



Aktennotiz

Datum: 14. Dezember 2011

VERTRAULICH

Verhaltenspflichten von Organen der Nationalbank

Zusammenfassung

Private Devisengeschäfte eines Direktoriumsmitglieds der Nationalbank, die vor oder während der Einleitung von geld- und währungspolitischen Massnahmen der Nationalbank getätigt worden sind, erfüllen keinen Straftatbestand. Auch bestehen keine anderen rechtlichen Verhaltenspflichten, welche solche Devisengeschäfte einschränken oder verbieten würden.

1. Fragestellung

Verhält sich ein Mitglied des Direktoriums der Nationalbank unrechtmässig, wenn es private Devisengeschäfte tätigt und dabei von den Auswirkungen der kurz darauf eingeleiteten geld- und währungspolitischen Massnahmen der Nationalbank profitiert (konkret: Dollarkäufe unmittelbar vor den Stützungsmassnahmen zu Gunsten des Schweizer Frankens, Verkäufe rund zwei Monate später bei höheren Dollarkursen)?

2. Mögliche anwendbare rechtliche Grundlagen

2.1. Strafrecht

Denkbar ist, dass der Sachverhalt, welcher der obigen Fragestellung zu Grunde liegt, einen Straftatbestand erfüllen könnte. In Frage kommen ein Insiderdelikt oder eine Amtsgeheimnisverletzung.

Art. 161 StGB ("Insidertatbestand" bzw. Ausnützen vertraulicher Tatsachen)

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 Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe 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 Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe bestraft.

3. *(gestrichen)*

4. Ist die Verbindung zweier Aktiengesellschaften geplant, so gelten die Ziffern 1 und 2 für beide Gesellschaften.

5. Die Ziffern 1, 2 und 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.

Gewisse Aspekte des beschriebenen Sachverhalts erinnern zwar an Elemente dieses Insiderstatbestandes (namentlich Kenntnis einer kursrelevanten Tatsache, Vertraulichkeit dieser Tatsache, Voraussehbarkeit einer erheblichen Kursveränderung, Tathandlung als Insider oder als Tippnehmer). Der Insiderstatbestand nach StGB erfasst allerdings nur Geschäfte mit Aktien, Wertschriften, Bucheffekten oder Optionen auf solche einer Gesellschaft, einer Genossenschaft oder einer ausländischen Gesellschaft. **Devisengeschäfte sind demgegenüber nicht erfasst.** Der Grund dafür ist darin zu suchen, dass der Gesetzgeber hauptsächlich die Chancengleichheit der Anleger und dadurch das Vertrauen in einen sauberen und unverfälschten **Kapitalmarkt** schützen wollte (vgl. BGE 118 Ib 448 E. 6c). Ein theoretisch denkbarer Straftatbestand "Insiderdevisengeschäft" seitens eines Mitglieds des Nationalbankdirektoriums müsste im Vergleich dazu wohl ein etwas anderes Schutzobjekt haben (wie z.B. das Vertrauen der Bevölkerung in Behördenmitglieder, keine privaten Vorteile aus ihrer Amtstätigkeit zu erzielen). Ein solcher Straftatbestand existiert jedoch nicht und eine analoge Anwendung von Art. 161 StGB auf Devisengeschäfte ist wegen des Grundsatzes "nulla poena sine lege" in Art. 1 StGB ausgeschlossen. **Daraus folgt, dass hier kein Insiderdelikt nach StGB vorliegen kann.**

Art. 320 StB (Verletzung des Amtsgeheimnisses)

1. Wer ein Geheimnis offenbart, das ihm in seiner Eigenschaft als Mitglied einer Behörde oder als Beamter anvertraut worden ist, oder das er in seiner amtlichen oder dienstlichen Stellung wahrgenommen hat, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft. Die Verletzung des Amtsgeheimnisses ist auch nach Beendigung des amtlichen oder dienstlichen Verhältnisses strafbar.

2. Der Täter ist nicht strafbar, wenn er das Geheimnis mit schriftlicher Einwilligung seiner vorgesetzten Behörde geoffenbart hat.

Voraussetzung für das Vorliegen einer Amtsgeheimnisverletzung ist, dass ein Geheimnis einem Dritten anvertraut wird. "Nur" das Ausnützen der Kenntnis einer geheimen Tatsache für sich persönlich ist von dieser Strafbestimmung nicht erfasst. Daraus folgt, dass vorliegend keine Amtsgeheimnisverletzung nach Art. 320 StGB gegeben sein kann.

2.2. Verhaltenspflichten aus Spezialerlassen betreffend die Nationalbank

Verhaltenspflichten für die Organe der Nationalbank, welche den privaten Handel mit Devisen einschränken oder verbieten würden, könnten sich theoretisch aus folgenden Erlassen ergeben:

- Bundesgesetz über die Schweizerische Nationalbank, NBG, SR 951.11
- Nationalbankverordnung, NBV, SR 951.131
- Organisationsreglement der Schweizerischen Nationalbank, OReg (nicht in der SR publiziert)

In Art. 43 Abs. 2 NBG ist festgelegt, dass Direktoriumsmitglieder der Nationalbank weder eine andere wirtschaftliche Tätigkeit ausüben noch ein eidgenössisches oder kantonales Amt bekleiden dürfen (wobei der Bankrat Ausnahmen bewilligen kann). Bei einem Sachverhalt wie dem vorliegenden handelt es sich ausschliesslich um einen privaten Vorgang, der **nicht als wirtschaftliche Tätigkeit gelten kann**. Weitere Pflichten, welche das private Verhalten der Mitglieder des Direktoriums steuern würden, ergeben sich aus den erwähnten Spezialerlassen betreffend die Nationalbank nicht. **Es wurden dementsprechend keine spezialgesetzlichen Verhaltenspflichten verletzt.**

2.3. Private Verhaltenspflichten aus subsidiär oder analog anwendbarem Recht

Art. 2 NBG legt fest, dass die aktienrechtlichen Vorschriften des Obligationenrechts (OR) gelten, soweit das NBG nichts anderes bestimmt. Es stellt sich die Frage, ob allfällige privatrechtliche Verhaltenspflichten wie z.B. die **Treue- und Sorgfaltspflichten des Verwaltungsrates** (Art. 717 OR) oder auch – in einer grosszügigen Auslegung des Wortlauts von Art. 2 NBG – **die Treue- und Sorgfaltspflichten der Arbeitnehmenden** (Art. 321a OR, insbesondere dessen Abs. 4) durch die vorliegende Fragestellung berührt sein könnten.

Die Stellung des Direktoriums der Nationalbank ist zwar in Bezug auf gewisse seiner Aufgaben vergleichbar mit der **Geschäftsleitung** – und nicht mit dem Verwaltungsrat – einer privatrechtlichen Aktiengesellschaft: Es ist das oberste geschäftsleitende und ausführende Organ der Nationalbank (Art. 46 Abs. 1 NBG). Eine subsidiäre Anwendbarkeit der Sorgfalts- und Treuepflichten des Verwaltungsrats ist aus diesem Grund nicht möglich. Während eine privatrechtliche Geschäftsleitung im Normalfall aber den arbeitsvertraglichen Pflichten nach Art. 319 ff. OR und somit auch den entsprechenden Treue- und Sorgfaltspflichten untersteht, kann dies wegen der **spezialgesetzlich geregelten Stellung des Direktoriums** für dessen Mitglieder nicht gelten: Diese werden nämlich politisch gewählt, und zwar durch den Bundesrat für eine Amtsdauer von 6 Jahren, d.h. sie sind nicht arbeitsvertraglich angestellt. Überwacht wird das Direktorium einerseits vom Bankrat (vgl. Art. 42 Abs. 1 NBG; anzumerken ist in diesem Zusammenhang, dass die Aufgaben des Bankrats durchaus vergleichbar sind mit jenen Verwaltungsrats einer "normalen" Aktiengesellschaft), und andererseits vom Bundesrat (vgl. die Rechenschaftspflicht gegenüber dem Bundesrat nach Art. 7 NBG). Insgesamt ergibt sich, dass **keine privaten Verhaltenspflichten aus subsidiär oder analog anwendbaren obligationenrechtlichen Bestimmungen für die Mitglieder des Direktoriums** bestehen, die vorliegend verletzt sein könnten.

Ergänzend sei darauf hingewiesen, dass im Fall, dass man solche privaten Verhaltenspflichten für Direktoriumsmitglieder der Nationalbank trotzdem als existent erachten würde, eine **Verletzung dieser Pflichten** nachgewiesen werden müsste. Voraussetzung dazu wäre, dass eine Gefährdung der Interessen der Nationalbank bzw. des Bundes insgesamt durch die privaten Devisengeschäfte vorliegen müsste. Eine solche Gefährdung ist vorliegend nicht ersichtlich, da erstens der vermutete Umfang der getätigten privaten Devisengeschäfte den Devisenmarkt insgesamt nicht zu beeinflussen vermag und zweitens dem betroffenen Direktoriumsmitglied keineswegs vorgeworfen wird, seine Amtspflichten nicht oder schlecht erfüllt zu haben.