

Retro-Strafbarkeit nach Art. 158 StGB: Questions and (some) Answers

Martina Reber | Susan Emmenegger | Marianne Johanna Lehmkuhl

In 2018, the Swiss Supreme Court issued a landmark decision on payments from third parties in financial services (so-called inducements, kickbacks, or retrocessions). In essence, it held that the acceptance of inducements by asset managers and their concealment vis-a-vis the clients are a criminal offense. This article discusses the ramifications of the Supreme Court decision

and explores some of the remaining grey areas. In particular, it analyzes the (restrictive) conditions under which asset managers may be released from disclosing the amounts received when rendering account to the clients. The article also discusses practical scenarios regarding inducements and gives an assessment of the criminal liability connected thereto.

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Ausgangspunkt: BGE 144 IV 294
- III. Strafrechtliche Relevanz der Rechenschaftspflicht
 - 1. Unzulässigkeit eines Verzichts auf die Retro-Rechenschaftspflicht
 - 2. Unzulässigkeit überhöhter Rechenschaftsgebühren
 - 3. Zulässigkeit einer Rechenschaft «auf Verlangen»?
 - 4. Fazit
- IV. Das Zusammenspiel von Rechenschaft und Herausgabe(verzicht)
 - 1. Zusammenspiel gemäss Bundesgericht
 - 2. Kritik am bundesgerichtlichen Vorgehen
- V. Anforderungen an einen gültigen Herausgabeverzicht
 - 1. Anforderungen gemäss Bundesgericht
 - 2. Strafgerichtlich beurteilte Herausgabeverzichtsklauseln
- VI. Grauzone: Vorabinformation mit Produktklassebandbreiten des investierten Vermögens
 - 1. Ausgangslage
 - 2. Auswirkungen auf den objektiven Tatbestand von Art. 158 StGB
- VII. Rettendes Aufsichtsrecht?
 - 1. Anforderungen von Art. 26 FIDLEG
 - 2. (Momentane) Rechtfertigung durch das FINMA-Rundschreiben 2009/1
 - 3. Ausblick

VIII. Strafrechtliche Würdigung verschiedener Szenarien

- 1. Keine Retro-Rechenschaft, keine Herausgabe, kein Verzicht
 - 2. Vollständige Rechenschaft, keine Herausgabe
 - 3. Vollständiger Rechenschaftsverzicht
 - 4. Retro-Rechenschaft auf Verlangen
 - 5. Vorgängige Retro-Information weist zu tiefe Beträge aus
- IX. Und was ist mit den Unternehmen?
- X. Fazit

I. Einleitung

Die Retrozessionsthematik ist längst keine rein zivilrechtliche Domäne mehr. Sie hat inzwischen eine aufsichtsrechtliche¹ und eine strafrechtliche Dimension hinzugewonnen. Brachten die zivilrechtliche Retrozessionsrechtsprechung des Bundesgerichts² und ihre aufsichtsrechtliche Umsetzung primär schärfere Regeln für ein bislang verbreitetes Geschäftsmodell der Finanzbranche mit sich, zeitigt das Strafrecht empfindliche Folgen für die agierenden Individuen.³ Obschon für die Erfassung der Retrozessionsthematik

¹ Siehe hierzu z.B. *Emmenegger/Reber*, Zahlungsströme im Konzern: Aufsichtsrechtliche Folgen der Retrozessionsrechtsprechung, in: Jung/Krauskopf/Cramer (Hrsg.), *Theorie und Praxis des Unternehmensrechts*, Festschrift zu Ehren von Lukas Handschin, Zürich 2020, 165 ff.

² BGE 132 III 460 (Retro I); BGE 137 III 393 (Retro II); BGE 138 III 755 (Retro III) und BGE 143 III 348 (Retro IV); BGer 4A_355/2019 vom 13. Mai 2020.

³ Relativierend ist anzufügen, dass auch das Aufsichtsrecht verwaltungsstrafrechtliche Normen enthält. So machen sich Finanzdienstleister, die nicht durch die FINMA beaufichtigt werden, insbesondere strafbar, wenn sie gegen die Bestimmungen zur Herausgabe von Entschädigungen Dritter nach Art. 26 FIDLEG verstossen (vgl. Art. 89 Bst. c i.V.m. 92 FIDLEG).

tik verschiedene Straftatbestände in Frage kommen,⁴ legte die Strafrechtspraxis den Schwerpunkt bisher auf die ungetreue Geschäftsbesorgung. Hohe Wellen schlug BGE 144 IV 294, der höchstrichterlich bestätigte, dass sich ein Vermögensverwalter, der nicht Rechenschaft über die erhaltenen Retrozessionen ablegt, der ungetreuen Geschäftsbesorgung schuldig macht.⁵

Gleichzeitig wirft BGE 144 IV 294 verschiedene Fragen auf, insbesondere, was die rechtlichen «Grauzonen» betrifft. Dieser Beitrag versucht, einige dieser Fragen in Anwendung bzw. konsequenter Fortführung dieser Rechtsprechung zu beantworten. Allfällige grundsätzlich abweichende Auffassungen von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung werden lediglich am Rande aufgezeigt. Fragen stellen sich schliesslich auch hinsichtlich der Unternehmensstrafbarkeit. Diese sind aber überwiegend an den Gesetzgeber zu richten.

II. Ausgangspunkt: BGE 144 IV 294

Dem bundesgerichtlichen Leitentscheid aus dem Jahr 2018 lag der Sachverhalt zugrunde, dass der Direktor und Alleinaktionär einer Vermögensverwaltungsgesellschaft seine ca. 60 Kundinnen und Kunden⁶ nicht über die von der Depotbank erhaltenen Retrozessionen informiert und ihnen diese auch

nicht weitergeleitet hatte.⁷ Das Bundesgericht musste beurteilen, ob er sich dadurch der ungetreuen Geschäftsbesorgung im Sinne von Art. 158 Ziff. 1 StGB schuldig gemacht hatte.

Tauglicher Täter einer ungetreuen Geschäftsbesorgung ist, «wer aufgrund des Gesetzes, eines behördlichen Auftrages oder eines Rechtsgeschäfts damit betraut ist, Vermögen eines anderen zu verwalten oder eine solche Vermögensverwaltung zu beaufsichtigen», also eine sogenannte Geschäftsführereigenschaft innehat. Weiter setzt der objektive Tatbestand von Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 StGB eine Pflichtverletzung, einen Schaden und die Kausalität zwischen der Pflichtverletzung und dem Schaden voraus.⁸

Das Bundesgericht prüfte in BGE 144 IV 294 nicht sämtliche Tatbestandsmerkmale, sondern setzte sich schwerpunktmässig mit der Pflichtverletzung auseinander. Es bestätigte seine frühere Rechtsprechung, wonach die Verletzung der *Herausgabepflicht* für sich allein noch keine ungetreue Geschäftsbesorgung darstelle. Eine Ausnahme bestehe dann, wenn die erhaltene Summe den Beauftragten zu einem Verhalten verleite, «das sich gegen die Vermögensinteressen des Geschäftsherrn richtet und sich somit schädigend auswirkt».⁹ Demgegenüber handle es sich bei der auftragsrechtlichen *Rechenschaftspflicht* um eine Garantienpflicht, deren Verletzung eine Pflichtverletzung im Sinne von Art. 158 Ziff. 1 StGB darstellen könne. Die Rechenschaftsablegung sei überhaupt erst die Voraussetzung dafür, dass die Auftraggeberin allfällige Herausgabe- und Schadenersatzansprüche geltend machen könne.¹⁰ Die Sichtweise des Bundesgerichts wird von einem Teil der Lehre mit bedenkenswerten Argumenten kritisiert.¹¹ Das Bundesgericht hat sich allerdings in BGE 144 IV 294 für die Pflichtwidrigkeit auf die Rechenschafts-

⁴ Entsprechende Analysen z.B. bei Engler, ST 3/10, 137 ff.; Mazou/Bonnard, AJP 2019, 423; Schwob, ZStrR 130/2012, 121 ff.

⁵ Vgl. BGE 144 IV 294 E. 3.3. S. 296 f. Der Leitentscheid kam nicht überraschend. Für frühere Entscheide siehe z.B. BGer 6B_223/2010 vom 13. Januar 2011 (Verurteilung eines Bankmitarbeiters wegen privater Vereinnahmung von Bestandspflegekommissionen); 6B_845/2014 vom 16. März 2015 (Verurteilung eines Vermögensverwalters und Vormunds); OGer BE, SK 2012 218 vom 4. Juli 2013 (Verurteilung eines Vermögensverwalters); OGer ZH, UE150065-O vom 20. November 2015 (Aufhebung einer Nichtanhandnahmeverfügung gegen eine Bank).

⁶ Von einer Kundin war der Beschuldigte darüber hinaus der Vormund. Eine Verurteilung wegen ungetreuer Geschäftsbesorgung durch das Verschweigen von Retrozessionen setzt aber nicht zwingend eine solche Doppelrolle voraus. Dies zeigt bereits der Umstand, dass der Vermögensverwalter auch hinsichtlich derjenigen Retrozessionen verurteilt wurde, die er seinen übrigen Kundinnen und Kunden verschwiegen hatte. Siehe hierzu Villard/Hirsch, SZW 2019, 245; Emmenegger/Reber, Aufsichtsrecht als Determinante des Strafrechts, in: Müller/Schwarz (Hrsg.),

Auf zu neuen Ufern! Festschrift für Walter Fellmann, Bern 2021, 194.

⁷ Vgl. BGE 144 IV 294, Sachverhalt.

⁸ Ausführlich zu den objektiven Tatbestandselementen von Art. 158 Ziff. 1 StGB BSK StGB-Niggli, Art. 158 N 11 ff.

⁹ BGE 129 IV 124 E. 4.1 S. 128, bestätigt in BGE 144 IV 294 E. 3.1 S. 295.

¹⁰ Vgl. BGE 144 IV 294 E. 3.3 S. 296 f.

¹¹ Siehe z.B. Graf, AJP 2018, 1424 ff. So schon Hilf [Lehmkuhl], Bankstrafrecht: Die Strafbarkeit der Mitarbeitenden, des Managements, der Bank, in: Emmenegger (Hrsg.), Banken zwischen Strafrecht und Aufsichtsrecht, Basel 2014, 30 ff. Siehe dazu ausführlicher unten IV.2.

pflicht beschränkt, weshalb diese Rechtslage für den vorliegenden Beitrag den Ausgangspunkt bildet.

Der Beschuldigte legte zwei ungültige Rechenschafts- und Herausgabeverzichtserklärungen ins Recht, die von zwei der Geschädigten im Jahr 2008 unterzeichnet worden waren. Er machte geltend, in guten Treuen auf die Gültigkeit dieser Verzichtserklärungen vertraut zu haben, da das Bundesgericht die Anforderungen an einen gültigen Verzicht erst im Retro II-Entscheid vom 29. August 2011 konkretisiert habe. Diesen Einwand wies das Bundesgericht mit der Begründung ab, dass bereits seit dem Retro I-Entscheid vom 22. März 2006 klar sei, dass ein gültiger Verzicht auf die Herausgabe von Retrozessionen nur vorliege, wenn die Kunden vollständig und wahrheitsgetreu über die erwarteten Retrozessionen informiert worden seien.¹² Das Bundesgericht bestätigte die Verurteilung wegen ungetreuer Geschäftsbesorgung.¹³

Insgesamt ergibt sich aus BGE 144 IV 294, dass der «Retro-Normalfall», in dem ein Vermögensverwalter von der Depotbank Retrozessionen erhält und diese seiner Kundin verschweigt, strafbar ist.

III. Strafrechtliche Relevanz der Rechenschaftspflicht

Für die Treuepflichtverletzung im Sinne von Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 StGB ist charakteristisch, dass sie sich aus dem jeweiligen Grundverhältnis ergibt.¹⁴ Sie bestimmt sich im konkreten Einzelfall nach den anwendbaren gesetzlichen, vertraglichen oder statistischen Bestimmungen.¹⁵ Das Strafrecht stellt im Bereich der Treuepflichtverletzung somit vollumfänglich auf das Zivilrecht ab.

Für den Retrozessionskontext ist seit BGE 144 IV 294 geklärt, dass die Treuepflichtverletzung im Sinne von Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 StGB in der Verletzung der auftragsrechtlichen *Rechenschaftspflicht* liegt. Entscheidend ist also, inwieweit ein Vermögensverwalter der Kundin gestützt auf den konkreten Vertrag sowie die anwendbaren Gesetzesbestimmungen Rechenschaft schuldet. Dem strafrechtlichen Leitentcheid lag ein klarer Fall zugrunde, in dem die Re-

chenschaftspflicht offensichtlich verletzt war. Nachfolgend soll ein Blick auf die «Grauzonen» im Sinne der zivilrechtlich zulässigen Modifizierungen der Rechenschaftspflicht geworfen werden.

1. Unzulässigkeit eines Verzichts auf die Retro-Rechenschaftspflicht

Richtet sich die Strafbarkeit primär nach dem konkreten Vertrag, liegt es nahe, die Rechenschaftspflicht des Vermögensverwalters über die Retrozessionen vertraglich auszuschliessen. In der Praxis kursieren denn auch einige Klauseln, die sowohl einen Herausgabe- als auch einen Rechenschaftsverzicht enthalten.

Nach der herrschenden Lehre kann die Auftraggeberin nicht gültig auf ihr Recht, vom Beauftragten Rechenschaft zu verlangen, verzichten.¹⁶ *Fellmann* stellt pointiert fest, dass ein Verzicht auf die Rechenschaftspflicht «einer Kapitulationserklärung» gleichkäme.¹⁷ Dieser Ansicht ist auch das Obergericht des Kantons Zürich gefolgt:

«Die Rechenschaftslegung soll den Auftraggeber in die Lage versetzen, den Beauftragten zu kontrollieren und auch seine Ablieferungsforderung zu formulieren (*Fellmann*, N 13–15 zu Art. 400 OR). Mittels der Rechenschaftslegung soll verhindert werden, dass der Beauftragte sich zu Lasten des Auftraggebers bereichert. [...] Nach einhelliger schweizerischer Lehrmeinung kann die Rechenschaftspflicht des Beauftragten gemäss Art. 400 OR nicht wegbedungen werden (*Gautschi*, *Berner Kommentar*, N 38 zu Art. 400 OR; *Fellmann*, N 58 zu Art. 400 OR). Davon ist auszugehen.»¹⁸

Das Bundesgericht selbst hat die Rechenschaftspflicht als Wesenselement des Auftragsrechts bezeichnet und als «ein Minimum dessen, was er [der Beauftragte] zu erfüllen hat, damit wirklich angenommen werden kann, er habe Geschäfte im fremden Interesse zu besorgen».¹⁹ Eine solch bedeutsame Vertragspflicht darf keinem Verzicht zugänglich sein.

Was für die Rechenschaftspflicht als Ganzes gilt, muss auch für einzelne von dieser erfasste Teilbereiche gelten: Auch sie sind keinem Verzicht zugänglich. Ansonsten könnte die Unzulässigkeit eines gene-

¹² Zum Ganzen vgl. BGE 144 IV 294 E. 3.4 S. 297 f.

¹³ Vgl. BGE 144 IV 294 E. 3.6 S. 298.

¹⁴ BGE 142 IV 346 E. 3.2 S. 350.

¹⁵ Siehe BSK StGB-*Niggli*, Art. 158 N 61 f.

¹⁶ Vgl. BK OR-*Fellmann*, Art. 400 N 58 f., m.w.N.; BSK OR-*Oser/Weber*, Art. 400 N 21.

¹⁷ BK OR-*Fellmann*, Art. 400 N 58.

¹⁸ OGer ZH, ZR 101/2002 Nr. 26 E. 3.1 S. 100.

¹⁹ BGE 110 II 181 E. 2 S. 182.

rellen Rechenschaftsverzichts durch den Abschluss unzähliger Teil-Rechenschaftsverzichte umgangen werden («das Ganze als Summe seiner Teile»). Die Auftraggeberin kann folglich nicht gültig auf ihr Recht verzichten, vom Beauftragten Rechenschaft über einzelne Teilbereiche des Mandats – etwa die Retrozessionen – zu verlangen. Andernfalls hätte die Kundin keine Möglichkeit, zu überprüfen, ob die tatsächlich durch den Vermögensverwalter generierten Retrozessionen umfangmässig auch denjenigen entsprechen, auf deren Herausgabe sie verzichtet hat.

Auf den ersten Blick scheint sich aus BGE 144 IV 294 etwas anderes zu ergeben. Auch diesem Entscheid lag nämlich eine Verzichtsklausel auf die Rechenschaft über Retrozessionen zugrunde:

«Toute rétrocession ou tout rabais accordé par des banques, intermédiaires financiers ou fonds de placement à la société, sur la base d'un accord, reste acquis à la société. Le client confirme qu'il **renonce à ce qu'on lui rende compte de ces rétrocessions** et abandonne toute prétention à cet égard.»²⁰

Das Bundesgericht hatte die Gültigkeit dieser Klausel nicht zu prüfen, weil der Beschuldigte selbst ihre Ungültigkeit anerkannte.²¹ Er berief sich nur auf fehlenden Vorsatz.²² Im Rahmen der Prüfung dieser Rüge äusserte sich das Bundesgericht zum Zeitpunkt, ab dem Vorsatz besteht:

«Ce grief n'est pas fondé car déjà dans un arrêt du 22 mars 2006 (ATF 132 III 460), le Tribunal fédéral a établi que s'il n'a pas préalablement reçu une information complète et véridique concernant les prestations que le gérant recevra de la banque dépositaire, ou, le cas échéant, d'autres tiers, le client ne peut pas valablement libérer son cocontractant de ses devoirs de rendre compte des rétrocessions et de les restituer. L'erreur dont le recourant fait état ne pouvait entrer en considération qu'avant cet arrêt du 22 mars 2006 (Schubarth, op. cit., n. 6 p. 170).»²³

Man könnte geneigt sein, aus dieser Erwägung abzuleiten, dass ein Rechenschaftsverzicht unter denselben Voraussetzungen möglich ist wie ein Herausgabe-

verzicht. Dies ist nicht der Fall: Die Strafrechtliche Abteilung verweist im obigen Zitat auf den Retro I-Entscheid, macht also deutlich, dass sich Gültigkeitsfragen und diesbezüglicher Vorsatz nach dem Zivilrecht richten. In der Tat spricht die I. Zivilabteilung im Retro I-Entscheid in E. 4.5 pauschal vom Verzicht auf «Rechenschaftslegung und Ablieferung».²⁴ In dieser Erwägung thematisiert sie aber nur die Ausführungen der Vorinstanz und kommt zum Schluss, dass diese fälschlicherweise einen rechtswirksamen Verzicht auf Rechenschaftsablegung und Ablieferung angenommen hatte.²⁵ BGE 144 IV 294 verweist eigentlich auf E. 4.2, in der das Bundesgericht zum Schluss kommt, dass «der Auftraggeber über zu erwartende Retrozessionen vollständig und wahrheitsgetreu informiert sein muss, und dass sein Wille, auf deren **Ablieferung** zu verzichten, aus der Vereinbarung entsprechend klar hervorgehen muss».²⁶ In dieser Erwägung prüft das Bundesgericht, ob die Ablieferungspflicht einem Verzicht zugänglich ist, und wenn ja, unter welchen Voraussetzungen.²⁷ Die entsprechenden Ausführungen beziehen sich nur auf die Ablieferungspflicht.²⁸ Aus dem Retro I-Entscheid kann somit nicht abgeleitet werden, dass unter denselben Voraussetzungen, die für den Herausgabeverzicht gelten, auch auf die Rechenschaftspflicht verzichtet werden könnte. Auch in den späteren Retro-Entscheiden wird jeweils nur vom Verzicht auf die Herausgabe gesprochen.²⁹

Klarzustellen ist, dass das zwingende Recht im Privatrecht keine Zwangsbeglückung darstellt. Die Kundin kann ohne Weiteres *von sich aus* verzichten, ihr Recht auf Rechenschaftsablegung auszuüben – sei es im Einzelfall, sei es generell. Eingeschränkt ist lediglich ihre Möglichkeit, sich vertraglich zu einer solchen Unterlassung zu verpflichten.

Zusammenfassend hat sich das Bundesgericht in seiner zivilrechtlichen Retrozessionsrechtsprechung nur zum Ablieferungsverzicht geäußert. Die Rechenschaftspflicht bleibt davon unberührt. Die Kundin kann somit nicht gültig auf die Rechenschaftspflicht des Vermögensverwalters verzichten – weder insge-

²⁰ BGE 144 IV 294 E. 3.4 S. 297, Hervorhebungen hinzugefügt.

²¹ Vgl. BGE 144 IV 294 E. 3.4 S. 297.

²² Vgl. BGE 144 IV 294 E. 3.4 S. 297 f.: «Le recourant reproche au Tribunal cantonal d'avoir constaté arbitrairement qu'il ait agi avec conscience et volonté sur tous les éléments de l'infraction réprimée par l'art. 158 ch. 1 CP.»

²³ BGE 144 IV 294 E. 3.4 S. 298.

²⁴ Vgl. BGE 132 III 460 E. 4.5 S. 468.

²⁵ Vgl. BGE 132 III 460 E. 4.5 S. 468.

²⁶ Vgl. BGE 132 III 460 E. 4.2 S. 466, Hervorhebungen hinzugefügt.

²⁷ Vgl. BGE 132 III 460 E. 4.2 S. 465 f.

²⁸ Vgl. BGE 132 III 460 E. 4.2 S. 465 f.

²⁹ Vgl. BGE 137 III 393; BGE 138 III 755.

samt noch betreffend den Teilbereich der Retrozessionen.

2. Unzulässigkeit überhöhter Rechenschaftsgebühren

Die auftragsrechtliche Rechenschaftspflicht ist nach dem Gesagten zwingend, d.h., sie darf nicht vertraglich ausgeschlossen werden. Darüber hinaus darf sie aber auch nicht indirekt eingeschränkt werden, beispielsweise, indem für die Rechenschaft über die Retrozessionen Gebühren verlangt werden, die darauf hinauslaufen, die Ausübung des unverzichtbaren Rechts auf Rechenschaft auf unzulässige Weise zu erschweren.³⁰ Nachdem für die strafrechtliche Beurteilung die zivilrechtlichen Rahmenbedingungen massgeblich sind, würde ein solches Verhalten auch in strafrechtlich relevanter Weise eine Pflichtverletzung darstellen. Ohnehin fragt sich, inwieweit die zwingende Rechenschaft bei einem entgeltlichen Auftrag separat verrechnet werden darf.

3. Zulässigkeit einer Rechenschaft «auf Verlangen»?

Als weitere Verteidigungsstrategie könnte ein Vermögensverwalter, der seiner Kundin keine Rechenschaft über die vereinnahmten Retrozessionen abgelegt hat, geltend machen, eine solche sei ja gemäss Art. 400 Abs. 1 OR nur *auf Verlangen* geschuldet.³¹ Die Kundin habe gar keine Rechenschaft verlangt, weshalb er seine Rechenschaftspflicht nicht verletzt und daher auch keine Pflichtverletzung im Sinne von Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 StGB begangen habe. So lautete denn auch der Einwand eines Beschwerdeführers im Fall ASE.³² Er fand damit vor Bundesgericht kein Gehör: Nachdem die Kundinnen und Kunden nicht rechtsgenügend über die einbehaltenen Retrozessionen aufgeklärt worden seien, könne ihnen auch kein Vorwurf gemacht werden, dass sie nachträglich keine

Rechenschaft darüber verlangt hätten.³³ Das knappe Verdikt verdient Zustimmung, denn es gilt, im Blick zu behalten, was der Gesetzgeber unter «Rechenschaft auf Verlangen» versteht.

3.1 «Auf Verlangen» in Art. 400 Abs. 1 OR betrifft den Rechenschaftszeitpunkt

Zu unterscheiden ist zwischen dem *Zeitpunkt*, zu dem die Rechenschaft zu erfolgen hat, und dem *Gegenstand* der Rechenschaft. «Auf Verlangen jederzeit» in Art. 400 Abs. 1 OR bezieht sich auf den *Rechenschaftszeitpunkt*, beantwortet mithin die Frage, *wann* die Rechenschaft erfolgen muss. Nach dem Grundmodell des Gesetzgebers hat der Beauftragte der Auftraggeberin somit jederzeit, wenn sie es verlangt, Rechenschaft abzulegen.

Bei Vermögensverwaltungsverträgen wird durchwegs eine periodische Rechenschaftsablegung vereinbart.³⁴ So war es auch im Fall, der BGE 144 IV 294 zugrunde lag: Gemäss Sachverhalt hatte der Beschuldigte seiner Kundschaft jeweils Kontoauszüge zugeschickt (allerdings gefälschte).³⁵ Auch der Vermögensverwalter, den das Obergericht des Kantons Bern im Jahr 2013 wegen ungetreuer Geschäftsbesorgung verurteilte, hatte seinen Kundinnen und Kunden periodische Abrechnungen zugestellt, allerdings ohne die Retrozessionen auszuweisen.³⁶

Davon zu trennen ist die Frage, *worüber* der Beauftragte, *wenn* er Rechenschaft ablegt, zu berichten hat. Diese Antwort fällt leicht, und sie ist so selbstver-

³³ BGer 6B_910/2019, 6B_1076/2019 vom 15. Juni 2020 E. 4.4.1.

³⁴ Siehe auch FINMA-RS 2009/1 Eckwerte zur Vermögensverwaltung, Rn. 9 (Inhalt des Vertrages): «Der Vermögensverwaltungsvertrag oder dessen Anhänge enthalten namentlich Angaben zu folgenden Punkten: [...]: d) Methode und Periodizität der Rechenschaftsablage gegenüber den Kunden; [...]» VQF/Verein zur Qualitätssicherung von Finanzdienstleistungen, Verhaltensregeln der Branchenorganisation für die Vermögensverwaltung in Sachen Ausübung der Vermögensverwaltung, Art. 9, Rechenschaftspflicht 2013 («Auf Verlangen, aber mindestens einmal jährlich, legt der Vermögensverwalter seinem Kunden in geeigneter Art und Weise Rechenschaft über seine Geschäftsführung als Vermögensverwalter ab. Falls der Kunde ausdrücklich zustimmt, kann auch eine längere Zeitperiode gewählt werden.»).

³⁵ Vgl. BGer 6B_689/2016 Sachverhalt B, nicht publiziert in BGE 144 IV 294.

³⁶ Vgl. OGer BE, SK 2012 218 vom 4. Juli 2013 E. IV/2.3/a S. 47.

³⁰ Siehe dazu BGE 104 II 108 E. 4 S. 116 für das zwingende auftragsrechtliche Widerrufsrecht, das nicht durch eine Konventionalstrafe ausgehebelt werden darf.

³¹ Auch Art. 26 Abs. 2 FIDLEG sieht eine Offenlegung der effektiv erhaltenen Beträge «auf Anfrage» vor. Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 StGB stellt aber für die Konkretisierung der Treuepflichtverletzung auf das zivilrechtliche Grundgeschäft und nicht auf das Aufsichtsrecht ab.

³² BGer 6B_910/2019, 6B_1076/2019 vom 15. Juni 2020 E. 4.1.

ständig, dass der Gesetzgeber darüber keine ausdrücklichen Ausführungen getroffen hat.

3.2 Grundsatz: Wenn Rechenschaft, dann vollständig

Bezüglich des Gegenstands der Rechenschaftspflicht gilt Folgendes: *Wenn Rechenschaft abgelegt wird, dann muss diese vollständig und wahrheitsgetreu erfolgen.*³⁷ Ergeht sie als umfassende Auskunft und betrifft sie eine Dienstleistung, bei der Zahlungseingänge und Zahlungsausgänge zu verbuchen sind, so besteht die Rechenschaft in der erschöpfenden und verständlichen Zusammenstellung der einzelnen Einnahmen und Ausgaben.³⁸ Dabei ist unerheblich, ob der Beauftragte die Gelder von der Auftraggeberin selbst oder von Dritten erhalten hat.³⁹

Entsprechend sind Retrozessionen, ob sie nun an die Auftraggeberin weitergeleitet oder vom Finanzdienstleister vereinnahmt werden, als Abrechnungsposten bei der Rechnungslegung, die Teil der Rechenschaftsablegung bildet, auszuweisen. *Wenn also Rechenschaft abgelegt wird, bilden Retrozessionen einen notwendigen Teil dieses Vorgangs.* Die Retrozessionen gehören unstreitig zu «*allem*», was dem beauftragten Vermögensverwalter *infolge des Auftrags* zugekommen ist.⁴⁰ Daher ist über sie Rechenschaft abzulegen.

Weist der Vermögensverwalter bei der gewöhnlichen periodischen Abrechnung die Retrozessionen nicht aus, so verletzt er grundsätzlich die auftragsrechtliche Rechenschaftspflicht. Strafrechtlich ist dies als Treupflichtverletzung im Sinne von Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 StGB zu qualifizieren, wie folgende Passage aus dem Strafrechtsurteil des Obergerichts des Kantons Bern zeigt:

«Sind mit der Ausführung des Auftrages die Einnahme und Ausgabe von Geld verbunden, 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 selbst oder von Dritten (etwa im Rahmen eines Inkassoauftrages) erhalten hat (Fellmann, Berner Kommentar, Bd. IV/2/2, Der einfache Auftrag, Art. 394–406 OR, Art. 400 N 8).»⁴¹

Das Strafrecht stellt also im Rahmen von Art. 158 StGB auf die zivilrechtliche Rechenschaftspflicht ab, und nach dieser ist umfassend Rechenschaft geschuldet. Wenn im Rahmen der regulären Rechenschaft die Retrozessionen verschwiegen werden, so stellt dies grundsätzlich eine strafrechtlich relevante Pflichtverletzung dar. Eine Retro-Rechenschaft, die man separat einfordern muss, hat in diesem System keinen Platz. Eine Ausnahme besteht dann, wenn sie – wie noch zu zeigen sein wird – entsprechend vereinbart wird.

3.3 Zulässig: Vollständige Rechenschaft nur «auf Verlangen»

3.3.1 Dispositiver Vollständigkeitsgrundsatz

Zwar gehören Retrozessionen zu den Informationen, über die im Rahmen der periodischen Abrechnung zu berichten ist. Auch ist das Recht auf Rechenschaftsablegung aufgrund der damit bezweckten Kontrollfunktion unverzichtbar. Verhandelbar sind hingegen die *Modalitäten der Rechenschaftsablegung*. Grundsätzlich zulässig ist eine Regelung, wonach der Vermögensverwalter über erhaltene Retrozessionen lediglich auf Verlangen zu informieren hat, diese Zahlungen somit nicht Teil der allgemeinen Abrechnung bilden. Die Formel «auf Verlangen» hat hier aber eine andere Bedeutung als in Art. 400 Abs. 1 OR. Es geht nicht darum, dass man zu *jeder Zeit* Rechenschaft verlangen kann. Das kann man gestützt auf die zwingende Gesetzesbestimmung ohnehin. Vielmehr geht es um die Abweichung vom Vollständigkeitsgrundsatz bei der Rechnungslegung: Der Posten «Retrozessionen» muss bei der periodischen Rechenschafts-

³⁷ BGE 143 III 348 E. 5.3.1 S. 357; BGE 139 III 49 E. 4.1.3 S. 54; BGE 110 II 181 E. 2 S. 182; BK OR-Fellmann, Art. 400 N 20; ZK OR-Oser/Weber, Art. 400 N 4; OFK OR-Bühler, Art. 400 N 2, jeweils mit weiteren Nachweisen.

³⁸ BK OR-Fellmann, Art. 400 N 8, 35, 48; ZK OR-Oser/Weber, Art. 400 N 8; CHK OR-Gehrer Cordey/Giger, Art. 400 N 7; Dommer, Die Auskunftspflichten der Bank gegenüber Vermögensverwaltungskunden, Zürich/St. Gallen 2018, Rz 251 f. S. 107, etwas verkürzt dargestellt in BGER 4A_353/2019 vom 25. März 2020 E. 3. So auch schon ZK OR-Becker, Art. 400 N 3; BK OR-Gautschi, Art. 400 N 27 ff.; ZK OR-Oser/Schönenberger, Art. 400 N 3.

³⁹ BK OR-Fellmann, Art. 400 N 8.

⁴⁰ BGE 132 III 460 E. 4.1 S. 464.

⁴¹ OGer BE, SK 2012 218 vom 4. Juli 2013 E. IV/2.3/a S. 46.

legung nicht ausgewiesen werden. Er wird erst offengelegt, wenn die Kundin es verlangt.

3.3.2 Gültigkeitsvoraussetzungen

Ein vertraglicher Rechtsverzicht setzt eine *informierte Zustimmung* voraus. Angesichts der zentralen Stellung der auftragsrechtlichen Rechenschaftspflicht sowie des Umstands, dass der Rechenschaftsanspruch der Kundin durch die Vereinbarung einer «Rechenschaft auf Verlangen» erschwert wird, kann ein bloss allgemeiner Hinweis auf die Vereinnahmung von Retrozessionen und die Möglichkeit, eine genaue Ausweisung derselben zu verlangen, nicht genügen. Denn eine Vereinbarung, wonach Rechenschaft über die Retrozessionen nur noch auf Verlangen geschuldet ist, führt im Ergebnis dazu, dass die Rechenschaftsablegung *nicht vollständig und wahrheitsgetreu ist, solange die Kundin nicht von sich aus aktiv wird*.

Damit bleibt die Frage nach dem anwendbaren Informationsstandard für eine Retro-Rechenschaft auf Verlangen. Im ASE-Entscheid hat das Bundesgericht den Einwand des Beschwerdeführers, es sei keine Rechenschaft verlangt worden, weshalb ihm keine Pflichtverletzung vorgeworfen werden könne, unter Hinweis auf die Informationspflichten für einen gültigen Herausgabeverzicht abgelehnt.⁴² Mit anderen Worten: Für die Zustimmung zu einer Retro-Rechenschaft auf Verlangen und für die Zustimmung zu einem Herausgabeverzicht gelten dieselben informationellen Gültigkeitsvoraussetzungen. Das verdient Zustimmung, denn die Rechenschafts- und die Herausgabepflicht sind eng miteinander verknüpft. Präzisierend ist allerdings anzufügen, dass es sich um zwei separate vertragliche Vereinbarungen bzw. Verzichtserklärungen handelt. Das Bundesgericht verkürzt die Argumentation, wenn es ausführt, in Ermangelung eines gültigen Herausgabeverzichts könne eine Rechenschaft auf Verlangen nicht vorliegen, bzw. den Kundinnen und Kunden könne kein Vorwurf gemacht werden, wenn sie diese nicht verlangt hätten. Die Rechenschaft auf Verlangen muss separat vereinbart werden, denn sie betrifft einen eigenständigen Anspruch, der mittels Parteivereinbarung zurückgebunden wird. Nur die informationellen Gültigkeitsvoraussetzungen für die Anspruchsbeschränkung sind dieselben wie beim Herausgabeverzicht.

Was den konkreten Informationsstandard für die Rechenschaft auf Verlangen angeht, so müssen – gleich wie beim Herausgabeverzicht – die Eckwerte der bestehenden Retrozessionsvereinbarung mit Dritten sowie die Grössenordnung der zu erwartenden Retrozessionen anhand einer Prozentbandbreite des verwalteten Vermögens angegeben werden.⁴³ Weiter muss aus der Vereinbarung klar die Einwilligung hervorgehen, wonach die Retrozessionen nicht mehr Teil der allgemeinen Abrechnung bilden, sondern nur noch auf Verlangen offengelegt werden.

4. Fazit

Auf die auftragsrechtliche Rechenschaftspflicht kann nicht verzichtet werden. Ein Vermögensverwalter verletzt seine Rechenschaftspflicht somit auch dann, wenn er die Retrozessionen nicht ausweist und die Kundin einem umfassenden «Rechenschaftsverzicht» zugestimmt hat. Strafrechtlich liegt in diesem Fall eine Treupflichtverletzung nach Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 StGB vor.

Die auftragsrechtliche Rechenschaftsablegung hat vollständig, d.h. unter Einschluss der Retrozessionen zu erfolgen. Legt ein Vermögensverwalter die Retrozessionen in der periodisch geschuldeten Abrechnung nicht offen, verletzt er seine Rechenschaftspflicht. Aus strafrechtlicher Perspektive bedeutet auch dies eine Treupflichtverletzung im Sinne von Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 StGB.

Zulässig ist hingegen eine Vereinbarung, wonach über die Retrozessionen nicht mehr in der allgemeinen Abrechnung Rechenschaft abzulegen ist, sondern nur noch auf Verlangen der Kundin. Eine solche Vereinbarung ist aber nur unter der Voraussetzung zulässig, dass die Kundin über die Eckwerte der bestehenden Retrozessionsvereinbarungen mit Dritten sowie die Grössenordnung der zu erwartenden Retrozessionen anhand einer Prozentbandbreite des verwalteten Vermögens informiert wird. Weiter muss das Einverständnis der Kundin, wonach die Retrozessionen nicht mehr Teil der allgemeinen Abrechnung bilden, sondern nur noch auf Verlangen offengelegt werden, klar aus der Vereinbarung hervorgehen.

Die informationellen Gültigkeitsvoraussetzungen für die Retro-Rechenschaft auf Verlangen sind

⁴² BGer 6B_910/2019, 6B_1076/2019 vom 15. Juni 2020 E. 4.4.1.

⁴³ Vgl. BGE 137 III 393 E. 2.4 S. 399. Ausdrücklich auch BGer 6B_910/2019, 6B_1076/2019 vom 15. Juni 2020 E. 4.4.1.

dieselben wie diejenigen für den gültigen Herausgabeverzicht. In praktischer Hinsicht bedeutet dies, dass bei Vorliegen eines gültigen Herausgabeverzichts, der gleichzeitig eine Rechenschaft auf Verlangen statuiert, auch die Voraussetzungen für eine gültige Modifikation der Rechenschaftsablegung erfüllt sind.

IV. Das Zusammenspiel von Rechenschaft und Herausgabe(verzicht)

Zwar steht nach den bisherigen Ausführungen für die Pflichtverletzung nach Art. 158 StGB die Rechenschaftspflicht im Zentrum. Letztere ist aber mit der Herausgabepflicht eng verwoben. Konzeptionell ist die Rechenschaftspflicht eine notwendige Voraussetzung für die Geltendmachung des Herausgabeanspruchs. Allein schon in dieser Stufenfolge zeigt sich die enge Verknüpfung der beiden Vorgänge.

1. Zusammenspiel gemäss Bundesgericht

Folgt man dem Bundesgericht und stellt man entsprechend die Rechenschaftspflicht ins Zentrum der Pflichtverletzung, so zeigt sich die Verknüpfung von Rechenschaft und Herausgabe beim Tatbestandselement des Vermögensschadens. Das Bundesgericht führt in BGE 144 IV 294 aus, die Kundin könne aufgrund der fehlenden Offenlegung ihren Herausgabeanspruch nicht geltend machen und sie erleide deshalb [kausal] einen Vermögensschaden in Gestalt einer Nichtvergrösserung ihrer Aktiven.⁴⁴ Es verweist dabei insbesondere auf *Schubarth*, der als Erster die strafrechtliche Relevanz der Retrozessionen unter dem Aspekt der Verletzung der Rechenschaftspflicht (in Gestalt der Abrechnungspflicht)⁴⁵ bejaht hat. Nach *Schubarth* wird die Verletzung der Rechen-

schaftspflicht «in der Regel beim Kunden [kausal] zu einem *Vermögensschaden* führen, da dieser mangels Offenlegung der Retrozessionen seinen Herausgabeanspruch nicht geltend machen kann».⁴⁶ Die Schädigung (Nicht-Vermehrung der Aktiven) liegt nach dieser Auffassung bereits in der Verhinderung der Geltendmachung des an sich bestehenden Herausgabeanspruchs.⁴⁷

Das führt in einem weiteren Schritt zur Relevanz des Herausgabeverzichts. Wird nämlich auf die Herausgabe gültig verzichtet, so liegt darin ein Verzicht auf die Geltendmachung einer entsprechenden Vermehrung der Aktiven. Das bringt den gültigen Herausgabeverzicht bei der strafrechtlichen Beurteilung der Retrozessionsthematik in eine zentrale Position: Selbst wenn die Rechenschaftspflicht bezüglich einbehaltener Retrozessionen verletzt ist, so verhindert der gültige Herausgabeverzicht die Strafbarkeit.⁴⁸

Für den Retrozessionskontext liegt mithin der zentrale Anwendungsbereich des Art. 158 StGB darin, dass über erhaltene Retrozessionen nicht ordnungsgemäss Rechenschaft abgelegt (Pflichtverletzung) und deren Erstattung ohne gültigen Herausgabeverzicht unterlassen wurde (Vermögensschaden). Wenn hingegen ein gültiger Herausgabeverzicht vorliegt, so scheidet aufgrund des fehlenden Vermögensschadens die Erfüllung der objektiven Tatbestandsmässigkeit von Art. 158 StGB auch dann, wenn die Vereinbarung gleichzeitig einen (unzulässigen) vollständigen Rechenschaftsverzicht enthält, oder wenn die Retro-Rechenschaft gar nicht erwähnt wird und sie in tatsächlicher Hinsicht unterbleibt.

⁴⁴ BGE 144 IV 294 E. 3.2. S. 295 f.: «Faute de l'information nécessaire, [le client] n'est pas en mesure de réclamer au gérant la restitution à laquelle il peut prétendre, et il subit de ce fait un dommage par non-augmentation de son actif». Ebenso BGer 6B_54/2019 vom 3. Mai 2019 E. 4.3.: «Pour le reste, ce dernier [le mandant] a bien subi un dommage consistant en une non-augmentation de l'actif, qu'il eût pu prétendre à tout ou partie des commissions litigieuses».

⁴⁵ *Schubarth* spricht wörtlich von «Abrechnungspflicht», siehe *Schubarth*, Retrozessionen und Ungetreue Geschäftsbesorgung, in: Emmenegger (Hrsg.), *Anlagerecht*, Basel 2007, 170.

⁴⁶ *Schubarth* (Fn. 45), 170.

⁴⁷ Damit ist auch gesagt, dass es am Tatbestandselement des Vermögensschadens fehlt, wenn (im theoretischen Ausnahmefall) die Retrozessionen nicht ordnungsgemäss ausgewiesen, aber dennoch ausbezahlt werden. Allerdings kommt es auf den Zeitpunkt der Auszahlung an. Wenn der Vermögensverwalter der Kundin die Retrozessionen bewusst mit der Absicht verschweigt, diese für sich einzubehalten, und die Kundin über die Presse von den Retrozessionen erfährt und von sich aus an den Vermögensverwalter gelangt, der ihr die Beträge herausgibt, so ist der Straftatbestand erfüllt. Zu denken ist dann allerdings an den Strafbefreiungsgrund der Wiedergutmachung gemäss Art. 53 StGB.

⁴⁸ Es fehlt am Vermögensschaden und am Schädigungsvorsatz.

2. Kritik am bundesgerichtlichen Vorgehen

Dass das Bundesgericht bei Retrozessionen im Rahmen von Art. 158 StGB die Rechenschaftspflicht als zentrale Pflicht behandelt und der Herausgabepflicht nur unter engen zusätzlichen Voraussetzungen⁴⁹ strafrechtliche Relevanz zugesteht, führt dazu, dass die strafrechtlich relevante Schädigung in der *Verhinderung der Geltendmachung des Herausgabeanspruchs* gesehen wird. Schadensunmittelbarer ist aber bei Lichte betrachtet die (*effektiv*) *unterlassene Herausgabe*. Sie liegt auch näher am Schadenserfordernis gemäss Art. 158 StGB, der als Verletzungsdelikt eine tatsächliche Schädigung voraussetzt.⁵⁰

Stellt man allerdings für den Schaden explizit auf die unterlassene Herausgabe bzw. auf die Vorenthaltung der Retrozessionen ab, so drängt sich der vom Bundesgericht zurückgedrängte Herausgabeanspruch wieder in den Vordergrund. Gänzlich kann er ohnehin nicht verdrängt werden, nachdem die Schädigung in der Verhinderung der Geltendmachung des *Herausgabeanspruchs* gesehen wird.

Das wiederum führt zu der bereits angesprochenen Kritik an der höchstrichterlichen Beurteilung von Retrozessionen im Lichte von Art. 158 StGB,⁵¹ die mit der Stärkung der Strafbarkeit der Privatbestechung noch zusätzlich an Bedeutung gewonnen hat.⁵² Wenn die Entgegennahme von Zuwendungen, wie sie auch Retrozessionen darstellen, verboten ist,

stellt sich erst recht die Frage, warum es sich bei der Herausgabe von Retrozessionen nur um eine blosser Schuldnerpflicht und nicht um eine strafbewehrte Vermögensfürsorgepflicht handeln sollte. Für eine strafrechtliche Ausklammerung der Herausgabepflicht sprechen allerdings rechtspolitische Gründe, namentlich auch die *ultima ratio*-Funktion des Strafrechts.⁵³ Um diesen Bedenken Rechnung zu tragen, wird unter anderem vorgeschlagen, die Verletzung der Herausgabepflicht nicht *per se*, aber in Kombination mit der Verletzung von Rechenschaftspflicht als strafbewehrte Pflichtverletzung zu qualifizieren.⁵⁴

Nachdem das Bundesgericht in BGE 144 IV 294 die Weichen anders gestellt hat, folgt dieser Beitrag mit Blick auf die Bedürfnisse der Praxis den bundesgerichtlichen Eckpunkten.

V. Anforderungen an einen gültigen Herausgabeverzicht

Im Zivilrecht führt der gültige Herausgabeverzicht dazu, dass der Finanzintermediär die Retrozessionen einbehalten darf, während er im Strafrecht bewirkt, dass ein Vermögensschaden verneint wird. Massgeblich für dessen Gültigkeitsvoraussetzungen ist in beiden Fällen das Zivilrecht.

1. Anforderungen gemäss Bundesgericht

Die Strafrechtliche Abteilung des Bundesgerichts stellt für die Beurteilung, ob ein gültiger Herausgabeverzicht vorliegt, auf die zivilrechtliche Retrozessionsrechtsprechung ab.⁵⁵ Das Bundesgericht stellt folgende Anforderungen an einen gültigen Verzicht auf die Herausgabe von Retrozessionen:

«[...] dass der Auftraggeber über zu erwartende Retrozessionen vollständig und wahrheitsgetreu informiert sein muss, und dass sein Wille, auf deren Ablieferung zu verzichten, aus der Vereinbarung entsprechend klar hervorgehen muss».⁵⁶

zugunahme auf die Privatbestechung gemäss Art. 4a [und 4b] UWG).

⁴⁹ So etwa Emmenegger, *Anlagekosten*, in: Emmenegger (Hrsg.), *Anlagerecht*, Basel 2007, 99.

⁵⁰ So Graf, *AJP* 2018, 1426.

⁵¹ Vgl. BGE 144 IV 294 E. 3.4 S. 297 f.; BGER 6B_910/2019, 6B_1076/2019 vom 15. Juni 2020 E. 4.4.1.

⁵² BGE 132 III 460 E. 4.2 S. 466; bestätigt in BGE 137 III 393 E. 2.2 S. 396.

⁴⁹ Siehe BGE 129 IV 124 E. 4.1 S. 128, bestätigt in BGE 144 IV 294 E. 3.1 S. 295: Im Ergebnis müssen die Retrozessionen zu einer nachteiligen Vermögensanlage führen, was im Retro-Normalfall (Retrozessionen liegen in der üblichen Bandbreite) nicht der Fall sein wird.

⁵⁰ Zu diesem Element zuletzt etwa BGER 6B_1223/2013 vom 4. Dezember 2014 E. 2.5.2: «Die ungetreue Geschäftsbesorgung ist ein Verletzungs-, nicht ein Gefährungsdelikt. Sie setzt einen Vermögensschaden voraus. Ein solcher liegt vor bei tatsächlicher Schädigung durch [...] Nicht-Vermehrung der Aktiven. Er wird aber auch bejaht, wenn das Vermögen in einem Masse gefährdet wird, dass es in seinem wirtschaftlichen Wert vermindert ist. Dabei genügt schon eine vorübergehende Gefährdung.» Die Vermögensgefährdung spielt im Retrozessionskontext keine Rolle: Retrozessionen sind sofort herauszugeben (vgl. BGE 143 III 348 E. 5.3.2 S. 358). Also erfolgt die Schädigung gleichzeitig mit der unterlassenen (im Regelfall periodisch vereinbarten) Rechenschaftsablegung.

⁵¹ Mit ausführlicher Begründung *Hilf [Lehmkuhl]* (Fn. 11), 30 ff.

⁵² Siehe dazu BSK StGB-Niggli, Art. 158 N 119 f.; Graf, *AJP* 2018, 1424 ff. sowie Schwob, *ZStR* 2012, 134 (unter Be-

Konkret muss die Kundin:

«[...] zumindest die *Eckwerte der bestehenden Retrozessionsvereinbarungen mit Dritten* sowie die *Grössenordnung der zu erwartenden Rückvergütungen* kennen [...]. Letzterem Erfordernis wird beim Vorausverzicht Genüge getan, wenn die Höhe der erwarteten Rückvergütungen in einer *Prozentbandbreite des verwalteten Vermögens* angegeben wird [...].»⁵⁷

Dass es auf die Prozentbandbreite des *verwalteten Vermögens* ankommt, wurde – wie aus dem Zitat ersichtlich – bereits im Retro II-Entscheid formuliert. In der Praxis fand diese aus Transparenzgründen wichtige Leitplanke aber wenig Beachtung. Mittlerweile hat das Bundesgericht nachgedoppelt.⁵⁸

2. Strafgerichtlich beurteilte Herausgabeverzichtsklauseln

Die Strafgerichte hatten bislang soweit ersichtlich nur allgemeine und umfassende Herausgabeverzichtsklauseln zu beurteilen, welche die zivilrechtlichen Anforderungen offensichtlich nicht erfüllten.

Ein Beispiel bildet die Herausgabeverzichtsklausel in BGE 144 IV 294, die folgendermassen lautete:

«Toute rétrocession ou tout rabais accordé par des banques, intermédiaires financiers ou fonds de placement à la société, sur la base d'un accord, reste acquis à la société. Le client confirme qu'il renonce à ce qu'on lui rende compte de ces rétrocessions et abandonne toute prétention à cet égard.»⁵⁹

Dass der in dieser Klausel enthaltene Rechenschaftsverzicht ungültig ist, wurde bereits erwähnt. Ungültig ist zudem der Herausgabeverzicht, da die Klausel keinerlei Angaben über die Grössenordnung der Retrozessionen enthält, auf die die Kundin verzichtet.

Ein weiteres Beispiel findet sich im Fall der ASE Investment AG:

«Die mit den Devisentransaktionen beauftragte [Bank A] Zürich stellt jeweils die Devisenkurse mit einem marktgerechten Spread. Auf jede Transaktion kann die ASE eine anteilige Devisenmarge erhalten, welche in den Abrechnungen der Bank bereits berücksichtigt ist. Diese Vergütung dient der Kosten- und Spesendeckung. Die Devisenmarge beträgt je Kauf respektive Verkauf maxi-

mal 3 Pips, was bei einer Summe von CHF 100 000.00 einem Betrag von maximal CHF 30.00 entspricht.»⁶⁰

Diese Klausel enthält zwar eine Angabe zur Berechnung der Retrozessionen und ein Berechnungsbeispiel. Allerdings fehlt ein Bezug zum verwalteten Vermögen. Zudem verwirrt die Klausel durch ihre unklare Formulierung. Hinzu kommt, dass die Klausel nicht den tatsächlich gelebten Verhältnissen entspricht, denn die Beschuldigten verwendeten die Retrozessionen nicht zur Deckung von Kosten und Spesen, sondern vereinnahmten sie grösstenteils privat. Entsprechend erachteten sowohl das Obergericht Aargau als auch das Bundesgericht die Klausel für ungültig.⁶¹

VI. Grauzone: Vorabinformation mit Produktklassebandbreiten des investierten Vermögens

1. Ausgangslage

In der Praxis sind Herausgabeverzichtsklauseln verbreitet, die der Kundin die erwarteten Retrozessionen nicht als Prozentbandbreite des gesamten verwalteten Vermögens angeben, wie dies der Retro II-Entscheid verlangt,⁶² sondern lediglich ausweisen, welche Retrozessionen bei den einzelnen Produktkategorien in Prozent des Anlagevolumens anfallen. Beispielsweise wird angegeben, dass bei Geldmarktfonds Retrozessionen von 0% bis 1% anfallen können, bei strukturierten Produkten der Kategorie Renditeoptimierung solche von 0% bis 1,5% des Anlagevolumens etc.

Ein solcher Fall lag auch dem zivilrechtlichen BGer 4A_355/2019 vom 13. Mai 2020 zugrunde. Im Vermögensverwaltungsvertrag war festgehalten, dass die Kunden auf Retrozessionen und dergleichen verzichten. In einem separaten Informationsblatt, das die Kunden ebenfalls unterzeichnet hatten, war vorgesehen, dass die Vermögensverwaltungsgesellschaft von den Depotbanken einen gewissen Prozent-

⁵⁷ BGE 137 III 393 E. 2.4 S. 399, Hervorhebungen hinzugefügt.

⁵⁸ Vgl. BGer 4A_355/2019 vom 13. Mai 2020 E. 3.2.

⁵⁹ BGE 144 IV 294 E. 3.4 S. 297.

⁶⁰ Vgl. OGer AG, SST.2017.146/SST.2017.147 vom 1. Februar 2019 E. 4.1.2.2 S. 103 f., teilweise aufgehoben in BGer 6B_910/2019 vom 15. Juni 2020 und BGer 6B_895/2019 vom 15. September 2020.

⁶¹ Vgl. OGer AG, SST.2017.146/SST.2017.147 vom 1. Februar 2019 E. 4.1.2.2 S. 104; BGer 6B_1076/2019 vom 15. Juni 2020 E. 4.4.1.

⁶² Vgl. BGE 137 III 393 E. 2.4 S. 399 f. (Retro II).

satz der den Kunden fakturierten Beträge erhalte, der zwischen 0% und 62% der fakturierten Beträge liege. Weiter sollte die Vermögensverwaltungsgesellschaft Retrozessionen erhalten, die sich nach dem investierten Anlagevolumen richten:

«[La] rémunération sur la masse détenue en fonds de placement, produits structurés, autres produits bancaires ou sur les apports effectués par le client se situe dans une fourchette allant de 0% à 1% du volume investi.»⁶³

Das Bundesgericht hielt an seiner Retro II-Rechtsprechung fest und qualifizierte den Herausgabeverzicht als ungültig, da er die erwarteten Retrozessionen nicht anhand einer Prozentbandbreite des verwalteten Vermögens insgesamt angibt, wie es von der Rechtsprechung verlangt wird, sondern nur anhand des in die jeweiligen Produkte investierten Vermögens.⁶⁴ Entsprechend verurteilte es die betreffende Vermögensverwaltungsgesellschaft zur Zahlung der vereinnahmten Retrozessionen an die Kunden.⁶⁵

2. Auswirkungen auf den objektiven Tatbestand von Art. 158 StGB

Die jüngst bestätigte Retro II-Rechtsprechung ist im Strafrecht für die Retro-Rechenschaft auf Verlangen bedeutsam, weil die gültige Vereinbarung einer solchen Klausel demselben Informationsstandard genügen muss wie der gültige Herausgabeverzicht.⁶⁶ Weiter spielt diese Rechtsprechung für den Vermögensschaden eine Rolle, weil dieser beim gültigen Herausgabeverzicht fehlt.⁶⁷

2.1 Retro-Rechenschaft auf Verlangen: Pflichtverletzung

Das Bundesgericht hat im ASE-Fall nicht nur einen informationellen Gleichlauf zwischen dem gültigen Herausgabeverzicht und der gültigen Rechenschaft auf Verlangen hergestellt. Es hat für den Herausgabeverzicht auch ausdrücklich auf die Retro II-Rechtsprechung abgestellt: «Von einer gültigen Information ist auszugehen, wenn dem Kunden eine Prozent-

bandbreite des verwalteten Vermögens angegeben wird, was vorliegend nicht der Fall war.»⁶⁸

Wird eine Retro-Rechenschaft auf Verlangen vereinbart und besteht die vorgängige Information lediglich in der Angabe von produktbezogenen Bandbreiten, so hat die Kundin der Beschränkung ihres Rechenschaftsanspruchs nicht gültig zugestimmt. Entsprechend verletzt der Vermögensverwalter seine Rechenschaftspflicht. Aus strafrechtlicher Perspektive wäre somit eine Treuepflichtverletzung nach Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 StGB zu bejahen.

Anzufügen bleibt allerdings, dass im konkreten Fall die Verzichtsklausel aufgrund ihrer unklaren Formulierung und dem offensichtlich wahrheitswidrigen Verwendungszweck (Spesendeckung, tatsächlich aber Vereinnahmung) ohnehin ungültig war, sodass sich das Bundesgericht nicht konkret auf die fehlende Prozentangabe abstützen musste.⁶⁹

2.2 Herausgabeverzicht: Schaden

Für den Herausgabeverzicht kann auf den oben erwähnten ASE-Entscheid verwiesen werden. Die Strafkammer des Bundesgerichts verlangt für den gültigen Herausgabeverzicht die Angabe in Prozent des verwalteten Vermögens. Werden nur Produktbandbreiten angegeben, ist ein Herausgabeverzicht ungültig. Bei einem ungültigen Herausgabeverzicht hat die Kundin gar nie auf die Geltendmachung einer Vermehrung ihrer Aktiven im Umfang der Retrozessionen verzichtet, und es liegt laut Rechtsprechung ein Schaden im Sinne von Art. 158 Ziff. 1 StGB vor.

2.3 Zwischenfazit

Die Angabe lediglich von Produktbandbreiten führt dazu, dass Vereinbarungen über eine Retro-Rechenschaft auf Verlangen ungültig sind. Legt ein Vermögensverwalter die Retrozessionen in der Abrechnung nicht offen, verletzt er seine auftragsrechtliche Rechenschaftspflicht und begeht eine Pflichtverletzung im Sinne von Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 StGB.

Weiter hat die Angabe lediglich von Produktbandbreiten zur Folge, dass der Herausgabeverzicht ungültig ist und deshalb ein Schaden nach Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 StGB entsteht.

⁶³ Zum Ganzen BGer 4A_355/2019 vom 13. Mai 2020 Sachverhalt A.b.

⁶⁴ Vgl. BGer 4A_355/2019 vom 13. Mai 2020 E. 3.2.

⁶⁵ Vgl. BGer 4A_355/2019 vom 13. Mai 2020 E. 3.4.

⁶⁶ Siehe oben III.3.3.2.

⁶⁷ Siehe oben IV.1.

⁶⁸ BGer 6B_910/2019, 6B_1076/2019 vom 15. Juni 2020 E. 4.4.1.

⁶⁹ Siehe oben V.2. (Abdruck der Klausel).

Liegen sowohl eine Verletzung der Rechenschaftspflicht als auch ein Schaden vor, erfüllt der betreffende Vermögensverwalter den objektiven Tatbestand von Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 StGB.

VII. Rettendes Aufsichtsrecht?

Fraglich ist, ob sich nun sämtliche Vermögensverwalter, die Herausgabeverzichts-klauseln mit abstrakten Produktklassebandbreiten verwendeten und daneben lediglich eine «Rechenschaft auf Verlangen» anboten, der ungetreuen Geschäftsbesorgung schuldig gemacht haben. Einen Ausweg könnte das Aufsichtsrecht bieten.

1. Anforderungen von Art. 26 FIDLEG

Art. 26 Abs. 1 FIDLEG sieht vor, dass Finanzdienstleister Retrozessionen nur annehmen dürfen, wenn die Kundin entweder vorgängig ausdrücklich über sie informiert wurde und darauf verzichtet hat oder wenn die Retrozessionen vollumfänglich an die Kundin weitergegeben werden.⁷⁰ Zu den Anforderungen an die Information äussert sich Art. 26 Abs. 2 FIDLEG folgendermassen:

«Die Information der Kundinnen und Kunden muss Art und Umfang der Entschädigung beinhalten und vor Erbringung der Finanzdienstleistung oder vor Vertragsabschluss erfolgen. Ist die Höhe des Betrags vorgängig nicht feststellbar, so informiert der Finanzdienstleister seine Kundinnen und Kunden über die Berechnungsparameter und die Bandbreiten. Auf Anfrage legen die Finanzdienstleister die effektiv erhaltenen Beträge offen.»

Aus dem Wortlaut geht nicht hervor, ob sich die «Bandbreiten» auf die investierten Produkte oder auf das verwaltete Vermögen beziehen. Die Botschaft verweist allerdings auf die zivilrechtliche Retrozessionsrechtsprechung, namentlich auch auf Retro II.⁷¹ Hinzu kommt, dass mit dem Modell der Ausstrahlungswirkung, dem das FIDLEG bei den Verhaltenspflichten folgt, zwar die Eigenständigkeit des Aufsichtsrechts

und des Privatrechts beibehalten wird, sie aber gleichzeitig dem Ziel eines materiellen Gleichklangs verpflichtet werden.⁷² Das spricht dafür, den Begriff der «Bandbreiten» im Einklang mit Retro II als *Prozentbandbreiten des verwalteten Vermögens* zu verstehen und nicht nur als blosser Produktklassebandbreiten des investierten Vermögens. Freilich spricht nichts dagegen, als weitere Orientierungshilfe zusätzlich auch noch Produktklassebandbreiten anzugeben, dient dies doch dem gesetzgeberischen Ziel einer möglichst umfassenden Information der Kundinnen und Kunden. Für sich allein dürften aber die Angaben von Produktbandbreiten keine genügende Information im Sinne von Art. 26 FIDLEG darstellen.

2. (Momentane) Rechtfertigung durch das FINMA-Rundschreiben 2009/1

Das FIDLEG ist zwar seit dem 1. Januar 2020 in Kraft, allerdings müssen die Finanzdienstleister die Anforderungen nach Art. 26 FIDLEG erst per 1. Januar 2022 erfüllen.⁷³ Für die Übergangsfrist gilt aufsichtsrechtlich nach wie vor Rz 30 des FINMA-Rundschreibens 2009/1 «Eckwerte zur Vermögensverwaltung», die lautet:

«Der Vermögensverwalter informiert seine Kunden über die Berechnungsparameter und die Bandbreiten von Leistungen, die er von Dritten erhält oder erhalten könnte. Dabei unterscheidet er die verschiedenen Produktklassen, soweit dies möglich ist.»

Gemäss diesem Rundschreiben genügt somit die Angabe von Produktklassebandbreiten.

Nach Art. 14 StGB verhält sich rechtmässig, wer handelt, wie es das Gesetz gebietet oder erlaubt, auch wenn die entsprechende Handlung durch das StGB oder ein anderes Gesetz mit Strafe bedroht ist. Ein FINMA-Rundschreiben ist kein Gesetz im formellen Sinne, sondern nur eine vollzugslenkende Verwaltungsverordnung.⁷⁴ Verwaltungsverordnungen sollen lediglich eine einheitliche und rechtsgleiche Anwendung von Gesetzen und Verordnungen durch die Verwaltung gewährleisten und statuieren eigentlich keine Rechte oder Pflichten für Private. Für die Ge-

⁷⁰ Finanzdienstleister, die nicht von der FINMA beaufsichtigt werden, machen sich im Falle der Verletzung von Art. 26 FIDLEG strafbar, vgl. Art. 89 Bst. c i.V.m. 92 FIDLEG.

⁷¹ Vgl. hierzu den Hinweis auf BGE 138 III 755 (Retro III) und BGE 137 III 393 (Retro II) in der Botschaft zum Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG) und zum Finanzinstitutsgesetz (FINIG) vom 4. November 2015, BBl 2015, 8901 ff., 8966 Fn. 71 und 72.

⁷² Siehe Botschaft FIDLEG/FINIG (Fn. 71), 8921. Ausführlich auch *Emmenegger/Döbeli*, SZW 2018, 639 ff., 648 ff.

⁷³ Art. 96 Abs. 2 FIDLEG i.V.m. 106 Abs. 1 FIDLEG.

⁷⁴ Zur Rechtsnatur von FINMA-Rundschreiben z.B. *Bühler*, SJZ 110/2014, 27.

richte sind Verwaltungsverordnungen nicht verbindlich; trotzdem weichen sie «nicht ohne triftigen Grund von Verwaltungsweisungen ab, wenn diese eine überzeugende Konkretisierung der rechtlichen Vorgaben darstellen».⁷⁵

Das Bundesgericht geht bei Art. 14 StGB nicht von einem formellen, sondern von einem materiellen Gesetzesbegriff aus und lässt sämtliche eidgenössischen und kantonalen Vorschriften genügen.⁷⁶ Nach seiner Rechtsprechung reichen sogar blosser Verwaltungsvorschriften aus.⁷⁷ Obwohl diese Rechtsprechung in der Lehre auf teilweise heftige Kritik stösst,⁷⁸ lassen auch neuere Entscheide Verwaltungsverordnungen als Rechtfertigung im Sinne von Art. 14 StGB genügen.⁷⁹ Die Normstufe des FINMA-Rundschreibens ist also an sich kein Hinderungsgrund für die Rechtfertigung.

Vermögensverwalter, die in ihren Herausgabeverzicht und «Retro-Rechenschaft-auf-Verlangen-Klauseln» nur Produktbandbreiten angeben, können sich daher – jedenfalls im aktuellen Zeitpunkt – formal auf den Rechtfertigungsgrund von Art. 14 StGB i.V.m. Rz 30 FINMA-RS 2009/1 berufen.

Allerdings entspricht das Rundschreiben offensichtlich nicht den privatrechtlichen Standards. Dass diese Diskrepanz zwischen Aufsichtsrecht und Privatrecht nicht bewusst geschaffen wurde, sondern auf einem Versehen beruht, wird aus dem Anhörungs- und dem Erläuterungsbericht der FINMA zur Revision des Rundschreibens (2013) ersichtlich: Aus diesen beiden Publikationen geht hervor, dass die FINMA mit Rz 30 die aufsichtsrechtliche Abbildung der Retrozessionsrechtsprechung, einschliesslich des Retro II-Entscheids, bezweckte.⁸⁰ Das ändert aber nichts an der Geltung dieses Rundschreibens für die Beaufsichtigten und daran, dass sie sich auf dessen rechtfertigende Wirkung berufen können. Anzuführen ist, dass der Wortlaut von Art. 26 FIDLEG der zeitlich vorgelagerten Rz 30 FINMA-RS 2009/1 stark gleicht.

Beide sprechen von der Information über «Berechnungsparameter und Bandbreiten». Angesichts dieser Parallelität wird man Rz 30 FINMA-RS 2009/1 die Funktion als Konkretisierung der gesetzlichen Vorgaben nicht ohne Weiteres absprechen können.

Die Randziffer 30 des FINMA-Rundschreibens 2009/1 stellt somit eine rechtfertigende gesetzliche Grundlage im Sinne von Art. 14 StGB dar. Ein Vermögensverwalter, der seine Rechenschaftspflicht verletzt und eine Herausgabeverzichts-klausel mit blossen Produktbandbreiten verwendet, erfüllt somit mangels zivilrechtlich gültigen Herausgabeverzichts zwar den Tatbestand von Art. 158 StGB, kann sich aber auf den Rechtfertigungsgrund des Art. 14 StGB i.V.m. Rz 30 FINMA-RS 2009/1 berufen. Ebenfalls gerechtfertigt ist die Verwendung einer «Retro-Rechenschaft-auf-Verlangen-Klausel» mit Produktbandbreiten.

3. Ausblick

Ab 1. Januar 2022 müssen Finanzdienstleister die Anforderungen von Art. 26 FIDLEG erfüllen. Theoretisch könnte die FINMA ihr Rundschreiben 2009/1 auch nach diesem Zeitpunkt weitergelten lassen. Ziff. 30 würde in diesem Fall eine Konkretisierung von Art. 26 FIDLEG darstellen und bewirken, dass Produktklassebandbreiten nach wie vor ausreichen würden – zumindest, sofern nicht angenommen werden müsste, dass Art. 26 FIDLEG Rz 30 des Rundschreibens verdrängt. Vermögensverwalter, die ihre Rechenschaftspflicht verletzen⁸¹ und ungültige Herausgabeverzicht mit Produktklassebandbreiten verwenden, könnten sich nach wie vor auf einen Rechtfertigungsgrund berufen.

Längerfristig ist das Szenario einer Weitergeltung von Rz 30 des Rundschreibens 2009/2 jedoch unwahrscheinlich: Die FINMA hat in ihren Ausführungsbestimmungen zu FIDLEG und FINIG angekündigt, «mit Ablauf der in der FIDLEV statuierten Übergangsfristen per Ende 2021 [...] die Aufhebung weiterer Rundschreiben zu prüfen [...]», zum Beispiel des Rundschreibens 2009/1 «Eckwerte zur Vermögensverwaltung».⁸²

⁷⁵ Zum Ganzen BGE 146 I 105 E. 4.1 S. 109, m.w.N.

⁷⁶ Siehe die Nachweise bei BSK StGB-Niggli, Art. 14 N 5, der diese Rechtsprechung kritisiert und verlangt, dass nur formelle Gesetze als Rechtfertigung zugelassen werden.

⁷⁷ Vgl. z.B. BGE 94 IV 5 E. 1 S. 7.

⁷⁸ HK StGB-Wohlers, Art. 14 N 5; PraKom StGB-Trechsel/Geth, Art. 14 N 2; BSK StGB-Niggli, Art. 14 N 6 ff.

⁷⁹ Vgl. z.B. BGER 1B_534/2012 vom 7. Juni 2013 E. 2.2.1; BStrGer BB.2017.204 vom 2. Mai 2018 E. 4.4.1.

⁸⁰ Vgl. FINMA, Erläuterungsbericht RS 2009/1, S. 5, 7 f.; dies., Anhörungsbericht RS 2009/1, S. 9.

⁸¹ Mitgemeint ist die Verwendung von «Retro-Rechenschaft-auf-Verlangen-Klauseln» mit blossen Produktbandbreiten.

⁸² FINMA, Ausführungsbestimmungen der FINMA zu FIDLEG und FINIG vom 4. November 2020, S. 53.

Hinzu kommt, dass die Diskrepanz zwischen Privat- und Aufsichtsrecht in diesem Fall, wie gezeigt, nicht gewollt ist, sondern auf einem Versehen beruht. Insofern bietet das künftige Inkrafttreten von Art. 26 FIDLEG die Gelegenheit, frühere Versehen zu korrigieren und einheitliche Standards von Privatrecht und Aufsichtsrecht in der Retrozessionsfrage herzustellen.

VIII. Strafrechtliche Würdigung verschiedener Szenarien

Nachdem die Grundlagen erläutert wurden, sollen nachfolgend verschiedene Szenarien, die sich im Retrozessionskontext ereignen könnten, in Fortführung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung strafrechtlich gewürdigt werden.

1. Keine Retro-Rechenschaft, keine Herausgabe, kein Verzicht

Das einfachste Szenario bildet der Fall, in dem ein Vermögensverwalter sich über die gesamte Retrozessionsthematik ausschweigt: Er legt keine Rechenschaft über die vereinnahmten Retrozessionen ab, er gibt sie nicht heraus, und es liegt auch kein Herausgabeverzicht vor. Dieser Vermögensverwalter erfüllt den objektiven Tatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung nach Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 StGB: Ihm kommt Geschäftsführereigenschaft zu, die Verletzung der Rechenschaftspflicht stellt eine Treuepflichtverletzung dar, der Schaden besteht in der Verhinderung der Geltendmachung des Herausgabeanpruchs, und die Pflichtverletzung ist kausal für den Schaden, weil ohne die Rechenschaft das Wissen für die Geltendmachung des Herausgabeanpruchs fehlt.

Auch ein Vorsatz würde wohl bejaht,⁸³ Rechtfertigungsgründe sind keine ersichtlich, ebenso wenig Schuldausschlussgründe. Der Vermögensverwalter macht sich somit der ungetreuen Geschäftsbesorgung strafbar.

2. Vollständige Rechenschaft, keine Herausgabe

Der Fall, in dem ein Vermögensverwalter der Kundin vollständig Rechenschaft ablegt, sich allerdings weigert, ihr die Retrozessionen herauszugeben, dürfte in der Praxis kaum vorkommen. Rechtlich gesehen würde es mangels strafrechtlich relevanter Pflichtverletzung an der Strafbarkeit nach Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 StGB fehlen. Vielmehr muss die Kundin ihren Herausgabeanpruch zivilrechtlich durchsetzen.⁸⁴

3. Vollständiger Rechenschaftsverzicht

Da die auftragsrechtliche Rechenschaftspflicht im Unterschied zur Herausgabepflicht zwingend ist, sind entsprechende Verzichtsklauseln ungültig. Ein Vermögensverwalter, der sich auf einen solchen Verzicht beruft, verletzt somit seine Rechenschaftspflicht und begeht eine Pflichtverletzung nach Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 StGB. Die Strafbarkeit des Vermögensverwalters hängt in diesem Fall davon ab, ob die Kundin gültig auf die Herausgabe der Retrozessionen verzichtet hat (Ebene der Vermögensschädigung).

3.1 Gültiger Herausgabeverzicht

Liegt ein gültiger Herausgabeverzicht vor, fehlt es am Schaden, und der Vermögensverwalter hat sich nicht nach Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 StGB strafbar gemacht. Die Konstellation, dass ein vollständiger Rechenschaftsverzicht und gleichzeitig ein gültiger Herausgabeverzicht vorliegen, ist freilich unwahrscheinlich.

3.2 Ungültiger Herausgabeverzicht

Verwendet der Vermögensverwalter demgegenüber einen ungültigen Herausgabeverzicht, macht er sich unter Umständen strafbar. Es sind zwei Fälle zu unterscheiden.

3.2.1 Produktbandbreiten

Herausgabeverzichtsklauseln, welche die erwarteten Retrozessionen lediglich anhand von Produktklassenbandbreiten des investierten Vermögens angeben,

⁸³ Vgl. hierzu die strenge Praxis in BGE 144 IV 294 E. 3.4 S. 297 f.

⁸⁴ So Schubarth (Fn. 45), 170; ders., Jusletter 17. Dezember 2012, Rz 8 ff., und dieser Konzeption folgend BGE 144 IV 294 E. 3.3 S. 296 f.

sind ungültig.⁸⁵ Entsprechend besteht hier ein Schaden im Sinne von Art. 158 StGB. Die Kausalität zwischen der Pflichtverletzung durch die unterlassene Rechenschaft und dem Schaden ist ebenfalls zu bejahen. Somit sind die objektiven Tatbestandselemente von Art. 158 StGB erfüllt. Solange aber Rz 30 FINMA-RS 2009/1 in Kraft ist, kann sich der Vermögensverwalter auf den Rechtfertigungsgrund gemäss Art. 14 StGB berufen.

3.2.2 Andere Fälle

Ausserhalb des Rechtfertigungsgrundes von Rz 30 FINMA-RS 2009/1 sind die Voraussetzungen für eine Strafbarkeit erfüllt. Das gilt insbesondere für generelle Herausgabeverzichte («Die Kundin verzichtet auf allfällige Retrozessionen.»).

4. Retro-Rechenschaft auf Verlangen

Wie oben erwähnt, unterliegen Vereinbarungen, wonach Retrozessionen nicht Teil der allgemeinen Abrechnung bilden, sondern auf Verlangen der Kundin offengelegt werden sollen, strengen Voraussetzungen: Es gelten dieselben Informationsstandards wie für einen gültigen Herausgabeverzicht.⁸⁶ Die Einhaltung dieser Voraussetzungen ist auch für die Strafbarkeit entscheidend.

4.1 Gültige Retro-Rechenschaft auf Verlangen

4.1.1 Keine Pflichtverletzung

Wurde eine Vereinbarung der Rechenschaft über Retrozessionen auf Verlangen gültig vereinbart, stellt die Unterlassung der Rechenschaft über Retrozessionen im Rahmen der allgemeinen Abrechnung keine Pflichtverletzung nach Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 StGB dar. Der Vermögensverwalter macht sich somit nicht der ungetreuen Geschäftsbesorgung strafbar.

4.1.2 Keine Relevanz der Gültigkeit des Herausgabeverzichts

Da es bereits an der Pflichtverletzung fehlt, kommt es in Weiterführung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung auf die Gültigkeit des Herausgabeverzichts in einem solchen Fall nicht an. Ein ungültiger Herausgabeverzicht ist allerdings bei diesem Szenario

ohnehin unwahrscheinlich, da für die gültige Retro-Rechenschaft auf Verlangen und für den gültigen Herausgabeverzicht dieselben informationellen Gültigkeitsvoraussetzungen gelten.

4.2 Ungültige Retro-Rechenschaft auf Verlangen

Ist die Vereinbarung über eine Retro-Rechenschaft auf Verlangen ungültig, verletzt der betreffende Vermögensverwalter seine Rechenschaftspflicht, wenn er die Retrozessionen in der periodischen Abrechnung nicht ausweist. Es liegt somit eine Pflichtverletzung nach Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 StGB vor. Die strafrechtlichen Folgen richten sich nach dem Grad der Abweichung von den verlangten Informationsstandards:

4.2.1 Produktbandbreiten

Beziffert der Vermögensverwalter die erwarteten Retrozessionen anhand von Produktklassebandbreiten des investierten Vermögens, liegt keine gültige Vereinbarung der Retro-Rechenschaft auf Verlangen vor. Der Vermögensverwalter erfüllt somit das objektive Tatbestandsmerkmal der Pflichtverletzung i.S.v. Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 StGB. Er kann sich jedoch auf den Rechtfertigungsgrund von Art. 14 StGB i.V.m. Rz 30 FINMA-RS 2009/1 berufen.

4.2.2 Andere Fälle

Ausserhalb des rechtfertigenden «Schutzkreises», der durch Art. 14 StGB i.V.m. Rz 30 FINMA-RS 2009/1 gezogen wird, ist bei einer ungültigen Retro-Rechenschaft auf Verlangen die Pflichtverletzung gegeben.

4.2.3 (Theoretische) Relevanz der Gültigkeit des Herausgabeverzichts

Der Gleichlauf bei den informationellen Gültigkeitsvoraussetzungen der Rechenschaft auf Verlangen und beim Herausgabeverzicht führt in aller Regel dazu, dass entweder beide Voraussetzungen erfüllt oder nicht erfüllt sind. Rechenschaft und Herausgabe werden regelmässig gesamthaft geregelt. Ist die Retro-Wissenslücke in einem Bereich gefüllt, so ist sie es auch im anderen Bereich. Würde die (theoretische) Kombination einer ungültigen Retro-Rechenschaft auf Verlangen mit einem gültigen Herausgabeverzicht vorliegen, so würde es am Vermögensschaden sowie am Schädigungsvorsatz und somit an der Strafbarkeit fehlen.

⁸⁵ Vgl. BGer 4A_355/2019 vom 13. Mai 2020 E. 3.2.

⁸⁶ Siehe oben III.3.3.

In tatsächlicher Hinsicht wird es aber so sein, dass im Fall der Produktbandbreiten regelmässig beidseits Ungültigkeit vorliegt, die aber beidseits vom Rechtfertigungsgrund in Art. 14 StGB i.V.m. Rz 30 FINMA-RS 2009/1 gedeckt sind. Auch in den übrigen Fällen ist in tatsächlicher Hinsicht vom Regelfall einer (doppelten) Ungültigkeit auszugehen.⁸⁷

5. Vorgängige Retro-Information weist zu tiefe Beträge aus

Denkbar ist schliesslich der Fall, in dem eine Retro-Rechenschaft auf Verlangen sowie der Herausgabeverzicht gültig vereinbart wurden, der Vermögensverwalter aber schliesslich höhere Retrozessionen erhält, als in der vorgängigen Information angegeben wurden. Im Umfang des Mehrbetrages kann er sich nicht mehr auf die Vereinbarung der Rechenschaft auf Verlangen berufen, denn die Kundin hat nur im Rahmen der vorgängig angegebenen Grössenordnung in eine Retro-Rechenschaft auf Verlangen eingewilligt. Der Vermögensverwalter hat ihr deshalb den überschüssenden Betrag im Rahmen der periodischen Abrechnung offenzulegen. Ansonsten verletzt er seine Rechenschaftspflicht und begeht dadurch eine Pflichtverletzung nach Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 StGB.

Auch der Herausgabeverzicht umfasst nur Retrozessionen in der angegebenen Grössenordnung. Der Vermögensverwalter hat der Kundin den überschüssenden Betrag daher entweder auszuführen oder einen nachträglichen Herausgabeverzicht von ihr einzuholen. Ansonsten liegt ein Schaden im Sinne von Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 StGB vor. Strafbar macht er sich aber nur, wenn auch eine Pflichtverletzung vorliegt, d.h. er der Kundin den überschüssenden Betrag nicht offenlegt.

Insgesamt ist die Erwirtschaftung höherer als in der Vorabinformation angegebener Retrozessionen in Weiterführung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nur dann strafrechtlich riskant, wenn der Vermögensverwalter den Mehrbetrag nicht in der periodischen Abrechnung ausweist.

IX. Und was ist mit den Unternehmen?

Die Schweiz kennt seit dem 1. Oktober 2003 ein Unternehmensstrafrecht, das seinen Namen – zumindest was seine Einordnung in der Rechtsordnung, nämlich im StGB, sowie was das Wesen der Sanktion betrifft – verdient. Dennoch ist die Frage rasch und einfach zu beantworten: Unternehmen gewärtigen kein allzu grosses «Strafbarkeitsrisiko». Ausgerechnet im Bereich wirtschaftlich relevanten kriminellen Handelns, das von Unternehmen (gemäss Art. 102 Abs. 4 StGB) ausgeht, versagt der strafrechtliche Schutz. Solange es nicht um Terrorismusfinanzierung, kriminelle Organisationen, aktive Korruption oder Geldwäscherei geht, werden Unternehmen lediglich subsidiär wegen Vergehen und Verbrechen strafrechtlich zur Verantwortung gezogen, d.h. ausschliesslich dann, wenn die Tat wegen mangelhafter Organisation des Unternehmens keiner bestimmten natürlichen Person zugerechnet werden kann (Art. 102 Abs. 1 StGB).⁸⁸

Wird daher aus dem Verantwortungsbereich eines (Vermögensverwaltungs-)Unternehmens heraus eine ungetreue Geschäftsbesorgung zulasten Dritter begangen, so kommt eine Bestrafung des Unternehmens schon ganz grundsätzlich nur dann in Betracht, wenn die für das Unternehmen handelnde natürliche Person nicht ausfindig gemacht werden kann (was in der Praxis relativ selten der Fall sein wird) und dennoch nachgewiesen werden kann, dass eben diese nicht ermittelbare natürliche Person objektiv und subjektiv (vorsätzlich!) tatbestandsmässig und rechtswidrig gehandelt hat (was in der Praxis erstaunlicherweise zuweilen gelingt).

Nur am Rande vermerkt sei, dass es mangels (Vermögensfürsorge-)Pflichtenträgereigenschaft der einzelnen natürlichen, für das Vermögensverwaltungsunternehmen tätigen Personen zur Erfüllung des objektiven Tatbestands des Sonderdelikts des Art. 158 Abs. 1 StGB zunächst der Feststellung der Pflichtenüberwälzung vom Unternehmen auf dessen Vertreter gemäss Art. 29 StGB bedarf, was das Bundesgericht nur selten explizit anführt.⁸⁹ Qua Art. 102 StGB wird das kriminelle Verhalten des Vertreters

⁸⁷ Als Beispiel für eine beidseits ungültige Klausel: «Die Kundin verzichtet auf die Herausgabe allfälliger Retrozessionen; der Vermögensverwalter gibt auf Verlangen Auskunft über erhaltene Retrozessionen.»

⁸⁸ Näher dazu *Hilf [Lehmkuhl]* (Fn. 11), 24 ff.

⁸⁹ Siehe auch hierzu *Hilf [Lehmkuhl]* (Fn. 11), 30 ff. sowie *Katja Villard, Le compliance officer face au risque pénal découlant du dispositif anti-blanchiment*, SZW 2021, 109 ff., die sich insbesondere zur Frage äussert, ob der Leiter der

dann wiederum dem Unternehmen zugerechnet. Aufgrund der Arbeitsteiligkeit in grösseren Vermögensverwaltungsunternehmen oder Banken, in denen sowohl Zuständigkeitsbereiche als auch Wissen auf mehrere natürliche Personen auf unterschiedlichen Hierarchiestufen des Unternehmens verteilt sind, können überdies Zurechnungsprobleme entstehen, sodass es allenfalls schon an einer tatbestandsmässigen und rechtswidrigen Individual-Anlasstat gemäss Art. 102 StGB fehlt.

Diese lediglich subsidiäre strafrechtliche Verantwortlichkeit steht schon lange und zu Recht in der Kritik. Die bislang nicht erhörte Minimalforderung an den Strafgesetzgeber lautet: Einbeziehung sämtlicher Vergehen und Verbrechen in das Regime des Art. 102 Abs. 2 StGB, welcher auf den Vorwurf der mangelnden Tatverhinderung durch das Unternehmen abstellt und eine konkurrierende Strafbarkeit von natürlicher Person und Unternehmen normiert.⁹⁰

X. Fazit

Der Retrozessionskontext zeigt die Wechselwirkungen und das Ineinandergreifen von Privatrecht, Strafrecht und Aufsichtsrecht: Art. 158 StGB wird zivilrechtskonform ausgelegt, was zur Folge hat, dass die Verletzung privatrechtlicher Pflichten nicht nur zivilrechtliche, sondern auch strafrechtliche Folgen zeitigt. Man kann durchaus von einer «Verstrafrechtlichung» des Privatrechts und insbesondere des Wirtschaftsrechts sprechen.⁹¹ Umgekehrt «verzivilrechtlicht» sich aber auch das Strafrecht: Zivilrechtliche Feinheiten, wie die Frage, ob die erwarteten Retrozessionen im Vorausverzicht anhand einer Prozentbandbreite des *verwalteten* oder des *in die jeweiligen Produktklassen investierten* Vermögens angegeben werden, entscheiden über Strafbarkeit und Straffreiheit. Noch komplexer wird es, wenn man das Aufsichtsrecht mitberücksichtigt: Ein aufsichtsrechtliches Rund-

schreiben, das eigentlich die zivilrechtliche Retrozessionsrechtsprechung abbilden wollte, erweist sich unverhofft (zumindest interimistisch) als Rechtfertigungsgrund für die Verletzung eines Straftatbestands, der an eben jener zivilrechtlichen Retrozessionsrechtsprechung anknüpft.

Eine der Hauptschwierigkeiten liegt freilich darin, dass die zivilrechtliche Retrozessionsrechtsprechung im Zusammenhang mit der Verletzung der Herausgabepflicht entwickelt wurde, die strafrechtliche Retrozessionsrechtsprechung hingegen auf die Verletzung der Rechenschaftspflicht abstellt. Trotzdem wird in den Strafrechtsurteilen jeweils vollumfänglich auf die zivilrechtlichen Erwägungen zur Herausgabepflicht und namentlich auch zum Herausgabeverzicht verwiesen. Die Bedeutung des gültigen Herausgabeverzichts liegt aber strafrechtlich gesehen «nur» auf der Ebene des Vermögensschadens und nicht auf derjenigen der Pflichtverletzung.⁹² Das geht angesichts der Prominenz, mit welcher der Herausgabeverzicht in den Strafrechtsurteilen abgehandelt wird, leicht vergessen. Es bleibt aber dabei, dass die Rechenschaft in den Strafrechtsurteilen als relevante Pflicht identifiziert wurde. Daher ist es unerlässlich, die Rechenschaftspflicht unter den abgesteckten Rahmenbedingungen zu konkretisieren und das Zusammenspiel mit dem Herausgabeverzicht festzulegen.

Compliance-Abteilung einen Mitarbeiter mit selbständigen Entscheidungsbefugnissen darstellt.

⁹⁰ *Lehmkuhl*, Vom Nutzen der Diskussion in Österreich und Deutschland für eine Reform des Schweizer Unternehmensstrafrechts, in: *Lehmkuhl/Wohlers* (Hrsg.), Unternehmensstrafrecht, Materiellrechtliche und prozessuale Aspekte, Basel 2020, 249 ff.

⁹¹ Weitere Beispiele für die Verstrafrechtlichung des Privatrechts z.B. bei *Emmenegger/Thévenoz/Döbeli/Lepori*, SZW 2017, 210 f.

⁹² Dass ein Teil der Lehre dies kritisch sieht, wurde bereits gesagt, siehe dazu oben IV.2.