



Kommentar zu: Urteil: [6B_689/2016](#) vom 14. August 2018, zur Publikation vorgesehen

Sachgebiet: Straftaten

Gericht: Bundesgericht

Spruchkörper: Strafkammer

dRSK-Rechtsgebiet: Strafrecht

[De](#) | [Fr](#) | [It](#) | 

Retrozession und ungetreue Geschäftsbesorgung

Die strafrechtliche Relevanz des Verschweigens von Retrozessionen im Rahmen der ungetreuen Geschäftsbesorgung nach Art. 158 StGB

Autor / Autorin

Daniel Donauer, Theodor Härtsch

walderwyss

Redaktor / Redaktorin

Andreas Eicker



Aufgrund des Verschweigens von angefallenen Retrozessionen sowie weiteren Vergütungen einer Depotbank wurde ein Vermögensverwalter vom Obergericht des Kantons Wallis unter anderem wegen ungetreuer Geschäftsbesorgung nach Art. 158 StGB verurteilt. Das Bundesgericht stützte den Entscheid der Vorinstanz und erhielt erstmals die Gelegenheit, sich generell über die Anwendbarkeit von Art. 158 Ziff. 1 StGB in Bezug auf verschwiegene Retrozessionen zu äussern.

Sachverhalt

[1] Mit Urteil vom 7. September 2015 sprach das Bezirksgericht Sierre den X. (Beschuldigter, Beschwerdeführer) unter anderem wegen ungetreuer Geschäftsbesorgung schuldig. Er wurde insgesamt zu fünf Jahren und sechs Monaten Freiheitsentzug sowie zu einer Geldstrafe in Höhe von 200 Tagessätzen à CHF 10 pro Tag verurteilt.

[2] Die Erste Strafkammer des Obergerichts des Kantons Wallis urteilte am 4. Mai 2016 über die Beschwerde des Angeklagten. Sie wies die Beschwerde ab; der Beschwerdeführer verlangte darin unter anderem einen Freispruch für den Straftatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung. Die Strafkammer reduzierte die Freiheitsstrafe jedoch auf vier Jahre und sechs Monate; schliesslich hob sie die Geldstrafe auf. Im Übrigen wurde das Urteil des Bezirksgerichts nicht angefochten.

[3] Dem Urteil liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Am 1. Oktober 2001 wurde der Beschuldigte alleiniger Aktionär der Y. AG, die im Bereich Vermögensverwaltung tätig war. Als Geschäftsführer dieses Unternehmens verwaltete der Beschuldigte das Vermögen von etwa sechzig Kunden. Ab 2005 wurden sodann auch A. und verschiedene Mitglieder von deren Familie zu Kunden der Gesellschaft. Im Jahre 2007 war A. aufgrund ihres fortgeschrittenen Alters nicht mehr in der Lage, ihr Vermögen selber zu verwalten. Am 17. August des betreffenden Jahres wurde sie von der zuständigen Vormundschaftsbehörde der Gemeinde Lens entmündigt; der Beschuldigte wurde zu ihrem Beistand ernannt.

[4] Die verwalteten Vermögenswerte erlitten insbesondere aufgrund der Finanzmarktkrise im Jahre 2007

Wertverluste. Der Beschuldigte versuchte, diese Verluste vor den Kunden zu verbergen, indem er ihnen gefälschte Kontoauszüge zustellte. Er liquidierte einen Teil der verwalteten Vermögenswerte, um die Rückerstattungsforderungen anderer Kunden befriedigen zu können. Sodann fälschte er verschiedene Dokumente, um das Personal der Depotbank zu täuschen.

[5] Die Depotbank belastete Kommissionen auf dem Kundenvermögen und trat diese teilweise an die Y. AG ab. Für den Zeitraum vom zweiten Quartal des Jahres 2007 bis Ende 2010 beliefen sich diese Retrozessionen insgesamt auf CHF 270'542.38. Zudem überwies die Bank CHF 134'705.66 an die Gesellschaft für die Einlagen der Kunden während den Jahren 2007 und 2008. Der Beschuldigte informierte die Kunden nicht über diese Retrozessionen und Zahlungen. Auch überwies er ihnen diese Geldsummen nicht.

[6] Der Beschuldigte hatte der Vormundschaftsbehörde mitgeteilt, dass er auf das Vermögen von A. Verwaltungsgebühren in Höhe von 0.5% pro Jahr erheben würde. In Wirklichkeit aber erhob er Gebühren in Höhe von 1.1%, ohne eine Genehmigung einzuholen. Die zu viel vereinnahmten Honorare betragen insgesamt CHF 334'172.50.

[7] X. beantragte beim Bundesgericht unter anderem, ihn von den Anschuldigungen der ungetreuen Geschäftsbesorgung freizusprechen.

Erwägungen

[8] Der Beschwerdeführer (bzw. Beschuldigte) bestreitet weder, sich der Veruntreuung noch der Urkundenfälschung zu Lasten der Kunden der Y. AG noch des Steuerbetrugs schuldig gemacht zu haben. Hingegen bestreitet er unter anderem, *ungetreue Geschäftsbesorgung* begangen zu haben (E. 2).

[9] Das Bundesgericht hält im Wesentlichen fest: Die Y. AG stand in einem Auftragsverhältnis zu ihren Kunden. Art. 400 Abs. 1 [OR](#) verpflichtete diese, ihren Kunden Rechenschaft abzulegen sowie jene über die Retrozessionen und die ihr von der Depotbank zufließende Zahlungen zu informieren. Darüber hinaus schuldete die Y. AG ihren Kunden die Herausgabe dieser Beträge. Als Organ der Y. AG. war es die Pflicht des Beschwerdeführers gewesen, die Kunden zu informieren. Indem er dies unterliess, machte er sich der ungetreuen Geschäftsbesorgung gemäss Art. 158 Ziff. 1 [StGB](#) schuldig (E. 3).

[10] Diese Pflichten der Y. AG sind im Lichte der Rechtsprechung zu Art. 400 Abs. 1 OR unbestreitbar (vgl. [BGE 143 III 348](#) E. 5.2.1; [138 III 755](#) E. 4.2; [137 III 393](#) E. 2.1); dies stellt übrigens auch der Beschwerdeführer nicht in Frage. Jedoch bestreitet er, sich dadurch strafbar gemacht zu haben, dass er seinen Kunden die Retrozessionen und die Zahlungen verschwie. Alleine die Verletzung einer Rückzahlungspflicht eines Geldbetrages, welchen der Vermögensverwalter von einem Dritten erhalten habe, falle nicht unter den Tatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung. Vielmehr müsse das empfangene Geld den Vermögensverwalter zusätzlich zu einem Verhalten *veranlasst* haben, das den wirtschaftlichen Interessen des Auftraggebers entgegenstehe und infolgedessen für letzteren schädlich sei ([BGE 129 IV 124](#) E. 4.1). Vorliegend lasse sich kein solcher Einfluss der Retrozessionen und Zahlungen auf den Beschwerdeführer feststellen (E. 3.1).

[11] Das Bundesgericht hatte bisher nicht geprüft, ob Retrozessionen, die ein Vermögensverwalter von der Depotbank erhält, vom Anwendungsbereich des Art. 158 Ziff. 1 StGB erfasst werden. Gemäss mehrerer Autoren begehe der Vermögensverwalter, der unter Verletzung von Art. 400 Abs. 1 OR seinem Kunden die Leistungsansprüche, die er von der Depotbank erhält, verschweigt, ungetreue Geschäftsbesorgung, weil der Kunde mangels erforderlicher Informationen nicht in der Lage sei, vom Vermögensverwalter die Rückerstattung zu fordern, und er so einen Schaden erleide (MARTIN SCHUBARTH, *Retrozession und ungetreue Geschäftsbesorgung*, in *Anlagerecht*, 2007, S. 169 Rz. 4; [Die Bedeutung der neuen Retrozessionsentscheidung des Bundesgerichts für das Konzernstrafrecht](#), Jusletter, 17. Dezember 2012, Nr. 8/12; ELIANE HIESTAND, *Strafrechtliche Risiken von Vergütungszahlungen im Vermögensverwaltungsgeschäft*, 2014, S. 176 ff, S. 182; RENATE SCHWOB, *Retrozessionen: Betrachtungen zur strafrechtlichen Relevanz für eine Bank*, ZStrR 2012, S. 121, S. 134; MARC ENGLER, *Retrozessionen aus strafrechtlicher Perspektive: ungetreue Geschäftsbesorgung, Privatbestechung, Veruntreuung*, ST 2010, S. 137 f.; ANDREAS DONATSCH/SIMONE ZUBERBÜHLER, *Strafrechtliche Fallgruben für Treuhänder*, in: Peter Isler/Romeo Cerutti (Hrsg.), *Vermögensverwaltung II*, 2009, S. 89, S. 96; ROLF WEBER/THOMAS ISELI, *Vertriebsträger im Finanzmarktrecht*, 2008, S. 136 Rz. 383; vgl. auch DANIELE

GALLUANO/GIOVANNI MOLO, Les rétrocessions dans le domaine de la gestion patrimoniale, in: AJP 2012, S. 1766, S. 1777, und MARCEL NIGGLI, in: Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht II, 3. Aufl., Basel 2013, Art. 158 Rz. 12). Gemäss eines anderen Autors sei das Schweigen des Vermögensverwalters hingegen nicht strafbar, weil die Rechenschaftspflicht einerseits und die Herausgabepflicht andererseits hinsichtlich Art. 158 Ziff. 1 StGB in ähnlicher Weise erfasst werden müssten (SUSANNE EMMENEGGER, Anlagekosten: Retrozessionen im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung 2007, S. 97 ff., S. 103 Rz. 133). Die repressive Vorgehensweise widerspreche zudem dem Subsidiaritätsprinzip, welches im Verhältnis zwischen Straf- und Zivilrecht bestehe. Gemäss Rechtsprechung der Ersten Strafkammer des Obergerichts des Kantons Bern ist das Schweigen des Vermögensverwalters unter Anwendung von Art. 158 Ziff. 1 StGB strafbar (Urteil [SK 2012 218](#) vom 4. Juli 2013) (E. 3.2).

[12] Das Bundesgericht hatte bereits in einem früheren Urteil entschieden, dass das Organ einer Vermögensverwaltungsgesellschaft gegenüber den Kunden der Gesellschaft eine Garantenstellung einnehme und dass das Verschweigen einer Information unter Verletzung der Treuepflicht des Beauftragten (Art. 398 Abs. 2 OR) als Betrug durch Unterlassen gelten könne (Urteil [6S.23/2002](#) vom 8. April 2002 E. 2c). Analog dazu sei gemäss Bundesgericht festzuhalten, dass die Rechenschaftspflicht des Beauftragten gegenüber dem Auftraggeber eine erhöhte oder qualifizierte Handlungspflicht darstelle (vgl. [BGE 140 IV 11](#) E. 2.4.2), deren Verletzung als ungetreue Geschäftsbesorgung nach Art. 158 Ziff. 1 StGB qualifiziert werden könne. Die Pflicht des Beauftragten, dem Auftraggeber Rechenschaft abzulegen, müsse Letzterem nämlich ermöglichen, zu kontrollieren, ob die Tätigkeit seines Vertragspartners einer gutgläubigen Ausführung des Auftrags gerecht werde. Die Informationen müssten es ihm erlauben, vom Beauftragten zu fordern, was dieser ihm herauszugeben habe, sowie bei einem etwaigen Schaden auch Schadenersatz zu fordern ([BGE 141 III 564](#) E. 4.2.1). Der Rechenschaftspflicht komme damit hinsichtlich des Schutzes des Auftraggebers eine präventive Rolle zu ([BGE 143 III 348](#) E. 5.1.1; [139 III 49](#) E. 4.1.2 in fine; [143 III 348](#) E. 5.3.1). Daher seien die Rechenschaftspflicht und die Rückerstattungspflicht nicht auf derselben rechtlichen Ebene des Auftrags anzusiedeln; die Wirkung der zweitgenannten Pflicht hänge nämlich von der ordnungsgemässen Erfüllung der erstgenannten Pflicht ab. Die Herangehensweise, welche das Obergericht des Kantons Bern vertrete, werde von Schubarth sowie auch von weiteren Autoren empfohlen, womit sich diese Ansicht als gefestigt erweise und das Bundesgericht daran festhalten dürfe (E. 3.3).

[13] Der Beschwerdeführer macht geltend, dass zwei der Kunden der Y. AG, H.B. und F.B., am 14. August bzw. am 23. Dezember 2008 Aufträge unterzeichnet hätten, welche die folgende Klausel enthielten: «*Jede Retrozession und jeder durch die Banken, Finanzintermediäre oder Investmentfonds an die Gesellschaft aufgrund einer Vereinbarung gewährte Preisnachlass verbleibt bei der Gesellschaft. Der Kunde bestätigt, dass er auf die Rechenschaftspflicht hinsichtlich dieser Retrozessionen und auf sämtliche Forderungen diesbezüglich verzichtet.*» Der Beschwerdeführer anerkennt, dass diese Klauseln ungültig gewesen seien und ihn nicht von seiner Rechenschaftspflicht entbunden hätten, weil die Kunden keine vorgängigen Informationen hinsichtlich der Höhe dessen, worauf sie verzichteten, erhalten hätten (vgl. [BGE 137 III 393](#) E. 2; [132 III 460](#) E. 4). Nichtsdestotrotz behauptet er, hinsichtlich der Gültigkeit der Verzichtsklausel gutgläubig gewesen zu sein, weil vor dem Leitscheid des Bundesgerichts vom 29. August 2011 ([BGE 137 III 393](#)) die Anforderungen an die Informationen, die dem Kunden vorgängig zu geben seien, noch nicht aus der Rechtsprechung hervorgegangen seien. Der Beschwerdeführer wirft dem Obergericht vor, willkürlich behauptet zu haben, er habe mit Wissen und Willen alle Tatbestandsmerkmale des Art. 158 Ziff. 1 StGB erfüllt. Dieser Beschwerdepunkt ist jedoch unbegründet, denn bereits im Urteil vom 22. März 2006 ([BGE 132 III 460](#)) legte das Bundesgericht fest, dass der Kunde seinen Vertragspartner nicht rechtswirksam von seiner Rechenschaftspflicht bezüglich Retrozessionen und der Pflicht, ihm diese zurückzuerstatten, entbinden könne, wenn der Kunde vorgängig nicht vollständig und wahrheitsgetreu über die Leistungen, die der Vermögensverwalter oder gegebenenfalls ein Dritter von der Depotbank erhalte, informiert würde (E. 3.4).

[14] Das Bundesgericht stellt fest, dass ab demjenigen Zeitpunkt, in welchem der Beschwerdeführer zum Beistand der Kundin A. ernannt wurde, er dazu verpflichtet gewesen sei, als «*sorgfältiger Verwalter*» («*administrateur diligent*») nach Art. 413 Abs. 1 aZGB zu handeln. Seine Aufgabe habe insbesondere die Einforderung der Ansprüche umfasst, die seiner Verbeiständeten von Dritten geschuldet waren, wozu auch die Y. AG. zählte, dessen Organ er war. Das Bundesgericht habe dazu früher bereits entschieden, dass der Beistand dann ungetreue Geschäftsbesorgung begehe, wenn er sich trotz eines offenkundigen Interessenskonfliktes selber der

Verwaltung des Vermögens des Verbeiständeten annehme und dabei Letzterem die Retrozessionen und andere Vergütungen, die durch die Depotbank überwiesen wurden, vorenthalte (Urteil [6B_845/2014](#) vom 16. März 2015 E. 3.2.3) (E. 3.5).

[15] Folglich, so das Bundesgericht, habe sich der Beschwerdeführer tatsächlich der ungetreuen Geschäftsbesorgung schuldig gemacht, indem er es unterlassen habe, über die Retrozessionen und Bezahlungen, welche die Y. AG von der Depotbank erhielt, Rechenschaft abzulegen (E. 3.6).

Kommentar

[16] Unter *Retrozession* lässt sich gemeinhin jede Zahlung verstehen, welche von einem Dritten (in aller Regel einer Depotbank) an den Beauftragten (den Vermögensverwalter) ausgerichtet wird, und zwar als Gegenleistung für eine vom Beauftragten erbrachte Leistung zugunsten dieses Dritten. Gegenstand solcher Leistungen sind beispielsweise das Zuführen von Kundengeldern und/oder die Veranlassung von Börsengeschäften zuhanden des Kunden, ausgeführt durch den Beauftragten und zugunsten des Dritten (vgl. etwa die Definition des Bundesgerichts im Urteil [6P.107/2005](#) vom 3. Februar 2006 E. 5.2). In der Lehre wird der Begriff der Retrozession teilweise unterschiedlich eng oder weit definiert. Ergänzt wird der Begriff dabei regelmässig durch Zusätze wie «*der Retrozession vergleichbare Zuwendungen*». Andere Begriffe wie *Rückvergütungen*, *Kickbacks*, *Retrokommissionen* oder *Finder's Fees* können grundsätzlich synonym verstanden oder zumindest in denselben rechtlichen Kontext eingeordnet werden. Ganz allgemein kann demnach eine Retrozession bzw. eine Rückvergütung immer dann angenommen werden, wenn ein bestimmter Finanzintermediär vereinnahmte Kommissionen des Kunden aufgrund einer Vereinbarung mit dem Beauftragten (d.h. dem Vermittler oder Vermögensverwalter) an diesen weitergibt (vgl. FABIAN SCHMID, *Retrozessionen an externe Vermögensverwalter*, Diss. Bern 2009, S. 38 m.w.H.; vgl. eingehend zum Begriff sowie zu den involvierten Parteien ANETTE WAYGOOD-WEINER, *Rückvergütungen und Interessenkonflikte in der Finanzbranche*, Diss. Zürich/St. Gallen 2014, S. 6 ff.).

[17] Mit dem vorliegenden Entscheid erweitert das Bundesgericht die in der Finanzwelt bedeutsame Rechtsprechung zur Thematik der Retrozession um ein weiteres Kapitel. Im sog. *Retro-Entscheid* (vgl. [BGE 132 III 460](#) E. 4) äusserte sich das Bundesgericht (erstmal) über die Pflicht zur Herausgabe von Retrozessionen, indem es die auftragsrechtlichen Informations- und Offenlegungspflichten des Vermögensverwalters im Kontext von Retrozessionen konturierte und dadurch einen Verzicht auf die Herausgabe von Retrozessionen rechtlich erschwerte. Das Bundesgericht musste sich im damaligen Entscheid mit der Frage beschäftigen, ob und unter welchen Voraussetzungen im Rahmen von Art. 400 OR überhaupt auf die Ablieferung von Retrozessionen verzichtet werden könne. Diese Frage wurde in der Lehre bis zum betreffenden Zeitpunkt unterschiedlich beantwortet. Im bundesgerichtlichen Entscheid wurde festgehalten, dass Art. 400 OR kein ausdrückliches Verbot beinhalte und auch keine Gründe erkennbar seien, welche gegen die dispositive Natur der Ablieferungspflicht sprechen würden. Das Bundesgericht folgte den liberaleren Lehrmeinungen und bejahte den dispositiven Charakter von Art. 400 OR. Allerdings hielt es gleichzeitig fest, dass im Kontext der Vermögensverwaltung die Ablieferungspflicht ein zentrales Element der Fremdnützigkeit des Auftrages bilde und mit der Rechenschaftspflicht des Beauftragten so eng verbunden sei, dass die Ablieferungspflicht als Folge der Rechenschaftspflicht erscheine. Demnach müsse der Auftraggeber über zu erwartende Retrozessionen vollständig und wahrheitsgetreu informiert worden sein, bevor dieser rechtmässig auf deren Ablieferung verzichten könne, was aus einer diesbezüglichen Vereinbarung ausdrücklich hervorgehen müsse (vgl. [BGE 132 III 460](#) E. 4.2).

[18] Im Entscheid [BGE 137 III 393](#) führte das Bundesgericht seine Rechtsprechung zu Retrozessionen weiter und präziserte die Voraussetzungen, unter welchen eine Verzichtserklärung in Bezug auf Retrozessionen ausgestaltet werden kann. Es bildete dazu zahlreiche Lehrmeinungen ab und hielt schliesslich fest, dass, wie bereits die Rechenschaftspflicht, auch die mit ihr eng verwobene Pflicht zur Ablieferung ein zentrales Element der Fremdnützigkeit des Auftrages darstelle. Darüber hinaus liesse sich die Herausgabepflicht nach Art. 400 Abs. 1 OR auch als Konkretisierung der Treuepflicht nach Art. 398 Abs. 2 OR verstehen. Es stellte weiter fest, dass ein voraussetzungsloser, pauschaler Verzicht auf die Herausgabe von Retrozessionen im Hinblick auf die damit verbundene Gefahr von Interessenkonflikten, die durch die Ablieferungspflicht nach Art. 400 Abs. 1 OR gerade verhindert werden sollen, problematisch sei. Eine Vereinbarung der Parteien, wonach etwaige Retrozessionen beim Vermögensverwalter verbleiben, setze daher voraus, dass der Auftraggeber über die zu erwartenden

Retrozessionen hinreichend informiert sei. Die sich aus der eigentlichen Fremdnützigkeit des Auftrages ergebenden Schranken seien gewahrt, sofern der Auftraggeber den Umfang sowie die Berechnungsgrundlagen der Retrozession kenne, die es ihm erlauben würden, die Kostenstruktur des Vermögensverwaltungsmandats zu erfassen sowie die damit verbundenen Interessenkonflikte des Vermögensverwalters zu erkennen, und er im Wissen darum dem konkreten Entschädigungsmodell zustimme (vgl. [BGE 137 III 393](#) E. 2.4). Damit ein Vorausverzicht auf die Ablieferung gültig sei, müsse der Auftraggeber demnach die Parameter kennen, die zur Berechnung des Gesamtbetrags der Retrozessionen notwendig sind und einen Vergleich mit dem vereinbarten Vermögensverwaltungshonorar erlauben. Eine genaue Bezifferung sei bei einem vorgängigen Verzicht nicht möglich, da sich der Gesamtbetrag des verwalteten Vermögens laufend ändere und die genaue Anzahl bzw. der Umfang der durchzuführenden Transaktionen im Zeitpunkt des Verzichts unbekannt sei. Damit der Kunde den Umfang der zu erwartenden Retrozessionen erfassen und dem vereinbarten Honorar gegenüberstellen könne, müsse er zumindest die Eckwerte der bestehenden Retrozessionsvereinbarungen mit Dritten sowie die Grössenordnung der zu erwartenden Rückvergütungen kennen (vgl. [BGE 137 III 393](#) E. 2.4; vgl. zur eingehend zur Thematik des *Interessenkonflikts* ANETTE WAYGOOD-WEINER, Rückvergütungen und Interessenkonflikte in der Finanzbranche, Diss. Zürich/St. Gallen 2014, S. 200 ff.). Mit dem vorliegenden Entscheid löst ein Verschweigen von Retrozessionen nun nicht mehr nur zivilrechtliche Rückforderungsansprüche aus, sondern ein solches Verhalten lässt sich zusätzlich auch aus strafrechtlicher Sicht ahnden. Fraglich bleibt jedoch, bis zu welchem Umfang das Verschweigen von Retrozessionen effektiv der *ungetreuen Geschäftsbesorgung* unterstellt werden soll. Der Wortlaut von Art. 158 Ziff. 1 StGB lautet wie folgt: *Wer aufgrund des Gesetzes, eines behördlichen Auftrages oder eines Rechtsgeschäfts damit betraut ist, Vermögen eines anderen zu verwalten oder eine solche Vermögensverwaltung zu beaufsichtigen, und dabei unter Verletzung seiner Pflichten bewirkt oder zulässt, dass der andere am Vermögen geschädigt wird, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft (Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 StGB). Handelt der Täter in der Absicht, sich oder einen anderen unrechtmässig zu bereichern, so kann auf Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu fünf Jahren erkannt werden (Art. 158 Ziff. 1 Abs. 3 StGB).* Obwohl als sog. *Begehungsdelikt* definiert, kann ungetreue Geschäftsbesorgung ganz grundsätzlich auch durch Unterlassung begangen werden (vgl. Art. 11 StGB). Die Pflichtwidrigkeit des Unterlassens kann dabei unter anderem aus vertraglichen Verpflichtungen abgeleitet werden (Art. 11 Abs. 2 lit. b StGB), wobei dies nur solange gelten kann, als die obligatorischen Verpflichtungen als Ausfluss der Schutzgarantenstellung angesehen werden können (vgl. ANDREAS DONATSCH, Strafrecht III, 11. Aufl., Zürich 2018, S. 307). So hält das Bundesgericht unter Verweis auf zahlreiche Lehrmeinungen im vorliegenden Fall fest, dass mit der Verletzung von Art. 400 Abs. 1 OR, d.h. dem Verschweigen der Retrozessionen sowie sonstigen Vergütungen, eine solch pflichtwidrige Unterlassung begangen worden sei; es bezieht sich dabei auf eine analoge Übertragung der Garantienstellung, welche es in einem früheren Fall für den Tatbestand des Betruges durch Unterlassung bejaht hatte (vgl. BGer [6S.23/2002](#) vom 8. April 2002 E. 2c).

[19] In der Tat erscheint die hier erörterte (neue) Rechtsprechung des Bundesgerichts betreffend ungetreue Geschäftsbesorgung gemäss Art. 158 Ziff. 1 StGB schlüssig. Zumindest in Bezug auf die Begründung der Garantienstellung wäre eine Abweichung gegenüber dem Tatbestand des Betruges nicht nachvollziehbar. Damit dürften neu einige nicht unbedeutende rechtspraktische Auswirkungen für Vermögensverwalter bzw. Vermittler sowie für Depotbanken verbunden sein:

[20] (1.) **Depotbank als Mittäterin/Gehilfin:** Das schweizerische Strafrecht unterscheidet zwischen *Täterschaft* und Teilnahme an Delikten. Eine Form der Täterschaft ist dabei die *Mittäterschaft*. Das Schweizerische Strafgesetzbuch kennt keine Definition der Mittäterschaft. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist Mittäter, wer bei der Entschliessung, Planung oder Ausführung eines Deliktes vorsätzlich und in massgebender Art und Weise mit anderen Tätern zusammenwirkt, so dass er als Hauptbeteiligter dasteht (vgl. [BGE 120 IV 265](#) E. 2c/aa). Laut Bundesgericht muss dabei der Tatbeitrag für das Delikt derart wesentlich sein, dass die Tat ansonsten nicht hätte begangen werden können. Wollte der Dritte Mittäter sein, wird jedoch der entsprechende Wesentlichkeitsgrad für die Tat nicht erreicht, so liegt keine Mittäterschaft vor. Hingegen ist nicht erforderlich, dass der (potentielle) Mittäter seinen gemeinsamen Tatentschluss ausdrücklich bekundet; vielmehr kann dies auch konkludent erfolgen. Ebenfalls muss der (potentielle) Mittäter nicht bei der Entschlussfassung mitgewirkt haben; es genügt, wenn er sich nachfolgend den Vorsatz seiner Mittäter aneignet. Der Mittäter nimmt somit bei der Tathandlung eine Schlüsselrolle ein.

[21] Von der Mittäterschaft zu unterscheiden ist die *Gehilfenschaft*. Dabei handelt es sich um eine Form der Teilnahme am Delikt. Gemäss Art. 25 StGB ist Hilfe, wer zu einem Verbrechen i.S.v. Art. 10 Abs. 1 StGB oder Vergehen i.S.v. Art. 10 Abs. 3 StGB Hilfe leistet. Da das Gesetz sich nicht weiter zu den Voraussetzungen äussert, haben Rechtsprechung und Lehre die Kriterien entwickelt. Demgemäss ist jeder kausale Beitrag, der das Delikt fördert und ohne den die Tat anders verlaufen wäre, eine Hilfeleistung (vgl. [BGE 119 IV 289](#) E. 3a; [BGE 117 IV 186](#) E. 3; [BGE 113 IV 109](#) E. 1; [BGE 98 IV 85](#) E. 2c). Anders als bei der Mittäterschaft ist es nicht erforderlich, dass die Tat mit der Hilfeleistung steht und fällt; es reicht, wenn die Tat gefördert wurde. Nichtsdestotrotz muss die Hilfeleistung einen kausalen Beitrag zur Tat leisten, d.h., sie muss die Wahrscheinlichkeit erhöhen, sodass die tatbestandserfüllende Handlung erfolgreich ist (sog. *Förderungskausalität*; [BGE 117 IV 186](#) E. 3). Der Gehilfe nimmt dabei zumindest in Kauf, dass seine Hilfeleistung zur Erleichterung der Straftat beiträgt, und handelt diesbezüglich (eventual-)vorsätzlich (MARC FORSTER, in: Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger, Basler Kommentar, Strafrecht II, 3. Aufl., Basel 2013, Art. 25 Rz. 3); fahrlässige Gehilfenschaft ist somit nicht strafbar. Zu betonen ist, dass Gehilfenschaft nicht nur durch aktives Handeln, sondern auch durch Unterlassen begangen werden kann (vgl. [BGE 121 IV 109](#) E. 3a., gemäss welchem «*l'assistance prêtée par le complice peut être matérielle, intellectuelle ou consister en une simple abstention*»), wenn es sich um ein sog. *Unterlassungsdelikt* handelt und der (potentielle) Gehilfe somit eine Garantenstellung einnimmt. Grundsätzlich droht dem Gehilfe die Strafe des Täters; Art. 25 i.V.m. 48a StGB sieht jedoch eine obligatorische Strafmilderung vor.

[22] Sowohl hinsichtlich der Mittäterschaft als auch der Gehilfenschaft hat das vorliegende Urteil des Bundesgerichts zur Folge, dass eine Tatbeteiligung der Depotbank an der ungetreuen Geschäftsbesorgung im Sinne von Art. 158 StGB in Bezug auf Retrozessionen denkbar ist. Sollten Depotbank bzw. die verantwortlichen Personen wissen oder immerhin damit rechnen, dass Retrozessionen nicht an den Kunden ausbezahlt bzw. diesem verschwiegen würden, so könnten sich diese ebenfalls strafrechtlichen Vorwürfen ausgesetzt sehen. Offen ist, ob und inwiefern sich die Depotbank mittels einer schriftlichen Vereinbarung mit dem Vermögensverwalter bzw. dem Beauftragten von ihrer strafrechtlichen (Mit-)Verantwortlichkeit lösen kann. Da die strafrechtliche Verantwortlichkeit nicht der Parteidisposition unterliegt, kann eine Strafbarkeit der Depotbank auf vertraglicher Basis auch nicht ausgeschlossen werden. Unseres Erachtens reicht es für eine Strafbarkeit der für die Depotbank handelnden Personen nicht aus, wenn die Depotbank dem Beauftragten Rückvergütungen zukommen lässt. Immerhin müssten objektive Hinweise dafür bestehen, welche darauf schliessen lassen, dass der Vermögensverwalter bzw. Beauftragte die überwiesenen Retrozessionen dem Auftraggeber verschweigt oder zu Unrecht vorenthält. Typischerweise wird die Depotbank aber keine Einsicht in die Vertragsbeziehungen zwischen dem Vermögensverwalter und dessen Kunden haben, womit ausgeschlossen werden kann, dass die für die Depotbank (oder einen Emittenten von Produkten o.Ä.) handelnden Organe den objektiven Straftatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung erfüllen.

[23] (2.) **Anforderungen an die Verzichtserklärung:** Da mit dem vorliegenden Entscheid nicht unbedeutende strafrechtliche Konsequenzen im Falle des Verschweigens von Retrozessionen begründet worden sind, dürfte in Zukunft umso wichtiger sein, dass die Anforderungen an potenzielle Verzichtserklärungen zwischen Vermögensverwalter und Auftraggeber den bundesgerichtlichen Anforderungen entsprechen. Diese Anforderungen lassen sich, wie oben eingehend dargelegt, primär [BGE 137 III 393](#) entnehmen. Ein Verzicht setzt demnach voraus, dass der Auftraggeber über die zu erwartenden Retrozessionen hinreichend informiert wird, was wiederum voraussetzt, dass ihm der Umfang sowie die genaue Berechnungsgrundlage zu den Retrozessionen preisgegeben werden. Damit wird es dem Auftraggeber erst möglich, die Kostenstruktur des Vermögensverwaltungsmandats zu analysieren und damit verbundene Interessenkonflikte zu erkennen. Zudem lässt das Bundesgericht auch einen Vorausverzicht auf die Ablieferung von Retrozessionen zu, sofern der Auftraggeber die Parameter kennt, die zur Berechnung des Gesamtbetrags der Retrozessionen notwendig sind und er dadurch einen Vergleich mit dem vereinbarten Vermögensverwaltungshonorar vornehmen kann.

[24] Damit ein Vorausverzicht auf die Ablieferung gültig ist, muss der Auftraggeber demnach die Parameter kennen, die zur Berechnung des Gesamtbetrags der Retrozessionen notwendig sind und einen Vergleich mit dem vereinbarten Vermögensverwaltungshonorar erlauben. Eine genaue Bezifferung ist bei einem vorgängigen Verzicht nicht möglich, da sich der Gesamtbetrag des verwalteten Vermögens laufend ändert und die genaue Anzahl bzw. der Umfang der durchzuführenden Transaktionen im Zeitpunkt des Verzichts unbekannt ist. Damit der Kunde den Umfang der zu erwartenden Retrozessionen erfassen und dem vereinbarten Honorar

gegenüberstellen kann, muss er zumindest die Eckwerte der bestehenden Retrozessionsvereinbarungen mit Dritten sowie die Grössenordnung der zu erwartenden Rückvergütungen kennen.

[25] (3.) **Rechtliche Folgen in Bezug auf den Geldwäschereitatabestand nach Art. 305^{bis} StGB:** Gemäss Art. 305^{bis} Ziff. 1 StGB macht sich der Geldwäscherei strafbar, wer eine Handlung vornimmt, die geeignet ist, die Ermittlung der Herkunft, die Auffindung oder die Einziehung von Vermögenswerten zu vereiteln, die, wie er weiss oder annehmen muss, aus einem Verbrechen oder aus einem qualifizierten Steuervergehen herrühren. Grundsätzlich handelt es sich bei der ungetreuen Geschäftsbesorgung nach Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 StGB lediglich um ein Vergehen, weswegen die ungetreue Geschäftsbesorgung nicht als notwendiges Anknüpfungsdelikt für Geldwäscherei in Frage kommt. Allerdings sieht Art. 158 Ziff. 1 Abs. 3 StGB einen qualifizierten Tatbestand vor, welcher bei Bestehen der entsprechenden Voraussetzungen den Tatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung als *Verbrechen* qualifiziert. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, so qualifiziert die ungetreue Geschäftsbesorgung auch als Vortat zur Geldwäscherei.

DANIEL DONAUER, MLaw, ist Rechtsanwalt bei Walder Wyss am Standort Zürich.

THEODOR HÄRTSCH, lic. iur, MBA, ist Partner und Rechtsanwalt bei Walder Wyss am Standort Zürich.

Zitiervorschlag: Daniel Donauer / Theodor Härtsch, Retrozession und ungetreue Geschäftsbesorgung, in: dRSK, publiziert am 8. Oktober 2018

ISSN 1663-9995. Editions Weblaw

EDITIONS WEBLAW

Weblaw AG | Cybersquare | Laupenstrasse 1 | 3008 Bern

T +41 31 380 57 77 | F +41 31 380 57 78 | info@weblaw.ch

www.weblaw.ch