

Arbeitsrecht

**Banken & Finanzdienstleister**

Bau- & Immobilienrecht

Datenrecht

Energierecht

Erbrecht & Nachlassplanung

Finanzierungen

Finanzmarktinfrastrukturrecht

FinTech

Gesellschafts- & Handelsrecht

Immaterialgüterrecht

Medienrecht

Mergers & Acquisitions

Notariat

Pharma- & Gesundheitsrecht

Prozessführung &  
Schiedsgerichtsbarkeit

Restrukturierung & Insolvenz

Steuerrecht

Technologierecht (IT)

Venture Capital & Private Equity

Wettbewerbsrecht

**Wirtschaftsstrafrecht**

## Rechtsprechung zu Retrozessionen wird weiter konkretisiert

**Das Bundesgericht hat in einem neuen Leitentscheid die strafrechtliche Verurteilung eines Vermögensverwalters wegen ungetreuer Geschäftsbesorgung bestätigt, weil dieser Retrozessionen behielt, über deren Erhalt er seine Kunden nicht informiert hatte. Der folgende Beitrag enthält eine erste Einordnung des Entscheids.**

Unter Juristen werden die strafrechtlichen Aspekte der Retrozessionsthematik seit Längerem intensiv diskutiert. Bis vor Kurzem war allerdings unklar, ob das blosses Zurückbehalten von Retrozessionen, über die der Kunde nicht genügend informiert wurde, strafbar ist. Im eingangs erwähnten Leitentscheid vom 14. August 2018 (Urteil 6B\_689/2016) hat das Bundesgericht dies nun grundsätzlich bejaht.

### Inhalt des Entscheids

Dem Urteil liegt der Fall eines Vermögensverwalters zugrunde, der Organstellung in einer Vermögensverwaltungsgesellschaft innehatte. Die Vermögensverwaltungsgesellschaft erhielt von der Depotbank Retrozessionszahlungen, die der Verurteilte den Kunden weder offenlegte noch weiterleitete. Das Bundesgericht führt zunächst unter Bezugnahme auf einen früheren Entscheid aus, dass ein Organ einer Vermögensverwaltungsgesellschaft eine sogenannte Garantstellung gegenüber den Kunden der Gesellschaft einnehme, weshalb das Vorenthalten von Informationen in Verletzung der auftragsrechtlichen Treuepflicht Teil eines Betruges sein könne. Daraus leitet das Gericht weiter ab, die aus der auftragsrechtlichen Treuepflicht fließende Rechenschaftspflicht sei eine qualifizierte Handlungspflicht des Vermögensverwalters, deren Verletzung eine ungetreue Geschäftsbesorgung gemäss Artikel 158 des Strafgesetzbuches darstellen

können. Das Bundesgericht begründet dies mit der Funktion der Rechenschaftspflicht. Erst die vollständige und wahrheitsgetreue Rechenschaftsablage erlaubt dem Auftraggeber nämlich die Kontrolle der korrekten Auftragsausführung durch den Beauftragten. Nach Auffassung des Bundesgerichts muss die Rechenschaftspflicht deshalb so erfüllt werden, dass der Kunde dazu in der Lage ist, das einzufordern, was ihm aus dem Auftragsverhältnis zusteht. Weil die betroffenen Kunden im beurteilten Fall eben nicht ausreichend über die Retrozessionen informiert worden waren und daher auch nicht rechtsgültig auf deren Herausgabe verzichten konnten, sprach das Bundesgericht den Vermögensverwalter der ungetreuen Geschäftsführung schuldig.

### Keine Strafbarkeit bei rechtsgültigem Verzicht

Aus dem Entscheid folgt umgekehrt, dass keine ungetreue Geschäftsbesorgung vorliegt, wenn der Kunde rechtsgültig auf die Herausgabe von Retrozessionen verzichtet. Denn der rechtsgültige Verzicht bewirkt, dass der Vermögensverwalter die Retrozessionen behalten darf. Ein solcher Verzicht kann sowohl nachträglich (bezüglich bereits empfangener Retrozessionen) als auch vorgängig (hinsichtlich zukünftiger Retrozessionen) erfolgen. Für Vermögensverwalter, die auch in Zukunft nicht auf Retrozessionen als Vergütungsquelle verzichten können oder wollen, empfiehlt es sich

**Wenger & Vieli AG**  
Dufourstrasse 56  
Postfach  
CH-8034 Zürich

Büro Zug  
Metallstrasse 9  
CH-6300 Zug

T +41 (0)58 958 58 58  
spotlight@wengervieli.ch  
www.wengervieli.ch

**BIGNIA VIELI**

LIC. IUR., LL.M.; RECHTSANWÄLTIN  
b.vieli@wengervieli.ch  
T +41 (0)58 958 53 55

**NICOLAS BRACHER**

DR. IUR.; LL.M.; RECHTSANWALT  
n.bracher@wengervieli.ch  
T +41 (0)58 958 53 23

**STEPHANIE LIENHARD**

MLAW; RECHTSANWÄLTIN  
s.lienhard@wengervieli.ch  
T +41 (0)58 958 55 23

zur Vermeidung strafrechtlicher Risiken dringend, von den Kunden vorgängige Verzichtserklärungen einzuholen. Mit Inkrafttreten des FIDLEG wird aufsichtsrechtlich ohnehin nur noch ein Vorausverzicht zulässig sein.

Das Bundesgericht hat die Voraussetzungen eines rechtsgültigen Vorausverzichts bereits in einem früheren Leitentscheid festgelegt. Ein solcher Verzicht setzt in den Worten des Gerichts voraus, dass der Kunde «über die zu erwartenden Retrozessionen vollständig und wahrheitsgetreu informiert ist, und dass sein Wille, auf deren Ablieferung zu verzichten, aus der Vereinbarung deutlich hervorgeht.» Drei Aspekte sind dabei besonders zu beachten: Erstens muss der Kunde wissen bzw. darüber aufgeklärt werden, dass die Retrozessionen von Gesetzes wegen ihm zustehen und er nach Auftragsrecht Anspruch auf deren Herausgabe hat. Zweitens muss er zumindest die Eckwerte der bestehenden Retrozessionsvereinbarungen mit Dritten sowie die Grössenordnung der zu erwartenden Rückvergütungen kennen (z.B. durch Angabe einer Prozentbandbreite des verwalteten Vermögens), wobei bei einem unerfahrenen Kunden allenfalls zusätzliche Aufklärung nötig ist. Da die Beweislast für den Verzicht beim Vermögensverwalter liegt, wird drittens das Einholen einer individuellen Erklärung des Kunden empfohlen. Von einer ausschliesslichen Vereinbarung des Vorausverzichts mittels einer AGB-Klausel ist hingegen abzuraten, da deren Rechtsgültigkeit mit Blick auf die Unge- wöhnlichkeitsregel und die lauterkeitsrechtliche Inhaltskontrolle nach Artikel 8 des Bundesgesetzes über den unlauteren Wettbewerb unsicher ist.

Die Entgegennahme von Retrozessionen kann nebst der ungetreuen Geschäftsbesorgung im Einzelfall weitere Straftatbestände wie Betrug und passive Privatbestechung erfüllen. Auch in diesen Fällen schliesst ein rechtsgültiger Verzicht des Kunden die Strafbarkeit allerdings nach heutiger kantonaler Rechtsprechung aus.

### Fazit

Der Entscheid des Bundesgerichts bestätigt die in der Rechtslehre seit längerem vertretene Auffassung, dass sich ein Vermögensverwalter bei unterlassener Offenlegung und anschliessender Vereinnahmung von Retrozessionen der ungetreuen Geschäftsbesorgung strafbar macht. Inwiefern eine strafrechtliche Verantwortlichkeit in anderen Konstellationen (z.B. Anlageberatung oder Execution-Only) Anwendung finden würde und inwieweit auch die Retrozessionen zahlende Partei der strafrechtlichen Verantwortlichkeit ausgesetzt ist (z.B. als Gehilfe), wurde höchstrichterlich bisher noch nicht geklärt.



Der Entscheid macht deutlich, welche Rechtsrisiken mit dem jahrzehntelang branchenüblichen Vergütungsmodell der Retrozessionen verbunden sind. Zu beachten sind insbesondere auch die strafrechtlichen Verjährungsfristen von bis zu 15 Jahren.

### Empfehlungen

Weil das Urteil vom Bundesgericht selbst als Leitentscheid publiziert wird, empfiehlt es sich für jeden Finanzdienstleister, der auch in Zukunft auf Retrozessionen und ähnliche Vergütungsquellen baut, die Rechtslage genau zu analysieren und die Vereinbarungen mit den Kunden gegebenenfalls anzupassen. Werden Retrozessionen nicht an Kunden weitergeleitet, wird mit Blick auf mögliche weitere strafrechtliche Konsequenzen generell empfohlen, von jedem einzelnen Kunden eine individuelle Verzichtserklärung einzuholen, die auf einer hinreichenden Information des Kunden basiert.

Festzuhalten ist, dass die Strafbarkeit immer von den konkreten Umständen des Einzelfalls und somit von zahlreichen Faktoren abhängt. Nicht jeder Finanzdienstleister, der in der Vergangenheit Retrozessionen entgegengenommen hat, ohne einen rechtsgültigen Verzicht seiner Kunden einzuholen, hat sich automatisch strafbar gemacht. Wo im Einzelfall Zweifel bestehen, empfiehlt es sich aber ebenfalls, die Situation genau zu analysieren und gegebenenfalls eine Bereinigung mittels nachträglicher Information betroffener Kunden zu prüfen.

**SPOTLIGHT ALS PDF:**

<https://www.wengervieli.ch/de-ch/publikationen?typ=spotlight>

Disclaimer: Die in diesem Schreiben enthaltenen Informationen dienen allgemeinen Informationszwecken und stellen keine rechtliche oder steuerliche Beratung dar. Im konkreten Einzelfall kann der vorliegende Inhalt keine individuelle Beratung durch fachkundige Personen ersetzen. © Wenger & Vieli AG, 2017