



Die ungetreue Geschäftsbesorgung mit Fokus auf der Finanzbranche

Anfang des Jahres wurde bekannt, dass die Staatsanwaltschaft III für Wirtschaftsdelikte des Kantons Zürich gegen den ehemaligen Verwaltungsratspräsidenten der Aduno Holding AG sowie ehemaligen CEO der Raiffeisen Schweiz und weitere Personen ein Verfahren wegen ungetreuer Geschäftsbesorgung eröffnet hat. Dieser aktuelle Fall soll Anlass dazu bieten, um den Tatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung nach Art. 158 StGB darzulegen und einige Beispiele aus der Finanzbranche aufzuzeigen.

■ **Von Fatih Aslantas, lic. iur., LL.M., Rechtsanwalt**

Ungetreue Geschäftsbesorgung

Nach Art. 158 Ziff. 1 StGB macht sich strafbar, wer aufgrund des Gesetzes, eines behördlichen Auftrags 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. Die Strafandrohung ist Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe. Falls der Täter in der Absicht handelt, sich oder einen anderen unrechtmässig zu bereichern, so beträgt die Strafandrohung Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren. Nach Ziff. 2 dieser Bestimmung macht sich strafbar, wer als Vertreter seine Ermächtigung missbraucht, um sich oder einen anderen unrechtmässig zu bereichern, und dadurch den Vertretenen am Vermögen schädigt. Bei dieser Tatbestandsvariante beträgt die Strafandrohung Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe. Die ungetreue Geschäftsbesorgung zum Nachteil eines Angehörigen oder Familiengenossen wird nur auf Antrag verfolgt (Ziff. 3).

Im Folgenden wird hauptsächlich auf Ziff. 1 der Strafbestimmung eingegangen, da in der Praxis häufig diese Variante im Vordergrund steht. Zusammenfassend müssen folgende Tatbestandselemente erfüllt sein, damit der Tatbestand nach Ziff. 1 zum Tragen kommt:

a) Täterkreis

• Geschäftsführerstellung/Verantwortung im Innenverhältnis

Als Täter kommt infrage, wer in tatsächlich oder formell selbstständiger und verant-

wortlicher Stellung im Interesse eines anderen für einen nicht unerheblichen Vermögenskomplex zu sorgen hat. Dabei kommt es nicht darauf an, ob diese Person auch Rechtsgeschäfte nach aussen abschliessen kann (wie ein klassischer Geschäftsführer). Auch das Vorliegen einer Fürsorgepflicht im Innenverhältnis für fremde Vermögensinteressen genügt (z.B. Bankangestellter mit Kompetenz zur Kreditgewährung).

• Geschäftsführer ohne Auftrag

Auch der Geschäftsführer ohne Auftrag wird von der Strafbestimmung erfasst. So zum Beispiel der Vermögensverwalter, der über den Tod seines Auftraggebers hinaus ohne Vollmacht weiter tätig ist und seine Treuepflicht verletzt.

• Person mit Aufsicht über eine Vermögensverwaltung

Art. 158 StGB erfasst auch Personen, die damit betraut sind, die Vermögensverwaltung eines Geschäftsführers zu beaufsichtigen, wie z.B. Verwaltungsratsmitglieder oder Vorgesetzte des Geschäftsführers.

• faktische Geschäftsführerstellung und Strohmann

Als Täter kommen auch diejenigen Personen infrage, die unter Benutzung von Strohmannern die tatsächliche Leitung von juristischen Personen bzw. Kapitalgesellschaften innehaben oder die sich als Strohmannern benutzen lassen (Urteil des Bundesgerichts 6B_66/2008 vom 9. Mai 2008 E. 6.3.2).

b) Treuebruch

Strafbar macht sich, wenn eine der vorgenannten Personen einen Treuebruch begeht.

Als Rechtsgrund der Treuepflicht kommen das Gesetz, behördlicher Auftrag und das Rechtsgeschäft (wie z.B. Vertrag oder Statuten etc.) infrage. Wie erwähnt können auch Pflichten aus der Geschäftsführung ohne Auftrag entstehen. Der Tatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung setzt voraus, dass diese Pflicht verletzt wurde. Ob eine Pflicht verletzt wurde, beurteilt sich somit aus dem zivilrechtlichen Grundverhältnis. Eine Pflichtverletzung liegt nicht vor, wenn das eingegangene Risiko von den entsprechenden Pflichten gedeckt ist. Tätigkeiten, die sich im Rahmen einer ordnungsgemässen Geschäftsführung bewegen, sind nicht tatbestandsmässig, auch wenn die geschäftlichen Aktivitäten zu einem Verlust führen. Strafbar ist lediglich das Eingehen von Risiken, die ein umsichtiger Geschäftsführer in derselben Situation nicht eingehen würde (Urteil des Bundesgerichts 6B_825/2010 vom 27. April 2011 E. 5.3). Häufig dürfte die Pflichtverletzung in einem Unterlassen begründet sein.

c) Vermögensschaden

Durch die Verletzung der Treuepflicht muss ein Schaden im Vermögen eines anderen eingetreten sein, wobei ein Schaden auch in der unterbliebenen Vermögensvermehrung liegen kann.

d) Kausalzusammenhang zwischen Treuepflicht und Vermögensschaden

Zwischen der Verletzung der Treuepflicht und dem Vermögensschaden muss ein Kausalzusammenhang bestehen.

e) Vorsatz

Schliesslich muss der Täter vorsätzlich handeln, wobei dieser Tatmittel, Erfolg und Kausalzusammenhang umfassen muss.

Beispiele aus der Finanzbranche Insiderhandel

Im Zusammenhang mit einem Rechtshilfeverfahren hielt das Bundesgericht in einem Entscheid aus dem Jahr 1983 fest (BGE 101 IB 47 E. 5a), dass bei Insidergeschäften mangels eines Schadens der Tatbestand von Art. 159 StGB nicht zum Tragen komme. Diese Feststellung dürfte wohl für die meisten Insiderdelikte zutreffend sein. Jedoch können auch solche Handlungen unter den Tatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung fallen. So



zum Beispiel im Falle eines Frontrunnings, bei dem Kunden aufgrund des manipulierten Kaufpreises effektiv geschädigt werden. Beim klassischen Frontrunning wird das Wissen um eine bevorstehende Kundentransaktion ausgenutzt, indem der Insider vor der Abwicklung des Kundenauftrags in Erwartung der durch die Ausführung des Kundenauftrags bewirkten Kurssteigerung selber entsprechende Geschäfte tätigt. In einem Fall, den das Bezirksgericht Zürich zu beurteilen hatte (Urteil DG090293/U vom 03.09.2010; mehrheitlich bestätigt durch Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich SB110028 vom 09.07.2012), gingen die Beschuldigten jedoch raffinierter vor und stimmten sich dabei ab. So teilte ein Portfoliomanager seinem Komplizen (über eine andere Person) mit, welche illiquiden Aktien er für seine Kunden zu erwerben gedenkt. Daraufhin erwarb der Komplize entsprechende Positionen dieser Titel. Anschliessend kaufte der Portfoliomanager für seine Kunden auf dem Markt grosse Positionen dieser Titel, was den Preis in die Höhe trieb. Danach stimmten der Portfoliomanager und die Drittperson die Preise ab, indem sie mindestens gleich hohe limitierte Kauf- bzw. Verkaufsaufträge in das Handelssystem eingaben. In diesem Fall entsprach der so erwirtschaftete Gewinn dem Schaden der Kunden des Portfoliomanagers. Der Portfoliomanager wurde wegen ungetreuer Geschäftsbesorgung verurteilt, der Komplize wegen Gehilfenschaft dazu.

Churning

Beim Churning werden durch häufiges Umschichten des Kundenvermögens ohne wirtschaftlichen Grund durch den Vermögensverwalter hohe Kommissionen generiert. Ein solches Verhalten kann den Tatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung erfüllen. Dies hat das Bundesgericht in einem Fall, in dem der Vermögensverwalter in einem Handelszeitraum von weniger als drei Monaten das vom Kunden angelegte durchschnittliche Nettovermögen über 54-mal umgesetzt hatte und die angefallenen Transaktionskosten rund 73% des aus der Handelstätigkeit resultierenden Totalverlusts ausmachten, bestätigt (BGE 142 IV 346).

Zurückbehalten von Bestandespflegekommissionen

Wer als interner Vermögensverwalter Vertriebsentschädigungen (Bestandespflegekom-

missionen), die ihm von einem Fondsanbieter entrichtet werden, nicht an seine Arbeitgeberin weiterleitet, obwohl er aufgrund seiner arbeitsrechtlichen Treuepflicht dazu verpflichtet ist, schädigt diese. Genau dies hat ein Direktor eines Finanzinstituts getan, als er im Zusammenhang mit der Platzierung von strukturierten Finanzprodukten bei den Endabnehmern unberechtigt und zu seiner eigenen Bereicherung Vertriebsentschädigungen auf Konten von Gesellschaften überweisen liess, die ihm persönlich zugerechnet werden konnten. Obwohl das Obergericht des Kantons Zürich ihn noch freigesprochen hatte, weil bei der Arbeitgeberin kein direkter Schaden entstanden sei, erachtete das Bundesgericht den Tatbestand der ungetreuen Geschäftsführung als erfüllt (Urteil des Bundesgerichts 6B_223/2010 vom 13. Januar 2011 E. 3.4.6). Es kam zum Schluss, dass die Kommissionszahlungen im Zusammenhang mit der Platzierung der strukturierten Produkte der Arbeitgeberin des Direktors zustanden. Indem er die ihm entrichteten Vertriebsentschädigungen nicht seiner Arbeitgeberin zukommen liess, sondern sich selbst zuführte, versties er gegen seine arbeitsrechtliche Treuepflicht und richtete sich damit gegen die Vermögensinteressen der Geschäftsherrin (der Arbeitgeberin), welche dadurch eine Nichtvermehrung der Aktiven hinnehmen musste.

Schmiergelder

Die Entgegennahme von Schmiergeldern kann den Tatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung erfüllen, wenn sich der Geschäftsführer zu einem Verhalten verleiten lässt, welches sich gegen die Interessen des Geschäftsherrn richtet.

Im Jahr 2013 hatte das Bundesgericht einen Fall zu beurteilen, bei dem ein Direktor einer Bank sich von einem Broker Kommissionszahlungen bezahlen liess, damit die Bank entsprechende Titel von dem Unternehmen des Brokers erwarb (BGE 129 IV 124). Das Bundesgericht kam zum Schluss, dass sich der Direktor und ein weiterer Mitarbeiter der Bank (der sich im Anlagekomitee für den Erwerb der Titel starkmachte) der ungetreuen Geschäftsbesorgung schuldig gemacht haben. Der Broker wurde wegen Gehilfenschaft zur ungetreuen Geschäftsbesorgung schuldig gesprochen.

Das Bundesgericht kam zum Schluss, dass das Ausrichten bzw. Empfangen von privaten Schmier- oder Bestechungsgeldern grundsätzlich nicht verboten ist, sofern dies nicht unter den damaligen Tatbestand von Art. 4 lit. b UWG fällt (heute ist die Privatbestechung in Art. 321^{octies} ff. StGB geregelt). Auch die Verletzung einer (arbeits-)vertraglichen Herausgabepflicht stellt noch keine strafwürdige ungetreue Geschäftsbesorgung dar. Der Tatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung ist jedoch dann erfüllt, wenn der Empfänger durch die Zahlung von Provisionen oder Schmiergeldern (als Gegenleistung für eine Bevorzugung) zu einem Verhalten verleitet wird, das sich gegen die Vermögensinteressen des Geschäftsherrn richtet und sich somit schädigend auswirkt (E. 4.1 des erwähnten BGE). Das Bundesgericht erachtete die Voraussetzung im vorliegenden Fall als erfüllt an, da das Schmiergeld als Gegenleistung für die getätigten Transaktionen für die Bank selbst bestimmt gewesen sei. Diese Argumentation des Bundesgerichts erscheint ein wenig gesucht und vermag nicht zu überzeugen, zumal das Bundesgericht selber ausführte, dass das alleinige Nichtweiterleiten dieser Zahlung strafrechtlich nicht relevant sei. Zudem erwarb die Bank die Titel über die Börse, weshalb ein Vermögensschaden aufseiten der Bank schlicht nicht ersichtlich ist. Heutzutage würde der Fall wohl primär unter die Tatbestände der Privatbestechung nach Art. 321^{octies} ff. StGB fallen.

Fazit

Der Tatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung hängt von den entsprechenden zivilrechtlichen Pflichten des Geschäftsführers ab. Das Eingehen von Risiken ist nur dann nicht pflichtwidrig, wenn diese Risiken im Rahmen der üblichen Geschäftsführung liegen. Auch wenn fraglich ist, ob der Geschäftsherr tatsächlich einen Schaden erlitten hat, kann ein entsprechendes Verhalten unter Umständen strafrechtlich geahndet werden.



AUTOR

Fatih Aslantas, lic. iur., LL.M., Rechtsanwalt ist Partner in der Anwaltskanzlei Forrer Lenherr Bögli & Partner Rechtsanwälte mit Büros in Weinfelden (TG) und Rickenbach b. Wil (TG). Er berät vornehmlich KMU im Wirtschaftsrecht und ist darüber hinaus auch als Strafverteidiger tätig.