



Seite 1

1. Wer kann sich im Zusammenhang mit Retrozessionen strafbar machen?
2. Welche Faktoren haben Einfluss auf die Berechnung der Rückforderungshöhe?

Seite 2

3. Wann und wie verjähren die Ansprüche?
4. Besteht ein Gegenanspruch auf Auslagenersatz?
5. Welche Pflichten bestehen?

## **Retrozessionen: Vorsicht Strafbarkeitsfalle!**

### **Antworten auf 5 die häufigsten Fragen**

Wie der Presse zu entnehmen ist, birgt die sich wandelnde bundesgerichtliche Rechtsprechung im Hinblick auf Retrozessionen für Anlagefonds und Strukturierte Produkte nicht nur Haftungsrisiken, sondern auch erhebliche Strafbarkeitsrisiken für die involvierten Vermögensverwalter, Banken und Pensionskassen.<sup>1</sup> Erfahrungsgemäss lassen sich gangbare Wege zur Vermeidung solcher Risiken herausarbeiten. Der Gang zum Gericht sollte nur dort eine Option sein, wo sich für die Involvierten keine akzeptable Lösung finden lässt. Im Folgenden finden Sie Antworten auf die 5 häufigsten Fragen.

#### **1. Wer kann sich im Zusammenhang mit Retrozessionen strafbar machen?**

Retrozessionen können nicht nur Zivilforderungen begründen, man kann sich auch strafbar machen. Aus ungetreuer Geschäftsbesorgung (Art. 158 StGB) kann sich strafbar machen, wer aufgrund des Gesetzes, eines behördlichen Auftrages oder eines Rechtsgeschäfts damit betraut ist, Vermögen eines andern 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 Strafrahmen beträgt 3 Jahre, bei Bereicherungsabsicht 5 Jahre. Daneben kann der Straftatbestand des Betrugs (Art. 146 StGB) oder der Privatbestechung gemäss Art. 4a UWG erfüllt werden. Strafbar machen können sich grundsätzlich Vermögensverwalter und Bankmitarbeiter aufgrund Ihrer vertraglichen Vermögensbetreuungspflicht bei fehlender Rechenschaft und Nichtherausgabe von Retrozessionen, welche im Zusammenhang mit einem Auftrag gezahlt werden. Aber auch Pensionskassen werden aufgrund der gesetzlichen Vermögensbetreuungspflicht gemäss Art. 51b Abs. 2 BVG bei Nichtrückforderung von Retrozessionen strafbar.

#### **2. Was hat Einfluss auf die Berechnung der Rückforderungshöhe?**

Das auftragsrechtliche Bereicherungsverbot (Art. 400 OR) entspringt römischem Recht. Es besitzt umfassende Wirkung und betrifft grundsätzlich alles, was der Auftragsausführende im Zusammenhang mit dem Auftrag erlangt. Einfluss auf die Höhe des Rückzahlungsanspruchs haben verschiedenste Faktoren, wie die Dauer des Vermögensverwaltungsauftrages, die Frage ob ein Verzicht vorliegt bzw. dieser wirksam ist (weil z.B. ein Verzichtsverbot eingreift), welche Verjährungsfrist greift bzw. ab wann diese zu laufen beginnt, ob eine Verzinsung der Rückforderung geltend gemacht werden kann sowie inwieweit Gegenansprüche wie z.B. auf Entschädigung für Aufwendungen der Banken und Vermögensverwalter geltend gemacht werden können.

<sup>1</sup> Exemplarisch Prof. Dr. Monika Roth (61) mit Lehrstuhl für Compliance und Finanzmarktrecht an der Hochschule Luzern im Luzerner Anzeiger vom 18 Januar 2014 oder Prof. Dr. Martin Schubarth, ehem. Bundesrichter und Bundesgerichtspräsident, in: Jusletter vom 12. Dezember 2012



Seite 1

1. Wer kann sich im Zusammenhang mit Retrozessionen strafbar machen?
2. Welche Faktoren haben Einfluss auf die Berechnung der Rückforderungshöhe?

Seite 2

3. Wann und wie verjähren die Ansprüche?
4. Besteht ein Gegenanspruch auf Auslagenersatz?
5. Welche Pflichten bestehen?

### 3. Wann und wie verjähren die Ansprüche?

Oft umstritten ist der Beginn der Verjährungsfrist, d.h. ob der Verjährungslauf mit Erhalt der Retrozession oder Beendigung des Auftrags startet. Grundsätzlich ist von einer 10-jährigen Verjährungsfrist auszugehen (Art. 127 OR), nur ausnahmsweise kann die Frist von 5 Jahren (Art. 128 OR) in Frage kommen.

### 4. Besteht ein Gegenanspruch auf Auslagenersatz?

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts stehen beauftragten Banken und Vermögensverwaltern für Aufwendungen allerdings ein Gegenanspruch auf Auslagenersatz zu (Art. 402 OR; siehe BFE 138 II 755). Solche Auslagen können z.B. sein Kostenanteil an zentralen Diensten der Bank, Raumkosten für Arbeitsplätze, Einrichtung fondsspezifischer Prozesse, Zeichnung und Verwahrung von Anlagen, Bearbeitung von Zeichnungs- und Rücknahmeverträgen, Pflichten zur Geldwäscheprevention u.a. regulatorisch bedingte Abklärungspflichten. Der Auslagenersatzanspruch kann den Herausgebeanspruch ganz oder zum Teil kompensieren.

### 5. Welche Pflichten bestehen?

Das Thema Rückzahlung von Retrozessionen unterliegt erheblicher rechtlicher Komplexität und Rechtsunsicherheit. Transparenz ex nunc oder rein formale Handlungen wie eine Rückforderung per eingeschriebenen Brief oder ein schriftliche Verweigerung von Rückforderungen reichen alleine angesichts der Komplexität der Materie sowie der Rechtsunsicherheit auf beiden Seiten in den meisten Fällen nicht mehr aus. Es kann sehr hilfreich sein erfahrene Rechtsanwälte mit der Abklärung der Rechtslage und Durchführung angemessener Massnahmen zur Rechtsdurchsetzung bzw. -abwehr zu beauftragen. Auch eine Überprüfung & Bestätigung, dass alle pflichtgemässen Massnahmen ergriffen wurden, kann helfen.

***Sie haben Fragen? – Wir freuen uns auf Ihre Kontaktaufnahme!***