

Herausgegeben im Auftrag der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich von G. Godenzi, D. Jositsch, F. Meyer,
C. Schwarzenegger, S. Summers, B. Tag und M. Thommen

Ines Meier

Der Dualismus von Verwaltungs- und Strafverfahren

**illustriert am Recht des Strassenverkehrs,
der Finanzmarktaufsicht und der
Heilmittelordnung**

Inhaltsübersicht

Teil 1: Einleitung

Thema der Untersuchung	4
Gegenstand und Ziel der Untersuchung	4
Gang der Untersuchung	5

Teil 2: Ausgewählte Verfahrensgarantien und Verfahrensmaximen im Verwaltungs- und im Strafrecht

Einführung	9
Verfahrensgarantien im Verwaltungs- und im Strafrecht	10
Verfahrensmaximen im Verwaltungs- und im Strafrecht	23
Bestimmung des anwendbaren Verfahrensrechts	35

Teil 3: Die verwaltungs- und strafrechtlichen Reaktionsformen auf Regelwidrigkeiten

Einführung	47
Restitutorische Sanktionen	48
Nichtrestitutorische Sanktionen	56
Zusammenfassung	80

Teil 4: Der Sanktionendualismus – das Zusammentreffen von Sanktionen des Verwaltungs- und des Strafrechts

Einführung	85
Widerhandlungen gegen das Strassenverkehrsgesetz	86
Widerhandlungen gegen das Finanzmarktaufsichtsgesetz	106
Widerhandlungen gegen das Heilmittelgesetz	155

Teil 5: Die dualen Verfahren und ausgewählte Garantien der Europäischen Menschenrechtskonvention

Einführung	191
Das Prinzip «ne bis in idem»	192
Das Prinzip «nemo tenetur se ipsum accusare»	232

Teil 6: Lösungsansätze und Schlussbemerkungen	
Einführung	289
Klassische Verwaltungsverfahren	290
Verwaltungsverfahren mit strafrechtlicher Natur	302
Schlussbemerkungen	314

Inhaltsverzeichnis

Dank	VII
Inhaltsübersicht	IX
Inhaltsverzeichnis	XI
Abkürzungsverzeichnis	XXI
Literaturverzeichnis	XXVII
Materialien	XLIX
Entscheidungsverzeichnis	LI

Teil 1: Einleitung

Thema der Untersuchung	4
Gegenstand und Ziel der Untersuchung	4
Gang der Untersuchung	5

Teil 2: Ausgewählte Verfahrensgarantien und Verfahrensmaximen im Verwaltungs- und im Strafrecht

Einführung	9
Verfahrensgarantien im Verwaltungs- und im Strafrecht	10
I. Sinn und Zweck der Verfahrensgarantien	10
II. Die Verfahrensgarantien der Bundesverfassung und ihre Anwendung in Verwaltungs- und Strafverfahren	11
1. Einleitung	11
2. In Verwaltungs- und Strafverfahren anwendbar	14
3. Allein in Strafverfahren anwendbar	17
III. Die Verfahrensgarantien der Europäischen Menschenrechtskonvention und des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte	20
IV. Zusammenfassung	21
Verfahrensmaximen im Verwaltungs- und im Strafrecht	23
I. Sinn und Zweck der Verfahrensmaximen	23
II. Ausgewählte Verfahrensmaximen	24
1. Die Ermittlung des Sachverhalts	24
1.1 Im Verwaltungsverfahren	25
1.2 Im Strafverfahren	27

2.	Beweislast und Beweiswürdigung	31
2.1	Im Verwaltungsverfahren.....	31
2.2	Im Strafverfahren	32
III.	Zusammenfassung	33
	Bestimmung des anwendbaren Verfahrensrechts	35
I.	Art. 6 EMRK als Ausgangspunkt.....	35
II.	Wann liegt eine «strafrechtliche Anklage» vor?.....	37
1.	Zum Begriff «strafrechtlich»	37
1.1	Innerstaatliche Zuordnung der Vorschrift.....	38
1.2	Natur der Zuwiderhandlung	39
1.3	Art und Schwere der angedrohten Sanktion.....	40
2.	Zum Begriff «Anklage».....	42
III.	Strafrechtliche Anklage und Verfahrensrecht	43

Teil 3: Die verwaltungs- und strafrechtlichen Reaktionsformen auf Regelwidrigkeiten

	Einführung	47
	Restitutorische Sanktionen.....	48
I.	Einleitung.....	48
II.	Sanktionen des Verwaltungsrechts	48
1.	Präventive und repressive Massnahmen	48
2.	Die verwaltungsrechtlichen Sanktionen	49
3.	Die restitutorischen Sanktionen	51
3.1	Überblick.....	51
a	Exekutorische Sanktionen	51
b	Sanktionen mit eingeschränkter exekutorischer Wirkung	52
3.2	Erfordernis der gesetzlichen Grundlage.....	54
3.3	Anwendbare Verfahrensgarantien.....	55
	Nichtrestitutorische Sanktionen.....	56
I.	Einleitung.....	56
II.	Sanktionen des Strafrechts	56
1.	Aufgabe des Strafrechts	56
2.	Strafzwecke.....	59
2.1	Die absolute Straftheorie.....	59
2.2	Die relative Straftheorie	60
a	Die Generalprävention	61
b	Die Spezialprävention	61

2.3	Die Vereinigungstheorie	62
2.4	Zusammenfassung	64
3.	Zuständigkeit und Verfahrensrecht	64
III.	Sanktionen des Verwaltungsrechts	65
1.	Die pönalen verwaltungsrechtlichen Sanktionen	65
1.1	Überblick	66
1.2	Gesetzliche Grundlage	69
2.	Anwendbare Verfahrensgarantien	70
2.1	Ausgangslage	70
2.2	Formelle Einordnung vs. wahre Natur der Sanktion	70
3.	Zwischenfazit	71
4.	Pönale verwaltungsrechtliche Sanktionen als Strafen und die Rechtsprechung	72
4.1	Die Rechtsprechung des Bundesgerichts	73
4.2	Die Rechtsprechung des Gerichtshofs	75
4.3	Würdigung und Fazit	76
Zusammenfassung	80

Teil 4: Der Sanktionendualismus – das Zusammentreffen von Sanktionen des Verwaltungs- und des Strafrechts

Einführung	85
Widerhandlungen gegen das Strassenverkehrsgesetz	86
I.	Einleitung	86
II.	Ausgewählte Aspekte des Strafverfahrens	87
1.	Überblick über die Straftatbestände	87
2.	Zuständigkeit und Verfahrensrecht	89
3.	Strafurteil und Administrativmassnahmeverfahren	90
3.1	Bindung an Sachverhalt	90
3.2	Keine Bindung an rechtliche Würdigung	93
III.	Das Administrativmassnahmeverfahren	93
1.	Der Entzug des Führerausweises	94
2.	Formelle Einordnung der Führerausweisentzüge	96
2.1	Sicherungsentzug	96
2.2	Warnungsentzug	97
3.	Rechtsnatur des Warnungsentzugs	98
3.1	Überblick über die bundesgerichtliche Rechtsprechung	98
3.2	Warnungsentzug als strafrechtliche Anklage	100
3.3	Anwendbarkeit der strafrechtlichen Verfahrensgarantien	103

IV.	Zusammenfassung	104
	Widerhandlungen gegen das Finanzmarktaufsichtsgesetz	106
I.	Einleitung	106
II.	Die Finanzmarktaufsicht.....	107
1.	Stellung, Aufgabe und Ziel der FINMA	107
2.	Überblick über die Gesetzgebungsgeschichte des Finanzmarktaufsichtsgesetzes.....	108
2.1	Ausgangspunkt: Bericht Zufferey	108
2.2	Gesetzgeberische Folgearbeiten	108
a	Der I. Teilbericht der Expertenkommission Zimmerli	108
b	Der EBK-Sanktionenbericht	109
c	Der II. Teilbericht der Expertenkommission Zimmerli	110
2.3	Der Entwurf des Bundesrates.....	111
III.	Aufsichtstätigkeit und Sanktionsbefugnisse der FINMA	111
1.	Die Aufsichtstätigkeit der FINMA	111
1.1	Die prudentielle Aufsicht	112
1.2	Die allgemeine Marktaufsicht	112
2.	Finanzmarktenforcement	113
2.1	Vorabklärungen.....	114
2.2	Eröffnung eines Enforcementverfahrens.....	114
2.3	Erstellung des Sachverhalts und Untersuchung	116
2.4	Abschluss des Verfahrens	118
3.	Analyse der Enforcementmassnahmen.....	118
3.1	Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes	119
a	Grundzüge	119
b	Formelle Einordnung	121
c	Rechtsnatur.....	121
3.2	Feststellungsverfügung	122
a	Grundzüge	122
b	Formelle Einordnung	123
c	Rechtsnatur.....	124
3.3	Berufsverbot.....	127
a	Grundzüge	127
b	Formelle Einordnung	129
c	Rechtsnatur.....	130
3.4	Veröffentlichung der aufsichtsrechtlichen Verfügung.....	135
a	Grundzüge	135
b	Formelle Einordnung	136
c	Rechtsnatur.....	137

3.5	Einziehung.....	141
a	Grundzüge.....	141
b	Formelle Einordnung.....	142
3.6	Widerruf einer Verfügung.....	143
a	Grundzüge.....	143
b	Formelle Einordnung.....	144
c	Rechtsnatur.....	146
4.	Erkenntnisse.....	147
IV.	Ausgewählte Aspekte des Strafverfahrens.....	148
1.	Überblick über die Straftatbestände.....	148
2.	Zuständigkeiten und Verfahrensrecht.....	149
2.1	Zuständigkeiten.....	149
2.2	Verfahrensrecht.....	150
3.	Die FINMA als Auslöserin eines Strafverfahrens.....	150
V.	Zusammenfassung.....	152
	Widerhandlungen gegen das Heilmittelgesetz.....	155
I.	Einleitung.....	155
II.	Das Schweizerische Heilmittelinstitut Swissmedic.....	156
1.	Organisation von Swissmedic.....	156
2.	Operative Bereiche von Swissmedic.....	157
2.1	«Bewilligungen».....	157
2.2	«Zulassungen».....	159
2.3	«Marktüberwachung».....	160
2.4	«Recht».....	163
2.5	Zusammenfassung.....	163
3.	Verwaltungsverfahren vor Verwaltungsstrafverfahren.....	164
III.	Aufsicht und Sanktionierung durch Swissmedic.....	165
1.	Idealtypischer Ablauf eines Verwaltungsverfahrens.....	165
1.1	Eröffnung eines Verwaltungsverfahrens.....	165
1.2	Sachverhaltsermittlung und Untersuchung.....	165
1.3	Vorbescheid und Verfügung.....	166
2.	Die Verwaltungsmassnahmen im Heilmittelgesetz.....	167
2.1	Art. 66 HMG.....	167
2.2	Art. 67 HMG.....	167
3.	Analyse der verwaltungsrechtlichen Sanktionen.....	168
3.1	Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes.....	170
a	Grundzüge.....	170
b	Formelle Einordnung.....	171

3.2	Rücknahme von Bewilligungen und Zulassungen	171
a	Grundzüge	171
b	Formelle Einordnung	172
3.3	Schliessung von Betrieben	172
a	Grundzüge	172
b	Formelle Einordnung	174
3.4	Beschlagnahme und Vernichtung von Heilmitteln	174
a	Grundzüge	174
b	Formelle Einordnung	175
3.5	Vertriebs- und Abgabeverbot von Heilmitteln	175
a	Grundzüge	175
b	Formelle Einordnung	176
3.6	Unzulässige Werbemittel und Werbung	176
a	Grundzüge	176
b	Formelle Einordnung	178
4.	Erkenntnisse	179
IV.	Ausgewählte Aspekte des Strafverfahrens	179
1.	Überblick über die Straftatbestände	179
2.	Zuständigkeiten und Verfahrensrecht	182
2.1	Zuständigkeiten	182
2.2	Verfahrensrecht	184
3.	Zur Doppelrolle von Swissmedic	185
3.1	Auslöserin eines Verwaltungsstrafverfahrens	185
3.2	Zuständige Strafverfolgungsbehörde	185
V.	Zusammenfassung	186

Teil 5: Verfahrensdualismus und ausgewählte Garantien der Europäischen Menschenrechtskonvention

Einführung	191
Das Prinzip «ne bis in idem»	192
I. Einleitung	192
II. Gesetzliche Verankerung und Teilgehalte	192
1. Gesetzliche Verankerung	192
2. Teilgehalte	193
III. Das «ne bis in idem»-Prinzip und seine Verletzung	194
1. Das Element «Strafverfahren» («criminal in nature»)	195
2. Das Element der «Rechtskraft» («final decision»)	196
3. Das Element des «Gleichen» («idem»)	197

3.1	Die Fälle Gradinger, Oliveira und Fischer.....	197
a	Gradinger gegen Österreich	197
b	Oliveira gegen die Schweiz.....	199
c	Zwischenfazit 1	201
d	Fischer gegen Österreich.....	201
e	Zwischenfazit 2	203
3.2	Richtungswechsel: Zolotoukhine gegen Russland.....	204
3.3	Fazit.....	206
4.	Das Element des «Zweimal» («bis»).....	207
4.1	Grundsatz	208
4.2	Ausnahme.....	208
a	Entstehung und Entwicklung der Rechtsprechung.....	209
b	Bestätigung der Rechtsprechung.....	210
4.3	Zusammenfassung.....	212
5.	«Zolotoukhine», «Boman» und der Verfahrensdualismus.....	213
5.1	Die Gegenüberstellung.....	213
5.2	Das Element «bis».....	214
5.3	Fazit.....	214
6.	Ist «ne bis in idem» verletzt?	216
6.1	Fragenkatalog.....	216
6.2	Entscheidungsdiagramm	220
IV.	Die Rechtsprechung des Bundesgerichts	223
1.	Auswirkungen des Zolotoukhine-Urteils.....	223
1.1	Geschäftsbericht 2010.....	223
1.2	BGE 137 I 363	224
2.	Fazit	226
V.	Zusammenfassung	227
VI.	Verfahrensdualismus und «ne bis in idem».....	228
1.	Strassenverkehrsrecht	229
1.1	Strafverfahren vor Administrativmassnahmeverfahren	229
1.2	Administrativmassnahmeverfahren vor Strafverfahren	229
2.	Finanzmarktaufsichtsrecht	230
3.	Heilmittelrecht	231
	Das Prinzip «nemo tenetur se ipsum accusare»	232
I.	Einleitung	232
II.	Teilgehalte und gesetzliche Verankerung	232
1.	Teilgehalte	232
1.1	Das Recht, zu schweigen.....	233
1.2	Selbstbelastungsprivileg.....	234

2.	Gesetzliche Verankerung.....	235
2.1	Im Völkerrecht	235
2.2	Im nationalen schweizerischen Recht	236
III.	«Nemo tenetur» in Verwaltungsverfahren.....	237
1.	Eröffnung des Schutzbereichs von Art. 6 Ziff. 1 EMRK	238
2.	Ausstrahlung von «nemo tenetur» auf Verwaltungsverfahren	239
3.	Verfahrensabfolge und die Auswirkungen auf «nemo tenetur»	241
3.1	Verwaltungs- und Strafverfahren laufen parallel	241
3.2	Verwaltungsverfahren geht Strafverfahren vor.....	241
3.3	Strafverfahren geht Verwaltungsverfahren vor.....	243
4.	Fazit	243
IV.	Sachlicher Schutzbereich von «nemo tenetur»	244
1.	Sinn und Zweck	244
2.	Keine absolute Geltung.....	245
3.	(Un-)zulässiger Zwang: Abgrenzungskriterien.....	246
3.1	«aktiv/passiv».....	246
3.2	Die «Saunders-Formel»	247
3.3	Zwang zur passiven Duldung auch unzulässig	249
3.4	Zwang zur aktiven Mitwirkung auch zulässig	250
3.5	Fazit.....	252
4.	Abgrenzungskriterien des Gerichtshofs.....	254
4.1	«Art und Ausmass des Zwangs»	255
4.2	«Verfahrensrechtliche Absicherung»	256
4.3	«Verwendung der Beweismittel».....	257
4.4	Rückkehr des «öffentlichen Interesses»?	258
4.5	Fazit.....	261
5.	Zur Zulässigkeit erzwungener Dokumenteneditionen	262
5.1	Die Urteile Funke, Saunders und J.B.	263
5.2	Das Urteil Chambaz	266
5.3	Fazit.....	266
6.	Aussichten für zukünftige Fälle	267
V.	Die Rechtsprechung des Bundesgerichts	268
1.	Die Urteilsgründe.....	269
1.1	«Strafähnliche Massnahme im Sinne von Art. 6 EMRK»	269
1.2	Keine Anwendung von «nemo tenetur».....	270
2.	Analyse	271
2.1	1. Argument: Nicht jede Mitwirkungspflicht bedeutet «eine unzulässige Selbstanschuldigung»	272

2.2	2. Argument: «Nemo tenetur» geht bei juristischen Personen weniger weit	274
2.3	3. Argument: Keine absolute Geltung der Verfahrensgarantien von Art. 6 EMRK	275
2.4	4. Argument: Unterscheidung zwischen Selbstbelastung und Herausgabe von Dokumenten	277
2.5	5. Argument: «Nemo tenetur» schliesst Durchsetzung des Verwaltungsrechts aus	278
3.	Fazit	280
VI.	Zusammenfassung	280
1.	Keine Anwendung von «nemo tenetur» in Verwaltungsverfahren... ..	280
2.	Anwendung von «nemo tenetur» in Verwaltungsverfahren	281
2.1	Verwaltungsverfahren ist strafrechtlicher Natur	281
2.2	Hinreichender Bezug zu Strafverfahren	282
VII.	Verfahrensdualismus und «nemo tenetur»	282
1.	Strassenverkehrsrecht	282
1.1	Warnungsentzug	282
1.2	Sicherungsentzug	283
2.	Finanzmarktaufsichtsrecht	284
2.1	Aufsichtsverfahren ist strafrechtlicher Natur	284
2.2	Aufsichtsverfahren ist verwaltungsrechtlicher Natur	284
3.	Heilmittelrecht	285

Teil 6: Lösungsansätze

Einführung	289
Klassische Verwaltungsverfahren	290
I. Ausgangslage	290
II. Lösungsansätze	291
1. Mitwirkungsverzicht	291
2. Mitwirkungsverzicht und Zwangsmassnahmen	292
2.1 Mögliche Zwangsmassnahmen	292
2.2 Anordnungsvoraussetzungen	293
2.3 Fazit	294
3. Mitwirkungspflicht und Verwertungsverbot	295
4. Trennung der Verfahren	299
III. Zusammenfassung	300

Verwaltungsverfahren mit strafrechtlicher Natur	302
I. Ausgangslage.....	302
II. Lösungsansätze	303
1. Festhalten an der Zuständigkeitsordnung	303
1.1 Strassenverkehrsrecht.....	303
a Berücksichtigung von «nemo tenetur se ipsum accusare».....	304
b Verstoss gegen «ne bis in idem»?	304
c Würdigung.....	306
1.2 Finanzmarktaufsichtsrecht	306
a Berücksichtigung von «nemo tenetur se ipsum accusare».....	307
b Verstoss gegen «ne bis in idem»?	307
c Würdigung.....	308
1.3 Fazit.....	309
2. Änderung der Zuständigkeitsordnung	309
2.1 Strassenverkehrsrecht.....	310
2.2 Finanzmarktaufsichtsrecht	310
2.3 Fazit.....	311
III. Zusammenfassung	312
Schlussbemerkungen	314