

Bundesministerium für Finanzen  
Johannesgasse 5  
1010 Wien

per E-Mail: [e-Recht@bmf.gv.at](mailto:e-Recht@bmf.gv.at)

**ZI. 13/1 16/65**

**BMF-090101/0001-III/5/2016**

**BG, mit dem das Börsegesetz 1989 geändert wird**

**Referent: Priv.-Doz. Dr. Oliver Plöckinger, Rechtsanwalt in Linz**

Sehr geehrte Damen und Herren!

Der Österreichische Rechtsanwaltskammertag (ÖRAK) dankt für die Übersendung des Entwurfes und erstattet dazu folgende

### **S t e l l u n g n a h m e :**

Aus Sicht des ÖRAK enthält der Entwurf gleich mehrere Systembrüche, welche sich im Einzelnen wie folgt darstellen lassen:

1. Gemäß § 48b Abs. 2 BörseG soll die FMA bei Vorliegen eines begründeten Verdachts einer Zuwiderhandlung gegen §§ 48c und § 48d bei der zuständigen Staatsanwaltschaft, der WKStA (§ 48b Abs. 3 1. Satz BörseG), die Anordnung einer Hausdurchsuchung (§ 117 Z 2 lit. b StPO) oder der Erteilung einer Auskunft über Daten einer Nachrichtenübermittlung (§ 134 Z 2 StPO) einschließlich der in § 76a Abs. 1 und 2 StPO aufgezählten Daten beantragen können.

Der Systembruch ist hier zunächst darin zu erblicken, dass die WKStA im Bereich von Verwaltungsübertretungen (§ 48c und § 48d BörseG) tätig werden und die gerichtliche Bewilligung ihrer allenfalls zu treffenden Anordnungen beantragen soll. Der ÖRAK hegt Zweifel daran, ob sich diese neue Aufgabe mit § 1 StAG vereinbaren lässt. Dies umso mehr, als nach Art. 90a B-VG Staatsanwälte Organe der Gerichtsbarkeit sind und diese im Verfahren wegen **mit gerichtlicher Strafe bedrohter Handlungen** Ermittlungs- und Anklagefunktionen wahrnehmen. Diese grundsätzliche Zuständigkeit der Staatsanwälte in Verfahren wegen mit gerichtlicher Strafe bedrohter Handlungen wurde vom Gesetzgeber bislang nur vereinzelt und punktuell durchbrochen. Dies beispielsweise betreffend die Befugnis zur Einbringung einer Ehenichtigkeitsklage nach § 28 Ehegesetz, eines Ansuchens um



Todeserklärung (§ 20 TEG) oder die Ausübung von Verwaltungstätigkeiten durch Staatsanwälte im Bundesministerium für Justiz (§ 205 RStDG). Eine – wie geplant – Zuständigkeit im verwaltungsstrafrechtlichen Verfahren für die Beantragung einzelner Zwangsmaßnahmen erscheint dem ÖRAK vor dem Hintergrund der institutionellen Garantie nach Art. 90a B-VG jedoch als zu weit gehend.

Der vorgesehene Richtervorbehalt (Genehmigung der Anordnung durch den Einzelrichter beim Landesgericht für Strafsachen Wien) ergibt sich aus den verfassungsrechtlichen Vorgaben und wird vom ÖRAK ausdrücklich begrüßt.

Hinzu kommt, dass der FMA – wiederum im Bereich von „bloßen“ Verwaltungsübertretungen - die aus Sicht des ÖRAK zu weit reichende Befugnis, die Erteilung einer Auskunft über Daten einer Nachrichtenübermittlung einschließlich der in § 76a Abs. 1 und 2 StPO aufgezählten Daten zu beantragen, eingeräumt werden soll. Eine solche Befugnis findet sich weder im Finanzstrafrecht (vgl. *Leitner/Toifl/Brandl, Finanzstrafrecht*<sup>3</sup> RN 1008) noch im Kartellrecht und ist daher auch für Verwaltungsübertretungen nach dem BörseG abzulehnen. Die angesprochene Systemwidrigkeit erhellt überdies daraus, dass sowohl § 135 Abs. 2 Z 2 StPO als auch § 135 Abs. 2 Z 3 StPO, auf welche § 48b Abs. 3 BörseG ausdrücklich referenziert, auf **vorsätzliche Straftaten** abstellen, welche mit Freiheitsstrafe bedroht sind. Beides ist bei den Verwaltungsübertretungen nach § 48c und § 48d BörseG nicht der Fall. So können beide Übertretungen auch fahrlässig begangen werden und sehen beide lediglich Geldstrafen vor. Allein die im Entwurf vorgesehene Möglichkeit eine Zwangsmaßnahme nach § 134 StPO auch bei fahrlässiger Begehung beantragen zu können (andernfalls hätte die Formulierung des § 48b Abs. 2 BörseG wie folgt lauten müssen: „... in Bezug auf den Verdacht einer **vorsätzlichen** Zuwiderhandlung gegen §§ 48c und 48d ...“), führt die Unverhältnismäßigkeit sowie die Systemwidrigkeit des Entwurfs in diesem Punkt eindrucksvoll vor Augen.

2. Einen weiteren Systembruch, welcher aus Sicht des ÖRAK jedoch begrüßenswert erscheint, stellt die in § 48b Abs. 6 BörseG gewählte Formulierung des Widerspruchsrechts dar. Demnach soll im Fall eines Widerspruchs „unter Berufung auf ein gesetzlich anerkanntes Verschwiegenheitsrecht“ die Bestimmung des § 112 StPO sinngemäß gelten. Diese Formulierung ist insofern zu begrüßen, als sie im Gegensatz zu § 112 StPO auf den vom ÖRAK abgelehnten, weil die Rechte des Betroffenen zu stark einengenden Zusatz, „das bei sonstiger Nichtigkeit nicht durch Sicherstellung umgangen werden darf“, verzichtet.
3. § 48e BörseG soll in Hinkunft die Strafbarkeit juristischer Personen für Verwaltungsübertretungen nach den §§ 48c und 48d BörseG regeln. Der Entwurf entfernt sich dabei relativ weit von jenen Voraussetzungen, wie sie das Verbandsverantwortlichkeitsgesetz (VbVG) für die Strafbarkeit von Verbänden vorsieht (dies insbesondere im Hinblick auf die Verantwortlichkeit für Taten von Mitarbeitern). Hier wäre aus Sicht des ÖRAK eine Orientierung an § 28a Abs. 2 FinStrG wünschenswert, welcher eine sinngemäße Anwendung einzelner,

konkret bezeichneter Bestimmungen des VbVG auf für von der Finanzstrafbehörde zu ahndende Finanzvergehen von Verbänden vorsieht.

4. Einen Systembruch stellt auch die beabsichtigte Abgrenzung zwischen gerichtlicher und verwaltungsbehördlicher Zuständigkeit anhand der „Höhe der Transaktion“ (1 Million Euro) bzw. anhand der Höhe der Kursveränderung (mindestens 35% + Vorliegen eines Gesamtumsatzes von mindestens 10 Millionen Euro) dar. Nach den Erläuterungen werden diese Kriterien deshalb vorgeschlagen, „weil durch sie eine schon bei Beginn eines Verfahrens klare Abgrenzung zwischen den Zuständigkeitsbereichen Staatsanwaltschaft bzw. Gericht und FMA gewährleistet“ sei.

Diese Argumentation ist für den ÖRAK nicht nachvollziehbar, geht es doch nicht nur um eine Abgrenzung von Zuständigkeiten zu Beginn eines Verfahrens sondern geben die eingezogenen Grenzen in erster Linie den Ausschlag für die Höhe sowie die Art der Strafdrohung. Aus Sicht des ÖRAK wäre eine Kombination aus den im Entwurf vorgesehenen Kriterien sowie – dem bisherigen System folgend - einer Abstufung der Strafdrohungen je nach Höhe des erlangten Vermögensvorteils wünschenswert. Dies zum einen deshalb, um einen systemischen Gleichklang mit den übrigen vermögensstrafrechtlichen Tatbeständen im StGB herzustellen und zum anderen deshalb, um jene Fälle weiterhin mit geringerer Strafe zu bedrohen, in denen die Transaktion zu keinem oder lediglich zu einem geringen Vermögensvorteil auf Seiten des Primär- bzw. Sekundärinsiders geführt hat. Nicht zuletzt besteht bei der im Gesetzesentwurf – offensichtlich der Rechtsprechung des EuGH folgend (EuGH vom 23.12.2009, C-45/08, RN 31ff) – gewählten Formulierung die Gefahr einer für das österreichische Strafrecht strikt abzulehnenden **Vorsatzvermutung** dahingehend, dass der Primärinsider die Informationen alleine deshalb ausnützt, um Vermögensvorteile zu erlangen oder andere Marktteilnehmer zu übervorteilen. Wie bereits *Hinterhofer*, in WK-StGB<sup>2</sup> BörseG § 48b RN 106 zutreffend ausführt, wäre eine Vorsatzvermutung, die alleine aus dem Umstand abgeleitet wird, dass jemand objektiv Primärinsider ist, für das österreichische Strafrecht unhaltbar.

5. Aus dogmatischer Sicht problematisch erscheint dem ÖRAK das in § 48m Abs. 2 und Abs. 6 BörseG für „Empfehlungen“ gewählte Abstellen auf das Eintreten einer „Kursveränderung von mindestens 35 vH“ und eines „Gesamtumsatzes von mindestens 10 Millionen Euro“. Dies alles „innerhalb der fünf auf das Bekanntwerden der Insiderinformation folgenden Handelstage“.

Dogmatisch gesehen müsste es sich dabei um eine schuldunabhängige objektive Bedingung der Strafbarkeit handeln. Dieses Rechtsinstitut findet sich bereits bei einigen Delikten des StGB, wie bspw. bei den §§ 91, 103, 112 sowie 142 Abs. 2 StGB. Alle diese Tatbestände stellen jedoch darauf ab, dass die **objektive Bedingung der Strafbarkeit** bereits im Zeitpunkt der Deliktsbegehung, das heißt ex-ante vorgelegen ist und knüpfen daran die Strafbarkeit. Dieses System wird mit dem vorliegenden Entwurf nunmehr dahingehend durchbrochen, dass die Strafbarkeit von Bedingungen abhängig gemacht wird, welche erst im Nachhinein, das heißt nach „Bekanntwerden der Information“ eintreten. Damit soll eine dem Strafrecht fremde „**ex-post**“

Betrachtungsweise implementiert werden und wäre darin ein weiterer Systembruch zu verorten. Dieser Gedanke einer „ex-post“ Betrachtung findet sich im Übrigen auch in den Erläuterungen wieder gegeben, wenn es dort heißt: „Durch das Abstellen auf die Kursveränderung nach Bekanntwerden der Insiderinformation am Markt kann die Wichtigkeit der Information für die Adressatenkreise wiederum ex post gemessen werden“. Der ÖRAK schlägt vor, es beim bisherigen Verständnis zu belassen, wonach die Information, wenn sie öffentlich bekannt würde, geeignet sein muss, den Kurs von Finanzinstrumenten oder den Kurs sich darauf beziehender Derivate **erheblich zu beeinflussen** (vgl. *Hinterhofer*, in WK-StGB<sup>2</sup> BörseG § 48b RN 51ff). Diese Erheblichkeitsschwelle könnte im Einklang mit dem Gesetzesentwurf mit einer Kursveränderung von mindestens 35 vH und einem Gesamtumsatz von mindestens 10 Millionen Euro gesetzlich verankert werden.

6. Wenig überzeugend erscheint dem ÖRAK die Begründung dafür, weshalb nach § 48m Abs. 6 BörseG grob fahrlässige Sekundärinsider gerichtlich strafbar sein sollen. Die Erläuterungen argumentieren dies damit, dass einziges Abgrenzungsmerkmal zwischen § 48m Abs. 5 BörseG (Vorsatzdelikt) und § 48m Abs. 6 BörseG (Fahrlässigkeitsdelikt) die innere Tatseite sei. Wollte man die Fälle des § 48m Abs. 6 BörseG als „bloße“ Verwaltungsübertretung sanktionieren, so würde dies dem mit dem vorliegenden Gesetzesentwurf verfolgten Ziel, möglichst ex ante klare Abgrenzungen zwischen gerichtlicher und verwaltungsbehördlicher Strafbarkeit vorzusehen, zuwiderlaufen.

Allfällige in der Praxis auftretende Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen vorsätzlichem und grob fahrlässigem Handeln können nach Ansicht des ÖRAK nicht als Begründung dafür herangezogen werden, das deutlich strengere Sanktionsregime für gerichtlich strafbare Handlungen (Freiheitsstrafe anstelle einer Geldstrafe, Eintragung im Strafregister etc.) sowie die deutlich umfassenderen Ermittlungsbefugnisse (Zwangmaßnahmen) im gerichtlichen Verfahren auf den Tatbestand des § 48m Abs. 6 BörseG zur Anwendung zu bringen. Für diese Fälle sollte mit einer – nach den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben zulässigen – **Sanktionierung als Verwaltungsübertretung** das Auslangen gefunden werden. Allfällige Abgrenzungsprobleme müssen allein schon aufgrund der „ultima ratio Funktion“ gerichtlicher Strafbestimmungen in Kauf genommen werden.

Aus denselben Erwägungen sollten nach Ansicht des ÖRAK auch die grob fahrlässigen Marktmanipulationen nach § 48n Abs. 1 BörseG als „bloße“ Verwaltungsübertretungen und nicht als gerichtlich strafbare Handlungen sanktioniert werden. Die derzeit im Entwurf gewählte Formulierung des § 48n Abs. 1 BörseG erscheint auch deshalb problematisch, da es betreffend die normierte Strafdrohung – Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren – keine Abstufung/Differenzierung zwischen fahrlässigem und vorsätzlichem Verhalten gibt. Damit wird dem unterschiedlichen Unwert von Vorsatz- und Fahrlässigkeitstat in keiner Weise Rechnung getragen und ist zumindest diesem Umstand durch abgestufte Strafdrohungen zu begegnen.

7. Nicht zuletzt erscheint dem ÖRAK die in § 48n Abs. 1 BörseG gewählte Formulierung „unrechtmäßig“ als zu **unbestimmt**. Auch der in den

Erläuterungen gemachte Verweis auf Art. 5 Abs. 2 lit. a Marktmissbrauchsrichtlinie bringt nicht die für das Strafrecht erforderliche Klarheit/Bestimmtheit. Dort wird das Vorliegen einer Marktmanipulation für jene Fälle verneint, in denen sich die Person, die die Transaktion getätigt oder den Handelsauftrag erteilt hat, auf einen rechtmäßigen Grund stützen kann und in denen die Transaktion oder der Handelsauftrag im Einklang mit der zugelassenen Marktpraxis auf dem betreffenden Handelsplatz stehen. Was unter einem „rechtmäßigen Grund“ zu verstehen ist bleibt dabei ebenso im Dunkeln wie Umfang und Reichweite der „zugelassenen Marktpraxis auf dem betreffenden Handelsplatz“.

Hinzu kommt, dass § 48n Abs. 2 BörseG als mögliche Tathandlungen unter anderem die „Verwendung sonstiger Kunstgriffe“ erwähnt und damit offensichtlich Art. 5 Abs. 2 lit. b Marktmissbrauchsrichtlinie wortgetreu umsetzt. Auch an dieser Stelle werden Begriffe implementiert, welche den strengen strafrechtlichen Anforderungen an die Bestimmtheit in keiner Weise Rechnung tragen und sollte daher nach Ansicht des ÖRAK mit der aus unterschiedlichen Straftatbeständen bekannten Begrifflichkeit der „Täuschung über Tatsachen“ das Auslangen gefunden werden.

Wien, am 12. Mai 2016

DER ÖSTERREICHISCHE RECHTSANWALTSKAMMERTAG

  
Dr. Rupert Wolff  
Präsident

