Stimmrechtssuspendierung nach Art. 20 Abs. 4bis BEHG – Strafrechtliche Rechtsnatur mit verfahrensrechtlichen Konsequenzen

Verfügung des Obergerichts des Kantons Zürich NL090126/Z2 vom 13. August 2009 i.S. Verein pro Aktionärsrechte Sulzer (Kläger und Rekurrent) gegen Everest Beteiligungs GmbH in Liquidation und Salve Beteiligungs GmbH (Beklagte und Rekursgegnerinnen)

Mit Bemerkungen von lic. iur. Nina Reiser und Prof. Dr. Hans Caspar von der Crone, Universität Zürich*

Inhaltsübersicht

I. Sachverhalt
II. Erwägungen des Obergerichts
1. Zuständigkeit
2. Aktivlegitimation des Klägers
3. Voraussetzungen vorsorglicher Massnahmen
4. Vorwurf des heimlichen Beteiligungserwerbs
5. Rückwirkende Anwendung von Art. 20 Abs. 4bis BEHG
5.1 Rückwirkungsverbot als Grundsatz der gesamten Rechtsordnung
5.2 Rückwirkung im Zivilrecht
5.3 Rückwirkung im Strafrecht
5.4 Rückwirkung im Verwaltungsrecht
5.5 Abweisung des Begehrens
III. Bemerkungen
1. Strafrechtliche Rechtsnatur
1.1 Öffentlichrechtliche Rechtsnatur der Offenlegungspflicht
1.2 Strafrechtliche Rechtsnatur der Stimmrechtssuspendierung
1.3 Ähnlichkeiten mit der Einziehung
2. «Strafrechtliche Anklage» nach Art. 6 EMRK
2.1 Allgemeines
2.2 Strafrechtliche Zuordnung nach innerstaatlichem Recht
2.3 «Wahre Natur» der Zuwiderhandlung und deren Folgen
2.4 Schwere der Sanktion
2.5 Qualifizierungen während des Verfahrens
2.6 Zwischenfazit
3. Keine Rückwirkung
4. Verfahrensgarantien nach Art. 6 EMRK
5. Weitere Fragen
IV. Schlussbetrachtung

I. Sachverhalt

Der Kläger ist ein Verein mit Sitz in Winterthur. Er setzt sich gemäss Art. 2 seiner Statuten dafür ein, «dass die Sulzer AG und ihre Tochtergesellschaften unabhängig bleibt [recte: bleiben], respektive dass ein allfälliger Kontrollwechsel unter allen Titeln fair und rechtmässig unter Wahrung der Rechte aller Aktionäre stattfindet.»

Die Beklagten halten namhafte Beteiligungen an der Sulzer AG. Sie bilden zusammen mit weiteren Aktionären die Renova-Gruppe, die 31,2% der Aktien der Sulzer AG hält. Die Everest Beteiligungs GmbH in Liquidation hat im Hinblick auf die Generalversammlung (GV) der Sulzer AG vom 18. August 2009 die Abwahl zweier Verwaltungsräte beantragt. Der in den Statuten des Klägers angesprochene Kontrollwechsel zielt auf die von der Renova-Gruppe angestrebten Veränderungen.

Mit Eingabe vom 17. Juli 2009 wandte sich der Kläger an die Einzelrichterin im summarischen Verfahren des Bezirks Winterthur. Er verlangte, die Stimmrechte der per 11. August 2009 im Aktienbuch der Sulzer AG eingetragenen Aktien der Gesuchsgegnerinnen seien bis zum Abschluss des ordentlichen Prozesses betreffend Stimmrechtssuspendierung vorsorglich zu suspendieren. Zudem sei die Sulzer AG über diese Massnahmeverfügung als Anordnung im Sinne von § 223 Ziff. 2 ZPO ZH in Kenntnis zu setzen, alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gesuchsgegnerinnen.

Die Einzelrichterin wies das Begehren mit Verfügung vom 23. Juli 2009 ohne Anhörung der Beklagten ab. Der Kläger hat gegen diese Verfügung mit Eingabe vom 6. August 2009 rechtzeitig Rekurs erhoben. In der Hauptsache hält er an seinem vor der Einzelrichterin gestellten Rechtsbegehren fest. Prozessual beantragt er, die verlangten Massnahmen superprovisorisch zu erlassen.

II. Erwägungen des Obergerichts

Das Obergericht prüft vorab, ob es zuständig ist [1.]. In einem weiteren Schritt widmet es sich der Aktivlegimitation des Klägers [2.]. Sodann macht es Ausführungen zu den Voraussetzungen vorsorglicher Massnahmen [3.] und zum Vorwurf des heimlichen Beteiligungserwerbs [4.]. Im Hauptteil des Entscheids widmet sich das Obergericht schliesslich der Frage der rückwirkenden Anwendung von Art. 20 Abs. 4bis BEHG [5.].

1. Zuständigkeit

Gemäss Art. 20 Abs. 4bis BEHG entscheide «der Richter» über die Suspendierung des Stimmrechts, womit die Zivilgerichtsbarkeit gemeint sei. Obwohl der einstweilige Rechtsschutz in Art. 20 Abs. 4bis

* Der vorliegende Beitrag ist im Internet verfügbar unter *http://www.rwi.uzh.ch/vdc*.

BEHG nicht ausdrücklich erwähnt sei, sei davon auszugehen, dass zur Durchsetzung einer bundesrechtlichen Regelung einstweiliger Rechtsschutz durch vorsorgliche Massnahmen beansprucht werden könne. Da vor Rechtshängigkeit des Hauptprozesses dafür grundsätzlich der Einzelrichter im summarischen Verfahren am Bezirksgericht zuständig sei (§ 19 Abs. 1 und § 23 Abs. 1 GVG ZH i.V.m. § 222 Ziff. 3 ZPO ZH), sei die sachliche Zuständigkeit der Einzelrichterin im summarischen Verfahren am Bezirksgericht gegeben.[1]

Die internationale und örtliche Zuständigkeit für vorsorgliche Massnahmen ergebe sich aus Art. 24 LugÜ. Auf das Massnahmebegehren sei somit einzutreten.[2]

2. Aktivlegitimation des Klägers

Berechtigt zur Klage auf Suspendierung des Stimmrechts nach Art. 20 Abs. 4bis BEHG seien die FINMA, die Gesellschaft, an der die offenzulegende Beteiligung besteht, und deren Aktionäre. Der Kläger sei nach eigenem Bekunden Aktionär der Sulzer AG. Ob die Aktionärsstellung durch die vom Kläger eingereichten Dokumente glaubhaft gemacht sei, könne, wie noch zu zeigen sei, offengelassen werden.[3]

3. Voraussetzungen vorsorglicher Massnahmen

Für den Erlass vorsorglicher Massnahmen vor Rechtshängigkeit des Hauptprozesses gemäss § 222 Ziff. 3 ZPO ZH müsse der Kläger glaubhaft machen, dass ihm ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil drohe («Nachteilsprognose») und dass sein Begehren in der Hauptsache begründet sei («Hauptsachenprognose»).[4] Das Verfahren betreffend vorsorgliche Massnahmen sei grundsätzlich kontradiktorisch. Bei besonderer Dringlichkeit könne das Gericht, auch im Rekursverfahren, eine vorsorgliche Massnahme einstweilen ohne Anhörung der Gegenpartei treffen und das rechtliche Gehör erst danach durch Ansetzen einer Einsprachefrist oder durch eine nachträgliche Anhörung gewähren (§ 224 Abs. 1 und Abs. 2 ZPO ZH; § 110 Abs. 2 ZPO ZH).[5]

4. Vorwurf des heimlichen Beteiligungserwerbs

Nach Art. 20 Abs. 1 BEHG bestehe eine Meldepflicht an die Börse und die börsenkotierte Gesellschaft, wenn ein Erwerber die Schwellen von 3, 5, 10, 15, 20, 25, 33⅓, 50 oder 66⅔ Prozent der Stimmrechte überschreite. Während die Schwellenwerte von 3 und 15 Prozent erst mit der am 1. Dezember 2007 in Kraft getretenen Revision eingefügt worden seien, bestehe die Meldepflicht im Übrigen seit Inkrafttreten des BEHG.[6]

Der Kläger habe eine Verfügung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA vom 22. Januar 2009 ins Recht gelegt, um die Verletzung börsenrechtlicher Meldepflichten glaubhaft zu machen. Zusammengefasst werfe die FINMA einem Teil der natürlichen Personen, welche die Gesellschaften der Renova-Gruppe kontrollieren, vor, die börsenrechtliche Meldepflicht verletzt zu haben.[7] Ohne genauer auf die Frage der Verletzung der Meldepflicht einzugehen, stellt das Obergericht fest, dass eine allfällige Verletzung vor Inkrafttreten der Bestimmung über die Suspendierung des Stimmrechts (Art. 20 Abs. 4bis BEHG) am 1. Dezember 2007 erfolgt sei. Es sei demnach zu prüfen, ob die Bestimmung rückwirkend auf den fraglichen Sachverhalt anzuwenden sei, so das Obergericht.[8]

5. Rückwirkende Anwendung von Art. 20 Abs. 4bis BEHG

5.1 Rückwirkungsverbot als Grundsatz der gesamten Rechtsordnung

Als Grundsatz gelte in der gesamten Rechtsordnung, dass Rechtssätze nicht auf Sachverhalte anzuwenden seien, die sich vor ihrem Inkrafttreten ereignet haben. Das Rückwirkungsverbot gelte jedoch nicht ausnahmslos. Vielmehr hätten Lehre und Rechtsprechung zum Zivil-, Verwaltungs- und Strafrecht je eigene Grundsätze dazu erarbeitet.[9]

1 Obergericht ZH (NL090126/Z2 vom 13. August 2009), E. 2.1., ab E. 5 in ZR 108 (2009) Nr. 53 225 ff.
2 Obergericht ZH (NL090126/Z2 vom 13. August 2009), E. 2.2.
3 Obergericht ZH (NL090126/Z2 vom 13. August 2009), E. 3.
4 Obergericht ZH (NL090126/Z2 vom 13. August 2009), E. 4.1.
5 Obergericht ZH (NL090126/Z2 vom 13. August 2009), E. 4.2.
6 ZR 108 (2009) Nr. 53 225, E. 5.1.
7 ZR 108 (2009) Nr. 53 225, E. 5.2.
8 ZR 108 (2009) Nr. 53 225, E. 5.3.
9 ZR 108 (2009) Nr. 53 225, E. 6.1.

Ohne sich in Bezug auf die Rechtsnatur von Art. 20 Abs. 4bis BEHG festzulegen, erläutert das Obergericht in der Folge verschiedene Argumente, die für die zivil-, die straf- oder die verwaltungsrechtliche Natur der Stimmrechtssuspendierung nach Art. 20 Abs. 4bis BEHG sprechen. Zudem prüft es im Einzelnen die von Lehre und Rechtsprechung zum Zivil-, Verwaltungs- und Strafrecht erarbeiteten Grundsätze der Rückwirkung.

5.2 Rückwirkung im Zivilrecht

Gemäss den Ausführungen des Obergerichts sprechen folgende Argumente für eine zivilrechtliche Natur der Stimmrechtssuspendierung: Obwohl die FINMA über die Meldepflichten des Art. 20 Abs. 1 BEHG unter bestimmten Voraussetzungen Verfügungen erlasse, die der Durchsetzung mit Verwaltungszwang zugänglich seien und die genannte Bestimmung eine öffentlichrechtliche Verpflichtung schaffe, obliege die Anwendung von Art. 20 Abs. 4bis BEHG den Zivilgerichten. Inhaltlich handle es sich bei der Suspendierung des Stimmrechts jedenfalls insoweit um eine zivilrechtliche Bestimmung, als die aus der Aktionärsstellung fliessenden Vermögens-, Mitwirkungs- und Kontrollrechte privatrechtlicher Natur seien. Zudem beschlage die Suspendierung des Stimmrechts das Kräfteverhältnis zwischen Privatpersonen, nämlich zwischen den Aktionärinnen und Aktionären. Eine rückwirkende Anwendung von Art. 20 Abs. 4bis BEHG müsste deshalb jedenfalls vor den einschlägigen zivilrechtlichen Grundsätzen standhalten.[10]

Das Obergericht weist weiter darauf hin, dass die am 1. Dezember 2007 in Kraft getretene Revision des Börsengesetzes keine Übergangsbestimmungen enthalte. Hätte der historische Gesetzgeber eine Rückwirkung von Art. 20 Abs. 4bis BEHG gewollt, hätte sich eine ausdrückliche Regelung aufgedrängt. Es könne somit von einem qualifizierten Schweigen des Gesetzgebers ausgegangen werden.[11]

Sodann prüft das Obergericht die Frage der Rückwirkung nach den allgemeinen Grundsätzen des intertemporalen Zivilrechts. Gemäss Art. 2 Abs. 1 SchlT ZGB seien Bestimmungen, die um der öffentlichen Ordnung und der Sittlichkeit willen aufgestellt wurden, auch rückwirkend anwendbar. Diese verlangten nur dort, wo die Weitergeltung bisherigen Rechts mit den grundlegenden ethischen oder sozialpolitischen Wertungen der geltenden Rechtsordnung unvereinbar wäre, die rückwirkende Rechtsanwendung.[12] Von einer rückwirkenden Anwendung von Art. 20 Abs. 4bis BEHG abzusehen, sei mit der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit vereinbar.[13] Bei der Abwägung der entgegenstehenden Interessen sei auch Art. 3 SchlT ZGB heranzuziehen: Rechtsverhältnisse, deren Inhalt unabhängig vom Willen der Beteiligten durch das Gesetz umschrieben werde, seien nach dem neuen Recht zu beurteilen, auch wenn sie vor diesem Zeitpunkt begründet worden seien. Gesellschaftsrechtliche Positionen seien keine solchen Rechtsverhältnisse. Die aus der Eigenschaft als Aktionär fliessenden Rechte, wie sie die Beklagten vor dem 1. Dezember 2007 erworben hätten, mithin auch das Stimmrecht, stünden unter dem Schutz erworbener Rechte. Auch dieser Aspekt spreche gegen die rückwirkende Anwendung von Art. 20 Abs. 4bis BEHG.[14]

5.3 Rückwirkung im Strafrecht

Gegen die strafrechtliche Rechtsnatur der Stimmrechtssuspendierung spreche die zivilrechtliche Ausgestaltung des Verfahrens, so das Obergericht.[15] Immerhin handle es sich bei der Suspendierung um eine Rechtsfolge, die an ein strafbares Verhalten anknüpfe und neben die Busse des Art. 41 BEHG trete. Sodann handle es sich um einen massiven Eingriff in die Aktionärsrechte. All das rücke die Suspendierung zumindest sehr in die Nähe der Strafe. Neue schärfere Strafbestimmungen würden auch dann nicht zurückwirken, wenn das Verhalten bereits unter altem Recht strafbar war. Das neue Recht werde nur angewandt, wenn es für den Täter das mildere sei (Art. 2 Abs. 2 StGB). Eine analoge Heranziehung der strafrechtlichen Grundsätze stünde also einer Rückwirkung entgegen.[16]

[10] ZR 108 (2009) Nr. 53 226, E. 7.1.
[11] ZR 108 (2009) Nr. 53 226, E. 7.2.
[12] ZR 108 (2009) Nr. 53 226 f., E. 7.3.
[13] ZR 108 (2009) Nr. 53 227, E. 7.4.
[14] ZR 108 (2009) Nr. 53 227 f., E. 7.5.
[15] ZR 108 (2009) Nr. 53 228, E. 7.6.
[16] ZR 108 (2009) Nr. 53 228, E. 7.7.

5.4 Rückwirkung im Verwaltungsrecht

Die Klage auf Suspendierung des Stimmrechts weise auch eine gewisse Nähe zum Verwaltungsrecht auf, so das Obergericht. Einerseits könne die FINMA die Meldepflicht erzwingen. Zudem sei sie zur Suspendierungsklage berechtigt.[17] Die verwaltungsrechtliche Lehre und Rechtsprechung unterscheide zwischen echter und unechter Rückwirkung.[18] Eine Anwendung von Art. 20 Abs. 4bis BEHG auf Personen, die ihre Meldepflichten vor dem 1. Dezember 2007 verletzt haben, wäre gemäss den Erläuterungen des Obergerichts als echte Rückwirkung zu qualifizieren.[19] Wende man die Voraussetzungen für die echte Rückwirkung[20] auf den vorliegenden Fall an, so sei bereits die erste von fünf Voraussetzungen (ausdrückliche Anordnung der Rückwirkung oder die Rückwirkung ist nach dem Sinn des Erlasses ausdrücklich gewollt) nicht gegeben. Eine Rückwirkung komme demnach auch nach verwaltungsrechtlichen Grundsätzen nicht in Frage.[21]

5.5 Abweisung des Begehrens

Zusammenfassend hält das Obergericht fest, dass eine Klage auf Suspendierung des Stimmrechts der Beklagten voraussichtlich nicht erfolgreich sein werde, da die rückwirkende Anwendung von Art. 20 Abs. 4bis BEHG unabhängig von deren Rechtsnatur unzulässig sei. Da es somit an der günstigen Hauptsachenprognose fehle, könne offen bleiben, wie es sich mit den übrigen Voraussetzungen vorsorglicher Massnahmen und der Aktivlegitimation des Klägers verhalte. Das Begehren um Erlass einer superprovisorischen Verfügung sei aus all diesen Gründen abzuweisen.[22]

III. Bemerkungen

Das Obergericht lässt die Rechtsnatur der Stimmrechtssuspendierung offen. Im Folgenden zeigen wir, dass von einer strafrechtlichen Rechtsnatur der Stimmrechtssuspendierung auszugehen ist [1.]. Dies ist neben anderen Gründen [1.2.] wegen der auffallenden Ähnlichkeit der Stimmrechtssuspendierung mit der Einziehung nach Art. 70 StGB der Fall [1.3.]. Unter Berücksichtigung der vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte herausgearbeiteten Kriterien ist die Stimmrechtssuspendierung zudem als «strafrechtliche Anklage» nach Art. 6 EMRK zu qualifizieren [2.]. Sodann zeigen wir, dass die Stimmrechtssuspendierung nicht rückwirkend angewendet werden kann [3.]. Des Weiteren widmen wir uns den aufgrund der Qualifikation als «strafrechtliche Anklage» zu berücksichtigenden Verfahrensgarantien gemäss Art. 6 EMRK [4.]. Schliesslich runden einige Einzelfragen die Bemerkungen ab [5.].

1. Strafrechtliche Rechtsnatur

1.1 Öffentlichrechtliche Rechtsnatur der Offenlegungspflicht

Nach herrschender Lehre ist die Offenlegungspflicht öffentlichrechtlicher Natur.[23] In erster Linie bezweckt sie die Herstellung von Transparenz zum Schutze des Marktes und dient damit vorwiegend öffentlichen Interessen. Zudem ist die Meldepflicht zwingend ausgestaltet und kann nicht durch privaten Rechtsakt wegbedungen werden. Bestraft wird die

17 ZR 108 (2009) Nr. 53 228 f., E. 8.1.

18 Gemäss *Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann,* Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich 2006, N 329 ff., versteht man unter echter Rückwirkung die Anwendung von neuem Recht auf einen Sachverhalt, der sich abschliessend vor Inkrafttreten dieses Rechts verwirklicht hat. Von unechter Rückwirkung spricht man hingegen einerseits dann, wenn neues Recht auf zeitlich offene Dauersachverhalte angewendet wird. Andererseits liegt auch unechte Rückwirkung vor, wenn das neue Recht nur für die Zeit nach seinem Inkrafttreten zur Anwendung gelangt, dabei aber in einzelnen Belangen auf Sachverhalte abstellt, die bereits vor seinem Inkrafttreten vorlagen. Vgl. auch die Ausführungen in ZR 108 (2009) Nr. 53 229, E. 8.2.

19 ZR 108 (2009) Nr. 53 229, E. 8.3.

20 Gemäss *Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann,* Allgemeines Verwaltungsrecht (Fn. 18), N 331, ist die echte Rückwirkung eines Erlasses ausnahmsweise zulässig, wenn folgende Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind: ausdrückliche Anordnung der Rückwirkung oder die Rückwirkung ist nach dem Sinn des Erlasses klar gewollt, zeitliche Mässigkeit, Rechtfertigung durch triftige Gründe, keine stossenden Rechtsungleichheiten sowie kein Eingriff in wohlerworbene Rechte.

21 ZR 108 (2009) Nr. 53 229 f., E. 8.4.

22 ZR 108 (2009) Nr. 53 230, E. 9.

23 *Hans Caspar von der Crone/Eva Bilek/Matthias Hirschle,* Neuerungen im Offenlegungsrecht, in: SZW 2008, S. 6; *Rolf H. Weber,* in: Basler Kommentar zum Börsengesetz, Basel 2007, Art. 20 N 11; *Susanne Mettier,* Offenlegung von Beteiligungen im Börsengesetz, Diss., Zürich 1999, S. 43; *Urs Bertschinger,* Rechtsfolgen bei Verletzung börsen- und bankengesetzlicher Meldepflichten für qualifizierte Beteiligungen, in: AJP 1997, S. 285.

Meldepflichtverletzung mit einer Busse, also mit einer öffentlichrechtlichen Sanktion. Mit Blick auf die rein öffentlichrechtliche Natur der Offenlegungspflicht erscheint die Zuständigkeit des Zivilrichters unpassend, wie sie Art. 20 Abs. 4bis BEHG vorsieht.[24] Die FINMA als Aufsichtsbehörde ist nicht zuständig.[25]

1.2 Strafrechtliche Rechtsnatur der Stimmrechtssuspendierung

Das Obergericht lässt offen, ob die Suspendierung des Stimmrechts als eigentliche Strafe zu qualifizieren sei. Es räumt aber ein, dass es sich bei der Suspendierung um eine Rechtsfolge handle, die an strafbares Verhalten anknüpfe und neben die Busse des Art. 41 BEHG trete. Es handle sich sodann um einen massiven Eingriff in die Aktionärsrechte. All das rücke die Suspendierung des Stimmrechts zumindest sehr in die Nähe einer Strafe.[26]

In der Tat gibt es – neben den vom Obergericht erwähnten – viele Gründe, die für die strafrechtliche Rechtsnatur der Stimmrechtssuspendierung sprechen: Zunächst dient sie weniger dem Marktschutz als vielmehr der Sanktionierung gegen Meldepflichtverletzer.[27] Versteht man die Offenlegungspflicht ungeachtet der teilweise zivilprozessualen Durchsetzung mit der h.L. als öffentlichrechtliche Norm, ist sie als verwaltungsrechtliche Sanktion zu qualifizieren und somit strafrechtlicher Rechtsnatur.[28] Wie auch das Obergericht feststellt, stellt sie einen massiven Eingriff in die Eigentumsrechte dar. Es handelt sich folglich um eine schwerwiegende Sanktion. Die Stimmrechtssuspendierung ist dem Nebenstrafrecht zuzuordnen.[29]

Sodann gibt es noch einen weiteren Grund, der für die strafrechtliche Rechtsnatur der Stimmrechtssuspendierung spricht. Dazu sind einige Ausführungen zum Zweck der Meldepflicht bzw. zur Bedeutung der Information im Kapitalmarkt nötig: Zu den zentralen volkswirtschaftlichen Aufgaben der Börse gehört die Gewährleistung eines funktionsfähigen und fairen Wertpapierhandels, der es erlaubt, die knappen finanziellen Ressourcen optimal zu nutzen.[30] Informationen über die Zusammensetzung des Aktionärskreises einer Gesellschaft und seine Veränderungen sind dabei für Investitionsentscheide wichtig und kursrelevant,[31] d.h. die Informationsversorgung hat für die Abwicklung von Kapitalmarkttransaktionen eine massgebliche Bedeutung.[32] Der Zweck des BEHG ruft deshalb nach Transparenz in der Preisbildung.[33] Zweck der Stimmrechtssuspendierung ist es, die Meldepflicht durchzusetzen. Eine Meldepflicht liegt nach Art. 20 Abs. 1 BEHG vor, wenn durch den Erwerb oder die Veräusserung von Aktien einer der in der genannten Bestimmung aufgeführten Grenzwerte über- oder unterschritten wird. Eine zivilrechtliche Ausgestaltung der Stimmrechtssuspendierung würde typischerweise direkt beim Vertrag ansetzen. So würde das Zustandekommen des Vertrages von der Einhaltung der Meldepflicht abhängig gemacht. Infolgedessen hätte die Meldepflichtverletzung die zivilrechtliche Folge, dass die Rechte an den Aktien (u.a. Eigentum und Stimmrecht) gar nicht erst auf den Käufer bzw. Verletzer übergehen würden, da der Vertrag nicht zustande gekommen wäre und es damit an der causa fehlen würde. Diese Rechtsfolge, wonach das Eigentum an den Aktien bei Verletzung der Meldepflicht nicht übergeht, ist jedoch nicht prakti-

[24] Vgl. *Hans Caspar von der Crone/Eva Bilek/Matthias Hirschle,* Neuerungen im Offenlegungsrecht (Fn. 23), S. 6.

[25] Es handle sich um ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers, vgl. *Peter V. Kunz,* Die Stimmrechtssuspendierungsklage im revidierten Börsengesetz – Eine neue Sanktion bei Meldepflichtverletzungen mit grossem Drohpotential, in: SZW 2008, S. 286.

[26] ZR 108 (2009) Nr. 53 228, E. 7.6. und 7.7.

[27] *Peter V. Kunz,* Stimmrechtssuspendierungsklage (Fn. 25), S. 296.

[28] *Hans Caspar von der Crone/Eva Bilek/Matthias Hirschle,* Neuerungen im Offenlegungsrecht (Fn. 23), S. 6.

[29] *Hans Caspar von der Crone/Eva Bilek/Matthias Hirschle,* Neuerungen im Offenlegungsrecht (Fn. 23), S. 7; *Tobias Jaag,* in: Jürg-Beat Ackermann/Andreas Donatsch/Jörg Rehberg (Hrsg.), Wirtschaft und Strafrecht: Festschrift für Niklaus Schmid zum 65. Geburtstag, Zürich 2001, S. 571; *Robert Pfund,* Verwaltungsrecht – Strafrecht (Verwaltungsstrafrecht), in: ZSR 1971 II, S. 121 f.

[30] *Dieter Zobl/Stefan Kramer,* Schweizerisches Kapitalmarktrecht, Zürich 2004, N 12 ff.; *Rolf H. Weber,* Offenlegungspflichten im neuen Börsengesetz und im EG-Recht, in: AJP 1994, S. 304.

[31] Botschaft zum Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel vom 24. Februar 1993, BBl 1993 I 1410.

[32] *Dieter Zobl/Stefan Kramer,* Schweizerisches Kapitalmarktrecht (Fn. 30), N 13; *Christian Meier-Schatz,* Wirtschaftsrecht und Unternehmenspublizität: Zur wirtschaftsrechtlichen Regulierung von Unternehmen mittels Publizitätsnormen: dargestellt anhand veröffentlichungspflichtiger finanzieller und gesellschaftsbezogener Rechnungslegungen, Zürich 1989, 197 ff.; BSK BEHG-*Rolf H. Weber* (Fn. 23), Art. 20 N 3.

[33] *Rolf H. Weber,* Offenlegungspflichten (Fn. 30), S. 304.

kabel. Denn so wäre die Handelbarkeit der Aktien nicht mehr gewährleistet. Eine weniger weit gehende Rechtsfolge bestünde darin, das Eigentum an den Aktien übergehen zu lassen und nur das Stimmrecht an den Aktien zu suspendieren. Die Suspendierung würde diesfalls direkt eintreten bzw. deren Wirkung würde auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses zurückbezogen. Die Stimmrechtssuspendierung nach Art. 20 Abs. 4bis BEHG ist aber gerade anders geregelt. Die Meldung ist keine Voraussetzung für das Zustandekommen des Vertrages über die Veräusserung von Aktien. Die Stimmrechtssuspendierung steuert das Verhalten des Verletzers vielmehr nur indirekt. Sie soll nämlich davon abschrecken, die Meldepflicht zu verletzen. Das Stimmrecht wird denn auch nicht «automatisch» suspendiert, geschweige denn auf den Vertragsschluss zurückbezogen. Vielmehr erfolgt die Suspendierung erst durch richterlichen Entscheid auf Verlangen der FINMA, der Gesellschaft oder eines ihrer Aktionäre bzw. der Übernahmekommission (vgl. Art. 20 Abs. 4bis BEHG). Gegen die strafrechtliche Rechtsnatur könnte die systematische Einordnung der Stimmrechtssuspendierung sprechen. Art. 20 Abs. 4bis BEHG befindet sich nämlich im 4. Abschnitt des BEHG betreffend die «Offenlegung von Beteiligungen». Art. 41 BEHG hingegen, wonach Meldepflichtverletzungen mit Busse bedroht werden, steht im 9. Abschnitt unter der Überschrift «Strafbestimmungen».[34] Bei der systematischen Einordnung wie auch bei der zivilrechtlichen Ausgestaltung des Verfahrens handelt es sich unseres Erachtens um ein Versehen des Gesetzgebers, spricht doch alles andere für die strafrechtliche Natur der Stimmrechtssuspendierung. Bei der Ausarbeitung des BEHG wurde die Schaffung einer Stimmrechtssuspendierungsklage bei Verletzung der Meldepflicht bereits diskutiert, in der Folge jedoch fallen gelassen. Im Unterschied zur heute geltenden Regelung wurde die damalige Diskussion systematisch im Rahmen der Strafbestimmungen geführt.[35]

Zudem ist darauf hinzuweisen, dass die Stimmrechtssuspendierung Änderungen erfahren wird. Wie die Expertenkommission Börsendelikte und Marktmissbrauch in ihrem Bericht vom 29. Januar 2009 schreibt, soll die Stimmrechtssuspendierung neu anstatt in die Kompetenz des Zivilrichters in diejenige der FINMA fallen.[36] Die Zuständigkeit der FINMA spricht per se zwar noch nicht für die strafrechtliche Rechtsnatur der Stimmrechtssuspendierung. Die FINMA ist jedoch wie auch die Strafbehörden – im Unterschied zu den Zivilgerichten – dem öffentlichen Recht zugehörig.

Alle genannten Argumente zeigen folglich, dass die Stimmrechtssuspendierung strafrechtlicher Natur ist.[37]

1.3 Ähnlichkeiten mit der Einziehung

Nach Art. 70 Abs. 1 StGB verfügt das Gericht die Einziehung von Vermögenswerten, die durch eine Straftat erlangt worden sind oder dazu bestimmt waren, eine Straftat zu veranlassen oder zu belohnen, sofern sie nicht dem Verletzten zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes ausgehändigt werden. Sinn der Einziehung nach Art. 70 StGB ist es, deliktisch begründete unrechtmässige Vermögensvorteile zu beseitigen, weil es sozialethisch unverantwortbar ist, Begünstigte im Besitz von Vermögensvorteilen deliktischen Ursprungs zu belassen. Verbrechen sollen sich nicht lohnen, so die gängige Formel. Hätte ein auf strafrechtlich relevante Weise erlangter Vermögensvorteil auf Kosten der von den Strafnormen eigentlich geschützten Privaten oder der Allgemeinheit Bestand, würde die Rechtsordnung

[34] Vgl. *Rolf Watter/Corrado Rampini/Thomas Candrian,* Praktische Aspekte der Stimmrechtssuspendierungs-Klage nach Art. 20 Abs. 4bis BEHG, in: Peter V. Kunz/Dorothea Herren/Thomas Cottier/René Matteotti (Hrsg.), Wirtschaftsrecht in Theorie und Praxis – Festschrift für Roland von Büren, Basel 2009, S. 797, die sich für eine zivilrechtliche und gegen eine strafrechtliche Rechtsnatur aussprechen.

[35] Vgl. Botschaft zum Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel vom 24. Februar 1993, BBl 1993 I 1426; *Mark Montanari,* Erste Erfahrungen mit der Stimmrechtssuspendierungsklage nach Art. 20 Abs. 4bis BEHG, in: Jusletter vom 28. September 2009, N 2.

[36] Bericht der Expertenkommission Börsendelikte und Marktmissbrauch vom 29. Januar 2009, S. 5 und 86. Derzeit wird eine Vernehmlassungsvorlage ausgearbeitet, «wobei der Vorschlag der Expertenkommission, die Zuständigkeit der Stimmrechtssuspendierung neu der FINMA zu übertragen, aufgenommen werden soll». Es sei geplant, dass der Bundesrat die Vernehmlassung Ende 2009 eröffnen werde, vgl. *Mark Montanari,* Stimmrechtssuspendierungsklage (Fn. 35), N 76.

[37] Ausserdem auch für eine strafrechtliche Qualifikation: *Rolf H. Weber,* Börsenrechtliche Meldepflichten im Spannungsfeld von Gesellschafts- und Finanzmarktrecht, in: Peter V. Kunz/Dorothea Herren/Thomas Cottier/René Matteotti (Hrsg.), Wirtschaftsrecht in Theorie und Praxis – Festschrift für Roland von Büren, Basel 2009, S. 775 f.

ihre Aufgabe nicht erfüllen.[38] Die Funktion dieser Einziehungsvariante, die unter der Marginalie «Einziehung von Vermögenswerten» im Gesetz erscheint, kommt besser zum Ausdruck, wenn man sie als Ausgleichs- oder Abschöpfungseinziehung bezeichnet. Bei der Einziehung handelt es sich um eine «andere Massnahme». Sie ist unabhängig von der Strafe, insbesondere von der Höhe einer allfälligen Vermögensstrafe oder Busse auszusprechen.[39]

Auch bei der Stimmrechtssuspendierung möchte man nicht, dass sich eine Gesetzesverletzung unter Inkaufnahme der Busse nach Art. 41 BEHG lohnen könnte. Es soll dem Verletzer der Meldepflicht verunmöglicht werden, seine Ziele an der nächsten GV durchzusetzen, indem man seine Stimmrechte suspendiert. Sodann handelt es sich auch bei der Stimmrechtssuspendierung um eine «andere Massnahme», die neben der Busse nach Art. 41 BEHG ausgesprochen werden kann. Die aufgezeigten Ähnlichkeiten der Stimmrechtssuspendierung mit der Einziehung sprechen also zusätzlich für deren strafrechtliche Rechtsnatur.

2. «Strafrechtliche Anklage» nach Art. 6 EMRK

2.1 Allgemeines

Der Begriff der «strafrechtlichen Anklage» gemäss Art. 6 EMRK wird vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte autonom bestimmt, d.h. unabhängig vom innerstaatlichen Recht. Zunächst setzt die autonome Auslegung von Art. 6 EMRK keine formelle Anklageerhebung voraus.[40] Vielmehr wird darauf abgestellt, ob gegen eine Person der Verdacht oder u.U. auch lediglich die Anschuldigung einer Zuwiderhandlung vorliegt.[41] Nicht erforderlich ist, dass eine offizielle Mitteilung hierüber erfolgt.[42]

Die Tatsache, dass es bei der Stimmrechtssuspendierung keine formelle Anklageerhebung gibt, schliesst die Anwendbarkeit von Art. 6 EMRK also nicht aus, reicht doch bereits der Verdacht bzw. u.U. schon die blosse Anschuldigung einer Zuwiderhandlung.

Die Strassburger Rechtsprechung hat drei Kriterien erarbeitet, anhand derer festgestellt wird, ob ein Verfahren über die Stichhaltigkeit einer Anklage vorliegt. Es sind dies die strafrechtliche Zuordnung nach innerstaatlichem Recht, die «wahre Natur» der Zuwiderhandlung und deren Folgen sowie die Schwere der Sanktion.

2.2 Strafrechtliche Zuordnung nach innerstaatlichem Recht

Zunächst ist festzustellen, ob die Zuwiderhandlung nach innerstaatlichem Recht dem Strafrecht oder einem anderen Rechtsbereich (z.B. Disziplinarrecht, Übertretungsstrafrecht, Ordnungswidrigkeiten) zugeordnet wird.[43] Fällt die Zuwiderhandlung unter das Strafrecht, wird sie also durch das StGB oder die Strafbestimmung eines anderen Gesetzes (z.B. das Verwaltungsstrafrecht) erfasst, gilt Art. 6 EMRK ohne Weiteres. Hier ist es ohne Belang, ob die Zuwiderhandlung ex officio oder nur auf Strafantrag verfolgt wird.[44] U.U. ist auf die verwendeten Begriffe abzustellen (z.B. «Verwaltungsstraftaten»). Fällt die

[38] Vgl. zu dieser Begründung der Vermögenseinziehung Amtl.Bull. NR 1973 S. 497 f.; BGE 129 IV 312, 327; 117 IV 107; 104 IV 5 f.; 105 IV 171; *Niklaus Schmid*, in: ders. (Hrsg.), Kommentar Einziehung, organisiertes Verbrechen, Geldwäscherei, 2. Aufl., Bd. I, Zürich 2007, Art. 70–72 StGB, N 10 mit Verweisen.

[39] *Niklaus Schmid*, Kommentar (Fn. 38), N 10 mit Verweisen.

[40] *Wolfgang Peukert*, in: Jochen Frowein/Wolfgang Peukert (Hrsg.), Europäische Menschenrechtskonvention – EMRK-Kommentar, 3. Aufl., Kehl am Rhein 2009, Art. 6 N 41.

[41] *Mark E. Villiger,* Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), 2. Aufl., Zürich 1999, N 393; *Patrick A. Schaerz,* Der Begriff des «fairen Verfahrens» gemäss Art. 6 EMRK in der Schweizerischen Rechtspraxis, in: Das faire Verfahren nach Art. 6 EMRK, 28. Tagung der DACH in Bregenz vom 15. bis 17. Mai 2003, Hrsg.: DACH Europäische Anwaltsvereinigung e.V., Köln, 2005, S. 55; vgl. die Urteile in den Fällen Eckle und Öztürk c. Bundesrepublik Deutschland, Nr. 51, § 73.

[42] Wenn Ermittlungen (z.B. polizeiliche Befragungen der Nachbarn oder des Arbeitgebers, Ausschreibungen) getätigt werden, welche die Situation der Person in demselben Masse zu beeinträchtigen vermögen wie eine offizielle Mitteilung, ist Art. 6 EMRK bereits anwendbar. Vgl. *Mark E. Villiger,* Handbuch EMRK (Fn. 41), N 393; *Patrick A. Schaerz,* Faires Verfahren (Fn. 41) S. 55; *Martin Philipp Wyss,* Miranda Warnings im schweizerischen Verfahrensrecht?, in: recht 2001, S. 134.

[43] *Wolfgang Peukert,* EMRK-Kommentar (Fn. 40), Art. 6 N 26.

[44] Minelli c. Schweiz, Urteil vom 25. März 1983, Nr. 62, § 32; *Mark E. Villiger,* Handbuch EMRK (Fn. 41), N 395.

Zuwiderhandlung jedoch nicht unter das innerstaatliche Strafrecht, wendet der Gerichtshof zwei weitere, «autonome» Kriterien an. Die Kontrolle durch den Gerichtshof wird jedenfalls nicht durch die innerstaatliche Qualifizierung eines Sachverhaltes ausgeschlossen. Damit wird vermieden, dass innerstaatliche Behörden ein Verfahren den Garantien von Art. 6 EMRK entziehen, indem sie es einem anderen Rechtsbereich zuordnen.[45]

Aufgrund der eingehend erläuterten innerstaatlichen Kriterien[46] und der Ähnlichkeiten zur – im StGB geregelten – Einziehung nach Art. 70 StGB[47] ergibt sich, dass die Stimmrechtssuspendierung nach innerstaatlichem bzw. schweizerischem Recht dem Strafrecht zuzuordnen ist. An dieser Qualifikation vermag auch die Tatsache nichts zu ändern, dass die FINMA bzw. die Übernahmekommission gemäss dem Wortlaut von Art. 20 Abs. 4bis BEHG tätig werden kann, aber nicht tätig werden muss. Denn es ist für die strafrechtliche Qualifikation ohne Belang, ob die Zuwiderhandlung ex officio oder nur auf Strafantrag verfolgt wird. Auch bei einem Antragsdelikt nach StGB muss die betreffende Behörde nicht von sich aus tätig werden, sondern erst etwas unternehmen, wenn ein Antrag vorliegt.

Doch selbst wenn man die Suspendierung des Stimmrechts aufgrund seiner systematischen Einordnung nach innerstaatlichem Recht nicht dem Strafrecht, sondern dem Zivilrecht zuordnen würde, handelt es sich bei der Stimmrechtssuspendierung wegen der weiteren, autonomen vom Gerichtshof angewendeten Kriterien um eine «strafrechtliche Anklage» nach Art. 6 EMRK, wie im Folgenden erläutert wird.

2.3 «Wahre Natur» der Zuwiderhandlung und deren Folgen

Als zweites Kriterium ist die «wahre Natur» («la nature même» / «the very nature») der Zuwiderhandlung und deren Folgen zu ermitteln.[48] Eine Zuwiderhandlung ist dann strafrechtlicher Natur nach Art. 6 EMRK, wenn als Folge eine Sanktion vorgesehen wird, die sowohl abschreckenden als auch vergeltenden Charakter aufweist bzw. wenn aufgrund der Strafe für jedermann ein bestimmtes Verhalten (ein Tun oder Unterlassen) erzwungen wird.[49]

Die Äusserungen zahlreicher Parlamentarier im Rahmen der legislativen (Vor-)Arbeiten zeigen, dass die Stimmrechtssuspendierung eine Sanktionierung für eine Meldepflichtverletzung darstellt.[50] Die Suspendierung weist sowohl vergeltenden als auch abschreckenden[51] Charakter auf und durch die Strafe wird für jedermann ein bestimmtes Verhalten erzwungen, nämlich der Meldepflicht nachzukommen. So soll die Bestrafung der Verletzung der Offenlegungspflicht mit Stimmrechtssuspendierung deutlich wirkungsvoller sein als irgendeine monetäre Bestrafung.[52] Die «wahre Natur» der Stimmrechtssuspendierung ist folglich strafrechtlich.

2.4 Schwere der Sanktion

Sofern auch die «wahre Natur» der Zuwiderhandlung keinen strafrechtlichen Charakter im Sinne von Art. 6 EMRK aufweisen würde, wäre drittens schliesslich zu prüfen, ob Art. 6 EMRK aufgrund der Schwere der Sanktion zur Anwendung gelangt.[53] Auch eine auf den ersten Blick geringfügige Busse kann strafrechtlicher Natur sein, wenn sie bei Nichtbezahlung

45 *Mark E. Villiger,* Handbuch EMRK (Fn. 41), N 395.
46 Vgl. Ausführungen unter III.1.2.
47 Vgl. Ausführungen unter III.1.3.
48 *Wolfgang Peukert,* EMRK-Kommentar (Fn. 40), Art. 6 N 26.
49 Vgl. *Mark E. Villiger,* Handbuch EMRK (Fn. 41), N 396 mit Verweis auf die Urteile in den Fällen Engel u.a. c. Niederlande, Nr. 22, § 82; Öztürk c. Bundesrepublik Deutschland, Nr. 73, § 53; A.P., M.P. und T.P. c. Schweiz sowie E.L., R.L. und J.O.-L. c. Schweiz, Reports 1997-V, S. 1487 bzw. 1519 f.
50 Auswahl: Amtl.Bull. NR 2007 S. 102 *(Leutenegger Oberholzer);* Amtl.Bull. SR 2007 S. 407 *(Sommaruga);* Amtl. Bull. SR 2007 S. 418 *(David);* Prot. WAK-NR: 12. Juni 2007, 9; Prot. WAK-NR: 19. Juni 2007, 2; EFD-Bericht vom 18. April 2007: 7 f./Ziff. 3; EFD-Bericht vom 21. Mai 2007: 1/Ziff. 1; anders lautendes Votum: Amtl.Bull. NR 2007 S. 100 *(de Buman);* vgl. auch *Peter V. Kunz*, Stimmrechtssuspendierungsklage (Fn. 25), S. 287.
51 Amtl.Bull. SR 2007 S. 417 *(Germann):* «Es sei darauf hingewiesen, dass diese maximale Frist von fünf Jahren in der Kommission nicht unbestritten geblieben ist, aber wir haben letztlich diese Vorgabe gemacht, weil die Mehrheit der Überzeugung ist, dass dies als Abschreckung wesentlich wirksamer ist als eine sehr hohe Busse […].»
52 Amtl.Bull. NR S. 99 *(Schneider); Peter V. Kunz,* Stimmrechtssuspendierungsklage (Fn. 25), S. 297.
53 Vgl. *Mark E. Villiger,* Handbuch EMRK (Fn. 41), N 397; *Wolfgang Peukert,* EMRK-Kommentar, Art. 6 N 26 mit Verweis auf die Urteile in den Fällen Engel u.a. c. Niederlande, Nr. 22, §§ 82, 85; Putz c. Österreich, Reports 1996-1, S. 325 f.; Pierre-Bloch c. Frankreich, Reports 1997-VI, S. 2224 ff.

zur Einziehung von Sachwerten führt oder in eine Freiheitsstrafe umgewandelt werden kann.[54]

Die Stimmrechtssuspendierung ist eine schwerwiegende Sanktion, da sie einen massiven Eingriff in die Eigentumsrechte darstellt.[55] Auch wegen der Schwere der Sanktion haben wir es folglich mit einer «strafrechtlichen Anklage» nach Art. 6 EMRK zu tun.

2.5 Qualifizierungen während des Verfahrens

Die Anwendung von Art. 6 EMRK setzt die Beschwer voraus, d.h. im Strafverfahren die Verurteilung des Beschwerdeführers bzw. im Zivilverfahren das Obsiegen der Gegenpartei. Zwischenentscheide bzw. Verfahren zu vorläufigen Massnahmen fallen daher grundsätzlich nicht unter Art. 6 EMRK, da während eines derartigen Verfahrens noch nicht endgültig über die Beschwer entschieden worden ist.[56]

Beim hier besprochenen Entscheid handelt es sich um eine Verfügung betreffend vorsorgliche Massnahmen im Sinne des Zivilprozessrechts. Es fragt sich, ob diese Verfügung einer vorläufigen Massnahme im oben erläuterten Sinn gleichzusetzen ist. Dabei stellt sich die grundsätzliche Frage, ob die Stimmrechtssuspendierung nach Art. 20 Abs. 4bis BEHG überhaupt nach den durch das Zivilprozessrecht vorgesehenen Kriterien als vorsorgliche Massnahme ausgesprochen werden kann. In einem zweiten Schritt ist dann insbesondere zu prüfen, ob die strafrechtliche Rechtsnatur die Zulassung der Stimmrechtssuspendierung als vorsorgliche Massnahme im Sinne des Zivilprozessrechts ausschliesst.

Zunächst zu den zivilrechtlichen Kriterien: Um eine vorsorgliche Massnahme zu erwirken, muss der Gesuchsteller glaubhaft machen, dass der Anspruch des Klägers gegenüber dem Beklagten besteht und dass ihm sonst ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil «besonders durch Veränderung des bestehenden Zustandes» drohe, der nur durch die begehrte vorsorgliche Massnahme abgewendet werden kann.[57] Bei den vorsorglichen Massnahmen unterscheidet man zwischen Sicherungsmassnahmen, Regelungsmassnahmen, Leistungsmassnahmen und Beweissicherungsmassnahmen.[58] Leistungsmassnahmen dienen der vorläufigen Vollstreckung behaupteter Ansprüche während der Prozessdauer. Die Möglichkeit vorläufiger Vollstreckung muss vor allem dann gegeben sein, wenn der eingeklagte Anspruch durch die Prozessdauer untergeht oder wenn sich die seinerzeitige Vollstreckung des Urteils für den Kläger kontraproduktiv auswirken würde.[59] Leistungsmassnahmen sind zulässig für Unterlassungsansprüche, wenn der Ansprecher von einer unrechtmässigen schädigenden Handlung bedroht ist. Grundsätzlich zulässig sind Leistungsmassnahmen auch zur vorläufigen Vollstreckung von Ansprüchen auf ein Tun. Unzulässig sind jedoch nach herrschender Auffassung Leistungsmassnahmen zur vorläufigen Vollstreckung von Ansprüchen auf Geldzahlung.[60] Bei der vorsorglichen Stimmrechtssuspendierung handelt es sich um eine Leistungsmassnahme, da damit – ebenso wie beim Hauptbegehren – das Stimmrecht suspendiert werden soll. Es wird folglich vorläufig vollstreckt. Die Suspendierung des Stimmrechts als eingeklagter Anspruch geht durch die Prozessdauer grundsätzlich nicht unter, weil das Stimmrecht auch noch in einem späteren Zeitpunkt suspendiert werden kann. Da im vorliegenden Fall aber innert Kürze eine GV stattfand, bei welcher die Kläger gerade verhindern wollten, dass die Beklagten ihr Stimmrecht ausüben würden, kann man dennoch sagen, der eingeklagte Anspruch würde durch die Prozessdauer untergehen. Bei der Stimmrechtssuspendierung handelt es sich somit um einen Unterlassungsanspruch, weil den Beklagten die Ausübung des

54 Vgl. *Mark E. Villiger,* Handbuch EMRK (Fn. 41), N 397 mit Verweis auf die Urteile in den Fällen Weber c. Schweiz, Nr. 177, § 34; Demicoli c. Malta, Nr. 210, § 34; Bendenoun c. Frankreich, Nr. 284, § 47; Garyfallou AEBE c. Griechenland, Reports 1997-V, S. 1831, § 34.

55 *Hans Caspar von der Crone/Eva Bilek/Matthias Hirschle,* Neuerungen im Offenlegungsrecht (Fn. 23), S. 7; vgl. auch die Ausführungen unter III.1.2.

56 *Mark E. Villiger,* Handbuch EMRK (Fn. 41), N 402 mit Verweis auf die Urteile 17083/90, Mosbeux c. Belgien, DR 71 S. 269 ff. (Anklageerhebung); 12972/87, Porter c. Grossbritannien, DR 54 S. 207 (Annahmeverfahren); 12446/86, Alsterlund c. Schweden, DR 56 S. 229 (Kostenauflage, vorläufige Massnahmen).

57 Art. 222 Ziff. 3 ZPO ZH; *Hans Ulrich Walder-Richli/Béatrice Grob-Andermacher,* Zivilprozessrecht – nach den Gesetzen des Bundes und des Kantons Zürich unter Berücksichtigung weiterer kantonaler Zivilprozessordnungen und der Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 sowie unter Einschluss internationaler Aspekte, 5. Aufl., Zürich 2009, § 32 N 26.

58 *Oscar Vogel/Karl Spühler/Myriam A. Gehri,* Grundriss des Zivilprozessrechts und des internationalen Zivilprozessrechts in der Schweiz, 8. Aufl., Bern 2006, § 61 N 192 ff.

59 *Oscar Vogel/Karl Spühler/Myriam A. Gehri,* Grundriss des Zivilprozessrechts (Fn. 58), § 61 N 196 ff.

60 *Oscar Vogel/Karl Spühler/Myriam A. Gehri,* Grundriss des Zivilprozessrechts (Fn. 58), § 61 N 199 ff.

Stimmrechts verboten werden soll. Nach zivilprozessualen Kriterien ist die Stimmrechtssuspendierung also als vorsorgliche Massnahme zuzulassen.

Anders sieht es jedoch aus, wenn man die strafrechtliche Rechtsnatur der Stimmrechtssuspendierung berücksichtigt: Bei den den Verfassern bekannten vorläufigen Massnahmen, die der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte im Zusammenhang mit Art. 6 EMRK behandelte, handelte es sich nicht um Leistungsmassnahmen im oben genannten Sinne (vorläufige Vollstreckung behaupteter Ansprüche).[61] Ausgehend von der strafrechtlichen Rechtsnatur der Stimmrechtssuspendierung ist die Zulässigkeit einer vorsorglichen Massnahme bzw. einer Leistungsmassnahme fraglich. Nur durch Glaubhaftmachung des Hauptbegehrens und des nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils – wenn auch nur vorläufig – eine derart schwere Sanktion wie die Stimmrechtssuspendierung erwirken zu können, erscheint nicht sachgerecht. Im Strafrecht ist es denn grundsätzlich auch nicht möglich, eine Strafe vorsorglich zu vollstrecken. Wohl gibt es beispielsweise die Möglichkeit der Untersuchungshaft. Diese ist aber nicht schon aufgrund eines Verdachts zulässig. Vielmehr müssen weitere Voraussetzungen erfüllt sein wie Fluchtgefahr, Kollusionsgefahr und Ähnliches.[62] Aufgrund der strafrechtlichen Rechtsnatur der Stimmrechtssuspendierung sind vorsorgliche Massnahmen folglich abzulehnen.[63]

Geht man – entgegen der hier vertretenen Meinung – trotz strafrechtlicher Rechtsnatur von der grundsätzlichen Zulässigkeit vorsorglicher Massnahmen i.S. des Zivilprozessrechts aus, ist die am Anfang dieses Kapitels genannte Beschwer zu bejahen. Dies deshalb, weil der Beklagte seine Stimmrechte an der betreffenden GV nicht ausüben kann. In Bezug auf diese eine GV ist die Stimmrechtssuspendierung damit endgültig. Somit sind die Verfahrensgarantien nach Art. 6 Ziff. 2 und 3 EMRK und Art. 7 EMRK anwendbar. Selbstverständlich finden diese im Übrigen auch im Hauptverfahren Anwendung.

Schliesslich ist an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass Art. 6 EMRK grundsätzlich während des gesamten Gerichtsverfahrens, d.h. bis zum definitiven Entscheid über die Stichhaltigkeit der strafrechtlichen Anklage, anwendbar ist. Art. 6 EMRK gilt also vor Bezirks- und Kantonsgerichten, vor Ober- und Kassationsgerichten sowie vor dem Bundesgericht.[64]

2.6 Zwischenfazit

Die Stimmrechtssuspendierung ist nicht nur nach innerstaatlichem Recht dem Strafrecht zuzuordnen. Selbst ihre «wahre Natur» ist strafrechtlich. Zudem gelangt Art. 6 EMRK auch wegen der Schwere der Sanktion zur Anwendung. Es handelt sich bei der Stimmrechtssuspendierung gemäss Art. 20 Abs. 4bis BEHG folglich um eine «strafrechtliche Anklage» nach Art. 6 EMRK. Aufgrund der strafrechtlichen Rechtsnatur der Stimmrechtssuspendierung können die Stimmrechte nicht als vorsorgliche Massnahme im Sinne des Zivilprozessrechts suspendiert werden. Geht man dennoch – entgegen der hier vertretenen Ansicht – davon aus, dass eine Stimmrechtssuspendierung als vorsorgliche Massnahme zulässig wäre, wäre die Beschwer sowohl im Verfahren betreffend vorläufige Massnahmen als auch im Hauptverfahren gegeben. Art. 7 EMRK sowie die Verfahrensgarantien nach Art. 6 Ziff. 2 und 3 EMRK sind folglich anwendbar.

61 Vgl. 17083/90, Mosbeux c. Belgien, DR 71 S. 269 ff. (Anklageerhebung); 12972/87, Porter c. Grossbritannien, DR 54 S. 207 (Annahmeverfahren); 12446/86, Alsterlund c. Schweden, DR 56 S. 229: Entscheid betreffend die vorläufige Verschiebung der Versetzung einer Richterin, die geltend machte, es handle sich bei der Versetzung um eine strafrechtliche Anklage i.S. von Art. 6 EMRK. In diesem Entscheid kam es nicht zur Prüfung der Beschwer. Vielmehr wurde bereits die Qualifizierung als strafrechtliche Anklage und deswegen die Anwendung der Verfahrensgarantien nach Art. 6 Ziff. 2 und 3 EMRK abgelehnt («The Commission has already found […] that the applicant was not charged with any criminal offence when it was decided to transfer her to another chamber. Consequently, Article 6 paras. 2 and 3 […] were not applicable to her case […]»).

62 Vgl. § 58 ff. StPO ZH.

63 Auch ein Blick in die Materialien zeigt, dass es bei der Stimmrechtssuspendierung nach Art. 20 Abs. 4bis BEHG primär um die Hauptsache der Suspendierung des Stimmrechts geht, vgl. *Peter V. Kunz,* Stimmrechtssuspendierungsklage (Fn. 25), S. 295 mit Verweisen. Dennoch wird in den Materialien auch die Möglichkeit eines dreistufigen Verfahrens erwähnt: die Phase der sog. superprovisorischen Massnahmen (1), die Phase der sog. provisorischen Massnahmen (2) sowie schliesslich die Phase des sog. Hauptprozesses, vgl. Amtl.Bull. SR 2007 S. 417 *(Germann);* Amtl.Bull. SR 2007 S. 418 (BR *Merz*); Prot. WAK-NR: 12. Juni 2007; EFD-Bericht vom 21. Mai 2007: 3 f./Ziff. 3.6.; *Peter V. Kunz,* Stimmrechtssuspendierungsklage (Fn. 25), S. 296.

64 *Mark E. Villiger,* Handbuch EMRK (Fn. 41), N 403.

3. Keine Rückwirkung

Das Obergericht weist in seinen Erläuterungen darauf hin, dass gemäss Art. 2 Abs. 1 StGB die Rückwirkung zu Lasten des Täters ausgeschlossen sei. Auch die Europäische Menschenrechtskonvention schreibe das so vor (Art. 7 Ziff. 1 EMRK). Die einzige Ausnahme, die Art. 7 Ziff. 2 EMRK zuliesse, ziele auf Kriegsverbrechen.[65] Neue schärfere Strafbestimmungen würden auch dann nicht zurückwirken, wenn das Verhalten bereits unter altem Recht strafbar war. Das neue Recht werde nur dann angewandt, wenn es für den Täter das mildere sei (Art. 2 Abs. 2 StGB).[66]

Gemäss Art. 1 StGB gilt der Grundsatz «nulla poena sine lege» und das daraus abgeleitete Rückwirkungsverbot. Ausser Betracht fällt damit eine rückwirkende Anwendung der Stimmrechtssuspendierung auf Meldepflichtverletzungen, die sich vor dem 1. Dezember 2007 zugetragen haben.[67]

Gemäss Art. 7 Ziff. 1 EMRK darf niemand wegen einer Handlung oder Unterlassung verurteilt werden, die zur Zeit ihrer Begehung nach innerstaatlichem oder internationalem Recht nicht strafbar war. Auch darf keine schwerere als die zur Zeit der Begehung angedrohte Strafe verhängt werden. In Art. 7 Ziff. 1 EMRK steht eine strafrechtliche Handlung oder Unterlassung zur Diskussion, welche zu einer Strafe führt. Die Begriffe sind autonom, d.h. unabhängig von innerstaatlichen Konzeptionen, auszulegen.[68] Unbestritten dürfte sein, dass damit alle Verurteilungen erfasst werden, welche im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK gestützt auf eine «strafrechtliche Anklage» entschieden wurden.[69] Nach Ziff. 2 von Art. 7 EMRK wird dadurch aber nicht ausgeschlossen, dass jemand wegen einer Handlung oder Unterlassung bestraft wird, die zur Zeit ihrer Begehung nach den von den zivilisierten Völkern anerkannten allgemeinen Rechtsgrundsätzen strafbar war. Durch Ziff. 2 sollten die Nürnberger Kriegsgerichtsverfahren der Kontrolle gemäss Art. 7 EMRK entzogen werden.[70] Die Anwendung dieser Ausnahme auf andere Verfahren muss jedoch mit grosser Zurückhaltung erfolgen.[71]

Aufgrund des aus Art. 1 StGB abgeleiteten Grundsatzes «nulla poena sine lege» und des daraus abgeleiteten Rückwirkungsverbotes kommt eine rückwirkende Anwendung von Art. 20 Abs. 4bis BEHG nicht in Frage. Da es sich bei der Stimmrechtssuspendierung um eine «strafrechtliche Anklage» nach Art. 6 EMRK handelt,[72] ist Art. 7 EMRK Ziff. 1 anwendbar, der eine Rückwirkung ebenfalls ausschliesst. Eine Ausnahme i.S. von Art. 7 Ziff. 2 EMRK liegt offensichtlich nicht vor. Art. 20 Abs. 4bis BEHG kann somit zweifellos keine Rückwirkung zugesprochen werden.

Wie das Obergericht richtig ausführt, ist die Stimmrechtssuspendierung nach Art. 20 Abs. 4bis BEHG selbst dann nicht rückwirkend anwendbar, wenn man von einer zivilrechtlichen[73] oder verwaltungsrechtlichen Rechtsnatur ausgeht.[74]

4. Verfahrensgarantien nach Art. 6 EMRK

Art. 6 EMRK beinhaltet in Ziff. 1 einerseits gewisse Garantien, die sowohl bei Streitigkeiten in Bezug auf zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen als auch bei einer strafrechtlichen Anklage gelten. In Ziff. 2 und 3 der genannten Bestimmung sind indessen Verfahrensgarantien enthalten, die nur bei einer strafrechtlichen Anklage Geltung beanspruchen. So insbesondere die Unschuldsvermutung und eine Reihe von Verteidigungsrechten. Wie oben ausgeführt, ist die Stimmrechtssuspendierung nach Art. 20 Abs. 4bis BEHG eine strafrechtliche Anklage

65 ZR 108 (2009) Nr. 53 226, E. 6.2.
66 ZR 108 (2009) Nr. 53 228, E. 7.7.
67 *Hans Caspar von der Crone/Eva Bilek/Matthias Hirschle,* Neuerungen im Offenlegungsrecht (Fn. 23), S. 8; gleicher Meinung *Peter V. Kunz,* Stimmrechtssuspendierungsklage (Fn. 25), S. 296: «Eine Rückwirkung der börsenrechtlichen Ordnung kann nur mit einer entsprechenden Rechtsgrundlage entstehen, und eine solche ist nicht ersichtlich («nulla poena sine lege») – m.E. kann somit Art. 20 Abs. 4bis BEHG keine Rückwirkung zugesprochen werden.»
68 Vgl. *Mark E. Villiger,* Handbuch EMRK (Fn. 41), N 534 mit Verweis auf das Urteil im Fall Jamil c. Frankreich, Nr. 317-B, § 30.
69 *Mark E. Villiger,* Handbuch EMRK (Fn. 41), N 534.
70 Vgl. Nr. 29420/95, Touvier c. Frankreich, DR 88-B S. 148.
71 *Mark E. Villiger*, Handbuch EMRK (Fn. 41), N 540.
72 Vgl. Ausführungen unter III.2.
73 ZR 108 (2009) Nr. 53 226 ff., E. 7.1., 7.2., 7.3., 7.4. und 7.5.; a.M. *Rolf Watter/Corrado Rampini/Thomas Candrian,* Stimmrechtssuspendierungs-Klage (Fn. 34), S. 811 ff.; a.M. wohl auch *Peter Nobel,* Das Aktienrecht nicht vergewaltigen, in: Jusletter vom 26. November 2007, N 10.
74 ZR 108 (2009) Nr. 53 228 ff., E. 8.1., 8.2., 8.3. und 8.4.; auch gegen eine rückwirkende Anwendung von Art. 20 Abs. 4bis BEHG, mit verwaltungsrechtlichen Grundsätzen begründet: *Urs Schenker,* Schweizerisches Übernahmerecht, Bern 2009, S. 191.

i.S. von Art. 6 EMRK.[75] Nun wurde aber mit Art. 20 Abs. 4bis BEHG kein öffentlichrechtliches Verfahren mit einer behördlichen Verfügungskompetenz, sondern ein privatrechtliches Klageverfahren eingeführt. Es finden sich also ein Kläger und ein Beklagter vor einem Zivilgericht wieder. Dabei werden die prozessualen Verfahrensdetails (z.B. vorsorglicher Rechtsschutz oder Gerichtsstand) grundsätzlich durch das kantonale bzw. eidgenössische Zivilprozessrecht geregelt.[76] Die Tatsache, dass diejenigen Garantien eingehalten werden müssen, die neben der strafrechtlichen Anklage auch bei Streitigkeiten in Bezug auf zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen Geltung beanspruchen, ist bei dieser Verfahrensausgestaltung unproblematisch. Problematischer ist jedoch die Beachtung der in Ziff. 2 und 3 von Art. 6 EMRK geregelten Verfahrensgarantien, die nur für die strafrechtliche Anklage Geltung beanspruchen. Auf diese Garantien wird daher im Folgenden näher eingegangen.

Zunächst ist in Art. 6 Ziff. 2 EMRK die Unschuldsvermutung verankert: «Jede Person, die einer Straftat angeklagt ist, gilt bis zum gesetzlichen Beweis ihrer Schuld als unschuldig.»[77] Art. 6 Ziff. 2 EMRK richtet sich an alle staatlichen Organe, ausnahmsweise auch an die Presse.[78] Die genannte Bestimmung verbietet einer Behörde jederzeit die (auch formlose) Feststellung, eine Person habe eine strafbare Handlung begangen, wenn sie nicht formell wegen dieser Handlung gerichtlich verurteilt wurde.[79] Sodann obliegt es grundsätzlich der Strafverfolgungsbehörde (und nicht dem Angeklagten), jene Beweise vorzulegen, welche dem Gericht die Feststellung der Schuld des Angeklagten ermöglichen. Mit anderen Worten wirkt sich der Grundsatz der Unschuldsvermutung auf die Beweislast aus.[80] Im Zweifel ist der Angeklagte freizusprechen (in dubio pro reo).[81] Schliesslich folgt aus Art. 6 Ziff. 2 EMRK das Recht zu schweigen und sich nicht selbst belasten zu müssen, also auch keine belastenden Beweise vorzutragen.[82] Dabei spielt es keine Rolle, ob die Aussage oder das Beweismittel auf den ersten Blick belastend oder gar rechtswidrig erscheint, denn eine zunächst harmlose Aussage kann sich unter anderen Umständen durchaus als belastend für den Beschuldigten auswirken.[83] Weiter stellt sich die Frage, inwieweit die Verletzung von Beweisregeln zur Ungültigkeit bzw. Unverwertbarkeit der dermassen zum Nachteil des Beschuldigten erlangten Beweise führt. Die Verwertung unrechtmässig erlangter Beweise verstösst nicht per se, sondern nur dann gegen die EMRK, wenn dadurch der Angeschuldigte bei einer Gesamtwürdigung um einen fairen Prozess gebracht wird.[84] Dabei stellen die «Miranda Warnings» verfassungsrechtliche Minimalgarantien für Beweiswürdigungsfragen und für Verfahrenspartizipation bzw. Mitwirkungszwänge auf.[85] Zunächst fordert das Miranda-Urteil[86] ein Beweisverwertungsverbot für Einvernahmen, die ohne entsprechende Rechtsaufklärung durchgeführt worden sind. Dabei wird an die Befragung bzw. die Einvernahme («interrogation») angeknüpft. Zum Schutz vor Selbstbeschuldigung muss man zum Schweigen berechtigt sein. Für den

75 Vgl. Ausführungen unter III.2.

76 Vgl. *Peter V. Kunz,* Stimmrechtssuspendierungsklage (Fn. 25), S. 293: «Bei den aktuellen Beratungen zur Eidgenössischen ZPO soll Art. 20 Abs. 4bis BEHG berücksichtigt werden – insbesondere soll für die Stimmrechtssuspendierungsklage ein spezifischer Gerichtsstand (= Sitz der Gesellschaft) eingeführt werden.» Vgl. aber auch den Hinweis unter III.1.2., wonach gemäss dem Bericht Börsendelikte und Marktmissbrauch (Fn. 36), S. 5 und 86, die Zuständigkeit vom Zivilrichter auf die FINMA verlagert werden soll.

77 Der Grundsatz der Unschuldsvermutung ergibt sich auch aus Art. 32 Abs. 1 BV.

78 *Mark E. Villiger,* Handbuch EMRK (Fn. 41), N 493 mit Verweisen.

79 Vgl. *Mark E. Villiger,* Handbuch EMRK (Fn. 41), N 494 mit Verweis auf die Urteile in den Fällen Adolf c. Österreich, Nr. 49, § 38; Minelli c. Schweiz, Nr. 62, §§ 29 ff., 37; Schenk c. Schweiz, Nr. 140, § 51.

80 Vgl. *Niklaus Schmid,* Strafprozessrecht – Eine Einführung auf der Grundlage des Strafprozessrechtes des Kantons Zürich und des Bundes, 4. Aufl., Zürich 2004, N 278.

81 Vgl. *Mark E. Villiger,* Handbuch EMRK (Fn. 41), N 499 mit Verweis auf das Urteil Barberà u.a. c. Spanien, Nr. 146, § 77; BGE 120 Ia 31; *Niklaus Schmid,* Strafprozessrecht (Fn. 80), N 294 ff.

82 Vgl. *Mark E. Villiger,* Handbuch EMRK (Fn. 41), N 502 mit Verweis auf das Urteil im Fall Funke c. Frankreich, Nr. 256-B, § 44.

83 Dieses Recht wurde erstmals im Fall Funke c. Frankreich, Nr. 256-B, § 44 erwähnt und seither in den Fällen Murray und Saunders c. Grossbritannien, 1996-VI, S. 48 ff., S. 2064 ff., definiert und präzisiert, vgl. *Mark E. Villiger,* Handbuch EMRK (Fn. 41), N 502.

84 *Niklaus Schmid,* Strafprozessrecht (Fn. 80), N 606.

85 *Martin Philipp Wyss,* Miranda Warnings (Fn. 42), S. 134; Zur Praxis vgl. *Benjamin Schindler,* Miranda Warning – bald auch in der Schweiz?, in: Jürg-Beat Ackermann (Hrsg.), Strafrecht als Herausforderung, Zürich 1999, S. 466.

86 Miranda v. Arizona, 384 US 436 (1966).

Entscheid, ob man schweigen oder aussagen will, soll ein rechtskundiger Beistand konsultiert werden dürfen, damit man nicht durch vorschnelle und unüberlegte Aussagen und aus Unkenntnis der (prozess-) rechtlichen Folgen die eigenen verfassungsrechtlichen Rechte verspielt.[87] Im Verfahren der Stimmrechtssuspendierung besteht aufgrund deren zivilrechtlichen Ausgestaltung die Gefahr, dass Beweise erhoben werden, ohne die soeben ausgeführten Garantien zu berücksichtigen. Im Zivilverfahren gilt die Unschuldvermutung nämlich nicht. Dagegen ist die Verhandlungsmaxime Grundlage von praktisch allen schweizerischen Zivilprozessrechten.[88] Nach diesem Grundsatz wird es als Sache der Parteien betrachtet, dem Gericht den Tatbestand darzulegen und zu beweisen, auf den das Gericht die Rechtssätze zur Anwendung bringen soll.[89] Dabei birgt eine strikt angewendete Verhandlungsmaxime für die Parteien gewisse Gefahren. Ein Prozess kann wegen einer Unachtsamkeit, des Vergessens einer Behauptung oder Bestreitung verloren werden.[90] Das sich aus der EMRK ergebende Recht zu schweigen beispielsweise wird verletzt, wenn eine Partei ihr Recht nur dann durchsetzen kann, wenn sie dem Gericht den Tatbestand darlegt und die Behauptungen der Gegenpartei bestreitet, damit diese nicht als von ihr anerkannt gelten. Die Anwendung der Verhandlungsmaxime auf eine strafrechtliche Sache wie die Stimmrechtssuspendierung birgt somit die Gefahr der Verletzung der EMRK und kann folglich zur Unverwertbarkeit von Beweisen führen.

Sodann sind auch die besonderen Garantien zugunsten des Angeklagten nach Art. 6 Ziff. 3 EMRK zu beachten.[91] Zunächst hat jede angeklagte Person das Recht, innerhalb möglichst kurzer Frist in einer ihr verständlichen Sprache in allen Einzelheiten über Art und Grund der gegen sie erhobenen Beschuldigung unterrichtet zu werden (lit. a). Weiter muss ihr ausreichende Zeit und Gelegenheit zur Vorbereitung ihrer Verteidigung gegeben werden (lit. b). Sie darf sich selbst verteidigen, sich durch einen Verteidiger ihrer Wahl verteidigen lassen oder, falls ihr die Mittel zur Bezahlung fehlen, unentgeltlich den Beistand eines Verteidigers verlangen, wenn dies im Interesse der Rechtspflege erforderlich ist (lit. c). Sodann darf jede angeklagte Person Fragen an Belastungszeugen stellen oder stellen lassen und die Ladung und Vernehmung von Entlastungszeugen unter denselben Bedingungen erwirken, wie sie für Belastungszeugen gelten (lit. d). Schliesslich hat sie das Recht, unentgeltliche Unterstützung durch einen Dolmetscher zu erhalten, wenn sie die Verhandlungssprache des Gerichts nicht versteht oder spricht (lit. e).

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die oben genannten strafrechtlichen Verfahrensgarantien der EMRK im Verfahren der Stimmrechtssuspendierung nach Art. 20 Abs. 4bis BEHG berücksichtigt werden müssen. Die Ausgestaltung des aktuellen Verfahrens scheint uns dafür nicht geeignet. Das Zivilgericht ist für die Stimmrechtssuspendierung die «falsche» Instanz. Es sind klare Standards nötig und das Verfahren muss effizient und transparent sein. Dies ist bei der jetzigen Regelung des Verfahrens nicht der Fall. Der Vorschlag des Berichts der Expertenkommission «Börsendelikte und Marktmissbrauch» vom 29. Januar 2009, wonach die Möglichkeit der Stimmrechtssuspendierung nach Art. 20 Abs. 4bis BEHG vom Zivilrichter auf die FINMA verlagert werden soll, der dann Verfügungskompetenz zukommen würde,[92] ist vor dem Hintergrund dieser Überlegungen zu begrüssen. Denn die FINMA ist sicherlich geeigneter als ein Zivilgericht, eine Sanktion strafrechtlicher Natur auszusprechen. Dennoch ist zu beachten, dass es sich bei der FINMA nicht um eine Strafbehörde handelt. Infolgedessen ist auch bei der Zuständigkeit der FINMA besonders darauf zu achten, dass die Verfahrensgarantien der EMRK eingehalten werden. Dazu sind entsprechende Anpassungen des Verfahrens vorzunehmen.

87 *Martin Philipp Wyss,* Miranda Warnings (Fn. 42), S. 134.

88 *Hans Ulrich Walder-Richli/Béatrice Grob-Andermacher,* Zivilprozessrecht (Fn. 57), § 17 N 1.

89 *Max Guldener,* Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 1979, S. 159; gemäss § 54 Abs. 1 Satz 1 ZPO ZH ist es Sache der Parteien, dem Gericht das Tatsächliche des Sachverhaltes darzulegen. Das Gericht legt seinem Verfahren denn auch nur behauptete Tatsachen zugrunde (§ 54 Abs. 1 Satz 2 ZPO ZH).

90 *Hans Ulrich Walder-Richli/Béatrice Grob-Andermacher,* Zivilprozessrecht (Fn. 57), § 17 N 1.

91 Vgl. dazu die Ausführungen bei *Mark E. Villiger,* Handbuch EMRK (Fn. 41), N 503 ff.

92 Bericht Börsendelikte und Marktmissbrauch (Fn. 36), S. 5 und 86.

5. Weitere Fragen

Im Zusammenhang mit der Stimmrechtssuspendierung nach Art. 20 Abs. 4bis BEHG stellen sich weitere interessante Fragen, zu denen im Folgenden Stellung genommen wird. Zunächst ist unklar, was passiert, wenn die Aktien nach Unterlassung der Meldepflicht den Eigentümer wechseln.

Aus dem Wortlaut der genannten Bestimmung geht nicht hervor, ob die Suspendierung nur denjenigen trifft, der die Meldepflicht verletzt, oder ob sie bei einer Veräusserung der Beteiligung sozusagen an den Aktien «haften» bleibt. Aus dem Gesetzeswortlaut ergibt sich aber, dass die Suspendierung nicht bei den erworbenen Aktien, sondern beim säumigen Aktionär ansetzt: Suspendiert werden kann nämlich nur die Ausübung des Stimmrechts derjenigen Person, die eine Beteiligung unter Verletzung der Meldepflicht erwirbt oder veräussert. Trennt sich der mit der Stimmrechtssuspendierung belegte Aktionär später wieder von seiner Beteiligung, so wird die Suspendierung gegenstandslos, zumindest dann, wenn man den Umfang der Suspendierung auf die nicht gemeldeten Aktien beschränkt.[93] Die Sanktion gegen den Meldepflichtverletzer wird mit anderen Worten ad personam ausgesprochen. Eine spätere Veräusserung der in Frage stehenden kotierten Aktien rettet den Verletzer jedoch nicht vor einer Verurteilung.[94] Bei einer späteren (Rück-)Veräusserung an den sanktionierten Investor während der Dauer der Sanktion muss ein Wiederaufleben der Stimmrechtssuspendierung erfolgen.[95]

Die Stimmrechtssuspendierung an diejenige Person zu «binden», welche die Meldepflicht verletzt hat, ist auch aus einem weiteren Grund die einzig mögliche Lösung, wenn die Aktien den Eigentümer wechseln. Wie bereits erläutert, gilt aufgrund der Tatsache, dass es sich bei der Stimmrechtssuspendierung um eine strafrechtliche Anklage im Sinne von Art. 6 EMRK handelt,[96] die Unschuldsvermutung nach Art. 6 Ziff. 2 EMRK.[97] Eine Vorverurteilung ist u.a. deswegen verpönt, weil sie die Verteidigungsrechte einschränken kann.[98] In diesem Zusammenhang hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte entschieden, dass die Schweizer Praxis, die Erben für Steuerstrafen des Erblassers verantwortlich zu machen, Art. 6 Ziff. 2 EMRK widerspreche. Den Erben wird nämlich bei einer solchen Praxis verunmöglicht, sich nur schon im Ansatz zu verteidigen, da sie die betreffende Straftat gar nicht begingen.[99] Würde man im hier untersuchten Fall die Suspendierung der Stimmrechte nicht an die Person des Verletzers, sondern an die betreffenden Aktien binden, hätten wir eine ähnliche Situation. Der Erwerber der Aktien würde nämlich durch die Stimmrechtssuspendierung für eine Straftat bestraft, die er gar nicht beging. Seine Verteidigungsrechte würden massiv eingeschränkt, wodurch Art. 6 Ziff. 2 EMRK verletzt würde.

Auch ein Vergleich mit der Einziehung stützt die hier vertretene Auffassung. Nach Art. 70 Abs. 2 StGB ist die Einziehung ausgeschlossen, wenn ein Dritter die Vermögenswerte in Unkenntnis der Einziehungsgründe erworben und soweit er für sie eine gleichwertige Gegenleistung erbracht hat. Hat der Erwerber der Aktien diese also in Unkenntnis der Verletzung der Meldepflicht seines Vorgängers bzw. Verkäufers erworben, ist die Suspendierung seiner Stimmrechte ausgeschlossen. Dies gilt jedenfalls dann, wenn er für die Aktien eine gleichwertige Gegenleistung bzw. einen angemessenen Preis bezahlt hat, wovon beim Handel an der Börse ausgegangen werden kann.[100]

Eine weitere interessante Frage stellt sich im Zusammenhang mit der Dauer der Stimmrechtssuspendierung. In Art. 20 Abs. 4bis BEHG fehlen Kriterien, wonach sich die Dauer der Suspendierung bestimmt. Obwohl die Frage im Parlament diskutiert wurde, ist man zu keinem befriedigenden Resultat gekom-

93 *Hans Caspar von der Crone/Eva Bilek/Matthias Hirschle,* Neuerungen im Offenlegungsrecht (Fn. 23), S. 8.

94 *Peter V. Kunz,* Stimmrechtssuspendierungsklage (Fn. 25), S. 290.

95 *Peter V. Kunz,* Stimmrechtssuspendierungsklage (Fn. 25), S. 297.

96 Vgl. Ausführungen unter III.2.

97 Vgl. Ausführungen unter III.4.

98 Vgl. das Urteil im Fall Minelli c. Schweiz, Nr. 62, § 37; *Mark E. Villiger,* Handbuch EMRK (Fn. 41), N 498.

99 Vgl. die Urteile in den Fällen M.P. und T.P. c. Schweiz; sowie E.L., R.L. und J.O.-L. c. Schweiz, Reports 1997-V, S. 1478 ff., S. 1489, § 48; *Stefan Trechsel,* Strafbarkeit der Erben wegen Steuerhinterziehung des Erblassers (BGE 117 Ib 367 ff.), in: recht 1993, S. 16 ff., seither das Urteil des Bundesgerichts vom 16. Dezember 1997, SZIER 8, 1998, S. 499.

100 Den Fall, dass die Stimmrechtssuspendierung dem Erwerber gegenüber eine unverhältnismässige Härte darstellen würde (ohne dass er eine gleichwertige Gegenleistung erbracht hat), wird es wohl kaum geben.

men.[101] Nach den Erläuterungen des Obergerichts ist davon auszugehen, dass die Zivilgerichte bei der zeitlichen Bemessung der Stimmrechtssuspendierung auf das Verschulden abstellen werden.[102] Diese Ansicht wird auch in der Lehre vertreten.[103]

Um auf die Parallele zur Einziehung zurückzukommen, könnte man sich auch fragen, welche Dauer Sinn macht, damit sich die Verletzung der Meldepflicht nicht «lohnt». Mit anderen Worten sollen die Ziele verhindert werden, die ein Aktionär mittels Verletzung der Meldepflicht erreichen wollte. Wollte der Aktionär beispielsweise, dass gewisse Verwaltungsräte durch die GV abgewählt und dafür neue gewählt werden, oder wollte er die Zustimmung der GV zur Übernahme der Gesellschaft durch ein anderes Unternehmen bewirken, sollte die Dauer so festgesetzt werden, dass diese Ziele nach Ablauf der Suspendierung nicht mehr erreicht werden können oder für den Verletzer nicht mehr attraktiv sind.[104]

Sodann kann man sich die grundsätzliche Frage stellen, ob die Stimmrechtssuspendierung neben der Busse nach Art. 41 BEHG nötig und sinnvoll ist. Die Stimmrechtssuspendierung wurde hauptsächlich deshalb eingeführt, weil man mehrheitlich der Ansicht war, die im bisherigen Recht vorgesehene Sanktion für die Verletzung der Offenlegungspflicht sei zu wenig wirkungsvoll.[105] Diese Ansicht ist empirisch nicht belegt. Denn nach Art. 41 Abs. 2 BEHG kann die Busse das Doppelte des Kauf- oder Verkaufspreises betragen. Dies ist weit mehr als man sonst im Wirtschafts- bzw. Börsenrecht als Geldstrafe einfordern kann.[106] Die Tatsache, dass es bisher nur zu einer einzigen Verurteilung kam, kann verschiedene Ursachen haben. Zunächst kann es sein, dass das Problem bei der Durchsetzung liegt bzw. dass es in der Praxis schwierig ist, den Tatbestand von Art. 41 Abs. 1 BEHG nachzuweisen.[107] Weiter könnte das Fehlen von Verurteilungen auch ein Indiz dafür sein, dass die Busse sehr wohl abschreckend wirkt und es daher nicht oder nur sehr selten zu Meldepflichtverletzungen kommt. Weiter ist darauf hinzuweisen, dass es im hier besprochenen Entscheid bezüglich der «Cash-Settlement»-Optionen wie auch in den anderen Fällen, von denen im Zusammenhang mit der Meldepflichtverletzung gesprochen wird, vielfach um Tatbestände geht, die durch den Verordnungsgeber ursprünglich ausdrücklich von der Meldepflicht ausgenommen worden waren.[108] Durch diese vom

[101] Vgl. Amtl.Bull. SR 2007 S. 417 *(Lauri):* «Dass wir nun in Absatz 4bis nicht sagen, welches die Kriterien sind, um diese fünf Jahre auszuschöpfen, ist gesetzgeberisch richtig. Solches legt man sehr oft in Gesetzen nicht fest. Was mich aber jetzt nicht befriedigt, ist, dass es uns auch in der Kommission nicht gelungen ist, glaubhafte Kriterien zu erarbeiten, nach welchen der Richter entscheiden könnte.»

[102] ZR 108 (2009) Nr. 53 228, E. 7.7.

[103] *Hans Caspar von der Crone/Eva Bilek/Matthias Hirschle,* Neuerungen im Offenlegungsrecht (Fn. 23), S. 9; ähnlich auch *Peter V. Kunz,* Stimmrechtssuspendierungsklage (Fn. 25), S. 294 mit Verweisen, wonach die im Gesetzestext erwähnten fünf Jahre die Obergrenze darstellen. Folglich dürfte «ein Ausreizen nach oben» nur in Ausnahmefällen möglich sein, etwa wenn eine mehrfache Verletzung oder eine Uneinsichtigkeit vorliege. Das Nachholen der Meldung schliesse zwar die Sanktion nicht aus, wirke sich aber mildernd für die Pflichtverletzung bzw. als Verkürzung positiv aus. Massgeblich sei eine Interessenabwägung.

[104] Gemäss *Urs Schenker,* Übernahmerecht (Fn. 74), S. 189, kann eine Verletzung der Meldepflicht «von vornherein nur zur Suspendierung führen, wenn das heimliche ‹Anschleichen› an die Gesellschaft vorliegt, das der Gesetzgeber im Auge hatte». Sodann führt *Urs Schenker* aus, dass die Länge der Suspendierung in diesen Fällen davon abhänge, «um welchen Betrag der betreffende Aktionär den für die Meldepflicht relevanten Grenzwert überschritten hat und welche Auswirkungen diese Überschreitung auf die Aktionäre hatte».

[105] Amtl.Bull. 2007 NR S. 99 *(Schneider);* Amtl.Bull. SR 2007 S. 417 *(Germann)*.

[106] *Urs Schenker*, Übernahmerecht (Fn. 74), S. 192 mit Verweisen.

[107] *Hans Caspar von der Crone/Eva Bilek/Matthias Hirschle,* Neuerungen im Offenlegungsrecht (Fn. 23), S. 5 mit Verweis auf den Jahresbericht 2003 der Eidgenössischen Bankenkommission, Bern 2003, S. 104; vgl. auch *Jacques Iffland/Nadia Gilliard,* Les nouvelles règles en matière de publicité des participations importantes, in: GesKR 2007, S. 368; Dösende Wächter, in: NZZ am Sonntag vom 13. Januar 2008, S. 29 f.

[108] So lautete Art. 13 Abs. 1 BEHV-FINMA bis zum 1. Juli 2007 folgendermassen: «Der Meldepflicht unterstehen der Erwerb oder die Veräusserung von Wandel- und Erwerbsrechten (insbesondere Call-Optionen), soweit diese eine Realerfüllung vorsehen oder zulassen» (lit. a) sowie «das Einräumen (Schreiben) von Veräusserungsrechten (insbesondere Put-Optionen), soweit diese eine Realerfüllung vorsehen oder zulassen» (lit. b). Art. 13 Abs. 1 BEHV-FINMA wurde in der Folge dahingehend geändert, dass man die Einschränkung «soweit diese eine Realerfüllung vorsehen oder zulassen» wegliess (in Kraft seit 1. Juli 2007). Dies ist nun seit dem 1. Januar 2009 in Art. 12 BEHV-FINMA geregelt. Sodann ist seit dem 1. Dezember 2007 Abs. 2bis von Art. 20 BEHG in Kraft, wonach als indirekter Erwerb auch Geschäfte mit Finanzinstrumenten gelten, «die es wirtschaftlich ermöglichen, Beteiligungspapiere im Hinblick auf ein öffentliches Kaufangebot zu erwerben».

Verordnungsgeber unglücklicherweise bewusst geschaffenen Lücken war es möglich, materiell den Gesetzeszweck zu unterlaufen. Die Tatsache, dass es fast nur solche Fälle gab, zeigt, dass die Regelung ansonsten von Anfang an ernst genommen wurde.

Schliesslich bleibt anzumerken, dass Stimmrechte erst suspendiert werden können, wenn die Gesellschaft vom Erwerb weiss. Das Problem der Meldung stellt sich aber mit diesem Wissen gar nicht mehr.[109]

IV. Schlussbetrachtung

Der vorliegende Entscheid befasst sich hauptsächlich mit der Frage der Rückwirkung der Stimmrechtssuspendierung bei Verletzung der Meldepflicht nach Art. 20 Abs. 4bis BEHG. Ohne sich in Bezug auf die Rechtsnatur festzulegen, illustriert er, dass die genannte Bestimmung nicht rückwirkend angewendet werden kann. Denn wie das Obergericht richtig ausführt, ist eine rückwirkende Anwendung weder nach den Kriterien des Zivilrechts, des Verwaltungsrechts noch nach denjenigen des Strafrechts möglich. Die Rechtsnatur der Stimmrechtssuspendierung mag man im vorliegenden Fall bezüglich der Frage der Rückwirkung somit offenlassen können. Möchte man aber den verfahrensrechtlichen Garantien gerecht werden, die je nach Rechtsnatur sehr unterschiedlich ausfallen, spielt diese sehr wohl eine Rolle. Unseres Erachtens ist die Stimmrechtssuspendierung strafrechtlicher Rechtsnatur. Einerseits ergibt sich das aus der Schwere der Sanktion, handelt es sich doch um einen massiven Eingriff in die Aktionärsrechte. Zudem knüpft die Suspendierung an ein strafbares Verhalten an und tritt neben die Busse nach Art. 41 BEHG. Auch die Tatsache, dass die Stimmrechtssuspendierung das Verhalten indirekt steuert und das Stimmrecht bei Verletzung der Meldepflicht nicht «automatisch» suspendiert wird, geschweige denn auf den Vertragsschluss zurückbezogen wird, spricht gegen die zivilrechtliche und für die strafrechtliche Rechtsnatur. Interessant ist auch ein Blick in den Bericht der Expertenkommission Börsendelikte und Marktmissbrauch, wonach für die Stimmrechtssuspendierung neu die FINMA anstelle des Zivilgerichtes zuständig sein soll. Sodann stützen auch die auffallenden Ähnlichkeiten der Stimmrechtssuspendierung mit der Einziehung deren strafrechtliche Qualifikation. Aufgrund der strafrechtlichen Rechtsnatur ist die Zulässigkeit vorsorglicher Massnahmen i.S. des Zivilprozessrechts unseres Erachtens abzulehnen.

Des Weiteren sind die durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte erarbeiteten Kriterien einer «strafrechtlichen Anklage» bei der Stimmrechtssuspendierung erfüllt. Dies hat zur Folge, dass sich der Ausschluss der Rückwirkung neben dem sich aus Art. 1 StGB ergebenden Grundsatz «nulla poena sine lege» auch aus Art. 7 EMRK ergibt. Aus der Qualifikation als «strafrechtliche Anklage» nach Art. 6 EMRK folgt, dass die Verfahrensgarantien nach Art. 6 Ziff. 2 und 3 EMRK zu beachten sind. Insbesondere die Beachtung der Unschuldsvermutung nach Art. 6 Ziff. 2 EMRK ist bei der heute vorliegenden zivilrechtlichen Ausgestaltung des Verfahrens schwierig. Eine Verletzung der EMRK kann zur Unverwertbarkeit von Beweisen führen.

Abschliessend seien drei Bemerkungen erlaubt: Bei einer Veräusserung der Aktien soll die Stimmrechtssuspendierung nur denjenigen treffen, der die Meldepflicht verletzt hat. Sodann gibt es zwei mögliche Kriterien, wonach sich die Dauer der Suspendierung bestimmen lässt. Vertretbar ist einerseits ein Abstellen auf das Verschulden. Andererseits macht es auch Sinn, die Dauer so festzulegen, dass der Verletzer daran gehindert wird, diejenigen Ziele zu erreichen, die er sich durch die Meldepflichtverletzung erhoffte. Schliesslich ist es grundsätzlich fraglich, ob die Einführung der Stimmrechtssuspendierung bei Verletzung von Meldepflichten neben der Busse nach Art. 41 BEHG nötig und sinnvoll war.

[109] *Hans Caspar von der Crone,* Meldepflicht und Übernahmeregelung im neuen Börsengesetz, in: Peter Nobel (Hrsg.), Aktuelle Rechtsprobleme des Finanz- und Börsenplatzes Schweiz, Bd. 3, Bern 1995, S. 66.