

Auftragsrecht/Strafrecht

# Retrozessionen und ihre Rechtswirkungen

Dieser Artikel soll zunächst die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur strafrechtlichen Relevanz von Retrozessionen im Finanzbereich aufzeigen und anschliessend mit einem Beispiel deren mögliche strafrechtliche Auswirkung im Baubereich darstellen.

› Dr. Davide Pinelli, Mathias Birrer

Unter Retrozessionen (auch Retros oder Kick-backs genannt) werden in der Finanzbranche grundsätzlich geldwerte Leistungen verstanden, die beispielsweise ein unabhängiger Vermögensverwalter von Banken oder von anderen Finanzdienstleistern erhält, wenn er deren Produkte an Klienten verkauft beziehungsweise sie zu diesen Produkten führt. Als Beispiel: Ein unabhängiger Vermögensverwalter Y bringt seine Klienten zur Depotbank X. Die Depotbank X bezieht für ihre Leistungen Kommissionen von den Klienten des Vermögensverwalters Y und bezahlt diesem daraus Retrozessionen, weil er seine Klienten zur Depotbank X geführt hat.

## Im Interesse des Klienten

Das Problem bei Retrozessionen liegt darin, dass sie beim Vermögensverwalter Anreize setzen können, die nicht zum Vorteil des Klienten sind. Ein Berater dürfte nämlich eher jene Produkte empfehlen, bei denen er die höchsten Prämien erhält. Unterliegt das Vertragsverhältnis zwischen dem Vermögensverwalter und seinen Klienten dem Auftragsrecht, was für gewöhnlich der Fall ist, so hat der beauftragte Vermögensverwalter im Inter-

esse seiner Klienten tätig zu sein. Der Auftrag besitzt nämlich die Fremdnützigkeit als zentrales Element. Demzufolge dürfen die Interessen des Beauftragten, insbesondere seine finanziellen Interessen, in keinem Fall mit den Interessen des Klienten in Konflikt geraten. Bereits im Jahre 2006 hatte das Bundesgericht ent-

### ! kurz & bündig

- › Unter Retrozessionen (auch Retros oder Kick-backs) werden geldwerte Leistungen verstanden, die beispielsweise ein unabhängiger Vermögensverwalter von Banken oder von anderen Finanzdienstleistern erhält, wenn er deren Produkte an Klienten verkauft beziehungsweise selbige zu diesen Produkten führt.
- › Das Problem bei Retrozessionen liegt darin, dass sie beim Vermögensverwalter Anreize setzen können, die nicht zum Vorteil des Klienten sind.
- › Der Beauftragte soll durch den Auftrag – abgesehen von einem allfälligen Honorar – weder gewinnen noch verlieren.

schieden, dass Retrozessionen grundsätzlich dem Klienten gehören. Das Bundesgericht begründete dies mit der aus dem Auftragsrecht stammenden Rechenschafts- und Herausgabepflicht (Art. 400 OR). Danach ist der Beauftragte verpflichtet, auf Verlangen jederzeit über seine Geschäftsführung Rechenschaft abzulegen und alles, was ihm infolge derselben aus irgendeinem Grunde zukommt, zu erstatten (Art. 400 Abs. 1 OR). Diese Ablieferungspflicht betrifft nicht nur diejenigen Vermögenswerte, welche der Beauftragte direkt vom Auftraggeber zur Erfüllung des Auftrags erhält, sondern auch indirekte Vorteile, die dem Beauftragten infolge der Auftragsausführung von Dritten zukommen.

## Vorteile für den Beauftragten

Der Beauftragte soll durch den Auftrag – abgesehen von einem allfälligen Honorar – weder gewinnen noch verlieren. Er hat daher alle Vermögenswerte herauszugeben, die in einem inneren Zusammenhang zur Auftragsausführung stehen. Der innere Zusammenhang bedeutet, dass eine sachliche Beziehung zwischen Vermögenswert und Auftragsausführung besteht. Behalten darf der

Beauftragte lediglich, was er bei Gelegenheit der Auftragsausführung, ohne inneren Zusammenhang mit dem ihm erteilten Auftrag, von Dritten erhält.

### Einhaltung der Treuepflicht

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gehören zu den indirekten Vorteilen des Beauftragten unter anderem Retrozessionen beziehungsweise Rückvergütungen. Rückvergütungen werden dem Beauftragten ausgerichtet, weil er im Rahmen des Auftrags bestimmte Verwaltungshandlungen vornimmt oder veranlasst. Sie fallen im Zusammenhang mit der Verwaltung des Vermögens an und unterliegen der Herausgabepflicht nach Art. 400 Abs. 1 OR. Die Pflicht zur Ablieferung ist – wie die Rechenschaftspflicht – ein zentrales Element der Fremdnützigkeit des Auftrags.

Die Herausgabepflicht lässt sich als Konkretisierung der Treuepflicht nach Art. 398 Abs. 2 OR verstehen. Sie garantiert deren Einhaltung und stellt insofern eine präventive Massnahme zur Wahrung der Interessen des Auftraggebers dar, indem sie der Gefahr vorbeugt, der Beauftragte könnte sich aufgrund der Zuwendung eines Dritten veranlasst sehen, die Interessen des Auftraggebers nicht ausreichend zu berücksichtigen.

Wann von einem inneren Zusammenhang der Zuwendung eines Dritten zur Auftragsausführung auszugehen ist, kann nicht für alle Auftragsverhältnisse abschliessend umschrieben werden. Als Beurteilungskriterien werden die Vermeidung von Interessenkonflikten und der Grundsatz, dass der Beauftragte – abgesehen vom Honorar – durch den Auftrag weder gewinnen noch verlieren soll, angewendet.

Bei Zuwendungen Dritter ist ein innerer Zusammenhang schon dann zu bejahen, wenn die Gefahr besteht, der Beauftragte könnte sich dadurch veranlasst sehen, die

Interessen des Auftraggebers nicht ausreichend zu berücksichtigen.

### Strafrechtliche Verurteilung

Der erstmaligen strafrechtlichen Verurteilung infolge verschwiegener Retrozessionen lag folgender Sachverhalt zugrunde (vgl. BGE 144 IV 294): Ein Vermögensverwalter erhielt von einer Depotbank Retrozessionen und Vergütungen im Wert von gesamthaft circa 400 000 CHF. Der Vermögensverwalter unterliess es, seine Klienten darüber zu informieren. Das Bundesgericht bestätigte den Entscheid der Vorinstanz, den Vermögensverwalter wegen ungetreuer Geschäftsbesorgung nach Art. 158 Ziff. 1 StGB für schuldig zu sprechen.

Art. 158 Ziff. 1 StGB bestimmt, dass sich der ungetreuen Geschäftsbesorgung schuldig macht, wer aufgrund des Gesetzes, eines behördlichen Auftrages oder eines Rechtsgeschäfts damit betraut ist, Vermögen eines anderen zu verwalten oder eine solche Vermögensverwaltung zu beaufsichtigen, und dabei unter Verletzung seiner Pflichten bewirkt oder zulässt, dass der andere am Vermögen geschädigt wird. Der potenzielle Täter hat sozusagen eine Geschäftsführungsfunktion inne.

### Der Tatbestand

Geschäftsführer im Sinne von Art. 158 StGB ist, wer in tatsächlich oder formell selbstständiger und verantwortlicher Stellung im Interesse eines anderen für einen nicht unerheblichen Vermögenskomplex zu sorgen hat. Der Tatbestand ist namentlich anwendbar auf selbstständige Geschäftsführer sowie auch auf operationell leitende Organe von juristischen Personen beziehungsweise Kapitalgesellschaften.

Geschäftsführer ist aber auch, wem die Stellung nur faktisch zukommt, selbst wenn diese ihm nicht formell eingeräumt worden ist. Der Tatbestand setzt einen

# SWISS EXCELLENCE FORUM

Network to Success

## Swiss Ethics Award

Ethical Leadership Tagung  
und Verleihung  
Swiss Ethics Award

30. April 2020 | KKL Luzern  
16.00 – 19.30 Uhr

### Keynotes



Dr. Marc Holitscher  
Microsoft Schweiz AG

Dr. Regula Pfister  
Unternehmerin, Verwaltungsrätin

Dr. Michael Fürst  
Novartis International AG

Nominiert für den  
Swiss Ethics Award



### Kosten

CHF 220.– / 150.– für Mitglieder  
inkl. Apéro riche, exkl. MwSt.

Anmeldung & Infos: 041 229 30 40  
[swiss-excellence-forum.ch](http://swiss-excellence-forum.ch)

Vermögensschaden voraus. Eine solch tatsächliche Schädigung kann durch Verminderung der Aktiven, Vermehrung der Passiven, Nichtverminderung der Passiven oder Nichtvermehrung der Aktiven eintreten. Im Falle von Retrozessionen liegt der Vermögensschaden in der Nichtvermehrung der Aktiven beziehungsweise der Nichtverminderung der Passiven durch das Nichterhalten einer Rückvergütung.

Die im Gesetz nicht näher umschriebene Tathandlung der ungetreuen Geschäftsbesorgung besteht in der Verletzung jener spezifischen Pflichten, die der Täter in seiner Stellung als Geschäftsführer generell, aber auch bezüglich spezieller Geschäfte zum Schutz des Auftraggebers beziehungsweise des Geschäftsherrn zu erfüllen hätte. Das Bundesgericht argumentierte, dass die Rechenschaftspflicht des Beauftragten eine erhöhte oder qualifizierte Verpflichtung bilde, deren Verletzung als ungetreue Geschäftsbesorgung im Sinne von Art. 158 Ziff. 1 StGB zu gelten habe.

Dies, weil die Pflicht zur Rechenschaftsablage des Beauftragten gegenüber dem Auftragnehmer diesem ermöglichen müsse, zu überprüfen, ob sein Vertragspartner seinen auftragsrechtlichen Pflichten in guten Treuen nachgekommen ist. Die Information muss ihn in die Lage versetzen, das zu fordern, was der Beauftragte ihm schuldet, sowie, falls nötig, von ihm auch Schadenersatz zu verlangen.

Die Pflichten bezüglich Rechenschaftsablage sowie zur Herausgabe seien demzufolge im Bereich des Auftragsrechts nicht auf derselben Ebene anzusiedeln. Die Wirkung der zweiten Pflicht hänge stattdessen von der richtigen Erfüllung der ersten Pflicht ab.

Subjektiv ist Vorsatz erforderlich. Dieser muss sich auf die Pflichtwidrigkeit des Handelns oder Unterlassens, die Vermögensschädigung und den Kausalzusammenhang zwischen dem pflichtwidrigen Verhalten und dem Schaden beziehen. Eventualvorsatz genügt, wobei an des-

sen Nachweis – angesichts der relativen Unbestimmtheit des objektiven Tatbestandes – hohe Anforderungen zu stellen sind. Im vorgenannten Fall war der Vorsatz gegeben.

### Beispiel Baubereich

Für den Baubereich nehmen wir nun folgendes Beispiel an: Ein Bauherr geht mit einem Architekten einen Architektenvertrag ein, welcher die Erstellung eines Einfamilienhauses beinhaltet. Der Architekt hat gemäss Vertrag einerseits Planungsleistungen zu erbringen und ist andererseits für die Bauleitung verantwortlich. Zudem sucht, evaluiert und vergibt er im Auftrag des Bauherrn die zur Erstellung des Einfamilienhauses notwendigen Arbeiten und Einkäufe an Handwerker und Zulieferer. Die Bauleitungs- und Vergabeaufgaben weisen eindeutig auftragsrechtlichen Charakter auf.

Indem der Architekt die Arbeit an Handwerker und Zulieferer verteilt, wird der Bauherr unmittelbar finanziell verpflichtet. Infolgedessen tritt der Architekt tatsächlich und formell in selbstständiger und verantwortlicher Stellung im Interesse des Bauherrn auf. Da dieser im Interesse des Bauherrn für einen nicht unerheblichen Vermögenskomplex – sprich die Bausumme – sorgt, hat er diesbezüglich als Geschäftsführer im Sinne von Art. 158 StGB zu gelten.

Erhält nun der Architekt Retrozessionen von Handwerkern oder Zulieferern, weil sie bei der Arbeitsvergabe berücksichtigt wurden, so gehören diese finanziellen Zuwendungen gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung dem Bauherrn. Verschweigt der Architekt dem Bauherrn vorsätzlich den Erhalt von Retrozessionen, so ist davon auszugehen, dass er den Tatbestand der ungetreuen Geschäftsbesorgung im Sinne von Art. 158 StGB erfüllt. ‹‹



### Porträt



**Dr. Davide Pinelli**

Rechtsanwalt  
Kaufmann Rüedi Rechtsanwälte AG



**Mathias Birrer**

Rechtsanwalt, Partner  
Kaufmann Rüedi Rechtsanwälte AG

Kaufmann Rüedi Rechtsanwälte ist eine national und international tätige Wirtschaftskanzlei, inklusive Notariat, mit Büros in Luzern und Baar (ZG).



### Kontakt

davide.pinelli@krlaw.ch  
mathias.birrer@krlaw.ch  
www.krlaw.ch