

Ausgewählte Probleme der Strafbestimmungen des Börsengesetzes

von

Sandra Lütolf / Benjamin Schindler

Ausgewählte Probleme der Strafbestimmungen des Börsengesetzes

von Dr. iur. Sandra Lütolf, z. Zt. Paris, und lic. iur. Benjamin Schindler, Zürich

Am 1. Januar 1998 sind der zweite Teil des Börsengesetzes und damit auch die Strafbestimmungen der Artikel 40–44 in Kraft getreten. Im Hinblick auf die praktische Anwendung bedürfen verschiedene Aspekte dieser Strafnormen jedoch einer Klärung durch die Rechtsprechung. So wirft beispielsweise der enorme richterliche Ermessensspielraum bei der Festsetzung der Busse in Art. 41 BEHG (Verletzung von Meldepflichten) die Frage auf, ob die Strafnorm diesbezüglich noch dem Gebot der genügenden Bestimmtheit genügt. Offen ist sodann die Frage, wie mit der Straffähigkeit juristischer Personen umzugehen ist; unter geltendem Recht sind diese grundsätzlich nicht strafbar. Ebenso wenig ausgeleuchtet ist die Geschäftsherrenhaftung sowie Fragen der Konkurrenz, etwa zwischen Art. 42 BEHG (Pflichtverletzung durch die Zielgesellschaft) und Art. 152 StGB (unwahre Angaben über kaufmännische Gewerbe).

Les dispositions pénales (Art. 40–44 LBVM) de la loi sur les bourses sont entrées en vigueur le 1 janvier 1998. D'un point de vue pratique, il est souhaitable que la jurisprudence fournisse rapidement un certain nombre de précisions. Ainsi, le large pouvoir d'appréciation dont bénéficie le juge appelé à décider du montant d'une amende pour violation d'une obligation de déclarer (Art. 41 LBVM) amène les auteurs à se demander si la disposition pénale a la précision requise. La question de la punissabilité des personnes morales demeure également ouverte. Il en va de même de la responsabilité de l'employeur et des concours, par exemple entre les articles 42 LBVM (Violation des obligations de la société visée) et 152 CPS (Faux renseignements sur des sociétés commerciales).

The penal provisions of the Stock Exchange Act (Art. 40–44 SESA) entered into force on January 1, 1998. From a practical standpoint, one hopes that Courts will soon have the opportunity to clarify some issues. Hence, the authors question whether the broad powers given to the judge having to set a fine for breaches of obligations to notify (Art. 41 SESA) are framed with sufficient precision. It is also unclear whether legal entities can be punished with a fine – which is generally not the case under Swiss law. Employers liability and cumulative application of various penal provisions (e.g. those of SESA and those of the Swiss Penal Code) are further issues deserving clarification.

Inhaltsübersicht

I. Einleitung

II. Vorsatz und Fahrlässigkeit

III. Art. 41 BEHG – Verletzung von Meldepflichten

- A. Allgemeines
- B. Beispiele
- C. Bussenbemessung
- D. EMRK-Kompatibilität
- E. Anwendung von Art. 41 BEHG auf juristische Personen
 1. Art. 7 VStrR – «Strafbarkeit» der juristischen Personen für Widerhandlungen im Geschäftsbetrieb
 2. Art. 6 VStrR – Strafbarkeit der natürlichen Personen für Widerhandlungen im Geschäftsbetrieb
 - a) Art. 6 Abs. 1 VStrR
 - b) Art. 6 Abs. 2 VStrR
 - c) Art. 6 Abs. 3 VStrR
 - d) Ergebnis

IV. Übrige Straftatbestände des BEHG

- A. Art. 40 BEHG – Geschäftsführung ohne Bewilligung
- B. Art. 42 BEHG – Pflichtverletzung durch die Zielgesellschaft
- C. Art. 43 BEHG – Verletzung des Berufsgeheimnisses

V. Verfahren

VI. Zusammenfassung

I. Einleitung

Das Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel vom 24. März 1995 («BEHG»)¹ wurde mit Ausnahme einiger Artikel² auf den 1. Februar 1997 in Kraft gesetzt. Die übrigen Bestimmungen traten auf den 1. Januar 1998 in Kraft. Das BEHG regelt die Voraussetzungen für den Börsenbetrieb und den gewerbmässigen Effektenhandel. Das Ziel des Gesetzes ist, einerseits für den Anleger Transparenz und Gleichbehandlung sicherzustellen und andererseits das Funktionieren des Kapitalmarktes zu garantieren³.

¹ SR 954.1.

² Mit Ausnahme der folgenden Artikel: 2 Buchstabe e, 20 Absätze 1–4 und 6, 21, 22, 23 Absätze 3–5, 24–27, 29 Absätze 1 und 2, 30 Absatz 1, 31 Absätze 1–4, 32 Absätze 1–5 und 7, 33, 35 Absatz 2 Buchstaben d und e, 41 Absatz 1 Buchstaben a und b sowie Absatz 2, 42 und 51–54 BEHG.

³ Peter Nobel, Von der Bankenaufsicht zur Börsenaufsicht, in: Dieter Zobl (Hrsg.), Aktuelle Fragen des Kapitalmarktrechts, Zürich 1996, S. 11 ff.; Urs Bertschinger, Rechtsfolgen bei Verletzung börsen- und bankgesetzlicher Meldepflichten für qualifizierte Beteiligungen in: AJP/PJA 1997, S. 286; Roland von Büren / Thomas Bähler, Eingriffe des

Im folgenden soll auf einige Probleme der Strafbestimmungen des Börsengesetzes⁴ hingewiesen werden, die sich bei einer Widerhandlung gegen das Börsengesetz ergeben oder aus der Anwendbarkeit des Verwaltungsstrafrechts (VStrR)⁵ auf die Strafbestimmungen des Börsengesetzes resultieren. Die Probleme ergeben sich insbesondere im Zusammenhang mit der Höhe und Bemessung der angedrohten Bussen, der Regelung der Strafbarkeit bei Widerhandlungen in Geschäftsbetrieben, bzw. der fehlenden Strafbarkeit der juristischen Person, sowie der Abgrenzung und dem Konkurrenzverhältnis zu anderen Strafbestimmungen.

II. Vorsatz und Fahrlässigkeit

Zunächst folgt eine grundsätzliche Bemerkung zur Frage, ob die Straftatbestände des Börsengesetzes vorsätzlich oder fahrlässig erfüllt werden können.

Generell gilt im Strafrecht, dass die fahrlässige Begehung einer Straftat nur dann bestraft wird, wenn sie explizit im Gesetz sanktioniert ist. Dies gilt für Vergehen wie Verbrechen gemäss Art. 18 Strafgesetzbuch («StGB»)⁶. Für das Nebenstrafrecht wird gemäss Art. 333 Abs. 3 StGB insofern eine Ausnahme gemacht, als die in den anderen Bundesgesetzen unter Strafe gestellten Übertretungen strafbar sind, auch wenn sie fahrlässig begangen wurden, sofern nicht nach dem Sinne der Vorschrift nur die vorsätzliche Begehung mit Strafe bedroht ist.

neuen Börsengesetzes ins Aktienrecht, Ein weiteres Kapitel in der Diskussion um die Einheit des Aktienrechts, in: AJP/PJA 1996, S. 394.

⁴ Die neue Strafbestimmung der Kursmanipulation, welche am 1. Februar 1997 in Kraft getreten ist, wurde als Art. 161^{bis} direkt ins StGB integriert. Auf diese Regelung wird hier nicht eingegangen, vgl. dazu Niklaus Schmid, Zu neueren Entwicklungen auf dem Gebiet des schweizerischen Börsenstrafrechts, in: Hans Ulrich Walder / Tobias Jaag / Dieter Zobl (Hrsg.), Aspekte des Wirtschaftsrechts, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1994, Zürich 1994, S. 525 ff. Vgl. auch BGE 122 II 422 ff. und hierzu Beat Kleiner, Ist der neue Art. 161^{bis} StGB betreffend Kursmanipulation bereits Makulatur?, SZW 3/97, S. 119 f.; Jacques Iffland, Note concernant l'arrêt *Fondation F.* rendu le 27 septembre 1996 par la I^{ère} Cour de droit public du Tribunal fédéral, SZW 3/97, S. 121 ff.; Christoph Peter, Kursmanipulation als Betrug – Urteilsanmerkung zu BGE 122 II 422, SZW 3/97, S. 124 f.

⁵ Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht vom 22. März 1974, SR 313.0.

⁶ Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937, SR 311.0.

Fahrlässiges Handeln ist im BEHG einzig in Art. 41 Abs. 3 (Meldepflichten des Effektenhändlers) unter Strafe gestellt. Auch bei der Geschäftsführung ohne Bewilligung (Art. 40 BEHG) und bei Pflichtverletzungen durch die Zielgesellschaft (Art. 42 BEHG) sollte gemäss VE BEHG – analog zu Art. 46 Bankengesetz (BankG)⁷ – die fahrlässige Begehung unter Strafe gestellt werden. In der parlamentarischen Debatte wurden die jeweiligen Absätze 2 entgegen dem Antrag des Bundesrates gestrichen. In den Augen der Mehrheit der nationalrätlichen Kommission rechtfertigte das geschützte Rechtsgut die Bestrafung der fahrlässigen Begehung nicht⁸. Zudem wurde vorgebracht, die fahrlässige Begehung solcher Delikte sei unwahrscheinlich⁹ oder von den Richtern würde ohnehin eventualvorsätzliches Handeln bzw. strafbares Unterlassen bejaht¹⁰. Für Zuwiderhandlungen gegen das Börsengesetz kommen nämlich in den meisten Fällen nur professionelle Beteiligte in Frage. Bei ihnen muss grundsätzlich vorausgesetzt werden, dass sie Kenntnis von den einschlägigen Strafbestimmungen besitzen, womit die Voraussetzung für eventualvorsätzliches und nicht mehr fahrlässiges Handeln gegeben ist¹¹.

III. Art. 41 BEHG – Verletzung von Meldepflichten

Im folgenden werden sämtliche Strafbestimmungen des Börsengesetzes einzeln dargestellt. Dabei wird mit der problematischsten Bestimmung von Art. 41 BEHG begonnen und diese am ausführlichsten erläutert.

A. Allgemeines

Art. 41 BEHG sanktioniert die Verletzung von Meldepflichten. Gemäss Abs. 1 wird bestraft, wer vorsätzlich «*seine qualifizierte Beteiligung an einer kotierten Gesellschaft nicht meldet*» (lit. a), oder «*als Inhaber einer qualifizierten Beteiligung an einer Ziel-*

⁷ Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934, SR 952.0.

⁸ Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, Nationalrat, 1994, S. 1078 (Voten David).

⁹ Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, Nationalrat, 1994, S. 1078 (Voten Couchepin).

¹⁰ Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, Nationalrat, 1994, S. 1078 (Voten David). Dieser Ansicht ist auch Bertschinger (FN 3), S. 286.

¹¹ Bertschinger (FN 3), S. 286.

gesellschaft den Erwerb oder Verkauf von Beteiligungspapieren dieser Gesellschaft nicht meldet» (lit. b). Art. 41 Abs. 2 BEHG sieht für die Unterlassung der geforderten Meldungen ausgesprochen hohe Bussen vor: «Die Busse beträgt höchstens das Doppelte des Kauf- oder Verkaufspreises. Sie wird berechnet aufgrund der Differenz zwischen dem Anteil, über den der Meldepflichtige neu verfügt, und dem letzten von ihm gemeldeten Grenzwert».

Im folgenden soll nicht erörtert werden, wann die Pflicht zur Meldung gegeben ist¹², sondern welches die (verwaltungs-)strafrechtlichen Konsequenzen der Unterlassung einer Meldung sind. Als *caveat* sei nur darauf hingewiesen, dass die Meldepflicht auch gegeben ist, wenn der Kauf von Aktien durch einen Treuhänder oder eine Konzerngesellschaft getätigt wurde¹³ oder ein Aktionärspool vorliegt¹⁴. Ebenso ist zu betonen, dass die die Meldepflicht auslösenden Grenzwerte (5, 10, 20, 33 1/3, 50 und 66 2/3 %) auch passiv erreicht, unter- oder überschritten werden können¹⁵. Wenn beispielsweise wegen einer Kapitalerhöhung, bei der das Bezugsrecht nicht ausgeübt wird, die eigene prozentuale Beteiligung an der Gesellschaft unter einen

dieser Grenzwerte sinkt, löst dies ebenfalls eine Meldepflicht aus¹⁶.

Art. 104 Abs. 1 StGB bestimmt, dass der Versuch bei Übertretungen grundsätzlich straffrei ist. Da die Verletzung von Meldepflichten als Übertretung ausgestaltet ist, liegt der Gedanke nahe, dass derjenige, der verspätet meldet (z.B. erst nach erfolgter Mahnung durch die Aufsichtsbehörde), straffrei ausgeht. Einen solchen Schluss zu ziehen ist u.E. aber verfehlt, weil die Verletzung von Meldepflichten ein abstraktes Gefährdungsdelikt darstellt, welches mit der Nichtmeldung innert der gebotenen Frist als Tätigkeitsdelikt bereits vollendet ist.

B. Beispiele¹⁷

Im folgenden soll anhand von zwei theoretischen Beispielen gezeigt werden, wie der Bussenrahmen¹⁸ von Art. 41 Abs. 2 BEHG konkret berechnet würde:

Beispiel 1 (Art. 41 Abs. 1 lit. a BEHG)

Novartis	Börsenkapitalisierung	170.000 Mia. ¹⁹
Alte Beteiligung	4,9%	8.33 Mia.
Kauf	0,2%	0.34 Mia.
Neue Beteiligung	5,1%	8.67 Mia.
Differenz zwischen neuem Anteil und letztgemeldetem Grenzwert	5,1%	8.67 Mia.
Bussenrahmen: 2 x Differenz	10,2%	17.34 Mia.

Da dieser Anleger noch nie einen Wert gemeldet hat, verlangt der Gesetzeswortlaut u.E., dass sich die Differenz für den Bussenrahmen zwischen 5,1% und 0% berechnet.

¹² Von der Crone, Offenlegung (FN 12), S. 42.

¹³ Die Zahlen sind der Einfachheit halber gerundet.

¹⁴ Der Bussenrahmen ist der Rahmen, innerhalb dessen der Richter eine konkrete Busse berechnen muss.

¹⁵ Stand am 22. Mai 1998: 168 618 475 438.-.

Beispiel 2 (Art. 41 Abs. 1 lit. b BEHG)

Novartis	Börsenkapitalisierung	170.000 Mia. ¹⁹
Alte Beteiligung	9%	15.30 Mia.
Kauf	1%	1.70 Mia.
Neue Beteiligung	10%	17.00 Mia.
(letztgemeldeter Wert)	9%	15.30 Mia.
Differenz zwischen neuem Anteil und letztgemeldetem Grenzwert	5% (10%-5%)	8.50 Mia.
Bussenrahmen: 2 x Differenz	10%	17.00 Mia.

Selbst wenn im Beispiel 2 der Erwerber von Novartis-Aktien seine letzte Beteiligung von 9% gemeldet hat, wird der Bussenrahmen zwischen seiner neuen Beteiligung und dem letzten gemeldeten Grenzwert von 5% berechnet. Dass nicht auf den letzten gemeldeten Wert, sondern auf den letztgemeldeten Grenzwert für die Berechnung der Busse abgestellt wird, ist u.E. nicht nachvollziehbar. Die Botschaft äussert sich nicht dazu, der Gesetzeswortlaut scheint jedoch eindeutig.

Es gilt hier zu betonen, dass diese Beispiele bezüglich der Höhe der Beteiligungen theoretisch sind. Allein die Statuierung der Möglichkeit, eine so hohe Busse auszusprechen, ist jedoch genügend problematisch²⁰.

Der in Art. 41 Abs. 2 BEHG normierte Strafrahmen wird angesichts dieser Beispiele zu Recht als «exorbitant» oder «drakonisch» bezeichnet²¹. In Anbe-

tracht des in Art. 106 StGB normierten Höchstbetrages einer Busse von CHF 5 000.-, der gilt, wenn das Gesetz nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt²², ist dieser Bussenrahmen um so erstaunlicher.

Die Botschaft begründet den hohen Strafrahmen damit, dass für die Missachtung der Meldepflicht die angedrohte Strafe hoch sein müsse, «um überhaupt wirksam zu sein»²³. Dazu, wie die Busse aber im konkreten Fall bemessen werden soll, äussert sich die Botschaft nicht.

C. Bussenbemessung

Gemäss Art. 333 Abs. 1 StGB und Art. 2 VStrR gelangen für die Bemessung einer Busse in Nebenstrafgesetzen die allgemeinen Bestimmungen des StGB zur Anwendung. Gemäss Art. 48 Ziff. 2 StGB muss je nach den Verhältnissen des Täters die Busse so bestimmt werden, «dass dieser durch die Einbusse die Strafe erleidet, die seinem Verschulden angemessen ist. Für die Verhältnisse des Täters sind namentlich von Bedeutung sein Einkommen und sein Vermögen...». Im übrigen wird für die Berechnung der Busse auf die allgemeinen Strafzumessungsregeln von Art. 63 StGB verwiesen²⁴. Auch diese Regelung verlangt zunächst eine Anpassung der Strafe an das Verschulden des Täters, danach die Berücksichtigung der Beweggründe, des Vorlebens und der persönlichen Verhältnisse des Schuldigen²⁵.

Art. 8 VStrR, welcher den allgemeinen Regeln des StGB vorgeht, sei hier nur am Rande erwähnt, da er lediglich auf Bussen bis zu CHF 5 000.- Anwendung findet. Bis zu diesem Betrag sind die Bussen nur nach der Schwere der Widerhandlung und des Verschuldens zu bemessen. Andere Strafzumessungsgründe sind nicht zu berücksichtigen.

Im folgenden soll eine konkrete Bussenbemessung, die das Bundesgericht im Fall «von Roll» vornahm,

²⁰ Immerhin besteht grundsätzlich eine für den Täter bestimmbare Obergrenze seiner Strafe. Wenn der Richter «zudem» Gewinnsucht des Täters bejaht und Art. 106 Abs. 2 StGB angewendet wird, ist er nicht einmal an diesen, bereits sehr hohen Bussenrahmen gebunden. Vgl. dazu auch Jörg Rehberg, Strafrecht II, Strafen und Massnahmen, Jugendstrafrecht, 6. A., Zürich 1994, S. 110 f. m.w.H.; Stefan Trechsel, Schweizerisches Strafrecht, Kurzkommentar, 2. A. Zürich 1997, Art. 48 N 2, m.w.H.; BGE 96 IV 181. Vgl. auch sehr kritisch zu den «scharfen, aber vagen Strafbestimmungen» Reto E. Meier, Wem nützt das neue Börsengesetz? Potentiell negative Wirkungen für kleinere Unternehmen, in: NZZ vom 10. Dezember 1996, S. 27 (Nr. 288).

²¹ Peter Nobel, (FN 3), S. 16; Ders., Finanzmarktrecht (FN 12), S. 525; Christian J. Meier-Schatz, Offenlegung von Beteiligungen / Öffentliche Kaufangebote, in: Das neue Börsengesetz der Schweiz, Bern et al. 1996, S. 107; Peter

Bohnenblust / Bruno Wild, Auswirkungen des neuen Börsengesetzes auf M & A-Transaktionen, in: Praxis 96, Hrsg. von ATAG Ernst & Young, S. 3; Markus Ruffner, Der Entwurf eines Bundesgesetzes über die Börsen und den Effektenhandel, in: AJP/PJA 1992, S. 74.

²² Art. 106 Abs. 1 StGB.

²³ Botschaft zu einem Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel vom 24. Februar 1993, (BB1 1993 I S. 1369 ff.), S. 1426.

²⁴ Trechsel (FN 20), Art. 48 N 5.

²⁵ Rehberg (FN 20), S. 11.

¹² Dazu siehe die bereits heute umfangreiche Literatur, insbesondere: Peter Nobel, Schweizerisches Finanzmarktrecht, Bern 1997, S. 521 ff.; Jean Nicolas Druey, Die Meldepflicht, Transparenz – eine verhüllte Göttin, in: SZW Sondernummer zum BEHG 1997, S. 36 ff.; Hans Caspar von der Crone, Offenlegung von Beteiligungen und Kontrolltransaktionen im neuen Börsengesetz, in: Hans Ulrich Walder / Tobias Jaag / Dieter Zobl (Hrsg.), Aspekte des Wirtschaftsrechts – Festgabe zum schweizerischen Juristentag 1994, Zürich 1994, S. 41 ff.; Ders., Meldepflicht und Übernahmeregulation im neuen Börsengesetz, in: Peter Nobel (Hrsg.), Aktuelle Rechtsprobleme des Finanz- und Börsenplatzes Schweiz, Bern 1995, S. 63 ff.; Ders., Angebotspflicht, in: SZW Sondernummer zum BEHG 1997, S. 44 ff.; Myriam Senn, Anmerkungen zur zukünftigen Meldepflicht im Börsengesetz, Art. 20 BEHG, in: SZW 1993, S. 227 ff.; Rudolf Tschäni, Öffentliche Übernahmeangebote im Börsengesetz und im EG-Recht, in: AJP/PJA 1994, S. 308 ff.; Rolf H. Weber, Offenlegungspflichten im neuen Börsengesetz und im EG-Recht, in: AJP/PJA 1994, S. 301 ff.; von Büren / Bähler (FN 3), S. 395 ff.; Bertschinger (FN 3), S. 283 ff. Vgl. auch Walter Meier, Die Börsenfreiheit in einer Zwangsjacke, Zur Melde- und Angebotspflicht im neuen Börsengesetz, in: NZZ vom 22. Juni 1996, S. 25 (Nr. 143); Felix Horber, Die «gläserne» Aktiengesellschaft, Verschärfte Informations- und Publizitätspflichten, in: NZZ vom 6. Mai 1995, S. 28 (Nr. 104).

¹³ Vgl. Art. 20 Abs. 1 BEHG und Art. 9 der Verordnung der Eidgenössischen Bankkommission über die Börsen und den Effektenhandel (BEHV-EBK), SR 954.193, in Kraft seit 1. Januar 1998.

¹⁴ Vgl. Art. 20 Abs. 1 BEHG und Art. 15 BEHV-EBK.

¹⁵ Von der Crone, Offenlegung (FN 12), S. 42.

dargestellt werden²⁶. In diesem Entscheid wurde u.a. der Leiter der Stabsstelle «Kommerzielle Dienste», bei welchem das Bundesgericht eine eventualvorsätzliche Widerhandlung gegen das Kriegsmaterialgesetz (KMG)²⁷ bejahte, zu einem Monat Gefängnis und CHF 8 000.– Busse verurteilt (Strafrahmen 3 Jahre und CHF 500 000.– Busse). Der Vorsitzende der Konzernleitung, den das Bundesgericht einer fahrlässigen Verletzung des KMG, begangen durch Unterlassung, für schuldig befand, wurde (bei einem Strafrahmen von 6 Monaten Gefängnis und CHF 400 000.– Busse) zu einem Monat Gefängnis und CHF 25 000.– Busse verurteilt.

Zum Bundesgerichtsurteil als Ganzem soll hier nicht Stellung genommen werden. Wenn aber das Gericht für die Frage des Verschuldens festhält: «Sie [die oben genannten Angeklagten] haben eine Gleichgültigkeit in bezug auf das Problem der illegalen Kriegsmaterialausfuhr an den Tag gelegt, die nach Auffassung des Bundesstrafgerichts mehr als bedenklich [sic!] ist»²⁸, stellt sich die Frage, welche persönlichen finanziellen Verhältnisse denn vorliegen müssen, damit der Strafrahmen um mehr als nur zu 10% ausgeschöpft wird²⁹.

Nach Meinung der Verfasser wäre einer wirkungsvolleren Bekämpfung von Straftaten mehr gedient, wenn möglichst wenige Strafbestimmungen mit realistischen Bussenrahmen aufgestellt würden, gemäss denen ein allfälliger Täter konkret abschätzen kann, welche Strafe ihn erwartet. Diese Bussenrahmen müssten dann aber bei grossem Verschulden und hohem

Einkommen auch ausgeschöpft werden, ansonsten sie unglaublich werden.

D. EMRK-Kompatibilität

Der enorme Ermessensspielraum, welchen Art. 41 BEHG dem Richter bei der Bussenbemessung einräumt, wirft auch die Frage auf, ob das BEHG in diesem Punkt dem Gebot der genügenden Bestimmtheit einer Strafnorm ausreichend Rechnung trägt. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes und der Organe der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)³⁰ muss ein Gesetz «so präzise formuliert sein, dass der Bürger sein Verhalten danach richten und die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit erkennen kann»³¹. Sofern eine Gesetzesbestimmung der rechtsanwendenden Behörde Ermessen einräumt, müssen die Grenzen dieses Entscheidungsspielraumes ersichtlich sein³². Im Bereich der Strafzumessung konkretisiert sich der Umfang des richterlichen Ermessens im Straf- resp. Bussenrahmen. Ist nun dieser Rahmen extrem weit gespannt, kann dies faktisch auf einen Verzicht des Gesetzgebers hinauslaufen, das Mass der Strafsanktion zu bestimmen. Stratenwerth bezweifelt daher, ob beispielsweise bei der Androhung einer im Höchstbetrag nicht begrenzten Busse (so bei Gewinn- sucht nach Art. 48 Ziff. 1 Abs. 2 und 106 Abs. 2 StGB) das Kriterium der genügenden Bestimmtheit noch erfüllt ist³³.

In Art. 41 BEHG wird zwar eine eindeutige und auch vorhersehbare Obergrenze der Busse umschrieben. Diese kann in gewissen Fällen allerdings derart schwindelerregende Höhen erreichen (vgl. die vorher-

gehenden Fallbeispiele), dass viele Gerichte wohl davor zurückschrecken werden, ihren Ermessensspielraum voll auszuschöpfen³⁴. Dennoch ist die Busse – anders als bei Art. 48 Ziff. 1 Abs. 2 und 106 Abs. 2 StGB³⁵ – ziffernmässig klar begrenzt. Sie ist zudem für jedermann in ihrer (möglicherweise extremen) Höhe mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit erkennbar. Art. 41 BEHG dürfte somit grundsätzlich den Anforderungen der EMRK und der BV genügen³⁶. Dies schliesst indessen nicht aus, dass der Richter im konkreten Einzelfall – trotz Einhalten des theoretisch zulässigen Rahmens – seinen Ermessensspielraum überschreitet³⁷.

E. Anwendung von Art. 41 BEHG auf juristische Personen

Typischerweise werden die Meldepflichten gemäss Art. 41 BEHG – und auch die anderen Straftatbestände des Börsengesetzes – durch juristische Personen verletzt. Die juristischen Personen sind aber nach geltendem Strafrecht nicht strafbar³⁸. Die in Art. 41 Abs. 2 – oder auch den anderen Strafbestimmungen des Börsengesetzes – genannten äusserst hohen Bussen treffen demzufolge die natürlichen Personen³⁹.

³⁴ Vgl. hierzu Nobel, (FN 3), S. 16, der in den drakonischen Strafandrohungen auch eine «gewisse Hilflosigkeit» des Gesetzgebers sieht.

³⁵ Diese Bestimmungen sind allerdings bei Gewinnsucht auch im Bereich des BEHG anwendbar; vgl. oben Kap. III.C.

³⁶ Vgl. auch den Entscheid des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) i.S. Tetra Pak International SA gegen Kommission der Europäischen Gemeinschaften, T-83/91, [1994] ECR II-762. Darin schützte der EuGH eine ungewöhnlich hohe Geldbusse in der Höhe von 75 Millionen ECU. Die Busse entsprach 2,2% des Gesamtumsatzes der Tetra Pak International SA im Jahre 1990. Geahndet wurde ein Verstoß gegen die Wettbewerbsregeln. Nach den einschlägigen Verordnungen hätte sich die Busse auf 10% belaufen dürfen.

³⁷ BGE 121 IV 49, 57 ff.; 117 IV 401, 403 f.; vgl. hierzu oben FN 29.

³⁸ Eine Ausnahme von diesem Grundsatz statuiert bereits heute Art. 7 VStrR. Mit der Revision des Allgemeinen Teils des StGB ist aber die Einführung der generellen Strafbarkeit der juristischen Person in der Schweiz geplant.

³⁹ Die freiwillige Übernahme der Busse durch eine juristische Person ist zudem fragwürdig, stellt sie doch – zumindest theoretisch – eine Begünstigung i.S.v. Art. 305 StGB dar (begangen durch die Organe der juristischen Person). Eine entsprechende Vertragsbestimmung, welche eine juristische Person zur Schadloshaltung einer natürlichen verpflichtete, wäre in jedem Fall rechtlich nicht durchsetzbar (Art. 19/20 OR). Vgl. Trechsel (FN 20), vor Art. 48 N 3, Art. 305 N 11.

Es stellt sich die Frage, ob eine natürliche Person einer allfälligen Busse entgehen könnte, indem sie die besonderen persönlichen Merkmale nicht erfüllt, die Art. 41 BEHG als Sonderdelikt verlangt. Um den Tatbestand der Verletzung der Meldepflicht zu erfüllen, muss der Täter nämlich seine *eigene* qualifizierte Beteiligung nicht melden. Es gilt deshalb zu prüfen, ob die Organe einer juristischen Person oder deren leitende Angestellte sich auf den Standpunkt stellen könnten, sie erfüllten die notwendige Voraussetzung, eine eigene Beteiligung nicht gemeldet zu haben, nicht, da nicht sie selbst, sondern die juristische Person die Beteiligung halte.

Für diese Frage sind die auf das Börsengesetz anwendbaren Sonderbestimmungen des VStrR zu Widerhandlungen in Geschäftsbetrieben kurz zu erläutern.

1. Art. 7 VStrR – «Strafbarkeit» der juristischen Personen für Widerhandlungen im Geschäftsbetrieb

Art. 7 VStrR statuiert eine Sonderregelung für Bussen von höchstens CHF 5 000.–. Diese Bussen können direkt der juristischen Person auferlegt werden, wenn die natürliche Person nur mit unverhältnismässigem Aufwand ermittelt werden kann.

Art. 7 VStrR kann aber nicht dazu dienen, eine allfällige hohe Busse wegen Verletzung der Meldepflicht auf CHF 5 000.– zu reduzieren. Vielmehr kommt Art. 7 VStrR von vornherein nur zur Anwendung, wenn eine Busse von «höchstens» CHF 5 000.– in Betracht kommt.

2. Art. 6 VStrR – Strafbarkeit der natürlichen Personen für Widerhandlungen im Geschäftsbetrieb

Art. 6 VStrR stellt für Delikte, welche in einem Geschäftsbetrieb begangen werden, *Zurechnungsregeln* auf. Durch diese Zurechnungsregeln werden für die Erfüllung der Tatbestände notwendige persönliche Merkmale, die nur beim Geschäftsbetrieb selbst vorhanden sind, auf verschiedene natürliche Personen übertragen.

a) Art. 6 Abs. 1 VStrR

Nach Art. 6 Abs. 1 VStrR finden die Strafbestimmungen bei Widerhandlungen in Geschäftsbetrieben auf diejenigen natürlichen Personen Anwendung, wel-

²⁶ BGE 122 IV 103 ff., 130 ff. Dabei ging es um die Lieferung der sog. «Supergun» nach Irak.

²⁷ Bundesgesetz über das Kriegsmaterial vom 30. Juni 1972, SR 514.51.

²⁸ BGE 122 IV 131.

²⁹ Interessant zur Thematik der Bussenbemessung ist auch ein älterer Bundesgerichtsentscheid (BGE 78 IV 193 ff.), in welchem wegen einer zu tiefen Busse ein Ermessensmissbrauch des Zürcher Obergerichts bejaht wurde. Die Begründung des Bundesgerichts lautete dahingehend, dass für eine wirksame Bekämpfung der Zolldelikte nicht Rücksicht auf die (*in casu* bescheidenen) finanziellen Verhältnisse des Täters genommen werden könne. Die allgemeinen Bussenbemessungsregeln des StGB würden für das Zollgesetz vom 1. Oktober 1925 (SR 631.0) nicht gelten (vgl. auch BGE 72 IV 188 ff. = Pra 1947, Nr. 51; 76 IV 295 ff. = Pra 1951 Nr. 65). Das Obergericht wurde angewiesen, die Busse «erheblich zu erhöhen» (BGE 78 IV 199). Da u.E. die allg. Bussenbemessungsregeln des StGB auf das BEHG aber anwendbar sind, kann dieser Entscheid nicht auf die vorliegend behandelten Strafbestimmungen übertragen werden.

³⁰ Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950, in Kraft getreten für die Schweiz am 28. November 1974, SR 0.101.

³¹ BGE 117 Ia 472, 480; vgl. auch BGE 115 Ia 277, 288; Jörg Paul Müller, in: Jean François Aubert et al. (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Basel / Zürich / Bern 1987, Einleitung zu den Grundrechten, N 115 ff.; Jochen Frowein / Wolfgang Peukert, Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK-Kommentar, 2.A. Kehl / Strassburg / Arlington 1996, Vorbemerkungen zu Art. 8–11 N 2 ff.; Mark E. Villiger, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention, Zürich 1993, § 25 N 533 ff.

³² Villiger (FN 31), § 25 N 535.

³³ Günter Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 2.A. Bern 1996, § 4 N 16. Vgl. auch Trechsel (FN 20), Art. 48 N 2. Vgl. auch oben FN 20 und 32.

che die Tat verübt haben⁴⁰. Damit werden die Sondereigenschaften auf die für den Geschäftsbetrieb handelnden Täter übertragen⁴¹. Da die Verletzung der Meldepflicht gemäss Art. 41 BEHG nur durch Unterlassen begangen werden kann, muss den «Täter» immer eine Garantenpflicht treffen, um zur Verantwortung gezogen werden zu können. Die einzige u.E. in Frage kommende Garantenpflicht hat das Bundesgericht 1970 mit dem Entscheid «Bührle» für den Geschäftsherrn statuiert⁴². Alle Personen, die eine Verletzung der Meldepflicht gemäss Art. 6 Abs. 1 VStrR begehen können, müssen u.E. also «Geschäftsherren» sein, um eine Garantenstellung zur Verhinderung von Delikten in ihrem Geschäftsbetrieb einzunehmen. Weil die Haftung der «Geschäftsherren» auch in Abs. 2 der genannten Bestimmung explizit geregelt ist, wird durch Art. 6 Abs. 1 VStrR der Täterbegriff u.E. für Widerhandlungen gegen Art. 41 BEHG nicht weiter gefasst als in Art. 6 Abs. 2 VStrR⁴³. Deshalb wird die Problematik der Geschäftsherrenhaftung für Art. 6 Abs. 1 und 2 VStrR gemeinsam betrachtet.

b) Art. 6 Abs. 2 VStrR

Gemäss Art. 6 Abs. 2 VStrR untersteht der «Geschäftsherr, Arbeitgeber, Auftraggeber oder Vertretene, der es vorsätzlich oder fahrlässig [sic!⁴⁴] in Verletzung einer Rechtspflicht unterlässt, eine Widerhandlung des Untergebenen, Beauftragten oder Vertreters abzuwenden oder in ihren Wirkungen aufzuheben, den Strafbestimmungen, die für den entsprechend handelnden Täter gelten».

Zwar wurde die Geschäftsherrenhaftung durch das Bundesgericht mit dem Fall «Bührle» statuiert, doch fehlt in Lehre und Rechtsprechung «eine nur annähernd klar festgelegte Definition des Begriffs des

Geschäftsherrn»⁴⁵. Auch im übrigen ist die Geschäftsherrenhaftung weder allgemein noch etwa bezüglich der im Vergleich zur bundesgerichtlichen Geschäftsherrenhaftung noch weiter gefassten «Vertreterhaftung» von Art. 6 Abs. 2 VStrR definiert⁴⁶. Einig scheint sich die Lehre nur darin zu sein, dass die Formulierung «in Verletzung einer Rechtspflicht» in Art. 6 Abs. 2 VStrR die Bestimmung verschärfen und nicht einschränken solle⁴⁷.

c) Art. 6 Abs. 3 VStrR

In Abs. 3 von Art. 6 VStrR wird schliesslich die problematische Geschäftsherrenhaftung auf sämtliche «Organe, Organmitglieder, geschäftsführenden Gesellschafter, tatsächlich leitenden Personen oder Liquidatoren» ausgedehnt⁴⁸.

d) Ergebnis

Nach Art. 6 und 7 VStrR sind die besonderen persönlichen Merkmale, welche für die Begehung des Sonderdeliktes von Art. 41 BEHG vorausgesetzt werden, sämtlichen Geschäftsherren, Auftraggebern oder Organen einer juristischen Person zuzurechnen.

Eine von Lehre und Rechtsprechung bislang so wenig präzierte Geschäftsherrenhaftung auf den so hohen Bussenrahmen von Art. 41 BEHG anzuwenden, ist u.E. mehr als problematisch!

IV. Übrige Straftatbestände des BEHG

A. Art. 40 BEHG – Geschäftsführung ohne Bewilligung

In Art. 40 BEHG wird das vorsätzliche Betreiben einer Börse und die Tätigkeit als Effektenhändler ohne Bewilligung unter Strafe gestellt. Wer einer unbewilligten Tätigkeit nachgeht, ist «logischerweise auch keiner direkten Kontrolle einer Behörde unterstellt»⁴⁹. Der Aufsichtsbehörde sind zudem mit den Administrativmassnahmen (Art. 35 f. BEHG) nicht die erforderlichen Mittel in die Hand gegeben um dieses widerrechtliche Verhalten zu unterbinden. So greift die

«einschneidendste Sanktion»⁵⁰, der Entzug der Bewilligung durch die Aufsichtsbehörde (Art. 36 BEHG), ins Leere. Eine eigentliche Strafnorm ist daher gemäss Botschaft «unabdingbar»⁵¹ und drängt sich auch u.E. auf.

Die in Art. 40 BEHG statuierte Maximalbusse beträgt CHF 200 000.–. Gemäss Botschaft wären für juristische Personen «wesentlich höhere Bussen angemessen»⁵² gewesen. Mit einem Verweis auf eine generelle Neuregelung der Strafbarkeit der juristischen Personen im Rahmen einer Revision des Allgemeinen Teils des StGB wurde die Festsetzung eines höheren Bussenrahmens aber bewusst unterlassen⁵³. Somit gilt auch hier, dass juristische Personen maximal mit CHF 5 000.– gebüsst werden können⁵⁴.

B. Art. 42 BEHG – Pflichtverletzung durch die Zielgesellschaft

Erfolgt die Stellungnahme der Zielgesellschaft (Art. 22 BEHG) im Rahmen eines öffentlichen Kaufangebotes (Art. 29 Abs. 1 BEHG) nicht in der gesetzlich vorgeschriebenen Weise und ist dies auf vorsätzliches Verhalten der Zuständigen zurückzuführen, so können diese mit einer Busse bis zu CHF 200 000.– bestraft werden⁵⁵.

Die Einführung dieser Strafbestimmung war in der Expertengruppe umstritten, wurde sie doch als kaum gerechtfertigte Abweichung von der eher zurückhaltenden Tendenz im Bereich der börsengesetzlichen Strafbestimmungen betrachtet⁵⁶. Zudem ging die Mehrheit der Experten davon aus, dass die Pflichtverletzung durch die Zielgesellschaft im wesentlichen be-

reits von Art. 152 StGB (unwahre Angaben über kaufmännische Gewerbe) erfasst sei⁵⁷.

In der Botschaft wurde die Dringlichkeit der Strafbestimmung mit dem Argument vertreten, dass den «Schutzzielen des BEHG Rechnung zu tragen [sei] und keine Pflichten ohne Sanktion zu statuieren»⁵⁸ seien. Die in der Expertengruppe geäusserten Bedenken wurden in der Botschaft nicht mehr erwähnt. Auch in der parlamentarischen Debatte kamen diese nicht mehr zur Sprache⁵⁹. Ungeklärt bleibt somit die Frage, wie sich der neue Art. 42 BEHG zum bisherigen Art. 152 StGB verhält. Dies ist deshalb von praktischer Bedeutung, weil es sich bei der börsengesetzlichen Strafbestimmung um eine «lediglich» mit Busse bedrohte Übertretung (Art. 101 StGB) handelt, bei Art. 152 StGB aber um ein mit Gefängnis oder Busse geahndetes Vergehen (Art. 9 Abs. 2 StGB). Für die Verfolgung der beiden Delikte ist nicht dieselbe Strafverfolgungsbehörde zuständig⁶⁰. Der Eintrag ins Strafregister⁶¹ sowie die Verjährung⁶² sind im Falle der Übertretung und des Vergehens unterschiedlich geregelt. Die Bestimmungen des VStrR sind zudem nur auf Art. 42 BEHG anwendbar⁶³.

Art. 152 StGB soll verhindern, dass Dritte durch falsche oder unvollständige Angaben eines Gesellschaftsorgans zu schädigenden Vermögensverfügungen veranlasst werden. Die täuschenden Informationen müssen «von erheblicher Bedeutung» sein. Zu einer Vermögensschädigung muss es jedoch nicht kommen. Es genügt die abstrakte Gefahr, dass ein Dritter

⁴⁰ Vgl. z.B. BGE 117 IV 203 ff.

⁴¹ Vgl. die gleichartige Zurechnungsregelung des Strafgesetzbuches von Art. 172 StGB. Dazu Bruno Zanga, Strafbestimmungen der Bankenaufsicht, Eine Darstellung des geltenden Rechts mit Berücksichtigung der Praxis des Eidgenössischen Finanz- und Zolldepartements, Diss. Zürich 1992, S. 92 ff.

⁴² BGE 96 IV 155 ff.

⁴³ Dies, wie gesagt, weil Widerhandlungen gegen Art. 41 BEHG nur durch Unterlassen begangen werden können und für jede Bestrafung durch Unterlassen eine spezifische Garantenpflicht bejaht werden muss.

⁴⁴ U.E. ist die Normierung einer Strafbarkeit des Geschäftsherrn bei Fahrlässigkeit für Delikte, welche durch den Täter nur vorsätzlich begangen werden können, in einem Nebenstrafgesetz rechtsstaatlich sehr bedenklich.

⁴⁵ Markus Oertle, Die Geschäftsherrenhaftung im Strafrecht, Unter besonderer Berücksichtigung von Art. 6 Abs. 2 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR), Diss. Zürich 1996, S. 180.

⁴⁶ Vgl. auch Zanga (FN 41), S. 94 ff.

⁴⁷ Oertle (FN 45), S. 184 ff., 188.

⁴⁸ Vgl. auch Zanga (FN 41), S. 96 f.

⁴⁹ Botschaft (FN 23), S. 1425.

⁵⁰ Botschaft (FN 23), S. 1422.

⁵¹ Botschaft (FN 23), S. 1425.

⁵² Botschaft (FN 23), S. 1425. Dazu, dass die juristische Person aber auch für diese Busse gemäss Art. 40 BEHG nicht bestraft werden kann, siehe oben Kap. III. E.

⁵³ Botschaft (FN 23), S. 1425. In der Botschaft wird auf eine Revision des VStrR Bezug genommen. Hierbei dürfte es sich allerdings um ein redaktionelles Versehen handeln, da eine solche Revision vorderhand nicht geplant ist.

⁵⁴ Vgl. hierzu oben Kap. III.E.1.

⁵⁵ Grundsätzlich können aber auch hier nur die natürlichen Personen für die juristische Person bestraft werden, vgl. zur Ausnahme der «Strafbarkeit» der juristischen Person (Art. 7 VStrR) die obigen Ausführungen in Kap. III.E.1.

⁵⁶ Bericht zum Vorentwurf der Expertengruppe zur Ausarbeitung eines Bundesgesetzes über die Börsen und den Effektenhandel, März 1991, S. 118 f.; vgl. auch Rudolf Tschäni, (FN 12), S. 316.

⁵⁷ Bericht (FN 56), S. 119. Vgl. auch Peter Nobel, Finanzmarktrecht (FN 12), S. 578 f.

⁵⁸ Botschaft (FN 23), S. 1426.

⁵⁹ Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, Ständerat, 1993, S. 1013 und Nationalrat, 1994, S. 1078.

⁶⁰ Art. 44 Abs. 2 und 3 BEHG; Selbst wenn gerichtliche Beurteilung durch eine kantonale richterliche Instanz verlangt wird, kann die Konkurrenzfrage für das Verfahren von Bedeutung sein. So entfällt im Kanton Zürich bei der Beurteilung einer Übertretung eine ordentliche Rechtsmittelinstanz. Vgl. § 24 Abs. 1 GVG ZH und § 410 StPO ZH; hierzu kritisch Lorenz Baumann, Lieber 10'000 Franken Busse als 1 Tag bedingt?, in: NZZ vom 23. Juli 1997, S. 53 (Nr. 168).

⁶¹ Übertretungen werden im Gegensatz zu Vergehen grundsätzlich nicht in das Strafregister eingetragen (Art. 360 StGB). Da die im BEHG geregelten Übertretungen nicht von Art. 9 Ziff. 2 und Ziff. 2^{bis} der Verordnung über das Strafregister vom 21. Dezember 1973, SR 331, erfasst sein dürfen, erfolgt auch bei extrem hohen Bussen kein Eintrag in das Register.

⁶² Vgl. Art. 70 ff. StGB für Vergehen (und Verbrechen) und Art. 109 StGB für Übertretungen.

⁶³ Art. 44 Abs. 1 BEHG.

durch die Informationen zu einer schädigenden Vermögensdisposition veranlasst werden könnte. Art. 29 Abs. 1 BEHG dient dem einzelnen Aktionär dazu, dass er sich für oder gegen ein öffentliches Übernahmeangebot entscheiden kann⁶⁴. Letztlich sollen sich die Adressaten eines Übernahmeangebotes «auf dem Hintergrund eines angemessenen Informationsstandes im Vertrauen auf die Lauterkeit des Angebotes und ohne künstlichen Druck in Richtung Annahme über Annahme oder Ablehnung des Angebotes entscheiden können»⁶⁵. Art. 42 BEHG sanktioniert die Verletzung von Art. 29 Abs. 1 BEHG. Die Strafbestimmung aber verlangt weder dass die Falsch- oder Fehlinformationen durch die Zielgesellschaft «von erheblicher Bedeutung» sind, noch dass diese Informationen geeignet sind, einen *eigentlichen Vermögensschaden* herbeizuführen. Die Schwelle zur Strafbarkeit liegt somit bei Art. 42 BEHG niedriger. Auf der anderen Seite ist der «Unrechtsgehalt» des in Art. 42 BEHG umschriebenen Tatbestandes geringer als derjenige von Art. 152 StGB. Daher rechtfertigt sich die Ausgestaltung als Übertretung (und nicht als Vergehen). Sind die strenger Voraussetzungen von Art. 152 StGB hingegen erfüllt, so muss dieses Vergehen u.E. die Übertretung von Art. 42 BEHG «konsumieren»⁶⁶. Auch wenn Art. 42 BEHG eine massiv höhere Busse zulässt als Art. 152 i.V.m. Art. 48 StGB⁶⁷, ist die Bestrafung mit Gefängnis in der Wertung des Gesetzgebers schärfer als die «blosse» Verurteilung zur Bezahlung einer Busse⁶⁸. Dies wirkt sich insbesondere in der längeren Verjährungsfrist und dem Eintrag im Strafregister aus⁶⁹. Würde Art. 42 BEHG als *lex specialis* vorgehen, käme dies einer ungerechtfertigten (und vom Gesetzgeber kaum gewollten) Privilegierung der Organe der Ziel-

gesellschaft gegenüber anderen falsch informierenden Organen von Gesellschaften gleich⁷⁰.

Es ist bedauerlich, dass den Bedenken der Expertenmehrheit, Art. 42 BEHG einzuführen, sowohl in der Botschaft des Bundesrates wie auch in der parlamentarischen Debatte nicht Rechnung getragen wurde. Der neue Art. 42 BEHG führt daher zu (kaum vorhergesehenen aber vorhersehbaren) Abgrenzungs- und Konkurrenzproblemen⁷¹. Zu vermuten ist auch, dass die der Aufsichtsbehörde in die Hand gegebenen Mittel (Art. 35 BEHG) sowie das gemeine Strafrecht (Art. 152 StGB) genügt hätten, um den Pflichten der Zielgesellschaft (Art. 29 Abs. 1 BEHG) Nachachtung zu verschaffen.

C. Art. 43 BEHG – Verletzung des Berufsgeheimnisses

Da die Organe und Angestellten der Börse nicht Behördenmitglieder sind, unterliegen sie nicht dem Amtsgeheimnis (Art. 320 StGB)⁷². In vielen Fällen dürften die ihnen anvertrauten Geheimnisse nicht unter dem Schutz des Berufsgeheimnisses (Art. 321 StGB) stehen. Da Organe und Angestellte der Börse aber Einblick in vertrauliche Daten der Börsenmitglieder haben, drängt sich die Statuierung einer eigenen Geheimhaltungspflicht und deren strafrechtliche Sanktionierung auf. Weil nicht nur Organe und Angestellte der Börsen, sondern auch beauftragte Dritte in die Aufklärung von Sachverhalten miteinbezogen werden können, müssen auch diese von der Geheimhaltungspflicht erfasst werden (Art. 43 Abs. 1 lit. a BEHG).

Nach Ansicht der Expertengruppe soll durch diese Strafbestimmung – anders als durch Art. 47 BankG – nicht in erster Linie der Geheimnisherr geschützt wer-

den⁷³. Art. 43 BEHG «orientiert sich deshalb eher an Art. 320 StGB [Amtsgeheimnis], der auf die Mitglieder einer «echten» Aufsichtsbehörde Anwendung findet»⁷⁴. Damit die einzelnen Börsenmitglieder ihrer Meldepflicht nachkommen, ist es notwendig, dass die Aufsichtsbehörde die ihr offengelegten Tatsachen vertraulich behandelt. Schutzzweck der Strafnorm ist somit in erster Linie das gute Funktionieren der Selbstregulierungstätigkeit der Börse⁷⁵. Dennoch dürfte durch Art. 43 BEHG nicht ausschliesslich das Gesamtinteresse am reibungslosen Funktionieren der Börse geschützt sein, sondern auch – analog dem Amtsgeheimnis⁷⁶ – das individuelle Geheimhaltungsinteresse der einzelnen Börsenmitglieder. Bei gleichzeitiger Verletzung des Bank- oder des allgemeinen Berufsgeheimnisses (Art. 47 BankG und Art. 321 StGB) dürfte somit die *lex specialis* des BEHG vorgehen⁷⁷. Auch gegenüber Art. 162 StGB (Verletzung des Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisses)⁷⁸ und Art. 4 lit. c und Art. 6 UWG ist Art. 43 BEHG als *lex specialis* zu betrachten⁷⁹. Demgegenüber steht Art. 273 StGB (wirtschaftlicher Nachrichtendienst) als abstraktes Gefährdungsdelikt⁸⁰, welches Staatsschutzinteressen in einem engeren Sinn verfolgt, in echter Idealkonkurrenz⁸¹.

V. Verfahren

Gemäss Art. 44 Abs. 1 BEHG sind für Widerhandlungen im Sinne der Artikel 40, 41 und 42 BEHG die Bestimmungen des zweiten Titels des VStrR anwendbar. Verfolgung und Beurteilung obliegen nach Art. 44 Abs. 2 BEHG dem Eidgenössischen Finanzdepartement (EFD). Dagegen werden Verletzungen des Berufsgeheimnisses (Art. 43 BEHG) von den Kantonen verfolgt und beurteilt (Art. 44 Abs. 3 BEHG). Aus Art. 44 Abs. 1 BEHG ergibt sich *e contrario*, dass hier nicht das VStrR, sondern kantonales Verfahrensrecht anwendbar ist. Die Aufspaltung der Strafverfolgungskompetenz ergibt sich aus der angeblich besseren Eignung des EFD zu wirkungsvollem Handeln einerseits und der Nähe von Art. 43 BEHG zu ähnlichen Straftatbeständen und der angedrohten Freiheitsstrafe andererseits⁸².

Da das Verfahren des VStrR auf eidgenössischer Ebene geregelt ist und dessen Ablauf nicht als allgemein bekannt vorausgesetzt werden kann, soll dieses im folgenden kurz erläutert werden. So erlässt das EFD nach erfolgter Untersuchung (Art. 37 ff. VStrR) und dem Erstellen des Schlussprotokolls einen Strafbescheid oder stellt das Verfahren ein (Art. 62 Abs. 1 VStrR). Innert dreissig Tagen ab Eröffnung kann gegen den Strafbescheid beim EFD Einsprache erhoben werden (Art. 67 Abs. 1 VStrR). Andernfalls erwächst der Strafbescheid in Rechtskraft (Art. 67 Abs. 2 VStrR). Wurde Einsprache erhoben, so erlässt das EFD eine Einstellungs- oder Strafverfügung (Art. 70 VStrR). Der von der Strafverfügung Betroffene kann sodann innert 10 Tagen Beurteilung durch ein kantonales Strafgericht verlangen (Art. 72 VStrR). Der Verfahrensbeschleunigung dient die Möglichkeit, die Einsprache mit Einverständnis des Einsprechers direkt als Begehren um Beurteilung durch das Strafgericht zu behandeln (Art. 71 VStrR). In jedem Fall ist eine Überweisung der Strafsache an die kantonale Strafbehörde aber erst zulässig, nachdem die Bundesverwaltung die Untersuchung förmlich abgeschlossen hat. Dies gilt selbst für den Fall, da gleichzeitig eine Strafuntersuchung wegen Delikten des gemeinen Strafrechts

⁶⁴ Botschaft (FN 23), S. 1414.

⁶⁵ Von der Crone, Meldepflicht (FN 12), S. 69.

⁶⁶ Dies ergibt sich aus dem Schutzzweck der beiden Strafbestimmungen, welche letztlich beide den Schutz des (Anleger-)Vermögens verfolgen. In beiden Fällen genügt zudem das Schaffen einer abstrakten Gefahr für dieses Vermögen, wobei die Gefahrschwelle bei Art. 42 BEHG niedriger gelegt ist.

⁶⁷ Zumindest wenn keine Gewinnsucht vorliegt (Art. 48 Ziff. 1 Abs. 2 StGB).

⁶⁸ Diese Wertung kann allerdings im Einzelfall stark relativiert werden. So dürfte eine Bestrafung mit einer Busse von CHF 200 000.– wesentlich schwerer wiegen als eine bedingte Gefängnisstrafe von wenigen Tagen. Hierzu kritisch Baumann (FN 60), S. 53.

⁶⁹ Vgl. FN 61.

⁷⁰ Anders ist das Konkurrenzverhältnis zwischen Art. 161^{bis} StGB und Art. 152 StGB. Der mit dem Börsengesetz neu geschaffene Art. 161^{bis} StGB geht als *lex specialis* vor. Er sieht – gleich wie Art. 152 StGB – als Strafe «Gefängnis oder Busse» vor. Vgl. Schmid, Neuere Entwicklungen (FN 4), S. 542.

⁷¹ Unproblematisch dürfte das Konkurrenzverhältnis zu Art. 146 und Art. 351 StGB sein. Werden durch die unwahre, unvollständige oder fehlende Stellungnahme der Zielgesellschaft zugleich bestimmte Personen betrogen, so besteht echte Idealkonkurrenz zu Art. 146 StGB. Ebenfalls echte Idealkonkurrenz zwischen Art. 42 BEHG und Art. 215 StGB besteht im Fall, da die Zielgesellschaft ihre Pflichten mittels Urkundenfälschung verletzt hat.

⁷² Botschaft (FN 23), S. 1427; Trechsel (FN 20), Art. 320 N 2.

⁷³ Bericht (FN 56), S. 120. Vgl. zu Art. 47 BankG: Beat Kleiner / Renate Schwob, in: Daniel Bodmer / Beat Kleiner / Benno Lutz (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen, Art. 47 N 1 ff.; Myriam Senn, Auskunftsbegehren ausländischer Gesellschaften über die Aktionärsenschaft und schweizerische Geheimhaltungspflichten, Diss. St. Gallen 1992, S. 18 ff.

⁷⁴ Bericht (FN 56), S. 120. Vgl. demgegenüber Peter Nobel, Finanzmarktrecht (FN 12), S. 575.

⁷⁵ Bericht (FN 56), S. 120.

⁷⁶ BGE 120 Ia 220, 223 f.; ZR 89/1990 Nr. 53; vgl. auch Walter Buser, Der Schutz der Privatsphäre durch das Amtsgeheimnis, in: Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1985, Basel / Frankfurt a.M. 1985, S. 51 ff.

⁷⁷ Hierbei ist darauf hinzuweisen, dass auch das allgemeine Berufsgeheimnis gemäss Art. 321 StGB ein öffentliches Interesse, nämlich die Stärkung des Vertrauens in unverzichtbare Dienstleistungen, verfolgt. Vgl. BGE 115 Ia 199; BGE 112 Ib 606; Trechsel (FN 20), Art. 321 N 1.

⁷⁸ Vgl. zum Verhältnis Berufs- / Geschäftsgeheimnis (nach StGB): Trechsel (FN 20), Art. 321 N 41; Senn, Auskunftsbegehren (FN 73), S. 23 f.

⁷⁹ Vgl. zum Verhältnis Berufs- / Geschäftsgeheimnis (nach UWG): Senn, Auskunftsbegehren (FN 73), S. 23 f. Vgl. auch Trechsel (FN 20), Art. 162 N 11.

⁸⁰ BGE 111 IV 79; Trechsel (FN 20), Art. 273 N 2.

⁸¹ Vgl. zum Verhältnis von Art. 273 StGB zu allen übrigen Geheimhaltungsnormen: Trechsel (FN 20), Art. 273 N 18; Senn, Auskunftsbegehren (FN 73), S. 18.

⁸² Botschaft (FN 23), S. 1427. Bei Art. 43 BEHG handelt es sich als einzigem im BEHG geregelten Straftatbestand nicht um eine Übertretung, sondern um ein Vergehen (Art. 9 Abs. 2 StGB). Bei einer Konkurrenz von Art. 42 BEHG und Art. 152 StGB ergeben sich aus dieser Aufspaltung der Verfahrenswege vom Gesetzgeber kaum beabsichtigte Probleme, vgl. oben Kap. IV.B.

geführt wird, die in Konkurrenz zu verwaltungsrechtlichen Delikten stehen (z.B. Art. 152 StGB). Eine Vereinigung der Strafuntersuchung in der Hand einer Behörde (analog Art. 344 Ziff. 1 StGB) lehnt das Bundesgericht im Bereich des Verwaltungsstrafrechts ab⁸³.

Wurde gerichtliche Beurteilung verlangt, so werden die Akten an die kantonale Staatsanwaltschaft überwiesen (Art. 73 Abs. 1 VStrR). Diese Überweisung gilt automatisch als Anklage, und zusätzliche Untersuchungshandlungen durch den Kanton finden grundsätzlich nicht statt (Art. 73 Abs. 2 und 3 VStrR). Zur gerichtlichen Beurteilung der Übertretungen von Art. 40–42 BEHG ist im Kanton Zürich der Einzelrichter in Strafsachen sachlich zuständig. Dieser entscheidet «endgültig» (§ 24 Ziff. 1 GVG ZH⁸⁴). Bei Verletzung von Bundesrecht ist gegen den Entscheid des Einzelrichters die Nichtigkeitsbeschwerde an den Kassationshof des Bundesgerichtes zulässig (Art. 83 Abs. 1 VStrR⁸⁵). Verletzungen kantonalen Verfahrensrechts können mit kantonalen Nichtigkeitsbeschwerde beim Obergericht gerügt werden (§ 428 Ziff. 1 StPO ZH⁸⁶). Wird die Verletzung von verfassungsmässigen Rechten der Bundesverfassung und / oder von Garan-

tien der EMRK geltend gemacht, ist die staatsrechtliche Beschwerde zu ergreifen (Art. 84 ff. OG⁸⁷)⁸⁸.

VI. Zusammenfassung

Die vorhergehenden Ausführungen haben verschiedene Punkte des Börsengesetzes aufgezeigt, die der nötigen Klärung durch die Rechtsprechung bedürfen (z.B. Konkurrenzfragen und Strafzumessung). Andere Mängel (so die Berechnung des Bussenrahmens aufgrund des zuletzt gemeldeten Grenzwertes oder die enorm hohen Bussenrahmen überhaupt) werden wahrscheinlich nur *de lege ferenda* behoben werden können. Einzelne Aspekte – so die Einführung der Strafbarkeit der juristischen Person oder die Einschränkung der pauschalen Ausweitung der für die Bestrafung notwendigen Sonderdeliktseigenschaften des Börsengesetzes durch Art. 6 VStrR auf sämtliche Geschäftsherren, Auftraggeber oder Organe einer juristischen Person – können wohl erst im Rahmen einer Revision des Allgemeinen Teils des StGB befriedigend gelöst werden.

⁸³ BGE 121 IV 326, 330 f.

⁸⁴ Gerichtsverfassungsgesetz vom 13. Juni 1976, GS ZH 211.1.

⁸⁵ Das VStrR statuiert hier eine Ausnahme von der Regel in Art. 268 Ziff. 1 BStP (Bundesgesetz über die Bundesstrafrechtspflege vom 15. Juni 1934, SR 312.0), wonach gegen Urteile unterer kantonalen Gerichte keine eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde möglich ist, wenn diese als einzige Instanz entscheiden. Vgl. hierzu *Andreas Donatsch/Niklaus Schmid*, Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Zürich vom 4. Mai 1919, 1. Lieferung Zürich 1996, § 430b N 3.

⁸⁶ Gesetz betreffend den Strafprozess vom 4. Mai 1919, GS ZH 321.

⁸⁷ Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943, SR 173.110.

⁸⁸ BGE 117 Ia 3; 114 Ia 378; *Walter Kälin*, Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde, 2.A. Bern 1994, S. 322 ff.