

Aktuelle Aspekte im Verhältnis des Verwaltungsstrafrechts zum Strafgesetzbuch

Thomas Kräuchi | *Im vorliegenden Beitrag werden in drei Kapiteln die Verjährung, das Unternehmensstrafrecht und die Strafdrohungen erörtert. Dabei geht es um die Auswirkungen der am 1. Oktober 2002 in Kraft getretenen Änderung der Verfolgungsverjährung auf das Verwaltungsstrafrecht, um die am 1. Oktober 2003 in Kraft getretenen Bestimmungen zur Strafbarkeit des Unternehmens und ihre Abgrenzung zu den entsprechenden Bestimmungen des Verwaltungsstrafrechts und schliesslich um die Problematik der unterschiedlichen Strafdrohungen des Finanzmarktaufsichtsrechts als Teil des Verwaltungsstrafrechts und die möglichen Lösungsansätze.*

1 Verfolgungsverjährung

1.1 Regelung bis am 30. September 2002

1.1.1 Strafgesetzbuch¹

Das bis am 30. September 2002 geltende Verjährungsrecht des Strafgesetzbuches unterschied zwischen einer relativen² und einer absoluten³ Verjährungsfrist.⁴ Nach Artikel 70 aStGB verjährt die Verfolgung von Vergehen nach fünf Jahren.⁵ Wird die Verfolgungsverjährung unterbrochen, sieht Artikel 72 Ziffer 2 aStGB vor, dass die Verjährungsfrist neu zu laufen beginnt. Die Strafverfolgung gilt aber in jedem Fall als verjährt, wenn die Verjährungsfrist um die Hälfte überschritten ist. Für Übertretungen gilt demgegenüber eine relative Verjährungsfrist von einem Jahr (Art. 109 aStGB) und eine absolute Verjährungsfrist von zwei Jahren (Art. 72 Ziff. 2 aStGB).

1.1.2 Verwaltungsstrafrecht⁶

Artikel 11 Absatz 1 VStrR statuiert für Übertretungen im Verwaltungsstrafrecht eine (relative) Verjährungsfrist von zwei Jahren. Abgesehen von den in Artikel 11 Absatz 2 und 3 VStrR geregelten Sonderfällen gelten gestützt auf die Verweisung von Artikel 2 VStrR auf das Strafgesetzbuch die Bestimmungen zur Verfolgungsverjährung von Artikel 70 ff. aStGB. Die Strafverfolgung für Übertretungen des Verwaltungsstrafrechts verjährt damit in der Regel (s. dazu Kap. 1.1.3) nach Ablauf von vier Jahren (Art. 72 Ziff. 2 aStGB)⁷. Für Vergehen finden die Bestimmungen zur Verfolgungsverjährung des Strafgesetzbuches Anwendung (Art. 2 VStrR in Verbindung mit Art. 70 ff. aStGB).

1.1.3 Finanzmarktaufsichtsrecht

Für die Verfolgungsverjährung von Vergehen gelten im Finanzmarktaufsichtsrecht die Bestimmungen des Strafgesetzbuches (Art. 2 VStrR in Verbindung mit Art. 70 ff. aStGB). Das Börsengesetz⁸ kennt keine besondere Regelung der Verfolgungsverjährung für Übertretungen. In diesem Bereich gilt deshalb bezüglich der Verjährung die oben (1.1.2) skizzierte Regelung des Verwaltungsstrafrechts, das heisst eine relative Verjährungsfrist von zwei und eine absolute von vier Jahren. Im Anlagefondsgesetz⁹ erfährt die Verfolgungsverjährung bei den Übertretungen eine spezialgesetzliche Regelung.¹⁰ Demnach verjähren die Übertretungen nach fünf Jahren. Die Verjährungsfrist kann durch Unterbrechung um höchstens die Hälfte hinausgeschoben werden. Dieselbe Regelung enthalten das Bankengesetz¹¹ und das Geldwäschereigesetz¹² sowie gewisse Strafbestimmungen des Zollgesetzes¹³ und des Alkoholgesetzes.¹⁴

1.2 Neue Regelung

1.2.1 Strafgesetzbuch

Die am 1. Oktober 2002 in Kraft getretene Revision des Verjährungsrechts hat Artikel 72 aStGB, der das Ruhen und Unterbrechen der Verjährung regelte, ersatzlos abgeschafft. Vorbehalten bleibt der auf die besonderen Bedürfnisse des Verwaltungsstrafrechts abgestimmte Artikel 11 Absatz 3 VStrR (Art. 333 Abs. 5 Bst. c StGB). Es wird damit nicht mehr zwischen relativen und absoluten Verjährungsfristen unterschieden. Es gibt nur noch eine einheitliche Verjährungsfrist für die einzelnen Deliktskategorien. Im Gegenzug wurden die ordentlichen Verjährungsfristen angehoben (Art. 70 StGB).

1.2.2 Verwaltungsstrafrecht

Im Rahmen der Revision des Verjährungsrechts wurde Artikel 333 StGB ergänzt, der die Anwendung des allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches in anderen Bundesgesetzen regelt. Wie bis anhin finden für Taten, die mit einer Freiheitsstrafe von mehr als drei Monaten bedroht sind, die allgemeinen Regeln des Strafgesetzbuches über die Verbrechen und Vergehen Anwendung und für alle übrigen Delikte diejenigen betreffend die Übertretungen.¹⁵ Neu ist Artikel 333 Absatz 5 StGB. Diese Bestimmung regelt bis zur Anpassung der einzelnen Gesetze die Spezialfälle, in denen eine von den allgemeinen Regeln des Strafgesetzbuches abweichende Verjährungsfrist gilt. Von besonderer Bedeutung für das Verwaltungsstrafrecht ist in diesem Zusammenhang Artikel 333 Absatz 5 Buchstabe b StGB, wonach die Verfolgungsverjährungsfristen für Übertretungen, welche mehr als ein Jahr betra-

gen, um die ordentliche Dauer verlängert werden. Da Artikel 11 Absatz 1 VStrR für Übertretungen im Verwaltungsstrafrecht eine Verjährungsfrist von zwei Jahren statuiert, ändert sich an der bisherigen Regelung nichts, das heisst die Verfolgungsverjährung tritt wie bis anhin nach vier Jahren ein.

1.2.3 Finanzmarktaufsichtsrecht

Für die Verjährung von Vergehen im Bereich des Finanzmarktaufsichtsrechts finden, wie oben (Kap. 1.2.2) ausgeführt, die revidierten Bestimmungen des Strafgesetzbuches Anwendung. Für Vergehen nach Banken-, Anlagefonds- und Börsengesetz¹⁶ gilt nun neu ebenfalls eine einheitliche Verfolgungsverjährungsfrist von sieben Jahren (Art. 70 Abs. 1 Bst. c StGB). Für Übertretungen nach dem Börsengesetz beträgt die Verjährungsfrist wie bisher vier Jahre (Art. 11 Abs. 1 VStrR in Verbindung mit Art. 333 Abs. 5 Bst. b StGB). Für die Übertretungen nach dem Banken-, Anlagefonds- und Geldwäschereigesetz, die bisher der spezialgesetzlichen Verjährungsfrist von fünf Jahren (Art. 51 Abs. 3 BankG, Art. 71 Abs. 2 AFG und Art. 39 Abs. 2 GwG) unterlagen, gilt gestützt auf Artikel 333 Absatz 5 Buchstabe b StGB grundsätzlich neu eine zehnjährige Verjährungsfrist.

Die Problematik dieser Regelung dürfte darin bestehen, dass sie im Ergebnis wohl kaum der Absicht des Gesetzgebers entspricht. Es ist nicht sachgerecht, wenn eine Übertretung nach zehn, ein Vergehen demgegenüber bereits nach sieben Jahren verjährt. So macht beispielsweise die Formulierung von Artikel 51 Absatz 3 BankG deutlich, dass der Gesetzgeber des Bankengesetzes die Übertretungen hinsichtlich der Verjährung einfach den Vergehen gleichstellen wollte. Es ist deshalb bei der Anwendung der Verjährungsbestimmungen von einem gesetzgeberischen Versehen auszugehen und die Verjährungsfrist entsprechend, das heisst analog den Vergehen, auf sieben Jahre zu kürzen.

Mit der Revision des Verjährungsrechts kann die Verjährung nicht mehr eintreten, wenn vor Ablauf der Verjährungsfrist ein erstinstanzliches Urteil ergangen ist (Art. 70 Abs. 3 StGB). Dies gilt auch für Straftaten in anderen Bundesgesetzen (Art. 333 Abs. 5 Bst. d StGB). Damit stellt sich die Frage, was als erstinstanzliches Urteil anzusehen ist, insbesondere ob dies auch auf Strafbescheide¹⁷ nach Verwaltungsstrafrecht zutrifft. Die Botschaft zur Revision des AT-StGB¹⁸ äussert sich dazu folgendermassen: Als erstinstanzliches Urteil «gilt auch ein Urteil im Abwesenheitsverfahren und ein Strafmandat (auch Strafbefehl genannt), das weder Gegenstand eines Rechtsmittelverfahrens noch einer Einsprache war». Diese Passage ist interpretationsbedürftig. Die Bedeutung des neuen Artikels 70 Absatz 3 StGB war im Parla-

ment nicht Gegenstand von Diskussionen, so dass sich aufgrund der Ratsprotokolle keine Hinweise darauf finden lassen, ob Strafbescheide nach Artikel 64 VStrR nach dem Willen des Gesetzgebers als erstinstanzliches Urteil gelten sollen. Das Bundesgericht hat in seiner Rechtsprechung zu Artikel 31 Absatz 1 StGB (BGE 92 IV 161 und 96 IV 5) festgehalten, dass das Strafmandat mit Ablauf der Einsprachefrist zum Urteil wird. Dabei ist aber zu beachten, dass ein Strafmandat bzw. ein Strafbefehl nicht in einem kontradiktorischen Verfahren erlassen wird. Demgegenüber erhält der Beschuldigte im Verwaltungsstrafverfahren, das zu einem Strafbescheid nach Artikel 64 VStrR führt, weitgehende Mitwirkungsrechte. Insbesondere wird ihm das rechtliche Gehör gewährt. Der Beschuldigte hat weiter die Möglichkeit, sich zum Schlussprotokoll des untersuchenden Beamten oder der untersuchenden Beamtin, das den Tatbestand umschreibt, zu äussern, die Akten einzusehen und eine Ergänzung der Untersuchung bzw. weitere Beweismassnahmen zu beantragen.¹⁹ Aus diesen Gründen erscheint es vertretbar, davon auszugehen, dass ein Strafbescheid nach Artikel 64 VStrR einem Urteil eines ordentlichen erstinstanzlichen Gerichts gleichsteht und damit einen Verjährungsstopp nach Artikel 70 Absatz 3 VStrR auslöst.

1.3 Übergangsrecht

Im vorliegenden Fall stellt sich das Problem, welche Verjährungsbestimmungen anzuwenden sind, wenn der Tatzeitpunkt vor dem 1. Oktober 2002 liegt, die Tat aber erst nach diesem Datum zu beurteilen ist. Es geht mit andern Worten um den Grundsatz der *lex mitior* bzw. die Frage nach der Anwendung von Artikel 2 Absatz 2 StGB. Wird auf die absoluten Verjährungsfristen des alten Rechts abgestellt, so ergeben sich bezüglich der Verjährungsfrist nach Artikel 11 Absatz 2 VStrR keine Änderungen, die Obergrenze der Frist bleibt bei vier Jahren.²⁰ Anders sieht es bei den Vergehen aus, für deren Frist Artikel 70 StGB massgebend ist. Hier ist das neue Recht milder, da die Verjährungsfrist nur noch sieben und nicht mehr sieben und einhalb Jahre beträgt. Wird demgegenüber auf die ordentlichen bzw. relativen Fristen abgestellt, so sind die Fristen des alten Rechts durchwegs kürzer als diejenigen des neuen Rechts. Nach altem Recht tritt die Verjährung damit in jedem Fall früher ein, wenn keine Unterbrechungshandlung vorgenommen wird. Wird die Frist unterbrochen, so wird die absolute Frist nach altem Recht in der Regel nicht länger sein, als diejenige nach neuem Recht. Als Verschärfung des neuen Rechts ist schliesslich die Regelung zu berücksichtigen, wonach die Verjährung nicht mehr eintritt, wenn ein erstinstanzliches Urteil ergangen ist.

Beim Vergleich der Schwere der Strafnormen ist nach der konkreten Methode eine umfassende Beurteilung des Sachverhalts nach altem und nach neuem Recht vorzunehmen. Dabei ist zu beachten, dass grundsätzlich nur ein Gesetz anzuwenden ist und Kombinationen unzulässig sind (BGE 119 IV 151). Die Verjährungsregeln des alten Rechts dürfen nicht mit denjenigen des neuen Rechts verbunden werden (Peter 1977, 360, Fn 11). Es würde damit nicht angehen, das Strafverfahren bei einem Vergehen, das sich vor dem 1. Oktober 2002 zugetragen hat und dessen Begehung mehr als sieben aber weniger als siebeneinhalb Jahre zurückliegt mit der Begründung einzustellen, die Verjährung sei eingetreten.

2 Unternehmensstrafrecht

2.1 Die Regelung des Strafgesetzbuches

Am 1. Oktober 2003 sind die Bestimmungen zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Unternehmens des Strafgesetzbuches in Kraft getreten (Schmid 2003, 203). In Artikel 100^{quater} StGB finden sich Regeln zur Strafbarkeit des Unternehmens, Artikel 100^{quinquies} StGB enthält Bestimmungen zum Strafverfahren gegen das Unternehmen. Artikel 100^{quater} Absatz 1 StGB sieht eine subsidiäre strafrechtliche Haftung des Unternehmens für Verbrechen oder Vergehen vor, wenn diese im Rahmen der geschäftlichen Tätigkeit des Unternehmens verübt wurden und die Tat wegen mangelhafter Organisation des Unternehmens keiner bestimmten natürlichen Person zugerechnet werden kann. Schliesslich wird das Unternehmen nach Artikel 100^{quater} Absatz 2 StGB bei gewissen strafbaren Handlungen unabhängig von der Strafbarkeit natürlicher Personen bestraft, wenn es nicht beweisen kann, dass es alle erforderlichen und zumutbaren organisatorischen Vorkehren getroffen hat, um eine solche Straftat zu verhindern. Liegen die Voraussetzungen für die Bestrafung eines Unternehmens vor, beträgt die höchstmögliche Busse fünf Millionen Franken.

2.2 Die Regelung des Verwaltungsstrafrechts

Kommt eine Busse von höchstens 5 000 Franken in Betracht, und würde die Ermittlung der nach Artikel 6 VStrR strafbaren Personen im Hinblick auf die verwirkte Strafe unverhältnismässige Untersuchungsmassnahmen bedingen, kann nach Artikel 7 VStrR von der Verfolgung dieser Personen Umgang genommen werden und an ihrer Stelle das Unternehmen zu einer Busse verurteilt werden. Diese Regelung soll einerseits die untersuchende Verwaltung von unverhältnismässig zeitraubenden Nachforschungen entbinden und andererseits der Firma die wenig geschätzten Untersuchungen im

Geschäftsbetrieb ersparen (Peter 1974, 339). Artikel 7 VStrR setzt damit im Gegensatz zu Artikel 100^{quater} Absatz 1 StGB nicht bei der fehlenden Möglichkeit der Ermittlung des Täters oder der Täterin an, sondern bei der Verfahrensökonomie (Schmid 2003, 224). Indessen gestattet es der Wortlaut der Bestimmung nicht, dass die Verwaltung nach Belieben bald gegen die natürlichen Personen vorgeht, bald das Unternehmen selber belangt (Peter 1977, 357).

Ein zusätzliches Problem stellt sich der Verwaltung, wenn ihr in ihrem Bemühen, den oder die Täter/-innen zu ermitteln nur teilweise Erfolg beschieden ist. Es stellt sich in diesem Fall die Frage, ob der ermittelte Täter oder die ermittelte Täterin möglicherweise nur eine untergeordnete Rolle gespielt hat und aus diesem Grund allein und entsprechend milde zu bestrafen ist oder ob sich die Verwaltung darauf berufen kann, dass nicht alle nach Artikel 6 VStrR strafbaren Personen ermittelt sind und deshalb die Firma zu einer Busse zu verurteilen ist. Das Gesetz lässt diese Frage offen. In der Literatur wird die Ansicht vertreten, Artikel 7 VStrR bleibe dann anwendbar, wenn die Hauptschuldigen nicht ermittelt werden konnten (Peter 1977, 358).

2.3 Das Verhältnis der beiden Regelungen

Im Zusammenhang mit der Schaffung von Artikel 100^{quater} und 100^{quinqies} StGB wurde das Verhältnis zu Artikel 7 VStrR nicht erörtert. Gestützt auf Artikel 2 VStrR findet die Regelung des Unternehmensstrafrechts des Strafgesetzbuches auch auf das Verwaltungsstrafrecht Anwendung. Ein Unternehmen kann damit auch im Bereich des Finanzmarktaufsichtsrechts nach Artikel 100^{quater} Absatz 1 StGB subsidiär belangt werden, wenn es wegen eines Organisationsmangels des Unternehmens nicht möglich ist, die strafrechtlich verantwortliche natürliche Person zu ermitteln. Handelt es sich allerdings um Bagatellfälle, in denen eine Busse von maximal 5 000 Franken in Betracht fällt, kann indessen auch Artikel 7 VStrR Anwendung finden. Artikel 7 VStrR wurde damit durch Artikel 100^{quater} StGB nicht ins Abseits gedrängt; die beiden Bestimmungen bleiben parallel aber alternativ anwendbar (Schmid 2003, 224). Es ist damit durchaus denkbar, dass diese Bestimmung auch für Vergehen Anwendung finden kann, für die ebenfalls die Strafbarkeit des Unternehmens nach Artikel 100^{quater} Absatz 1 StGB in Frage käme. Die Verwaltungsstrafbehörde wird damit im konkreten Fall zu prüfen haben, auf welchem Weg sie im Fall einer Überschneidung von Artikel 7 VStrR und Artikel 100^{quater} Absatz 1 StGB das Verfahren führen will (Schmid 2003, 224).

Dabei ist zu beachten, dass die Bestimmungen des Unternehmensstrafrechts des Strafgesetzbuches nur zum Zug kommen, wenn es sich bei der strafbaren Handlung um ein Vergehen handelt. Im Übertretungsbereich können daher Unternehmen generell nur im Rahmen der besonderen Bestimmung von Artikel 7 VStrR belangt werden, der die höchstmögliche Busse auf 5 000 Franken beschränkt.

3 Die Strafdrohungen des Finanzmarktaufsichtsrechts

3.1 De lege lata

Die Strafbestimmungen des Finanzmarktaufsichtsrechts zeichnen sich dadurch aus, dass sie zu einem grossen Teil ähnliche Verhaltensweisen mit Strafe bedrohen. So stellen beispielsweise alle Erlasse des Finanzmarktaufsichtsrechts das Ausüben einer bewilligungspflichtigen Tätigkeit ohne Bewilligung²¹ oder die Verletzung von Meldepflichten²² unter Strafe. Dabei fällt aber auf, dass die Strafdrohungen für vergleichbare Verhaltensweisen sehr unterschiedlich ausfallen, sei es, dass sie teils als Vergehen, teils als Übertretungen ausgestaltet sind, oder dass die Bussenrahmen sehr unterschiedlich ausfallen. Während einige Gesetze ein Verhalten nur bei vorsätzlicher Begehung mit Strafe bedrohen, sehen andere auch die Strafbarkeit des fahrlässigen Handelns vor. Schliesslich sind vergleichbare Verhaltensweisen in einigen Gesetzen des Finanzmarktaufsichtsrechts strafbar, während sie in anderen nicht mit Strafe bedroht sind. Die Unterschiede lassen sich zum grossen Teil auf die unterschiedlichen Entstehungszeitpunkte der Erlasse zurückführen.

Die Strafbestimmungen des Bankengesetzes finden sich in den Artikeln 46 bis 50. Während die Vergehen in den Artikeln 46 bis 48 BankG geregelt sind, befassen sich die Artikel 49 und 50 BankG mit den Übertretungen und Ordnungswidrigkeiten. Die Vergehen werden bei vorsätzlicher Begehung mit Gefängnis bis zu sechs Monaten oder Busse bis 50 000 Franken bestraft; bei fahrlässiger Begehung liegt die Höchststrafe bei Busse bis 30 000 Franken. Die Übertretungen sehen bei vorsätzlicher Begehung Haft oder Busse bis 20 000 Franken vor, bei fahrlässiger Begehung ist die Höchststrafe Busse bis 10 000 Franken. Zuständig bei Verfolgung und Beurteilung nach den Bestimmungen des Verwaltungsstrafrechts ist das Eidgenössische Finanzdepartement, ausser bei Verletzung des Bankgeheimnisses nach Artikel 47 BankG und der Kreditschädigung nach Artikel 48 BankG, für welches die Kantone zuständig sind.

Das Börsengesetz enthält in den Artikeln 40 bis 43 Strafbestimmungen. Gegenstand der Artikel 40 bis 42 BEHG sind als Übertretungen ausgestalte-

te Straftatbestände, die abgesehen von Artikel 41 Absatz 3 BEHG, der die Verletzung der Meldepflicht nach Artikel 15 BEHG sanktioniert, nur bei vorsätzlicher Begehung strafbar sind. Artikel 43 BEHG bedroht die Verletzung des Berufsgeheimnisses mit Gefängnis oder Busse. Strafbar ist nach Artikel 18 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 333 Absatz 1 StGB nur die vorsätzliche Begehung. Die Übertretungen sind ebenfalls nur bei vorsätzlicher Begehung strafbar. Sie werden mit Busse bis 200 000 Franken bedroht, bei der Verletzung der Meldepflichten nach Artikel 41 Absatz 1 BEHG beträgt die Busse das Doppelte des Kauf- oder Verkaufspreises. Zuständig zur Verfolgung und Beurteilung nach den Verfahrensvorschriften des Verwaltungsstrafrechts ist das Eidgenössische Finanzdepartement, ausser bei der Verletzung des Berufsgeheimnisses nach Artikel 43 BEHG, bei welchen die Kantone zuständig sind.

Artikel 69 AFG regelt die Verstösse gegen das Anlagefondsgesetz, während die Übertretungen Gegenstand von Artikel 70 AFG sind. Die Vergehen werden bei vorsätzlicher Begehung mit Gefängnis bis zu sechs Monaten oder Busse bis 200 000 Franken bestraft; bei fahrlässiger Begehung liegt die Höchststrafe bei Busse bis 100 000 Franken. Das Berufsgeheimnis wird strafrechtlich nicht geschützt. Zuständig zur Verfolgung und Beurteilung nach den Vorschriften des Verwaltungsstrafrechts ist das Eidgenössische Finanzdepartement. Der Bundesrat hat am 15. Februar 2003 eine Vernehmlassung zum Bericht der Expertenkommission eröffnet, die unter Leitung von Prof. Peter Forstmoser einen Entwurf des Bundesgesetzes über die kollektiven Kapitalanlagen (E-KAG) ausgearbeitet hat.²³ Das KAG soll das bisherige Anlagefondsgesetz ersetzen. Der E-KAG hält an der Unterteilung der Straftatbestände in Vergehen und Übertretungen fest, sieht aber unter Berücksichtigung der Geldentwertung eine Erhöhung des Bussenrahmens bis zu 500 000 Franken für Vergehen vor und führt zahlreiche neue Straftatbestände ein.²⁴

Das Geldwäschereigesetz enthält in den Artikeln 36 bis 38 ausschliesslich als Übertretungen ausgestaltete Strafbestimmungen. Diese sehen bei vorsätzlicher und fahrlässiger Begehung Bussen bis 200 000 Franken vor. Zuständig zur Verfolgung und Beurteilung nach den Vorschriften des Verwaltungsstrafrechts ist das Eidgenössische Finanzdepartement.

3.2 Änderungen de lege ferenda

3.2.1 Die Expertenkommission Zimmerli

Am 30. November 2003 wurde die Expertenkommission Zimmerli vom Bundesrat beauftragt, die Empfehlungen der Expertengruppe Finanzmarktauf-

sicht zu konkretisieren und dem Eidgenössischen Finanzdepartement einen Gesetzesentwurf mit einem erläuternden Bericht vorzulegen. Dieser Auftrag umfasst auch die Überprüfung des Sanktionenkatalogs und gegebenenfalls die Erarbeitung gesetzlicher Bestimmungen zur Erweiterung und Verstärkung des Sanktionenkatalogs. Dieser Bereich ist Gegenstand des zweiten Teilberichts «Sanktionen in der Finanzmarktaufsicht» der Expertenkommission Zimmerli, der am 16. August 2004 veröffentlicht wurde.²⁵

3.2.2 *Der «EBK-Sanktionenbericht»*

Die Eidgenössische Bankenkommission hat anlässlich der Medienkonferenz vom 3. Mai 2003 eine leicht überarbeitete Fassung des EBK-Sanktionenberichts²⁶ veröffentlicht. Darin kommt sie zum Schluss, dass die heutigen Sanktionsmöglichkeiten den Bedürfnissen einer zeitgemässen Finanzmarktaufsicht nicht mehr entsprechen. Sie stellt fest, dass das Sanktionensystem zu wenig differenziert, teilweise lückenhaft und unausgeglichen ist. Die Mängel sind bekannt und wurden in der Vergangenheit mehrfach von nationalen und internationalen Gremien beanstandet.²⁷

3.2.3 *Allgemeine Bemerkungen zum Zustand de lege ferenda*

- a) Es wäre sachgerecht, die Zahl der Straftatbestände gegenüber dem bisherigen Recht zu vermindern. Strafrechtlich abgesichert werden sollte nur die Durchsetzung von Pflichten und Verboten, die im Finanzmarktaufsichtsrecht von wesentlicher Bedeutung sind oder deren Durchsetzung mit verwaltungsrechtlichen Instrumenten nicht möglich ist.
- b) Die Strafdrohungen für Vergehen und Übertretungen sollten in allen Spezialgesetzen des Finanzmarktaufsichtsrechts harmonisiert werden. Dies bedeutet einerseits, dass vergleichbare Widerhandlungen gegen verwaltungsrechtliche Verbote und die Verletzung verwaltungsrechtlicher Pflichten in allen Spezialgesetzen strafbar sind und in den Spezialgesetzen für vergleichbare Widerhandlungen auch dieselben Strafdrohungen gelten sollten. Was den Strafraumen der Strafbestimmungen des Finanzmarktaufsichtsrechts betrifft, erscheint andererseits die Maximalhöhe der Freiheitsstrafen und der Bussen in einigen Spezialgesetzen relativ niedrig. Angesichts der bei einer illegalen Bank- oder Effektenhändlerstätigkeit erzielbaren Gewinne sind diese Strafdrohungen kaum geeignet, vor strafbaren Handlungen wirksam abzuschrecken. Aus diesem Grund wäre es angemessen, die Höchststrafe bei Vergehen von bisher sechs Monaten Gefängnis deutlich zu erhöhen und auch bei den Bus-

sen eine Angleichung nach oben vorzunehmen. Besonders stossend erscheint schliesslich, dass die Widerhandlungen gegen das Börsengesetz grundsätzlich²⁸ nur bei vorsätzlicher Begehung strafbar sind, was nicht zu überzeugen vermag, weil die vergleichbaren Handlungen in den anderen Gesetzen des Finanzmarktaufsichtsrechts auch bei fahrlässiger Begehung strafrechtliche Konsequenzen haben.

3.2.4 Im Einzelnen

Die folgende Aufstellung erhebt keinerlei Anspruch auf Vollständigkeit, sondern illustriert anhand ausgewählter Beispiele die oben (Kap. 3.2.3) aufgezeigte Problematik.

- a) Um der ersten Forderung zu entsprechen, wäre insbesondere auf die Beibehaltung von Straftatbeständen zu verzichten, die in der Vergangenheit keine praktische Relevanz hatten oder dem strafrechtlichen Legalitätsprinzip nicht entsprechen.

Zur ersten Kategorie zählen beispielsweise die irreführende Werbung nach Artikel 46 Absatz 1 Buchstabe e BankG und Artikel 69 Absatz 1 Buchstabe b AFG, die Kreditschädigung nach Artikel 48 BankG, die Weiterverpfändung von Faustpfändern nach Artikel 46 Absatz 1 Buchstabe g BankG und das Zurückzahlen von Anteilscheinen nach Artikel 49 Absatz 1 Buchstabe f BankG.

Zur zweiten Kategorie gehören die Straftatbestände der Verletzung von mit der Bewilligung verknüpften Voraussetzungen nach Artikel 46 Absatz 1 Buchstabe c BankG, eine Strafbestimmung, die das Bundesgericht als dem strafrechtlichen Legalitätsprinzip nicht genügend kritisiert hat,²⁹ und der Pflichtverletzung durch Schätzungsexperten nach Artikel 69 Absatz 1 Buchstabe g AFG.

In diesem Zusammenhang wäre auch zu prüfen, ob gewisse Straftatbestände allenfalls durch einen Ausbau des verwaltungsrechtlichen Sanktionsinstrumentariums ersetzt werden könnten, da verwaltungsrechtliche Sanktionen in gewissen Bereichen das wirksamere Mittel zur Durchsetzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen darstellen. Die Eidgenössische Bankenkommission hat mit dem anlässlich der Medienkonferenz vom 3. Mai 2003 veröffentlichten «EBK-Sanktionenbericht»³⁰ eine entsprechende Diskussionsgrundlage geliefert.

- b) *Das Ausüben einer bewilligungspflichtigen Tätigkeit ohne Bewilligung* ist im geltenden Recht in allen Spezialgesetzen des Finanzmarktaufsichtsrechts unter Strafe gestellt. Das Bankengesetz³¹ und das Anlagefondsge-

gesetz³² qualifizieren die entsprechenden Delikte bei vorsätzlicher Begehung als Vergehen und bei Fahrlässigkeit als Übertretungen. Demgegenüber stellt dieselbe Widerhandlung nach Börsengesetz³³ und Geldwäschereigesetz³⁴ nur eine Übertretung dar und ist im Börsengesetz bloss bei vorsätzlicher Begehung strafbar. Dieser Unterschied lässt sich sachlich nicht rechtfertigen. Es wäre daher sachgerecht, das Ausüben einer bewilligungspflichtigen Tätigkeit ohne Bewilligung in allen Erlassen des Finanzmarktaufsichtsrechts, das heisst auch im Geldwäschereigesetz und im Börsengesetz, bei vorsätzlicher Begehung als Vergehen und bei blosser Fahrlässigkeit als Übertretung auszugestalten. Andererseits vermag es nicht zu überzeugen, dass das Bankengesetz³⁵ bei fahrlässiger Ausübung einer bewilligungspflichtigen Tätigkeit eine Maximalbusse von 30 000 Franken vorsieht, während die vergleichbare Handlung im Anlagefondsgesetz³⁶ mit einer Busse bis 100 000 Franken und im Geldwäschereigesetz³⁷ sogar mit einer Busse bis 200 000 Franken geahndet wird, die im Wiederholungsfall zudem mindestens 50 000 Franken betragen muss.

Ähnliches gilt für die *Pflichtverletzungen der Revisionsstelle*. Das Anlagefonds-, das Banken- und das Börsengesetz verpflichten die unterstellten Institute, ihre Jahresrechnung von einer Revisionsgesellschaft prüfen zu lassen. Die Verletzung dieser Pflicht wird im Bankengesetz³⁸ und im Anlagefondsgesetz³⁹ strafrechtlich sanktioniert. Der Straftatbestand ist übereinstimmend als Vergehen ausgestaltet. Demgegenüber hat die Pflichtverletzung der Revisionsstelle nach dem Börsengesetz keinerlei strafrechtliche Konsequenzen. Diese Ungleichbehandlung lässt sich sachlich nicht rechtfertigen.

Besonders interessant ist der Straftatbestand des *nicht ordnungsgemässen Führens der Geschäftsbücher und Belege*. Das Anlagefonds-, das Banken- und das Börsengesetz enthalten eine gesetzliche Verpflichtung der unterstellten Institute, ihre Geschäftsbücher ordnungsgemäss zu führen und zusammen mit den Belegen vorschriftsgemäss aufzubewahren. Indessen enthalten nur das Banken- und das Anlagefondsgesetz einen entsprechenden Straftatbestand, nicht aber das Börsengesetz. Dieser ist im Bankengesetz⁴⁰ als Vergehen und im Anlagefondsgesetz⁴¹ als Übertretung ausgestaltet. Um diese Ungleichbehandlung zu beseitigen, wäre es wünschenswert, den Straftatbestand auf die dem Börsengesetz unterstellten Institute auszudehnen.

Alle Spezialgesetze des Finanzmarktaufsichtsrechts verpflichten die unterstellten Institute zur *Prüfung der Jahresrechnung* und auferlegen ihnen gewisse Pflichten gegenüber der Revisionsstelle. Sollte ein beaufichtigtes Institut die Jahresrechnung nicht durch eine anerkannte Revisionsstelle prüfen oder eine durch die Aufsichtsbehörde angeordnete Revision nicht vornehmen lassen, hat dies aber nur im Bankengesetz⁴² strafrechtliche Konsequenzen. Um diese Ungleichbehandlung zu beseitigen erscheint es unumgänglich, den Straftatbestand auch auf unterstellte Institute nach dem Anlagefonds- und Börsengesetz auszudehnen. Zudem ist die Strafbestimmung des Bankengesetzes nur als Übertretung und nicht als Vergehen ausgestaltet. Dies vermag angesichts der grossen Bedeutung einer Revision gerade im Bankenbereich nicht zu überzeugen.

Das Anlagefonds-⁴³ und das Geldwäschereigesetz⁴⁴ enthalten einen als Übertretung konzipierten Straftatbestand des *Missachtens von Verfügungen* der Aufsichtsbehörde. Das Bankengesetz fährt in diesem Bereich sogar doppelspurig und kennt je nach der Bedeutung des bestandenen Missstandes einen als Übertretung oder als Ordnungswidrigkeit ausgestalteten Straftatbestand.⁴⁵ Demgegenüber fehlt eine entsprechende Strafbestimmung im Börsengesetz. Um die Widerhandlungen gegen Verfügungen der Aufsichtsbehörde im gesamten Finanzmarktaufsichtsrecht gleich zu behandeln, wäre eine Vereinheitlichung der entsprechenden Straftatbestände in Form von Übertretungen mit einem identischen Bussenrahmen zu begrüssen.

Alle Spezialgesetze des Finanzmarktaufsichtsrechts sanktionieren die *Verletzung von Meldepflichten*. Die Straftatbestände sind in allen Fällen als Übertretung ausgestaltet. Indessen bestehen bezüglich der Bussenrahmen sehr grosse Unterschiede. Am einen Ende der Skala befindet sich das Bankengesetz⁴⁶ mit einer Maximalbusse von 10 000 Franken bei fahrlässiger Begehung, am andern Ende der Skala das Börsengesetz mit einer Maximalbusse, die nicht betragsmässig im Gesetz fixiert ist.⁷⁴ Diese Regelung ist aus rechtsstaatlichen Gründen bedenklich und sollte durch eine betragsmässig im Gesetz festgelegte Maximalbusse ersetzt werden.

Anmerkungen

- 1 Schweizerisches Strafgesetzbuch 1937; SR 311.0.
- 2 Art. 70 aStGB
- 3 Art. 72 aStGB
- 4 Art. 70 ff. aStGB
- 5 Zur Berechnung vgl. Trechsel 1997.
- 6 Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht vom 22. März 1974 (Verwaltungsstrafrecht, VStrR; SR 313.0)
- 7 Siehe auch Peter 1977, S. 360.
- 8 Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel vom 2. März 1995 (Börsengesetz, BEHG; SR 954.1).
- 9 Bundesgesetz über die Anlagefonds vom 18. März 1994 (Anlagefondsgesetz, AFG; SR 951.31).
- 10 Art. 71 Abs. 2 AFG
- 11 Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934 (Bankengesetz, BankG; SR 952.0); Art. 51 Abs. 3 BankG.
- 12 Bundesgesetz zur Bekämpfung der Geldwäscherei im Finanzsektor vom 10. Oktober 1997 (Geldwäschereigesetz, GwG; SR 955.0); Art. 39 Abs. 2.
- 13 Zollgesetz vom 1. Oktober 1925 (ZG; SR 631.0); Bannbruch und Zollhehlerei, Art. 83 ZG
- 14 Bundesgesetz über die gebrannten Wasser vom 21. Juni 1932 (Alkoholgesetz; SR 680); Art. 52, 53, 55 und 56 in Verbindung mit Art. 60 Alkoholgesetz.
- 15 Art. 333 Abs. 2 StGB
- 16 Die Verstösse gegen das Geldwäschereigesetz sind ausschliesslich als Übertretungen ausgestaltet.
- 17 Art. 62 ff. VStrR
- 18 BBl 1998 1979, Ziff. 216.11
- 19 Art. 61 VStrR
- 20 So beispielweise bei den Übertretungen nach Art. 40 bis 42 BEHG.
- 21 Art. 48 Abs. 1 Bst. a und b BankG, Art. 69 Abs. 1 Bst. a AFG, Art. 40 BEHG und Art. 36 GwG
- 22 Art. 49 Abs. 1 Bst. e BankG, Art. 70 Abs. 1 Bst. d AFG, Art. 41 BEHG und Art. 37 GwG
- 23 www.efd.admin.ch/d/dok/gesetzgebung/vernehmlassungen/2004/01/anlagefonds.pdf
- 24 Art. 114 und Art. 115 E-KAG; vgl. dazu den Bericht der Expertenkommission Forstmoser vom November 2003, Ziff. 4.12.2 S. 122 ff.
- 25 www.efd.admin.ch/d/dok/medien/medienmitteilungen/2004/08/finmag.htm
- 26 www.ebk.ch/d/aktuell/m30502-02d.pdf; www.ebk.ch/d/aktuell/m30502-03d.pdf
- 27 Vgl. dazu namentlich Ziff. 4 des «EBK-Sanktionenberichts», S. 17 ff. sowie den IMF Country Report No. 02/108, Switzerland: Financial System Stability Assessment, including Reports on the Observance of Standards and Codes on the following topics: Banking Supervision, Securities Regulation, Insurance Regulation, Payment Systems and Monetary and Financial Policy Transparency (completed on Mai 13, 2002).
- 28 S. aber Art. 41 Abs. 3 BEHG.
- 29 Vgl. BGE 125 IV 35 ff.. Interessant ist in diesem Zusammenhang, dass der Bericht der Expertenkommission Forstmoser über den Entwurf eines Bundesgesetzes über die kollektiven Kapitalanlagen (E-KAG) in Art. 114 Abs. 1 Bst. e E-KAG eine gleich lautende Strafbestimmung aufgenommen hat.
- 30 www.ebk.ch/d/aktuell/m30502-02d.pdf; www.ebk.ch/d/aktuell/m30502-03d.pdf
- 31 Art. 46 Abs. 1 Bst. a und b BankG
- 32 Art. 69 Abs. 1 Bst. a AFG
- 33 Art. 40 Abs. 1 Bst. a und b BEHG
- 34 Art. 36 GwG
- 35 Art. 46 Abs. 2 BankG
- 36 Art. 69 Abs. 2 AFG
- 37 Art. 36 GwG
- 38 Art. 46 Abs. 1 Bst. k BankG
- 39 Art. 69 Abs. 1 Bst. f AFG
- 40 Art. 46 Abs. 1 Bst. l BankG
- 41 Art. 70 Abs. 1 Bst. a AFG
- 42 Art. 49 Abs. 1 Bst. b BankG
- 43 Art. 70 Abs. 1 Bst. c AFG
- 44 Art. 38 GwG
- 45 Art. 49 Abs. 1 Bst. d und Art. 50 BankG
- 46 Art. 49 Abs. 1 Bst. e BankG
- 47 Gemäss Art. 41 Abs. 2 BEHG beträgt die Busse höchstens das Doppelte des Kauf- oder Verkaufspreises. Sie wird berechnet aufgrund der Differenz zwischen dem Anteil, über den der Meldepflichtige neu verfügt und dem letzten, von ihm gemeldeten Grenzwert.

Literatur

- Peter, Markus, 1974, Das neue Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht, Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht (ZStR), 90 (1974).
- Peter, Markus, 1977, Erste Erfahrungen mit dem Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht, Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht (ZStR), 93 (1977).
- Schmid, Niklaus, 2003, Strafbarkeiten des Unternehmens: die prozessuale Seite, Zeitschrift recht.
- Trechsel, Stefan, 1997, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkommentar, 2. Auflage, Zürich 1997, N 3 zu Art. 70 aStGB.

Résumé

Le présent article traite de problématiques actuelles dans les rapports entre le droit pénal administratif et le Code pénal en considération des dispositions pénales de la législation sur la surveillance des marchés financiers. La prescription, le droit pénal des sociétés et les peines encourues sont traités en trois chapitres. Le premier chapitre traite des répercussions de la modification de la prescription en droit pénal administratif, en vigueur depuis le 1er octobre 2002. L'objet du deuxième chapitre est constitué par les dispositions en vigueur depuis le 1er octobre 2003 concernant la possibilité de sanctionner une entreprise et la délimitation de cette possibilité par rapport aux dispositions du droit pénal administratif. Le troisième chapitre enfin est entièrement consacré à la problématique des différentes peines encourues pour les infractions décrites dans la législation sur la surveillance des marchés financiers, qui fait partie du droit pénal administratif, et à une ébauche des solutions possibles.