

Karin Müller
Jörg Schwarz
(Herausgeber)

Auf zu neuen Ufern!

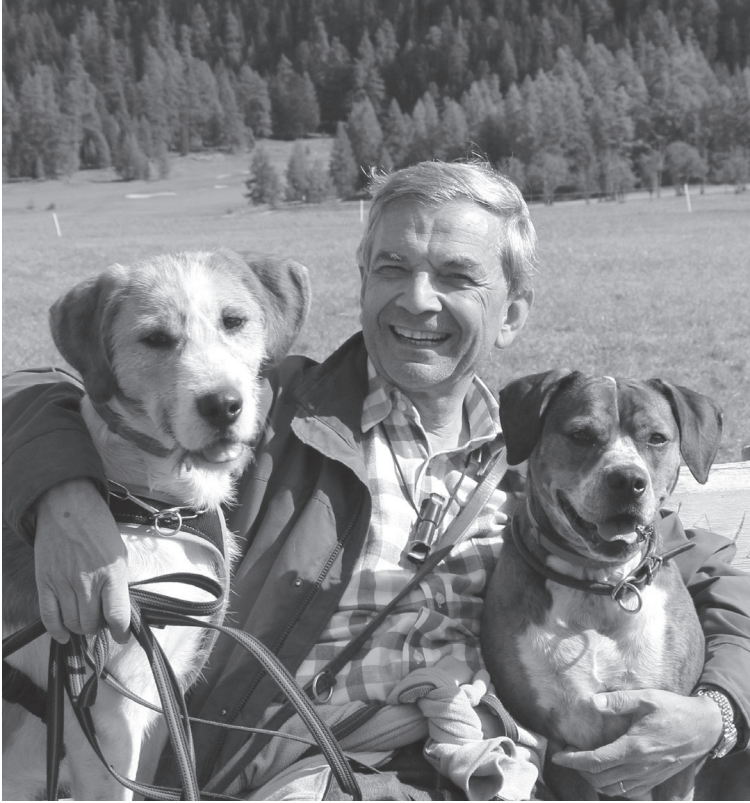
Festschrift für Walter Fellmann



Stämpfli Verlag

Karin Müller
Jörg Schwarz
(Herausgeber)

Auf zu neuen Ufern!



A. J. Müller

Karin Müller
Jörg Schwarz
(Herausgeber)

Auf zu neuen Ufern!

Festschrift für Walter Fellmann



Stämpfli Verlag

© Stämpfli Verlag AG Bern

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere das Recht der Vervielfältigung, der Verbreitung und der Übersetzung. Das Werk oder Teile davon dürfen ausser in den gesetzlich vorgesehenen Fällen ohne schriftliche Genehmigung des Verlags weder in irgendeiner Form reproduziert (z.B. fotokopiert) noch elektronisch gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

© Stämpfli Verlag AG Bern · 2021
www.staempfliverlag.com

ISBN 978-3-7272-7808-2

Über unsere Online-Buchhandlung www.staempflishop.com
ist zudem folgende Ausgabe erhältlich:
E-Book ISBN 978-3-7272-2875-9



© Stämpfli Verlag AG Bern

Auftragsrecht als Determinante des Strafrechts

SUSAN EMMENEGGER / MARTINA REBER

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung.....	185
II.	Ausgangspunkt: Die Retrozessionsrechtsprechung der ersten zivilrechtlichen Abteilung.....	186
	A. Herausgabepflicht.....	186
	1. Vermögensverwaltung.....	187
	2. Retrozessionen in der Anlageberatung.....	188
	3. Retrozessionen im Execution-Only-Verhältnis.....	188
	B. Anforderungen an einen gültigen Verzicht.....	189
	C. Verjährung.....	190
	D. Zwischenfazit.....	191
III.	Rezeption der Zivilurteile durch die Strafgerichte.....	191
	A. Mögliche Straftatbestände im Überblick.....	191
	B. Fokus: Ungetreue Geschäftsbesorgung.....	192
	1. Die erste bundesgerichtliche Verurteilung.....	192
	2. Nachfolgende Urteile.....	193
IV.	Auftragsrecht als Determinante des Strafrechts.....	195
	A. Pflicht und Pflichtverletzung: Abstellen auf das Zivilrecht.....	195
	B. Weitergehender Koordinationsbedarf.....	196
	1. Anwendungsbereich von Art. 158 StGB.....	196
	2. Rechtsgenügende Information.....	197
V.	Umkehrwirkung: Einfluss des Strafrechts auf das Privatrecht.....	200
	A. Strafrechtliche Verjährungsfrist im Privatrecht.....	200
	B. (Überholter) Entscheid des Obergerichts Zürich.....	202
VI.	Fazit.....	203
VII.	Literaturverzeichnis.....	203

I. Einleitung

«Der Beauftragte soll durch den Auftrag – abgesehen von einem allfälligen Honorar – weder gewinnen noch verlieren». Dieser Satz, den der Jubilar 1992 in seiner Habilitationsschrift, dem Berner Kommentar zum einfachen Auftrag, veröffentlichte,¹ bot den nötigen Sprengstoff, um im neuen Jahrtausend den

¹ BK OR-FELLMANN, Art. 400 N 127, mit Hinweisen auf HOFSTETTER und WEBER.

gesamten Schweizer Finanzplatz zu erschüttern. Denn er erteilt eine deutliche Absage an die damals im Finanzsektor verbreitete Praxis, durch die Vereinnahmung von Retrozessionen und dergleichen hinter dem Rücken der Kundin und auf deren Kosten einen Zusatzverdienst zu erwirtschaften. In seinem Grundsatzentscheid «Retro I» aus dem Jahre 2006 stellte das Bundesgericht gestützt auf ebenjenen Satz klar, dass die auftragsrechtliche Herausgabepflicht auch Retrozessionen erfasst.² Auch in späteren Entscheiden hat das Bundesgericht den Satz immer wieder zitiert.³

Dem im Privatrecht beheimateten Jubilar gelang mit diesem Satz aber nicht nur eine massgebliche Beeinflussung seines angestammten Rechtsgebiets. Vielmehr prägte er darüber hinaus auch das Finanzaufsichtsrecht, das spezifische Anforderungen an den Umgang mit Retrozessionen formuliert,⁴ sowie das Strafrecht, welches bereits einige Verurteilungen wegen der Vereinnahmung von Retrozessionen hervorgebracht hat. Dieser Beitrag soll beleuchten, wie das Privatrecht in das Strafrecht hineinwirkt, und welche Wechselwirkungen die beiden Teilrechtsgebiete untereinander entfalten.

II. Ausgangspunkt: Die Retrozessionsrechtsprechung der ersten zivilrechtlichen Abteilung

A. Herausgabepflicht

Die erste zivilrechtliche Abteilung des Bundesgerichts hat vier Leitentscheide zur Herausgabepflicht von Retrozessionen gefällt.⁵ Daneben sind zahlreiche kantonale Zivilentscheide ergangen.⁶

² BGE 132 III 460 E. 4.1 S. 464 (Retro I).

³ So in BGE 138 III 137 E. 5.3.1 S. 141; BGE 138 III 755 E. 4.2 S. 759 (Retro III) und BGE 4A_429/2014 E. 6.2.1; vgl. auch BGE 143 III 348 E. 5.1.1 S. 353 (Retro IV).

⁴ Siehe Art. 26 FIDLEG.

⁵ BGE 132 III 460 (Retro I); BGE 137 III 393 (Retro II); BGE 138 III 755 (Retro III) und BGE 143 III 348 E. 5.1.1 S. 353 (Retro IV).

⁶ Siehe etwa HGer ZH, ZR 107/2008 vom 26. Juni 2007; HG090121-O vom 19. Mai 2011; HG090087-O vom 23. Mai 2011; HE110153 vom 20. Juni 2011; HG110135-O vom 27. Mai 2015; HG110230-O vom 10. Juni 2016; HG140189-O vom 30. November 2016; HG150054-O vom 15. November 2017; OGer ZH, PP150030-O vom 14. Januar 2016; LB190002-O vom 16. August 2019; Tribunale d'appello TI, 22 mai 2014, n. 12.2012.105; RegGer BE, CIV 13 7496 vom 15. September 2014; HGer SG, HG.2018.11-HGK vom 12. September 2019.

1. Vermögensverwaltung

Im Jahr 2006 fällte das Bundesgericht den Grundsatzentscheid, dem später die Bezeichnung Retro I verliehen wurde. Darin bejahte es die Pflicht eines unabhängigen Vermögensverwalters zur Herausgabe von Retrozessionen an die Kundin. Ein Beauftragter müsse seiner Auftraggeberin gestützt auf Art. 400 Abs. 1 OR alle Vermögenswerte herausgeben, die in einem inneren Zusammenhang mit der Auftragsausführung stünden. Bei Retrozessionen sei dieser innere Zusammenhang zu bejahen, da diese dem Beauftragten aufgrund der Vornahme bestimmter Verwaltungshandlungen im Rahmen des Auftrags ausgerichtet würden.⁷ Fünf Jahre später bestätigte das Bundesgericht seine Rechtsprechung und präzierte im Retro II-Entscheid die Rahmenbedingungen für einen Herausgabeverzicht (siehe dazu Bst. B).⁸

Im Jahr 2012 – also sechs Jahre nach dem Retro I-Entscheid – präzierte das Bundesgericht, dass die Herausgabepflicht nach Art. 400 Abs. 1 OR für sämtliche, auch indirekten Vorteile gilt, die dem Beauftragten infolge der Auftragsausführung von Dritten zukommen. Nicht massgeblich sei, wie diese Vorteile bezeichnet würden, und ob es sich beim Beauftragten um einen externen Vermögensverwalter oder eine vermögensverwaltende Bank handle.⁹ Für die Beurteilung, ob eine bestimmte Zuwendung herausgabepflichtig sei, sei zu prüfen, ob sie die Besorgnis begründe, der Vermögensverwalter könnte möglicherweise die Interessen der Kundin nicht ausreichend wahrnehmen.¹⁰ Im konkreten Fall bejahte es die Herausgabepflicht für Bestandesspflegekommissionen, die eine vermögensverwaltende Bank aufgrund verschiedener Investitionen in Anlagefonds und strukturierte Produkte erhalten hatte, da damit ein nicht zu übersehender Interessenkonflikt verbunden war.¹¹ Herausgabepflichtig sind insbesondere auch Bestandesspflegekommissionen, die dem Vermögensverwalter von Konzerngesellschaften zugeflossen sind.¹²

⁷ BGE 132 III 460 E. 4.1 S. 464 f. (Retro I).

⁸ BGE 137 III 393.

⁹ BGE 138 III 755 E. 5.4 S. 763 f. (Retro III).

¹⁰ BGE 138 III 755 E. 5.5 S. 764 (Retro III).

¹¹ BGE 138 III 755 E. 5.6 S. 765 f. (Retro III).

¹² BGE 138 III 755 E. 8 S. 773 ff. (Retro III). Zu Retrozessionen im Konzern siehe auch HGer ZH, HG140189-O vom 30. November 2016 und HG150054-O vom 15. November 2017. Kritik am Bundesgerichtsurteil u.a. durch NOBEL, Jusletter 19. November 2012. Zur Bedeutung des Entscheids für das Konzernstrafrecht siehe SCHUBARTH, Jusletter 17. Dezember 2012, Rz. 16 f.

2. *Retrozessionen in der Anlageberatung*

Die bundesgerichtlichen Leitentscheide Retro I bis IV betrafen allesamt Vermögensverwaltungsverträge. Das Bundesgericht hat in der einschlägigen Zeitspanne allerdings auch in einem Fall, der die Anlageberatung im Versicherungsbereich betraf, die Herausgabepflicht von Retrozessionen (Abschlussprovision), bejaht.¹³ Im Entscheidfall hatte der Anleger eine Gesellschaft mit der Umsetzung eines Anlageplans beauftragt und in diesem Zusammenhang einen Lebensversicherungsvertrag abgeschlossen. Ein Teil des Investments wurde später bei einer anderen Versicherungsgesellschaft angelegt. Streitig war die Herausgabe der Abschlussprovision der späteren Anlage.¹⁴ Das Bundesgericht wendete auf den Fall Auftragsrecht an¹⁵ und hielt fest, der Beauftragte müsse über erhaltene Abschlussprovisionen Rechenschaft ablegen und er sei zu deren Herausgabe verpflichtet, sofern der Auftraggeber nicht gültig auf die Herausgabe verzichtet habe. Bezüglich der Voraussetzungen für einen gültigen Verzicht nahm das Bundesgericht explizit Bezug auf den Retro I-Entscheid und – ausführlich – auf den Retro II-Entscheid.¹⁶ Sodann hielt es fest, dass die Einbehaltung der Provision nicht als übliche Honorarabrede für die Beratungs- und Abschlusskosten gelten könne; eine solche Auslegung sei auch im Rahmen von Vermögensverwaltungsverträgen verneint worden.¹⁷

Auch die kantonalen Gerichte, konkret das Tessiner Appellationsgericht und das Handelsgericht St. Gallen, haben die Retrozessionsrechtsprechung auf die Anlageberatung angewendet.¹⁸

3. *Retrozessionen im Execution-Only-Verhältnis*

Zur Frage, ob Retrozessionen auch im Execution-Only-Verhältnis herauszugeben sind, existiert bislang kein amtlich publizierter Bundesgerichtsentscheid. Zwar bejahte das Bundesgericht in einem nicht amtlich publizierten Entscheid die Ablieferungspflicht der Vorteile, die einer Beauftragten im Zusammenhang

¹³ BGer 4A_427/2011 vom 29. November 2011. Der Kunde schloss in diesem Fall den der Anlage zugrundeliegende Versicherungsvertrag selbst ab, siehe Sachverhalt A und E. 5.1.

¹⁴ Siehe zum Sachverhalt auch BÄRTSCHI, ius.focus 3/2012, 9.

¹⁵ BGer 4A_427/2011 vom 29. November 2011 E. 3.

¹⁶ BGer 4A_427/2011 vom 29. November 2011 E. 4, unter Hinweis auf BGE 132 III 460 E. 4.2 S. 465 f. und BGE 137 III 393 E. 2.2. S. 396.

¹⁷ BGer 4A_427/2011 vom 29. November 2011 E. 5.3.

¹⁸ Tribunale d'appello TI, 22 mai 2014, n. 12.2012.105, zusammengefasst in EMMENEGGER/THÉVENOZ/REBER/PODA, SZW 2015, 404 r26. Relativierend das Urteil des HGer SG, HG.2018.11-HGK vom 12. September 2019, wonach bei Anlageberatungsverträgen im Einzelfall zu prüfen ist, ob die Retrozessionen herauszugeben sind, vgl. E. 3.2 S. 7.

mit dem Abschluss einer Leibrentenversicherung für den Auftraggeber zugekommen waren.¹⁹ Zu beachten ist allerdings, dass dieser Entscheid bereits im Jahr 2002 und damit vor der Retrozessionswelle gefällt wurde.²⁰

Unter Berücksichtigung der gesamten bundesgerichtlichen Retrozessionsrechtssprechung erfolgte hingegen Ende 2017 ein Entscheid des Handelsgerichts Zürich, in dem ein Herausgabeanspruch im Execution-Only-Verhältnis bejaht wurde. Das Handelsgericht hielt fest, für den inneren Zusammenhang, der die Herausgabepflicht begründe, seien die Vorbeugung von Interessenkonflikten und der damit verbundene Grundsatz, dass der Beauftragte (abgesehen vom Honorar) durch den Auftrag *weder gewinnen noch verlieren dürfe*, die massgeblichen Gesichtspunkte. Die Funktion von Art. 400 OR erschöpfe sich mithin nicht darin, als Sicherungsnorm gegen Interessenkonflikte zu dienen. Vielmehr nehme sie eine Zuordnung der vermögenswerten Positionen von Auftraggeberin und Beauftragtem vor. Der innere Zusammenhang sei immer dann zu bejahen, wenn ein Interessenkonflikt bestehe; er beschränke sich aber nicht auf diese Fälle. Insbesondere stehe eine Zahlung auch dann in einem inneren Zusammenhang mit dem Auftragsverhältnis, wenn sie einzig deshalb erfolge, weil der Empfänger vom Kunden und dank seiner Investition eine Position eingeräumt bekommen habe, die den Zufluss der Zahlung ermögliche.²¹

Damit weist das Handelsgericht dem Satz, wonach der Beauftragte durch den Auftrag abgesehen vom Honorar nicht verlieren, aber eben auch nicht *gewinnen* darf, eine eigenständige Funktion bei der Begründung des inneren Zusammenhangs zu. Bemerkenswert ist, dass es dabei den Jubilar gar nicht mehr namentlich zitiert, sondern lediglich auf die bundesgerichtlichen Retrozessionsentscheide verweist.²² Der Satz wurde dem Jubilar gleichsam entrissen und in den Olymp der bundesgerichtlichen Textbausteine überführt!

B. Anforderungen an einen gültigen Verzicht

Bereits im Retro I-Entscheid hatte das Bundesgericht auf die dispositive Natur der auftragsrechtlichen Ablieferungspflicht hingewiesen.²³ Ein gültiger Verzicht setze allerdings voraus, dass die Auftraggeberin «vollständig und wahr-

¹⁹ BGer 4C.125/2002 vom 27. September 2002 E. 3.

²⁰ Siehe dazu auch EMMENEGGER/DÖBELI, SZW 2018, 649; EMMENEGGER/THÉVENOZ/REBER/HIRSCH, SZW 2019, 194.

²¹ HGer ZH, HG150054-O vom 15. November 2017, E. 3.2.3 S. 23 ff.

²² Vgl. HGer ZH, HG150054-O vom 15. November 2017, E. 3.2.3 S. 23.

²³ BGE 132 III 460 E. 4.2 S. 465 (Retro I).

heitsgetreu»²⁴ über die zu erwartenden Retrozessionen informiert sei und dass ihr Wille, auf deren Ablieferung zu verzichten, klar aus der entsprechenden Vereinbarung hervorgehe.²⁵

Präzisierend führte das Bundesgericht in seinem Retro II-Entscheid aus, dass die Auftraggeberin den Umfang sowie die Berechnungsgrundlagen der Retrozessionen kennen müsse, die es ihr erlauben würden, die Kostenstruktur des Vermögensverwaltungsmandats zu erfassen sowie die damit verbundenen Interessenkonflikte des Vermögensverwalters zu erkennen. Im Vermögensverwaltungsgeschäft sei zwar bei einem vorgängigen Verzicht eine genaue Bezifferung nicht möglich. Der Kundin müssten aber zumindest die Eckwerte der bestehenden Retrozessionsvereinbarungen mit Dritten sowie die Grössenordnung der erwarteten Rückvergütungen anhand einer Prozentbandbreite des verwalteten Vermögens bekanntgegeben werden.²⁶ Mit anderen Worten: Die Angabe einer Prozentbandbreite, die sich bloss auf das *investierte* Vermögen bezieht, ist nicht ausreichend.²⁷

C. Verjährung

Umstritten blieb nach dem Retro III-Entscheid die Frage, innert welcher Frist Herausgabeansprüche über Retrozessionen im Verhältnis zwischen Vermögensverwalter und Kundin verjähren.²⁸ Im Jahr 2014 entschied das Regionalgericht Bern-Mittelland, dass es sich dabei um periodische Leistungen im Sinne von Art. 128 Ziff. 1 OR handelt, die innert fünf Jahren ab Zufluss an den Vermögensverwalter verjähren.²⁹ Die Frage wurde erst 2017 höchstrichterlich geklärt. Nach dem Bundesgericht verjähren Herausgabeansprüche über Retro-

²⁴ Damit greift das Bundesgericht die Formel auf, die bis anhin für die auftragsrechtliche Rechenschaftspflicht verwendet wurde, siehe etwa BGE 110 II 181 E. 2 S. 182 (später auch BGE 143 III 348 E. 5.3.1 S. 357; BGE 139 III 49 E. 4.1.3 S. 54); BK OR-FELLMANN, Art. 400 N 20.

²⁵ BGE 132 III 460 E. 4.2 S. 466 (Retro I).

²⁶ Zum Ganzen BGE 137 III 393 E. 2.4 S. 398 ff. (Retro II).

²⁷ BGE 137 III 393 E. 2.4. S. 399 f., bestätigt in BGer 4A_355/2019 vom 13. Mai 2020, E. 3.2.

²⁸ Für eine *zehnjährige* Frist z.B. GAUCH, AJP 2014, 285 ff.; EMMENEGGER, Anlagekosten, 87 f.; NEUMANN/VON DER CRONE, SZW 2013, 110; SCHALLER, Jusletter 3. Dezember 2012, Rz. 8; SCHMID, Retrozessionen, 168. Für eine *fünfjährige* Verjährungsfrist z.B. MATHYS/ROBERTO, Jusletter 19. November 2012, Rz. 9; PICHONNAZ/WERRO/HURNI, AJP 2013, 893 ff.; ROMERIO/BAZZANI, GesKR 2013, 55 ff.

²⁹ Regionalgericht Bern-Mittelland, CIV 13 7496 NEA vom 15. September 2014, E. 20 S. 13 f. und E. 22 S. 14 f.

zessionen innerhalb von zehn Jahren.³⁰ Die Verjährungsfrist läuft ab dem Zeitpunkt, zu dem die Retrozession dem Beauftragten zugeflossen ist.³¹

D. Zwischenfazit

«Der Beauftragte soll durch den Auftrag – abgesehen von einem allfälligen Honorar – weder gewinnen noch verlieren».³² Wenn dieser Satz den Finanzplatz nachhaltig erschüttert hat, so kam die Erschütterung doch in Raten. Nach dem Retro I-Entscheid im Jahr 2006 dauerte es sechs Jahre, bis höchstrichterlich geklärt war, dass auch die vermögensverwaltenden *Banken* – und nicht nur die unabhängigen Vermögensverwalter – an die Retrozessionsrechtsprechung gebunden waren. Weitere fünf Jahre vergingen, bis der Streit um die zehnjährige Verjährungsfrage höchstrichterlich entschieden war. Darin spiegeln sich nicht zuletzt die Machtverhältnisse auf dem Finanzplatz Schweiz, die sich bis in die privatrechtlichen Rechtsfragen hinein erstrecken.

III. Rezeption der Zivilurteile durch die Strafgerichte

«Der Beauftragte soll durch den Auftrag – abgesehen von einem allfälligen Honorar – weder gewinnen noch verlieren».³³ Dieser Satz erscheint auf den ersten Blick so selbstverständlich wie harmlos. Ob der Jubilar während des Verfassens dieses Satzes damit rechnete, dass dieser später sogar die Grundlage für strafrechtliche Verurteilungen bilden würde?

A. Mögliche Straftatbestände im Überblick

Bereits nach Erscheinen des Retro I-Entscheides wurden in der Lehre dessen strafrechtliche Folgen diskutiert.³⁴ In der Folge hatten sich die Gerichte mit einem ganzen Strauss von Straftatbeständen zu beschäftigen. Im Vordergrund

³⁰ BGE 143 III 348 E. 5.2.1 S. 355 f. (Retro IV).

³¹ BGE 143 III 348 E. 5.3.2 S. 358 (Retro IV).

³² BK OR-FELLMANN, Art. 400 N 127.

³³ BK OR-FELLMANN, Art. 400 N 127.

³⁴ Siehe z.B. EMMENEGGER, *Anlagekosten*, 97 ff.; ENGLER, ST 3/10, 137 ff.; KUHN, AJP 2006, 1053 ff.; LOMBARDINI/MACALUSO, AJP 2008, 190 ff.; REIMANN/KUHN, ST 9/06, 688 ff.; SCHUBARTH, *Retrozession*, 169 ff.; SCHWOB, ZStrR 130/2012, 121 ff. Siehe für eine spätere strafrechtliche Analyse auch HILF, *Bankenstrafrecht*, S. 15 ff.

stand die ungetreue Geschäftsbesorgung (Art. 158 StGB);³⁵ weitere zu beurteilende Delikte bildeten der Betrug (Art. 146 StGB),³⁶ die Geldwäscherei (Art. 305^{bis} StGB)³⁷ und die passive Privatbestechung (Art. 4a lit. b UWG).³⁸

B. Fokus: Ungetreue Geschäftsbesorgung

Von den zahlreichen möglichen und teilweise auch bejahten Straftatbeständen soll hier der Fokus auf denjenigen Straftatbestand gelegt werden, der am häufigsten diskutiert wurde. Die Frage, ob sich ein Vermögensverwalter durch die Vereinnahmung von Retrozessionen hinter dem Rücken der Kundin wegen ungetreuer Geschäftsbesorgung im Sinne von Art. 158 StGB strafbar machen kann, wurde in der Lehre im Nachgang zum Retro I-Entscheid kontrovers beurteilt.³⁹ Heute hat sich der Nebel gelichtet: Ein solches Verhalten ist strafbar.

1. Die erste bundesgerichtliche Verurteilung

Eine erste höchstrichterliche Verurteilung wegen Vereinnahmung von Retrozessionen erging anfangs 2011.⁴⁰ Der Entscheidsachverhalt betraf allerdings nicht den «Retro-Normalfall», in dem ein unabhängiger Vermögensverwalter Retrozessionen der Depotbank für sich behielt.⁴¹ Vielmehr hatte ein Bankmitarbeiter Bestandspflegekommissionen, die eine Anbieterin strukturierter Produkte seiner Arbeitgeberin ausgezahlt hatte, auf private Konten überwiesen.⁴²

³⁵ Vgl. BGE 144 IV 294; BGer 6B_1113/2018, 6B_1139/2018 vom 10. Dezember 2019; 6B_845/2014 vom 16. März 2015; 6B_223/2010 vom 13. Januar 2011; OGer BE SK 2012 218 vom 4. Juli 2013; OGer ZH UE150065-O vom 20. November 2015; LB190002-O vom 16. August 2019; und OGer AG SST.2017.146/SST.2017.147 vom 1. Februar 2019.

³⁶ OGer BE SK 2012 218 vom 4. Juli 2013; OGer ZH UE150065-O vom 20. November 2011.

³⁷ OGer AG SST.2017.146/SST.2017.147 vom 1. Februar 2019.

³⁸ OGer BE SK 2012 218 vom 4. Juli 2013; OGer ZH UE150065-O vom 20. November 2011. Seit 2016 gelten zudem die Straftatbestände der aktiven und der passiven Privatbestechung gemäss Art. 322^{octies} und 322^{novies} StGB. In der Lehre wird diskutiert, unter welchen Voraussetzungen Retrozessionen darunterfallen, siehe z.B. MAZOU/BONNART, AJP 2019, 423 ff. Keinen relevanten Straftatbestand bildet die Veruntreuung: Das Obergericht Zürich hat ausgeführt, dass Retrozessionen den Tatbestand der Veruntreuung nicht erfüllen können, siehe OGer ZH, SB150028-O vom 25. September 2018, E. 2.2. S. 66 f.

³⁹ *Bejahend* z.B. ENGLER, ST 3/10, 137 f.; KUHN, AJP 2006, 1054; REIMANN/KUHN, ST 9/06, 688; SCHALLER, Handbuch, 315 ff., m.w.H.; SCHUBARTH, Retrozession, 169 ff.; DERS., Jusletter 17. Dezember 2012, Rz. 5 ff.; *verneinend* etwa EMMENEGGER, Anlagekosten, 97 ff.; LOMBARDINI/MACALUSO, AJP 2008, 193.

⁴⁰ BGer 6B_223/2010 vom 13. Januar 2011.

⁴¹ Siehe zum «Retro-Normalfall» EMMENEGGER, Anlagekosten, 97 f.

⁴² Vgl. BGer 6B_223/2010 vom 13. Januar 2011 E. 1.

Das Bundesgericht erblickte in diesem Verhalten eine ungetreue Geschäftsbesorgung zum Nachteil der Bank aufgrund Verletzung der arbeitsrechtlichen Treupflicht.⁴³

2. *Nachfolgende Urteile*

Wie es sich bei einem «Retro-Normalfall» mit der Strafbarkeit wegen ungetreuer Geschäftsbesorgung verhielt, hatte das Obergericht des Kantons Bern im Jahr 2013 zu beurteilen.⁴⁴ Der Beschuldigte war ein als selbständiger Vermögensverwalter tätiger Jurist, der Retrozessionen in Höhe von rund CHF 90'000 vereinnahmt hatte. Er wurde der mehrfachen qualifizierten ungetreuen Geschäftsbesorgung schuldig gesprochen. Das Obergericht führte aus, dass das Bundesgericht zwar die blossе Verletzung der *Herausgabepflicht* noch nicht als ausreichend erachte, um eine ungetreue Geschäftsbesorgung anzunehmen; es brauche zusätzlich den Nachweis einer dadurch bewirkten Vermögensschädigung.⁴⁵ Hingegen stelle die Verletzung der auftragsrechtlichen *Rechenschaftspflicht* eine Pflichtverletzung im Sinne von Art. 158 StGB dar. Denn die Rechenschaftspflicht bilde eine Essentiale des Auftragsrechts und setze im Vergleich zur Herausgabepflicht, deren Erfüllung der Auftraggeber überprüfen könne, ein intaktes Vertrauens- und Treueverhältnis voraus. Oft bilde sie die einzige Möglichkeit des Auftraggebers, das Handeln des Beauftragten nachzuvollziehen, zu beurteilen und gegebenenfalls die Konsequenzen zu ziehen.⁴⁶

Knapp zwei Jahre später erging die zweite bundesgerichtliche Verurteilung wegen ungetreuer Geschäftsbesorgung im Zusammenhang mit Retrozessionen. Auch diesem Entscheid lag ein besonderer Sachverhalt zugrunde: Beim Beschuldigten handelte es sich nicht nur um den Vermögensverwalter, sondern gleichzeitig um den Vormund des Kunden. Das Bundesgericht hielt fest, der Beschuldigte sei in seiner Eigenschaft als Vermögensverwalter verpflichtet ge-

⁴³ BGer 6B_223/2010 vom 13. Januar 2011 E. 3.4.6. Zweifel an der dogmatischen Stringenz des Entscheids bei EMMENEGGER/THÉVENOZ, SZW 2011, 374. Siehe auch BGE 138 III 755 E. 5.2 S. 761 f. (Entscheid für die zivilrechtliche Herausgabepflicht nicht beachtlich).

⁴⁴ OGer BE, SK 2012 218 vom 4. Juli 2013.

⁴⁵ OGer BE, SK 2012 218 vom 4. Juli 2013, E. IV/2.3/a S. 43, mit Hinweis u.a. auf BGE 129 IV 124 E. 4.1. Im Retrozessionskontext ist dieser Nachweis dann nicht einfach zu erbringen, wenn es sich um marktübliche Vergütungen handelt – denn in diesem Fall hätte der Vermögensverwalter dieselbe Vergütung erzielt, wenn er die bestmögliche Vermögensanlage vorgenommen hätte. Anders verhält es sich bei unüblich hohen Retrozessionen. Kritisch HILF, Bankenstrafrecht, 38 f., die darauf hinweist, dass mit der Verletzung der Herausgabepflicht zwangsläufig eine Vermögensschädigung einhergehe.

⁴⁶ OGer BE, SK 2012 218 vom 4. Juli 2013, E. IV/2.3/a S. 43 ff.

wesen, über die Retrozessionen *Rechenschaft* abzulegen und sie zurückzuerstatten.⁴⁷ Als sorgfältiger Vormund wäre er darüber hinaus verpflichtet gewesen, Forderungen seines Mündels einzutreiben. Aufgrund der Verletzung seiner Pflichten sowohl als Vermögensverwalter als auch als Vormund habe er sich der ungetreuen Geschäftsbesorgung schuldig gemacht.⁴⁸

Im selben Jahr hob das Obergericht Zürich eine Nichtanhandnahmeverfügung der Staatsanwaltschaft auf, da nicht ausgeschlossen werden könne, dass die Bank, gegen die eine Strafanzeige eingereicht worden war, durch das Zurückhalten und Nichtdeklarieren von Retrozessionen den Tatbestand von Art. 158 StGB erfüllen könnte.⁴⁹

In seinem amtlich publizierten Entscheid aus dem Jahr 2018 bestätigte das Bundesgericht seine bisherige Rechtsprechung zur strafrechtlichen Relevanz von Retrozessionen.⁵⁰ Auch in diesem Fall ging es um ein Doppelmandat von Vormundschaft und Vermögensverwaltung. Allerdings hatte der Beschuldigte die Retrozessionen nicht nur im Rahmen des Doppelmandats, sondern auch bei anderen Mandaten zurückbehalten. Das Bundesgericht nahm denn auch auf das Doppelmandat nicht weiter Bezug, sondern hielt in seiner Regeste fest: «Der Vermögensverwalter macht sich der ungetreuen Geschäftsbesorgung strafbar, wenn er seinen Kunden nicht über die Vergütungen oder Retrozessionen informiert, die er von der Depotbank erhält.»⁵¹ Das Bundesgericht geht damit einen Schritt weiter und bejaht die Strafbarkeit unabhängig von allfälligen Sonderkonstellationen. Gleichzeitig präzisiert es, dass die Grundlage für die Strafbarkeit in der Verletzung der *Rechenschaftspflicht* und nicht in der Verletzung der Herausgabepflicht bestehe; die beiden Pflichten seien nicht auf derselben rechtlichen Ebene anzusiedeln.⁵²

⁴⁷ BGer 6B_845/2014 vom 16. März 2015 E. 3.2.2, unter Hinweis auf BGE 132 II 460 (Retro I) und BGE 137 III 393 (Retro II).

⁴⁸ BGer 6B_845/2014 vom 16. März 2015 E. 3.2.3. Hinweis auf die breite Diskussion rund um BGE 132 III 460 (Retro I) und BGE 137 III 393 (Retro II) für den Vorsatz in E. 3.5.3.

⁴⁹ OGer ZH, UE150065-O vom 20. November 2015, insb. E. 4.2 S. 13 ff. Das Wissen der Bank um die Rechenschafts- und Herausgabepflicht ab BGE 132 III 460 (Retro I) bejaht, siehe E. 4.2. S. 14.

⁵⁰ BGE 144 IV 294 E. 3.3 S. 296 f. Besprochen z.B. von GRAF, AJP 2018, 1421 ff.; HIRSCH/VILLARD, SZW 2019, 238 ff.; RIEDO, BR 2018, 358 ff.

⁵¹ BGE 144 IV 294, Regeste.

⁵² BGE 144 IV 294 E. 3.3. S. 297. Diese Frage hatte das Bundesgericht in BGer 6B_845/2014 vom 16. März 2015 E. 3.2.2 noch offengelassen. Das Bundesgericht folgt nunmehr den Erwägungen des Obergerichts Bern in OGer BE, SK 2012 218 vom 4. Juli 2013, E. IV/2.3/a S. 43 ff. Die Strafbarkeit durch Unterlassung (der Rechenschaftspflicht) folgt der Rechtsprechung in Betrugssachen, in welcher das Bundesgericht die Garantienpflicht des Beauftragten bejaht hat (Garantienpflicht allgemein: BGE 140 IV 11 E. 2.4.2 S. 15; Garantienpflicht des Beauftragten: BGer 6S.23/2002 vom 8. April 2002 E. 2c).

Der Leitentscheid des Bundesgerichts wurde schon wenig später in kantonalen Strafrechtsurteilen rezipiert.⁵³

IV. Auftragsrecht als Determinante des Strafrechts

A. Pflicht und Pflichtverletzung: Abstellen auf das Zivilrecht

Wer es als Vermögensverwalter unterlässt, den Kunden über den Erhalt von Retrozessionen zu informieren, macht sich der ungetreuen Geschäftsbesorgung strafbar. Den Ausgangspunkt für die Strafbarkeit bildet die zivilrechtliche Retrozessions-Rechtsprechung des Bundesgerichts. Der Einfluss ist vielschichtig. Erstens haben die Leiturteile klargestellt, dass die Rechenschaftspflicht zu den *elementaren Pflichten* des Beauftragten gehört; der so festgestellte zivilrechtliche Fundamentalcharakter der Rechenschaftspflicht führt zu einer strafrechtlichen *Garantenstellung* des Vermögensverwalters: er macht sich strafbar, wenn er die Rechenschaftsablegung über einbehaltene Retrozessionen unterlässt.⁵⁴

Zweitens entscheidet sich anhand der genannten Leiturteile, ob die Information über den Erhalt von Retrozessionen *rechtsgenügend* erfolgt ist; strafbar macht sich, wer nicht im Sinne der Erwägungen in den Retro-Entscheidungen vollständig und lückenlos über solche Zahlungen informiert. Im strafrechtlichen Leitentscheid (BGE 144 IV 294) hatten die Kunden einer AGB-Klausel zugestimmt, die einen generellen Verzicht auf die Herausgabe von Retrozessionen vorsah. Weil diese Klausel den Anforderungen der zivilrechtlichen Retro-Rechtsprechung an eine vorgängige umfassende Information nicht genüge, schützte sie den Vermögensverwalter nicht vor der Strafbarkeit.⁵⁵

Drittens sind die Leitentscheide – genauer gesagt: der erste Leitentscheid des Bundesgerichts – entscheidend für die Frage, ob ein strafrechtlicher Vorsatz (oder Eventualvorsatz) vorliegt. Daran lässt die strafrechtliche Abteilung des Bundesgerichts keine Zweifel: Seit dem (Retro I-)Entscheid vom 22. März 2006 stünden die Parameter für eine rechtsgenügende Information der Auftraggeberin fest; ein Irrtum über die Gültigkeit einer Informations- und Verzichtsklauseln in den AGB und damit ein fehlender Vorsatz komme nur *vor* diesem

⁵³ OGer AG SST.2017.146/SST.2017.147 vom 1. Februar 2019, E. 4.1.2.2. S. 102 f. (Finanzskandal ASE). Siehe auch OGer ZH SB150028-O vom 25. September 2018 E. 4.8 (S. 72). Dieser Entscheid wurde allerdings vom Bundesgericht aufgehoben und an die Vorinstanz zurückgewiesen, weil ein Sachverständigengutachten zu einem anderen Vorwurf (Churning) fehlte.

⁵⁴ BGE 144 IV 294 E. 3.3 S. 297.

⁵⁵ BGE 144 IV 294 E. 3.4 S. 297 f.

Datum in Betracht.⁵⁶ Dass das Bundesgericht in späteren Urteilen, namentlich im Retro II-Entscheid, weitere Präzisierungen hinsichtlich des genauen Umfangs der Offenlegung vornahm, spielt also insofern keine Rolle, als der Grundsatz der lückenlosen und wahrheitsgetreuen Information bereits mit dem ersten Leitentscheid feststand. Das Berner Obergericht war in seinem Entscheid noch strenger: Es sei bereits vor BGE 132 III 460 herrschende Lehre gewesen, dass Retrozessionen unter die Rechenschaftspflicht fallen.⁵⁷ Der Beschuldigte wurde entsprechend ab einem Zeitraum von ungefähr Februar 2000 wegen eines Verstosses gegen Art. 158 StGB verurteilt.⁵⁸ Heute dürfte aber wohl der Retro I-Entscheid massgeblich sein. Dem Bundesgericht gefolgt ist auch das Obergericht Zürich; es bekundete zwar gewisse Sympathien für eine Strafbarkeit ab dem Retro II-Entscheid. Im Ergebnis stellte es aber auf den Retro I-Entscheid ab.⁵⁹ Das Abstellen der Strafkammer des Bundesgerichts auf den Retro I-Entscheid als massgebliches Datum für das Bestehen des Vorsatzes hat zur Folge, dass sich das Strafbarkeitsdatum des Art. 158 StGB nach der zivilrechtlichen Rechtsprechung richtet.

B. Weitergehender Koordinationsbedarf

Obwohl die zivilrechtliche Retrozessionsrechtsprechung nunmehr auf alle zentralen Fragen eine Antwort gegeben hat und die Strafgerichte darauf Bezug nehmen, bleiben in strafrechtlicher Hinsicht noch Fragen offen.

1. Anwendungsbereich von Art. 158 StGB

Eine Frage betrifft den Anwendungsbereich von Art. 158 StGB. Gemäss seinem Wortlaut betrifft er die Vermögensverwaltung. Die zivilrechtliche Retrozessionsrechtsprechung ist demgegenüber auch auf die Anlageberatung und nach neuerer und richtiger Rechtsprechung auch auf die Execution-Only-Geschäfte anwendbar. Gerade der fliessende Unterschied zwischen der Vermögensverwaltung und der Anlageberatung wirft die Frage auf, ob es für die Strafbarkeit effektiv darauf ankommen kann, ob die Kundin – etwa im Rahmen eines umfassenden Anlageberatungsverhältnisses – die endgültige Entscheidung über die Anlage selbst trifft, zumal es möglicherweise nur um eine Zustimmung

⁵⁶ BGE 144 IV 294 E. 3.4 S. 297 f.

⁵⁷ OGer BE, SK 2012 218 vom 4. Juli 2013, E. 1.5 S. 13 f.

⁵⁸ OGer BE, SK 2012 218 vom 4. Juli 2013, Dispositiv II, S. 78.

⁵⁹ OGer ZH SB150028-O vom 25. September 2018 E. 4.5 ff. S. 70 ff. Dieser Entscheid wurde allerdings vom Bundesgericht aufgehoben und an die Vorinstanz zurückgewiesen, weil ein Sachverständigen Gutachten zu einem anderen Vorwurf (Churning) fehlte.

zu einem (fertigen) Investitionsvorschlag geht, den der Anlageberater anschliessend für die Kundin ausführt.

2. *Rechtsgenügende Information*

Die zweite Frage betrifft die rechtsgenügende Information der Kunden über den Erhalt von Retrozessionen, die eine Strafbarkeit verhindern. Im Leitentscheid der Strafkammer (BGE 144 IV 294) enthielten die AGB des Vermögensverwalters einen generellen Verzicht auf die Herausgabe von Retrozessionen. Die Strafkammer bejahte dennoch die Strafbarkeit: Die AGB-Klausel erfülle die von der Zivilrechtskammer festgelegten Anforderungen an eine *vorgängige* umfassende Information nicht.⁶⁰ Ohne diese Information könne der Kunde nicht gültig auf die Rechenschaft und die Herausgabe verzichten.⁶¹

Diese Erwägungen werfen Fragen auf. Im Zivilrecht steht bei der Retrozessionsthematik die *Herausgabepflicht* im Vordergrund. Im Strafrecht wird auf die *Rechenschaftspflicht* abgestellt; die unterlassene Herausgabe von offengelegten Retrozessionen genügt für die Strafbarkeit nicht. Die Herausgabepflicht ist auf zwei Seiten hin durch Informationspflichten abgestützt. Die *vorgängige* Information über erwartete Retrozessionen ist notwendige Voraussetzung für einen gültigen (weil informierten) Herausgabeverzicht. Die *nachträgliche* Information in Gestalt der Rechenschaftspflicht über die tatsächlich erhaltenen Retrozessionen dient der Kontrolle darüber, ob die zurückbehaltenen Gelder vom vorgängig abgegebenen Herausgabeverzicht abgedeckt sind.

Wenn die Strafgerichte für die Strafbarkeit nicht auf die Verletzung der Herausgabepflicht, sondern auf die Verletzung der Rechenschaftspflicht abstellen, kann es bei strenger Betrachtung für den strafrechtlich relevanten Treuebruch keine Rolle spielen, dass der Vermögensverwalter die Kundinnen nicht *vorgängig* über zu erwartende Retrozessionen aufgeklärt hat. Überhaupt dürfte dann die Gültigkeit des Herausgabeverzichts für die strafrechtliche Pflichtverletzung keine entscheidende Rolle spielen. Entscheidend müsste sein, dass der Vermögensverwalter es unterlassen hat, *nachträglich* über die einbehaltenen Retrozessionen zu informieren. Der gültige Herausgabeverzicht bleibt aber insoweit relevant, als bei seinem Vorliegen das in Art. 158 StGB geforderte Tatbestandsmerkmal der Vermögensschädigung entfällt.

Häufig wird es sowohl an der vorgängigen wie auch an der nachträglichen vollständigen und wahrheitsgetreuen Information über die Einbehaltung von Retrozessionen fehlen; in diesen Fällen spricht die Gesamtbeurteilung für die

⁶⁰ BGE 144 IV 294 E. 3.4 S. 298.

⁶¹ BGE 144 IV 294 E. 3.4 S. 298.

Strafbarkeit. Dennoch stellt sich die Frage, wie die «Randerscheinungen» einer singulären Information aus strafrechtlicher Sicht zu beurteilen sind. Wie verhält es sich, wenn – mangels vollständiger und wahrheitsgetreuer *vorgängiger* Information im zivilrechtlichen Sinne – der Herausgabeverzicht nicht gültig ist, im Gegenzug aber eine vollständige und wahrheitsgetreue *nachträgliche* Rechenschaftsablegung erfolgt, und der Vermögensverwalter im Anschluss daran die Herausgabe verweigert? Nach der hier vertretenen Auffassung ist in diesem Fall die Herausgabe zivilrechtlich geltend zu machen, während die Strafbarkeit entfällt. Denn die Rechenschaftspflicht wurde erfüllt, womit keine Pflichtverletzung im Sinne von Art. 158 StGB vorliegt.⁶²

Präzisierend ist allerdings Folgendes anzufügen: Wenn – wie im Fall der Vermögensverwaltung und überhaupt bei der Erbringung von Finanzdienstleistungen – die Ausführung des Auftrags die Einnahme und Ausgabe von Geld beinhaltet, so «umfasst die erforderliche Rechenschaftsablegung auch eine eigentliche Rechnungslegung. Diese besteht in der erschöpfenden und verständlichen Zusammenstellung der einzelnen Einnahmen und Ausgaben sowie der Saldoziehung. Für die Pflicht zur Rechnungslegung ist dabei unerheblich, ob der Beauftragte die Gelder (beispielsweise als Vorschuss für bevorstehende Auslagen) vom Auftraggeber oder von Dritten (etwa im Rahmen eines Inkassoauftrags) erhalten hat». Diese Aussage findet sich im bereits erwähnten Entscheid des Berner Obergerichts aus dem Jahr 2013,⁶³ auf den sich die Strafkammer in BGE 144 IV 294 bezieht.⁶⁴ Er ist wörtlich dem vom Jubilar verfassten Kommentar entnommen und entspricht im Übrigen der einhelligen Doktrin.⁶⁵ Die vollständige und wahrheitsgetreue Rechenschaftsablegung weist also die Retrozessionen als einen oder als mehrere Abrechnungsposten bei der Abrechnung aus. Diese Abrechnung findet bei Finanzdienstleistungen periodisch statt (monatlich oder quartalsweise), sie kann im Übrigen jederzeit verlangt werden (so der Wortlaut von Art. 400 Abs. 1 OR). Die vollständige und wahrheitsgetreue Rechenschaftsablegung erschöpft sich also nicht darin, über erhaltene Retrozessionen auf Anfrage hin zu informieren. Vielmehr beinhaltet sie eine aktive Informationspflicht. Die Hürden an die Erfüllung der Rechenschaftspflicht sind also hoch.

Umgekehrt ist zu fragen, wie es sich verhält, wenn aufgrund einer rechtsgenügenden vorgängigen Information über zu erwartende Retrozessionen ein gültiger Herausgabeverzicht vorliegt, der Vermögensverwalter aber im Anschluss

⁶² In diesem Sinne auch DROZ, *forum* poenale 3/2019, 224.

⁶³ OGer BE, SK 2012 218 vom 4. Juli 2013, E. 2.3 a) S. 45, unter Hinweis auf BK OR-FELLMANN, Art. 400 N 8.

⁶⁴ BGE 144 IV 294 E. 3.3. S. 297.

⁶⁵ Siehe BK OR-FELLMANN, Art. 400 N 8, 35, 48 m.w.N.; BSK OR I-OSER/WEBER, Art. 400 N 7 ff. m.w.N.; CR CO I-WERRO, Art. 400 N 7 ff. m.w.H.

daran eine vollständige und wahrheitsgetreue Rechenschaftsablegung unterlässt? Wie bereits oben erwähnt, fehlt es in diesem Fall am Tatbestand der Vermögensschädigung – die Auftraggeberin hat rechtsgültig auf die Herausgabe der Retrozessionen verzichtet. Ob in diesen Fällen zusätzlich ein strafrechtlich relevanter Treuebruch vorliegt, ist fraglich.⁶⁶ Denn im Rahmen des gültigen Herausgabeverzichts muss die Kundin bereits vollständig und wahrheitsgetreu über die Grössenordnung der erwarteten Retrozessionen informiert worden sein.⁶⁷ Soweit die tatsächlich erhaltenen Retrozessionen nicht von der angegebenen Prozentbandbreite abweichen, dürfte das Unterlassen der nachträglichen ordnungsgemässen Rechenschaftsablegung im Hinblick auf die *ultima ratio*-Funktion des Strafrechts noch keinen Treuebruch im Sinn von Art. 158 StGB darstellen.

Anzufügen bleibt noch dies: Im Urteil der Strafkammer findet sich die Erwägung, wonach der Kunde ohne rechtsgenügende vorgängige Information auf die Rechenschaftspflicht und die Herausgabepflicht nicht gültig verzichten könne.⁶⁸ Sie übernimmt damit eine Erwägung aus dem Retro I-Entscheid der ersten Zivilkammer, der insgesamt vom möglichen Verzicht auf Rechenschaftsablegung und Herausgabe spricht.⁶⁹ Der Hinweis auf den Verzicht auf die Rechenschaftspflicht erscheint im Strafurteil besonders passend, weil die Strafgerichte auf die Rechenschaftspflicht abstellen. Die Erwägungen im Retro I-Entscheid betrafen allerdings im Kern den Herausgabeverzicht und nicht den Verzicht auf Rechenschaftsablegung.⁷⁰ In den späteren Retro-Entscheiden wurde diese doppelte Formulierung denn auch nicht mehr verwendet. Das ist richtig, denn rechtsverbindlich verzichten kann man nur auf den Herausgabeanspruch. Hingegen ist weder die vorgängige noch die nachträgliche Information einem Verzicht zugänglich.⁷¹ Dass Rechenschaft gemäss Art. 400 Abs. 1 OR nur auf Anfrage hin abgelegt werden muss, ändert daran nichts; das Anfragerecht als solches bleibt unverzichtbar.⁷²

⁶⁶ HILF, Bankenstrafrecht, 35 weist zu Recht darauf hin, dass einer ausserstrafrechtlichen Pflicht der Charakter einer Vermögensfürsorgepflicht zukommen muss, damit ihre Verletzung nach Art. 158 StGB strafbar ist.

⁶⁷ Vgl. BGE 137 III 393 E. 2.4 S. 398 ff. (Retro II).

⁶⁸ BGE 144 IV 294 E. 3.4 S. 298.

⁶⁹ BGE 132 III 460 E. 4.5 S. 468 f.

⁷⁰ BGE 132 III 460 E. 4.5. S. 469 («Aus dem blossen Stillschweigen [...] durfte der Beklagte [...] nicht auf einen *Verzicht der Klägerin auf Herausgabe* [...] schliessen.»). Hervorhebung hinzugefügt.

⁷¹ Für den vorgängigen Verzicht ausdrücklich BGE 137 III 393 E. 2.4 S. 399.

⁷² OGer ZH, ZR 101 (2002) Nr. 26, 100, u.a. unter Hinweis auf BK OR-FELLMANN, Art. 400 N 38.

V. Umkehrwirkung: Einfluss des Strafrechts auf das Privatrecht

Bislang wurden die Auswirkungen des Privatrechts auf das Strafrecht in der Retrozessionsfrage betrachtet. Dabei handelt es sich aber nicht um eine Einbahnstrasse. Vielmehr beeinflusst das Strafrecht umgekehrt auch das Privatrecht.

A. Strafrechtliche Verjährungsfrist im Privatrecht

Ein möglicher Einflussbereich des Strafrechts bildet die Verjährung. Das Bundesgericht hat bereits in seiner massgeblichen Erwägung im Retro IV-Entscheid festgehalten, dass für den Herausgabeanspruch die längere strafrechtliche Verjährungsfrist nach Art. 60 Abs. 2 OR vorbehalten bleibt.⁷³

Gemäss Art. 60 Abs. 2 OR gilt für Forderungen aus strafbarer Handlung die allfällige längere strafrechtliche Verjährungsfrist. Hintergrund dieser Bestimmung ist, dass es stossend wäre, wenn der Täter zwar für seine Handlung noch bestraft werden, die zivilrechtliche Wiedergutmachung aber nicht mehr eingefordert werden könnte.⁷⁴ Eine Strafverfolgung des Täters wird für die Anwendbarkeit von Art. 60 Abs. 2 OR nicht vorausgesetzt.⁷⁵ Entscheidend ist, dass die objektiven und subjektiven Tatbestandsmerkmale eines Straftatbestandes erfüllt sind.⁷⁶ Weiter ist vorausgesetzt, dass sich der zivil- und der strafrechtliche Tatbestand auf die gleiche Handlung beziehen, und dass ein adäquater Kausalzusammenhang zwischen der strafrechtlichen Handlung und der dem Zivilanspruch zugrundeliegenden Beeinträchtigung besteht.⁷⁷ Sind diese Voraussetzungen erfüllt, kommt auf die betreffenden zivilrechtlichen Ansprüche die längere strafrechtliche Verjährungsfrist zur Anwendung.⁷⁸

Mittlerweile ist höchstrichterlich geklärt, dass sich der ungetreuen Geschäftsbesorgung strafbar macht, wer als Vermögensverwalter Retrozessionen einbehält und dies verschweigt. Handelt der Täter – was im Retrozessionskontext unterstellt werden kann – in Bereicherungsabsicht, verjährt die ungetreue Geschäftsbesorgung innert fünfzehn Jahren (vgl. Art. 158 Ziff. 1 Abs. 3 i.V.m. Art. 97 Abs. 1 lit. b StGB). Die Frage ist allerdings, *welcher* zivilrechtliche Anspruch in Anwendung von Art. 60 Abs. 2 OR der längeren Verjährungsfrist

⁷³ BGE 143 III 348 E. 5.3.2 S. 358 f. a.E. (Retro IV).

⁷⁴ BSK OR I-DÄPPEN, Art. 60 N 11; BK OR-BREHM, Art. 60 N 67, jeweils m.w.H.

⁷⁵ Z.B. BGE 127 III 538 E. 4c S. 541; 122 III 225 E. 4 S. 226.

⁷⁶ BGE 136 III 502 E. 6.1 S. 503.

⁷⁷ BGE 122 III 5 E. 2c S. 8.

⁷⁸ BK OR-BREHM, Art. 60 N 71.

unterliegt. Zweifellos ist der deliktsrechtliche Schadenersatzanspruch davon erfasst. Der Vermögensverwalter, der den Tatbestand der ungetreuen Geschäftsführung erfüllt, handelt widerrechtlich im Sinne von Art. 41 OR, da er eine relevante Schutznorm verletzt. Die Kundin erleidet dadurch kausal adäquat einen Schaden in Höhe der ihr vorenthaltenen Retrozessionen. Der Verschuldensnachweis ist mit der Erfüllung des subjektiven Straftatbestands erbracht.⁷⁹

Schwieriger gestaltet sich die Frage, ob auch der vertragsrechtliche Herausgabeanspruch der längeren strafrechtlichen Verjährungsfrist unterliegt. Eine erste Hürde liegt darin, dass sich Art. 60 Abs. 2 OR auf Schadenersatz- und Genugtuungsansprüche bezieht, während der Herausgabeanspruch ein Erfüllungsanspruch ist. Gemäss den Erwägungen im Retro IV-Entscheid kommt es darauf aber nicht an, denn dort ging es spezifisch um einen Herausgabeanspruch.⁸⁰ Auch das Obergericht Zürich spricht in seiner Retro-Entscheidung, die ebenfalls einen Herausgabeanspruch zum Gegenstand hatte, allgemein von der längeren Verjährungsdauer des *Zivilanspruchs*.⁸¹ Schliesslich wird auch in der Lehre vertreten, die längere strafrechtliche Verjährungsfrist komme auf den Herausgabeanspruch zur Anwendung.⁸² Diese Auffassung verdient Zustimmung. Sie deckt sich mit der *ratio* von Art. 60 Abs. 2 OR, die von Überlegung geleitet wird, dass es nicht gerechtfertigt wäre, wenn der Täter zwar für seine Handlung noch bestraft werden, die *zivilrechtliche* Wiedergutmachung aber nicht mehr eingefordert werden könnte.⁸³ Sie ergibt sich zudem aus der Verweisungsnorm in Art. 99 Abs. 3 OR. Die genannte Bestimmung erfasst jegliches vertragswidriges Verhalten. Über das Instrument der Verweisung wird Art. 60 Abs. 2 OR Teil der vertragsrechtlichen Ordnung. Die Rechtsbehelfe dieser Ordnung beschränken sich nicht auf Schadenersatz- und Genugtuungsansprüche. Dass alle Rechtsbehelfe erfasst sind, macht auch Art. 99 Abs. 3 OR deutlich: Die deliktsrechtlichen Normen kommen im Vertragsrecht nicht unmittelbar, sondern *entsprechend* zur Anwendung. Damit wird die notwendige Feinabstimmung im Sinne der teilrechtseigenen – hier der vertragsrechtlichen – Systemkompatibilität sichergestellt.⁸⁴ Die längere strafrechtliche Verjährungsfrist gilt damit auch für den Herausgabeanspruch.

⁷⁹ BGE 144 IV 294 E. 3.4 S. 298; Ab BGE 132 III 460 (Retro I) steht die Herausgabepflicht und stehen die Anforderungen an einen gültigen Herausgabeverzicht fest.

⁸⁰ BGE 143 III 348 E. 5.3.2 S. 358 f. a.E. (Retro IV).

⁸¹ OGer ZH, LB190002-O vom 16. August 2019, E. 10 S. 16.

⁸² DROZ, forumpoenale 3/2019, 225 («En cas de gestion déloyale aggravée, la prescription criminelle de 15 ans prévue à l'art. 97 al. 1 let. b CP est désormais susceptible de s'appliquer à la créance *en restitution*, en application de l'art. 60 al. 2 CO.»).

⁸³ BSK OR I-DÄPPEN, Art. 60 N 11; BK OR-BREHM, Art. 60 N 67, jeweils m.w.H.

⁸⁴ Siehe dazu im Einzelnen BK OR-WEBER/EMMENEGGER, Art. 99 N 266 ff.

Eine Hürde bleibt allerdings im Retrozessionskontext bestehen: Für den Straftatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung wird auf die Pflicht zur *Rechenschaftsablegung* und nicht auf die *Herausgabepflicht* abgestellt. Das bedeutet in einem ersten Schritt, dass sich die Pflicht zur Rechenschaftsablegung nach der längeren strafrechtlichen Verjährungsfrist richtet. Um zur längeren Verjährungsfrist für den aus zivilrechtlicher Sicht relevanten Herausgabeanspruch zu kommen, muss man die «gleiche Handlung», auf die sich der zivil- und der strafrechtliche Tatbestand beziehen,⁸⁵ weit fassen.⁸⁶ La messe n'est pas encore dite à ce sujet!

B. (Überholter) Entscheid des Obergerichts Zürich

Das Obergericht Zürich hatte im August 2019 in einem zivilrechtlichen Fall zu beurteilen, ob der Umstand, dass das Verschweigen der Entgegennahme von Retrozessionen nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung eine ungetreue Geschäftsbesorgung darstellt, dazu führt, dass gemäss Art. 60 Abs. 2 OR anstelle der zivilrechtlichen Verjährungsfrist von zehn Jahren die fünfzehnjährige Verjährungsfrist i.S.v. Art. 97 Abs. 1 lit. b i.V.m. 158 StGB zur Anwendung gelangt.⁸⁷ Es verneinte dies mit der Begründung, dass es sich bei der beklagten Bank um eine juristische Person handle und die Verantwortlichkeit von Unternehmen in Art. 102 StGB als Übertretung ausgestaltet sei, die innert drei Jahren verjähre. Die fünfzehnjährige Verjährungsfrist käme nur dann zur Anwendung, wenn die Beklagte nach Art. 55 Abs. 2 ZGB für die Handlungen eines Organs einstehen müsste, was nicht geltend gemacht werde.⁸⁸

Nun hat aber das Bundesgericht im Dezember 2019 entschieden, dass es sich bei Art. 102 StGB um eine Zurechnungsnorm und nicht um einen eigenständigen Übertretungstatbestand handelt und sich die Verjährung daher nach der Anlasstat richtet.⁸⁹ Die dargelegte Rechtsprechung des Obergerichts ist daher bereits überholt.

⁸⁵ BGE 122 III 5 E. 2c S. 8.

⁸⁶ Die «gleiche Handlung» läge jedenfalls dann vor, wenn das Strafrecht – wie das Zivilrecht – an der Herausgabepflicht anknüpfen würde. Nach BSK StGB-Niggli, Art. 158 N 121 liegt eine Pflichtverletzung i.S.v. Art. 158 StGB insbesondere dann vor, wenn der Tatbestand der Privatbestechung (Art. 322^{octies} f. StGB) erfüllt ist – und dieser knüpft an der Verletzung der Herausgabepflicht an. Das Argument bedürfte einer vertiefteren Prüfung.

⁸⁷ OGer ZH, LB190002-O vom 16. August 2019, E. 10 S. 16.

⁸⁸ OGer ZH, LB190002-O vom 16. August 2019, E. 10 S. 16.

⁸⁹ BGer 6B_31/2019 vom 12. Dezember 2019 E. 2.3.

VI. Fazit

«Der Beauftragte soll durch den Auftrag – abgesehen von einem allfälligen Honorar – weder gewinnen noch verlieren».⁹⁰ Dieser Satz des Jubilars hat eine ganze Welle von zivil- und strafrechtlichen Entscheiden losgetreten, die das Geschäftsmodell der Vereinnahmung von Retrozessionen grundlegend in Frage gestellt haben. Das Thema zeigt wohl wie kaum ein anderes die Wechselwirkungen zwischen Privatrecht und Strafrecht auf. Denn das Strafrecht stellt sowohl bezüglich der relevanten Pflichtverletzung als auch bezüglich des Vorsatzes und damit des Zeitpunkts, ab dem die Vereinnahmung von Retrozessionen strafbar ist, auf die zivilrechtliche Rechtsprechung ab.

Konkretisierungsbedarf ergibt sich einerseits gerade in jenen Punkten, wo das Strafrecht mit dem Zivilrecht nicht deckungsgleich ist, wie beispielsweise bei der Frage, ob Vereinnahmung von Retrozessionen auch im Anlageberatungs- oder Execution-Only-Verhältnis strafbar ist. Andererseits ist ein strafrechtliches Abstellen auf die auftragsrechtliche Rechenschaftspflicht wohl nicht in jedem Fall gerechtfertigt, insbesondere in Fällen, wo die strengen Anforderungen an einen gültigen Herausgabeverzicht erfüllt sind und die tatsächlich erhaltenen Retrozessionen nicht massgeblich von der angegebenen Prozentbandbreite abweichen.

Das Strafrecht lässt sich aber nicht nur vom Privatrecht beeinflussen, sondern wirkt seinerseits auf dieses zurück. Aufgrund von Art. 60 Abs. 2 OR, demgemäss für Zivilforderungen, die gleichzeitig einen Straftatbestand erfüllen, die längere strafrechtliche Verjährungsfrist gilt, bleibt die Verjährungsfrage auch nach Retro IV spannend.

VII. Literaturverzeichnis

BÄRTSCHI HARALD, OR (AT/BT) und Haftpflichtrecht, *ius.focus* 3/2012, Nr. 59, S. 9.

BREHM ROLAND, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht (Berner Kommentar), Obligationenrecht, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen: Kommentar zu Art. 41–61 OR, 4. Auflage, Bern 2013.

DÄPPEN ROBERT K., Art. 60, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), *Basler Kommentar Obligationenrecht I*, Art. 1–529 OR, 6. Auflage, Basel 2015.

⁹⁰ BK OR-FELLMANN, Art. 400 N 127.

- DROZ GAÉTAN, *Rétrocessions dans le domaine financier : échec de la mise à l'épreuve pour le gérant de fortune peu loquace*, in: *forumpoenale* 3/2019, S. 221–226.
- EMMENEGGER SUSAN, *Anlagekosten: Retrozessionen im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung*, in: Susan Emmenegger (Hrsg.), *Anlagerecht*, Basel 2007, S. 59–127.
- EMMENEGGER SUSAN/DÖBELI THIRZA, *Bankgeschäfte nach der Krise: Safer, simpler, fairer?*, in: *SZW* 2018, S. 639–652.
- EMMENEGGER SUSAN/THÉVENOZ LUC/REBER MARTINA/HIRSCH CÉLIAN, *Das schweizerische Bankprivatrecht 2018*, in: *SZW* 2/2019, S. 190–224.
- EMMENEGGER SUSAN/THÉVENOZ LUC/REBER MARTINA/PODA ENDRIT, *Das schweizerische Bankprivatrecht 2014–2015*, in: *SZW* 2015, S. 386–416.
- ENGLER MARC, *Retrozessionen aus strafrechtlicher Perspektive – Ungetreue Geschäftsbesorgung, Privatbestechung, Veruntreuung, Betrug*, in: *ST* 3/10, S. 137–140.
- FELLMANN WALTER, *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht (Berner Kommentar), Band VI: Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilband: Der einfache Auftrag: Kommentar zu Art. 394–406 OR*, Bern 1992.
- GAUCH PETER, *Periodisch geschuldete Leistungen: Gedanken zur Verjährungsbestimmung des Art. 128 Ziff. 1 OR*, in: *AJP* 2014, S. 285–293.
- GRAF DAMIAN K., *Bundesgericht, Strafrechtliche Abteilung, Urteil 6B_689/2016 vom 14. August 2018 (zur Publikation bestimmt), X. gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Wallis, H.B., D.B. und D., Straftaten gegen das Vermögen, Geldwäscherei*, in: *AJP* 2018, S. 1421–1428.
- HILF MARIANNE JOHANNA, *Bankenstrafrecht: Die Strafbarkeit der Mitarbeitenden, des Managements, der Bank*, in: Susan Emmenegger (Hrsg.), *Banken zwischen Strafrecht und Aufsichtsrecht*, Basel 2014, S. 15–52.
- HIRSCH CÉLIAN/VILLARD KATIA, *Rétrocessions et gestion déloyale*, in: *SZW* 2019, S. 238–245.
- KUHN ROLF, *Retrozessionszahlungen an externe Vermögensverwalter – eine Standortbestimmung*, in: *AJP* 2006, S. 1051–1056.
- LOMBARDINI CARLO/MACALUSO ALAIN, *Rétrocessions et rétributions dans le domaine bancaire: une nécessaire mise en perspective*, in: *AJP* 2008, S. 180–197.
- MATHYS BEAT/ROBERTO VITO, *Wann verjähren Bestandespflegekommissionen?*, in: *Jusletter* 19. November 2012.

- MAZOU MIRIAM/BONNARD EMMELINE, Les rétrocessions sous l'angle de la corruption privée, in: AJP 2019, S. 423–431.
- NEUMANN NATALIA/VON DER CRONE HANS CASPAR, Herausgabepflicht für Bestandespflegekommissionen im Auftragsrecht, in: SZW 2013, S. 101–112.
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER, Art. 158 StGB, in: Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar Strafrecht, Strafgesetzbuch, Jugendstrafgesetzbuch, 4. Auflage, Basel 2018.
- NOBEL PETER, Das Bundesgericht zu den Bestandespflegekommissionen, in: Jusletter 19. November 2012.
- OSER DAVID/WEBER ROLF H., Art. 400 OR, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.) Basler Kommentar Obligationenrecht I, 6. Auflage, Basel 2015.
- PICHONNAZ PASCAL/WERRO FRANZ/HURNI BÉATRICE, La prescription de la créance en restitution des commissions d'état (art. 400 al. 1 CO) après l'ATF 138 III 755, in: AJP 2013, S. 887–902
- REIMANN THOMAS/KUHN ROLF, Nach dem Retrozessionsentscheid, Konsequenzen für Vermögensverwalter – BGE 4C.432/2005, in: ST 9/06, S. 688–691.
- RIEDO CHRISTOF, Das Verschweigen von Retrozessionen als strafbare Vertragsverletzung, in: BR 2018, S. 358–363.
- ROMERIO FLAVIO/BAZZANI CLAUDIO, Verjährung des Anspruchs auf Herausgabe von Bestandespflegekommissionen, in: GesKR 2013, S. 49–57.
- SCHALLER JEAN-MARC, Handbuch des Vermögensverwaltungsrechts, Grundlagen – Haftung – Zivilprozess – Aufsicht – Strafrecht, Zürich/Basel/Genf 2013 (zit. SCHALLER, Handbuch).
- Retrozessionen: Nochmals zur Verjährungsfrage, in: Jusletter 3. Dezember 2012 (zit. SCHALLER, Jusletter 3. Dezember 2012).
- SCHMID FABIAN, Retrozessionen an externe Vermögensverwalter, Privatrechtliche Fragen, Bern 2009.
- SCHUBARTH MARTIN, Die Bedeutung der neuen Retrozessionsentscheidung des Bundesgerichtes für das Konzernstrafrecht, in: Jusletter 17. Dezember 2012 (zit. SCHUBARTH, Jusletter 17. Dezember 2012).
- Retrozession und Ungetreue Geschäftsbesorgung, in: Susan Emmenegger (Hrsg.), Anlagerecht, Basel 2007, S. 169–171 (zit. SCHUBARTH, Retrozession).

SCHWOB RENATE, Retrozessionen: Betrachtungen zur strafrechtlichen Relevanz für eine Bank, in: ZStrR 130/2012, S. 121–143.

WEBER ROLF H./EMMENEGGER SUSAN, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht (Berner Kommentar), Obligationenrecht. Allgemeine Bestimmungen. Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97–109 OR, Bern 2020.

WERRO FRANZ, Art. 400 CO, in: Luc Thévenoz/Franz Werro (Hrsg.), Commentaire Romand Code des obligations I, 2. Auflage, Basel 2012.