

## Zivilrechtliche Haftung für fahrlässig begangene Geldwäschereihandlungen

Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts 4C.386/2006 (BGE 133 III 323)  
vom 18. April 2007 i.S. Bank X. (Klägerin und Berufungsklägerin) gegen Bank Y.  
(Beklagte und Berufungsbeklagte)

Mit Bemerkungen von lic. iur. Matthias Hirschle und Prof. Dr. Hans Caspar von der Crone,  
beide Zürich\*

### Inhaltsübersicht

- I. Sachverhalt
- II. Erwägungen des Bundesgerichts
  - A. Widerrechtlichkeit aufgrund eines Verstosses gegen Art. 305<sup>bis</sup> StGB
  - B. Widerrechtlichkeit aufgrund der Verletzung einer Verkehrssicherungspflicht
- III. Bemerkungen
  - A. Haftung für reinen Vermögensschaden
  - B. Widerrechtlichkeit aufgrund eines Verstosses gegen Art. 305<sup>bis</sup> StGB
    - 1. Qualifikation einer Norm als Schutznorm
    - 2. Qualifikation eines Verhaltens als Normverstoss
  - C. Widerrechtlichkeit aufgrund der Verletzung einer Verkehrssicherungspflicht
- IV. Fazit

### I. Sachverhalt

Der Geschäftsmann C. aus Mali eröffnete 1995 ein Konto bei der Bank X. (Klägerin und Berufungsklägerin) in Dubai. Es gelang ihm, deren stellvertretenden Direktor B. davon zu überzeugen, dass er in der Lage sei, mittels schwarzer Magie Geld zu vermehren. So brachte er B. dazu, ihm zwischen 1995 und 1998 die Gesamtsumme von 240 Mio. USD zukommen zu lassen. B. veruntreute die Gelder, indem er in der Buchhaltung der Bank X. fiktive Bargeldeingänge verbuchen liess und in Höhe dieser Eingänge Zahlungsanweisungen zu Gunsten von C. erstellte. Auf diese Weise wurden die Gelder von der Bank X. auf Konten von C. in verschiedenen Ländern transferiert.

In der Schweiz eröffnete C. Ende August 1996 ein Konto bei der Bank Y. (Beklagte und Berufungsbeklagte) in Genf. Zwischen September 1996 und Januar 1998 gingen auf besagtem Konto Gutschriften in der Höhe von insgesamt 67 Mio. USD ein. Dabei handelte es sich um einen Teil der Gelder, die B. von der Bank X. veruntreut hatte. Im gleichen Zeitraum transferierte die Bank Y. auf Anweisung von C. 54 Mio. USD auf Konten im Ausland weiter.

Im Anschluss an eine Untersuchung der Zentralbank der Vereinigten Arabischen Emirate, welche

Unregelmässigkeiten in der Buchhaltung der Bank X. aufgedeckt hatte, gestand B. im März 1998 seine Veruntreuung. In der Folge erhob die Bank X. bei den Genfer Behörden Strafanzeige gegen Unbekannt wegen Verletzung von Art. 305<sup>bis</sup> und 305<sup>ter</sup> StGB. Die anschliessende Strafuntersuchung gegen Angestellte der Bank Y. führte jedoch zu keinen Verurteilungen.

Am 15. März 1999 klagte die Bank X. gegen die Bank Y. auf Schadenersatz in Höhe von 67 Mio. USD. Das Tribunal de première instance in Genf wies die Klage mit Urteil vom 22. September 2005 vollumfänglich ab. Diesen Entscheid bestätigte die Cour de justice mit Urteil vom 15. September 2006. Dagegen erhebt die Klägerin sowohl staatsrechtliche Beschwerde als auch Berufung ans Bundesgericht. Das Bundesgericht weist beide Rechtsmittel ab.<sup>1</sup>

### II. Erwägungen des Bundesgerichts

Aufgrund der internationalen Bezüge des Falls prüft das Bundesgericht vorab, ob auf die Klage schweizerisches Recht anwendbar ist.<sup>2</sup> Nach Bejahung der Frage setzt es sich mit dem Klagegrund auseinander. Es hält fest, dass die Klägerin einen reinen Vermögensschaden auf Grundlage von Art. 41 Abs. 1 OR geltend mache. Anschliessend befasst sich das Bundesgericht mit der Haftungsvoraussetzung der Widerrechtlichkeit. Es untersucht, ob sich die Widerrechtlichkeit der Vermögensschädigung aus einem Verstoss gegen Art. 305<sup>bis</sup> StGB ergibt [A.]. Da es dies verneint, prüft es in der Folge, ob sich die Widerrechtlichkeit mit der Verletzung einer Verkehrssicherungspflicht begründen lässt [B.].

#### A. Widerrechtlichkeit aufgrund eines Verstosses gegen Art. 305<sup>bis</sup> StGB

Das Bundesgericht stellt einleitend fest, dass nach der Theorie der objektiven Widerrechtlichkeit ein reiner Vermögensschaden nur dann ersatzfähig sei, wenn sich die Widerrechtlichkeit aus dem Verstoss gegen eine Norm ergebe, die den Geschädigten vor Schädigungen in der Art der eingetretenen schützen

\* Matthias Hirschle ist wissenschaftlicher Assistent am Rechtswissenschaftlichen Institut der Universität Zürich, Hans Caspar von der Crone Ordinarius für Privat- und Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich. Der vorliegende Beitrag ist im Internet verfügbar unter <http://www.rwi.unizh.ch/vdc>.

<sup>1</sup> BGer. 4P.274/2006 (staatsrechtliche Beschwerde) und BGE 133 III 323 (Berufung).

<sup>2</sup> BGE 133 III 323, Erw. 2.

soll.<sup>3</sup> Solche Schutznormen lassen sich gemäss Bundesgericht aus der Gesamtheit der schweizerischen Rechtsordnung herleiten, insbesondere aus dem Privat-, Verwaltungs- und Strafrecht. Dabei sei es gleichgültig, ob sich die Schutznorm aus geschriebenem oder ungeschriebenem, eidgenössischem oder kantonalem Recht ergebe.<sup>4</sup>

Das Bundesgericht bestätigt anschliessend seine Rechtsprechung, nach welcher der von der Klägerin angerufene Art. 305<sup>bis</sup> StGB eine Schutznorm ist.<sup>5</sup> Es führt aus, dass der Geldwäschereitatabbestand in subjektiver Hinsicht Vorsatz erfordere. Nach der verbindlichen Feststellung der Vorinstanz habe die Beklagte jedoch ohne Vorsatz gehandelt.<sup>6</sup> Aufgrund dieser Ausgangslage setzt sich das Bundesgericht weiter mit der Frage auseinander, ob eine fahrlässig begangene Geldwäschereihandlung, obgleich strafrechtlich nicht erfasst, zivilrechtlich eine unerlaubte Handlung i.S.v. Art. 41 Abs. 1 OR darstellt.<sup>7</sup> Es zitiert einen Entscheid der Genfer Cour de justice aus dem Jahr 1998, der die Frage bejahte.<sup>8</sup> Die Genfer Richter kamen zum Schluss, dass es zur Begründung der Widerrechtlichkeit genüge, wenn der Schädiger die objektiven Tatbestandsmerkmale von Art. 305<sup>bis</sup> StGB verwirkliche.<sup>9</sup> Das Bundesgericht weist darauf hin, dass dieser Entscheid von verschiedenen Stimmen in der Lehre kritisiert wurde.<sup>10</sup> Es fasst die entsprechenden Äusserungen in der Doktrin zusammen, welche sich mehrheitlich dafür ausspricht, dass zur Begründung der Widerrechtlichkeit neben dem objektiven auch der subjektive Tatbestand von Art. 305<sup>bis</sup> StGB berücksichtigt werden muss. Vor diesem Hin-

tergrund führt das Bundesgericht schliesslich aus, dass sich der Tatbestand einer Strafnorm aus objektiven und subjektiven Tatbestandsmerkmalen zusammensetze, wobei nicht ersichtlich sei, weshalb gerade beim Tatbestand der Geldwäscherei einer Kategorie von Tatbestandsmerkmalen geringere Tragweite zukommen solle.<sup>11</sup> Der Gesetzgeber habe beim Erlass von Art. 305<sup>bis</sup> StGB die Strafbarkeit für fahrlässige Geldwäscherei klar verworfen. Mit der Mehrheit der Lehre müsse deshalb davon ausgegangen werden, dass der Tatbestand von Art. 305<sup>bis</sup> StGB nicht zergliedert werden dürfe, denn die Norm bilde ein unteilbares Ganzes. Fahrlässige Geldwäscherei, die nicht strafbar sei, könne folglich auch keine unerlaubte Handlung i.S.v. Art. 41 Abs. 1 OR darstellen.<sup>12</sup>

## B. Widerrechtlichkeit aufgrund der Verletzung einer Verkehrssicherungspflicht

Das Bundesgericht führt aus, dass in denjenigen Fällen, in welchen sich die Widerrechtlichkeit der Vermögensschädigung nicht mit der Verletzung einer strafrechtlichen Schutznorm begründen lasse, untersucht werden müsse, ob sich die Widerrechtlichkeit aus der Verletzung einer Verkehrssicherungspflicht ergebe.<sup>13</sup> Als mögliche Grundlagen für solche Verkehrssicherungspflichten prüft es das GwG, die Geldwäschereiverordnung der EBK<sup>14</sup> und die von der Klägerin angeführten Empfehlungen der FATF<sup>15</sup>. Das GwG und die Geldwäschereiverordnung der EBK seien im vorliegenden Fall jedoch nicht einschlägig, weil sie im Zeitpunkt der zur Last gelegten Geldwäschereihandlungen noch nicht in Kraft gestanden hätten. Den Empfehlungen der FATF spricht das Bundesgericht als Quelle für Verkehrssicherungspflichten Bedeutung ab, weil sie nicht zwingend seien.<sup>16</sup>

<sup>3</sup> BGE 133 III 323, Erw. 5.1 mit Hinweis auf BGE 132 III 122, Erw. 4.1.

<sup>4</sup> BGE 133 III 323, Erw. 5.1 mit Hinweis auf BGE 116 Ia 169, Erw. 2c.

<sup>5</sup> BGE 133 III 323, Erw. 5.1 mit Hinweis auf BGE 129 IV 322, Erw. 2.2.4.

<sup>6</sup> BGE 133 III 323, Erw. 5.2 mit Hinweis auf BGE 125 IV 49, Erw. 2d und BGE 119 IV 222, Erw. 2.

<sup>7</sup> BGE 133 III 323, Erw. 5.2.

<sup>8</sup> BGE 133 III 323, Erw. 5.2.1 mit Hinweis auf Arrêt de la Cour de justice du canton de Genève vom 20. Februar 1998, teilw. publiziert in SJ 1998, 646 ff.

<sup>9</sup> Arrêt de la Cour de justice du canton de Genève vom 20. Februar 1998, Erw. 8 und 9, publiziert in SJ 1998, 646 ff. Diese Rechtsprechung wurde von der Genfer Cour de justice nicht weiter bestätigt und im vorliegend angefochtenen Entscheid aufgegeben. Vgl. Arrêt de la Cour de justice du canton de Genève vom 15. September 2006 (C/8817/1999), Erw. 3.8.

<sup>10</sup> BGE 133 III 323, Erw. 5.2.1.

<sup>11</sup> BGE 133 III 323, Erw. 5.2.3.

<sup>12</sup> BGE 133 III 323, Erw. 5.2.3.

<sup>13</sup> BGE 133 III 323, Erw. 5.2.4.

<sup>14</sup> Verordnung der Eidgenössischen Bankenkommision zur Verhinderung von Geldwäscherei vom 18. Dezember 2002, SR 955.022.

<sup>15</sup> Die FATF (Financial Action Task Force on Money Laundering) ist eine zwischenstaatliche Organisation, die sich die Bekämpfung der Geldwäscherei zum Ziel gesetzt hat. Die Empfehlungen der FATF sind unter <http://www.fatf-gafi.org> verfügbar (besucht am 19.7.2007).

<sup>16</sup> BGE 133 III 323, Erw. 5.2.4.

### III. Bemerkungen

#### A. Haftung für reinen Vermögensschaden

Als reiner Vermögensschaden wird gemeinhin derjenige Schaden bezeichnet, der weder Personen- noch Sachschaden ist, der also weder auf der Tötung oder Körperverletzung eines Menschen noch auf der Zerstörung, Beschädigung oder dem Verlust einer Sache beruht.<sup>17</sup> Der reine Vermögensschaden nimmt im Rahmen der ausservertraglichen Haftung nach Art. 41 Abs. 1 OR eine Sonderstellung ein, weil sich bei ihm die Haftungsvoraussetzung der Widerrechtlichkeit anders beurteilt als bei den beiden anderen Schadensarten: Nach der Theorie der objektiven Widerrechtlichkeit liegt Widerrechtlichkeit immer dann vor, wenn ein absolut geschütztes Rechtsgut verletzt wird (sog. Erfolgsunrecht).<sup>18</sup> Da sowohl die Persönlichkeit als auch das Eigentum absolut geschützte Rechtsgüter sind, ergibt sich die Widerrechtlichkeit beim Personen- und Sachschaden bereits aus der Verletzung der entsprechenden Rechtsgüter. Anders stellt sich die Rechtslage beim reinen Vermögensschaden dar. Weil das Vermögen als solches nach herrschender Auffassung kein absolut geschütztes Rechtsgut ist, stellt die Verletzung des Vermögens an sich noch keine Widerrechtlichkeit dar.<sup>19</sup> Widerrechtlich ist eine Vermögensverletzung nur dann, wenn der Schädiger gegen eine einschlägige Schutznorm verstösst (sog. Verhaltensunrecht).<sup>20</sup> Der Geschädigte, der einen reinen Vermögensschaden geltend machen will, befindet sich also insoweit in einer nachteiligen Situation, als er sich zur Begründung der Widerrechtlichkeit nicht mit dem blossen Nachweis der Vermögensverletzung begnügen kann, sondern sich

zusätzlich auf eine Norm berufen können muss, die ihn im konkreten Fall schützen will und gegen die der Schädiger verstossen hat.

Dieser restriktiven Haltung gegenüber dem Ersatz reiner Vermögensschäden liegt der Gedanke zugrunde, dass es im modernen Wirtschaftsleben normal ist, dass Marktteilnehmer die Position ihrer Konkurrenten schwächen, und dass auf solche Weise verursachte Vermögensdifferenzen nicht grundsätzlich als widerrechtliche Vermögensschäden qualifiziert werden können.<sup>21</sup> Damit einher geht die Befürchtung, dass eine grosszügigere Anerkennung der Ersatzfähigkeit reiner Vermögensschäden zu einer «uferlosen» Haftung führen würde, die gesellschaftlich nicht mehr auf Akzeptanz stossen dürfte.<sup>22</sup> Trotz dieser an sich ernst zu nehmenden Bedenken wird in der Lehre vor allem in jüngerer Zeit vermehrt festgestellt, dass die im geltenden Recht angelegte «Diskriminierung» des reinen Vermögensschadens zu stossenden Ergebnissen führen kann.<sup>23</sup> Zu Recht wird darauf hingewiesen, dass die unterschiedliche Behandlung von Sach- und reinen Vermögensschäden nicht überzeugt, weil wertungsmässig gleich gelagerte Fälle ungleich behandelt werden.<sup>24</sup> Ebenfalls trifft zu, dass der zur Geltendmachung reiner Vermögensschäden erforderliche Rückgriff auf Schutznormen zu einer «aleatorischen Rechtslage» führt, weil es von Zufälligkeiten abhängen kann, ob in einem konkreten Schadenfall eine Schutznorm zur Verfügung steht.<sup>25</sup> Dass die Voraussetzungen, unter welchen reine Vermögensschäden ersatzfähig sind, mitunter als zu eng empfunden werden, zeigt auch ein Blick in die Rechtsprechung. Diese hat verschiedene Auswege gefunden, um Geschädigten, falls sie im konkreten Fall als schutzwürdig erschienen, Ersatz für reine Vermögensschäden zuzusprechen: Zum einen hat sie Schutznormen zur

<sup>17</sup> Roland Brehm, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41–61 OR, in: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. VI/1/3, 3. A., Bern 2006, N 85 zu Art. 41 OR; Heinz Rey, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 3. A., Zürich 2003, N 329.

<sup>18</sup> Karl Oftinger/Emil W. Stark, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I, 5. A., Zürich 1995, § 4 N 23 ff.; Brehm (Fn. 17), N 35 ff. zu Art. 41 OR; Rey (Fn. 17), N 672.

<sup>19</sup> Oftinger/Stark (Fn. 18), § 4 N 30; Brehm (Fn. 17), N 38d zu Art. 41 OR; Rey (Fn. 17), N 703.

<sup>20</sup> Oftinger/Stark (Fn. 18), § 4 N 35; Brehm (Fn. 17), N 38b ff. zu Art. 41 OR; Rey (Fn. 17), N 672. Damit wird das schweizerische Recht im Ergebnis weitgehend an die deutsche Haftungsordnung angepasst, die in § 823 Abs. 2 BGB den Ersatz reiner Vermögensschäden ebenfalls nur beim Verstoss gegen ein spezielles Schutzgesetz vorsieht.

<sup>21</sup> Rey (Fn. 17), N 667.

<sup>22</sup> Heinrich Honsell, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 4. A., Zürich 2005, § 2 N 5; Ernst A. Kramer, «Reine Vermögensschäden» als Folge von Stromkabelbeschädigungen, recht 1984, 132; Peter Gauch/Justin Sweet, Deliktshaftung für reinen Vermögensschaden, in: Peter Forstmoser/Hans Giger/Anton Heini/Walter R. Schluep (Hrsg.), Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag, Zürich 1989, 120.

<sup>23</sup> Kramer (Fn. 22), 132; Gauch/Sweet (Fn. 22), 120 ff.; Franco Lorandi, Haftung für reinen Vermögensschaden, recht 1990, 24 ff.

<sup>24</sup> Lorandi (Fn. 23), 25; Kramer (Fn. 22), 132.

<sup>25</sup> Peter Gauch, Grundbegriffe des ausservertraglichen Haftpflichtrechts, recht 1996, 232; Kramer (Fn. 22), 133; Lorandi (Fn. 23), 25.

Anwendung gebracht, deren Qualifikation als Schutznormen zweifelhaft erscheint. So hat das Bundesgericht in den sog. Kabelbruchfällen Art. 239 StGB als Schutznorm herbeigezogen, um Strom- bzw. Wasserbezüger Schadenersatz für reine Vermögensschäden zuzusprechen, die ihnen durch den Betriebsausfall entstanden waren.<sup>26</sup> Zum anderen hat die Rechtsprechung verschiedentlich auf Rechtsfiguren zurückgegriffen, die es erlauben, aus den restriktiven deliktsrechtlichen Voraussetzungen auszubrechen. Zu erwähnen sind hier etwa die Haftung aus *culpa in contrahendo* und die Vertrauenshaftung, die in Fällen einer besonderen Beziehungsnähe zwischen Schädiger und Geschädigtem angewandt wurden.<sup>27</sup>

Aufgrund der Unzulänglichkeiten der geltenden Haftungsordnung werden in jüngerer Zeit vermehrt Stimmen laut, die eine Öffnung des ausservertraglichen Haftpflichtrechts gegenüber reinen Vermögensschäden postulieren.<sup>28</sup> Dazu wird insbesondere die Erweiterung des Katalogs von gesetzlichen Schutznormen durch die Herausbildung von ungeschriebenen Verkehrssicherungspflichten für fremdes Vermögen angeregt.<sup>29</sup> Dieser Weg scheint – wie der vorliegende Entscheid zeigt – möglicherweise auch für das Bundesgericht gangbar.<sup>30</sup>

## B. Widerrechtlichkeit aufgrund eines Verstosses gegen Art. 305<sup>bis</sup> StGB

Nach der herrschenden Theorie der objektiven Widerrechtlichkeit ist ein reiner Vermögensschaden wie dargelegt nur dann ersatzfähig, wenn sich der Geschädigte auf eine Vermögensschutznorm berufen kann, gegen die der Schädiger verstossen hat. In diesem Zusammenhang bedürfen zwei Fragen der Klärung: Einerseits ist zu untersuchen, ob es sich bei der Norm, auf welche sich der Geschädigte beruft, tat-

sächlich um eine *Schutznorm* handelt. Andererseits muss geprüft werden, ob der Schädiger gegen die betreffende Norm überhaupt *verstossen* hat.

### 1. Qualifikation einer Norm als Schutznorm

Die Frage, ob eine bestimmte Norm als Schutznorm qualifiziert werden kann, beurteilt sich nach der von Lehre und Rechtsprechung entwickelten Schutzzwecktheorie. Diese Theorie beruht auf der Überlegung, dass nicht schon die Verletzung einer beliebigen Norm haftungsbegründend wirken kann, sondern nur die Verletzung einer Norm, die bestimmte Schädigungen verhindern will.<sup>31</sup> Damit eine Norm in einem konkreten Fall als Schutznorm angerufen werden kann, müssen im Grundsatz drei Bedingungen erfüllt sein: Der Geschädigte muss zu dem von der Norm geschützten Personenkreis gehören, die Norm muss das von der Schädigung betroffene Rechtsgut schützen wollen, und das betroffene Rechtsgut muss durch einen Vorgang verletzt worden sein, der durch die Norm gerade hätte verhindert werden sollen.<sup>32</sup> Ob diese Voraussetzungen erfüllt sind, ist durch Auslegung der in Frage stehenden Norm zu ermitteln, was sich bei Normen, die den geschützten Personenkreis oder das geschützte Rechtsgut nur unklar umschreiben, als äusserst schwierig erweisen kann.<sup>33</sup>

Dass es sich beim hier in Frage stehenden Art. 305<sup>bis</sup> StGB um eine Schutznorm handelt, hat das Bundesgericht erstmals in BGE 129 IV 322 entschieden. Die Qualifikation von Art. 305<sup>bis</sup> StGB als Schutznorm bereitet Schwierigkeiten, weil die genaue Definition des durch die Geldwäschereिनorm geschützten Rechtsguts unsicher ist. Einigkeit herrscht darüber, dass Art. 305<sup>bis</sup> StGB primär das Universalrechtsgut der Rechtspflege schützt. Umstritten ist in der Lehre hingegen, ob sekundär auch das Individualrechtsgut Vermögen geschützt wird.<sup>34</sup> Das Bundesgericht geht im zitierten Entscheid davon aus, dass die Geldwäschereिनorm auch individuelle Rechts-

<sup>26</sup> BGE 101 Ib 252; BGE 102 II 85. Diese Rechtsprechung ist in der Lehre teilweise auf heftige Kritik gestossen. Es wird vor allem eingewandt, dass Art. 239 StGB nicht den Schutz des Strom- bzw. Wasserbezügers bezwecke, sondern lediglich den Schutz des Betreibers der Anlage. Vgl. *Rey* (Fn. 17), N 702 mit weiteren Hinweisen.

<sup>27</sup> Vgl. *Gauch/Sweet* (Fn. 22), 125 f.; *Gauch* (Fn. 25), 233.

<sup>28</sup> *Gauch/Sweet* (Fn. 22), 136; *Lorandi* (Fn. 23), 26; *Rey* (Fn. 17), N 712.

<sup>29</sup> *Christophe Misteli*, La responsabilité pour le dommage purement économique, Diss. Lausanne 1999, 145 ff.; *Lorandi* (Fn. 23), 26; *Vito Roberto*, Deliktsrechtlicher Schutz des Vermögens, AJP 1999, 519; *Kramer* (Fn. 22), 132.

<sup>30</sup> BGE 133 III 323, Erw. 5.2.4.

<sup>31</sup> *Oftinger/Stark* (Fn. 18), § 4 N 41; *Brehm* (Fn. 17), N 38b zu Art. 41 OR; *Rey* (Fn. 17), N 698 ff.

<sup>32</sup> *Vito Roberto*, Schadensrecht, Habil. Zürich 1997, 84 f.; ähnlich auch *Misteli* (Fn. 29), 212 ff.

<sup>33</sup> *Lorandi* (Fn. 23), 23.

<sup>34</sup> *Jürg-Beat Ackermann*, in: Niklaus Schmid (Hrsg.), Kommentar Einziehung – Organisiertes Verbrechen – Geldwäscherei, Bd. I, Zürich 1998, N 48 ff. zu Art. 305<sup>bis</sup> StGB mit weiteren Hinweisen.

güter schütze, weil sie die Vereitelung der Einziehung sanktioniere, welche bei Eigentums- und Vermögensdelikten im Interesse des Geschädigten erfolge.<sup>35</sup> Diese Charakterisierung von Art. 305<sup>bis</sup> StGB als Schutznorm vermag zu überzeugen. Durch die Anerkennung des Geldwäschereitattbestands als Schutznorm wird eine Norm mit einem relativ weiten Anwendungsbereich zur Schutznorm erhoben, was vor dem Hintergrund des Postulats der Haftungsausweitung für reine Vermögensschäden grundsätzlich als begrüssenswert erscheint.

## 2. *Qualifikation eines Verhaltens als Normverstoss*

Mit der Frage, was unter «Verstoss» gegen eine Schutznorm zu verstehen ist, hat sich die schweizerische Doktrin bis anhin erstaunlicherweise kaum auseinandergesetzt. Dies mag damit zusammenhängen, dass die Frage zunächst trivial erscheint. Sie ist es jedoch, gerade wenn wie vorliegend der Verstoss gegen eine strafrechtliche Schutznorm zur Diskussion steht, nicht. In diesem Fall stellt sich nämlich die Frage, ob das Verhalten des Schädigers schon dann als Normverstoss – und damit als widerrechtlich – zu qualifizieren ist, wenn er den objektiven Tatbestand der Strafnorm verwirklicht, oder erst dann, wenn er auch den subjektiven Tatbestand erfüllt. Die Beantwortung dieser Frage ist deshalb relevant, weil sie Auswirkungen auf den für den Schadenersatzanspruch anwendbaren Verschuldensmassstab hat: Erachtet man die Verwirklichung des subjektiven Tatbestands zur Begründung der Widerrechtlichkeit für notwendig, ergibt sich der Verschuldensmassstab direkt aus diesem. Erfasst die Strafnorm nur die vorsätzliche Tatbegehung, ist demzufolge – abweichend von der Regel in Art. 41 Abs. 1 OR – auch lediglich ein vorsätzlich verursachter Schaden ersatzfähig. Lässt man hingegen bereits die Verwirklichung des objektiven Tatbestands zur Begründung der Widerrechtlichkeit genügen, ergibt sich der Verschuldensmassstab allein aus Art. 41 Abs. 1 OR. Damit wäre – unabhängig davon, ob die Schutznorm nur vorsätzliches oder auch fahrlässiges Verhalten sanktioniert – blosse Fahrlässigkeit zur Begründung des Schadenersatzanspruchs auf jeden Fall ausreichend.

Das Bundesgericht musste in seiner bisherigen Rechtsprechung noch nie Stellung zur aufgeworfenen

Frage beziehen. Im vorliegenden Fall hatte es jedoch auf die Problematik einzugehen, weil feststand, dass die Beklagte durch ihr Verhalten zwar den objektiven Tatbestand von Art. 305<sup>bis</sup> StGB verwirklicht hatte, nicht aber den subjektiven. Nach Lehre und Rechtsprechung stellt die Überweisung von deliktisch erlangten Guthaben von einem Konto im Inland auf ein Konto im Ausland bereits eine Geldwäschereihandlung dar, weil damit – trotz einem an sich weiter bestehenden «paper trail» – die Einziehung erschwert wird.<sup>36</sup> Durch die Überweisung der veruntreuten Gelder ins Ausland hatte die Beklagte den objektiven Tatbestand von Art. 305<sup>bis</sup> StGB somit unbestrittenmassen verwirklicht.<sup>37</sup> Dass die Beklagte den subjektiven Tatbestand der Geldwäschereinorm nicht erfüllte, stand für das Bundesgericht ebenso fest. Subjektiv setzt Art. 305<sup>bis</sup> StGB nach einhelliger Auffassung Vorsatz voraus, wobei Eventualvorsatz genügt.<sup>38</sup> Dass die Beklagte nicht mit Eventualvorsatz gehandelt hatte, wurde von der Vorinstanz für das Bundesgericht verbindlich festgestellt.<sup>39</sup>

In seiner Entscheidungsbegründung nimmt das Bundesgericht Bezug auf ein Urteil der Genfer Cour de justice. Diese hatte sich bereits 1998 mit der Frage auseinandergesetzt, was unter «Verstoss» gegen die Schutznorm von Art. 305<sup>bis</sup> StGB zu verstehen ist. Sie entschied, dass es zur Begründung der Widerrechtlichkeit genüge, wenn der Schädiger die objektiven Tatbestandsmerkmale von Art. 305<sup>bis</sup> StGB verwirklichte. Dem Umstand, dass Art. 305<sup>bis</sup> StGB nur die vorsätzliche Tatbegehung sanktioniert, massen die Genfer Richter zivilrechtlich keine Bedeutung zu. Sie folgerten aus Art. 53 Abs. 2 OR, dass der Zivilrichter hinsichtlich des Verschuldens nicht an die strafrechtlichen Regeln gebunden sei. Weiter ergebe sich auch aus der Tatsache, dass Widerrechtlichkeit und Verschulden im Rahmen von Art. 41 Abs. 1 OR zwei

<sup>36</sup> *Mark Pieth*, in: Basler Kommentar zum schweizerischen Strafrecht II (Art. 111–392 StGB), Basel 2003, N 41 zu Art. 305<sup>bis</sup> StGB; *Andreas Donatsch/Wolfgang Wohlers*, Strafrecht IV, Delikte gegen die Allgemeinheit, 3. A., Zürich 2004, 400; Arrêt de la Cour de justice du canton de Genève vom 15. September 2006 (C/8817/1999), Erw. 3.4.

<sup>37</sup> Arrêt de la Cour de justice du canton de Genève vom 15. September 2006 (C/8817/1999), Erw. 3.4.

<sup>38</sup> *Mark Pieth* (Fn. 36), N 46 zu Art. 305<sup>bis</sup> StGB; *Donatsch/Wohlers* (Fn. 36), 402.

<sup>39</sup> BGE 133 III 323, Erw. 5.2; Arrêt de la Cour de justice du canton de Genève vom 15. September 2006 (C/8817/1999), Erw. 5.2.3.

<sup>35</sup> BGE 129 IV 322, Erw. 2.2.

getrennt zu beurteilende Haftungsvoraussetzungen seien, dass zur Begründung der Widerrechtlichkeit auf die Verwirklichung des subjektiven Tatbestands der Schutznorm verzichtet werden könne.<sup>40</sup>

Dieses Urteil löste im Schrifttum einige Reaktionen aus, welche das Bundesgericht in seiner Entscheidungsbegründung ebenfalls referiert: Am ausführlichsten hat sich *Chappuis* mit der Rechtsprechung der Cour de justice befasst. Er wirft ihr vor, ein falsches Verständnis von Art. 53 Abs. 2 OR entwickelt zu haben.<sup>41</sup> Art. 53 Abs. 2 OR besage lediglich, dass für den Zivilrichter ein allfälliges Strafurteil hinsichtlich der Verschuldensfrage nicht verbindlich sei. Hingegen könne aus Art. 53 Abs. 2 OR nicht abgeleitet werden, dass der Zivilrichter überhaupt nicht an die strafrechtlichen Regeln gebunden sei. Der Autor kritisiert auch das Vorgehen der Cour de justice: Übertrage man die strafrechtliche Widerrechtlichkeit ohne das subjektive Element des Vorsatzes ins Zivilrecht, komme dies einer Verzerrung der Strafnorm gleich, weil damit nur ein Teil der strafrechtlichen Norm verwendet werde, obwohl klar sei, dass dieser Teil für sich allein nicht existieren würde.<sup>42</sup> *Cassani* übt gleichfalls Kritik am Genfer Entscheid. Sie betont, dass dem Vorsatz als subjektives Element für die Definition des Tatbestands von Art. 305<sup>bis</sup> StGB eine Schlüsselfunktion zukomme. Der subjektive Tatbestand der Geldwäschereिनorm sei deshalb auch im Rahmen der zivilrechtlichen Haftung zu berücksichtigen.<sup>43</sup> Auch *Ackermann* meldet gegenüber dem Urteil der Cour de justice Bedenken an. Er weist darauf hin, dass mitunter bereits völlig alltägliche Geschäftsvorgänge in der Finanzwirtschaft den objektiven Tatbestand von Art. 305<sup>bis</sup> StGB erfüllen würden. Es sei deshalb fraglich, ob die zivilrechtliche Haftung noch sachlich begrenzt sei, wenn man das Vorsatzerfordernis von Art. 305<sup>bis</sup> StGB ausser Acht lasse.<sup>44</sup> *Misteli*

schliesslich führt mit Bezug auf den Entscheid aus, dass eine zivilrechtliche Haftung für fahrlässig verursachte Schädigungen, die auf eine Strafnorm abgestützt werde, die einen Vorsatz voraussetze, theoretisch zwar denkbar sei. Die automatische Transposition einer Norm aus dem Strafrecht ins Zivilrecht werde jedoch fraglich, wenn man ein Element der Norm isoliere, um ihm zivilrechtlich eine weit grössere Tragweite beizumessen, als ihm im Strafrecht zukomme. Der Autor kommt zum Schluss, dass für jede Strafnorm, die nur vorsätzliches Verhalten sanktioniere, gesondert geprüft werden müsse, ob gestützt auf sie eine zivilrechtliche Haftung für bloss fahrlässiges Verhalten begründet werden könne.<sup>45</sup>

Vor dem Entscheid der Cour de justice hat sich einzig *Aepli* mit der Frage auseinandergesetzt, ob zur Begründung der Widerrechtlichkeit auch auf den subjektiven Tatbestand einer strafrechtlichen Schutznorm abgestellt werden muss. Er bejaht die Frage mit dem Argument, dass der Gesetzgeber durch den Erlass einer konkreten Schutznorm zum Ausdruck gebe, dass er das Vermögen nur unter den betreffenden Voraussetzungen schützen wolle. Letztlich handle es sich jedoch um eine Wertungsfrage und auch die Gegenposition zu der von ihm eingenommenen sei an sich möglich.<sup>46</sup>

Beim Blick auf diese Lehrmeinungen fällt auf, dass diejenigen Autoren – wie *Chappuis* und *Cassani* –, welche die Frage von einem eher strafrechtlichen Standpunkt aus betrachten, sich dezidiert dafür aussprechen, den subjektiven Tatbestand der Schutznorm bei der Begründung der Widerrechtlichkeit zu berücksichtigen. Diejenigen Autoren hingegen – wie *Misteli* und *Aepli* –, welche die Problematik eher von einem zivilrechtlichen Standpunkt aus beleuchten, halten ein Abstellen allein auf den objektiven Tatbestand zumindest für «denkbar» oder «möglich». Dies lässt die Frage nach der Ursache dieser verschiedenen Sichtweisen aufkommen. Es mag mit ein Grund für die unterschiedliche Optik sein, dass dem strafrechtlichen Delikttaufbau eine andere Handlungslehre

<sup>40</sup> Arrêt de la Cour de justice du canton de Genève vom 20. Februar 1998, Erw. 8 und 9, publiziert in SJ 1998, 646 ff.

<sup>41</sup> *Benoît Chappuis*, La notion d'illicéité civile à la lumière de l'illicéité pénale, Réflexions sur la responsabilité civile du blanchisseur d'argent par négligence, SJ 2000 II, 311 f.

<sup>42</sup> *Chappuis* (Fn. 41), 310.

<sup>43</sup> *Ursula Cassani*, Le blanchiment d'argent, un crime sans victime? in: Jürg-Beat Ackermann/Andreas Donatsch/Jörg Rehberg (Hrsg.), Wirtschaft und Strafrecht: Festschrift für Niklaus Schmid zum 65. Geburtstag, Zürich 2001, 411.

<sup>44</sup> *Jürg-Beat Ackermann*, Geldwäschereिनormen – taugliche Vehikel für den privaten Geschädigten?, in: Niklaus Schmid/

Jürg-Beat Ackermann (Hrsg.), Wiedererlangung widerrechtlich entzogener Vermögenswerte mit Instrumenten des Straf-, Zivil-, Vollstreckungs- und internationalen Rechts, Zürich 1999, 49.

<sup>45</sup> *Misteli* (Fn. 29), 254 f.

<sup>46</sup> *Viktor Aepli*, Zum Verschuldensmassstab bei der Haftung für reinen Vermögensschaden nach Art. 41 OR, SJZ 93 (1997), 408.

zugrunde liegt als dem zivilrechtlichen: In der Zivilrechtsdogmatik werden Widerrechtlichkeit und Verschulden traditionell als zwei verschiedene Haftungsvoraussetzungen geprüft. Diesem Deliktsaufbau entsprach lange Zeit auch die Strafrechtslehre, die gestützt auf die kausale Handlungslehre Vorsatz und Fahrlässigkeit ebenfalls als Schulselemente auffasste.<sup>47</sup> Im Gefolge der finalen Handlungslehre ist die Strafrechtsdogmatik jedoch dazu übergegangen, Vorsatz und Fahrlässigkeit als (subjektive) Elemente des Tatbestands zu betrachten. Vor diesem Hintergrund wird klarer, dass es aus strafrechtlicher Sicht eigentlich eine Selbstverständlichkeit darstellt, von einem Schutznormverstoss – und damit von Widerrechtlichkeit – nur dann auszugehen, wenn auch die subjektiven Tatbestandsmerkmale einer Norm erfüllt sind. Dagegen scheint dieser Schluss für den Zivilrechtler weniger zwingend, denn er ist gewohnt, unter Widerrechtlichkeit nur einen objektiven Normverstoss zu verstehen und das Verschulden getrennt zu beurteilen.<sup>48</sup>

Geht man nun davon aus, dass das strafrechtliche Verständnis von Normverstoss und Widerrechtlichkeit für den Zivilrechtler nicht a priori zwingend ist, fragt es sich, welche Argumente für die Übernahme der subjektiven Tatbestandserfordernisse der strafrechtlichen Schutznorm ins Zivilrecht sprechen. Als Argument könnte man zunächst daran denken, dass die Einheit der Rechtsordnung eine Koordination von Zivil- und Strafrecht gebietet. Diese Argumentation wird teilweise in der deutschen Lehre vorgebracht.<sup>49</sup> Der Gedanke der Harmonisierung von Zivil- und Strafrecht ist auch der schweizerischen Rechtsordnung nicht unbekannt: Er liegt beispielsweise der Verjährungsregelung von Art. 60 Abs. 2 OR zugrunde. Nach Art. 60 Abs. 2 OR gilt eine allfällig längere strafrechtliche Verjährungsfrist auch für den Zivilanspruch. Damit soll die unbefriedigende Situation

verhindert werden, dass der Täter für die schädigende Handlung zwar noch bestraft, der zivilrechtliche Ausgleich des Schadens aufgrund der Verjährung aber nicht mehr durchgesetzt werden kann.<sup>50</sup> Anhand dieses Beispiels lässt sich aufzeigen, dass es schweizerischem Rechtsempfinden entspricht, dass den strafbaren Täter auch eine zivilrechtliche Haftung treffen soll. Dass die Koordination von Zivil- und Strafrecht jedoch so weit geht, dass ein nicht strafbarer Täter auch nicht zivilrechtlich haftbar werden kann, lässt sich hingegen nicht feststellen. Dies zeigt das Beispiel der fahrlässigen Sachbeschädigung: Nach Art. 144 StGB macht sich ein Täter, der eine Sache bloss fahrlässig beschädigt, nicht strafbar. Dennoch begründet eine fahrlässige Sachbeschädigung zweifelsohne einen Schadenersatzanspruch nach Art. 41 Abs. 1 OR. Allein mit dem Gedanken der Harmonisierung von Zivil- und Strafrecht lässt sich die Übernahme des subjektiven Tatbestands der Schutznorm ins Zivilrecht somit nicht begründen. Wie das Beispiel der fahrlässigen Sachbeschädigung zeigt, ist es durchaus möglich, dass das Zivilrecht Schäden für ersatzfähig erachtet, die auf einem Verhalten beruhen, das nicht strafbar ist. Insofern ist auch eine zivilrechtliche Haftung für fahrlässig begangene Geldwäscherei nicht von vornherein ausgeschlossen. Es ist festzuhalten, dass das Zivilrecht autonom ist in der Entscheidung, unter welchen Voraussetzungen es einen Schaden für ersatzfähig erachtet. Dies ergibt sich nur schon aus dem Umstand, dass das Zivilrecht andere Zwecke verfolgt als das Strafrecht. Anders als im Strafrecht geht es im Zivilrecht um den gerechten Ausgleich zurechenbar verursachter Schäden.

Als weiteres Argument für die Übernahme der subjektiven Tatbestandserfordernisse der strafrechtlichen Schutznorm ist an das Bedürfnis einer sachgerechten Haftungsbegrenzung zu denken.<sup>51</sup> Wie einleitend erwähnt wurde, bestehen durchaus ernst zu nehmende Bedenken gegenüber einer konturlosen Haftung für reine Vermögensschäden. Mit der Übernahme der Erfordernisse des subjektiven Tatbestands wird – da die meisten strafrechtlichen Vermögensschutznormen nur die vorsätzliche Tatbegehung er-

<sup>47</sup> Zur Bedeutung der verschiedenen Handlungslehren für den strafrechtlichen Deliktsaufbau vgl. *Günther Stratenwerth*, Die Bedeutung der finalen Handlungslehre für das schweizerische Strafrecht, ZStrR 1965, 179 ff.

<sup>48</sup> So ausdrücklich *Rey* (Fn. 17), N 670.

<sup>49</sup> Vgl. *Heinrich Dörner*, Zur Dogmatik der Schutzgesetzverletzung – BGH, NJW 1982, 1037 und NJW 1985, 134, JuS 1987, 523 mit weiteren Hinweisen. In Deutschland entspricht es herrschender Lehre und Rechtsprechung, dass die subjektiven Voraussetzungen des Schutzgesetzes auch für den zivilrechtlichen Schadenersatzanspruch relevant sind.

<sup>50</sup> *Brehm* (Fn. 17), N 67 zu Art. 60 OR; *Rey* (Fn. 17), N 1663.

<sup>51</sup> *Ackermann* (Fn. 44), 49; ähnlich auch *Aepli* (Fn. 46), 408.

fassen<sup>52</sup> – in der Mehrzahl der Fälle das strafrechtliche Vorsatzerfordernis ins Zivilrecht übertragen. Damit beurteilt sich das Verschulden – und folglich die Haftung – nach einem weit strengeren Massstab als nach Art. 41 Abs. 1 OR. Dass die Haftungsbeschränkung, die durch die Übernahme des strafrechtlichen Vorsatzerfordernisses bewirkt wird, notwendig sein kann, zeigt sich bei Strafnormen mit einem sehr offen gefassten objektiven Tatbestand. Erfasst eine Strafnorm objektiv eine Vielzahl von Verhaltensweisen, wird die Strafbarkeit typischerweise mittels des subjektiven Tatbestands eingeschränkt. Diese Einschränkung muss auch auf die zivilrechtliche Haftung durchschlagen, damit diese zweckmässig begrenzt bleibt. Um eben eine solche Norm mit wenig selektivem objektiven Tatbestand handelt es sich bei dem in Frage stehenden Art. 305<sup>bis</sup> StGB. In der strafrechtlichen Lehre wird zu Recht darauf hingewiesen, dass der objektive Tatbestand der Geldwäschereinorm praktisch keine Konturen aufweist.<sup>53</sup> Deshalb ist es geboten, dass der subjektive Tatbestand von Art. 305<sup>bis</sup> StGB auch im Rahmen der zivilrechtlichen Haftung berücksichtigt wird. Ansonsten bestünde die Gefahr, dass die Haftung im Zusammenhang mit ganz alltäglichen Dienstleistungen im Finanzsektor kaum mehr sachgerecht begrenzt wäre.

Wie dargelegt, ist das Zivilrecht autonom in der Entscheidung, unter welchen Voraussetzungen es einen Schaden für ersatzfähig erachtet. Insofern ist es auch autonom, darüber zu befinden, ob es an den Verstoss gegen eine Strafnorm einen Zivilanspruch knüpft. Falls es dies – wie in der schweizerischen Rechtsordnung – tut, dann ist die Anknüpfung der zivilrechtlichen Haftung an den Verstoss gegen eine Strafnorm u.E. jedoch in aller Regel als integraler Verweis auf das Strafrecht – also auf den objektiven und den subjektiven Tatbestand der Strafnorm – zu verstehen. Dies ergibt sich aus folgender Überlegung: Eine Strafnorm legt nicht nur fest, dass diejenigen Verhaltensweisen, welche unter die Norm fallen, verboten sind, sondern bringt indirekt auch zum Ausdruck, dass Verhaltensweisen, die nicht von der Norm erfasst werden, erlaubt sein sollen. So ergibt sich beispielsweise aus dem Umstand, dass der Gesetzgeber nur die vorsätzliche Geldwäscherei pönalisiert, dass

deren bloss fahrlässige Begehung implizit erlaubt ist. Nun wäre es aber widersprüchlich, für die Begründung der zivilrechtlichen Widerrechtlichkeit von reinen Vermögensschädigungen zwar auf den Verstoss gegen eine Strafnorm – und damit die strafrechtliche Widerrechtlichkeit – zu verweisen, aber dennoch eine Handlung, die das Strafrecht zumindest stillschweigend erlaubt, zivilrechtlich als unerlaubte Handlung zu qualifizieren. Dies heisst nun aber nicht, dass eine Handlung, die strafrechtlich keine Widerrechtlichkeit darstellt, weil der Täter bloss fahrlässig und nicht vorsätzlich handelt, zivilrechtlich völlig irrelevant wäre. Es wäre gut vorstellbar, dass eine solche Handlung als dem allgemeinen Anstandsgefühl widersprechend qualifiziert werden müsste und damit aus zivilrechtlicher Sicht eine Sittenwidrigkeit darstellen würde. Hier zeigt sich jedoch, dass das Zivilrecht an solche nicht widerrechtlichen, sondern bloss den allgemeinen Wertvorstellungen widersprechenden Handlungen nur mit grosser Zurückhaltung einen Schadenersatzanspruch knüpft. Nach Art. 41 Abs. 2 OR führt eine sittenwidrige Schädigung nämlich nur dann zu einem Schadenersatzanspruch, wenn der Schädiger absichtlich gehandelt hat.

Der Entscheid des Bundesgerichts vermag im Licht der obigen Ausführungen zu überzeugen. Von einem Schutznormverstoss ist bei Art. 305<sup>bis</sup> StGB nur auszugehen, wenn der Schädiger vorsätzlich handelt. Dies ergibt sich einerseits aus dem Bedürfnis einer sachgerechten Begrenzung der Haftung, andererseits auch aus dogmatischen Überlegungen. In der Entscheidungsbegründung argumentiert das Bundesgericht hauptsächlich damit, dass sich der Tatbestand von Art. 305<sup>bis</sup> StGB aus objektiven und subjektiven Tatbestandselementen zusammensetze, die nicht voneinander abgetrennt werden dürfen. Insofern bewegt sich das Bundesgericht auf einer ausgeprägt strafrechtlichen Ebene. Diese Optik ist für das Zivilrecht jedoch wie aufgezeigt nicht zwingend.

### C. Widerrechtlichkeit aufgrund der Verletzung einer Verkehrssicherungspflicht

Als Verkehrssicherungspflicht wird die allgemeine Rechtspflicht bezeichnet, bei Schaffung bzw. Unterhaltung einer besonderen Gefahrenlage ent-

<sup>52</sup> Honsell (Fn. 22), § 2 N 5.

<sup>53</sup> Günther Strathenwerth, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II: Straftaten gegen Gemeininteressen, 5. A., Bern 2000, § 55 N 28; Donatsch/Wohlens (Fn. 36), 395.

sprechende Sicherheitsvorkehrungen zu treffen.<sup>54</sup> Verkehrssicherungspflichten stellen einen Ausfluss des sog. Gefahrensatzes dar.<sup>55</sup> Nach dem Gefahrensatz ist derjenige, welcher einen Zustand schafft, der einen anderen schädigen könnte, verpflichtet, die zur Vermeidung eines Schadens erforderlichen Vorsichtsmassnahmen zu treffen.<sup>56</sup> Über die Funktion des Gefahrensatzes sind sich Lehre und Rechtsprechung uneins: Ein Teil der Doktrin ordnet dem Gefahrensatz Bedeutung im Bereich der Widerrechtlichkeit zu. Nach dieser Auffassung begründet der Gefahrensatz eine besondere Pflicht zum Tätigwerden. Der Verstoss gegen den Gefahrensatz stellt somit eine widerrechtliche Unterlassung dar.<sup>57</sup> Andere Autoren messen dem Gefahrensatz demgegenüber lediglich eine Funktion bei der Beurteilung des Verschuldens zu. Nach dieser Auffassung stellt die Verletzung des Gefahrensatzes eine Sorgfaltspflichtverletzung dar und begründet damit Fahrlässigkeit.<sup>58</sup> Das Bundesgericht schwankte lange zwischen einer Einordnung des Gefahrensatzes bei der Widerrechtlichkeit und dem Verschulden.<sup>59</sup> In BGE 119 II 127 hat das Bundesgericht den Beizug des Gefahrensatzes zur Begründung der Widerrechtlichkeit eines reinen Vermögensschadens ausdrücklich abgelehnt.<sup>60</sup> Es führt in dieser Entscheidung aus, dass der Gefahrensatz nicht als Ersatz für eine fehlende Schutznorm herbeigezogen werden dürfe. Diese Rechtsprechung ist vom Bundesgericht seither wiederholt bestätigt worden.<sup>61</sup>

Deshalb erstaunt es, dass das Bundesgericht im vorliegenden Entscheid ohne weitere Ausführungen untersucht, ob sich die Widerrechtlichkeit der Vermögensschädigung mit der Verletzung einer – aus dem Gefahrensatz fliessenden – Verkehrssicherungs-

pflicht begründen lässt. Das Bundesgericht zieht soweit ersichtlich überhaupt zum ersten Mal die Verletzung einer Verkehrssicherungspflicht zur Begründung der Widerrechtlichkeit eines reinen Vermögensschadens in Betracht. Bislang traten Verkehrssicherungspflichten in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung lediglich im Zusammenhang mit Körperschäden – vor allem bei Skiunfällen – in Erscheinung.<sup>62</sup> Umso mehr überrascht, dass das Bundesgericht diesen erstmaligen Rückgriff auf eine Verkehrssicherungspflicht im Zusammenhang mit einem reinen Vermögensschaden nicht weiter begründet, sondern lediglich auf den Entscheid BGE 126 III 113 und eine Lehrmeinung verweist.<sup>63</sup>

In BGE 126 III 113 ging es um die Haftbarkeit eines Skiliftunternehmens für einen Körperschaden, den ein Skifahrer durch den Aufprall gegen einen nicht gepolsterten Skiliftmast erlitten hatte. Das Bundesgericht prüfte, ob das Unterlassen der Polsterung eine Verkehrssicherungspflicht verletzt und damit eine widerrechtliche Unterlassung darstellt.<sup>64</sup> Dabei hielt es fest, dass sich Verkehrssicherungspflichten einerseits aus Bestimmungen auf Gesetzes- oder Verordnungsstufe, andererseits aber auch aus allgemein anerkannten Regelungen von privaten oder halbstaatlichen Organisationen ergeben können. An dieser Rechtsprechung scheint sich das Bundesgericht im vorliegenden Fall zu orientieren, wenn es prüft, ob sich eine Verletzung von Verkehrssicherungspflichten aus der Verletzung des GwG, der Geldwäschereiverordnung der EBK und der Empfehlungen der FATF ergibt.

Neben BGE 126 III 113 verweist das Bundesgericht auf *Misteli*. Dieser tritt mit einem Teil der jüngeren Lehre für die Anerkennung von Verkehrssicherungspflichten zum Schutz fremder Vermögensinteressen ein.<sup>65</sup> Darunter versteht der Autor aus dem allgemeinen Gefahrensatz abgeleitete konkrete Verhaltenspflichten zugunsten des Vermögens.<sup>66</sup> Wie die übrigen Autoren, die sich für eine Anerkennung von

<sup>54</sup> Kurt Johannes Furgler, Die Verkehrssicherungspflicht im schweizerischen Haftpflichtrecht, Diss. Freiburg 1978, 58.

<sup>55</sup> Furgler (Fn. 54), 60 f.; Misteli (Fn. 29), 137; Brehm (Fn. 17), N 51a zu Art. 41 OR; Honsell (Fn. 22), § 4 N 32.

<sup>56</sup> Offinger/Stark (Fn. 18), § 4 N 44; Brehm (Fn. 17), N 51 zu Art. 41 OR; Rey (Fn. 17), N 753.

<sup>57</sup> Henri Deschenaux/Pierre Tercier, La responsabilité civile, 2. A., Bern 1982, § 6 N 46; Erich Bosshard, Neuere Tendenzen in der Lehre zum Begriff der Widerrechtlichkeit nach Art. 41 OR, Diss. Zürich 1988, 77.

<sup>58</sup> Brehm (Fn. 17), N 51c und 201 zu Art. 41 OR; Rey (Fn. 17), N 866.

<sup>59</sup> Vgl. die Nachweise bei Brehm (Fn. 17), N 51e zu Art. 41 OR.

<sup>60</sup> BGE 119 II 127, Erw. 3.

<sup>61</sup> BGE 124 III 297, Erw. 5b; BGer. 4C.119/2000, Erw. 2b.

<sup>62</sup> BGE 121 III 358, Erw. 4; BGE 130 III 193, Erw. 2; vgl. auch die Nachweise bei Honsell (Fn. 22), § 4 N 33.

<sup>63</sup> BGE 133 III 323, Erw. 5.2.4.

<sup>64</sup> BGE 126 III 113, Erw. 2.

<sup>65</sup> Misteli (Fn. 29), 145 ff.; Lorandi (Fn. 23), 26; Roberto (Fn. 29), 519; Kramer (Fn. 22), 132. Für Deutschland grundlegend Christian von Bar, Verkehrspflichten, Richterliche Gefahrensteuerungsgebote im deutschen Deliktsrecht, Habil. Köln 1980, 204 ff.

<sup>66</sup> Misteli (Fn. 29), 135.

Verkehrssicherungspflichten für fremdes Vermögen aussprechen, ordnet er die Verkehrssicherungspflichten dem ungeschriebenen Recht zu.<sup>67</sup> Das Bundesgericht prüft unter dem Gesichtspunkt der Verkehrssicherungspflichtverletzung nun aber wie ausgeführt die Verletzung des GwG und der Geldwäschereiverordnung der EBK, also von geschriebenem Recht. Anders als bei BGE 126 III 113, an welchem sich das Bundesgericht dabei zu orientieren scheint, geht es vorliegend jedoch nicht um die Begründung der Rechtswidrigkeit einer Unterlassung, sondern um die Widerrechtlichkeit eines reinen Vermögensschadens. Unklar ist deshalb, warum das Bundesgericht die Verletzung von GwG und Geldwäschereiverordnung der EBK unter dem Aspekt der Verkehrssicherungspflichtverletzung prüft und nicht unter dem Gesichtspunkt der Schutznormverletzung. Auffallend ist in diesem Zusammenhang auch, dass das Bundesgericht neben dem Begriff «obligation de sécurité» auch den Begriff «norme de sécurité» verwendet.<sup>68</sup> Damit bleibt ungewiss, ob das Bundesgericht tatsächlich Verkehrssicherungspflichten im Sinne der neueren Lehre anerkennt oder ob es mit dem Begriff der Verkehrssicherungspflicht lediglich eine andere Bezeichnung für Schutznorm verwendet. Weiter bleibt auch unklar, ob das Bundesgericht seine Rechtsprechung, wonach der Gefahrensatz nicht als Ersatz für eine fehlende Schutznorm herbeigezogen werden dürfe, mit dem vorliegenden Entscheid stillschweigend aufgibt. Dafür zu sprechen scheint, dass *Misteli* an der vom Bundesgericht zitierten Stelle diese Rechtsprechung ausdrücklich ablehnt.<sup>69</sup>

#### IV. Fazit

Das Bundesgericht bestätigt mit dem vorliegenden Entscheid seine Rechtsprechung, wonach es sich bei Art. 305<sup>bis</sup> StGB um eine Schutznorm handelt. Es befasst sich erstmals mit der Frage, ob zur Bejahung eines Verstosses gegen eine strafrechtliche Schutznorm lediglich der objektive Tatbestand erfüllt werden muss oder ob es daneben erforderlich ist, dass auch der subjektive Tatbestand verwirklicht wird. Das Bundesgericht kommt zum überzeugenden Schluss, dass es zur Begründung der Widerrechtlichkeit nicht genügt, wenn der Schädiger objektiv zwar eine Geldwäschereihandlung vornimmt, subjektiv jedoch nicht mit Vorsatz handelt. Fahrlässige Geldwäscherei stellt nach dieser Rechtsprechung somit keine unerlaubte Handlung i.S.v. Art. 41 Abs. 1 OR dar. Ebenfalls zum ersten Mal taucht in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung der Begriff der Verkehrssicherungspflicht im Zusammenhang mit einem reinen Vermögensschaden auf. Aufgrund der in diesem Punkt lakonischen Entscheidbegründung lässt sich jedoch schwer beurteilen, was das Bundesgericht mit dem Begriff der Verkehrssicherungspflicht genau meint. Ungewiss bleibt auch, ob das Bundesgericht seine frühere Rechtsprechung, nach welcher der Gefahrensatz zur Begründung der Widerrechtlichkeit reiner Vermögensschäden nicht herbeigezogen werden darf, mit dem vorliegenden Entscheid wieder aufgibt.

<sup>67</sup> *Misteli* (Fn. 29), 135; *Lorandi* (Fn. 23), 26; *Roberto* (Fn. 29), 519.

<sup>68</sup> BGE 133 III 323, Erw. 5.2.4.

<sup>69</sup> *Misteli* (Fn. 29), 236.