



## Differenzierungsbedarf bei der Tathandlung des Kursmanipulationstatbestandes

Revisionsvorschlag zu Art. 161<sup>bis</sup> Abs. 2 StGB/  
Art. 40a Abs. 1 lit. a E-BEHG

SONJA PFLAUM

Der Kursmanipulationstatbestand ist derzeit in Revision und soll gemäss Botschaft zur Änderung des Börsengesetzes vom 31.8.2011 de lege ferenda vom StGB (Art. 161<sup>bis</sup> StGB) ins BEHG (Art. 40a E-BEHG) überführt werden. Der Straftatbestand umfasst zwei Formen manipulativen Verhaltens: erstens das Verbreiten von irreführenden Informationen (Informationstatbestand, Art. 161<sup>bis</sup> Abs. 2 StGB/Art. 40a Abs. 1 lit. a E-BEHG) und zweitens die Durchführung von sogenannten Scheintransaktionen – wash sales und matched orders – (Transaktionstatbestand, Art. 161<sup>bis</sup> Abs. 3 StGB/Art. 40a Abs. 1 lit. b E-BEHG). Der vorliegende Beitrag setzt sich ausschliesslich mit dem Informationstatbestand auseinander. Aufgezeigt wird, dass aufgrund der konkreten Ausgestaltung des Art. 161<sup>bis</sup> Abs. 2 StGB de lege lata eine Strafbarkeitslücke besteht. Zudem wird die subjektive Seite des Informationstatbestandes diskutiert, welche gemäss Gesetzestext direkten Vorsatz («wider besseren Wissens») fordert. Die Verfasserin plädiert dafür, diesen de lege ferenda durch Vorsatz zu ersetzen, womit – wie de lege lata bereits beim Transaktionstatbestand – Eventualvorsatz vom Informationstatbestand mitumfasst wäre.

L'infraction de manipulation de cours se trouve actuellement en révision. Selon le Message du 31.8.2011 relatif à la modification de la loi sur les bourses, elle devrait de lege ferenda être déplacée du CP (art. 161<sup>bis</sup> CP) à la LBVM (art. 40a P-LBVM). L'infraction comprend deux formes de comportement manipulateur : premièrement la propagation d'informations trompeuses (infraction d'information, art. 161<sup>bis</sup> al. 2 CP/art. 40a al. 1 let. a P-LBVM) et deuxièmement l'exécution de transactions dites fictives – wash sales et matched orders – (infraction de transaction, art. 161<sup>bis</sup> al. 3 CP/art. 40a al. 1 let. b P-LBVM). Le présent article traite uniquement de l'infraction d'information. Il montre qu'en raison de la conception concrète de l'art. 161<sup>bis</sup> al. 2 CP, il existe en droit actuel une lacune dans la législation pénale. Il aborde en outre le sujet des éléments subjectifs de l'infraction d'information, qui exigent selon le texte légal un dol direct (« sciemment »). L'auteure plaide pour que celui-ci soit remplacé de lege ferenda par le dol, étant entendu que, comme en droit actuel dans l'infraction de transaction, le dol éventuel serait inclus dans l'infraction d'information.

### Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Tatbestandsmerkmal «verbreiten»
  1. Stand der Dogmatik zum Tatbestandsmerkmal «verbreiten»
  2. Mängel des Tatbestandsmerkmals «verbreiten»
  3. Revisionsvorschlag
- III. Tatbestandsmerkmal «wider besseren Wissens»
  1. Situation de lege lata
  2. Revisionsvorschlag
- IV. Fazit

## I. Einleitung

Der Kursmanipulationstatbestand (Art. 161<sup>bis</sup> StGB/Art. 40a E-BEHG<sup>1</sup>) umfasst zwei Formen manipulativen

Verhaltens, welche alternativ den Tatbestand erfüllen können.<sup>2</sup> Während in Art. 161<sup>bis</sup> Abs. 2 StGB (Art. 40a Abs. 1 lit. a E-BEHG) das Verbreiten von irreführenden Informationen (Informationstatbestand) für strafbar erklärt wird, erfasst Abs. 3 (Art. 40a Abs. 1 lit. b E-BEHG) des gleichen Artikels sogenannte Scheintransaktionen, auch fingierte Geschäfte genannt (Transaktionstatbestand).<sup>3</sup> Strafbar ist

SONJA PFLAUM, lic. iur., gefördert durch den SNF, MHV-Beitragsempfängerin (B.-Nr. PMCDP1\_129115), ist wissenschaftliche Assistentin am Lehrstuhl von Prof. Dr. iur. Wolfgang Wohlers an der Universität Zürich und promoviert im Wirtschaftsstrafrecht zum Thema «Kursmanipulation – Art. 161<sup>bis</sup> StGB». Für Anregungen und Kritik dankt sie herzlich FLORIAN H. WENT, LL.M., Doktorand und wissenschaftlicher Assistent an der Universität Zürich sowie Dr. HEIKO BAILER, Partner und CIO bei Corepoint Capital AG.

<sup>1</sup> Entwurf des Bundesrates zur Änderung des Bundesgesetzes über die Börsen und den Effektenhandel, BBl 2011 6915 ff. (nachfolgend zitiert: E-BEHG).

<sup>2</sup> VASILEIOS PETROPOULOS, Der strafrechtliche Schutz des Kapitalmarkts vor Manipulationshandlungen nach schweizerischem und EU-Recht, Zürich 2009, 60; GÜNTER STRATENWERTH/WOLFGANG WOHLERS, Schweizerisches Strafbuch, Handkommentar, 2. A., Bern 2009, Art. 161<sup>bis</sup> StGB N 2; BERNHARD WEIGL, Schweizer Börsenrecht, Baden-Baden 1997, 117.

<sup>3</sup> JACQUES IFFLAND, in: Gérard Hertig/Jacques Iffland/Christian J. Meier-Schatz/Robert Roth/Urs P. Roth/Dieter Zobl (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel, Zürich 2000, Art. 46 N 16 ff. und N 24 ff. (nachfolgend zitiert: BEHG-Kommentar-IFFLAND); MICHAEL TRIPPEL/GUIDO URBACH, in: Rolf Watter/Nedim Peter Vogt (Hrsg.), Basler Kommentar, Börsengesetz, Finanzmarktaufsichtsgesetz, 2. A., Basel 2011, Art. 161<sup>bis</sup> StGB N 11 (nachfolgend zitiert: BSK BEHG-TRIPPEL/URBACH); MARC AMSTUTZ/MANI REINERT, in: Marcel A. Niggli/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht II, 2. A., Basel 2007, Art. 161<sup>bis</sup> StGB N 16 ff. und N 20 f. (nachfolgend zitiert: BSK StGB II-BEARBEITER); NIKLAUS SCHMID/RICHARD BAUR, in: Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Kapitalmarktstrafrecht, Bundesgesetz über die

bei beiden Tatbestandsvarianten nur die vorsätzliche Tatbegehungsweise<sup>4</sup> – demnach muss der Täter die objektiven Tatbestandsmerkmale mit Wissen und Willen erfüllen (vgl. Art. 12 Abs. 2 StGB), womit gleichzeitig aufgrund von Art. 12 Abs. 1 StGB feststeht, dass fahrlässige Kursmanipulation straflos bleibt.<sup>5</sup> Der Informationstatbestand sticht bezüglich seines subjektiven Tatbestandes insofern hervor, als die Verbreitung irreführender Informationen mit direktem Vorsatz («wider besseren Wissens») erfolgen muss.<sup>6</sup> Sodann enthält der Tatbestand für beide Tatbestandsvarianten zwei zusätzliche Voraussetzungen – einerseits wird die Absicht, den Kurs von in der Schweiz gehandelten Effekten erheblich zu beeinflussen,<sup>7</sup> gefordert und andererseits die Absicht zur Erzielung eines

unrechtmässigen Vermögensvorteils.<sup>8</sup> Der vorliegende Beitrag setzt sich ausschliesslich mit der Tathandlung des Informationstatbestandes auseinander, d.h. dem Verbreiten von irreführenden<sup>9</sup> Informationen. Aufgezeigt wird, dass aufgrund der konkreten Ausgestaltung des Art. 161<sup>bis</sup> Abs. 2 StGB de lege lata eine Strafbarkeitslücke besteht (vgl. hinten II.2.). Dieser durch eine Revision zu beseitigende Mangel (vgl. hinten II.3.) ist von der Thematik her wegen der derzeit laufenden Revision des Kursmanipulationstatbestandes<sup>10</sup> von besonderem Interesse, vor allem aber auch deshalb, weil weder im BERICHT DER EXPERTENKOMMISSION BÖRSENDELIKTE UND MARKTMISSBRAUCH<sup>11</sup> noch in der einschlägigen BOTSCHAFT<sup>12</sup> die Problematik thematisiert respektive ein diesbezüglich bestehender Handlungsbedarf erkannt wird. Der Beitrag geht zudem auf die subjektive Seite des Informationstatbestandes ein, welche gemäss Gesetzestext (Art. 161<sup>bis</sup> Abs. 2 StGB/Art. 40a Abs. 1 lit. a E-BEHG) direkten Vorsatz («wider besseren Wissens») fordert (vgl. hinten III.1.) und plädiert dafür, diesen de lege ferenda durch Vorsatz zu ersetzen (vgl. hinten III.2.), womit – wie bereits de lege lata beim Transaktionstatbestand (Art. 161<sup>bis</sup> Abs. 3 StGB, so auch Art. 40a Abs. 1 lit. b E-BEHG) – Eventualvorsatz vom Informationstatbestand mitumfasst wäre.

## II. Tatbestandsmerkmal «verbreiten»

Die irreführenden Informationen müssen gemäss Art. 161<sup>bis</sup> Abs. 2 StGB verbreitet werden. In aller Regel wird es sich bei der Verbreitung der Informationen um ein aktives Tun handeln,<sup>13</sup> wie z.B. die Publikation einer ir-

Börsen und den Effektenhandel, Bundesgesetz über den Anlagefonds, Art. 161, 161<sup>bis</sup>, 305<sup>ter</sup>, 305<sup>er</sup> Strafgesetzbuch, Basel 1999, Art. 161<sup>bis</sup> StGB N 6 ff. und N 9 (nachfolgend zitiert: Kommentar KR-SCHMID/BAUR); STEFAN TRECHSEL/MARC JEAN-RICHARD, in: Stefan Trechsel et al. (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, Zürich 2008, Art. 161<sup>bis</sup> StGB N 5 f. und N 8 (nachfolgend zitiert: PK-TRECHSEL/JEAN-RICHARD); ANDREAS DONATSCH, Delikte gegen den Einzelnen, Strafrecht III, 9. A., Zürich 2008, 315 ff.; PETROPOULOS (FN 2), 60 f.; NIKLAUS SCHMID, Zu neueren Entwicklungen auf dem Gebiete des schweizerischen Börsenstrafrechts, in: Hans Ulrich Walder/Tobias Jaag/Dieter Zobl (Hrsg.), Aspekte des Wirtschaftsrechts, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag, Zürich 1994, 533; RENATE SCHWOB, Revisionsbedarf bei den Börsendelikten, in: Wolfgang Wohlers (Hrsg.), Neuere Entwicklungen im schweizerischen und internationalen Wirtschaftsstrafrecht, Zürich 2007, 32 f.; GÜNTER STRATENWERTH/GUIDO JENNY/FELIX BOMMER, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I: Straftaten gegen Individualinteressen, 7. A., Bern 2010, § 21 N 35 ff. und N 39 f.; WEIGL (FN 2), 119 f.; ZOBL/KRAMER (FN 3), § 16 N 1040.

<sup>4</sup> BSK BEHG-TRIPPEL/URBACH (FN 3), Art. 161<sup>bis</sup> StGB N 20; BSK StGB II-AMSTUTZ/REINERT (FN 3), Art. 161<sup>bis</sup> StGB N 22; Kommentar KR-SCHMID/BAUR (FN 3), Art. 161<sup>bis</sup> StGB N 10; DONATSCH (FN 3), 317; PETROPOULOS (FN 2), 93; SCHMID (FN 3), 536; SCHWOB (FN 3), 34; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER (FN 3), § 21 N 42; PK-TRECHSEL/JEAN-RICHARD (FN 3), Art. 161<sup>bis</sup> StGB N 9; ZOBL/KRAMER (FN 3), § 16 N 1045.

<sup>5</sup> BSK BEHG-TRIPPEL/URBACH (FN 3), Art. 161<sup>bis</sup> StGB N 20; BSK StGB II-AMSTUTZ/REINERT (FN 3), Art. 161<sup>bis</sup> StGB N 22; PETROPOULOS (FN 2), 93; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER (FN 3), § 21 N 42; SCHMID (FN 3), 536.

<sup>6</sup> Vgl. hierzu III.

<sup>7</sup> BEHG-Kommentar-IFFLAND (FN 3), Art. 46 N 40 ff.; BSK BEHG-TRIPPEL/URBACH (FN 3), Art. 161<sup>bis</sup> StGB N 21 ff.; BSK StGB II-AMSTUTZ/REINERT (FN 3), Art. 161<sup>bis</sup> StGB N 23 ff.; Kommentar KR-SCHMID/BAUR (FN 3), Art. 161<sup>bis</sup> StGB N 11 ff.; DONATSCH (FN 3), 317; PETROPOULOS (FN 2), 99 ff.; SCHMID (FN 3), 537 f.; SCHWOB (FN 3), 34; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER (FN 3), § 21 N 43; PK-TRECHSEL/JEAN-RICHARD (FN 3), Art. 161<sup>bis</sup> StGB N 10; JODOK WICKI, Market Making und Kurspflege kotierter eigener Aktien durch Effektenhändler, Zürich 2001, 18; WEIGL (FN 2), 119 f.; ZOBL/KRAMER (FN 3), § 16 N 1046 f.

<sup>8</sup> BEHG-Kommentar-IFFLAND (FN 3), Art. 46 N 45 ff.; BSK BEHG-TRIPPEL/URBACH (FN 3), Art. 161<sup>bis</sup> StGB N 24 f.; BSK StGB II-AMSTUTZ/REINERT (FN 3), Art. 161<sup>bis</sup> StGB N 26 ff.; Kommentar KR-SCHMID/BAUR (FN 3), Art. 161<sup>bis</sup> StGB N 14; DONATSCH (FN 3), 317; PETROPOULOS (FN 2), 102 ff.; SCHMID (FN 3), 539; SCHWOB (FN 3), 34; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER (FN 3), § 21 N 44; PK-TRECHSEL/JEAN-RICHARD (FN 3), Art. 161<sup>bis</sup> StGB N 11; WEIGL (FN 2), 119 f.; ZOBL/KRAMER (FN 3), § 16 N 1048.

<sup>9</sup> Vgl. zum Tatbestandsmerkmal «irreführend» bereits SONJA PFLAUM, Revision des Kursmanipulationstatbestandes – Kritische Bemerkungen zur geplanten Änderung des Börsengesetzes in Bezug auf Art. 40a E-BEHG, GesKR 2012, 84 ff.

<sup>10</sup> Vgl. zur diesbezüglichen Revision auch PFLAUM (FN 9), 84 ff.

<sup>11</sup> Bericht der Expertenkommission Börsendelikte und Marktmissbrauch vom 29.1.2009, 1 ff. (nachfolgend zitiert: BERICHT BÖRSENDELIKTE).

<sup>12</sup> Botschaft zur Änderung des Börsengesetzes (Börsendelikte und Marktmissbrauch) vom 31.8.2011, BBl 2011 6873 ff. (nachfolgend zitiert: BOTSCHAFT, BEHG 2011).

<sup>13</sup> WEIGL (FN 2), 119, vgl. auch ZOBL/KRAMER (FN 3), N 1043.

reführenden Bilanz oder Erfolgsrechnung<sup>14</sup> – wobei Konstellationen durch blosses Unterlassen durchaus denkbar sind.<sup>15</sup> Als Paradebeispiel eines unter den Informations-tatbestand zu subsumierenden Verhaltens kann die – auch unter dem Begriff *market rigging* bekannte<sup>16</sup> – Verbreitung von (irreführenden) Falschmeldungen genannt werden, welche einzig dem Ziel dient, durch koordiniertes Vorgehen den Kurs einer Effekte in eine bestimmte Richtung zu bewegen.<sup>17</sup>

### 1. Stand der Dogmatik zum Tatbestandsmerkmal «verbreiten»

Einleitend ist zur Tathandlung «verbreiten» festzuhalten, dass die Informationen auf irgendeine Weise verbreitet werden können,<sup>18</sup> also durch jedes Mittel der Kommunikation<sup>19</sup> – z.B. durch Wort, Schrift und Bild, aber auch durch konkludentes Verhalten.<sup>20</sup> Eine relevante Kurswirkung wird wohl vor allem dann erreicht werden, wenn die Verbreitung der Nachricht via Massenmedien, wie beispielsweise Fernsehen, Tageszeitungen oder Internet, erfolgt. Das Internet sowie der E-Mail-Versand und andere elektronische Kommunikationsmittel eignen sich als Verbreitungsmittel besonders, da hier Informationen schnell, anonym und ohne grossen Aufwand einer Mehrzahl von Adressaten kommuniziert werden können.<sup>21</sup> Die informationsgestützten Manipulationshandlungen dürften wegen dieser leicht zu erfüllenden Handlungsmodalitäten in der

Praxis die wohl häufigste Erscheinungsform kursmanipulativen Verhaltens darstellen.<sup>22</sup>

Durch die Verwendung des Verbs «verbreiten» im Gesetzestext wird weder der Adressatenkreis noch die Intensität der Tathandlung spezifiziert.<sup>23</sup> Nach der herrschenden Lehre ist das Tatbestandsmerkmal «verbreiten» bereits dann erfüllt, wenn die Bekanntgabe eine gewisse Reichweite hat.<sup>24</sup> Demnach ist für die Erfüllung dieses Tatbestandsmerkmals nicht erforderlich, dass sich der Täter an eine unbestimmte Vielzahl von Empfängern wendet – bereits eine Äusserung im privaten Bereich respektive an einen engen Personenkreis sollte genügen.<sup>25</sup> Die Anzahl der Adressaten und deren Eigenschaften sind damit keine ausschlaggebenden Kriterien.<sup>26</sup> TRIPPEL/URBACH folgen dieser Lehrmeinung grundsätzlich, fordern jedoch darüber hinaus, dass der Täter damit rechnen können muss, dass dieser enge Personenkreis die irreführenden Informationen weiterleitet und damit eine grössere Anzahl von Anlegern des Kapitalmarkts erreicht.<sup>27</sup> Nach AMSTUTZ/REINERT kommt es hingegen nicht so sehr auf die Zahl der Adressaten oder die Form der entsprechenden Handlung an, als vielmehr auf die Qualität der irreführend informierten Personengruppe. Ein «verbreiten» könne schon dann bejaht werden, wenn wenige, dafür aber sehr potente Financiers von der irreführenden Information erreicht werden. Es sei deshalb zu untersuchen, ob der Täter mit den irreführenden Informationen einen Adressatenkreis erreiche, der einerseits bedeutsam genug ist, um das Spiel von Angebot und Nachfrage zu tangieren, und von dem andererseits erwartet werden kann, dass er auch tat-

<sup>14</sup> ZOBL/KRAMER (FN 3), N 1043; LARISSA MAROLDA MARTINEZ, *Information der Aktionäre nach Schweizerischem Aktien- und Kapitalmarktrecht*, Zürich 2006, 375.

<sup>15</sup> Vgl. nur BSK StGB II-AMSTUTZ/REINERT (FN 3), Art. 161<sup>bis</sup> StGB N 19, wobei in diesem Zusammenhang anzumerken ist, dass fraglich ist, wer eigentlich eine Garantienstellung – es gelten die Regeln über die unechte Unterlassung – für das geschützte Rechtsgut, die Funktionsfähigkeit des Kapitalmarktes, innehat.

<sup>16</sup> PK-TRECHSEL/JEAN-RICHARD (FN 3), Art. 161<sup>bis</sup> StGB N 3; ROLF WATTER, *Kursmanipulation am Aktienmarkt unter Berücksichtigung von sogenannten Stützungskäufen*, SZW 1990, 196.

<sup>17</sup> WATTER (FN 16), 196.

<sup>18</sup> STRATENWERTH/WOHLERS (FN 2), Art. 161<sup>bis</sup> StGB N 2; DONATSCH (FN 3), 316.

<sup>19</sup> STRATENWERTH/JENNY/BOMMER (FN 3), § 21 N 38.

<sup>20</sup> Kommentar KR-SCHMID/BAUR (FN 3), Art. 161<sup>bis</sup> StGB N 8; BSK BEHG-TRIPPEL/URBACH (FN 3), Art. 161<sup>bis</sup> StGB N 14; BERICHT BÖRSENDELICHTE (FN 11), 54.

<sup>21</sup> URSULA LENZEN, *Unerlaubte Eingriffe in die Börsenkursbildung*, Frankfurt am Main 2000, 29 (nachfolgend zitiert: LENZEN, *Börsenkursbildung*); URSULA LENZEN, *Reform des Rechts zur Verhinderung der Börsenkursmanipulation*, WM 2000, 1132 (nachfolgend zitiert: LENZEN, WM); DIMITRIS ZIOUVAS, *Das neue Recht gegen Kurs- und Marktpreismanipulation im 4. Finanzmarktförderungsgesetz*, ZGR 2003, 132.

<sup>22</sup> ZIOUVAS (FN 21), 132; siehe auch LENZEN, WM (FN 21), 1132; LENZEN, *Börsenkursbildung* (FN 21), 28 und WICKI (FN 7), 15 f., welche die informationsgestützten Manipulationshandlungen zu den klassischen Kursmanipulationstechniken zählen; sowie STRATENWERTH/JENNY/BOMMER (FN 3), § 21 N 35, die Falschmeldungen als ein seit jeher probates Mittel der Manipulation bezeichnen; ähnlich SCHWOB (FN 3), 32.

<sup>23</sup> BSK StGB II-AMSTUTZ/REINERT (FN 3), Art. 161<sup>bis</sup> StGB N 18; PETROPOULOS (FN 2), 70; vgl. auch zu Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 2 StGB MARCEL ALEXANDER NIGGLI, *Rassendiskriminierung*, Ein Kommentar zu Art. 261<sup>bis</sup> StGB und Art. 171c MStG, 2. A., Zürich 2007, N 1109.

<sup>24</sup> BEHG-Kommentar-IFFLAND (FN 3), Art. 46 N 19; Kommentar KR-SCHMID/BAUR (FN 3), Art. 161<sup>bis</sup> StGB N 8; vgl. auch PETROPOULOS (FN 2), 70.

<sup>25</sup> Kommentar KR-SCHMID/BAUR (FN 3), Art. 161<sup>bis</sup> StGB N 8; BEHG-Kommentar-IFFLAND (FN 3), Art. 46 N 19; BSK BEHG-TRIPPEL/URBACH (FN 3), Art. 161<sup>bis</sup> StGB N 14; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER (FN 3), § 21 N 38.

<sup>26</sup> BEHG-Kommentar-IFFLAND (FN 3), Art. 46 N 19.

<sup>27</sup> BSK BEHG-TRIPPEL/URBACH (FN 3), Art. 161<sup>bis</sup> StGB N 14.

sächlich die irreführenden Informationen als Beweggrund für Investitionsentscheidungen berücksichtigen wird.<sup>28</sup>

Im StGB kommt das Verb «verbreiten», neben der Verwendung in Art. 161<sup>bis</sup> StGB, in neun weiteren Tatbeständen<sup>29</sup> vor, welche sich allerdings – mit Ausnahme des Art. 261<sup>bis</sup> StGB – als nicht weiterführend erweisen. Entweder ist die Literatur bezüglich des Tatbestandsmerkmals «verbreiten» nicht besonders ergiebig<sup>30</sup> oder die jeweiligen Tathandlungen sind in ihrer Gesamtheit betrachtet zu Vergleichszwecken mit Art. 161<sup>bis</sup> Abs. 2 StGB nicht geeignet – sei es, weil es im Unterschied zu Art. 161<sup>bis</sup> StGB darum geht, dass etwas lediglich «weiterverbreitet» wird,<sup>31</sup> oder weil es um ein anderes Verbreitungsobjekt geht, wie die Verbreitung von Krankheitserregern<sup>32</sup> oder den Inhalt einer nicht für den Täter bestimmten Schrift oder Sendung<sup>33</sup> –, weshalb die dort besprochenen Prob-

lematiken beim Kursmanipulationstatbestand entweder in dieser Form gar nicht auftauchen oder zumindest nicht ohne weiteres übertragbar sind – oder weil das Verbreitungsmedium im Gegensatz zu Art. 161<sup>bis</sup> Abs. 2 StGB beschränkt ist (auf Radio und Fernsehen).<sup>34</sup>

Das Verb «verbreiten» ist seiner sprachlichen Bedeutung zufolge – «dafür sorgen, dass etwas in einem weiten Umkreis bekannt wird/in einen weiteren Umkreis gelangen lassen»<sup>35</sup> – als Synonym der Verben «verkünden», «ausposaunen», «in Umlauf bringen» und «publik machen» zu verstehen.<sup>36</sup> Das zentrale Element ist, dass die Handlung auf eine Ausdehnung gerichtet ist<sup>37</sup> und somit, dass ein bestimmter Inhalt oder Sachverhalt – in casu die irreführenden Informationen – einem möglichst grossen unbestimmten Adressatenkreis zur Kenntnis gebracht werden soll.<sup>38</sup> «Verbreiten» ist damit als Handlung auf die Öffentlichkeit ausgerichtet,<sup>39</sup> die Informationen müssen vom Täter in Umlauf gebracht werden.<sup>40</sup> Nicht erforderlich ist, dass das vom Täter angesprochene Publikum die Verbreitungshandlungen oder Äusserungen wahrgenommen hat. Um das Tatbestandsmerkmal der Verbreitung zu erfüllen, genügt vielmehr die blosse Möglichkeit der Wahrnehmung.<sup>41</sup> Stellt der Täter beispielsweise irreführende Informationen ins Netz oder versendet er diesbezügliche Massenmails, so ist das Tatbestandsmerkmal «verbreiten» erfüllt, und zwar ganz unabhängig davon, ob überhaupt jemand auf die entsprechende Homepage ge-

<sup>28</sup> BSK StGB II-AMSTUTZ/REINERT (FN 3), Art. 161<sup>bis</sup> StGB N 18.

<sup>29</sup> Art. 173 Ziff. 1 Abs. 2 StGB (Üble Nachrede); Art. 174 Ziff. 1 Abs. 2 StGB (Verleumdung); Art. 179 Abs. 2 StGB (Verletzung des Schriftgeheimnisses); Art. 197 Ziff. 1 StGB (Pornografie); Art. 231 Ziff. 1 Abs. 1 StGB (Verbreitung menschlicher Krankheiten); Art. 232 Ziff. 1 Abs. 2 StGB (Verbreitung von Tierseuchen); Art. 233 Ziff. 1 Abs. 1 StGB (Verbreitung von Schädlingen); Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 2 StGB (Rassendiskriminierung); Art. 266<sup>bis</sup> Abs. 1 StGB (Gegen die Sicherheit der Schweiz gerichtete ausländische Unternehmungen und Bestrebungen).

<sup>30</sup> Art. 266<sup>bis</sup> Abs. 1 StGB (Gegen die Sicherheit der Schweiz gerichtete ausländische Unternehmungen und Bestrebungen).

<sup>31</sup> Art. 173 Ziff. 1 Abs. 2 StGB (Üble Nachrede); Art. 174 Ziff. 1 Abs. 2 StGB (Verleumdung).

<sup>32</sup> Art. 231 Ziff. 1 Abs. 1 StGB (Verbreitung menschlicher Krankheiten); Art. 232 Ziff. 1 Abs. 2 StGB (Verbreitung von Tierseuchen); Art. 233 Ziff. 1 Abs. 1 StGB (Verbreitung von Schädlingen).

<sup>33</sup> Art. 179 Abs. 2 StGB (Verletzung des Schriftgeheimnisses). Der Vollständigkeit halber ist hierzu anzumerken, dass die Literatur das Tatbestandsmerkmal «verbreiten» in Art. 179 Abs. 2 StGB folgendermassen definiert: für die Erfüllung der Tathandlung genüge bereits die Mitteilung der gewonnenen Tatsachen an eine Drittperson, vgl. hierzu BSK StGB II-VON INS/WYDER (FN 3), Art. 179 StGB N 41; STRATENWERTH/WOHLERS (FN 2), Art. 179 StGB N 6; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER (FN 3), § 12 N 14; MARTIN SCHUBARTH, Kommentar zum schweizerischen Strafrecht, Schweizerisches Strafgesetzbuch – Besonderer Teil, 3. Band: Delikte gegen die Ehre, den Geheim- oder Privatbereich und gegen die Freiheit, Art. 173–186 StGB, Bern 1984, Art. 179 StGB N 23; DONATSCH (FN 3), 381; AUGUST RUCKSTUHL, Die Verletzung des Schriftgeheimnisses auf Grund des Art. 179 des Schweizerischen Strafgesetzbuches, Freiburg 1955, 34. Diese Definition von «verbreiten» kann jedoch nicht auf Art. 161<sup>bis</sup> Abs. 2 StGB übertragen werden. Bei Art. 179 StGB liegt im Öffnen der verschlossenen Schrift oder Sendung und der Kenntnisnahme des diesbezüglichen Inhalts bereits ein strafbares Verhalten (Art. 179 Abs. 1 StGB). Die Verbreitung stellt dann lediglich ein strafbares Anschlussverhalten dar. Damit sind die Verbreitungsobjekte von Art. 179 StGB (Inhalt einer nicht für den Täter bestimmten Schrift oder Sendung) und Art. 161<sup>bis</sup> Abs. 2 StGB (irreführende Informationen des Täters) nicht vergleichbar. Es erscheint damit gerechtfertigt, bei der Defini-

tion des Verbs «verbreiten» in Art. 179 Abs. 2 StGB einen anderen Massstab anzulegen als in Art. 161<sup>bis</sup> Abs. 2 StGB, weil bei Art. 179 StGB bereits die Kenntnisnahme des Verbreitungsobjekts strafbar ist.

<sup>34</sup> Art. 197 Ziff. 1 StGB (Pornografie).

<sup>35</sup> DUDENREDAKTION, Duden – Das Bedeutungswörterbuch, 4. A., Mannheim 2010, Stichwort: «verbreiten».

<sup>36</sup> DUDENREDAKTION, Duden – Das Synonymwörterbuch, 5. A., Mannheim 2010, Stichwort: «verbreiten».

<sup>37</sup> BSK StGB II-SCHLEIMINGER METTLER (FN 3), Art. 261<sup>bis</sup> StGB N 36; NIGGLI (FN 23), N 1111; vgl. hierzu auch JACOB GRIMM/WILHELM GRIMM, Deutsches Wörterbuch, Fotomechanischer Nachdruck der 1. Ausgabe, München 1999, Band 25, V-Verzwungen, welche unter dem Stichwort: «verbreiten» Folgendes ausführen: breitmachen, in die Breite ausdehnen, nach verschiedenen Richtungen ausdehnen.

<sup>38</sup> BSK StGB II-SCHLEIMINGER METTLER (FN 3), Art. 261<sup>bis</sup> StGB N 36; NIGGLI (FN 23), N 1113; ROBERT ROM, Die Behandlung der Rassendiskriminierung im schweizerischen Strafrecht, Zürich 1995, 126; HANS VEST, in: Hans Vest/Martin Schubarth (Hrsg.), Delikte gegen den öffentlichen Frieden (Art. 258–263 StGB), Bern 2007, Art. 261<sup>bis</sup> StGB N 58.

<sup>39</sup> BSK StGB II-SCHLEIMINGER METTLER (FN 3), Art. 261<sup>bis</sup> StGB N 36; NIGGLI (FN 23), N 1113.

<sup>40</sup> Vgl. zu Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 2 StGB ROM (FN 38), 126.

<sup>41</sup> Vgl. zu Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 2 StGB NIGGLI (FN 23), N 1123; ROM (FN 38), 126 f.; vgl. auch VEST (FN 38), Art. 261<sup>bis</sup> StGB N 58.

langt und deren Inhalt zur Kenntnis nimmt respektive die einschlägigen E-Mails liest. Ausschlaggebend ist einzig, dass eine unbestimmte Anzahl von Adressaten die Möglichkeit hat, die verbreiteten Informationen zur Kenntnis zu nehmen. Des Weiteren ist die Zahl der Personen, die vom Täter bei seiner Tathandlung des Verbreitens angesprochen wird, nicht massgeblich.<sup>42</sup> Das relevante Kriterium ist vielmehr, ob die Tathandlung auf die Öffentlichkeit ausgerichtet ist, d.h., ob der Täter die Öffentlichkeitswirkung wollte<sup>43</sup> und auch erreichte. In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass die Öffentlichkeit als Adressat (Zielrichtung) zu unterscheiden ist von der Öffentlichkeit des Handelns.<sup>44</sup> Letztere liegt vor, wenn der Täter den Wirkungskreis seiner Handlung nicht kontrollieren kann,<sup>45</sup> und ist damit schon immer dann gegeben, wenn der Täter die Informationen einem Dritten zur Kenntnis bringt. Würde jede Tathandlung, bei welcher dem Täter die Möglichkeit der Kontrolle des Wirkungskreises fehlt, bereits als «verbreiten» gelten, so hätte dies – entgegen der Wortbedeutung des Tatbestandsmerkmals «verbreiten»<sup>46</sup> – eine Erweiterung des Anwendungsbereichs des Informationstatbestandes zur Folge.

Diesen Ausführungen folgend kann eine Verbreitung im Sinne des Art. 161<sup>bis</sup> Abs. 2 StGB auch dann vorliegen, wenn vom Täter nur ein enger Personenkreis informiert wurde, ja selbst nur eine einzelne Person. Erforderlich ist dann aber, dass der Täter mit dieser Handlung den Stein ins Rollen bringen wollte, die einzeln informierte Person als «Tatmittler»<sup>47</sup> einsetzt, um die irreführenden Informationen in Umlauf zu bringen. Der Täter muss mit der Intention handeln, dass die Informationen über die von ihm informierte(n) Person(en) verbreitet werden.<sup>48</sup> Und dieses Vorhaben muss auch gelingen, damit die Tathandlung erfüllt ist. Bringt die einzeln informierte Person die Informationen entgegen dem geplanten Vorhaben des Täters nicht in Umlauf, so liegt lediglich Versuch vor – und dies obwohl Art. 161<sup>bis</sup> StGB kein Erfolgsdelikt<sup>49</sup> ist, da

es hierbei nicht um einen von der Tathandlung unabhängigen Erfolg geht – denn das wäre bei Art. 161<sup>bis</sup> StGB die Kursbeeinflussung oder die Erlangung eines Vermögensvorteils –, sondern um die Ausführung der Tathandlung selbst, also die Verbreitung der irreführenden Informationen.<sup>50</sup> Ist dieses Vorhaben nicht gelungen, so ist der objektive Tatbestand betreffend das Tatbestandsmerkmal «verbreiten» nicht erfüllt, sondern lediglich die subjektive Seite von Art. 161<sup>bis</sup> Abs. 2 StGB. Der Täter wollte die Verbreitung, sein Tätigwerden hat eine solche aber nicht hervorgebracht. An dieser Stelle ist sodann genau zu differenzieren, welche Art von Versuch vorliegt, wobei zwischen tauglichem<sup>51</sup> und (absolut oder relativ)<sup>52</sup> untauglichem Versuch zu unterscheiden ist, was folgende Beispiele verdeutlichen:

Angenommen der Täter ist der Meinung, er sei in der Lage, irreführende Informationen mittels einer meditativen Übung durch einen geistigen Kanal direkt in die Gedanken diverser Empfänger zu transferieren, um diese zu börslichen Transaktionen zu bewegen. Diese Fallkonstellation stellt einen absolut untauglichen Versuch dar, da der Täter mit einem absolut untauglichen Mittel operiert und auf diese Weise gar keine Verbreitung erfolgen kann, weshalb der Täter straflos bleibt (vgl. Art. 22 Abs. 2 StGB i.V.m. Art. 161<sup>bis</sup> Abs. 2 StGB). Anders verhält es sich hingegen bei folgendem Beispiel: Will der Täter durch die Versendung von Massenmails irreführende Informationen verbreiten, so ist dieses Vorgehen an und für sich geeignet, das Tatbestandsmerkmal «verbreiten» zu erfüllen. Schlägt

<sup>42</sup> NIGGLI (FN 23), N 1122.

<sup>43</sup> NIGGLI (FN 23), N 1113.

<sup>44</sup> BSK StGB II-SCHLEIMINGER METTLER (FN 3), Art. 261<sup>bis</sup> StGB N 36.

<sup>45</sup> NIGGLI (FN 23), N 1113; BSK StGB II-SCHLEIMINGER METTLER (FN 3), Art. 261<sup>bis</sup> StGB N 21.

<sup>46</sup> Vgl. zu Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 2 StGB NIGGLI (FN 23), N 1119.

<sup>47</sup> Vgl. zur Konstellation der mittelbaren Täterschaft bei Kursmanipulation nur CHRISTIAN SCHRÖDER, Handbuch Kapitalmarktstrafrecht, 2. A., Köln 2010, N 609.

<sup>48</sup> BSK BEHG-TRIPPEL/URBACH (FN 3), Art. 161<sup>bis</sup> StGB N 14.

<sup>49</sup> Art. 161<sup>bis</sup> StGB ist nach herrschender Lehre ein abstraktes Gefährdungsdelikt im Sinne eines schlichten Tätigkeitsdelikts: BSK BEHG-TRIPPEL/URBACH (FN 3), Art. 161<sup>bis</sup> StGB N 4; BSK

StGB II-AMSTUTZ/REINERT (FN 3), Art. 161<sup>bis</sup> StGB N 2 und N 23; Kommentar KR-SCHMID/BAUR (FN 3), Art. 161<sup>bis</sup> StGB N 1 und N 15; URSULA CASSANI, Die Anwendbarkeit des schweizerischen Strafrechts auf internationale Wirtschaftsdelikte, ZStrR 1996, 255; DONATSCH (FN 3), 314; SCHMID (FN 3), 532, 540; PK-TRECHSEL/JEAN-RICHARD (FN 3), Art. 161<sup>bis</sup> StGB N 10; WOLFGANG WOHLERS/TILO MÜHLBAUER, Strafbarkeit des «Scalping», in: von der Crone/Weber/Zäch/Zobl (Hrsg.), Neuere Tendenzen im Gesellschaftsrecht, Festschrift für Peter Forstmoser, Zürich/Basel/Genf 2003, 750.

<sup>50</sup> Vgl. hierzu nur GÜNTER STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 4. A., Bern 2011, § 9 N 10, welcher ausführt, dass es verwirrend, wenn nicht unzulässig ist, beim Tätigkeitsdelikt von einem tatbestandsmässigen Erfolg zu sprechen, der im blossen Vollzug der verbotenen Handlung liegt.

<sup>51</sup> Bei Tätigkeitsdelikten, wie Art. 161<sup>bis</sup> StGB, ist der Anwendungsbereich des tauglichen Versuchs auf die Möglichkeit des unvollendeten tauglichen Versuchs beschränkt, da bei diesen mit der Vornahme der Tathandlung das Delikt bereits erfüllt ist, weshalb ein vollendeter tauglicher Versuch nicht möglich ist.

<sup>52</sup> Beim untauglichen Versuch ist zwischen relativ und absolut untauglichem Versuch zu unterscheiden, da der Täter nur im Falle des absolut untauglichen Versuchs straflos ausgeht (vgl. Art. 22 Abs. 2 StGB).

das Versenden der E-Mails aus irgendeinem Grund fehl, obwohl der Täter die «Versendungstaste» betätigt hat, dann ist das Vorgehen des Täters nur relativ untauglich, da mit einem solchen Verhalten die Tathandlung, also das Verbreiten, durchaus ausgeführt werden kann und allein in casu nicht gelungen ist. Der Täter ist nach Art. 161<sup>bis</sup> StGB Abs. 2 i.V.m. Art. 22 Abs. 1 StGB zu bestrafen – so auch im Falle eines unvollendeten tauglichen Versuchs, welcher dann vorliegt, wenn der Täter mit der Tatausführung begonnen hat, die strafbare Tätigkeit aber nicht zu Ende führt – was beispielsweise dann gegeben ist, wenn der Täter unmittelbar vor dem Versenden der E-Mails einen Herzinfarkt bekommt.<sup>53</sup>

Damit kann die Tathandlung des Verbreitens folgendermassen zusammengefasst werden: Die irreführenden Informationen gelten dann als verbreitet, wenn sie von einem grösseren Adressatenkreis zur Kenntnis genommen werden können. Auf welche Weise der Täter dies bewerkstelligt – ob er sich selbst direkt an einen grösseren Adressatenkreis wendet (beispielsweise durch das Versenden von Massenmails) oder aber nur an einen kleinen Personenkreis respektive an eine einzelne Person, um diese als «Tatmittler» für die Verbreitungshandlung einzusetzen – ist irrelevant. Hat das Tätigwerden des Täters trotz entsprechenden Vorsatzes keine Verbreitungshandlung zur Folge, so liegt – je nach konkretem Vorgehen des Täters – ein unvollendeter tauglicher oder (absolut oder relativ) untauglicher Versuch vor, sofern es sich nicht lediglich um eine straflose Vorbereitungshandlung handelt.

## 2. Mängel des Tatbestandsmerkmals «verbreiten»

Problematisch sind damit jene Konstellationen, in welchen die Tathandlung «verbreiten» sowohl objektiv wie auch subjektiv nicht gegeben ist, das geschützte Rechtsgut – die Funktionsfähigkeit des Kapitalmarktes – aber gleichwohl konkret gefährdet wird. Dies ist z.B. dann der Fall, wenn der Täter die irreführenden Informationen einem einzelnen sehr potenten Anleger zur Kenntnis bringt, ohne gleichzeitig Vorsatz darauf zu haben, dass dieser die entsprechenden Informationen weiter in Umlauf bringt – was aber auch gar nicht nötig ist, weil der Täter weiss,

dass dieser Anleger finanziell bedeutsam genug ist, um den Kurs einer Effekte alleine beeinflussen zu können.

Eine solche Konstellation ist vom Informationstatbestand *de lege lata* – entgegen der Ansicht von AMSTUTZ/REINERT – nicht erfasst, da die Tathandlung des Verbreitens (objektive und subjektive Komponente) nicht erfüllt ist.<sup>54</sup> Es liegt lediglich ein «zur Kenntnis bringen» an eine einzelne Person vor. Dennoch ist nicht zu leugnen, dass eine derartige Konstellation strafwürdig ist, da diesfalls sogar eine hohe Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass aufgrund der Handlung des Täters der Effektenkurs effektiv beeinflusst werden wird und damit die kriminelle Aktivität des Täters Früchte trägt, sich also schlussendlich «auszahlt». Es ist stossend, dass zwar diese Fälle von Art. 161<sup>bis</sup> Abs. 2 StGB erfasst sind, in denen der Täter seine Informationen wie wild verbreitet (z.B. durch Massenmails), unter Umständen aber gar niemand die Informationen überhaupt je zur Kenntnis nehmen wird, geschweige denn, entsprechende Investitionsentscheide trifft, nicht aber jene Fälle tatbestandsmässig sind, in welchen der Täter seine irreführenden Informationen gezielt einer einzigen Person zur Kenntnis bringt, welche finanzkräftig genug ist, um das Spiel von Angebot und Nachfrage effektiv beeinflussen zu können und entsprechende Investitionsentscheide trifft, so dass sich die tatbestandsmässigen Absichten des Täters (Kursbeeinflussung und Vermögensvorteil) sogar realisieren.

## 3. Revisionsvorschlag

Die Lösung dieser Problematik kann nicht darin bestehen, letztere Fallkonstellationen unter Art. 161<sup>bis</sup> Abs. 2 StGB zu subsumieren. Dies würde dem klaren Wortlaut des Gesetzestextes widersprechen – einer einzelnen Person etwas zur Kenntnis bringen ist nicht dasselbe, wie etwas verbreiten – und das Legalitätsprinzip verletzen (Art. 1 StGB, keine Sanktion ohne Gesetz). Deshalb kann eine entsprechende Korrektur nicht in einer über den Wortlaut der Norm hinausgehenden Auslegung des Verbs «verbreiten» bestehen, sondern einzig über eine Gesetzesrevision erfolgen. *De lege ferenda* sollte der Tatbestand deshalb um die Variante des zur Kenntnis bringen an einen Dritten

<sup>53</sup> Ist der Täter hingegen erst am Formulieren des Mailinhalts und liegt der Versendungsprozess damit zeitlich noch nicht unmittelbar bevor, so dürfte dieses Verhalten lediglich eine straflose Vorbereitungshandlung darstellen, weil diesfalls der «point of no return» noch nicht überschritten ist, da dem Täter die Möglichkeit offen steht, die entsprechende E-Mail zu löschen respektive nicht abzuschicken.

<sup>54</sup> A.A. ROLAND STRAUSS, Das Verbot der Rassendiskriminierung, Zürich 1991, 232 (zu Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 2 StGB), welcher den Begriff «verbreiten» so umschreibt, dass es für dessen tatbestandsmässige Erfüllung bereits genüge, wenn eine Äusserung gegenüber einer Drittperson kundgetan wird; so auch die Lehre zu Art. 179 Abs. 2 StGB: BSK StGB II-VON INS/WYDER (FN 3), Art. 179 StGB N 41; STRATENWERTH/WOHLERS (FN 2), Art. 179 StGB N 6; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER (FN 3), § 12 N 14; DONATSCH (FN 3), 381; RUCKSTUHL (FN 33), 34.

ergänzt werden, so dass die konkrete Gesetzesformulierung der Tathandlung des Informationstatbestandes folgendermassen lauten würde: «irreführende Informationen verbreitet oder einem Dritten zur Kenntnis bringt.»

Um Strafbarkeitslücken zu vermeiden, ist in diesem Zusammenhang zu beachten, dass der Tatbestand zwingend zu ergänzen und nicht etwa das Verb «verbreiten» zu streichen ist, um es durch die vorgeschlagene Variante (einem Dritten zur Kenntnis bringen) zu ersetzen, da die beiden Tathandlungen unterschiedliche Bereiche abdecken. Während die Tathandlung «verbreiten» jene Konstellationen erfasst, in welchen die Informationen zwar in Umlauf gebracht wurden, so dass sie für einen grösseren Adressatenkreis zugänglich sind, jedoch niemand die Informationen effektiv zur Kenntnis genommen haben muss, werden durch die Variante «einem Dritten zur Kenntnis bringen» jene Konstellationen strafbar gestellt, in welchen die irreführenden Informationen zwar nicht verbreitet sind, jedoch zumindest eine Person von den Informationen effektiv Kenntnis erlangt hat.

Der Vollständigkeit halber ist zudem darauf hinzuweisen, dass die Ergänzung des Tatbestandes um die vorgeschlagene Variante auf den ersten Blick insofern problematisch ist, als durch diese Ergänzung jede einschlägige Mitteilung an eine Person bereits tatbestandsmässig zu sein scheint – auch wenn diese Person beispielsweise völlig mittellos ist – und damit eine Vielzahl von Konstellationen erfasst wäre, welche die Funktionsfähigkeit des Kapitalmarktes nicht im geringsten gefährdet. Diese Befürchtung bewahrheitet sich bei genauerer Betrachtung jedoch nicht, da für die Erfüllung des Kursmanipulationstatbestandes nebst der Tathandlung zusätzlich Kursbeeinflussungsabsicht des Täters gefordert ist und diese in der vorne beschriebenen Konstellation nicht vorliegen kann – respektive höchstens in der Variante des absolut untauglichen Versuchs – so dass diese «strafunwürdigen» Konstellationen letztlich nicht tatbestandsmässig sind.

### III. Tatbestandsmerkmal «wider besseren Wissens»

#### 1. Situation de lege lata

Im Unterschied zum Transaktionstatbestand (Art. 161<sup>bis</sup> Abs. 3 StGB), bei welchem zur Erfüllung des subjektiven Tatbestandes Eventualvorsatz genügt,<sup>55</sup> ist beim Infor-

mationstatbestand (Art. 161<sup>bis</sup> Abs. 2 StGB) erforderlich, dass die tatbestandsmässige Handlung «wider besseren Wissens» erfolgt, d.h. mit sicherem Wissen und daher mit direktem Vorsatz.<sup>56</sup> Nachzuweisen ist folglich, dass der Kursmanipulator die Verbreitungshandlung – und damit die Öffentlichkeitswirkung<sup>57</sup> – wollte und die von ihm verbreiteten Informationen für irreführend hielt.<sup>58</sup> Eine derartige Beweisführung erweist sich sicherlich als schwierig, jedoch nicht als gänzlich unmöglich und kann beispielsweise dann gelingen, wenn der «Informationsverbreiter» in unternehmensinternen E-Mails seine wirkliche Einschätzung zu dem von ihm analysierten Unternehmen respektive dessen Effekten preisgibt.<sup>59</sup> Wer irreführende Informationen hingegen lediglich eventualvorsätzlich verbreitet, bleibt straflos.<sup>60</sup> Dies ist z.B. dann der Fall, wenn jemand Informationen verbreitet, dabei aber in Kauf nimmt, dass diese irreführend sind,<sup>61</sup> oder aber wenn die Verbreitungshandlung an sich eventualvorsätzlich erfolgt.<sup>62</sup>

<sup>56</sup> Botschaft zu einem Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel (Börsengesetz, BEHG) vom 24.2.1993, BBl 1993 I 1369, 1429 (nachfolgend zitiert: BOTSCHAFT, BEHG 1993); BSK StGB II-AMSTUTZ/REINERT (FN 3), Art. 161<sup>bis</sup> StGB N 22; BEHG-Kommentar-IFFLAND (FN 3), Art. 46 N 48 ff.; Kommentar KR-SCHMID/BAUR (FN 3), Art. 161<sup>bis</sup> StGB N 10; BSK BEHG-TRIPPEL/URBACH (FN 3), Art. 161<sup>bis</sup> StGB N 20; JEAN-MARC SCHALLER, Finanzanalysten-Recht, Die Berufstätigkeit der Finanzanalysten im Rahmen des Privat-, Straf- und Aufsichtsrechts, Zürich 2004, 226 f.; STRATENWERTH/WOHLERS (FN 2), Art. 161<sup>bis</sup> StGB N 3; PK-TRECHSEL/JEAN-RICHARD (FN 3), Art. 161<sup>bis</sup> StGB N 9; DONATSCH (FN 3), 317; PETROPOULOS (FN 2), 94 ff.; SCHMID (FN 3), 536 f.; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER (FN 3), § 21 N 42; WEIGL (FN 2), 119 f.; WOHLERS/MÜHLBAUER (FN 49), 750; ZOBL/KRAMER (FN 3), § 16 N 1045.

<sup>57</sup> Vgl. FN 43.

<sup>58</sup> Ähnlich WOHLERS/MÜHLBAUER (FN 49), 750, welche fordern, dass der Täter an die von ihm verbreiteten Informationen selbst nicht geglaubt hat.

<sup>59</sup> SCHALLER (FN 56), 227.

<sup>60</sup> BSK StGB II-AMSTUTZ/REINERT (FN 3), Art. 161<sup>bis</sup> StGB N 22; BEHG-Kommentar-IFFLAND (FN 3), Art. 46 N 49; SCHALLER (FN 56), 227; WEIGL (FN 2), 119 f.; so auch schon die BOTSCHAFT, BEHG 1993 (FN 56), 1429.

<sup>61</sup> Ähnlich BEHG-Kommentar-IFFLAND (FN 3), Art. 46 N 49; BSK BEHG-TRIPPEL/URBACH (FN 3), Art. 161<sup>bis</sup> StGB N 27, welche ausführen, dass derjenige straflos bleibt, der Informationen verbreitet, von denen er zwar glaubt, dass sie richtig und vollständig sind, dabei aber in Kauf nimmt, dass dies nicht der Fall sein könnte.

<sup>62</sup> SCHMID (FN 3), 537 bringt an, dass es fraglich sei, ob sich dieses «wider besseren Wissens» überhaupt primär auf den Vorsatz bezieht oder ob nicht eher ein Konnex zu den weiteren subjektiven Tatbestandsmerkmalen vorliegt, d.h. zur Absicht der erheblichen Kursbeeinflussung und zur Absicht des Erzielens eines unrechtmässigen Vermögensvorteils. Diese Ansicht ist abzulehnen. Nach dem Gesetzestext hat die Verbreitung der irreführenden Informa-

<sup>55</sup> BSK StGB II-AMSTUTZ/REINERT (FN 3), Art. 161<sup>bis</sup> StGB N 22; BSK BEHG-TRIPPEL/URBACH (FN 3), Art. 161<sup>bis</sup> StGB N 20; PETROPOULOS (FN 2), 98.

Anzumerken bleibt jedoch, dass kein sachlicher Grund dafür ersichtlich ist, weshalb der Gesetzgeber beim Informationstatbestand (Art. 161<sup>bis</sup> Abs. 2 StGB) im Gegensatz zum Transaktionstatbestand (Art. 161<sup>bis</sup> Abs. 3 StGB) erhöhte Anforderungen an die Erfüllung des subjektiven Tatbestandes stellt.<sup>63</sup> Der BERICHT BÖRSENDELIKTE<sup>64</sup> hält in diesem Zusammenhang mit Verweis auf die einschlägige Literatur<sup>65</sup> lediglich fest, dass Eventualvorsatz nicht ausreiche, und die BOTSCHAFT (BEHG 2011)<sup>66</sup> äussert sich zu dieser Thematik überhaupt nicht.

Die BOTSCHAFT (BEHG 1993)<sup>67</sup> weist darauf hin, dass Eventualvorsatz nicht vom Tatbestand erfasst wird. Dieser Umstand erlaube, in gewissen Fällen auf die Strafverfolgung zu verzichten. Exemplarisch nennt sie gewagte bzw. risikoreiche Börsentransaktionen sowie die Verbreitung von Falschmeldungen, deren Nebeneffekt – aber nicht beabsichtigter Hauptzweck – sein könne, dass Kursänderungen der gehandelten oder betroffenen Effekte eintreten. Obwohl diese Argumentation auf den ersten Blick plausibel scheint, vermag sie nicht zu überzeugen. Die Botschaft begründet das Erfordernis des direkten Vorsatzes bei der Tathandlung des Informationstatbestandes – also das Erfordernis des direkten Vorsatzes zur Verbreitung von irreführenden Informationen – mit einer in gewissen Konstellationen fehlenden Kursbeeinflussungsabsicht. Dabei werden aber zwei verschiedene Tatbestandsvoraussetzungen vermischt: erstens der Vorsatz auf die Tathandlung und zweitens die Absicht der Kursbeeinflussung. In beiden Beispielen aus der Botschaft – der risikoreichen Börsentransaktion und der Verbreitung von Falschinformationen, die als Nebeneffekt eine Kursänderung zur Folge haben – bleibt eine Bestrafung denn auch wegen fehlender Kursbeeinflussungsabsicht aus, und zwar ganz

unabhängig davon, ob die Tathandlung mit direktem Vorsatz oder lediglich mit Eventualvorsatz erfolgte.

## 2. Revisionsvorschlag

Da die Argumente der Botschaft ins Leere zielen und stichhaltige Begründungen für das Erfordernis des direkten Vorsatzes in Art. 161<sup>bis</sup> Abs. 2 StGB nicht ersichtlich sind, drängt sich die Frage auf, ob es des Tatbestandmerkmals «wider besseren Wissens» in Art. 161<sup>bis</sup> Abs. 2 StGB/Art. 40a Abs. 1 lit. a E-BEHG überhaupt bedarf – was nur dann der Fall wäre, wenn die eventualvorsätzliche Tatbegehung nicht strafwürdig wäre. Dies ist jedoch zu verneinen, weil es aus der Perspektive des geschützten Rechtsgutes – Sicherstellung der Funktionsfähigkeit des Kapitalmarktes<sup>68</sup> – irrelevant ist, ob der Kursmanipulator mit direktem Vorsatz oder lediglich eventualvorsätzlich irreführende Informationen verbreitet. Die entscheidende Frage ist insoweit vielmehr, ob die von Art. 161<sup>bis</sup> Abs. 1 StGB/Art. 40a Abs. 1 E-BEHG geforderte erhebliche Kursbeeinflussungsabsicht vorliegt – ist dies nicht der Fall, so ist der Kursmanipulationstatbestand nicht erfüllt und die Frage nach einer diesbezüglichen Bestrafung erübrigt sich. Liegt hingegen die tatbestandsmässig geforderte erhebliche Kursbeeinflussungsabsicht vor, so ist es mit Hinblick auf das geschützte Rechtsgut einerlei, ob die Tathandlung, d.h. die Verbreitung der irreführenden Informationen, mit direktem Vorsatz oder lediglich eventualvorsätzlich erfolgte – wobei anzumerken ist, dass kaum Konstellationen vorstellbar sind, in welchen ein Täter mit Kursbeeinflussungsabsicht im Sinne eines eigentlichen Handlungsziels am Werke ist, bezüglich der Tathandlung selbst aber lediglich mit Eventualvorsatz operiert, da das Vorliegen der besagten Kursbeeinflussungsabsicht unvermeidlich dolus directus bezüglich der Tathandlung nach sich zieht.

Das ausschlaggebende Moment ist in diesem Zusammenhang demzufolge die im Kursmanipulationstatbestand geforderte erhebliche Kursbeeinflussungsabsicht. Diese ist im Sinne eines eigentlichen Handlungsziels und damit als Absicht im engeren Sinne zu verstehen.<sup>69</sup> Eventualabsicht betreffend Kursbeeinflussung ist damit nicht ausreichend, was zur Folge hat, dass ein Täter durch sein

tionen wider besseren Wissens zu erfolgen. Der Gesetzeswortlaut ist diesbezüglich völlig eindeutig und es ist nicht ersichtlich, warum sich das Tatbestandsmerkmal «wider besseren Wissens» auf die zusätzlichen Absichten beziehen sollte, anstatt auf die irreführende Informationsverbreitung. Die Verbreitung der irreführenden Informationen hat nach dem klaren Gesetzeswortlaut («wider besseren Wissens») mit direktem Vorsatz zu erfolgen. Eventualvorsatz ist dementsprechend nicht ausreichend und dessen tatbestandsmässige Berücksichtigung wäre ein Verstoß gegen das Legalitätsprinzip, vgl. PETROPOULOS (FN 2), 95 f.

<sup>63</sup> BSK StGB II-AMSTUTZ/REINERT (FN 3), Art. 161<sup>bis</sup> StGB N 22.

<sup>64</sup> BERICHT BÖRSENDELIKTE (FN 11), 56.

<sup>65</sup> Vgl. BERICHT BÖRSENDELIKTE (FN 11), 56 Fn. 149; BSK StGB II-AMSTUTZ/REINERT (FN 3), Art. 161<sup>bis</sup> StGB N 22; DONATSCH (FN 3), 317; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER (FN 3), § 21 N 42; PK-TRECHSEL/JEAN-RICHARD (FN 3), Art. 161<sup>bis</sup> StGB N 9.

<sup>66</sup> BOTSCHAFT, BEHG 2011 (FN 12), 6873 ff.

<sup>67</sup> BOTSCHAFT, BEHG 1993 (FN 56), 1429.

<sup>68</sup> BOTSCHAFT, BEHG 2011 (FN 12), 6886 f.

<sup>69</sup> BSK StGB II-AMSTUTZ/REINERT (FN 3), Art. 161<sup>bis</sup> StGB N 23; STRATENWERTH/WOHLERS (FN 2), Art. 161<sup>bis</sup> StGB N 3; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER (FN 3), § 21 N 43, a.A. Kommentar KR-SCHMID/BAUR (FN 3), Art. 161<sup>bis</sup> StGB N 11; BEHG-Kommentar-IFFLAND (FN 3), Art. 46 N 40.

Handeln/Unterlassen eine allfällige Auswirkung auf den Kurs direkt anstreben muss und nicht lediglich in Kauf nehmen darf. Der Einbezug von Eventualabsicht betreffend Kursbeeinflussung würde dem Begriff der Kursmanipulation jede Kontur nehmen, da praktisch jede beliebige Fehlinformation Auswirkungen auf den Kurs haben kann.<sup>70</sup> Die Anwendung des Tatbestandes würde damit ins Uferlose ausgedehnt werden und die grundsätzlich strafbarkeitsbeschränkende Funktion von Absichtsmerkmalen<sup>71</sup> völlig untergraben.<sup>72</sup> Ausgehend von der Prämisse, dass der Gesetzgeber dieses Tatbestandsmerkmal bewusst und nicht aus reiner Zwecklosigkeit oder um der Anhäufung von Buchstaben willen in den Gesetzestext aufgenommen hat, ergibt sich daraus unweigerlich, dass der Kursbeeinflussungsabsicht in diesem konkreten Kontext strafbarkeitsbeschränkende Funktion zukommen muss.<sup>73</sup> Diese Begrenzungsfunktion vermag die entsprechende Absicht indessen nur dann zu erfüllen, wenn sie als eigentliches Handlungsziel verstanden wird, wobei sie dann zwingend als *dolus directus* qualifiziert werden muss.<sup>74</sup>

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass dem in der BOTSCHAFT (BEHG 1993) geäußerten Bedürfnis der Möglichkeit des Strafverfolgungsverzichts<sup>75</sup> – mit der eine haltlose Vielstraferei verhindert werden soll – nicht mit dem Erfordernis des *dolus directus* bei der Tathandlung von Art. 161<sup>bis</sup> Abs. 2 StGB/Art. 40a Abs. 1 lit. a E-BEHG, sondern mit dem Erfordernis des *dolus directus* bei der tatbestandsmässig geforderten Kursbeeinflussungsabsicht entsprochen werden kann. Das Tatbestandsmerkmal «wider besseren Wissens» in Art. 161<sup>bis</sup> Abs. 2 StGB ist deshalb ersatzlos zu streichen.

#### IV. Fazit

Die derzeitige Ausgestaltung des Informationstatbestandes (Art. 161<sup>bis</sup> Abs. 2 StGB) enthält eine Strafbarkeits-

lücke, weshalb der Tatbestand um die Tathandlung «irreführende Informationen einem Dritten zur Kenntnis bringen» zu ergänzen ist. Beim subjektiven Tatbestand von Art. 161<sup>bis</sup> Abs. 2 StGB ist auf das Erfordernis des direkten Vorsatzes aus den vorne dargestellten Gründen zu verzichten. Zu diesem Zweck ist «wider besseren Wissens» ersatzlos aus dem Gesetzestext zu streichen, womit der Informationstatbestand (Art. 161<sup>bis</sup> Abs. 2 StGB) – wie *de lege lata* bereits der Transaktionstatbestand (Art. 161<sup>bis</sup> Abs. 3 StGB) – *de lege ferenda* die eventualvorsätzliche Tatbegehung mitumfasst.

<sup>70</sup> STRATENWERTH/JENNY/BOMMER (FN 3), § 21 N 43; SCHMID (FN 3), 538.

<sup>71</sup> BSK StGB II-NIGGLI (FN 3), Vor Art. 137 StGB N 61; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER (FN 3), § 13 N 32.

<sup>72</sup> BSK StGB II-AMSTUTZ/REINERT (FN 3), Art. 161<sup>bis</sup> StGB N 23.

<sup>73</sup> Vgl. BOTSCHAFT, BEHG 1993 (FN 56), 1429: «Die Strafbarkeit wird zusätzlich eingegrenzt, indem eine Absicht des Urhebers vorausgesetzt wird, einen Börsenkurs künstlich zu beeinflussen [...]».

<sup>74</sup> BSK StGB II-AMSTUTZ/REINERT (FN 3), Art. 161<sup>bis</sup> StGB N 23.

<sup>75</sup> BOTSCHAFT, BEHG 1993 (FN 56), 1429: «[...] in Fällen, wie gewagten bzw. risikoreichen Börsentransaktionen oder Falschinformationen, deren Nebeneffekt, aber nicht beabsichtigter Hauptzweck sein kann, dass Kursänderungen der gehandelten oder betroffenen Effekte eintreten».