr. 18731/91, Ziff. 45, *Recueil* 1996-I; Urteil des EGMR i.S. *J.B. gegen Schweiz* vom 3. Mai 2001, Nr. 31827/96, Ziff. 64, CEDH 2001-III; vgl. auch Urteil des EGMR i.S. *Saunders gegen Grossbritannien* vom 17. Februar 1996, Nr. 19187/91, Ziff. 68, *Recueil* 1996-VI; Urteil des EGMR i.S. *Weh gegen Österreich* vom 8. April 2004, Nr. 38544/97, Ziff. 39.

³⁵ «Die beschuldigte Person muss sich nicht selbst belasten. Sie hat namentlich das Recht, die Aussage und ihre Mitwirkung im Strafverfahren zu verweigern».

³⁶ Ebenso wenig darf der Beschuldigte gezwungen werden, belastende Akten vorzulegen, vgl. Art. 113 Abs. 1 und 265 Abs. 2 lit. a StPO; NIKLAUS SCHMID, Handbuch des schweizerischen Strafrechts, Zürich 2009, N 672 ff. (zitiert: Handbuch); Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005, BBl 2006 1085, 1209 (zitiert: Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts).

³⁷ BGE 106 Ia 7, der Direktor der Strafanstalt verhängte gegen X. eine 15tägige Arreststrafe, weil ein Insasse die Aussage zum Vorwurf verweigerte, er sei einem Mitinsassen bei der Flucht behilflich gewesen. Das Bundesgericht stellte fest, dass eine solche disziplinarische Bestrafung gegen den *nemo tenetur*-Grundsatz verstösst; vgl. ferner SCHMID, Handbuch (FN 36), N 672.

³⁸ Urteil des EGMR i.S. *John Murray gegen Grossbritannien* (FN 34), Ziff. 47; Urteil 1P.641/2000 des Bundesgerichts vom 24. April 2001, E. 3.

³⁹ Urteil des EGMR i.S. *Weh gegen Österreich* (FN 34), Ziff. 39; Urteil des EGMR i.S. *Saunders gegen Grossbritannien* (FN 34), Ziff. 69; Urteil des EGMR i.S. *Jalloh gegen Deutschland* vom 11. Juli 2006, Nr. 54810/00, Ziff. 102, CEDH 2006-IX.

⁴⁰ Urteil des EGMR i.S. *Jalloh gegen Deutschland* (FN 39), Ziff. 102, Urteil des EGMR i.S. *Saunders gegen Grossbritannien* (FN 34), Ziff. 68; Urteil des EGMR i.S. *J.B. gegen Schweiz* (FN 34), Ziff. 64; Urteil des EGMR i.S. *Heaney und McGuinness gegen Irland* vom 21. Dezember 2000, Nr. 34720/97, Ziff. 40, CEDH 2000-XII.

⁴¹ WOHLERS, Reformbedarf (FN 3), 70 m.w.H.; WOHLERS, Selbstregulierung (FN 3), 294.

⁴² Vgl. etwa BGE 121 II 273 (282 f.) E. 3b; WOHLERS, Reformbedarf (FN 3), 64 ff.

richtshof für Menschenrechte (EGMR) gemäss autonomer Auslegung des Begriffs⁴³.

Zum einen unterliegt die Zuordnung einer rechtswidrigen Handlung zu einem anderen als dem strafrechtlichen Bereich, etwa dem Disziplinar- oder dem Verwaltungsrecht, der Kontrolle des EGMR⁴⁴. Zum anderen liegt eine «strafrechtliche Anklage» im Sinne der EMRK nicht nur vor, wenn gegen den Beschuldigten bereits ein Strafverfahren läuft, sondern schon dann, wenn Massnahmen eine solche Anklage implizieren und wenn solche Massnahmen ebenfalls massgebend die Lage des Betroffenen berühren⁴⁵. Ob sich eine Partei ausserhalb eines Strafverfahrens auf ihr Aussageverweigerungsrecht berufen kann, hängt somit davon ab, wie wahrscheinlich die Eröffnung eines Strafverfahrens gegen sie ist. Gemäss EGMR kann sich die Partei jedenfalls dann auf ihr Schweigerecht berufen, wenn ein Strafverfahren zumindest in Aussicht gestellt ist⁴⁶. Im Urteil in Sachen *J.B. v. Schweiz* scheint der EGMR die Messlatte tiefer anzusetzen und es bereits genügen zu lassen, dass die betroffene Partei «nicht ausschliessen kann», wegen einer Straftat angeklagt zu werden⁴⁷. Der EMRK-Rechtsprechung ist jedenfalls zu entnehmen, dass sich die betroffene Partei auf das Aussageverweigerungsrecht berufen kann, wenn aufgrund der Umstände des Falles eine spätere Strafverfolgung mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist⁴⁸.

Aus der genannten Rechtsprechung folgt jedoch auch, dass die Partei ausserhalb eines Strafverfahrens (also etwa in einem Verwaltungsverfahren) sich nicht auf das Schweigerecht berufen kann, sofern gegen sie kein Strafverfahrenhängig ist und auch keines in Aussicht gestellt wird. Liegt keine

«strafrechtliche Anklage» vor und ist deshalb der Anwendungsbereich von Art. 6 EMRK nicht eröffnet, verbietet das Aussageverweigerungsrecht die Anwendung von Zwangsmassnahmen zur Erlangung von Beweismitteln nicht⁴⁹.

c. Aussageverweigerungsrecht und Mitwirkungspflichten

Den Beschuldigten treffen gewisse Mitwirkungspflichten⁵⁰, wie zum Beispiel die Erscheinungspflicht⁵¹. Er muss ferner Zwangsmassnahmen gegen sich erdulden⁵². Inwiefern weitergehende Mitwirkungspflichten des Beschuldigten im Strafverfahren⁵³ mit dem *nemo tenetur*-Grundsatz vereinbar sind, ist fraglich.

Bei der Beurteilung, ob allfällige Mitwirkungspflichten im Einklang mit dem *nemo tenetur*-Grundsatz stehen, ist an die Sanktionen anzuknüpfen, die der Partei bei der Verletzung solcher Mitwirkungspflichten drohen. Dabei ist zwischen direktem und indirektem Zwang zu unterscheiden: Bei ersterem werden der betroffenen Partei im Falle einer Verletzung der Mitwirkungspflicht Sanktionen wie Busse oder Freiheitsentzug angedroht. Indirekter Zwang liegt hingegen vor, wenn die Verletzung von Mitwirkungspflichten bei der Beweiswürdigung negativ bewertet wird.

Was die Anwendung von direktem Zwang zur Durchsetzung der Mitwirkungspflicht betrifft, sind folgende Entscheide des EGMR anzuführen: Einerseits verstösst es gegen Art. 6 Abs. 1 EMRK, einen Steuerpflichtigen, der sich weigert, im Rahmen des gegen ihn eingeleiteten Hinter-

⁴³ Urteil des EGMR i.S. *Saunders gegen Grossbritannien* (FN 34), Ziff. 67; WOHLERS, Reformbedarf (FN 3), 65 m.w.H.

⁴⁴ JOCHEN ABR. FROWEIN/WOLFGANG PEUKERT, Europäische Menschenrechtskonvention, 3. A., Kehl am Rhein 2009, N 25 zu Art. 6 EMRK; vgl. ferner PIETER VAN DIJK/FRIED VAN HOOFF/ARIEN VAN RIJN/LEO ZWAAK, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 4. A., Antwerpen 2006, 543.

⁴⁵ Urteil des EGMR i.S. *Corigliano gegen Italien* vom 10. Dezember 1992, Nr. 8304/78, Ziff. 34, Serie A Nr. 57: «... *charge*, for the purposes of Article 6 § 1 ... may in some instances take the form of other measures which carry the implication of such an allegation and which likewise substantially affect the situation of the suspect»; Urteil des EGMR i.S. *Foti et. al. gegen Italien* vom 10. Dezember 1982, Nr. 7604/76 et. al., Ziff. 52, Serie A Nr. 56; DIJK/HOOFF/RIJN/ZWAAK (FN 44), 541.

⁴⁶ Urteil des EGMR i.S. *Weh gegen Österreich* (FN 34), Ziff. 52: «*anticipated*»; vgl. auch DIJK/HOOFF/RIJN/ZWAAK (FN 44), 541.

⁴⁷ Vgl. Urteil des EGMR i.S. *J.B. gegen Schweiz* (FN 34), Ziff. 66: «*Could not exclude that ... he might be charged with the offence of tax evasion*».

⁴⁸ Vgl. WOHLERS, Reformbedarf (FN 3), 72; strenger hingegen BGE 106 Ia 7 (9) E. 4, wonach der Beschuldigte sich auf das Aussageverweigerungsrecht berufen kann, sofern die Strafuntersuchung unmittelbar bevorsteht.

⁴⁹ Urteil des EGMR i.S. *Weh gegen Österreich* (FN 34), Ziff. 44: «*It also follows from the Court's case-law that the privilege against self-incrimination does not per se prohibit the use of compulsory powers to obtain information outside the context of criminal proceedings against the person concerned*»; vgl. ferner Urteil 2A.580/2003 des Bundesgerichts vom 10. Mai 2004, E. 2.3, wonach die strafprozessrechtlichen Grundsätze im Verwaltungsverfahren keine Geltung haben; BVGE 2008/23, E. 4.1.

⁵⁰ SCHMID, Handbuch (FN 36), N 670.

⁵¹ Vgl. Art. 201 ff. und 336 Abs. 1 StPO.

⁵² Art. 113 Abs. 1 zweiter Satz StPO: Die beschuldigte Person «muss sich aber den gesetzlich vorgesehenen Zwangsmassnahmen unterziehen». Beweise (z. B. Schriftstücke, welche gemäss einem Gerichtsbeschluss erlangt werden, Atemluft-, Blut- und Harnproben sowie Gewebeproben zum Zweck einer DNA-Untersuchung), die durch den Einsatz solcher Zwangsmassnahmen erhoben werden, bestehen unabhängig vom Willen des Beschuldigten und werden deshalb vom *privilege against self-incrimination* nicht erfasst, vgl. Urteil des EGMR i.S. *J.B. gegen Schweiz* (FN 34), Ziff. 68; GÉRARD PIQUEREZ, *Traité de procédure pénale suisse*, Zürich 2006, 306.

⁵³ Vgl. etwa im Bereich des Strassenverkehrsrecht (Pflicht zum Betrieb des vorgeschriebenen Fahrtenschreibers, Art. 14 ff. ARV 1 und 2; Mitwirkungspflichten bei einem Unfall, Art. 51 SVG) oder im Umweltschutzrecht (Meldung von Störfällen, Art. 11 StFV).

ziehungsverfahrens den Steuerbehörden Beweismittel herauszugeben, mittels einer Busse gleichwohl dazu zwingen zu wollen⁵⁴. Andererseits liegt in der unter Strafandrohung erfolgten Aufforderung an einen Fahrzeughalter, die Person zu nennen, die das Fahrzeug während der Geschwindigkeitsüberschreitung gelenkt hat, grundsätzlich keine Verletzung des Aussageverweigerungsrechts vor, selbst wenn sich der Halter selbst bezichtigen müsste⁵⁵. Wie lassen sich beide Entscheide miteinander vereinbaren?

Gerechtfertigt wird die Zulässigkeit der Anwendung von direktem Zwang im letztgenannten Fall zum einen damit, dass sich der Fahrzeughalter der Strassenverkehrs-gesetzgebung unterwirft und damit gewisse Pflichten in Kauf nehmen muss⁵⁶. Zum anderen hebt der EGMR die limitierte Natur der Information, die gegeben werden muss, hervor⁵⁷. Dadurch unterscheidet sich die Pflicht des Fahrzeughalters, den Lenker des Fahrzeugs zu identifizieren, von umfangreicheren Mitwirkungspflichten, die der EGMR als unzulässig beurteilt hat⁵⁸.

Gemäss neuerer Rechtsprechung des EGMR gilt das Recht zu schweigen somit nicht absolut⁵⁹. Ob der Zwang mit

dem Erfordernis eines fairen Verfahrens vereinbar ist, beurteilt sich nach den Umständen des Einzelfalles. Dabei stellt der EGMR auf die Natur und den Grad des angewandten Zwangs zur Erlangung des Beweismittels, die Existenz von verfahrensrechtlichen Garantien sowie den Gebrauch des Beweismaterials ab⁶⁰.

Wie verhält es sich, wenn für den Fall des Schweigens keine Busse oder Freiheitsstrafe verhängt⁶¹, sondern das Schweigen bei der Beweiswürdigung «lediglich» negativ bewertet wird? Wird die Freiheit zur Aussageverweigerung in unzulässiger Weise beeinträchtigt, wenn aus der Aussageverweigerung negative Schlüsse zu Lasten des Beschuldigten gezogen werden⁶²?

Gemäss dem Europäischen Gerichtshof bedeutet auch die Belehrung des Beschuldigten darüber, dass sein Schweigen negative Beweisschlüsse zur Folge haben kann, ein gewisses Mass an indirektem Zwang⁶³. Der EGMR betont aber auch, das Aussageverweigerungsrecht sei kein absolutes Recht, es schütze nur vor ungehörigem Zwang («*improper compulsion*»), wobei nicht bei jedem noch so geringen Mass an Druck eine Verletzung der EMRK anzunehmen sei⁶⁴.

Im Leitentscheid *Murray* hielt der EGMR fest, dass ein Gericht vom Schweigen des Angeklagten allein nicht auf dessen Schuld schliessen kann. Nur für den Fall, dass die belastenden Beweise geradezu nach einer Erklärung «rufen», die der Angeschuldigte ohne Weiteres geben können müsste, kann die fehlende Erklärung «den Schluss erlauben, dass gesunder Menschenverstand zu keiner anderen Erklärung führen kann, als zu der, dass der Angeklagte schuldig

⁵⁴ Urteil des EGMR i.S. *J.B. gegen Schweiz* (FN 34), Ziff. 66 ff.; vgl. auch Urteil des EGMR i.S. *Funke gegen Frankreich* vom 25. Februar 1993, Nr. 10828/84, Ziff. 44, Serie A Nr. 256.

⁵⁵ Urteil des EGMR i.S. *O'Halloran und Francis gegen Grossbritannien* vom 29. Juni 2007, Nr. 15809/02 und Nr. 25624/02, Ziff. 62 (teilweise publ. in WOLFGANG WOHLERS, EGMR, Grand Chamber, Case of O'Halloran and Francis v. the United Kingdom vom 29. Juni 2007, Applications nos. 15809/02 und 25624/02, forumpoenale 2008, 2 ff. [zitiert: O'Halloran]).

⁵⁶ Urteil des EGMR i.S. *O'Halloran und Francis gegen Grossbritannien* (FN 55), Ziff. 57: «All who own or drive motor cars know that by doing so they subject themselves to a regulatory regime. [...] Those [...] can be taken to have accepted certain responsibilities and obligations as part of the regulatory regime relating to motor vehicles [...]»; vgl. ferner Urteil 6B_439/2010 des Bundesgerichts vom 29. Juni 2010, E. 5.3; Urteil 6B_571/2009 des Bundesgerichts vom 28. Dezember 2009, E. 3.2; Urteil 6B_1053/2009 des Bundesgerichts vom 29. März 2009, E. 2.4.

⁵⁷ Urteil des EGMR i.S. *O'Halloran und Francis gegen Grossbritannien* (FN 55), Ziff. 58; Urteil des EGMR i.S. *Lückhof und Spanner gegen Österreich* vom 10. Januar 2008, Nr. 58452/00 und 61920/00, Ziff. 55.

⁵⁸ Urteil des EGMR i.S. *Lückhof und Spanner gegen Österreich* (FN 57), Ziff. 55; vgl. auch Urteil des EGMR i.S. *O'Halloran und Francis gegen Grossbritannien* (FN 55), Ziff. 58, wonach die Pflicht des Fahrzeughalters, den Fahrer zu nennen, weniger weitreichend sei als die umfassende Editions-pflicht in den Urteilen i.S. *J.B. gegen Schweiz* (FN 34) sowie *Funke gegen Frankreich* (FN 54); vgl. zur Rechtsprechung des Bundesgerichts: Urteil 6B_439/2010 des Bundesgerichts vom 29. Juni 2010, E. 5.4; diese Argumentation kritisierend: WOHLERS, O'Halloran (FN 55), 7 f.; vgl. auch die *dissenting opinion* von Richter Pavlovski, in: Urteil des EGMR i.S. *O'Halloran und Francis gegen Grossbritannien* (FN 55).

⁵⁹ Urteil des EGMR i.S. *O'Halloran und Francis gegen Grossbritannien* (FN 55), Ziff. 53; Urteil des EGMR i.S. *Lückhof*

und Spanner gegen Österreich (FN 57), Ziff. 52 ff.; Urteil des EGMR i.S. *Jalloh gegen Deutschland* (FN 39), Ziff. 101; Urteil des EGMR i.S. *Heaney und McGuinness gegen Irland* (FN 40), Ziff. 51 ff.; anders noch: REGULA SCHLAURI, Das Verbot des Selbstbelastungszwangs im Strafverfahren, Diss., Zürich 2003, 362.

⁶⁰ Urteil des EGMR i.S. *Lückhof und Spanner gegen Österreich* (FN 57), Ziff. 52; Urteil des EGMR i.S. *O'Halloran und Francis gegen Grossbritannien* (FN 55), Ziff. 55; JÖRG PAUL MÜLLER/MARKUS SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz, 4. A., Bern 2008, 985; vgl. zur Rechtsprechung des Bundesgerichts: Urteil 6B_439/2010 des Bundesgerichts vom 29. Juni 2010, E. 5.3.

⁶¹ Eine Busse wurde etwa im Urteil des EGMR i.S. *J.B. gegen Schweiz* angedroht, eine Freiheitsstrafe im Urteil des EGMR i.S. *Saunders gegen Grossbritannien*.

⁶² Eine Verletzung des *nemo tenetur*-Grundsatzes befürwortend ZR 96 (1997) Nr. 19.

⁶³ Urteil des EGMR i.S. *John Murray gegen Grossbritannien* (FN 34), Ziff. 50; Urteil des EGMR i.S. *Averill gegen Grossbritannien* vom 6. Juni 2000, Nr. 36408/97, Ziff. 48, CEDH 2000-VI.

⁶⁴ Urteil des EGMR i.S. *John Murray gegen Grossbritannien* (FN 34), Ziff. 46; vgl. ferner Urteil des EGMR i.S. *Weh gegen Österreich* (FN 34), Ziff. 46; Urteil des EGMR i.S. *Heaney und McGuinness gegen Irland*, Ziff. 47; Urteil des EGMR i.S. *Averill gegen Grossbritannien* (FN 63), Ziff. 44.

ist»⁶⁵. Der EGMR lässt es somit zu, dass in Fällen, wo das Schweigen des Angeklagten vernünftigerweise nicht anders ausgelegt werden kann, als dass er schuldig ist, zu Lasten des Angeklagten berücksichtigt wird⁶⁶.

Ob das Ziehen nachteiliger Schlussfolgerungen aus dem Schweigen Art. 6 EMRK verletzt, hängt von drei Voraussetzungen ab: Erstens muss berücksichtigt werden, in welchen Situationen Schlussfolgerungen gezogen werden dürfen; zweitens kommt es auf das Gewicht an, das die Gerichte diesen Situationen im Rahmen der Beweiswürdigung beimessen und drittens auf das Ausmass des angewandten Zwangs, das einer jeweiligen Situation innewohnt⁶⁷. Die Beweiswürdigung aus dem Schweigen darf keinesfalls zu einer Verschiebung der Beweislast von der Anklage auf den Angeklagten führen und dadurch den Grundsatz der Unschuldsvermutung verletzen⁶⁸.

Der Rechtsprechung des EGMR folgend, geht das Bundesgericht davon aus, dass die Halterschaft des Fahrzeugs bei einem Strassenverkehrsdelikt ein Indiz für die Täterschaft sein kann. Sofern weitere Indizien vorliegen, die für den Angeklagten als Täter sprechen, wird von seiner Seite ein erhöhter Erklärungsbedarf begründet⁶⁹. Beruft sich der Halter alsdann auf sein Aussageverweigerungsrecht und beseitigt er somit diesen Erklärungsbedarf nicht, kann das Gericht bei der Beweiswürdigung sein Schweigen gegen ihn verwenden.

Massgebend ist also, welches Gewicht dem Schweigen im konkreten Fall bei der Beweiswürdigung beigemessen wird. Es sind die gesamten Umstände im Einzelfall zu würdigen, ob die Anklagepunkte genügend bedeutsam sind, um nach einer Erklärung zu rufen und um zu beurteilen, ob der Grundsatz in dubio pro reo verletzt ist⁷⁰. Das *right not to incriminate oneself* ist nur dann verletzt, wenn ein Schuldanspruch einzig oder zur Hauptsache auf das Schweigen des Angeklagten gestützt wird⁷¹. Im Rahmen der Beweiswürdigung kann das Schweigen hingegen als ein Umstand berücksichtigt werden, der die Beweiskraft der gegen den Angeklagten vorliegenden Beweise verstärkt⁷².

d. Geltung des Aussageverweigerungsrechts für Unternehmen

Die Frage, ob auch Unternehmen sich auf das Aussageverweigerungsrecht berufen können, war in der Lehre bis anhin umstritten⁷³. Die Schweizerische Strafprozessordnung beantwortet die Frage insofern, als sie bestimmten Personen in einem gegen ein Unternehmen gerichteten Strafverfahren ein Aussageverweigerungsrecht einräumt: In einem Strafverfahren gegen das Unternehmen wird dieses nämlich von einer Person vertreten, die uneingeschränkt zur Vertretung des Unternehmens in zivilrechtlichen Angelegenheiten be-

⁶⁵ Urteil des EGMR i.S. *John Murray gegen Grossbritannien* (FN 34), Ziff. 51: «It is only if the evidence against the accused <calls> for an explanation which the accused ought to be in a position to give that a failure to give any explanation may as a matter of common sense allow the drawing of an inference that there is no explanation and that the accused is guilty». Nicht gefolgt ist der Gerichtshof somit jener Ansicht, welche das Recht zu schweigen als absolut erachtete: «The right to silence is a major principle. Any constraint which has the effect of punishing the exercise of this right, by drawing adverse inferences against the accused, amounts to an infringement of the principle.» (dissenting opinion von Richter Pettiti im Urteil des EGMR i.S. *John Murray gegen Grossbritannien*). Umgekehrt, verstösst es gegen den *nemo tenetur*-Grundsatz und die Unschuldsvermutung, wenn Negativschlüsse gezogen werden, sofern die Umstände nicht nach einer Erklärung «rufen», vgl. Urteil des EGMR i.S. *Krumpholtz gegen Österreich* vom 18. März 2010, Nr. 13201/05 Ziff. 42.

⁶⁶ Urteil des EGMR i.S. *Averill gegen Grossbritannien* (FN 63), Ziff. 45; Urteil des EGMR i.S. *Condrón gegen Grossbritannien* vom 2. Mai 2000, Nr. 35718/97, Ziff. 56, CEDH 2000-V; Urteil des EGMR i.S. *Adetoro gegen Grossbritannien* vom 20. April 2010, Nr. 46834/06, Ziff. 48; vgl. ferner Urteil 1P.635/2003 des Bundesgerichts vom 15. September 2004, E. 2.1; ROBERT HAUSER/ERHARD SCHWERT/KARL HARTMANN, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. A., Basel 2005, § 39 N 20c; EBK-Sanktionsbericht (FN 20), 21; kritisch zu dieser Rechtsprechung MÜLLER/SCHÉFER (FN 60), 986.

⁶⁷ Urteil des EGMR i.S. *John Murray gegen Grossbritannien* (FN 34), Ziff. 47; vgl. auch Urteil des EGMR i.S. *Averill gegen Grossbritannien* (FN 63), Ziff. 44; Urteil des EGMR i.S. *Condrón gegen Grossbritannien* (FN 66), Ziff. 56; RUDOLF MÜLLER, Neue Ermittlungsmethoden und das Verbot des Zwanges zur Selbstbelastung, EuGRZ 2002, 546 ff., 550; FROWEIN/PEUKERT (FN 44), N 131 zu Art. 6 EMRK.

⁶⁸ Urteil des EGMR i.S. *John Murray gegen Grossbritannien* (FN 34), Ziff. 54; vgl. auch Urteil 6B_439/2010 des Bundesgerichts vom 29. Juni 2010, E. 5.3: «Zur Beurteilung, ob das Recht, zu schweigen und sich nicht selbst zu belasten, verletzt ist, stellt der EGMR auf die Natur und den Grad des angewandten Zwangs zur Erlangung des Beweismittels, die Verteidigungsmöglichkeiten sowie den Gebrauch des Beweismaterials ab».

⁶⁹ Urteil 6B_41/2009 des Bundesgerichts vom 1. Mai 2009, E. 5; Urteil 1P.277/2004 des Bundesgerichts vom 15. September 2004, E. 3.1; Urteil 1P.428/2003 des Bundesgerichts vom 8. April 2004, E. 4.6.1; Urteil 1P. 641/2000 des Bundesgerichts vom 24. Januar 2001, E. 4.

⁷⁰ Urteil 1P.277/2004 des Bundesgerichts vom 15. September 2004, E. 2.1; Urteil 1P. 641/2000 des Bundesgerichts vom 24. Januar 2001, E. 3.

⁷¹ Urteil des EGMR i.S. *Condrón gegen Grossbritannien* (FN 66), Ziff. 48; Urteil 1P.641/2000 des Bundesgerichts vom 24. April 2001, E. 3; Urteil 6B_439/2010 des Bundesgerichts vom 29. Juni 2010, E. 5.2 und 5.3; Urteil 1P.635/2003 des Bundesgerichts vom 15. September 2004, E. 2.1; PIQUEREZ (FN 52), 306 f.; SCHLAURI (FN 59), 363.

⁷² FROWEIN/PEUKERT (FN 44), N 130 zu Art. 6 EMRK.

⁷³ Vgl. etwa TERLINDEN (FN 3), 181 m.w.H.; HOHLER/SCHMID (FN 12), 523; WOHLERS, Reformbedarf (FN 3), 76 f. m.w.H.; Marcel A. Niggli/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, StGB I, 2. A., Basel 2009, BSK-NIGGLI/FIOLKA, N 80 ff. zu Art. 102a StGB.

fugt ist⁷⁴. Dieser Vertreter des Unternehmens sowie sämtliche «potentielle» Vertreter⁷⁵ werden in einem gegen das Unternehmen geführte Strafverfahren nach Art. 178 lit. g StPO als Auskunftspersonen einvernommen und sind als solche nach Art. 180 Abs. 1 StPO nicht aussagepflichtig⁷⁶. Vereinfacht gesprochen werden alle Organe und das Management als Auskunftsperson einvernommen⁷⁷. Damit wird bei einer Aktiengesellschaft sämtlichen Direktoren, Verwaltungsräten und Delegierten des Verwaltungsrats ein Aussageverweigerungsrecht eingeräumt⁷⁸.

Der Kreis der Aussageverweigerungsberechtigten wurde, verglichen mit dem alten Recht, erweitert⁷⁹. Denn entgegen dem früheren Art. 102a aStGB sind neu auch die Mitarbeiter von tatsächlichen oder potentiellen Vertretern nicht zur Aussage verpflichtet. Diese Erweiterung des nicht zur Aussage verpflichteten Personenkreises ist insofern berechtigt, als ansonsten die Aussageverweigerungsrechte der Vertreter weitgehend wirkungslos bleiben müssten, da an ihrer Stelle deren persönliche Mitarbeiter, die im Regelfalle über die inkriminierten Vorgänge gleichermassen orientiert sind, einvernommen werden könnten⁸⁰.

Die Eigenschaft eines Mitarbeiters im Sinne von Art. 178 lit. g StPO setzt ein direktes und persönliches Zusammenarbeiten mit den als Vertreter in Frage kommenden Leitungspersonen nach Art. 112 Abs. 1 StPO voraus⁸¹. Der Mitar-

beiter muss den Vertreter bei der Erfüllung seiner Aufgaben unterstützt und dabei Kenntnis von Vorgängen, die für die Strafuntersuchung relevant sind, erhalten haben⁸².

Als Mitarbeiter im Sinne von Art. 178 lit. g StPO kommen vorab Sekretäre und Assistenten der Geschäftsleitung oder der Direktion, ferner etwa Protokollführer des Verwaltungsrats in Betracht⁸³. Fehlt hingegen der Charakter einer engeren Zusammenarbeit, sind die Mitarbeiter aussagepflichtig. Dies gilt beispielsweise für Angehörige von Dienststellen, welche die Unternehmensleitung beraten, also z. B. jene von Rechts- oder Compliance-Abteilungen⁸⁴.

Was die Bedeutung des Schweigens bei der Beweiswürdigung betrifft, so gelten die vorstehend dargelegten Grundsätze sinngemäss auch in einem gegen ein Unternehmen geführten Strafverfahren: Aus dem Umstand der Aussageverweigerung darf grundsätzlich nichts abgeleitet werden, was sich zu Lasten der Auskunftsperson oder des beschuldigten Unternehmens auswirkt⁸⁵.

IV. Die Verwertung von Aussagen in parallelen Verfahren

Gibt der gleiche Sachverhalt Anlass zur Eröffnung mehrerer Verfahren, kann die Beweisführung in einem Verfahren auch für die parallel laufende Untersuchung von Relevanz sein. Mit Bezug auf die Aussagen, welche die Partei in einem Verfahren macht, stellt sich alsdann die Frage nach deren Verwertbarkeit im parallelen Verfahren.

zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts (FN 36), 1210 f.; SCHMID, Praxiskommentar (FN 77), N 16 zu Art. 178 StPO. Gemäss der Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts entspricht der Begriff des «Mitarbeiters» jedoch der in Art. 321 Ziff. 1 StGB verwendeten Bezeichnung der «Hilfsperson» (Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts [FN 36], 1210). Angesichts dieser Definition scheint das Erfordernis einer längeren Zusammenarbeit fraglich zu sein, zumal bei der Hilfsperson eine solche nicht vorausgesetzt wird, vgl. KARIN KELLER, Das ärztliche Berufsgeheimnis gemäss Art. 321 StGB, Diss. Zürich 1992, 107.

⁸² Vgl. BSK-StGB (FN 73), BSK-OBERHOLZER, N 6 zu Art. 321 StGB; STEFAN TRECHSEL/HANS VEST, in: Stefan Trechsel et al. (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Zürich 2008, N 13 zu Art. 321 StGB.

⁸³ Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts (FN 36), 1210.

⁸⁴ Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts (FN 36), 1210 f.; SCHMID, Praxiskommentar (FN 77), N 16 zu Art. 178 StPO.

⁸⁵ Vgl. allgemein zur Aussageverweigerung der Auskunftsperson: DONATSCH (FN 76), N 23 zu Art. 180 StPO.

⁷⁴ Art. 112 Abs. 1 StPO; vgl. auch Art. 102a Abs. 1 aStGB (aufgehoben am 1. Januar 2010).

⁷⁵ «Potentieller» Vertreter im hier verwendeten Sinn ist, wer «in einem gegen ein Unternehmen gerichteten Strafverfahren als Vertreterin oder Vertreter des Unternehmens ... bezeichnet werden könnte», vgl. Art. 178 lit. g StPO.

⁷⁶ ANDREAS DONATSCH, in: Andreas Donatsch/Thomas Hansjakob/Viktor Lieber (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Zürich 2010, N 40 zu Art. 178 StPO und N 18 zu Art. 180 StPO.

⁷⁷ NIKLAUS SCHMID, Schweizerische Strafprozessordnung, Zürich 2009, N 15 zu Art. 178 StPO (zitiert: SCHMID, Praxiskommentar).

⁷⁸ Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts (FN 36), 1167; BSK-NIGGLI/FIOLKA (FN 73), N 29 zu Art. 102a StGB; SCHMID, Strafbarkeit (FN 5), 213; DONATSCH (FN 76), N 42 zu Art. 178 StPO.

⁷⁹ Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts (FN 36), 1210; STEFAN TRECHSEL/MARC JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, in: Stefan Trechsel et al. (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Zürich 2008, N 5 zu Art. 102a StPO; nach altem Recht erstreckte sich das Aussageverweigerungsrecht nicht auf die Hilfspersonen der Vertreter, vgl. hierzu HOHLER/SCHMID (FN 12), 525; ZULAUF/ROTH/WYSS (FN 4), 207.

⁸⁰ Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts (FN 36), 1210; vgl. auch HOHLER/SCHMID (FN 12), 525, wonach der Schutz der Bank und der deren Mitarbeiter nach altem Recht «löchrig» sei; SCHMID, Strafbarkeit (FN 5), 218.

⁸¹ Die herrschende Ansicht in der Literatur setzt für die Eigenschaft des Mitarbeiters im Sinne von Art. 178 lit. g StPO ferner voraus, dass die betreffende Person über einen längeren Zeitraum mit dem Vertreter zusammengearbeitet hat, vgl. Botschaft

1. Verwertung von Aussagen, die im Strafverfahren gemacht wurden, im Verwaltungsverfahren

Macht der Beschuldigte im Strafverfahren Aussagen, so sind diese in einem parallelen Verwaltungsverfahren grundsätzlich verwertbar, da die im Strafverfahren eingeräumten Parteirechte weiter gehen. Voraussetzung ist allerdings, dass die Beweiserhebung im Strafverfahren gesetzeskonform war⁸⁶.

2. Verwertung von Aussagen, die im Verwaltungsverfahren gemacht wurden, im Strafverfahren

a. Verwertbarkeit, sofern der *nemo tenetur*-Grundsatzes auch im Verwaltungsverfahren respektiert wird

Inwieweit die im Verwaltungsverfahren gewonnenen Erkenntnisse verwertbar sind, hat das Strafgericht im Zusammenhang mit der Beweiswürdigung zu entscheiden⁸⁷.

Aus der Verwendung belastender Informationen, die in einem Verwaltungsverfahren unter Zwang erlangt worden sind, in späteren Strafverfahren kann eine Verletzung des *nemo tenetur*-Grundsatzes resultieren⁸⁸. Der Umstand, dass die Aussagen vom Beschuldigten gemacht wurden, bevor er strafrechtlich beschuldigt wurde, ändert nichts daran, dass ihre spätere Verwendung im Strafverfahren eine Rechtsverletzung darstellt⁸⁹.

Sollen Aussagen, die der Beschuldigte im Verwaltungsverfahren gemacht hat, im Strafverfahren als Beweis verwertet werden, ist ein Zweifaches erforderlich. Erstens müssen die Beweise im Einklang mit dem konkret anwendbaren Verwaltungsverfahrensrecht abgenommen worden sein; zweitens muss die Beweisabnahme auch den im Strafprozess geltenden Standards entsprochen haben⁹⁰.

Hinsichtlich des zweiten Kriteriums ist entscheidend, ob die Beweiserhebung im Verwaltungsverfahren unter Beachtung des *nemo tenetur*-Grundsatzes erfolgt ist. Hierfür ist zunächst erforderlich, dass die betroffene Partei vorgängig über ihr Aussageverweigerungsrecht belehrt wurde⁹¹. Sodann darf die Partei für den Fall, dass sie das Aussageverweigerungsrecht in Anspruch nehmen will, weder direktem noch indirektem Zwang ausgesetzt worden sein⁹².

b. Verletzung des *nemo tenetur*-Grundsatzes durch Anwendung von direktem Zwang

Direkter Zwang liegt vor, wenn für den Fall der Aussageverweigerung Sanktionen angedroht werden, die ihrerseits als strafrechtliche Sanktionen im Sinne des Art. 6 EMRK einzustufen sind. Nach der EMRK-Rechtsprechung reichen hierzu finanzielle Sanktionen aus⁹³.

Im bereits erwähnten Urteil in Sachen *J.B. v. Schweiz* wurde eine steuerpflichtige Person wegen Steuerhinterziehung verfolgt. Die steuerpflichtige Person weigerte sich, der kantonalen Steuerverwaltung die angeforderten Unterlagen herauszugeben. Nach wiederholten erfolglosen Aufforderungen verhängte die kantonale Verwaltung eine Ordnungsbusse, weil die steuerpflichtige Person die Unterlagen nicht zur Verfügung gestellt hatte.

Nach Auffassung des EGMR dienten die unter Androhung von Rechtsfolgen verlangten Informationen zwar der Feststellung der geschuldeten Steuer im Nachsteuerverfahren⁹⁴. Die steuerpflichtige Person konnte jedoch nicht ausschliessen, dass weitere Einkünfte aus nicht besteuerten Quellen aus diesen Unterlagen hervorgehen könnten, welche den Tatbestand der Steuerhinterziehung begründen wür-

⁸⁶ SCHMID, Administrativuntersuchung (FN 13), 64.

⁸⁷ Urteil 2A.580/2003 des Bundesgerichts vom 10. Mai 2004, E. 2.3 unter Hinweis auf Art. 77 Abs. 4 VStrR; ZULAUF/ROTH/WYSS (FN 4), 207. Unter Umständen kann die Verwaltungsbehörde jedoch bereits die Herausgabe von Akten gegenüber den Strafverfolgungsbehörden verweigern, vgl. etwa Art. 40 FINMAG. Alsdann stellt sich die Frage der Verwertbarkeit von Aussagen des Beschuldigten gar nicht.

⁸⁸ Vgl. Urteil des EGMR i.S. *Weh gegen Österreich* (FN 34), Ziff. 43; Urteil des EGMR i.S. *Saunders gegen Grossbritannien* (FN 34), Ziff. 67; Urteil des EGMR i.S. *I.J.L. u.a. gegen Grossbritannien* vom 19. September 2000, Nr. 29522/95 u.a., Ziff. 82 f., CEDH 2000-IX.

⁸⁹ Urteil des EGMR i.S. *Saunders gegen Grossbritannien* (FN 34), Ziff. 74.

⁹⁰ SCHMID, Administrativuntersuchung (FN 13), 64; vgl. auch BAUMGARTEN/BURCKHARDT/ROESCH (FN 5), 177 f.; WOHLERS, Reformbedarf (FN 3), 72 f.; WOHLERS, Selbstregulierung (FN 3), 297.

⁹¹ SCHMID, Administrativuntersuchung (FN 13), 65; vgl. zur «Miranda-Warnung» BGE 130 I 126. Nach diesem Grundsatzentscheid des Bundesgerichts muss die festgenommene Person unverzüglich über ihr Aussageverweigerungsrecht aufgeklärt werden. Aussagen, die in Unkenntnis des Schweigerechts gemacht wurden, sind grundsätzlich nicht verwertbar. Ausnahmen vom Verwertungsverbot sind nur unter engen Voraussetzungen in Abwägung der entgegenstehenden Interessen möglich; vgl. zur neuen StPO: LORENZ ERNI, Die Verteidigungsrechte der Eidgenössischen Strafprozessordnung, in: *Il Codice di diritto processuale penale svizzero*, Commissione ticinese per la formazione permanente dei giuristi (Hrsg.), Basel 2010, 97 ff., 102 f.

⁹² Vgl. auch BAUMGARTEN/BURCKHARDT/ROESCH (FN 5), 178 FN 89.

⁹³ WOHLERS, Reformbedarf (FN 3), 71 unter Hinweis auf Urteil des EGMR i.S. *J.B. gegen die Schweiz*; Bericht der Expertenkommission Börsendelikte und Marktmissbrauch vom 29. Januar 2009, 26.

⁹⁴ Die Eröffnung eines Hinterziehungsverfahrens geht systematisch mit der Einleitung eines Nachsteuerverfahrens einher (vgl. Art. 152 Abs. 2 DBG), womit zwei parallele Verfahren durchgeführt werden.

den⁹⁵. Während bei der Ermittlung der Nachsteuer der von der EMKR verliehene Schutz nicht anwendbar ist, kann im Hinterziehungsverfahren die betroffene steuerpflichtige Person die Mitwirkung unter Berufung auf Art. 6 Abs. 1 EMRK verweigern⁹⁶. Damit verstösst es gegen Art. 6 Abs. 1 EMRK, den Steuerpflichtigen zu büssen, wenn er sich weigert, im Steuerhinterziehungsverfahren den Steuerbehörden Beweismittel herauszugeben⁹⁷.

Im Nachgang zur EMRK-Entscheidung im Fall *J.B. v. Schweiz* wurden die relevanten Bestimmungen in den Steuergesetzen abgeändert. Gemäss Art. 183 Abs. 1^{bis} DBG sowie Art. 57a Abs. 2 StHG dürfen nunmehr Informationen, die in einem Nachsteuerverfahren unter Androhung einer Busse oder unter Androhung einer Veranlagung nach pflichtgemäßem Ermessen mit Umkehr der Beweislast beschafft werden, in einem anschliessenden Steuerhinterziehungsverfahren nicht verwendet werden⁹⁸.

Die Verwertbarkeit von Aussagen im Falle von parallelen Verfahren bestimmt sich somit nach dem folgenden Grundsatz: Weist die Verwaltungsbehörde die betroffene Partei auf die im Verwaltungsverfahren geltende Mitwirkungspflicht und die Möglichkeit der Sanktionierung im Falle der Verletzung dieser Pflicht hin, so dürfen die Aussagen der Partei in einem parallelen Strafverfahren nicht verwendet werden. Beispielsweise dürfen Akten und Informationen, die die FINMA von den Banken unter Androhung von Sanktionen einfordert, wegen Verstosses gegen den *nemo tenetur*-Grundsatz nicht als Beweise in einem Strafverfahren gegen die Bank selbst verwertet werden⁹⁹.

Eine Ausnahme zu diesem Grundsatz ist jedoch im Bereich des Strassenverkehrsrechts zu machen: Der EGMR hat nämlich festgestellt, dass die Pflicht des Fahrzeughalters anlässlich einer festgestellten Verkehrsregelverletzung, den Lenker zu identifizieren, konventionskonform ist, selbst wenn er sich dadurch selbst beschuldigen würde. Aus der Rechtsprechung des EGMR folgt indes auch, dass eine umfassende Mitwirkungspflicht, wie sie etwa in allgemeiner Form im Verwaltungsverfahren anzutreffen ist, bei Anwendbarkeit von Art. 6 Abs. 1 EMRK gegen den *nemo tenetur*-Grundsatz verstossen würde¹⁰⁰.

c. Verletzung des *nemo tenetur*-Grundsatzes durch Anwendung von indirektem Zwang

Zum indirekten Zwang gehört die Androhung eines negativen Beweisschlusses im Falle des Schweigens. Wie vorstehend dargelegt, folgt aus der EMRK-Rechtsprechung, dass eine solche Androhung üblicherweise die Garantie eines fairen Verfahrens nach Art. 6 Abs. 1 EMRK verletzt. Dieser Grundsatz ist auch als Massstab bei der Beantwortung der Frage anzulegen, inwiefern Aussagen, die in einem Verwaltungsverfahren unter Anwendung von indirektem Zwang gemacht wurden, in einer parallelen Strafuntersuchung verwendet werden dürfen.

Die Tatsache allein, dass der Beschuldigte nicht gezwungen ist, Aussagen zu machen, die ihn inkriminieren könnten, kann für sich allein nicht entscheidend sein. Es ist vielmehr zu prüfen, welche Rolle das Schweigen bei der Verurteilung gespielt hat¹⁰¹. Weist die Verwaltungsbehörde die betroffene Partei auf ihr Aussageverweigerungsrecht hin, droht sie ihr aber gleichzeitig an, dass ein Schweigen in der Beweismwürdigung zu ihrem Nachteil gewertet werden kann, liegt grundsätzlich eine zwangsweise Beweiserhebung im Sinne des Strafprozesses vor¹⁰². Aus dem *nemo tenetur*-Grundsatz folgt nämlich, dass ein Gericht in einem Strafverfahren in der Regel vom Schweigen des Angeklagten nicht auf seine Schuld schliessen darf. Somit dürfen die in einem Verwaltungsverfahren unter Hinweis auf die Möglichkeit eines negativen Beweisschlusses im Falle der Berufung auf das Aussageverweigerungsrecht gewonnenen Erkenntnisse grundsätzlich nicht zu Zwecken der Strafverfolgung verwendet werden.

Vorstehend wurde jedoch dargelegt, dass es auch Fälle gibt, in denen das Schweigen im Rahmen der Beweismwürdigung negativ berücksichtigt werden darf. In solchen Fällen stellt auch die Androhung eines negativen Beweisschlusses im Falle des Schweigens keinen ungehörigen Zwang dar, weshalb Aussagen, die der Beschuldigte macht, verwertet werden dürfen. Zu denken ist hier etwa an den Fall, in welchem die belastenden Beweise im Verwaltungsverfahren geradezu nach einer Erklärung «rufen», welche die betroffene Partei ohne Weiteres geben können müsste. Alsdann kann die Verwaltungsbehörde die betroffene Partei auf die Möglichkeit eines negativen Beweisschlusses hinweisen. Da in einem solchen Fall auch die engen strafprozessualen Voraussetzungen eines negativen Beweisschlusses gegeben sind, können die Aussagen in einem parallelen Strafverfahren verwendet werden.

⁹⁵ Vgl. Urteil des EGMR i.S. *J.B. gegen Schweiz* (FN 34), Ziff. 66.

⁹⁶ Urteil des EGMR i.S. *J.B. gegen Schweiz* (FN 34), Ziff. 47 ff.; vgl. ferner Urteil 2A.480/2005 des Bundesgerichts vom 23. Februar 2006, E. 2.2.

⁹⁷ Vgl. auch Botschaft Initiative des Kantons Jura (FN 11), 4030 f., wonach ein solches Vorgehen wohl auch Art. 6 Abs. 2 EMRK widersprechen würde, weil eine Ermessensveranlagung die steuerpflichtige Person, die sie anführt, zwingt, selber die Beweise einer korrekten Veranlagung zu erbringen.

⁹⁸ Urteil 2C_632/2009 des Bundesgerichts vom 21. Juni 2010, E. 2.5.

⁹⁹ HOHLER/SCHMID (FN 12), 525; TERLINDEN (FN 3), 183.

¹⁰⁰ Vgl. vorstehend Ziff. III.2.c.(2).

¹⁰¹ Urteil des EGMR i.S. *John Murray gegen Grossbritannien* (FN 34), Ziff. 50.

¹⁰² BAUMGARTEN/BURCKHARDT/ROESCH (FN 5), 178 FN 90; die Frage offen lassend ZULAUF/ROTH/WYSS (FN 4), 208 f.

3. Verwertung von Aussagen gegen Unternehmen

Während in einem gegen ein Unternehmen gerichteten Strafverfahren den tatsächlichen oder potentiellen Vertretern des Unternehmens sowie ihren Mitarbeitern ein Aussageverweigerungsrecht zusteht, dürfen diese Personen in einem Verwaltungsverfahren das Zeugnis grundsätzlich nicht verweigern¹⁰³. Die im parallelen Verwaltungsverfahren unter direktem oder indirektem Zwang erlangten Aussagen von diesen Personen dürfen allerdings nicht zu Zwecken der Strafverfolgung verwendet werden. Sofern beispielsweise diese Personen im Aufsichtsverfahren der FINMA unter Androhung von Sanktionen gegen sie selbst (etwa wegen Verstosses gegen die Zeugnispflicht)¹⁰⁴ oder gegen das Unternehmen (durch Androhung eines negativen Beweisschlusses im Falle der Aussageverweigerung) zum Zeugnis angehalten werden, dürfen ihre Aussagen im parallelen Strafverfahren gegen das Unternehmen grundsätzlich nicht verwertet werden.

Hingegen dürfen Personen, die im Strafverfahren gegen das Unternehmen nicht als Auskunftsperson im Sinne von Art. 178 lit. g StPO einvernommen werden, die Aussage nicht verweigern. Deshalb dürfen die Aussagen, die sie im Verwaltungsverfahren gemacht haben, in einem parallelen Strafverfahren verwertet werden.

V. Schlussbemerkungen

Setzt sich eine Partei durch ihre Aussage der Gefahr einer strafrechtlichen Verfolgung aus, ist sie grundsätzlich befugt, die Aussage zu verweigern, ohne dass sie dafür sanktioniert werden kann. Die im Verwaltungsverfahren gemachten Aussagen sind in einem parallelen Strafverfahren somit nur unter der Voraussetzung verwertbar, dass die Beweisabnahme im Verwaltungsverfahren den strafprozessualen Grundsätzen genüge. Deshalb dürfen sowohl die durch direkten Zwang (z. B. Androhung von Sanktionen im Falle der Verletzung der verwaltungsrechtlichen Mitwirkungspflicht) als auch durch indirekten Zwang (z. B. Androhung eines negativen Beweisschlusses im Falle der Aussageverweigerung) erlangten Aussagen in einem parallelen Strafverfahren grundsätzlich nicht verwendet werden.

Gemäss der neueren EMRK-Rechtsprechung hat der *nemo tenetur*-Grundsatz jedoch keine absolute Geltung. Damit können die unter direktem oder indirektem Zwang gemachten Aussagen ausnahmsweise verwertet werden. Die Verwertbarkeit beurteilt sich nach den Umständen des Einzelfalles unter Berücksichtigung verschiedener Kriterien, namentlich der Natur und dem Grad des ausgeübten Zwangs.

Durch die ausnahmsweise Zulassung der Verwertung von Aussagen, die unter Zwang erfolgt sind, sieht sich die betroffene Partei in parallelen Verfahren weiterhin mit dem eingangs dargelegten Aussagedilemma konfrontiert: Entweder beruft sie sich auf ihr Aussageverweigerungsrecht und riskiert alsdann, im Verwaltungsverfahren aufgrund eines negativen Beweisschlusses zu unterliegen, oder sie sagt im Verwaltungsverfahren aus und nimmt damit in Kauf, dass ihre Aussage in einem parallelen Strafverfahren gegen sie verwendet wird. Da die Zulässigkeit der Verwertung des Schweigens im konkreten Fall jeweils *ex post* beurteilt wird, hat die betroffene Partei im Verwaltungsverfahren keine Möglichkeit sicherzustellen, dass die in diesem Verfahren gemachten Aussagen nicht auch im parallelen Strafverfahren verwendet werden¹⁰⁵.

Zu beantworten ist letztlich, ob dem Aussagedilemma der betroffenen Partei entgegengewirkt werden soll und, wenn ja, wie eine solche Lösung aussehen könnte.

Die Ausübung des Aussageverweigerungsrechts darf für die Partei nicht übermässig beschwerlich sein, will man nicht riskieren, dass durch den indirekten Aussagedruck, der sich aus der möglichen Verwertung des Schweigens in einem parallelen Verfahren ergibt, zentrale Schutzzwecke des *nemo tenetur*-Grundsatzes in Frage gestellt werden¹⁰⁶. Deshalb muss man der Partei das Recht zugestehen, einen Antrag auf Sistierung des Verwaltungsverfahrens zu stellen, bis das Strafverfahren durchgeführt worden ist¹⁰⁷. Sofern ein sofortiges Eingreifen der Verwaltungsbehörde nicht zwingend ist¹⁰⁸, sollte ein solcher Antrag im Regelfall gutgeheissen werden. Die entscheidende Instanz hat dabei immer auch die Interessen der betroffenen Partei zu berücksichtigen, insbesondere ob ihr aufgrund der möglichen Verwertung ihrer Aussagen in einem parallelen Strafverfahren ein nicht wiedergutmachender Nachteil droht.

Postuliert wird in der Lehre sodann eine strikte Trennung der Verfahren¹⁰⁹. Damit soll sichergestellt werden, dass die im Verwaltungsverfahren durch die aktive Mitwirkung der betroffenen Partei gewonnenen Erkenntnisse im Strafverfahren nicht verwendet werden¹¹⁰. Diskutiert wird schliesslich eine

¹⁰⁵ SCHLAURI (FN 59), 393.

¹⁰⁶ Vgl. ZR 96 (1997) Nr. 19, 55: «Um das Prinzip der Aussagefreiheit nicht illusorisch werden zu lassen, muss ein Beschuldigter in der Ausübung dieses Rechts tatsächlich frei sein. Müsste er befürchten, die Inanspruchnahme dieses Rechtes würde letztlich gegen ihn verwendet werden, führte dies wohl zu einer faktischen Aussagepflicht»; vgl. ferner SCHLAURI (FN 59), 394.

¹⁰⁷ Vgl. BGE 128 II 139 (141) E. 1a: Sistierung des Administrativverfahrens betreffend Führerausweisentzug bis zum Vorliegen eines rechtskräftigen Strafurteils.

¹⁰⁸ ZULAUF/ROTH/WYSS (FN 4), 203.

¹⁰⁹ BAUMGARTEN/BURCKHARDT/ROESCH (FN 5), 178; vgl. ferner HOHLER/SCHMID (FN 12), 524; SCHMID, Administrativuntersuchung (FN 13), 64 f.; WOHLERS, Reformbedarf (FN 3), 74.

¹¹⁰ WOHLERS, Reformbedarf (FN 3), 73 f.; WOHLERS, Selbstregulierung (FN 3), 297 f.

¹⁰³ Z.B. Art. 16 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 42 BZP.

¹⁰⁴ Art. 14 Abs. 1 lit. e i.V.m. Art. 15 VwVG.

Abschaffung der Mitwirkungspflicht im Verwaltungsverfahren. Erforderlich wäre alsdann jedoch eine Ausweitung der Kompetenzen der Verwaltungsbehörden, beispielsweise die Kompetenz, Hausdurchsuchungen vorzunehmen¹¹¹.

Das Aussagedilemma stellt für die betroffene Partei eine bedeutende Einschränkung ihres Aussageverweigerungsrechts dar. Man kann die neuere Rechtsprechung des EGMR – und, ihm folgend, des Bundesgerichts – deshalb mit guten Gründen kritisieren¹¹². Angesichts dieser Rechtsprechung liegt es indes wohl am Gesetzgeber, das Verhältnis zwischen Verwaltungs- und Strafverfahren in einer Weise zu regeln, die dem Aussagedilemma der Partei in parallelen Verfahren angemessen Rechnung trägt.

Lorsqu'une procédure pénale est menée parallèlement à une procédure administrative, les obligations de collaborer et de renseigner du droit administratif s'opposent au droit de refuser de déposer de la procédure pénale. La partie concernée se voit ainsi régulièrement confrontée à un dilemme en ce qui concerne ses déclarations : soit elle invoque son droit de refuser de déposer (dont elle jouit dans la procédure pénale) et risque par là même de perdre le procès de droit administratif, parce que l'autorité administrative peut apprécier négativement le refus de collaborer à l'administration des preuves. Soit elle coopère avec l'autorité administrative et court le risque de faire des dépositions susceptibles d'être utilisées contre elle dans une procédure pénale parallèle.

Ce dilemme est certes atténué par le fait que les déclarations émises dans la procédure administrative ne peuvent être exploitées dans une procédure pénale parallèle qu'à la condition que l'administration des preuves dans la procédure administrative satisfasse aux principes de la procédure pénale. La partie ne peut toutefois se libérer totalement de ce dilemme compte tenu de la jurisprudence de la CEDH : celle-ci admet en effet que les déclarations faites sous la contrainte soient, à titre exceptionnel, exploitées dans une procédure pénale.

(trad. LT LAW-TANK, Berne)

¹¹¹ BAUMGARTEN/BURCKHARDT/ROESCH (FN 5), 178; WOHLERS, Reformbedarf (FN 3), 73; WOHLERS, Selbstregulierung (FN 3), 296 f.

¹¹² Vgl. WOHLERS, O'Halloran (FN 55), 8 m.w.H.; SCHLAURI (FN 59), 392 ff.