



**Universität
Zürich** ^{UZH}

Rechtswissenschaftliche Fakultät

Übungen im Strafrecht II

Lektion 2



Sachverhalt

A, B und C waren Verwaltungsräte der K-Bank AG mit Sitz in Genf. Im Rahmen der Vermögensverwaltung für ihre Kunden, namentlich durch die Investition von Vermögenswerten in externe Fonds, erhielt die K-Bank AG sogenannte Retrozessionen, d.h. Rückvergütungen der Fondsverwalter an K-Bank AG für Vermittlung der Kundengelder zur Verwaltung (Weitergabe eines Teils der Kommissionen, die die Fondsverwaltung auf dem angelegten Kundenvermögen vereinnahmt hat an K-Bank AG, gestützt auf eine vertragliche Vereinbarung zwischen dem Vermögensverwalter und der K-Bank AG).

Die Verwaltungsräte waren sich des zivilrechtlichen Risikos, dass sie den Kunden über diese Vergütungen Rechenschaft schulden und dass sie sie den Kunden weitervergüten müssten, bewusst, sahen jedoch davon ab, weil sich die K-Bank AG in finanzieller Schieflage befand und andernfalls möglicherweise Konkurs hätte anmelden müssen, wodurch hunderte Mitarbeiter ihren Job verloren hätten. A, B und C trafen nach einer hitzigen Diskussion anlässlich einer Verwaltungsratssitzung im Jahr 2015 den Beschluss, die Kunden nicht über die angefallenen Retrozessionen zu informieren und ihnen diese auch nicht zu vergüten. Der Beschluss wurde mit 2 zu 1 gefasst, wobei A und B dem Beschluss zustimmten, während sich C dagegen aussprach.



Sachverhalt

Als Folge dieses Beschlusses wurden die Retrozessionen in den dem Kunden X monatlich zugestellten Depotauszügen der Bank gar nicht aufgeführt. Der Kunde X erfuhr deswegen nichts über die bei ihm in den Jahren 2015 bis 2019 angefallenen Retrozessionen im Umfang von CHF 400'000. Die K-Bank AG unterliess es dementsprechend auch, dem Kunden diese Gelder gutzuschreiben.

Strafbarkeit von A, B und C?



Vorüberlegungen

In Frage kommen insbesondere

- Betrug (Art. 146 Abs. 1 StGB)
- **Vermögensveruntreuung (Art. 138 Ziff. 2 StGB)**
- **Ungetreue Geschäftsbesorgung (Art. 158 Abs. 1 StGB)**
- Falschbeurkundung (Art. 251 Ziff. 1 Abs. 2 Var. 2 StGB)

Grundsätzlich würde der Betrug der ungetreuen Geschäftsbesorgung und unter Umständen auch der Veruntreuung vorgehen, die Veruntreuung der ungetreuen Geschäftsbesorgung. Aus didaktischen Gründen, um die in der Praxis ersichtlichen Zusammenhänge und Überschneidungen aufzeigen zu können, wird die ungetreue Geschäftsbesorgung zuerst geprüft und anschliessend die Veruntreuung.

Auf den Betrug und die Falschbeurkundung wird in dieser Übung nicht eingegangen.



Lösung

Strafbarkeit von A, B und C: Ungetreue Geschäftsbesorgung nach Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 und 3 StGB

Obersatz: A, B und C könnten sich einer qualifizierten ungetreuen Geschäftsbesorgung nach Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 und 3 StGB strafbar gemacht haben, indem sie den Beschluss fassten, die Kunden über Retrozessionen nicht zu informieren und ihnen diese nicht zu vergüten und infolgedessen dem X die Retrozessionen im Umfang von CHF 400'000 verschwiegen und nicht herausgegeben wurden.

I. Tatbestand

1. objektiver Tatbestand

- Geeigneter Täter
 - Vermögensfürsorgepflichtige bzw. aufsichtspflichtige Person
 - K Bank AG ist Vermögensverwalterin 
 - Zurechnung an natürliche Personen über Art. 29 StGB
 - A, B und C sind Verwaltungsräte von K und somit Mitglieder eines Organs 



Lösung

Strafbarkeit von A, B und C: Ungetreue Geschäftsbesorgung (Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 und 3 StGB)

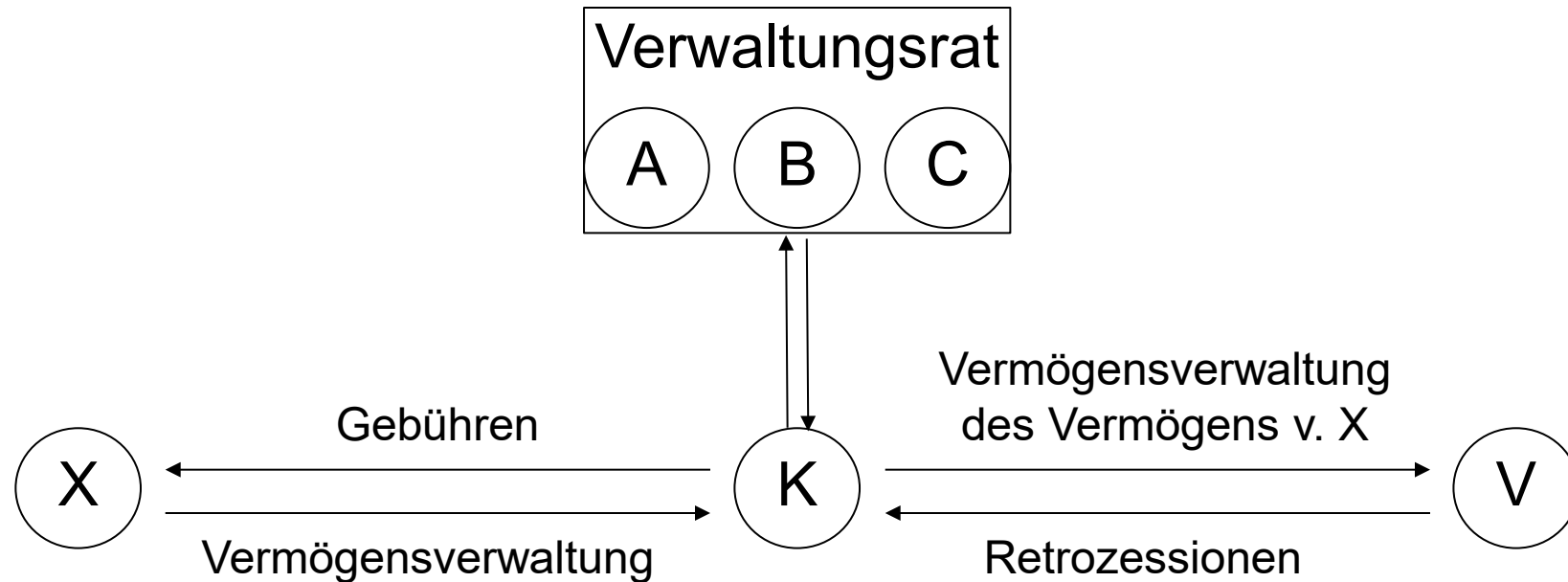
1. Objektiver Tatbestand

- Verletzung der dem Täter im Hinblick auf das zu betreuende Vermögen obliegende Pflichten:
 - Strafrecht umschreibt Inhalt der Pflicht nicht
 - Vertragsqualifikation?
 - Auftrag

Lösung

Strafbarkeit von A, B und C: Ungetreue Geschäftsbesorgung

Einschub: Vertragskomplex





Lösung

Strafbarkeit von A, B und C: Ungetreue Geschäftsbesorgung

1. Objektiver Tatbestand (Fortsetzung)

- Pflichtverletzung (Fortsetzung):
 - *Zivilrechtliche* Pflicht zur Rechenschaft (vgl. BGE 132 III 460, E. 4.1)
 - *Zivilrechtliche* Informations- und Herausgabepflicht
 - Auch strafrechtliche Herausgabepflicht?

Art. 398 OR

¹ Der Beauftragte haftet im Allgemeinen für die gleiche Sorgfalt wie der Arbeitnehmer im Arbeitsverhältnis.

² Er haftet dem Auftraggeber für getreue und sorgfältige Ausführung des ihm übertragenen Geschäftes.

³ [..]

Art. 400 OR






¹ Der Beauftragte ist schuldig, auf Verlangen jederzeit über seine Geschäftsführung Rechenschaft abzulegen und alles, was ihm infolge derselben aus irgendeinem Grunde zugekommen ist, zu erstatten.

² [..]

Lösung

Strafbarkeit von A, B und C: Ungetreue Geschäftsbesorgung (Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 und 3 StGB)

1. Objektiver Tatbestand (Fortsetzung)

- Pflichtverletzung (Fortsetzung):
 - Auch strafrechtliche Herausgabepflicht?
 - Gemäss BGer: Herausgabe Schuldner-, nicht Vermögensfürsorgepflicht 
 - Gegenmeinung: Weigerung der Herausgabe verstösst gegen Schädigungsverbot 
 - Aber: Auftraggeber zur Geltendmachung der Herausforderung auf hinreichende Auskunft angewiesen
 - Nach Meinung des BGer Auskunftspflichtverletzung 
 - Unterlassen der Benachrichtigung von X pflichtwidrig 
 - Nach beiden Ansichten pflichtwidrig 

Lösung

Strafbarkeit von A, B und C: Ungetreue Geschäftsbesorgung (Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 und 3 StGB)

1. Objektiver Tatbestand (Fortsetzung)

- Pflichtverletzung (Fortsetzung):

- Konkrete Pflichtverletzung von A, B und C?
- Pflicht von Verwaltungsräten zum rechtskonformen Abstimmen

➤ A und B 

– C?

➤ Hat alles in seiner Macht Stehende gegen Umsetzung vorzunehmen

➤ «Nein» stimmen reicht






Lösung

Strafbarkeit von A und B: Ungetreue Geschäftsbesorgung (Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 und 3 StGB)

1. Objektiver Tatbestand (Fortsetzung)

- **Unmittelbar dadurch Schädigung des betreuten Vermögens:**
 - X hätte Anspruch auf Herausgabe der Retrozessionen gehabt
 - Aufgrund der fehlenden Information nicht geltend machen können
 - **Nichterhöhung der Aktiven** 



Lösung

Strafbarkeit von A und B: Ungetreue Geschäftsbesorgung (Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 und 3 StGB)

1. Objektiver Tatbestand (Fortsetzung)

- **Kausalität:**

- Natürliche Kausalität

- Bei Enthaltung von einzeln sowohl A wie auch B wäre es nicht zur Rückhaltung der Retrozessionen gekommen, **kumulative Kausalität**
- Ohne Rückhaltung fehlt es auch am Schaden

- **Ja-Stimmen einzeln je eine conditio sine qua non für den Schaden** 



Lösung

Strafbarkeit von A und B: Ungetreue Geschäftsbesorgung (Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 und 3 StGB)

1. Objektiver Tatbestand (Fortsetzung)

- **Kausalität:**

- Objektive Zurechnung

- Rechtlich missbilligtes Risiko,
- das sich im eingetretenen Erfolg realisiert hat

➤ **Liegt vor** 



Lösung

Strafbarkeit von A und B: Ungetreue Geschäftsbesorgung (Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 und 3 StGB)

2. Subjektiver Tatbestand

- **Vorsatz:**

- Wissen und Willen

- **Zumindest Eventualvorsatz:** hier grösstenteils unproblematisch



- **Aber:** Vorsatz auch bzgl. obj. «Pflichtverletzung» erforderlich








Lösung

Strafbarkeit von A und B: Ungetreue Geschäftsbesorgung (Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 und 3 StGB)

2. Subjektiver Tatbestand

- **Vorsatz:**

- Wissen und Willen

- Einbehaltung von Retrozessionen üblich 
- Vertrauen auf Vertrag 
- Zivilrechtliches Risiko war den Verwaltungsräten bewusst 
- Aktives Absehen von der Auszahlung *aufgrund der Finanzsituation von K*, nicht aufgrund des Gefühls, dies entspreche der Übung 
- C in entscheidender, hitziger Sitzung mit A und B dennoch für Auszahlung, A und B wussten um heikle Lage 
- Zumindest eine laienhafte Annahme, dass die Rückbehaltung gegenüber dem Kunden nicht ok war, ist vorhanden 
- Vorsatz aus dargelegten Gründen gegeben 

Lösung

Strafbarkeit von A und B: Ungetreue Geschäftsbesorgung (Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 und 3 StGB)

2. Subjektiver Tatbestand (Fortsetzung)

- **Bereicherungsabsicht:**

- Bereicherung?

- Jede wirtschaftliche Besserstellung

- A und B wollten K besserstellen 

- Unrechtmässig?

- Ohne Rechtsanspruch

- K ohne Rechtsanspruch auf Behalten der CHF 400'000, Pflicht zur Auslieferung an X 

Lösung

Strafbarkeit von A und B: Ungetreue Geschäftsbesorgung (Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 und 3 StGB)

II. Rechtswidrigkeit

- Notstand

- Bedrohung durch Konkurs

- Keine Hinweise auf Unmittelbarkeit 

III. Schuld


Fazit: A und B haben sich einer qualifizierten ungetreuen Geschäftsbesorgung nach Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 und 3 StGB strafbar gemacht.

Veruntreuung von Vermögenswerten

Obersatz: A und B könnten sich einer Veruntreuung von Vermögenswerten nach Art. 138 Ziff. 2 StGB strafbar gemacht haben, indem sie den Beschluss fassten, die Kunden über die Retrozessionen nicht zu informieren und ihnen diese nicht zu vergüten und infolgedessen dem X die Retrozessionen im Umfang von CHF 400'000 nicht herausgegeben, sondern für die K-Bank AG behalten wurden.

I. Tatbestand


1. Objektiver Tatbestand

- Vermögenswerte
 - Auch Forderungen oder Buchgeld
 - Retrozessionen als Teil des Kontos von X Buchgeld 

Lösung

Strafbarkeit von A und B: Wertveruntreuung (Art. 138 Ziff. 2 StGB)


1. Objektiver Tatbestand (Fortsetzung)

- Anvertraut:
 - Anvertraut, wenn Geschädigter eigenen Zugriff aufgibt und mit Verpflichtung zum Werterhalt an Täter übergibt
 - Divergierende Ansichten zum «Anvertrautsein» der Vermögenswerte in Retrozessions-Fällen
 - Nicht anvertraut, wenn für sich selbst, nicht für einen Dritten erhalten, selbst wenn eine Ablieferungspflicht besteht (Rechtsprechung)
 - Verträge bestehen zwischen Fondverwalter und K sowie zwischen K und X, nicht aber zwischen Fondverwalter und X
 - Forderung zwischen Fondverwalter und K gleicher Betrag, aber nicht gleiche Forderung wie zwischen K und X
 - Anderer Anspruch, kein Anvertrauen 

Lösung

Strafbarkeit von A und B: Wertveruntreuung (Art. 138 Ziff. 2 StGB)


1. Objektiver Tatbestand (Fortsetzung)

- Anvertraut (Fortsetzung):
 - Gegenmeinung aus der Lehre:
 - Pflichten zur Rechenschaft und Erstattung nach Art. 400 Abs. 1 OR bestehen, sofern nicht gültig verzichtet wurde
 - Somit erhält der Vermögensverwalter die Retrozessionen ohne wirksame Verzichtserklärung nicht «für sich», sondern sie werden ihm «anvertraut»
 - K erhielt die Zahlungen mangels Verzichts durch X nicht «für sich», sondern mit der Verpflichtung zur Erstattung, d.h. sie wurden ihm anvertraut
 - Dann  (Hinweis: Entscheid gegen oder für «Anvertrautsein» erforderlich!)

Lösung

Strafbarkeit von A und B: Wertveruntreuung (Art. 138 Ziff. 2 StGB)




1. Objektiver Tatbestand (Fortsetzung)

- Unrechtmässige Verwendung:
 - Eindeutige Manifestation des Willens, Verpflichtung gegenüber Treugeber nicht zu erfüllen
 - Finanzielle Notlage im SV nicht genügend, um ausreichend die unrechtmässige Verwendung nachzuweisen
 - Aber: K verheimlichte Erhalt der Retrozessionen trotz fehlendem Verzicht durch X
 - Manifestation des Vereitelungswillens 

Lösung

Strafbarkeit von A und B: Wertveruntreuung (Art. 138 Ziff. 2 StGB)

2. Subjektiver Tatbestand

- Vorsatz:
 - Vergleiche oben 
- Bereicherungsabsicht
 - Wirtschaftliche Besserstellung ohne Anspruch darauf
 - Wirtschaftliche Besserstellung
 - Erhöhung der Aktiven/Verminderung der Passiven durch Nichtweitergabe 
 - Kein Anspruch (Art. 400 Abs. 1 OR) 



Lösung

Strafbarkeit von A und B: Wertveruntreuung (Art. 138 Ziff. 2 StGB)

II. Rechtswidrigkeit

- Notstand

➤ [Vergleiche oben](#)

III. Schuld

Fazit: A und B haben sich einer Veruntreuung von Vermögenswerten nach Art. 138 Ziff. 2 StGB strafbar gemacht.