

# Obergericht des Kantons Zürich

III. Strafkammer



---

Geschäfts-Nr.: UE150065-O/U/HON

Mitwirkend: die Obergerichter lic. iur. Th. Meyer, Präsident, und lic. iur. W. Meyer,  
Ersatzoberrichter lic. iur. A. Schärer und Gerichtsschreiberin Dr.  
A. Murer Mikolásek

## **Beschluss vom 20. November 2015**

in Sachen

A. \_\_\_\_\_

Beschwerdeführer

vertreten durch Fürsprecher X. \_\_\_\_\_

gegen

1. **Unbekannte Täterschaft,**
2. **Leitende Mitarbeiter der B. \_\_\_\_\_,**
3. **B. \_\_\_\_\_,**
4. **Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich,** Wirtschaftsdelikte,  
Weststr. 70, 8003 Zürich,

Beschwerdegegnerinnen

betreffend **Nichtanhandnahme**

**Beschwerde gegen die Nichtanhandnahmeverfügung der Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich vom 25. Februar 2015, C-4/2014/191100077**

## **Erwägungen:**

### **I. Verfahrensgang**

Am 27. Februar 2014 erstattete der Beschwerdeführer A.\_\_\_\_\_ bei der Bundesanwaltschaft Strafanzeige gegen die B.\_\_\_\_\_ (Beschwerdegegnerin 3) und Mitarbeitende dieses Finanzinstituts (Beschwerdegegner 1 und 2) wegen Privatbestechung, ungetreuer Geschäftsbesorgung und Betrugs (Urk. 3/2 = Urk. 12/00000005 ff.). Die B.\_\_\_\_\_ habe Kommissionen, die sie im Zusammenhang mit dem für den Beschwerdeführer verwalteten Vermögen erhalten habe, gegenüber diesem jahrelang nicht offengelegt bzw. ihn darüber getäuscht und ihm diese auch nicht weitergeleitet.

Am 17. März 2014 überwies die Bundesanwaltschaft die Anzeige zuständigkeitshalber an die Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich (Urk. 12/00000001 f.). Diese leitete die Akten am 20. März 2014 zur Prüfung und weiteren Veranlassung an die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl weiter, welche die Untersuchung am 19. Mai 2014 an die Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich (nachfolgend: Staatsanwaltschaft) abtrat (Urk. 12/00000003 f.).

Mit Verfügung vom 25. Februar 2015 nahm die Staatsanwaltschaft das Verfahren nicht an Hand (vom leitenden Staatsanwalt genehmigt am 5. März 2015; Urk. 6). Gegen diese Nichtanhandnahmeverfügung erhob der Beschwerdeführer am 23. März 2015 Beschwerde (Urk. 2). Er beantragt deren Aufhebung. Da die Zustellung der Verfügung in den Akten nicht dokumentiert ist, ist zugunsten des Beschwerdeführers von der Rechtzeitigkeit der Beschwerde auszugehen.

Am 13. April 2015 leistete der Beschwerdeführer die von der hiesigen Kammer verlangte Prozesskaution von Fr. 5'000.– (Urk. 8).

Die Staatsanwaltschaft reichte am 30. April 2015 ihre Vernehmlassung (Urk. 11) sowie ihre Akten (Urk. 12) ein. Die B.\_\_\_\_\_ liess sich innert Frist (Urk. 9) nicht vernehmen. Der Beschwerdeführer erstattete am 1. Juni 2015 innert erstreckter Frist seine Replik (Urk. 17), welche der Staatsanwaltschaft und der B.\_\_\_\_\_ zur

freigestellten Duplik zugestellt wurde (Urk. 19). Eine solche ging bis heute nicht ein.

Das Verfahren erweist sich als spruchreif. Auf die Vorbringen der Parteien ist, soweit zur Entscheidungsfindung notwendig, in den nachfolgenden Erwägungen einzugehen.

## **II. Materielles**

### **1. Rechtliches**

Gemäss Art. 309 Abs. 1 lit. a StPO verfügt die Untersuchungsbehörde die Eröffnung einer Untersuchung, wenn sich aus den Informationen und Berichten der Polizei, aus der Strafanzeige oder aus ihren eigenen Feststellungen ein hinreichender Tatverdacht ergibt. Gelangt sie hingegen zum Schluss, dass die fraglichen Straftatbestände oder die Prozessvoraussetzungen eindeutig nicht erfüllt sind, verfügt sie die Nichtanhandnahme (Art. 310 Abs. 1 lit. a StPO).

Beim Entscheid, ob die Untersuchung zu eröffnen oder nicht an Hand zu nehmen sei, gilt der Grundsatz "in dubio pro duriore". Dieser ergibt sich aus dem Legalitätsprinzip. Er verlangt, dass im Zweifel das Verfahren seinen Fortgang nimmt. Der Grundsatz "in dubio pro duriore" ist unter Würdigung der im Einzelfall gegebenen Umstände zu handhaben. Die Untersuchungsbehörden verfügen insoweit über einen gewissen Ermessensspielraum (BGE 138 IV 186 E. 4.1; 86 E. 4.1.1 f. und 4.2; Urteil des Bundesgerichts 1B\_677/2012 vom 18. Februar 2013 E. 3.1.1; je mit Hinweisen). Dies bedeutet unter anderem, dass die Untersuchungsbehörde nicht jeglicher Spur und jedem Hinweis nachzugehen hat, auch wenn sich eine beschuldigte Person oder ein Geschädigter solches vorstellt (vgl. Urteil des Bundesgerichts 1B\_372/2012 vom 18. September 2012, E. 2.7). Die Untersuchungsbehörde darf in sachverhaltsmässig und rechtlich klaren Fällen die Untersuchung – z.B. aufgrund einer Anzeige – nicht an Hand nehmen, wenn mit Sicherheit feststeht, dass der zur Beurteilung vorliegende Sachverhalt unter keinen Straftatbestand fällt oder wenn mit anderen Worten eine Anzeige zum vornherein aussichtslos ist, weil offensichtlich keine Straftatbestände erfüllt sind (vgl. zum Ganzen:

Schmid, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2013, N 1231; BGE 138 IV 86 E. 4.1; 137 IV 219 E. 7 und 285 E. 2.3).

## 2. Anzeigesachverhalt

Der Beschwerdeführer zeigte am 27. Februar 2014 zusammengefasst folgenden Sachverhalt an (vgl. Urk. 3/2):

Der Beschwerdeführer habe am 26. August 2005 ein Anlagekonto bei der B.\_\_\_\_\_ eröffnet, nachdem ihm diese einen Anlagevorschlag unterbreitet habe. Am 22. November 2006 habe er von der B.\_\_\_\_\_ erstmals Auskunft über allenfalls von ihr zurückbehaltene Retrozessionen verlangt, worauf diese am 13. Dezember 2006 geantwortet habe, "*...dass unsere Bank von externen Vermögensverwaltern keine Retrozessionen erhält.*"

Mit Schreiben (der B.\_\_\_\_\_) vom 31. Dezember 2012 (Urk. 3/2 Beilage 6) sei dem Beschwerdeführer mitgeteilt worden, gestützt auf den Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts vom Oktober 2012 (BGE 138 III 755 ff.) gehörten Vergütungen, welche die Bank von Dritten erhalte, den Kunden, sofern sie in direkter Beziehung zum Vermögensverwaltungsmandat stünden und keine Verzichtserklärung vorliege. Gemäss diesem Schreiben habe die B.\_\_\_\_\_ vor einigen Jahren damit angefangen, alle ihre Kunden transparent über derartige Vergütungen zu informieren, die sie unter Umständen von unabhängigen Dritten oder mit der Bank verbundenen Unternehmen erhalten könnte. Der Beschwerdeführer habe von der B.\_\_\_\_\_ jedoch entgegen dieser Mitteilung keine Angaben betreffend im Zusammenhang mit dem Vermögensverwaltungsmandat erhaltene Vergütungen erhalten.

Mit Schreiben vom 31. Oktober 2013 (Urk. 3/2 Beilage 7) habe der Beschwerdeführer die B.\_\_\_\_\_ erneut aufgefordert, Auskunft über Retrozessionen zu erteilen und habe diesbezüglich eine Übersicht ab Erteilung des Mandats verlangt. Mit Schreiben vom 26. November 2013 (Urk. 3/2 Beilage 8) seien ihm sodann erstmals die von der Bank im Zusammenhang mit dem von ihm erteilten Vermögensverwaltungsmandat pro Jahr erhaltenen Retrozessionen mitgeteilt worden. Die

Aufstellung habe allerdings lediglich die von Dritten erhaltenen Entschädigungen enthalten, nicht jedoch Vertriebsentschädigungen, die der Bank von ihren Konzerngesellschaften zugeflossen seien. Die B.\_\_\_\_\_ habe sich bereit erklärt, die einbehaltenen Retrozessionen im Betrag von Fr. 7'455.– für das Jahr 2008 an den Beschwerdeführer zu erstatten, sofern der Beschwerdeführer sich im Zusammenhang mit den "Bestandespflegekommissionen" als per Saldo aller Ansprüche auseinandergesetzt erkläre. Die restlichen Retrozessionen für die Jahre 2005-2007 und 2009-2013 im Gesamtbetrag von Fr. 37'119.– seien von der B.\_\_\_\_\_ aus nicht nachvollziehbaren Gründen zurückbehalten worden. Der Beschwerdeführer habe mit Schreiben vom 1. Dezember 2013 (Urk. 3/2 Beilage 9) explizit erklärt, mit der vorgeschlagenen Saldoklausel nicht einverstanden zu sein, und habe die Auszahlung sämtlicher im Schreiben vom 26. November 2013 der B.\_\_\_\_\_ aufgelisteten Retrozessionen verlangt. Die B.\_\_\_\_\_ habe daraufhin am 20. Dezember 2013 (Urk. 3/2 Beilage 10) mitteilen lassen, sie werde die Zahlung von Fr. 7'455.– veranlassen.

### 3. Standpunkte

Der Beschwerdeführer macht im Wesentlichen geltend, die Tatbestände der ungetreuen Geschäftsbesorgung (Art. 158 StGB), der Privatbestechung (Art. 4a UWG bzw. Art. 4a UWG i.V.m. Art. 102 StGB), und allenfalls des Betruges (Art. 146 StGB) seien erfüllt (Urk. 2; Urk. 17). Er stellt sich auf den Standpunkt, als Vermögensverwalterin falle die B.\_\_\_\_\_ in den Täterkreis von Art. 158 StGB und habe mit der Nicht-Herausgabe der Retrozessionen unter Verletzung der Offenlegungs- bzw. Rechenschaftspflicht den Tatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung erfüllt (Urk. 3/2). Indem die B.\_\_\_\_\_ in ihrem Schreiben vom 13. Dezember 2006 mitgeteilt habe, sie erhalte keine Retrozessionen von externen Vermögensverwaltern und auch keine Retrozessionen im Sinne des Bundesgerichtsentscheids von Fondsanbietern, habe sie den Eindruck vermittelt, dass die Bank in keiner Weise Zahlungen, weder von Gruppenexternen noch Gruppeninternen, erhalte, welche dem Beschwerdeführer zustünden, und sich somit absolut gesetzeskonform verhalte. Diese Information sei nachweislich unwahr gewesen, habe die B.\_\_\_\_\_ doch rund 7 Jahre später in ihrem Schreiben vom 26. November

2013 bestätigt, seit dem 28. Mai 2005 Retrozessionen von Dritten erhalten zu haben. Damit habe sie ihre Rechenschaftspflicht gemäss Art. 400 Abs. 1 OR verletzt. Sie habe den Beschwerdeführer über die ihm zustehenden Entschädigungen getäuscht und bewirkt, dass er davon abgesehen habe, weiter nachzufragen, was ihre Absicht gewesen sei. Mit Schreiben vom 31. Dezember 2012 habe sie ihre Täuschung bestärkt, indem sie den Bankkunden vorgegaukelt habe, dass sich die Bank betreffend "derartige Vergütungen" bereits Jahre vor dem Entscheid des Bundesgerichts vom 30. Oktober 2012 ausschliesslich im Sinn der Kunden verhalten habe. Weiter sei darin behauptet worden, die Bank habe mit ihren Kunden vereinbart, dass sie solche Vergütungen einbehalten könne und der Kunde darauf verzichte. Indem sie sich auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung bezogen habe, habe sie den Eindruck erweckt, dass die Bank diese Entscheide umgehend anwenden werde oder bereits antizipiere. Auch das von der B.\_\_\_\_\_ erwähnte Informationsblatt betreffend Angaben zu Bandbreiten möglicher Vergütungen je Produktkategorie, welches der Beschwerdeführer überdies gar nicht erhalten habe, sei unzureichend (Urk. 2 S. 6 ff.; Urk. 17 S. 1 ff.). Schliesslich habe auch kein gültiger Vorausverzicht des Beschwerdeführers vorgelegen, zumal das Bundesgericht für einen solchen unter anderem voraussetze, dass dieser durch den Auftraggeber ausdrücklich zu erfolgen habe. Daraus, dass der Beschwerdeführer sich nicht gegen die (bestrittene) Zustellung der Prozentbandbreiten gewehrt habe, könne kein zulässiger, stillschweigender Verzicht angenommen werden. Spätestens seit dem Bundesgerichtsentscheid vom 29. August 2011 (BGE 137 III 393) hätte dies auch der B.\_\_\_\_\_ bewusst sein müssen. Folglich könne sich die B.\_\_\_\_\_ auch nicht auf einen Sachverhaltsirrtum berufen (Urk. 2 S. 10).

Die Staatsanwaltschaft stellt sich im Wesentlichen auf den Standpunkt, der angezeigte Sachverhalt erfülle keinen Straftatbestand. Es handle sich um eine rein zivilrechtliche Streitigkeit (Urk. 6; Urk. 11). In Bezug auf Art. 158 StGB liege die Pflichtverletzung des Vermögensverwalters nicht primär in der unterlassenen Weiterleitung der empfangenen Vorteile, sondern in der unterlassenen Abrechnung dieser Vorteile gegenüber dem Auftraggeber. Dadurch werde es diesem verunmöglicht, allfällige seines Erachtens ihm zustehende Retrozessionen oder ähnliche Vergütungen beim Auftragnehmer einzufordern und wenn nötig einzuklagen.

Soweit der Vermögensverwalter in hinreichendem Umfang dieser strafrechtlichen Rechenschaftspflicht nachgekommen sei, seien allfällige Streitigkeiten aus empfangenen Retrozessionen und ähnlichen Entschädigungen rein zivilrechtlicher Natur (Urk. 6 S. 11 f.). Die B.\_\_\_\_\_ habe der Rechenschaftspflicht bereits mit Schreiben vom 13. Dezember 2006 genüge getan und offengelegt, dass sie zwar keine Retrozessionen entgegennehme, wohl aber "Vertriebskommissionen", zu deren Vereinnahmung sie sich jedoch berechtigt erachtet habe. Auf Anfrage des Beschwerdeführers habe die B.\_\_\_\_\_ ihm am 26. November 2013 eine Aufstellung der erhaltenen Retrozessionen (im weitesten Sinne) zugestellt, womit sie ihren strafrechtlichen Rechenschaftspflichten auch in den Folgejahren nachgekommen sei. Überdies sei dem Schreiben zu entnehmen, dass die B.\_\_\_\_\_ per 1. Januar 2009 damit begonnen habe, ihren Kunden die Bandbreiten allfälliger Retrozessionen mitzuteilen und einen expliziten Verzicht des Kunden in den allgemeinen Vertragsbedingungen festzuhalten. Aus Sicht der B.\_\_\_\_\_ habe damit ein Verzicht des Kunden auf die fraglichen Zahlungen vorgelegen, womit ein Sachverhaltsirrtum vorläge. Schliesslich bestünden auch keine Anhaltspunkte für ein vorsätzlich schädigendes Verhalten seitens der involvierten Personen (Urk. 6 S. 13 f.). Das Strafrecht binde weder die Rechenschaftspflicht noch die Ablieferungspflicht an konkrete Fristen. Die B.\_\_\_\_\_ habe am 26. November 2013 die erhaltenen Vergütungen vollumfänglich und genau beziffert offengelegt und habe dies unmittelbar auf Nachfrage des Beschwerdeführers getan. Damit sei die Rechenschaftspflicht erfüllt (Urk. 11 S. 7).

#### 4. Ungetreue Geschäftsbesorgung

Nach dem sogenannten Treuebruchtatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung (Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 StGB) macht sich strafbar, wer in der Stellung eines Geschäftsführers treuwidrig eine Schutzpflicht zur Wahrung fremder Vermögensinteressen verletzt und dadurch eine Schädigung des anvertrauten Vermögens bewirkt. Vorausgesetzt sind mithin die Vermögensverwaltung (bzw. die hier nicht einschlägige Aufsicht darüber) für eine vom Vermögensverwalter verschiedene Person, eine Verletzung der Pflichten des Vermögensverwalters (im Sinne von Schutzpflichten zur Wahrung der Vermögensinteressen) sowie eine daraus resul-

tierende Vermögensschädigung (Urteil des Bundesgerichts 6B\_223/2010 vom 13. Januar 2011, E. 3.4.1 m.w.H.; Niggli, in: Niggli/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar Strafrecht II, 3. A., Basel 2013, Art. 158 N 11 m.w.H.). Geschäftsführer im Sinne von Art. 158 StGB ist, wer in tatsächlich oder formell selbständiger und verantwortlicher Stellung im Interesse eines andern für einen nicht unerheblichen Vermögenskomplex zu sorgen hat (BGE 129 IV 124 E. 3.1).

#### 4.1. Pflichtverletzung gemäss Art. 158 StGB

Der Inhalt der Treuepflicht des Geschäftsbesorgers ergibt sich aus dem jeweiligen Grundverhältnis und ist im Einzelfall näher zu konkretisieren. Massgebliche Basis sind insbesondere gesetzliche und vertragliche Bestimmungen, aber auch Statuten, Reglemente oder Beschlüsse der Generalversammlung, der Gesellschaftszweck oder branchenspezifische Usancen (Urteil des Bundesgerichts 6B\_223/2010 vom 13. Januar 2011, E. 3.3.2).

Auf den Vermögensverwaltungsvertrag finden die auftragsrechtlichen Bestimmungen Anwendung (BGE 124 III 155 E. 2b mit Hinweisen). Nach Art. 400 Abs. 1 OR ist der Beauftragte schuldig, auf Verlangen jederzeit über seine Geschäftsführung Rechenschaft abzulegen und alles, was ihm infolge derselben aus irgendeinem Grund zugekommen ist, zu erstatten. Die Lehre bejaht im Hinblick auf Retrozessionen seit jeher eine Informations- und Herausgabepflicht des Vermögensverwalters (Emmenegger, Anlagekosten: Retrozessionen im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, in: Emmenegger [Hrsg.], Anlagerecht, 2007, S. 59 ff., S. 69 mit Hinweisen).

Mit Urteil vom 22. März 2006 entschied das Bundesgericht, dass den Vermögensverwalter gegenüber dem Kunden bezüglich Retrozessionen sowohl eine Informations- als auch eine Herausgabepflicht treffe (BGE 132 III 460 E. 4.1). Zudem setzte sich das Bundesgericht mit der Frage der Gültigkeit eines stillschweigenden Verzichts auf Herausgabe von Retrozessionen auseinander. Es erwog, das Wissen über die Grössenordnung der eingenommenen Retrozessionen genüge für einen rechtswirksamen Verzicht auf Rechenschaftslegung und Ablieferung nicht. Ohne ausdrückliche und eindeutige Verzichtserklärung des Kunden

auf Rechenschaftslegung und Ablieferung müsse sich der Geschäftsführer zumindest vergewissern, dass die Auftraggeberin ihm die ihm Rahmen der Vermögensverwaltung anfallenden Einnahmen als zusätzliche Entschädigung für seine Tätigkeit in Kenntnis der konkreten Vereinbarung mit den Banken über deren Höhe sowie der mutmasslichen Häufigkeit der entschädigungspflichtigen Transaktionen überlassen wolle (BGE 132 III 460, E. 4.5.).

Im Urteil vom 29. August 2011 (BGE 137 III 393) äusserte sich das Bundesgericht sodann zu den Anforderungen an einen gültigen expliziten Verzicht. Es stellte klar, dass ein Vorausverzicht auf die Ablieferung nur gültig sei, wenn der Auftraggeber den Umfang der zu erwartenden Retrozessionen erfassen und dem vereinbarten Honorar gegenüberstellen könne. Dazu müsse er zumindest die Eckwerte der bestehenden Retrozessionsvereinbarungen mit Dritten sowie die Grössenordnung der zu erwartenden Rückvergütungen kennen. Letzterem Erfordernis werde beim Vorausverzicht Genüge getan, wenn die Höhe der erwarteten Rückvergütungen in einer Prozentbandbreite des verwalteten Vermögens angegeben werde (a.a.O., E. 2.4.).

Schliesslich hielt das Bundesgericht im Urteil vom 30. Oktober 2012 fest, auch sog. Bestandespflegekommissionen, Vertriebsentschädigungen oder ähnlich bezeichnete Vergütungen an den Auftragnehmer seien herausgabepflichtig gemäss Art. 400 Abs. 1 OR (BGE 138 III 755 E. 5 mit Hinweisen).

Zusammengefasst fallen gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung sowohl Retrozessionen als auch sog. Vertriebsentschädigungen oder Bestandespflegekommissionen unter die Herausgabepflicht gemäss Art. 400 Abs. 1 OR, sofern kein rechtsgültiger Verzicht vorliegt. Leitet der Vermögensverwalter erhaltene Vergütungen dem Anleger vertragswidrig nicht weiter, stellt dies eine Pflichtverletzung dar.

Allerdings hielt das Bundesgericht in einem früheren Entscheid fest, dass in der Verletzung einer vertraglich vereinbarten Herausgabepflicht gegenüber dem Arbeitgeber/Geschäftsherrn allein noch keine strafwürdige ungetreue Geschäftsführung liege. In jenem Fall ging es um zwei Vizedirektoren einer Bank, welche für

den Abschluss eines Börsengeschäfts im Namen der Bank eine Kommission kassierten und diese nicht an die Bank weiterleiteten, sondern für sich selber verwendeten. Das Bundesgericht erwog, die Annahme von Vorteilen, die nicht gemäss Art. 321b OR weitergeleitet würden, stelle zwar eine Treuepflichtverletzung und allenfalls auch passive Privatbestechung dar, doch sei der Tatbestand von Art. 158 Ziff. 1 StGB nur erfüllt, wenn der Empfänger durch die Zahlung von Provisionen oder Schmiergeldern zu einem Verhalten verleitet werde, das sich gegen die Vermögensinteressen des Geschäftsherrn richte und sich daher schädigend auswirke (BGE 129 IV 124 E. 4.1 mit Hinweisen; ähnlich auch Urteil des Bundesgerichts 6B\_223/2010 vom 13. Januar 2011 E. 3.4.3.).

Gestützt auf diese Rechtsprechung wird die Strafbarkeit des Einbehaltens von Retrozessionen etc. von einigen Autoren kritisch diskutiert. Es wird die Ansicht vertreten, der blosser Verstoss gegen die zivilrechtliche Herausgabepflicht erfülle den Straftatbestand von Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 StGB nicht. Die Schwelle sei erst erreicht, wenn der Vermögensverwalter durch die Zahlung dazu verleitet werde, nachteilige Verwaltungsentscheidungen zu treffen und dem Kunden daraus ein Schaden entstehe. Der sog. "Retro-Normalfall" bleibe unterhalb dieser Strafbarkeitsschwelle (Emmenegger, a.a.O., S. 99; ähnlich Lombardini/Macaluso, *Rétrocessions et rétributions dans le domaine bancaire: une nécessaire mise en perspective*, AJP 17 (2008) S. 180 ff., S. 193).

Andere Autoren entgegnen, dem erwähnten Bundesgerichtsentscheid könne nicht entnommen werden, dass Verfügungen über abzuliefernde Zahlungen generell nie unter den Tatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung fallen könnten (Donatsch/Zuberbühler, *Strafrechtliche Fallgruben für Treuhänder*, in: Isler/Cerutti [Hrsg.], *Vermögensverwaltung II*, Zürich 2009, S. 89 ff., S. 96 Fn. 20; Engler, *Retrozessionen aus strafrechtlicher Perspektive*, *Der Schweizer Treuhänder* 2010/3, S. 137 ff., S. 138). Eine ungetreue Geschäftsbesorgung liege zwar nicht bereits zufolge der Verletzung des Auftrags vor. Wenn der Kunde jedoch von der ihm zustehenden Forderung keine Kenntnis habe und diese deshalb gegenüber dem Vermögensverwalter nicht geltend machen könne, und der Vermögensverwalter die Orientierung gleichzeitig mit dem Willen unterlasse, den betreffenden Vermö-

genswert für sich zu behalten und diesen Willen in die Tat umsetze, verletzte dies die Informationspflicht und Art. 158 StGB sei erfüllt (Donatsch/Zuberbühler, S. 96). Eine Schädigung gemäss Art. 158 StGB könne nämlich auch darin liegen, dass der Beauftragte die dem Auftraggeber nach den zivilrechtlichen Normen zustehende Provision, ohne darüber zu informieren und ohne Genehmigung, definitiv und vorsätzlich nicht zukommen lasse (Donatsch/Zuberbühler, a.a.O., S. 97; Schwob, Retrozessionen: Betrachtungen zur strafrechtlichen Relevanz für eine Bank, ZStrR 130/2012, S. 121 ff., S. 134; ähnlich auch Hiestand, a.a.O., S. 180 f.). Mit ähnlicher Begründung wird auch die Meinung vertreten, die Pflichtverletzung liege in der Verletzung der Abrechnungspflicht (Rechenschaftspflicht). Lege der unabhängige Vermögensverwalter hingegen den Empfang der Retrozessionen offen, ohne sie abzuliefern, sei dies nicht tatbestandsmässig (Schubarth, Retrozession und Ungetreue Geschäftsbesorgung, in: Emmenegger [Hrsg.], Anlagerecht, 2007, S. 169 ff., S. 170; Engler, a.a.O., S. 138; Iseli/Weber, Vertriebsträger im Finanzmarktrecht, Zürich 2008, N 393).

Weiter wird vorgebracht, die bundesgerichtliche Rechtsprechung erscheine vor dem Hintergrund des in der Zwischenzeit in Kraft getretenen Tatbestands der Privatbestechung (Art. 4a UWG) nicht mehr haltbar. Bereits damals sei die Formulierung des Bundesgerichts heikel oder zumindest missverständlich gewesen. Jedenfalls sei nicht klar, inwiefern ein schädigungsfreies Vorenthalten von Ansprüchen möglich sein sollte. Heute definiere nun Art. 4a UWG in Abs. 1 lit. a und b unter anderem das Anbieten, Versprechen, Fordern, Versprechen lassen oder Annehmen solcher Vorteile als unlauter und damit nach Art. 23 UWG strafbar. Entsprechend müsse spätestens seit Inkrafttreten dieser Bestimmung im Jahr 2006 die Entgegennahme von entsprechenden Zahlungen ohne Kenntnis/Zustimmung des Treugebers als ungetreue Geschäftsbesorgung erscheinen: Ein Verhalten, das zivilrechtlich unzulässig und strafrechtlich verboten sei, könne nicht pflichtgemäss i.S.v. Art. 158 StGB sein. Auch das Bundesgericht habe in seinen Urteilen unter Verweis auf Art. 4 lit. b UWG darauf abgestellt, indem es darauf hingewiesen habe, das Ausrichten und Empfangen von Bestechungsgeldern sei grundsätzlich nicht verboten (BGE 129 IV 124 E. 4.1.), was sich inzwischen jedoch geändert habe (Niggli, a.a.O., Art. 158 N 119 f.; Burg, Kundenschutz bei

externer Vermögensverwaltung, Zürich 2013, N 548, welcher explizit das Zurückhalten als auch die Verletzung der Abrechnungspflicht als pflichtwidrig erachtet; Schwob, a.a.O., S. 134, welche eine Änderung der bundesgerichtlichen Argumentation erwartet; Hiestand, Strafrechtliche Risiken von Vergütungszahlungen (Retrozessionen etc.) im Vermögensverwaltungsgeschäft insbesondere mit Blick auf die Privatbestechung nach Art. 4a UWG, Diss. Zürich 2014, S. 181 f.).

In einem neueren Entscheid relativierte das Bundesgericht seine bisherige Rechtsprechung zur Strafbarkeit der Verletzung einer vertraglich vereinbarten Herausgabepflicht (Urteil vom 6B\_845/2014 vom 16. März 2015). Bei diesem Entscheid ging es um die besondere Konstellation eines Vermögensverwalters, welcher gleichzeitig als Vormund eines Multimillionärs eingesetzt wurde und ohne Wissen der Behörden die Verwaltung des Mündelvermögens seiner Gesellschaft übertrug, wofür er eine Kommission von über Fr. 100'000.– kassierte. Das Bundesgericht liess die Frage explizit offen, ob die erwähnte Rechtsprechung, welche in Bezug auf die Pflichten eines Arbeitnehmers entwickelt worden sei, ebenfalls in Bezug auf die Pflichten des unabhängigen Vermögensverwalters anwendbar sei (E. 3.2.2). Mit anderen Worten erachtete es die erwähnte Rechtsprechung nicht ohne Weiteres als auf einen unabhängigen Vermögensverwalter anwendbar. Im konkreten Fall bejahte es – unabhängig davon – eine Pflichtverletzung: Als Vermögensverwalter und Vormund in Personalunion habe der Beschuldigte über die Auszahlung dieser Summen Bescheid gewusst. Eine sorgfältige Mandatsführung – die nicht nur die Erhaltung, sondern auch die Mehrung der Substanz umfasse (BGE 136 III 113 E. 3.2.1) – hätte vorausgesetzt, dass er den diesbezüglichen Herausgabeanspruch seines Mündels geltend gemacht hätte. Das Fehlen jeglicher Schritte in diese Richtung stelle gleichzeitig eine Pflichtverletzung sowohl in Bezug auf die Pflichten des Vermögensverwalters als auch als Vormund dar (E. 3.2.3). Indem er den Erhalt von Kommissionen und Retrozessionen verspätet offengelegt habe, habe der Beschuldigte wenigstens einen vorübergehenden Schaden verursacht, da der Herausgabeanspruch für eine gewisse Zeit von niemandem geltend gemacht werden können (E. 3.3.).

#### 4.2. Würdigung

Auf eine erste Anfrage des Beschwerdeführers am 27. November 2006 (Urk. 3/2 Beilage 4) wurde ihm am 13. Dezember 2006 mitgeteilt, die B.\_\_\_\_\_ erhalte keine Retrozessionen von externen Vermögensverwaltern. Sie erhalte aber von Fondsanbietern Vertriebskommissionen, die jedoch von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht erfasst seien (Urk. 3/2 Beilage 5). Auf erneute Anfrage vom 31. Oktober 2013 (Urk. 3/2 Beilage 7) deklarierte die B.\_\_\_\_\_ sodann am 26. Dezember 2013, dass sie "von Dritten" für die Jahre 2005 - 2013 "Retrozessionen" im Gesamtbetrag von Fr. 44'574.- erhalten habe (Hervorhebung durch die Kammer; Urk. 3/2 Beilage 8). Davon überwies sie dem Beschwerdeführer Fr. 7'455.- für das Jahr 2008 (Urk. 3/2 Beilage 10).

Unstreitig erhielt die B.\_\_\_\_\_ also im Zusammenhang mit dem Vermögensverwaltungsmandat des Beschwerdeführers im Zeitraum 2005 bis 2007 und 2009 bis 2013 Vergütungen Dritter, welche sie diesem nicht weiterleitete. Dabei handelt es sich zweifellos um Vergütungen, über welche nach den auftragsrechtlichen Bestimmungen (Art. 400 Abs. 1 OR) Rechenschaft abzulegen ist und welche herausgabepflichtig sind, sofern kein rechtsgültiger Verzicht vorliegt. Dies musste spätestens seit dem Bundesgerichtsentscheid vom 22. März 2006 (BGE 132 III 460) auch der B.\_\_\_\_\_ klar sein.

Ein expliziter Verzicht auf die Herausgabe der Retrozessionen seitens des Beschwerdeführers ist nicht aktenkundig. Für den Zeitraum bis zum 1. Januar 2009 legt auch die Staatsanwaltschaft nichts dar, woraus ein solcher Verzicht abgeleitet werden könnte. Für den Zeitraum ab dem 1. Januar 2009 erhellt zwar aus dem Schreiben vom 26. November 2013, dass die B.\_\_\_\_\_ dem Beschwerdeführer mitteilte, ein entsprechender Vorausverzicht sei in ihren AGB seit 1. Januar 2009 in rechtsgenügender Weise vorgesehen und die Grössenordnungen solcher Zuwendungen sei in einem Beiblatt ("Informationsblatt zu Ziffer 14 Absatz 4 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen") festgehalten worden (Urk. 3/2 Beilage 8). Weder die entsprechenden AGB noch das erwähnte Beiblatt finden sich jedoch in den Akten, womit sich diese zum heutigen Zeitpunkt einer Überprüfung entziehen. Im Übrigen ist ein Verzicht auf die Herausgabepflicht, der für die Fremdnützigkeit

und die Treuepflicht des Auftragsrechts eine ungewöhnliche Regelung darstellt, in den AGB nur gültig, wenn der Kunde explizit darauf aufmerksam gemacht wird (Emmenegger, a.a.O., S. 86 mit Hinweisen; Neuman/Von der Crone, Herausgabepflicht für Bestandespflegekommissionen im Auftragsrecht, SZW 2013 S. 101 ff. S. 109 Fn 74). Dass dies vorliegend geschehen ist, geht aus den vorhandenen Akten nicht hervor. Der Beschwerdeführer behauptet im Gegenteil, die fraglichen AGB/Bandbreiten überhaupt nicht erhalten zu haben. Unter diesen Umständen kann nicht von vornherein gesagt werden, die B.\_\_\_\_\_ habe darauf vertrauen dürfen, dass ein gültiger Verzicht vorgelegen habe, zumal der Vermögensverwalter dafür beweispflichtig ist, dass er den Kunden explizit auf die besondere Bestimmung aufmerksam gemacht hat. Die erfolgreiche Berufung auf den Herausgabeverzicht ist nur bei Vorliegen einer separaten Verzichtserklärung sichergestellt (Emmenegger, a.a.O., S. 86 mit Hinweisen). Dies hätte spätestens seit dem Bundesgerichtsentscheid vom 22. März 2006 (BGE 132 III 460), wonach der Vermögensverwalter sich darüber vergewissern muss, dass der Kunde ihm die im Rahmen der Vermögensverwaltung anfallenden Einnahmen als zusätzliche Entschädigung für seine Tätigkeit überlassen will, auch der B.\_\_\_\_\_ bewusst sein müssen.

Zusammengefasst besteht der Anfangsverdacht, dass die B.\_\_\_\_\_ Retrozessionen bezogen und zurückbehalten hat, obwohl diesbezüglich kein rechtsgültiger Verzicht des Beschwerdeführers vorlag. Ein solches Verhalten stellt eine auftragsrechtliche Pflichtverletzung dar. Wie dargestellt erscheint hingegen die Rechtsfrage, ob das blosses Zurückbehalten von Retrozessionen und vergleichbarer Vergütungen eine strafbare Pflichtverletzung i.S.v. Art. 158 StGB darstellt bzw. worin eine solche zu erblicken wäre, ungeklärt. Eine höchstrichterliche Rechtsprechung dazu fehlt, zumal sich die bisherigen Bundesgerichtsentscheide mit anderen Konstellationen befassten. Dem erwähnten Entscheid BGE 129 IV 124 lag eine Streitigkeit über die Herausgabepflicht des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber zu Grunde, und der erwähnte Entscheid erging sodann vor Inkrafttreten der neuen UWG-Bestimmung zur Privatbestechung. Beim neuesten Entscheid (Urteil vom 6B\_845/2014 vom 16. März 2015) ging es um einen Vermögensverwalter, der gleichzeitig als Vormund amtete. Nichtsdestotrotz ist bemerkenswert, dass

das Bundesgericht in diesem Fall die Anwendbarkeit der früheren Rechtsprechung betreffend die Herausgabepflicht auf den Vermögensverwalter explizit offen liess und im konkreten Fall eine Pflichtverletzung gemäss Art. 158 StGB bejahte – auch im Hinblick auf die Pflichten des Vermögensverwalters. Auch die neuere Lehre scheint das Zurückbehalten von Retrozessionen insbesondere mit Blick auf Art. 4a UWG als tatbestandsmässig zu betrachten. Zumindest aber erachtet es eine Mehrheit der Lehre als strafbar, wenn die erhaltenen Vergütungen gegenüber dem Kunden nicht offengelegt werden. Davon geht auch die Staatsanwaltschaft aus (Urk. 6 S. 11 Ziff. 50).

Welche Anforderungen an eine solche Offenlegung zu stellen wären, wurde indes bislang – soweit ersichtlich – nicht diskutiert und ist somit ebenfalls unklar. Die Staatsanwaltschaft bemerkt hierzu, an den Detaillierungsgrad der Abrechnungspflicht seien "keine allzu hohen Anforderungen zu stellen". Nach strafrechtlichen Kriterien sei die "streng nach Zivilrecht 'passive' Rechenschaftspflicht des Auftragnehmers wohl nur dann verletzt, wenn der Auftraggeber überhaupt keine Kenntnis von – tatsächlichen oder in Aussicht stehenden – Zuwendungen an seinen Vermögensverwalter erhält und dementsprechend überhaupt nicht imstande ist, diesbezüglich konkrete Entscheidungen zu treffen." (Urk. 6 S. 12 Ziff. 53). Es liegt indes nicht in der Kompetenz der Staatsanwaltschaft, Kriterien für die Strafbarkeit eines Verhaltens zu entwickeln. Erst recht verbietet sich solches im Rahmen einer Nichtanhandnahmeverfügung. Ob das Zurückbehalten von Vergütungen tatbestandsmässig ist bzw. welche Anforderungen an die Informations- bzw. Rechenschaftspflicht zu stellen sind, ist durch den Sachrichter zu entscheiden.

Vorliegend wurde dem Beschwerdeführer auf seine erste Anfrage hin am 13. Dezember 2006 mitgeteilt, die B.\_\_\_\_\_ erhalte keine Retrozessionen von externen Vermögensverwaltern, wohl aber Vertriebskommissionen von Fondsanbietern (Urk. 3/2 Beilage 5). Auf erneute Anfrage des Beschwerdeführers deklarierte die B.\_\_\_\_\_ am 26. November 2013 schliesslich, dass sie "von Dritten" für die Jahre 2005 - 2013 "Retrozessionen" im Gesamtbetrag von Fr. 44'574.– erhalten habe (3/2 Beilage 8). Unter diesen Umständen ist der Verdacht nicht von der Hand zu weisen, die B.\_\_\_\_\_ könnte bei ihrer ersten Auskunft nur die aus ihrer Sicht zum

damaligen Zeitpunkt zulässigen Vertriebskommissionen deklariert, die ebenfalls bezogenen Retrozessionen hingegen verheimlicht haben.

Wie aus der Begründung der Nichtanhandnahmeverfügung implizit hervorgeht, scheint die Staatsanwaltschaft davon auszugehen, es handle sich bei den deklarierten Vergütungen nicht um Retrozessionen, sondern um die bereits im ersten Schreiben erwähnten Vertriebsentschädigungen bzw. Bestandespflegekommissionen. So hält sie fest, bei der erwähnten Deklaration vom 26. November 2013 handle es sich um eine Aufstellung der "erhaltenen Retrozessionen (*im weitesten Sinne*)" (Hervorhebung durch die Kammer; Urk. 6 S. 13 Ziff. 61) und die B. \_\_\_\_\_ habe der Rechenschaftspflicht bereits durch ihre erste Mitteilung vom 13. Dezember 2006, sie erhalte Vertriebsentschädigungen, Genüge getan (Urk. 6 S. 13 Ziff. 60). Eine solche Interpretation ergibt sich aus den Akten hingegen nicht. Zwar ist es offensichtlich, dass sich die in den erwähnten Schreiben der B. \_\_\_\_\_ gemachten Angaben durch die Verwendung unterschiedlicher Begriffe widersprechen. Aufgrund dieses Widerspruchs allein kann jedoch nicht der Schluss gezogen werden, die B. \_\_\_\_\_ hätte sich in der Wortwahl getäuscht und in ihrem letzten Schreiben anstatt "Retrozessionen" eigentlich "Vertriebsentschädigungen" gemeint. Die Verwendung der unterschiedlichen Begriffe liesse sich vielmehr gerade dadurch erklären, dass die B. \_\_\_\_\_ tatsächlich zusätzlich zu den Vertriebsentschädigungen auch Retrozessionen bezogen haben könnte, die sie in ihrem ersten Schreiben vom 13. Dezember 2006 nicht deklarierte. Jedenfalls ergeben sich aus den Akten keine weiteren Anhaltspunkte für einen Irrtum. Im Gegenteil erscheint ein solcher vor dem Hintergrund der Brisanz und Aktualität des Themas sowie aufgrund der Branchen- und Fachkenntnisse der B. \_\_\_\_\_ unwahrscheinlich. Im Übrigen muss aufgrund der unklaren Rechtslage ohnehin offen bleiben, ob das bloße Erwähnen, es würden Vertriebsentschädigungen bezogen, den Anforderungen an die Rechenschaftspflicht aus strafrechtlicher Sicht genügen würde.

Nach dem Gesagten besteht der Verdacht, dass die B. \_\_\_\_\_ Retrozessionen zurückbehalten und nicht bzw. unvollständig deklariert hat. Es erscheint durchaus möglich, dass ein Sachgericht diesen Sachverhalt als i.S.v. Art. 158 StGB tatbe-

standsmässig erachten könnte. Es gilt eine Verjährungsfrist von zehn Jahren (Art. 97 Abs. 1 lit. c i.V.m. Art. 158 Ziff. 1 StGB), womit die Vorwürfe noch nicht verjährt sind. Unter diesen Umständen kann nicht gesagt werden, das vom Beschwerdeführer angezeigte Verhalten sei klarerweise straflos. Es ist eine Untersuchung an Hand zu nehmen und abzuklären, ob sich der von der Beschwerdeführerin angezeigte Sachverhalt erstellen lässt. Dies schliesst indessen nicht aus, dass die Staatsanwaltschaft nach Abnahme weiterer Beweise eine Einstellungsverfügung erlassen kann.

Unter diesen Umständen erübrigt sich an dieser Stelle die Prüfung der Frage, ob das angezeigte Verhalten auch die weiteren geltend gemachten Tatbestände (Privatbestechung, Betrug) erfüllen könnte.

#### 5. Ergebnis

Die Beschwerde ist gutzuheissen. Die angefochtene Verfügung ist aufzuheben und die Sache zur Durchführung einer Untersuchung an die Staatsanwaltschaft zurückzuweisen.

### **III. Kosten- und Entschädigungsfolgen**

Angesichts der Bedeutung und Schwierigkeit des Falls sowie des Zeitaufwands des Gerichts ist die Gerichtsgebühr für das Beschwerdeverfahren auf Fr. 2'500.– festzusetzen (§ 17 Abs. 1 und § 2 Abs. 1 GebV OG). Die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen hat im Endentscheid zu erfolgen (Art. 421 Abs. 1 StPO).

Die Beschwerdeführer hat für das Beschwerdeverfahren eine Prozesskaution von Fr. 5'000.– (Urk. 8) geleistet. Diese ist dem Beschwerdeführer – vorbehältlich all-fälliger Verrechnungsansprüche des Staates – zurückzuerstatten.

**Es wird beschlossen:**

1. In Gutheissung der Beschwerde wird die Nichtanhandnahmeverfügung der Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich (Verfahrens-Nr. C-4/2014/191100077) vom 25. Februar 2015 aufgehoben und die Sache zur Durchführung einer Untersuchung an die Staatsanwaltschaft zurückgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr für das Beschwerdeverfahren wird auf Fr. 2'500.– festgesetzt.
3. Die vom Beschwerdeführer geleistete Kautions in der Höhe von Fr. 5'000.– wird dem Beschwerdeführer – vorbehältlich allfälliger Verrechnungsansprüche des Staates – zurückerstattet.
4. Die Regelung der Kostenaufgabe und allfälliger Entschädigungsfolgen wird dem Endentscheid vorbehalten.
5. Schriftliche Mitteilung an:
  - Fürsprecher X.\_\_\_\_\_, zweifach für sich und den Beschwerdeführer (per Gerichtsurkunde),
  - die B.\_\_\_\_\_, (per Gerichtsurkunde),
  - die Staatsanwaltschaft III des Kantons Zürich, ad C-4/2014/191100077, unter Rücksendung der eingereichten Akten (Urk. 12; gegen Empfangsbestätigung)
6. Gegen diesen Entscheid kann unter den einschränkenden Voraussetzungen von Art. 93 des Bundesgerichtsgesetzes **Beschwerde in Strafsachen** erhoben werden. Die Beschwerde ist innert **30 Tagen**, vom Empfang an gerechnet, bei der Ersten öffentlich-rechtlichen Abteilung des Bundesgerichtes (1000 Lausanne 14) in der in Art. 42 des Bundesgerichtsgesetzes vorgeschriebenen Weise schriftlich einzureichen. Die Beschwerdelegitimation und die weiteren Beschwerdevoraussetzungen richten sich nach den massgeblichen Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes.

Zürich, 20. November 2015

Obergericht des Kantons Zürich  
III. Strafkammer

Präsident:

Gerichtsschreiberin:

lic. iur. Th. Meyer

Dr. A. Murer Mikolásek