

Sonderdruck aus:

Wirtschaft und Strafrecht

Festschrift für Niklaus Schmid zum 65. Geburtstag

Herausgeber: Jürg-Beat Ackermann / Andreas Donatsch / Jörg Rehberg

PAOLO BERNASCONI

Die strafrechtliche Verantwortlichkeit im Rahmen der Vermögensverwaltung und der Anlageberatung

Schulthess  Zürich 2001

Die strafrechtliche Verantwortlichkeit im Rahmen der Vermögensverwaltung und der Anlageberatung

Relevanz von neuen Verhaltensnormen und neuen Anlagerisiken für die Anwendbarkeit von Art. 158 StGB*

PAOLO BERNASCONI

Einführung

- A. Strafrechtliche Relevanz von Verhaltensnormen aus anderen Rechtsgebieten
 - 1. Objektiver Grundtatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung
 - 1.1 Das Grunddelikt
 - 1.2 Das Erfordernis der selbständigen Verfügung über das fremde Vermögen
 - 1.3 Der Schaden
 - 2. Die Pflichtverletzung gemäss Art. 158 StGB
 - 2.1 Präjudizielle Prüfung
 - 2.2 Erhebliche zivilrechtliche Normen
 - 2.3 Erhebliche verwaltungsrechtliche Verhaltensnormen
 - 2.4 Erhebliche standesspezifische Verhaltensnormen
 - 2.5 Erhebliche vertragliche Verhaltensnormen
 - 2.6 Betriebsinterne Normen
 - 3. Vorsatz, Eventualvorsatz und Verletzung von Verhaltensregeln
 - 4. Vereinbarkeit von Art. 158 StGB als Blankettstrafnorm mit dem Bestimmtheitsgebot
 - 4.1 Bestimmtheitsgebot
 - 4.2 Soft Law auf dem Finanzmarkt
 - 5. Allgemeine Anerkennung standesrechtlicher Verhaltensregeln
 - B. Strafrechtliche Relevanz von Risikoanlagen in Anwendung von Art. 158 StGB
 - 6. Objektive Tatbestandsmässigkeit
 - 7. Subjektive Tatbestandsmässigkeit
 - 8. Verantwortung der Bank bei externer Vermögensverwaltung
- Schlusswort

* Ergänzte und aktualisierte Fassung eines am 27. Mai 1999 in Zürich gehaltenen Vortrages anlässlich des Weiterbildungsseminars der Hochschule St. Gallen über das Thema «Aktuelle Rechtsfragen der Vermögensverwaltung und Anlageberatung», in Zusammenarbeit mit RA Giovan Maria Tattarletti, Anwaltskanzlei Sganzi Bernasconi Peter & Gaggini, Lugano.

Einführung

4'000 Milliarden Franken betrugen die im Jahre 2000 von den Schweizer Banken verwalteten Kundendepots und Treuhandgelder¹: Die vielen tausenden Personen, die sich im Bankenbereich und in den anderen Finanzsektoren mit solchen Volumina beschäftigen, richten ihre tägliche Tätigkeit nicht nur nach den Marktrisiken, sondern auch nach öffentlichen und privaten Normen. Die Verletzung solcher Normen kann unter anderem strafrechtliche Folgen haben. Einleitend ist folgendes vorwegzunehmen: Aus der Sicht der Beziehung zwischen Vermögensverwalter und Anlageberater² einerseits und Anleger andererseits steht der Finanzmarkt unter dem Einfluss zweier gegensätzlicher Tendenzen: Einerseits kann eine riesige Zunahme der Anlagemöglichkeiten, sei es geographisch, dank der Globalisierung der Märkte und der Entwicklung der Telematik, sei es materiell, dank der Ausdehnung der Palette neuer Finanzprodukte, beobachtet werden, was zur Undurchsichtigkeit und zur Verwässerung der immer so hoch gepriesenen Unmittelbarkeit der Kundenbeziehung führt. Andererseits häufen sich zunehmend internationale und demnach auch inländische regulierende Bestimmungen³ zum Anlegerschutz und Funktionsschutz sowie zur Verbesserung der Effizienz der Wettbewerbsfähigkeit des Finanzplatzes. Unter den regulatorischen Mitteln werden zu recht die vorbeugend wirkenden bevorzugt, und die sanktionierenden, d.h. die strafrechtlichen Mittel, in den Hintergrund gestellt.

Der beschriebene Trend wirft jedoch zumindest zwei Fragen auf: Trotz bedauernderweise immer noch fehlender systematisch geführter und aussagekräftiger Statistiken weiss man wenigstens, dass sich Hunderte geschädigter Opfer an die Strafbehörden wenden, währenddem Tausende dies aus Kosten-Nutzen-Erwägungen oder aus steuerlichen Gründen nicht wagen. Kann angesichts dieser Umstände von wirksamen vorbeugenden regulatorischen Massnahmen gesprochen werden? Die anschliessende Frage lautet, welche Rolle die sich ständig entwickelnden gesetzlichen und standesrechtlichen Verhaltensnormen vor der Strafjustiz spielen bzw. spielen können.

¹ Statistisches Monatsheft der Schweizerischen Nationalbank, Februar 2001.

² Für die Definitionen siehe BASSI MARIO, Der bankunabhängige Vermögensverwalter, Diss. Zürich 1996, 6.

³ Es wird sogar von «aufsichtsrechtlicher Verstärkung» zivilrechtlicher Pflichten gesprochen: vgl. ZULAUF URS, Gläubigerschutz und Vertrauensschutz – Zur Sorgfaltspflicht der Bank im öffentlichen Recht der Schweiz, ZSR NF 113 (1994) II 391.

A. Strafrechtliche Relevanz von Verhaltensnormen aus anderen Rechtsgebieten

1. Objektiver Grundtatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung

1.1. Das Grunddelikt

Das Grunddelikt (Treuebruch) begeht gemäss Art. 158 StGB, wer aufgrund des Gesetzes, eines behördlichen Auftrages oder eines Rechtsgeschäfts damit betraut ist, Vermögen eines anderen zu verwalten oder eine solche Vermögensverwaltung zu beaufsichtigen, und dabei unter Verletzung seiner Pflichten bewirkt oder zulässt, dass der andere am Vermögen geschädigt wird.

Das spezifische Unrecht des Treuebruchs liegt in der Verletzung einer besonderen Treuepflicht⁴. Das Gesetz zählt die möglichen Entstehungsgründe einer solchen Pflicht im einzelnen auf: Gesetz, behördlicher Auftrag, Rechtsgeschäft. Dazu kommt auch Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 419 OR). Diese Aufzählung ändert jedoch nichts an der Notwendigkeit, diese Treuepflicht näher zu umschreiben, da nicht irgendwelche Fürsorgepflicht für fremdes Vermögen genügt.

1.2. Das Erfordernis der selbständigen Verfügung über das fremde Vermögen

Die Pflicht, fremdes Vermögen im Sinne von Art. 158 StGB zu verwalten, ist nur dann gegeben, wenn der Verpflichtete mit hinreichender Selbständigkeit über das fremde Vermögen verfügen kann⁵.

Das ist zweifellos der Fall, wenn einer Bank (interner Vermögensverwalter) oder einer Treuhandgesellschaft (externer Vermögensverwalter) Vermögen zur Verwaltung anvertraut wird. In solchen Fällen übernimmt nämlich die Bank oder die Treuhandgesellschaft, i.d.R. aufgrund eines schriftlichen Vermögensverwaltungsauftrags, die umfassende Fürsorge für das anvertraute Vermögen und somit die Pflicht, dieses Vermögen dauernd zu überwachen und die notwendigen Vorkehrungen zu treffen⁶. Eine Pflicht im Sinne von

⁴ STRATENWERTH GÜNTER, Schweizerisches Strafrecht, BT I, 5. Aufl., Bern 1995, § 19 N 5.

⁵ BGE 118 IV 244 E. 2a; 105 IV 307 E. 2a.

⁶ THALMANN CHRISTIAN, Die Sorgfaltspflicht der Bank im Privatrecht insbesondere im Anlagegeschäft, Referate und Mitteilungen des SJV, Heft 2/1994, 186, m.w.H.; STRATENWERTH (FN 4), § 19 N 6 und 9.

Art. 158 StGB, fremdes Vermögen zu verwalten, ist hingegen nicht gegeben, wenn die Bank oder die Treuhandgesellschaft sich auf die Anlageberatung beschränkt, ohne das Kundenvermögen selbständig zu verwalten, d.h. anzulegen.

1.3. Der Schaden

Die Tathandlung besteht darin, dass der Täter seine besonderen Pflichten verletzt. Dieses Erfordernis ist um so wichtiger, als das tatbestandsmässige Verhalten im übrigen nur noch durch den relativ unspezifischen Erfolg einer Vermögensschädigung eingegrenzt wird. Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist ein Vermögensschaden gegeben bei tatsächlicher Schädigung durch Verminderung der Aktiven, durch Vermehrung der Passiven, nicht Verminderung der Passiven oder nicht Vermehrung der Aktiven sowie dann, wenn das Vermögen in einem Masse gefährdet wird, dass es in seinem wirtschaftlichen Wert vermindert ist⁷.

2. Die Pflichtverletzung gemäss Art. 158 StGB

2.1. Präjudizielle Prüfung

Ob der Treupflichtige seine Pflichten verletzt hat, lässt sich nur entscheiden, wenn im Einzelfall geprüft wird, welche Pflichten ihm obliegen, worüber in der Literatur genügend Kriterien vorhanden sind⁸. Welche Pflichten ein Ge-

⁷ BGE 123 IV 17 E. 3d; 122 IV 279 E. 2a; SCHUBARTH MARTIN, Vermögensschaden durch Vermögensgefährdung, ZStrR 114 (1996) 71 ff.

⁸ BERTSCHINGER URS, Sorgfaltspflichten des Vermögensverwalters bei Derivaten – Bemerkungen zum Urteil des Bundesgerichts vom 28. Juli 1995, SZW/RSDA 68 (1996) 240 ff.; DIETZI HANSPETER, Die Verantwortlichkeit der Bank gegenüber einem Kunden für Handlungen eines von diesem eingesetzten Vermögensverwalters, SZW 69 (1997) 193; DE BEER ALEXANDER, Die Verantwortlichkeit der Bank gegenüber einem Kunden für Handlungen eines von diesem eingesetzten Vermögensverwalters. Eine Replik, SZW 3 (1998) 125; FELBER MARKUS, Die Haftung des Anlagevermittlers, SZW 70 (1998) 145; GENONI MAURIZIO, Rechtsprobleme der externen Vermögensverwaltung, SZW 63 (1991) 19; BASSI (FN 2); LÉVY ALAIN, La gestion de fortune par un gérant indépendant, in: Journée de droit bancaire et financier, Berne 1996, 99; BIZZOZERO ALESSANDRO, Situation juridique de la banque relativement à l'activité d'un gérant indépendant, ibidem, 117; SPÄLTI DIETER, Die rechtliche Stellung der Bank als Vermögensverwalterin, Zürich 1997; LOMBARDINI CARLO, Droit et pratique de la gestion de fortune, Genève 1998.

schäftsbesorger im konkreten Fall hat, hängt vom Gesetz und/oder von der privaten Vereinbarung ab⁹.

Nur wenn der konkrete Umfang dieser Pflichten herausgefunden worden ist, lässt sich sagen, welche Verhaltensweisen überhaupt als pflichtwidrig und damit als treuebrüchig angesehen werden können. Aus dem Erfordernis der Pflichtwidrigkeit folgt, dass die Massnahmen des Geschäftsbesorgers, mögen sie sich auch schädigend auswirken, insoweit nicht tatbestandsmässig sind, als sie sich im Rahmen einer ordnungsmässigen Geschäftsführung halten¹⁰ und mit den mit dem Kunden vereinbarten oder wenigstens im Nachhinein ausdrücklich oder per konkludenten Handel ratifizierten Anlageregeln konform sind. Geschäftliche Dispositionen sind nämlich vielfach mit dem Risiko eines Verlustes verbunden (z.B. Börseninvestitionen), ohne dass es pflichtwidrig wäre, dieses übliche Risiko einzugehen. Das Risiko der Anlage bleibt grundsätzlich beim Anleger, ausser sie sei offensichtlich unvernünftig gewesen¹¹ oder habe bestimmte Verhaltenspflichten verletzt.

Zu prüfen ist daher, einerseits, der gesetzlich und/oder vertraglich umschriebene Inhalt der Vermögensfürsorgepflicht, und, andererseits, was jeweils als ordnungsgemässe Geschäftsführung anzusehen ist¹².

Um im Rahmen der Vermögensverwaltung zu bestimmen, welche die Pflichten des Geschäftsbesorgers bzw. die ordnungsgemässe Geschäftsführung sind, soll – wie gesagt – der Strafrichter auf die Gesetze, auf die Berufsnormen und/oder auf den konkreten (Vermögensverwaltungs-)Vertrag zurückgreifen.

2.2. Erhebliche zivilrechtliche Normen

- a) Da gemäss herrschender Lehre der Vermögensverwaltungsvertrag dem Vertragstypus des Auftrags im Sinne von Art. 394 ff. OR entspricht, gelangen zunächst die von Art. 398 OR vorgesehenen Treue- und

⁹ BGE 122 IV 279 E. 2b (Fall eines Vorsitzenden einer Personalvorsorgestiftung); 118 IV 244 E. 2c (Fall eines Mitgliedes eines Gemeinderates); 105 IV 307 E. 3 (Fall eines Ingenieurs in leitender Stellung); 80 IV 243 E. 2 (Fall eines Gesellschafters).

¹⁰ STRATENWERTH (FN 4), § 19 N 13.

¹¹ BGE 119 II 333 ff., wo es jedoch nur um Anlageberatung ging und nicht um Vermögensverwaltung. Es sei aber dennoch erwähnt, dass die Vermögensverwalter für die Erhaltung des bestehenden Portfoliowerts oder sogar für eine positive Performance nicht garantieren müssen; siehe auch ANDREAS V. PLANTA, Les règles professionnelles liant le gérant de fortune, in: Aspects juridiques de la gestion de fortune, Actes de la conférence internationale du 17.10.1997 à Genève, Berne 1999, 140.

¹² Vgl. MARTIN SCHUBARTH/PETER ALBRECHT, Kommentar zum schweizerischen Strafrecht, BT 2, Bern 1990, Art. 159 N 21 ff.

Sorgfaltspflichten zur Anwendung¹³. Zur Treuepflicht gehören die Diskretions- und Geheimhaltungspflicht, das grundsätzliche Verbot des Selbstkontrahierens – neuerdings und für das erste Mal im schweizerischen Recht in Art. 11 Abs. 1 Lit. c des Bundesgesetzes über die Börsen und den Effektenhandel vom 24. März 1995, in Rechtskraft seit dem 1. Februar 1997, ausdrücklich vorgesehen – sowie die vertragsgemässe Verwendung des anvertrauten Vermögens¹⁴; zur Sorgfaltspflicht gehört etwa die Informationspflicht¹⁵.

- b) Mit Rücksicht auf den Tatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung sollten, neben der unproblematischen vertragswidrigen Verwendung des fremden Vermögens, insbesondere die Verletzung des Verbotes des Selbstkontrahierens und der Informationspflicht relevant sein.

Eine Verletzung des Selbstkontrahierungsverbots liegt vor, wenn objektiv gegensätzliche Interessen zwischen Auftraggeber und Beauftragtem vorliegen, etwa wenn der Vermögensverwalter Dispositionen ohne wirtschaftliche Notwendigkeit, sondern nur zwecks Kommissions-einnahmen vornimmt (sogenannt «churning»), oder wenn schlecht verkäufliche Wertpapiere aus Emissionen zum Emissionspreis in die verwalteten Depots gebucht werden, obwohl der Marktpreis niedriger ist, oder wenn Papiere mit sinkendem Kurs aus eigenen Beständen in die verwalteten Depots abgeschoben werden, oder Papiere zum Kauf empfohlen werden, um die eigenen Bestände zu einem besseren Kurs verkaufen zu können (sogenannt «sculping»)¹⁶.

Eine Verletzung der Informationspflicht liegt zum Beispiel vor, wenn der Vermögensverwalter es unterlässt, seine Kunden über einen bevorstehenden Kurszerfall zu unterrichten, oder wenn Käufe von Wertpapieren stattfinden, die, angesichts der bekannten Schwierigkeiten des emittierenden Unternehmens, nicht getätigt werden sollten. Dabei ist zu berücksichtigen, dass, gemäss der zitierten Rechtsprechung des Bundesgerichts, ein Vermögensschaden schon dann gegeben ist, wenn das Vermögen in einem Masse gefährdet wird, dass es in seinem wirtschaftlichen Wert vermindert ist.

¹³ Unter den Pflichten des Vermögensverwalters werden die folgenden aufgelistet: Pflicht zur Erbringung der versprochenen Leistung, Sorgfaltspflicht, Interessenwahrungspflicht, Geheimhaltungs- und Diskretionspflicht, Gleichbehandlungspflicht, Informationspflicht, Befolgungspflicht, Rechenschaftspflicht, Herausgabepflicht (vgl. BASSI [FN 2], 23-30).

¹⁴ HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Basel 1992, Art. 398 N 9.

¹⁵ HONSELL/VOGT/WIEGAND (FN 14), Art. 398 N 26; vgl. auch BGE 110 II 372; 115 II 64.

¹⁶ Vgl. THALMANN (FN 6), 198; BRIGITTE HOFSTETTER, Interessenkonflikte im Universalbankensystem, Bern 1999, 131 ff.

- c) Fragen kann man sich, ob die blossе Verletzung der Informationspflicht strafrechtlich relevant sein soll. Man könnte dies bezweifeln. Die Antwort scheint aber davon abzuhängen, wie der Begriff der Treuepflicht i.S.v. Art. 158 StGB zu verstehen ist: Entweder eng, als Pflicht zur Loyalität, oder weit, als allgemeine Pflicht zur Fürsorge für das fremde Vermögen. Nach meiner Auffassung sollte er eher weiter ausgelegt werden, da das Gesetz selbst keine Abgrenzung macht: Es spricht nämlich nur von Pflichten, vorausgesetzt dass diese mit der Verwaltung des fremden Vermögens direkt zu tun haben («...und dabei unter Verletzung seiner Pflichten...»).
- d) Weiter kann man sich fragen, ob ein Vermögensverwalter, der die Behörden über den gesetzeswidrigen Ursprung des verwalteten Vermögens orientiert und damit Informationen über eine Kundenbeziehung preisgibt, den Tatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung erfüllt, weil er eine Geheimhaltungspflicht verletzt. Nun, seit dem Inkrafttreten von Art. 305ter Abs. 2 StGB am 1. August 1994 steht fest, dass wer berufsmässig fremde Vermögenswerte annimmt, aufbewahrt, anlegen oder übertragen hilft berechtigt ist, den zuständigen Kantons- und Bundesbehörden Wahrnehmungen zu melden, die darauf schliessen lassen, dass die Vermögenswerte aus einem Verbrechen, d.h. aus einer mit Zuchthaus bedrohten Handlung (Art. 9 Abs. 1 StGB), herrühren. Seit dem 1. April 1998 besteht neben diesem Melderecht gar eine Meldepflicht. Art. 9 Abs. 1 des Bundesgesetz zur Bekämpfung der Geldwäscherei im Finanzsektor (GwG) sieht nämlich vor, dass ein Finanzintermediär, der weiss oder den begründeten Verdacht hat, dass die in die Geschäftsbeziehung involvierten Vermögenswerte in Zusammenhang mit einer strafbaren Handlung nach Art. 305bis StGB stehen, dass die Vermögenswerte aus einem Verbrechen herrühren oder der Verfügungsmacht einer kriminellen Organisation unterliegen (Art. 260ter Ziff. 1 StGB), muss der Meldestelle für Geldwäscherei unverzüglich Meldung erstatten. Liegt eine solche Meldung vor, macht sich der Finanzintermediär weder der Verletzung des Bank- und Börsengeheimnis (Art. 47 BankG, Art. 43 BEHG) noch der ungetreuen Geschäftsbesorgung strafbar.
- e) Was aber, wenn die Vermögenswerte nicht aus einem Verbrechen stammen, sondern z.B. aus einer (ausländischen) Steuerhinterziehung? Dann dürfte der Finanzintermediär, vorbehaltlich der prozessrechtlichen Auskunft- und Zeugnispflichten, an das Bank- und das Börsengeheimnis gebunden sein. Bei deren Verletzung dürfte er sich, aufgrund des Treuebruchs, und falls ein verursachter Vermögensschaden entstanden ist, wegen ungetreuer Geschäftsbesorgung strafbar ma-

chen¹⁷. In diesem Zusammenhang ist erwähnenswert, dass das Bank- und das Börsengeheimnis grundsätzlich auch gegenüber den Steuerbehörden gelten (vgl. Art. 127 Abs. 2 DBG).

2.3. Erhebliche verwaltungsrechtliche Verhaltensnormen

- a) Seit dem Inkrafttreten des Bundesgesetzes über die Börsen und den Effektenhandel am 1. Februar 1997 sind die bereits erwähnten (Verhaltens-) Pflichten nun ausdrücklich gesetzlich geregelt. Gemäss Art. 11 Abs. 1 BEHG schuldet nämlich der Effekthändler gegenüber seinen Kunden die folgenden Pflichten¹⁸:
- eine Informationspflicht (lit. a): er weist sie insbesondere auf die mit einer bestimmten Geschäftsart verbundenen Risiken hin¹⁹;

¹⁷ Wenn durch die Offenbarung eines gesetzlich vorgesehenen geheimnisgeschützten Umstandes die Steuerbehörde gegen den Kunden ein Nachsteuer- und Steuerstrafverfahren einleitet, sind die Bank oder der Vermögensverwalter nicht verpflichtet, den daraus entstandenen Schaden zu ersetzen (BGE 123 IV 254).

¹⁸ Vgl. Kommentar von NOBEL PETER, Schweizerisches Finanzmarktrecht, Bern 1997, 386 N 105 f.; ZOBEL DIETER, Das Börsenrecht der Schweiz, Zürich 1998, 40 f.; ZULAUF URS, Les règles de conduite des négociants dans la nouvelle loi suisse sur les bourses, in: Journée de droit bancaire et financier, Berne 1995, 25 f.; Diese Norm ist eine sogenannte Doppelnorm, d.h. zivil- und aufsichtsrechtlicher Natur. In aufsichtsrechtlicher Hinsicht stellen die Verhaltenspflichten eine Konkretisierung der in Art. 10 Abs. 2 Bst. d BEHG enthaltenen Anforderungen an eine einwandfreie Geschäftsführung dar. Ihrerseits wurden diese Verhaltenspflichten in den Richtlinien der Schweizerischen Bankiervereinigung betreffend Verhaltensregeln für Effekthändler bei der Durchführung des Effektenhandels vom 22. Januar 1997 weiter konkretisiert (siehe u.a. EBK Bulletin 40 [2000] 24 f. i.S. Bank B, E. 1; WOLFGANG WIEGAND/BERNHARD BERGER, Zur rechtssystematischen Einordnung von Art. 11 BEHG, ZBJV 135 [1999] 720 ff.); Art. 11 BEHG gilt für alle Effekthändler gemäss Art. 2 BEHG, auch mangels eines Vermögensverwaltungsvertrags (WIEGAND/BERGER, oben 726 ff.; LUC THÉVENOZ, Le droit bancaire privé suisse; Résumé de la jurisprudence, SZW 4 [1998] 193).

¹⁹ «Das Ausmass der Aufklärungspflicht richtet sich nach den Kenntnissen und der Erfahrung des Auftraggebers. Ist ohne weiteres ersichtlich, dass der Kunde von den Risiken keine Ahnung hat, muss ihn die Bank darauf hinweisen»: aus dem unveröffentlichten BGE vom 23.3.1993 X AG c. Bank Y, SZW 67 (1995) 28; FELBER MARKUS, Die Haftung des Anlagevermittlers, SZW 70 (1998) 145; Andererseits muss sich der Vermögensverwalter auch Gedanken über die Tragweite seiner Informationspolitik machen, um nicht mit dem Vorwurf der Ausnützung seiner Kenntnis vertraulicher Tatsachen konfrontiert zu werden. Falls die Informationen noch nicht allgemein öffentlich zugänglich sind, wird der Vermögensverwalter gut beraten sein, sich gegenüber der Kundschaft in einem solchen Fall passiv zu verhalten (HOFSTETTER [FN 16], 131 ff), Aufschlussreich, auch wenn noch nicht aufgrund von Art. 11 BEHG entschieden, ist zum Beispiel der «Fall Biber Holding», wo die Bank, im Gegensatz zum Publikum, in Kenntnis der verheerenden Lage der Gesellschaft war und sich trotzdem für den Verkauf der Aktien letzterer einsetzte (BGE

- eine Sorgfaltspflicht (lit. b): er stellt insbesondere sicher, dass die Aufträge seiner Kunden bestmöglich erfüllt werden und diese die Abwicklung seiner Geschäfte nachvollziehen können;
- eine Treuepflicht (lit. c): er stellt insbesondere sicher, dass allfällige Interessenkonflikte²⁰ seine Kunden nicht benachteiligen.

Das Gesetz sieht eine Einschränkung vor, indem der Abs. 2 von Art. 11 BEHG besagt, dass bei der Erfüllung dieser Pflichten die Geschäftserfahrung und die fachlichen Kenntnisse der Kunden zu berücksichtigen sind. Dies dürfte es sowohl im Zivil- als auch im Strafrecht u.U. schwieriger machen, eine Verletzung dieser Verhaltensregeln anzunehmen.

Trotz dieser Einschränkung bin ich der Auffassung, dass Art. 11 BEHG eine ähnliche Tragweite wie Art. 2 ZGB zuerkannt werden sollte. Der Anwendungsbereich des Gebots des Handelns nach Treu und Glauben (Abs. 1) und des Rechtsmissbrauchsverbots (Abs. 2) erstreckt sich auf Gesetze (Auslegung des Gesetzes, Verbot der Gesetzesumgehung, Verbot der zweckwidrigen Verwendung eines Rechtsinstituts) und auf Rechtsgeschäfte (Auslegung von Rechtsgeschäften, Verbot der Rechtsgeschäftsumgehung, *clausula rebus sic stantibus*, *culpa in contrahendo*). Wie der erwähnte Art. 2 ZGB, in dem nicht nur Verhaltensmuster für den Gesetzesadressaten, sondern auch eine Auslegungs- und Ergänzungshilfe und eine korrigierende Funktion bei unbefriedigenden, ungerechten Ergebnissen bei der Rechtsanwendung erblickt werden können, könnte auch Art. 11 BEHG dieselbe Wirkung für den Strafrichter entfalten. Die zentrale Bedeutung von Art. 11 BEHG wird auch vom Bundesgericht anerkannt. Aufschlussreich ist in diesem Zusammenhang der Bundesgerichtsentscheid vom 19. November 1999, in dem gegenüber vier Gesellschaften, die sich bei der EBK als bestehende Effektenhändler gemeldet hatten und kurz danach von der Aufsichtsbehörde in Liquidation gesetzt wurden, u.a. die Verletzung der Verhaltensregeln gemäss Art. 11 BEHG festgestellt wurde. Die Gesellschaften hatten einerseits ihre Informationspflicht verletzt, indem sie den im Optionshandel völlig unerfahrenen Kunden, die Verlustrisiken im Zusammenhang mit den Investitionen untertrieben oder gar verschwiegen hatten. Gleichzeitig durch eine unvollkommene, unklare und unprofessionelle Auftragserfüllung hatten sie die Sorgfalts-

2A.230/1999 datiert 2.2.2000; BERNHARD BERGER, Der «Fall Biber Holding»- mehr als nur ein aufsichtsrechtlich bedeutendes Bundesgerichtsurteil, *Recht* 118 [2000] N 3).

²⁰ ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE, Conflicts of interests with respect to the remuneration of financial intermediaries. Some Swiss and comparative aspects, in: *Legal Aspects of Investment Management, Actes de la Conférence internationale du 17.10.1997*, Genève, 223 f.; THALMANN (FN 6), 180 f.

pflicht verletzt, sowie durch eine ungerechtfertigte Erhebung von Kommissionen in der Höhe von 35% der Gesamtkosten der Optionen die Treuepflicht erheblich strapaziert.²¹

- b) Die EBK nimmt seit Jahren stark an der Entwicklung der Praxis zur Handhabung der Verhaltensregeln teil, insbesondere im Rahmen der Konkretisierung der sogenannten Gewährsnorm. Daher müssen die Vermögensverwalter auch die entwickelten Regeln und Auslegungen sinngemäss gestützt auf die Veröffentlichung der diesbezüglichen Verfügungen und der Bundesgerichtsurteile betreffend diejenigen Verfügungen, gegen welche Beschwerden eingereicht wurden, anwenden²².
- c) Es ist ersichtlich, dass die obenerwähnte Aufzählung in vielen Fällen ungenügend sein kann, um festzustellen, ob eine Verhaltenspflichtverletzung stattgefunden hat. Was bedeutet zum Beispiel, dass der Effekthändler sicherstellen muss, dass die Aufträge seiner Kunden bestmöglich erfüllt werden? Wie kann eine solche Pflicht konkretisiert werden, damit sie überhaupt Anwendung finden kann? Die Antwort geben uns die in den nächsten Paragraphen geschilderten Normen.

2.4. Erhebliche standesspezifische Verhaltensnormen

Darüber hinaus soll der Strafrichter, auch auf allgemein anerkannte, die Tätigkeit des Vermögensverwalters bzw. den Inhalt einer ordnungsmässigen Geschäftsführung konkretisierende Verhaltensregeln zurückgreifen können, die von einem privaten oder halböffentlichen beruflichen Verband (z.B. Treuhänder- oder Bankiervereinigungen) erlassen wurden. Dies in Anlehnung an die Rechtsprechung des Bundesgerichts betreffend die Auslegung des Begriffes der pflichtwidrigen Unvorsichtigkeit (Art. 18 StGB), wonach, soweit eine gesetzliche Regel im Einzelfall fehlt oder ungenügend ist, die von den Umständen geforderte Sorgfaltspflicht aufgrund allgemeiner Rechtsgrundsätze sowie allgemein anerkannter Verhaltensnormen zu bestimmen ist, obwohl diese von Privaten oder einem halböffentlichen Verband erlassen worden sind und keine Rechtsnormen darstellen²³.

²¹ EBK Bulletin (FN 18), 94 ff.

²² Siehe unter den letzten Abhandlungen BIZZOZERO ALESSANDRO, Risques de violation de normes prudentielles, in: Responsabilité légale dans la gestion de patrimoines, Centre d'Etudes bancaires, Lugano-Vezia, Editions Méta, Bellinzona 2001.

²³ BGE 121 IV 249 E. 3a/aa; 120 IV 300 E. 3d/aa; 118 IV 130 E. 3a.

Als Beispiel standesspezifischer Verhaltensregeln sind hier zuerst²⁴ die durch die Schweizerische Bankiervereinigung erlassenen Richtlinien für die Ausübung von Vermögensverwaltungsaufträgen vom April 1996 zu erwähnen²⁵. Praktisch sehr wichtig erscheinen:

- die Pflicht, die Anlageziele mit dem Kunden klar festzulegen (Kundenprofil, I, Ziff.1.)
- die Pflicht, das Vermögen regelmässig zu überwachen (II, Ziff. 7)
- die Pflicht zur Beschränkung auf leicht handelbare Anlagewerte (II, Ziff.10)
- die Pflicht zur Risikoverteilung (II, Ziff. 9).

2.5. Erhebliche vertragliche Verhaltensnormen

Zuerst ist darauf hinzuweisen, dass den Vermögensverwaltungsverträgen, allenfalls der damit verbundenen Eröffnung eines Bankkontos, normalerweise allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) beigelegt sind. Als Teil des jeweiligen Vertrages sind sie selbstverständlich zur Auslegung der Vermögensfürsorgepflicht des Geschäftsbesorgers heranzuziehen.

Natürlich steht es dem Kunden frei, die Bank von der Beachtung der Richtlinien zu entbinden und sie z.B. zum Abschluss risikoreicher spekulativer Geschäfte zu ermächtigen, wobei die Bank die übliche professionelle Vorsicht – etwa das auch für spekulative Geschäfte geltende Gebot der Risikoverteilung – beachten muss²⁶. Wie bereits erwähnt hat die Bank die Pflicht, sich am Anfang des Verwaltungsauftrags über die Bedürfnisse des Kunden ins Bild zu setzen (I, Ziff.1 der Richtlinien).

²⁴ Diese Richtlinien wurden auf die Stufe der Usanzen im Vermögensverwaltungsbereich erhoben, die auch im Nichtbankensektor Beachtung verlangen: BGE vom 28. Juli 1995, besprochen von BERTSCHINGER URS (FN 8), 240 f.

²⁵ Dazu kommen noch die folgenden Normen der SBVg:

a) Richtlinien für das Risikomanagement im Handel und bei der Verwendung von Derivaten, die am 1. Juli 1996 in Kraft getreten sind

b) Verhaltensregeln für Effektenhändler vom 22.1.1997, seit 1.8.1997 in Kraft.

c) Richtlinien der SBVg über nachrichtenlose Vermögen, die am 1.1.1996 in Kraft getreten und am 1.07.2000 ersetzt worden sind.

Zur Prüfung der Rechtmässigkeit der Vermögensverwaltung von Angehörigen bestimmter Berufe können auch deren spezifische internationale oder nationale Richtlinien oder Ehrenkodices (vgl. etwa PRADER/ROBERTO, Vermögensverwaltung, Verluste und die Folgen, NZZ Nr. 117 vom 25.05.1999, 30) benützt werden.

²⁶ Vgl. THALMANN (FN 6), 199.

2.6. Betriebsinterne Normen

Zur Vorbeugung von Missbräuchen und Missständen werden von den Banken sowie von den wichtigeren anderen Vermögensverwaltern auch interne Richtlinien in Form von Reglementen und Rundschreiben stark ausgebaut, deren Einhaltung durch Audit Committees, Vorgesetzte und das interne Inspektorat gewährleistet und überwacht wird. Auch die Verletzung solcher internen Normen könnte eventuell strafferheblich werden.

3. Vorsatz, Eventualvorsatz und Verletzung von Verhaltensregeln

Dass eine Verletzung solcher Verhaltensregeln u.U. strafrechtlich relevant sein kann, sollte unbedenklich sein. In der Praxis neigen aber die Strafbehörden, mit Rücksicht auf den behaupteten mangelnden Vorsatz des Täters, eher dazu, den Sachverhalt als reine Zivilsache aufzufassen. Dies scheint jedoch vielmehr auf die Überlastung der Strafbehörden, auf derer mangelnde Spezialisierung und auf die (beweismässige) Komplexität mancher Finanzsachverhalte zurückzuführen sein.

4. Vereinbarkeit von Art. 158 StGB als Blankettstrafnorm mit dem Bestimmtheitsgebot

4.1. Bestimmtheitsgebot

Wie erwähnt, liegt ungetreue Geschäftsbesorgung vor, wenn fremdes Vermögen durch Verletzung einer Vermögensfürsorgepflicht geschädigt wird. Die tatbestandsmäßige Handlung ist im Gesetz nicht näher umschrieben, außer dass sie in der Verletzung einer Pflicht bestehen soll, die gesetzlich bestimmt ist oder vertraglich übernommen werden kann.

Mit den vorherigen Ausführungen haben wir versucht, dem Inhalt einer solchen Vermögensfürsorgepflicht klarere Konturen zu geben. Wir haben deshalb verschiedene Quellen untersucht und dargestellt, die bei der Umschreibung einer derartigen Pflicht behilflich sein können.

Fragen kann man sich aber, ob die Unbestimmtheit des Strafgesetzes bzw. die zu deren Beseitigung notwendige Inanspruchnahme anderer und eventuell auch nichtgesetzlicher (Rechts)quellen mit dem im Strafrecht geltenden Bestimmtheitsgebot vereinbar ist. Diesbezüglich genügt es, auf die Kritik der Lehre gegen die Anwendung der gesetzgeberischen Technik der

Blankettstrafnorm (*norme de renvoi*) bei der Schaffung von Art. 305ter StGB betreffend die mangelnde Sorgfalt bei Finanzgeschäften hinzuweisen²⁷.

Auch im Finanzrecht wird allmählich die Bezeichnung «Soft Law» benutzt, welche in erster Linie im Völkerrecht verwendet wird²⁸. Darunter werden objektive Normen verstanden, denen wegen Absenz von positivrechtlicher Verankerung²⁹ zwar keine Rechtsverbindlichkeit zukommt, die aber trotzdem gewisse Rechtswirkungen erzeugen oder eine besondere Rechtsnähe aufweisen. Demzufolge stellt eine Missachtung der vorliegenden Regeln keine Rechtsverletzung im eigentlichen Sinne dar. Es kann aber immerhin ein Verstoß gegen *faïres*, nach Treu und Glauben zu erwartendes Verhalten sein³⁰. Das Bestimmtheitsgebot ist Bestandteil des in Art. 1 StGB enthaltenen Legalitätsprinzips³¹. Dieser Grundsatz beruht auf Art. 4 BV³² (heute Art. 8 BV) und stellt durch die Übernahme in Art. 1 StGB eidgenössisches Recht im Sinne von Art. 269 Abs. 1 BStP dar. Dies hat zur Folge, dass trotz des in Art. 191 BV (Art. 113 Abs. 3 aBV) enthaltenen Verbots der Überprüfung von Bundesgesetzen, die behauptete Verletzung des Bestimmtheitsgebots als Bestandteil des Legalitätsprinzips mit Nichtigkeitsbeschwerde vor dem Kassationshof des Bundesgerichts geltend gemacht werden kann.

Übrigens wird der Legalitätsgrundsatz ebenfalls durch Art. 7 EMRK geschützt, dessen mittelbare Verletzung bei der Auslegung einer bundesrechtlichen Bestimmung auch mit Nichtigkeitsbeschwerde gerügt werden kann³³, sowie durch Art. 11 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte der Generalversammlung der Vereinigten Nationen vom 10. Dezember 1948.

²⁷ KISTLER MARLÈNE, *La vigilance requise en matière d'opérations financières*, Zürich 1999, 186 f.; Ein ähnlich gelagerter Rechtsstreit entflammte sich über den Begriff «Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit», welche für die Eidgenössische Bankenkommission Grundlage für die Ableitung weitreichender Anforderungen an die Sorgfaltspflicht der Banken ist; vgl. RHINOW RENÉ/BAYERDÖRFER MANFRED, *Rechtsfragen der schweizerischen Bankenaufsicht*, Basel 1990, 88 N 233.

²⁸ THÜRER DANIEL, *Soft Law – eine neue Form von Völkerrecht?*, ZSR NF 104 I (1995) 434.

²⁹ NOBEL PETER, *Schweizerisches Finanzmarktrecht*, Bern 1997, 30 N 102 und 83 N 21.

³⁰ FORSTMOSER PETER/SCHLUEP WALTER, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, Bd. 1, Bern 1992, 166 N 24.

³¹ In dieser Hinsicht beinhaltet das Legalitätsprinzip die folgenden drei Grundsätze: *nulla poena sine lege scripta*, gemäss welchem das Gewohnheitsrecht als alleinige und umfassende Grundlage für eine strafrechtliche Verurteilung ausgeschlossen ist; *nulla poena sine lege praevia*, gemäss welchem verboten ist, Strafgesetze rückwirkend anzuwenden; *nulla poena sine lege stricta*, gemäss welchem die gesetzlichen Straftatbestände so bestimmt wie möglich zu erfassen sind und speziell die Grenzen der Strafbarkeit genau zu bestimmen sind.

³² BGE 96 I 29.

³³ BGE 119 IV 242 E. 1c, m.w.H.

4.2. Soft Law auf dem Finanzmarkt

Trotz der Möglichkeit, die Verletzung des Bestimmtheitsgebots zu rügen, darf dessen Tragweite nicht überschätzt werden. Einerseits verlangt die Rechtsprechung des Bundesgerichts und der Straßburger Organe lediglich, dass das Gesetz so präzise formuliert sei, dass die staatliche Intervention berechenbar und voraussehbar sei³⁴, so dass der Bürger sein Verhalten danach richten und die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit erkennen kann³⁵, was auch beim Tatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung sicher der Fall ist. Andererseits kommt es nicht selten vor, dass das mit Strafe bedrohte Verhalten auslegungsbedürftig ist³⁶, ohne dass das Bestimmtheitsgebot automatisch als verletzt anzusehen wäre. Zu denken ist hier z.B. an die recht häufig zur Darstellung eines Sachverhalts verwendeten unbestimmten Rechtsbegriffe. Dies geschieht nicht nur anlässlich der Konkretisierung der Sorgfaltspflichten bei fahrlässig begangenen, sondern sogar bei vorsätzlich verübten Straftaten, wie z.B. bei der Auslegung folgender Begriffe:

- die «anerkannten Regeln der Baukunde», gemäss Art. 229 StGB,
- die «arge Nachlässigkeit» gemäss Art. 165 StGB³⁷,
- die «nach den Umständen gebotene Sorgfalt» gemäss Art. 305ter StGB, dessen Vorhandensein dafür sorgt, dass «der Besonderheit einzelner Berufe Rechnung getragen wird» und «die Ausarbeitung von Standesregeln für Berufsgruppen auch im Nichtbankensektor der Finanzbranche» begünstigen möchte³⁸.

³⁴ RITTER WERNER, Das Erfordernis der genügenden Bestimmtheit, (Diss. St. Gallen) Chur/Zürich 1994.

³⁵ BGE 119 IV 242 E. 1c, m.w.H.

³⁶ «Jedes Gesetz weist naturgemäss einen bestimmten Grad an Unbestimmtheit auf. Dies hängt mit dem generell-abstrakten Charakter des Gesetzes, der beschränkten Voraussehbarkeit künftiger Entwicklungen, der mangelnden Präzision in der Sprache und dem Bedürfnis zusammen, den rechtsanwendenden Behörden Spielraum für die Berücksichtigung besonderer Umstände im Einzelfall zu verschaffen», vgl. HAEFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG, Grundriss des schweizerischen Verwaltungsrechts, 2. Aufl., Zürich 1993, 74 N 313.

³⁷ Die bezüglich Art. 165 StGB ähnliche Rechtsfrage wurde dahingehend beantwortet, dass «une situation où n'existerait aucun règlement fixant d'avance et de façon exhaustive des obligations concrètes» («règles de l'art» ou «listes de contrôle») serait inadmissible en droit pénal, dont le principe «pas de peine sans une base légale expresse» exige une précision beaucoup plus grande» (vgl. KISTLER BRUNO, La gestion fautive en tant que délit intentionnel, AJP/PJA 12 [1997] 1497).

³⁸ Vgl. die Botschaft über die Änderung des schweizerischen Strafgesetzbuches N 89.043 vom 12.6.1989, Ziff. 234.21.

Soweit nicht geradezu unerträglich, birgt eine solche Auslegungsbedürftigkeit auch Vorteile in sich, wie die Möglichkeit, die Anwendung der Strafnorm dem konkreten Fall oder den veränderten Umständen anzupassen. Im Bereich der Vermögensverwaltung bedeutet dies etwa die Möglichkeit, auf die sich besonders im Finanzmarkt im Laufe der Zeit rasch ändernden und vervollständigenden, gesetzlichen und außergesetzlichen Kataloge von Verhaltenspflichten besser Rücksicht nehmen zu können. Eine solche zeitgemäße, realitätsbezogene Anwendung des Tatbestandes der ungetreuen Geschäftsbesorgung kann nur begrüßt werden, weil sonst diese Norm die Gefahr läuft, wegen der rasanten Entwicklung auf dem internationalen Finanzmarkt in wenigen Jahren nicht mehr anwendbar zu sein.

Selbstverständlich müssen die Sorgfaltspflichten durch schriftliche Berufsnormen konkretisiert werden, wobei auch ein seit langem unbestrittener Grundsatz – etwa das «Know Your Own Customer»-Prinzip oder die grundsätzliche Regel der Risikoverteilung – in Betracht gezogen werden kann.

5. Allgemeine Anerkennung standesrechtlicher Verhaltensregeln

Die rechtliche Tragweite von Verhaltensregeln sowie deren Umfang hängen hauptsächlich vom Ausmass ihrer Anerkennung im Rechtssystem ab. Eine Standesregel gilt als anerkannt, wenn sie von den betroffenen Berufskreisen angenommen und ausgeführt wird, in der Überzeugung ihrer Richtigkeit³⁹.

Man begegnet hier wieder den Anforderungen betreffend das Gewohnheitsrecht, d.h. betreffend der homogenen und allgemeinen Einhaltung einer Regel (*opinio communis*) und der Überzeugung bezüglich ihrer bindenden Kraft (*opinio necessitatis*).

Entscheidend ist das Merkmal der Unbestrittenheit der Norm gemäss dem wissenschaftlichen Stand⁴⁰ im betreffenden Berufsgebiet.

Die von der Schweizerischen Bankiervereinigung erlassenen Verhaltensnormen können aus vielen Gründen sicher als anerkannt gelten: Die Bankiervereinigung ist von den politischen Behörden, etwa im Rahmen von Vernehmlassungsverfahren, als Vertreterin des schweizerischen Bankwesens anerkannt; bekanntlich stützt sich die Erarbeitung ihrer Normen auf eingehende Analysen durch Rechtsgelehrte und Bankspezialisten; sehr oft verkörpern die SBVg-Richtlinien Prinzipien und Normen, die auf internationaler Ebene bereits angenommen worden sind und welche deswegen eine interna-

³⁹ Siehe zu Art. 229 StGB über die Verletzung von Regeln der Baukunde, STRATENWERTH GÜNTHER, Schweizerisches Strafrecht, BT II, 5. Aufl., Bern 2000, 121.

⁴⁰ BGE 106 IV 264; BJP/RStrS 1997, 59 Nr. 283.

tionale Ausstrahlung geniessen; die Akzeptanz der SBVg-Normen ist allgemein und unbestritten und infolgedessen im allgemeinen auch deren Einhaltung und Ausführung; die Einhaltung der SBVg-Verhaltensnormen wird von den externen Revisionsstellen der Banken geprüft, und diese sind bezüglich allfälliger Verletzungen gegenüber den Organen der Bank und gegebenenfalls gegenüber der Aufsichtsbehörde meldepflichtig.

Dazu kommt noch, dass wenigstens die Verhaltensregeln allgemeiner Natur und Geltung der EBK unterstellt werden, und in einigen Fällen – wie dies etwa für die Verhaltensregeln für Effekthändler vom 22.1.1997 der Fall war – von der EBK gebilligt wurden.

Mutatis mutandis gelten die obengenannten Ausführungen auch für Normen, welche von ähnlich wichtigen Berufsverbänden im nichtbanklichen Finanzsektor verabschiedet wurden, wie die Schweizerische Treuhandkammer, der Verband der Schweizerischen Treuhänder oder der Verband schweizerischer Vermögensverwalter.

Die Anerkennung der von solchen Verbänden⁴¹ verabschiedeten Verhaltensnormen hängt auch, jedoch nicht unbedingt, von der Zahl derer Mitglieder und seit dem 1. April 1999, d.h. innert der von Art. 42 Abs. 2 GwG vorgesehenen Frist, ebenfalls von deren Bewilligung als Selbstregulierungsorganisation (SRO) gemäss Art. 24 GwG durch die Kontrollstelle für die Anwendung des Geldwäschereigesetzes ab.

B. Strafrechtliche Relevanz von Risikoanlagen in Anwendung von Art. 158 StGB

6. Objektive Tatbestandsmässigkeit

- a) Angesichts der Verbreitung von spekulativen und hochspekulativen Anlagen stellt sich, insbesondere im Hinblick auf die Interesse der Anleger, die Frage über die strafrechtliche Relevanz derartiger Anlagen.

Wie schon vorher erwähnt, folgt aus dem Erfordernis der Pflichtwidrigkeit, dass die Massnahmen des Geschäftsbesorgers, mögen sie sich auch schädigend auswirken, nicht tatbestandsmässig sind, wenn sie sich im Rahmen einer ordnungsmässigen Geschäftsführung

⁴¹ Siehe die Aufzählung unter der Website der Kontrollstelle: http://www.admin.ch/efv/efv/d/index_gwg.htm.

halten⁴². Geschäftliche Dispositionen sind nämlich vielfach mit dem Risiko eines Verlustes verbunden, ohne dass es pflichtwidrig wäre, ein übliches Risiko einzugehen.

Grundsätzlich gilt das Gebot, dass von Vermögensverwaltern keine positive Performance geschuldet ist, sondern nur sorgfältiges und treues Verhalten⁴³. Mit anderen Worten, die Wahl einer, auch hochspekulativen Anlage ist als solche strafrechtlich unerheblich, insofern als die gesetzlichen, standesrechtlichen und vertraglichen Verhaltensregeln eingehalten wurden. In ähnlicher Weise bleibt die Lottoveranstaltung strafrechtlich belanglos, sofern deren Spielregeln eingehalten werden.

- b) Zu diesen Spielregeln gehört im vornherein die Beachtung der Weisungen des Anlegers sowie ständige und volle Transparenz ihm gegenüber, die ihm seine Entscheidungsfreiheit und -fähigkeit gewährleisten muss.

Aus bereits beurteilten Fällen geht hervor, dass die Entscheidungsfreiheit der Anleger in den folgenden Fällen schwer, wenn nicht vollständig, beeinträchtigt wurde:

aa) Im Bereich der Vermittlung von Optionen auf dem Rohstoff- und Edelmetallmarkt:

- Undurchsichtigkeit durch Verwendung von ausschliesslich hochtechnischen Bezeichnungen auf Englisch;
- Erwähnung von Gewinnbeispielen, die sich nur ausnahmsweise ereignet hatten, wie z.B. ein ausserordentlicher Kursanstieg des Preises eines bestimmten Rohstoffes;
- Nichterwähnung der tatsächlichen Kosten einer Anlage, wie z.B. die an den Broker bezahlten Kommissionen, um z.B. den Kunden gegenüber die aussergewöhnliche Höhe der Optionsprämien nicht rechtfertigen zu müssen;
- Vertuschen der genauen Bedingungen, die dem Kunden klarmachen würden, dass die Höhe der Optionsprämien die Gewinnchancen grundsätzlich vermindern.

bb) Im Börsen- und Devisengeschäft:

- das Verstecken bereits erlittener Verluste durch Anlage in einen bestimmten Titel, um zu vermeiden, dass der Kunde entscheiden könnte, aus dieser Anlage auszusteigen, die Vorgesetzten des Vermögensverwalters zu orientieren oder die Geschäftsbeziehung zu kündigen;

⁴² STRATENWERTH (FN 4), § 19 N 13.

⁴³ Bertschinger Urs (FN 8), 240.

- das Vertuschen der Bedingungen (Zeit, Preis, usw.), zu welchen ein Geschäft tatsächlich getätigt wurde, um den Kunden die Berechnung des Ergebnisses zu erschweren oder sogar zu verunmöglichen.

Um ein niedriges Niveau des Kundenschutzes zu begründen, wird vergleichsweise behauptet, dass derjenige Skifahrer, der trotz Lawinengefahr-Warnung ausserhalb der markierten Pisten fährt, dies auf eigenes Risiko tut. Der Kundenschutz muss jedoch sehr hoch – d.h. wenn nötig sogar durch strafrechtliche Mittel – gewährleistet werden, falls durch einen unredlichen Vermögensverwalter die Warnungsweisungen falsch gegeben werden, und zwar mit dem Zwecke, die Skifahrer ausserhalb der markierten Skipisten irrezuführen.

- c) Paradebeispiel des «normalen» Risikos sind Börseninvestitionen. Grundsätzlich bleibt nämlich das Risiko der Anlage beim Anleger. Dies bedeutet aber nicht, dass eine ungetreue Geschäftsbesorgung seitens des mit der Vermögensverwaltung betrauten Geschäftsbesorgers überhaupt unmöglich sei. Vielmehr hängt auch hier die Frage, ob eine solche strafbare Handlung anzunehmen ist, davon ab, welchen Pflichten der Geschäftsbesorger im konkreten Fall untersteht. Bekanntlich kann nämlich die Anlage mehr oder weniger spekulativ, d.h. risikoreich, sein. Zudem muss sie normalerweise verschiedenen Kriterien genügen, wie dem Gebot der Risikoverteilung (Vermeidung von Klumpenrisiken)⁴⁴, die dazu aufgestellt sind, das Anlagerisiko weitmöglichst zu vermindern. Dies hat zur Folge, dass auch im Fall von spekulativen Geschäften die Vermögensverwaltung die übliche professionelle Vorsicht beachten muss.
- d) Im Rahmen eines Vermögensverwaltungsvertrags ergeben sich die Pflichten des Geschäftsbesorgers auch aus der konkreten Vereinbarung mit dem Kunden, welche insbesondere Angaben zu der zu verfolgenden Anlagepolitik enthalten sollte. Seitens des Vermögensverwalters besteht infolgedessen nämlich die Pflicht, sich zu Beginn des Verwaltungsauftragsverhältnisses über die Bedürfnisse des Kunden ins Bild zu setzen⁴⁵. Eine in diesem Bereich typische Pflichtwidrigkeit kann auch dadurch begründet werden «wenn sich der Pflichtige nicht an den klar abgesteckten Risikobereich bei Börsengeschäften hält.»⁴⁶

⁴⁴ Vgl. II, Ziff. 9 der durch die Schweizerische Bankiervereinigung für die Ausübung von Vermögensverwaltungsaufträgen herausgegebenen Richtlinien.

⁴⁵ Vgl. Ziff. 1 der diesbezüglich durch die Schweizerische Bankiervereinigung erlassenen Richtlinien.

⁴⁶ DONATSCH ANDREAS, Aspekte der ungetreuen Geschäftsbesorgung nach Art. 158 StGB, ZStR 114 (1996) 212.

7. Subjektive Tatbestandsmässigkeit

- a) Liegen objektiv eine Pflichtverletzung und ein Vermögensschaden vor, stellt sich die Frage, ob dies subjektiv dem Geschäftsbesorger angelastet werden kann.

Der subjektive Tatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung erfordert Vorsatz. Dabei genügt Eventualdolus⁴⁷. Eventualvorsatz als Form des Vorsatzes ist gegeben, wenn der Täter den strafbaren Erfolg als möglich voraussieht, aber gleichwohl handelt, weil er ihn in Kauf nimmt für den Fall, dass er eintreten sollte⁴⁸. Vorsatz und Eventualvorsatz sind innere Tatsachen und nur anhand äusserer Kennzeichen feststellbar. Ob (Eventual-) Vorsatz vorliegt, ist daher eine von der Behörde aufgrund der konkreten Umstände vorzunehmende Bewertungsfrage⁴⁹. Betreffend spekulative Anlagen bewertete das Bundesgericht die Verletzung der Kundenweisungen als ein Beweis des Eventualvorsatzes von ungetreuer Geschäftsführung gemäss altStGB 159: «il est constant en l'espèce que le coaccusé savait qu'il avait une position de gérant de fortunes, qu'il savait également que les clients n'acceptaient des opérations spéculatives que dans une mesure limitée et qu'il a choisi délibérément de violer leurs instructions et de se lancer dans des opérations hasardeuses, dont il connaissait les risques. Ces circonstances montrent qu'il s'accommodait de l'éventualité que les risques se réalisent.»⁵⁰

Als äussere Kennzeichen, die die Annahme ermöglichen, dass der Täter den strafbaren Erfolg in Kauf genommen hat, für den Fall dass er eintreten würde, gelten insbesondere die (dem Täter bekannte) Wahrscheinlichkeit, dass der Erfolg sich verwirklichen wird, und die Schwere der Sorgfaltspflichtverletzung. Je höher die Wahrscheinlichkeit und die Schwere, desto berechtigter die Annahme, dass der Täter die Möglichkeit in Kauf genommen hat, dass der schädigende Erfolg sich verwirklichen würde⁵¹.

- b) Im Rahmen der Vermögensverwaltung, insbesondere der Börseninvestitionen, bedeutet dies, dass sich der Täter entweder der Wahrscheinlichkeit, dass seine Anlage zu einem Vermögensschaden führen wird, oder der Tatsache, dass eine solche Anlage unter Verletzung der ihm

⁴⁷ STRATENWERTH GÜNTER (FN 4), § 19 N 18.

⁴⁸ BGE 123 IV 155 E. 1a.

⁴⁹ BGE 119 IV 242 E. 2c.

⁵⁰ BGE vom 6.9.1994, SJ 117 (1995) 2.

⁵¹ BGE 121 IV 249 E. 3a/aa; 119 IV 1 E. 5a.

obliegenden Sorgfaltspflichten zustandekommt, bewusst ist, und trotzdem entscheidet zu handeln.

- c) Eine schwere und infolgedessen auch vorsatzrelevante Verletzung seiner Sorgfaltspflichten begeht etwa der professionelle Geschäftsbesorger, wenn er sich über die vereinbarte Anlagepolitik seines Kunden hinwegsetzt und z.B. hochspekulative Titel kauft, um vorherige Aneignungen seinerseits zulasten des Kundenvermögens auszugleichen oder für seine interne Bankkarriere unangenehme Marktverluste zu verhüllen. Weiter ist eine schwere Verletzung der Sorgfaltspflichten dort anzunehmen, wo grundlegende Pflichten der Vermögensverwaltung verletzt werden, etwa um die Bank selbst oder Dritte zu begünstigen: beispielsweise das Vorauseilen über das Eigenhandelskonto, um danach das Kundengeschäft zu schlechteren Konditionen abzuwickeln, ist als unzulässiges front running zu qualifizieren, bzw. die Schlaufe über Nostro könnte gar als widerrechtlicher Kursschnitt angesehen werden, nachdem angesichts eines spezifischen Kundenauftrags für die Bank nie ein Kursrisiko bestanden hatte⁵².

Der Vermögensverwalter, der hochspekulative Anlagen tätigt in der Hoffnung, erlittene Verluste, welche nicht bewilligt oder nicht gemeldet wurden, auszugleichen, und die Verluste zu verhüllen versucht, handelt nicht im wohlgemeinten Interesse seines Kunden. Er verfolgt sein ausschliessliches Interesse, die ihn benachteiligenden Folgen aus der Entdeckung seiner Pflichtverletzungen abzuwehren. Sollten die von ihm weiter betätigten hochspekulativen Anlagen zu weiteren Verlusten führen, würde wenigstens sein Eventualvorsatz anerkannt werden.

- d) Eine (dem Täter bekannte) hohe Wahrscheinlichkeit des Erfolgseintritts liegt dann vor, wenn er Anlagen in Effekten tätigt, die im Zeitpunkt des Erwerbs als hochspekulativ oder mit einem sonstigen Mangel behaftet einzustufen waren. Das Prinzip lautet: Je spekulativer das Papier desto wahrscheinlicher der Erfolgseintritt, d.h. der Vermögensschaden. Dabei ist erstens zu berücksichtigen, dass diese Wertung eine i.d.R. durch einen Gutachter festzustellende Tatfrage ist; zweitens, dass sich eine solche Feststellung an den durchschnittlichen Kenntnissen, die von einem Effektenhändler oder professionellen Vermögensverwalter zu erwarten sind, orientieren sollte, ohne aber bestehende weitergehende Kenntnisse ausser Acht zu lassen.

⁵² EBK Bulletin (FN 18), 24 ff.

8. Verantwortung der Bank bei externer Vermögensverwaltung

Die obigen Ausführungen gelten für jede Form der Vermögensverwaltung, egal ob diese von einer Bank oder einer Treuhandgesellschaft durchgeführt wird. Es stellt sich jetzt die Frage, ob die Bank, bzw. ihre Organe infolge einer Unterlassung bei einer fragwürdigen externen Vermögensverwaltungsstrategie, eine Verantwortung aufgrund des Art. 158 StGB trägt. Zivilrechtlich kann eine solche Verantwortung bereits aus praktischen Gründen ausgeschlossen werden, da in aller Regel die vertraglichen Abmachungen zwischen dem Kunden und dem Vermögensverwalter der Bank nicht bekannt sind und aus diesem Grunde, die Bank nicht in der Lage ist, zu Gunsten der Kundschaft zu intervenieren. Grundsätzlich wird die Meinung vertreten, dass das Fehlen einer Vertragsbeziehung zwischen der Bank und dem Kunden keine Informationspflicht und demzufolge keine Haftbarkeit der Bank zur Folge haben kann⁵³. Die Einführung des Art. 11 BEHG, der auch mangels eines Vermögensverwaltungsauftrages zur Anwendung kommt, trägt meines Erachtens zu einer Erweiterung der Informationspflicht des Effektenhändlers bzw. der Bank bei. In welchem Ausmass letzterer eine Überwachungspflicht obliegen wird, um den eigenen Pflichten nachzukommen, muss noch konkretisiert werden⁵⁴. Es besteht aber heute bereits Einigkeit darüber, dass bei unnötigen Leistungen seitens des Vermögensverwalters mit dem einzigen Ziel, Kommissionen oder Retrozessionen einzukassieren, die Bank die Kundschaft informieren muss⁵⁵.

Strafrechtlich müsste die Bank, um aufgrund von Art. 158 StGB wegen einer Unterlassung strafbar zu sein, eine Garantenstellung haben⁵⁶ und mit (Eventual)Vorsatz die schädlichen Konsequenzen der Tätigkeit des Vermögensverwalters in Kauf nehmen. Auf den ersten Blick würde man eine Garantenstellung der Bank aufgrund des obenerwähnten Grundsatzes der fehlenden Haftbarkeit bei nicht existierendem Vertragsverhältnis ausschliessen. Unabhängig von der Entwicklung der Rechtsprechung in Bezug auf Art. 11 BEHG, ist die Bank zur Ausübung einer einwandfreien Geschäftstätigkeit verpflichtet, was eine erhöhte Sorgfalt gegenüber den Handlungen des Vermögensverwalters unter ihrem Dach voraussetzt. Dies hat zur Folge, dass sie bei offensichtlich missbräuchlichen Handlungen des Vermögensverwalters zu Lasten der Kundschaft nicht gleichgültig bleiben kann. Wie gesagt müssen

⁵³ ROLF WATTER, Über die Pflichten der Bank bei externer Vermögensverwaltung, AJP/PJA 10 (1998) 1177 N 24; HANSPETER DIETZI, Die Verantwortlichkeit der Bank gegenüber einem Kunden eines von diesem eingesetzten Vermögensverwalters, SZW 5 (1997) 193 ff.

⁵⁴ LUC THÉVENOZ, Le droit bancaire privé suisse. Résumé de la jurisprudence, SZW 4 (1998) 193.

⁵⁵ ROLF WATTER (FN 53), 1177 N 24.

⁵⁶ BGE 105 IV 172 E. 49; 106 IV 80.

aber die Organe der Bank, um strafbar zu sein, diese Handlungen (eventual) vorsätzlich akzeptiert haben.

Schlusswort

Wie in ausländischen Finanzzentren so auch auf dem schweizerischen Finanzmarkt werden jährlich Hunderte von in- und ausländischen Anleger Opfer von unredlichen Finanz- und Anlagegeschäften, durch welche sie arglistig ausgeplündert werden⁵⁷. Da die aktuelle Tendenz der Rechtsprechung⁵⁸ bei der Anwendung der den Betrug ahndenden Norm nicht als anlegerfreundlich bezeichnet werden kann, stellt sich die Frage, ob eine ausgleichende Tendenz durch Anwendung der Norm über die ungetreue Geschäftsbesorgung, unter Beachtung der neueren Verhaltensnormen für Vermögensverwalter sowie der neueren höheren Risiken des Finanzmarktes, erreicht werden könnte. Ob die heutige Struktur sowie Aus- und Fortbildung der überlasteten Strafbehörden dies ermöglichen kann, bleibe dahingestellt.

⁵⁷ Genügend Beweise dafür sind im umfangreichen «Argumentaire en faveur d'une autoréglementation officielle des Services financiers», Swiss Commodities Futures and Option Association, enthalten, das dem Eidg. Finanzdepartement am 6. Juni 1995 eingereicht wurde.

⁵⁸ ROTH ROBERT, L'escroquerie dans la jurisprudence récente du Tribunal Fédéral, SJ 120 (1998) 157 f.; BGE 119 IV 28; 119 IV 210.