



Schweizerische Juristen-Zeitung  
Revue Suisse de Jurisprudence

**Redaktion**

Dr. Gaudenz G. Zindel, Rechtsanwalt

Dr. Meinrad Vetter, Oberrichter

Prof. Dr. Pascal Pichonnaz

Erscheint jeden Monat am 1. und 15.

Paraît le 1<sup>er</sup> et le 15 de chaque mois

**18**

**15. September 2018, 114. Jahrgang**

**413**

**Missbrauch von Bankvollmachten – Geschädigte aus zivil- und strafrechtlicher Perspektive**

Dr. Daniel Stoll

**424**

**Entwicklungen im Verwaltungsrecht / Le point sur le droit administratif**

Prof. Felix Uhlmann und Florian Fleischmann

**430**

**Entscheidungen / Jurisprudence**

Aktuelle bundesgerichtliche Rechtsprechung /

Jurisprudence récente du Tribunal fédéral

Kantonale Rechtsprechung / Jurisprudence cantonale

**435**

**Literatur / Bibliographie**

Neuerscheinungen / Publications récentes

**438**

**Aktualitäten / Actualités**

# Missbrauch von Bankvollmachten – Geschädigte aus zivil- und strafrechtlicher Perspektive

## *Folgerungen für das Akteneinsichtsrecht von Banken im Strafverfahren\**

Dr. iur. Daniel Stoll, Rechtsanwalt (Zürich)

### I. Einleitung

Der kriminelle Missbrauch von Bankvollmachten durch Bevollmächtigte zum Nachteil von Vollmachtgebern ist ein verbreitetes Phänomen. Die Geschädigten erhalten den Schaden vom Täter meist überhaupt nicht oder nicht vollständig ersetzt. Daher verlagert sich die Diskussion über die Liquidation des Schadens schnell auf die Ebene zwischen Bank und Kunden.<sup>1</sup> Ins Zentrum rücken die Fragen, ob die Bank relevante vertragliche Sorgfaltspflichten einhielt und ob sich bei gehöriger Sorgfalt Delikt und Schaden hätten vermeiden lassen. Zu diesen Fragen existiert eine reichhaltige, auf vielfältigen Lebenssachverhältnissen beruhende Rechtsprechung.<sup>2</sup>

Nicht selten werden die zivilrechtlichen Auseinandersetzungen von strafrechtlichen Verfahren begleitet, oder das strafrechtliche Verfahren geht der zivilrechtlichen Auseinandersetzung gar vor. Die Gründe zur Erstattung einer Strafanzeige können unterschiedlicher Natur sein. Nebst der Verfolgung der Täterschaft dient die Strafanzeige dem Bankkunden dazu, den Sachverhalt aufarbeiten

*Der Missbrauch von Bankvollmachten durch Bevollmächtigte führt vielfach zu rechtlichen Auseinandersetzungen zwischen Kunden und Banken. Der Autor untersucht, wer zivilrechtlich und strafrechtlich als geschädigt gilt. Dazu werden zunächst die bankvertraglichen Grundlagen analysiert. Gestützt darauf wird dargestellt, welche Rolle den Banken in der Strafuntersuchung zukommt und wie es sich mit dem Recht auf Akteneinsicht verhält. Der Autor kommt zum Ergebnis, dass Bankkunden wie Banken ein Recht auf Akteneinsicht zukommt.*

*L'utilisation abusive de procurations bancaires par des représentants habilités conduit fréquemment à des litiges juridiques entre clients et banques. L'auteur examine qui de la banque ou de ses clients doit être considéré comme lésé tant sur le plan du droit civil que du droit pénal. Pour ce faire, il analyse les principes contractuels en matière bancaire. Ensuite, il présente le rôle des banques lors de l'enquête pénale et ce qu'il en est du droit à la consultation du dossier. L'auteur arrive à la conclusion que tant les banques que leurs clients disposent d'un droit à la consultation du dossier.*

P.P.

\* Für dieser Arbeit zugrunde liegende Recherchen und Abklärungen danke ich unserem Mitarbeiter MLaw Maximilien Szabo, LL.M., bestens.

<sup>1</sup> Nicht nur bei Vollmachtsmissbrauch, sondern bspw. auch bei gefälschten Zahlungsaufträgen und Anlagebetrug versuchen geschädigte Bankkunden, von den kontoführenden Banken den Schaden ersetzt zu erhalten. Dabei stellen sich gleiche oder ähnliche Rechtsfragen, wie sie sich auch beim Vollmachtsmissbrauch stellen. Zur Rechtsprechung siehe nachfolgend Fn. 2.

<sup>2</sup> Exemplarisch zu Vollmachtsmissbrauch: BGer 6B\_828/2016, 29.8.2016; BGer 4A\_258/212, 8.4.2013; BGer 4C.413/2005, 24.4.2006; BGE 119 IV 127; BGE 112 II 450; BGE 111 II.263. Zu gefälschten Aufträgen und gestohlenen/zum Inkasso gegebenen Checks: BGer 4A.438/2007, 29.1.2008; 126 IV 113; BGer 4C.81/2002, 1.6. 2002; BGer 4C.357/2000, 8.5.2000; 122 III 26; ZR 1998 Nr. 97, 213; zu missbräuchlicher Verwendung von Blankounterschriften: BGer 4C.28/2003, 15.12.2002; zu Vollmachtsüberschreitung: BGer 4A\_536/2008; BGE 132 III 609.

zu lassen, um damit auch an Informationen und Beweismittel für die zivilrechtliche Auseinandersetzung zu gelangen. Für Finanzinstitute wiederum kann die Sorge um die eigene Reputation ein Grund für die Anzeige bilden.<sup>3</sup> Zudem dient die Untersuchung dazu, allfällige Sicherheitslücken zu identifizieren und zu schliessen. Auch um regulatorischen Anforderungen und bankenaufsichtsrechtlichen Bestimmungen zu genügen, kann sich die Einreichung einer Strafanzeige aufdrängen.<sup>4</sup>

Betroffene Finanzinstitute sind anhand eigener betriebsinterner Untersuchungen in der Regel in der Lage, sich ein solides Bild über die internen Vorgänge und den Tathergang zu machen. Daraus lassen sich erste Rückschlüsse über die aufgewendete Sorgfalt und ihre zivilrechtlichen Haftungsrisiken ziehen. Für betroffene Kunden hingegen bleiben die bankinternen Vorgänge und Abläufe typischerweise blinde Flecken.

Die Abklärungen der Strafuntersuchungsbehörde tragen dazu bei, den Sachverhalt aufzuklären und Licht ins Dunkel zu bringen. Über die Straftaten gelangen betroffene Kunden möglicherweise an Fakten und gewinnen damit Erkenntnisse, welche die Bank ohne den Druck der Strafuntersuchung gar nicht oder erst im zivilprozessualen Beweisverfahren offengelegt hätte.

In der Regel wissen auch die Finanzinstitute wenig über das Verhältnis zwischen Vollmachtgeber und Bevollmächtigten. Daher können sie ebenfalls ein erhebliches Interesse an der externen Durchleuchtung des Sachverhalts und an einer aktiven Teilnahme am Verfahren haben. Ihr diesbezüglicher Fokus richtet sich beispielsweise auf die Umstände und die Beweggründe der Vollmachterteilung sowie die Frage, auf welche Weise der Vollmachtgeber den Bevollmächtigten überwachte.

Damit Banken und Kunden im Hinblick auf eine anstehende zivilprozessuale Auseinandersetzung vertieftes Wissen zum Sachverhalt erlangen, sind sie auf die strafprozessuale Akteneinsicht angewiesen. Die in der Strafuntersuchung gewonnenen Erkenntnisse ermöglichen ihnen, zivilprozessuale Risiken vertieft einzuschätzen. Somit haben sowohl geschädigte Vollmachtgeber wie betroffene Banken situativ gute Gründe, eine Strafanzeige zu erstatten.<sup>5</sup>

Allein der Umstand, dass sie Anzeige erstatteten, gibt den Anzeigerstattern jedoch kein Recht auf Akteneinsicht. Damit stellt sich die Frage, an welche Kriterien das Recht auf Akteneinsicht anknüpft. Es liegt auf der Hand, dass Geschädigte einen Anspruch auf strafprozessuale Akteneinsicht haben. Die Strafprozessordnung knüpft denn auch diverse Verfahrensrechte am Begriff «geschädigte Person» (Art. 105 StPO) an. Von Fall zu Fall erweist es sich allerdings als schwierig, den Kreis der geschädigten Personen – und damit deren Verfahrensrechte – zu definieren.

Der vorliegende Beitrag setzt sich zur Aufgabe, die Interessenlage und Verfahrensstellung von Banken und betroffenen Kunden in Strafuntersuchungen bei deliktischem Vollmachtmissbrauch zu analysieren und deren Rollen zu klären.

## II. Kontovertrag und Vollmacht

### A. Kontovertrag – Auftragsverhältnis

Das Obligationenrecht regelt die Bank-Kundenbeziehung nicht als eigenständigen Vertragstypus.<sup>6</sup> Die Vereinbarung zwischen Bank und Kunden über die Führung eines Kontos wird typischerweise als Kontovertrag bezeichnet; die Vereinbarung, wonach über das Konto gegen Entgelt der laufende Zahlungsverkehr abgewickelt werden soll, wird Girovertrag genannt.<sup>7</sup> Im Wesentlichen unterliegt die Vereinbarung den Bestimmungen des einfachen Auftragsrechts.<sup>8</sup> Als Beauftragte hat die Bank den vom Kunden er-

<sup>3</sup> Der öffentliche Auftritt von Unternehmen hat in den letzten Jahrzehnten enorm an Bedeutung gewonnen. Zum öffentlichen Auftritt gehört auch der Umgang mit Unregelmässigkeiten im Umfeld des Unternehmens. Siehe <<https://de.wikipedia.org/wiki/%C3%96ffentlichkeitsarbeit>>. «Es ist eine Zunahme der Aktivitäten auf dem Bereich der Krisenkommunikation (Ausbau von Pressestellen um entsprechend qualifizierte Mitarbeiter, Medientraining für Manager und Sprecher und Beauftragung von spezialisierten Beratungsagenturen) festzustellen.» <<https://de.wikipedia.org/wiki/Krisenkommunikation>>.

<sup>4</sup> Die Strafanzeige erfolgt allenfalls in Kombination mit der Meldepflicht gemäss Art. 29 Abs. 2 FINMAG, wonach Banken der FINMA unverzüglich Vorkommnisse melden müssen, die für die Aufsicht von wesentlicher Bedeutung sind. Siehe BSK FINMAG-Truffer, Art. 29 N 32 ff., insbes. N 43.

<sup>5</sup> Zu den Vorteilen der Teilnahme an der Strafuntersuchung, siehe Claudia M. Fritsche/Nadine Studer, Arbeitsprodukte interner Untersuchungen, AJP 2018 180, mit weiteren Verweisen.

<sup>6</sup> BK-Fellmann, Art. 398 OR N 429.

<sup>7</sup> Zu den Begriffen: Abegg/Geissbühler/Häfeli/Huggenberger, Schweizerisches Bankenrecht, Zürich 2012, 103 ff.; siehe auch: Gauch/Schluyp/Schmid/Emmenegger, Schweizerisches Obligationenrecht, AT II, 10. A., N 2313.

<sup>8</sup> Art. 394 ff. OR.

teilten Auftrag getreu und sorgfältig auszuführen.<sup>9</sup> Das Mass der Sorgfalt richtet sich nach branchenüblichen Standards.

## B. Form der Bankvollmacht

Zahlreiche Bankkunden erteilen Dritten Vollmacht über ihre Bankkonten. Die Gründe dafür sind vielfältig. Vollmachten bezwecken etwa, Dritten zu ermöglichen, anstelle des Vollmachtgebers Bankgeschäfte abzuschliessen, falls dieser selbst verhindert sein sollte oder entlastet werden will. Oder der Bevollmächtigte soll aufgrund seiner Spezialkenntnisse anstelle des Vollmachtgebers Bankgeschäfte abschliessen.

Mit der Bevollmächtigung wird der Bevollmächtigte zum direkten Stellvertreter des Vollmachtgebers. Durch die vom Bevollmächtigten abgeschlossenen Rechtsgeschäfte wird nicht der Bevollmächtigte, sondern direkt der Bankkunde verpflichtet.<sup>10</sup> Die Einräumung der Vollmacht (Bevollmächtigung) zugunsten des Dritten ist ein einseitiges, empfangsbedürftiges, vom Grundgeschäft losgelöstes Rechtsgeschäft des Bankkunden.<sup>11</sup> Der Vollmachtgeber bringt damit zum Ausdruck, die Rechtshandlungen des Bevollmächtigten als seine eigenen gelten lassen zu wollen.<sup>12</sup>

Obwohl Vollmachten keinen Formvorschriften unterliegen, lassen Banken aus Beweisgründen ausschliesslich schriftliche Vollmachten gelten. Die Banken verwenden dazu in aller Regel von ihnen entworfene Formulare. Der Inhalt der Vollmacht wird dadurch standardisiert. Das Formular wird sowohl vom Vollmachtgeber als auch vom Bevollmächtigten unterzeichnet und beim Finanzinstitut als Teil der Kontoeröffnungsunterlagen hinterlegt. Da die Bevollmächtigung ein einseitiges Rechtsgeschäft ist, würde sich die Unterzeichnung durch den Bevollmächtigten erübrigen, sie ist aber ebenfalls Standard. Auch die Gegenzeichnung der Vollmacht dient Beweis Zwecken.

Vollmachten lassen sich nach verschiedenen Kriterien gegeneinander abgrenzen. Im Bankgeschäft bilden einerseits deren Ausgestaltung und Umfang und andererseits die Art der Bekanntgabe die typischen Unterscheidungsmerkmale.

Vollmachten lassen sich als Verfügungs- oder als Verwaltungsvollmachten ausgestalten. Verfügungsvoll-

mächtige sind berechtigt, Verfügungen – wie Zahlungen – auszuführen, Verwaltungsvollmächtigte hingegen dürfen lediglich (Konto-/Depot)-Verwaltungshandlungen vornehmen. Die Ermächtigung von Verwaltungsvollmächtigten beschränkt sich darauf, die im Depot eingebuchten Wertschriften zu handeln und weitere Anlagegeschäfte zu tätigen. Hingegen erlaubt die Verwaltungsvollmacht im Gegensatz zur Verfügungsvollmacht keine Rückzüge, Überweisungen, Verpfändungen oder Kreditgeschäfte.<sup>13</sup>

Der Vollmachtgeber kann die Bevollmächtigung intern oder extern bekannt geben. Externe Bekanntgabe versteht sich als Bekanntgabe der Bevollmächtigung durch den Vollmachtgeber gegenüber der Bank. Interne Vollmacht hingegen meint die durch den Bevollmächtigten (und nicht durch den Vollmachtgeber) gegen aussen bekannt gegebene Vollmacht respektive eine solche, die erst zwischen Vollmachtgeber und Bevollmächtigtem kommuniziert ist. Zum Zwecke der Eindämmung des Risikos von Missbräuchen werden von Banken ausschliesslich externe und keine internen Vollmachten akzeptiert.

Wenn immer möglich stellen somit Banken ausschliesslich auf den ihnen vom Kunden direkt im Aussenverhältnis (extern) bekannt gegebenen Inhalt der Vollmacht ab. Mit allfälligen Vereinbarungen zwischen Kunde und Bevollmächtigtem im Innenverhältnis wollen Banken sich nicht befassen müssen. Allerdings geht dieser Wunsch nicht durchwegs in Erfüllung. Beim Vollmachtsmissbrauch kommt das Innenverhältnis ins Spiel.

## C. Vollmachtsmissbrauch

Das Innenverhältnis zwischen Kunden und Bevollmächtigtem wird für die Bank dann zum unangenehmen Thema, wenn sie weiss oder hätte wissen müssen, dass eine vom Bevollmächtigten vorgenommene Disposition im Aussenverhältnis zwar formal vom Inhalt der Vollmacht gedeckt ist, aber dem Willen des Vollmachtgebers widerspricht und der Bevollmächtigte damit die Vollmacht missbrauchte.<sup>14</sup>

Von Banken verwendete Verfügungsvollmachten lassen in der Regel auch das Selbstkontrahieren der Bevollmächtigten zu. Verfügungsvollmachten gewähren den Bevollmächtigten einen viel grösseren Handlungsspielraum als Verwaltungsvollmachten. Der Missbrauch von Vollmachten basiert daher in der Regel auf Verfügungsvollmachten,

<sup>9</sup> Art. 398 Abs. 2 OR.

<sup>10</sup> Art. 32 OR; siehe *Abegg/Geissbühler/Häfeli/Huggenberger* (Fn. 7) 47.

<sup>11</sup> BSK OR I-Watter, Art. 33 N 8.

<sup>12</sup> *Abegg/Geissbühler/Häfeli/Huggenberger* (Fn. 7) 48.

<sup>13</sup> *Abegg/Geissbühler/Häfeli/Huggenberger* (Fn. 7) 52.

<sup>14</sup> *Abegg/Geissbühler/Häfeli/Huggenberger* (Fn. 7) 50 f.

weil Bevollmächtigte damit auch Überweisungen zu eigenen Gunsten vornehmen können. Missbraucht der Bevollmächtigte diese Konstellation und entsteht deswegen Schaden, steht der Vorwurf, die Bank hätte doch wissen müssen, dass der Bevollmächtigte die Vollmacht missbraucht, schnell im Raum.<sup>15</sup>

#### D. Risikoüberwälzungsklauseln in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen

##### 1. Umfang der Wegbedingung der Haftung

Überschreitet ein Bevollmächtigter die (interne) Vollmacht, stellt sich regelmässig die Frage, ob die Bank die Vollmachtüberschreitung nicht hätte erkennen müssen, ob sie sich überhaupt auf ordnungsgemässe Ausführung des Auftrags berufen kann und berechtigt war, das Konto des Kunden mit dem überwiesenen Betrag zu belasten. Die Banken sind bemüht, durch entsprechende Ausgestaltung ihrer Geschäftsbedingungen die Angriffsflächen für Vorwürfe mangelnder Sorgfalt klein zu halten. Mit bankvertraglichen Vereinbarungen sollen grundsätzlich die Missbrauchsrisiken auf die Kunden überwältzt werden.

Die praktischen Auswirkungen von Risikoüberwälzungsklauseln sind weitreichend. Es erstaunt daher nicht, dass sich Lehre und Rechtsprechung eingehend mit dieser Problematik auseinandersetzen.<sup>16</sup> Die (kritische) Haltung der Lehre und deren Wiederhall in der Rechtsprechung prägten im Laufe der Jahre den Wortlaut von Risikoüberwälzungsklauseln.

Je nach Ausgestaltung der Risikoabwälzungsklausel können deren Rechtsverbindlichkeit und Tragweite umstritten sein. Klar war stets, dass sich das Risiko nicht auf den Kunden abwälzen lässt, wenn die Bank ein grobes Verschulden trifft (Art. 100 Abs. 1 OR). Anders verhält es sich, wenn ihr nur leichtes oder gar kein Verschulden vorgeworfen werden kann. Im wegweisenden BGE 112 II 450 hatte das Bundesgericht allerdings vor dem Hintergrund von Art. 100 Abs. 2 OR<sup>17</sup> auch mit Bezug auf die Wegbedingung der Haftung für leichte Fahrlässigkeit Grenzen auf-

gezeigt. Gemäss Art. 100 Abs. 2 OR kann ein zum Voraus erklärter Verzicht auf Haftung für leichtes Verschulden vom Richter unter Umständen für nichtig erklärt werden. Die Risikoabwälzung spielt daher im Einzelfall nicht. Das Bundesgericht lehnte im fraglichen Entscheid die Risikoabwälzung ab, weil das von der Bank zu verantwortende Fehlverhalten von jeder anderen Bank unter gleichen Umständen hätte vermieden werden können und müssen.

Ein Blick in die Praxis zeigt, dass beispielsweise die AGB 2015 der UBS zu «6. Legitimationsprüfung» Folgendes ausführen: «[...] Erteilt [der Kunde] Zahlungsaufträge, so beachtet er alle Vorsichtsmassnahmen, welche das Risiko von Betrügereien verhindern. Codes hält er geheim. Schäden, die auf einer Verletzung dieser Sorgfaltspflichten beruhen, trägt der Kunde. UBS trifft angemessene Massnahmen, um Betrügereien zu erkennen und zu verhindern. Verletzt sie dabei die geschäftsübliche Sorgfalt, übernimmt sie den eingetretenen Schaden [...]»

Gemäss den AGB von 2015 verpflichtet sich UBS somit zur geschäftsüblichen Sorgfalt. Mit dem Wortlaut der AGB 2015 hat UBS gegenüber früheren Versionen ihrer AGB nicht nur Anpassungen an technische Neuerungen (Electronic Banking etc.) aufgenommen. Es wird auch der Interessenausgleich zwischen Bank und Kunden abweichend zu früheren Fassungen der AGB geregelt. In Ziffer 4 der AGB 2001 hiess es noch: «Den aus dem Nichterkennen von Legitimationsmängeln und Fälschungen entstehenden Schaden trägt der Kunde, sofern UBS kein grobes Verschulden trifft.» Gemäss dem Wortlaut der AGB 2001 sollte damit das Risiko eigener leichter Fahrlässigkeit nicht von der Bank, sondern vom Kunden getragen werden. Klauseln dieses Inhalts entsprachen zu Beginn der Tausenderjahre dem Industrie-Standard. Sie sind aber durchaus auch heute noch anzutreffen.<sup>18</sup>

M.E. lässt sich jedoch auch ohne detaillierte Feldforschung feststellen, dass Banken gemäss ihren AGB heute an die eigene Sorgfalt höhere Anforderungen stellen als noch vor einem Jahrzehnt. Die in der Lehre gegen den mangelhaften Interessenausgleich erhobene Kritik, verbunden mit der Entwicklung der Rechtsprechung, hat ihre Spuren in den Ausformulierungen der AGB hinterlassen.

<sup>15</sup> Siehe zur Rechtsprechung vorne Fn. 2. Siehe auch Björn Bernhard, Bankvollmacht und Sorgfaltspflicht der Bank, Private 5 (2007).

<sup>16</sup> Eine Auswahl: Eugen Bucher, Wer haftet wem? Zum Problem der Tragung des Risikos betrügerisch veranlasster Bankvergütungen, recht 1984 97 ff.; ders., Wie lange noch Belastung des Kunden mit den Fälschungsrisiken im Bankenverkehr?, recht 1997 41 ff.; Peter Gauch, Die Vertragshaftung der Banken und ihre AVB, recht 2006 77 ff.

<sup>17</sup> «Auch ein zum Voraus erklärter Verzicht auf Haftung für leichtes Verschulden kann nach Ermessen des Richters als nichtig betrachtet

werden, [...] wenn die Verantwortlichkeit aus dem Betrieb eines obrigkeitlich konzessionierten Gewerbes folgt.»

<sup>18</sup> Als Beispiel die AGB einer namhaften Schweizer Auslandbank: «Ausser in Fällen von grober Fahrlässigkeit der Bank trägt der Kunde den Schaden, der sich aus Legitimationsmängeln aufgrund von Fälschung, Handlungsunfähigkeit und anderen Ursachen ergibt.»

## 2. Vertragliche Sorgfaltspflichten des Bankkunden im Umgang mit seinen Unterlagen und Daten

Die oben beschriebene, zunehmend als unausgewogen wahrgenommene Rollenverteilung und Interessenlage zwischen Banken und Kunden hatten wesentlich zur geschilderten Genese der AGB beigetragen. Die Wirksamkeit und Tragweite der für Banken über Jahrzehnte gut funktionierenden Risikoabwägungsklauseln wurde aber auch durch weitere, sich aus der Prozessführung und Rechtsprechung ergebende Entwicklungen tangiert.

Bankkunden, die von Bevollmächtigten in Auftrag gegebene Überweisungsaufträge nicht gegen sich gelten lassen wollen, fordern von der Bank in der Regel den Kontosaldo, wie wenn die bestrittene Zahlung nicht stattgefunden hätte. Begünstigt durch die entsprechende Rechtsprechung des Bundesgerichts machen sie demnach einen Erfüllungsanspruch und nicht etwa einen Schadenersatzanspruch geltend.<sup>19</sup>

Die Qualifikation der Forderung des Bankkunden als Erfüllungsanspruch hat Auswirkungen auf die Einwendungen der Banken gegenüber den Kunden. Die Banken können dem Erfüllungsanspruch gegebenenfalls eigene vertragliche (Art. 97 Abs. 1 OR) oder ausservertragliche (Art. 41 OR) Schadenersatzansprüche entgegengehalten. Hingegen lässt sich dem Erfüllungsanspruch nicht das Vorliegen von Herabsetzungsgründen gemäss Art. 44 OR entgegengehalten. Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts findet nämlich Art. 44 Abs. 1 OR auf Erfüllungsansprüche keine Anwendung, «denn diese Norm regelt lediglich die Herabsetzung ausservertraglicher und – in Verbindung mit Art. 99 Abs. 3 OR – vertraglicher Schadenersatzansprüche, bildet jedoch keine gesetzliche Grundlage zur Reduktion vertraglicher Erfüllungsansprüche (BGE 131 III 511 E. 5 S. 528)».<sup>20</sup>

Dem Bankkunden, der im Umgang mit «seinem» Bevollmächtigten zu lasch und in der Überwachung zu nachlässig war, lässt sich demnach nicht unter Berufung auf Art. 44 Abs. 1 OR einfach dessen eigene Unsorgfalt entgegengehalten.<sup>21</sup> Vielmehr muss sich die Bank auf vertragliche oder eigene ausservertragliche Ansprüche abstützen können. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Gehalt von Erfüllungsansprüchen erklärt wiederum, weshalb die

Banken in den letzten Jahren in den AGB explizit vertragliche Sorgfaltspflichten der Kunden stipulierten.<sup>22</sup> Früher hatten AGB kaum je Sorgfaltspflichten der Bankkunden erwähnt. Neu werden den Kunden die vertraglichen Pflichten auferlegt, durch sorgfältige Handhabung ihrer Unterlagen (PIN, Passwörter, aber auch Blankounterschriften etc.) Missbräuche zu verhindern.

Die rechtliche Qualifikation der Ansprüche der Kunden auf Wiederherstellung des Zustands vor der missbräuchlichen Transaktion als Erfüllungsanspruch hat der Tragweite von Risikoabwägungsklauseln Grenzen gesetzt. Indem in den AGB explizit vertragliche Sorgfaltspflichten der Kunden stipuliert werden, wird diese Grenze wieder in Richtung Kunde verschoben.

## 3. (Vorläufige) Allokation des Schadens – die Macht des Faktischen

Bei der Aufarbeitung von Delikten ist vielfach nicht auf Anhieb klar, wie es zum Vollmachtsmissbrauch kam und wer gegebenenfalls welche Sorgfalt verletzte. Die aufgrund missbrauchter Vollmacht ausgelöste Zahlung bleibt daher in der Regel zunächst dem Konto des Kunden belastet. Nur wo Banken sofort eigene krasse Unsorgfalt oder gar kriminelle Machenschaften eigener Mitarbeiter<sup>23</sup> orten und vorbehaltlos zum eigenen Versagen stehen, wird der fehlerhaft überwiesene Betrag dem Konto des Kunden ohne Weiteres wieder gutgeschrieben und der entstandene Schaden von Beginn an von der Bank geschultert. Wo hingegen Unsicherheiten über die Abläufe und Rollenverteilung herrschen, wird es die Bank zumindest vorerst bei der Kontobelastung belassen.

In der Realität legitimieren Risikoabwägungsklauseln die Banken dazu, Risiken allenfalls ungenügender Legitimationsprüfung bis zur endgültigen Klärung von Sorgfalt und Verantwortung dem Konto des Kunden zu belasten und den eigentlich im Vermögen der Bank eingetretenen Schaden (dazu nachfolgend Littera E) zumindest vorläufig vom Kunden ersetzt zu erhalten.

<sup>19</sup> BGE 132 III 449 E. 2.

<sup>20</sup> BGer 4A\_258/2012, 8.4.2013, E. 7.1.

<sup>21</sup> Siehe zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung betreffend Erfüllungsanspruch: Marco Niedermann, Keine Reduktion des Erfüllungsanspruchs, SZW 2013 301 ff.

<sup>22</sup> Beispielsweise: Raiffeisen, AGB 2016, Ziffer «5. Sorgfaltspflichten Kunde und Bank»: «Der Kunde beachtet im Rahmen der Geschäftsbeziehung, insbesondere bei der Erteilung von Aufträgen alle Vorsichtsmassnahmen, welche das Risiko von Betrugshandlungen vermindern. Er hält sämtliche Unterlagen und darin enthaltene Informationen sowie Legitimationsinstrumente (Passwörter, PIN-Codes etc.) geheim, um Missbräuche zu verhindern. Verletzt der Kunde diese Sorgfaltspflichten, trägt er den daraus entstehenden Schaden selbst.»

<sup>23</sup> Siehe BSK StPO-Mazzuchelli/Postizzi, Art. 115 N 22.

### E. Kontoguthaben, Zahlungsauftrag und Überweisung

Das Kontoguthaben eines Bankkunden ist als Eigentum der Bank zu betrachten, der Kunde ist Gläubiger der Bank. Die Bank als Kontoschuldnerin ist somit Eigentümerin des vom Kunden bei ihr einbezahlten respektive überwiesenen Geldes.<sup>24</sup> Entsprechend trägt sie Nutzen und Gefahr daran.<sup>25</sup>

Nimmt die Bank vom Kundenkonto eine Überweisung eines bestimmten Geldbetrages an einen Dritten vor, so transferiert sie somit ihr eigenes Geld.<sup>26</sup> Die Eigentumsverhältnisse sind von Bedeutung, wo ein kriminell handelnder Bevollmächtigter die ihm vom Kunden eingeräumte Vollmacht überschreitet. In diesem Fall wird gemäss der Rechtsprechung die Bank *«grundsätzlich von ihrer Leistungspflicht nicht befreit, und der Kontoinhaber kann auf der richtigen Erfüllung des Kontosaldo beharren»*.<sup>27</sup>

Die Lehre befindet sich auf derselben Linie wie die Rechtsprechung. Die Tatsache, dass die Bank das Konto des Kunden belastet, ändert nichts daran, dass die Bank aus eigenem Vermögen für Rechnung des Kunden handelt. *«Das Konto ist eine rein rechnerische Grösse vorerst ohne selbständige rechtliche Bedeutung; [...] dies gilt gleichermaßen für den Normalfall der auftragsgemässen Vergütungen seitens der Bank wie auch für den Ausnahmefall der (durch Betrug oder Zufall veranlassten) Fehlvergütung; Direktbetroffene ist immer zuerst die Bank.»*<sup>28</sup>

Die Auffassung, wonach Banken im Kundenauftrag ausgeführte Zahlungen aus dem Bankvermögen (und nicht aus dem Kundenvermögen) ausführen, ist etabliert. Führt daher eine Bank eine auf einen Vollmachtsmissbrauch beruhende Zahlung aus, reduziert sich dadurch ihr eigenes und nicht das Vermögen des Kunden. Bei ordnungsgemässer Ausführung des Zahlungsauftrags steht der Bank hingegen selbstverständlich das Recht zu, den an den Dritten überwiesenen Betrag dem Konto des Kunden zu belasten. Durch die Belastung des Kontos wird die Rechnung zwischen Bank und Kunden wieder ausgeglichen.<sup>29</sup>

### F. Zwischenergebnis

Führen Banken Zahlungsaufträge ihrer Kunden aus, erfolgt die Zahlung aus dem Vermögen der Bank. Die Banken decken jedoch ihren Ersatzanspruch gegenüber dem Kunden aus der Ausführung des Auftrags sogleich durch Belastung seines Kontos. Geht die Überweisung auf einen Vollmachtsmissbrauch zurück und lässt sich der Schaden nicht beim fehlbaren Bevollmächtigten liquidieren, ist vorläufig unklar, an wem der verursachte Schaden endgültig hängen bleiben wird, ob am Kunden, der Bank oder an beiden. Letztgenanntes ist insbesondere der Fall, wenn der Zivilprozess nicht vollständig zugunsten einer Partei ausgeht<sup>30</sup> oder Bank und Kunde einen Kompromiss aushandeln.

Aufgrund der Risikoüberwälzungsklauseln in den AGB, mit welchen die Legitimationsrisiken bei den Kunden alloziert werden, halten die Banken in faktischer Hinsicht bis zum Vorliegen eines Urteils das bessere Ende in Händen. Der Vermögensverlust wird vorerst auf dem Kontoauszug des Kunden reflektiert. Der Kontoauszug kann sich aber als nicht nachhaltige Momentaufnahme entpuppen, mit einer Umkehr der Gegebenheiten im Zivilprozess. Die Belastung des Kontos ist dann wieder rückgängig zu machen, wenn sich (prozessual) herausstellt, dass die Bank den Zahlungsauftrag nicht richtig erfüllte.

Im Folgenden wird untersucht, wie sich die geschilderte zivilrechtliche Situation auf die Stellung von Banken und Bankkunden in der Strafuntersuchung auswirkt.

## III. Recht auf Akteneinsicht im Strafverfahren

### A. Grundsatz des rechtlichen Gehörs

Nach allgemeinem Verständnis ist das Recht auf Akteneinsicht im Strafverfahren ein Ausfluss aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör. Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist in Art. 3 Abs. 2 lit. c StPO und 107 Abs. 1 lit. a StPO verankert. Dem Grundsatz nach gilt die Akteneinsicht als wesentliche Voraussetzung für eine wirkungsvolle Ausübung von Parteirechten.<sup>31</sup>

Gemäss Art. 101 Abs. 1 StPO haben die Parteien unter Vorbehalt von Art. 108 StPO spätestens nach der ersten Einvernahme der beschuldigten Person und der Erhebung der übrigen wichtigsten Beweise durch die Staatsanwaltschaft das Recht, die Akten des Strafverfahrens einzuse-

<sup>24</sup> BGer 4A\_438/2007, 29.1.2008, E. 5.1: *«L'argent figurant sur un compte bancaire ouvert au nom d'un client est la propriété de la banque, envers laquelle le client n'a qu'une créance. En versant ou virant de l'argent depuis ce compte à un tiers, la banque transfère son propre argent.»*

<sup>25</sup> Lukas Bubb, Wenn der Bankkunde zum Risiko wird: Können Phishing-Attacken versichert werden? HAVE 2016 190, mit weiteren Verweisen.

<sup>26</sup> BGer 4A\_438/2007, 29.1.2008, E. 5.1.

<sup>27</sup> BGer 4A\_536/2008, 10.2.2009, E. 5.2.

<sup>28</sup> Bucher (Fn. 16) 98.

<sup>29</sup> Siehe die Erläuterungen bei Gauch/Schluelp/Schmid/Emmenegger, (Fn. 7) N 2313.

<sup>30</sup> Als Beispiel: ZR 1998 213 ff.

<sup>31</sup> Vgl. Niklaus Schmid, Schweizerische Strafprozessordnung, 2. A., Zürich/St. Gallen 2013, Art. 101 N 1.

hen.<sup>32</sup> Der Entscheid über die Akteneinsicht liegt bei der Verfahrensleitung.<sup>33</sup>

#### B. Parteien, andere Verfahrensbeteiligte und Dritte

Die Strafprozessordnung verwendet für die am Verfahren beteiligten Personen die Begriffe «Parteien» (Art. 104 StPO) und «andere Verfahrensbeteiligte» (Art. 105 StPO). Dritte im Sinne von Art. 101 Abs. 3 StPO gelten nicht als am Verfahren Beteiligte.

Der Begriff «Parteien» umfasst nach Art. 104 Abs. 1 StPO die beschuldigte Person, die Privatklägerschaft sowie im Haupt- und im Rechtsmittelverfahren die Staatsanwaltschaft. Als «Privatklägerschaft» wird die geschädigte Person, die sich ausdrücklich als Privatklägerin im Strafverfahren konstituiert, bezeichnet.<sup>34</sup>

Unter «andere Verfahrensbeteiligte» subsumiert das Gesetz die geschädigte Person,<sup>35</sup> die Person, die Anzeige erstattet, die Zeugen, die Auskunftsperson, die Sachverständigen sowie durch Verfahrenshandlungen beschwerte Dritte.<sup>36</sup>

Sind andere Verfahrensbeteiligte in ihren Rechten unmittelbar betroffen, so stehen ihnen gestützt auf Art. 105 Abs. 2 StPO «die zur Wahrung ihrer Interessen erforderlichen Verfahrensrechte einer Partei zu». Gegebenenfalls haben daher andere Verfahrensbeteiligte gleich wie die Parteien Anspruch auf Akteneinsicht.<sup>37</sup> Dies ist dann der Fall, wenn sie durch behördliche Verfahrenshandlungen betroffen sind und die Akteneinsicht zur Wahrung ihrer Interessen als notwendig erscheint.<sup>38</sup> Die Betroffenheit ist

glaubhaft darzulegen.<sup>39</sup> Dabei ist ausreichend, dass einigermassen plausibel und nachvollziehbar Tatsachen geschildert werden, die die betreffende Person in ihren Rechten unmittelbar betroffen erscheinen lassen.<sup>40</sup> Unmittelbare Betroffenheit im genannten Sinn vorausgesetzt, geniessen andere Verfahrensbeteiligte gemäss Art. 105 Abs. 2 StPO die gleichen Rechte wie die Parteien.<sup>41</sup>

#### C. Geschädigte Personen im Besonderen

Das Bundesgericht verweist hinsichtlich des Begriffs des Geschädigten i.S.v. Art. 105 Abs. 1 lit. a StPO auf Art. 115 StPO.<sup>42</sup> Als geschädigte Person gemäss Art. 115 StPO gilt, wer durch die Straftat in seinen Rechten *unmittelbar verletzt* worden ist.

Die von Art. 115 StPO verlangte unmittelbare Verletzung darf nicht mit dem zivilrechtlichen Schadensbegriff verwechselt werden. Ob ein Schaden im zivilrechtlichen Sinn vorliegt, ist grundsätzlich irrelevant. Massgebend ist die Trägerschaft des angegriffenen, strafrechtlich geschützten Rechtsguts. «Das Merkmal der Unmittelbarkeit gem. Art. 115 Abs. 1 bezieht sich auf die Rechtsverletzung, nicht auf den Schaden.»<sup>43</sup> Die Trägerschaft des Rechtsguts ergibt sich aus der Auslegung der materiellen Strafbestimmung.<sup>44</sup>

Das Strafrecht unterscheidet zwischen Strafnormen, die Individualrechtsgüter und solchen, die die Interessen der Allgemeinheit schützen. Grundsätzlich gelten nur diejenigen Personen als unmittelbar verletzt, die durch die Erfüllung des Tatbestands einer primär dem Schutze von Individuen dienenden Strafnorm beeinträchtigt wurden.<sup>45</sup> Gewisse, die Allgemeinheit schützende Strafnormen sehen allerdings den nachrangigen Schutz eines Individualrechtsgutes vor. Gelangen Strafbestimmungen mit einem nachrangigen Individualschutz zur Anwendung, können dennoch Individualpersonen als Geschädigte im Sinne von

<sup>32</sup> Vgl. Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005, 1162. Den Parteien kommt im Strafverfahren das Akteneinsichtsrecht kraft ihrer Parteistellung zu; siehe BSK StPO-Schmutz, Art. 101 N 5.

<sup>33</sup> Art. 102 Abs. 1.

<sup>34</sup> Schmid (Fn. 31) Art. 104 N 4. Grundsätzlich kann die Gewährung der Akteneinsicht auch in Fällen erforderlich sein, in denen Informationen zur Beurteilung der Frage, ob man sich als Privatklägerschaft konstituieren soll, erlangt werden müssen. Erforderlich ist dazu die Glaubhaftmachung eines direkten Konnexes zwischen der behaupteten Anlasstat und der Geschädigtenstellung. Ist diese Voraussetzung erfüllt, ist der betroffenen Person Akteneinsicht zu gewähren. BGER 1B\_581/2012, 27.11.2012, E. 2.4 f.

<sup>35</sup> Dazu nachfolgend Littera C.

<sup>36</sup> Art. 105 Abs. 1 lit. b StPO.

<sup>37</sup> Vgl. BSK StPO-Küfer, Art. 105 N 31.

<sup>38</sup> Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005, BBl 2006 1085, 1163.11; Jean-Pierre Greter, Die Akteneinsicht im Schweizerischen Strafverfahren, ZStV 2012 Nr. 172, 101 f.

<sup>39</sup> BSK StPO-Schmutz, Art. 101 N 12.

<sup>40</sup> Peter Goldschmid/Peter Maurer/Jürg Sollberger, Kommentierte Textausgabe zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Bern 2008, 83.

<sup>41</sup> Vgl. BSK StPO-Küfer, Art. 105 N 31. Der Entscheid, ob andere Verfahrensbeteiligte in ihren Rechten unmittelbar betroffen sind, liegt bei der Staatsanwaltschaft bzw. dem Gericht; siehe BSK StPO-Schmutz, Art. 101 N 12.

<sup>42</sup> Vgl. BGER 1B\_581/2012, 27.11.2012, E. 2.3.

<sup>43</sup> BSK StPO-Mazzuchelli/Postizzi, Art. 115 N 22; siehe auch N 42.

<sup>44</sup> BSK StPO-Mazzuchelli/Postizzi, Art. 115 N 45.

<sup>45</sup> Greter (Fn. 38) 101 f. BGE 129 IV 95 E. 3.1; BGE 128 I 218 E. 1.5; BGE 117 Ia 135 E. 2a, mit weiteren Verweisen.

Art. 115 StPO gelten.<sup>46</sup> Vorausgesetzt ist, dass sie durch die Straftat tatsächlich in ihren Rechten beeinträchtigt wurden und diese Verletzung unmittelbare Folge der tatbestandsmässigen Handlung ist.<sup>47</sup> Ausschlaggebend ist die Schutzrichtung der einschlägigen Strafnorm.<sup>48</sup>

Der deliktische Vollmachtsmissbrauch zum eigenen finanziellen Vorteil wird in der Regel als Veruntreuung oder als Betrugshandlung zu qualifizieren sein, dies allenfalls gepaart mit Urkundendelikten und auch mit Geldwäscherei.<sup>49</sup> Strafnormen, die das Vermögen schützen, bezwecken den Schutz von Individualrechtsgütern bzw. des Vermögens.<sup>50</sup>

Bei reinen Vermögensschäden gelten jene Person als unmittelbar verletzt, die im Schutzbereich der verletzten Strafnorm stehen und Träger des geschützten Vermögensrechts sind. Zivilrechtlich (haftpflichtrechtlich) Direktgeschädigte gelten damit in aller Regel als geschädigte Personen im Sinne von Art. 115 StPO.<sup>51</sup>

Wie vorne dargelegt, ist bei Eintritt des Schadens infolge deliktischem Vollmachtsmissbrauch nicht von Anfang an klar, wer nachmals den Schaden wird tragen müssen.<sup>52</sup> Anhand der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist gleichzeitig erstellt, dass eine durch Vollmachtsmissbrauch deliktisch veranlasste Überweisung zu einem direkten Schaden im Eigentum der betroffenen Bank führt und einen unzulässigen Eingriff in das Vermögen bzw. das Eigentum der Bank darstellt.<sup>53</sup> Diese zivilrechtliche Konstellation steht unter Umständen in Konflikt mit der strafrechtlichen Qualifikation der unmittelbar verletzten Person im Sinne von Art. 115 StPO. Zum einen besteht eine geringe terminologische Differenz zwischen den Begriffen «Geschädigter» und «unmittelbar verletzte Person». Zudem knüpfen Straf- und Zivilrecht den Begriff des Geschädigten nicht kongruent an. Im Zivilrecht versteht man unter dem Ge-

schädigten jene Person, die eine Vermögenseinbusse erlitten hat.<sup>54</sup> Im Strafrecht wird zwar beim geschützten Rechtsgut von einem wirtschaftlich-juristischen Vermögensbegriff ausgegangen,<sup>55</sup> wobei hier als Geschädigter der Träger des Rechtsguts gilt, den das Delikt schützt. Zivilrechtlich Geschädigte und Träger des geschützten Rechtsguts sind somit nicht zwingend identisch.

Schwierigkeiten aufgrund der unterschiedlichen Definition respektive abweichenden Anknüpfung können sich namentlich beim Tatbestand der Veruntreuung ergeben. Träger des Rechtsguts ist der Treugeber, der sein Vermögen einem Dritten anvertraut. Anvertraut ist, was jemand mit der Verpflichtung empfängt, es in bestimmter Weise im Interesse des Treugebers zu verwenden, insbesondere es zu verwahren, zu verwalten oder einem anderen abzuliefern.<sup>56</sup> Gemäss dem Bundesgericht gilt ein Bankkonto, über das der Täter kraft einer Vollmacht verfügen kann, als dem Bevollmächtigten anvertraut, auch wenn der Kontoinhaber selbst noch über das Konto verfügen kann.<sup>57</sup> Gleichzeitig gelten die auf dem Konto/Depot liegenden Guthaben und Wertschriften als der Bank anvertraut. Auch wenn Banken bei Vollmachtsmissbrauch durch den Bevollmächtigten zivilrechtlich als geschädigt zu betrachten sind, gelten sie nicht zwingend als unmittelbar Geschädigte einer Veruntreuung. Aus strafrechtlicher Betrachtung hat nicht die Bank, sondern der Treugeber dem Bevollmächtigten die Vermögenswerte anvertraut. Bei dieser deliktisfokussierten Betrachtung wäre daher die Bank nicht als Trägerin des Rechtsguts anzusehen, dies obwohl der zivilrechtliche Schaden zunächst bei ihr (und nicht beim Treugeber) eingetreten ist.<sup>58</sup>

Beim Betrug hingegen, dessen Tatbestandsverwirklichung direkt das Vermögen im Auge hat, gilt als Geschädigter der Inhaber – also der Eigentümer – des geschädigten Vermögens,<sup>59</sup> also die Bank. Sie kann denn auch durch den Missbrauch der Vollmacht in gleicher Weise wie der Vollmachtgeber getäuscht worden sein.

<sup>46</sup> BSK StPO-Mazzuchelli/Postizzi, Art. 115 N 20.

<sup>47</sup> Vgl. BGE 129 IV 95 E. 3.1; BGE 117 Ia 135 E. 2a; Felix Bommer, Privatklägerische Rechte im Strafpunkt – ein Überblick, recht 2015 185.

<sup>48</sup> Vgl. Felix Bommer, Privatklägerische Rechte im Strafpunkt – ein Überblick, recht 2015 186.

<sup>49</sup> Der Geldwäschereitatbestand schützt das Funktionieren der Strafrechtspflege und nicht das individuelle Vermögen, siehe BSK StGB-Delnon/Rüdy, Art. 305<sup>bis</sup> N 5.

<sup>50</sup> Vgl. BGE 117 IV 137 f.

<sup>51</sup> BSK StPO-Mazzuchelli/Postizzi, Art. 115 N 43.

<sup>52</sup> BSK StPO-Mazzuchelli/Postizzi, Art. 115 N 57.

<sup>53</sup> Siehe vorne II.E und dortige Hinweise, insbesondere BGer 4A\_438/2007, 29.1.2008 E. 5.1; sodann BGer 6B\_199/2011, 10.4.2012, E. 5.3.5.2 mit Verweis auf BGE 132 III 449, E. 2 und 3; BGer 4A\_398/2009, 23.2.2010, E. 5.1.1; Bucher (Fn. 28) 98.

<sup>54</sup> Claire Huguenin, Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. A., Zürich 2014, N 111 ff.; Guhl/Koller, § 10 N 18 f.

<sup>55</sup> Andreas Donatsch, Strafrecht III, Delikte gegen den Einzelnen, Zürich, 10. A., 96.

<sup>56</sup> BGer 6B\_199/2011, 10.4.2012, E 5.3.3; BGE 120 IV 117.

<sup>57</sup> BGer 6B\_199/2011, 10.4.2012, E 5.3.3.

<sup>58</sup> Siehe auch Donatsch (Fn. 55) 148. Die Schwierigkeit liesse sich allenfalls überwinden, indem nicht am Anvertrautsein angeknüpft, sondern von einem «Forderungsdiebstahl» ausgegangen würde. Dessen Opfer wäre die Bank.

<sup>59</sup> BSK StPO-Mazzuchelli/Postizzi, Art. 115 N 56.

Leistet die Bank wegen eines deliktischen Vollmachtsmissbrauchs an Unberechtigte, ist als geschütztes Rechtsgut ihr Vermögen tangiert, namentlich soweit die Transaktion ohne sofort feststellbaren und definitiven Einfluss auf das Schuldverhältnis zwischen Kunde und Bank ist.<sup>60</sup> Eine Vermögensbeeinträchtigung der Bank ist immer dann gegeben, wenn die Risikoüberwälzungsklausel nicht spielt. Ob die Risikoüberwälzung zum Tragen kommt, wird in aller Regel erst nach der Strafuntersuchung im anschliessenden Zivilverfahren entschieden. Bis zu diesem Entscheid ist vom vorläufigen zivilrechtlichen Fakt auszugehen, dass der Schaden im Vermögen der Bank eingetreten ist. Daher ist m.E. (auch) die Bank als gemäss Art. 115 Abs. 1 StPO unmittelbar verletzt anzusehen, selbst wenn es ihr in der Regel aufgrund von Risikoüberwälzungsklauseln (vorerst) möglich ist, den bei ihr eingetretenen Schaden dem Konto des Kunden zu belasten. Die Abbildung der Überwälzung auf Kontoauszügen ist lediglich eine provisorische buchhalterische Erfassung der Transaktion ohne definitive Aussage zum tatsächlichen Schuldverhältnis.<sup>61</sup>

#### D. Wider eine restriktive Praxis bei der Akteneinsicht

Geht es bei Vermögensdelikten um viel Geld, bildet das Strafverfahren in der Regel den Auftakt für weitere Verfahren. Parallel oder zeitverschoben kommt es zu zivilrechtlichen Auseinandersetzungen, die der Liquidation des Schadens dienen. Jener Partei, der die Akteneinsicht im Strafverfahren fehlt, drohen im Zivilprozess Nachteile. Kenntnislücken erschweren fundierte Einigungsgespräche sowie prozessuale Behauptungen und Beweise. Die Parteien fechten mit ungleich langen Spiessen. Der Drang von Betroffenen, als Partei oder andere Verfahrensbeteiligte in der Strafuntersuchung (zur Akteneinsicht) zugelassen zu werden, ist daher verständlich.

Mit der zunehmenden Zahl der Verfahrensteilnehmer steigen auf Seiten der Strafuntersuchungsbehörde freilich auch der logistische Aufwand, das Risiko von Verfahrensfehlern und die Verfahrensdauer. Die Untersuchungsbe-

hörde hat daher ein nachvollziehbares Interesse daran, den Kreis der Teilnehmer klein zu halten.

So erstaunt nicht, dass einer Bank in einem von einem Kunden gegen seinen bevollmächtigten, ungetreuen externen Vermögensverwalter angestregten Strafverfahren die Geschädigtenstellung und damit die Akteneinsicht verweigert wurde, obgleich der Kunde die Bank wegen angeblicher Sorgfaltspflichtverletzung bereits zivilrechtlich verklagt hatte. Die Behörde begründete die Verweigerung der Akteneinsicht damit, dass mit Bezug auf den strafrechtlichen Vorwurf der Veruntreuung der Bevollmächtigte sein Vermögen dem ungetreuen Bevollmächtigten anvertraut habe. Der Vorsatz des Bevollmächtigten beziehe sich daher auf den Vollmachtgeber, weshalb dieser als unmittelbar geschädigt und verletzt zu gelten habe. Es fehle das Tatbestandsmerkmal des Anvertrauens. Für die Bank resultiere höchstens ein Reflexschaden.

Wie aufgezeigt ist die Bank jedoch direkt- und nicht lediglich reflexgeschädigt, dies nicht nur rein zivilrechtlich, sondern auch aus der Warte des strafrechtlich relevanten wirtschaftlich-juristischen Vermögensbegriffs. Schwieriger ist es mit Bezug auf das Tatbestandsmerkmal des Anvertrauens. Diesbezüglich stehen die strafrechtliche und die zivilrechtliche Anknüpfung miteinander in Konflikt. Meines Erachtens führt es aber zu keiner sachgerechten Lösung, wenn der Bank mit dem Argument, nicht sie, sondern der Kunde habe dem Täter das Vermögen anvertraut, die Akteneinsicht verweigert wird, obwohl der Schaden sowohl nach zivil- wie strafrechtlichem Verständnis bei der Bank liegt.<sup>62</sup>

Aus Sicht der Strafuntersuchungsbehörde gab auch der Verdacht auf Betrug keinen Anlass, der Bank Akteneinsicht zu gewähren, weil sie auch diesbezüglich lediglich reflexgeschädigt sei. Zudem sei ein Bevollmächtigter kraft seiner Stellung nicht gezwungen, gegenüber der Bank Überweisungshandlungen vorzutäuschen, weshalb mit der Täuschungsabsicht ein wesentliches Tatbestandsmerkmal des Betrugs fehle.

Wie bereits gesehen, ist jedoch von einem Direktschaden und nicht von einem Reflexschaden auszugehen. Auch die Überlegung, dass ein Bevollmächtigter aufgrund seiner Stellung gar nicht gezwungen sei, gegenüber der Bank Überweisungshandlungen vorzutäuschen, vermag nicht zu überzeugen. Ein die Vollmacht missbrauchender Täter ist für das Gelingen seiner Tat in der Regel auf massive Täu-

<sup>60</sup> Wird das Delikt nicht durch einen Dritten, sondern einen Mitarbeiter des betroffenen Instituts ausgeführt (was freilich bei Vollmachtsmissbrauch nicht der Fall sein kann, weil Vollmachten Aussenstehenden eingeräumt werden), stellt sich die Frage nach der Anrechenbarkeit des Handelns des Mitarbeiters sowie ob das veruntreute Geld der Bank anvertraut war. Siehe dazu BSK StPO-Mazzuchelli/Postizzi, Art. 115 N 57. Siehe auch aktuell: BGer 4A\_379/2016, 15.6.2017.

<sup>61</sup> Vgl. BSK StPO-Mazzuchelli/Postizzi, Art. 115 N 57.

<sup>62</sup> Zum Begriff von Vermögen und Vermögensverminderung, BGer 6B\_199/2001, 10.4.2012, E. 5.3.5.

schungshandlungen (auch) gegenüber der Bank angewiesen, da Banken jegliche Dispositionen der Bevollmächtigten sowohl aus rechtlichen wie auch aus regulatorischen Gründen hinterfragen müssen. Einerseits geht es darum, Vollmachtsmissbrauch zu entdecken und entsprechender zivilrechtlicher Haftung vorzubeugen. Andererseits bezweckt die Sorgfalt auch die Einhaltung der Geldwäschereibestimmungen,<sup>63</sup> der VSB<sup>64</sup> und der allgemeinen Compliance. Täuschungshandlungen bei Vollmachtsmissbrauch (auch) gegenüber den Banken dürfte daher eher die Regel denn die Ausnahme sein.

Die Verweigerung der Akteneinsicht vermag auch aufgrund der Natur der Strafuntersuchung nicht zu überzeugen. Für die Strafuntersuchung gilt der Untersuchungsgrundsatz. Die Strafbehörden klären von Amtes wegen alle für die Beurteilung der Tat und der beschuldigten Person bedeutsamen Tatsachen ab.<sup>65</sup> Zu Beginn komplexer Strafuntersuchungen von Vermögensdelikten ist kaum je klar, welche Tatbestände schliesslich zur Anklage gelangen werden.<sup>66</sup> Die Ermittlung des Sachverhalts und dessen rechtliche Subsumption erfolgen in einem gegenseitigen Wechselspiel, das sich durch ein «Hin- und Herwandern» des Blickes zwischen Sachverhalt und Norm beschreiben lässt.<sup>67</sup> Endgültige Aussagen über einzelne Tatbestandselemente, wie beispielsweise zur Täuschungsabsicht, erscheinen daher zu Beginn der Untersuchung als verfrüht. Ob, in welcher Weise und gegenüber wem ein Bevollmächtigter täuschend vorging, wird erst die Untersuchung selbst ans Licht bringen. Da die Qualifikation der zu untersuchenden Delikte am Anfang der Untersuchung somit nicht feststeht, liesse sich nur bei unzweideutigen Fällen die Verweigerung der Akteneinsicht allenfalls rechtfertigen.

Der Umstand, dass die Untersuchung bei Abklärung des Sachverhalts und dessen Qualifikation nach dem Untersuchungsgrundsatz «offen» zu führen ist, muss sich auch im Radius des Kreises von Geschädigten widerspiegeln. Erst

mit der Anklageerhebung wird der Sachverhalt fixiert.<sup>68</sup> Im Rahmen des Anklageprinzips kann das entscheidende Gericht die rechtliche Qualifikation anders als die Staatsanwaltschaft vornehmen.<sup>69</sup> Bei dieser Ausgangslage darf auch während der noch laufenden Untersuchung der Kreis der Geschädigten nicht ohne triftige Gründe verengt werden.

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zielt denn auch nicht in die Richtung einer restriktiven Handhabung des Akteneinsichtsrechts. So räumte das Bundesgericht einem Geschädigten das Akteneinsichtsrecht in einem selbständigen Einziehungsverfahren gemäss Art. 73 StGB ein, obwohl der Geschädigte nicht direkt einen Konnex zum Konto, das Gegenstand des selbständigen Einziehungsverfahrens bildete, glaubhaft machen konnte. Massgeblich für das Akteneinsichtsrecht war gemäss dem Bundesgericht vielmehr, «ob der Beschwerdeführer einen direkten Konnex zwischen der behaupteten Anlasstat und seiner Geschädigtenstellung glaubhaft macht. Ist dies der Fall, steht ihm als mutmasslich Geschädigten im Hinblick auf den Entscheid, sich als Privatkläger zu konstituieren, das Akteneinsichtsrecht nach Art. 107 Abs. 1 lit. a StPO zu.»

In diesem Entscheid stellte das Bundesgericht bei Gewährung des Akteneinsichtsrechts darauf ab, dass die Geschädigtenstellung glaubhaft dargelegt war. Es wurde umgekehrt somit nicht vorausgesetzt, dass der Status als Geschädigter zweifelsfrei feststeht. Vielmehr genügte die *mutmassliche* Geschädigtenstellung.

#### IV. Ergebnis und Lösungsansatz

Führt eine Bank einen auf eine deliktisch eingesetzte Vollmacht zurückgehenden Zahlungsauftrag aus, wird dadurch ihr Vermögen tangiert. Dies gilt auch, wenn die Bank die ausgeführte Vergütung zulasten des Kontos des Kunden verbuchte, da die Belastung lediglich eine buchhalterische Momentaufnahme darstellt,<sup>70</sup> befrachtet mit der Ungewissheit, ob die Erfüllungsklage des Kunden Erfolg haben wird oder nicht.

Erst wenn der zivilrechtliche Entscheid rechtskräftig ist, steht auch fest, ob der Schaden am Kunden oder an der

<sup>63</sup> Siehe u.a. Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht über die Bekämpfung von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung im Finanzsektor (SR 955.033.0), insbesondere auch Art. 13 ff. GwV-FINMA.

<sup>64</sup> Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken (VSB 16). Gerade auch die Bank, die für den deliktisch handelnden Bevollmächtigten ein Konto führt, muss den VSB besondere Beachtung schenken. Siehe dazu die Pflichten zur Feststellung des wirtschaftlich Berechtigten, Art. 27 ff. VSB 16.

<sup>65</sup> Art. 6 Abs. 1 StGB.

<sup>66</sup> Vgl. BSK StPO-Mazzuchelli/Postizzi, Art. 115 N 20.

<sup>67</sup> BSK StPO-Riedo/Fiolka, Art. 6 N 11 und 74.

<sup>68</sup> BSK StPO-Niggli/Heimgartner, Art. 9 N 16 ff.

<sup>69</sup> BSK StPO-Niggli/Heimgartner, Art. 9 N 56.

<sup>70</sup> BGER 6B\_199/2011, 10.4.2012, E. 5.3.5: Unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten ist das Vermögen auch vermindert, wenn eine Forderung als gefährdet gilt und diesem Umstand durch Wertberechtigung Rechnung zu tragen ist.

Bank hängen bleibt. Bei Beendigung der zivilrechtlichen Auseinandersetzung wird aber vielfach die Strafuntersuchung bereits abgeschlossen sein. Angesichts dieser zivilrechtlichen Ausgangslage ist die Bank als eine in ihren Rechten unmittelbar verletzte Person im Sinne von Art. 115 Abs. 1 StPO zu betrachten. Als solche genießt sie gemäss Art. 105 Abs. 2 StPO dieselben Verfahrensrechte wie eine Partei, somit auch das Recht auf Akteneinsicht gemäss Art. 101 StPO. Diese zivilrechtlich orientierte Betrachtung ist mit dem strafrechtlichen Begriff des Geschädigten insoweit nicht ganz in Einklang, als der zivilrechtlich Geschädigte und der Träger des strafrechtlich geschützten Rechtsguts nicht identisch zu sein scheinen. Das kann bei der Veruntreuung der Fall sein. Allerdings ist zu Beginn der Strafuntersuchung in aller Regel noch nicht klar, welche Vermögensdelikte im Ergebnis zur Anklage gelangen werden.

Für den Zweck der Strafuntersuchung und aufgrund des Untersuchungsgrundsatzes von Art. 6 StPO besteht aufseiten der Strafuntersuchungsbehörde weder ein Recht noch eine Notwendigkeit, dem Entscheid von Zivilgerichten vorzugreifen und gestützt auf einen solchen Vorentscheid dem Kunden oder der Bank die Akteneinsicht zu verweigern. Daher liegt ein pragmatischer und praktikabler Lösungsansatz darin, beide – Kunden wie Bank – als mutmasslich Geschädigte zu betrachten, unter Einräumung

entsprechender Verfahrensrechte.<sup>71</sup> Dieser Ansatz führt zu einem angemessenen Interessenausgleich, verhindert ungleich lange Spiesse und schaltet das Risiko aus, dass jemandem die Akteneinsicht verweigert wird, der sich nachmals als zivilrechtlich Geschädigter erweist und dem aufgrund des späteren Ausgangs des Zivilverfahrens Akteneinsicht hätten zugestanden werden müssen.

<sup>71</sup> Zustimmend *Andrew M. Garbarski*, *Le lésé et la partie plaignante en procédure pénale: état des lieux de la jurisprudence récente*, SJ 2013 II 129, wonach vor dem Hintergrund des Bundesgerichtsentscheids 6B\_199/2011, 10.4.2012, aus strafrechtlicher Sicht sowohl die Bank als auch der Kunde als Geschädigte zu betrachten sind, die Bank als Primärgeschädigte, der Kunde aufgrund der auf dem Konto erfolgten Belastung, die seine Forderung als gefährdet erscheinen lässt. «A suivre cette jurisprudence du Tribunal fédéral, aussi bien la banque que son client devraient ainsi être considérés comme lésés selon l'art. 115 CPP, et admis à participer à la procédure en qualité de partie(s) plaignante(s).»