

1. Zu prüfen ist die folgende Konstellation: Eine Bank gewährt einem unabhängigen Vermögensverwalter (UVV) eine Retrozession. Der UVV leitet diese nicht weiter an den Kunden; er kann sich nicht auf einen „qualifizierten Verzicht“ des Kunden im Sinne von BGE 132 III 460 berufen.

Es erfolgt also keine Weiterleitung an den Kunden, obwohl (1) eine Herausgabepflicht nach OR 400 I besteht² und (2) kein rechtsgültiger „qualifizierter“ Verzicht des Kunden vorliegt.

2. Eine Strafbarkeit des UVV unter dem Gesichtspunkt der ungetreuen Geschäftsbesorgung (Art. 158 StGB) kommt aus folgenden Gründen in Betracht:

3. Für die Anwendung von Art. 158 StGB ist zunächst entscheidend, ob eine „*Vermögensbetreuungspflicht*“ („*Vermögensfürsorgepflicht*“) besteht.³ Hat der UVV eine solche Pflicht?

Auf Grund seiner Stellung ist diese Frage grundsätzlich zu bejahen. Denn der UVV hat eine selbständige Stellung, eine „*Schlüsselstellung*“.⁴ Überdies handelt es sich um Vermögensinteressen von einiger Bedeutung.⁵ Und schliesslich bildet die Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen den eigentlichen Kern der Verpflichtung des UVV.⁶

Bejaht man eine so verstandene Vermögensbetreuungspflicht, ist der UVV aber rechenschaftspflichtig.

4. *In der Verletzung seiner Abrechnungspflicht liegt die tatbestandsmässige Pflichtverletzung.* Entscheidend (unter dem Gesichtspunkt der Pflichtverletzung) ist also nicht die Nichtablieferung, das Vorenthalten der Retrozession,⁷ sondern die *Verletzung der Abrechnungspflicht*. Damit ist zugleich gesagt: Legt der UVV den Empfang der Retrozession offen und liefert er sie nicht ab, liegt in der blossen Nichtablieferung keine ungetreue Geschäftsbesorgung.

5. Diese Pflichtverletzung wird in der Regel beim Kunden zu einem *Vermögensschaden* führen, da dieser mangels Offenlegung der Retrozession seinen Herausgabeanspruch nicht geltend machen kann.

6. Bestrafung wegen ungetreuer Geschäftsbesorgung erfordert *Vorsatz*.

¹ Schriftlicher Diskussionsbeitrag von Prof. Dr. Martin Schubarth, Altbundesrichter, Avocat-Conseil (Rusconi & Associés), Lausanne.

² Vgl. BGE 132 III 464/5.

³ Martin Schubarth, Kommentar zum schweizerischen Strafrecht, 2. Band, Bern 1990, Art. 159 N 3. Vgl. zu den Voraussetzungen einer ungetreuen Geschäftsbesorgung BGE 120 IV 190.

⁴ BGE 88 IV 141; vgl. Schubarth a. a. O. N 3.

⁵ Dazu Schubarth a. a. O. N 5.

⁶ Dazu Günter Stratenwerth/Guido Jenny, Schweizerisches Strafrecht Besonderer Teil I, 6. A. Bern 2003, 420 f.

⁷ Weshalb ein Rückgriff auf BGE 129 IV 124 E. 4.1, 2. Absatz, nicht in Betracht kommt.

Bis zur zivilrechtlichen Grundsatzentscheidung BGE 132 III 460 war grundsätzlich ein *Irrtum über den Umfang der zivilrechtlichen Abrechnungspflicht* möglich. Ein solcher Irrtum wäre ein *Sachverhaltsirrtum*⁸, nicht ein Verbotsirrtum.⁹ Denn der Täter irrt über eine zivilrechtliche Regelung, die Tatbestandswirkung für den Straftatbestand hat.^{10 11}

7. In Betracht kommt seit der Grundsatzentscheidung BGE 132 III 460 auch *Betrug* (StGB 146). Der UVV täuscht den Kunden durch eine unvollständige, die Retrozessionen verschweigende Abrechnung über die eingegangenen dem Kunden zustehenden Einnahmen aus Retrozession und verleitet ihn dadurch, diese nicht geltend zu machen.¹²

Dabei handelt es sich um eine Täuschung durch aktives Tun, nicht etwa durch Unterlassen, so dass sich die Frage, ob der UVV eine Garantenstellung betreffend das Vermögen des Kunden hat, nicht stellt.¹³ Denn in der Vorlage einer unvollständigen Abrechnung liegt aktives Tun, zumindest aber eine Täuschung durch die konkludente Erklärung, die Abrechnung sei vollständig.¹⁴

Ob Arglist gegeben ist, kommt auf die Umstände an. Der arglose Kunde, der keine Ahnung hat von den Realitäten der geleisteten Retrozessionen, insbesondere von deren Ausmass, wird arglistig getäuscht.

8. Wird durch das gleiche Verhalten sowohl der Tatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung¹⁵ wie auch der des Betruges erfüllt, so ist wegen Gesetzeskonkurrenz (unechter Konkurrenz) - ein Fall von Alternativität¹⁶ - keine Strafschärfung nach StGB 49 I vorzunehmen.

Zu beachten ist, dass nur bei Betrug der qualifizierte Tatbestand der Gewerbsmässigkeit besteht,¹⁷ weshalb bei Konkurrenz zwischen gewerbsmässigem Betrug und einer nur gedanklich bestehenden gewerbsmässigen ungetreuen Geschäftsbesorgung Betrug vorgeht.¹⁸

⁸ StGB 13

⁹ StGB 21.

¹⁰ Vgl. BGE 115 IV 30 betreffend Irrtum über den Umfang einer Dienstbarkeit.

¹¹ Generell zur Frage der Zivilrechtsakzessorietät im Vermögensstrafrecht Martin Schubarth, Konzernstrafrecht, SZW 2006, 161.

¹² Zur Vermögensverfügung durch Unterlassen Schubarth a. a. O. Art. 148 N 61.

¹³ Weshalb Betrug auch bejaht werden kann, wenn keine für Art. 158 relevante Vermögensbetreuungspflicht gegeben wäre. Damit kann offen bleiben, ob sich aus der Vermögensbetreuungspflicht, die dem UVV beschränkt auf seinen Aufgabenkreis zukommt, auf eine betrugsrelevante Garantenpflicht schliessen lässt.

¹⁴ Vgl. zur entsprechenden Problematik beim Dopingbetrug Martin Schubarth, Dopingbetrug, recht 2006, 222 ff., 224.

¹⁵ Im vorliegende Kontext regelmässig in Bereicherungsabsicht, weshalb StGB 158 Ziff. 1 III anwendbar ist.

¹⁶ Günter Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 3. A. Bern 2005, 483.

¹⁷ StGB 146 II.

¹⁸ Bei der ungetreuen Geschäftsbesorgung könnte der Gewerbsmässigkeit des Handelns nur durch Strafschärfung nach StGB 49 I und gegebenenfalls im Rahmen der ordentlichen Strafzumessung nach StGB 47 Rechnung getragen werden.

