

**Der Beitrag geht der Frage nach, welchen strafrechtlichen Risiken sich der Vermögensverwalter aussetzt, der Retrozessionen nicht an den Kunden weiterleitet.**

MARC ENGLER

## RETROZESSIONEN AUS STRAFRECHTLICHER PERSPEKTIVE

### Ungetreue Geschäftsbesorgung, Privatbestechung, Veruntreuung, Betrug

#### 1. EINLEITUNG

Retrozessionen, auch Kick-Backs, Finder's Fees oder Provisionen genannt, sind Zahlungen von Banken an externe unabhängige Vermögensverwalter (nachfolgend Vermögensverwalter) für deren Zuführung von Geschäften. Klassische Quellen von Retrozessionen sind Kommissionen für Wertpapiertransaktionen, Depotführungskosten oder Zahlungen für die Neuzuführung von Kunden.

Die Rechtslehre bejaht im Hinblick auf Retrozessionen seit jeher eine Informations- und Herausgabepflicht des Vermögensverwalters [1]. Das Bundesgericht hat in Übereinstimmung mit der Lehre am 22. März 2006 (*Bundesgerichtsentscheid, BGE 132 III 460*) entschieden, dass die von einem unabhängigen Vermögensverwalter vereinnahmten Retrozessionen der Ablieferungspflicht unterliegen und dem Kunden herauszugeben sind.

Erhebungen haben gezeigt, dass eine Vielzahl von Vermögensverwaltern ihre Kunden nicht über den Erhalt von Retrozessionen informieren und Retrozessionen nicht herausgeben. Dieses Verhalten widerspricht der Rechtslage und kann nicht nur zivilrechtliche, sondern auch strafrechtliche Konsequenzen haben [2].

#### 2. DER RETROZESSIONSENTSCHEID DES BUNDESGERICHTS

Das Bundesgericht hatte in BGE 132 III 460 festgehalten, dass auf den Vermögensverwaltungsvertrag die auftragsrechtlichen Regeln Anwendung finden. Nach Art. 400 Abs. 1 des *Obligationenrechts (OR)* ist der Vermögensverwalter verpflichtet, auf Verlangen jederzeit über seine Geschäftsführung

Rechenschaft abzulegen und alles, was ihm infolge derselben aus irgendeinem Grund zugekommen ist, herauszugeben. Diese Ablieferungspflicht betrifft nicht nur diejenigen Vermögenswerte, die der Vermögensverwalter direkt vom Anleger zur Erfüllung des Auftrags erhält, sondern auch indirekte Vorteile, die dem Vermögensverwalter infolge der Auftragsausübung von Dritten, wie zum Beispiel Banken, zukommen. Der Vermögensverwalter ist daher zur Offenlegung und Herausgabe von Retrozessionen verpflichtet.

Die Herausgabepflicht ist gemäss Bundesgericht dispositiver Natur und kann vertraglich wegbedungen werden. Die Gültigkeit eines Herausgabeverzichts setzt voraus, dass der Kunde vollständig und wahrheitsgetreu über die zu erwartenden Vergütungen informiert ist.

Der Grundsatzentscheid des Bundesgerichts betraf einen unabhängigen Vermögensverwalter, der gestützt auf einen Vermögensverwaltungsvertrag für seine Kundin Verwaltungshandlungen vornahm. Über die Tragweite dieses Bundesgerichtsentscheids auf Retrozessionszahlungen in anderen Konstellationen herrscht Uneinigkeit [3]. Bei der folgenden Betrachtung der strafrechtlichen Konsequenzen wird daher von der Standardkonstellation ausgegangen, wonach Banken Retrozessionen an unabhängige Vermögensverwalter ausrichten. Dabei wird unterstellt, dass der Vermögensverwalter dem Kunden die erhaltenen Retrozessionen vertragswidrig vorenthält, es mithin an einem rechtsgültigen Herausgabeverzicht fehlt.

#### 3. DIE RELEVANTEN STRAFNORMEN

**3.1 Überblick.** Ausgehend von der genannten Standardkonstellation stehen folgende Straftatbestände im Vordergrund: Ungetreue Geschäftsbesorgung (Art. 158 *Strafgesetzbuch, StGB*), Privatbestechung (Art. 4a Abs. 1 lit. b i. V. m. Art. 23 *Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, UWG*), Veruntreuung (Art. 138 *StGB*) und Betrug (Art. 146 *StGB*).

**3.2 Ungetreue Geschäftsbesorgung.** Der ungetreuen Geschäftsbesorgung gemäss Art. 158 *StGB* macht sich strafbar, wer damit betraut ist, Vermögen eines anderen zu verwalten, und dabei unter Verletzung seiner Pflichten bewirkt oder zulässt, dass der andere am Vermögen geschädigt wird.



MARC ENGLER,  
DR. IUR., RECHTSANWALT,  
BAUMGARTNER MÄCHLER  
RECHTSANWÄLTE,  
ZÜRICH

Für die Anwendung von Art. 158 StGB ist vorab entscheidend, ob der Vermögensverwalter gegenüber dem Kunden eine Vermögensfürsorgepflicht (Vermögensbetreuungspflicht) hat. Dies ist in der Regel zu bejahen. Der Vermögensverwalter hat eine selbstständige Schlüsselstellung. Überdies handelt es sich regelmässig um Vermögensinteressen von einiger Bedeutung. Schliesslich bildet die Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen den eigentlichen Kern

*«Die Pflichtverletzung liegt nicht in der unterlassenen Herausgabe, sondern in der Verletzung der Abrechnungspflicht.»*

der Verpflichtungen des Vermögensverwalters. Damit fällt der Vermögensverwalter in den Täterkreis der ungetreuen Geschäftsbesorgung [4].

Die pflichtwidrige Handlung liegt darin, dass der Vermögensverwalter seiner Abrechnungspflicht (Rechenschaftspflicht) nicht nachkommt. Der Vermögensverwalter informiert den Kunden nicht über ihm zustehende Retrozessionen, in der Absicht, diese Zahlungen selbst einzubehalten. Entscheidend ist damit nicht die Nichtherausgabe der Retrozessionen, sondern die Verletzung der Abrechnungspflicht gegenüber dem Kunden. Diese Pflichtverletzung führt beim Kunden zu einem Vermögensschaden. Denn mangels Offenlegung der Retrozessionen kann der Kunde seinen Herausgabeanspruch nicht geltend machen. Damit erfüllt der Vermögensverwalter, der die Kunden nicht über die erhaltenen Retrozessionen informiert und die Retrozessionen einbehält den Tatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung [5].

Unter Hinweis auf einen Entscheid des Bundesgerichts vom 8. Januar 2003 (BGE 129 IV 124) vertritt ein Teil der Lehre die Ansicht, der Verstoss gegen die zivilrechtliche Herausgabepflicht genüge nicht, um eine strafrechtliche Pflichtwidrigkeit zu bejahen. Die blosser Zurückbehaltung der Retrozessionen erfülle den Tatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung daher nicht [6]. Dem ist folgendes entgegenzuhalten: Diesem Bundesgerichtsentscheid kann nicht entnommen werden, dass Verfügungen über abzuliefernde Zahlungen generell nie unter den Tatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung fallen können. Überdies liegt die eigentliche Pflichtverletzung wie dargelegt nicht in der unterlassenen Herausgabe, sondern in der Verletzung der Abrechnungspflicht. Schliesslich war zum Zeitpunkt des Bundesgerichtsentscheides der Artikel über die passive Privatbestechung im UWG noch nicht in Kraft. Vor dem Hintergrund der Strafbarkeit der passiven Privatbestechung ist die damalige Argumentation des Bundesgerichts nicht mehr überzeugend. Entsprechend erscheint heute auch die Entgegennahme von Retrozessionen ohne Kenntnis und Zustimmung des Kunden als ungetreue Geschäftsbesorgung [7].

**3.3 Privatbestechung.** Der passiven Privatbestechung gemäss Art. 4 a Abs. 1 lit. b UWG (in Verbindung mit Art. 23 UWG) macht sich der Beauftragte strafbar, der für sich im Zusammenhang mit seiner geschäftlichen Tätigkeit für eine

pflichtwidrige oder eine im Ermessen stehende Handlung einen nicht gebührenden Vorteil fordert, sich versprechen lässt oder annimmt.

Der Vermögensverwalter kommt als Täter der passiven Privatbestechung in Frage. Er ist mit dem Kunden durch eine allgemeine Treuepflicht verbunden. Zudem erhält er im Zusammenhang mit seiner Tätigkeit von einem Dritten (Bank) Vorteile (Retrozessionen).

Ungebührlich im Sinne dieser Bestimmung ist ein Vorteil dann, wenn der Empfänger darauf kein Recht hat. Dabei kann sich das fehlende Recht entweder auf die Entgegennahme oder auf das Behalten des Vorteils beziehen [8]. Angewendet auf die Retrozessionszahlung bedeutet dies, dass der Vermögensverwalter zwar zur Entgegennahme der Retrozession berechtigt ist. Behalten darf er die Zahlung nur, wenn der Kunde rechtsgültig auf die Herausgabe verzichtet hat. Hat der Kunde nicht verzichtet, gilt das Zurückbehalten als ungebührlicher Vorteil.

Schliesslich genügt zur Erfüllung des Tatbestandes der Privatbestechung, dass der ungebührliche Vorteil für eine im Ermessen stehende Handlung gewährt bzw. angenommen wird. Ein pflichtwidriges Handeln wird nicht vorausgesetzt. Es genügt, wenn der Vorteilsempfänger seinen Ermessensspielraum zugunsten des Vorteilgewählers ausübt und eine bestimmte Offerte unter gleichwertigen wählt. Selbst wenn die Handlung des Vermögensverwalters unter wirtschaftlichem Gesichtspunkt nicht zu beanstanden ist, bleibt es bei der Strafbarkeit [9].

Der Vermögensverwalter kann sich dem Vorwurf der Privatbestechung also nur dann entziehen, wenn er die Retrozessionen an die Kunden weiterleitet oder diese rechtsgültig verzichten lässt. Ansonsten macht er sich der passiven Privatbestechung strafbar.

Relativiert wird die Gefahr durch den Umstand, dass es sich bei der Privatbestechung um ein Antragsdelikt handelt. Ohne Strafanzeige des Kunden kann es zu keiner Verurteilung kommen.

**3.4 Veruntreuung.** Der Veruntreuung gemäss Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 StGB macht sich strafbar, wer ihm anvertraute Vermögenswerte unrechtmässig in seinem oder eines anderen Nutzen verwendet.

Dass Vermögensverwalter grundsätzlich in den Anwendungsbereich dieser Norm fallen, ist unbestritten. Das Kundenvermögen ist dem Treuhänder anvertraut, wirtschaftlich steht es weiterhin im Eigentum des Kunden. Die unrechtmässige Verwendung des Kundenvermögens erfüllt in der Regel den objektiven Tatbestand der Veruntreuung.

Ohne anderslautende Vereinbarung muss der Vermögensverwalter dem Kunden die Retrozessionen abliefern. Liefert der Vermögensverwalter die Retrozessionen dem Kunden nicht ab, ist für die Strafbarkeit als Veruntreuung entscheidend, ob auch die Retrozessionen dem Vermögensverwalter anvertraut sind.

Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung gelten jene Vermögenswerte nicht als anvertraut, die jemand nicht für einen anderen, sondern für sich selbst empfängt. Dazu gehören beispielsweise Provisionen, Trinkgelder oder Tantie-

men. Dies gilt unabhängig davon, ob eine vertragliche Ablieferungspflicht für die Vermögenswerte besteht [10].

Dasselbe muss auch für Retrozessionen gelten. Retrozessionen fliessen von der Bank auf das Konto des Vermögensverwalters. Der Vermögensverwalter empfängt die Retrozessionen gestützt auf seine Vereinbarung mit der Bank. Damit sind Retrozessionen keine dem Vermögensverwalter vom Kunden anvertraute Vermögenswerte. Dass der Vermögensverwalter verpflichtet ist, die Retrozessionen dem Kunden herauszugeben, ändert daran nichts. Das unberechtigte Zurückbehalten von Retrozessionen stellt daher keine Veruntreuung dar.

**3.5 Betrug.** Des Betruges gemäss Art. 146 StGB macht sich strafbar, wer in unrechtmässiger Bereicherungsabsicht jemanden durch Vorspiegelung oder Unterdrückung von Tatsachen irreführt oder ihn in einem Irrtum arglistig bestärkt und so den Irrenden zu einem Verhalten bestimmt, wodurch dieser sich selbst am Vermögen schädigt.

Die Täuschung manifestiert sich regelmässig darin, dass der Vermögensverwalter dem Kunden eine inhaltlich unwahre Abrechnung präsentiert. Die dem Vermögensverwalter zugekommenen Retrozessionen werden in der Kundenabrechnung in der Regel nicht aufgeführt. Die Abrechnung ist unvollständig und damit unwahr. Der Kunde erlangt keine

Kenntnis von den Retrozessionen und irrt daher über die ihm zustehenden Ansprüche. Aufgrund dieses Irrtums verzichtet er auf die Einforderung der Retrozessionen, was zu einem Vermögensschaden führt. Die Strafbarkeit dieses Verhaltens

---

*«Das unberechtigte Zurückbehalten von Retrozessionen stellt keine Veruntreuung dar.»*

hängt einzig noch davon ab, ob die Täuschung des Kunden als arglistig zu qualifizieren ist. Alle anderen Tatbestandselemente sind erfüllt.

Mit dem Tatbestandselement der Arglist soll sichergestellt werden, dass nicht jede einfache Lüge bzw. Täuschung strafrechtlich relevant ist. Erst wenn zur Täuschung eine gewisse Raffinesse oder Durchtriebenheit hinzukommt, soll der strafrechtliche Schutz greifen [11].

In folgenden Konstellationen wäre es denkbar, dass Gerichte die Täuschung als arglistig qualifizieren und eine Strafbarkeit bejahen würden: Wenn aufgrund eines besonderen Vertrauensverhältnisses zwischen Vermögensverwalter und Kunde der Vermögensverwalter davon ausgehen kann, dass der Kunde die Abrechnung nicht überprüfen wird.

Wenn es dem Kunden aufgrund der konkreten Umstände nicht oder nur schwer möglich ist, die Ausrichtung von Retrozessionen an den Vermögensverwalter in Erfahrung zu bringen. Schliesslich könnte das Gericht von einer arglistigen Täuschung ausgehen, wenn die für den Kunden erstellte Abrechnung als falsche Urkunde im Sinne von Art. 251 StGB qualifiziert wird. Vorauszusetzen wäre dafür, dass das Gericht der Abrechnung als Bestandteil der kaufmännischen Buchhaltung des Vermögensverwalters Urkundenqualität zuspricht.

**Anmerkungen:** 1) Vgl. dazu Susan Emmenegger, Anlagekosten: Retrozessionen im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, in: *Anlage-recht*, hrsg. von Susan Emmenegger, Basel 2007, S. 69, m. w. H. und Rolf Kuhn, Retrozessionen an externe Vermögensverwalter – eine Standortbestimmung, *AJP* 2006, S. 1053. 2) Susan Emmenegger (Anm. 1), S. 67 f., m. w. H.; Monika Roth, Das Dreiecksverhältnis Kunde – Bank – Vermögensverwalter, *Zürich/St. Gallen* 2007, S. 61 ff. 3) Matthias Nänni/Hans Caspar von der Crone, Rückvergütungen im Recht der unabhängigen Vermö-

gensverwaltung, in: *SZW* 2006 (5), S. 380; Susan Emmenegger (Anm. 1), S. 71 ff., m. w. H. 4) Martin Schubarth, Retrozession und Ungetreue Geschäftsbesorgung, in: *Anlagerecht*, hrsg. von Susan Emmenegger, Basel 2007, S. 169 f.; Andreas Donatsch/Simone Zuberbühler, Strafrechtliche Fallgruben für Treuhänder, in: *Vermögensverwaltung II*, hrsg. von Peter R. Isler/Romeo Cerutti, Zürich/Basel/Genf, S. 89 ff. 5) Martin Schubarth (Anm. 4), S. 170; Andreas Donatsch/Simone Zuberbühler (Anm. 4), S. 89 ff. 6) Susan Emmenegger (Anm. 1), S. 97 ff. 7) Martin Schubarth (Anm. 4), S. 170; An-

dreas Donatsch/Simone Zuberbühler (Anm. 4), S. 89 ff.; BSK Strafrecht II-Marcel Alexander Niggli, Art. 158 N 104 a. 8) Botschaft, Strafrechts-Übereinkommen Europarat, BBl 2004, S. 7011; Susan Emmenegger (Anm. 1), S. 116. 9) Botschaft, Strafrechts-Übereinkommen Europarat, BBl 2004, S. 7012; Susan Emmenegger (Anm. 1), S. 118. 10) BSK Strafrecht II-Marcel Alexander Niggli/Christof Riedo, Art. 138 N 46 ff.; Trechsel/Cramer, StGB PK, Art. 138 N 13. 11) BSK Strafrecht II-Gunther Arzt, Art. 146 N 50 ff.; Trechsel/Cramer, StGB PK, Art. 146 N 7.

#### 4. FAZIT

Zusammenfassend betrachtet, besteht für den Vermögensverwalter, der Retrozessionen dem Kunden nicht weiterleitet, das Risiko einer Bestrafung wegen ungetreuer Geschäftsbesorgung und Privatbestechung sowie allenfalls wegen Betrugs, sofern der Kunde nicht über die Retrozessionen informiert wurde und nicht rechtsgültig auf die Herausgabe verzichtet hat. ■

## RÉSUMÉ

### Les rétrocessions dans la lorgnette du droit pénal

Les rétrocessions, kick-backs, finder's fees et autres ristournes sont des sommes que les banques versent aux gérants de fortune externes pour les affaires qu'ils leur apportent. Dans un arrêt du 22 mars 2006 (ATF 132 III 460), le Tribunal fédéral s'est rallié au courant de doctrine qui considère que les rétrocessions perçues par un gérant de fortune indépendant sont soumises à une obligation de versement et doivent de ce fait être restituées au client. Cette obligation étant de nature supplétive, les parties peuvent toutefois l'exclure par contrat.

Plusieurs sondages montrent que de nombreux gérants de fortune n'informent pas leurs clients qu'ils reçoivent des rétrocessions et ne les leurs reversent donc pas. Ce comportement peut avoir des conséquences tant sur le plan civil que pénal.

Si l'on prend une situation standard où la banque verse des rétrocessions au gérant de fortune indépendant et où il n'existe pas d'acte de renonciation valable de la part du client, les délits suivants pourraient entrer en considération: gestion déloyale (art. 158 Code pénal suisse, CP), corruption privée (art. 4 a al. 1 let. 1 en relation avec art. 23 loi fédérale contre la concurrence déloyale LCD), abus de confiance (art. 138 CP) et escroquerie (art. 146 CP).

Lorsqu'il n'informe pas le client des rétrocessions reçues et qu'il les garde pour lui, le gérant de fortune viole ses devoirs. Ce comportement est constitutif du délit de gestion déloyale car il porte atteinte aux intérêts du client. En effet, ignorant l'existence des paiements, ce dernier ne peut en exiger le versement.

Parallèlement, le gérant de fortune se rend aussi coupable de corruption privée passive. Premièrement, il ne reverse pas

les rétrocessions à son client alors qu'il y est tenu et se procure ainsi un avantage indu. Par ailleurs, il n'est pas nécessaire que le paiement des rétrocessions l'ait induit à prendre des décisions de placement contraires à ses devoirs, car le délit de corruption ne présuppose pas obligatoirement un acte contraire aux devoirs du mandataire. Il suffit en effet que ce dernier accepte l'avantage indu en relation avec l'exercice d'un acte dépendant de son pouvoir d'appréciation.

En revanche, le gérant de fortune ne commet pas un abus de confiance en conservant les rétrocessions, car celles-ci ne lui sont pas «confiées» au sens prévu à l'article 138 CP.

Exceptionnellement, la conservation des rétrocessions pourrait aussi remplir les critères de l'escroquerie. En omettant de l'informer de l'existence des rétrocessions, le gérant de fortune trompe son client au sujet de ses droits pécuniaires. Celui-ci est donc induit en erreur sur ses droits – qu'il ne peut dès lors pas faire valoir – et il subit de ce fait un préjudice patrimonial. La question de savoir si, et dans quelles situations, le comportement du gérant de fortune doit être qualifié d'astucieux n'a pas encore été tranchée. Or, seul celui qui trompe «astucieusement» est punissable.

En résumé, le gérant de fortune qui ne verse pas les rétrocessions au client s'expose à un risque de poursuites pénales pour gestion déloyale, corruption privée et, éventuellement, escroquerie, s'il n'a pas informé le client de l'existence des rétrocessions et si ce dernier n'a pas renoncé valablement à leur versement. *ME/PB*