

Besprechungen/Comptes rendus

Hiestand, Eliane: *Strafrechtliche Risiken von Vergütungszahlungen (Retrozessionen etc.) im Vermögensverwaltungsgeschäft*, Zürcher Studien zum Strafrecht 75. 268 S. (Zürich, Schulthess 2014) Broschiert. CHF 78.00.

Beim anzuzeigenden Werk handelt es sich um eine als Nr. 75 in den Zürcher Studien zum Strafrecht erschienene Dissertation. Nachdem seit den einschlägigen Bundesgerichtsentscheiden BGE 132 III 460 und BGE 137 III 393 alle Facetten des zivilrechtlichen Herausgabeanspruches von Kunden externer Vermögensverwalter und Banken in einer Vielzahl von Publikationen abgehandelt wurden, ist es erfreulich, dass sich *Eliane Hiestand* während ihrer Assistenzzeit am Lehrstuhl von Prof. Dr. A. Donatsch den strafrechtlichen Risiken von Retrozessionen im Vermögensverwaltungsgeschäft zugewandt hat. Das tut sie, wie sie im erweiterten Titel hervorhebt, insbesondere mit Blick auf die Privatbestechung nach Art. 4a UWG. Den strafrechtlichen Ausführungen stellt sie einen privatrechtlichen Teil voran, in dem sie die vertraglichen Verhältnisse im Dreieck Vergütungsgeber, Vergütungsempfänger und Dritter ausleuchtet. Etwas gewöhnungsbedürftig ist für den mit der Materie Retrozessionen vertrauten Leser die von der Verfasserin gewählte Terminologie für die involvierten Parteien und die für Retrozessionen gewählte Bezeichnung «Vergütungen». Entsprechend dem Untertitel des Werkes behandelt der strafrechtliche Teil zuerst die nebenstrafrechtlichen Aspekte von Art. 4a UWG. Mit sehr sorgfältiger Begründung gelangt die Autorin zum Schluss, dass der objektive Tatbestand sowohl der aktiven als auch der passiven Privatbestechung erfüllt ist, wenn Vergütungszahlungen angeboten, versprochen oder ausgerichtet beziehungsweise gefordert oder entgegengenommen werden. Man darf gespannt darauf sein, ob in einem künftigen konkreten Fall die Strafverfolgungsbehörden, die sich dem Thema Retrozessionen gegenüber bislang eher zurückhaltend gezeigt haben, der Autorin hierin folgen werden. Da Art. 102 Abs. 2 StGB im Katalog der Anlasstaten Art. 4a UWG aufführt, gelangt bei aktiver Privatbestechung auch das Unternehmensstrafrecht im Sinne von Art. 102 StGB zur Anwendung, und zwar subsidiär nach Abs. 1 dieser Bestimmung und originär nach deren Abs. 2. Detailliert handelt die Autorin die Pflichten insbesondere organisatorischer Art ab, die ein Unternehmen zu beachten hat, damit keine originäre Unternehmenshaftung wegen Privatbestechung eintritt – Pflichten, die insbesondere von Unternehmen im Finanzdienstleistungsgeschäft unter dem Begriff Compliance gebündelt werden. Den Ausführungen über das Unternehmensstrafrecht schliessen sich folgerichtig solche über die Geschäftsherrenhaftung nach Art. 6 Abs. 2 VStrR betreffend Widerhandlungen in Geschäftsbetrieben durch Beauftragte u. dgl. in Verbindung mit Art. 26 UWG

an; auch hier ein strafrechtliches Risiko, das Geschäftsherren veranlassen sollte, deliktsverhindernde Massnahmen gegen aktive und passive Privatbestechung in ihren Betrieben vorzusehen. Im kernstrafrechtlichen Teil handelt die Autorin sodann die Anwendbarkeit des Veruntreuungstatbestandes von Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB auf die Einbehaltung von Retrozessionen durch den Treuhänder ab. Dabei gelangt sie zum Schluss, Vergütungszahlungen seien dem Vermögensverwalter anvertraut mit der Folge, dass sie die Anwendbarkeit des Veruntreuungstatbestandes bejaht. Konsequenterweise ist sie auch der Ansicht, der Vergütungsgeber sei als Gehilfe zu qualifizieren. Für den Fall, dass ihr bezüglich der Anwendung des Veruntreuungstatbestandes wegen des fehlenden Merkmals des Anvertrautseins nicht gefolgt würde, plädiert die Autorin für die Anwendung des qualifizierten Tatbestandes der ungetreuen Geschäftsbesorgung von Art. 158 Ziff. 1 StGB. Zurückhaltung erlegt sie sich indessen hinsichtlich der Frage auf, ob die Zurückbehaltung von Retrozessionen auch den Betrugstatbestand von Art. 146 StGB zu erfüllen vermöge, da es in den meisten Fällen am Erfordernis der Arglist fehlen dürfte.

Eliane Hiestand hat mit ihrer Arbeit einen wichtigen Beitrag zur strafrechtlichen Erfassung der im Dreieck Vergütungsgeber, Vergütungsnehmer und Dritter sich abspielenden Handlungen geleistet. Dass sie dabei den Fächer weit geöffnet und das Schwergewicht nicht auf die gemeinrechtlichen Straftatbestände des StGB gelegt hat, sondern auf das UWG, das VStrR und auf Art. 102 StGB, ist ihr besonders anzurechnen, denn dort liegen Fallen, in die insbesondere jene Vergütungsgeber treten können, die im Rahmen ihrer Compliance-Organisation den Fokus schwergewichtig auf die Beachtung zivil- und standesrechtlicher Pflichten legen und weniger auf die Vermeidung strafrechtlicher Risiken. Es wird interessant sein, zu beobachten, ob und wie die Strafverfolgungsbehörden die Erkenntnisse der Autorin in der Praxis umsetzen werden. Etwas schade, dass dem Werk kein aufmerksames Lektorat zuteil wurde, das Redundanzen eliminiert, für sprachlichen Feinschliff gesorgt und gelegentliche Unschärfen im privatrechtlichen Teil bemerkt hätte. Am wissenschaftlichen Wert der verdienstvollen Arbeit ändert dies allerdings nichts.

Dr. Kurt Langhard, Rechtsanwalt, Zürich

Gabellon Adrien: Le précontrat – Développements et perspectives. Travaux de la Faculté de droit de l'Université de Fribourg. 338 p. (Zürich 2014. Schulthess). Broché. CHF 76.00.

Le précontrat trouve son enracinement législatif en droit suisse à l'article 22 CO. Malgré cet ancrage, l'institution a une part de mystère: Le précontrat n'est pas encore un contrat mais suppose l'accord des parties sur les éléments essentiels du contrat, et

déploie les effets d'un contrat. Son utilité même est discutable dans un système consensualiste, où l'accord des parties sur les éléments essentiels du contrat suffit à sa conclusion (art. 2 CO). La pratique conserve néanmoins l'usage des précontrats, et il était donc temps qu'une étude approfondie en détermine la nature et la fonction, ainsi que le régime juridique depuis sa naissance jusqu'à son extinction. Tel était le défi relevé par *M. Gabellon*, qui apporte avec sa thèse de doctorat les éclairages nécessaires à l'institution du précontrat en droit suisse.

Dans un premier temps, l'auteur rappelle les diverses conceptions du précontrat dans la jurisprudence et dans la doctrine, et récapitule les grandes tendances consistant soit à nier l'utilité du précontrat et à l'assimiler au contrat principal, soit au contraire à reconnaître au précontrat une utilité et une autonomie propre. L'utilité du précontrat est mise en évidence par de nombreux exemples, comme le précontrat en faveur d'une entité future (*joint venture*), ou le précontrat unilatéral, qui n'engage qu'un seul des contractants. L'analyse proposée dépasse ensuite ces controverses en proposant une approche non-utilitaire, basée sur l'application des règles générales du Code des obligations à l'engagement de conclure. Cette analyse conduit l'auteur à définir le précontrat comme l'engagement par une des parties au moins à fournir la manifestation de volonté nécessaire à la conclusion d'un contrat futur avec son co-contractant ou avec un tiers bénéficiaire.

Sur ces bases conceptuelles solides, le précontrat est analysé comme n'importe quel autre contrat, travers sa formation, ses effets, la sanction de son inexécution, et sa fin. *M. Gabellon* démontre que la validité du précontrat suppose une description précise des éléments essentiels du contrat futur envisagé. Ce critère permet à l'auteur de distinguer les documents précontractuels (clause d'exclusivité, contrat de négociation) et l'engagement de conclure. L'auteur détaille également les clauses accessoires des précontrats, comme les conditions, les clauses

pénales, les prorogations de for et de droit applicable. A cet égard, une approche de droit international privé aurait peut-être pu compléter l'analyse, qui reste limitée par le droit des obligations suisse. C'est cependant la seule réserve qui peut être faite à l'égard de cette thèse qui a le mérite d'apporter des éléments de droit comparé pour étayer l'analyse, et de reprendre toutes les thématiques classiques du droit des contrats, comme les vices du consentement, l'impossibilité d'exécution, ou encore les droits de la personnalité, pour réfléchir à leur mise en œuvre en rapport avec le précontrat. De nombreux exemples, notamment celui des clauses d'architecte dans les contrats de vente immobilière, viennent illustrer la réflexion de l'auteur.

L'application des règles générales du Code des obligations conduit l'auteur à considérer qu'en cas de demeure, le bénéficiaire du précontrat peut soit agir en dommages et intérêts, soit agir en exécution, ce qui est conforme aux principes généraux du droit suisse. L'action en exécution du précontrat passe par l'application de l'article 344 al. 1 CPC, selon lequel le jugement remplace la manifestation de volonté du débiteur en demeure. Le montant du dommage se calcule selon les prestations qui étaient prévues dans le contrat futur envisagé par les parties.

Le mérite de cette thèse est de dépasser le débat classique sur l'utilité du précontrat pour analyser ce dernier comme n'importe quel autre contrat, produit de la liberté contractuelle des parties. Après tout, le test de l'utilité n'est pas requis pour les contrats innommés: il n'y a pas de raison que les débats relatifs au précontrat s'arrêtent à cette question, dès lors que les parties ont décidé de recourir à cette forme juridique. La seule question est de déterminer les conséquences de ce choix, et l'analyse très complète de *M. Gabellon* apporte les réponses adéquates à cette question.

Sylvain Marchand, Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Genève