



„EBK-Sanktionenbericht“

Bericht der Eidgenössischen Bankenkommission über die Sanktionsbefugnisse in der Aufsicht über Banken, Effektenhändler und Fondsleitungen („Institutsaufsicht“) und in der Überwachung der Märkte hinsichtlich Insiderdelikten, Kursmanipulationen und anderen Marktverhaltensregeln („Marktauf-sicht“) im Hinblick auf die Neugestaltung der Finanzmarktauf-sicht in der Schweiz.

April 2003

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	7
1. Übersicht	8
2. Einleitung	11
3. Geltende Aufsichts- und Sanktionenordnung.....	12
3.1 Institutsaufsicht	12
3.2 Marktaufsicht	14
3.3 Marktaufsichtsverfahren	16
4. Probleme der geltenden Sanktionsordnung.....	17
4.1 Fehlende Vermögenssanktionen und Einziehung unrechtmässiger Gewinne	17
4.2 Schwierigkeiten bei der Anwendung des Verwaltungsstrafrechts	18
4.3 Langer Instanzenzug des Verwaltungsstrafverfahrens	20
4.4 Unklare Verfahrensregeln	21
4.5 Fehlende Zwangsmassnahmen im Verwaltungsverfahren	23
4.6 Keine allgemeine Marktaufsicht	24
4.7 Insider und Kursmanipulation: zu enge Tatbestände	25
4.8 Problem mit der doppelten Strafbarkeit in Rechts- und Amtshilfe	27
4.9 Doppelspurigkeiten der Verfahren in der Marktaufsicht	28
4.10 Doppelspurigkeiten bei der Geldwäschereibekämpfung	29
4.11 Unpraktikable Strafnorm bei der Verletzung von Offenlegungspflichten	30
4.12 Ungenügende rechtliche Abstützung der Selbstregulierungstätigkeit der Börse	31
4.13 Unklare rechtliche Grundlagen der Informationstätigkeit der EBK	31
5. Nationales Umfeld.....	33
5.1 Vorstösse EBK	33
5.2 Arbeitsgruppe Uster	34
5.3 Expertengruppe Finanzmarktaufsicht	34
5.4 Financial Sector Assessment Program	34
5.5 Expertenkommission Zimmerli	34

6.	Internationales Umfeld	35
6.1	IOSCO	35
6.2	EU-Insider- und Marktmissbrauchsrichtlinie	36
6.3	UK Code of Market Conduct	39
7.	Verfahrensgarantien bei Verwaltungssanktionen.....	39
7.1.	Verwaltungssanktionsverfahren als Strafverfahren im Sinne der EMRK	39
7.2	Merkmale eines fairen Verfahrens	41
7.3	Öffentliche Beratung einer unabhängigen Urteilsbehörde	41
8.	Lösungsmodelle	44
8.1	Strafrecht	44
8.2	Verwaltungsstrafrecht	45
8.3	Verwaltungssanktion nach Verwaltungsverfahrensgesetz	46
9.	Erläuterung der Grundzüge des Entwurfs.....	48
9.1	Tatbestände der Verwaltungssanktionen (Art. A FINMAG, E Art. 69 AFG, E Art. 46 BankG, E Art. 4 und Art. 40 BEHG)	48
9.2	Marktmissbrauch (E Art. 6a Abs. 1 – 3 BEHG)	50
9.3	Verhältnis von Marktmissbrauch und den Börsendelikten des Strafgesetzbuchs (E Art. 6a Abs. 4 und 5 BEHG)	50
9.4	Unterstützung der Selbstregulierung der Börsen (E Art. 4 BEHG)	51
9.5	Einzelne Verwaltungssanktionen (Art. B und C FINMAG)	51
9.6	Verfahren und Sanktionskomitee (Art. D und E FINMAG)	53
9.7	Beschleunigung des Verfahrens	55
9.8	Information der Öffentlichkeit über Verfahren (Art. F und G FINMAG)	55
Anhang: Zukünftiges Finanzmarktaufsichtsgesetz ("FINMAG")		

Verzeichnis der Textboxen

Textbox 1: Finanzmarktregulierung auf Gesetzesstufe 1987 – 2000	11
Textbox 2: Hängige Änderungsvorhaben auf Gesetzesstufe	11
Textbox 3: Finanzmarktregulierung: Bewilligungsvoraussetzungen.....	13
Textbox 4: Institutsaufsicht: Anerkennungsvoraussetzungen für Revisionsstellen	14
Textbox 5: Börsendelikte im Schweizerischen Strafgesetzbuch (StGB)	14
Textbox 6: Verletzung der Bewilligungspflicht: Ungleicher Strafraumen	19
Textbox 7: Finanzmarktdelikte im Verwaltungsstrafrecht: Instanzenzug.....	20
Textbox 8: Sanktionen gegen Unternehmen im Schweizer Wirtschaftsrecht.....	22
Textbox 9: Verwaltungssanktionsverfahren im Kartell- und Spielbankenrecht.....	24
Textbox 10: EBK-Rundschreiben „Marktverhaltensregeln“	25
Textbox 11: Begehungsort und Zuständigkeit bei Börsendelikten	28
Textbox 12: Rechtsvorschriften zur Geldwäschereibekämpfung	29
Textbox 13: Veröffentlichungsregeln in der Finanzmarktaufsicht.....	32
Textbox 14: Abgrenzung zwischen der beschlossenen EU-Insiderregulierung und Art. 161 StGB.....	38
Textbox 15: EU-Richtlinie über Wertpapierdienstleistungen und geregelte Märkte (Entwurf):	38
Textbox 16: Qualifizierung der Verfahren auf Erlass von Verwaltungssanktionen im Ausland	40
Textbox 17: “Regulatory decisions committee” der FSA	43
Textbox 18: Opportunität und Untersuchung von Amtes wegen	52
Textbox 19: Zusammenspiel präventive Verfügungen – Verwaltungssanktionen bei juristischen Personen	54

Abkürzungen

AB	Amtliches Bulletin
AFG	Bundesgesetz über die Anlagefonds 1994 (Anlagefondsgesetz)
BankG	Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen 1934 (Bankengesetz)
BankV	Verordnung über die Banken und Sparkassen 1972 (Bankenverordnung)
BBl	Bundesblatt
BEHG	Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel 1995 (Börsengesetz)
BEHV	Verordnung über die Börsen und den Effektenhandel 1996 (Börsenverordnung)
BGE	Bundesgerichtsentscheid
BüPF	Bundesgesetz betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs 2000
BZP	Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess 1947
EBK	Eidgenössische Bankenkommission
EBK-BEHV	Verordnung der EBK über die Börsen und den Effektenhandel 1997
EBK-RS	Rundschreiben der Eidgenössischen Bankenkommission
EFD	Eidgenössisches Finanzdepartement (Finanzdepartement)
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
EU	Europäische Union
FINMA	(Zukünftige) Eidg. Finanzmarktaufsicht
FINMAG	(Zukünftiges) Finanzmarktaufsichtsgesetz
FMG	Fernmeldegesetz 1997
FSA	UK Financial Services Authority
FSAP	Financial Sector Assessment Program

FSMA	Financial Services and Markets Act 2000
GwG	Bundesgesetz zur Bekämpfung der Geldwäscherei im Finanzsektor 1997 (Geldwäschereigesetz)
GwV EBK	Verordnung der Eidgenössischen Bankenkommission zur Verhinderung der Geldwäscherei 2002 (EBK Geldwäschereiverordnung)
IOSCO	International Organization of Securities Commissions
IWF	Internationaler Währungsfonds
KG	Bundesgesetz über Kartelle 1995 (Kartellgesetz)
Pra	Die Praxis des Bundesgerichts
RDC	regulatory decisions committee der UK FSA
R-EBK	Reglement über die Eidgenössische Bankenkommission 1997
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch 1937
UK	United Kingdom
VAG	Bundesgesetz betreffend die Aufsicht über die privaten Versicherungseinrichtungen 1978 (Versicherungsaufsichtsgesetz)
VSb	Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken (Sorgfaltspflichtvereinbarung)
VStrR	Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht 1974
VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren 1968 (Verwaltungsverfahrensgesetz)
Weko	Wettbewerbskommission

Vorwort

Die Eidgenössische Bankenkommision hat in den letzten Jahren verschiedentlich öffentlich das Fehlen griffiger und abgestimmter Sanktionen im Aufsichtsrecht bedauert. Lücken bestehen sowohl bei der Aufsicht über Banken, Effekthändler, Fondsleitungen und Revisionsstellen (Institutsaufsicht), als auch in der Aufsicht über die Effektenmärkte (Marktaufsicht). Mit dem vorliegenden Bericht will die Bankenkommision konkrete Vorschläge machen, um diese Aufsichtslücken zu schliessen.

Die Bankenkommision hat eine erste Fassung des Sanktionenberichts vom November 2002 und die Gesetzesvorschläge an ihrer Sitzung vom 25. November 2002 verabschiedet und ihn im Dezember 2002 der vom Bundesrat eingesetzten Expertenkommission Finanzmarktaufsicht unter dem Vorsitz von Prof. Ulrich Zimmerli überreicht. Die Expertenkommission Zimmerli hat beschlossen, sich in der zweiten Hälfte des Jahres 2003 dem Sanktionsinstrumentarium der geplanten neuen Finanzmarktaufsichtsbehörde („FINMA“) zu widmen. Gleichzeitig wurde der Bericht auch der Arbeitsgruppe unter dem Vorsitz des Zuger Regierungsrates Uster zur Stellungnahme übermittelt. Die Arbeitsgruppe befasst sich im Auftrag der Konferenz der kantonalen Justiz- und Polizeidirektoren mit der Revision der Bestimmungen über die Börsendelikte (Tatbestände und Strafverfahren).

Die Bankenkommision betrachtet ihren Bericht als Beitrag zur Diskussion über künftige wirksame Sanktionsmöglichkeiten für eine moderne Finanzmarktaufsicht. Daher hat sie eine erweiterte Fassung des Berichts an ihrer Sitzung vom 24. April 2003 verabschiedet. Der Bericht wird anlässlich der Jahrespressekonferenz der Bankenkommision im Mai 2003 veröffentlicht.

Dr. Kurt Hauri
Präsident der Eidg. Bankenkommision

April 2003

1. Übersicht

Die heutigen Sanktionsmöglichkeiten der EBK in der Instituts- und Marktaufsicht sind ungenügend. Darauf haben sowohl die EBK selbst als auch wiederholt nationale und internationale Gremien hingewiesen.

Die heute praktizierte Aufsicht über bewilligte Banken und Effekthändler (Institutsaufsicht) kennt zwischen Bewilligungsentzug und Entfernung einzelner Institutsverantwortlicher (Gewährsträger) einerseits und dem Aussprechen einer Rüge andererseits keine Sanktionen. So bestehen für schwerwiegende Fälle, bei denen jedoch ein Bewilligungsentzug unverhältnismässig wäre und mangels direkter Verantwortlichkeit keine Entfernung eines Gewährsträgers angeordnet werden kann, weder Einziehungs- noch Bussmöglichkeiten.

Bei der Marktaufsicht, d.h. der Aufsicht über die Lauterkeit des Effektenhandels mit dem Ziel, die missbräuchliche Verwendung eines Informationsvorsprungs und Kursmanipulationen zu verhindern oder zumindest aufzudecken, ist die heutige Situation ebenfalls unbefriedigend. Ursache für diesen Zustand ist, dass sich kantonale Strafbehörden und die EBK in die Aufgabe teilen. So gelten die strafrechtlichen Verbote des Ausnützens vertraulicher Informationen und der Kursmanipulation für jedermann. Die EBK setzt überdies bei bewilligten Instituten und deren Mitarbeitern strengere Massstäbe an und kann dadurch Marktmissbrauch in ihrem Zuständigkeitsbereich nachhaltiger verfolgen. Dies führt jedoch zur Ungleichbehandlung beaufsichtigter und unbeaufsichtigter Marktteilnehmer. Dazu kommt, dass die geltenden Strafnormen zu eng gefasst sind und beispielsweise das Ausnützen des vertraulichen Wissens darüber, dass der Gewinn eines bestimmten Unternehmens weniger hoch als prognostiziert und von den übrigen Marktteilnehmern angenommen ausfällt, heute nicht strafbar ist. In einem solchen Fall können nur bewilligte Institute und deren Mitarbeiter sanktioniert werden.

Zur Behebung dieser Mängel schlägt der Bericht vor, im zur Zeit vorbereiteten Finanzmarktaufsichtsgesetz („FINMAG“) Verwaltungssanktionen zu verankern, welche die künftige Finanzmarktaufsichtsbehörde („FINMA“) anordnen könnte:

- *Die FINMA soll befugt werden, Vermögenssanktionen sowie Berufsbeschränkungen mittels verwaltungsrechtlicher Verfügung anzuordnen.*
- *Als Tatbestände vorgesehen sind für die Institutsaufsicht schwere Verletzungen der Bewilligungsvoraussetzungen und für die Marktaufsicht Marktmissbrauchstatbestände, welche der Konkretisierung durch die FINMA – gestützt auf eine neue Norm im Börsengesetz – bedürften.*
- *Sanktionen sollen sowohl bei der Institutsaufsicht wie auch bei der Marktaufsicht gegen natürliche und juristische Personen (Unternehmen) möglich sein, wobei die Unternehmen ohne Sanktion bleiben, wenn sie darlegen können, dass sie alle notwendigen organisatorischen Massnahmen ergriffen haben, um Verletzungen zu verhindern. Im Gegenzug soll es gegen natürliche Personen keine präventiven aufsichtsrechtlichen Verfahren, sondern nur mehr Sanktionsverfahren geben.*

- *Das Verfahren soll sich grundsätzlich nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz richten, welches durch einige Elemente des Bundesstrafprozess- statt wie heute des Bundeszivilprozessrechts ergänzt und verstärkt würde.*
- *Innerhalb der FINMA wäre nach dem Vorschlag ein von den Linienfunktionen abgetrenntes Sanktionskomitee zu schaffen, welches in einem speziellen Sanktionsverfahren, das den Anforderungen der EMRK für Strafverfahren genügt, entscheidet.*
- *Als Rechtsmittel gegen Verfügungen der FINMA stünden die Mittel der Bundesrechtspflege offen (Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht beziehungsweise, nach Inkrafttreten der beschlossenen Justizreform, Bundesverwaltungsgericht mit Weiterzugsmöglichkeit an das Bundesgericht).*
- *Die in den Aufsichtsgesetzen heute enthaltenen Straftatbestände des Verwaltungsstrafrechts sollen auf das Wesentliche reduziert und für die verbleibenden Tatbestände ebenfalls durch das Verfahren auf Erlass einer Verwaltungssanktion ersetzt werden.*
- *Insiderhandel und Kursmanipulation sollen nach dem Vorschlag in ergänzter Form als Straftatbestände im Strafgesetzbuch verbleiben, wobei sie nur noch in sehr schweren Fällen auf Antrag der FINMA durch die Strafverfolgungsbehörden am Sitz der Börse verfolgt würden. In den anderen Fällen erfolgt die Ahndung durch Verwaltungssanktion der FINMA.*
- *Die Oberaufsicht der FINMA über die Selbstregulierungstätigkeit der Börse soll verstärkt werden. Demnach soll die FINMA in Bereichen, in denen die Börse trotz Aufforderung der FINMA nicht oder nur in unzureichender Weise tätig geworden ist, selbst entsprechende Regeln erlassen können.*
- *Das Sanktionensystem der Börse bei Verletzungen der Selbstregulierung (zum Beispiel durch Emittenten durch unterlassene ad hoc Publizität) soll aufsichtsrechtlich verstärkt werden. In schweren Fällen soll die FINMA ein Disziplinarverfahren der Börse an sich ziehen und im Verwaltungssanktionsverfahren verfolgen können.*

Diese Lösung erlaubt nach Ansicht der EBK angepasste Sanktionen durch die FINMA sowohl in der Instituts- als auch in der Marktaufsicht. Sie gestattet eine flexible Weiterentwicklung der Marktmissbrauchstatbestände ausserhalb des Strafrechts. Das Modell bringt gegenüber heute eine erhebliche Verfahrensvereinfachung, was bei ausreichenden Ressourcen der FINMA für den Vollzug Sanktionen erlauben sollte, welche insbesondere in der Marktaufsicht erheblich zeitnäher als heute erfolgen könnten. Der Vorschlag eliminiert die heute weitgehend bedeutungslosen Verwaltungsstrafrechtstatbestände und ersetzt sie soweit erforderlich durch Verwaltungssanktionen. Die Betroffenen erhalten Verfahrensgarantien, welche denjenigen des Strafverfahrens entsprechen. Die erstinstanzliche Beurteilung würde durch ein spezialisiertes, ausserhalb der Linienführung der Aufsichtsbehörde stehendes und vom Bundesrat gewähltes Sanktionskomitee erfolgen, welches gegenüber Markt und Öffentlichkeit Transparenz über Sanktionsverfahren schafft und damit die Glaubwürdigkeit der Regulierung und ihrer Durchsetzung stärkt.

Für die Marktaufsicht entscheidend ist die allein durch dieses Modell zu erreichende gleichmässige Durchsetzung der Marktverhaltensregeln unter allen Marktteilnehmern unbesehen, ob diese bei einem von der FINMA beaufsichtigten Institut tätig sind oder für nicht überwachte Unternehmen, oder ob es sich um private Anleger handelt. Nur dieses Modell erlaubt im Übrigen ein abgestimmtes Sanktionsregime für die Markt- und die Institutsaufsicht. Eine gewisse Verlagerung des Schwergewichts der Verfolgung von Marktmissbräuchen vom Straf- zum Aufsichtsrecht schadet nach Ansicht der EBK der Glaubwürdigkeit der Regulierung nicht. Sie wird im Gegenteil aufgewogen durch eine Verfahrensbeschleunigung und eine einheitliche Rechtsprechung durch eine Spezialbehörde, welche gegenüber der Öffentlichkeit transparent ist.

Die EBK hatte bereits im Dezember 2002 eine erste Fassung dieses Berichts der im Dezember 2001 eingesetzten Expertenkommission Zimmerli zugestellt. Diese war vom Bundesrat am 30. November 2001 beauftragt worden, nicht nur die Schaffung einer integrierten Finanzmarktaufsichtsbehörde zu prüfen und dem Bundesrat darüber Bericht zu erstatten, sondern auch die Frage verbesserter Sanktionsmöglichkeiten dieser neuen Behörde zu prüfen. Der vorliegende Bericht wird im Mai 2003 veröffentlicht.

2. Einleitung

Während der Neunziger Jahre unternahm die Schweiz grosse Anstrengungen, die Finanzmarktregulierung den neuen Herausforderungen – Schaffung des Europäischen Binnenmarkts für Finanzdienstleistungen, Globalisierung, Entdeckung der Wertschriftenmärkte durch Kleinanleger, Technologieschub – anzupassen. Dies hat zu markanten Änderungen in der Regulierung der Banken, einer Totalrevision der Vorschriften für Anlagefonds, zur Einführung eines neuen Bundesgesetzes für die Regulierung von Börsen und Effektenhandel sowie zur Einsetzung einer Teilaufsicht für den Parabankensektor im Bereich Geldwäschereibekämpfung geführt.

Textbox 1: Finanzmarktregulierung auf Gesetzesstufe 1987 – 2000

Banken: Liquidität (1987), Swisslex-Paket (1994), Einführung der Möglichkeit von Vorortkontrollen und Unterstellung der Kantonalbanken unter die Aufsicht der EBK (1999).

Börsen und Effektenhändler: Erlass BEHG (1995), Einführung der Möglichkeit von Vorortkontrollen bei Effektenhändlern im BEHG (1999).

Anlagefonds: Totalrevision AFG (1994).

Sektorübergreifende Regulierungsschritte: Strafbarkeit des Ausnützens vertraulicher Tatsachen (1988), Strafbarkeit der Geldwäscherei und der mangelnden Sorgfaltspflicht bei Finanzgeschäften (1990), Strafbarkeit der Kursmanipulation (1995); Geldwäschereigesetz (1997).

Die Regulierungsarbeiten im Finanzdienstleistungsbereich sind keineswegs abgeschlossen. Die Notwendigkeit, die prudentielle Aufsicht über Institute und Märkte zu modernisieren, besteht weiterhin: Auch für die nächsten paar Jahre ist mit der Inkraftsetzung zusätzlicher oder geänderter Vorschriften in rascher Kadenz zu rechnen.

Textbox 2: Hängige Änderungsvorhaben auf Gesetzesstufe

Sektorübergreifende Regulierungsvorhaben: Ausbau der Finanzmarktgesetzgebung und Schaffung einer unabhängigen integrierten Aufsichtsbehörde (Expertenkommission Zimmerli); Gruppen- und Konglomeratsaufsicht (Einführung von Bestimmungen in das BankG, BEHG, VAG), nachrichtenlose Vermögen (Entwurf eines Bundesgesetzes); Wertpapierverwahrung (Entwurf eines Bundesgesetzes einer von der Schweizerischen Bankiervereinigung eingesetzten Arbeitsgruppe); Totalrevision des Nationalbankgesetzes (Einführung von Bestimmungen u.a. zur Rechtsnorm, zu Mindestreserven, zur Rechenschaftspflicht und zur Überwachung von Zahlungs- und Effektenabwicklungssystemen).

Banken- und Effektenhändler: Bankensanierung, Bankenliquidation und Einlegerschutz (Änderung des Bankengesetzes), Neuregelung der Prüfung und Überwachung von Banken, Effektenhändlern und Revisionsstellen (Revision von BankG und BEHG).

Börsen und Märkte: Amtshilfe (Änderung von Art. 38 BEHG), Gesetzesrevision im Bereich „Börsendelikte“ (Änderung der Insiderstrafnorm Art. 161 StGB).

Anlagefonds: Totalrevision des Anlagefondsgesetzes (u.a. Anpassung an das EU-Recht).

Versicherungen: Totalrevision des Versicherungsaufsichtsgesetzes (VAG) und Teilrevision Versicherungsvertragsgesetz (VVG).

Aus Sicht der Beaufsichtigten erforderte fast jede Neuerung zum Teil einschneidende und umfassende Anpassungen. Die Einhaltung neuer oder geänderter Bestimmungen wird durch die Eidg. Bankenkommission (EBK) und die bankengesetzlichen Revisionsstellen überwacht. Wo sie Verletzungen von Vorschriften durch überwachte Institute und Marktteilnehmer feststellt, ergreift die EBK die notwendigen Massnahmen, damit dieser Missstand behoben wird.

Die Erfahrungen der EBK der letzten Jahre haben gezeigt, dass die Bereitschaft der Beaufsichtigten, die bestehende Aufsichtsvorschriften dauernd einzuhalten und neuen Vorschriften innert der gesetzten Frist nachzukommen u.a. auch davon abhängt, welche Folgen sie bei einer Nichtbeachtung zu gewärtigen haben. Dies lässt sich zumal dann beobachten, wenn Neuerungen seitens der Beaufsichtigten grosse Investitionen und organisatorische Anstrengungen erfordern. Bei illegalen Finanzintermediären war eine Tendenz spürbar, wonach sie nüchtern die zu erwartenden Gewinne gegenüber den möglichen aufsichtsrechtlichen Folgen abwogen.

Dieser Bericht behandelt die Frage der Durchsetzung des Aufsichtsrechts und die Sanktionen für Verletzungen für beaufsichtigte Institute und Marktteilnehmer unter Beachtung von Rolle und Stellung der EBK und der Selbstregulierung der Börse. Zuerst werden die geltenden Bestimmungen für die Ahndung von Verletzungen des Aufsichtsrechts erläutert und die Schwächen des heutigen Systems aufgezeigt. Danach werden drei Lösungswege für eine Verstärkung der Sanktionen skizziert. Zuletzt wird das favorisierte Konzept vorgestellt, wonach die EBK verwaltungsrechtliche Sanktionen verhängen können soll.

3. Geltende Aufsichts- und Sanktionenordnung

3.1 Institutsaufsicht

Der Hauptzweck jeder Bankenaufsicht ist die Erhaltung der Zahlungsfähigkeit (Solvenz) und Zahlungsbereitschaft (Liquidität) der einzelnen Bank im Interesse der Publikumsgläubiger. Ein weiteres Ziel ist die Wahrung der Funktionsfähigkeit und der Vertrauenswürdigkeit des gesamten Bankensystems wegen dessen zentraler Bedeutung für die Geld- und Kreditversorgung (sog. Funktionsschutz). Zur Vertrauenswürdigkeit gehört auch die Wahrung des guten Rufes der Schweizer Banken als zuverlässige und korrekte Geschäftspartner, die sich an die Rechtsordnung und die guten Sitten halten. Das Anlagefondsgesetz bezweckt den Schutz des Anlegers, und das Börsengesetz regelt die Voraussetzungen für die Errichtung und den Betrieb von Börsen sowie für den gewerbsmässigen Handel mit Effekten, um für den Anleger Transparenz und Gleichbehandlung sicherzustellen. Es schafft den Rahmen, um die Funktionsfähigkeit der Effektenmärkte zu gewährleisten.

Die Institutsaufsicht der EBK umfasst Banken, Effekthändler, Fondsleitungen, Börsen und börsenähnliche Einrichtungen. Für die Aufnahme der Geschäftstätigkeit bedürfen diese einer Bewilligung der EBK (vgl. Textbox 3). Sämtliche Aspekte ihrer Geschäftstätigkeit unterliegen der prudentiellen Aufsicht durch die EBK.

Textbox 3: Finanzmarktregulierung: Bewilligungsvoraussetzungen

Banken und Effekthändler müssen ihren sachlichen und geographischen Geschäftskreis in den Statuten, Gesellschaftsverträgen und internen Reglementen genau umschreiben und über eine ihrer Geschäftstätigkeit entsprechende interne Organisation verfügen. Sie müssen das voll einbezahlte Mindestkapital (CHF 10 Mio. bzw. CHF 1,5 Mio.), genügende Liquidität sowie vorschriftsgemässe Verteilung der Risiken aufweisen. Die mit der Verwaltung und Geschäftsführung der Bank betrauten Personen müssen einen guten Ruf genießen und Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten. Personen mit einer qualifizierten Beteiligung an einer Bank bzw. an einem Effekthändler müssen gewährleisten, dass sich ihr Einfluss nicht zum Schaden einer umsichtigen und soliden Geschäftstätigkeit auswirkt (Art. 3 BankG bzw. Art. 10 BEHG)

Die Fondsleitung und Depotbank bedürfen zur Aufnahme der Geschäftstätigkeit einer Bewilligung der EBK. Die Fondsleitung muss eine von der Depotbank getrennte Aktiengesellschaft sein. Sie muss ein minimales Aktienkapital aufweisen, welches als Haftungssubstrat der Anleger im Gleichschritt mit dem verwalteten Vermögen zu erhöhen ist. Zudem müssen die geschäftsführenden Personen der Fondsleitung und der Depotbank voneinander unabhängig sein. Auch besteht eine Bewilligungspflicht für sog. Vertriebsträger.

Beaufsichtigte Institute müssen zudem die Vorschriften zur Bekämpfung der Geldwäscherei einhalten (Geldwäschereigesetz, EBK-RS 98/1 und VSB).

Stellt die EBK fest, dass ein Institut die Bewilligungsvoraussetzungen verletzt, steht ihr ein nur beschränktes Instrumentarium zur Verfügung, das vor allem auf die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands abzielt: Als härteste Massnahme kann die EBK gegenüber einem Institut den Bewilligungsentzug verfügen, was zu dessen Liquidation führt. Stellt die EBK ein gravierendes Fehlverhalten einzelner Gewährsträger fest, kann sie deren Entfernung anordnen. Handelt es sich um weniger gravierende Missstände, steht der EBK heute einzig die Möglichkeit einer Rüge offen.

Dagegen ist weder die Einsetzung eines Beobachters noch die Anordnung einer ausserordentlichen Revision eine aufsichtsrechtliche Sanktion. Mittels derartiger Massnahmen kann im Fall von Missständen jedoch sichergestellt werden, dass nach Möglichkeit keine Gläubiger- und Anlegerinteressen gefährdet werden (zum Beispiel eine Einschränkung der Geschäftstätigkeit) und dass sich die EBK Klarheit über bestimmte Aspekte der Geschäftstätigkeit eines beaufsichtigten Instituts verschafft.

Von der Institutsaufsicht werden auch die Revisionsstellen erfasst. Zur Durchführung einer Bankrevision brauchen sie die Anerkennung der EBK (vgl. Textbox 4). Diese übt eine gewisse Aufsicht über die Tätigkeit der Revisionsgesellschaften aus, indem sie mit der Revisionsstelle jährlich ihre Revisionsberichte und somit ihre regelmässige Prüftätigkeit bespricht und, falls notwendig, ausserordentliche Revisionen anordnet. Zudem plant die EBK Qualitätskontrollen über die Arbeit der Revisionsstellen.

Textbox 4: Institutsaufsicht: Anerkennungsvoraussetzungen für Revisionsstellen

Von der EBK anerkannt sein muss, wer als Revisionsstelle (Unternehmen) oder Leitender Revisor (verantwortliche Person) bei einem von der EBK beaufsichtigten Institut die Revision übernehmen will. Der Unterschied zwischen Bewilligung von Instituten und Anerkennung von Revisionsgesellschaften äussert sich in letzter Konsequenz darin, dass der Entzug einer Bewilligung zur Liquidation des betreffenden Instituts führt, während der Entzug einer Anerkennung einzig zur Folge hat, dass keine beaufsichtigten Institute mehr geprüft werden dürfen.

Als Anerkennungsvoraussetzungen sind zu nennen: Die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der juristischen Person, die Anforderungen an die mit der Leitung von Revisionsstellen und Revisionen betrauten Personen, die Anforderungen an die Unabhängigkeit und an die branchenfremden Tätigkeiten (Art. 20 BankG i.V.m. Art. 35 BankV, Art. 18 BEHG i.V.m. Art. 32 BEHV, Art. 52 AFG i.V.m. Art. 80 AFV).

Die EBK führt ein Verzeichnis der anerkannten Revisionsstellen.

Das Instrumentarium der EBK ist darauf ausgerichtet, präventive Massnahmen zu ergreifen, die den Gläubigerschutz und das Funktionieren der unterstellten Institute und der Märkte sicherstellen. Entsprechend operiert die EBK häufig mit Feststellungsverfügungen, welche allenfalls mit einer Rüge verbunden sind. Nur in wenigen Fällen kommt es zur Entfernung eines Gewährsträgers (zum Beispiel Bank Leumi le-Israel (Schweiz)) oder zum Entzug der Bewilligung zur Ausübung der Geschäftstätigkeit (zum Beispiel A&A Actienbank, Zürich). Dies liegt auch darin begründet, dass vielfach die Institute selber, in Erwartung der Massnahmen der EBK, für die Bereinigung der Situation sorgen.

3.2 Marktaufsicht

Grundlagen der heute praktizierten Marktaufsicht sind der Zweckartikel des Börsengesetzes¹ und dessen Art. 6, welcher von den Börsen verlangt, das Marktgeschehen in der Weise zu überwachen, dass die Ausnützung der Kenntnis vertraulicher Tatsachen, Kursmanipulationen oder andere Gesetzesverletzungen aufgedeckt werden können, und bei Verdacht auf Gesetzesverletzungen oder sonstige Missstände die EBK zu benachrichtigen, welche ihrerseits die notwendigen Untersuchungen anordnet² bzw. selber durchführt.

Textbox 5: Börsendelikte im Schweizerischen Strafgesetzbuch (StGB)**Insiderstrafnorm**

Art. 161 StGB stellt den Insidermissbrauch unter Strafe: Insidergeschäfte tätigt, wer sich oder einem anderen einen Vermögensvorteil verschafft, indem er vertrauliche Informationen ausnützt, über die er aufgrund besonderer Beziehung zu einem Unternehmen verfügt und die bei Bekanntwerden bestimmte Wertschriftenkurse erheblich beeinflussen können. In Bezug auf diesen Missbrauch des sogenannten Primärsiders ist Art. 161 ein echtes Sonderdelikt. Als mögliche Täter kommen zum Beispiel Mitglieder der Geschäftsleitung, des Verwaltungsrates oder Beauftragte in Frage.

¹ Art. 1 BEHG, Gewährleistung von Transparenz und Funktionsfähigkeit der Effektenmärkte und Gleichbehandlung der Anleger.

² Vgl. auch Art. 11 BEHV

Ferner wird bestraft, wer die Information von einem Primärinsider mittelbar oder unmittelbar mitgeteilt erhält und diese ausnützt (Tipnehmer- oder Tippee-Tatbestand). Der Tippee-Tatbestand bedingt die ebenfalls strafbare Vortat der Mitteilung des Primärinsiders an den Dritten.

In Art 161 Abs. 3 StGB wird der Begriff der Tatsache, d.h. die Insiderinformation, inhaltlich auf eine bevorstehende Emission neuer Beteiligungsrechte, eine Unternehmensverbindung oder einen ähnlichen Sachverhalt von vergleichbarer Tragweite eingegrenzt. Art. 161 StGB ist als Erfolgsdelikt ausgestaltet. Erforderlich ist das Erlangen eines kausalen Vermögensvorteils (Gewinn oder vermiedener Verlust). Tritt der erwartete Erfolg nicht ein, liegt ein Versuch vor.

Kursmanipulation

Nach Art. 161^{bis} StGB wird bestraft, wer in der Absicht, den Kurs von in der Schweiz börslich gehandelten Effekten erheblich zu beeinflussen, irreführende Informationen verbreitet (das sogenannte Informationsdelikt) oder zu diesem Zweck Scheingeschäfte, namentlich Wash Sales oder Matched Orders, tätigt (das sogenannte Transaktionsdelikt). Erforderlich ist ferner die Absicht, einen unrechtmässigen Vermögensvorteil zu erzielen.

Mit dem Börsengesetz bzw. den genannten Grundlagen wurde der EBK mit der Marktaufsicht im Jahr 1997 eine völlig neue Aufsichtsaufgabe übertragen. Während der Aufbauphase der Marktaufsicht wurden viel Fachwissen erarbeitet und erste Erfahrungen gesammelt. In der Zwischenzeit haben erste Marktaufsichtsverfahren der EBK zu konkreten Ergebnissen geführt. Weiter ist heute spürbar, dass die Marktüberwachungstätigkeit der EBK bei den Marktteilnehmern und insbesondere bei den Effekthändlern insgesamt zu einer Sensibilisierung für die Belange der Marktaufsicht geführt hat. Wenn auch bereits vorher in den Köpfen vorhanden, fand und findet eine intensivere Auseinandersetzung mit allen Fragen im Zusammenhang mit den Tatbeständen des Marktmissbrauchs, insbesondere des Ausnützens der Kenntnis vertraulicher Informationen und der Kursmanipulation, statt. Der Markt nahm wahr, dass die EBK hier aktiv geworden ist.

Ausser auf den genannten gesetzlichen Grundlagen – vor allem von Art. 6 BEHG – basiert die Marktaufsicht heute wesentlich auch auf dem vom Bundesgericht im CS/Biber-Fall gestützten Ansatz, dass die sich aus dem Gebot einwandfreier Geschäftstätigkeit ergebenden aufsichtsrechtlichen Verbote des Marktmissbrauchs (insbesondere des Ausnützens der Kenntnis vertraulicher Tatsachen und der Kursmanipulation) über die entsprechenden Straftatbestände hinausgehen und eine eigenständige Bedeutung haben.³ Dieser Ansatz ist unbestritten. Damit ist auch gesagt, dass von der Marktaufsicht der EBK im Wesentlichen jene Marktteilnehmer betroffen sind, die ihrer direkten oder allenfalls indirekten Aufsicht unterstehen, d.h. Institute gegenüber welchen sie Massnahmen zur Wiederherstellung des gesetzlichen Zustandes anordnen kann. Von der EBK-Marktaufsicht betroffen sind somit vorab alle Banken, Effekthändler, Depotbanken, Fondsleitungen, Vertriebsträger sowie Revisionsstellen.

Gegenüber ihrer Aufsicht nicht unterstellten Marktteilnehmern, welche sich missbräuchlich verhalten, kann die EBK hingegen nicht direkt vorgehen und keine Massnahmen anordnen. Sie kann einzig gestützt auf die allgemeine Strafanzeigespflicht nach Art. 35 Abs. 6 BEHG bei Vorfällen, die auch strafrechtlich relevant sein können.

³ BGE vom 2.2.2000, publiziert im EBK Bulletin 40/2000, 37ff.

ten, und wenn entsprechende Verdachtsmomente vorliegen, Strafanzeige erstatten. Um solche Verdachtsmomente zu erhärten, kann die EBK aber, gestützt auf das Verwaltungsverfahrensgesetz, Vorabklärungen durchführen.

3.3 Marktaufsichtsverfahren

Die Überwachung des Marktes an der Front ist an die Börsen delegiert. Diese haben gemäss gesetzlicher Vorgabe⁴ eine Überwachungsstelle einzurichten. Untersuchungen werden in erster Linie gestützt auf den mit den Überwachungsstellen institutionalisierten Informations- und Meldefluss eröffnet. Informationsquellen sind ferner Kontakte mit den Strafuntersuchungsbehörden, Amtshilfebegehren ausländischer Aufsichtsbehörden und Medienberichte.

Der Sachverhalt wird zunächst bei den Börsen und aufgrund eingegangener Untersuchungsberichte erhoben (Dokumentation der verdächtigen Transaktionen, Kursentwicklungen und Volumen, involvierte Börsenmitglieder, Umfeld). Aus diesen Aktenstücken ist jedoch nur ersichtlich, ob das Börsenmitglied auf eigene Rechnung (Nostro) oder für Kunden gehandelt hat. Wegen des Bank- und Effekthändlergeheimnisses sind den Börsen keine Kundennamen bekannt. Diese werden im nächsten Untersuchungsschritt von der EBK von den die involvierten Börsenmitgliedern einverlangt.

Parteien der Untersuchungsverfahren sind der Aufsicht unterstellte Personen und Unternehmen. Gegen nichtregulierte Marktteilnehmer (Kunden von Effekthändlern) können keine verwaltungsrechtlichen Verfahren durchgeführt werden. Gegen solche wird bei erhärtetem Verdacht, d.h. aus Erkenntnissen von Untersuchungen gegen unterstellte Institute, Strafanzeige erstattet. Zur Beweiserhebung gehören auch Einvernahmen. Parteien können trotz der für beaufsichtigte Institute und ihre Mitarbeiter bestehenden Mitwirkungspflicht nach Verwaltungsverfahrensgesetz ein Aussageverweigerungsrecht geltend machen, wenn sie sich der Gefahr einer strafrechtlichen Verfolgung aussetzen würden. Nichtunterstellte Personen, die in einem möglichen Strafverfahren als Angeschuldigte in Frage kommen, können lediglich als Auskunftspersonen angehört werden. Als Zeuge kann nur einvernommen werden, wer in keiner Weise in die Angelegenheit involviert ist. Den Parteien ist das rechtliche Gehör und Akteneinsicht zu gewähren. Vor Erlass einer Verfügung wird den Parteien jeweils das Beweisergebnis zur Stellungnahme zugestellt.⁵

Untersuchungsverfahren der EBK im Rahmen der Marktaufsicht sind Verwaltungsverfahren nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz. Die formelle Eröffnung von Untersuchungen als Verwaltungsverfahren wird durch einen formalisierten Eröffnungsbeschluss dokumentiert. Die Eröffnung erfolgt erst bei erhärtetem Verdacht. Die verwaltungsrechtlichen Verfahren werden mit einer Verfügung abgeschlossen oder eingestellt. Gelingt der Nachweis von Marktmissbrauch, wird gegenüber einem regulierten Marktteilnehmer festgestellt, dass sein Verhalten bzw. das seiner verantwortlichen Organe und Mitarbeiter mit den Anforderungen an eine einwandfreie Ge-

⁴ Art. 6 BEHG und Art. 8 BEHV

⁵ Art. 12 ff. und 29 ff. VwVG

schäftstätigkeit nicht zu vereinbaren ist. Allenfalls wird die definitive Entfernung der verantwortlichen Organe⁶ und Mitarbeiter⁷ angeordnet.

Sind Strafuntersuchungen in der selben Sache im Gang, wird mit den Strafverfolgungsbehörden eine Koordination angestrebt. Grundlage ist Art. 35 Abs. 6 BEHG, welcher die EBK und die Strafbehörden zu gegenseitiger Rechtshilfe verpflichtet. Nebst einer gegenseitigen Information über die hängigen Untersuchungen (namentlich mit der BAK III Zürich) erfolgt die Koordination dem Einzelfall angepasst. Dabei wird festgelegt, welche Behörde den Fall zur Hauptsache übernimmt.

4. Probleme der geltenden Sanktionsordnung

4.1 Fehlende Vermögenssanktionen und Einziehung unrechtmässiger Gewinne

Das Instrumentarium der EBK ist darauf ausgerichtet, präventive Massnahmen zu ergreifen, die das Funktionieren der unterstellten Institute und der Märkte sowie den Gläubiger- und Anlegerschutz sicherstellen.⁸ Die EBK kann unsorgfältiges Verhalten rügen, organisatorische Massnahmen anordnen, die angeordneten Massnahmen selber oder durch die Revisionsstelle überprüfen und verantwortliche Organe aus ihren Funktionen entfernen⁹. Nach geltendem Recht besteht keine Möglichkeit, eine Einziehung von Gewinnen oder vermiedenen Verlusten anzuordnen oder Geldstrafen gegen bewilligte Institute, deren Organe oder gegen Dritte¹⁰ zu verhängen. Derartige Sanktionsmöglichkeiten drängen sich dort auf, wo die EBK schwerwiegende Verfehlungen feststellt, diese aber keinem Gewährsträger zuordnen kann und auch ein Bewilligungsentzug ausser Frage steht: Gerade bei Grossbanken kann es vorkommen, dass wichtige (falsche) Entscheidungen auf tieferen Managementstufen gefällt werden und die EBK auf Gewährsträgerstufe keine personellen Massnahmen anordnen kann. Zwar könnte in sehr schwerwiegenden Fällen ein Bewilligungsentzug ins Auge gefasst werden, doch wäre dies zumeist unverhältnismässig.

Die heutige Aufsicht sieht sich mit andern Worten mit dem Problem konfrontiert, dass zwischen den aufsichtsrechtlichen, präventiven Massnahmen wie Bewilligungsentzug und Entfernung eines Gewährsträgers einerseits und der Rüge andererseits eine offensichtliche Lücke an geeigneten Sanktionen für mittelschwere Verstösse gegen aufsichtsrechtliche Vorschriften besteht. Das heute geltende Sanktionsregime kennt keine finanziellen Sanktionen (Einziehung oder Busse). Dies ist bedauerlich, zeigt doch das Beispiel des Verfahrens bei Verletzungen der Sorgfaltspflichtvereinbarung, dass Bussen ein probates Mittel zur Durchsetzung von Vorschriften sein können. Auch der Fall Biber hat exemplarisch gezeigt, welche Bedeutung einer Einziehungsmöglichkeit zukommen würde. Eine solche Befugnis der EBK wäre auch im Zusammenhang mit Insiderfällen vonnöten. Diese restitutorische

⁶ Gestützt auf Art. 10 Abs. 2 Bst. d BEHG oder Art. 3 Abs. 2 Bst. c BankG

⁷ Art. 35 Abs. 3 Bst. b BEHG

⁸ Vgl. Ziff. 3.1

⁹ Gestützt auf das Börsengesetz kann die EBK auch Personen tieferer Hierarchiestufen entfernen (Art. 35 Abs. 3 Bst. b BEHG; Berufsverbot für Händler).

¹⁰ Vgl. Ziff. 3.2.

Massnahme dürfte sich oft als ebenso wichtiges Mittel erweisen wie die mit der Rechtsverletzung verbundene Verwaltungssanktion.

4.2 Schwierigkeiten bei der Anwendung des Verwaltungsstrafrechts

Das Banken-, das Börsen- und das Anlagefondsgesetz wie auch das Geldwäschereigesetz enthalten verschiedenste Verwaltungsstraftatbestände wie zum Beispiel die Strafbarkeit der Verletzung von Bewilligungspflichten oder die Verletzungen von Meldepflichten. Anwendbares Verfahrensrecht ist das Verwaltungsstrafrecht. Zuständig für die Verfolgung von Verletzungen von Verwaltungsstrafbestimmungen der erwähnten Finanzmarktaufsichtsgesetze ist das Eidg. Finanzdepartement.

In der Praxis hat sich gezeigt, dass es schwierig ist, das Verwaltungsstrafrecht für die Durchsetzung des Finanzmarktaufsichtsrechts wirkungsvoll einzusetzen. Insbesondere bei Aktionen der EBK zur Durchsetzung von Neuerungen im Finanzmarktaufsichtsrecht – Einführung des Verbots der Entgegennahme von Publikumseinlagen, Einführung von Bewilligungspflichten für Effektenhändler, Vertriebssträger und Vertreter ausländischer Anlagefonds – musste festgestellt werden, dass sich gewisse Akteure durch die Strafandrohungen des Verwaltungsstrafrechts kaum abschrecken liessen. Dafür gibt es mehrere Gründe:

- Es kommt in der Praxis kaum vor, dass die Verwaltungsstrafbehörde von sich aus möglichen Verletzungen des Finanzmarktaufsichtsrechts nachgeht. Bei Verletzungen der drei Finanzmarktaufsichtsgesetze tritt sie erst dann in Aktion, wenn die EBK eine Verletzung aus aufsichtsrechtlicher Sicht erhoben oder sogar rechtskräftig festgestellt hat. Deshalb kommt die eigentliche abschreckende Wirkung der verwaltungsrechtlichen Massnahme der EBK zu. Bei Verwaltungsstrafverfahren handelt es sich bloss um eine Art Nachbearbeitung.¹¹
- Verwaltungsstrafverfahren dauern in der Regel bis zum Vorliegen eines rechtskräftigen Entscheids sehr lange – im Vergleich zu aufsichtsrechtlichen Verfahren wesentlich länger. Dabei ist zur Dauer des Verwaltungsstrafverfahrens noch die Zeit, die vorher für das Aufsichtsverfahren benötigt wurde, zu kumulieren. Dies führt dazu, dass eine verwaltungsstrafrechtliche Sanktion erst lange nach der Verletzung rechtskräftig wird. Die für die Abschreckung notwendige sofortige Ahndung einer Verletzung ist somit nicht mehr gegeben.¹²

Die untersuchende Verwaltungsstrafbehörde ist mit den zu untersuchenden spezifischen Fragen des Finanzmarktaufsichtsrechts¹³ wenig vertraut. Sie legt unter Umständen das Aufsichtsrecht anders aus als die EBK, was bei zwei unabhängigen Behörden nicht zu vermeiden ist. Probleme dieser Art haben sich auch im Bereich der Marktaufsicht – da aber im Vergleich zu den kantonalen Strafverfolgungsbehörden – für die Verfolgung von Insider- und Kursmanipulationsdelikten gezeigt. Das

¹¹ Vgl. Ziff 4.3

¹² Vgl. Ziff. 4.3

¹³ Zum Beispiel mit der Frage der Verletzung von Risikoverteilungsvorschriften oder der Unterlassung der Meldung von Klumpenrisiken.

Auseinanderklaffen der Anwendung des Aufsichtsrechts durch die Aufsichts- und die Strafbehörden ist der einheitlichen Rechtsanwendung nicht förderlich.

Die tatsächlich ausgefallten Strafen wegen Verletzungen der Strafbestimmungen des Finanzmarktaufsichtsrechts erscheinen angesichts des grundsätzlich zur Verfügung stehenden Bussenrahmens niedrig (vgl. Textbox 6). Während die aufsichtsrechtliche Massnahme beispielsweise bei einer illegal tätigen Bank normalerweise in deren Liquidation mündet, was zumeist zu empfindlichen Verlusten für die Eigner führt, haben die für die illegale Geschäftstätigkeit Verantwortlichen, gemäss Praxis der Verwaltungsstrafbehörde, eine Busse von höchstens ein paar tausend Franken zu gewärtigen. So sind in den letzten zehn Jahren wegen Verletzung der Strafbestimmungen des Banken- oder Anlagefondsgesetzes nie Gefängnisstrafen und kaum je Bussen von mehr als CHF 5'000 ausgesprochen worden. Angesichts der bei einer illegalen Bank- oder Effektenhändlerstätigkeit erzielbaren Gewinne erscheinen diese Bussen – gekoppelt mit der langen Verfahrensdauer – als kaum geeignet, Missetäter wirksam abzuschrecken.

Die Schwierigkeiten bei der Anwendung des Verwaltungsstrafrechts zur Durchsetzung des Finanzmarktaufsichtsrechts zeigen sich auch darin, dass die Strafdrohungen für vergleichbare Straftatbestände nicht begründbare Unterschiede bezüglich Strafbarkeit und Strafrahmen aufweisen (vgl. Textbox 6). Diese Ungleichheiten sind nur deshalb nicht weiter von Belang, weil die Strafbestimmungen in der Praxis nicht zu empfindlichen Strafen geführt haben.

Textbox 6: Verletzung der Bewilligungspflicht: Ungleicher Strafrahmen

Illegale Banktätigkeit (Art. 46 BankG): Gefängnis bis zu sechs Monaten oder Busse bis zu CHF 50'000 bei Vorsatz, Busse bis zu CHF 30'000 bei Fahrlässigkeit.

Illegale Börsen- oder Effektenhändlerstätigkeit (Art. 40 BEHG): Busse bis zu CHF 200'000 bei Vorsatz, keine Strafbarkeit bei Fahrlässigkeit.

Illegale Anlagefondstätigkeit (Art. 69 AFG): Gefängnis bis zu sechs Monaten oder Busse bis zu CHF 200'000 bei Vorsatz; Busse bis zu CHF 100'000 bei Fahrlässigkeit.

Illegale Tätigkeit als Finanzintermediär (Art. 36 GwG): Busse bis zu CHF 200'000 bei Vorsatz und Fahrlässigkeit; im Wiederholungsfall beträgt die Busse mindestens CHF 50'000.

Zu beachten ist auch, dass die Handhabung des Verwaltungsstrafrechts bei der Verletzung von Strafbestimmungen der Finanzmarktaufsichtsgesetze angesichts der im gemeinen Strafrecht neu geschaffenen und in Kürze in Kraft tretenden Strafbarkeit der juristischen Person vermutlich neu überdacht werden müsste.¹⁴

¹⁴ Art. 7 VStrR erlaubt, Unternehmen mit Bussen in der Höhe von höchstens 5'000 Franken zu belegen, wenn der für das Unternehmen tätige Täter nur mit unverhältnismässigem Aufwand zu ermitteln ist. Art. 6 Abs. 2 VStrR statuiert eine strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung bei vorsätzlicher oder fahrlässiger Verletzung einer Garantienpflicht. Beide Bestimmungen haben bei der Verletzung von Verwaltungsstrafatbeständen des Finanzmarktaufsichtsrechts keine Bedeutung erlangt.

4.3 Langer Instanzenzug des Verwaltungsstrafverfahrens

In der Regel wird die Verwaltungsstrafbehörde erst auf Anzeige der zuständigen Finanzmarktaufsichtsbehörde hin tätig, nachdem diese eine Verletzung des Aufsichtsrechts rechtskräftig festgestellt hat. Da die EBK gehalten ist, bei Missständen selbst geeignete Massnahmen zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands zu ergreifen¹⁵, ist sie ihrerseits bestrebt, zuerst die aufsichtsrechtliche Situation unter Kontrolle zu bringen. Dadurch können auch ineffiziente Parallelverfahren vermieden werden. Erst dann kommt das Verwaltungsstrafverfahren zum Zug. Dies führt in der Praxis dazu, dass Verwaltungsstrafverfahren in der Regel erst spät nach den festgestellten Verfehlungen zum Abschluss gebracht werden können.

Verwaltungsstrafverfahren dauern aus praktischer Sicht (präventive Wirkung) nicht zuletzt wegen des langen Instanzenzugs zu lange. Aufgrund der zahlreichen Weiterziehungsmöglichkeiten mit wechselnden Zuständigkeiten dauern die Verfahren bei Ausschöpfung aller Instanzen selbst bei rascher Verfahrensführung leicht Jahre. Dazu kommen die zahlreichen Möglichkeiten der Verfahrensverzögerung für die Betroffenen.

Textbox 7: Finanzmarktdelikte im Verwaltungsstrafrecht: Instanzenzug

Zuständig für die Ahndung einer Verletzung von Verwaltungsstrafbestimmungen des Banken-, Börsen- oder Anlagefondsgesetzes sowie des Geldwäschereigesetzes ist der Strafrechtsdienst der Eidg. Finanzverwaltung. Der Strafrechtsdienst untersucht den Sachverhalt und erlässt beim Vorliegen einer Straftat einen Strafbescheid (Art. 64 VStrR). Gegen diesen kann innert 30 Tagen Einspruch erhoben werden. Anschliessend hat die bereits befasste Verwaltungsstelle – also erneut der Strafrechtsdienst – den Strafbescheid zu überprüfen und gegebenenfalls mittels Strafverfügung zu bestätigen (Art. 70 VStrR). Innert 10 Tagen ab Eröffnung der Strafverfügung kann der Betroffene eine gerichtliche Beurteilung durch ein Strafgericht verlangen (Art. 72 VStrR).

Zuständig für ein gerichtliches Verfahren wegen Verletzung des Finanzmarktaufsichtsrechts ist ein kantonales Gericht. Wird die gerichtliche Beurteilung verlangt, überweist die Verwaltungsbehörde die Akten der kantonalen Staatsanwaltschaft, was als Anklage gilt. Das kantonale Gericht hat daraufhin nach Durchführung eines gerichtlichen Verfahrens zu entscheiden (Art. 79 VStrR). Gegen ein erstinstanzliches Urteil sind die kantonalen Rechtsmittel zulässig (Art. 80 VStrR). Schliesslich steht auch noch die Nichtigkeitsbeschwerde an das Bundesgericht offen (Art. 83 VStrR).

Eine Verkürzung des Verfahrenswegs wäre einzig dort möglich, wo von Beginn weg absehbar wäre, dass eine Freiheitsstrafe in Frage kommt (Art. 21 VStrR). Indessen ist wegen Verletzung von Verwaltungsstrafbestimmungen des Banken- oder des Anlagefondsgesetzes bisher noch nie eine Freiheitsstrafe ausgesprochen worden, während das Börsen- und das Geldwäschereigesetz gar keine Freiheitsstrafen vorsehen.

Die Verfahren der EBK sind dagegen vergleichsweise kurz, weil gegen eine Verfügung der EBK einzig eine Verwaltungsgerichtsbeschwerde vor Bundesgericht möglich ist. Überdies kann bei Gefährdung der Gläubigerinteressen eine Verfügung der EBK sofort vollstreckt werden.

¹⁵ Art. 23^{ter} Abs. 2 BankG

4.4 Unklare Verfahrensregeln

Unklar ist das Verfahrensrecht bei den bisherigen Verwaltungsverfahren in der Marktaufsicht und teilweise auch in der Institutsaufsicht. Der bedeutendste Unterschied zwischen Verwaltungs- und Strafverfahren besteht in der Unschuldsvermutung und im Aussageverweigerungsrecht des Strafverfahrens einerseits und der Mitwirkungspflicht des Verwaltungsverfahrens andererseits.

Bei der Mitwirkungspflicht handelt es sich um das mildeste Mittel, um Beweisschwierigkeiten zu begegnen. Die Mitwirkungspflicht beinhaltet die Auskunftspflicht, die Pflicht zur Herausgabe von Akten und die Pflicht zur Duldung von Augenscheinen. Die Parteien sind aufgrund des Verwaltungsverfahrensgesetzes verpflichtet an der Feststellung des Sachverhaltes mitzuwirken, soweit sie nach einem anderen Bundesgesetz einer weitergehenden Auskunfts- oder Offenbarungspflicht unterliegen.¹⁶ Eine solche weitergehende Auskunftspflicht obliegt den Parteien aufgrund des Banken-, Börsen- und Anlagefondsgesetzes.¹⁷

Werden parallel zwei Verfahren geführt und ist in einem Verfahren die Mitwirkungspflicht zu beachten, muss sichergestellt werden, dass die dadurch erlangten Beweismittel nicht im Verfahren Verwendung finden, in welchem die Aussage verweigert werden kann (zum Beispiel in Strafverfahren).¹⁸ Bei Verwaltungsverfahren, welche zu belastenden Verfügungen führen können („eingreifende Verwaltungsverfahren“), macht das Sekretariat der EBK die Partei auf folgende Punkte aufmerksam: Grundsätzlich sind Parteien der EBK gegenüber zur Auskunft verpflichtet, doch kann die Beantwortung von Fragen verweigert werden, falls sich diese dabei der Gefahr strafrechtlicher Verfolgung aussetzen. Weiter werden sie darauf hingewiesen, dass die EBK die Beweise und das Verhalten der Parteien im Verfahren nach freier Überzeugung würdigt, dass die EBK verpflichtet ist, bei Kenntnis von strafbaren Handlungen die zuständigen Strafverfolgungsbehörden zu benachrichtigen, und dass die EBK den Strafverfolgungsbehörden gegenüber zur Rechtshilfe verpflichtet ist. Die Verweigerung der Mitwirkung kann bei der Beweiswürdigung berücksichtigt werden.¹⁹ Falls in Zukunft die Banken und Effektenhändler mit finanziellen Verwaltungssanktionen belegt werden, bleibt der Grundsatz in dubio pro reo vorbehalten. Bleibt eine Unsicherheit bestehen, darf sich dies nicht zu Lasten der von einer Sanktion Bedrohten auswirken. Der Europäische Gerichtshof lässt aber zu, dass in Fällen, wo das Schweigen des Angeklagten vernünftigerweise nicht anders ausgelegt werden kann, als dass er schuldig ist, dies zu Lasten des Angeklagten berücksichtigt wird.²⁰

Auch stellen sich die Fragen, ob sich Bankmitarbeiter und Bankorgane auf die Gefahr strafrechtlicher Verfolgung der Arbeitgeberin berufen können und so ihre Mitwirkung verweigern dürfen, und ob die Bank die Nichtbefolgung der Mitwirkungspflicht seitens ihrer Angestellten verlangen kann, falls in Zukunft die Banken und Effektenhändler mit finanziellen Verwaltungssanktionen belegt werden können. Zur

¹⁶ Art. 13 Abs. 1 Bst. c VwVG

¹⁷ Art. 23^{bis} Abs. 1 BankG, Art. 35 Abs. 2 BEHG und Art. 61 AFG

¹⁸ Vgl. Ziff. 3.2.

¹⁹ Art. 19 VwVG i.V.m. Art. 40 BZP

²⁰ Vgl. Ziff. 7.1

Lösung im verabschiedeten, noch nicht in Kraft getretenen Art. 102a des Strafgesetzbuches, siehe Textbox 8.

Textbox 8: Sanktionen gegen Unternehmen im Schweizer Wirtschaftsrecht

Am 13. Dezember 2002 wurde das neue *Unternehmensstrafrecht* im Strafgesetzbuch verabschiedet, welches jedoch noch nicht in Kraft getreten ist.²¹ Art. 102 n-StGB statuiert in Abs. 1 eine subsidiäre Haftung des Unternehmens. Das Unternehmen kann demnach nur dann zur Verantwortung gezogen werden, wenn infolge eines Organisationsfehlers keine natürliche Person als Täter vor Gericht gestellt werden kann. Die Maximalbusse beträgt CHF 5 Mio.. Zusätzlich wird in Abs. 1^{bis} eine auf bestimmte Delikte (Art. 260^{ter}, 305^{bis}, 322^{ter}, 322^{quinquies}, 322^{septies} StGB) begrenzte kumulative Strafbarkeit der juristischen Person eingeführt. Die Busse wird insbesondere nach der Schwere der Tat, der Schwere des Organisationsmangels und des angerichteten Schadens sowie nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Unternehmens bemessen (Abs. 2).

In Art. 102a n-StGB wird das Strafverfahren geregelt. Das Unternehmen wird in einem Strafverfahren von einer einzigen Person vertreten, die uneingeschränkt zur Vertretung des Unternehmens in zivilrechtlichen Angelegenheiten befugt ist (Abs. 1). Dieser Person, die das Unternehmen im Strafverfahren vertritt, kommen die gleiche Rechte und Pflichten wie einem Beschuldigten zu. Auch die andern zur uneingeschränkten Vertretung des Unternehmens befugten Personen sind im Strafverfahren gegen das Unternehmen nicht zur Aussage verpflichtet (Abs. 2). Zur Aussage verpflichtet sind somit die übrigen Mitarbeiter.²² Wird gegen die Person, die das Unternehmen im Strafverfahren vertritt, wegen des gleichen oder eines damit zusammenhängenden Sachverhaltes eine Strafuntersuchung eröffnet, ist vom Unternehmen ein anderer Vertreter zu bezeichnen (Abs. 3).

Im Kartellrecht kann ein Unternehmen mit einem Betrag bis zur dreifachen Höhe des durch den Verstoss erzielten Gewinns belastet werden. Kann kein Gewinn festgestellt oder geschätzt werden, so beträgt die Belastung bis zu 10 Prozent des letzten Jahresumsatzes in der Schweiz (Art. 50 Kartellgesetz, KG). Die Verstösse werden vom Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums untersucht und von der Wettbewerbskommission beurteilt (zum Verfahren siehe Textbox 9).

Gemäss Spielbankengesetz (SBG) kann die Spielbankenkommission eine verwaltungsrechtliche Sanktion aussprechen, welche nach dem Muster des Kartellgesetzes konzipiert ist. Ein Unternehmen kann gemäss Art. 51 Abs. 1 SBG mit einem Betrag bis zur dreifachen Höhe des durch den Verstoss erzielten Gewinnes belastet werden. Wenn kein Gewinn vorliegt oder dieser nicht festgestellt oder geschätzt werden kann, beträgt die Belastung bis zu 20 Prozent des Bruttospielertrages im letzten Geschäftsjahr. Die Verstösse werden vom Sekretariat untersucht und von der Kommission beurteilt (Art. 51 Abs. 2 SBG). Zum Verfahren siehe Textbox 9.

²¹ BBl 2002 8280; Gunther Arzt, Strafbarkeit juristischer Personen: Andersen, vom Märchen zum Alptraum, in: Jusletter 4. November 2002.

²² Vgl. Amtliches Bulletin 2001, Nationalrat, Sommersession 2001, vierte Sitzung. Nicht klar ist jedoch, ob die Prokuristen und die Handlungsbevollmächtigten zur Aussage verpflichtet sind.

Vorgesehen ist, im Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) eine Unternehmensbusse von bis zu CHF 5 Mio. einzuführen, wenn durch den Betrieb eines Unternehmens gegen eine Bestimmung des UWG verstossen wird (Art. 25 E-UWG).²³ Die Verfolgung ist Sache der Kantone, welche das Verwaltungsstrafrecht anwenden (Art. 26f. UWG).²⁴

4.5 Fehlende Zwangsmassnahmen im Verwaltungsverfahren

Ein weiterer wichtiger Unterschied zwischen Verwaltungsverfahren und Strafverfahren besteht in den zur Verfügung stehenden Untersuchungsmitteln: Das Strafverfahrensrecht bietet ein breites Spektrum an Untersuchungsmitteln, während im Verwaltungsrecht an die Stelle dieser oftmals einschneidenden Mittel die Mitwirkungspflicht tritt. Sind künftige Sanktionsverfahren der EBK als strafrechtliche Anklage im Sinne der EMRK zu betrachten und haben sie somit den Verfahrensgarantien von Art. 6 Abs. 2 EMRK zu genügen²⁵, muss die EBK zusätzliche Untersuchungsinstrumente, Zwangsmassnahmen eingeschlossen, erhalten, damit nach dem Wegfall der Mitwirkungspflicht zwischen dem Angeschuldigten und der untersuchenden Behörde wieder gleich lange Spiesse hergestellt werden können.

Mit der Möglichkeit der EBK, Hausdurchsuchungen und Beschlagnahmen für die Zwecke der Beweiserhebung und Beweissicherung anzuordnen, soll sichergestellt werden, dass vorsorgliche Massnahmen bei Renitenz im Interesse der Anleger auch ohne Verzug durchgesetzt werden können. Zudem soll die EBK ermächtigt werden, Auskünfte über Randdaten zum Post- und Fernmeldeverkehr über Verdächtige bei den auf das Post- oder Fernmeldegeheimnis verpflichteten Dienstleistern einzuholen.

Die im ordentlichen Verwaltungsverfahren zur Verfügung stehenden Instrumente sind deshalb um ausgewählte Zwangsmassnahmen zu erweitern. Illustrative Beispiele für derartige Ergänzungen sind etwa das revidierte Kartellgesetz und das Spielbankenrecht (vgl. Textbox 9). Je nach Art der durchzuführenden Untersuchungen, den dabei verfolgten Zielen, nach der Stellung der Behörde und den Beziehungen zwischen ihr und den von den Verfahren Betroffenen ist sorgsam abzuschätzen, ob für die zusätzlichen Untersuchungsinstrumente Anleihen aus dem Verwaltungsstrafrecht, dem Bundesstrafprozess oder von anderen Rechtssätzen genommen werden sollen.

²³ Vorentwurf eines Bundesgesetzes über die Lotterien und Wetten, dessen Vernehmlassung am 31.3.2003 endete, BBL 2002, 7954.

²⁴ Gemäss Art. 26 UWG sind für Widerhandlungen in Geschäftsbetrieben die Artikel 6 und 7 Verwaltungsstrafrechtsgesetz (VStrR) anwendbar. Unklar ist nun, ob Art. 7 VStrR weiterhin Geltung hat, sollte der vorgeschlagene Art. 25 E-UWG eingeführt werden.

²⁵ Vgl. Ziff. 7.1

Textbox 9: Verwaltungssanktionsverfahren im Kartell- und Spielbankenrecht

Grundsätzlich wird das Untersuchungsverfahren im Wettbewerbsrecht vom Verwaltungsverfahrensgesetz beherrscht (Art. 39 Kartellgesetz, KG), doch wird in Art. 42 KG festgehalten, dass die Wettbewerbsbehörde Hausdurchsuchungen anordnen und Beweisgegenstände sicherstellen kann. Im vorgeschlagenen Art. 42 Abs. 2 E-KG wird zusätzlich auf Art. 45-50 des Verwaltungsstrafrechts verwiesen, welche die wichtigsten rechtsstaatlichen Garantien enthalten. Hausdurchsuchungen und Beschlagnahmen werden aufgrund eines Antrages des Sekretariates von einem Mitglied des Präsidiums angeordnet. Auch im Verwaltungssanktionsverfahren der Spielbankenkommission können Zwangsmassnahmen angewandt werden; Die Beamten des Sekretariats sind nötigenfalls zum direktem Eingreifen in den Betrieb der Spielbank ermächtigt (Art. 50 Abs. 3 SBG). Es handelt sich um ein polizeiliches Eingreifen an Ort und Stelle, zum Beispiel zur Gefahrenabwehr oder zur Beweissicherung im Hinblick auf eine Administrativ- oder Strafuntersuchung. Die Spielbankenkommission und ihr Sekretariat üben demnach auch die Funktion einer Spielbankenpolizei aus.

Bereits heute kann die EBK Zeugeneinvernahmen durchführen.²⁶ Dabei wird für die Frage, wem ein Zeugnisverweigerungsrecht zusteht, auf das Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess verwiesen. Um die Frage, ob der Bankier vor der Aufsichtsbehörde Zeugnis abzulegen hat, eindeutig zu bejahen, sollten für die Zeugeneinvernahmen durch die Aufsichtsbehörde in Zukunft sinngemäss die Bestimmungen des Bundesstrafprozesses anwendbar sein, da dessen Art. 77 die Zeugnisverweigerungsberechtigten abschliessend aufzählt.

4.6 Keine allgemeine Marktaufsicht

Die heute geltende gesetzliche Ordnung regelt nicht eindeutig, ob und inwieweit die Marktaufsicht über den aufsichtsrechtlich – prudentiell – geprägten Ansatz hinaus möglich ist, d.h. ob die EBK Massnahmen gegen Fehlbare treffen kann, die der Institutsaufsicht der EBK nicht unterstellt sind. Art. 6 BEHG beantwortet weder positiv noch negativ die Frage, welche bzw. ob alle – auch die nicht prudentiell regulierten – Marktteilnehmer der Marktaufsicht der EBK unterworfen sind, d.h. ob weitere als nur die regulierten Marktteilnehmer in die Marktaufsicht der EBK einbezogen werden können.

Die EBK kann nur gegenüber den ihrer direkten oder allenfalls indirekten Aufsicht unterstellten Marktteilnehmern Massnahmen zur Wiederherstellung des gesetzlichen Zustandes anordnen. Die Marktaufsicht kann heute nachhaltig nur über unterstellte Marktteilnehmer ausgeübt werden, d.h. Effektenhändler, Banken, Depotbanken, Fondsleitungen, Vertriebsträger sowie Revisionsstellen sowie deren Organe und Mitarbeiter.

Nichtbeaufsichtigte Emittenten könnten höchstens via Kotierungsreglement indirekt von der Aufsicht erfasst werden. Auf das Kotierungsreglement gestützte Sanktionen gegen Emittenten sind nur bei Verfehlungen gegen dasselbe möglich. Marktmissbrauch ist aber nicht primär ein Verstoss gegen das Kotierungsreglement, und Massnahmen bei Widerhandlungen gegen die Kotierungsvorschriften können nur von der Börse angeordnet werden. Klar scheint schliesslich zu sein, dass sich Art. 6

²⁶ Art. 51 Bst. b BankV, eine in Art. 14 VwVG nicht vorgesehene Einvernahmekompetenz.

BEHG im Sinne einer allgemeinen Marktaufsicht der EBK nicht auf Marktteilnehmer erstrecken kann, die nicht der unmittel- oder mittelbaren Aufsicht unterstellt sind (zum Beispiel Investoren). Gegenüber den unbeaufsichtigten Marktteilnehmern, welche sich missbräuchlich verhalten, kann die EBK somit nicht vorgehen und auch keine Massnahmen anordnen. Immerhin ist zu beachten, dass der EBK, soweit auch strafrechtliche Tatbestände ins Spiel kommen, gestützt auf die Strafanzeigepflicht gemäss Art. 35 Abs. 6 BEHG auch gegenüber unbeaufsichtigten Marktteilnehmern gewisse Kompetenzen zukommen. Dies trifft namentlich auf den Untersuchungsbereich zu, wenn es darum geht, die Verdachtsmomente abzuklären, auf welche sich eine Strafanzeige stützen soll.

Textbox 10: EBK-Rundschreiben „Marktverhaltensregeln“

Die EBK hat im November 2002 beschlossen, eine gemischte Arbeitsgruppe mit der Ausarbeitung eines Rundschreibens „Marktverhaltensregeln“ zu beauftragen. Ein Entwurf der EBK als Grundlage für diese Arbeit liegt vor. Er basiert im Wesentlichen auf der Institutsaufsicht und erläutert, welche Verhaltens- und Vorgehensweisen im Markt aufsichtsrechtlich als Marktmissbrauch anzusehen und daher mit den Anforderungen an eine einwandfreie Geschäftstätigkeit nicht zu vereinbaren sind. Der Entwurf definiert Marktmissbrauch als ungerechtfertigte direkte oder indirekte Benachteiligung oder Bevorzugung von Marktteilnehmern durch andere. In diesem Sinne sind Verhaltensweisen missbräuchlich, wenn nicht allgemein zugängliche Informationen zum eigenen Vorteil eingesetzt werden (Informationsmissbrauch), wenn der Markt durch fingierte Transaktionen manipuliert wird (Marktmanipulation), wenn falsche, unvollständige oder irreführende Informationen verbreitet werden (Marktirreführung) oder Marktteilnehmer auf andere Weise ungerechtfertigt benachteiligt werden. Zu diesen vier Kategorien von Marktmissbrauch erläutert der Entwurf einzelne missbräuchliche Verhaltensweisen und gibt Anleitungen zur Vermeidung von Marktmissbrauch. Zudem wird auch auf die Interessenkonflikte im Bereich Analysten und Research eingegangen.

Es ist ein wesentlicher Mangel der geltenden Marktaufsicht, dass die EBK ihrer Institutsaufsicht nicht unterstellte Marktteilnehmer nicht vollumfänglich erfassen kann und Massnahmen ihnen gegenüber nicht möglich sind. Die Schlagkraft und Glaubwürdigkeit der EBK als Marktaufseherin ist in diesem Lichte eingeschränkt: Zudem liegt eine klare Ungleichbehandlung zwischen regulierten Finanzintermediären einerseits und den übrigen Marktteilnehmern andererseits vor, da Erstere wesentlich strenger angefasst werden. Die aufsichtsrechtlichen Massstäbe gestützt auf das Gewährserfordernis gehen über die zu eng gefassten Straftatbestände der beiden Börsendelikte (Insidertatbestand und Kursmanipulation) hinaus (vgl. EBK-Bulletin 40/2000 S. 37 ff.). Eine Ausdehnung der Marktaufsicht und damit des Adressatenkreises der aufsichtsrechtlichen Marktverhaltensregeln auch auf nicht der direkten Aufsicht unterstellte Marktteilnehmer würde sich mit Blick auf den Zweck des Börsengesetzes – Transparenz und Funktionsfähigkeit der Effektenmärkte zu gewährleisten – aber auch im Lichte des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Marktteilnehmer, rechtfertigen.

4.7 Insider und Kursmanipulation: zu enge Tatbestände

Die Straftatbestände Art. 161 und 161^{bis} StGB sind thematisch auf die typischsten Anwendungsfälle der Delikte eingeschränkt.

Beim Insidertatbestand besteht die zentrale Beschränkung in der Vorgabe des dritten Absatzes. Demnach gilt als Insidertatsache eine bevorstehende Emission neuer

Beteiligungsrechte, eine Unternehmensverbindung oder ein ähnlicher Sachverhalt von vergleichbarer Tragweite. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung begrenzt den Tatbestand im Wesentlichen auf die beiden explizit genannten Anwendungsfälle. Die Generalklausel wird nur äusserst zurückhaltend angewendet: So stellt zum Beispiel eine Gewinnwarnung – in einem Fall ging es um die Veröffentlichung einer Verminderung des Nettogewinns um 42% – keinen ähnlichen Sachverhalt von vergleichbarer Tragweite dar, es sei denn, der Gewinneinbruch sei dergestalt, dass das betroffene Unternehmen zu einem Sanierungsfall wird.²⁷ Aufgrund dieser Praxis wird ein weites Feld regelmässig in starkem Ausmass kursrelevanter Tatsachen strafrechtlich nicht erfasst (zum Beispiel ein Wechsel in der Unternehmensleitung, die Lancierung eines wichtigen Produktes, ein wichtiger Forschungserfolg, die Ablehnung eines Medikaments in einem wichtigen Absatzmarkt, etc.). Diese Rechtslage unterläuft letztlich das mit einem Verbot zu schützende Rechtsgut der Sauberkeit und Funktionsfähigkeit des Börsenmarktes. Die EBK hat bereits in ihrem Jahresbericht 2001 und an der Medienkonferenz des Jahres 2002 auf diese Problematik hingewiesen.

Eine weitere wichtige Einschränkung – insbesondere im Vergleich zur weitergehenden Regelung in der EU – besteht darin, dass beim Tippeetatbestand gemäss überwiegender schweizerischer Lehrmeinung die reine Empfehlung des Primärsiders an einen Dritten, bestimmte Transaktionen vorzunehmen, nicht strafbar ist. Demnach hat in jedem Fall auch der genaue Inhalt der vertraulichen Information an den Dritten überzugehen. Das gilt auch dann, wenn dem Dritten die Insiderstellung des Tipgebers und die Insiderqualität der Empfehlung bewusst ist.

Zumindest diskussionswürdig ist weiter die Einschränkung des Tatbestands auf Titel, die in der Schweiz vorbörslich oder börslich gehandelte bzw. kotierte sind.²⁸ Art. 161 StGB soll die Sauberkeit und Funktionsfähigkeit des schweizerischen Börsenhandels schützen und erfasst in erster Linie Transaktionen in inländisch kotierten Effekten. Die Reputation und das Vertrauen in den inländischen Markt kann aber gerade auch durch Insidertätigkeiten aus der Schweiz (an ausländischen Börsenplätzen) in Mitleidenschaft gezogen werden.²⁹

Bei der Kursmanipulation weist der Tatbestand im Bereich des Transaktionsdelikts wesentliche Beschränkungen auf: Pönalisiert werden nur Kursmanipulationen, welche durch Scheingeschäfte³⁰ herbeigeführt werden. Der Kurs einer Effekte kann aber insbesondere auch durch echte Transaktionen manipuliert und die entsprechende Kursbewegung³¹ ausgenutzt werden. Diverse bekannte Manipulationstech-

²⁷ Vgl. BGE 118 Ib 550

²⁸ Nachdem der vorbörsliche Handel – wie er vor Einführung der SWX Swiss Exchange an den Ringbörsen noch bestanden hat – aufgrund der elektronischen Handelsplattformen in der Schweiz nicht mehr praktiziert wird, ist dieses Tatbestandselement heute wohl im Sinne von kotierten Effekten zu verstehen.

²⁹ Dasselbe gilt hier für Art 161^{bis} StGB.

³⁰ Dazu gehören insbesondere sogenannte Wash Sales und Matched Orders, d.h. Geschäfte, die sich wirtschaftlich ausgleichen oder bei denen der wirtschaftlich Berechtigte nicht ändert.

³¹ Zum Beispiel in einem entsprechenden Derivat.

niken wie Cornering, Parking, etc. sind somit vom Kursmanipulationstatbestand nicht erfasst und grundsätzlich nicht strafbar.³²

Art. 161^{bis} StGB beschränkt sich ferner auf Preismanipulationen. Nicht erfasst sind dagegen manipulative Einflussnahmen auf das gehandelte Volumen.³³ Vom Wortlaut von Art. 161^{bis} nicht erfasst werden auch Manipulationen durch alleinige Ordereingaben, d.h. ohne dass es dabei zugleich zu einem Abschluss kommt.

Mit der Frage einer allfälligen Revision von Art. 161 StGB befasst sich zurzeit die Arbeitsgruppe Uster.³⁴ Im Weiteren hat der Bundesrat eine Motion vom 12. Juni 2002 von Nationalrat Jossen entgegengenommen. Die Motion lädt den Bundesrat ein, dem Parlament eine Änderung von Art. 161 StGB vorzuschlagen, welche namentlich die Strafbarkeitslücken von Art. 161 Abs. 3 StGB schliesst.

4.8 Problem mit der doppelten Strafbarkeit in Rechts- und Amtshilfe

In Zusammenhang mit der engen Umschreibung des Insiderstatbestandes Art. 161 StGB ist auch die Problematik der doppelten Strafbarkeit bei der Amtshilfe im Börsenrecht zu erwähnen. Nach Art. 38 Abs. 2 Bst. c BEHG ist eine Weiterleitung von Informationen von der um Amtshilfe ersuchenden ausländischen Behörde an Strafbehörden nur zulässig, wenn die Rechtshilfe in Strafsachen erlaubt ist. Die EBK entscheidet über die Weiterleitung im Einvernehmen mit dem Bundesamt für Justiz. Das Bundesgericht hat diese Bestimmung so angewendet, dass für eine Weiterleitung auch das Erfordernis der doppelten Strafbarkeit erfüllt sein muss.³⁵ Das bedeutet, dass die Weiterleitung von Informationen an ausländische Strafbehörden nur dann gewährt werden darf, wenn sich die ausländischen Strafnormen mit denen der Schweiz genau decken. Auch hier kommt das Problem der engen Auslegung von Art. 161 StGB durch das Bundesgericht im Rechtshilferecht³⁶ zum Tragen. So ist es möglich, dass selbst bei klaren Verstössen gegen ausländische Insiderstatbestände weder Amts- noch Rechtshilfe geleistet werden kann, weil der Schweizer Insiderstatbestand zu eng ist. Den ausländischen Strafbehörden ist es in diesen Fällen nicht möglich, Verstösse gegen ihr Marktaufsichtsrecht zu ahnden, weil sie über Schweizer Banken ausgeführt wurden, und es ihnen nicht möglich ist, die nötigen Informationen zu erhalten.

Die EBK hat im Frühjahr 2002 öffentlich angekündigt, nach Gesprächen mit den betroffenen Kreisen dem Finanzdepartement eine Änderung des Amtshilfeartikels im BEHG vorzuschlagen, um diese und andere Schwierigkeiten zu beheben. Ein

³² Allenfalls kann eine Strafbarkeit aber aufgrund des Betrugstatbestands vorliegen.

³³ Denkbar ist in diesem Zusammenhang, dass ein Marktteilnehmer am Markt mittels Wash Sales kursneutral stark erhöhte Volumen vortäuscht, um aufgrund der gesteigerten Liquidität in diesem Titel neue Anleger anzulocken

³⁴ Vgl. Ziff. 5.2

³⁵ BGE vom 30. August 1999 i.S. IG Farben, 2A.17/1999, Erw. 4.b, veröffentlicht in BGE 125 II 450

³⁶ BGE vom 5. März 2001 i.S. Yves Saint Laurent, 1A.325/2000 in Bestätigung des Bananenfalles: BGE 118 Ib 547: nicht kapitalgefährdende Verluste sind nach dem Willen des Gesetzgebers kein „ähnlicher Sachverhalt von vergleichbarer Tragweite“ wie eine Unternehmensverbindung i.S. von Art. 161 Ziff. 3 StGB. Wer somit aufgrund einer Insiderkenntnis der bevorstehenden Bekanntgabe eines Verlustes oder einer Gewinnwarnung Titel verkauft, ist nach Schweizer Recht nicht strafbar.

entsprechender Vorschlag wurde im März 2003 übergeben. Dabei hält die EBK eine Regelung für unverzichtbar, welche es den ersuchenden Aufsichtsbehörden erlaubt, übermittelte Informationen (nur) zum Zwecke der Durchsetzung des Marktaufsichtsrechts auch dann an Strafbehörden zu übermitteln, wenn keine spiegelbildliche doppelte Strafbarkeit vorliegt. Eine Ausdehnung des Insidertatbestandes allein kann nämlich die Schwierigkeiten der Amts- und Rechtshilfe nicht lösen. So ersuchen ausländische Aufsichtsbehörden nicht nur bei Insiderverfahren die EBK um Amtshilfe, sondern auch bei anderen Verstössen gegen Marktaufsichtsregeln. Nur mit einer Lockerung des Erfordernisses der doppelten Strafbarkeit kann vermieden werden, das schweizerische Finanzmarktraferecht den international strengsten Regeln anpassen zu müssen, um die erwünschte Amts- und Rechtshilfe leisten zu können.

4.9 Doppelspurigkeiten der Verfahren in der Marktaufsicht

Wie bereits unter Ziff. 2.2 ausgeführt, werden bei der Mehrzahl der durch die Börsen eruierten Verdachtsmomente hinsichtlich Insidergeschäften und Kursmanipulationen sowohl die EBK als auch die jeweils zuständigen kantonalen Strafuntersuchungsbehörden informiert. In der Folge sind somit mindestens zwei oder – weil oft verschiedene kantonale Untersuchungsbehörden involviert sind – auch mehrere Behörden mit demselben Fall beschäftigt. Um parallel laufende Ermittlungen³⁷ zu vermeiden bzw. zu minimieren, wird in der Regel eine primär zuständige Behörde bestimmt, welche den Fall vorerst selbst an die Hand nimmt und zu einem späteren Zeitpunkt die anderen Behörden informiert. Dieser Entscheid wird auf den Grundsatz gestützt, dass die EBK in der Regel die Federführung übernehmen soll, wenn sich der Anfangsverdacht primär gegen unterstellte Institute und Personen richtet.

Bei Grossuntersuchungen werden demgegenüber die Ermittlungsaufgaben oft unter den Behörden aufgeteilt. Diese Kompetenzaufteilungen erfolgen idealerweise im Rahmen einer ersten Sitzung bei den Börsen, bei denen diese den Behörden die Untersuchungsberichte übergeben und zugleich vorstellen. Bei kleineren Fällen erfolgt die Absprache über die Zusammenarbeit bilateral und ad hoc. Nach den Koordinationsabsprachen halten sich die Behörden gegenseitig über ihre Ermittlungen bzw. über die bei ihnen hängigen Verfahren auf dem Laufenden.

Textbox 11: Begehungsort und Zuständigkeit bei Börsendelikten

Die örtliche Zuständigkeit richtet sich bei beiden Börsendelikten nach Art. 346ff. StGB. Danach sind die Behörden des Orts der Begehung der strafbaren Handlung für die Verfolgung und Beurteilung zuständig. Welche Örtlichkeit im vorliegenden Zusammenhang den Ort der Begehung darstellt, ist zumindest letztinstanzlich bisher noch ungeklärt. In Frage kommen der Ort der Auftragserteilung durch den Kunden, der Sitz der Bank, welche den Auftrag des Kunden entgegen nimmt oder welche den Auftrag an die Börse übermittelt oder der Sitz der Börse selbst, bei der die Transaktion ausgeführt wird. Weitere Anknüpfungspunkte sind denkbar.

³⁷ Vgl. Ziff. 4.4.

Die SWX Swiss Exchange versendet ihre Untersuchungsberichte grundsätzlich an die Untersuchungsbehörde jenes Kantons, in welchem das betreffende Börsenmitglied seinen Sitz hat. Die entsprechenden kantonalen Behörden bieten Hand zu pragmatischen Lösungen und vermieden bislang weitgehend negative Kompetenzkonflikte. In einem Beschluss des Zürcher Obergerichts von 1999 wurde allerdings festgehalten, dass der Ausführungsort vorliegend jener sei, an dem der Täter die Transaktion durchgeführt habe, zum Beispiel also der Ort, von dem aus ein Börsenauftrag telefonisch oder schriftlich erteilt werde.

4.10 Doppelspurigkeiten bei der Geldwäschereibekämpfung

In Sachen Geldwäschereibekämpfung bestehen bei von der EBK überwachten Instituten beträchtliche Doppelspurigkeiten (vgl. Textbox 12): Für die Verfolgung und Ahndung von Verletzungen des Strafgesetzbuches (Geldwäscherei und mangelnde Sorgfalt bei Finanzgeschäften) ist der Strafrichter zuständig, für die Verletzung der Meldepflicht nach Massgabe von Art. 9 GwG dagegen das Finanzdepartement. Verletzungen der Sorgfaltspflichtvereinbarung werden von der privatrechtlich organisierten Aufsichtskommission VSB geahndet. Für die Durchsetzung des EBK-Rundschreibens 98/1 „Geldwäscherei“ bzw. ab dem 1. Juli 2003 der neuen EBK Geldwäschereiverordnung schliesslich ist die EBK direkt zuständig. Dazu kommt, dass die EBK ihrerseits Anzeige bei den zuständigen Stellen erstattet, wenn sie Verletzungen des Strafgesetzbuches, der Meldepflicht oder der VSB feststellt. Eine Sanktion wegen Verletzung des Strafgesetzbuches, der Meldepflicht oder der VSB kann ihrerseits auch dazu führen, dass die EBK ein eigenes Verfahren durchführt. So kann etwa Ursache einer Verletzung der VSB durch eine Bank eine ungenügende Organisation oder ungenügende Schulung des Personals sein.

Textbox 12: Rechtsvorschriften zur Geldwäschereibekämpfung

Bei ihren Massnahmen zur Geldwäschereibekämpfung haben Banken folgende Regelwerke zu beachten:

Strafgesetzbuch: Strafbestimmung für Geldwäscherei (Art. 305^{bis}) und mangelnde Sorgfalt bei Finanzgeschäften (Art. 305^{ter} Abs. 1). Weiter besteht ein Melderecht bei Verdacht auf Geldwäscherei (Art. 305^{ter} Abs. 2). Neu dazu gekommen ist die Strafbarkeit von Unternehmen bei Verletzung von Straftatbeständen des StGB, so auch bei Geldwäscherei und – subsidiär – bei mangelnder Sorgfalt in Finanzgeschäften (Art. 102f. n-StGB).

Geldwäschereigesetz: Meldepflicht bei Wissen oder bei begründetem Verdacht um Geldwäscherei und organisierte Kriminalität (Art. 9 GwG).

EBK-Rundschreiben 98/1 „Geldwäscherei“: Es statuiert u.a. eine Pflicht zur Abklärung ungewöhnlicher Geschäftsbeziehungen und ungewöhnlicher Transaktionen (Ablösung durch die GwV EBK per 1. Juli 2003)

Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken 98: Standesregeln betreffend Identifikation der Vertragspartner und Abklärung des wirtschaftlich Berechtigten (Ablösung durch die VSB 03 per 1. Juli 2003)

Dazu kommen institutsinterne Weisungen, welche die oben aufgeführten Regeln weiter konkretisieren.

Eine klare Abtrennung der Geltungsbereiche von VSB, EBK-Rundschreiben 98/1 bzw. GwV EBK und Art. 305^{ter} Abs. 1 StGB einerseits sowie ein klare Trennung der Schwelle zwischen dem Melderecht nach Art. 305^{ter} Abs. 2 StGB und der Melde-

pflicht nach Art. 9 GwG andererseits ist kaum möglich. Dies führt unter Umständen dazu, dass im selben Fall vier verschiedene Untersuchungen geführt werden und vier unterschiedlich geartete Massnahmen ergriffen bzw. Sanktionen ausgesprochen werden. So kann ein Vorfall bei einer Bank zu einem Strafurteil des kantonalen Richters gegen die Bank und/oder deren Verantwortlichen (zum Beispiel wegen Verletzung von Art. 305^{ter} Abs. 1 StGB), zu einer Konventionalstrafe der Aufsichtskommission VSB gegen die Bank wegen Verletzung der VSB, zu einem Strafbescheid der Verwaltungsstrafbehörde wegen Verletzung der Meldepflicht sowie zu einer Verfügung der EBK wegen der Verletzung von Sorgfaltspflichten oder Bewilligungsvoraussetzungen führen.

Aus Sicht der EBK ist diese Kumulation von Zuständigkeiten und Sanktionsmöglichkeiten unbefriedigend. Dazu kommt, dass gerade im Verhältnis Aufsichts- und Strafrecht aufgrund der unterschiedlichen Ausgestaltung der Verfahrensrechte – Mitwirkungspflicht imungsverfahren und Unschuldsvermutung und Aussageverweigerungsrecht im Strafverfahren – Strafuntersuchungen geeignet sind, das Aufsichtsverfahren zu behindern.³⁸ Abgrenzungsprobleme haben sich auch im Verhältnis von Art. 305^{ter} Abs. 2 StGB und dem Geltungsbereich der VSB ergeben. So hat das Bundesgericht entschieden, dass in einem Fall zwar durchaus die Sorgfaltspflicht, die von der VSB verlangt wird, eingehalten sein kann, es aber dennoch möglich ist, das Vorliegen einer strafbaren Handlung im Sinne des Strafgesetzbuches zu bejahen.³⁹

4.11 Unpraktikable Strafnorm bei der Verletzung von Offenlegungspflichten

Gemäss Art. 20 BEHG hat, wer direkt, indirekt oder in gemeinsamer Absprache mit Dritten Aktien einer Gesellschaft mit Sitz in der Schweiz, deren Beteiligungspapiere mindestens teilweise in der Schweiz kotiert sind, für eigene Rechnung erwirbt oder veräussert und dadurch den Grenzwert von 5, 10, 20, 33 1/3, 50 oder 66 2/3 Prozent der Stimmrechte, unbeschrieben ob ausübbar oder nicht, erreicht, unter- oder überschreitet, dies der Gesellschaft und den Börsen, an denen die Beteiligungspapiere kotiert sind, zu melden. Art. 41 BEHG bedroht allein die vorsätzliche Verletzung dieser Meldepflichten mit Busse. Die Bussandrohung geht dabei bis zum Doppelten des Kauf- oder Verkaufspreises. Die mit der Inkraftsetzung des Börsengesetzes in der Schweiz neu eingeführten Offenlegungspflichten erwiesen sich als gewöhnungsbedürftig; die Verstösse waren zahlreich, erfolgten jedoch in der Regel nicht vorsätzlich, sodass der Verwaltungsstrafatbestand von Art. 41 BEHG nicht erfüllt wurde. Nach einer Schonfrist machte die EBK im Frühjahr 1999 darauf aufmerksam, dass sie angesichts der Bedeutung dieser Pflichten, die für die Sicherstellung der Markttransparenz entscheidend sind, in Zukunft schärfer einschreiten werde. Das Hauptproblem in der Durchsetzung blieb und bleibt allerdings, dass nur eine vorsätzliche Verletzung strafbar ist; eine solche ist indes in diesem Bereich äusserst schwer nachzuweisen. Hinzu kommen die Schwierigkeiten bei der Durchsetzung des Verwaltungsstrafverfahrens.⁴⁰ Schliesslich ist auch die vorgesehene Busse unrealistisch. Die Bussandrohung ist zwar in der Theorie sehr hoch, aber nicht anwendbar bzw. unverhältnismässig, wenn für eine juristische Person gehan-

³⁸ Vgl. die gleiche Problematik bei der Marktaufsicht, Ziff. 4.4

³⁹ Vgl. BGE 125 IV 139

⁴⁰ Vgl. Ziff. 4.2

delt wird. Durch die Schaffung von griffigeren Grundlagen zur Durchsetzung würde die Norm von Art. 20 BEHG und die Arbeit der Offenlegungsstelle der SWX Swiss Exchange bei der Aufdeckung von Verstössen aufgewertet werden.

4.12 Ungenügende rechtliche Abstützung der Selbstregulierungstätigkeit der Börse

Heute ist eher strittig, inwieweit die EBK die Börse veranlassen kann, in einem bestimmten Bereich eine Selbstregulierung zu erlassen oder eine bestehende Regelung anzupassen. Ein klare rechtliche Verankerung einer Weisungskompetenz der EBK als Aufsichtsbehörde über die Börse erscheint daher als geboten. Die Praxis hat gezeigt, dass einer mit genügend Kompetenzen zur Durchsetzung des Emittentenrechts ausgestatteten Börse für die Glaubwürdigkeit von Märkten und Finanzplätzen zentrale Bedeutung zukommt. Diese wird noch erhöht, wenn der Aufsichtsbehörde auch explizit die Möglichkeit eingeräumt wird, einzuschreiten, wenn die auf dem Weg der Selbstregulierung getroffenen Massnahmen unzureichend sind.

Diesbezüglich drängt sich ein Blick über die Grenzen auf: In der Schweiz wird die Zulassung von Effekten zum Börsenhandel durch die Börse im Rahmen der Selbstregulierung geregelt. In der Europäischen Union wird in Zukunft verlangt werden, dass diese Funktion von einer staatlichen Stelle übernommen wird (Revisionsentwurf für die Richtlinie 93/22/EWG)

Für die Zulassung von Effekten zum Handel bei der Schweizer Börse gilt das Kotierungsreglement (KR) der Zulassungsstelle. Das Reglement enthält Sanktionsmittel in der Hand der Zulassungsstelle oder der Disziplinarkommission der Börse (Art. 81 ff. Kotierungsreglement, KR). Deren Sanktionsentscheide können an die Beschwerdeinstanz der Börse (Art. 83 KR) weitergezogen werden. Schliesslich ist der Gang zum Schiedsgericht der Schweizer Börse offen. Die Sanktionsmittel beinhalten namentlich den Verweis, die Publikation erfolgloser Anweisungen, eine Busse bis zu CHF 200'000 und die vorübergehende oder dauernde Dekotierung. Dieses Instrumentarium zur Ahndung von Verletzungen des Kotierungsreglements wie auch anderer Selbstregulierungen der Börse erscheint in schweren Fällen als nicht ausreichend, sondern bedarf einer Unterstützung durch staatliche Aufsichtsmittel.⁴¹

4.13 Unklare rechtliche Grundlagen der Informationstätigkeit der EBK

Heute kommt der Information der Öffentlichkeit über die Aufsichtstätigkeit durch die EBK eine zentrale Bedeutung zu. Einerseits besteht ein grosses Bedürfnis der Öffentlichkeit⁴², Aufsichtspolitik und -praxis der EBK zu kennen, andererseits ist auch die EBK selbst bestrebt, über ihr Wirken zu informieren und ihrem Tun die nötige Breitenwirkung zukommen zu lassen. Dazu gehört auch eine gewollte abschreckende Wirkung. Das grosse Informationsbedürfnis verschiedenster Kreise zeigen auch die grosse Anzahl schriftlicher, telefonischer oder elektronischer Anfragen an die EBK und die Zugriffsstatistik der Homepage der EBK.

⁴¹ Vgl. NZZ vom 13.3.2003: Langwierige Sanktionsverfahren der SWX

⁴² Interessenten sind etwa Überwachte, Anleger, Marktteilnehmer, Behörden, Medienschaffende und Stimmbürger.

Ein besonders reges Interesse der Marktteilnehmer ist jeweils dann feststellbar, wenn Gerüchte über Schwierigkeiten eines überwachten Instituts auftauchen und von einem Eingriff der EBK gesprochen wird. Aus verständlichen Gründen sorgen sich die Anleger gerade in solchen Momenten, ob ihre Gelder noch sicher sind. Viele wenden sich dann direkt an die EBK.

Textbox 13: Veröffentlichungsregeln in der Finanzmarktaufsicht

Art. 23 Abs. 3 BankG verpflichtet die EBK, einen Jahresbericht zu veröffentlichen (vgl. auch Art. 18 R-EBK). Nach Art. 20 R-EBK veröffentlicht die EBK zudem Grundsatzentscheide, welche sie in der Regel anonymisiert.

Art. 23^{ter} Abs. 3 BankG und Art. 35 Abs. 5 BEHG sehen die Veröffentlichung einer vollstreckbaren Verfügung im Schweizerischen Handelsamtsblatt oder in einer andern Form vor, sofern sich die betroffene Partei widersetzlich zeigt und ihr die Veröffentlichung angedroht wurde.

Nach Art. 23 Abs. 3 Satz 3 BEHG erlässt die Übernahmekommission gegenüber den an einem Verfahren Beteiligten Empfehlungen, und kann sie diese veröffentlichen.

Nach Art. 56 Abs. 4 AFG veröffentlicht die Aufsichtsbehörde ihre Praxis in der Auslegung des Gesetzes in Rundschreiben.

Nach Art. 36 VwVG ist die Veröffentlichung einer Verfügung in einem amtlichen Blatt möglich, sofern eine Partei nicht erreichbar ist oder wenn es eine Vielzahl von Parteien gibt.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist die EBK zwar ermächtigt, selbst über die Aufhebung ihres Amtsgeheimnisses zu entscheiden. Dennoch besteht ein Spannungsverhältnis zwischen dem grundsätzlich bestehenden Amtsgeheimnis und dem Interesse der Öffentlichkeit an Informationen über Vorgänge im Finanzdienstleistungssektor sowie dem international anerkannten Transparenzgebot für Finanzmarktaufsichtsbehörden. Besonders heikel ist die Öffentlichkeitsarbeit bei hängigen Verwaltungsverfahren.

Die Information der Öffentlichkeit durch die EBK ist heutige nur unzulänglich geregelt (vgl. Textbox 13). Die drei für die EBK massgebenden Aufsichtsgesetze enthalten weder ein Verbot noch eine Ermächtigung der EBK, über laufende oder abgeschlossene Verfahren unter Erwähnung von Namen zu berichten. Auch das Verwaltungsverfahren des Bundes enthält keine Aussage zur Publikumsöffentlichkeit. Aus rechtlicher Sicht besonders heikel sind jene Fälle, in denen ein Eingreifen der EBK publik geworden ist oder vermutet wird, das Verfahren der EBK aber noch nicht abgeschlossen ist. Wenn Informationen (zum Beispiel durch unfreiwillige oder gezielte Indiskretionen von Verfahrensparteien) an die Öffentlichkeit gelangen, ist die EBK geradezu gezwungen zu informieren, um Gerüchten entgegenzutreten.

Obwohl klare gesetzliche Regelungen zur Information der Öffentlichkeit durch die EBK über durchgeführte und laufende Verfahren fehlen, ist es bereits heute vor allem in wichtigen Verfahren nicht mehr möglich, nicht zu informieren. Dies hat sich gerade im Sommer 2002 gezeigt, als verschiedene Institute aufgrund des Börsenzusammenbruchs in finanzielle Schwierigkeiten gerieten und sich Gerüchte verbreiteten.

Wenn die EBK informiert, ist sie bestrebt, den divergierenden Interessen der Betroffenen, der ihrer Aufsicht unterstehenden Institute und der Gemeinschaft der Anleger bzw. Marktteilnehmer nach Möglichkeit gerecht zu werden. Indessen sind ihrer Informationstätigkeit aufgrund der heutigen Rechtslage engere Grenzen gesetzt, als dies im Lichte der Erfordernisse der Markttransparenz erforderlich wäre.

Ein besonderes Problem stellen veröffentlichte pauschale Verdächtigungen gegen das Bankensystem oder zumindest eine Vielzahl von Banken dar, etwa dann, wenn Strafverfolgungsbehörden ankünden, ein Strafverfahren zu eröffnen (wie zum Beispiel im Fall Abacha). In solchen Fällen kann es notwendig sein, dass die EBK differenziert informiert.

5. Nationales Umfeld

5.1 Vorstösse EBK

Die EBK hat wiederholt auf die Schwierigkeiten hingewiesen, auf die sie bei der Durchsetzung des Finanzmarktaufsichtsrechts gestossen ist. Ein wichtiger Grund dafür ist der Umstand, dass die EBK keine finanziellen Verwaltungssanktionen verhängen kann. Ihr Aufsichtsinstrumentarium ist auf die Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustands ausgerichtet. Was weitgehend fehlt, ist die Möglichkeit, eine Verletzung aufsichtsrechtlicher Vorschriften durch bewilligte Unternehmen, deren Organe oder Angestellte sowie Marktteilnehmer wirksam zu bestrafen. Eine derartige Sanktionsmöglichkeit ist beispielsweise dort zwingend geboten, wo ein bewilligtes Institut aufsichtsrechtliche Vorschriften bewusst verletzt hat, um sich einen Vorteil zu verschaffen.

Die Notwendigkeit, das bestehende Aufsichtsinstrumentarium um ein Sanktionsregime für die Zwecke einer wirksamen Markt- und Institutsaufsicht zu erweitern, hat sich in den letzten Jahren immer stärker gezeigt. Weil eine so einschneidende aufsichtsrechtliche Massnahme wie ein Bewilligungsentzug nur in äusserst schweren Fällen in Frage kommt, kann die EBK heute einzelne gravierende Verfehlungen nicht mit der gebotenen Schärfe ahnden. Auf diese konzeptuelle Schwäche im geltenden Aufsichtsrecht der EBK wurde u.a. im Bericht über ihre Untersuchungen zu den Abacha-Geldern in der Schweiz hingewiesen. Die EBK regte schon damals an, es sei zu prüfen, ob – neben der noch nicht in Kraft getretenen Strafbarkeit der juristischen Person nach den Art. 102 f. n-StGB – weitere verwaltungsrechtliche Sanktionsmöglichkeiten zu schaffen seien. An der Jahresmedienkonferenz vom 25. April 2002 machte die EBK zudem auf die unbefriedigende Situation bei der Marktaufsicht aufmerksam. Sie erwähnt insbesondere die problematisch enge Abfassung der Straftatbestände für Insiderdelikte und Kursmanipulation sowie die fehlende Kompetenz der EBK, Marktmissbrauch generell zu regeln und auch gegenüber nicht regulierten Marktteilnehmern durchzusetzen.

5.2 Arbeitsgruppe Uster

Unter den kantonalen Strafbehörden kamen Ende der Neunziger Jahre Gespräche in Gang, eine Koordination oder gar Zusammenlegung von Strafuntersuchungen bei Insider- und Kursmanipulationsverfahren zu erreichen. Zur Diskussion stand aber auch eine ausschliessliche Zuständigkeit einer zentralen Untersuchungsbehörde. Die Kommission für organisierte Kriminalität und Wirtschaftskriminalität (Kommission OKWK) der Konferenz der kantonalen Justiz- und Polizeidirektoren setzte schliesslich am 22. Januar 2001 eine gemeinsame Arbeitsgruppe der Kommission OKWK und der Konferenz der Strafverfolgungsbehörden der Schweiz unter Einbezug der EBK, der SWX Swiss Exchange, der Bundesanwaltschaft und der Bundeskriminalpolizei ein. Aufgabe dieser Arbeitsgruppe ist es, Fragen einer neuen (zentralisierten) Zuständigkeitsregelung, mithin einer Lösung auf Konkordatsbasis oder einer Bundeskompetenz für die Strafverfolgung von Börsendelikten sowie Fragen einer materiellen Gesetzesänderung zu prüfen. Die Arbeitsgruppe favorisiert eine zentrale Zuständigkeit der EBK und tritt für eine Verschärfung der Straftatbestände ein. Die Arbeiten sind zur Zeit noch im Gange.

5.3 Expertengruppe Finanzmarktaufsicht

Dass Handlungsbedarf besteht, haben auch andere Gremien festgestellt: In ihren Schlussbericht vom November 2000 hatte die vom Finanzdepartement eingesetzte Expertengruppe Finanzmarktaufsicht unter dem Vorsitz von Prof. Zufferey eine Empfehlung aufgenommen, wonach der Gesetzgeber die Interventionsmöglichkeiten verstärken sollte, über welche die Aufsichtsbehörde im Fall von unzulässigem und schädlichem Verhalten verfügt. Die Expertengruppe empfiehlt weiter, die Möglichkeiten der kantonalen Strafbehörden zu verbessern, um mit den Aufsichtsbehörden zusammenzuarbeiten, sowie verwaltungsrechtliche Sanktionen zu entwickeln.

5.4 Financial Sector Assessment Program

Experten des Internationalen Währungsfonds (IWF) hatten anlässlich des im November 2001 in der Schweiz durchgeführten Financial Sector Assessment Program (FSAP) empfohlen zu prüfen, ob die Aufsichtsbehörde nicht über eine Möglichkeit verfügen sollte, verwaltungsrechtliche Sanktionen wie Bussen sowohl gegenüber Instituten wie auch Institutskadern zu verhängen. Darüber hinaus solle eine rechtliche Basis für die Information der Öffentlichkeit über Verfahren geschaffen werden. Verwaltungsrechtliche Sanktionen im oben erwähnten Sinn sollten nach Meinung der IWF-Experten sowohl bei der Verletzung prudentieller Vorschriften wie auch bei der Verletzung von Bestimmungen zur Bekämpfung der Geldwäscherei verhängt werden können. Schliesslich empfahl der IWF auch einen Ausbau der Sanktionen im Bereich der Marktaufsicht⁴³.

5.5 Expertenkommission Zimmerli

Die Expertenkommission zur gesetzgeberischen Umsetzung des Schlussberichts der Expertengruppe Finanzmarktaufsicht (Expertenkommission Zimmerli) ist u.a. beauftragt, den Sanktionenkatalog (Einziehung, Verwaltungsbussen etc.) zu prüfen

⁴³ Vgl. Ziff. 6.1

und gegebenenfalls gesetzliche Bestimmungen zur Erweiterung und Verstärkung zu erarbeiten. Dabei hat die Expertenkommission die Kompatibilität mit den entsprechenden Bestimmungen der EU sowie die Resultate und Empfehlungen des FSAP zu berücksichtigen.

6. Internationales Umfeld

6.1 IOSCO

Ein zentrales Projekt der Internationalen Organisation der Effektenhandelsaufseher (International Organization of Securities Commissions, IOSCO) bildet die Umsetzung der Ziele und Prinzipien der Effektenhandelsaufsicht (Objectives and Principles of Securities Regulation), welche an der Jahresversammlung 1998 verabschiedet wurden. Der entsprechende Bericht formuliert und erläutert insgesamt 30 Grundsätze der Marktaufsicht und -regulierung auf Basis der drei fundamentalen Zielsetzungen Anlegerschutz, Sicherstellung fairer, effizienter und transparenter Märkte sowie Minderung systemischer Risiken. Er orientiert sich an wesentlichen Grundsätzen wie Transparenz, Verbot unfairen Handelspraktiken sowie klarer Identifikation und Handhabung von Risiken. Im Hinblick auf eine möglichst hohe Verbindlichkeit und wirksame Umsetzung in den einzelnen Ländern wird die Implementierung dieser Grundsätze von der IOSCO begleitet und sichergestellt. Die IOSCO arbeitet zudem eng mit andern internationalen Finanzinstitutionen wie dem IWF zusammen, die ihrerseits die „Ziele und Prinzipien“ als Arbeitsgrundlage für ihre Tätigkeit verwenden.⁴⁴

Verschiedene der 30 Grundsätze der Marktaufsicht befassen sich mit der Frage, inwiefern die zuständigen Aufsichtsbehörden adäquate Kompetenzen und Instrumente besitzen, um eine effiziente und glaubwürdige Aufsicht sicherstellen und durchsetzen zu können. Die entsprechenden Kriterien zur Erfüllung der gestellten Anforderungen messen sich an der Art und Weise, wie griffig die jeweiligen Sanktionsmöglichkeiten (Bussen, Einzug ungerechtfertigter Gewinne usw.) gegen Marktmissbräuche (Insiderhandel, Marktmanipulation usw.) ausgestaltet sind.

Der Implementierungsprozess der IOSCO ist zur Zeit noch im Gang. Im Rahmen des FSAP hat der IWF aber seine Beurteilungen bereits auf der Grundlage der IOSCO Self Assessment Questionnaires vorgenommen. Im Bereich der Sanktionen stellt er regulatorische Schwächen des schweizerischen Aufsichtssystems fest und empfiehlt eine Stärkung der Aufsicht durch eine Erweiterung der Sanktionsbefugnisse der EBK. Im Gegensatz zu ausländischen Behörden kann die EBK keine verwaltungsrechtlichen Bussen aussprechen. Ungenügend sind aber auch die Sanktionsmöglichkeiten zur Ahndung des Marktmissbrauchs, insbesondere gegenüber nicht der EBK unterstellten Unternehmen und Personen. Darin sieht der IWF nicht zu Unrecht einen Mangel, da zur wirksamen Durchsetzung von Aufsichtsregeln ein geeigneter Sanktionenkatalog unabdingbar ist.

⁴⁴ Zum Beispiel der IWF für die „Financial Sector Assessment Programs“; vgl. Ziff. 5.4

6.2 EU-Insider- und Marktmissbrauchsrichtlinie

Mit der Insiderrichtlinie 89/592/EWG bestehen in der Europäischen Union (EU) auf Gemeinschaftsebene seit 1989 koordinierte Vorschriften für Insidergeschäfte. Dieser Regulierungsbereich wird zurzeit überarbeitet. Gemäss dem Vorschlag des Rates und des EU-Parlaments für eine neue Richtlinie über Insidergeschäfte und Marktmanipulation, der sogenannten Marktmissbrauchsrichtlinie, sollen einerseits die geltenden Vorschriften über Insidergeschäfte angepasst und andererseits neu eine gemeinschaftsrechtliche Normierung betreffend Marktmanipulation erlassen werden. Im Frühjahr 2002 kam im EU-Rat die politische Einigung über diesen Richtlinienentwurf zustande. Das europäische Parlament hat im Oktober die Richtlinie in zweiter Lesung mit Kleinstkorrekturen verabschiedet. Am 3. Dezember 2002 nahm der Rat nach Billigung aller Abänderungen des Europäischen Parlaments die Richtlinie an. Nach der Veröffentlichung im Amtsblatt wird sie sodann in Kraft treten.

Die heute geltende EU-Insiderrichtlinie normiert – ähnlich wie der schweizerische Straftatbestand – ein Ausnützungsverbot für Primärinsider (im Sinne eines Sonderdelikts), ein Weitergabeverbot vom Primärinsider an Dritte sowie schliesslich ein Ausnützungsverbot für Dritte, welche Kenntnis einer Insider-Information erhalten haben. Anders als in Art. 161 StGB ist die EU-Regulierung aber offen und abstrakt ausgestaltet und erfasst daher deutlich mehr Tatbestände: Das EU-Recht kennt insbesondere keine thematische Beschränkung der Insider-Information. Abgestellt wird alleine auf das Kriterium der Kursrelevanz, d.h. auf die Frage, ob die Information geeignet ist, den Kurs bei Bekanntwerden erheblich zu beeinflussen. Dabei geht es auch hier ausschliesslich um Informationen, die Primärinsidern aufgrund ihrer Beziehung zur fraglichen Gesellschaft zugänglich sind und damit um Informationen die der „Innensicht“ eines Unternehmens entstammen. Die Weitergabe der Insider-Information an einen Dritten wird in der Richtlinie auf abstrakte Weise verboten. Ein daraus entstehender Vermögensvorteil oder eine entsprechende Absicht ist nicht erforderlich.⁴⁵ Die Richtlinie verbietet ferner explizit die reine Kauf- oder Verkaufsempfehlung des Primärinsiders an einen Dritten (d.h. ohne Weitergabe der zugrundeliegenden Information). Die Mitgliedstaaten sollen auf ihrem Territorium begangene Börsendelikte auch dann verfolgen, wenn der gehandelte Titel nur in einem anderen Mitgliedstaat zum Handel zugelassen ist.⁴⁶

Die neue EU-Marktmissbrauchsrichtlinie wird einige Anpassungen der bestehenden Insiderregulierung bringen: Neu wird der Begriff „Wertpapiere“ durch „Finanzinstrumente“ ersetzt, damit dem Aufkommen neuartiger Finanzprodukte Rechnung getragen werden kann. Künftig sollen die Vorschriften zu den Insidergeschäften und der Marktmanipulation auch missbräuchliche Aktivitäten auf dem Primärmarkt umfassen. Die wichtigste Neuerung besteht darin, dass ein Missbrauchsverbot für eine neue Kategorie von Primärinsidern eingeführt wird, nämlich solche, die aufgrund ihrer kriminellen Tätigkeit Kenntnis einer Insidertatsache haben. Damit wird namentlich auch dem Kampf gegen Terrorismusfinanzierung Rechnung getragen.

⁴⁵ Generell ist bei keiner der drei Tatbestandsvarianten ein Vermögensvorteil als Erfolg gefordert. Das Delikt ist somit vollendet, auch wenn der beabsichtigte Vermögensvorteil beim Täter nicht eintritt.

⁴⁶ Art.161 StGB beschränkt die Strafbarkeit auf Tathandlungen mit in der Schweiz kotierten Titeln.

Die neue Richtlinie sieht auch Neuerungen und Pflichten im Bereich der Emittenten vor: Die Emittenten werden zur Bekanntgabe von Insider-Informationen (Ad hoc Publizität) und zur Führung einer Liste über Personen mit Zugang zu Insider-Informationen verpflichtet. Für Organe von Emittenten wird eine Meldepflicht bezüglich privater Transaktionen in den Titeln des Emittenten statuiert. Die entsprechenden Meldungen sind zu veröffentlichen. Als wichtige Neuerung ist ferner eine Meldepflicht der Finanzintermediäre für Transaktionen vorgesehen, bei denen der begründete Verdacht besteht, dass es sich dabei um Insidergeschäfte oder manipulative Geschäfte handelt.

Die Marktmissbrauchsrichtlinie⁴⁷ erfasst nun neu und auf äusserst weitgehende Weise alle möglichen und heute bekannten Formen von Marktmanipulationen. So werden namentlich im Sinne eines Auffangtatbestands im relevanten Artikel generell weitere „sonstige Kunstgriffe und Formen der Täuschung“ verboten. Der Entwurf stellt bei der Definition und der Formulierung des Verbots der Marktmanipulation alleine auf das Verhalten der betreffenden Personen und nicht auf deren Vorsatz oder Ziele ab. Ausschlaggebend ist demnach nur, ob eine Verfälschung des Marktes oder die Möglichkeit einer solchen besteht. Im Sinne einer Beweislastumkehr wird aufgefallenen Marktteilnehmern die Möglichkeit gegeben aufzuzeigen, dass die betreffenden Transaktionen oder Aufträge rechtmässig sind. Die äusserst weitgehende Definition und vor allem die Loslösung von subjektiven Tatbestandselementen sprengt wohl den Rahmen einer im Bereich des Strafrechts möglichen Regulierung auf Stufe der Mitgliedstaaten.

Als wichtige Vorgabe namentlich im Hinblick auf die überstaatliche Zusammenarbeit und eine einheitliche Anwendung in der Gemeinschaft verlangt die Richtlinie dann auch, dass pro Mitgliedland eine einzige zuständige verwaltungsrechtliche Aufsichtsbehörde die Anwendung der Richtlinie gewährleistet. Diese Behörde hat mit einer Reihe von Mindestaufsichts- und Ermittlungsbefugnissen ausgestattet zu sein.⁴⁸ Zu diesen Befugnissen gehört mindestens das Recht: a) Unterlagen aller Art einzusehen; b) von jedermann Auskünfte oder Zeugenaussagen zu verlangen; c) Ermittlungen vor Ort durchzuführen; d) Aufzeichnungen von Telefongesprächen und Datenübermittlungen anzufordern; e) das Einfrieren und die Beschlagnahme von Finanzanlagen zu beantragen und f) ein vorübergehendes Verbot der Ausübung der Berufstätigkeit zu beantragen.

Ferner wird festgesetzt, dass, neben allfälligen strafrechtlichen Sanktionen, auch im Verwaltungsverfahren Sanktionen vorzusehen und zu verhängen sind. Da gemäss EU-Vertrag die Gemeinschaft nicht zuständig ist, Sanktionen zu harmonisieren, wird im Entwurf lediglich festgehalten, dass die Sanktionen, welche bei Verstössen zwingend angeordnet werden müssen, wirksam, verhältnismässig und abschreckend sein sollen. Die Verhängung von Sanktionen ist sodann öffentlich bekannt zu geben (es sei denn, die Bekanntgabe würde die Stabilität der Finanzmärkte erheblich gefährden oder den Beteiligten unverhältnismässig stark schaden).

⁴⁷ Vgl. den publizierten Richtlinien-Vorschlag: <http://www.europa.eu.int/eur-lex/pri/de/oj/dat/2002/ce228/ce22820020925de00190033.pdf>

⁴⁸ Die Durchsetzung dieser Befugnisse kann allenfalls in Zusammenarbeit mit anderen Behörden oder Gerichten erfolgen.

Schliesslich schreibt die Richtlinie den Mitgliedstaaten vor, von den Börsenbetreibern zu verlangen, sich so zu organisieren, sie, dass Marktmanipulationen nach Möglichkeit verhindert oder aufgedeckt werden können. Für den Bereich der Tätigkeit von Finanzanalysten haben die Mitgliedstaaten eine angemessene Regulierung vorzusehen, welche namentlich sicherstellt, dass Analysen und Empfehlungen auf eine faire Weise veröffentlicht werden und allfällige Interessenkonflikte offengelegt werden.

Textbox 14: Abgrenzung zwischen der beschlossenen EU-Insiderregulierung und Art. 161 StGB

Thematische Eingrenzung der Insidertatsache gemäss Art. 161 Abs. 3 StGB. Die EU-Marktmissbrauchsrichtlinie stellt alleine auf die potentielle spürbare Kursrelevanz der Information ab.

Die Verschaffung eines Vermögensvorteils ist im EU-Recht nicht erforderlich zur Erfüllung des Tatbestands.

Die reine Empfehlung (der unbegründete Rat) des Primärinsiders an den Dritten, Transaktionen vorzunehmen, ist in der Schweiz gemäss überwiegender Lehre weder für den Empfehlenden noch für den ausnutzenden Dritten strafbar.

Das EU-Recht statuiert ein Missbrauchsverbot für Personen, die aufgrund ihrer kriminellen Tätigkeit Kenntnis einer Insidertatsache erlangen.

Die Insiderregulierung der EU erfasst auch Transaktionen auf dem Primärmarkt.

Die Insiderregulierung der EU ist anwendbar, sofern ein entsprechendes Finanzinstrument in mindestens einem Mitgliedstaat zum Handel zugelassen ist. Art. 161 StGB ist beschränkt auf den Handel mit in der Schweiz kotierten Titeln.

Auch im Rahmen der Aufsicht über Effekthändler und Börsen, d.h. im Bereich der Institutsaufsicht, beabsichtigt die EU, für die zuständigen Aufsichtsbehörden weitgehende Ermittlungsbefugnisse sowie die Möglichkeit der Verhängung von Verwaltungsstrafen einzuführen:

Textbox 15: EU-Richtlinie über Wertpapierdienstleistungen und geregelte Märkte (Entwurf)⁴⁹:

Der Richtlinienentwurf der Kommission vom 19. November 2002 stipuliert und harmonisiert auf Gemeinschaftsebene Regeln über die Erstzulassung und die Tätigkeitsbedingungen von *Wertpapierhäusern*, einschliesslich der sog. Wohlverhaltensregeln. Ferner werden Bedingungen harmonisiert, die den Betrieb *geregelter Märkte* festlegen. Für Wertpapierhäuser sollen in Zukunft folgende Bestimmungen EU-weit gelten:

Die Bedingungen für die Erstzulassung, einschliesslich organisatorischer Anforderungen.

Allgemeine Bedingungen für die Ausübung der Tätigkeit, einschliesslich der Ermittlung und des Managements von Interessenkonflikten.

Die Pflichten der Wertpapierhäuser bei der Erbringung von Dienstleistungen für ihre Kunden, einschliesslich Wohlverhaltensregeln, Verpflichtung zur bestmöglichen Ausführung und Vorschriften für die Bearbeitung von Kundenaufträgen.

⁴⁹ KOM(2002) 625 endg.; <http://www.europa.eu.int/eur-lex/de/com/pdf/2002/com2002>

Die Verpflichtung zur Wahrung von Markteffizienz und -integrität einschließlich Transparenz.

Die Mitgliedstaaten sollen für die Durchsetzung der in dieser Richtlinie festgelegten weit reichenden Verpflichtungen mehrere zuständige Behörden benennen können. Diese Behörden sollen mit vergleichbaren *Ermittlungsbefugnissen* wie die zur Umsetzung der Marktmissbrauchsrichtlinie zuständige Behörde ausgestattet sein. Ferner sollen diese Behörden befugt sein, *Verwaltungssanktionen* gegen Personen auszusprechen, welche für eine Missachtung der nach der Richtlinie erlassenen Vorschriften verantwortlich sind.

6.3 UK Code of Market Conduct

Im November 2001 trat in Grossbritannien der Financial Services and Markets Act 2000 (FSMA) in Kraft, welcher die gesetzliche Grundlage für ein neues „Market Abuse Regime“ schuf. Gestützt auf diese Grundlage erliess die UK Financial Services Authority (FSA) einen „Code of Market Conduct“, in welchem gemäss der gesetzlichen Vorgabe den Marktteilnehmern Leitlinien darüber gegeben werden, welche Verhaltensweisen Marktmissbrauch darstellen und welche nicht. Der Code ist auf alle Marktteilnehmer anwendbar, d.h. nicht nur auf der Aufsicht der FSA unterstellte Finanzintermediäre.

Der Code basiert auf dem Prinzip eines „Regular user test“; d.h. sinngemäss, dass generell jedes Verhalten an einem allgemein akzeptierten und objektivierten Standard von Fairness und Transparenz gemessen wird, dessen Einhaltung von den Marktteilnehmern vernünftiger- und üblicherweise erwartet wird.⁵⁰ Es wird alsdann unterschieden zwischen den Kategorien „Misuse of information“, „False or misleading impressions“ und „Distortion“. Zu jeder dieser Kategorie gibt es Beschreibungen von „Safe harbours“, d.h. von Verhaltensweisen und Vorkehrungen, die nicht zu einer Qualifikation als Marktmissbrauch führen. Verstösse gegen den Code werden primär nach dem mit dem FSMA 2000 ebenfalls neu eingeführten Sanktionsregime durch die FSA geahndet.⁵¹

7. Verfahrensgarantien bei Verwaltungssanktionen

7.1. Verwaltungssanktionsverfahren als Strafverfahren im Sinne der EMRK

Bei Verwaltungsverfahren sind Verfahrensgarantien zu beachten. Die Verfahrensgarantien unterscheiden sich je nachdem, ob ein Zivilverfahren oder ein Strafverfahren im Sinne der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) vorliegt.⁵²

⁵⁰ Der UK „Regular user test“ wird jedoch nicht vom Vorschlag des Rates und des EU-Parlaments für eine neue Richtlinie über Insidergeschäfte und Marktmanipulation (vgl. Ziff. 6.2) übernommen.

⁵¹ Vgl. Ziff. 7

⁵² Gemäss Wortlaut des Art. 6 EMRK gelten die Verfahrensgarantien für Verfahren, in denen über zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen einer Person sowie in allen Verfahren, in welchen über die Stichhaltigkeit der gegen eine Person erhobenen straf-

Für Strafverfahren gelten erhöhte Verfahrensgarantien. Insbesondere ist hier die Unschuldsvermutung zu beachten. In engem Zusammenhang mit der Garantie, dass der Angeklagte nicht seine Unschuld beweisen muss, steht der Anspruch darauf, nicht gegen sich selber aussagen zu müssen (Schweigerecht des Angeschuldigten). Dieses Recht gilt gleichermaßen in einfachen wie in komplexen Straffällen und erstreckt sich auch auf Aussagen oder Unterlagen, die vor Anhebung der Strafuntersuchung gemacht bzw. zusammengetragen wurden.⁵³ In diesem Punkt geht die EMRK weiter als die Bundesverfassung, da sie auch, abhängig von deren jeweiligen spezifischen Natur, Verwaltungssachen erfassen kann.

Die Verfahren auf Erlass einer Verwaltungssanktion müssen den erhöhten Verfahrensgarantien für Strafverfahren genügen, dies schon nur aufgrund der Höhe der vorgeschlagenen Verwaltungssanktionen.⁵⁴ Anders als bei ordentlichen Disziplinarstrafen geht es hier um substantiell hohe Bussen.⁵⁵ Vorgeschlagen werden Bussen von bis zu CHF 5 Mio. für natürliche Personen und von bis zu CHF 50 Mio. für juristische Personen (vgl. Anhang). Zur Qualifizierung der Verfahren auf Erlass von Verwaltungssanktionen im Ausland, vgl. Textbox 16.

Textbox 16: Qualifizierung der Verfahren auf Erlass von Verwaltungssanktionen im Ausland

In Grossbritannien wird das ordentliche Disziplinarverfahren anders als das Market abuse-Verfahren nicht als Strafverfahren im Sinne der EMRK betrachtet, obwohl auch hier finanzielle Sanktionen ausgesprochen werden können. Somit gilt das Verbot der Selbstbelastung in ordentlichen Disziplinarverfahren nicht. Dies wurde auch gerichtlich bestätigt (Fall Fleurose). Insbesondere wird dies damit begründet, dass die Höhe der Bussen nicht uneingeschränkt ist.

In Frankreich entschied der Cour d'appel von Paris in einem Urteil vom 7. März 2000 i.S. KPMG, dass Art. 6 Abs. 2 EMRK auf das Verwaltungsverfahren der Commission des Opérations de Bourse (COB) anwendbar ist, in welchem die COB Strafen in der Höhe von FF 10 Mio. anordnen darf.

Die heutigen Verwaltungsverfahren der EBK müssen den erhöhten strafrechtlichen Standards nicht genügen. Je nach Gegenstand sind jedoch die Standards der EMRK für Zivilverfahren zu beachten. Darunter fallen Verfahren auf Bewilligungsentzug, Liquidation, Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit und Berufsverbot für Händler, dies weil das Recht des Betroffenen, seinen Beruf auszuüben, eingeschränkt wird.

rechtlichen Anklage entschieden wird. Doch wurde der Geltungsbereich der Konvention vom Europäischen Gerichtshof auf Teile des Verwaltungsrechts ausgedehnt.

⁵³ Vgl. Ziff. 4.4

⁵⁴ Was als strafrechtliche Anklage zu gelten hat, beurteilt sich nach folgenden drei Kriterien: Zunächst wird geprüft, ob die (angeblich) verletzte Regelung landesintern dem Strafrecht zugeordnet wird. Handelt es sich nach der entsprechenden rechtstechnischen Qualifikation nicht um ein Strafverfahren, so ist – angesichts der autonomen Definition der „strafrechtlichen Anklage“ im Sinne von Art. 6 EMRK – die „wahre Natur“ des Tatbestandes unter Berücksichtigung von Art und Ziel der Sanktion zu ermitteln. Erscheint das Verfahren auch unter diesem Gesichtspunkt nicht als strafrechtlich, so bleibt aufgrund der Schwere der Sanktion zu beurteilen, ob diese eine Strafe darstellt.

⁵⁵ Vgl. Bundesgerichtsentscheid 2P/27/2002 vom 8.8.2002 und Tobias Jaag, Verwaltungsrechtliche Sanktionen und Verfahrensgarantien der EMRK in Festschrift für Stefan Trechsel, 1992.

Grundsätzlich fallen auch juristische Personen unter den Geltungsbereich der Konvention, sofern diese nach den materiellen Bestimmungen der EMRK Rechte beanspruchen können, da gemäss herrschender Lehre die Umschreibung des persönlichen Geltungsbereichs von Art. 6 EMRK natürliche und juristische Personen umfasst.⁵⁶

7.2 Merkmale eines fairen Verfahrens

Die verfahrensrechtlichen Garantien nach der Bundesverfassung und der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) verlangen ein faires und zügiges Verfahren. Jede Person hat in Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung, auf Beurteilung innert angemessener Frist und auf rechtliches Gehör. Verfügt eine Person nicht über die erforderlichen Mittel, so hat sie Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Soweit es zur Wahrung ihrer Rechte notwendig ist, hat sie ausserdem Anspruch auf unentgeltlichen Rechtsbeistand.

Aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör folgt nicht zwingend die Teilnahme der Parteien am Verfahren über zivilrechtliche Ansprüche, dennoch können bestimmte Streitigkeiten oder bestimmte Umstände eine persönliche Anhörung erforderlich machen und zur Wahrung eines fairen Verfahrens geboten sein (z.B. Entmündigungsverfahren). Gemäss der heutigen Rechtsprechung zu Zivilverfahren der EBK ist die mündliche Anhörung der Parteien durch die Kommission nicht nötig.⁵⁷ Im Strafverfahren ist die persönliche Teilnahme des Angeklagten an der Hauptverhandlung ein fundamentales Element des Rechts auf ein faires Verfahren. Insbesondere das Recht auf Verteidigung in eigener Person setzt die persönliche Teilnahme des Angeklagten voraus. Somit ist auch in einem Verfahren auf Erlass einer Verwaltungsanktion die Möglichkeit der persönlichen Teilnahme des Angeklagten zwingend vorzusehen. Dies würde weitgehend der heutigen Praxis der Wettbewerbskommission entsprechen, welche in einem Verfahren nach direkter Anhörung und Befragung der Parteien über die Anträge der Geschäftsleitung der Aufsichtsbehörde entscheidet.⁵⁸

7.3 Öffentliche Beratung einer unabhängigen Urteilsbehörde

Der Anspruch auf faires Verfahren wird ergänzt durch das Gebot der Unparteilichkeit und Unabhängigkeit des entscheidenden Gerichts, das auf Gesetz zu beruhen hat. Gerichtsverhandlung und Urteilsverkündung⁵⁹ sind öffentlich, doch kann das Gesetz Ausnahmen vorsehen.⁶⁰ Auch kann der Betroffene jederzeit vor jeder Instanz ausdrücklich oder stillschweigend auf die öffentliche Verhandlung verzichten.

⁵⁶ Vgl. Carlo Bertossa, Unternehmensstrafrecht – Strafprozess und Sanktionen, Bern 2003, S. 131ff. In diesem Sinne entschied auch die Kommission im Fall Société Stenuit vs. Frankreich, EuGRZ 1991, S. 506f

⁵⁷ Urteil Biber, EBK-Bulletin 40/2000 S. 52f.. Auf dieses Urteil wurde zudem in den Bundesgerichtsentscheiden 2A.349/2001 und 2A.65/2002 Bezug genommen.

⁵⁸ Vgl. Botschaft über die Änderung des Kartellgesetzes vom 7. November 2001, Sonderdruck, S. 20. Vgl. auch Astrid Waser, Grundrechte der Beteiligten im europäischen und schweizerischen Wettbewerbsverfahren, 2002, S. 293.

⁵⁹ Das heisst mindestens das Verlesen des Urteildispositivs.

⁶⁰ Im 2. Satz von Art. 6 Abs. 1 EMRK werden die Fälle des Ausschlusses der Öffentlichkeit aufgezählt.

Eine solche Verzichtserklärung muss unmissverständlich sein und darf nicht gegen gewichtige öffentliche Interessen stossen.⁶¹

Öffentlichkeit bedeutet nicht nur Parteien-, sondern auch Publikumsöffentlichkeit. Die Partei hat ein Recht auf Publikumsöffentlichkeit, kann aber auch darauf verzichten. Der öffentliche Charakter von Verfahren vor gerichtlichen Entscheidungsorganen schützt die Verfahrensbeteiligten gegen eine der öffentlichen Kontrolle entzogene Geheimjustiz. Durch die Sichtbarmachung des Verfahrensgeschehens dient der Grundsatz der Öffentlichkeit dazu bei, den Zweck des Art. 6 EMRK zu verwirklichen, nämlich ein faires Verfahren sicherzustellen.

Das erstinstanzliche Verfahren muss nicht zwingend öffentlich sein.⁶² Doch muss bei mehrinstanzlichen Verfahren mindestens vor einem Gericht, das den Sachverhalt und die Rechtsfragen voll überprüfen kann, eine öffentliche Verhandlung durchgeführt werden. Eine öffentliche Verhandlung in zweiter Instanz ist jedoch entbehrlich, wenn der Fall ohne Beeinträchtigung des Prinzips eines fairen Verfahrens aufgrund der Aktenlage entschieden werden kann und vorausgesetzt, dass in erster Instanz eine öffentliche Verhandlung durchgeführt wurde. Ist das Verfahren vor der ersten Instanz nicht öffentlich, muss ein öffentliches Verfahren später nachgeholt werden, sofern eine Partei dies verlangt.

Als Rechtsmittel gegen Verfügungen der EBK steht heute die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht beziehungsweise, nach Umsetzung der im Parlament hängigen Reform der Bundesrechtspflege, die Beschwerde an das neue Bundesverwaltungsgericht mit Weiterzugsmöglichkeit an das Bundesgericht offen. Vorgesehen ist, dass, soweit zivilrechtliche Ansprüche oder strafrechtliche Anklagen im Sinne von Artikel 6 EMRK zu beurteilen sind, auf Antrag einer Partei oder wenn gewichtige öffentliche Interessen es rechtfertigen, eine öffentliche Parteiverhandlung anzuordnen ist. Der Entscheid wird öffentlich verkündet oder aufgelegt, auch wenn keine öffentliche Parteiverhandlung stattgefunden hat.⁶³

Nachteil der Lösung eines erstinstanzlichen öffentlichen Verfahrens ist, dass die Durchführung eines solchen gegenüber dem heutigen Verwaltungsverfahren einen beträchtlichen Mehraufwand bedingt. Als Vorteil ist dagegen zu nennen, dass das Rechtsmittelverfahren nicht mehr öffentlich zu führen ist, was letztendlich zu einer Beschleunigung des Gesamtverfahrens führt, da sowohl das Bundesgericht als auch das durch die Reform der Bundesrechtspflege zu schaffende Bundesverwaltungsgericht bei Verwaltungssanktionen öffentliche Verfahren betreffend eine Materie durchzuführen müssten, welche ausserhalb des normalen Bundesverwaltungsrechts liegt.

Weiter stellt sich die Frage nach den Mindestanforderungen, welche ein Organ erfüllen muss, damit es als Gericht bezeichnet werden kann. Zivil- und Strafverfahren

⁶¹ Art. 37 Verwaltungsgerichtsgesetz wäre einzuschränken, vgl. Entwurf (Anhang).

⁶² Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes ist ein Gericht, das normalerweise keine öffentliche Verhandlung durchführt, aufgrund von Art. 6 Abs. 1 EMRK nicht verpflichtet, ohne entsprechenden Antrag einer Partei eine öffentliche Parteiverhandlung durchzuführen, es sei denn, gewichtige öffentliche Interessen würden dies gebieten, Urteil EGMR v. 24.6.93 Schuler-Zgraggen c. CH Ziff. 58.

⁶³ Art. 37 Abs. 1 Verwaltungsgerichtsgesetz

sind zwingend durch ein Gericht zu beurteilen.⁶⁴ Doch verlangen die Verfahrensgarantien nur, dass eine Instanz angerufen werden kann, die diese Anforderungen erfüllt, d.h. unabhängig sowohl Rechtsfragen als auch Tatfragen umfassend überprüfen kann.

Ein Organ gilt nach der Europäischen Menschenrechtskonvention als Gericht⁶⁵, wenn folgende Elemente gegeben sind:

- Funktionale, personelle und organisatorische Unabhängigkeit von den anderen staatlichen Gewalten und von den Parteien.
- Unparteilichkeit und Unbefangenheit der Richter: Die Tatsache allein, dass Mitglieder eines Gerichts von einem Exekutivorgan ernannt werden, stellt ihre Unabhängigkeit und Unparteilichkeit nicht in Frage, solange die Ernannten ihr richterliches Amt in ihrer individuellen Kapazität ausüben und gesetzlich festgelegt ist, dass sie insofern keinen Weisungen unterliegen.
- Wahl der Richter auf Amtsdauer: Wesentlich ist, dass die Richter für die Dauer ihrer Amtszeit von Gesetzes wegen oder zumindest faktisch unansetzbar sind.
- Vorliegen tatsächlicher Entscheidbefugnisse: Das Organ hat auf der Grundlage von Rechtsnormen alle in seine Zuständigkeit fallenden Fragen zu entscheiden.
- Vorliegen eines ordnungsgemässen Verfahrens, das elementare Verfahrensgrundsätze gewährt, wie etwa das Recht auf persönliche Teilnahme am Verfahren und die Öffentlichkeit des Verfahrens.

Wird entsprechend der Regelung bei der UK Financial Services Authority (vgl. Textbox 17) ein unabhängiges Sanktionskomitee geschaffen, sind die Mindestanforderungen erfüllt, damit ein Organ als Gericht im Sinne der EMRK bezeichnet werden kann. Die Einführung eines solchen Sanktionskomitees ist zwingend, wenn die Aufsichtsbehörde als einzige Instanz ein öffentliches Verfahren durchführen will.

Textbox 17: "Regulatory decisions committee" der FSA

Die Entscheidungen werden im ordentlichen Disziplinarverfahren (kann auch Bussen verhängen) und im Market abuse-Verfahren durch ein von der UK Financial Services Authority (FSA) Linienstruktur abgetrenntes "regulatory decisions committee" (RDC) getroffen.

⁶⁴ Gemäss Art. 6 EMRK. Zu beachten ist, dass Art. 30 BV enger gefasst ist. Eine Person hat nur dann Zugang zu einem unabhängigen Gericht, wenn ein solcher durch eine besondere gesetzliche Bestimmung garantiert wird. Die Bundesverfassung lässt somit offen, wann ein Streitgegenstand von einem Gericht und nicht von einer Verwaltungsbehörde behandelt werden muss.

⁶⁵ Jörg Paul Müller, Grundrechte in der Schweiz, 3.A., Bern 1999, S. 571.

Das RDC wird zur Zeit von Christopher FitzGerald geleitet, der diese Aufgabe vollamtlich ausübt. Das RDC umfasst insgesamt 40 Mitglieder und ist in einzelnen Panels unterteilt. Bei den Mitgliedern des RDC handelt es sich um kürzlich pensionierte Praktiker und um Interessenvertreter. Der Chairman des RDC wird nach Vorschlag einer „Nominierungsgruppe“ vom Board der FSA ernannt, die Mitglieder vom Board der FSA aufgrund eines Vorschlags des Leiters des RDC. Der Chairman und die Mitglieder des RDC sind zwar von der FSA angestellt, haben dort jedoch keine Funktionen inne. Sie sind auf eine bestimmte Zeit gewählt und können nur bei Verfehlungen oder Unfähigkeit von ihren Funktionen entfernt werden.

8. Lösungsmodelle

8.1 Strafrecht

Eine Möglichkeit, die dargestellten Schwierigkeiten der Marktaufsicht bei der Umsetzung des Insiderstrafrechts zu beheben, besteht in einer Weiterentwicklung des geltenden Strafrechts und einer gleichzeitigen Neuregelung der verfahrensrechtlichen Zuständigkeiten, welche folgende Kernelemente umfassen würde:

- Verschärfung des Tatbestandes des Insiderartikels im Strafgesetzbuch (Art. 161) insbesondere durch Streichung von dessen Ziffer 3, sowie anderen Anpassungen zum Beispiel in Anlehnung an das kommende Recht in der Europäischen Union.
- Eine entsprechende Anpassung des Tatbestandes der Kursmanipulation im Strafgesetzbuch (Art. 161^{bis}).
- Schaffung von zentralen Zuständigkeiten zur strafrechtlichen Verfolgung und Beurteilung von Insiderverhalten und Kursmanipulationen.
- Zusätzlich könnten diese Delikte durch eine Änderung der Artikel 340ff. des Strafgesetzbuches der Bundesgerichtsbarkeit unterstellt werden. Normalerweise wäre damit die Bundesanwaltschaft für die Leitung der gerichtspolizeilichen Ermittlungen und die Anklageerhebung, die eidgenössischen Untersuchungsrichter für die Voruntersuchungen, die Anklagekammer für die Beurteilung der Anklage und das Bundesstrafgericht für die Beurteilung der Strafsache zuständig. Denkbar wäre allenfalls eine Spezialordnung mit dem Ersatz der Bundesanwaltschaft durch eine Fachbehörde wie die EBK. Möglich wäre auch, im Strafgesetzbuch den Ort der Tatbegehung für Insiderdelikte und Kursmanipulationen abschliessend zum Beispiel am Ort der Börse festzulegen und die Strafverfolgung diesem Kanton zu überlassen. Schliesslich könnten die Kantone auf dem Konkordatsweg eine Aufgabenteilung und Delegation der Ermittlungen an bestimmte Behörden beschliessen.

Diese Lösung würde als Vorteil das geltende Recht weiterentwickeln, das dem Strafrecht und der Strafverfolgung eine zentrale Funktion in der Finanzmarktaufsicht zuordnet. Die aus dem Erfordernis der doppelten Strafbarkeit folgenden Schwierigkeiten bei der Amts- und Rechtshilfe liessen sich – teilweise – beheben, sofern die

Tatbestände für Insiderhandel und Kursmanipulation so ausgestaltet würden, dass sie mit denjenigen der Hauptansprechländer für Amts- und Rechtshilfe in Börsensachen übereinstimmen. Die Strafverfolgung würde unabhängig vom Deliktort durch die gleiche Behörde und die Beurteilung durch das gleiche Gericht erfolgen.

Den Vorteilen dieses Vorschlags stehen aber gewichtige Nachteile gegenüber: Er brächte nur für einen Teil der Marktmissbräuche eine Regelung. Andere unlautere Marktverhaltenweisen durch nicht aufsichtsrechtlich überwachte Personen würden nicht erfasst. Der Vorschlag brächte auch keine Lösung für die Sanktionsbedürfnisse im Aufsichtsrecht. Aus diesem Grund ständen der EBK auch im Bereich der Marktaufsicht weiterhin nur ungenügende Sanktionsmöglichkeiten gegen überwachte Institute zur Verfügung. Um eine Sanktionierung von Unternehmen zu erreichen, müsste der vom Parlament nach langen Diskussionen im Jahre 2002 beschlossene Art. 102 n-StGB, welcher noch nicht in Kraft ist, schon wieder geändert werden, was wenig sinnvoll und realistisch ist.

Wird das Erfordernis der doppelten Strafbarkeit für die Amts- und Rechtshilfe vollumfänglich beibehalten, müsste das materielle Strafrecht einzig zu diesem Zweck auf die Höhe der strengsten vergleichbaren Regelung in einem Hauptansprechland für Amts- und Rechtshilfe erhöht werden, auch wenn dies die landesinternen Bedürfnisse nicht erfordern würde. Es erscheint zudem wenig sinnvoll, Wirtschaftstraftatbestände der Bundesstrafgerichtsbarkeit zu unterstellen, welche sich von ihrer Natur her wesentlich von den übrigen Bundesstraftatbeständen⁶⁶ unterscheiden. Jedenfalls würde dies erfordern, dass sich die Organe der Bundesstrafrechtspflege die nötigen Spezialkenntnisse neu erwerben. Ob umgekehrt die Kantone eine Konkordatslösung finden könnten, ist offen. Schliesslich würde sich auch an den langen Verfahrensdauern angesichts der formalen Erfordernisse des Strafverfahrens wenig ändern, was die Präventionswirkung vermindert.

8.2 Verwaltungsstrafrecht

Ein anderes Lösungsmodell beruht auf dem Verwaltungsstrafrecht:

- Die Tatbestände für Insiderhandel und Kursmanipulation würden aus dem Strafgesetzbuch ins Börsengesetz überführt.
- Allenfalls könnten weitere Marktmissbrauchstatbestände geschaffen werden.
- Die Strafverfolgung würde nach bisherigem Recht auf Anzeige der EBK durch den Rechtsdienst des Finanzdepartements erfolgen. Denkbar wäre, diese Befugnis im Börsengesetz an die EBK zu übertragen.
- Es könnte zum Beispiel über eine Festlegung des Orts der Tatbegehung am Sitz der Börse oder durch eine Ausnahme zur normalen Gerichtsstandsregel von Artikel 22 des Verwaltungsstrafrechts eine zentrale Zuständigkeit zur gerichtlichen Beurteilung geschaffen werden.

⁶⁶ Verbrechen gegen den Staat und Völkerrecht, organisierte Kriminalität und Geldwäsche mit Auslandbezug oder ohne Schwerpunkt in einem Kanton.

- Um eine angemessene Sanktionierung von Unternehmen zu erreichen, müsste eine Sondernorm zu Artikel 7 des Verwaltungsstrafrechts geschaffen werden, welche insbesondere das zulässige Strafmass über die heute geltenden CHF 5'000 erhöht.

Diese Lösung hätte den Vorteil, dass eine zentrale Zuständigkeit für Verfolgung aller Marktmissbrauchsdelikte geschaffen würde. Mit dem Verwaltungsstrafrecht könnte auf eine bestehende, rechtstaatlich geprüfte Verfahrensordnung gegriffen werden. Auch ein Verwaltungsstrafatbestand würde den Anforderungen der doppelten Strafbarkeit und ihrer Auswirkung auf Amts- und Rechtshilfe genügen.

Diesen Vorteilen stehen aber gewichtige Nachteile gegenüber. Der beschriebene fünfstufige Rechtsweg (vgl. Textbox 7) birgt die Gefahr einer nicht annehmbaren Verfahrensverzögerung in sich. Dies könnte durch die Schaffung einer Bundesgerichtsbarkeit zur gerichtlichen Beurteilung der Strafverfügungen der Verwaltung höchstens etwas gemildert werden, der im Übrigen wiederum die soeben genannten Gründe entgegenstehen. Belässt man die Strafverfolgung wie heute beim Finanzdepartement, müsste dort erhebliches zusätzliches Fachwissen aufgebaut werden, was weitere Ressourcen erfordern würde. Wird die Strafbefugnis stattdessen an die EBK übertragen, fragt sich, ob diese Verwaltungsbehörde nicht zu viele Kompetenzen erhält und nicht ihrerseits durch die Doppelrolle als Aufsichts- und Strafverfolgungsbehörde überfordert würde. Die Sanktionsbedürfnisse im Bereich Institutsaufsicht könnten nur durch eine sehr schwierige Schaffung von neuen Tatbeständen auf Stufe des formellen Gesetzes abgedeckt werden. Die (notwendige) Schaffung von Vermögenssanktionen auf ein Vielfaches der heutigen Bussengrenzen von CHF 50'000 im Bankengesetz und CHF 200'000 im Börsen- und im Anlagefondsgesetz (welche in der Praxis auch nicht annähernd je erreicht wurden) läge ausserhalb der Erfahrungen im Verwaltungsstrafrechts.

8.3 Verwaltungssanktion nach Verwaltungsverfahrensgesetz

Diese schwerwiegenden Nachteile des Strafrechts- beziehungsweise des Verwaltungsstrafrechtsmodells führten die EBK dazu, das nachfolgende Modell zu favorisieren, welches auf dem Aufbau von Verwaltungssanktionen durch die Verwaltungsbehörde ähnlich der vorne dargestellten Bestrebungen der im Parlament hängigen Kartellrechtsrevision beruht:

- Die EBK erhielte die Befugnis, Vermögenssanktionen (Verwaltungsbusse, Gewinneinzug) mittels verwaltungsrechtlicher Verfügung anzuordnen. Dazu kommt die bereits heute bestehende Möglichkeit, gegenüber Mitarbeitern von Effektenhändlern Berufsbeschränkungen auszusprechen.
- Tatbestände wären für die Institutsaufsicht im Gesetz besonders erwähnte schwere Verletzungen wichtiger aufsichtsrechtlicher Pflichten und für die Marktaufsicht Marktmissbrauchstatbestände, welche gestützt auf eine neue Norm im Börsengesetz durch die EBK in einer Verordnung zu konkretisieren wären.
- Das Verfahren würde sich grundsätzlich nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz richten, welches durch einige Elemente des Bundesstrafprozesses –

statt wie heute des Bundeszivilprozessrechts zu ergänzen und verstärken wäre. Das Verfahren müsste den Anforderungen der EMRK für Strafverfahren genügen.

- Als Rechtsmittel gegen Verfügungen der EBK stände heute die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht beziehungsweise, nach Umsetzung der im Parlament hängigen Reform der Bundesrechtspflege, die Beschwerde an das neue Bundesverwaltungsgericht mit Weiterzugsmöglichkeit an das Bundesgericht zur Verfügung.
- Sinnvoll wäre, die heute in den Aufsichtsgesetzen bestehenden Normen des Verwaltungsstrafrechts radikal auszuholzen und die verbleibenden ebenfalls diesem Sanktionsregime zu unterwerfen.
- Vorzusehen wäre die Möglichkeit von Sanktionen auch gegen Unternehmen.
- Die von der EBK ausgesprochenen Sanktionen hätten zwar pönalen Charakter, wären aber keine Strafen im eigentlichen Sinn und würden nicht ins Strafregister eingetragen.
- Insiderhandel und Kursmanipulation verblieben in ergänzter Form mit erhöhter Strafdrohung als Straftatbestände im Strafgesetzbuch, wobei sie nur noch in sehr schweren Fällen auf Antrag der EBK zum Beispiel durch die Strafverfolgungsbehörden des Börsenkantons verfolgt würden. Die anderen Fällen werden mit einer Verwaltungssanktion der EBK geahndet.
- Prüfwert wäre, innerhalb der EBK ein von den Linienfunktionen abgetrenntes und vom Bundesrat zu wählendes Sanktionskomitee zu schaffen, welches in einem Verfahren über die Sanktionen entscheidet, das den Anforderungen der EMRK für Strafverfahren genügt.
- Vorzusehen wäre zudem die Möglichkeit, dass die EBK die Öffentlichkeit über den Ausgang von Sanktionsverfahren informieren kann, wenn bestimmte im Gesetz genannte Voraussetzungen erfüllt sind.

Auch dieses Modell hat Nachteile. So sind das Instrument pönaler Verwaltungssanktionen und das entsprechende Verfahren in der Schweiz noch wenig erprobt. Auch nach einer Anpassung des Verfahrens sind die Zwangsmittel der EBK weniger einschneidend als diejenigen der Strafverfolgungsbehörden, welche während der Untersuchung auch Festnahmen anordnen können (was sie allerdings in der Praxis zum Insiderrecht kaum je taten). Der Entscheid über Sanktionen durch ein besonderes Sanktionskomitee innerhalb der EBK bedingt einen gegenüber dem heutigen Verwaltungsverfahren beträchtlichen Mehraufwand. Das durch die Reform der Bundesrechtspflege zu schaffende Bundesverwaltungsgericht wird sich mit einer Materie zu befassen haben, welche ausserhalb des normalen Bundesverwaltungsrechts liegt. Das Gleiche gilt allerdings für das ganze Finanzaufsichts-, Amts- und Rechtshilferecht.

Diesen Nachteilen stehen aber nach Ansicht der EBK entscheidende Vorteile gegenüber. Diese Lösung erlaubt angepasste Sanktionen durch die EBK sowohl in der Instituts- als auch in der Marktaufsicht. Sie gestattet eine flexible Weiterentwicklung

der Marktmissbrauchstatbestände ausserhalb des Strafrechts. Das Modell bringt gegenüber heute eine erhebliche Verfahrensvereinfachung, was bei ausreichenden Ressourcen der EBK für den Vollzug Sanktionen erlauben sollte, welche insbesondere in der Marktaufsicht erheblich zeitnäher am Marktgeschehen sind. Es trägt der Regelung in der neuen EU-Marktmissbrauchsrichtlinie Rechnung und findet sich in verschiedenen Staaten wie insbesondere Grossbritannien.

Der Vorschlag eliminiert die heute weitgehend bedeutungslosen Verwaltungsstrafrechtstatbestände und ersetzt sie (nur soweit erforderlich) durch Verwaltungsanktionen. Die Betroffenen erhalten Verfahrensgarantien, welche denjenigen des Strafverfahrens entsprechen. Die erstinstanzliche Beurteilung erfolgt durch eine spezialisierte Fachbehörde, welche gegenüber Markt und Öffentlichkeit Transparenz über die Sanktionsverfahren schafft und damit die Glaubwürdigkeit der Regulierung und ihrer Durchsetzung stärkt.

Entscheidend ist die allein durch dieses Modell zu erreichende gleichmässige Durchsetzung der Marktverhaltensregeln unter allen Marktteilnehmern unbesehen, ob diese bei einem Institut tätig sind, welches wie die Banken und Effektenhändler prudentiell beaufsichtigt ist, oder für nicht überwachte Unternehmen oder Personen. Nur dieses Modell erlaubt im Übrigen ein abgestimmtes Sanktionsregime für die Markt- und Institutsaufsicht. Eine gewisse Verlagerung des Schwergewichts der Verfolgung von Marktmissbräuchen vom Straf- zum Aufsichtsrecht tut nach Ansicht der EBK der Glaubwürdigkeit der Regulierung keinen Abbruch. Sie wird im Gegenteil aufgewogen durch eine Verfahrensbeschleunigung und durch eine einheitliche Rechtsprechung seitens einer Spezialbehörde, welche gegenüber der Öffentlichkeit transparent gemacht wird.

9. Erläuterung der Grundzüge des Entwurfs

9.1 Tatbestände der Verwaltungsanktionen (Art. A FINMAG, E Art. 69 AFG, E Art. 46 BankG, E Art. 4 und Art. 40 BEHG)

Der Entwurf schlägt vor, die heute in den Aufsichtsgesetzen⁶⁷ enthaltenen Tatbestände des Verwaltungsstrafrechts erstens in der Sache erheblich zu reduzieren. Sie sollen zudem in vierfacher Hinsicht ersetzt und ergänzt werden:

- An ihre Stelle sollen in der *Institutsaufsicht*, d.h. gegenüber beaufsichtigten Finanzintermediären, in erster Linie *traditionelle, präventive verwaltungsrechtliche Verfügungen* treten, welche nach Durchführung eines Verwaltungsverfahrens nach Verwaltungsverfahrensgesetz ergehen. Besonders in der Bekämpfung illegal tätiger Banken und Effektenhändler hat eine reiche Praxis der EBK die Effizienz dieser Massnahmen erwiesen (Einsetzung von Beobachtern, Blockierung von Vermögenswerten, Anordnung der Liquida-

⁶⁷ Nicht berücksichtigt ist vorderhand das Versicherungsaufsichtsgesetz, da das geltende Gesetz demnächst vollständig revidiert werden soll. Ein entsprechender Vorschlag ist im Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement in Bearbeitung, wobei die Abstimmung mit dem Resultat der Arbeiten der Expertenkommission Zimmerli noch offen ist.

tion). Auch bei bewilligten Instituten stehen der FINMA einige effiziente präventive Massnahmen zur Verfügung (zum Beispiel Anordnen organisatorischer Massnahmen oder einer ausserordentlichen Revision“). Deshalb kann auf die Übernahme der heutigen Detailnormen des Verwaltungsstrafrechts weitgehend verzichtet werden. In ihren präventiven Verfügungen wird die FINMA zudem androhen können, im Wiederholungsfall eine Vermögenssanktion zu verhängen (Art. A Abs. 2 Bst. c). Diese Drohung ersetzt die heutigen Strafandrohungen nach Artikel 70 Abs. 1 Bst. d AFG, Art. 50 BankG und Art. 292 StGB. Im Ergebnis führt diese Änderung dazu, dass geringfügigere Verletzungen des Aufsichtsrechts wie bisher allenfalls zu präventiven Verwaltungsmassnahmen, aber erst im Wiederholungsfall zu einer Vermögenssanktion führen, während heute bereits bei erstmaligen Verstössen eine Anzeige unter dem Verwaltungsstrafrecht möglich wäre. In der Praxis wird sich aber wenig ändern. So macht die EBK bereits heute bei komplexeren Tatbeständen wie der Verletzung von Klumpenrisiken erst im Wiederholungsfall eine Strafanzeige. Zudem erfordern solche Sachverhalte zuerst eine verwaltungsrechtliche Klärung der Lage.

- Auch in der *Institutsaufsicht* sollen einige bisher nur durch präventive verwaltungsrechtliche Verfügungen sanktionierte Gesetzesverletzungen neu mit *repressiven Verwaltungssanktionen* bedroht werden: So soll in schweren Fällen eine Verletzung der organisatorischen und personellen Bewilligungsvoraussetzungen nach Anlage-, Banken- oder Börsengesetz mit einer Verwaltungssanktion belegt werden können (Art. B FINMAG). Während die Entfernung eines Gewährsträgers eine bereits heute bestehende präventive Sanktionsmöglichkeit ist, stellt die vorgeschlagene Befugnis, ein Tätigkeitsverbot für Angestellte eines Instituts auszusprechen, für den Bereich der Institutsaufsicht weitgehend ein neues, repressives Instrument dar (Art. B Abs. 2 Bst. b FINMAG).⁶⁸ Die sektorspezifischen Tatbestände wären in die Aufsichtsgesetze aufzunehmen (E Art. 69 AFG, 46 BankG und Art. 4 und 40 Abs. 1 BEHG). Die wichtigsten Handlungen, welche den effizienten Einsatz der Aufsichtsmittel gefährden wie zum Beispiel die unbewilligte Ausübung einer nach den Aufsichtsgesetzen bewilligungspflichtigen Tätigkeit oder die Erteilung falscher oder irreführender Auskünfte an die Aufsichtsbehörde, müssten dagegen in das zu schaffende FINMAG aufgenommen werden (Art. A FINMAG)⁶⁹. Bei schweren Verletzungen ihrer Sorgfaltspflichten sollen auch Prüfer und Prüfgesellschaft mit einer Verwaltungssanktion belegt werden können.
- Die Straftatbestände der *Marktaufsicht*, welche sich nicht nur gegen beaufschlagte Institute richten, sollen ebenfalls durch die neu geschaffenen Verwaltungssanktionen abgelöst werden, so die heute mit einer praktisch unbegrenzten Busse bedrohte Unterlassung der Offenlegung von Beteiligungen

⁶⁸ Einzig für gegen Händler eines Effektenhändlers besteht bereits nach dem geltenden Art. 35 Abs. 3 Bst. b BEHG diese Sanktionsmöglichkeit. Neu ist indessen, dass eine derartige Sanktion nur im Rahmen eines Verfahrens auf Erlass einer Verwaltungssanktion ausgesprochen werden können soll.

⁶⁹ Zum Zusammenspiel von präventiven und repressiven Massnahmen vgl. das Beispiel unten in Textbox 19.

nach Art. 20 BEHG (vgl. E Art. 40 Abs. 2 Bst. b BEHG, s. sogleich zum neuen Tatbestand des Marktmissbrauchs).

9.2 Marktmissbrauch (E Art. 6a Abs. 1 – 3 BEHG)

Die bisher erläuterten Vorschläge schaffen keine neuen Tatbestände, sondern sehen einzig eine Verwaltungssanktion an Stelle der heutigen Verwaltungsstrafnormen oder der heute nur mit präventiven Massnahmen zu verfolgenden schweren Verletzungen der Bewilligungsvoraussetzungen der Aufsichtsgesetze vor. Vollständig neu ist dagegen der Vorschlag für eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage *sanktionsbewehrter Marktverhaltensregeln*. Es soll ein Marktmissbrauchstatbestand geschaffen werden (E Art. 6a BEHG), welcher Informationsmissbrauch, Marktmanipulation oder Marktirreführung für unzulässig erklärt. Diese Bestimmung muss in Marktverhaltensregeln der Aufsichtsbehörde auf Verordnungsstufe näher erläutert werden, damit die nötige Rechtssicherheit für die Marktteilnehmer geschaffen wird. Damit soll der Schritt zu einem in gleicher Weise nicht nur gegenüber beaufsichtigten Instituten, sondern gegenüber allen Marktteilnehmern durchgesetzten Marktaufichtsrecht gemacht werden.

9.3 Verhältnis von Marktmissbrauch und den Börsendelikten des Strafgesetzbuchs (E Art. 6a Abs. 4 und 5 BEHG)

Die Marktverhaltensregeln der Aufsichtsbehörde werden teilweise Verhalten für unzulässig erklären und mit einer Verwaltungssanktion bedrohen, welche auch aufgrund der Artikel 161 und 161^{bis} Strafgesetzbuch strafbar sind. Nach dem Grundsatz *ne bis in idem* ist aber eine doppelte Bestrafung für das gleiche Verhalten unzulässig. Aus diesem Grund schlägt der Entwurf vor, die Strafe nach Strafgesetzbuch in leichteren Fällen durch die ebenfalls Strafcharakter besitzende neue Verwaltungssanktion zu ersetzen. Nur wo nach Einschätzung der ermittelnden Aufsichtsbehörde eine Freiheitsstrafe gegen eine natürliche Person in Frage kommen könnte, soll auf ihren Antrag das Strafverfahren an Stelle des Verwaltungssanktionsverfahrens treten. Es soll durch die Definition des Begehungsortes ein einziger Gerichtsstand am Sitz der Börse geschaffen werden. Die Strafdrohung für die Verletzung der Art. 161 oder 161^{bis} Strafgesetzbuch soll einheitlich eine Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren sein. Die strengere Strafdrohung ergibt sich aus der vorgeschlagenen Aufteilung der Verfolgung von Börsendelikten: Leichtere Fälle sollen im Verwaltungssanktionsverfahren durch die FINMA, schwere Fälle auf deren Antrag durch die Strafgerichte verfolgt werden. Durch die Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren als Strafdrohung⁷⁰ kann die Anlage von Erträgen aus Insiderdelikten als Geldwäscherei bestraft werden, und die Finanzintermediäre müssen solche Geschäfte melden, wenn sie davon Kenntnis haben. Der Angeschuldigte hat keinen Anspruch darauf, durch den Strafrichter strafrechtlich, statt durch die Aufsichtsbehörde verwaltungsrechtlich sanktioniert zu werden. Der Entscheid der Aufsichtsbehörde, den Fall nicht selbst zu verfolgen, sondern einen Strafantrag zu stellen, wäre endgültig: Auch im Falle eines Freispruchs könnte sie das Verfahren nicht wieder aufnehmen, sogar wenn die Verjährung noch nicht eingetreten wäre.

⁷⁰ Vgl. die am 13.12.2002 verabschiedeten Änderungen des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches, BBl 2002 8240, Art. 10 nStGB.

9.4 Unterstützung der Selbstregulierung der Börsen (E Art. 4 BEHG)

Die Börsen soll verpflichtet werden, alle Regulierungen der Aufsichtsbehörde zur Genehmigung vorzulegen. Erachtet die Aufsichtsbehörde eine Regulierung für ungenügend und kann sie sich mit der Börse nicht einigen, soll sie an Stelle der Börse selbst regulieren können. Die Aufsichtsbehörde soll somit eine Kompetenz erhalten, eine ungenügende Regulierung durch die Börse durch eine eigene zu ersetzen (E Art. 4 Abs. 3 BEHG). Somit wird verdeutlicht, dass es primär an der Börse ist, ihre Selbstregulierungsaufgabe wahrzunehmen. Die FINMA schritte nur bei Untätigkeit der Börse ein. Die Börse soll die Aufsichtsbehörde über Verletzungen ihrer Selbstregulierung unterrichten. In Fällen schwerer Verletzungen des Kotierungsreglements oder anderer Selbstregulierungen der Börse soll der FINMA neu die Kompetenz zukommen, ein Disziplinarverfahren der Börse an sich zu ziehen und ein eigenes Verfahren auf Erlass einer Verwaltungssanktion durchzuführen (vgl. E Art. 4 Abs. 4 BEHG).

9.5 Einzelne Verwaltungssanktionen (Art. B und C FINMAG)

Bei Verletzung der gesetzlichen Tatbestände hat die Aufsichtsbehörde nach dem Vorschlag verschiedene Sanktionsmöglichkeiten:

Sie kann die für die Verletzung verantwortlichen (natürlichen) Personen mit einer Vermögenssanktion bis zu einer Höhe von CHF 5 Mio. belegen und ihnen die Tätigkeit im bewilligungspflichtigen Bereich dauernd oder vorübergehend verbieten⁷¹ (Art. B Abs. 1 Bst. a und b FINMAG).

Unabhängig von der Sanktion gegen eine verantwortliche Person kann sie dem Unternehmen, in dessen Betrieb die Verletzung erfolgte, eine Vermögenssanktion auferlegen. Wie bei der von den Banken als Selbstregulierung seit 1977 betriebenen Sorgfaltspflichtvereinbarung bei der Entgegennahme von Geldern (VSB) müsste kein Organisationsversagen nachgewiesen werden. Anders als bei der VSB könnte das Unternehmen aber eine Sanktion abwenden, wenn es darlegen kann, dass es alle organisatorischen Vorkehrungen getroffen hat, um eine Pflichtverletzung zu vermeiden (Art. B Abs. 2). Die Vermögenssanktion wäre bei einer Maximalhöhe von CHF 50 Mio. auf den Durchschnitt des in den letzten 5 Jahren ausgewiesenen Gewinns beschränkt (Art. B Abs. 1 Bst. c).

In allen Fällen wäre die Aufsichtsbehörde befugt, den durch eine Verletzung erzielten Gewinn oder vermiedenen Verlust zu Handen der Bundeskasse einzuziehen (Art. B Abs. 1 Bst. d).

Die Vermögenssanktionen sollen sich nach der Schwere der Verletzung, der Höhe eines allfälligen Schadens, nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit, nach den Beweggründen für die Tat bei natürlichen Personen, nach allfälligen anderen Mass-

⁷¹ Nur das BEHG sieht heute in Art. 10 Abs. 2 Bst. c und Art. 35 Abs. 3 Bst. b einen direkten Zugriff der Aufsichtsbehörde auf „verantwortliche Mitarbeiter“ vor. Demgegenüber verlangen das BankG und das AFG nur von den von der obersten Geschäftsleitung und dem Verwaltungsrat einer Bank, dass sie Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten. Diese Unterscheidung ist diskutabel, soll aber hier nicht geändert werden, da sie eine substantielle Ausdehnung der Aufsicht mit sich bringen würde.

nahmen gegen die verantwortlichen Personen und nach dem Verhalten der verantwortlichen Personen und des Unternehmens nach der Pflichtverletzung und im Verfahren bemessen (Art. B Abs. 3).

Die Aufsichtsbehörde soll die Möglichkeit haben, mit den Betroffenen eines Verwaltungssanktionsverfahrens Verhandlungen über die Art und Höhe einer Sanktion zu führen. Nicht verhandelbar soll aber die Information über den Ausgang eines Verwaltungssanktionsverfahrens sein, wobei aber die Persönlichkeitsrechte der verantwortlichen Personen zu berücksichtigen sind (Art. B Abs. 4 und Art. G Abs. 3).

Im Unterschied zur heutigen Situation sollen neu gegen natürliche Personen keine Massnahmen mehr im präventiven Aufsichtsverfahren erlassen werden können. Wird die Entfernung eines Gewährsträgers, die Verhängung eines Berufsverbots oder einer Busse ins Auge gefasst, muss zwingend ein Verfahren auf Erlass einer Verwaltungssanktion geführt werden. Anders sieht es bei Unternehmen aus: Bei diesen muss es möglich sein, neben einer Sanktion allenfalls auch eine präventive Massnahme zu ergreifen (vgl. Art. B Abs. 6).

In Anlehnung an den Entwurf zum neuen Art. 55 Abs. 1 Bst. c und Abs. 2 n-StGB beträgt die Verjährungsfrist für Verwaltungssanktionsverfahren 7 Jahre, wobei eine Verjährung nach einem Entscheid des Sanktionskomitees nicht mehr eintreten kann (Art. C Abs. 1 FINMAG). Damit soll verhindert werden, dass mittels Weiterziehung des Entscheids des Sanktionskomitees die Verfolgungsverjährung erreicht werden kann. Bei Unterlassungen wie zum Beispiel einer unterlassenen Meldung einer Beteiligung dauert die Verletzung an, solange die gebotene Handlung nicht ausgeführt wird. Ein rechtskräftiger Sanktionsentscheid soll während 5 Jahren vollstreckbar sein (Art. C Abs. 2 FINMAG).

Textbox 18: Opportunität und Untersuchung von Amtes wegen

In Ausübung ihrer Aufsichtsaufgaben kommt der FINMA ein grosses Ermessen zu. Dieses ist unerlässlich, um der Vielzahl der zu behandelnden Konstellationen in ihrem Aufsichtsbereich gerecht zu werden. So muss die FINMA angesichts ihrer knappen Ressourcen jeweils im Einzelfall und ihm Lichte ihres gesetzlichen Auftrags entscheiden, mit welchen Mitteln ein konkreter Missstand am besten zu beseitigen ist (Spannungsfeld zwischen formeller Verfahrensführung und informeller Beseitigung).

Das vorgeschlagene Sanktionssystem ist Teil des Verwaltungsrechts, entsprechend findet das im Strafrecht vorherrschende Prinzip der Untersuchung von Amtes wegen keine Anwendung.⁷² Indessen ist nicht zu übersehen, dass mit der Einführung von Sanktionsverfahren eine neue Kategorie verwaltungsrechtlicher Verfahren geschaffen wird, bei denen eine neue Balance zwischen Opportunitätsüberlegungen und öffentlichen Interesse an Sanktionsgerechtigkeit gefunden werden muss. Insbesondere bei der Marktaufsicht, wo ein grosser Teil der heute von kantonalen Strafverfolgungsbehörden geführten Untersuchungen inskünftig in den Zuständigkeitsbereich der FINMA fallen soll, kommt dem Aspekt der Gleichbehandlung unfairer Marktteilnehmer erhöhte Bedeutung zu. Es wird Aufgabe der Praxis sein, eine ausgewogene Lösung zu finden.

⁷² Auch in immer mehr Strafprozessordnungen finden sich Verweise auf das Opportunitätsprinzip. Vgl. Art. 4 des bernischen Strafverfahrens oder Art. 8 (Opportunitätsprinzip) des Vorentwurfs des Eidg. Justiz- und Polizeidepartements zu einer Schweizerischen Strafprozessordnung vom Juni 2001 (<http://www.ofj.admin.ch/d/index.html>).

Unverändert blieben die Voraussetzungen für die Einleitung eines Verfahrens, wenn dies von einem Betroffenen oder einem Dritten verlangt wird. In solchen Fällen gelten weiterhin die allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsätze. So müsste, wer von der FINMA festzustellen verlangt, dass er Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bietet, ein genügendes Feststellungsinteresse darlegen (vgl. EBK-Bulletin 18 S. 26 f.). Das heisst unter anderem, dass die FINMA beispielsweise nicht gezwungen sein sollte, gegen einen Verantwortlichen eines Instituts ein Verwaltungssanktionsverfahren zu führen, wenn er bereits vom Institut entlassen worden ist und keine leitende Tätigkeit bei einem andern beaufsichtigten Unternehmen einnehmen will.

9.6 Verfahren und Sanktionskomitee (Art. D und E FINMAG)

Die vorgeschlagenen Verwaltungssanktionen haben einen pönalen Charakter. Angesichts der Höhe der vorgeschlagenen Sanktionen (maximal CHF 5 Mio. für Personen, CHF 50 Mio. bei Unternehmen) steht ausser Zweifel, dass das Sanktionsverfahren den für Strafverfahren erhöhten Garantien der Bundesverfassung und der Europäischen Menschenrechtskonvention genügen muss.

Aufgrund der Unschuldsvermutung darf niemand gezwungen werden, sich selbst zu belasten. Die zur Erfüllung der präventiven Aufsicht unbedingt erforderlichen umfassenden Auskunftspflichten gegenüber der Aufsichtsbehörde⁷³ müssen deshalb zurücktreten. Alle als Partei in das Verfahren einbezogenen Personen haben das Recht zu schweigen, was direkt aus der Verfassung folgt und im Gesetz nicht wiederholt zu werden braucht. An die Stelle der Auskunftspflicht müssen aber der Aufsichtsbehörde stärkere Zwangsmittel zur Beweiserhebung in die Hand gegeben werden. Deshalb schlägt der Entwurf vor, dass die Aufsichtsbehörde in sinngemässer Anwendung der einschlägigen Bestimmungen des Bundesstrafprozesses Beweismittel sicherstellen, Hausdurchsuchungen durchführen und Zeugen einvernehmen kann. Auch soll sie (nachträgliche) Auskunft über den Fernmeldeverkehr erhalten dürfen. Nicht vorgesehen sind dagegen verdeckte Ermittlungen zum Beispiel mittels laufender Überwachung von Telefonanschlüssen. In vielen Fällen werden sich die Verfahren nicht gegen Personen, sondern Unternehmen richten oder solche zumindest einbeziehen.

Weiter haben die Verfahrensparteien Anspruch auf ein faires kontradiktorisches und (wenn sie dies wünschen) öffentliches Verfahren vor einer unabhängigen Behörde. Das kontradiktorische und öffentliche Verfahren braucht aufgrund der EMRK zwar nicht zwingend bereits in der ersten Instanz stattzufinden (vgl. Ziff. 7.2 und 7.3). So sieht der im Parlament zur Zeit beratene Entwurf für ein Verwaltungsgerichtsgesetz unter gewissen Bedingungen eine öffentliche Urteilsberatung vor dem Bundesverwaltungsgericht vor (vgl. Ziff. 7.3). Dennoch sieht der Entwurf vor, entsprechend der Regelung bei der UK Financial Services Authority (vgl. Textbox 17) bereits bei der Aufsichtsbehörde ein unabhängiges Sanktionskomitee zu schaffen, welches den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügt. Es wird auf Antrag der Aufsichtsbehörde vom Bundesrat gewählt. Seine vollamtliche Leitung und die nebenamtlichen Beisitzer dürfen keine Linienaufgaben ausüben und entscheiden selbständig und unabhängig und, entsprechend der heutigen Praxis der Wettbewerbskommis-

⁷³ Zum Beispiel Art. 23 Abs. 2 BankG, Art. 35 Abs. 2 BEHG, Art. 61 AFG

sion, in einem kontradiktorischen Verfahren über die Anträge der Geschäftsleitung der Aufsichtsbehörde. Der Bundesrat würde das Reglement für Sanktionsverfahren der FINMA beschliessen, welches den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügen muss. Einzig verfahrensleitende Verfügungen könnte die Geschäftsleitung der Aufsichtsbehörde selber treffen.

Dem Vorschlag für ein unabhängiges Sanktionskomitee liegen nicht nur verfassungsrechtliche sondern auch organisatorische Überlegungen zu Grunde. Das Sanktionskomitee soll die Geschäftsleitung der Aufsichtsbehörde entlasten, deren Mitglieder Fachabteilungen mit umfassenden und aufsichtspolitischen Aufgaben zu führen haben und nicht zusätzlich Richterfunktionen ausüben können. Entlastet werden soll auch das künftige Bundesverwaltungsgericht, welches auf die Durchführung von öffentlichen Parteiverhandlungen verzichten könnte, da die Parteien bereits vor dem Sanktionskomitee eine solche verlangen könnten (Art. 37 Abs. 2 E-Verwaltungsgerichtsgesetz).

Nicht zuständig wäre das Sanktionskomitee für präventive aufsichtsrechtliche Entscheidungen der Aufsichtsbehörde. So würden Verfügungen über Zusatzprüfungen (nach heutiger Terminologie ausserordentliche Revisionen), den Einsatz von Untersuchungsbeauftragten (heute Beobachter) oder einen Bewilligungsentzug nach wie vor von den zuständigen Organen der Aufsichtsbehörde (heute EBK, in Zukunft die Geschäftsleitung der FINMA) getroffen. Wäre nach Auffassung der Aufsichtsbehörde zum Beispiel bei einem schweren organisatorischen Mangel in einer Bank an Stelle oder zusätzlich zu präventiven Massnahmen eine Verwaltungssanktion auszusprechen, müsste aber darüber das Sanktionskomitee entscheiden. Es sei daran erinnert, dass Massnahmen gegen einzelne verantwortliche Personen ausschliesslich nach dem Verfahren auf Erlass von Verwaltungssanktionen getroffen werden.

Textbox 19: Zusammenspiel präventive Verfügungen – Verwaltungssanktionen bei juristischen Personen

Angenommen, bei einer Bank führen organisatorische Mängel dazu, dass ein Geschäftsleitungsmitglied und Mitarbeiter unterer Hierarchiestufen den wirtschaftlichen Hintergrund einer ungewöhnlichen Geschäftsbeziehung ungenügend abklären und deshalb nicht entdecken, dass bedeutende Vermögenswerte höchstwahrscheinlich aus Korruption stammen.

Unter dem heutigen Recht kann die EBK in einer Verwaltungsverfügung feststellen, dass das Verhalten der Bank mit der vom Geldwäschereigesetz verlangten Sorgfalt und mit der nach Bankengesetz erforderlichen Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit nicht vereinbar war. Sie kann organisatorische Verbesserungen anordnen und diese durch eine ausserordentliche Revision überprüfen lassen. Sie kann verfügen, dass das verantwortliche Geschäftsleitungsmitglied aus seiner Funktion entfernt wird. Massnahmen gegen die anderen Organe der Bank stehen nicht zur Verfügung, wenn die Verantwortlichkeit für die organisatorischen Mängel nicht zugeordnet werden kann, oder die Entfernung der Organe aus ihrer Funktion unverhältnismässig wäre. Ebenso wenig kann die EBK Massnahmen gegen die für den Misstand verantwortlichen Mitarbeiter treffen, da sie keine „Gewährsträger“ sind.

Nach dem vorgeschlagenen neuen Recht könnte die FINMA bei juristischen Personen weiterhin die gleichen präventiven Massnahmen in einer Verwaltungsverfügung treffen. Entscheiden würde wie bisher die EBK (bzw. nach den bisherigen Entwürfen des FINMAG die Geschäftsleitung der FINMA). *An Stelle* dieser präventiven Massnahmen könnte sie nach Durchführung eines Verwaltungssanktionsverfahrens gegen die Bank dem Unternehmen eine (repressive) Vermögenssanktion auferlegen und einen allenfalls aus der Geschäftsbeziehung erzielten Gewinn einziehen. Zudem könnte die FINMA gegen die verantwortlichen Geschäftsleitungsmitglieder oder Mitarbeiter ein Sanktionsverfahren durchführen (zum Beispiel Entfernung eines Gewährsträgers oder Auferlegung einer Vermögensbusse). Dagegen wäre es ausgeschlossen, gegen die verantwortlichen Personen ein präventives Aufsichtsverfahren zu führen (vgl. Art. B Abs. 6 FINMAG). Alle Sanktionsentscheide würden dem Sanktionskomitee obliegen. Zulässig wäre auch eine *Kumulation* von präventiver aufsichtsrechtlicher Verfahren gegen Unternehmen und Verwaltungssanktionen gegen Unternehmen oder natürliche Personen, wobei verfahrensrechtliche Einschränkungen und der Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten sind.⁷⁴

9.7 Beschleunigung des Verfahrens

Die Aufsichtsbehörde könnte bei der Eröffnung von Verfahren im Rahmen ihres pflichtgemässen Ermessens und unter Wahrung des Grundsatzes der Rechtsgleichheit auch Opportunitätsüberlegungen berücksichtigen. Dazu gehört auch die Frage nach dem optimalen Einsatz beschränkter personeller Ressourcen. Dadurch, durch bereits dargestellte kurze Verjährungsfrist und den (relativ) kurzen Rechtsmittelweg soll eine zeitnahe Marktverfolgung erreicht werden. Die Erfahrung hat mehrfach gezeigt, dass erst nach Jahr und Tag durchgeführte Verfahren nur schwer zu einem Resultat führen. Auch wirken solche Verfahren kaum präventiv abschreckend. Vielmehr ist Prävention (wenn überhaupt) nur erreichbar, wenn ein individueller Täter mit einiger Wahrscheinlichkeit damit rechnen muss, rasch verfolgt zu werden. Erst sekundär ist die Höhe der Sanktion von Bedeutung.

Ebenfalls als Beschleunigungsmittel gedacht ist die vorgeschlagene Ermächtigung der Aufsichtsbehörde, mit den von einem Verfahren auf Erlass einer Verwaltungssanktion Betroffenen Verhandlungen über Art und Höhe einer Sanktion zu führen (Art. B Abs. 4 FINMAG). Auch dies ist ein Mittel, die beschränkten Ressourcen der Aufsichtsbehörde optimal einzusetzen.

9.8 Information der Öffentlichkeit über Verfahren (Art. F und G FINMAG)

Der Entwurf enthält in einem Abschnitt über die allgemeine Informationstätigkeit (Art. F FINMAG) auch einen Vorschlag zur Information der Öffentlichkeit über Verwaltungsverfahren, wozu auch die Verwaltungssanktionsverfahren gehören (Art G FINMAG): Die Aufsichtsbehörde soll über laufende und abgeschlossene Verfahren informieren können, um falsche Informationen zu berichtigen, Marktteilnehmer zu schützen, die Glaubwürdigkeit der Aufsicht und das Ansehen des Finanzplatzes zu

⁷⁴ In der Regel wird bei beaufsichtigten Instituten die Vermögenssanktion gegen Organe an die Stelle der präventiven Massnahme auf Entfernung aus ihren Funktionen treten („Ablass“). In schweren Fällen ist aber beides zusammen denkbar, wobei die präventive Massnahme bei der Bemessung der Sanktion zu berücksichtigen ist (vgl. Art. B Abs. 3 Bst. e FINMAG).

wahren oder wenn ein Verfahren bereits öffentlich bekannt ist. Die Aufsichtsbehörde soll grundsätzlich über Entscheide des Sanktionskomitees informieren. Damit ist auch klar, dass im Rahmen allfälliger Verhandlungen über Art und Höhe einer Sanktion über die Informationstätigkeit der Aufsichtsbehörde nicht verhandelt werden können soll. Die Information der Öffentlichkeit über den Ausgang eines Verwaltungssanktionsverfahrens wäre nicht Inhalt einer Sanktion, auch wenn die mit der Information verbundene Publizität für die Betroffenen unangenehm sein kann. Entsprechend ist die Information auch nicht Gegenstand der Sanktionsverfügung und kann auch nicht gerichtlich angefochten werden. Die Aufsichtsbehörde muss unter Wahrung der Verhältnismässigkeit über getroffene Sanktionen (auch bereits vor Eintritt der Rechtskraft) informieren können. Doch berücksichtigt die FINMA bei der Information über Verfahren die Persönlichkeitsrechte der verantwortlichen Personen.