

**Vereinigung
Schweizerischer Handels-
und Verwaltungsbanken**

**Association
de Banques Suisses
Commerciales et de Gestion**

**Associazione
di Banche Svizzere
Commerciali e di Gestione**

Herrn Bundesrat Dr. Hans-Rudolf Merz
Vorsteher des
Eidgenössischen Finanzdepartements
Bundesgasse 3

3003 Bern

8021 Zürich, 23. März 2010
Selnastrasse 30, Postfach
Tel. 058 854 28 01 Fax 058 854 28 33
<mailto:benno.degrandi@vhv-bcg.ch>
www.vhv-bcg.ch

Vernehmlassung zur Änderung des Bundesgesetzes über die Börsen und den Effektenhandel (Börsendelikte und Marktmissbrauch)

Sehr geehrter Herr Bundesrat

Wir danken Ihnen für die Einladung zur Vernehmlassung und nehmen die Gelegenheit gerne wahr, zum Vorentwurf für die Änderung des Bundesgesetzes über die Börsen und den Effektenhandel im Bereich Börsendelikte und Marktmissbrauch Stellung zu nehmen.

I. Beantwortung der Vernehmlassungsfragen

Die in Ihrem Begleitschreiben zur Vernehmlassung gestellten Fragen beantworten wir wie folgt:

1. Wie lautet Ihre Meinung zur Zuständigkeit der Bundesanwaltschaft und der Bundesgerichte für die strafrechtliche Verfolgung und Beurteilung der Börsendelikte?

Unsere Vereinigung schliesst sich den Überlegungen im Erläuternden Bericht (S. 20), welche zur Begründung einer Übertragung der Strafverfolgung an die Bundesanwaltschaft und das Bundesstrafgericht dienen, an. Es ist indessen zu betonen, dass zur Erfüllung der Zusage hoher Professionalität, Speditivität und Kosteneffizienz die hierzu erforderlichen organisatorischen und materiellen Rahmenbedingungen zu schaffen bzw. sicher zu stellen sind.

Nicht einverstanden sind wir mit dem Vorbehalt einer Übertragung einfacher Fälle an die kantonalen Strafverfolgungsorgane. Damit würde nicht nur eine Doppelspurigkeit geschaffen, sondern darüber hinaus der Nutzen der Kompetenzübertragung an die Bundesbehörden gleichsam wieder in Frage gestellt. Die Kompetenzverlagerung von den Kantonen auf den Bund soll deshalb integral erfolgen, d.h. die Kantone sind entsprechend integral zu entlasten.

2. Wie lautet Ihre Meinung zu den neuen Straftatbeständen des Insiderhandels und der Kursmanipulation?

Wir lehnen nach wie vor die Schaffung qualifizierter Straftatbestände (Verbrechen) im Bereich der Börsendelikte ab. Wir halten es für verfehlt, in diesem Zusammenhang Verbrechenstatbestände zu konstruieren, nur um damit neue Geldwäschereivortaten zu schaffen. Börsendelikte als Verbrechen zu qualifizieren entspricht weder der besonderen Natur von Börsendelikten und Marktmissbrauch, noch

wird die Qualifizierung im Vergleich zu nach geltendem Recht gemeinhin als Verbrechen geltenden Straftaten deren Schwere und Unrechtsgehalt gerecht.

Sollte die Schaffung qualifizierter Tatbestände unumgänglich sein, wäre zumindest das Qualifikationsmerkmal des "erheblichen Vermögensvorteils" in geeigneter Weise zu präzisieren. Falls entgegen unserer Auffassung die inländischen Interessen zurückgestellt und dennoch qualifizierte Tatbestände geschaffen werden, muss das Qualifikationsmerkmal des "erheblichen Vermögensvorteils" präzisiert werden. Wir sprechen uns in diesem Fall für einen Mindestbetrag des Vermögensvorteils von Fr. 250'000.-- aus und fordern als zusätzliches Qualifikationsmerkmal, dass der Täter gewerbsmässig handelt.

3. Wie lautet Ihre Meinung zu Art. 33g VE-BEHG (allgemeine oder erweiterte Finanzmarktaufsicht)? Welche Variante befürworten Sie?

Die allgemeine Finanzmarktaufsicht (Variante A) birgt ein gewisses Risiko erhöhter Rechtsunsicherheit. Dies ist gerade im Bereich der nicht beaufsichtigten Börsenteilnehmer zu vermeiden. Bei der erweiterten Finanzmarktaufsicht (Variante B) andererseits besteht das Risiko, dass die Bestimmung nicht sämtliche Sachverhalte abdeckt, welche bei einer derartigen Ausdehnung der Sanktionskompetenz der FINMA auf Nichtbeaufsichtigte sinnvollerweise erfasst werden sollten.

Vor diesem Hintergrund sprechen wir uns für die erweiterte Finanzmarktaufsicht (Variante B) aus, halten aber dafür, dass der Tatbestandskatalog noch eingehender analysiert und gegebenenfalls ergänzt werden sollte.

II. Zu einzelnen Artikeln des Vorentwurfs (VE-BEHG)

Wir äussern uns im Folgenden zu einzelnen Artikeln des Vorentwurfs. Hintergrund bildet dabei einerseits unsere Position zu den drei eingangs beantworteten besonderen Vernehmlassungsfragen. Andererseits stehen für uns vor allem Überlegungen zu Grundsätzen des rechtsstaatlichen Verfahrens im Zentrum.

Art. 33e und 33f VE-BEHG

Wir begrüssen die Feststellung im Erläuternden Bericht (S. 23 und 32), wonach parallele Verfahren durch die FINMA und bei der Bundesanwaltschaft vermieden werden sollen. Wir würden aber weiter gehen und fordern, dass eine solche Verfahrensparallelität, d.h. die gleichzeitige Führung entsprechender Verfahren neben einander, gesetzlich untersagt werden muss. Darüber hinaus sind wir der Meinung, dass auch die kumulative Führung von Verfahren der FINMA und der Bundesanwaltschaft nach einander zu vermeiden oder zumindest auf besonders schwer wiegende Fallkonstellationen zu beschränken sind. Wir würden es deshalb begrüssen, wenn diese Grundsätze im Gesetz klar festgestellt würden:

- Verbot zeitlich paralleler Verfahren der FINMA und der Bundesstrafrechtspflege-Organen;
- Einschränkung eingreifender Verfahren der FINMA mit zusätzlicher späterer Strafverfolgung auf Fallkonstellationen besonderer Komplexität und Schwere.

(Vgl. hierzu auch Bemerkungen zu Art. 40c VE-BEHG.)

Art. 33h Abs. 3 und Art. 33i VE-BEHG

Vor dem Hintergrund der möglichen einschneidenden Verfügungen der FINMA bzw. der Übernahmekommission erscheinen unseres Erachtens das Verwaltungsverfahren und die damit verbundenen Mitwirkungspflichten grundsätzlich fragwürdig. Die im Erläuternden Bericht (S23) zu Recht bestätigten Vorbehalte gegen höhere Bussen gelten unseres Erachtens sinngemäss auch für die im Vorentwurf vorgesehenen Sanktionen wie Stimmrechtssuspendierung, Zukaufsverbot und Einziehung, da diese für die Betroffenen sehr einschneidende Folgen haben, ja im Extremfall die Weiterführung gewinnbringender Geschäftstätigkeit verunmöglichen können. Wir würden es deshalb vorziehen, hier ein Verwaltungsstrafverfahren vorzusehen. Die im Erläuternden Bericht dargelegten organisatorischen Besonderheiten müssten nach unserem Dafürhalten aus rechtsstaatlichen Überlegungen in Kauf genommen und von den involvierten Bundesbehörden durch geeignete Vorkehrungen bewältigt werden.

Wird am Verwaltungsverfahren aus Praktikabilitätsüberlegungen festgehalten, sind gegebenenfalls die Sanktionsmöglichkeiten (Art. 20 Abs. 4bis, 32 Abs. 7, 33I VE-BEHG) zu reduzieren oder minimale Verfahrensgarantien vorzusehen.

Art. 33I Abs. 6 VE-BEHG

Die Verwendung eingezogener Vermögenswerte zugunsten von "Geschädigten" könnte sich unter Umständen in der Praxis als problematisch erweisen. Dass es sich dabei gemäss Erläuterndem Bericht (S. 35) insbesondere auch um durch Vergleich festgestellte Schadenersatzansprüche handeln kann, eröffnet möglicherweise Ansätze zu Missbräuchen. Dieser Aspekt wäre deshalb noch vertieft zu analysieren und zu präzisieren.

Art. 44c VE-BEHG

Im Erläuternden Bericht wird zutreffend darauf hingewiesen, dass nach der geltenden Regelung das Recht eines Betroffenen, sich nicht selber belasten zu müssen, im Strafverfahren und im Verwaltungsstrafverfahren gilt, nicht aber - zugunsten einer weit gehenden Mitwirkungspflicht - im Verwaltungsverfahren (S. 10, 11, 15 und 21). Zusätzlich zur Vermeidung bzw. zum Ausschluss einer Verfahrenskumulation (vgl. hierzu Bemerkungen zu Art. 33e und 33f VE-BEHG) muss deshalb sicher gestellt werden, dass die strafprozessualen Verteidigungsrechte eines Betroffenen nicht durch eine (vorangehende) verwaltensverfahrensrechtliche Mitwirkungspflicht beeinträchtigt oder unterlaufen werden. Die rechtsstaatlich beste Lösung dieses Problems wäre, dem Verwaltungsstrafverfahren gegenüber dem Verwaltungsverfahren den Vorzug zu geben (cf. Bemerkungen zu Art. 33e und 33f VE-BEHG). Zumindest aber müsste durch geeignete Ergänzung von Art. 33i und 40c VE-BEHG klar gestellt werden, dass

- im Verwaltungsverfahren gegenüber den Betroffenen darauf hin gewiesen und einwandfrei sicher gestellt wird, dass im Hinblick auf ein mögliches späteres Strafverfahren ihre Mitwirkungspflicht eingeschränkt wird durch ihr Recht, sich nicht selber belasten zu müssen;
- in einem nachfolgenden Strafverfahren die im Rahmen des vorgängigen Verwaltungsverfahren beschafften Beweise nicht zum Nachteil der Beschuldigten verwendet werden, es sei denn, diese wären auf ihre Rechte gebührend hingewiesen worden und hätten in voller Kenntnis ihrer Rechte mitgewirkt.

Alternativ wäre denkbar, im Gesetz (Art. 33i VE-BEHG) ausdrücklich festzuhalten, dass die im Rahmen eines Verwaltungsverfahrens vom Betroffenen gemachten Aussagen und herausgegebenen Unterlagen in einem nachfolgenden Strafverfahren nicht zu seinen Ungunsten verwertet werden dürfen.

Abschliessend wiederholen wir unseren Dank für die Möglichkeit, uns zu diesem Revisionsentwurf äussern zu können.

Mit freundlichen Grüssen

Vereinigung Schweizerischer Handels- und Verwaltungsbanken

Dr. Dieter Sigrist

Dr. Benno Degrandi