

Herausgegeben im Auftrag der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich von A. Donatsch, D. Jositsch, F. Meyer,
C. Schwarzenegger, B. Tag und W. Wohlers

Eliane Hiestand

**Strafrechtliche Risiken
von Vergütungszahlungen
(Retrozessionen etc.) im
Vermögensverwaltungsgeschäft**

insbesondere mit Blick auf die
Privatbestechung nach Art. 4a UWG

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	VII
Abkürzungsverzeichnis	XVII
Literaturverzeichnis	XXI
Materialienverzeichnis	XLVII
Einleitung	1
1. Kapitel: Privatrechtlicher Teil	3
I. Definition von Vergütungen	3
1. Definitionsansätze in der Literatur	3
2. Definitionsansätze in der Rechtsprechung	4
3. Charakteristika der Vergütung	6
A. Dreiecksverhältnis	6
B. Leistung	7
C. Parteien	8
a) Vergütungsgeber	8
b) Vergütungsempfänger	9
c) Dritter	9
D. Vereinbarung	10
E. Zweck	10
4. Fazit	11
II. Vergütungen	11
1. Wirtschaftliche Bedeutung	11
2. Arten von Vergütungen	12
A. Vergütungen aus dem Handelsgeschäft	12
B. Vergütungen aus dem Depotgeschäft	13
C. Vergütungen aus dem Verkauf von Finanzprodukten	13
D. Finder's Fees	14
	VII

E. Zusammenfassende Überlegungen	15
III. Das Rechtsverhältnis zwischen dem Vermögensverwalter und dem Kunden	16
1. Rechtsnatur	16
A. Bei der externen Vermögensverwaltung	16
B. Bei der internen Vermögensverwaltung	17
C. Fazit	18
2. Die Pflichten des Vermögensverwalters	18
A. Hauptpflichten	18
a) Vertragsgemässe Geschäftsbesorgung	18
b) Weisungsbefolgung	19
c) Persönliche Auftragsausführung	19
d) Treuepflicht	20
e) Sorgfaltspflicht	20
B. Nebenleistungspflichten	21
a) Rechenschafts- und Herausgabepflicht	21
b) Geheimhaltungs- und Diskretionspflicht	22
c) Aufklärungs- und Benachrichtigungspflicht	23
C. Nebenpflichten	23
a) Obhuts- und Schutzpflichten	23
b) Doppelvertretung und Selbstkontrahieren	23
c) Vermeidung von Interessenkonflikten	24
3. Die Informationspflicht bezüglich Vergütungen	25
A. Rechtsgrundlagen	25
B. Die Rechenschaftspflicht nach Art. 400 Abs. 1 OR	25
a) Auskunftspflicht	26
b) Rechenschaftspflicht i.e.S.	26
C. Zeitpunkt der Rechenschaftsablegung	27
D. Die Aufklärungspflicht nach Art. 398 Abs. 2 OR	28
a) Vorvertragliche Aufklärungspflicht	28
b) Beratungspflicht	29
c) Benachrichtigungs- und Warnpflicht	29

E.	Konsequenzen für die Informationspflicht bezüglich Vergütungen	30
	a) Rechtsgrundlage	30
	b) Vorvertragliche Informationspflicht	31
	c) Informationspflicht während der Vertragsdauer	32
4.	Die Herausgabepflicht bezüglich Vergütungen	33
	A. Die Herausgabepflicht des Beauftragten	34
	a) Gegenstand und Umfang der Herausgabepflicht	34
	b) Der innere Zusammenhang zwischen der Zuwendung und der Auftragsausführung	35
	B. Konsequenzen für die Herausgabepflicht von Vergütungen	37
	a) Im Allgemeinen	38
	b) Finder's Fees	39
	c) Vertriebsvergütungen und konzerninterne Zahlungen	40
	aa) Vertriebsvergütungen	40
	bb) Konzerninterne Zahlungen	42
	C. Fazit	44
5.	Der Verzicht auf die Herausgabe	45
	A. Verzicht auf die Information bezüglich Vergütungen	45
	a) Die Zulässigkeit des Verzichts auf Informationen des Auftraggebers	45
	b) Konsequenzen für die Informationspflicht bezüglich Vergütungen	46
	c) Fazit	47
	B. Verzicht auf die Herausgabe von Vergütungen	47
	a) Zulässigkeit des Herausgabeverzichts des Auftraggebers	47
	b) Konsequenzen für den Verzicht auf Herausgabe von Vergütungen	48
	aa) BGE 132 III 460	48
	bb) Diskussionspunkte in der Lehre	49
	cc) BGE 137 III 393	50

c)	Anmerkungen zum Entscheid	51
d)	Fazit	53
IV.	Das Rechtsverhältnis zwischen der Bank und dem Kunden	54
1.	Rechtsnatur	54
2.	Informationspflicht der Bank im Allgemeinen	55
A.	Rechenschaftspflicht	55
B.	Aufklärungspflicht	56
a)	Vertragliche Aufklärungspflicht	56
b)	Aufklärung gestützt auf Art. 11 BEHG	58
3.	Informationspflicht der Bank bezüglich Vergütungen	59
A.	Auf Nachfrage des Kunden	59
B.	Spontane Informationspflicht	60
a)	Lehrmeinungen	61
aa)	Informationspflicht bejahend	61
bb)	Informationspflicht verneinend	62
b)	Stellungnahme	62
C.	Fazit	64
V.	Das Rechtsverhältnis zwischen dem externen Vermögensverwalter und der Bank	65
1.	Rechtsnatur	65
2.	Pflichten des Vermögensverwalters	66
3.	Pflichten der Bank	67
VI.	Zusammenfassung	67
	2. Kapitel: Nebenstrafrechtlicher Teil – Art. 4a UWG	71
I.	Kernelemente der Privatbestechung	71
1.	Prinzipal-Agenten-Verhältnis	71
2.	Informationsasymmetrien	72
3.	Reziprozität	73
II.	Entstehungsgeschichte von Art. 4a UWG	74
III.	Geschütztes Rechtsgut	76
IV.	Anwendungsbereich des UWG	79
1.	Sachlich	79

2. Persönlich	81
3. Räumlich	81
V. Die Tatbestandsvoraussetzungen der Privatbestechung (Art. 4a i.V.m. Art. 23 UWG)	82
1. Objektiver Tatbestand	83
A. Beteiligte Personen	83
a) Extraneus	83
b) Intraneus	83
c) Prinzipal	84
B. Privater Sektor	84
C. Tathandlung	85
a) Nicht gebührender Vorteil	86
aa) Vorteil	86
bb) Adressat des Vorteils	87
cc) Ungebührlichkeit des Vorteils	87
b) Tathandlung im engeren Sinne	90
aa) Anbieten/Fordern	91
bb) Versprechen/versprechen Lassen	91
cc) Gewähren/Annehmen	92
c) «Pflichtwidrige oder im Ermessen stehende» Handlung oder Unterlassung	92
d) Zusammenhang zwischen der Vorteilszuwendung und der Tätigkeit	93
D. Äquivalenzverhältnis	94
2. Subjektiver Tatbestand	95
3. Strafantragserfordernis	95
VI. Vergütungen und Privatbestechung – Subsumtion	97
1. Anwendbarkeit des UWG	97
2. Objektiver Tatbestand	98
A. Beteiligte Personen	98
a) Aktive Bestechung	98
b) Passive Bestechung	99
B. Privater Sektor	99

C.	Tathandlung	101
a)	Nicht gebührender Vorteil	101
aa)	Möglichkeit der vertraglichen Genehmigung	101
bb)	Geringfügigkeit und soziale Üblichkeit	103
b)	Tathandlung im engeren Sinne	103
aa)	Aktive Bestechung	103
bb)	Passive Bestechung	104
c)	Pflichtwidrige oder im Ermessen stehende Handlung oder Unterlassung	105
aa)	Im Zusammenhang mit aktiver Bestechung	105
bb)	Im Zusammenhang mit passiver Bestechung	106
cc)	Zwischenfazit	110
d)	Der Zusammenhang zwischen der Vergütung und der geschäftlichen Tätigkeit	110
D.	Der Äquivalenzzusammenhang	111
3.	Subjektiver Tatbestand	113
a)	Aktive Privatbestechung	113
b)	Passive Privatbestechung	115
4.	Strafantragserfordernis	117
5.	Fazit	118
VII.	Vergütungen und die Strafbarkeit des Unternehmens nach Art. 102 StGB	119
1.	Vorbemerkungen	119
2.	Begriff des Unternehmens	120
3.	Geltungsbereich	122
4.	Gemeinsame Strafbarkeitsvoraussetzungen	123
A.	Die Anlasstat	123
a)	Täterkreis	123
b)	Tatbestandsmässigkeit der Anlasstat	125
aa)	Generelle Anlasstäterschaft	125
bb)	Additiv verwirklichte Anlasstat	126

cc)	Stellungnahme zu den Theorien	126
dd)	Schlussfolgerungen bezüglich Vergütungszahlungen	127
B.	Verübung der Tat «in Ausübung geschäftlicher Verrichtung im Rahmen des Unternehmenszwecks»	128
5.	Spezifische Voraussetzung der subsidiären Unternehmenshaftung	129
A.	Keine Zurechenbarkeit der Anlasstat	130
B.	Organisationsmangel	130
C.	Fazit	131
6.	Spezifische Voraussetzungen der originären Unternehmenshaftung	132
A.	Pflicht zur Ergreifung organisatorischer Massnahmen	132
a)	Allgemeine Pflichten	133
b)	Konkretisierung der Massnahmen	133
c)	Pflichten zur Verhinderung der Privatbestechung im Besonderen	134
aa)	Risikoanalyse	135
bb)	Interne Richtlinien	135
cc)	Ausbildung	136
dd)	Kontrolle	137
B.	Individualisierung	137
C.	Zurechnungszusammenhang	138
D.	Die Pflicht zur Ergreifung organisatorischer Massnahmen bei der Ausrichtung von Vergütungen	139
a)	Risikoanalyse	139
b)	Interne Richtlinien	140
c)	Ausbildung	143
d)	Kontrolle	144
e)	Individualisierung	145
f)	Zurechnungszusammenhang	145
E.	Praxisbeispiel – der Fall Alstom	146
a)	Sachverhalt	146

b)	Festgestellte Organisationsmängel	147
c)	Überlegungen zum Fall Alstom	148
F.	Fazit	150
7.	Die Anwendung von Art. 7 VStrR im Falle von Vergütungszahlungen	151
VIII.	Vergütungen und die Geschäftsherrenhaftung nach Art. 6 Abs. 2 VStrR i.V.m. Art. 26 UWG	153
1.	Täterkreis	153
2.	Anlasstäter	154
3.	Anlasstat	155
4.	Tathandlung	155
A.	Verletzung einer Rechtspflicht	155
B.	Verhinderung der Widerhandlung	156
C.	Aufhebung der Wirkungen der Widerhandlung	157
5.	Subjektiver Tatbestand	158
6.	Fazit	158
3.	Kapitel: Kernstrafrechtlicher Teil	161
I.	Vergütungen und Veruntreuung nach Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB	162
1.	Objektiver Tatbestand	162
A.	Tatobjekt	162
B.	Das Merkmal «anvertraut sein»	163
a)	Die Verfügungsmacht des Trenehmers	163
b)	Die Werterhaltungspflicht des Trenehmers	164
C.	Tathandlung	167
2.	Subjektiver Tatbestand	167
A.	Vorsatz	167
B.	Bereicherungsabsicht	169
3.	Widerrechtlichkeit	169
4.	Qualifikation	170
5.	Gehilfenschaft des Vergütungsgebers	171
A.	Objektiver Tatbestand der Gehilfenschaft	171
B.	Subjektiver Tatbestand der Gehilfenschaft	172

6. Fazit	172
II. Vergütungen und ungetreue Geschäftsbesorgung nach Art. 158 StGB	173
1. Objektiver Tatbestand	174
A. Täterkreis	174
B. Tathandlung	176
a) Pflichtinhalt	176
b) Pflichtverletzung	176
aa) Die bundesgerichtliche Definition der erforderlichen Pflichtverletzung	177
bb) Lehrmeinungen gegen eine Strafbarkeit nach Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 StGB	177
cc) Lehrmeinungen für eine Strafbarkeit nach Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 StGB	178
dd) Stellungnahme	179
C. Schaden	182
2. Subjektiver Tatbestand	183
3. Qualifizierter Tatbestand	184
4. Gehilfenschaft des Vergütungsgebers	184
A. Objektiver Tatbestand der Gehilfenschaft	185
B. Subjektiver Tatbestand der Gehilfenschaft	185
5. Fazit	186
III. Vergütungen und Betrug	187
1. Objektiver Tatbestand	187
A. Täuschendes Verhalten	187
B. Arglist	189
a) Täuschende Machenschaften	190
aa) Voraussetzungen der Urkundenfälschung	191
bb) Urkundenqualität der Abrechnung	191
cc) Opfermitverantwortung	194
b) Einfache oder qualifizierte Lüge	194
aa) Schwierige oder unmögliche Überprüfung	195
bb) Abhalten von der Überprüfung	196
cc) Unzumutbarkeit der Überprüfung	196

dd) Voraussehbarkeit der fehlenden Überprüfung	197
c) Zwischenfazit	198
C. Irrtum des Getäuschten	199
D. Vermögensdisposition	199
E. Vermögensschaden	200
2. Subjektiver Tatbestand	201
A. Vorsatz	201
B. Bereicherungsabsicht	201
C. Stoffgleichheit	202
3. Qualifikation	202
4. Gehilfenschaft des Vergütungsgebers	203
A. Objektiver Tatbestand der Gehilfenschaft	203
B. Subjektiver Tatbestand der Gehilfenschaft	203
5. Fazit	204
IV. Weitere mögliche Delikte	204
V. Konkurrenzen	207
4. Kapitel: Zusammenfassung	209
Stichwortverzeichnis	213