

Urteil der 1. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Bern,

unter Mitwirkung von Oberrichter Weber (Präsident i.V.), Oberrichter Guéra und Oberrichter Zihlmann sowie Gerichtsschreiber Knecht

vom 4. Juli 2013

in der Strafsache gegen

X.

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt R.

Beschuldigter/Berufungsführer

gegen

Generalstaatsanwaltschaft des Kantons Bern, Maulbeerstrasse 10, Postfach 6250,
3001 Bern

Berufungsführerin

und

Y.

vertreten durch Fürsprecher F.

Strafkläger/Anschlussberufungsführer

wegen Betrugs, evtl. qualifizierter ungetreuer Geschäftsbesorgung, sowie wegen passiver Privatbestechung

Regeste:

1. Die Voraussetzungen der betrügerischen Arglist gemäss Art. 146 Abs. 1 StGB sind nicht erfüllt, wenn ein unabhängiger Vermögensverwalter seinen Kunden anlässlich der Vertragsverhandlungen mitteilt, dass er Vergütungen/Retrozessionen erhalten werde, seine Klienten keine unerfahrenen Personen in Sachen Vermögensverwaltung sind und er einzig darauf hoffe, dass seine Klienten diesbezüglich keine weiteren Fragen stellen.
2. Ungetreue Geschäftsbesorgung gemäss Art. 158 Ziff. 1 StGB kann vorliegen, wenn in einem vertraglichen Auftragsverhältnis neben der Herausgabepflicht zusätzlich die Aufklärungspflicht sowie die Rechnungslegungs-/Abrechnungspflicht verletzt werden.
3. Zur Erfüllung des Tatbestands der passiven Privatbestechung gemäss Art. 4a lit. b UWG bedarf es des Nachweises einer effektiven Beeinflussung der im Ermessen stehenden Handlung oder Unterlassung durch den nicht gebührenden Vorteil.

Erwägungen

I. Formelles

1. Erstinstanzliches Urteil

Das kantonale Wirtschaftsstrafgericht (als Einzelgericht) hat mit Urteil vom 08. Mai 2012 folgendes erkannt (vgl. Ordner VII ab Eingang WSG pag. 094 ff., nachfolgend WSG):

I.

*X., vgt., wird **freigesprochen**:*

von der Anschuldigung der passiven Bestechung, angeblich begangen in der Zeit vom 01.07.2006 bis 31.01.2008, in K. und anderswo;

***ohne** Ausrichtung einer **Entschädigung**, aber unter Auferlegung der anteilmässigen **Verfahrenskosten** von **CHF 1'000.00 an den Kanton Bern**.*

II.

*X., vgt., wird **schuldig erklärt**:*

der qualifizierten ungetreuen Geschäftsbesorgung, mehrfach begangen

1. von ca. Februar 2000 bis ca. 31.03.2008 in K. und anderswo, zum Nachteil von Z., im Deliktsbetrag von CHF 45'038.05;

2. von ca. 16.12.2002 bis ca. 31.03.2008 in K. und anderswo, zum Nachteil von Y., im Deliktsbetrag von CHF 44'237.50;

und in Anwendung der Art. 29 lit. c, 34, 42, 44, 47, 49 Abs. 1, 158 Ziff. 1 Abs. 1 und 3 StGB, Art. 422, 426 Abs. 1, 433 Abs. 1 StPO

III.

verurteilt:

*1. Zu einer **Geldstrafe** von 150 Tagessätzen zu CHF 10.00, ausmachend total **CHF 1'500.00**.*

Der Vollzug der Geldstrafe wird aufgeschoben und die Probezeit auf 2 Jahre festgesetzt.

2. Zur Bezahlung der **Verfahrenskosten**, bestehend aus

den restlichen Kosten der Voruntersuchung:

Gebühr	CHF	7'000.00
Auslagen	CHF	89.00

den Kosten der Hauptverhandlung (inkl. schriftl. Begründung):

Gebühr	CHF	1'500.00
Auslagen	CHF	150.00

Total ausmachend	CHF	8'739.00
-------------------------	------------	-----------------

Wird keine schriftliche Begründung verlangt, reduziert sich die Gebühr um CHF 800.00 (Artikel 8 VKD).

3. Zur Ausrichtung einer **Parteientschädigung von CHF 13'786.35** an Y. für die notwendigen Aufwendungen im Verfahren.

IV.

Die Entschädigung für die amtliche Verteidigung von X. durch Rechtsanwalt R. wird wie folgt bestimmt:

Leistungen bis 31.12.2010					
		Stunden	Satz		
amtliche Entschädigung		27.10	200.00	CHF	5'420.00
Auslagen MWST-pflichtig				CHF	1'240.10
Mehrwertsteuer	7.6%	auf CHF	6'660.10	CHF	506.15
Auslagen ohne MWST				CHF	
Total, vom Kanton Bern auszurichten				CHF	7'166.25
volles Honorar		27.10	250.00	CHF	6'775.00
Auslagen MWSt-pflichtig				CHF	1'240.10
Mehrwertsteuer	7.6%	auf CHF	8'015.10	CHF	609.15
Auslagen ohne MWSt				CHF	0.00
Total				CHF	8'624.25
nachforderbarer Betrag				CHF	1'458.00

Leistungen ab 1.1.2011					
		Stunden	Satz		
amtliche Entschädigung		37.00	200.00	CHF	7'400.00
Auslagen MWST-pflichtig				CHF	169.50
Mehrwertsteuer	8.0%	auf CHF	7'569.50	CHF	605.55
Auslagen ohne MWST				CHF	
Total, vom Kanton Bern auszurichten				CHF	8'175.05
volles Honorar		37.00	250.00	CHF	9'250.00
Auslagen MWSt-pflichtig				CHF	169.50
Mehrwertsteuer	8.0%	auf CHF	9'419.50	CHF	753.55
Auslagen ohne MWSt				CHF	0.00
Total				CHF	10'173.05
nachforderbarer Betrag				CHF	1'998.00

X. hat dem Kanton Bern die Entschädigung zurückzuzahlen und Rechtsanwalt R. die Differenz zwischen der amtlichen Entschädigung und dem vollen Honorar zu erstatten, sobald es seine wirtschaftlichen Verhältnisse erlauben (Art. 135 Abs. 4 StPO).

V.

Weiter wird **verfügt**:

Die Unterlagen gemäss „Verzeichnis der sichergestellten Gegenstände iS X.“ (pag. 07 06 001 ff.) werden dem Beschuldigten nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückgegeben.

2. Berufungen

Gegen dieses Urteil meldete Staatsanwältin C. mit Schreiben vom 16. Mai 2012 namens der Staatsanwaltschaft des Kantons Bern, Wirtschaftsdelikte, form- und fristgerecht die Berufung an (pag. WSG 102). Mit Eingabe vom 18. Mai 2012 meldete Rechtsanwalt R. namens des Beschuldigten seinerseits innert gehöriger Frist Berufung an (pag. WSG 104). Fürsprecher F. meldete mit Schreiben vom 30. Mai 2012 namens des Straflägers form- und fristgerecht Anschlussberufung zur Berufung des Beschuldigten an (pag. WSG 108).

Mit Verfügung vom 29. Mai 2012 wurde durch die Generalstaatsanwaltschaft des Kantons Bern für das Verfahren vor der Strafkammer des Obergerichts Staatsanwältin C. von der Staatsanwaltschaft für Wirtschaftsdelikte mit der Wahrnehmung der staatsanwaltschaftlichen Aufgaben betraut (pag. WSG 180).

Mit form- und fristgerechter Berufungserklärung vom 08. August 2012 (pag. WSG 187 ff.) beschränkte die Generalstaatsanwaltschaft ihre Berufung auf die Strafzumessung gemäss Ziff. III. des erstinstanzlichen Urteilsdispositivs (pag. WSG 187 ff.). Der Beschuldigte beschränkte die Berufung in seiner form- und fristgerecht eingereichten Berufungserklärung vom 15. August 2012 (pag. WSG 194 ff.) auf den Schuldspruch (Dispositiv Ziff. II.), die Strafe (Dispositiv Ziff. III.) und den Kostenpunkt (Dispositiv Ziff. III. und IV.). Gleichzeitig beantragte er für das Verfahren vor Obergericht das Recht auf unentgeltliche Verteidigung unter Beiordnung von Rechtsanwalt R. als amtlicher

Verteidiger (pag. WSG 197 ff.). Mit Schreiben vom 16. August 2012 erklärte der Strafkläger frist- und formgerecht Anschlussberufung (pag. WSG 201 ff.).

Mit Verfügung vom 20. August 2012 (pag. WSG 205 f.) räumte die Verfahrensleitung den Beteiligten die Gelegenheit ein, innert 20 Tagen – soweit noch nicht erfolgt – Anschlussberufung zu erklären oder begründet ein Nichteintreten zu beantragen (Art. 399 Abs. 3 und 4 StPO). Gleichzeitig wurden die Parteien eingeladen, innert gleicher Frist zu den Beweisanträgen der Generalstaatsanwaltschaft, dem Antrag auf unentgeltliche Verteidigung des Beschuldigten und dem Antrag des Beschuldigten auf Durchführung eines schriftlichen Verfahrens Stellung zu nehmen.

Mit Schreiben vom 23. August 2012 verzichtete der Strafkläger/Anschlussberufungskläger (nachfolgend: Strafkläger) auf eine Stellungnahme zu den Beweisanträgen der Generalstaatsanwaltschaft sowie zum Antrag der unentgeltlichen Verteidigung des Beschuldigten und stimmte der Durchführung des schriftlichen Verfahrens zu (pag. WSG 210). Die Generalstaatsanwaltschaft erteilte mit Schreiben vom 27. August 2012 ebenfalls die Zustimmung zur Durchführung eines schriftlichen Verfahrens und verzichtete darüber hinaus auf eine Stellungnahme bzw. weitere Anträge (pag. WSG 213). Mit Schreiben vom 30. August 2012 verzichtete schliesslich auch der Beschuldigte auf eine Stellungnahme zu den Beweisanträgen der Generalstaatsanwaltschaft und liess mitteilen, dass aus seiner Sicht keine Nichteintretensgründe vorlägen (pag. WSG 215).

Mit Beschluss vom 13. November 2012 (pag. WSG 217 ff.) wurden die Beweisanträge der Berufungsführerin vom 08. August 2012 insoweit begründet abgewiesen, als die Erhebung der aktuellen Einkommens- und Vermögenssituation des Beschuldigten mit dem Formular „Bericht über die wirtschaftlichen Verhältnisse“ vorgenommen würde (Ziff. 1.). Mit selbem Beschluss wurde das schriftliche Verfahren angeordnet (Ziff. 2.), Rechtsanwalt R. als amtlicher Verteidiger dem Beschuldigten im Berufungsverfahren belassen (Ziff. 4.) und den beiden Berufungsführern Frist von 30 Tagen zur Einreichung einer schriftlichen Berufungsbegründung gesetzt (Ziff. 3.).

Nach Eingang des Erhebungsformulars vom 23. November 2012 betreffend die wirtschaftlichen Verhältnisse des Beschuldigten (pag. WSG 226 f.) wurde die Verteidigung mit verfahrensleitender Verfügung vom 30. November 2012 aufgefordert, umgehend mitzuteilen, ob (und allenfalls unter Beilage von Belegen was) sich in den wirtschaftlichen Verhältnissen des Beschuldigten seit ihrer Eingabe vom 19. März 2012 geändert habe (pag. WSG 228 f.). Mit Schreiben vom 06. Dezember 2012 verneinte Rechtsanwalt R. eine Veränderung der wirtschaftlichen Verhältnisse (pag. WSG 254) unter Beilage eines vom Beschuldigten am 04. Dezember 2012 gegengezeichneten Schreibens des Verteidigers vom 03. Dezember 2012 (pag. WSG 255).

Innert der mit Beschluss vom 13. November 2012 gesetzten Frist (pag. WSG 218) reichten die Generalstaatsanwaltschaft am 03. Dezember 2012 (pag. WSG 231 ff.) und der Beschuldigte am 05. Dezember 2012 ihre schriftliche Berufungsbegründung ein (pag. WSG 242 ff.).

Mit Verfügung vom 07. Dezember 2012 wurde dem Strafkläger Frist von 45 Tagen zur Einreichung der schriftlichen Begründung seiner Anschlussberufung gesetzt (pag.

WSG 252 f.). Mit schriftlicher Eingabe vom 14. Januar 2013 erfolgte diese form- und fristgerecht (pag. WSG 257 ff.).

Mit Verfügung vom 15. Januar 2012 wurde den Parteien Frist von 20 Tagen gesetzt, eine schriftliche Stellungnahme zu den Berufungsbegründungen bzw. der Anschlussberufungsbegründung einzureichen (pag. WSG 275 f.). Die Stellungnahmen erfolgen am 01. Februar 2013 durch die Generalstaatsanwaltschaft (pag. WSG 280 ff.), am 04. Februar 2013 durch den Beschuldigten (pag. WSG 286 ff.) sowie am 05. Februar 2013 durch den Strafkläger (pag. WSG 294 ff.) allesamt form- und fristgerecht.

3. Anträge der Parteien

Die Staatsanwältin C. stellte und begründete namens der **Generalstaatsanwaltschaft** des Kantons Bern in ihrer schriftlichen Berufungsbegründung folgende Anträge (pag. WSG 231 f.):

I.

Es sei festzustellen, dass das Urteil des Wirtschaftsstrafgerichts vom 8. Mai 2012 insoweit in Rechtskraft erwachsen ist, als das das Wirtschaftsstrafgericht gemäss Ziffer V. des Dispositivs verfügt hat.

II.

X. sei freizusprechen von der Anschuldigung der passiven Bestechung, angeblich begangen in der Zeit vom 01.07.2006 bis 31.01.2008, in K. und anderswo, unter Ausscheidung der anteilmässigen Verfahrenskosten, aber ohne Ausrichtung einer Entschädigung (Dispositiv WSG Ziff. I.).

III.

X. sei hingegen schuldig zu erklären:

Der qualifizierten ungetreuen Geschäftsbesorgung, mehrfach begangen

- 1. von ca. Februar 2000 bis 31.03.2008 in K. und anderswo, z.N. von Z. im Betrag von CHF 45'038.05 (Dispositiv WSG Ziff. II.1.);*
- 2. von ca. 16.12.2002 bis ca. 31.03.2008, in K. und anderswo, z.N. von Y. im Betrag von CHF 44'237.50 (Dispositiv WSG Ziff. II.2.)*

IV.

und in Anwendung der entsprechenden Gesetzesbestimmungen zu verurteilen:

- 1. zu einer Geldstrafe von 240 Tagessätzen zu je mindestens CHF 30, unter Gewährung des bedingten Strafvollzugs bei einer Probezeit von 2 Jahren;*
- 2. zur Bezahlung der Kosten der Voruntersuchung, der erstinstanzlichen und oberinstanzlichen Verfahrenskosten.*

Der **Beschuldigte** stellte und begründete mit Berufungsbegründung vom 05. Dezember 2012 folgende Anträge (pag. WSG 243):

1. *Der Beschuldigte sei vom Vorwurf der qualifizierten ungetreuen Geschäftsbesorgung, angeblich begangen in der Zeit von ca. Februar 2000 bis 31. März 2008 bzw. ca. 16. Dezember 2002 bis ca. 31. März 2008 in K. und anderswo zum Nachteile von Z. und Y., freizusprechen.*
2. *Die Verfahrenskosten seien dem Staate zur Bezahlung aufzuerlegen.*
3. *Dem Beschuldigten sei für das erstinstanzliche Verfahren eine Entschädigung gemäss Honorarnote vom 7. Mai 2012 abzüglich des durch die Finanzverwaltung des Kantons Bern bereits geleisteten Betrages in der Höhe von CHF 15'341.30, total ausmachend CHF 3'356.00, zu bezahlen. Für das zweitinstanzliche Verfahren sei dem Beschuldigten eine Entschädigung gemäss noch einzureichender Honorarnote zuzusprechen.*
4. *Dem Beschuldigten sei für das erstinstanzliche Verfahren eine Entschädigung gestützt auf Art. 429 Abs 1 lit. b StPO in richterlich zu bestimmender Höhe zuzusprechen.*

Der **Strafkläger** stellte und begründe mit Anschlussberufungsbegründung vom 14. Januar 2013 folgende Rechtsbegehren (pag. WSG 258):

1. *In Bestätigung des Urteils des Kantonalen Wirtschaftsstrafgerichts vom 8.05.2012 sei X. schuldig zu erklären der qualifizierten ungetreuen Geschäftsbesorgung, mehrfach begangen von ca. 16.12.2002 bis ca. 31.03.2008 in K. und anderswo, zN von Y. im Deliktsbetrag von Fr. 44'237.50;*
Eventualiter:
In Abänderung des Urteils des Kantonalen Wirtschaftsstrafgerichts vom 8.05.2012 sei X. schuldig zu erklären des Betrugs, mehrfach begangen von ca. 16.12.2002 bis ca. 31.03.2008 in K. und anderswo, zN von Y. im Deliktsbetrag von Fr. 44'237.50;
2. *In Abänderung des Urteils des Kantonalen Wirtschaftsstrafgerichts vom 8.05.2012 sei X. schuldig zu erklären der passiven Bestechung, begangen vom 1.07.2006 bis ca. 31.01.2008 in K. und anderswo, zN von Y.;*
3. *X. sei angemessen zu bestrafen;*
4. *In Abänderung des Urteils des Kantonalen Wirtschaftsstrafgerichts vom 8.05.2012 sei X. zu verurteilen, dem Strafkläger eine Parteientschädigung von Fr. 27'572.75 zu bezahlen;*
5. *X. sei zu verpflichten, dem Strafkläger die oberinstanzlichen Parteikosten zu ersetzen;*
6. *Die erst- und oberinstanzlichen Verfahrenskosten seien X. aufzuerlegen.*

4. Verfahrensgegenstand und Kognition der Kammer

Die Parteien haben ihre (Anschluss-)Berufung jeweils auf Teile des erstinstanzlichen Urteils eingeschränkt. Gleichwohl sind in der Gesamtbetrachtung sämtliche Urteilstpunkte umstritten, weshalb die Kammer das gesamte erstinstanzliche Urteil zu überprüfen hat. Sie verfügt bei dieser Überprüfung über volle Kognition (Art. 398 Abs. 2 StPO) und ist aufgrund der Berufung der Generalstaatsanwaltschaft und des Strafklägers nicht an das Verschlechterungsverbot gemäss Art. 391 Abs. 2 StPO gebunden.

II. Sachverhalt und Beweiswürdigung betreffend Betrug, evtl. qualifizierte ungetreue Geschäftsbesorgung

Entsprechend der Urteilsbegründung der Vorinstanz werden der Sachverhalt und die Beweise betreffend die beiden Geschädigten Z. und Y. einzeln erstellt bzw. gewürdigt.

1. Vorwurf zum Nachteil von Z.

1.1 Unbestrittener Sachverhalt

Die Vorinstanz hat den unbestrittenen Sachverhalt betreffend den Geschädigten Z. wie folgt korrekt festgehalten (pag. WSG 131 f.):

Im vorliegenden Fall ist aufgrund der Dokumente und der Aussagen insbesondere des Beschuldigten unbestritten und als erstellt zu betrachten:

- dass der Beschuldigte Retrozessionen in der Höhe von CHF 45'038.05 erhielt, was sich den Abrechnungen der A. Bank entnehmen lässt;

Es sei an dieser Stelle Folgendes bemerkt: Zählt man die dem Konto des Beschuldigten gutgeschriebenen Retrozessionen aus den Vermögensverwaltungsverträgen mit Z. und Y. zusammen (vgl. Auflistung des ehem. Kantonalen Untersuchungsrichteramtes, pag. 04 05 001 ff., mit Quellenangaben), so entsteht im Vergleich zu der Summe, welche von der A. Bank gegenüber der damaligen Untersuchungsrichterin geltend gemacht wurde, eine Differenz von CHF 365.05. Diese lässt sich nicht erklären, weshalb vom tieferen Betrag gemäss der Abrechnung der A. Bank auszugehen ist.

- dass er die Retrozessionen nicht an Z. weiterleitete;
- dass der Vermögensverwaltungsvertrag zwischen dem Beschuldigten bzw. der G. und Z. keine Hinweise auf Retrozessionen enthielt;
- dass die Abrechnungen, welche der Beschuldigte Z. regelmässig zustellte, keinen Hinweis auf Retrozessionen enthielten;
- dass es auch sonst keine Dokumente gibt, die sich darüber äussern, ob der Beschuldigte Z. über die Retrozessionen bzw. seinen Anspruch informierte.

Darauf kann verwiesen werden. Ergänzend ist die unbestrittene Tatsache festzuhalten, dass der Beschuldigte die einbehaltenen Retrozessionen mit zur Finanzierung seines Lebensunterhalts verwendete (pag. WSG 076 Z 286).

1.2 Bestrittener Sachverhalt

Gemäss Vorinstanz bestritten und als Beweisfragen zu beantworten ist hingegen (pag. WSG 132):

1. *ob der Beschuldigte selbst überhaupt wusste, dass die Retrozessionen den Kunden zustehen würden;*
2. *ob er Z. darüber informierte, dass er von der Bank Retrozessionen erhalte; hingegen ist nicht bestritten, dass der Beschuldigte Z. nicht über die Höhe der Retrozessionen orientierte und ihm nicht gesagt hatte, dass die Retrozessionen eigentlich ihm (Z.) zustehen würden;*
3. *ob er, falls er dies wusste, den Kunden diesen Anspruch vorenthielt, um sie zu täuschen und / oder an ihrem Vermögen zu schädigen*

Diesen Fragestellungen kann sich die Kammer anschliessen. Wie die Vorinstanz zutreffend feststellte, ist in einem ersten Schritt zu beantworten, ob sich der Beschuldigte der rechtlichen Grundlagen betreffend die Retrozessionen bewusst war und ob er Z. über den Erhalt von Retrozessionen informierte. War dem Beschuldigten bewusst, dass die Retrozessionen seinen Kunden zustehen, ist in einem zweiten Schritt zu beantworten, wie und weshalb er Z. diesen Anspruch vorenthielt. Dabei wird insbesondere zu beurteilen sein, ob sich der Beschuldigte in einem Irrtum betreffend seine auftragsrechtlichen Pflichten befand bzw. ob er irrtümlicherweise von einem stillschweigenden Akzept/Verzicht seitens seiner Kunden ausging.

1.3 Beweiswürdigung der Vorinstanz

Die Vorinstanz hat die Beweismittel wie auch die Ausführungen der Beteiligten korrekt und umfassend wiedergegeben (pag. WSG 122 ff.). Darauf wird verwiesen.

Beweiswürdigend führte die Vorinstanz aus (pag. WSG 132 ff.):

Für die Beweiswürdigung stehen die in Ziff. III.A.1.2 genannten Dokumente und die Aussagen des Beschuldigten, von Z. und E. zur Verfügung. Dabei hat das Gericht die Person des Beschuldigten, seine Ausbildung und seinen Werdegang zu berücksichtigen. Dieser verfügt über ein Lizentiat der Rechtswissenschaften und hat viele Jahre in der Vermögensverwaltung von verschiedenen Banken gearbeitet, bevor er sich 1993 selbständig gemacht hat. Das bedeutet, dass er im Vergleich zu anderen privaten Vermögensverwaltern nicht nur eine vertiefte juristische Ausbildung, sondern auch eine ganz spezifische Ausbildung im Vermögensverwaltungsbereich hatte. Vor diesem Hintergrund steht für das Gericht fest, dass er wusste, dass die Art. 394 ff. OR auf den Vermögensverwaltungsvertrag anwendbar sind. Seine anderweitigen Ausführungen anlässlich der Hauptverhandlung erachtet das Gericht als nicht glaubhaft. Dass der Beschuldigte selbst nicht von seiner Aussage überzeugt war, zeigt sich daran, dass er sie noch in derselben Einvernahme relativierte, indem er auf die Nachfrage von Fürsprecher F., warum er denn den Vermögensverwaltungsvertrag als Auftrag bezeichnet habe, ausführte, er habe schon gewusst, wo etwa so ein Vertrag einzuordnen sei.

Das Gericht kommt unter Würdigung des beruflichen Werdegangs des Beschuldigten zum Schluss, dass dieser die Grundlagen des Auftragsrechts gemäss Art. 394 ff. OR kannte, und dass er um die Bedeutung von schriftlichen Vereinbarungen wusste. D.h. er wusste, dass wesentliche Abreden in der Geschäftswelt, auch im Vermögensverwaltungsgeschäft,

schriftlich festgehalten werden, was sich auch darauf stützen lässt, dass er sämtliche anderen Aspekte der Kundenbeziehung (Kundenprofil, Abrechnungen, Handnotizen über die Besprechungen) gut dokumentierte.

Unter Berücksichtigung dieser Aspekte ist die Beweisfrage, ob der Beschuldigte überhaupt wusste, dass Retrozessionen dem Kunden zustehen, mit ja zu beantworten. Dies aus folgenden Überlegungen: Der Gesetzestext von Art. 400 OR hält fest, dass der Beauftragte auf Verlangen jederzeit über seine Geschäftsführung Rechenschaft ablegen muss und insbesondere alles, was ihm infolge des Auftrags aus irgendeinem Grund zugekommen ist, zu erstatten hat. Der Beauftragte soll durch den Auftrag, abgesehen von einem allfälligen Honorar, weder gewinnen noch verlieren, er muss daher alle Vermögenswerte herausgeben, welche in einem inneren Zusammenhang zur Auftragsausführung stehen. Dies war schon seit Jahrzehnten herrschende Lehre (vgl. FELLMANN, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Bd. VI, Abt. 2, Teilbd. 4, Bern 1992, Art. 400 OR N 115, 117, 127; u.a.). Die auftragsrechtliche Herausgabepflicht und mithin das Bereicherungsverbot entstand also nicht erst mit dem BGE 132 III 460, wie der Beschuldigte zu suggerieren versuchte, indem er sagte, es habe einmal eine Gesetzesänderung oder Praxisänderung gegeben, die habe ihn aber nicht interessieren müssen.

Ziff. 1 des Vertrags zwischen dem Beschuldigten bzw. der G. und der A. Bank, in der bestimmt wird, dass der Vermögensverwalter allen seinen gegenwärtigen oder künftigen Kunden den Erhalt einer Vergütung in Form von Retrozessionen bekannt gibt, ist ein weiteres Indiz dafür, dass der Beschuldigte wusste, dass die Retrozessionen primär den Kunden zustehen würden. Es ist nicht ersichtlich, weshalb die A. Bank dies an derart prominenter Stelle hätte festhalten müssen, wenn es eine allseits bekannte Verkehrsübung gegeben hätte, dass Retrozessionen dem Vermögensverwalter zustehen.

Ferner ist nach Ansicht des Gerichts wesentliches Indiz dafür, dass der Beschuldigte wusste, dass Retrozessionen dem Auftraggeber zustehen, dass er sie im Rahmen der Vermögensverwaltung von O. gemäss seinen eigenen Angaben der Kundin abgeliefert hatte.

Schliesslich ist in die Beweiswürdigung mit einfließen zu lassen, dass der Beschuldigte der eidgenössischen Finanzverwaltung, Kontrollstelle für die Bekämpfung der Geldwäscherei (heute Finanzmarktaufsicht, FINMA; pag. 03 08 001 ff.) im Hinblick auf die Geldwäscher-einormen die Direktunterstellung beantragte, was gemäss seinen eigenen Aussagen für eine kurze Zeit auch erfolgte. Dies zeigt zumindest, dass ihm rechtliche Pflichten durchaus bewusst waren. Er hielt zudem alles Wesentliche akkurat schriftlich fest, setzte soweit professionelle Vermögensverwaltungsverträge auf, verfasste Kundenprofile, erstellte nachvollziehbare Abrechnungen, machte Aktennotizen über Telefongespräche. Insgesamt macht er den Eindruck eines mindestens die formellen Angelegenheiten betreffend bewanderten Vermögensverwalters.

Beim **zweiten Punkt** sind die Aussagen des Beschuldigten, von Z. und E. (und dessen schriftliche Eingabe) zu würdigen. Der Beschuldigte sagte konstant aus, er habe Z. gesagt, dass er Retrozessionen erhalte, mehr sei darüber nicht gesprochen worden. Er habe den Kunden gesagt, dass Retrozessionen Vergütungen der Bank an den Vermögensverwalter seien, er habe ihnen aber nie gesagt, dass die Retrozessionen den Kunden zustehen würden.

Nicht klar sind die Aussagen von Z.. Dieser sagte zu Beginn der Einvernahme vom 02.03.2009 aus, ihm sei schon klar gewesen, dass der Beschuldigte eine Art Kommission von der Bank erhalten werde, er habe angenommen, dass dieser für neue Kunden eine Vergütung von der Bank bekomme. Es sei ihm neu, dass der Beschuldigte mit ihm über Retrozessionen gesprochen habe, ausser er könne sich nicht mehr daran erinnern. Er sei davon ausgegangen, dass der Beschuldigte in irgendeiner Form Kickbacks oder eine Provision bekomme, das habe ihn nicht gestört, er habe aber nicht gewusst, dass ihm diese zugestanden wären. Auf die Frage des Vertreters der Privatklägerschaft sagte Z. dann aus, er sei davon ausgegangen, dass der Beschuldigte pro Transaktion eine Vergütung erhalten werde. An der Hauptverhandlung bestätigte Z. seine in der Voruntersuchung gemachten Aussagen und konkretisierte, er denke auch, dass der Beschuldigte eine Art Kommission erhalten habe und zwar aufgrund der Transaktionsgebühren, die angefallen seien. Ob der Beschuldigte bei der Vertragsunterzeichnung mit ihm über Retrozessionen gesprochen habe, wisse er nicht mehr. Er könne weder das eine noch das andere ausschliessen. Wenn sie über Retrozessionen gesprochen hätten, dann sicher nicht ausführlich. Vielleicht sei das Wort in einem Satz gefallen.

Analysiert man die Aussage von Z., so muss man, jedenfalls unter Beachtung des Grundsatzes in dubio pro reo, zum Schluss gelangen, dass diesem bewusst war, dass der Beschuldigte von der Bank eine Vergütung bekam, und er rechnete offenbar damit, dass er diese gar pro Transaktion erhielt. Mit den Aussagen von Z. können die Aussage des Beschuldigten, er habe mit ihm über die Retrozessionen gesprochen, nicht widerlegt werden.

Übereinstimmend sagen jedoch beide aus, der Beschuldigte habe Z. nicht darüber aufgeklärt, dass die Retrozessionen dem Kunden zustehen würden. Da Z. seinen Anspruch nicht kannte, konnte er auch nicht rechtsgenügend auf die Herausgabe der Retrozessionen verzichten. Z. nahm einfach hin, dass der Beschuldigte von der Bank eine Art Vergütung erhalte, ohne sich dazu weiter Gedanken zu machen. Für ihn zählte, dass der Beschuldigte sein Vermögen gut verwaltet.

Zusammenfassend ist als erstellt zu erachten, dass der Beschuldigte Z. darüber informierte, dass er von der Bank eine Vergütung erhalten werde. Ob der Beschuldigte tatsächlich von Retrozessionen gesprochen hat, lässt sich nicht abschliessend beurteilen. Der genaue Wortlaut ist vorliegend jedoch nicht von entscheidender Bedeutung und kann daher offen gelassen werden. Damit kann letztlich auch auf eine ausführliche Würdigung der Aussagen von E. verzichtet werden. Aufgrund der Entstehungsgeschichte und seines Schreibens an die damalige Untersuchungsrichterin steht für das Gericht fest, dass sein Brief und seine zweite Aussage, der Beschuldigte habe von Retrozessionen gesprochen, eine Gefälligkeitsaussage war. Allerdings war E. schon in seiner ersten Aussage sicher, dass der Beschuldigte mit seinem Kunden über eine Entschädigung gesprochen hatte, die er von der Bank erhalten werde. Diese Aussage erscheint glaubhaft und deckt sich auch mit dem Beweisergebnis, das sich aus den Aussagen des Beschuldigten und Z. ziehen lässt: Der Beschuldigte sprach mit seinem Kunden darüber, dass er von der Bank eine Entschädigung erhalten werde, allerdings ohne seinen Kunden über die Höhe und insbesondere den Anspruch des Kunden darauf zu informieren.

Um den **dritten Punkt**, der das Wissen und Wollen des Beschuldigten betrifft, beurteilen zu können, sind auch seine finanziellen und beruflichen Verhältnisse zu beurteilen. Der Beschuldigte machte sich bereits 1993 selbständig. Offenkundig hatte er aber nur wenige

Mandate, bzw. verdiente nicht gut, weswegen er sich auch 2001 / 2002 von einer [...] Bank anstellen liess und die Stellung dort wieder verlor. Mit anderen Worten, der Beschuldigte war offenkundig bereits als er den Vermögensverwaltungsvertrag mit Z. abschloss, kein erfolgreicher Vermögensverwalter und er wusste, dass er auf die Einnahmen aus den Retrozessionen angewiesen war, um ein auch nur halbwegs anständiges Einkommen zu erzielen. So gab er denn auch auf den Vorhalt, wonach er Retrozessionen von insgesamt CHF 45'000.00 erhalten habe, zu Protokoll, wenn man das runter breche auf fünf bis sieben Jahre, so komme man auf CHF 10'000.00 pro Jahr. Wenn man sonst nichts habe, sei das nicht viel. Für oben gezogenen Schluss spricht auch, dass er seinen Kunden bewusst ihren Anspruch auf die Retrozessionen verschwieg, um diese selbst behalten zu können. Hinzu kommt – wie bereits oben ausgeführt –, dass er ansonsten alles Wesentliche akkurat schriftlich festhielt. Er verfasste professionelle Vermögensverwaltungsverträge, er erstellte Kundenprofile, erstellte nachvollziehbare Abrechnungen, machte Aktennotizen über Telefongespräche, kurz: Alles Wichtige notierte er (vgl. bspw. Ordner SA 14). Es kann daher nicht geltend gemacht werden, er habe schlicht vergessen, die Frage der Retrozessionen schriftlich zu fixieren. Konsequenterweise erschienen die Retrozessionen denn auch nicht auf den vom Beschuldigten erstellten Abrechnungen. Aufgrund seines Verhaltens den Kunden gegenüber kommt das Gericht zum Schluss, dass er bewusst nur mündlich und wohl eher beiläufig Z. gegenüber erwähnte, dass er von der Bank eine Vergütung erhalten werde und bewusst keine Details dazu angab. Er spekulierte darauf, dass sein Kunde Z. dies akzeptieren und nicht weiter nachfragen würde und es ihm so ermöglichen würde, die Retrozessionen zu behalten. Zu beachten ist aber auch, dass der Beschuldigte in der Zeit, in denen das Depot von Z. eine stark negative Entwicklung durchmachte, die ihm zustehenden Gebühren nicht verlangte. Dies ist zu seinen Gunsten dahingehend zu berücksichtigen, dass nicht davon ausgegangen werden kann, es sei ihm nur darum gegangen, Z. auszubeuten. Auch konnte kein „Churning“ festgestellt werden, d.h. es kann dem Beschuldigten nicht vorgeworfen werden, er habe bewusst zu viele Transaktionen getätigt, um an noch mehr Retrozessionen zu kommen. Es verbleibt der Eindruck, dass der Beschuldigte die Gelegenheit nutzte, um die Retrozessionen für sich zu behalten, weil er mit Z. zu einem Kunden gekommen war, der nicht näher nachfragte und auch zuvor keine Abklärungen bei einem unabhängigen Dritten über Vermögensverwaltungskosten, Gebühren etc. tätigte.

1.4 Ausführungen der Parteien

Sowohl die **Generalstaatsanwaltschaft** als auch der **Strafkläger** äussern sich in ihrer (Anschluss-)Berufungsbegründung nicht weiter zur Beweiswürdigung der Vorinstanz betreffend den Vorwurf des Betrugs, evtl. der qualifizierten, ungetreuen Geschäftsbesorgung z.N. von Z. (vgl. pag. WSG 234 ff. sowie WSG 261 ff.). Der **Beschuldigte** selbst belässt es weitestgehend bei einem Verweis auf die Erwägungen der Vorinstanz und einer kurzen Zusammenfassung derselben (pag. WSG 244). Betreffend seines relevanten Wissens wendet der Beschuldigte ein, dass in der vorliegend massgeblichen Zeit und auf jeden Fall bis zum zivilrechtlichen Grundsatzentscheid des Bundesgerichts im Jahr 2006 eine Branchenübung hinsichtlich der Retrozessionen geherrscht habe, die in erheblichem Umfang abwich. Zum einen von den in diesem Urteil erstmals in dieser Klarheit festgestellten auftragsrechtlichen Rechenschafts- und Herausgabepflichten und zum anderen auch von einem nicht unbedeutenden Teil der Lehrmeinungen. Betreffend die Retrozessionen und den damit ver-

bundenen Pflichten des Vermögensverwalter sei bis zum Leitentscheid des Bundesgerichts 2006 nicht klar gewesen, wie genau der Vermögensverwalter seinen Pflichten gegenüber dem Auftraggeber nachkommen müsse. Auch die Kunden – bei denen es sich keineswegs immer um ahnungslose Laien handle – hätten offensichtlich lange Zeit mit der gelebten Praxis keine Probleme gehabt, nach welcher der Vermögensverwalter die Retrozessionen gestützt auf eine stillschweigende konkludente Vereinbarung einbehalten habe. Die Retrozessionen deckten einen mehr oder weniger grossen Anteil des Aufwands des Vermögensverwalters ab, der bei einer vollumfänglichen Weiterleitung der Retrozessionen im Gegenzug ein substanzielles Honorar verrechnen müsste. Der Einbehalt von Retrozessionen mit allenfalls einfacher Orientierung des Kunden sei in dieser Zeit Branchenusanz gewesen. Er habe sich in einem Irrtum über eine zivilrechtliche Regelung befunden, indem er von einer stillschweigenden Zustimmung seiner Auftraggeber ausgegangen sei.

1.5 Beweiswürdigung der Kammer

Der unter Ziffer II.1.3 wiedergegebenen Beweiswürdigung der Vorinstanz kann sich die Kammer vollumfänglich anschliessen. Die Vorinstanz würdigte die objektiven Beweismittel sowie die Aussagen der Beteiligten eingehend und nachvollziehbar. Ergänzend kann – teilweise als Wiederholung der vorinstanzlichen Erwägungen – Folgendes festgehalten werden:

- Der (einfache) Auftrag als Vertragsverhältnis ist seit jeher im Schweizerischen Obligationenrecht in Art. 394 ff. geregelt. Es handelt sich somit weder um ein neuartiges Vertragskonstrukt noch um einen gesetzlich nicht geregelten Innominatkontrakt. Er findet seine Regelung in lediglich dreizehn (bzw. seit 2013 in vierzehn) Gesetzesartikeln, so dass ein Überblick über die wesentlichen gesetzlichen Rechte und Pflichten aus einem Auftragsverhältnis leicht fällt. Der Beschuldigte, welcher sowohl über ein Lizenziat der Rechtswissenschaften verfügt als auch viele Jahre in der Vermögensverwaltung diverser Banken tätig war, wird um die Anwendbarkeit dieser Normen auf das Vermögensverwaltungsgeschäft gewusst haben. Nicht zuletzt betitelte er den schriftlichen Vermögensverwaltungsvertrag selbst mit „Auftrag“ (pag. 03 05 034 f.).
- In Art. 400 Abs. 1 OR hält das Gesetz mit Bestimmtheit fest, dass der Beauftragte „auf Verlangen jederzeit über seine Geschäftsführung Rechenschaft abzulegen und alles, was ihm infolge derselben aus irgendeinem Grunde zugekommen ist, zu erstatten“ hat. Darunter fallen seit jeher auch Retrozessionen (vgl. EMMENEGGER, Retrozessionen im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, in: Anlagerecht, Emmenegger (Hrsg.), Basel 2007, S. 69 m.w.H.; NYBERG, Interessenkonflikte in der Vermögensverwaltung Unabhängigkeit als Schlüsselkriterium bei der Auswahl des Anlageberaters, ST 4/00, pag. 304, 305 f.; KUHN/REIMANN, Nach dem Retrozessionsentscheid, Konsequenzen für Vermögensverwalter, ST 9/06, pag. 688; HESS, Zur Stellung des externen Vermögensverwalters im Schweizer Finanzmarktrecht, AJP 1999, pag. 1426, 1431 ff.; ARTER/JÖRG, Herausgabe- und Rechenschaftspflicht des unabhängigen Vermögensverwalters Übergabepflichten richten sich nach dem Auftragsrecht, ST 4/04 pag. 297, 298; ABEGGLEN, „Retrozession“ ist nicht gleich „Retrozession“: Zur Anwendbarkeit von Art. 400 Abs. 1 OR

auf Entschädigungen, die an Banken geleistet werden, insbesondere im Fondsvertrieb, SZW 2007, pag. 122, 123). Zum Zeitpunkt des vom Beschuldigten angesprochenen Bundesgerichtsentscheids 132 III 460 war in der Lehre lediglich umstritten, ob der Auftraggeber auf die Ablieferung überhaupt und bejahendenfalls unter welchen Voraussetzungen gültig verzichten kann (BGE 132 III 460 E 4.2; KUHN, Retrozessionszahlungen an externe Vermögensverwalter – eine Standortbestimmung, AJP 2006, pag. 1051, 1052 f. m.w.H.; DONATSCH/ZUBERBÜHLER, Strafrechtliche Fallgruben für Treuhänder, in: Vermögensverwaltung II, Zürich 2009, pag. 94 m.w.H.; BORER-BENZ, Die Herausgabepflicht des Beauftragten gemäss Art. 400 OR, Diss. St. Gallen 2006, pag. 156, 159; BLEIKER, Retrozessionen und Finder's Fees im Umfeld externer Vermögensverwalter, Bern 2009, pag. 23; EMMENEGGER, a.a.O., pag. 83). Das Bundesgericht führte damals weiter aus:

„[...] es kann nicht als üblich unterstellt werden, dass ein Auftraggeber unbesehen auf Rechenschaft verzichte und mit Einnahmen des Beauftragten einverstanden sei, deren Ausmass er weder kennen noch kontrollieren kann. Bereits die damaligen Standesregeln des Verbandes Schweizerischer Vermögensverwalter verlangen denn auch im Gegenteil, dass der Vermögensverwalter gegenüber dem Kunden sämtliche derartigen Leistungen offen legt und im Vertrag mit dem Kunden festhält, wem die Rückvergütungen zukommen sollen [...]. Derartige Standesregeln können nach der Rechtsprechung als Ausdruck einer Berufsübung zur Auslegung und Ergänzung eines Vertrags beigezogen werden [...]. Sie stehen hier einer Auslegung entgegen, wonach der Beauftragte mangels gegenteiliger Absprache die im Rahmen der Vermögensverwaltung eingenommenen Retrozessionen nicht abliefern müsse. Es bedarf einer Vereinbarung der Parteien, aus der sich der Wille des informierten Mandanten eindeutig ergibt, auf die Ablieferung der dem Mandatar im Rahmen des Auftrags bezahlten Retrozessionen (ganz oder teilweise) zu verzichten.“

Die Aussagen des Beschuldigten sind wenig glaubhaft, wenn er behauptet, er habe als Jurist und langjähriger Vermögensverwalter die rechtlich heikle Situation betreffend die Retrozessionen nicht gekannt bzw. diese sei ihm zu keinem Zeitpunkt bewusst gewesen (pag. 06 01 042), gleichzeitig aber ausführt, sein Verhalten, die Retrozessionen zu behalten, sei damals branchenüblich gewesen (pag. WSG 073). Das Wissen darum, ob etwas in der Branche Usanz ist oder nicht, setzt den Austausch mit Beteiligten der Branche und/oder deren Informationsmedien voraus. Dass der Beschuldigte dabei nie mit der Problematik der Herausgabe bzw. Zurückbehalten von Retrozessionen in Kontakt gekommen sein will, ist wenig glaubhaft. W. sagte denn auch aus, er kenne den Beschuldigten als Fachmann mit guten Bankfachkenntnissen (pag. 06 07 003 Z 38). Gemäss SCHMID sei über Retrozessionen an externe Vermögensverwalter bereits lange vor der Publikation des Entscheids ausgiebig und äusserst kontrovers diskutiert worden. In der Branche habe in diesem Zusammenhang bereits der Begriff „Dauerbrenner“ die Runde gemacht (SCHMID, Retrozessionen an externe Vermögensverwalter, Bern 2009, pag. 68).

- Dem Beschuldigten ist insofern zuzustimmen, als es bei der externen Vermögensverwaltung branchenüblich war und teilweise immer noch ist, die Retrozessionen nicht an die Kunden weiterzuleiten, sondern als zusätzliche Entschädigung zu behalten (vgl. BÜHRER, Unabhängige Vermögensverwalter in der Schweiz, Diss. Bern 2006, pag. 103). Das Bewusstsein, wem die Retrozessionen rechtlich tatsächlich

zustehen, dürfte in der Branche jedoch grundsätzlich stets vorhanden gewesen sein (vgl. BLEIKER, a.a.O., pag. 23). Dies zeigt sich im Besonderen auch darin, dass bereits die damaligen Standesregeln des Verbandes Schweizerischer Vermögensverwalter in Art. 10 Ziff. 56 von ihren Mitgliedern forderten, die Frage, wem die Retrozessionen zukommen, schriftlich im Vermögensverwaltungsvertrag festzuhalten (pag. 03 04 018). Dass es Standesregeln gab, war dem Beschuldigten bekannt, jedoch will er sich an den entsprechenden Passus nicht erinnern können (pag. 06 01 043 Z 193).

- Insbesondere der Vertrag zwischen dem Beschuldigten und der A. Bank sowie die Herausgabe der Retrozessionen bei der Vermögensverwaltung für O. sind weitere gewichtige Indizien, dass der Beschuldigte sich der rechtlichen Situation, wem die Retrozessionen zustehen, bewusst war. An Einzelheiten betreffend den angeblichen Spezialfall O. kann oder will sich der Beschuldigte nicht mehr erinnern (pag. 06 01 042 Z 171 f.). Dies mutet sonderbar an, führte der Beschuldigte doch nur vereinzelt Mandate und bleibt ein Spezialfall im Vergleich zu alltäglichen, gewöhnlichen Fällen in der Regel viel besser im menschlichen Gedächtnis haften. Hinzu kommt, dass – wie die Vorinstanz zutreffend feststellte – der Beschuldigte der eidgenössischen Finanzverwaltung, Kontrollstelle für die Bekämpfung der Geldwäscherei die Direktunterstellung beantragte (pag. 03 08 001 ff.). Dem Beschuldigten waren seine rechtlichen Pflichten als unabhängiger Vermögensverwalter somit zumindest dem Grundsatz nach bekannt.
- Als ausgebildeter Jurist war dem Beschuldigten zudem bekannt, dass ein Akzept bzw. Verzicht – erfolge dieser nun stillschweigend oder nicht – nur im Bewusstsein erfolgen kann, überhaupt Entscheidungsfreiheit bzw. einen verzichtbaren Anspruch zu besitzen (vgl. zum Erfordernis eines normativen oder tatsächlichen Konsens: ABEGGLEN, Der Verzicht auf Ablieferung von Retrozessionen – Einordnung und Anforderungen – Eine dogmatische Nachlese zu BGE 132 III 460 ff., recht 2007, pag. 190, 195 ff.). Im konkreten Fall wusste der Beschuldigte nicht, ob Z. und Y. ihren Anspruch an den Retrozessionen kannten bzw. versuchte vielmehr, die Retrozessionszahlungen als nicht verhandelbare Vergütung des Vermögensverwalters hinzustellen (vgl. hierzu auch die beiden nachfolgenden Abschnitte sowie Ziff. II.2.5). So sagte der Beschuldigte aus, Z. lediglich über den Erhalt von Retrozessionen, nicht aber über seinen Anspruch informiert zu haben. Z. habe nicht weiter nachgefragt, wem die Retrozessionen zustünden (pag. 06 01 043), vielleicht sei es für ihn nicht wichtig gewesen (pag. 06 01 024 Z 49), er habe sich niemals deswegen beschwert (pag. 06 01 025 Z 47) und sich nicht dafür interessiert (pag. 06 01 042 Z 154 f.). Er habe Z. und Y. gesagt, dass dies Vergütungen der Bank an den Vermögensverwalter seien (pag. 06 01 042 Z 159 f.). Er habe nie gesagt, dass die Retrozessionen ihnen zustünden (pag. 06 01 042 Z 160 f). Er habe sie informiert, dass er Retrozessionen beziehe, mehr sei darüber nicht gesprochen worden. Z. und Y. hätten sich auch nicht erkundigt, wem die Retrozessionen zustünden. Er könne nicht beurteilen, ob ihnen klar gewesen sei, was Retrozessionen seien, dass diese ihnen zustünden und welchen Umfang sie erreichen könnten. Festhalten möchte er, dass nicht klar sei, ob ihnen diese überhaupt zustünden (pag. 06 01 043 Z 183 ff.). Unter diesen Umständen ist nicht glaubhaft, wenn der Beschuldigte behauptet, er sei von einem stillschweigenden Akzept seiner Kunden ausgegangen (pag.

WSG 074). Zum einen wusste er gar nicht, ob seine Kunden sich ihres Anspruchs bewusst waren und zum anderen stellte er ihnen gegenüber die Retrozessionen offensichtlich als nicht verhandelbare Vergütung des Vermögensverwalters dar, an denen sie so oder anders keinen vertraglichen Anspruch hätten. Die Aussage des Beschuldigten, er sei von einem stillschweigenden Akzept ausgegangen, muss somit unter Berücksichtigung aller weiteren Umstände als Schutzbehauptung angesehen werden (vgl. hierzu ebenfalls Ziff. 2.5 nachfolgend betreffend das Aussageverhalten des Beschuldigten).

- Ob der Beschuldigte anlässlich der Vertragsunterzeichnung Z. tatsächlich über den Erhalt von Retrozessionen informierte, ist weder nachweis- noch widerlegbar. Zum einen fehlen objektive Beweismittel, zum anderen kann sich Z. nicht mehr ausreichend an den Inhalt der Vertragsgespräche erinnern. Er sei davon ausgegangen, dass der Beschuldigte pro Transaktion eine Vergütung erhalten werde bzw., dass der Beschuldigte eine Art Kommission für angefallene Transaktionsgebühren erhalte (pag. WSG 068 Z 112 ff.). Sagen, ob damals über Retrozessionen gesprochen worden sei, könne er jedoch nicht (pag. WSG 069 Z 130, 137 f.). Der Beschuldigte wiederum, sonst bezüglich schriftlicher Unterlagen akribisch arbeitend, konnte kein schriftliches Dokument vorlegen, welches seine Aussage, er habe darüber informiert, bestätigt. Die Aussagen von E. und dessen schriftliche Eingabe sind schliesslich widersprüchlich und wenig glaubhaft. Es ist somit der Vorinstanz zu folgen, die mit Blick auf die Unschuldsvermutung annahm, Z. sei sich bewusst gewesen, dass der Beschuldigte von der Bank eine Vergütung bekomme und habe offenbar damit gerechnet, dass der Beschuldigte diese gar pro Transaktion erhalte (pag. WSG 134). Die Aussage des Beschuldigten, er habe Z. darüber informiert, dass er von der Bank eine Vergütung erhalten werde, kann nicht widerlegt werden und hat demzufolge als erstellt zu gelten.
- Übereinstimmend mit der Vorinstanz geht die Kammer davon aus, dass der Beschuldigte den Umstand mit der Vergütung wohl eher beiläufig, am Rande der Vertragsverhandlungen kurz anschnitt, in der Hoffnung, keine Rückfragen diesbezüglich zu provozieren. Er hielt den Umstand, dass er Retrozessionen erhalten würde, denn auch nicht schriftlich im Vermögensverwaltungsvertrag fest, fertigte keine Aktennotiz an und erwähnte sie ebenso wenig in seinen Abrechnungen; dies widerspricht seiner sonst üblichen schriftlichen Genauigkeit. Für ein beiläufiges und nur in allgemeiner Weise erfolgtes Erwähnen der Retrozessionen spricht auch die Aussage von Z.: Wenn sie über Retrozessionen gesprochen hätten, dann sicher nicht ausführlich; vielleicht sei das Wort in einem Satz gefallen (pag. 069 Z 144 f).

1.6 Erstellter Sachverhalt

Die Kammer geht nach dem Gesagten vom selben relevanten Sachverhalt aus, wie die Vorinstanz (pag. WSG 135):

Zusammenfassend ist beweiswürdigend festzuhalten, dass der Beschuldigte als lizenziierter Jurist und langjähriger Bankmitarbeiter wusste, dass die Retrozessionen den Kunden zustehen würden, solange diese nicht förmlich darauf verzichteten (was sie nur in Kenntnis, dass die Retrozessionen eigentlich ihnen zustehen würden, hätten tun können). Er erwähnte gegenüber Z., dass er von der Bank eine Entschädigung erhalten werde, jedoch ohne

diesem bekannt zu geben, dass Z. eigentlich Anspruch darauf gehabt hätte, dies in der Absicht, die Retrozessionen für sich zu behalten.

Präzisierend ist festzuhalten, dass sich der Beschuldigte in keinem Irrtum betreffend den Anspruch seiner Kunden an den Retrozessionen befand. Die Aussage des Beschuldigten, er sei von einem stillschweigenden Akzept dieser Kunden ausgegangen, muss als Schutzbehauptung angesehen werden, wusste er doch gemäss eigenen Angaben nicht, ob sie den Begriff Retrozessionen sowie dessen Bedeutung überhaupt kannten und sich ihres Anspruchs bewusst waren.

2. Vorwurf zum Nachteil von Y.

2.1 Unbestrittener Sachverhalt

Der unbestrittene Sachverhalt stellt sich gemäss Erwägungen der Vorinstanz erneut wie folgt dar (pag. WSG 143):

Auch im vorliegenden Zusammengang ist unbestritten,

- *dass der Beschuldigte Retrozessionen in der Höhe von über CHF 44'237.50 erhielt, was auch aufgrund der Abrechnungen der A. Bank erstellt ist (vgl. auch hier Ausführungen zum Differenzbetrag oben);*
- *dass er diese nicht an Y. weiterleitete;*
- *dass der Vermögensverwaltungsvertrag zwischen dem Beschuldigten bzw. der G. und Y. keine Hinweise auf Retrozessionen enthielt;*
- *dass die Abrechnungen, welche der Beschuldigte Y. regelmässig zustellte, keinen Hinweis auf Retrozessionen enthielten;*
- *dass es auch sonst keine Dokumente gibt, die sich darüber äussern, ob der Beschuldigte Y. über die Retrozessionen bzw. seinen Anspruch informierte.*

Ergänzend ist erneut die unbestrittene Tatsache festzuhalten, dass der Beschuldigte die einbehaltenen Retrozessionen mit zur Finanzierung seines Lebensunterhalts verwendete (pag. WSG 076 Z 286).

2.2 Bestrittener Sachverhalt

In Übereinstimmung mit der Ausgangslage unter Ziffer. II.1.2 hiavor hielt die Vorinstanz betreffend den bestrittenen Sachverhalt fest (pag. WSG 143):

Bestritten und als Beweisfragen zu beantworten ist dagegen auch hier:

1. *ob der Beschuldigte selbst überhaupt wusste, dass die Retrozessionen den Kunden zustehen würden;*
2. *ob er Y. darüber informierte, dass er von der Bank Retrozessionen erhalte; hingegen ist nicht bestritten, dass der Beschuldigte Y. nicht über die Höhe der Retrozessionen orientierte und dass er ihm nicht gesagt hatte, dass die Retrozessionen eigentlich ihm Y. zustehen würden;*
3. *ob er, falls er dies wusste, den Kunden diesen Anspruch vorenthielt, um sie zu täuschen und / oder an ihrem Vermögen zu schädigen.*

Auch hier ist in einem ersten Schritt zu beantworten, ob sich der Beschuldigte der rechtlichen Grundlagen betreffend die Retrozessionen bewusst war und ob er Y. über den Erhalt von Retrozessionen informierte. War dem Beschuldigten bewusst, dass die

Retrozessionen seinen Kunden zustehen, ist in einem zweiten Schritt zu beantworten, wie und weshalb er Y. diesen Anspruch vorenthielt. Dabei ist insbesondere zu beurteilen, ob sich der Beschuldigte in einem Irrtum betreffend seine auftragsrechtlichen Pflichten befand bzw. ob er irrtümlicherweise von einem stillschweigenden Akzept/Verzicht seitens seiner Kunden ausging.

2.3 Beweiswürdigung der Vorinstanz

Die Vorinstanz hat die Beweismittel wie auch die Ausführungen der Beteiligten korrekt und umfassend wiedergegeben (pag. WSG 137 ff.). Darauf kann verwiesen werden.

Beweiswürdigend führte die Vorinstanz aus (pag. WSG 143 ff.):

Vorab kann in Bezug auf Punkt 1 und 2 vollumfänglich auf das oben im Zusammenhang mit den Vorwürfen zum Nachteil von Z. Gesagte verwiesen werden, stellt sich die Situation doch grundsätzlich gleich dar: Der Beschuldigte hat den gleich lautenden Vertrag mit Y. abgeschlossen wie mit Z., er hat ebenfalls zugegeben, Retrozessionen von der A. Bank erhalten und diese nicht an Y. weitergeleitet zu haben und er hat ebenfalls wiederholt ausgesagt, er habe Y. gesagt, dass er Retrozessionen erhalte, wobei dieser nichts dagegen gehabt habe, dass er sie behalte.

In einem ersten Schritt kann auch hier als erstellt erachtet werden, dass der Beschuldigte wusste, dass auch auf diesen Vertrag Auftragsrecht anwendbar war und dass die Retrozessionen dem Kunden zugestanden wären.

Betreffend den zweiten Punkt ist festzuhalten, dass der Beschuldigte auch bei der Vermögensverwaltung von Y. in Bezug auf die Retrozessionen nichts schriftlich festhielt. Es muss deshalb auch hier auf die Aussagen der Beteiligten, des Beschuldigten und Y., abgestellt werden:

Im Gegensatz zu Z. bestreitet Y., dass der Beschuldigte ihm etwas von Retrozessionen gesagt habe. Demgegenüber macht der Beschuldigte geltend, er habe gegenüber Y. bei der Vertragsunterzeichnung und auch auf der Rückfahrt im Auto kommuniziert, dass er Retrozessionen beziehe und Y. habe nichts dagegen gehabt. Er machte aber auch hier nicht geltend, er habe dem Kunden gesagt, dass die Retrozessionen eigentlich diesem zustehen würden.

Damit steht Aussage gegen Aussage. Der Beschuldigte war in seiner Aussage konstant, aber nicht stereotyp. Er verknüpfte sie auch mit einer Einzelheit, dass er dies Y. auf der Rückfahrt im Auto nochmals gesagt habe. Seine Aussage wirkt glaubhaft.

Bei der Würdigung der Aussagen von Y. ist zu berücksichtigen, dass diese nach der Anzeigerstattung durch seinen Anwalt erfolgten, in diesem Punkt anderslautende Ausführungen also kaum zu erwarten gewesen wären. Es soll Y. nicht unterstellt werden, dass er log, das Gericht geht davon aus, dass ihn der Beschuldigte nicht über Einzelheiten im Zusammenhang mit den Retrozessionen aufklärte.

Insgesamt lassen sich die Zweifel daran aber nicht ausräumen, dass der Beschuldigte Y. nicht doch ganz allgemein gesagt hat, dass er von der Bank eine Entschädigung beziehen werde. Das Gericht geht deshalb unter Berücksichtigung des Grundsatzes in dubio pro reo von der Version des Beschuldigten aus. Es ist somit als erstellt zu erachten, dass der Beschuldigte gegenüber Y. erwähnte, dass er Retrozessionen bzw. allgemein eine Vergütung

von der A. Bank erhalten werde, ihm aber keine weiteren Einzelheiten dazu sagte und insbesondere auch nicht mitteilte, dass diese Retrozessionen eigentlich Y. zustehen würden.

Zu den Gründen, warum sich der Beschuldigte so verhielt bzw. zur Klärung der dritten Beweisfrage wird vollumfänglich auf das oben Ausgeführte verwiesen. Auch als er den Vertrag mit Y. abschloss, waren seine finanziellen Verhältnisse schlecht. Er hatte keine anderen massgeblichen Einnahmen als die aus der Vermögensverwaltung von Z. und neu Y., an denen er auch nicht viel verdiente, d.h. er war auf die Einnahmen aus den Retrozessionen angewiesen. Das Gericht kommt auch hier zum Schluss, dass er den Kunden den Anspruch vorenthielt, um sie zu täuschen.

2.4 Ausführungen der Parteien

Die **Generalstaatsanwaltschaft** verzichtet in ihrer Berufungsbegründung auf Ausführungen zur Beweiswürdigung.

Der **Beschuldigte** belässt es weitestgehend bei einem Verweis auf die Erwägungen der Vorinstanz und einer kurzen Zusammenfassung derselben (pag. WSG 244). Betreffend seines relevanten Wissens wendet der Beschuldigte analog zum Deliktswortwurf z.N. von Z. ein, dass in der vorliegend massgeblichen Zeit und auf jeden Fall bis zum zivilrechtlichen Grundsatzentscheid des Bundesgerichts im Jahr 2006 eine Branchenübung hinsichtlich der Retrozessionen geherrscht habe, die in erheblichem Umfang abwich. Zum einen von den in diesem Urteil erstmals in dieser Klarheit festgestellten auftragsrechtlichen Rechenschafts- und Herausgabepflichten und zum anderen auch von einem nicht unbedeutenden Teil der Lehrmeinungen. Betreffend die Retrozessionen und den damit verbundenen Pflichten des Vermögensverwalter sei bis zum Leitentscheid des Bundesgerichts 2006 nicht klar gewesen, wie genau der Vermögensverwalter seinen Pflichten gegenüber dem Auftraggeber nachkommen müsse. Auch die Kunden – bei denen es sich keineswegs immer um ahnungslose Laien handele – hätten offensichtlich lange Zeit mit der gelebten Praxis keine Probleme gehabt, nach welcher der Vermögensverwalter die Retrozessionen gestützt auf eine stillschweigende konkludente Vereinbarung einbehalten habe. Die Retrozessionen deckten einen mehr oder weniger grossen Anteil des Aufwands des Vermögensverwalters ab, der bei einer vollumfänglichen Weiterleitung der Retrozessionen im Gegenzug ein substanzielles Honorar verrechnen müsste. Der Einbehalt von Retrozessionen mit allenfalls einfacher Orientierung des Kunden sei in dieser Zeit Branchenusanz gewesen. Er habe sich in einem Irrtum über eine zivilrechtliche Regelung befunden, indem er von einer stillschweigenden Zustimmung seiner Auftraggeber ausgegangen sei.

Der **Strafkläger** kritisiert hingegen in seiner Anschlussberufungsbegründung das vorinstanzliche Beweisergebnis dahingehend, als die Vorinstanz in Anwendung des Grundsatzes in dubio pro reo davon ausging, der Beschuldigte habe Y. anlässlich der Vertragsunterzeichnung mündlich über den Erhalt von Retrozessionen informiert. Y. habe anlässlich der Einvernahme vom 17. Februar 2009 glaubwürdig versichert, dass über Retrozessionen nie gesprochen worden sei. Die ersten Aussagen von Y. vom 17. Februar 2009 seien eindrücklich und glaubwürdig und dürften nicht aufgrund der vorgängigen Anzeigeerstattung durch den Rechtsvertreter relativiert werden. Weder Finder-Fees noch Retrozessionen bzw. Kick-Backs seien ihm ein Begriff gewesen. Auch habe er nicht gewusst, dass die Retrozessionen ihm gehörten. Z. sei zwar da-

von ausgegangen, dass der Beschuldigte für neue Kunden bei der A. Bank eine Art Vergütung/Kommission bekomme, nicht hingegen, dass Retrozessionen flössen. Der Beschuldigte hingegen habe sich in Ausflüchten und Widersprüchen verstrickt. So habe er über die Höhe der Retrozessionen nicht informiert, da er angeblich nicht genau gewusst habe, wie hoch diese ausfallen würden. Dabei sei der Satz für die Retrozessionen im Zusammenarbeitsvertrag bereits festgehalten gewesen. Das Fehlen einer Aktennotiz betreffend das angebliche Gespräch über die Retrozessionen zeige ebenfalls dessen freie Erfindung durch den Beschuldigten, habe dieser doch sonst über alles und jedes Aktennotizen erstellt. Die Mitarbeiter, die angeblich bezeugen könnten, dass bei Vertragsunterzeichnung über Retrozessionen gesprochen worden sei, hätten dies nicht bestätigen können. Einzig E. habe im Zusammenhang mit der Besprechung mit Z. bestätigen wollen, dass damals von einer Vermittlungsgebühr gesprochen worden sei; nicht jedoch über Retrozessionen. Mit dem späteren widersprechenden Schreiben vom 10. April 2010 sowie der mündlichen Aussage anlässlich der Einvernahme vom 29. Juli 2010 habe dieser offenkundig ein kollegiales Gefälligkeitszeugnis abgelegt. Insgesamt handle es sich bei der Behauptung des Beschuldigten, er habe Y. über die Tatsache, dass er Retrozessionen erhalte, mündlich orientiert, um eine blanke Lüge bzw. seien seine Ausführungen als bloße Schutzbehauptung zu qualifizieren. X. habe weder über die Tatsache, dass er Retrozessionen erhalte, noch über deren Umfang informiert, womit kein gültiger Verzicht auf den Herausgabeanspruch für Retrozessionen vorliege.

Die **Generalstaatsanwaltschaft** führt in ihrer Stellungnahme zur Berufungsbegründung des Beschuldigten und zur Anschlussberufungsbegründung des Strafklägers aus, das Wirtschaftsstrafgericht komme treffend zum Schluss, der Beschuldigte habe gewusst, dass die Retrozessionen den Kunden gehörten. Dies ergebe sich auch aus der Aussage des Beschuldigten, wonach Y. nichts dagegen gehabt haben soll, wenn er die Retrozessionen behalte. Wären die Retrozessionen für den Vermögensverwalter bestimmt gewesen, würde diese Aussage keinen Sinn machen. Ein Einverständnis, dass jemand etwas behalten könne, werde nur dann abgegeben, wenn zumindest diskutabel sei, wer Begünstigter sei.

Die **Verteidigung** führt in ihrer Stellungnahme zur Anschlussberufungsbegründung des Strafklägers aus, die Vorinstanz habe zu Recht in dubio pro reo entschieden und sei davon ausgegangen, der Beschuldigte habe – wie von ihm dargelegt – seine Auftraggeber über die Retrozessionen informiert. Wenn die beiden Auftraggeber, im Verlaufe des Strafverfahrens auf die Retrozessionen angesprochen, über diese nicht gerade erbaut gewesen seien, so lasse dies allenfalls Rückschlüsse auf ihre Befindlichkeit angesichts der massiven Verluste in ihren Vermögensbeständen zu, nicht aber auf ihren Informationsstand hinsichtlich Retrozessionen zu Beginn des Vertragsverhältnisses. Ob der Beschuldigte sodann, da er – wie vom Strafkläger unterstellt werde – zu anderen Gesprächen immer Aktennotizen anlegte, zwingend auch eine solche über die erfolgte Information hinsichtlich der Retrozession hätte anlegen müssen, bleibe offensichtlich unbelegbare Hypothese.

2.5 Erwägungen der Kammer

Da sich der Sachverhalt zwischen dem Beschuldigten und Y. mit wenigen Ausnahmen identisch abspielte, kann vorab auf die Ausführungen der Vorinstanz und der Kammer im Zusammenhang mit den Vorwürfen zum Nachteil von Z. verwiesen werden (vgl. Ziff. II.1.3 und 1.5). Unterschiede zeigen sich einzig insofern, als Y. anlässlich beider Einvernahmen ausdrücklich verneinte, vom Beschuldigten über Retrozessionen informiert worden zu sein (u.a. pag. WSG 059 Z 95 und 99 f.). Der Beschuldigte sagte wiederum aus, Y. nicht nur anlässlich der Vertragsunterzeichnung, sondern nochmals auf der Rückfahrt im Auto auf die Retrozessionen aufmerksam gemacht zu haben (u.a. pag. WSG 077 Z 295). Der ehemalige Mitarbeiter der A. Bank, W., konnte sich anlässlich seiner Einvernahme vom 30. Juni 2009 nicht erinnern, ob bei der Vertragsbesprechung zwischen dem Beschuldigten und Y. über Retrozessionen gesprochen wurde (pag. 06 07 006 Z 41, 46 und 50).

Steht Aussage gegen Aussage, bedeutet dies gemäss konstanter Praxis nicht, dass der Aussage des Beschuldigten automatisch nach dem Grundsatz «in dubio pro reo» zu folgen ist. Vielmehr gilt es anhand sämtlicher Umstände, die aus den Akten ersichtlich sind, die Glaubhaftigkeit der fraglichen Aussagen zu überprüfen. Dabei ist nach Massgabe der modernen Aussagepsychologie weniger die allgemeine Glaubwürdigkeit oder Wahrhaftigkeit der jeweiligen Aussageperson an sich, als vielmehr die spezielle Glaubhaftigkeit ihrer im Einzelfall zu überprüfenden, konkreten Aussage von Bedeutung. Somit gilt es, vor allem auf die Entstehung, den Inhalt und die Entwicklung sowie auf das Aussagemotiv, mithin auf das Fehlen von sogenannten Lügensignalen und das Vorhandensein von Realitätskriterien zu achten. (vgl. dazu BENDER ROLF/NACK ARMIN/TREUER WOLF-DIETER, Tatsachenfeststellung vor Gericht, 3. Auflage, München 2007, N 238 ff.). Dementsprechend kommt es bei einer Aussage vorwiegend auf ihren inneren Gehalt an, verbunden mit der Art und Weise, wie die Aussageperson ihre Angaben vorträgt und welches ihre Persönlichkeit ist; entscheidend ist die Überzeugungskraft eines Beweismittels (vgl. dazu u.a. HAUSER ROBERT/SCHWERI ERHARD/HARTMANN KARL, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. Auflage, Basel 2005, § 54, N 5). Nur wenn eine solche Überzeugung weder in der einen noch in der anderen Richtung zu gewinnen ist, hat der Richter im Zweifel für den Angeklagten zu entscheiden (Zeitschrift Recht, 72/1973, Nr. 80).

Die Vorinstanz kommt nach Würdigung sämtlicher Beweise zum Ergebnis, dass sich die Zweifel nicht ausräumen lassen, dass der Beschuldigte Y. nicht doch ganz allgemein über die Entschädigung informierte, die er von der Bank erhalten werde. Nach eingehender Auseinandersetzung mit den Aussagen der Beteiligten und den weiteren aus den Akten ersichtlichen Umständen und Dokumente schliesst sich die Kammer diesem Ergebnis aufgrund folgender Überlegungen an:

- Der Beschuldigte war in seiner Aussage, er habe Y. über den Erhalt von Retrozessionen informiert, konstant aber nicht stereotyp. Auch nach Unterbrechungen in den Einvernahmen blieben seine Aussagen in ihrem Kern konsistent und widerspruchsfrei. So sagte er u.a. aus, das Thema sei besprochen worden und Y. habe nichts dagegen gehabt (pag. 06 01 002 Z 42 f.), Y. habe nie darauf bestanden, diese Retrozessionen zu bekommen (pag. 06 01 003 Z 17 f.), Y. habe gewusst, dass er Retrozessionen erhalte und habe nie reklamiert deswegen (pag. 06 01 003 Z 21

f.), Y. sei über die Retrozessionen informiert gewesen (pag. 06 01 003 Z 50), er habe es ihm gesagt und sie hätten das so während der Vertragsunterzeichnung besprochen (pag. 06 01 004 Z 19 f.), er habe Y. ganz klar kommuniziert, dass er Retrozessionen ausbezahlt erhalten und dass er diese als Entschädigung behalten würde; Y. habe keinen Anspruch auf diese Retrozessionen kundgetan (pag. 06 01 003 Z 39 ff.), Retrozessionen habe er erhalten und das habe er den Kunden auch kommuniziert (pag. 06 01 022 Z 49), das Thema sei angesprochen worden (pag. 06 01 024 Z 49 f.), das Thema Retrozessionen sei ein Traktandum an den Vertragsverhandlungen gewesen (pag. 06 01 025 Z 28 f.), beide seien bei Vertragsunterzeichnung über die Retrozessionen informiert worden, keiner habe sich deswegen jemals beschwert (pag. 06 01 025 Z 46 f.), er habe die Kunden über Retrozessionen informiert, die hätten sich aber gar nicht dafür interessiert (pag. 06 01 042 Z 154 f.), Retrozessionen seien Thema bei der Vertragsbesprechung gewesen und er habe den Kunden gesagt, dass dies Vergütungen der Bank an die Vermögensverwalter seien (pag. 06 01 042 Z 159 f.), er habe die beiden informiert, dass er Retrozessionen beziehe, mehr sei darüber nicht gesprochen worden (pag. 06 01 043 Z 183 f.), er habe es bekannt gegeben (pag. WSG 074 Z 208), er habe es kommuniziert und gedacht, er hätte eine stillschweigende Akzeptanz (pag. WSG 074 Z 222), es sei bei der Besprechung auch ein Gebührenkatalog abgegeben worden, wo er gesagt habe, er werde ein Teil der Gebühren zurück erhalten (pag. WSG 075 Z 238 f.), es sei nie der Fall gewesen, dass einer der beiden nachgefragt hätte (pag. WSG 076 Z 263 f.), er habe die Retrozessionen beim Abschnitt „Börsengeschäfte“ erwähnt, als sie über die Kosten gesprochen hätten (pag. WSG 079 Z 377 f.).

- Differenzen zeigen sich nur insofern, als der Beschuldigte unterschiedliche Ausführungen machte, in welcher Deutlichkeit er den Kunden den Erhalt von Retrozessionen mitgeteilt habe, und inwieweit diese darauf reagiert hätten bzw. damit einverstanden gewesen seien. Diese Differenzen lassen nach Ansicht der Kammer nicht den Umkehrschluss zu, dass überhaupt gar keine Information erfolgt sein kann. Vielmehr lassen die Aussagen darauf schliessen, dass der Beschuldigte den Bezug von Retrozessionen wenn, dann nur am Rande der Vertragsverhandlungen beiläufig und als selbstverständlich erwähnte, anlässlich der Einvernahmen aber teilweise versuchte den Eindruck zu erwecken, das Thema sei durchaus konsensual zwischen ihm und seinen Kunden besprochen worden und es liege somit eine Einwilligung des Kunden vor.
- Gemäss Schilderungen des Beschuldigten lässt sich folgender (angeblicher) Ablauf rekonstruieren: *Der Beschuldigte erwähnte während der Vertragsbesprechung bei der Durchsicht des Gebührenkatalogs unter dem Abschnitt „Börsengeschäft“, dass er von der Bank einen Teil der Gebühren als Retrozessionen zurück erhalten werde und dies eine Vergütung der Bank an den Vermögensverwalter darstelle. Seine Kunden haben sich nicht weiter dafür interessiert bzw. keine Rückfragen gestellt so dass der Beschuldigte nicht weiter darauf einging und eine stillschweigende Akzeptanz seiner Kunden annahm.*
- Das Gespräch dauerte nach Aussage von W. ca. eine Stunde (pag. 06 07 007 Z 12). Während dieser Zeit mussten einige teils ausführliche und komplexe Bankdokumente gemeinsam durchgesehen und unterzeichnet werden. Ausreichend Zeit,

diese Unterlagen allesamt durchzulesen und sämtliche darauf befindlichen Einzelheiten mit dem Beschuldigten und dem Mitarbeiter der Bank A. eingehend zu besprechen, wird Y. nicht gehabt haben (vgl. Aussage von W. pag. 06 07 006 Z 34 f.). Gleichzeitig wird Y. innert kürzester Zeit vom Beschuldigten und dem Angestellten der A. Bank eine Vielzahl an Informationen mitgeteilt erhalten haben. Eine solche Flut an Informationen aufzunehmen, zu verarbeiten und schliesslich auch noch in allen Einzelheiten zu speichern, dürfte kaum möglich gewesen sein. Dies umso weniger, als Y. selbst aussagte, zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bloss Grundwissen aus der Tageszeitung betreffend die Vermögensanlage besessen (pag. 06 02 003 Z 1) und die Begriffe Finders Fees und Retrozessionen bzw. Kickbacks nicht gekannt zu haben (pag. 06 02 005 Z 46).

- Der Umstand, dass Y. gemäss eigenen Angaben bei Vertragsunterzeichnung nicht über anlagespezifisches Wissen verfügte, setzte voraus, dass der Beschuldigte ihn auf die wesentlichen Punkte aufmerksam machte und ihm deren Inhalt – falls wie bei den Retrozessionen angezeigt – erklärte. Für die Überprüfung, ob der Beschuldigte ihn über alles Wesentliche korrekt und vollständig informiert hatte, fehlte Y. das anlagespezifische Wissen, d.h. er musste auf die Informationen und Auskünfte des Beschuldigten und des Bankmitarbeiters vertrauen. Bei der Flut an Informationen und Bankdokumenten dürfte die Aufmerksamkeit von Y. somit nicht primär den Informationen gegolten haben, die der Beschuldigte bloss beiläufig mitteilte und als gegeben und nicht verhandelbar hinstellte. Unter diesen Umständen kann aber nicht ausgeschlossen werden, dass eine beiläufige Erwähnung des Beschuldigten betreffend einen Unterpunkt des Gebührenkatalogs, er werde von der Bank Retrozessionen erhalten, von Y. nicht bewusst wahrgenommen wurde bzw. gleich wieder vergessen ging, da er diese Information – wie vom Beschuldigten offensichtlich gewünscht – als nicht wesentlich einstufte. Dies würde auch die Aussage des Beschuldigten erklären, er könne nicht beurteilen, ob Y. klar gewesen sei, was Retrozessionen seien, diese ihm zustünden und welchen Umfang sie erreichten. Y. habe sich nicht weiter für die Retrozessionen interessiert oder sich darüber erkundigt (pag. 06 01 043 Z 183 ff.).
- Unter der Prämisse, dass der Beschuldigte log, als er aussagte, er habe seine Kunden über den Erhalt von Retrozessionen informiert, stellt sich für die Kammer die Frage, weshalb er konsequenterweise nicht auch betreffend die weiteren, ihn belastenden Punkte log? Weshalb sagte der Beschuldigte beispielsweise nicht aus, er habe seine Kunden über die rechtliche Situation betreffend die Retrozessionen aufgeklärt und diese hätten ausdrücklich ihr Einverständnis gegeben, sondern gab lediglich zu Protokoll, seine Kunden hätten ihn nicht weiter nach den Retrozessionen gefragt und er habe dies als stillschweigenden Akzept angesehen (pag. WSG 074 Z 222). Ebenfalls wäre es unter diesen Umständen ein leichtes für den Beschuldigten gewesen, zu behaupten, er habe seine Kunden bei Vertragsabschluss auch über die Höhe der Retrozessionen informiert. Dass er nicht in diesem Sinne aussagte, muss als weiteres Indiz für die Glaubhaftigkeit seiner Aussage gewertet werden.
- Der Beschuldigte erwähnte bereits anlässlich seiner ersten Einvernahme, er habe auf der Rückfahrt im Auto mit Y. nochmals über die Vergütung gesprochen (pag.

06 01 002 Z 42 f.). Bei Z., so der Beschuldigte, sei die Vergütung dagegen nur in den Räumlichkeiten der A. Bank angesprochen worden (pag. 06 01 023 Z 26 f., 06 01 024 Z 26 f.). Damit erwähnte der Beschuldigte in Bezug auf Y. ein besonderes Vorkommnis, welches aus Gründen der Logik und Verständlichkeit des Handlungsablaufs nicht erforderlich gewesen wäre, d.h. die Notwendigkeit, zusätzlich geltend zu machen, er habe nochmals im Auto mit Y. darüber gesprochen, bestand nicht. Die Aussage, er habe Y. anlässlich der Vertragsunterzeichnung informiert, reichte, wie bei Z., grundsätzlich aus. Weshalb der Beschuldigte seine Aussage gegenüber Y. mit einer „doppelten Lüge“ absichern sollte und gegenüber Z. nur mit einer einfachen, ist nicht ersichtlich, wusste er zum Zeitpunkt seiner ersten Aussage doch noch nicht, wie Y. und Z. später gegen ihn aussagen würden. Gleichzeitig stellt die Erwähnung der Autofahrt eine raum-zeitliche Verknüpfung dar, d.h. die Einbettung des Erzählten in einen äusseren Kontext. Das freie Erwähnen des zusätzlichen Gesprächs im Auto auf der Rückfahrt ist ein weiteres, nicht unwesentliches Indiz für die Glaubhaftigkeit der Aussage des Beschuldigten, er habe Y. über den Erhalt von Retrozessionen informiert.

- Den sichergestellten Akten ist zu entnehmen, dass der Beschuldigte seine Besprechungen und Telefonate mit seinen Kunden jeweils in einer schriftlichen Notiz oder E-Mail festhielt. Wie der Strafkörper zutreffend hinweist, fehlt eine entsprechende Notiz zu den Vertragsverhandlungen. Diese Sachverhalte jedoch – wie es der Strafkörper tut – ohne Differenzierung zu vergleichen und daraus schliessen zu wollen, wenn der Beschuldigte etwas nicht notiert habe, sei es nicht besprochen worden, erachtet die Kammer als zu einfach. Anlässlich der Vertragsbesprechungen mussten – wie bereits ausgeführt – viele Bankdokumente gemeinsam durchgesehen und besprochen werden. Dass dabei vom Beschuldigten und dem Mitarbeiter der A. Bank mündliche Ausführungen und ergänzende Erläuterungen zu den verschiedenen Dokumenten gemacht wurden, darf angenommen werden. Trotzdem fertigte weder der Beschuldigte noch der Mitarbeiter der A. Bank ergänzende Notizen an. Unter der Annahme, der Beschuldigte habe Y. lediglich bei der Durchsicht des Gebührenkatalogs beim Punkt „Börsengeschäfte“ beiläufig und ohne weitergehende Ausführungen auf die Retrozessionen hingewiesen, kann sich folgerichtig auch keine Notiz hierzu finden. Mit der Anfertigung einer Notiz, der Erwähnung der Retrozessionen im Vertrag oder auf den Abrechnungen hätte der Beschuldigte vielmehr die Aufmerksamkeit auf die Retrozessionen gelenkt, was er gerade nicht gewollt haben kann.
- Auf die Frage, wie er sich dazu äussere, dass Z. und Y. einander nicht bekannt seien, diese aber unabhängig voneinander glaubhaft ausgesagt hätten, sie seien von ihm zu keinem Zeitpunkt über die bezogenen Retrozessionen informiert worden, sagte der Beschuldigte aus, dass dies nicht den Tatsachen entspreche und von Widersprüchen keine Rede sein könne. Vielleicht hätten sie es vergessen oder es sei für sie einfach nicht wichtig gewesen zu diesem Zeitpunkt. Aussagen wie: sie würden offensichtlich lügen oder ihn wegen der erfolglosen Vermögensverwaltung absichtlich falsch belasten, machte der Beschuldigte nicht. Er bezichtigte Z. und Y. weder der Lüge noch unterstellte er ihnen rachsüchtige Motive, sondern erklärte sich ihre Aussagen mit deren Vergesslichkeit aufgrund ihres damaligen fehlenden Interesses für seine Bemerkung zu den Retrozessionen. Der Beschuldigte suchte

eine sachliche Erklärung und versuchte nicht, das Verschulden am Strafverfahren auf Z. und Y. zu verlagern, indem er ihnen eine bewusste Falschaussage unterstellte.

- Y. sagte anlässlich seiner Einvernahme aus, sein „Schwiegersohn“ habe ihm gesagt, dass er vor Gericht wahrscheinlich keine Chance hätte, da das Geld weg sei, aber dass es andere Möglichkeiten gäbe, eben u.a. Retrozessionen (pag. 06 02 005 Z 46 ff.) In einer Gesprächsnotiz vom 18. März [die Jahreszahl fehlt, dürfte aber 2008 sein] hielt der Beschuldigte fest, dass Y. ihm vorgeworfen habe, er [der Beschuldigte] habe ihn betrogen, hintergangen und sich selbst bereichert. Er sei ein Betrüger, Scharlatan und Gauner. Wenn er [Y.] untergehe, nehme er ihn mit. Weiter hielt der Beschuldigte in seiner Notiz fest (SA Nr. 4 pag.1 f.):

„Drohte damit, mich ein seinem Bekanntenkreis schlecht zu machen. Mit den Leuten zu reden und ihnen zu erzählen, was ihm widerfahren ist. Einsatz von Zeitungen nicht ausgeschlossen. Ich hätte ihm Fr. 300'000 wissentlich und willentlich verbraten. Ich wollte ihn ruinieren, schädigen. Will mich (vernichten), dass ich keine Chance mehr habe, anderen Leuten gleiches anzutun -> Will mich aus dem „Verkehr“ ziehen.“

Diese Notizen vermögen zwar nicht Auskunft darüber zu geben, ob der Beschuldigte Y. über den Bezug von Retrozessionen unterrichtet hat. Jedoch dürfen die Gesamtumstände bei der Würdigung der einzelnen Aussagen nicht vollständig ausgeblendet und unberücksichtigt bleiben. Die Notiz widerspiegelt eindrücklich die Gefühlswelt von Y., in welcher er infolge des hohen Verlustes von ca. CHF 300'000.00 steckte. Y. kann aufgrund dessen nicht mit einem unbeteiligten, objektiven Zeuge gleichgesetzt werden, der kein Interesse am Ausgang des Verfahrens hat. Y. hat durch die Vermögensverwaltung des Beschuldigten viel Geld verloren, womit er als direkt Betroffener bzw. Geschädigter mit eigenen Interessen und Motiven am Strafverfahren teilnimmt. Dies soll nicht heissen, dass Y. lügt, wenn er aussagt, er habe nichts von Retrozessionen gewusst. Vielleicht war er gerade infolge der Unterzeichnung oder Durchsicht eines Dokuments abgelenkt und hörte nicht konzentriert zu. Möglicherweise kann sich Y. auch nicht mehr an die Mitteilung erinnern, da der Beschuldigte die Vergütung möglichst beiläufig und als selbstverständlich lediglich in ein-zwei Sätzen bei den Börsengebühren erwähnte. Nicht zuletzt sind seit der Vertragsverhandlung mehrere Jahre vergangen und Y. besass dazumal nur Grundkenntnisse zum Anlagegeschäft. Retrozessionen waren ihm kein Begriff, weshalb diese bei ihm – sollten sie vom Beschuldigten in einem Nebensatz beiläufig erwähnt worden sein – keine besondere Aufmerksamkeit hervorgerufen haben dürften.

- Der Beschuldigte sagte aus, er habe Y. und Z. nicht über die Höhe der möglichen Retrozessionen informiert. Er selber habe nicht genau gewusst, wie hoch die Retrozessionen ausfallen würden. Das hänge u.a. ja vom Depotwert ab (pag. 06 01 042 Z 174 ff.). Der Strafkläger zeigt sich über diese Aussage erstaunt, sei der Satz für die Retrozessionen im Zusammenarbeitsvertrag doch bereits festgehalten gewesen. Anders als der Strafkläger kann die Kammer aus dieser Verknüpfung keine weiteren Rückschlüsse auf die Frage ziehen, ob der Beschuldigte Y. über den Erhalt von Retrozessionen informiert hat oder nicht. Der Beschuldigte sprach in seiner Aussage offenkundig die Höhe der im Verlaufe der Vermögensverwaltung

tatsächlich anfallenden Retrozessionen an, gab er doch zu bedenken, dass dies u.a. vom Depotwert abhängt. Er bezog sich damit nicht auf die fixe Regelung von 40 %, welche bereits durch den Zusammenarbeitsvertrag mit der A. Bank vertraglich festgelegt war. Der Beschuldigte bestritt denn auch nie, seine Kunden weder über die 40 % Regelung mit der A. Bank noch die von ihr später tatsächlich ausgerichteten Retrozessionen informiert zu haben.

- Die Verblüffung und Aufregung von Z. und Y. über die Höhe der insgesamt ausbezahlten Retrozessionen (pag. 06 03 006 Z 7 bzw. 06 02 006 Z 43) kann allenfalls als Indiz gewertet werden, dass sie über die Auszahlung von Retrozessionen an den Beschuldigten tatsächlich nicht informiert waren. Andererseits ist zu beachten, dass die Retrozessionen über eine Zeitdauer von mehreren Jahren zusammenge-rechnet und als Gesamtbetrag Z. und Y. mitgeteilt wurden. Diese Kunden haben fast alles angelegte Geld verloren. Die Gesamtsumme war um einiges höher, als ihr verbliebenes, vom Beschuldigten verwaltetes Vermögen. Beide hatten durch den Beschuldigten einen hohen Vermögensverlust hinnehmen müssen und mussten nun erfahren, wie viel der Beschuldigte nebst seinem vertraglich vereinbarten Honorar zusätzlich an ihrer Vermögensverwaltung verdiente. Da erscheinen auf mehrere Jahre hochgerechnete Retrozessionen als zusätzliche Entlohnung für die aus ihrer Sicht mehr als schlechte Vermögensverwaltung verständlicherweise als viel zu hoch. Beiden wurde – gemäss unbestrittenem Sachverhalt – vom Beschuldigten nicht mitgeteilt, wie sich die Retrozessionen berechnen und wie hoch diese in etwa ausfallen würden bzw. tatsächlich ausgefallen sind. Selbst wenn der Beschuldigte Z. und Y. am Rande über seine Vergütung hinwies, konnten sie sich somit deren Umfang bzw. Gesamtausmass nicht vorstellen. Dass die Nennung der Gesamtsumme zu den protokollierten Gemütsbewegungen führte, ist somit – mit oder ohne beiläufige Erwähnung, er werde Vergütungen erhalten – nachvollziehbar. Selbst der Beschuldigte zeigte sich im ersten Moment über die Höhe seiner gesamthaft bezogenen Retrozessionen erstaunt. Erst als ihm die Berechnung vorgelegt wurde und er den Gesamtbetrag auf die Dauer eines Jahres runterbrach, legte sich seine Verblüffung (pag. 06 01 003 Z 6 ff., 06 01 005 Z 26 ff., 06 01 023 Z 8 ff.)
- E. war zur Zeit der Vertragsunterzeichnung zwischen dem Beschuldigten und Y. nicht mehr bei der A. Bank angestellt. Eine eingehende Auseinandersetzung mit seinen sich selbst widersprechenden Aussagen und die Beantwortung der Frage, ob deren zweite eine reine Gefälligkeitsaussage darstellt, können somit unterbleiben. Nur soviel sei angemerkt: Die zweite Aussage von E. stellt – entgegen den Ausführungen des Straflägers – nicht *klarerweise* ein Gefälligkeitszeugnis dar. So widerspricht bereits seine erste Aussage den objektiven Beweisen, dass der Beschuldigte von der A. Bank keine Finder-Fees sondern einzig Retrozessionen erhielt. Den Grund für die Verwechslung konnte er einigermaßen plausibel und sachlich nachvollziehbar erklären, indem er aussagte, er arbeite seit vier Jahren bei der M. Bank, bei der es nur Kommissionen und keine Retrozessionen gäbe. Für ihn seien Kommissionen ein globaler Begriff (pag. 06 05 027 Z 38 ff.). Die Tatsache, dass er jedoch anlässlich der ersten Einvernahme ausdrücklich und gleich mehrfach nach Retrozessionen gefragt wurde und solche ausdrücklich verneinte (pag. 06 05 005 Z 45 und 50), lassen seine Ausführungen insgesamt als zu wenig

glaubhaft erscheinen, als dass ihnen vorliegend etwaige Aussagekraft zugesprochen werden könnte.

Alles in allem bestehen für die Kammer nicht zu überwindende Zweifel, dass der Beschuldigte im Rahmen der Vertragsgespräche Y. nicht doch beiläufig und in allgemeiner Art und Weise auf die Vergütungen hinwies, die er von der Bank erhalten werde. Gemäss Art. 10 Abs. 3 StPO geht das Gericht von der für die beschuldigte Person günstigeren Sachlage aus, wenn unüberwindliche Zweifel an der Erfüllung der tatsächlichen Voraussetzungen der angeklagten Tat bestehen. Im vorliegenden Fall bedeutet dies, dass der Beschuldigte Y. über die Retrozessionen informierte, jedoch nur beiläufig und am Rande, so dass Y. – wie vom Beschuldigten erhofft – sich nicht weiter dafür interessierte und Nachfragen diesbezüglich unterliess.

Betreffend die Gründe, warum sich der Beschuldigte so verhielt bzw. zur Klärung der dritten Beweisfrage kann vollumfänglich auf die Erwägungen der Vorinstanz sowie die Erwägungen der Kammer zum Deliktsworwurf zum Nachteil von Z. verwiesen werden (vgl. pag. WSG 134 f. und 144 sowie Ziff. II.1.5 hiervor).

2.6 Erstellter Sachverhalt

Die Kammer geht in Übereinstimmung mit der Vorinstanz von folgendem erstellten Sachverhalt betreffend die Vermögensverwaltung von Y. aus:

Der Beschuldigte wusste als lizenziierter Jurist und langjähriger Bankmitarbeiter, dass die Retrozessionen den Kunden zustehen würden, solange diese nicht förmlich darauf verzichteten (was sie nur in Kenntnis, dass die Retrozessionen eigentlich ihnen zustehen würden, hätten tun können). Der Beschuldigte erwähnte gegenüber Y. zwar beiläufig, dass er Retrozessionen bzw. allgemein eine Vergütung von der A. Bank erhalten werde, gab ihm aber keine weiteren Einzelheiten dazu bekannt und teilte ihm insbesondere auch nicht mit, dass diese Retrozessionen eigentlich ihm zustehen würden. Der Beschuldigte hielt Y. seinen Anspruch auf die Retrozessionen vor, um diesen zu täuschen, denn er war auf die Einnahmen aus den Retrozessionen angewiesen und hatte die Absicht, diese für sich zu behalten.

Der Beschuldigte befand sich in keinem Irrtum betreffend den Anspruch seiner Kunden an den Retrozessionen. Die Aussage des Beschuldigten, er sei von einem stillschweigenden Akzept dieser Kunden ausgegangen, muss als Schutzbehauptung angesehen werden, wusste er doch gemäss eigenen Angaben nicht, ob sie den Begriff Retrozessionen sowie dessen Bedeutung überhaupt kannten und sich ihres Anspruchs bewusst waren.

III. Sachverhalt und Beweiswürdigung betreffend passive Privatbestechung

1. Unbestrittener Sachverhalt

Die Vorinstanz führte betreffend den unbestrittenen Sachverhalt Folgendes aus (pag. WSG 154):

Zum Sachverhalt kann grundsätzlich auf das oben Ausgeführte verwiesen werden. Zusammenfassend erhielt der Beschuldigte gestützt auf den Abschluss einer Vereinbarung

betreffend die externe Vermögensverwaltung mit der A. Bank Retrozessionen von insgesamt CHF 89'275.55 aus den Vermögensverwaltungsmandaten von Z. und Y..

In diesem Kontext ist zusätzlich von Bedeutung, dass sich der Beschuldigte offenbar bereits 1993 bei der L. Bank über den Erhalt von Retrozessionen erkundigt hatte, als er sich selbständig machte, was aus dem Schreiben der L. Bank vom 27.09.1993 hervorgeht (pag. 03 06 005).

In Übereinstimmung mit den vorinstanzlichen Ausführungen hat als unbestritten zu gelten, dass zwischen dem Beschuldigten und der A. Bank eine Vereinbarung betreffend externe Vermögensverwaltung bestand, in welcher sich die A. Bank in Artikel 5 verpflichtete, dem Beschuldigten je 40 % der Nettobeträge der Börsencourtage und Depotgebühren seiner Kunden als Retrozessionen zu entrichten (pag. 04 01 011 ff.). Darauf gestützt erhielt der Beschuldigte im Rahmen seiner Verwaltungsverträge mit Y. und Z. von der A. Bank Retrozessionen von insgesamt CHF 89'275.55. Gemäss Aufstellung der A. Bank vom 12. November 2008 erhielt der Beschuldigte für die Verwaltung des Vermögens von Y. für den Zeitraum ab Juli 2006 Rückvergütungen von insgesamt CHF 7'644.90 (pag. 04 01 025).

Wie das Beweisergebnis unter Ziff. II.2.6 ergab, informierte der Beschuldigte Y. nur am Rande der Vertragsverhandlungen über den Erhalt von Retrozessionen. Hingegen liess er seinen Anspruch an den Retrozessionen sowie deren Höhe bewusst unerwähnt und verzichtete auf eine Aufführung der Retrozessionen im Verwaltungsvertrag sowie in den Abrechnungen.

In einem Schreiben der L. Bank vom 27. September 1993 teilte diese dem Beschuldigten eine Offerte betreffend folgender Banktransaktionen mit (pag. 03 06 005): 30 % Rückerstattung auf eigene Courtage bei Börsentransaktionen, 30 % Rückerstattung auf eigene Treuhandkommissionen bei Treuhandanlagen, 25 % Retrozessionen auf eigene Depotgebühren sowie Finders-Fee in Form von zwei Tranchen zu je 0.2 %.

2. Bestrittener Sachverhalt

Der Beschuldigte hat nur für Handlungen nach dem 30. Juni 2006 eine allfällige Strafbarkeit durch passive Privatbestechung zu gewärtigen, weshalb die nachfolgende Beweismwürdigung grundsätzlich auf den Bereich nach 30. Juni 2006 beschränkt werden kann. Konkret stellen sich die folgenden beiden Fragen:

1. Zog der Beschuldigte nach dem 30. Juni 2006 einen Bankenwechsel in Erwägung und wenn ja, was hat ihn zum Verbleib bei der A. Bank bewogen?
2. Was waren die Gründe für die Wertpapiertransaktionen nach dem 30. Juni 2006?

3. Beweismwürdigung der Vorinstanz

Beweismwürdigend führte die Vorinstanz aus (pag. WSG 143 f.):

Als erstes ist die Frage zu klären, was den Beschuldigten bewog, mit dem Vermögen seiner Kunden zur A. Bank zu gehen. Er sagte dazu zusammenfassend aus, dies hätte nichts mit den Retrozessionen zu tun gehabt, solche hätte er bei jeder Bank erhalten, sondern damit, dass die Herren E. und W., die er schon von der L. Bank her gekannt habe, zur A. Bank

gegangen seien, mit anderen Worten hätten dort Personen gearbeitet, die er gekannt habe. Zudem habe die A. Bank als Tochter einer Kantonalbank Sicherheit (Staatsgarantie) geboten, deshalb habe er sich für sie entschieden.

Die Aussagen des Beschuldigten erscheinen zwar nachvollziehbar, darin kann aber nicht der einzige Grund gelegen haben, dass er mit seinen Kunden zur A. Bank ging. Es fällt auf, dass er im Zusammenhang mit der Vermögensverwaltung von Z. mit keiner anderen Bank Verhandlungen über den Abschluss einer externen Vermögensverwaltung führte, also auch nicht mit anderen Banken, die über eine Staatsgarantie verfügten. Ausserdem dürfte er als langjähriger Mitarbeiter der H. Bank und der L. Bank nicht nur Personen gekannt haben, die zur A. Bank gegangen waren. Es erscheint denn auch aufgrund der allgemeinen Lebenserfahrung als sehr wahrscheinlich, dass die ihm angebotenen Retrozessionen bei seinem Entscheid, mit den Kunden zur A. Bank zu gehen, eine wichtige Rolle spielten.

Im vorliegenden Zusammenhang ist jedoch letztlich nicht entscheidend, weshalb der mit seinen Kunden zur A. Bank ging. Es ist einzig relevant, warum er die Kundengelder auch nach dem 01.07.2006 bei der A. Bank beließ. Die Anklageschrift geht offenbar davon aus, dass der Beschuldigte aus den gleichen Gründen bei der A. Bank verblieb, die ihn bewogen hatten, zu dieser Bank zu gehen, nämlich insbesondere die Bekanntschaft der dort tätigen Herren E. und W., bzw. die Sicherheit (Staatsgarantie) der Bank als Tochter einer Kantonalbank. Im Rahmen der Hauptverhandlung sagte der Beschuldigte sinngemäss lediglich aus, er habe sich gar nie Gedanken gemacht, die Bank zu wechseln.

Die Argumentation der Staatsanwaltschaft vermag nicht zu überzeugen. Die Personen, die der Beschuldigte von früher kannte, arbeiteten im Jahre 2006 längst nicht mehr dort und Staatsgarantien hätte er auch bei einer anderen Bank gefunden. Seine Aussage, dass er sich schlicht keine Gedanken über einen Wechsel machte, erscheint dagegen glaubhaft. Es gab aus seiner Sicht keinen Grund, über einen Wechsel zu einer anderen Bank nachzudenken. Im Gegenteil, angesichts der überaus geringen Summe, die er 2006 noch zu verwalten hatte und der geringen Anzahl Kunden, dürfte es für ihn praktisch unmöglich gewesen sein, mit einer anderen Bank Verträge über die externe Vermögensverwaltung abzuschliessen. Er konnte froh sein, angesichts seiner geringen Umsätze bei der A. Bank weiter als selbständiger Vermögensverwalter zugelassen zu sein.

4. Ausführungen der Parteien

Der **Beschuldigte** stellt in seiner Berufungsbegründung in Abrede, dass die zur Diskussion stehenden Handlungen – das Belassen der Vermögenswerte bei der A. Bank und das Entgegennehmen derer Retrozessionen – durch die Ausschüttung der Retrozessionen verursacht worden wären. Alle Banken schütteten Retrozessionen aus und es sei in keiner Weise erstellt, dass diejenigen der A. Bank besonders hoch gewesen wären. Schon daher könne ausgeschlossen werden, dass die Retrozessionen der A. Bank die Auswahl oder das Beibehalten der Bank durch den Beschuldigten beeinflusst hätten.

Der **Strafkläger** hingegen gibt in seiner Anschlussberufungsbegründung zu bedenken, dass der Beschuldigte den Zusammenarbeitsvertrag mit der A. Bank wohl kaum geschlossen habe, weil die Chemie mit der L. Bank nicht mehr stimmte, die Herren E. und W. zur A. Bank gewechselt hätten, letztere als Tochter einer Kantonalbank Si-

cherheit bot und er von jeder Bank Retrozessionen erhalten hätte, sondern offenkundig, weil es die einzige und naheliegendste Bank gewesen sei, die ihm überhaupt ohne grosse weitere Nachfragen Retrozessionen bezahlt habe. Die Staatsgarantie könne keine Rolle gespielt haben, behaupte der Beschuldigte nicht einmal, mit allfälligen anderen Instituten mit Staatsgarantien Verhandlungen geführt zu haben. Als Fazit sei festzuhalten, dass der Hauptgrund für die Wahl der A. Bank die Retrozessionen gewesen seien, schliesslich habe der Beschuldigte diese aufgrund seiner seit 2002 dauernden Arbeitslosigkeit dringend benötigt. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz könne nicht davon ausgegangen werden, der Beschuldigte habe sich keine Gedanken über irgendeine Wettbewerbssituation gemacht und wegen seiner geringen Umsätze keine andere Möglichkeit gehabt, eine andere Bank zu finden und entsprechend die Gelder bei der A. Bank belassen. Wesentlich sei, dass er die Retrozessionen behalten und diese nicht an den Strafkläger weitergeleitet resp. ihn zumindest darüber informiert habe. Es sei hinreichend, dass der Beschuldigte gewusst habe, resp. in Kauf genommen habe, ihn nicht in rechtlich notwendigem Mindestumfang über die Zuwendung informiert zu haben.

In ihrer Stellungnahme zur Anschlussberufung des Strafklägers führt die **Generalstaatsanwaltschaft** aus, dass die Argumentation des Beschuldigten, er habe die A. Bank ausgewählt, weil er diverse Mitarbeiter gekannt und die Bank als Tochtergesellschaft der G. Kantonalbank Sicherheit durch Staatsgarantie geboten habe, nicht widerlegt werden könne. Es könne ebenso wenig nachgewiesen werden, dass der Beschuldigte sein Ermessen aufgrund der Rezessionsvereinbarung zu Gunsten der A. Bank ausgeübt habe. Zu einer solchen Abmachung wären auch andere Banken bereit gewesen, wie im konkreten Fall die L. Bank, mit der bereits eine solche Vereinbarung bestanden habe. Die vereinbarte Höhe habe dem damals üblichen entsprochen, was sich ebenfalls aus der Vereinbarung mit der L. Bank ergebe. Aufgrund des Rückwirkungsverbots könne einzig das Belassen der Wertschriften bei der A. Bank als die im Zusammenhang mit der Vorteilsgewährung stehenden Ermessensausübung in Frage kommen, nicht aber der ursprüngliche Entscheid, die Kundenbeziehung mit der A. Bank einzugehen. Es könne davon ausgegangen werden, dass die Gründe für den Entscheid des Beschuldigten, zur A. Bank zu gehen, denjenigen entsprächen, dort zu bleiben. Ebenfalls plausibel sei die Ansicht der Vorinstanz, dass sich der Beschuldigte gar keine Gedanken über einen Wechsel der Bank gemacht habe. So oder anders sei nicht nachweisbar, dass die Retrozessionen die Geschäftsführung des Beschuldigten beeinflusst hätten. Das gleiche gelte mit Bezug auf die Retrozessionen der Börsencourtage. Es könne nicht nachgewiesen werden, dass der Beschuldigte gewisse Transaktionsentscheide nicht aufgrund objektiver Kriterien getroffen habe, sondern mit dem Ziel, mehr Retrozessionen zu generieren (sog. Churning). Die verhältnismässig hohe Zahl von Wertschriftenkäufen und -verkäufen könne mit den ambitiösen Anlagezielen von Y. und seiner damit verbundenen Risiko- und Spekulationsbereitschaft erklärt werden, wie dies auch aus dem unterzeichneten Anlageprofil hervorgehe.

Der **Beschuldigte** bringt in seiner Stellungnahme zur Anschlussberufung des Strafklägers vor, dass nicht einmal von den Auftraggebern behauptet werde, er habe pflichtwidrig die A. Bank ausgewählt und Transaktionen über diese abwickeln lassen. Das Beweisverfahren habe keine Anhaltspunkte geliefert, dass er aussergewöhnlich

hohe Retrozessionen erhalten habe oder dass er, um mehr Retrozessionen zu erhalten, besonders viele Transaktionen abgewickelt habe.

5. Beweiswürdigung der Kammer

Der Beschuldigte sagte anlässlich der vorinstanzlichen Hauptverhandlung aus, er habe keine Veranlassung gesehen, das Vermögen seiner beiden Kunden zu einer anderen Bank zu wechseln (pag. WSG 078). Schreiben an andere Banken betreffend eine Auskunft über eine mögliche Zusammenarbeit als externer Vermögensverwalter liegen übereinstimmend mit seinen Aussagen nicht vor. Er erhielt durchgehend 40 % Retrozessionen und betreute Mitte 2006 lediglich zwei Kunden mit vergleichsweise nur noch geringem Vermögen. In den Unterlagen finden sich keine Hinweise, dass er mit den Dienstleistungen der A. Bank im Allgemeinen unzufrieden war, an einen Wegzug dachte oder die Möglichkeit eines Wegzugs in einem Schreiben an die A. Bank aufwarf. Den Aussagen des Beschuldigten und den Dokumenten in den beschlagnahmten Akten lassen sich keine Hinweise entnehmen, dass sich der Beschuldigte nach dem 30. Juni 2006 bei einem anderen Geldinstitut über ein mögliches externes Vermögensverwaltungsverhältnis informierte. Insgesamt erscheint seine Aussage, er habe sich keine Wechselgedanken gemacht, somit glaubhaft. Dem Beschuldigten kann nicht nachgewiesen werden, dass er nach dem 30. Juni 2006 mit dem Gedanken spielte, die Kundengelder zu einer anderen Bank zu transferieren. Aufgrund der Tatsache, dass sich der Beschuldigte nach Ansicht der Kammer keine konkreten Wechselgedanken machte, fehlte ihm auch das Bewusstsein wettbewerbsrelevanten Verhaltens. Er entschied sich nach 30. Juni 2006 nicht bewusst erneut für die A. Bank und gegen andere Finanzinstitute.

Damit ist jedoch nichts darüber gesagt, weshalb er dies unterliess bzw. weshalb er auch nach dem 30. Juni 2006 ohne Wechselgedanken bei der A. Bank blieb. Insbesondere fragt sich, ob der Beschuldigte auch bei einem Wegfall der Retrozessionen nach 30. Juni 2006 bei der A. Bank verblieben wäre.

Wie die Vorinstanz zu Recht feststellte, werden die Retrozessionen beim Beschuldigten einen nicht unbedeutenden Einfluss auf die Wahl der A. Bank als Partnerin zur externen Vermögensverwaltung ausgeübt haben. Der Beschuldigte sagte diesbezüglich aus, dass er die Retrozessionen als Entschädigung für seine Arbeit verstanden habe (pag. 06 01 003 Z 22 f.), er diese als Entschädigung erhalten (pag. 06 01 004 Z 40 f.) und für den allgemeinen Lebensunterhalt verwendet habe (pag. 06 01 005 Z 22). Mit Schreiben vom 16. Dezember 2002 betreffend die Depot-Neueröffnung für Y. schrieb der Beschuldigte: „Ich gehe davon aus, dass die Retrozessionen 40% beträgt!“ (pag. 06 01 037). Der Satz ist als einziger im Schreiben unterstrichen und mit einem Ausrufezeichen ergänzt. Aufgrund dieser Aussagen und den weiteren Umständen steht für die Kammer beweismässig fest, dass der Beschuldigte die A. Bank ohne jegliche Auszahlung von Retrozessionen nicht gewählt hätte. Die Rückvergütung stellte für den Beschuldigten ein wesentliches Auswahlkriterium bei der Wahl der A. Bank als Depotbank dar.

Im gleichen Umfang muss als erstellt gelten, dass der Beschuldigte bei einer Einstellung der Retrozessionszahlungen die Zusammenarbeit mit der A. Bank beendet oder zumindest einer genaueren Überprüfung unterzogen hätte. Der Beschuldigte sagte

aus, er habe die Retrozessionszahlungen als Entschädigung für seine Arbeit gesehen (pag. 06 01 003 Z 22 f.), wenn man sonst nichts habe, sei das nicht viel (pag. 06 01 023 Z 9), ganz gratis könne er auch nicht arbeiten (pag. 06 01 005 Z 19), es sei ein guter Zustupf gewesen (pag. 06 01 044 Z 242) und er habe es als Bestandteil des Vergütungspakets angesehen (pag. WSG 073). Diese Aussagen zeigen den Stellenwert, den die Retrozessionen beim Beschuldigten einnahmen. Sie waren – nach seiner Auffassung – Teil seiner Auftragsvergütung. Er war auf die Retrozessionen finanziell angewiesen (vgl. Ausführungen der Vorinstanz auf pag. WSG 134 f.). Wären die Retrozessionszahlungen ausgeblieben, wäre eine nicht unbedeutende Einkommensquelle seiner beiden Auftragsmandate weggefallen. Ein Wechsel der Depotbank hätte sich unter diesen Umständen zwangsläufig aufgedrängt. Denn wie der Beschuldigte selbst aussagte, hätte er bei jeder Bank Retrozessionen erhalten, wobei die Höhe dann einfach eine Frage der Vereinbarung gewesen wäre (pag. 06 01 040 Z 81 f.). Die Rückvergütungen dürften somit ohne weiteres mitursächlich gewesen sein, dass der Beschuldigte sich auch nach Juni 2006 keine Wechselgedanken machte. Von Seiten der Kammer bestehen aufgrund der genannten Umstände keine ernsthaften Zweifel, dass der Beschuldigte, hätte die A. Bank die Auszahlung von Retrozessionen eingestellt, einen Bankenwechsel zumindest geprüft hätte. Dass die konkreten Umstände einen Bankenwechsel verlangt bzw. erfordert hätten, wird dem Beschuldigten nicht vorgeworfen.

Betreffend den Wertpapierhandel kann nicht nachgewiesen werden, dass der Beschuldigte sich von der jeweiligen Auszahlung der Retrozessionen beeinflussen liess und seine Wahl – ob, wie oft und in welchem Umfang eine rückvergütungsauslösende Dienstleistung der A. Bank beansprucht werden soll – nicht nach objektiven Kriterien traf. Das Kundenprofil von Y. sah ein aggressives Auftreten am Markt vor (pag. 06 01 019). Es sollte eine *„aktive, auf absolute Performance gerichtete Anlagepolitik verfolgt werden“*. Restriktionen in Bezug auf die Anlagekategorien bestanden keine und der Einsatz von derivativen Instrumenten, auch von Futures, war erlaubt. Bei einer solchen Strategie stellt eine hohe Anzahl Transaktionen in jeweils nicht unerheblichem Umfange nichts Aussergewöhnliches dar. Es finden sich auch keine Anhaltspunkte oder Schreiben von Y. in den Akten, die darlegten, dass der Beschuldigte Wertpapierhandel entgegen den Anweisungen von Y. tätigte. Jedenfalls kann unter diesen Umständen dem Beschuldigten kein bewusstes Umwälzen des Kundenvermögens unterstellt werden (sog. Churning). Es fehlen Transaktionen, die sich nur mit der Absicht, Retrozessionen zu generieren, nachvollziehbar begründen lassen und aufzeigten, dass der Beschuldigte beim Wertpapierhandel aufgrund der Retrozessionszahlungen die Interessen von Y. hinter seine eigenen und die der A. Bank stellte. Zu Gunsten des Beschuldigten ist folglich davon auszugehen, dass seine jeweiligen Entscheide, Transaktionen bei der A. Bank in Auftrag zu geben, sich nur auf objektive Kriterien stützten und durch die Rückvergütung nicht beeinflusst bzw. verfälscht wurden.

Der Beschuldigte war sich über seine Stellung als unabhängiger Vermögensverwalter, welcher für Privatkunden bei Depotbanken ihr Privatvermögen verwaltet, im Klaren. Er nahm anlässlich der Vermögensverwaltung von Y. wissentlich und willentlich von der A. Bank 40 % Retrozessionen auf den Nettobeträgen der Depotgebühren und Börsencourttagen entgegen und verwendete diese zur Bestreitung seines Lebensunterhalts. Ihm war bekannt, dass er die Retrozessionen nur erhielt, weil er das Kunden-

vermögen von Y. bei der A. Bank anlegte und kostenpflichtige Dienstleistungen der A. Bank in Anspruch nahm. Gleichzeitig wusste er, dass andere Banken ebenfalls Retrozessionen anbieten würden und die Höhe der Rückvergütungen grundsätzlich verhandelbar ist (pag. 06 01 040 Z 81 f.).

6. Erstellter Sachverhalt

In Ergänzung zum unbestrittenen Sachverhalt in Ziff. III.1 erachtete es die Kammer beweismässig als erstellt, dass die Auszahlung von Rückvergütungen (40 % auf den Depotgebühren und 40 % auf den Börsencourtage) für den Beschuldigten mit ursächlich bei der Wahl der A. Bank als Depotbank war. Die durchgehende Gewährung von Retrozessionen während der gesamten Dauer des Verwaltungsverhältnisses war ebenfalls mit ausschlaggebend, dass der Beschuldigte auch nach Juni 2006 nicht mit Wechselgedanken spielte und sein Verhalten nicht als wettbewerbsrelevant erfasste. Betreffend den Wertpapierhandel lässt sich keine Handlung nachweisen, welche auf Grund der Erzielung von Retrozessionen vorgenommen wurde (sog. Churning).

Der Beschuldigte war sich über seine Stellung als unabhängiger Vermögensverwalter im Klaren und behielt die Retrozessionen zur Bestreitung seines Lebensunterhalts. Ihm war bekannt, dass er die Retrozessionen nur erhielt, weil er Kundenvermögen bei der A. Bank anlegte und verwaltete.

IV. Rechtliche Würdigung

1. Betrug

1.1 Ausführungen der Vorinstanz

Die Vorinstanz hat die rechtlichen Grundlagen zum Betrug korrekt wiedergegeben, weshalb darauf verwiesen werden kann (pag. WSG 144 ff.).

Den erstellten Sachverhalt würdigte die Vorinstanz rechtlich wie folgt (pag. WSG 146 ff.):

In der Anklageschrift wird dem Beschuldigten zunächst einmal eine Täuschung über den Herausgabeanspruch vorgeworfen. Wie die Beweiswürdigung gezeigt hat, hat der Beschuldigte zwar beiden Kunden gesagt, dass er von der Bank eine Entschädigung erhalte, er hat ihnen aber nicht gesagt, dass sie einen Anspruch auf Herausgabe der entsprechenden Retrozessionen haben und er hat den Bezug der Retrozessionen auf den Abrechnungen nicht aufgeführt, wodurch diese unvollständig waren. D.h. er hat Tatsachen, auf deren Kenntnis die Kunden einen Anspruch hatten, unterdrückt und sie dadurch getäuscht. Offenkundig wurden die beiden Kunden durch diese Täuschung in einen Irrtum (nämlich über die ihnen grundsätzlich zustehenden Gelder) versetzt. Indem sie diese ihnen zustehenden Gelder nicht geltend machten, schädigten sie sich selbst am Vermögen, d.h. auch dieses Tatbestandselement ist gegeben. Die entscheidende Frage auf der objektiven Seite ist, ob die Täuschung durch den Beschuldigten auch arglistig war. Die Staatsanwältin wirft dem Beschuldigten vor, dass er davon ausgehen konnte, die Kunden würden aufgrund des fehlenden Wissens über die Retrozessionen, insbesondere die Höhe und ihren Anspruch darauf,

keine Überprüfung vornehmen und darüber hinaus eine solche bei der Bank auch nicht erfolgreich gewesen wäre.

Das Gericht kommt beweiswürdigend zum Schluss, dass der Beschuldigte die Kunden zwar nicht über ihren Anspruch auf die Retrozessionen und ihre Höhe informierte. Er sagte ihnen aber, dass er von der Bank eine Entschädigung erhielt. Z. ging sogar davon aus, dass er für jede Transaktion eine Entschädigung erhalten werde. D.h. der Beschuldigte liess den Kunden durchaus eine Information zukommen, die sie bei gebotener Sorgfalt hätte dazu bringen sollen, nachzufragen. Sie hätten den Beschuldigten problemlos fragen können und sollen, wie hoch die Entschädigung sei und ob diese seine Anlageentscheide irgendwie beeinflussen könne. Keiner der beiden Kunden fragte zu irgendeinem Zeitpunkt nach. Dass sie effektiv bei der Bank keine Auskunft erhielten, wie der Schriftwechsel von Fürsprecher F. mit der A. Bank zeigt, spielt in diesem Zusammenhang keine Rolle. Die Kunden hätten schlicht und einfach bei ihrem Vermögensberater nachfragen können. Es gibt in den Akten keinerlei Hinweise darauf, dass der Beschuldigte sie irgendwie davon abgehalten hätte, weitere Fragen zu stellen. Er hatte zwar zweifellos gehofft – was dann auch eintrat –, dass die beiden Kunden nicht weiter nachfragen würden und es ihm so möglich sein würde, die Retrozessionen behalten zu können, aber darauf vertrauen konnte er nicht. Es ist denn auch zu berücksichtigen, dass er weder Z. noch Y. näher kannte oder näher mit ihnen befreundet war. Beide Personen lernte er zwar im privaten Umfeld kennen, hatte aber keinen engen Kontakt zu ihnen. Alle drei Personen sagten an der Hauptverhandlung aus, sie hätten sich zwar im privaten Rahmen kennen gelernt und es sei ein kollegiales Verhältnis gewesen, besonders nahe standen sie sich aber nicht. Bei Z. und Y. handelt es sich zudem nicht um völlig naive, weltfremde Männer, sondern um zwei Personen, die über bemerkenswert hohe Vermögenswerte verfügten. Y. war als Hotelier jahrelang in leitenden Funktionen grösserer Betriebe tätig und Z. hat gar einen MBA abgeschlossen, sie waren beide gut ausgebildet und nicht besonders vertrauensselig. Der Beschuldigte hat also auch nicht besonders wehrlose Opfer getäuscht. Beide hatten ferner zuvor ihr Geld bei einer Bank angelegt und hatten entsprechend Erfahrung im Bereich der Vermögensverwaltung. Sie wussten, dass die Vermögensverwaltung Kosten verursacht.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Beschuldigte weder ein Lügengebäude errichtete noch sonst sich besonderer Machenschaften oder Kniffe bediente. Er hat eine einfache falsche Angabe gemacht, welche jedoch durch die Kunden ohne weiteres hätte überprüft werden können und die Überprüfung wäre auch zumutbar gewesen. Der Beschuldigte hat die Geschädigten auch nicht von einer Überprüfung abgehalten und konnte auch nicht voraussehen, dass diese insbesondere aufgrund ihrer Erfahrung von einer Überprüfung abgesehen hätten. Die Arglist ist insgesamt zu verneinen, der objektive Tatbestand des Betrugs ist somit nicht erfüllt.

Auch der subjektive Tatbestand ist nicht gegeben. Der Beschuldigte wollte zwar zweifellos seinen beiden Kunden etwas verschweigen, um so die Retrozessionen selbst behalten zu können. Er wollte aber sie nicht arglistig täuschen, denn er konnte in der vorliegenden Konstellation aus seiner Optik nicht darauf vertrauen, dass die beiden nicht nachfragen würden, als er ihnen gegenüber beiläufig die Entschädigung erwähnte. Allein aus der Tatsache, dass der Beschuldigte einen Teil der Informationen über die Retrozessionen für sich behielt, kann nicht auf den Vorsatz einer arglistigen Täuschung geschlossen werden. Hätte er wirklich arglistig täuschen wollen, dann hätte er gar nichts von einer Entschädigung gesagt

und nicht riskiert, dass einer der beiden nach Möglichkeit noch in Anwesenheit eines Mitarbeiters der A. Bank nachfragt. Mit anderen Worten kann zumindest im Zusammenhang mit der Vermögensverwaltung von Z. nicht von einem zum Voraus geplanten, hinterhältigen, oder eben arglistigen Vorgehen ausgegangen werden. Ein eigentlicher Täuschungsplan lag nicht vor, auch wenn der Beschuldigte gehofft haben mag, dass keine Fragen gestellt werden würden. Als er rund drei Jahre später mit Y. wieder in derselben Situation war, sprach er die Retrozessionen wiederum an, ohne näher auf Details einzugehen. Auch bei Y. als erfolgreichen Geschäftsmann konnte der Beschuldigte nicht davon ausgehen, dass dieser nicht nachfragen würde. Der Beschuldigte tat aber nichts, um seine Täuschung durch Verschweigen irgendwie überzeugender zu machen, er tat nichts Zusätzliches, was seine Lüge qualifizieren würde. Gerade dies ist aber zur Bejahung der Arglist verlangt.

1.2 Ausführungen der Parteien

Der **Beschuldigte** verweist in seiner Berufungsbegründung auf die Erwägungen der Vorinstanz, erachtet jedoch nicht nur die Arglist, sondern bereits das Tatbestandsmerkmal der Täuschung als nicht erfüllt. Es sei beweismässig erstellt, dass er die Auftraggeber bei Beginn des Auftragsverhältnisses darüber informiert habe, Vergütungen von der Bank zu erhalten. Dies und der Umstand, dass er nur ein geringes – und ab einem gewissen Zeitpunkt gar kein – Honorar mehr forderte, hätte bei den Auftraggebern schon bei einfacher Überlegung zum Schluss führen müssen, dass er Retrozessionen in nicht völlig geringfügigen Summen erhalte. Was die Arglist angehe, könne mit der Vorinstanz festgestellt werden, dass kein Lügengebäude und auch keine besondere Machenschaft vorgelegen habe, indem er zwar über den Umstand orientiert habe, dass er Retrozessionen erhalte, nicht aber über deren Höhe oder Berechnung. Zur Erwähnung in der Abrechnung habe er nach der anfänglich erfolgten Information keinen weiteren Anlass gehabt. Das Beweisverfahren habe keinen Hinweis darauf gegeben, dass eine Überprüfung der Retrozessionszahlungen für die Auftraggeber nicht oder nur mit besonderer Mühe möglich oder zumutbar gewesen wäre oder er sie davon abgehalten hätte. Auch liege kein besonderes Vertrauensverhältnis vor, aufgrund dessen von einer Überprüfung abgesehen worden sei.

Der Rechtsbeistand des **Strafklägers** verweist in seiner Anschlussberufungsbegründung ebenfalls auf die allgemeinen Ausführungen der Vorinstanz zum Tatbestand des Betrugs, erachtet aber im vorliegenden Fall – entgegen der Subsumption der Vorinstanz – das Tatbestandsmerkmal der Arglist als erfüllt. Der Beschuldigte habe durch Verschweigen von Tatsachen resp. Vorspiegeln von Tatsachen Y. getäuscht. Y. habe nicht gewusst, dass Retrozessionen flössen und sei durch das Vertragskonstrukt in diesem Irrtum bestärkt worden. Der Vertrag zwischen ihm und dem Beschuldigten zeige einzig die Kommissionen nach Massgabe des verwalteten Vermögens und eine Gewinnbeteiligung ab einer gewissen Performance. Die Täuschung und der Irrtum sei durch die Abrechnungen zusätzlich verstärkt worden. Y. habe keinen Anlass gehabt daran zu zweifeln, dass der Provisionsanspruch in dem mit dem Beschuldigten geschlossenen Vertrag abschliessend aufgeführt sei. Durch diesen Irrtum habe Y. es unterlassen, seinen Herausgabeanspruch geltend zu machen, womit er vom Beschuldigten im Vermögen geschädigt worden sei. Ein Gefährdungsschaden sei hinreichend. Der Beschuldigte habe sich mit seinem Vorgehen bereichern wollen und habe die Retrozessionen für seinen Lebensunterhalt verwendet. Selbst wenn man annehme, dass

der Beschuldigte Y. über den Umstand informiert habe, Retrozessionen zu erhalten, sei die arglistige Täuschung zu bejahen. Denn auch bei einfachen falschen Angaben sei Arglist gegeben, wenn deren Überprüfung nicht oder nur mit besonderer Mühe möglich oder zumutbar ist, sowie dann, wenn der Täter den Getäuschten von der möglichen Überprüfung abhalte oder nach den Umständen voraussehe, dass dieser die Überprüfung der Angaben aufgrund eines besonderen Vertrauensverhältnisses unterlassen werde. Dem Beschuldigten sei bekannt gewesen, dass Y. in Anlagebelangen unerfahren gewesen sei. Im Kundenprofil werde dies ausdrücklich so festgehalten. Der Beschuldigte habe vor diesem Hintergrund davon ausgehen können, Y. realisiere selbst bei einer Information über die Tatsache des Erhalts von Retrozessionen nicht, dass diese ihm zustünden. Mangels dieser Kenntnis seines Kunden habe der Beschuldigte auch nicht mit Rückfragen rechnen müssen, sondern voraussehen können, dass eine weitere Überprüfung ausbleiben werde. Insofern handle es sich bei Y. um einen arglosen Kunden. Zum subjektiven Tatbestand sei festzuhalten, dass seit jeher klar gewesen sei, dass der Beauftragte alles abzuliefern habe, was er durch die Auftragsführung von Dritten erworben habe. Bereits in einem Aufsatz von 1998 von Rolf Watter, in einem Entscheid des Strafgerichts Basel-Stadt von 1999 sowie in den Standesregeln für die unabhängigen Vermögensverwaltung vom 26. März 1999 sei festgehalten worden, dass Retrozessionen dem Auftraggeber zustünden. Dies sei in der Branche somit nicht erst seit dem Urteil des Bundesgerichts vom 22. März 2006 bekannt. Als ausgebildeter Jurist habe der Beschuldigte dies zweifelsohne gewusst. Dies zeigten auch seine Aussagen im Strafverfahren und der Fall O. deutlich. Da sich Y. gegenüber dem Beschuldigten als in Anlagegeschäften unerfahren qualifiziert habe, habe er davon ausgehen dürfen und können, dass selbst im Falle der Information über den Erhalt der Retrozessionen keine Nachfragen erfolgen würden. Zudem habe der Beschuldigte davon ausgehen können, dass die A. Bank angesichts der Geheimhaltungsklausel Y. ebenfalls nicht informieren würde.

Der **Beschuldigte** erwiderte in seiner Stellungnahme zur Anschlussberufungsbegründung des Straflägers, dass ein Schuldspruch wegen Betrugs schon alleine daran scheitere, dass die Auftraggeber gewusst hätten, dass er Retrozessionen erhalte. Entsprechend könne – wie bereits ausgeführt – von keiner Irreführung die Rede sein. Er habe nicht nur nicht mit Rückfragen seiner Auftraggeber bei den Banken gerechnet, sondern er sei davon ausgegangen, dass dazu rechtlich schlicht kein Anlass bestehe. Die Auftraggeber hätten nie die Weiterleitung verlangt. Der Einbehalt von Retrozessionen durch den Vermögensverwalter sei damals unangefochtene Branchenübung gewesen, habe dieser doch im Gegenzug auf ein angemessenes (höheres) Honorar verzichtet. Strafrechtlich habe er sich infolge der Branchenübung in einem Sachverhaltsirrtum befunden, da er sich über eine zivilrechtliche Regelung mit Reflexwirkung auf den Straftatbestand getäuscht hätte. Eine vertragliche Regelung mit einem Einbehalt von Retrozessionen sei im Übrigen auch nach der neuesten Bundesgerichtsrechtspraxis nicht etwa unzulässig, soweit Klarheit und Transparenz vorherrsche.

1.3 Erwägungen der Kammer

a) Objektiver Tatbestand

Dem Vorbringen des Beschuldigten, er habe sich bereits nicht täuschend verhalten, ist klar zu widersprechen. Nach erstelltem Sachverhalt informierte der Beschuldigte seine Auftraggeber lediglich beiläufig über die Tatsache, dass er von der Bank eine Vergütung erhalten werde. Er unterliess es jedoch – entgegen seiner auftragsrechtlichen Informations- und Herausgabepflicht – seine Kunden über ihren Anspruch an den Retrozessionen zu informieren, diese auf den Abrechnungen aufzuführen und an seine Kunden herauszugeben bzw. einen rechtsgenügenden Verzicht mit ihnen abzuschliessen. Damit täuschte der Beschuldigte seine Auftraggeber über Tatsachen, auf deren Kenntnis sie als seine Auftraggeber Anspruch hatten. Das Verhalten des Beschuldigten war darauf ausgerichtet, bei den Auftraggebern eine von der Wirklichkeit (Retrozessionen stehen den Auftraggebern zu und sind – falls kein ausdrücklicher Verzicht vorliegt – diesen herauszugeben) abweichende Vorstellung hervorzurufen, mit dem Ziel, die Retrozessionen als zusätzliche Entschädigung behalten zu können. Die Auftraggeber sollten glauben, die Vergütungen der Bank stünden einzig dem Vermögensverwalter zu. Im Nichtaufführen der Retrozessionen im Vermögensverwaltungsvertrag und später in den Abrechnungen steckt zudem die konkludente Behauptung, neben der aufgeführten Entschädigung keine weitere Vergütung zu beziehen. Die Abrechnung ist unvollständig und damit unwahr. Der Beschuldigte handelte folglich gleich mehrfach – teils konkludent – täuschend. Ob darin eine Täuschung durch Tun oder Unterlassen liegt, kann offen bleiben, da selbst die erhöhten Voraussetzungen für die Täuschung durch Unterlassen grundsätzlich erfüllt wären. Bei der Vermögensverwaltung verlangt schon die auftragsrechtliche Treuepflicht nach einer entsprechenden Aufklärung (EMMENEGGER, a.a.O., S 107). Der Umstand, dass der Beschuldigte vorübergehend keine Honorar mehr forderte, ändert schliesslich nichts am täuschenden Verhalten des Beschuldigten.

Durch das täuschende Verhalten des Beschuldigten war den Auftraggebern ihr Anspruch an den Retrozessionen nicht bekannt. Sie befanden sich mithin in einem durch die Täuschung bedingten Irrtum betreffend ihren Herausgabeanspruch. Weder im Vertrag noch in den Abrechnungen wurden die Retrozessionen schriftlich aufgeführt. Den Auftraggebern blieb damit nicht nur ihr rechtlicher Anspruch verborgen, sondern auch die Höhe der durch den Beschuldigten tatsächlich bezogenen Retrozessionen.

Dieser Irrtum hielt die Auftraggeber (motivationskausal) ab, ihren Anspruch an den Retrozessionen einzufordern, womit sie sich selbst unmittelbar im Vermögen schädigten. Dieses ist um die Höhe der einbehaltenen Retrozessionen vermindert. Keine Rolle spielt bei alledem, ob die Betroffenen sich bewusst waren, über Vermögen zu verfügen: Betrogen ist auch, wer eine Forderung geltend zu machen unterlässt, von der er gerade infolge der Täuschung keine Kenntnis hat (STRATENWERTH/JENNY, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I: Straftaten gegen Individualinteressen, 7. Auflage, Bern 2010, §15 N 37). Der Einwand des Beschuldigten, die Auftraggeber hätten nie die Weiterleitung verlangt, ist insoweit unbehelflich.

b) Arglist im Besonderen

Offen bleibt zum objektiven Tatbestand des Betrugs, ob der Beschuldigte arglistig handelte, als er seine Auftraggeber über ihren gesetzlichen Anspruch täuschte. Nach erstelltem Sachverhalt erschöpfte sich das täuschende Verhalten des Beschuldigten im beiläufigen Erwähnen der Retrozessionen ohne Hinweis auf deren Höhe und den gesetzlichen Herausgabeanspruch sowie im Nichtaufführen der Retrozessionen im Vermögensverwaltungsvertrag und den späteren Abrechnungen. Der Beschuldigte bediente sich demnach einer einfachen falschen Angabe, indem er seinen Auftraggebern nur unvollständig Auskunft über die Retrozessionen erteilte und den Bezug derselben im weiteren Verlauf mit keinem Wort mehr erwähnte. Besonderer Kniffe und Machenschaften seitens des Beschuldigten bedurfte es hierzu nicht. Der Beschuldigte bediente sich auch nicht einer Mehrzahl raffiniert aufeinander abgestimmter Lügen, sondern machte sich vielmehr das fehlende anlagespezifische Wissen seiner Kunden und ihre ausgebliebenen Nach- bzw. Rückfragen anlässlich der Vertragsverhandlungen zu nutzen.

Liegt nur eine einfache falsche Angabe vor, ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung das Vorliegen einer zusätzlichen, besonderen Situation zur Bejahung der Arglist erforderlich. So ist Arglist bei einer einfachen Lüge zu bejahen, wenn die Angaben nicht oder nur mit besonderer Mühe auf ihre Richtigkeit überprüft werden können, der Täter den Geschädigten absichtlich von der Überprüfung seiner Angaben abhält, die Überprüfung der Angaben für den Geschädigten nicht zumutbar ist oder der Täter aus bestimmten Gründen voraussieht, dass der Getäuschte von einer Überprüfung absehen wird (z.B. besonderes Vertrauensverhältnis, Unerfahrenheit, Geisteschwäche etc.). Dabei ist zu beachten, dass jeder, der mit einer falschen Angabe etwas zu erreichen sucht, hofft, die mögliche Kontrolle werde nicht durchgeführt. Das allein vermag den Vorwurf der Arglist noch nicht zu begründen, würde sonst dieses Tatbestandsmerkmal den Kreis strafbarer Täuschungen kaum einschränken. Die Voraussetzung, dass nicht überprüft wird, reicht nur dort als Grundlage der Arglist aus, wo diese Voraussetzung sich aus einem besonderen Vertrauensverhältnis ergibt, auf klaren Regelungen oder Zusicherungen beruht und nicht nur eine auf gewissen Beobachtungen beruhende Erwartung darstellt, sondern eine Gewissheit (BGE 107 IV 171 E 2.c.).

Anlässlich der Vertragsverhandlungen informierte der Beschuldigte Y. und Z. über die Auszahlungen von Vergütungen seitens der Bank. Vom Beschuldigten zu verantwortende Umstände, die es Y. und Z. verunmöglicht hätten, umgehend Rückfragen zu der angesprochenen Vergütung zu stellen, sind beweismässig nicht erstellt. Das bloss beiläufige Erwähnen der Retrozessionen beim Gebührenkatalog der Bank reicht nicht zur Annahme, Y. und Z. hätten nicht oder nur mit grosser Mühe die Richtigkeit bzw. Vollständigkeit der Angabe überprüfen können. Beide hatten zu diesem Zeitpunkt die Möglichkeit, sich beim Beschuldigten über die Bewandnis der erwähnten Vergütungen zu erkundigen. Sie wussten, der Beschuldigte würde eine Vergütung von der Bank erhalten, erkundigten sich aber nicht, wie hoch diese Vergütung in etwa ausfallen werde und wie sich diese allenfalls auf seine Tätigkeit als Vermögensverwalter auswirke.

Dass Y. und Z. keine weiteren Informationen betreffend die Retrozessionen verlangten, war zwar im Interesse des Beschuldigten und von diesem zweifellos so erhofft

worden, vertrauen darauf konnte er aber nicht. Denn sowohl Y. als auch Z. waren – entgegen den Ausführungen des Strafklägers – keine völlig unerfahrenen Personen betreffend die Vermögensverwaltung. Beide Auftraggeber verfügen über eine überdurchschnittliche Ausbildung und kannten infolge ihrer hohen Vermögenswerte die Anlagetätigkeit und Vermögensverwaltung einer Bank. Von arglosen Kunden kann unter diesen Umständen keine Rede sein. Bei Y. gab der Beschuldigte im Kundenprofil zudem an, er verfüge über hobbymässige Erfahrung an den Aktienmärkten und habe bisher Anlagegeschäfte aufgrund von Bankempfehlungen getätigt (pag. 06 01 019). Ob jemand, der bereits hobbymässig im Anlagebereich tätig war, den Begriff Retrozessionen kennt und entsprechend einordnen kann, ist durchaus im Möglichen, sicherlich aber durch den Beschuldigten im Voraus nicht prognostizierbar. Der Beschuldigte durfte somit nicht mit Sicherheit damit rechnen, keine Rückfragen gestellt zu bekommen, als er die Rückvergütung beiläufig bei den Gebühren erwähnte. Der Fall O. zeigt überdies, dass es beim Beschuldigten durchaus eine Vermögensverwaltung gab, bei welcher er Retrozessionen an die Auftraggeberin auszahlte.

Hinweise in den Akten, die darauf schliessen liessen, der Beschuldigte habe Y. und Z. im Verlauf der Vermögensverwaltung absichtlich davon abgehalten, Fragen zu stellen oder seine Abrechnung zu überprüfen, finden sich nicht. Es ist nicht erstellt, dass der Beschuldigte Y. und Z. von der Überprüfung seiner Angaben abhielt. Allein das Nichterwähnen der Retrozessionen auf den Abrechnungen stellt kein solches Abhalten dar, sondern ist Teil der unvollständigen Angabe, die erst zur Täuschung der Auftraggeber beitrug.

Der Beschuldigte lernte Y. und Z. im privaten Umfeld kennen und pflegte mit ihnen einen kollegialen Umgang. Trotzdem beschränkte sich der Kontakt zwischen ihnen ausschliesslich auf die Vermögensverwaltung. Ein über die Verwaltungstätigkeit hinausgehender, privater Kontakt bestand nach Angaben sämtlicher Beteiligten nicht. Ein qualifiziertes Vertrauensverhältnis, woraus der Beschuldigte Gewissheit schöpfen konnte, dass eine Überprüfung seiner Angaben ausbleiben würde, lag somit nicht vor. Zwischen dem Beschuldigten und seinen Auftraggebern herrschte lediglich ein Vertrauensverhältnis, das dem eines gewöhnlichen Auftragsverhältnisses im Vermögensverwaltungsbereich entsprach.

Nach dem soeben Ausgeführten ist der Vorinstanz zuzustimmen, die zusammenfassend festhielt, dass der Beschuldigte weder ein Lügengebäude errichtete noch sonst sich besonderer Machenschaften oder Kniffe bediente. Er machte lediglich eine einfache falsche Angabe, die durch seine Auftraggeber in zumutbarer Weise hätte überprüft werden können. Weder hat er die Geschädigten von einer Überprüfung abgehalten noch konnte er – insbesondere aufgrund der überdurchschnittlichen Ausbildung der Auftraggeber und ihrer bereits vorhandenen Erfahrung betreffend Vermögensverwaltung – mit Gewissheit voraussehen, dass diese von einer Überprüfung absehen würden.

c) Subjektiver Tatbestand

Betreffend den subjektiven Tatbestand kann auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (pag. WSG 148). Ergänzend und mit Blick auf die (Anschluss-) Berufungsbegründungen der Parteien ist folgendes festzuhalten:

Indem der Beschuldigte seine Auftraggeber nur am Rande über die Retrozessionen informierte und dabei unerwähnt liess, dass diese grundsätzlich ihnen zustünden, täuschte er sie wissentlich und willentlich über eine Tatsache, auf deren Kenntnis sie als seine Auftraggeber Anspruch gehabt haben. Der Beschuldigte handelte hierbei in Bereicherungsabsicht, sah er die Retrozessionen doch gemäss eigenen Aussagen als zusätzliches Honorar an und verwendete diese zur Bestreitung seines Lebensunterhalts. Gleichzeitig befand sich der Beschuldigte in keinem Sachverhaltsirrtum. Wie das Beweisergebnis ergab, wusste der Beschuldigte als lizenziierter Jurist und langjähriger Bankmitarbeiter, dass die Retrozessionen den Kunden zustehen würden, solange diese nicht förmlich darauf verzichteten (was sie nur in Kenntnis, dass die Retrozessionen eigentlich ihnen zustehen würden, hätten tun können). Da er nicht wusste, ob seine Kunden sich ihres Anspruchs überhaupt bewusst waren und er die Retrozessionen als nicht verhandelbare Vergütung an den Vermögensverwalter darstellte, konnte er auch nicht von einem stillschweigenden Akzept/Verzicht ausgehen.

Hingegen fehlte dem Beschuldigten der Wille, die Täuschung arglistig auszugestalten. So erwähnte er die Retrozessionen am Rande der Vertragsverhandlungen und hoffte schlicht darauf, keine Nachfragen diesbezüglich gestellt zu bekommen. Darauf vertrauen, dass beide, Y. und Z., beim Hinweis auf die Retrozessionen nicht weiter nachfragen würden, konnte er nicht. Er wusste denn auch nicht, ob Y. oder Z. den Begriff Retrozessionen und dessen Bedeutung bereits kannten und demzufolge allenfalls von sich aus die Weiterleitung der Retrozessionen verlangen würden, sobald er diese ansprach. Hätte er diese Ungewissheiten umgehen und damit arglistig handeln wollen, hätte er die Retrozessionen gegenüber seinen Auftraggebern gar nicht erst erwähnt bzw. weitere Vorkehrungen getroffen.

d) Fazit

Mangels Arglist hat in Übereinstimmung mit der Vorinstanz der Tatbestand des Betrugs sowohl objektiv als auch subjektiv als nicht erfüllt zu gelten. Es bleibt somit die Eventualklage der ungetreuen Geschäftsbesorgung zu prüfen.

2. Ungetreue Geschäftsbesorgung, qualifiziert begangen

2.1 Ausführungen der Vorinstanz

Die Vorinstanz hat die rechtlichen Grundlagen zur ungetreuen Geschäftsbesorgung korrekt wiedergegeben. Darauf kann verwiesen werden (pag. WSG 148 ff.). Falls angezeigt, erfolgen Ergänzungen, Präzisierungen oder Wiederholungen der rechtlichen Grundlagen bei den Erwägungen der Kammer unter Ziff. 2.3.

Den erstellten Sachverhalt würdigte die Vorinstanz rechtlich wie folgt:

Der Beschuldigte schloss als unabhängiger Vermögensverwalter mit Z. und Y. je einen Vermögensverwaltungsauftrag über eine erhebliche Anlagesumme von CHF 708'834.08 bzw. CHF 326'497.39 ab. Z. liess in der Folge bei der A. Bank Konten eröffnen, unterzeichnete das sogenannte Formular A und räumte dem Beschuldigten eine „beschränkte Vollmacht für unabhängige Vermögensverwalter“ ein, worin dieser ermächtigt wurde, „den Kunden in allen Geschäften betreffend die Verwaltung seiner bei der Bank hinterlegten Vermögenswerte, insbesondere beim Kauf oder Verkauf von Wertpapieren oder Wertrech-

ten aller Art, ungeachtet ihrer Handelbarkeit, Herkunft und Rechtsnatur, [...] zu vertreten.“ (pag. 04 04 001 ff.). Dieselben Dokumente wurden in Bezug auf die Vermögensverwaltung von Y. durch diesen und den Beschuldigten unterzeichnet (pag. 02 01 026 und 028 f.). Der Beschuldigte hatte zweifelsfrei sowohl in Bezug auf Z. wie auch Y. in tatsächlich oder formell selbständiger und verantwortlicher Stellung im Interesse eines anderen für einen **nicht unerheblichen Vermögenskomplex** zu sorgen. Es war Zweck des Vertrages, fremdes Vermögen in fremdem Interesse zu verwalten. Die **Geschäftsführereigenschaft** ist erfüllt.

Betreffend die bei den allgemeinen Ausführungen zitierten Lehrmeinungen zur Pflichtverletzung in Bezug auf die Retrozessionen kommt das Gericht zum Schluss, dass der Mehrheit der zitierten Lehrmeinungen zu folgen ist, wonach zusammengefasst die tatbestandsmäßige Pflichtverletzung in der Verletzung der Abrechnungspflicht des Vermögensverwalters liege und nicht nur in der Nichtablieferung des Vorenthaltenen, und zwar aus nachstehenden Überlegungen: Das Bundesgericht hat zwar festgehalten, dass eine Verletzung der Herausgabepflicht allein zur Erfüllung der ungetreuen Geschäftsbesorgung nicht genüge. Es hat sich aber weder im zitierten BGE noch in einem anderen Entscheid dazu geäußert, wie es sich verhält, wenn ein privater Vermögensverwalter nebst der Herausgabepflicht auch die Informations- und Abrechnungspflicht verletzt. Dass die Verletzung der Herausgabepflicht alleine zur Erfüllung des Tatbestandes nicht genügt, erscheint logisch. In einem so gelagerten Fall ist es dem Auftraggeber, der seinen Anspruch kennt (sei es vom Grundsatz oder der Höhe her), unbenommen, diesen auf dem zivilrechtlichen Weg geltend zu machen. Wenn der Auftraggeber seinen Anspruch zufolge Verletzung der Informationspflicht des Vermögensverwalters nicht kennt, kann er ihn folgerichtig auch nicht geltend machen. D.h. eigentlich ist die Informationspflicht (jedenfalls im konkreten Fall des Vermögensverwalters, der Retrozessionen erhält) die wesentlichere Pflicht als die Herausgabepflicht. Daher kann auch aus dem Satz des Bundesgerichts, die Verletzung der Herausgabepflicht stelle für sich allein noch keine Verletzung von Art. 158 StGB dar, noch nicht geschlossen werden, es hätte gleiches auch für die Verletzung der Informationspflicht gesagt.

Indem der Beschuldigte seinen Informations-, Abrechnungs- und Herausgabepflichten nicht nachkam, oder mit anderen Worten, Z. und Y. nicht darüber aufklärte, dass sie die Retrozessionen zu Gute hätten, nicht darüber Abrechnung erstattete, wie hohe Retrozessionen er pro Halbjahr und Kunde erhielt und letztlich die Retrozessionen nicht herausgab, hat er eine essentielle Pflicht verletzt, die auf die Wahrnehmung der Vermögensinteressen seines Kunden gerichtet war. Er hat demnach seine **Pflichten** als Geschäftsführer **verletzt**.

Da Z. und Y. aufgrund der fehlenden Informationen und Abrechnung über die Retrozessionen ihren Herausgabeanspruch nicht geltend machen konnten und der Beschuldigte die Retrozessionen auch von sich nicht weiterleitete, erlitten diese einen **Vermögensschaden** in der Höhe der durch den Beschuldigten empfangenen Retrozessionen.

Auch der **subjektive Tatbestand** ist zu bejahen. Dafür spricht das Verhalten des Beschuldigten als solches. Dadurch, dass er die Kunden nicht angemessen informierte, manifestierte er seinen Willen, seine ihm bekannten Pflichten als Vermögensverwalter zu verletzen. Und dadurch, dass er die Retrozessionen behielt, zeigte er auch seinen Willen, die Kunden am Vermögen zu schädigen und sich damit direkt selbst zu bereichern. Es ist nochmals in Erinnerung zu rufen, dass der Beschuldigte über ein abgeschlossenes juristisches Studium verfügt, dass er alle anderen wesentlichen Punkte schriftlich regelte, dass er sich z.B. auch die Mühe nahm zu versuchen, sich als Vermögensverwalter im Hinblick auf die Geldwä-

schereinormen direkt der eidgenössischen Finanzverwaltung, Kontrollstelle für die Bekämpfung der Geldwäscherei (heute Finanzmarktaufsicht, FINMA; pag. 03 08 001 ff.) zu unterstellen, was gemäss den Aussagen des Beschuldigte auch kurzzeitig der Fall gewesen sei. Dies zeigt, wie bereits bei der Beweiswürdigung dargelegt, dass ihm rechtliche Pflichten also durchaus bewusst waren. Vor diesem Hintergrund ist nicht davon auszugehen, dass er fahrlässig oder in gänzlicher Unkenntnis seiner Pflichten als Vermögensverwalter gehandelt hat.

*Zusammenfassend gelangt das Gericht zum Schluss, dass der Beschuldigte **schuldig zu erklären ist der ungetreuen Geschäftsbesorgung, mehrfach begangen, im Deliktsbetrag von total CHF 89'275.55.***

2.2 Ausführungen der Parteien

Der **Beschuldigte** schliesst sich in seiner Berufungsbegründung sowie seiner Stellungnahme zur Anschlussberufungsbegründung des Strafklägers den allgemeinen Ausführungen der Vorinstanz an und folgt deren Subsumption insoweit, als er als Geschäftsführer im Sinne von Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 StGB agiert habe. Nicht gefolgt werden könne hingegen der weiteren Subsumption der Vorinstanz, welche dem zitierten Bundesgerichtsentscheid (BGE 129 IV 124) gleich in zweierlei Hinsicht widerspreche. Zum einen sei der Tatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung nur dann erfüllt, wenn sich der Empfänger der Zahlung zu einem Verhalten verleiten lasse, welches sich schädigend gegenüber dem Geschäftsherrn auswirke. Im vorliegenden Fall sei von keiner Seite ernsthaft behauptet worden, er sei durch die Zahlung der A. Bank zu einem schädigenden Verhalten gegenüber seinen Auftraggebern verleitet worden. Zum anderen erfüllten auch die zusammen erfolgenden Verletzungen der Herausgabe- und der Informations- und Abrechnungspflicht nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung den objektiven Tatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung nicht (unter Hinweis auf BGE 129 IV 124 sowie BGer Urteil 6.S 711/2000 vom 08. Januar 2003). Auch Prof. Susan Emmenegger erachte mit der blossen Zurückhaltung der Retrozessionen den Straftatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung als nicht erfüllt („Anlagekosten: Retrozessionen im Lichte der Bundesgerichtlichen Rechtsprechung“ in: Schweizerische Bankenrechtstagung, 2007, Anlagerecht, pag. 103). Subjektiv habe er sich im Übrigen aufgrund der zu dieser Zeit herrschenden Branchenusanz in einem Sachverhaltsirrtum befunden. Obwohl sein Verhalten zivilrechtliche Pflichten des Vermögensverwalters verletzte, habe er sich in einem Irrtum hinsichtlich seiner Pflichten befunden, indem er von einer stillschweigenden Zustimmung seiner Auftraggeber ausgegangen sei.

Die **Generalstaatsanwaltschaft** stimmt in ihrer Stellungnahme zur Berufungsbegründung des Beschuldigten den vorinstanzlichen Erwägungen zum Tatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung vollumfänglich zu. Die Argumentation des Beschuldigten überzeuge nicht. Bei der Abgabe einer Zustimmung, sei es stillschweigend oder explizit, müsse sich die betreffende Person bewusst sein, dass es sich nicht um eine bloss Information, sondern um einen verhandelbaren Vertragspunkt handle, zu dem sie eine Willenserklärung abgeben könne und ihr Verzicht auf eine Äusserung als Zustimmung interpretiert werden könnte. Wer seinen Anspruch nicht kenne, könne auch nicht rechtsgültig darauf verzichten (mit Verweis auf BGer Urteil 4A_226/2010). Selbst

wenn es damals Usanz gewesen sei, seine Kunden nicht korrekt aufzuklären, sei nicht ersichtlich, inwiefern der Beschuldigte davon habe ausgehen dürfen, dass die beiden Kunden durch Stillschweigen bewusst auf ihren Anspruch auf die Retrozessionen verzichtet hätten.

Der **Strafkläger** wendet sich in seiner Stellungnahme zur Berufungsbegründung des Beschuldigten gegen die Ausführungen des Beschuldigten. Es sei ausreichend, wenn der Auftragnehmer die privaten Interessen vor diejenigen des Auftraggebers setze (unter Hinweis auf BGE 129 IV 124 E 4.1). Dies sei insbesondere dann gegeben, wenn der Auftragnehmer seine Treuepflicht verletze. Wenn ein Arbeitnehmer dem Arbeitgeber zustehende Provisionen nicht weiterleite, verstosse dieser gegen die arbeitsrechtliche Treuepflicht und richte sich damit gegen die Vermögensinteressen des Geschäftsherrn, welcher dadurch eine Nichtvermehrung der Aktiven hinnehmen müsse (unter Hinweis auf 6B_223/2010 E 3.4.6). Dies lasse sich auf die Nichtweiterleitung von Retrozessionen übertragen. Zumindest sei in der Verletzung der Abrechnungspflicht eine ungetreue Geschäftsbesorgung zu erblicken. Diese Pflichtverletzung führe beim Kunden zu einem Vermögensschaden. Denn mangels Offenlegung der Retrozessionen könne ein Kunde seinen Herausgabeanspruch nicht geltend machen, womit der objektive Tatbestand erfüllt sei. Betreffend den subjektiven Tatbestand könne auf seine Ausführungen zum Betrug anlässlich seiner Anschlussberufungsbegründung verwiesen werden. Zu Recht berufe sich der Beschuldigte auf einen Sachverhaltsirrtum und nicht auf einen Rechtsirrtum. Als ausgebildeter Jurist sei ihm jedoch bekannt gewesen, dass Retrozessionen weiterzuleiten seien.

2.3 Erwägungen der Kammer

Der Tatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung ist ein Verletzungs-, nicht ein Gefährdungstatbestand. Der Tatbestand ist erfüllt, wenn der Täter in der Stellung eines Geschäftsführers treuwidrig eine Schutzpflicht zur Wahrung fremder Vermögensinteressen verletzt hat, es dadurch zu einer Schädigung des anvertrauten Vermögens gekommen ist und der Täter vorsätzlich gehandelt hat, wobei Eventualvorsatz genügt (BGE 129 IV 124 E 4.1).

a) objektiver Tatbestand

Dass der Beschuldigte die Stellung eines **Geschäftsführers** im Sinne von Art. 158 StGB inne hielt, ist unzweifelhaft und wird von keiner Partei bestritten. Der Beschuldigte hatte sowohl in Bezug auf Z. wie auch Y. in tatsächlich oder formell selbständiger und verantwortlicher Stellung im Interesse eines anderen für einen nicht unerheblichen Vermögenskomplex zu sorgen. Seine Stellung war die eines externen, unabhängigen Vermögensverwalters. Als unabhängiger Vermögensverwalter war er für die Verwaltung der Vermögen von Z. und Y. verantwortlich.

Betreffend die geforderte **Pflichtverletzung** ist dem Beschuldigten insoweit zuzustimmen, als das Bundesgericht in konstanter Praxis allein die Verletzung der Herausgabepflicht zur Erfüllung der ungetreuen Geschäftsbesorgung als nicht ausreichend erachtet. Erforderlich sei, dass der Empfänger durch die Zahlung von Provisionen oder Schmiergeldern (als Gegenleistung für eine Bevorzugung) zu einem Verhalten verleitet werde, das sich gegen die Vermögensinteressen des Geschäftsherrn

richte und sich somit schädigend auswirke (BGE 129 IV 124 E 4.1; BGer Urteil 6S.711/200 vom 08. Januar 2003 E 4.5; BGer Urteil 6B_223/2010 vom 13. Januar 2011 E 3.4.3). Gefordert wird eine qualifizierte bzw. besondere Treuepflichtverletzung (vgl. STRATENWERTH BT I, a.a.O., § 19 N 11). Unter Hinweis auf diese konstante Rechtsprechung des Bundesgerichts vertritt EMMENEGGER die Ansicht, das blosses Zurückhalten der Retrozessionen erfülle den Tatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung nicht. Die Schwelle der Strafbarkeit sei erst erreicht, wenn der Vermögensverwalter durch die Zahlung dazu verleitet werde, nachteilige Verwaltungsentscheide zu treffen und dem Kunden daraus Schaden entstehe. Der Retro-Normalfall bleibe unterhalb dieser Strafbarkeitsschwelle, könne im Normalfall dem Vermögensverwalter doch keine objektiv feststellbare, durch die Rückvergütung verleitete, nachteilige Verwaltungshandlung nachgewiesen werden. Zu bedenken sei allerdings, dass der Vermögensverwalter eine weitere Pflichtverletzung begehe, die vom Bundesgericht nicht thematisiert werde, nämlich die Verletzung der Abrechnungspflicht. Ob diese Verletzung, gleich wie im Falle der Herausgabepflicht, für sich alleine nicht ausreiche, um die strafrechtliche Pflichtverletzung zu bejahen, sei bislang nicht entschieden, sollte sich im Hinblick der ultima ratio Funktion des Strafrechts ihrer Meinung nach aber gleich verhalten wie mit der Herausgabepflicht (EMMENEGGER, a.a.O., pag. 99). Hiergegen wendet ENGLER ein, dass die pflichtwidrige Handlung darin liege, dass der Vermögensverwalter seiner Abrechnungspflicht (Rechenschaftspflicht) nicht nachkomme. Der Vermögensverwalter informiere den Kunden nicht über die ihm zustehenden Retrozessionen, in der Absicht, diese Zahlungen selbst einzubehalten. Entscheidend sei damit nicht die Nichtherausgabe der Retrozessionen, sondern die Verletzung der Abrechnungspflicht gegenüber dem Kunden. Diese Pflichtverletzung führe beim Kunden zu einem Vermögensschaden. Denn mangels Offenlegung der Retrozessionen könne der Kunde seinen Herausgabeanspruch nicht geltend machen. Dem Bundesgerichtsentscheid 129 IV 124 könne nicht entnommen werden, dass Verfügungen über abzuliefernde Zahlungen generell nie unter den Tatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung fallen könnten. Schliesslich sei zum Zeitpunkt des Entscheids der Artikel über die passive Privatbestechung im UWG noch nicht in Kraft gewesen. Vor dem Hintergrund der Strafbarkeit der passiven Privatbestechung sei die damalige Argumentation des Bundesgerichts nicht mehr überzeugend. Entsprechend erscheine heute auch die Entgegennahme von Retrozessionen ohne Kenntnis und Zustimmung des Kunden als ungetreue Geschäftsbesorgung (ENGLER, Retrozessionen aus strafrechtlicher Perspektive, ST 3/10, pag. 137, 138). Auch gemäss SCHUBARTH ist zu beachten, dass in der Verletzung der Abrechnungspflicht die tatbestandsmässige Pflichtverletzung liege. Entscheidend sei also nicht die Nichtablieferung, das Vorenthalten der Retrozessionen, sondern die Verletzung der Abrechnungspflicht. Diese Pflichtverletzung werde in der Regel beim Kunden zu einem Vermögensschaden führen, da dieser mangels Offenlegung der Retrozessionen seinen Herausgabeanspruch nicht geltend machen könne. Damit sei zugleich gesagt, dass in der blossen Nichtablieferung der Retrozessionen keine ungetreue Geschäftsbesorgung liege (SCHUBARTH, Retrozessionen und Ungetreue Geschäftsbesorgung, in: Anlagerecht, Emmenegger (Hrsg.), Basel 2007, pag. 169, 170). Damit übereinstimmend erachtet NIGGLI den bundesgerichtlichen Entscheid 129 IV 124 damals als heikel und heute vor dem Hintergrund von Art. 4a UWG als nicht mehr haltbar, denn es müsse

offen bleiben, wie ein schädigungsfreies Vorenthalten von Ansprüchen möglich sein solle. Die Entgegennahme von entsprechenden Zahlungen ohne Kenntnis/Zustimmung des Treugebers müsse als ungetreue Geschäftsbesorgung erscheinen (BSK StGB II-NIGGLI, Art. 158 N 104a). GALLIANO/MOLO erachten es als entscheidend, ob die Nichtinformation des Kunden über den Erhalt von Retrozessionen als Verletzung einer Hauptpflicht oder lediglich als Verletzung einer Nebenpflicht bewertet werde (GALLIANO/MOLO, *Les rétrocessions dans le domaine de la gestion patrimoniale*, PJA 2012, pag. 1766, 1777). SCHWOB gibt schliesslich zu bedenken, dass eine Vorenthaltung von Informationen über Retrozessionen und eine Zuführung entsprechender Zahlungen, auf die der Kunde mangels Information nicht rechtsgültig habe verzichten können, zum Vermögen des unabhängigen Vermögensverwalter durchaus schädigend auf das Vermögen des Kunden auswirke, ohne dass es darüber hinaus weiterer schädigender Handlung des unabhängigen Vermögensverwalters bedürfe. Es sei damit zu rechnen, dass auf dem Hintergrund von Art. 4a UWG, dem Tatbestand der Privatbestechung, die bundesgerichtliche Argumentation wohl ändern werde (SCHWOB, *Retrozessionen: Betrachtung zur strafrechtlichen Relevanz für eine Bank*, ZStrR 130/2012, pag. 121, 134 unter Hinweis auf BSK StGB II- NIGGLI, Art. 158 N 104a).

Wie bereits die Vorinstanz folgt auch die Kammer der vorhergehend zitierten Lehrmeinung, wonach die tatbestandsmässige (qualifizierte) Pflichtverletzung nicht in der Verletzung der Herausgabepflicht, sondern vielmehr in der Verletzung der Informations- und Abrechnungspflicht liegt, und zwar aus folgenden Gründen:

Bereits aus der allgemeinen Treuepflicht von Art. 398 Abs. 2 OR ergibt sich eine Aufklärungspflicht betreffend entscheidwesentlicher Tatsachen (SCHMID, a.a.O., pag. 127 f.). So bilden Gegenstand der vorvertraglichen Aufklärungspflicht grundsätzlich alle dem potentiellen Auftraggeber (zu Recht) unbekannten Sachverhalte, welche für dessen Entschluss, das Mandat zu erteilen, wesentlich sind (SCHMID, a.a.O., pag. 128 mit Verweis auf FELLMANN, *Berner Kommentar*, Art. 398 N 150 f.). Diese Pflicht konkretisiert sich durch den Wissensstand des Kunden einerseits und die Art des in Frage stehenden Geschäfts andererseits (vgl. BGer Urteil 4C.151/2001 vom 23. Oktober 2001; BGE 124 III 155 E 3a; 119 II 333 E 5a). Die Information hat vollständig, wahrheitsgetreu, hinreichend ausführlich und verständlich zu sein (vgl. BGE 110 II 181 E 2). Schon vor Publikation des Retrozessionen-Urteils wurde von der Lehre in nahezu einhelliger Weise anerkannt, dass den Vermögensverwalter die grundsätzliche Pflicht trifft, den Kunden über Retrozessionen zu informieren (SCHMID, a.a.O., pag. 131 mit Verweis auf BORER-BENZ, a.a.O., pag. 151).

Aus Art. 400 Abs. 1 OR ergibt sich weiter die Pflicht des Beauftragten, Rechenschaft abzulegen. Diese Pflicht stellt eine Essentiale des Auftragsrechts dar und ist ein Minimum dessen, was der Beauftragte zu erfüllen hat, damit wirklich angenommen werden kann, er habe Geschäfte im fremden Interesse zu besorgen; sie stellt sicher, dass der Auftraggeber Klarheit darüber gewinnen kann, wie der Auftrag ausgeführt wurde (BGE 110 II 181 E 2). Die Rechenschaftspflicht des Beauftragten soll dem Auftraggeber mit anderen Worten die Kontrolle über seine Tätigkeiten ermöglichen und bildet die Grundlage und Voraussetzung der Ablieferungs- und Herausgabepflicht (BGE 110 II 181 E 2; BGer Urteil 4A_144/2012 vom 11. September 2012 E 3.2.2). Sie ist damit

ein zentrales Element der Fremdnützigkeit des Auftrags (BGer Urteil 4A_127/2012 vom 30. Oktober 2012 E 5.3; BGE 137 III 393 E 2.3). Nur der informierte Auftraggeber kann Klarheit darüber gewinnen, ob der Beauftragte die Geschäfte vertragsgemäss und getreu besorgt hat, und – falls das zu verneinen wäre – Schadenersatz geltend machen. Auch kann ein nicht informierter Auftraggeber weder sein Weisungsrecht sinnvoll ausüben (OR 397) noch sachdienlich über Widerruf (OR 404) oder Fortführung des Auftrages entscheiden (OFK OR-BÜHLER, Art. 400 N 2 mit Verweis auf BGE 110 II 181 E 2). 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). Betreffend den Bezug von Retrozessionen bejaht die Lehre denn auch seit jeher eine Offenlegungs- und Herausgabepflicht (EMMENEGGER, a.a.O., S 69). Ein Herausgabeverzicht setze voraus, dass die Kunden vorgängig vollständig und wahrheitsgetreu über die zu erwartenden Vergütungen informiert wurden (EMMENEGGER, a.a.O., S 70).

Ob der Vermögensverwalter seiner Herausgabepflicht nachkommt, lässt sich in der Regel ohne Mühe und ohne Mitwirkung des Beauftragten feststellen. Bei der Rechenschaftspflicht hingegen ist der Auftraggeber auf eine wahrheitsgemässe und umfassende Rechenschaftsablegung seitens des Beauftragten angewiesen. Ohne Mithilfe des Beauftragten, lässt sich kaum feststellen, in welchem Umfang Ausgaben und Einnahmen erfolgten. Die Rechenschaftsablegung setzt somit im Vergleich zur Herausgabe ein intaktes Vertrauens- bzw. Treueverhältnis zwischen Beauftragtem und Auftraggeber voraus. Kommt hinzu, dass der Beauftragte anders als der Arbeitnehmer selbständig tätig ist und in keinem Subordinationsverhältnis zum Auftraggeber steht. Die Rechenschaftsablegung des Beauftragten stellt für den Auftraggeber oft die einzige Möglichkeit dar, das Handeln desselben nachzuvollziehen, zu beurteilen und gegebenenfalls daraus Konsequenzen zu ziehen. Erfolgt eine falsche bzw. unvollständige Rechenschaftsablegung, vermag dies das Vertrauen zwischen dem Auftraggeber und dem Beauftragten an der Basis zu zerstören. Die Verletzung der Rechenschaftspflicht stellt damit eine unmittelbare und schwerwiegende Verletzung der auftragsrechtlichen Treuepflicht dar. Die Rechenschaftspflicht hat im konkret vorliegenden Fall als wesentlicher Bestandteil der Vermögensfürsorgepflicht des unabhängigen Vermögensverwalters bzw. als Schutzpflicht zur Wahrung fremder Vermögensinteressen zu gelten.

Das Bundesgericht hat sich soweit ersichtlich noch nicht dazu geäußert, wie es sich mit dem Straftatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung verhält, wenn ein unabhängiger Vermögensverwalter neben der Herausgabepflicht auch seine Informations- bzw. Abrechnungspflicht verletzt. Den bundesgerichtlichen Entscheiden kann insbesondere nicht entnommen werden, dass Verfügungen über nicht offengelegte, abzuliefernde Zahlungen generell nie unter den Tatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung fallen könnten. Zwar fordert das Bundesgericht, dass die Annahme der Provi-

sionen oder Schmiergelder den Täter zu einem Verhalten verleiten müsse, das sich gegen die Vermögensinteressen des Geschäftsherrn richte und diesen damit schädige. Jedoch ist diesbezüglich SCHWOB zuzustimmen, wenn sie einwendet, dass eine Vorenthaltung von Informationen über Retrozessionen und eine Zuführung entsprechender Zahlungen, auf die der Kunde mangels Information nicht rechtsgültig verzichten konnte, zum Vermögen des unabhängigen Vermögensverwalter, durchaus schädigend auf das Vermögen des Kunden auswirke, ohne dass es darüber hinaus weiterer schädigender Handlungen desselben bedürfe (SCHWOB, a.a.O., P 134).

Vorliegend bestand zwischen dem Beschuldigten und Z. bzw. zwischen ihm und Y. ein Auftragsverhältnis in Form eines Vermögensverwaltungsvertrages. Als Auftragnehmer von Y. und Z. traf ihn gemäss Art. 398 Abs. 2 und Art. 400 Abs. 1 OR eine umfassende Informations-, Rechenschafts- und Herausgabepflicht gegenüber seinen Auftraggebern. Da die Auftragsführung des Beschuldigten mit Einnahmen und Ausgaben von Geld verbunden war, traf den Beschuldigten insbesondere die Pflicht zur Rechnungslegung. Zur Wahrnehmung ihrer aus dem Auftragsverhältnis fliessenden Rechte (insbesondere das Weisungs-, Widerrufs-, Herausgabe- und Schadenersatzforderungsrecht) waren Y. und Z. auf eine vollständige sowie wahrheitsgetreue Rechenschaftsablegung und Rechnungslegung angewiesen. Wie das Beweisergebnis aufzeigte, wurden Y. und Z. vom Beschuldigten jedoch weder über ihren Anspruch an den Retrozessionen aufgeklärt noch wurden sie über die Berechnungsweise bzw. ungefähre Höhe der Retrozessionen beim Abschluss des Vermögensverwaltungsvertrages informiert, und dies, obwohl der Beschuldigte selbst aussagte, nicht beurteilen zu können, ob Y. und Z. klar gewesen sei, was Retrozessionen seien, dass diese ihnen zustünden und welchen Umfang sie erreichen könnten. Bei der Rechnungslegung verzichtete der Beschuldigte zudem auf die Aufführung der tatsächlich angefallenen Retrozessionen, so dass seine Kunden jeweils eine unvollständige Abrechnung der Ausgaben und Einnahmen erhielten. Mit diesem Verhalten verletzte der Beschuldigte nicht nur seine Herausgabepflicht, sondern zugleich die auftragsrechtlich essentiellen Aufklärungs-, Informations- und Abrechnungspflichten; er verletzte seine Pflichten als Geschäftsführer mithin in qualifizierender Art und Weise.

Das pflichtwidrige Verhalten des Beschuldigten wirkte sich schädigend auf das Vermögen von Y. und Z. aus. Dem Beschuldigten oblag als Vermögensverwalter nicht nur die Pflicht zur Erhaltung des vorhandenen Kundenvermögens, sondern auch zu dessen Vermehrung. Mit seinem Verhalten bewirkte der Beschuldigte, dass Y. und Z. mangels Kenntnis ihres Anspruches die ihnen zustehenden Retrozessionen gar nicht erst geltend machen bzw. rechtsgültig darauf verzichten konnten. Es bedurfte somit keiner weiteren Handlung des Beschuldigten, um Y. und Z. am Vermögen zu schädigen. Sie erlitten unmittelbar einen **Vermögensschaden** im Umfang der durch den Beschuldigten empfangenen und zu Unrecht einbehaltenen Retrozessionen (CHF 89'275.55).

Zusammenfassend erfüllt das Entgegennehmen und unrechtmässige Einbehalten der Retrozessionen durch den Beschuldigten ohne entsprechende Aufklärung und Information seiner Kunden (betreffend ihren Anspruch sowie Erhalt und Höhe der Retrozessionen) nach Ansicht der Kammer objektiv den Tatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung.

Die Richtigkeit dieses Ergebnisses zeigt sich in einem ähnlich gelagerten, fiktiven Beispiel. Verkaufte ein Beauftragter im Auftrag des Geschäftsherrn für CHF 800.00 eingekaufte Gegenstände für CHF 1'000.00 (Gewinnmarge von CHF 200.00) und legte er bei der nachfolgenden Abrechnung gegenüber seinem Auftraggeber nur einen Verkaufspreis von CHF 900.00 offen, um die restlichen CHF 100.00 selbst zu behalten, wäre eine ungetreue Geschäftsbesorgung nach Ansicht der Kammer ebenfalls zu bejahen. Auch in diesem fiktiven Beispiel wird der Auftraggeber in seinem Vermögen geschädigt (nämlich CHF 100.00 pro Verkauf). Da dieser nicht um den höheren Verkaufspreis weiss, wird er auch seinen Herausgabeanspruch nicht geltend machen können.

b) subjektiver Tatbestand

Betreffend den subjektiven Tatbestand kann vorgängig auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (pag. WSG 153). Der Beschuldigte handelte mit direktem Vorsatz. Er war sich bewusst, als unabhängiger Vermögensverwalter in selbständiger und verantwortlicher Stellung im Interesse von Y. und Z. für einen nicht unerheblichen Vermögenskomplex zu sorgen. Gleichzeitig wusste er auch – wie das Beweisergebnis ergab –, dass der zwischen ihm und seinen Kunden geschlossene Vermögensverwaltungsvertrag rechtlich als Auftrag gilt und die Retrozessionen grundsätzlich seinen Kunden zustehen, solange diese nicht förmlich darauf verzichteten (was sie nur in Kenntnis, dass die Retrozessionen eigentlich ihnen zustehen würden, hätten tun können). Da er keine Kenntnis davon hatte, ob seine Kunden sich ihres Anspruchs überhaupt bewusst waren und er die Retrozessionen als nicht verhandelbare Vergütung an den Vermögensverwalter darstellte, konnte er nicht von einer stillschweigenden Zustimmung ausgehen. Der Beschuldigte befand sich – entgegen seiner diesbezüglichen Einwände – in keinem Sachverhaltsirrtum. Durch das Verschweigen des Anspruchs, das Nichterwähnen der erhaltenen Retrozessionen sowie dem Einbehalten der Retrozessionen manifestierte der Beschuldigte seinen Willen, Y. und Z. am Vermögen zu schädigen. Er liess Y. und Z. bewusst in Unkenntnis über ihren Anspruch, in der Absicht, die an ihn von der A. Bank ausbezahlten Retrozessionen als zusätzliches Einkommen zur Bestreitung seines Lebensunterhalts zu verwenden. Damit handelte er zugleich mit unrechtmässiger Vorteilsabsicht.

2.4 Fazit

X. hat sich der mehrfachen, qualifizierten ungetreuen Geschäftsbesorgung gemäss Art. 158 Ziff. 1 Abs. 1 und 3 StGB strafbar gemacht, indem er als unabhängiger Vermögensverwalter zum Nachteil von Y. und Z. seine auftragsrechtlichen Informations- sowie Abrechnungspflichten verletzte und ihnen dadurch von der A. Bank ausbezahlte Retrozessionen im Umfang von insgesamt CHF 89'275.55 in unrechtmässiger Bereicherungsabsicht vorenthielt.

3. Passive Privatbestechung

3.1 Ausführungen der Vorinstanz

Die Vorinstanz hat die rechtlichen Grundlagen zur passiven Privatbestechung korrekt wiedergegeben, weshalb darauf verwiesen werden kann (pag. WSG 156 ff.). Ergän-

zungen bzw. Präzisierungen der rechtlichen Grundlagen erfolgen punktuell bei den Erwägungen der Kammer unter Ziff. 3.4 nachfolgend.

Den erstellten Sachverhalt würdigte die Vorinstanz rechtlich wie folgt:

Unstrittig ist, dass der Beschuldigte als Täter der passiven Bestechung in Frage kommt, denn er stand für die vorgeworfene Tatzeit zu Z. und Y. in einem Auftragsverhältnis. Der Beschuldigte war als selbständiger und unabhängiger Vermögensverwalter im privaten Sektor tätig. Auch dieses Erfordernis ist erfüllt.

Der Beschuldigte erhielt im Zusammenhang mit seiner geschäftlichen Tätigkeit von der Bank Retrozessionen, die er nicht weiter leitete, d.h. er nahm einen Vorteil an, obwohl er darauf keinen Anspruch hatte.

Zwar mag man sich fragen, ob der Gesetzgeber an einen „Wettbewerbsteilnehmer“ wie den Beschuldigten gedacht hat, als er die entsprechende Bestimmung erliess, denn dass dieser als Einzelperson, der lediglich zwei Kunden zu einer Bank brachte, den Wettbewerb zwischen Banken faktisch beeinflussen kann, ist ausgeschlossen. Gemäss den oben zitierten Lehrmeinungen reicht es jedoch aus, dass eine Handlung, die objektiv auf eine Beeinflussung des Wettbewerbs ausgerichtet ist, vorliegt. Die Ausrichtung bzw. Annahme von Retrozessionen ist zweifellos abstrakt geeignet, den Wettbewerb zu beeinflussen, so dass die Strafbestimmungen des UWG anwendbar sind.

An dieser Stelle sei noch einmal erwähnt, dass Art. 4a UWG, welcher die passive Privatbestechung unter Strafe stellt, erst am 01.07.2006 in Kraft getreten ist. Vorher war die passive Privatbestechung nicht strafbar. Es sind daher nur Taten nach Inkrafttreten des Artikels zur berücksichtigen, was auf vorliegenden Fall bezogen bedeutet, dass einzig das Belassen der Wertschriften bei der A. Bank und die weiterbestehende Entgegennahme und Behalten der Retrozessionen als die im Zusammenhang mit der Vorteilsgewährung bzw. Vorteilsannahme stehende Ermessensausübung als tatbestandsrelevante Handlung zu prüfen ist, nicht aber der ursprüngliche Entscheid, die Kundenbeziehung mit der A. Bank aufzunehmen.

Ob sein Handeln bzw. Unterlassen, nämlich das Belassen der Kundengelder bei der A. Bank und die weitere Annahme von Retrozessionen, eine Tathandlung im Sinne des UWG darstellt, ist fraglich. Wie gesagt, ist abstrakt gesehen gemäss der oben zitierten Literatur die Nicht-Weiterleitung von Retrozessionen ein ungebührlicher Vorteil. Auch dass er sich bei seiner Ermessensausübung („lasse ich die Gelder bei der Bank oder nicht bzw. nehme ich weiter Retrozessionen an ohne sie weiterzuleiten“) vom Erhalt der Retrozessionen als solchen beeinflussen liess, also sich sein Entscheid nicht nur auf objektive Kriterien stützte, kann man für sich allein gesehen vorliegend bejahen. Das Problem liegt nach der Ansicht des Gerichts darin, dass der Beschuldigte nichts tat, ausser einen seit Langem bestehenden Zustand fortauern zu lassen. Dadurch, dass der Gesetzgeber die passive Privatbestechung im UWG und nicht im StGB ansiedelte, brachte er zum Ausdruck, dass er damit insbesondere das freie Spiel des Wettbewerbs schützen wollte. Vorliegend lag aber faktisch gar keine Wettbewerbssituation mehr vor. Der Beschuldigte entschied sich nicht neu für eine Bank, sondern er beliess einfach alles beim alten.

Das Gericht lässt die Frage letztlich offen, ob der objektive Tatbestand erfüllt ist, da aus folgenden Gründen der subjektive Tatbestand zu verneinen ist:

Nach dem Wortlaut von Art. 12 Abs. 2 StGB ist der Vorsatz wie folgt definiert „Vorsätzlich begeht ein Verbrechen oder ein Vergehen, wer die Tat mit Wissen und Willen ausführt. Vorsätzlich handelt bereits, wer die Verwirklichung der Tat für möglich hält und in Kauf nimmt.“. Der Täter muss um die reale Möglichkeit der Verwirklichung des Tatbestandes wissen und dessen Erfüllung wollen. In ständiger Rechtsprechung hat das Bundesgericht festgehalten (so BGE 135 IV 12 ff., S. 17), dass nicht unbesehen vom Wissen des Täters auf dessen Wollen geschlossen werden darf. Im vorliegenden Falls kommt das Gericht beweiswürdigend zum Schluss, dass der Beschuldigte die Gelder seiner beiden einzigen Kunden deshalb bei der A. Bank beliess, weil sie schon seit Jahren dort waren, die Bankbeziehung problemlos verlief und er die Retrozessionen bekam. Er machte sich aber keinerlei Gedanken um irgendeine Wettbewerbssituation. Vielmehr wäre bei seinen geringen Umsätzen und nur zwei Kunden fraglich gewesen, ob er bei einer anderen Bank überhaupt noch zu einem Vertrag als externer Vermögensverwalter gekommen wäre. Er hatte folglich weder das Wissen, dass er sich in einer Situation befand, die wettbewerbsrelevant sein könnte, noch hatte er den Willen oder nahm er in Kauf, mit seinem Handeln eine wettbewerbsbeeinflussende Handlung vorzunehmen.

Zusammenfassend ist der Beschuldigte freizusprechen vom Vorwurf der passiven Bestechung.

3.2 Ausführungen der Parteien

Der **Beschuldigte** verweist vorab in seiner Berufungsbegründung auf die Ausführungen der Vorinstanz. Im vorliegenden Fall sei keine pflichtwidrige Handlung ersichtlich, die durch die Entgegennahme von Retrozessionen bewirkt worden wäre. Insbesondere werde von keiner Seite behauptet, dass die tatbestandsmässig allein zur Diskussion stehenden Handlungen – das Belassen der Vermögenswerte bei der A. Bank und das Entgegennehmen derer Retrozessionen – durch die Ausschüttung der Retrozessionen verursacht worden wäre. Alle Banken schütteten Retrozessionen aus und es sei nicht erstellt, dass diejenigen der A. Bank besonders hoch gewesen wären. Die Vermögensverwalter seien im Weiteren gerade dazu verpflichtet, für eine sichere und nachhaltige Anlage der Vermögenswerte ihrer Klienten zu sorgen. Dem kämen sie in der Regel dadurch nach, dass sie für eine Anlage der Vermögenswerte bei einer Bank besorgt sind. Da jede Bank Retrozessionen ausschütte, würde jede externe Vermögensverwaltung verunmöglicht, würde alleine schon die Entgegennahme von Retrozessionen ohne weitere Voraussetzung als passive Bestechung qualifiziert werden. Geradezu absurd werde es, wenn man bedenke, dass die A. Bank nichts von der unterlassenen Weiterleitung der Retrozessionen gewusst habe. Somit läge ein Fall vor, wo es einen Bestochen gäbe, nicht aber einen Bestechenden. Da der Vermögensverwalter die Vermögenswerte seiner Kunden wegen seiner vertraglichen Sorgfaltspflicht faktisch bei einer Bank anlegen müsse, könne dieser sich durch die Retrozessionen auch nicht mehr zu einer „im Ermessen stehenden Handlung“ veranlassen lassen.

Der **Strafkläger** bestreitet in seiner schriftlichen Begründung zur Anschlussberufung die Ausführungen der Vorinstanz, wonach am 01. Juli 2006 gar kein Wettbewerbsverhältnis mehr vorlag und es am subjektiven Tatbestand fehle. Die Annahme von Retrozessionen stelle einen ungebührlichen Vorteil dar, insbesondere, wenn der Vermögensverwalter diese vom Auftraggeber nicht genehmigen lasse. Es sei hinreichend,

dass der Täter wisse, bzw. in Kauf nehme, dass der Treugeber nicht im rechtlich notwendigen Mindestumfang über die Zuwendung orientiert werde. Die Erfüllung des Tatbestands hänge nicht davon ab, ob die betreffende Zahlung aus Sicht des Vermögensverwalters den Ausschlag für dessen Verhalten bzw. Entscheid gegeben habe (mit Verweis auf DONATSCH/ZUBERBÜHLER, Strafrechtliche Fallgruben für Treuhänder, in: Vermögensverwaltung II, Zürich 2009, pag. 99 sowie EMMENEGGER, a.a.O., pag. 116 und 118). Der Gesetzgeber habe den Anwendungsbereich bewusst erweitern wollen. Wolle sich der Vermögensverwalter vom Vorwurf der passiven Bestechung entlasten, so habe er entweder die Retrozessionen an den Kunden weiterzuleiten oder einen Herausgabeverzicht zu vereinbaren (mit Verweis auf EMMENEGGER, a.a.O., pag. 118 und 120). Bei der Ermessensausübung sei es hinreichend, dass der Vorteilsempfänger seinen Ermessensspielraum zugunsten des Vorteilsgewährers ausübe und eine bestimmte Offerte unter gleichen wähle. In einem Markt mit gleich gewährten, jedoch unzulässigen Retrozessionen sei ansonsten nie passive Bestechung gegeben. Art. 4a Abs. 1 lit. b UWG sei bereits erfüllt, als der Beschuldigte durch Entgegennahme und Einbehalten von Retrozessionen ohne entsprechende Information bzw. Verzichtserklärung, die vertraglichen Verpflichtungen verletzt habe. Die Frage, ob ein nicht gebührender Vorteil für eine pflichtwidrige resp. im Ermessen liegende Handlung gewährt bzw. angenommen worden sei, entscheide sich erst im Zeitpunkt, in welchem der unabhängige Vermögensverwalter entscheide, den Kunden nicht über die erhaltene Zahlung zu orientieren und diese auch nicht weiterzuleiten (mit Verweis auf SCHWOB, a.a.O., pag. 136). Dies bedeute, dass der Beschuldigte bei jeder einzelnen erhaltenen Zahlung entscheiden müsse, ob er diese weiterleite resp. zumindest darüber informiere. Eine andere Lösung habe zur Folge, dass nur die Auswahl eines bestimmten Anbieters, hingegen nicht mehr die Entgegennahme der einzelnen Zahlungen strafbar wäre. Subjektiv könne nicht davon ausgegangen werden, der Beschuldigte habe sich keine Gedanken über irgendeine Wettbewerbssituation gemacht und wegen seiner geringen Umsätze keine andere Möglichkeit gehabt. Wesentlich und hinreichend sei, dass der Beschuldigte nicht in rechtlich notwendigem Mindestumfang über die Zuwendung informiert habe. Ihm sei zweifelsohne bewusst gewesen, dass er die wirtschaftlichen Interessen seiner Kunden beeinträchtigte.

Für die **Generalstaatsanwaltschaft** fehlt es bereits an einer Wettbewerbsverzerrung. Das UWG habe eine wettbewerbsrechtliche Ausrichtung, weshalb das Vorliegen einer Wiederhandlung gegen das UWG unter anderem bedinge, dass das beanstandete Geschäftsgebaren das (Wettbewerbs-)Verhältnis zwischen den Mitbewerbern oder zwischen Anbietern und Abnehmern beeinflusse. Eine Ermessenshandlung zugunsten eines Wettbewerbers falle deshalb nur dann unter Art. 4a Abs. 1 lit. b UWG, wenn sie sich nicht auf objektive Kriterien stützen liesse, sondern im Gegenteil durch die Vorteilszuwendung verfälscht werde, was die übrigen Wettbewerbsteilnehmer verletze und in allgemeiner Weise den Markt beeinträchtige. Als unlauter würden wettbewerbsrelevante, durch das Versprechen oder Gewähren von Vorteilen beeinflusste, d.h. auf sachfremden Erwägungen beruhende Verhaltensweisen und Entscheide qualifiziert. Gefordert sei eine Wettbewerbsverzerrung. Dies sei vorliegend zu verneinen. Die Depotgebühren seien von der Anzahl der Depots und Wertschriftentitel sowie von der Höhe des Wertes der Wertschriften abhängig gewesen. Die Retrozessionen der Depotgebühren seien dem Beschuldigten zugeflossen, weil der Strafkörper seine Wert-

schriften bei der A. Bank gelagert habe. Da nicht nachweisbar sei, dass die Retrozessionen die Geschäftsführung durch den Beschuldigten beeinflusst hätten, fehle es dementsprechend auch an einer Wettbewerbsverzerrung. Ebenso wenig könne widerlegt werden, dass der Beschuldigte die Transaktionsentscheide aufgrund objektiver Kriterien getroffen habe, womit es auch hier an einer nachweisbaren Wettbewerbsverzerrung fehle.

In seiner schriftlichen Stellungnahme zur Begründung der Anschlussberufung führt der **Beschuldigte** aus, dass – auf den Fall der Retrozessionen angewandt – die pflichtwidrige oder im Ermessen stehende Handlung oder Unterlassung in der Regel darin bestehe, dass der (bestochene) Vermögensverwalter die Anlage der Vermögenswerte und die diese betreffenden Finanzgeschäfte über eine bestimmte (bestechende) Bank abwickeln lasse. Der Vorteil werde gebildet durch die Retrozessionen, wobei diese dann nicht gebührend seien, wenn der Vermögensverwalter sie einbehalte und nicht dem Auftraggeber weiterleite. Habe dieser aber auf eine Weiterleitung verzichtet, so gebühre der Vorteil dem Vermögensverwalter und der Tatbestand der passiven Privatbestechung sei zum Vornherein nicht erfüllt. Dass er pflichtwidrig die A. Bank ausgewählt und Transaktionen über diese abwickeln habe lassen, werde nicht einmal von den Auftraggebern behauptet. Auch könne von keiner im Ermessen stehenden Handlung gesprochen werden, schütteten doch alle Banken Retrozessionen aus. Das Beweisverfahren habe keine Anhaltspunkte geliefert, dass er aussergewöhnlich hohe Retrozessionen erhalten oder – um mehr Retrozessionen zu erhalten – besonders viele Transaktionen vorgenommen habe. Aus der Botschaft ergebe sich in keiner Weise, dass die Retrozessionen vom neuen Tatbestand hätten erfasst werden sollen. Vielmehr sollten Fälle abgedeckt werden, bei denen der Beauftragte seinen Ermessensspielraum zu Gunsten des Bestechenden ausübe, zum Beispiel gegen Entschädigung eine bestimmte Offerte unter gleichen wähle. Dies ergebe nur Sinn, wenn die Konkurrenten gerade keine Entschädigung gewährten. Relevant sei gemäss Botschaft denn auch, dass sich die Wahl nicht auf objektive Kriterien stütze, sondern im Gegenteil durch die Vorteilsgewährung verfälscht werde. Es sei offensichtlich, dass in einem Markt, in dem von allen Banken gleichermassen Retrozessionen ausgeschüttet würden, die Wahl der Bank durch Retrozessionen zum Vornherein nicht verfälscht werden könne und weder die übrigen Wettbewerbsteilnehmer verletze, noch eine Beeinträchtigung des Markts vorliege. Was den ungebührlichen Vorteil betreffe, müsse ihm – was den zivilrechtlichen Sachverhalt angehe – infolge der damaligen Branchenübung ein Sachverhaltsirrtum zugebilligt werden.

3.3 Beschluss der Beschwerdekammer vom 10. November 2011

Mit Beschluss der Beschwerdekammer vom 10. November 2011 wurde die Beschwerde des Strafklägers vom 19. August 2011 insoweit gutgeheissen, als die kantonale Staatsanwaltschaft angewiesen wurde, auch im Bezug auf den Vorwurf der passiven Bestechung Anklage zu erheben. Die Beschwerdekammer hielt fest, dass sich sowohl die eine wie die andere Ansicht vertreten lasse, ob verheimlichte oder nicht weitergeleitete Retrozessionen per se objektiv eine Wettbewerbsverzerrung darstellten und es unerheblich sei, ob die Retrozessionen der Grund für das Handeln des Vermögensverwalters dargestellt hätten, oder eine tatsächliche Beeinflussung not-

wendig sei. Die Lehre betreffend die zivil- und strafrechtliche Zulässigkeit von Retrozessionen sei uneinheitlich und es existierte dazu keine gefestigte Rechtsprechung.

3.4 Erwägungen der Kammer

a) Anwendbarkeit des UWG

Der sachliche Anwendungsbereich des UWG ist in Art. 2 UWG definiert. Gemäss diesem ist jedes täuschende oder in anderer Weise gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossende Verhalten oder Geschäftsgebaren unlauter und widerrechtlich, welches das Verhältnis zwischen Mitbewerbern oder zwischen Anbieter und Abnehmern beeinflusst. Ein Verhalten, das die Generalklausel von Art. 2 UWG nicht erfüllt, zieht keine lauterkeitsrechtlichen Folgen nach sich, selbst, wenn es einen der Spezialtatbestände wie die Privatbestechung erfüllt. Bei der Prüfung eines Sachverhaltes muss somit zunächst geprüft werden, ob das Verhalten die Voraussetzungen der Generalklausel erfüllt, bevor die Tatbestandsmässigkeit i.S.v. Art. 4a UWG geprüft werden kann (GFELLER, Die Privatbestechung Art. 4a UWG, Basel 2010, pag. 71). Ein solches, Art. 2 UWG erfüllende Verhalten ist nur gegeben, wenn es dazu bestimmt oder geeignet ist, sich auf die Marktverhältnisse auszuwirken bzw. objektiv auf eine Beeinflussung der Wettbewerbsverhältnisse angelegt ist; mithin ein wirtschafts- und wettbewerbsrelevantes Verhalten darstellt (UWG Handkommentar-JUNG, Art. 2 N 12; BGE 133 III 431; 126 III 198 E. 2c/aa m.w.H.). Wettbewerbsrelevant sei das Verhalten gemäss JUNG nur, wenn das Verhalten direkt oder indirekt spürbare Auswirkungen auf dem Markt zeitige, indem es Unternehmen in ihrem Kampf um Kundschaft begünstige bzw. benachteilige oder Marktanteile steigern bzw. verringere. Dabei komme es nur auf die objektive Eignung des Verhaltens zur Beeinflussung und damit weder auf einen Beeinflussungswillen des Handelnden noch – nach allgemeiner Meinung (mit Verweis auf BGE 120 II 76 E 3a) und entgegen dem Wortlaut von Art. 2 UWG – auf einen tatsächlich feststellbaren Einfluss an. Grundsätzlich unerheblich sei es auch, ob die massgebliche Wettbewerbshandlung vor Vertragsschluss oder erst danach erfolgte, da auch eine erst nach Vertragsschluss stattfindende unlautere Beeinflussung den Kunden in seinem Entschluss bestätigen und beeinflussen könnte. Unerheblich sei schliesslich, ob der betroffene Markt aufgrund der dort gehandelten Produkte oder Leistungen ein per se rechtswidriger Markt sei. Diesbezüglich solle nichts anderes gelten als bei der Zurückweisung des sog. unclean-hands Einwands (UWG Handkommentar-JUNG, Art. 2 N 17 sowie 124). Im Bereich der Privatbestechung liegt eine Wettbewerbshandlung jedenfalls dann vor, wenn mit der Bestechung Selektionsentscheidungen beeinflusst werden sollen. Die Bestechung dient diesfalls nämlich direkt dem Kampf um Abnehmer (GFELLER, a.a.O., pag. 72 f.).

Vorliegend ist das Bestehen wettbewerbsrelevanten Verhaltens – sowohl vor als auch nach Inkrafttreten des Art. 4a UWG – zu bejahen. Die Banken sind geschäftlich an der Erbringung von kostenpflichtigen Dienstleistungen für die Kunden der externen Vermögensverwalter interessiert und gewähren den Vermögensverwaltern aus diesem Grund verschiedenste (Rück-)Vergütungen für den Fall, dass sie Kundenvermögen bei ihnen platzieren und im Rahmen derer Verwaltung kostenfällige Dienstleistungen beanspruchen. Zu den Vergünstigungen gehören u.a. Finder Fees und Retrozessionen. Anders als Finder Fees werden Retrozessionen jedoch nicht einmalig für die

Übertragung der Kundenvermögen gewährt, sondern für jede einzelne Inanspruchnahme einer Dienstleistung. Retrozessionen wirken sich damit nicht nur auf die anfängliche Wahl der Bank aus, sondern können zusätzlich dazu beitragen, dass der Vermögensverwalter einen (allenfalls angezeigten) Bankenwechsel unterlässt, diesen gar nicht erst in Betracht zieht oder unnötig Bankdienstleistungen für seine Kunden zur Erhöhung der Retrozessionszahlungen in Anspruch nimmt. Fortlaufende Auszahlungen von Retrozessionen können folglich nicht nur (mit) ausschlaggebend für die Wahl der Bank sein, sondern auch für den Verbleib sowie für Art und Umfang der Verwaltungshandlungen bei selbiger. Das Gewähren bzw. Entgegennehmen und Behalten von Retrozessionen stellt damit potentiell wettbewerbsrelevantes Verhalten dar, das objektiv auf eine Beeinflussung des Wettbewerbs zwischen den Dienstleistungsanbietern angelegt ist. Dass die Gewährung von Retrozessionen gängige Branchenpraxis darstellt, vermag daran nichts zu ändern, sondern zeigt vielmehr die zentrale Rolle, die die Gewährung von Retrozessionen bei den Banken im Wettbewerb um unabhängige Vermögensverwalter einnimmt. Eine Bank, die auf die Gewährung von Retrozessionen verzichtet, dürfte beim Akquirieren und Bewirtschaften von unabhängigen Vermögensverwaltern klarerweise einen wettbewerbsrechtlichen Nachteil haben. Der Vorinstanz ist somit zuzustimmen, wenn sie festhält, dass die Ausrichtung bzw. die Annahme von Retrozessionen abstrakt geeignet ist, den Wettbewerb zu beeinflussen (pag. WSG 159).

Dadurch, dass die A. Bank dem Beschuldigten infolge seiner Tätigkeit als unabhängiger Vermögensverwalter auch nach Inkrafttreten des Art. 4a UWG Retrozessionen auszahlte bzw. der Beschuldigte diese entgegennahm und einbehielt, legten beide auch nach dem 30. Juni 2006 ein potentiell wettbewerbsrelevantes Verhalten an den Tag, das den Normen des UWG untersteht.

b) Strafantrag

Betreffend die Einhaltung der Strafantragsfrist und Gültigkeit des Strafantrags kann auf die Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (vgl. pag. WSG 156).

c) Objektiver Tatbestand

Wie bereits durch die Vorinstanz zutreffend ausgeführt, war der Beschuldigte zur vorgeworfenen Tatzeit (ab 01. Juli 2006 bis mindestens 31. Januar 2008) als unabhängiger Vermögensverwalter für Y. tätig. Er handelte mithin als **Beauftragter im privaten Sektor**. Als solcher erhielt er in dieser Zeit im **Zusammenhang mit seiner geschäftlichen Tätigkeit** bzw. im Zusammenhang mit seinem Auftragsverhältnissen von der A. Bank Retrozessionen im Umfang von CHF 7'644.90 ausbezahlt. Als Auftraggeber von Y. war er gehalten, Rechenschaft über die erhaltenen Retrozessionen abzulegen und diese an Y. herauszugeben (Art. 400 Abs. 1 OR). Entgegen dieser auftragsrechtlichen Regelung gab er die Retrozessionen nicht an Y. weiter, sondern verwendete diese zu seinem **Vorteile**, nämlich zur Bestreitung seines Lebensunterhalts. Der Vorteil war ein **ungebührender**, da ein rechtsgültiger Verzicht seitens Y. auf die Herausgabe der Retrozessionen nicht vorlag. Wie das Beweisergebnis aufgezeigt hat, informierte der Beschuldigte Y. lediglich am Rande der Vertragsverhandlungen über den Erhalt von Retrozessionen, liess aber den gesetzlichen Anspruch des Auftraggebers bewusst unerwähnt, um die Retrozessionen selbst vereinnahmen zu können. Y. war

sich folglich nicht bewusst, Anspruch an den Retrozessionen zu haben und die Herausgabe verlangen zu können. Ein stillschweigender Verzicht setzt jedoch gerade voraus, dass der Verzichtende überhaupt um seine Verzichtsmöglichkeit weiss. Fehlt es ihm an diesem Wissen, kann von vornherein kein rechtsgenügender, stillschweigender Verzicht bestehen. Die Tathandlung stellt das **Annehmen** der Retrozessionen durch den Beschuldigten nach Juni 2006 dar.

Beim objektiven Tatbestand der passiven Privatbestechung ist somit einzig offen, ob der Beschuldigte den ungebührlichen Vorteil, den er als Beauftragter im privaten Sektor im Rahmen seiner geschäftlichen Tätigkeit von der A. Bank entgegennahm, **für eine pflichtwidrige oder im Ermessen stehende Handlung oder Unterlassung** erhielt. Der Vorteil muss somit im Hinblick auf eine pflichtwidrige oder eine im Ermessen stehende Handlung im Zusammenhang mit der geschäftlichen Tätigkeit gewährt worden sein (Äquivalenzverhältnis zwischen Vorteilsgewährung und der pflichtwidrigen Handlung bzw. Unterlassung; CHK-FERRARI-HOFER/VASELLA, Art. 4a N 8 UWG). Gefordert ist ein eigentliches korruptionstechnisches Austauschverhältnis „do ut des“ (ich gebe, damit du gibst). Das bedeutet, dass der Beweis erbracht werden muss, der Vorteil stehe in Beziehung zu einer bestimmten oder mindestens bestimmbarer Handlung oder Unterlassung (JOSITSCH, a.a.O., pag. 836). Als tatbestandsmässige Verhaltensweisen im Vordergrund stehen Entscheide, bspw. derjenige, einen bestimmten Anbieter (mit-) zu berücksichtigen oder zu bevorzugen (UWG Handkommentar-SPITZ, Art. 4a N 69). Gemäss GFELLER werde der Vorteil gerade dafür gegeben bzw. angenommen, dass der Entscheid nicht nach freiem Ermessen, sondern nach dem Willen und den Wünschen des Geschenkgebers getroffen werde. Durch die Annahme von Vorteilen beraube sich der Beauftragte selbständig seiner Fähigkeit, objektiv die Interessen des Auftraggebers zu bewerten. Hinzukommen müsse jedoch die Möglichkeit des Beauftragten, überhaupt im Sinne des Bestechenden zu handeln, mithin eine Machtkomponente. Derjenige, der überhaupt nicht über die notwendige Macht verfüge, im Sinne des Klienten zu entscheiden, könne das Delikt nicht vollenden (GFELLER, a.a.O., pag. 186 f. m.w.H.).

Gemäss Anklageschrift werden dem Beschuldigten zwei angeblich durch die Entgegennahme und das Einbehalten von Retrozessionen beeinflusste Verhalten vorgeworfen, nämlich das Handeln mit Wertpapieren und das Belassen der Wertschriften bei der A. Bank.

Im Rahmen des Beweisverfahrens konnte dem Beschuldigten kein **pflichtwidriges Verhalten bzw. Unterlassen** betreffend den Handel mit Wertpapieren und das Belassen der Wertschriften bei der A. Bank nachgewiesen werden. Das Anlegen und Belassen des Kundenvermögens bei einer Bank sowie das Handeln mit Wertpapieren gehörten mit zum Auftrag des Vermögensverwalters. Der Beschuldigte war nicht nur berechtigt, Wertschriften zu handeln, sondern aufgrund seines Vermögensverwaltungsmandats bzw. des Auftrags zur Vermehrung des Kundenvermögens hierzu verpflichtet. Dass er hierfür mit Wertpapieren in einer Art und Weise handelte, die seinem Verwaltungsmandat zuwider liefen und demzufolge eine Pflichtverletzung darstellten, ist nicht nachweisbar. Ebenso wenig lässt sich eine Pflichtverletzung darin erblicken, dass der Beschuldigte das Kundenvermögen auch nach Juni 2006 weiter bei der A. Bank belies. Umstände, die einen Bankenwechsel aus Gründen der Treue- bzw.

Sorgfaltspflicht erfordert oder notwendig erscheinen hätten lassen, sind beweismässig nicht erstellt. In einem ersten Schritt kann somit festgehalten werden, dass es an einem vorwerfbaren, durch die Entgegennahme und das Einbehalten von Retrozessionen beeinflussten, pflichtwidrigen Verhalten des Beschuldigten fehlt. Betreffend das pflichtwidrige Verhalten des Beschuldigten, seine Kunden nicht über ihren Anspruch zu informieren, die Retrozessionen einzubehalten und auch keine Rechenschaft darüber abzulegen, fehlt es hingegen am notwendigen Austauschverhältnis (Äquivalenzverhältnis). Die Retrozessionen wurden dem Beschuldigten nicht für die Begehung dieser Pflichtverletzungen gewährt. Die A. Bank verlangte im Zusammenarbeitsvertrag mit dem Beschuldigten denn auch ausdrücklich die Information seiner Kunden über den Erhalt von Retrozessionen.

Zur Erfüllung des objektiven Tatbestands der passiven Privatbestechung ist jedoch nicht zwingend ein pflichtwidriges Verhalten erforderlich, sondern es genügt eine im Ermessen stehende Handlung oder Unterlassung zu Gunsten des Bestechenden.

Als unabhängiger Vermögensverwalter bei der A. Bank besass der Beschuldigte – innerhalb der mit Y. vereinbarten Anlagestrategie – freien **Ermessensspielraum bei der Anlage des durch ihn verwalteten Vermögens**. Er konnte in diesem Umfang frei nach eigenem Ermessen bestimmen, ob, wann und in welcher Höhe Wertschriften für Y. gehandelt werden. Für den Handel mit Wertpapieren erhielt der Beschuldigte von der A. Bank jeweils Rückvergütungen in Form von 40 % der Nettobeträge der Börsencourtage. Es bestand folglich ein direktes Austauschverhältnis zwischen den Retrozessionen auf den Börsencourtage (als ungebührlichen Vorteil) und dem Handel mit Wertpapieren (als im Ermessen stehende Handlung).

Betreffend das Belassen des Kundenvermögens bei der A. Bank hingegen kam dem Beschuldigten prinzipiell kein unabhängiges Ermessen zu. Ein Bankenwechsel hätte zugleich das Mitwirken von Y. vorausgesetzt, welcher den Rahmenvertrag mit der A. Bank hätte auflösen und mit der neuen Bank abschliessen müssen. Faktisch musste Y. jedoch – wollte er sein Vermögen durch den Beschuldigten verwalten lassen – dieselbe Bank auswählen, mit welcher der Beschuldigte zuvor einen Zusammenarbeitsvertrag betreffend die externe Vermögensverwaltung abgeschlossen hatte. Die Wahl des Finanzinstituts lag damit im Machtbereich des Beschuldigten. Er wählte die A. Bank aus bzw. schlug diese Y. vor. D.h. er besass einen **Ermessensspielraum bei der Wahl des Finanzinstituts**. Dasselbe Ermessen stand ihm auch bei der Wahl zu, das Kundenvermögen bei der A. Bank zu belassen. Hätte der Beschuldigte sich entschieden, seine Arbeit als unabhängiger Vermögensverwalter bei einem anderen Finanzinstitut fortzuführen, hätte Y. das Finanzinstitut, soweit er den Beschuldigten weiterhin als seinen Vermögensverwalter beauftragen wollte, ebenfalls wechseln müssen. Der Beschuldigte besass damit gegenüber Y. faktisch weitestgehend Freiheit in der Wahl des Finanzinstituts; sowohl zu Beginn als auch während dem Bestehen des Vermögensverwaltungsvertrags. Für die Anlage von Kundenvermögen bei der A. Bank erhielt der Beschuldigte von der A. Bank 40 % der Nettobeträge der angefallenen Depotgebühren. Mit anderen Worten gewährte die A. Bank dem Beschuldigten eine Rückvergütung für das Anlegen und Belassen von Kundenvermögen bei ihr. Damit bestand zwischen den Retrozessionen auf den Depotgebühren (als ungebührlichen

den Vorteil) und dem Anlegen bzw. Belassen von Kundenvermögen bei der A. Bank (als im Ermessen stehende Handlung) ein Austauschverhältnis.

Indem der Beschuldigte das Kundenvermögen von Y. bei der A. Bank anlegte, dort auch nach Juni 2006 weiter belies und im Rahmen der Vermögensverwaltung Wertpapiere handelte bzw. rückvergütungsauslösende Dienstleistungen der A. Bank beanspruchte, übte er sein Ermessen **zu Gunsten der Bestechenden** aus. Die A. Bank konnte ihren Ertrag durch Inanspruchnahme ihrer kostenpflichtigen Dienstleistungen erhöhen.

Sämtliche in Art. 4a Abs. 1 lit. b UWG aufgeführten, objektiven Tatbestandselemente sind damit *prima vista* erfüllt. Der Botschaft über die Genehmigung und die Umsetzung des Strafrechts-Übereinkommens und des Zusatzprotokoll des Europarates über Korruption vom 10. November 2004 (nachfolgend: BOTSCHAFT) lässt sich jedoch entnehmen, dass mit dem Begriff der „im Ermessen stehenden Handlung“ Fälle abgedeckt werden sollen, in denen der Arbeitnehmer, Gesellschafter, Beauftragte oder Gehilfe ohne eine ausdrückliche vertragliche Pflicht zu verletzen, *auf Grund* der Vorteilszuwendung seinen Ermessensspielraum zu Gunsten des Bestechenden ausübt, zum Beispiel gegen Entschädigung eine bestimmte Offerte unter gleichwertigen wählt. Relevant sei, dass sich die Wahl innerhalb des Ermessens *nicht auf objektive Kriterien stütze*, sondern im Gegenteil *durch die Vorteilszuwendung verfälscht* werde und damit die übrigen Wettbewerbsteilnehmer verletze und in allgemeiner Weise den Markt beeinträchtige (BOTSCHAFT, pag. 7012). Die Staatsanwaltschaft und der Beschuldigte schliessen aus dem Wortlaut der BOTSCHAFT, dass die Retrozessionen *der Grund* für den Verbleib bei der A. Bank und den Wertpapierhandel gewesen sein müssen. Stütze sich die Wahl einzig auf objektive Kriterien, würden die übrigen Wettbewerbsteilnehmer nicht verletzt und der Markt nicht in allgemeiner Weise beeinträchtigt. Dieser Interpretation widerspricht der Strafkläger mit Verweis auf die Literatur von EMMENEGGER, JOSITSCH, ENGLER und DONATSCH/ZUBERBÜHLER.

Nachfolgend ist somit der Frage nachzugehen, ob die Erfüllung des Tatbestands der passiven Privatbestechung es erfordert, dass der ungebührende Vorteil tatsächlich (mit-) ausschlaggebend bei der Ermessensausübung zu Gunsten des Bestechenden war; es mit anderen Worten nicht genügt, dass die Wahl durch die Vorteilsgewährung potentiell beeinflusst bzw. verfälscht wurde.

Sowohl EMMENEGGER, JOSITSCH, als auch ENGLER vertreten die Auffassung, dass eine Strafbarkeit auch dann gegeben sei, wenn die Handlung des Vermögensverwalters unter wirtschaftlichem Gesichtspunkt nicht zu beanstanden sei bzw. es um korrekte Ermessensausübung gehe (EMMENEGGER, a.a.O., pag. 118; ENGLER, a.a.O., pag. 138; JOSITSCH, a.a.O., pag. 836). Entscheidend sei gemäss EMMENEGGER lediglich, dass die Wahl „durch die Vorteilszuwendung verfälscht werde, was die übrigen Wettbewerbsteilnehmer verletze und in allgemeiner Weise den Markt beeinträchtige (EMMENEGGER, a.a.O., pag. 118 mit Verweis auf BOTSCHAFT). SPITZ führt differenzierend aus, dass vom Wortlaut der Vorschrift her fraglich sei, ob eine Unlauterkeit vorliege, wenn die Handlung pflichtgemäss bzw. ermessensfehlerfrei sei. In der Botschaft fände sich zwar eine klare Äusserung dahingehend, dass durch den Begriff der im Ermessen stehenden Handlung die Fälle abgedeckt werden (sollen), in denen der Arbeitnehmer, Gesellschafter, Beauftragte oder Gehilfe, ohne eine ausdrückliche vertragli-

che Pflicht zu verletzen, auf Grund der Vorteilszuwendung seinen Ermessensspielraum zu Gunsten des Bestechenden ausübe, zum Beispiel gegen Entschädigung eine bestimmte Offerte unter gleichwertigen wähle. Auch wenn diese Absicht klar sei, sei dennoch fraglich, ob – zumindest aus strafrechtlicher Sicht – dem Legalitätsgrundsatz und dem Bestimmtheitsgebot in genügender Weise entsprochen werde. Das Kriterium der Gleichwertigkeit sei, soweit komplexe oder kombinierte Waren- bzw. Dienstleistungsangebote in Frage stünden, ohnehin nur schwierig zu handhaben. Ob in der Konsequenz der Fall, dass unter mehreren *unterschiedlichen* Offerten die Beste gewählt, also insofern pflichtgerecht gehandelt worden sei und der entsprechende Anbieter einen Vorteil ausgerichtet habe, nicht von Art. 4a Abs. 1 lit. a erfasst werden solle und könne, sei zweifelhaft. Zwar erfolge auch hier ein Treuebruch, doch scheine der Gesetzgeber eine Unlauterkeit abzulehnen, weil der Wettbewerb nicht verfälscht werde. Die beste Lösung habe sich ja durchgesetzt. Soweit die Hilfsperson ihre Verhaltensweise nicht vom Vorteil habe beeinflussen lassen und die beste Leistung berücksichtigt habe, werde ihrerseits eine Unlauterkeit gemäss Art. 4a Abs. 1 lit. b entfallen. Sie dürfte jedoch regelmässig vertragsbrüchig sein (UWG Handkommentar-SPITZ, Art. 4a N 74 f.). DONATSCH/ZUBERBÜHLER führen mit Verweis auf die Botschaft aus, dass Konstellationen gemeint seien, in welchen der Beauftragte zufolge der Vorteilszuwendung seinen Ermessensspielraum zugunsten des Bestechenden ausübe. Dies könne etwa der Fall sein, wenn er von zwei gleichwertigen Offerten die eine deshalb auswähle, weil ihm vom betreffenden Offerenten ein Vorteil zugewendet worden sei. Damit stütze sich die Wahl zwischen den beiden Offerten nicht auf objektive Kriterien des Markts, sondern auf den Umstand der Vorteilszuwendung (DONATSCH/ZUBERBÜHLER, a.a.O., pag. 100). Gemäss GALLIANO/MOLO soll der Tatbestand der passiven Privatbestechung nicht erfüllt sein, wenn die Retrozessionen keinen oder nur einen marginalen Einfluss gespielt hätten. Es genüge, «*que le gérant accepte des avantages en relation avec le contrat de gestion*». Dies habe zur Konsequenz, dass, «*si le gérant conseille au client une banque au seul motif que celle-ci lui offre des rétrocessions plus élevées, l'infraction de corruption passive pourrait être réalisée*». Dasselbe gelte, wenn «*l'intermédiaire financier propose un fonds de placement dans le seul but de se procurer des rétrocessions plus avantageuses*». (GALLIANO/MOLO, Les Rétrozessions dans le domaine de la gestion patrimoniale, PJA 2012 p. 1766, 1779).

Nach Ansicht der Kammer ist dem Wortlaut der BOTSCHAFT zu folgen, der in seiner Aussage klar ist. Die Wahl muss *auf Grund* der Vorteilszuwendung zu Gunsten des Bestechenden ausgefallen sein. Die Vorteilszuwendung muss der eigentliche Antrieb der Handlung bzw. des Unterlassens gewesen sein, zu Gunsten der Vorteilszuwenderin zu handeln. Erforderlich ist mithin der Nachweis einer *effektiven* Auswirkung der Vorteilszuwendung auf die Ermessensausübung, wogegen die blossе Gefährdung nicht ausreichen kann. Eine andere Auslegung lässt die BOTSCHAFT nicht zu, wenn sie ausführt, *relevant sei, dass sich die Wahl nicht auf objektive Kriterien stütze, sondern im Gegenteil durch die Vorteilszuwendung verfälscht werde, was die übrigen Wettbewerbsteilnehmer verletze und in allgemeiner Weise den Markt beeinträchtige*. Trifft der Bestochene seine im Ermessen liegende Wahl trotz Vorteilszuwendung rein nach objektiven Kriterien, fehlt es an einer Verletzung der Wettbewerbsteilnehmer und einer Beeinträchtigung des Marktes. Die Wahl wäre ohne Vorteilszuwendung aufgrund der-

selben Kriterien getroffen worden, das Ermessen gleich ausgeübt worden. Es genügt folglich nicht, dass der Bestochene sein Ermessen zu Gunsten der Vorteilszuwenderin ausübt, sondern es bedarf darüber hinaus einer nachweisbar kausalen Auswirkung der Vorteilszuwendung auf die Ermessensausübung. Ob sich die Vorteilszuwendung effektiv auf die Wahl auswirkte, ist anhand der gesamten Umstände zu würdigen. Wurde beispielsweise nachweislich nicht die beste Offerte gewählt, sondern diejenige, mit welcher eine Vorteilszuwendung verbunden war, dürfte sich die Annahme, der Bestochene habe sich nicht nur von objektiven Kriterien leiten lassen, aufdrängen. Gleiches gilt für das in der Botschaft genannte Beispiel der gleichwertigen Offerten. Auch hier wird die Annahme nahe liegen, dass der Bestochene die Wahl schliesslich von der Vorteilszuwendung (kausal) abhängig machte.

Der von EMMENEGGER, JOSITSCH, und ENGLER vertretenen Meinung kann insoweit gefolgt werden, als es zur Strafbarkeit der passiven Privatbestechung nicht entscheidend sein kann, ob das Ermessen *im Ergebnis* (allenfalls bloss zufälligerweise) korrekt ausgefallen bzw. unter dem Gesichtspunkt der „Best Execution“ nicht zu beanstanden ist. Denn auch eine solche, im Ergebnis korrekt erscheinende Ermessensausübung kann aufgrund falscher Gründe getroffen werden. Entscheidend muss einzig sein, ob der Weg zum Ergebnis, mithin das Auswahlverfahren innerhalb des Ermessensspielraums, unbeeinflusst von Vorteilszuwendungen nur nach objektiven Kriterien durchgeführt wurde. Mit dem Tatbestand der passiven Privatbestechung soll verhindert werden, dass im Ermessen stehende Handlungen auf Grund von Vorteilszuwendungen nicht mehr nach objektiven Kriterien vorgenommen werden. Der Bestechende soll sich keinen unlauteren Vorteil verschaffen können. Der Bestochene wiederum soll seine Handlungen nicht von unlauteren Zuwendungen beeinflussen lassen. Die Strafbarkeit der passiven Privatbestechung hängt folglich nicht vom Ergebnis der im Ermessen stehenden Wahl ab, sondern vom Auswahlverfahren selbst. Die Wettbewerbsteilnehmer und der Markt werden verletzt und beeinträchtigt, wenn die Wahl sich nicht auf objektive Kriterien stützt, sondern (mit) auf Grund der Vorteilszuwendung getroffen wurde.

Vorliegend ist durch die Auszahlung von Rückvergütungen an den Beschuldigten ein Anreiz geschaffen worden, auch im Interesse der Bank und nicht nur im Interesse der Kunden (beispielsweise die Gebühren niedrig zu halten) zu handeln. Gleichzeitig war es dem Beschuldigten möglich, seine Einnahmen durch vermehrte Transaktionen zu steigern. Damit wurde die in seinem Ermessen stehende Wahl, eine rückvergütungsauslösende Dienstleistung der A. Bank für Y. zu beanspruchen oder nicht, durch die Gewährung von Retrozessionen potentiell beeinflusst. Es bestand die Gefahr, dass sich die im Ermessen des Beschuldigten stehende Wahl nicht (einzig) auf objektive Kriterien stützt, sondern im Gegenteil durch die Auszahlung von Retrozessionen verfälscht wird.

Im Beweisverfahren konnte dem Beschuldigten jedoch nicht nachgewiesen werden, dass er sich tatsächlich im Rahmen des Wertschriftenhandels von der jeweiligen Auszahlung der Retrozessionen beeinflussen liess und seine Wahl – ob, wie oft und in welchem Umfang eine rückvergütungsauslösende Dienstleistung der A. Bank beansprucht werden soll – nicht nach objektiven Kriterien traf (vgl. Ziff. III.5 hiervoor). Das Kundenprofil von Y. sah ein aggressives Auftreten am Markt vor. Ziel war es, innert

kurze Zeit das investierte Vermögen zu vervielfachen. Bei einer solchen Strategie stellt eine hohe Anzahl Transaktionen in jeweils nicht unerheblichem Umfang nichts Aussergewöhnliches dar. Jedenfalls kann unter diesen Umständen dem Beschuldigten kein bewusstes Umwälzen des Kundenvermögens unterstellt werden (sog. Churning). Es fehlen Transaktionen, die sich nur mit der Absicht, Retrozessionen zu generieren, nachvollziehbar begründen lassen. Es fehlen Anhaltspunkte, die aufzeigten, dass der Beschuldigte beim Wertpapierhandel aufgrund der Retrozessionszahlungen die Interessen von Y. hinter seine eigenen und die der A. Bank stellte. Zu Gunsten des Beschuldigten ist – gemäss Beweisergebnis – folglich davon auszugehen, dass seine jeweiligen Ermessensentscheide, Transaktionen bei der A. Bank in Auftrag zu geben, sich nur auf objektive Kriterien stützten und durch die Rückvergütung nicht beeinflusst bzw. verfälscht wurden.

Dem vorliegenden Sachverhalt liegt zudem die besondere Situation zu Grunde, dass der Beschuldigte den Wertschriftenhandel für seine Kunden – aufgrund des im Juli 2006 bereits bestehenden Zusammenarbeitsvertrags mit der A. Bank und der ebenfalls vor Juli 2006 zur A. Bank transferierten Kundenvermögen – einzig über die A. Bank abwickeln konnte. Eine Inanspruchnahme von Dienstleistungen anderer Anbieter war ohne Transferierung der Kundenvermögen nicht möglich. Sein Ermessen betreffend den Handel mit Wertschriften beschränkte sich damit einzig auf die Frage, Dienstleistungen der A. Bank in Anspruch zu nehmen oder keinen Wertpapierhandel für seine Kunden zu tätigen. Entschloss sich der Beschuldigte, für Y. Wertpapiere zu kaufen bzw. verkaufen, übte er sein Ermessen zwangsläufig zu Gunsten der A. Bank aus. Offerten anderer Finanzdienstleister, zu Ungunsten welcher er sich jeweils bei Inanspruchnahme einzelner Dienstleistungen der A. Bank hätte entscheiden müssen, bestanden nicht. Das dem Beschuldigten beim Wertschriftenhandel zustehende Ermessen tangierte die übrigen Wettbewerbsteilnehmer somit nur mittelbar, indem er den Ertrag der A. Bank und damit ihre wirtschaftliche Kraft steigerte.

Anders liegt der Fall bei der Wahl des Finanzinstituts. Wie bei der Beweiswürdigung ausgeführt, schrieb der Beschuldigte mit Schreiben vom 16. Dezember 2002 betreffend die Depot-Neueröffnung für Y. an die A. Bank: „Ich gehe davon aus, dass die Retrozessionen 40% beträgt!“ (vgl. Ziff. III.5 hiervor). Nach Ansicht der Kammer lassen das Schreiben sowie die weiteren Umstände keine Zweifel daran aufkommen, dass die Auszahlung von Retrozessionen für den Beschuldigten (zumindest mit-) entscheidend für die Wahl der A. Bank als Depotbank war. Die im Ermessen stehende Wahl des Beschuldigten, das Kundenvermögen bei der A. Bank anzulegen, wurde massgeblich durch den ungebührenden Vorteil (der Auszahlung von Retrozessionen) beeinflusst und verfälscht. Er unterliess es, Offerten weiterer Finanzinstitute einzuholen, um anschliessend anhand objektiver Kriterien die passende Depotbank für die Verwaltung des Vermögens von Y. auszuwählen. Ob die A. Bank im Ergebnis tatsächlich die beste Wahl darstellte, ist nicht von Relevanz. Entscheidend ist einzig, dass der Beschuldigte seine Wahl nicht nur auf objektive Kriterien stützte, sondern sein Ermessen aufgrund der in Aussicht gestellten Retrozessionszahlungen zu Gunsten der A. Bank ausübte. Dass der Beschuldigte danach nie mit dem Gedanken eines Bankenwechsels spielte, wird – wie bei der Beweiswürdigung ausgeführt (vgl. Ziff. III.5 hiervor) – ebenfalls von der (fortlaufenden) Auszahlung von Retrozessionen beeinflusst worden sein. Die Auszahlung von Retrozessionen spielte damit objektiv eine kausale Rolle,

dass der Beschuldigte auch nach Juni 2006 das Kundenvermögen bei der A. Bank belass.

Was der Beschuldigte dagegen einwendet, vermag nicht zu überzeugen. Es trifft zwar zu, dass faktisch sämtliche Finanzinstitute Retrozessionen gewähren. Dies ist vorliegend aber ohne Bedeutung, da Retrozessionen den Wettbewerb so oder anders beeinflussen. Würde ein Finanzinstitut keine Retrozessionen bezahlen, hätte es gegenüber den zahlenden Finanzinstituten einen wettbewerbsrechtlichen Nachteil. Bei der Auszahlung der Retrozessionen handelt es sich somit dem Grundsatz nach stets um wettbewerbsrelevantes Verhalten (vgl. Ziff. IV.3.4.a. hiervor). Die Erfüllung der passiven Privatbestechung setzt zudem nicht gleichzeitig eine Erfüllung der aktiven Privatbestechung voraus. Beide Tatbestände können voneinander unabhängig zur Anwendung gelangen. Beispielsweise kann eine Strafbarkeit der auszahlenden Bank entfallen, wenn die Bank davon ausgehen durfte, der Vermögensverwalter leite die Retrozessionen an seine Kunden weiter oder habe mit diesen einen gültigen Verzicht abgeschlossen. Auf Seiten des passiv Bestochenen ist schliesslich nicht das Entgegennehmen von Retrozessionen strafbar, sondern das Zurückbehalten ohne gültigen Verzicht des Auftraggebers. Erst dadurch werden die Retrozessionen zu einem ungebührlichen Vorteil.

Im Ergebnis kann der objektive Tatbestand der passiven Privatbestechung betreffend den Vorwurf des Belassens der Wertschriften bei der A. Bank bejaht werden.

d) Subjektiver Tatbestand

Betreffend den subjektiven Tatbestand wird vorgängig auf die Ausführungen der Vorinstanz verwiesen (pag. WSG 159 f.). Wie das Beweisverfahren aufzeigte (vgl. Ziff. III.5 hiervor), war sich der Beschuldigte seiner Stellung als Beauftragter und unabhängiger Vermögensverwalter im Privatsektor durchaus bewusst. Im Rahmen dieses Auftragsverhältnisses zwischen ihm und Y. liess er sich von der A. Bank wissentlich und willentlich auch nach Juni 2006 Retrozessionen (im Umfang von CHF 7'644.90) für die Anlage des Kundenvermögens und die Inanspruchnahme von kostenpflichtigen Dienstleistungen auszahlen. Die Retrozessionen gab der Beschuldigte nicht weiter, obwohl er wusste, dass die Rückvergütungen Y. zustehen und dieser – in Unkenntnis über seinen Anspruch – nicht gültig auf die Herausgabe verzichtet hatte. Er wusste damit um die Ungebührlichkeit des ihm zugewendeten Vorteils. Gleichzeitig war ihm bewusst, dass er die Retrozessionen nur aufgrund der Anlage und Investition des Kundenvermögens bei der A. Bank erhielt und er im Rahmen der Vermögensverwaltung gegenüber Y. faktisch über freies Ermessen verfügte, die Depotbank zu bestimmen und Wertpapiere zu handeln.

Die A. Bank wählte der Beschuldigte bewusst (auch) wegen der vereinbarten Rückvergütungen von 40 % auf den Nettobeträgen der Depotgebühren und Börsencourtagen aus. Bei der im Ermessen stehenden Wahl für die A. Bank entschied er sich gleichzeitig bewusst gegen die anderen Wettbewerbsteilnehmer. Dass er hierbei vorgängig keine weiteren Offerten anderer Finanzinstitute einholte, ist ohne Bedeutung, stellt doch schon der Entscheid, keine weiteren Offerten einzuholen, einen Entscheid zu Gunsten der A. Bank und gegen die weiteren Wettbewerbsteilnehmer dar. Der Entscheid, keine weiteren Offerten einzuholen, sondern sogleich die A. Bank als Dienst-

leisterin auszuwählen, wurde dabei massgeblich durch die in Aussicht gestellte Auszahlung von 40 % Retrozessionen beeinflusst.

Nach Juni 2006 stellte der Beschuldigte keine nachweislichen Abklärungen bzw. Überlegungen betreffend einen allfälligen Bankenwechsel an. Das Beweisverfahren konnte keine Situation im Rahmen des Auftragsverhältnisses zwischen dem Beschuldigten und Y. aufzeigen, in welcher sich der Beschuldigte nochmals bewusst für die A. Bank und gegen andere Wettbewerbsteilnehmer entschied bzw. entscheiden musste (vgl. Ziff. III.5. hiervor). Ist jedoch davon auszugehen, dass sich der Beschuldigte schlicht keine Gedanken über einen Bankenwechsel oder das Belassen des Kundenvermögens bei der A. Bank machte, fehlt es dem Beschuldigten unweigerlich auch am Bewusstsein, durch das Belassen des Kundenvermögens bei der A. Bank eine wettbewerbsrelevante Handlung bzw. Unterlassung vorzunehmen. Wer sich keine Gedanken um eine Wettbewerbssituation macht, kann diesbezüglich keine wettbewerbsrelevante Handlung in Kauf nehmen. Es fehlt mithin an einem bewussten Entscheid für die A. Bank und gegen andere Wettbewerbsteilnehmer nach Juni 2006. Damit ist der Vorinstanz zuzustimmen, wenn diese ausführt:

„Er hatte folglich weder das Wissen, dass er sich in einer Situation befand, die wettbewerbsrelevant sein könnte, noch hatte er den Willen oder nahm er in Kauf, mit seinem Handeln eine wettbewerbsbeeinflussende Handlung vorzunehmen.“

Ohne das Wissen, dass es sich beim Belassen des Kundenvermögens bei der A. Bank um eine Wettbewerbshandlung handelt, und die Inkaufnahme, mit seinem Handeln den Wettbewerb zwischen den Finanzinstituten zu beeinflussen, ist der subjektive Tatbestand der passiven Privatbestechung nicht erfüllt.

3.5 Fazit

Mangels Vorliegens des subjektiven Tatbestands ist der Beschuldigte freizusprechen von der Anschuldigung der passiven Privatbestechung.

V. Strafzumessung

1. Anwendbares Recht

Die Vorinstanz wies zu Recht auf den Umstand hin, dass die strafbaren Handlungen durch den Beschuldigten teilweise vor Inkrafttreten des revidierten Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches am 01.01.2007 begangen wurden, teilweise danach. Sie gelangte nach Würdigung der anzuwendenden Sanktionsnormen zum Ergebnis, dass das neue Recht im vorliegenden Falle das mildere sei und folglich als *lex mitior* zur Anwendung gelange. Dieser Meinung schliesst sich die Kammer an. Es kann insoweit auf die Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (pag. WSG 160 f.).

2. Ausführungen der Vorinstanz

Zur Strafzumessung im engeren Sinne führte die Vorinstanz Folgendes aus (pag. WSG 161 ff.):

Strafzumessung im vorliegenden Fall

Tatkomponenten

Bei strafbaren Handlungen gegen das Vermögen, wie beispielsweise der ungetreuen Geschäftsbesorgung, ist der Deliktsbetrag zwangsläufig eine Grösse, die gewichtigen Einfluss auf die Strafe haben muss. Klar ist aber auch, dass die Deliktssumme für die Strafzumessung nur eine Einstiegsgrösse darstellt, nicht aber absolut die Höhe der Strafe bestimmt.

*Vorliegend beträgt der Deliktsbetrag knapp CHF 90'000.00. Für die Verhältnisse des Wirtschaftsstrafgerichts handelt es sich um einen eher geringen Betrag, jedoch keinesfalls um eine Bagatelle. Die nicht abgelieferten Retrozessionen brachten dem Beschuldigte jeden Monat rund CHF 1'000.00 an zusätzlichem Verdienst ein. Zu berücksichtigen ist jedoch auch, dass Personen geschädigt wurden, die offensichtlich sehr gut bemittelt waren und bei denen der finanzielle Einschnitt durch den Deliktsbetrag eher gering ausfiel. Zudem ist das Ausmass des verschuldeten Erfolgs auch angesichts der Summen, welche Y. und Z. mit ihren Vermögensanlagen verloren haben, zu relativieren. Insgesamt erscheint das **Ausmass des verschuldeten Erfolges** als mittelgross, dies auch unter Berücksichtigung der Tatsache, dass die Summe beim einen Geschädigten über rund acht Jahre, beim anderen über rund fünf Jahre hinweg zustande kam.*

*Bei der **Art und Weise der Herbeiführung dieses Erfolges** stellt das Gericht fest, dass sie im Rahmen des für die Erfüllung des Delikts überhaupt Nötigen lag, sie war weder besonders raffiniert noch sonst irgendwie besonders bemerkenswert. Der Beschuldigte verletzte seine Pflichten als Vermögensverwalter, nicht mehr, aber auch nicht weniger. Daher ist diese Tatkomponente als neutral zu werten.*

*Zur **Willensrichtung und den Beweggründen** ist festzuhalten, dass der Beschuldigte vorsätzlich und in der Absicht handelte, sich selbst zu bereichern. Zu berücksichtigen ist jedoch, dass er in einer relativ schlechten finanziellen Situation war, als er die Retrozessionen für sich selbst einbehielt. Das vermag ihn zwar zweifellos nicht zu entschuldigen, doch hat sein Handeln ein anderes Gewicht, als wenn er als erfolgreicher Verwalter von vielen Kundenvermögen so gehandelt hätte. Dass es ihm nicht nur darum ging, seine beiden Kunden auszubeuten, zeigt sich auch darin, dass er auf sein ihm vertraglich zugesichertes Honorar verzichtete, als die Depotwerte tief waren.*

Täterkomponenten

*Zum **Vorleben und den persönlichen Verhältnissen** ist vorab auf die Ausführungen zum Werdegang zu verweisen. In Bezug auf die Strafzumessung sind zusätzlich folgende Aspekte von Bedeutung:*

Der Beschuldigte sagte am 10.12.2008 gegenüber der Kapo aus, er sei seit Dezember 2002 arbeitslos. Er erhalte Sozialhilfe von der Ausgleichskasse und gehe kleineren Nebenjobs nach wie beispielsweise Börsenbriefe erstellen, Börsenbeurteilungen machen oder Zeitungen ausliefern (pag. 03 01 002).

Es ist offensichtlich, dass das Leben des Beschuldigten spätestens seit Anfang des neuen Jahrtausends eine erhebliche Wende nahm. Wie es zu diesem deutlichen Bruch in seinem Leben kam, geht aus den Akten nicht hervor und wurde auch an der Hauptverhandlung nicht ganz klar.

Der Beschuldigte geht derzeit keiner beruflichen Tätigkeit nach, in seinem Alter sei es aussichtslos, eine Stelle zu finden. Aufgrund seiner gesundheitlichen Probleme könne er auch keinen Nebenbeschäftigungen mehr nachgehen. [...] (pag. WSG 061 f.).

Der Beschuldigte ist verheiratet. Das gemeinsame Einkommen der Ehegatten beläuft sich zum Zeitpunkt des Urteils auf monatlich CHF 3'900.00 insbesondere aus AHV- und Ergänzungsleistungen der Ehefrau (pag. WSG 037 ff.). [...].

Der Beschuldigte ist nicht vorbestraft (pag. WSG 020).

Trotz des Bruchs im Leben des Beschuldigten kommt das Gericht zum Schluss, dass er insbesondere in familiärer Hinsicht in stabilen Verhältnissen lebt. Zugute zu halten ist ihm, dass er in seiner Arbeitslosigkeit mit kleinen Nebenjobs versuchte, seinen Lebensunterhalt zu bestreiten. Die persönlichen Verhältnisse sind leicht zugunsten des Beschuldigten zu werten.

*Zum **Verhalten nach der Tat und im Strafverfahren** gilt es Folgendes zu bemerken: im Strafverfahren verhielt er sich korrekt und er hat sich seit der Taten nichts mehr zu Schulden kommen lassen. Dieser Punkt fällt weder zugunsten noch zu Lasten des Beschuldigten ins Gewicht.*

*Seine **Strafempfindlichkeit** ist angesichts seiner offenbar eher schlechten gesundheitlichen Verfassung und der Tatsache, dass er bereits über 60 Jahre alt ist, leicht erhöht.*

Strafschärfungsgrund

Der Beschuldigte hat sich der mehrfachen qualifizierten ungetreuen Geschäftsbesorgung schuldig gemacht. Die qualifizierte ungetreue Geschäftsbesorgung ist eine mit Freiheitsstrafe bis zu 5 Jahren oder Geldstrafe bedrohte Tat. Demzufolge liegt der Strafraum zwischen 2 Tagessätzen Geldstrafe und 7,5 Jahren Freiheitsstrafe.

Verschulden / Konkrete Strafzumessung

*Zusammenfassend erscheint der Beschuldigte als jemand, der in einer finanziell angespannten Situation sozusagen „eine Gelegenheit beim Schopf packte“ und die Retrozessionen, von denen er wusste, dass sie nicht ihm gehörten, einbehielt. Auch wenn Art. 48 StGB nicht anwendbar ist, so ist zu berücksichtigen, dass die ersten Tathandlungen rund 12 Jahre her sind und dass das Strafverfahren angesichts des einfachen Sachverhalts mit rund vier Jahren relativ lange dauerte, was nicht der Beschuldigte zu vertreten hat. Die Täterkomponente ist durchwegs neutral bzw. zu seinen Gunsten zu berücksichtigen. Angesichts des nicht sonderlich grossen Ausmasses des verschuldeten Erfolges erachtet das Gericht eine Geldstrafe von **150 Tagessätzen** als angemessen.*

Gemäss Art. 34 Abs. 2 StGB bestimmt das Gericht die Höhe des Tagessatzes nach den persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen des Täters im Zeitpunkt des Urteils, namentlich nach Einkommen und Vermögen, Lebensaufwand, allfälligen Familien- und Unterstützungspflichten sowie nach dem Existenzminimum.

Das BGer stellt in seinem Grundsatzentscheid BGE 134 IV 60 fest, dass für die Bemessung der Tagessatzhöhe vom Einkommen auszugehen ist, das dem Täter durchschnittlich an einem Tag zufließt. Dabei spielt keine Rolle, aus welcher Quelle die Einnahmen stammen. Denn massgebend ist die tatsächliche wirtschaftliche Leistungsfähigkeit. Auf der anderen

Seite ist abzuziehen, was gesetzlich geschuldet ist oder dem Täter wirtschaftlich nicht zufließt. Speziell erwähnt werden im Gesetz allfällige Familien- und Unterstützungspflichten, dies weil die Familienangehörigen von der Einschränkung des Lebensstandards möglichst nicht in Mitleidenschaft gezogen werden sollen.

Schliesslich enthält das Gesetz einen Hinweis auf das Existenzminimum, ohne darzulegen, wie dieses bei der Bemessung des Tagessatzes zu berücksichtigen ist. Gemäss BGer kann mit dem Existenzminimum nicht der betreibungsrechtliche Notbedarf gemeint sein und das unpfändbare Einkommen (Art. 93 SchKG) kann keine absolute Schranke bilden. Denn wenn in jedem Fall der Notbedarf im Sinne des Betreibungsrechts zu ermitteln wäre und nur der überschüssende Betrag zu Verfügung stünde, wäre die Geldstrafe breiten Kreisen der Bevölkerung (in Ausbildung stehende Personen, Studierende, haushaltsführende Ehegatten, Arbeitslose, Empfänger von Sozialhilfeleistungen, Asylsuchende, Randständige usw.) verwehrt, was gerade nicht der Wille des Gesetzgebers sei.

Das BGer sieht auch bei einkommensschwachen Personen das strafrechtliche Nettoeinkommen als Ausgangspunkt für die Bemessung des Tagessatzes. „Der zusätzliche Hinweis auf das Existenzminimum gibt dem Gericht jedoch ein Kriterium zur Hand, das erlaubt, vom Nettoeinkommensprinzip abzuweichen und den Tagessatz bedeutend tiefer zu bemessen.“ Dem Existenzminimum kommt eine Korrekturfunktion zu. „Der Tagessatz für Verurteilte, die nahe oder unter dem Existenzminimum leben, ist daher in dem Masse herabzusetzen, dass einerseits die Ernsthaftigkeit der Sanktion durch den Eingriff in die gewohnte Lebensführung erkennbar ist und andererseits der Eingriff nach den persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen als zumutbar erscheint.“ (BGE 134 IV 60).

Für den haushaltsführenden Ehegatten ist auf den ihm tatsächlich zufließenden oder zustehenden Unterhalt abzustellen. Massgebend ist, was ihm aus dem Familieneinkommen tatsächlich persönlich zukommt. Gemäss Dolge kann grundsätzlich von den Regelansätzen ausgegangen werden, welche im umgekehrten Fall als Unterhaltsabzüge zur Anwendung gelangen. Dem haushaltsführenden Ehegatten können dementsprechend in der Regel 40% (ohne Kinder) bzw. 25% (mit Kinder) des Nettoeinkommens des Partners, der ein Einkommen generiert, angerechnet werden (Dolge, BSK I, Art. 34 N 57).

Im vorliegenden Fall verfügt der Beschuldigte selber nicht direkt über ein Einkommen, er ist insofern zur Berechnung der Tagessatzhöhe mit einem haushaltsführenden Ehegatten zu vergleichen. Seiner Ehefrau kommt monatlich der Betrag von rund CHF 3'900.00 zu, insbesondere aus einer AHV-Rente sowie Ergänzungsleistungen. Bei der Berechnung der Ergänzungsleistungen werden die anrechenbaren Einnahmen wie auch die anerkannten Ausgaben beider Ehegatten berücksichtigt (vgl. Art. 9 Abs. 2 des Bundesgesetzes über Ergänzungsleistungen zur Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (ELG), Ziff. 2110.01 der Wegleitung über die Ergänzungsleistungen zur AHV und IV [WEL]). Die Ehefrau des Beschuldigten erhält folglich Ergänzungsleistungen zur Bestreitung des gemeinsamen Lebensunterhaltes. Der Beschuldigte verfügt damit indirekt auch über ein Einkommen.

Geht man nach Dolge vor und bestimmt den „Naturallohn“ des Beschuldigten auf 40% des Familieneinkommens, so ergibt dies ein massgebendes Einkommen von CHF 1'560.00. Anhand des Berechnungsblatts kommt man bei einem Pauschalabzug von 30%, der bei einem solch bescheidenen Einkommen das Minimum darstellt, auf eine Tagessatzhöhe von

CHF 30.00. Aufgrund der privaten Schulden ist zusätzlich ein Korrekturbetrag von mindestens CHF 10.00 abzuziehen, was eine Tagessatzhöhe von CHF 20.00 ergibt.

Nun ist jedoch zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte und seine Ehefrau am Existenzminimum leben, was alleine daraus folgt, dass seine Ehefrau Ergänzungsleistungen bezieht, bei deren Berechnung – wie bereits ausgeführt – er miteinbezogen ist. Denn gemäss Art. 9 Abs. 1 ELG sowie Ziff. 2110.01 der WEL sind Personen anspruchsberechtigt, deren anerkannte Ausgaben die ihnen anrechenbaren Einnahmen übersteigen. Die Differenz wird als Ergänzungsleistungen ausgerichtet (vgl. pag. WSG 040). Das bedeutet, dass die Ehegatten erst durch den Erhalt von Ergänzungsleistungen gerade über genügend finanzielle Mittel verfügen, um ihre gemeinsamen Ausgaben decken zu können und ihren Lebensunterhalt zu bestreiten. Vor diesem Hintergrund ist es nicht unproblematisch, für den Beschuldigten 40% des Familieneinkommens als massgebendes Einkommen zu bestimmen, da ihm persönlich effektiv deutlich weniger zukommt.

Geht man dennoch von diesen 40% des Familieneinkommens aus, so ist bei der Berechnung der Tagessatzhöhe auf jeden Fall das Existenzminimum zu berücksichtigen. Aus obigen Ausführungen rechtfertigt sich eine relevante Herabsetzung der Tagessatzhöhe.

Damit die Ernsthaftigkeit der Sanktion durch den Eingriff in die gewohnte Lebensführung erkennbar ist und andererseits der Eingriff nach den persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen als zumutbar erscheint, setzt das Gericht vorliegend die Tagessatzhöhe auf **CHF 10.00** fest, was total ausmachend eine **Geldstrafe von CHF 1'500.00** ergibt.

Bedingter Strafvollzug

Gemäss Art. 42 Abs. 1 StGB schiebt das Gericht den Vollzug einer Geldstrafe etc. in der Regel auf, wenn eine unbedingte Strafe nicht notwendig erscheint, um den Täter von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten.

Im Zusammenhang mit dem bedingten Vollzug von Geldstrafen nennt das Gesetz keine objektiven Voraussetzungen. In subjektiver Hinsicht ist für die Gewährung des bedingten Strafvollzuges das Fehlen einer ungünstigen Prognose vorausgesetzt.

Für die Zukunft kann dem Beschuldigten keine schlechte Prognose gestellt werden. Er ist ein Ersttäter und hat sich seit der Straftat keine neuen Verfehlungen zu Schulden kommen lassen. Ebenfalls nicht ausser Acht zu lassen ist, dass seine Verfehlungen teilweise über zehn Jahre, die letzte bereits vier Jahre zurück liegt, er sich also seit einiger Zeit wohl verhält. Zudem lebt der Beschuldigte in familiärer Hinsicht in stabilen Verhältnissen.

In Würdigung aller Umstände steht für das Gericht fest, dass eine unbedingte Strafe nicht notwendig ist, um ihn von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten. Die Voraussetzung zur Gewährung des bedingten Strafvollzuges ist erfüllt. Die Probezeit wird auf das Minimum, auf 2 Jahre, festgelegt.

Gemäss Art. 42 Abs. 4 StGB kann eine bedingte Strafe mit einer unbedingten Geldstrafe oder mit einer Busse nach Art. 106 StGB verbunden werden. Das Gericht verzichtet darauf, zusätzlich eine unbedingte Geldstrafe oder Busse auszusprechen, es ist davon auszugehen, dass dem Beschuldigten das Strafverfahren Denkwort genug war und er heute nicht mehr in der Situation ist, in der er Kundenvermögen verwaltet und daher dieselben oder ähnliche Verfehlungen nicht zu befürchten sind.

3. Ausführungen der Generalstaatsanwaltschaft

Die **Generalstaatsanwaltschaft** bemängelt in ihrer Berufungsbegründung das ausgefallte Strafmass der Vorinstanz. Dieses sei nicht mehr geeignet, die Ernsthaftigkeit und Bedeutung der Sanktion aufzuzeigen und sei weder dem Verschulden noch den wirtschaftlichen Verhältnissen des Beschuldigten angemessen. Die ausgesprochene Strafe sei so tief, dass man in eine Schnittstellenproblematik gerate. Ferner gewichte die Vorinstanz die strafzumessungsrelevanten Faktoren nicht immer nachvollziehbar und es fehle an einer abschliessenden Qualifizierung des Verschuldens. Der Deliktsbetrag dürfe nicht lediglich mit Fällen des Wirtschaftsstraferichts verglichen werden, sondern sei in die gesamte Bandbreite der Vermögensdelikte einzuordnen und in Einklang mit der Rechtsprechung der Regionalgerichte zu bringen. Auch der gleichzeitige, hohe Verlust von Vermögensanlagen vermöge das Ausmass des verschuldeten Erfolges nicht zu schmälern. Dass sich die deliktische Tätigkeit über acht Jahre hinweg zog, sei erschwerend zu berücksichtigen. Die Vorinstanz lasse zudem die Tatkomponente der Vermeidbarkeit der Rechtsgutverletzung unberücksichtigt. Diese sei aufgrund der Bildung und Erfahrung des Beschuldigten klar gegeben. Die von der Vorinstanz angeführte erhöhte Strafempfindlichkeit überzeuge nicht, sei der Beschuldigte doch erst 62 Jahre alt und handle es sich lediglich um eine Geldstrafe. Alter und Gesundheit seien bei der Geldstrafe nur insoweit zu berücksichtigen, als diese sich neben der Beeinflussung der Tagessatzhöhe auf die Erzielung eines Einkommens auswirkten. Vorliegend sei die finanzielle Leistungsfähigkeit nicht eingeschränkt, weshalb dem Beschuldigten keine erhöhte Strafempfindlichkeit attestiert werden könne. Die ausgesprochene Geldstrafe von 150 Tagessätzen sei bei einem ordentlichen Strafrahmen von zwei Tagessätzen Geldstrafe bis zu einer Freiheitsstrafe von 7½ Jahren unhaltbar mild und entspreche keineswegs dem leichten bis mittelschwer einzustufenden Verschulden des Beschuldigten. Der Deliktsbetrag von CHF 89'275.55 führe unter Berücksichtigung der bis Ende 2010 geltenden Weisung der Generalprokuratur des Kantons Bern betreffend Anklageerhebung beim zuständigen Gericht und den von Tanja Graber entworfenen Richtlinien zu einer Einsatzstrafe von rund 320 Strafeinheiten. Aufgrund der leicht zugunsten des Beschuldigten zu wertenden Komponente des Vorlebens und den persönlichen Verhältnissen sowie in Anbetracht dessen, dass der Beginn der deliktischen Tätigkeit relativ weit zurückliege, rechtfertige sich trotz der langen Deliktsdauer eine Reduktion auf 240 Tagessätze. Betreffend die Höhe des Tagessatzes seien die anlässlich der Voruntersuchung festgestellten Daten nicht mehr aktuell und die vom Beschuldigten eingereichten Unterlagen ungenügend. Auch die zusätzlichen Abzüge der Vorinstanz überzeugten nicht (Schuldenabzug und Abzug zur Deckung des Existenzminimums) und widersprächen der bernischen Praxis, wonach nur in Ausnahmefällen ein Tagessatz unter CHF 30.00 ausgesprochen werde.

4. Erwägungen der Kammer

4.1 Grundsätze der Strafzumessung

Die Strafkammern des Obergerichts üben bei der Überprüfung erstinstanzlich ausgefallter Strafen Zurückhaltung aus. Erstinstanzliche Gerichte gewinnen von allen Aspekten des beurteilten Falles einen unmittelbaren Eindruck. In bestimmten Deliktskategorien verfügen sie zudem über eine reiche Praxis mit vielen Vergleichsmöglichkeiten.

ten, was zusätzliche Zurückhaltung der Rechtsmittelinstanz nahe legt. Die 1. Strafkammer weicht deshalb von der erstinstanzlichen Strafzumessung nur ab, wenn es hierfür triftige Gründe gibt. Solche Gründe können namentlich darin liegen,

- dass wesentliche Zumessungsfaktoren unberücksichtigt geblieben sind,
- dass wesentliche Zumessungsfaktoren falsch gewichtet worden sind,
- dass die ausgefallte Strafe im kantonalen Quervergleich deutlich zu milde oder zu streng ausgefallen ist,
- dass seit dem erstinstanzlichen Urteil wesentliche, die Strafzumessung beeinflussende Änderungen eingetreten sind.

Die Vorinstanz hat die Grundsätze der Strafzumessung nach "alter Lesart" korrekt wiedergegeben (pag. WSG 161 f.); mittlerweile ist von den in BGE 136 IV 55 ff. vorgegebenen Leitlinien auszugehen. Insbesondere ist die neue bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Strafzumessung bei mehreren strafbaren Handlungen zu beachten:

Hat der Täter durch eine oder mehrere Handlungen die Voraussetzungen für mehrere gleichartige Strafen erfüllt, so verurteilt ihn das Gericht zu der Strafe der schwersten Straftat und erhöht sie angemessen. Es darf jedoch das Höchstmass der angedrohten Strafe nicht um mehr als die Hälfte erhöhen und ist an das gesetzliche Höchstmass der Straftat gebunden (Art. 49 Abs. 1 StGB). Bei der Bildung der Gesamtstrafe nach Art. 49 Abs. 1 StGB ist vorab der Strafraum für die schwerste Straftat bzw. für die schwerste Tatgruppe zu bestimmen und alsdann die Einsatzstrafe für die schwerste Tat(-gruppe) innerhalb dieses Strafraums festzusetzen. Die Einsatzstrafe ist unter Einbezug der anderen Straftaten (bzw. Tatgruppen) in Anwendung des Asperationsprinzips angemessen zu erhöhen. Der Richter hat mithin in einem ersten Schritt gedanklich die Einsatzstrafe für das schwerste Delikt festzulegen, indem er alle diesbezüglichen strafferhöhenden und strafmindernden Umstände berücksichtigt. In einem zweiten Schritt hat er die Strafe zu erhöhen, um die weiteren Delikte zu sanktionieren. Auch insoweit muss er den jeweiligen Umständen Rechnung tragen (Urteil des Bundesgerichts 6B_417/2012 vom 14. Januar 2013 E. 3; BGE 127 IV 101 E. 2b; Urteil des Bundesgerichts 6B_460/2010 vom 4. Februar 2011 E. 3.3.4.; zur Frage der Tatgruppen: Urteil des Bundesgerichts 6B_417/2012 vom 14. Januar 2013, Urteil des Bundesgerichts 6B_561/2012 vom 12.03.2013).

Der ordentliche Strafraum wird durch Strafschärfungs- oder Strafmilderungsgründe nicht automatisch erweitert, worauf dann innerhalb dieses neuen Rahmens die Strafe nach den üblichen Zumessungskriterien festzusetzen wäre (Urteil 6S.73/2006 vom 5. Februar 2007 E. 3.2). Der ordentliche Rahmen ist nur zu verlassen, wenn aussergewöhnliche Umstände vorliegen und die für die betreffende Tat angedrohte Strafe im konkreten Fall zu hart bzw. zu milde erscheint.

4.2 Strafzumessung im vorliegenden Fall

a) Strafraum

Der Beschuldigte hat sich der mehrfachen qualifizierten ungetreuen Geschäftsbesorgung schuldig gemacht (Art. 158 Ziff. 1 StGB). Die Strafdrohung ist Freiheitsstrafe bis

zu fünf Jahren oder Geldstrafe. Aussergewöhnliche Umstände, die ein Abweichen vom ordentlichen Strafraumen gebieten würden, sind nicht ersichtlich.

Innerhalb von ca. 8 Jahren liess sich der Beschuldigte im Rahmen seiner beiden Vermögensverwaltungsmandate Retrozession im Umfang von insgesamt CHF 89'275.55 von der A. Bank auszahlen, ohne diese anschliessend an Y. und Z. heraus zu geben. Davon entfielen CHF 45'038.05 auf die Verwaltung des Vermögens von Y. während eines Zeitraums von ca. 5½ Jahren, sowie CHF 44'237.50 auf die Verwaltung des Vermögens von Z. während eines Zeitraums von ca. 8 Jahren. Die Schwere der Verletzung des betroffenen Rechtsguts, die Verwerflichkeit des Handelns, die Beweggründe und Ziele des Beschuldigten sowie die Vermeidbarkeit gleichen sich bei diesen Vorfällen weitestgehend. Eine einzelne, klar schwerste Straftat, liegt nicht vor. Aufgrund des längeren Zeitraums, des höheren Retrozessionsgesamtbetrags sowie der zeitlichen Abfolge, erachtet es die Kammer als sachgerecht, das Delikt zum Nachteil von Z. als Ausgangspunkt zur Bestimmung einer Einsatzstrafe heranzuziehen und infolge des Delikts zum Nachteil von Y. in einem zweiten Schritt – im Sinne des vorerwähnten Asperationsprinzips – angemessen zu erhöhen.

b) Tatkomponenten

Der Tatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung gehört zu den Vermögensdelikten und will das Vermögen des Treugebers schützen. Beim **Ausmass des verschuldeten Erfolgs** ist somit insbesondere der Vermögensschaden bzw. im vorliegenden Fall der Umfang der Retrozessionszahlung von CHF 45'038.05 zu beachten. Bei diesem Betrag handelt es sich zwar nicht mehr um eine Bagatelle, jedoch ist im Vergleich mit anderen ungetreuen Geschäftsbesorgungen von einem noch vergleichsweise tiefen Deliktsbetrag zu sprechen. Die Retrozessionen wurden über einen Zeitraum von ca. 8 Jahren ausbezahlt. Während sich die lange Zeitdauer insoweit erschwerend auswirkt, als Z. immer wieder von neuen in seinem Vermögen geschädigt wurde, wirkt sie sich gleichzeitig mindernd aus, als das Erfolgsausmass von CHF 45'038.05 erst durch diese lange Dauer zu Stande kam und einem monatlichen Zusatzeinkommen von "nur" etwas mehr als CHF 460.00 entspricht. Zu beachten ist ferner, dass es sich beim Geschädigten Z. um eine finanziell gut situierte Person handelt, die durch das Vorenthalten der Retrozessionen keine finanziellen Engpässe durchleiden musste. Wie die Vorinstanz zu Recht ausführt, dürfte ihn der hohe Verlust auf seiner Vermögensanlage wesentlich härter getroffen haben. Dies hat jedoch keinen Einfluss auf das Ausmass der ungetreuen Geschäftsbesorgung, erfolgte diese doch unabhängig vom Anlageverlust. Insgesamt erscheint die Verletzung des geschützten Rechtsguts bzw. das Ausmass des verschuldeten Erfolgs noch gerade als leicht.

Betreffend die **Art und Weise der Herbeiführung des Erfolgs** kann den Ausführungen der Vorinstanz beigegeben werden. Die Handlungen und Vorkehrungen des Beschuldigten liegen nicht über dem Notwendigen zur Erfüllung des Delikts. Er handelte weder raffiniert noch wendete er besondere Kniffe an (vgl. hierzu auch die Ausführungen zum Betrug, Ziff. IV.3). Er handelte mithin mit einer eher geringen kriminellen Energie. Dies zeigt sich auch darin, dass dem Beschuldigten kein Churning nachgewiesen werden kann, mittels dem er zu seinen Gunsten die Retrozessionsbeträge zusätzlich vergrössert hätte.

Das objektive Tatverschulden erscheint in Relation zum Strafraum der ungetreuen Geschäftsbesorgung gesamthaft als noch gerade leicht.

Betreffend die **Willensrichtung und Beweggründe** handelte der Beschuldigte mit direktem Vorsatz und der Absicht, die Retrozessionszahlungen als zusätzliches Einkommen zur Bestreitung seines Lebensunterhalts zu verwenden. Sein Handeln war auf die Erzielung eigener finanzieller Vorteile ausgerichtet. Dabei ist – wie von der Vorinstanz zutreffend ausgeführt – zu beachten, dass der Beschuldigte zeitweise vollständig auf sein vertraglich zugesichertes Honorar verzichtete. Es ging ihm offensichtlich nicht darum, Z. als einen seiner beiden einzigen Kunden völlig auszubeuten. Dem Beschuldigten sind denn auch keine Wertpapiertransaktionen nachzuweisen, die darauf hinweisen, dass er diese nur in der Absicht, mehr Gebühren und damit mehr Retrozessionen zu generieren, ausführte. Die Retrozessionszahlungen verwendete der Beschuldigte dabei nicht zur Finanzierung eines luxuriösen Lebensstils, sondern – aufgrund seiner angespannten finanziellen Situation – zur Mitfinanzierung seiner allgemeinen Lebenskosten. Da die Vorteilsabsicht bereits zur Qualifizierung der ungetreuen Geschäftsbesorgung führte, ist seine Absicht, die Retrozessionen zu seinem eigenen Vorteile zu verwenden, neutral zu gewichten. Der direkte Vorsatz wirkt sich ebenfalls neutral aus, während die gesamten Umstände betreffend die Beweggründe (finanziell angespannte Situation, Finanzierung der allgemeinen Lebenskosten, zeitweiser Verzicht auf vertragliches Honorar) mindernd berücksichtigt werden.

Zur **Vermeidbarkeit** ist festzuhalten, dass beim Beschuldigten keinerlei Einschränkungen in der Fähigkeit bestanden, die Tat zu vermeiden. Dem Beschuldigten wäre es ohne weiteres möglich gewesen, Z. anlässlich der Vertragsverhandlungen über seinen Anspruch an den Retrozessionen zu informieren und diesbezüglich korrekt abzurechnen. Gleichzeitig wäre es dem Beschuldigten offen gestanden, an Stelle der Retrozessionen ein höheres vertragliches Honorar einzufordern oder aber einen gültigen Verzicht einzuholen. Das zeitweise Nichteinfordern des vertraglichen Honorars erfolgte ebenfalls auf freiwilliger Basis, obwohl er zur Bestreitung seines Lebensunterhalts auf das Einkommen aus den beiden Mandaten angewiesen war. Der Beschuldigte war folglich – trotz finanziell angespannter Situation – grundsätzlich in der Lage, die Verletzung zu vermeiden. Dies wirkt sich leicht erschwerend aus.

Unter Berücksichtigung der objektiven und subjektiven Tatkomponenten geht die Kammer insgesamt von einem noch gerade leichten Tatverschulden am unteren Ende des Strafraums aus. Eine Einsatzstrafe von 140 Strafeinheiten erscheint dem Tatverschulden für die ungetreue Geschäftsbesorgung zum Nachteil von Z. als angemessen.

Diese Einsatzstrafe ist zugleich im Einklang mit der bis Ende 2010 geltenden Weisung der Generalprokuratur des Kantons Bern, welche Vermögensdelikte im Umfang von CHF 100'000.00 bei rund 360 Strafeinheiten ansiedelte. Der Deliktsbetrag liegt vorliegend knapp unter der Hälfte (CHF 45'000.00 entsprächen linear betrachtet 162 Strafeinheiten). Unter Berücksichtigung der eher tiefen kriminellen Energie des Beschuldigten und den gesamten Umständen betreffend seine Beweggründe erscheinen die veranschlagten 140 Strafeinheiten auch unter diesem Blickwinkel als angemessen. Damit kommt auch keineswegs für Wirtschaftsstrafdelikte ein anderes Bemessungs-

system zur Anwendung als in allen übrigen Fällen, wie dies die Generalstaatsanwaltschaft moniert.

c) Täterkomponenten

Betreffend die Täterkomponenten kann grundsätzlich auf die Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (pag. WSG 164). Das **Vorleben** und die **persönlichen Verhältnisse** des Beschuldigten sind leicht strafmindernd zu werten. Die fehlenden **Vorstrafen** wirken sich hingegen neutral aus.

Das **Verhalten nach der Tat und im Strafverfahren** ist entgegen der Vorinstanz leicht strafmindernd zu berücksichtigen. Der Beschuldigte verhielt sich stets korrekt und hat sich seit den beiden ungetreuen Geschäftsbesorgungen nichts weiter zu schulden kommen lassen. Der Beschuldigte war von Beginn weg geständig betreffend das Einbehalten von Retrozessionen sowie die fehlende Aufklärung und Information seiner Kunden. So gab er zu, seine Kunden nie über ihren Anspruch in Kenntnis gesetzt und in der Folge nie über den Erhalt von Retrozessionen informiert zu haben. Dieses kooperative und geständige Aussageverhalten ist grundsätzlich strafmindernd zu berücksichtigen, wobei sich eine Relativierung insofern daraus ergibt, dass seine Unterlassungen grösstenteils auch dokumentarisch nachzuweisen gewesen wären. Hingegen behauptete der Beschuldigte bis zuletzt, die rechtliche Problematik betreffend die Retrozessionen nicht gekannt zu haben und versuchte, die beiläufige Erwähnung der Retrozessionen anlässlich der Vertragsverhandlungen als konsensualen Akzept hinzustellen, durch welchen Z. gültig auf die Herausgabe der Retrozessionen verzichtet habe. Einsicht und Reue war beim Beschuldigten einzig dahingehend vorhanden, als er bedauerte, diesbezüglich nichts Schriftliches festgehalten zu haben. Dies relativiert sein Geständnis zusätzlich, welches sich damit lediglich leicht strafmindernd auswirkt.

Mit Blick auf die auszusprechende Sanktion einer Geldstrafe liegt nach Ansicht der Kammer keine besondere **Strafempfindlichkeit** vor. Das Alter und der Gesundheitszustand des Beschuldigten dürften zwar eine nicht unbedeutende Rolle an seiner momentanen, finanziell angespannten Situation tragen. Diesen Umständen ist jedoch angemessen bei der Festlegung der Tagessatzhöhe Rechnung zu tragen. Denn gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts sind bei der Festsetzung der Anzahl Tagessätze die persönlichen Verhältnisse und eine allenfalls erhöhte Strafempfindlichkeit im Sinne von Art. 47 Abs. 1 StGB nur zu berücksichtigen, soweit sie nicht die aktuelle finanzielle Situation des Täters betreffen. Die "persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse im Zeitpunkt des Urteils" stellten das Kriterium für die Bemessung der Höhe des Tagessatzes dar, das vom Verschuldenskriterium streng zu trennen sei. Eine doppelte Berücksichtigung der wirtschaftlichen Belastbarkeit bzw. Strafempfindlichkeit bei der Anzahl und der Höhe des Tagessatzes sei ausgeschlossen (BGE 134 IV 60 E 5.3 mit Hinweisen).

Die durchwegs neutral (Vorstrafen, Strafempfindlichkeit) bis leicht strafmindernd (Vorleben, persönliche Verhältnisse, Verhalten nach der Tat und im Strafverfahren) ausfallenden Täterkomponenten rechtfertigen nach Ansicht der Kammer eine Reduktion der Einsatzstrafe um insgesamt 20 Strafeinheiten.

Zu beachten ist schliesslich der **Zeitablauf**. Seit der ersten Tathandlung sind über 13 Jahre vergangen. Das Strafverfahren läuft seit 5 Jahren, wovon 4 Jahre bis zum erstinstanzlichen Urteil vergangen sind. Die verhältnismässig lange Dauer des Verfahrens, welche vom Beschuldigten nicht zu vertreten ist, rechtfertigt eine weitere Reduktion der Einsatzstrafe um 20 Strafeinheiten auf 100 Strafeinheiten.

d) Asperation infolge ungetreuer Geschäftsbesorgung z.N. Y.

Betreffend die Tat- und Täterkomponenten kann – soweit nachfolgend keine abweichende Erwägung erfolgt – auf die Ausführungen zur Strafzumessung der ungetreuer Geschäftsbesorgung zum Nachteil von Z. verwiesen werden (vgl. Ziff. V.4.2.a-c).

Die ungetreue Geschäftsbesorgung gegenüber Y. erfolgte über einen Zeitraum von 5½ statt 8 Jahren und im Umfang von insgesamt CHF 44'237.50 statt CHF 45'038.05. Der Beschuldigte erzielte damit aufgrund der Verwaltung des Vermögens von Y. ein durchschnittliches Zusatzeinkommen von CHF 670.00 monatlich im Vergleich zu CHF 460.00 monatlich bei Z.. Das Ausmass des verschuldeten Erfolgs ist mit Blick auf den Gesamtbetrag praktisch identisch. Der kürzere deliktische Zeitrahmen der ungetreuen Geschäftsbesorgung wird durch die erzielten höheren Monatserträge wettgemacht. Auch bei Y. handelt es sich um eine finanziell gut situierte Person, die durch das Vorenthalten der Retrozessionen keine finanziellen Engpässe durchleiden musste. Insgesamt erscheint die Verletzung des geschützten Rechtsguts bzw. das Ausmass des verschuldeten Erfolgs als in etwa gleich leicht. Betreffend die Art und Weise der Herbeiführung des Erfolgs unterscheidet sich das Verhalten des Beschuldigten gegenüber Y. nicht von seinem Verhalten gegenüber Z.. Er handelte mithin mit einer eher tiefen kriminellen Energie. Auch die Willensrichtung und Beweggründe waren dieselben wie bei der ungetreuen Geschäftsbesorgung zum Nachteil von Z.. Selbiges gilt für die Vermeidbarkeit. Die objektive und subjektive Tatschwere betreffend die beiden Straftaten fallen somit im Ergebnis gleich aus. Es ist von einem leichten Tatverschulden am unteren Ende des Strafrahmens auszugehen. Eine Asperation von 70 auf insgesamt 170 Strafeinheiten erscheint der Kammer unter diesen Umständen als angemessen.

Bei den Täterkomponenten sind das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse sowie das Verhalten nach der Tat und im Strafverfahren erneut jeweils leicht strafmindernd im Umfang von 10 Strafeinheiten zu berücksichtigen. Die Vorstrafenlosigkeit sowie die Strafempfindlichkeit fallen neutral aus. Die lange, unverschuldete Dauer des Verfahrens ist auch hier strafmindernd im Umfang von 10 Strafeinheiten zu berücksichtigen.

Im Ergebnis erscheint die von der Vorinstanz für die genau gleiche Delinquenz ausgefallte Strafe in der Höhe von 150 Strafeinheiten nach dem soeben ausgeführten als angemessen und korrekt. Die Kammer sieht keine Veranlassung hiervon abzuweichen.

e) Geldstrafe

Als Sanktionsart kommt im vorliegenden Fall einzig eine Geldstrafe in Frage (Art. 34 ff. StGB).

Die von Amtes wegen mit Beschluss vom 13. November 2012 angeordnete Erhebung der wirtschaftlichen Verhältnisse des Beschuldigten brachte keine neuen Erkenntnisse, da der Beschuldigte die Angabe verweigerte (pag. WSG 217 ff, 226 f.). Mit Schreiben vom 06. Dezember 2012 teilte Rechtsanwalt R. mit, dass sich die wirtschaftlichen Verhältnisse seines Mandanten seit 19. März 2012 nicht geändert hätten und er in diesem Zusammenhang auf sein Schreiben vom 03. Dezember 2012 verweise, welches am 04. Dezember von seinem Mandanten gegengezeichnet worden sei (pag. WSG 254). Im Schreiben vom 03. Dezember 2012 bestätigte der Beschuldigte durch Unterzeichnung, dass sich seine wirtschaftlichen Verhältnisse seit der Eingabe von Rechtsanwalt R. vom 19. März 2012 nicht geändert hätten (pag WSG 255). Die Kammer stützt sich zur Beurteilung der Tagessatzhöhe somit auf die Aussagen zur Person des Beschuldigten anlässlich der vorinstanzlichen Hauptverhandlung vom 07. Mai 2012 (pag. WSG 061 ff.) sowie auf die Eingabe von Rechtsanwalt R. vom 19. März 2012 (pag. WSG 36 ff.).

Grundlage und Ausgangspunkt für die Bemessung des Tagessatzes muss auch für einkommensschwache Personen das strafrechtliche Nettoeinkommen sein. Der zusätzliche Hinweis auf das Existenzminimum in Art. 34 Abs. 2 StGB gibt dem Gericht jedoch ein Kriterium zur Hand, das erlaubt, vom Nettoeinkommensprinzip abzuweichen und den Tagessatz bedeutend tiefer zu bemessen. Dem Existenzminimum kommt damit in ähnlicher Weise wie dem Kriterium des Lebensaufwandes Korrekturfunktion zu (BGE 134 IV 60 E 6.5.2. mit Verweis auf SOLLBERGER, ZStrR 121/2003 S. 253 i.f.). Der Tagessatz für Verurteilte, die nahe oder unter dem Existenzminimum leben, ist in dem Masse herabzusetzen, dass einerseits die Ernsthaftigkeit der Sanktion durch den Eingriff in die gewohnte Lebensführung erkennbar ist und andererseits der Eingriff nach den persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen als zumutbar erscheint. Als Richtwert lässt sich festhalten, dass eine Herabsetzung des Nettoeinkommens um mindestens die Hälfte geboten ist. Bei einer hohen Anzahl Tagessätze - namentlich bei Geldstrafen von mehr als 90 Tagessätzen - ist eine Reduktion um weitere 10-30 Prozent angebracht, da mit zunehmender Dauer die wirtschaftliche Bedrängnis und damit das Strafleiden progressiv ansteigt (BGE 134 IV 60 E 6.5.2. m.w.H.).

Ein Ausweis über ein Nettoeinkommen des Beschuldigten fehlt in den Akten. Als Einkünfte stehen ihm und seiner Ehefrau gemäss den mit Schreiben vom 19. März 2012 eingereichten Unterlagen die AHV seiner Ehefrau von CHF 1'883.00 sowie Ergänzungsleistungen von CHF 2'058 zur Verfügung; insgesamt ca. CHF 3'900.00 monatlich (pag. WSG 037 ff.). Dieser Gesamtbetrag wurde vom Beschuldigten an der vorinstanzlichen Hauptverhandlung anlässlich seiner Befragung bestätigt (pag. WSG 62 Z 27 f.). Der erstinstanzlichen Begründung folgend, wird ein Naturallohn des Beschuldigten ihm Umfang von 40% des obgenannten Gesamteinkommens bestimmt, ausmachend CHF 1'560.00. Aufgrund des tiefen Einkommens fallen keine Steuern an, jedoch vergleichsweise hohe Krankenkassenkosten, weshalb sich ein Pauschalabzug von 25% rechtfertigt. Die dadurch ermittelte Tagessatzhöhe von CHF 39.00 ist infolge des Eingriffs in das Existenzminimum und der hohen Anzahl Tagessätzen in einem ersten Schritt um 50% und in einem zweiten Schritt um 15% zu reduzieren (vgl. die hiervor zitierte bundesgerichtliche Rechtsprechung, BGE 134 IV 60 E 6.5.2.), so dass schlussendlich eine Tagessatzhöhe von abgerundet CHF 10.00 resultiert. Der von der

Staatsanwaltschaft monierte Mindesttagessatz von CHF 30.00 entsprach der anfänglichen Praxis dieser Kammer zur Ernsthaftigkeit von Geldstrafen, welche nach dem oben zitierten BGE 134 IV 60 aufgegeben werden musste.

f) bedingter Strafvollzug

Betreffend die Gewährung des bedingten Strafvollzugs, die Auferlegung einer Probezeit und den Verzicht auf eine Verbindungsbusse kann auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (pag. WSG 167). Eine beim Ersttäter für einen unbedingten Vollzug der Geldstrafe erforderliche schlechte Prognose kann dem Beschuldigten nicht gestellt werden. Der unbedingte Vollzug der Strafe erscheint nicht notwendig, um den Beschuldigten von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten. Ebenso wenig ist eine Verbindungsbusse angezeigt. Eine Probezeit von 2 Jahren erscheint der Kammer als angemessen.

VI. Kosten und Entschädigung

1. Verfahrenskosten

Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens tragen die Parteien nach Massgabe ihres Obsiegens und Unterliegens (Art. 428 Abs. 1 StPO). Das Obsiegen oder Unterliegen beurteilt sich dabei grundsätzlich nach den Anträgen der rechtsmittelführenden Partei (GRIESSER in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER (Hrsg.), Zürich 2010, Art. 428 N 1 mit Verweis auf BGE 123 V 158 E 3.c). Bei bloss teilweisem Unterliegen einer Partei, sind ihr anteilmässig Kosten aufzuerlegen. Fällt die Rechtsmittelinstanz selber einen neuen Entscheid, so befindet sie darin auch über die von der Vorinstanz getroffene Kostenregelung (Art. 428 Abs. 3 StPO).

Vorliegend werden die oberinstanzlichen Verfahrenskosten auf CHF 3'000.00 bestimmt (Art. 24 lit. c VKD). Davon entfallen CHF 1'750.00 auf den Schuldspruch betreffend den Tatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung, CHF 750.00 auf den Freispruch betreffend den Tatbestand der passiven Privatbestechung sowie CHF 500.00 auf die Strafzumessung. Der Beschuldigte obsiegte mit seinem Antrag auf Bestätigung des erstinstanzlichen Freispruchs, unterlag jedoch mit seinem Antrag auf zusätzlichen Freispruch betreffend den Tatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung. Die Staatsanwaltschaft unterlag ihrerseits mit ihrem Antrag zur Strafzumessung, obsiegte jedoch beim Schuld- und Freispruch. Der Strafkläger unterlag schliesslich beim Freispruch betreffend den Tatbestand der passiven Privatbestechung, obsiegte jedoch beim Schuldspruch betreffend die ungetreue Geschäftsbesorgung. Unter diesen Umständen haben der Beschuldigte Verfahrenskosten von CHF 1'750.00 (aufgrund des erfolgten Schuldspruchs), der Strafkläger von CHF 750.00 (aufgrund des erfolgten Freispruchs) sowie der Kanton Bern von CHF 500.00 (infolge der bestätigten Anzahl Strafeinheiten und Höhe der Geldstrafe) zu tragen.

Aufgrund der vollumfänglichen Bestätigung des erstinstanzlichen Urteils drängt sich keine Neuverteilung der vorinstanzlichen Kostenregelung auf, sondern es wird vielmehr auf die Ausführungen der Vorinstanz verwiesen (pag. WSG 168). Diese hat –

mit Blick auf ihr ausgefalltes Urteil – den Parteien die Verfahrenskosten der Voruntersuchung und des erstinstanzlichen Verfahrens innerhalb ihres Ermessens auferlegt.

2. Entschädigungen

a) Strafklägerin

Die Privatklägerschaft hat gegenüber der beschuldigten Person Anspruch auf angemessene Entschädigung für notwendige Aufwendungen im Verfahren, wenn (a) sie obsiegt; oder (b) die beschuldigte Person nach Artikel 426 Absatz 2 kostenpflichtig ist (Art. 433 Abs. 1 StPO). Die Privatklägerschaft hat ihre Entschädigungsforderung bei der Strafbehörde zu beantragen, zu beziffern und zu belegen (Art. 433 Abs. 2 StPO). Ansprüche auf Entschädigungen und Genugtuung im Rechtsmittelverfahren richten sich nach den Artikeln 429–434 StPO (Art. 436 Abs. 1 StPO).

Anlässlich der erstinstanzlichen Hauptverhandlung reichte der Vertreter des Strafklägers seine Kostennote vom 04. Mai 2012 betreffend das erstinstanzliche Verfahren im Umfang von CHF 27'572.75 und mit Schreiben vom 13. Februar 2013 seine Kostennote betreffend das Rechtsmittelverfahren im Umfang von CHF 5'946.70 zu den Akten. Y. hat sich im Strafpunkt konstituiert und sowohl vor erster als auch vor oberer Instanz teilweise obsiegt (vgl. Ziff. VI.1 hiervor). Analog der Vorinstanz gewichtet die Kammer den Umfang des Obsiegens des Strafklägers im oberinstanzlichen wie auch im erstinstanzlichen Verfahren mit jeweils 50 %. Der Beschuldigte wird demzufolge verurteilt, dem Strafkläger für das erstinstanzliche Verfahren CHF 13'786.35 (50 % von CHF 27'572.75) sowie für das oberinstanzliche Verfahren CHF 2'973.35 (50 % von 5'946.70) als Teilparteientschädigung zu bezahlen.

b) Beschuldigter

Wird die beschuldigte Person ganz oder teilweise freigesprochen oder wird das Verfahren gegen sie eingestellt, so hat sie u.a. Anspruch auf (a) Entschädigung ihrer Aufwendungen für die angemessene Ausübung ihrer Verfahrensrechte sowie (b) Entschädigung der wirtschaftlichen Einbussen, die ihr aus ihrer notwendigen Beteiligung am Strafverfahren entstanden sind (Art. 429 Abs. 1 StPO). Obsiegt die beschuldigte Person bei Antragsdelikten im Schuldpunkt, so können die antragstellende Person, sofern diese mutwillig oder grob fahrlässig die Einleitung des Verfahrens bewirkt oder dessen Durchführung erschwert hat, oder die Privatklägerschaft verpflichtet werden, der beschuldigten Person die Aufwendungen für die angemessene Ausübung ihrer Verfahrensrechte zu ersetzen (Art. 432 Abs. 2 StPO). Ansprüche auf Entschädigungen und Genugtuung im Rechtsmittelverfahren richten sich nach den Artikeln 429–434 StPO (Art. 436 Abs. 1 StPO).

Anlässlich der erstinstanzlichen Hauptverhandlung reichte der Verteidiger des Beschuldigten seine Kostennote vom 07. Mai 2012 betreffend das erstinstanzliche Verfahren im Umfang von CHF 18'797.30 und mit Schreiben vom 11. Februar 2013 seine Kostennote betreffend das Rechtsmittelverfahren im Umfang von CHF 7'506.55 zu den Akten. Sowohl vor erster als auch vor oberer Instanz wurde der Beschuldigte freigesprochen von der Anschuldigung der passiven Privatbestechung. Die in erster Instanz verweigerte Ausrichtung einer Entschädigung wurde nicht angefochten. Betref-

fend das oberinstanzliche Verfahren rechtfertigt sich die Ausrichtung einer Entschädigung für die angemessene Ausübung der Verfahrensrechte im relativen Umfang der auf den oberinstanzlichen Freispruch ausgeschiedenen Verfahrenskosten, ausmachend mithin 25 % (bzw. CHF 1'876.65). Besondere wirtschaftliche Einbussen, die ihm lediglich aufgrund des Anklagepunktes der passiven Privatbestechung erwachsen wären, sind nicht ersichtlich.

Zur Strafzumessung, bei welcher die Staatsanwaltschaft unterlag, stellte der Beschuldigte – seinem Antrag auf vollumfänglichen Freispruch folgend - keine Anträge und verzichtete auf eine Stellungnahme. Aufwendungen für die angemessene Ausübung seiner Verfahrensrechte bzw. wirtschaftliche Einbussen sind ihm diesbezüglich keine erwachsen. Es rechtfertigt sich deshalb nicht, dem Beschuldigten für diesen Teil des Berufungsverfahrens eine Entschädigung zuzusprechen.

Dem Strafkläger – sowohl als Strafantragsteller wie auch als Privatkläger – kann zwar keine mutwillige oder grob fahrlässige Einleitung des Verfahrens vorgeworfen werden, umso mehr, als die Beschwerdekammer mit Entscheid vom 10. November 2011 seine Beschwerde guthiess und die kantonale Staatsanwaltschaft anwies, auch im Bezug auf den Vorwurf der passiven Privatbestechung Anklage zu erheben. Anders verhält es sich hingegen beim einzig vom Strafkläger angestrebten Rechtsmittelverfahren betreffend den erstinstanzlichen Freispruch vom Vorwurf der passiven Privatbestechung (vgl. BGE 139 IV 45 E 1 sowie e contrario BGE 138 IV 248 E 5.3). Diesbezüglich hat der Strafkläger die Aufwendungen des Beschuldigten – als auch vor Obergericht obliegende Person im Schuldpunkt beim Antragsdelikt der passiven Privatbestechung – für die angemessene oberinstanzliche Ausübung seiner Verfahrensrechte zu tragen.

VII. Verfügungen

1. Amtliches Honorar

Das Honorar für die amtliche Verteidigung des Beschuldigten vor erster und oberer Instanz wird gemäss den von Rechtsanwalt R. eingereichten Kostennoten vom 07. Mai 2012 sowie 11. Februar 2013 festgesetzt. Der darin ausgewiesene Zeitaufwand erscheint der Kammer als angemessen. Davon abzuziehen ist die für den Freispruch ausgerichtete Entschädigung für die angemessene Ausübung der Verfahrensrechte des Beschuldigten im Umfang von CHF 1'876.65 vor oberer Instanz (vgl. Ziff. VI.2.b hiavor). Der Stundenansatz für die amtliche Verteidigung beträgt CHF 200.00 (Art. 42 Abs. 1 KAG i.V.m. Art. 1 EAV). Dies ergibt eine amtliche Entschädigung von CHF 13'807.20 für das erstinstanzliche sowie von CHF 4'069.10 für das oberinstanzliche Verfahren, die durch den Kanton Bern auszurichten ist. Die gesetzlichen Rück- und Nachzahlungspflichten des Beschuldigten gemäss Art. 135 StPO bleiben vorbehalten.

2. Sichergestellte Gegenstände

Die sichergestellten Gegenstände gemäss Aktenverzeichnis (pag 07 06 001 ff.), werden dem Beschuldigten nach Eintritt der Rechtskraft des Urteils zurückgegeben.

3. Mitteilung an Behörden

Gemäss Art. 3 Ziff. 8 haben die kantonalen Behörden sämtliche Urteile, die nach dem Bundesgesetz vom 19. Dezember 1986 gegen den unlauteren Wettbewerb (SR 241) ergangen sind, dem Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) zu melden.

Art. 27 UWG sieht ferner die Pflicht der kantonalen Behörden zur unverzüglichen und unentgeltlichen Mitteilung der Urteile an die Bundesanwaltschaft sowie an das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung vor.

VIII. Dispositiv

Die 1. Strafkammer hat **erkannt**:

I.

X. wird freigesprochen:

von der Anschuldigung der **passiven Bestechung**, angeblich begangen in der Zeit vom 01. Juli 2006 bis 31. Januar 2008, in K. und anderswo;

unter Ausrichtung einer **Entschädigung** von **CHF 1'876.65**, welche dem **Strafkläger Y. auferlegt** wird, und

unter Auferlegung der anteilmässigen **erstinstanzlichen Verfahrenskosten** von **CHF 1'000.00** an den **Kanton Bern** sowie der anteilmässigen **oberinstanzlichen Verfahrenskosten** von **CHF 750.00** an den **Strafkläger Y..**

II.

X. wird hingegen schuldig erklärt:

der **qualifizierten ungetreuen Geschäftsbesorgung**, mehrfach begangen

1. von ca. Februar 2000 bis ca. 31. März 2008 in K. und anderswo, zum Nachteil von Z., im Deliktsbetrag von CHF 45'038.05;
2. von ca. 16. Dezember 2002 bis ca. 31. März 2008 in K. und anderswo, zum Nachteil von Y., im Deliktsbetrag von CHF 44'237.50;

und in Anwendung von:

Art. 29 lit. c, 34, 42, 44, 47, 49 Abs. 1, 158 Ziff. 1 Abs. 1 und 3 StGB,
Art. 422, 426 Abs. 1, 433 Abs. 1, 436 Abs. 1 StPO

verurteilt:

1. zu einer **Geldstrafe** von **150 Tagessätzen zu je CHF 10.00**, ausmachend **total CHF 1'500.00**;

der Vollzug der Geldstrafe wird **aufgeschoben** und die **Probezeit** auf **2 Jahre** festgesetzt;

2. zur Bezahlung der anteilmässigen **erstinstanzlichen Verfahrenskosten**, bestimmt auf **CHF 8'739.00**;
3. zur Bezahlung der anteilmässigen **oberinstanzlichen Verfahrenskosten**, bestimmt auf **CHF 1'750.00**;
4. zur Ausrichtung einer **Parteientschädigung** von total **CHF 16'759.70** an Y. für die notwendigen Aufwendungen im erst- und oberinstanzlichen Verfahren.

III.

Die Entschädigung für die amtliche Verteidigung von X. durch Rechtsanwalt R. wird im erst- bzw. oberinstanzlichen Verfahren wie folgt bestimmt:

Erste Instanz

Leistungen bis 31.12.2010					
		Stunden	Satz		
amtliche Entschädigung		27.10	200.00	CHF	5'420.00
Auslagen MWST-pflichtig				CHF	1'240.10
Mehrwertsteuer 7.6%	auf CHF		6'660.10	CHF	506.15
Auslagen ohne MWST				CHF	
Total, vom Kanton Bern auszurichten				CHF	7'166.25
volles Honorar		27.10	250.00	CHF	6'775.00
Auslagen MWST-pflichtig				CHF	1'240.10
Mehrwertsteuer 7.6%	auf CHF		8'015.10	CHF	609.15
Auslagen ohne MWST				CHF	0.00
Total				CHF	8'624.25
nachforderbarer Betrag				CHF	1'458.00
Leistungen ab 1.1.2011					
		Stunden	Satz		
amtliche Entschädigung		37.00	200.00	CHF	7'400.00
Auslagen MWST-pflichtig				CHF	169.50
Mehrwertsteuer 8.0%	auf CHF		7'569.50	CHF	605.55
Auslagen ohne MWST				CHF	
Total, vom Kanton Bern auszurichten				CHF	8'175.05
volles Honorar		37.00	250.00	CHF	9'250.00
Auslagen MWST-pflichtig				CHF	169.50
Mehrwertsteuer 8.0%	auf CHF		9'419.50	CHF	753.55
Auslagen ohne MWST				CHF	0.00
Total				CHF	10'173.05
nachforderbarer Betrag				CHF	1'998.00

Obere Instanz (nach Abzug der Entschädigung gemäss Ziff. I. des Dispositivs)

Leistungen ab 1.1.2011					
		Stunden	Satz		
amtliche Entschädigung		19.91	200.00	CHF	3'982.00
Auslagen MWST-pflichtig				CHF	234.75
Mehrwertsteuer	8.0%	auf CHF	4'216.75	CHF	337.35
Auslagen ohne MWST				CHF	
Total, vom Kanton Bern auszurichten				CHF	4'554.10
volles Honorar		19.91	250.00	CHF	4'977.50
Auslagen MWST-pflichtig				CHF	234.75
Mehrwertsteuer	8.0%	auf CHF	5'212.25	CHF	417.00
Auslagen ohne MWST				CHF	0.00
Total				CHF	5'629.25
nachforderbarer Betrag				CHF	1'075.15

X. hat dem Kanton Bern die Entschädigung zurückzuzahlen und Rechtsanwalt R. die Differenz zwischen der amtlichen Entschädigung und dem vollen Honorar zu erstatten, sobald es seine wirtschaftlichen Verhältnisse erlauben (Art. 135 Abs. 4 StPO).

IV.

Weiter wird **verfügt**:

1. Die verbleibenden anteilmässigen **oberinstanzlichen Verfahrenskosten**, von **CHF 500.00** trägt der Kanton Bern.
2. Die **Unterlagen** gemäss „Verzeichnis der sichergestellten Gegenstände iS X.“ (pag. 07 06 001 ff.) werden dem Beschuldigten nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils **zurückgegeben**.

Zu eröffnen:

- dem Beschuldigten/Berufungsführer, a.v.d. Rechtsanwalt R.
- dem Strafkläger/Anschlussberufungsführer, v.d. Fürsprecher F.
- der Generalstaatsanwaltschaft, v.d. Staatsanwältin C.

Mitzuteilen:

- der Vorinstanz
- der Koordinationsstelle Strafregister (nur Dispositiv)
- der Bundesanwaltschaft (Art. 27 UWG)
- dem Eidg. Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung (Art. 27 UWG)
- dem Staatssekretariat für Wirtschaft SECO, Holzikofenweg 36, 3003 Bern

Bern, 04. Juli 2013

Im Namen der 1. Strafkammer

Der Präsident i.V.:

Oberrichter Weber

Der Gerichtsschreiber:

Knecht

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Zustellung der schriftlichen Begründung beim Bundesgericht, Av. du Tribunal fédéral 29, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in Strafsachen gemäss Art. 39 ff., 78 ff. und 90 ff. des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110) geführt werden. Die Beschwerde muss den Anforderungen von Art. 42 BGG entsprechen.