Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
6S.430/2006 /rom

Urteil vom 13. Februar 2007
Kassationshof

Besetzung
Bundesrichter Schneider, Präsident,
Bundesrichter Ferrari, Zünd,
Gerichtsschreiber Boog.

Parteien
X._____,
Beschwerdeführer, vertreten durch Advokat Dr. Michael Kull,

gegen

Staatsanwaltschaft des Kantons Basel-Stadt, Binningerstrasse 21, Postfach, 4001 Basel.

Gegenstand
Ungetreue Geschäftsbesorgung (Art. 158 StGB),

Nichtigkeitsbeschwerde gegen das Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt, Ausschuss, vom 31. Mai 2006.

Sachverhalt:
A.
Das Strafgericht Basel-Stadt erklärte X._____ mit Urteil vom 18. März 2004 der mehrfachen qualifizierten Veruntreuung, des mehrfachen Betruges, der mehrfachen Urkundenfälschung, der versuchten Nötigung, der Zweckentfremdung von AHV- und BVG-Beiträgen sowie der Verleumdung schuldig und verurteilte ihn zu 20 Monaten Gefängnis, als teilweise Zusatzstrafe zu den Urteilen des Appellationsgerichts Basel-Stadt vom 21. August 1996 und vom 25. September 2002. In einem Punkt stellte es das Verfahren zufolge Eintritts der absoluten Verjährung ein. In weiteren Punkten, namentlich im Anklagepunkt der ungetreuen Geschäftsbesorgung, sprach es ihn frei. Ferner erklärte das Strafgericht die vom Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt am 21. August 1996 und am 25. September 2002 bedingt ausgesprochenen Strafen von 18 Monaten Gefängnis und von 5 Tagen Haft als vollziehbar. Schliesslich behaftete es X._____ bei seiner Anerkennung der Schadenersatzforderung in einem Punkt und verurteilte ihn in weiteren Fällen zur Zahlung von Schadenersatz an die Geschädigten. Die Mehrforderungen verwies es auf den Zivilweg.

Auf Appellationen des Beurteilten und der Staatsanwaltschaft hin erklärte das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt X._____ zusätzlich der ungetreuen Geschäftsbesorgung schuldig und erhöhte die Freiheitsstrafe auf 22 Monate Gefängnis. Von der Anklage der mehrfachen Zweckentfremdung von AHV- und BVG-Beiträgen sprach es ihn frei. Im Übrigen bestätigte es das erstinstanzliche Urteil.
B.
X._____ führt eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde mit dem Antrag, das angefochtene Urteil sei aufzuheben und die Sache zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Ausserdem ersucht er um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege.
C.
Das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt beantragt unter Verzicht auf Gegenbemerkungen die Abweisung der Beschwerde. Vernehmlassungen wurden nicht eingeholt.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
Das angefochtene Urteil ist vor dem Inkrafttreten des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz [BGG]; SR 173.110) am 1. Januar 2007 ergangen. Auf das gegen dieses Urteil erhobene Rechtsmittel ist daher noch das bisherige Verfahrensrecht anwendbar (Art. 132 Abs. 1 BGG, e contrario). Im zu beurteilenden Fall richtet sich das Verfahren mithin nach den Vorschriften über die eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde nach Art. 268 ff. BStP.
2.
Die Beschwerde richtet sich ausschliesslich gegen den Schuldspruch der ungetreuen Geschäftsbesorgung (Anklagepunkt I 1.2, erstinstanzliches Urteil S. 4 [Anklageschrift]). In den übrigen Punkten ficht der Beschwerdeführer den vorinstanzlichen Entscheid nicht an.
2.1
2.1.1 Die Vorinstanz stellt in diesem Punkt in tatsächlicher Hinsicht für den Kassationshof verbindlich fest (Art. 277bis Abs. 1 BStP), der Beschwerdeführer habe als Vermögensverwalter von Frau A._____ am 2. Dezember 1989 für ihr Wertschriftendepot zum Preis von CHF 25'800.– - und damit weit unter pari (Kurs 73.71) - Obligationen des australischen Unternehmens B._____ Ltd. mit Nominalwert CHF 35'000.– zu 6%, Laufzeit bis 1.12.2001, erworben. Nach einem Kursverlust auf 69.00 Mitte 1991 habe er einen Teil der Obligationen verkauft. Die verbliebenen Obligationen mit einem Nominalwert von CHF 20'000.– seien bis zum 30. September 2001 auf CHF 750.– und bis zum Jahresende 2001 weiter auf CHF 200.– (d.h. 1% des Nominalwerts) gefallen, so dass sie praktisch einen Totalverlust erlitten hätten, ohne dass der Beschwerdeführer zur Rettung des ihm anvertrauten Vermögens noch etwas unternommen hätte (angefochtenes Urteil S. 11; erstinstanzliches Urteil S. 4 [Anklageschrift]und 18).
2.1.2 In rechtlicher Hinsicht nimmt die Vorinstanz an, der Erwerb der B._____ Ltd.-Obligationen sei eine risikoreiche Anlage gewesen. In der Wirtschaftspresse sei mehrfach über die Probleme der B._____ Ltd. berichtet worden. Ausserdem habe die Bank C._____ AG den Besitzern von B._____ Ltd.-Obligationen im Jahre 1993 offeriert, die vorzeitige Rückzahlung der Papiere zu einem Kurs von 95% (also mit Gewinn gegenüber dem ursprünglichen Kaufpreis) zu veranlassen, was der Beschwerdeführer ignoriert habe. Indem dieser gegen den ausdrücklichen Wunsch seiner Mandantin nach sicheren Anlagen ohne Rücksprache mit ihr risikoreiche Obligationen gekauft, sie nicht über die Warnung der Bank informiert und eigenmächtig den empfohlenen Verkauf abgelehnt habe und indem er auch später klare Hinweise für einen zu erwartenden Wertzerfall missachtet habe, habe er seine Treuepflicht verletzt, was zu einem Vermögensschaden seiner Mandantin geführt habe. Dabei sei der Schaden nicht schon im Zeitpunkt des Kaufs der Papiere, sondern erst mit ihrem tatsächlichen massiven Wertverlust in der zweiten Hälfte des Jahres 2001 eingetreten. Durch diese Verhaltensweise habe er den Tatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung erfüllt (angefochtenes Urteil
S. 12 f.).

Das Strafgericht war demgegenüber zum Schluss gelangt, der Tatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung sei nicht erfüllt. Der Kurs der B._____ Ltd.-Obligationen habe sich nach anfänglichen Schwankungen und einer ersten Baisse Mitte 1991 wieder erholt und sei in der Folge stetig angestiegen, bis er sich ab ungefähr Dezember 1992 permanent und teilweise erheblich über dem im Dezember 1989 bezahlten Einstandspreis bewegt habe. Von ungefähr Juni 1996 bis etwa Juni 2000. d.h. während rund vier Jahren seien die Obligationen sogar mit mehr als 100% ihres Nominalwerts bewertet worden, bis ein eigentlicher Crash eingetreten sei, in dessen Verlauf ihr Wert binnen kürzester Zeit auf nur noch 1% ihres Nominalwerts gesunken sei. Der Beschwerdeführer habe mithin mit dem ihm anvertrauten Geld keineswegs eine spekulative, sondern während eines Zeitraums von immerhin rund 10 Jahren eine als recht sicher (und lukrativ) einzustufende Anlage getätigt. Nicht zuletzt angesichts dieser Umstände sei der plötzliche Kurszusammenbruch in der zweiten Hälfte des Jahres 2001 nicht voraussehbar gewesen (erstinstanzliches Urteil S. 18 f.; angefochtenes Urteil S. 11).
2.2 Der Beschwerdeführer macht geltend, der Erwerb von Obligationen mit einer Rendite von 6% sei eine einkommensorientierte Anlage gewesen. Dass die Obligationen im Zeitpunkt des Erwerbs deutlich unter pari lagen, hätte zwar als Indiz für eine risikobehaftete Anlage angesehen werden können. Doch sei dies durch die Entwicklung in den Folgejahren (jahrelanger Kurs über pari) widerlegt worden. Die Vorinstanz erblicke offenbar die strafbare Handlung im unterlassenen Verkauf der zweiten Hälfte der Wertschriften unmittelbar vor dem

Totalverlust, nicht im Erwerb der Obligationen. Aus dem Kursverlauf der Obligationen nach dem Verkauf der ersten Hälfte ergebe sich indes, dass der Kurs bis zum Totalverlust immer über dem Einstandspreis bzw. über weiteste Strecken gar über pari gelegen habe und damit vom Markt als sichere Anlage betrachtet worden sei. Er habe daher objektiv nicht pflichtwidrig gehandelt (Beschwerde S. 5 ff.). In jedem Fall fehle es am subjektiven Tatbestand. Er habe zu keiner Zeit in Kauf genommen oder gar beabsichtigt, dass seine Kundin einen Schaden erleide (Beschwerde S. 8).
3.
3.1 Gemäss Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 StGB macht sich der ungetreuen Geschäftsbesorgung schuldig, wer auf Grund des Gesetzes, eines behördlichen Auftrages oder eines Rechtsgeschäfts damit betraut ist, das Vermögen eines andern zu verwalten oder eine solche Vermögensverwaltung zu beaufsichtigen, und dabei unter Verletzung seiner Pflichten bewirkt oder zulässt, dass der andere am Vermögen geschädigt wird.

Der Tatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung ist ein Verletzungs-, nicht ein Gefährdungsdelikt. Er setzt einen Vermögensschaden voraus. Ein solcher liegt vor bei tatsächlicher Schädigung durch Verminderung der Aktiven, Vermehrung der Passiven, Nicht-Verminderung der Passiven oder Nicht-Vermehrung der Aktiven. Er wird aber auch bejaht, wenn das Vermögen in einem Masse gefährdet wird, dass es in seinem wirtschaftlichen Wert vermindert ist. Dabei genügt schon eine vorübergehende Gefährdung (vgl. BGE 129 IV 124 E. 3.1; 123 IV 17 E. 3d S. 22; 122 IV 279 E. 2a S. 281; 121 IV 104 E. 2c mit Hinweisen).

In subjektiver Hinsicht setzt der Tatbestand Vorsatz voraus, wobei Eventualvorsatz genügt. Dieser ist gegeben, wenn der Täter den Schaden als möglich voraussieht, aber gleichwohl handelt, weil er sich damit für den Fall, dass er eintreten sollte, abfindet (BGE 120 IV 190 E. 2b S. 193 mit Hinweis).
3.2 Die Erfüllung des Tatbestands der ungetreuen Geschäftsbesorgung setzt zunächst voraus, dass der Geschäftsführer seine besonderen Pflichten verletzt. Welche Pflichten ihn treffen, ergibt sich aus dem Gesetz oder der Vereinbarung der Parteien im Einzelfall (BGE 105 IV 307 E. 3a; 80 IV 243 E. 2; Stratenwerth/Jenny, Schweizerisches Strafrecht, Bes. Teil I, 6. Aufl. 2003, § 19 N 12). Aus dem Erfordernis der Pflichtwidrigkeit folgt sodann, dass alle Massnahmen des Geschäftsführers insoweit nicht tatbestandsmässig sind, als sie sich im Rahmen der ordnungsmässigen Geschäftsführung bewegen. Dies gilt auch, wenn dem Geschäftsherrn zu einem späteren Zeitpunkt ein Vermögensschaden erwächst. Geschäftliche Dispositionen sind vielfach mit dem Risiko eines Verlustes verbunden, ohne dass es pflichtwidrig wäre, dieses übliche Risiko einzugehen. Es ist daher im konkreten Fall ex ante zu bestimmen, ob die eingegangenen Risiken den getroffenen Vereinbarungen oder Weisungen der Auftraggeberin zuwiderlaufen (Stratenwerth/Jenny, a.a.O., § 19 N 13; Rehberg/Schmid/Donatsch, Strafrecht III. 8. Auflage 2003, 255; Marcel A. Niggli, Basler Kommentar, Strafgesetzbuch II, Art. 158 N 57 f.).

Gemäss Auftrag zur Vermögensverwaltung vom 20. November 1985 (vgl. Beschwerdebeilage 7) erteilte Frau A._____ dem Beschwerdeführer den Auftrag, die von ihr hinterlegten Gelder zu verwalten. Die Beträge, welche die Kundin der Treuhandgesellschaft des Beschwerdeführers übergab, waren von dieser in eigenem Namen, jedoch auf Rechnung der Kundin anzulegen. Die Treugeberin erteilte als Leitlinie zur Anlage eine "einkommensorientierte Verwaltung". Nach der vertraglichen Vereinbarung sollte somit nicht die "Mehrung des Kapitals" im Vordergrund stehen, sondern die Sicherheit und feste Verzinsung der Anlagen. Im Übrigen hat nach den Feststellungen der Vorinstanz die Geschädigte dem Beschwerdeführer rund vier Wochen vor dem Ankauf der Obligationen auch mündlich ihren Wunsch nach einer konservativen Anlagestrategie bekräftigt (angefochtenes Urteil S. 12).

Im hier zu beurteilenden Anklagepunkt legte der Beschwerdeführer einen Teil des verwalteten Vermögens in Obligationen an. Anleihensobligationen gehören zu den klassischen Formen der mittel- und langfristigen Fremdfinanzierung, die eine feste Verzinsung sowie eine feste Laufzeit aufweisen. Anleihensobligationen bilden in Teilbeträge aufgeteilte Grossdarlehen, die zu einheitlichen Bedingungen öffentlich oder als Privatplatzierung emittiert werden (Emch/Renz/Arpagaus, Das Schweizerische Bankgeschäft, 6. Aufl. Zürich 2004, N 1862 ff.). Anleihen gelten allgemein als relativ sichere, wenngleich nicht gänzlich risikolose (Ausfall-, Zinsrisiko) Anlageform. Die Anlage in solche Wertpapiere stellt daher für sich allein keine Pflichtwidrigkeit dar.

Im konkreten Fall hat der Beschwerdeführer die Obligationen der B._____ Ltd. unter pari, d.h zu einem den

Nominalbetrag unterschreitenden Preis erworben. Nach der Auffassung der Vorinstanz ergeben sich hieraus sowie aus dem für eine Franken-Obligation hohen Coupon von 6%, deutliche Anzeichen dafür, dass es sich um eine risikoreiche Anlage gehandelt hat. Ausserdem nimmt die Vorinstanz an, das Angebot der Bank C._____ AG an die Gläubiger gemäss im Doppel zugestellten Schreiben vom 30. Juni 1993, die B._____ Ltd.-Obligationen vorzeitig auf den 1. Dezember 1993 à 95% (mithin mit Gewinn gegenüber dem ursprünglichen Kaufpreis) zurückzahlen zu lassen (Untersuchungsakten Bd. 3 S. 355), sei als deutliche Warnung zu verstehen gewesen. Die Vorinstanz erblickt denn auch die eigentliche Pflichtwidrigkeit darin, dass der Beschwerdeführer, ohne dieses Schreiben an die Geschädigte weitergeleitet zu haben, den empfohlenen Verkauf ausschlug und die Papiere auch nicht verkaufte, als per Inserat im März 2001 angekündigt worden war, dass für die B._____ Ltd. ein Sachwalter eingesetzt worden sei.

Dieser Schluss der Vorinstanz verletzt kein Bundesrecht. Nach den Feststellungen der Vorinstanz hat es sich bei der Investition der verwalteten Gelder in B._____ Ltd.-Obligationen um eine spekulative Anlage gehandelt. Das damit verbundene Risiko stand im Widerspruch zu der im Auftrag zur Vermögensverwaltung festgelegten Leitlinie einer einkommensorientierten Verwaltung der Gelder. Jedenfalls hat sich die Unterlassung des durch die Bank empfohlenen Verkaufs der fraglichen Obligationen nicht mehr im Rahmen der vereinbarten Geschäftsführung gehalten. Die Vorinstanz hat daher zu Recht ein pflichtwidriges Verhalten des Beschwerdeführers angenommen. Dass der Kurs der Obligationen sich nach dem Erwerb nach und nach erholte und über längere Zeit teilweise erheblich über dem bezahlten Einstandspreis bewegte, ändert daran nichts. Denn letztendlich hat der Kurzusammenbruch der Papiere, in deren Verlauf ihr Wert innert kürzester Zeit auf nur noch 1% ihres Nominalwerts sank, einen kausalen Schaden für die Mandantin des Beschwerdeführers bewirkt.

Nicht zu beanstanden ist auch die Bejahung des subjektiven Tatbestandes. Indem der Beschwerdeführer sich bewusst über die von seiner Mandantin geforderte Beschränkung der Vermögensverwaltung auf risikofreie Anlagen hinweggesetzt hat, hat er auch einen möglichen Schaden in Kauf genommen.

Die Beschwerde erweist sich in diesem Punkt als unbegründet.

4.

Aus diesen Gründen ist die Beschwerde abzuweisen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens trägt der Beschwerdeführer die Kosten (Art. 278 Abs. 1 BStP). Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege gemäss Art. 152 OG kann bewilligt werden, da von der Bedürftigkeit des Beschwerdeführers auszugehen und diese ausreichend belegt ist (vgl. BGE 125 IV 161 E. 4) und er den angefochtenen Entscheid überdies mit vertretbaren Argumenten in Frage gestellt hat (vgl. BGE 124 I 304 E. 2 mit Hinweisen). Dem Beschwerdeführer werden deshalb keine Kosten auferlegt und seinem Vertreter wird aus der Bundesgerichtskasse eine angemessene Entschädigung ausgerichtet. Die vom Vertreter des Beschwerdeführers erstellte Honorarnote erscheint überhöht und ist entsprechend zu kürzen.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen.

2.

Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wird gutgeheissen.

3.

Es werden keine Kosten erhoben.

4.

Dem Rechtsvertreter des Beschwerdeführers wird für das bundesgerichtliche Verfahren eine Entschädigung von Fr. 3'000.– aus der Bundesgerichtskasse ausgerichtet.

5.

Dieses Urteil wird dem Beschwerdeführer, der Staatsanwaltschaft des Kantons Basel-Stadt und dem Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt, Ausschuss, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 13. Februar 2007

Im Namen des Kassationshofes

des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: