

06.102

**Botschaft
zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches
(Streichung von Art. 161 Ziff. 3 StGB)**

vom 8. Dezember 2006

Sehr geehrte Frau Nationalratspräsidentin
Sehr geehrter Herr Ständeratspräsident
Sehr geehrte Damen und Herren

Mit dieser Botschaft unterbreiten wir Ihnen, mit dem Antrag auf Zustimmung, den Entwurf zu einer Änderung der so genannten Insiderstrafnorm des Strafgesetzbuches. Gleichzeitig beantragen wir Ihnen, folgenden parlamentarischen Vorstoss abzuschreiben:

2002 M 02.3246 Insiderstrafnorm (N 02.3246, Jossen-Zinsstag)

Wir versichern Sie, sehr geehrte Frau Nationalratspräsidentin, sehr geehrter Herr Ständeratspräsident, sehr geehrte Damen und Herren, unserer vorzüglichen Hochachtung.

8. Dezember 2006

Im Namen des Schweizerischen Bundesrates
Der Bundespräsident: Moritz Leuenberger
Die Bundeskanzlerin: Annemarie Huber-Hotz

Übersicht

Ziffer 3 der geltenden so genannten Insiderstrafnorm, Artikel 161 des Strafgesetzbuches (StGB), soll gestrichen werden, da diese eine ungerechtfertigte und für die Bekämpfung von Insidergeschäften hinderliche Einschränkung des Tatbestands der Insidergeschäfte mit sich bringt.

Die Insiderstrafnorm stellt das Ausnützen von Wissensvorsprüngen zur Erzielung eines Vermögensvorteils unter bestimmten Voraussetzungen unter Strafe. Als tatbestandsmässige Handlung gilt das Ausnützen der Kenntnis einer vertraulichen Tatsache, die geeignet ist, den Kurs von in der Schweiz börslich oder vorbörslich gehandelten Effekten in vorhersehbarer Weise erheblich zu beeinflussen.

Der Begriff der (vertraulichen) kursrelevanten Tatsache wird durch den Wortlaut von Artikel 161 Ziffer 3 StGB massgeblich eingeschränkt. Auch nach Auslegung des Bundesgerichts ist der Anwendungsbereich der Insiderstrafnorm auf bestimmte Insiderfakten beschränkt. Nicht unter diese Strafnorm fallen beispielsweise Wertschriftenverkäufe, die im Vorfeld einer Gewinnwarnung getätigt werden, um einen zu erwartenden Kursverlust abzufedern. Vor diesem Hintergrund hat sich die Insiderstrafnorm als zu wenig griffig erwiesen.

Diese Einschränkung auf bestimmte kursrelevante Insiderfakten lässt sich sachlich kaum begründen und ist unter dem Aspekt der Chancengleichheit der Anleger unbefriedigend. Deshalb schlägt der Bundesrat die ersatzlose Streichung von Ziffer 3 von Artikel 161 StGB vor. Mit dieser Streichung wird das Verbot des Ausnützens vertraulicher Fakten auf jegliche kursrelevanten Insiderfakten ausgedehnt. Die vorgeschlagene Aufhebung von Ziffer 3 von Artikel 161 StGB wurde in der Vernehmlassung einhellig begrüsst.

Botschaft

1 Grundzüge der Vorlage

1.1 Ausgangslage

1.1.1 Heutiger Rechtszustand

Am 1. Juli 1988 trat die Strafnorm «Ausnützen der Kenntnis vertraulicher Tatsachen», Artikel 161 des Strafgesetzbuches (StGB)¹, in Kraft. Mit dieser so genannten Insiderstrafnorm wurde das Ausnützen der Kenntnis einer vertraulichen Tatsache unter bestimmten Voraussetzungen unter Strafe gestellt. Im Visier ist die Ausnützung der Kenntnis von Tatsachen, die geeignet sind, den Kurs von in der Schweiz börslich oder vorbörslich gehandelten Effekten in vorhersehbarer Weise erheblich zu beeinflussen.

Artikel 161 StGB (Ausnützen der Kenntnis vertraulicher Tatsachen) hat folgenden Wortlaut:

1. Wer als Mitglied des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung, der Revisionsstelle oder als Beauftragter einer Aktiengesellschaft oder einer sie beherrschenden oder von ihr abhängigen Gesellschaft, als Mitglied einer Behörde oder als Beamter, oder als Hilfsperson einer der vorgenannten Personen, sich oder einem andern einen Vermögensvorteil verschafft, indem er die Kenntnis einer vertraulichen Tatsache, deren Bekanntwerden den Kurs von in der Schweiz börslich oder vorbörslich gehandelten Aktien, andern Wertschriften oder entsprechenden Bucheffekten der Gesellschaft oder von Optionen auf solche in voraussehbarer Weise erheblich beeinflussen wird, ausnützt oder diese Tatsache einem Dritten zur Kenntnis bringt, wird mit Gefängnis oder Busse bestraft.

2. Wer eine solche Tatsache von einer der in Ziffer 1 genannten Personen unmittelbar oder mittelbar mitgeteilt erhält und sich oder einem andern durch Ausnützen dieser Mitteilung einen Vermögensvorteil verschafft, wird mit Gefängnis bis zu einem Jahr oder mit Busse bestraft.

3. Als Tatsache im Sinne der Ziffern 1 und 2 gilt eine bevorstehende Emission neuer Beteiligungsrechte, eine Unternehmensverbindung oder ein ähnlicher Sachverhalt von vergleichbarer Tragweite.

4. Ist die Verbindung zweier Aktiengesellschaften geplant, so gelten die Ziffern 1–3 für beide Gesellschaften.

5. Die Ziffern 1–4 sind sinngemäss anwendbar, wenn die Ausnützung der Kenntnis einer vertraulichen Tatsache Anteilscheine, andere Wertschriften, Bucheffekten oder entsprechende Optionen einer Genossenschaft oder einer ausländischen Gesellschaft betrifft.

¹ SR 311.0

In der Botschaft des Bundesrates vom 1. Mai 1985² zur Insiderstrafnorm wurden hinsichtlich der von ihr zu schützenden Rechtsgüter die Treue- und Loyalitätspflichten der Insider gegenüber den betroffenen Unternehmen sowie die Sauberkeit des Börsenmarktes und damit auch die Chancengleichheit der Publikumsanleger genannt.³

Ziffer 3 von Artikel 161 StGB war im Botschaftsentwurf des Bundesrates noch nicht vorgesehen; sie ist erst im Laufe der parlamentarischen Beratungen eingefügt worden. Sie schränkt den Begriff der kursrelevanten vertraulichen Tatsache ein, indem nur «eine bevorstehende Emission neuer Beteiligungsrechte, eine Unternehmensverbindung oder ein ähnlicher Sachverhalt von vergleichbarer Tragweite» erfasst wird. In der Lehre ist umstritten, welche Ereignisse unter den «ähnlichen Sachverhalt von vergleichbarer Tragweite» zu subsumieren sind. Ein Teil der Lehre vertritt eine weite Auslegung, wonach auch Ereignisse wie die erhebliche Änderung in der Unternehmensstruktur, aussergewöhnliche Gewinne oder Verluste, eine aussergewöhnliche Geschäftsentwicklung (z.B. Entwicklung eines neuen revolutionären Medikaments) unter Ziffer 3 fallen. Andere Autorinnen und Autoren befürworten wiederum eine enge Auslegung.⁴

Das Bundesgericht hat nach eingehender Prüfung der parlamentarischen Beratungen zur Insiderstrafnorm entschieden, dass Artikel 161 Ziffer 3 StGB eng auszulegen ist.⁵ Es qualifiziert nur Tatsachen, die sich auf Veränderungen der internen oder externen Struktur der Gesellschaft beziehen, wie z.B. Unternehmensteilungen, Mehrheitsübernahmen oder Sanierungen durch Kapitalherabsetzung als «ähnliche Sachverhalte von vergleichbarer Tragweite». Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts fallen z.B. namentlich Wertschriftenverkäufe, die im Vorfeld einer Gewinnwarnung getätigt werden, um den erwarteten Kursverlust abzufedern, nicht unter die Insiderstrafnorm. Das Bundesgericht hat festgestellt, dass diesbezüglich eine Strafbarkeitslücke vorliege; es gehe jedoch nicht an, diese durch grosszügige Auslegung von Artikel 161 Ziffer 3 StGB zu beheben.⁶

1.1.2 Motion Jossen-Zinsstag und ihre Folgen

Am 12. Juni 2002 reichte Nationalrat Peter Jossen-Zinsstag eine Motion ein, mit welcher er den Bundesrat aufforderte, dem Parlament eine Änderung von Artikel 161 StGB vorzuschlagen, wonach unter die Insiderstrafnorm auch Wertschriftenverkäufe fallen, die im Vorfeld einer Warnung vor einem Gewinnbruch (so genannte Gewinnwarnung) getätigt werden, um einen zu erwartenden Kursverlust abzufedern.⁷ Nachdem sich der Bundesrat am 20. September 2002 bereit erklärt hatte, diese Motion entgegenzunehmen, wurde sie am 4. Oktober 2002 vom Nationalrat und am 2. Oktober 2003 vom Ständerat angenommen.

² Botschaft vom 1. Mai 1985 über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches (Insidergeschäfte), BBl 1985 II 71, 74, 84.

³ Vgl. dazu auch Christoph Peter, in Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar, Strafgesetzbuch II, Art. 111–401, Basel 2003, Art. 161 N. 12.

⁴ Vgl. zu den verschiedenen Lehrmeinungen Daniela Koenig, Das Verbot von Insiderhandel, Zürich/Basel/Genf 2006, S. 166 ff., m.w.H.

⁵ BGE 118 Ib 547 E. 4e.

⁶ Urteil des Bundesgerichts 2A.567/2001 vom 15. April 2002, E. 6.5.

⁷ 02.3246. In seiner Begründung verweist der Motionär explizit auf das Urteil 2A.567/2001 vom 15. April 2002.

Im Frühjahr 2004 einigten sich das Eidgenössische Finanzdepartement (EFD) und das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) darauf, dass die Revision der Insiderstrafnorm im Sinne der Motion Jossen-Zinsstag im Rahmen der Umsetzung der im Juni 2003 revidierten Empfehlungen der «Groupe d'action financière sur la lutte contre le blanchiment de capitaux» (GAFI) unter der Federführung des EFD und unter Mitbeteiligung des EJPD erfolgen sollte.⁸ Im Rahmen dieser GAFI-Vorlage schlug der Bundesrat entsprechend dem Anliegen der Straf- und Aufsichtsbehörden sowie der Banken die Streichung von Artikel 161 Ziffer 3 StGB vor. Am 12. Januar 2005 eröffnete der Bundesrat die Vernehmlassung zur GAFI-Vorlage, welche bis zum 15. April 2005 dauerte. Gestützt auf die Ergebnisse der Vernehmlassung beauftragte der Bundesrat das EFD im Herbst 2005, die Vorlage zu überarbeiten und ihm im Laufe des Jahres 2006 Vorschläge zum weiteren Vorgehen zu unterbreiten.

Am 29. September 2006 hat der Bundesrat das weitere Vorgehen in der Umsetzung der revidierten GAFI-Empfehlungen festgelegt und das EFD beauftragt, ihm bis Mitte 2007 eine Botschaft zu unterbreiten. Gleichzeitig beschloss er, die Streichung der Ziffer 3 von Artikel 161 StGB aus der GAFI-Vorlage herauszulösen und in einer eigenen Vorlage beschleunigt zu behandeln. Das EFD wurde beauftragt, bis Ende 2006 dem Bundesrat eine entsprechende Botschaft vorzulegen.⁹

1.2 Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens

Die beantragte Streichung von Ziffer 3 von Artikel 161 StGB wurde im Rahmen der Umsetzung der revidierten GAFI-Empfehlungen im Januar 2005 den Kantonsregierungen, 16 politischen Parteien, 8 Spitzenverbänden der Wirtschaft, dem Schweizerischen Bundesgericht, dem Eidgenössischen Versicherungsgericht sowie 30 weiteren Adressaten aus interessierten Wirtschaftszweigen, der Verwaltung und der Lehre zur Stellungnahme zugestellt. Die Ergebnisse der Vernehmlassung wurden im September 2005 publiziert.

Die Vernehmlassung hat gezeigt, dass die Ausdehnung der Insiderstrafnorm auf sämtliche kursrelevanten Tatsachen unumstritten ist. Sowohl die Lehre und Praxis als auch die betroffenen Wirtschaftskreise anerkennen einen Handlungsbedarf.

⁸ Die revidierten GAFI-Empfehlungen sehen unter anderem vor, dass die beiden Börsendelikte Insiderstrafnorm und Kursmanipulation so auszugestalten sind, dass sie als Vortaten zur Geldwäscherei in Frage kommen. Da nur ein Verbrechen eine Vortat zur Geldwäscherei im Sinne von Art. 305^{bis} StGB sein kann, muss der Strafrahmen der beiden Börsendelikte (Art. 161 und 161^{bis} StGB) – jedenfalls für qualifizierte Fälle – entsprechend angepasst, d.h. erhöht werden, um den GAFI-Empfehlungen Rechnung zu tragen, denn heute sind beide Strafnormen noch als Vergehen ausgestaltet.

⁹ Im Zusammenhang mit der Insiderstrafnorm wird von verschiedener Seite eine grundsätzliche Überprüfung der derzeitigen Regulierung im Bereich der Börsendelikte und des Marktmissbrauchs gefordert. Der Bundesrat hat deshalb am 29. September 2006 das EFD auch beauftragt, in Zusammenarbeit mit dem EJPD den Bedarf für eine grundsätzliche Überprüfung der derzeitigen Regulierung im Bereich der Börsendelikte und des Marktmissbrauchs inklusive der Zuständigkeiten zu deren Verfolgung abzuklären.

1.3 Verhältnis zum europäischen Recht

Mit der Streichung von Ziffer 3 von Artikel 161 StGB nähert sich die Schweiz, soweit es um die Definition der Insider Tatsache geht, der Konzeption der EG-Marktmissbrauchs-Richtlinie an,¹⁰ indem es neu in erster Linie bei vertraulichen Tatsachen darauf ankommt, ob diese geeignet sind, den Kurs der betreffenden Effekten in voraussehbarer Weise erheblich zu beeinflussen.

1.4 Erledigung parlamentarischer Vorstösse

Die Motion Jossen-Zinsstag verlangt vom Bundesrat, dass Artikel 161 StGB in dem Sinne geändert wird, dass auch Wertschriftenverkäufe, die im Vorfeld einer so genannten Gewinnwarnung getätigt werden, um einen zu erwartenden Kursverlust abzufedern, unter die Insiderstrafnorm fallen. Die parlamentarische Initiative Wicki¹¹ verlangt eine Streichung von Ziffer 3 von Artikel 161 StGB. Mit der beantragten Streichung von Ziffer 3 von Artikel 161 StGB wird der Insiderbestand auf sämtliche kursrelevanten vertraulichen Tatsachen ausgedehnt. Damit fallen neu auch die Gewinnwarnungen unter die Insiderstrafnorm und wird somit auch der Motion Jossen-Zinsstag entsprochen. Der Bundesrat beantragt daher, diese Motion als erfüllt abzuschreiben. Mit der Streichung von Ziffer 3 von Artikel 161 StGB würde zudem die parlamentarische Initiative Wicki gegenstandslos.

2 Erläuterung der vorgeschlagenen Änderung

Die geltende Beschränkung der Insiderstrafnorm auf die bevorstehende Emission von Beteiligungsrechten, auf bevorstehende Unternehmensverbindungen und andere Ereignisse, welche die Struktur der Gesellschaft verändern, lässt sich sachlich kaum begründen. Ob das Wissen um eine bevorstehende Fusion oder beispielsweise jenes um ein schlechtes Geschäftsergebnis ausgenützt wird, beeinträchtigt die Chancengleichheit der Anlegerinnen und Anleger gleichermaßen. Weder das amerikanische Recht noch die Marktmissbrauchs-Richtlinie der EG sehen eine vergleichbare Beschränkung vor.¹²

Mit der vollständigen und ersatzlosen Streichung der heutigen Ziffer 3 wird die Insiderstrafnorm nicht nur, wie es die Motion Jossen-Zinsstag verlangt hatte, auf Gewinn- und Verlustwarnungen, sondern auf sämtliche vertraulichen Tatsachen ausgedehnt, deren Bekanntgabe geeignet ist, den Kurs der betreffenden Effekten erheblich zu beeinflussen. Damit wird die Insiderstrafnorm wesentlich breiter

¹⁰ Richtlinie 2003/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Januar 2003 über Insider-Geschäfte und Marktmanipulation (Marktmissbrauch), ABl. L 096 vom 12.04.2003, S. 16. (RL 2003/6/EG). Gemäss Art. 1 Ziff. 1 Abs. 1 dieser Richtlinie ist eine Insiderinformation «eine nicht öffentlich bekannte präzise Information, die direkt oder indirekt einen oder mehrere Emittenten von Finanzinstrumenten oder ein oder mehrere Finanzinstrumente betrifft und die, wenn sie öffentlich bekannt würde, geeignet wäre, den Kurs dieser Finanzinstrumente oder den Kurs sich darauf beziehender derivativer Finanzinstrumente erheblich zu beeinflussen.»

¹¹ Parlamentarische Initiative Wicki vom 21. September 2006 «Aufhebung von Einschränkungen im Insiderstrafrecht» (06. 459). Der Initiator beantragt, Ziffer 3 von Artikel 161 StGB aufzuheben.

¹² Vgl. Daniela Koenig, Das Verbot von Insiderhandel, Zürich/Basel/Genf 2006, S. 265.

Mit der Streichung von Ziffer 3 von Artikel 161 StGB wird der sachliche Anwendungsbereich der Insiderstrafnorm erweitert. Es ist deshalb davon auszugehen, dass die kantonalen Strafverfolgungsbehörden vermehrt Strafverfahren wegen Ausnützens der Kenntnis vertraulicher Tatsachen eröffnen werden, was unter Umständen zu einem gewissen personellen Mehraufwand führen wird.

3.2 Auswirkungen auf die Volkswirtschaft

Das reibungslose Funktionieren der Wertpapiermärkte und das Vertrauen der Öffentlichkeit in diese Märkte sind Voraussetzungen für Wirtschaftswachstum und Wohlstand. Die Streichung von Ziffer 3 von Artikel 161 StGB trägt zur Marktintegrität bei und stärkt das Vertrauen der Anlegerinnen und Anleger. Sie trägt zudem zur Reputationssteigerung des schweizerischen Finanzplatzes bei. Insofern dürfte sich die Vorlage positiv auf die Volkswirtschaft auswirken.

4 Verhältnis zur Legislaturplanung

Im Bericht über die Legislaturplanung 2003–2007 wurde die Botschaft zur Umsetzung der GAFI-Empfehlungen und zur Teilrevision des Geldwäschereigesetzes angekündigt (BBl 2004 1194). Im Rahmen jener Vorlage hätte auch die Revision der Insiderstrafnorm im Sinne der Motion Jossen-Zinsstag erfolgen sollen. Am 29. September 2006 hat der Bundesrat beschlossen, die Streichung von Ziffer 3 von Artikel 161 StGB aus der GAFI-Vorlage herauszulösen und beschleunigt zu behandeln (vgl. Ziff. 1.1.2). Auf den Finanzplan des Bundes hat dies keine Auswirkungen.

5 Rechtliche Aspekte

Nach Artikel 123 Absatz 1 der Bundesverfassung¹⁵ ist der Bund zur Gesetzgebung im Bereich des Strafrechts befugt.

6 Ausblick auf das weitere Vorgehen

Bereits seit längerer Zeit wird von verschiedener Seite darauf hingewiesen, dass neben der Definition der kursrelevanten Tatsache weiterer Reformbedarf bei den beiden Börsendelikten (Ausnützen der Kenntnis vertraulicher Tatsachen, Kursmanipulation) bestehe. Sie erfassen namentlich aus Sicht der Eidgenössischen Bankenkommision und der SWX Swiss Exchange wichtige Marktmissbräuche nicht. In die gleiche Richtung stösst die Motion Wicki vom 18. September 2006 (S 06.3426, vom Bundesrat noch nicht beantwortet).

Die Kritik am Insiderdatbestand betrifft neben der engen Definition der kursrelevanten Tatsachen z. B. den Täterkreis, die Thematik des Tippnehmers oder die Erlangung der Kenntnis von kursrelevanten Informationen. Bei der Kursmanipulation wird der wesentlichste Mangel in der Beschränkung auf Scheingeschäfte und in der

¹⁵ SR 101

Ausklammerung echter Transaktionen gesehen. Zudem werden Schwächen in der Durchsetzung geltend gemacht.

Vor diesem Hintergrund hat der Bundesrat am 29. September 2006 das EFD beauftragt, in Zusammenarbeit mit dem EJPD den Bedarf für eine grundsätzliche Überarbeitung der derzeitigen Regulierung im Bereich der Börsendelikte und des Marktmissbrauchs inklusive der Zuständigkeiten zu deren Verfolgung abzuklären.

Die Massnahmen zur Qualifizierung von gewissen Insiderdelikten sowie der Kursmanipulation vom Vergehen zum Verbrechen (Vortat zur Geldwäscherei) sollen wie ursprünglich vorgesehen im Rahmen der GAFI-Vorlage umgesetzt werden. Die Vorlage soll dem Parlament Mitte 2007 unterbreitet werden.

