Aktuelle Rechtsfragen im Zusammenhang mit Retrozessionen

Patrick Roth, Patrick Marxer, Daniela Hasler[1]

1. Retrozessionen im Rampenlicht

Während es über Jahrzehnte üblich und akzeptierte Praxis war, dass Banken und externe Vermögens- und Anlageberater Retrozessionen oder andere Zuwendungen ausbezahlt erhalten, gibt es derzeit vermehrt Bestrebungen, solche Zuwendungen gerichtlich herauszuverlangen. Teilweise wird gar der Eindruck erweckt, dies sei eine klare Sache.[2] Geschuldet ist diese Vorgehensweise Entscheidungen der schweizerischen und österreichischen Gerichte, welche bei externen Vermögensverwaltungen unter bestimmten Voraussetzungen einen Herausgabeanspruch angenommen und die Anforderungen an einen Verzicht darauf teilweise hoch angesetzt haben.

Da in Liechtenstein bislang keine höchstgerichtliche Rechtsprechung hierzu existiert, soll die Frage beantwortet werden, ob diese schweizerische und österreichische Rechtsprechung auch für Liechtenstein Anwendung findet und konkret, ob und inwieweit ein Anspruch auf Information über sowie Herausgabe von solchen Zuwendungen besteht und unter welchen Voraussetzungen auf einen solchen Anspruch verzichtet wird bzw. werden kann.

2. Rechtsprechung aus unseren Nachbarländern

2.1 Schweiz

Das schweizerische Bundesgericht[3] hat bereits mit Leitentscheid aus dem Jahre 2006 entschieden, dass Retrozessionen der Ablieferungspflicht gemäss Art 400 Abs 1 chOR[4] unterliegen und diese somit grundsätzlich dem Auftraggeber zustehen würden. Die Ablieferungspflicht betreffe dabei nicht nur diejenigen Vermögenswerte, die der Beauftragte direkt vom Auftraggeber zur Erfüllung des Auftrags erhalte, sondern auch indirekte Vorteile, die dem Beauftragten infolge der Auftragsausführung von Dritten zukämen. Der Beauftragte solle durch den Auftrag – abgesehen von einem allfälligen Honorar – weder gewinnen noch verlieren. Er müsse daher alle Vermögenswerte herausgeben, welche in einem inneren Zusammenhang zur Auftragsausführung stünden. Behalten dürfe er nur, was er lediglich bei Gelegenheit der Auftragsausführung, ohne inneren Zusammenhang mit dem ihm erteilten Auftrag, von Dritten erhalte.[5]

Das BGer hat sich bislang erst mit der Frage der Herausgabepflicht von externen Vermögensverwaltern beschäftigt. Es bejaht bei Vermögensverwaltungsverträgen die Herausgabepflicht lediglich als Konkretisierung der Treuepflicht.[6] Dabei geht es um die Problematik, dass Retrozessionen bei Vermögensverwaltern einen Interessenkonflikt verursachen können. Dieses Problem besteht naturgemäss aber nur bei Vermögensverwaltungsmandanten, bei denen nicht der Bankkunde, sondern der Vermögensverwalter, sei dies nun die Bank selbst oder ein externer Vermögensverwalter, den Entscheid fällt, ob eine bestimmte Anlage getätigt wird oder nicht. Damit unterscheidet sich der Vermögensverwaltungsvertrag aber massgebend von reinen Ausführungsgeschäften oder Anlageberatungsverträgen, wo die Entscheidung, welche Investition getätigt wird, immer der Kunde selbst fällt. Wenn also der Kunde jeweils die Anlageentscheidung trifft bzw. getroffen hat, kann von einem Interessenkonflikt keine Rede sein.

Zwar hat sich das BGer ausdrücklich offen gelassen, wie es sich bei reinen Ausführungsgeschäften und bei Anlageberatungsverträgen verhält.[7] Allerdings führte es aus, dass Vermögensverwaltungsverträge von Execution-Only-Beziehungen und Anlageberatungsverträgen zu unterscheiden seien:

«Die Vermögensverwaltung unterscheidet sich von anderen Vertragsbeziehungen mit einer Bank, wie der reinen Konto-/Depot-Beziehung oder dem Anlageberatungsvertrag [...] dadurch, dass die Bank die auszuführenden Transaktionen im Rahmen der vereinbarten Anlagestrategie selbst bestimmt. Bei ihr besteht eine umfassende Interessenwahrungspflicht des Verwalters gegenüber dem Kunden».[8]

Sämtliche veröffentlichten Entscheidungen des BGer beziehen sich insofern lediglich auf Vermögensverwaltungsverträge und behandeln weder Execution-Only-Beziehungen[9] noch Anlageberatungsverträge.

Bereits im obzitierten Leitentscheid aus dem Jahre 2006 hat das BGer zu den Anforderungen an einen gültigen Verzicht auf Herausgabe von Retrozessionen festgehalten, dass Art 400 chOR kein Verzichtsverbot enthalte und auch keine Gründe erkennbar seien, welche gegen die dispositive Natur der Ablieferungspflicht sprechen würden. Aus diesem Grunde sei grundsätzlich die Gültigkeit einer Vereinbarung zu bejahen, wonach der Auftraggeber auf die Ablieferung bestimmter, auch künftig anfallender Werte verzichten könne. Es bedürfe dabei einer Vereinbarung der Parteien, aus der sich der Wille des informierten Mandanten eindeutig ergebe, auf die Ablieferung der dem Mandatar im Rahmen des Auftrags bezahlten Retrozessionen (ganz oder teilweise) zu verzichten.[10]

---

[1] Dr. Patrick Roth, MLaw Patrick Marxer und MLaw Daniela Hasler sind als Rechtsanwälte bei der Roth+Partner Rechtsanwälte AG in Triesen (www.rothpartner.li) tätig. Die Roth + Partner Rechtsanwälte AG vertritt aktuell Finanzintermediäre in Verfahren im Zusammenhang mit Klagen auf Information über und Herausgabe von Retrozessionen.

[2] Vgl. Grundlehner, «Milliarden an den Bankkunden vorbeigeschleust», in NZZ vom 30.10.2018.

[3] Nachfolgend «BGer».

[4] Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30.03.1911, SR 220.

[5] BGE 132 III 460 E. 4 S. 464, bestätigt mit BGE 137 III 393.

[6] Vgl. BGE 138 III 755 E. 5.3 S. 762; BGE 137 III 393 E. 2.3 S. 397; BGE 132 III 460.

[7] BGer vom 30.10.2012 zu 4A_127/2012 bzw. 4A_141/2012 E. 5.5.

[8] 4A_127/2012 und 4A_141/2012 E. 5.5 mit Verweis auf BGE 119 II 333 E. 5a S. 335 und BGE 133 III 97 E. 7.1 S. 102.

[9] Geschäftsbeziehungen, in denen keine Beratungstätigkeit vertraglich vereinbart ist und in denen der Finanzintermediär, idR die Bank, lediglich die Aufträge des Kunden ausführen.

[10] BGE 132 III 460 E. 4.2 S. 465 f.

Im Jahre 2011 bestätigte das BGer, dass der Auftraggeber auf die Ablieferung bestimmter Werte verzichten kann und präzisierte dabei die Anforderungen an einen gültigen Verzicht auf Herausgabe von Retrozessionen. Dabei sei nicht nur ein nachträglicher Verzicht auf die Herausgabe bereits erlangter Vorteile zulässig, die Parteien könnten grundsätzlich auch vereinbaren, dass der Auftraggeber auf die Ablieferung bestimmter künftig anfallender Werte verzichte. Die Gültigkeit eines solchen Verzichts setze voraus, dass der Auftraggeber über die zu erwartenden Retrozessionen vollständig und wahrheitsgetreu informiert sei, und dass sein Wille, auf deren Ablieferung zu verzichten, aus der Vereinbarung entsprechend deutlich hervorgehe. Damit ein Vorausverzicht auf die Ablieferung gültig sei, müsse der Auftraggeber die Parameter kennen, die zur Berechnung des Gesamtbetrags der Retrozessionen notwendig seien. Eine genaue Bezifferung sei bei einem vorgängigen Verzicht nicht möglich, da sich der Gesamtbetrag des verwalteten Vermögens laufend verändere und die genaue Anzahl bzw. der Umfang der durchzuführenden Transaktionen im Zeitpunkt des Verzichts unbekannt sei. Damit der Kunde den Umfang der zu erwartenden Retrozessionen erfassen und dem vereinbarten Honorar gegenüberstellen könne, müsse er lediglich die Eckwerte der bestehenden Retrozessionsvereinbarungen mit Dritten sowie die Grössenordnung der zu erwartenden Rückvergütungen kennen.[11]

2.2 Österreich

Auch die Judikatur des österreichischen obersten Gerichtshofes[12], welche auf einen allfälligen Herausgabeanspruch Bezug nimmt, beschäftigt sich lediglich mit Vermögensverwaltungsverträgen, nicht jedoch mit Fällen der Anlageberatung, geschweige denn mit blossen Execution-Only-Beziehungen.[13]

Auch der öOGH weist darauf hin, dass ein Interessenskonflikt bei Vermögensverwaltungsverträgen deshalb verstärkt auftrete, weil das Korrektiv einer von Fall zu Fall getroffenen autonomen Entscheidung des Kunden fehle. Der Vermögensverwalter müsse nämlich über einen Entscheidungsspielraum verfügen, der die konkrete Anlageentscheidung für den Kunden umfasse.[14] Dabei nimmt also auch der öOGH eine Unterscheidung zwischen Vermögensverwaltungsverträgen und anderen Verträgen vor. Bei einer Execution-Only-Beziehung bzw. Anlageberatung liegt – anders als bei der Vermögensverwaltung – das geforderte Korrektiv einer von Fall zu Fall getroffenen, autonomen Entscheidung des Kunden, der letztlich selbständig entscheidet, jedenfalls vor.

In derselben Entscheidung hat sich der öOGH zudem mit der Frage, ob die Bestimmung im Vermögensverwaltungsvertrag, wonach *«eine allfällige Retrozession der Bank [...] dem Vermögensverwalter zu[steht]»*, einen generellen oder nur einen einmaligen Verzicht darstellt, befasst. Konkret ging es um einen Vermögensverwaltungsauftrag, wobei der Kunde des betreffenden Vermögensverwalters auf die Herausgabe der Retrozession verzichtet hatte. Unstrittig war dabei allerdings, dass dieser Verzicht rechtswirksam erfolgt ist. Aus dieser Entscheidung kann also geschlossen werden, dass auch der öOGH von einer grundsätzlichen Zulässigkeit eines Verzichts ausgeht.[15]

2.3 Zwischenfazit und Relevanz

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass sich weder das BGer noch der öOGH bislang mit der Herausgabepflicht bei Execution-Only-Beziehungen und Anlageberatungsverträgen befasst haben. Mangels Interessenkollision und aufgrund des gegebenen Korrektivs der vom Kunden getroffenen Anlageentscheidung, müsste die Herausgabepflicht verneint werden. Zudem kann aber in beiden Rechtskreisen auf einen solchen Anspruch, sollte er denn bestehen, verzichtet werden; und zwar auch bei Vermögensverwaltungsverträgen.

Der bisweilen vertretenen Auffassung, dass die Rechtsprechung aus unseren Nachbarländern in Liechtenstein per se Geltung entfalte, muss allerdings deutlich widersprochen werden. Wie noch darzulegen sein wird, kennen im Unterschied zum liechtensteinischen ABGB[16] weder das schweizerische OR noch das österreichische ABGB eine Regelung, welche sich explizit mit den Offenlegungs- und Herausgabepflichten im Zusammenhang mit Retrozessionen beschäftigt.[17]

Bereits aus diesem Grunde ist die in unseren Nachbarländern ergangene Rechtsprechung nicht einschlägig. Die Judikate des BGer sind zudem deswegen nicht relevant, weil diese aus einem anderen Rechtskreis kommen und das liechtensteinische ABGB nicht aus der Schweiz, sondern aus Österreich rezipiert wurde. Die Frage nach Informations- und Herausgabeansprüchen betreffend Retrozessionen muss bei Anwendung des liechtensteinischen Rechts gestützt auf die hier geltenden Normen und damit autonom beantwortet werden.

3. Herausgabeanspruch nach § 1009 ABGB

Die §§ 1002 ff. ABGB sind grundsätzlich auch auf die Geschäftsbeziehungen von Banken, Wertpapierfirmen und Vermögensverwalter mit ihren Kunden anwendbar. Der OGH hat unlängst festgehalten, dass sich eine Vereinbarung über die Eröffnung und Führung eines Kontos bei einer Bank nach den Bestimmungen über den Auftrag nach den §§ 1002 ABGB ff. richtet.[18] Selbiges

---

[11] BGE 137 III 393 E. 2.2 S. 396 mit Verweis auf BGE 132 III 460 E. 4.2. und 4.3 S. 465 f.

[12] Nachfolgend «öOGH».

[13] Vgl. RIS-Justiz RS0123043 und RS0123042.

[14] Vgl. öOGH vom 07.11.2007 zu 6Ob 110/07f, Erw. 4.1 und E. 4.4.3.

[15] Vgl. öOGH vom 07.11.2007 zu 6Ob 110/07f, Erw. 4.5.

[16] Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch vom 01.06.1811 idgF, nachfolgend «ABGB».

[17] Zum österreichischen § 1009 ABGB hält Rubin in Kletečka/Schauer, ABGB-ON, § 1009, Rz 17, überdies zutreffend fest: «Der Beauftragte wird zum einen für Zuwendungen herausgabepflichtig, die er von Dritten ohne Zustimmung des Geschäftsherrn in Hinblick auf seine Stellung als Geschäftsbesorger empfängt, wie etwa Provisionen – so insb. Retrozessionen der Depotbank an den Vermögensverwalter.»

[18] Urteil des OGH vom 06.07.2012 zu 10 CG.2010.50, LES 2012, 162.

hat der OGH auch für Vermögensverwaltungsaufträge bestätigt.[19]

Gemäss § 1009 ABGB ist der Gewalthaber *«verpflichtet, das Geschäft seinem Versprechen und der erhaltenen Vollmacht gemäss, emsig und redlich zu besorgen, und allen aus dem Geschäfte entspringenden Nutzen dem Machtgeber zu überlassen»*. Nach dieser Vorschrift trifft den Gewalthaber also eine Herausgabepflicht hinsichtlich des Vorteils, welchen er aus dem konkreten Geschäft erlangt hat.

Die Herausgabepflicht umfasst dabei (a) das auf Grund der aufgetragenen oder eingeräumten Geschäftsbesorgung Erlangte; (b) das im Rahmen der Geschäftsbesorgung zusätzlich Erlangte; (c) das in Überschreitung des Auftrages Erlangte; (d) die treupflichtwidrig in Empfang genommenen Geschenke oder Schmiergelder; und (e) das dem Geschäftsbesorger zum Zwecke oder in Zusammenhang mit der Geschäftsbesorgung Überlassene herauszugeben. Insgesamt sind von der Herausgabepflicht alle in Durchführung des Auftrages erlangten persönlichen Vorteile erfasst.[20] Gemäss Rechtsprechung bezieht sich die Herausgabepflicht in erster Linie auf die in Durchführung des Auftrages erworbenen Sachen sowie auf die bei Auftragserledigung erlangten Vermögenswerte aller Art.[21]

Mit § 1009a ABGB wurde jedoch ein Ausnahmetatbestand zu § 1009 ABGB eingeführt. Danach sind Retrozessionen oder andere Zuwendungen unabhängig von § 1009 ABGB nicht herauszugeben, wenn die Voraussetzungen von § 1009a ABGB vorliegen. Darauf wird zurückzukommen sein.

Weiter beschränkt ist die grundsätzliche Herausgabepflicht dadurch, dass es sich um einen konkret *«aus dem Geschäfte entspringenden Nutzen»* handeln muss. Dazu gehören nach herrschender Rechtsprechung *«alle in Durchführung des Auftrags erlangten Vorteile: in erster Linie das aufgrund der aufgetragenen Geschäftsbesorgung Erlangte.»*[22] Vorteile, die nur *«bei Gelegenheit des Auftrags»* erlangt wurden und für deren Erzielung der Gewalthaber eigene Mittel eingesetzt hat, braucht er auch nicht herauszugeben.[23] Zuwendungen, welche ein Finanzintermediär nicht konkret aufgrund des für einen Kunden ausgeführten Geschäfts, sondern aufgrund einer jahrelang gepflegten und intensiven Geschäftsbeziehung oder aufgrund von einem entsprechenden Gesamtvolumen seiner Kunden erhält, sind daher nicht als *«aus dem Geschäfte entspringend»* iSv § 1009 ABGB zu qualifizieren.

4. Informationsanspruch nach § 1012 ABGB

Neben dem Herausgabeanspruch von § 1009 ABGB trifft den Gewalthaber auch die in § 1012 ABGB statuierte Rechnungslegungspflicht. Dabei handelt es sich um eine selbständige, zu den übrigen Pflichten im Zusammenhang mit der Geschäftsbesorgung (Geschäftsbesorgungspflicht, Treuepflicht, Gehorsamspflicht und Herausgabepflicht) hinzutretende Pflicht des Gewalthabers.[24] Selbstverständlich können Machtgeber und Gewalthaber auch diesbezüglich etwas Besonderes vereinbaren, namentlich diese Pflicht (zeitlich) beschränken oder darauf ganz verzichten; und zwar all dies auch konkludent.[25]

Für Banken, Wertpapierfirmen und Vermögensverwaltungsgesellschaften als Gewalthaber gilt es jedoch zu beachten, dass mit dem § 1009a ABGB die Offenlegungs- und damit Informations- bzw. Rechnungslegungspflichten spezifisch geregelt wurden.

5. Verzicht nach § 1009a ABGB

5.1 Die gesetzliche Regelung

Die Europäische Union hat im Jahre 2004 zur Schaffung eines einheitlichen europäischen Rechtsrahmens für die Erbringung von Wertpapierdienstleistungen die Richtlinie über Märkte für Finanzinstrumente zwecks Verbesserung der Transparenz, Effizienz, Sicherheit und Fairness im Bereich der Wertpapierdienstleistungen erlassen[26]. Diese Richtlinie hatte u.a. zum Ziel, den Anlegerschutz bei der Inanspruchnahme von Wertpapierhäusern, insbesondere bei der Anlageberatung, zu verbessern. Dies umfasste neue Anforderungen im Bereich der Organisation (v.a. Management von Interessenskonflikten), der Wohlverhaltensregeln (v.a. Informationspflichten wie die Vorhandels- und Nachhandelstransparenz sowie Geeignetheitsprüfung von Wertpapiergeschäften für Kunden) und der Pflicht zur bestmöglichen Ausführung von Kundenaufträgen (Best Execution).

Im Zuge der Umsetzung von MiFID I erliess der liechtensteinische Gesetzgeber auch erstmals konkrete Vorschriften im Zusammenhang mit der Information über sowie der Herausgabe von sog. Retrozessionen bzw. von Zuwendungen, welche Finanzintermediäre von Dritten erhalten. Demzufolge wurden mit LGBl. 2007 Nr. 272 (der inzwischen wieder novellierte) § 1009a ABGB und (der noch in Kraft stehende) § 1489a ABGB[27] eingefügt. Die Intention des Gesetzgebers war es, damit die zivilrechtliche Seite aller Bankgeschäfte oder Wertpapierdienstleistungen bzw. Nebendienstleistungen im Sinne der MiFID abschliessend zu regeln.[28] Bei § 1009a ABGB handelt es sich im Verhältnis zu § 1009 ABGB also nicht nur um die jüngere, sondern insbesondere auch um die spezifischere Vorschrift, welche demzufolge § 1009 ABGB auch vorgeht.

§ 1009a ABGB[29] lautete wie folgt:

---

[19] Urteil des OGH vom 01.06.2012 zu 05 CG.2008.406, GE 2012, 121; vgl. auch das Urteil des LG vom 17.01.2005 zu 06 CG.2003.196-37, EP 2005, 114 und das Urteil des öOGH vom 07.11.2007 zu 6 Ob 110/07f.

[20] Apathy in Schwimann/Kodek, ABGB[4], § 1009 Rz 17.

[21] Urteil des OGH vom 09.05.2014 zu 09 CG.2013.235, GE 2015, 66.

[22] Urteil des OGH vom 04.05.2006 zu 03 CG.2004.66, LES 2007, 367, Leitsatz a.

[23] Apathy in Schwimann/Kodek, ABGB[4], § 1009 Rz 17.

[24] Strasser in Rummel, ABGB[3], 1. Band, § 1012 Rz 12.

[25] Strasser in Rummel, ebd., und die dort zitierte Judikatur.

[26] Richtlinie 2004/39/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. April 2004 über Märkte für Finanzinstrumente, zur Änderung der Richtlinien 85/611/EWG und 93/6/EWG des Rates und der Richtlinie 2000/12/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 93/22/EWG des Rates, «Markets in Financial Instruments Directive», nachfolgend «MiFID I».

[27] Vgl. zu dieser Bestimmung unten Ziff. 9.

[28] BuA Nr. 65/2007, S. 116.

[29] IdF LGBl. 2007 Nr. 272.

«1) Handelt es sich beim Gewalthaber um eine Bank, eine Wertpapierfirma oder eine Vermögensverwaltungsgesellschaft, so darf er davon ausgehen, dass der Machtgeber ihm gegenüber auf die Herausgabe allfälliger von Dritten empfangener oder noch zu empfangender Gebühren, Provisionen oder nicht in Geldform angebotener Zuwendungen (Zuwendungen) sowie auf die Geltendmachung zivilrechtlicher Ersatzansprüche in Bezug auf diese Zuwendungen verzichtet hat, sofern:

a) der Gewalthaber vor der Geschäftsbesorgung seinen Offenlegungspflichten korrekt nachgekommen ist; und

b) der Machtgeber nach erfolgter Offenlegung das Geschäft ausführen lässt.

2) Der Gewalthaber ist verpflichtet, den Machtgeber auf die Rechtsfolgen nach Abs 1, z.B. in den Allgemeinen oder anderen vorformulierten Geschäftsbedingungen, hinzuweisen.»

§ 1009a ABGB war mit diesem Inhalt vom 01.11.2007 bis 02.01.2018 in Kraft. Im Zuge der Umsetzung von MiFID II[30] wurde § 1009a ABGB nochmals geändert und traten diese Änderungen am 03.01.2018 in Kraft. Einerseits hat man den gesetzlichen Verzicht dahingehend eingeschränkt, dass er bei unabhängiger Anlageberatung und Portfolioverwaltung nicht mehr zur Anwendung gelangt. Andererseits hat man einen Abs. 3 betreffend *«kleinere nicht-monetäre Vorteile»* hinzugefügt. Nicht geändert wurde insbesondere aber das Prinzip des gesetzlichen Verzichts. Daher ist für die Auslegung des § 1009a ABGB idgF auch der gesetzgeberische Wille bei der Schaffung von § 1009a ABGB idF LGBl. 2007 Nr. 272 von massgeblicher Bedeutung. Die nachfolgenden Ausführungen beziehen sich daher sowohl auf § 1009a ABGB idgF als auch auf dessen Fassung gemäss LGBl 2007 Nr. 272, sofern nicht ausdrücklich etwas Anderes vermerkt ist.

5.2 Persönlicher Geltungsbereich

§ 1009a ABGB gilt einerseits für Banken, Wertpapierfirmen und Vermögensverwaltungsgesellschaften und andererseits für deren Machtgeber, also deren Kunden. Gemäss Art 3 Abs 1 BankG[31] ist eine Bank ein Unternehmen, das gewerbsmässig Geschäfte nach Art 3 Abs 3 BankG betreibt. Art 3 Abs 2 BankG definiert Wertpapierfirmen als Unternehmen, die gewerbsmässig Wertpapierdienstleistungen und Nebendienstleistungen erbringen. Eine Vermögensverwaltungsgesellschaft wird von Art 4 Abs 1 Ziff. 1 VVG[32] definiert als eine Gesellschaft in der Rechtsform nach Art 6 Abs 1 Bst. a VVG, die im Rahmen ihrer üblichen beruflichen oder gewerbsmässigen Tätigkeit die Vermögensverwaltung ausübt.

Keine Geltung hat § 1009a ABGB für andere Finanzintermediäre, wie z.B. für Treuhänder. Historischer Hintergrund ist hier wohl die letztlich durch das Schaffen des VVG vollzogene Trennung des Berufes des Vermögensverwalters vom Beruf des Treuhänders.[33] Ein sachlicher Grund für die Exkludierung insbesondere des Treuhänders vom Geltungsbereich des § 1009a ABGB ist dies freilich nicht. De lege ferenda wäre demnach ernsthaft zu prüfen, den Geltungsbereich von § 1009a ABGB auf Treuhänder und andere Finanzintermediäre zu erstrecken. Die hier vom Gesetzgeber getroffene Unterscheidung ist unseres Erachtens sachlich nicht rechtfertigbar.

Durch die Umsetzung von MiFID II wurde § 1009a ABGB dahingehend angepasst, dass es grundsätzlich nicht mehr zum damit verordneten Verzicht in Fällen der unabhängigen Anlageberatung und Portfolioverwaltung kommt. Ist die Bank, die Wertpapierfirma oder die Vermögensverwaltungsgesellschaft also in diesem Bereich tätig, kann sie auch bei Vorliegen der in § 1009a ABGB beschriebenen Voraussetzungen grundsätzlich nicht mehr von einem Verzicht des Kunden ausgehen. Bei einer Tätigkeit in allen anderen Bereichen, namentlich in Fällen der abhängigen Anlageberatung oder im Falle von blossen Execution-Only-Beziehungen hat der Machtgeber den Verzicht unter den gleichen Voraussetzungen wie vor der Änderung des § 1009a ABGB gegen sich gelten zu lassen.

Eine Anlageberatung gilt dann als unabhängig, wenn die beratende Wertpapierfirma für die Erbringung der Dienstleistung keinerlei finanzielle Vorteile von einer dritten Partei erhält, sie eine ausreichende Zahl von auf dem Markt angebotenen Finanzinstrumenten bewertet und diese Finanzinstrumente nicht in einer engen Verbindung zu der beratenden Wertpapierfirma stehen, wobei sie hinsichtlich ihrer Art und Emittenten beziehungsweise Produktanbieter gestreut sein müssen.[34]

Gemäss der Legaldefinition in Art 4 Abs 1 Ziff. 2 VVG ist die Portfolioverwaltung die Verwaltung von Portfolios auf Einzelkundenbasis mit einem Ermessensspielraum im Rahmen eines Mandats des Kunden, sofern diese Portfolios ein oder mehrere Finanzinstrumente enthalten.

5.3 Sachlicher Geltungsbereich

Der sachliche Geltungsbereich von § 1009a ABGB erstreckt sich einerseits auf Zuwendungen und andererseits auf die Geltendmachung zivilrechtlicher Ersatzansprüche in Bezug auf diese Zuwendungen. Der Gesetzgeber definiert Zuwendungen als *«von Dritten empfangene oder noch zu empfangende Gebühren, Provisionen oder nicht in Geldform angebotene Zuwendungen»*. Die Bestimmung gilt also grundsätzlich für jegliche Art von Zuwendungen, namentlich für sog. Finder's Fees, Bestandkommissionen, Retrozessionen, wie z.B. anteilige Zahlungen auf vereinnahmte Umsatzkommissionen oder Courtagen; und zwar ungeachtet ob diese, was regelmässig der Fall sein dürfte, in Geldform ausbezahlt werden oder nicht.

Umfasst sind aber nicht nur in Zukunft zu empfangende (*«noch zu empfangender»*) Zuwendungen, sondern auch in der Vergangenheit bereits erhaltene Zuwendungen (*«von Dritten empfangene»*). Diese Klarstellung ist insbesondere für die zeitliche Tragweite des Verzichts von Bedeutung.[35]

---

[30] Richtlinie RL 2014/65/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Mai 2014 über Märkte für Finanzinstrumente sowie zur Änderung der RL 2002/92/EG und 2011/61/EU, nachfolgend «MiFID II».

[31] Gesetz vom 21.10.1992 über die Banken und Wertpapierfirmen (Bankengesetz; BankG) idgF, nachfolgend «BankG».

[32] Gesetz vom 25.11.2005 über die Vermögensverwaltung (Vermögensverwaltungsgesetz; VVG) idgF nachfolgend «VVG».

[33] Vgl. zum Ganzen BuA Nr. 84/2005, S. 6.

[34] MiFID II, Erw. 73.

[35] Vgl. dazu nachstehende Ziff. 5.4.5.

5.4 Verzicht

5.4.1 Grundsatz

Nach dem Gesetzeswortlaut von § 1009a ABGB kann der betreffende Finanzintermediär unter den angegebenen Voraussetzungen[36] von einem Verzicht des Machtgebers auf die Herausgabe von Zuwendungen sowie die Geltendmachung zivilrechtlicher Ersatzansprüche in diesem Zusammenhang ausgehen. Unseres Erachtens handelt es sich dabei aber nicht nur um eine (widerlegbare) gesetzliche Vermutung eines Verzichts, sondern um die gesetzliche Anordnung eines Verzichts, sofern die statuierten Voraussetzungen erfüllt sind.

Nach Auffassung des Gesetzgebers entspringt dieser Verzicht gemäss § 1009a Abs 1 ABGB dem Prinzip von Treu und Glauben.[37] Geschützt werden sollte also der betroffene Finanzintermediär in seinem Vertrauen darauf, dass der Kunde (Machtgeber) den Verzicht unter den gegebenen Voraussetzungen geleistet hat. Dieses Schutzziel würde verfehlt, würde dem Machtgeber trotz erfüllter Voraussetzungen für den Verzicht ermöglicht werden, unter Beweis zu stellen, dass er gar nicht verzichtet hat. Aus diesem Grund statuiert § 1009a ABGB auch nicht eine gesetzliche Vermutung eines Verzichts, sondern konkret, dass es unter den dortigen Voraussetzungen zu einem Verzicht gekommen ist, also der Machtgeber den Verzicht gegen sich gelten lassen muss.

5.4.2 Offenlegungspflichten

5.4.2.1 Grundsatz

Damit es zu einem gültigen Verzicht kommt, muss der Gewalthaber zunächst seinen Offenlegungspflichten korrekt nachgekommen sein.[38] Was der Gesetzgeber damit konkret meinte, führte er lediglich bezogen auf die Besorgung von Wertpapiergeschäften aus. Dort sei *«eine Offenlegung der Zuwendungen dann als korrekt zu betrachten, wenn sie den im BankG transponierten MiFID-Vorschriften entspricht»*.[39] Es muss also für Banken und Wertpapierfirmen einerseits und Vermögensverwaltungsgesellschaften andererseits geprüft werden, welche Vorschriften zur Anwendung gelangen, um beurteilen zu können, ob der betreffende Finanzintermediär seinen Offenlegungspflichten korrekt nachgekommen ist.

5.4.2.2 Banken und Wertpapierfirmen

Dem Bankengesetz unterstehen die Banken und Wertpapierfirmen.[40] Art 8h Abs. 3 BankG, welcher im Rahmen der Umsetzung von MiFID I durch LGBl. 2007 Nr. 261 eingefügt wurde, sieht vor, dass Banken oder Wertpapierfirmen die Zuwendungen nach Massgabe der Verordnung, also der Bankenverordnung[41], offen zu legen haben. Zudem hat die Regierung gemäss Art 8h Abs 4 BankG Näheres insbesondere über die Offenlegung von Zuwendungen mit Verordnung zu regeln. In Art 8h Abs 3 BankG hat der Gesetzgeber aber klargestellt, dass diese Offenlegung von Zuwendungen *«in zusammengefasster und inhaltlich allgemeiner Form, z.B. in den Allgemeinen oder anderen vorformulierten Geschäftsbedingungen, erfolgen»* kann. Damit hat der Gesetzgeber nicht nur eine für AGB übliche und auch notwendige allgemeine Form der Offenlegung in Kauf genommen, sondern explizit gesagt, dass diese Art der Offenlegung ausreicht.

Die BankV selbst enthält keine Bestimmung über die Offenlegung von Zuwendungen. Sie verweist in Art 27c Abs 4 BankV auf deren Anhang 7.1. idF LGBl. 2007 Nr. 278 und regelt im Zusammenhang mit der Offenlegung, dass Banken und Wertpapierfirmen *«die Existenz, die Art und [der] Betrag der Zuwendung oder – wenn der Betrag nicht feststellbar ist – die Art und Weise der Berechnung dieses Betrages dem Kunden vor Erbringung der Wertpapier- oder Nebendienstleistung»*[42] offenzulegen haben. Die Frage, in welcher Art und Weise die Offenlegung zu erfolgen hat, beantwortet Anhang 7.1 der BankV widersprüchlich. Einerseits heisst es in Ziff. III Abs. 1 lit. c/aaa die Offenlegung habe *«in umfassender, verständlicher und zutreffender Weise unmissverständlich»* zu erfolgen. Andererseits heisst es dann in Ziff. III Abs. 5 des Anhanges 7.1, dass genau diese Offenlegung *«nach Massgabe von Art. 8h des Bankengesetzes auch in zusammengefasster und inhaltlich allgemeiner Form erfolgen»* könne. Damit wird also die Verpflichtung zur umfassenden, verständlichen und zutreffender Weise unmissverständlich zu erfolgenden Offenlegung erheblich relativiert. Dies ist auch erforderlich, weil Art. 8h Abs. 3 BankG, wie erwähnt, eine Offenlegung in zusammengefasster und inhaltlich allgemeiner Form, namentlich in AGB ausdrücklich für zulässig erklärt. Anhang 7.1 der BankV würde dem BankG widersprechen, wäre darin gemäss dem Wortlaut die Verpflichtung enthalten, in konkreter und nicht in allgemeiner Form offenzulegen. Mit Ziff. III Abs. 5 des Anhanges 7.1 der BankV unterstreicht der Verordnungsgeber den klaren gesetzgeberischen Willen, die Offenlegung der Zuwendungen in allgemeiner und zusammengefasster Form zuzulassen. Damit wird auch klar, dass die vom BGer entwickelten Kriterien für einen rechtsgültigen Verzicht, namentlich die Grössenordnung der Zuwendung, für den liechtensteinischen Rechtsbereich nicht anwendbar sein können.

Um ihren Offenlegungspflichten Genüge zu tun, müssen Banken und Wertpapierfirmen zumindest in ihren AGB oder anderen vorformulierten Vertragsbedingungen einerseits auf die Existenz der Zuwendungen, also auf die Tatsache hinweisen, dass Zuwendungen gewährt oder angenommen werden.[43] Andererseits müssen sie, wenn der Betrag feststellbar ist, die Art und den Betrag der Zuwendung offenlegen und, falls der Betrag nicht feststellbar ist, die Art und Weise der Berechnung.[44] Regelmässig wird der Betrag im Vorhinein nicht feststehen. Es reicht daher aus, wenn die Bank oder die Wertpapierfirma dem Kunden offenlegt, wie die bezahlten bzw. erhaltenen Zu-

[36] Vgl. nachfolgende Ziff. 5.4.2 und 5.4.3.
[37] BuA Nr. 65/2007, S. 116.
[38] § 1009a Abs. 1 lit. a ABGB.
[39] BuA Nr. 65/2007, ebd.
[40] Art 2 Abs 1 BankG.
[41] Verordnung vom 22.03.1994 über die Banken und Wertpapierfirmen (Bankenverordnung; BankV) idgF, nachfolgend «BankV».
[42] Anhang 7.1 der BankV, Ziff. III Abs 1 lit. c/aa.
[43] «Existenz» gemäss Ziff. III Abs 1 lit. c/aa des Anhanges 7.1 der BankV.
[44] Anhang 7.1 der BankV, Ziff. III Abs 1 lit. c/aa.

wendungen generell berechnet werden. Hierzu bedarf es zunächst der Angabe der Bemessungsgrundlage, also z.B. die dem Kunden belasteten Kommissionen und Gebühren, das verwaltete oder veranlagte Vermögen etwa bei Bestandeszahlungen oder den Emissionspreis etwa bei Vertriebsprovisionen. Schliesslich ist anzugeben, ob es sich, was regelmässig der Fall sein dürfte, um einen prozentualen Anteil der jeweiligen Bemessungsgrundlage oder eine andere Form der Berechnung handelt. Da eine zusammengefasste und allgemeine Form explizit für zulässig erachtet wird, sind die Angabe des Prozentsatzes oder weitere Angaben unseres Erachtens nicht erforderlich. Dies wäre im Rahmen von AGB oder anderen vorformulierten Vertragsbedingungen gar nicht möglich, weil die Prozentsätze vom Einzelfall abhängen und auch je nach Produkt und Produktanbieter unterschiedlich sind. Ebenfalls nicht angegeben werden muss auch eine Grössenordnung der Zuwendungen.

Aufgrund der im Rahmen von MiFID II geänderten Vorschriften sind die Annahme, das Gewähren und die Einbehaltung von Zuwendungen bei unabhängiger Anlageberatung und Portfolioverwaltung nur noch unter sehr eingeschränkten Voraussetzungen zulässig. Darauf und auf die damit zusammenhängende Offenlegung wird zurückzukommen sein.[45] Hinsichtlich der abhängigen Anlageberatung und Execution-Only-Beziehungen haben sich die Offenlegungspflichten durch die Umsetzung von MiFID II nicht geändert.

5.4.2.3 Vermögensverwaltungsgesellschaften

Bereits bei Einführung des VVG[46] wurde in Art 16 VVG festgelegt, dass Kunden und potenziellen Kunden in verständlicher Form angemessene Informationen über die Vermögensverwaltungsgesellschaft und ihre Dienstleistungen, vorgeschlagene Anlagestrategien und Finanzinstrumente und die Kosten zur Verfügung zu stellen sind. Die Informationen nach Abs 1 sollen gemäss Abs 2 *«sicherstellen, dass Kunden und potenzielle Kunden nach vernünftigem Ermessen die genaue Art und die Risiken der Dienstleistungen und des speziellen Typs von Finanzinstrument, der ihnen angeboten wird, verstehen können und somit auf informierter Grundlage Anlageentscheidungen treffen können. Die Informationen nach Abs 1 Bst. a und c können in standardisierter Form zur Verfügung gestellt werden»*.

Die Offenlegung von Zuwendungen wurde erst im Jahre 2007 mit Umsetzung von MiFID I geregelt, indem Art 20 Abs 4 VVG eingeführt wurde. Dieser legt fest, dass Vermögensverwaltungsgesellschaften die Zuwendungen nach Massgabe der Verordnung offen zu legen haben und sie wie im Fall der Banken und Wertpapierfirmen, *«in zusammengefasster und inhaltlich allgemeiner Form, z.B. in den Allgemeinen oder anderen vorformulierten Geschäftsbedingungen, erfolgen»* können. Vermögensverwaltungsgesellschaften sind allerdings explizit verpflichtet, *«weitere Einzelheiten offen zu legen, sofern dies vom Kunden verlangt wird»*.[47]

Die Verordnung zum VVG[48] sieht wiederum vor, dass die Vermögensverwaltungsgesellschaften *«mit ihren Kunden schriftliche Vereinbarungen über die jeweiligen Rechte und Pflichten sowie sonstigen Bedingungen (Vermögensverwaltungsverträge)»* abzuschliessen haben; wobei Vermögensverwaltungsverträge insbesondere die Entschädigung der Vermögensverwaltungsgesellschaft und die Behandlung von Retrozessionen enthalten.[49] Mit Einführung von Art 12b VVO idF LGBl. 2007 Nr. 280 wurden bezüglich Zuwendungen die Vorschriften des Anhangs 7.1 der BankV für sinngemäss anwendbar erklärt.

Insofern kann auf das zu den Banken Gesagte verwiesen werden. Entsprechend konnte auch ein Vermögensverwalter bis 02.01.2018 den Offenlegungspflichten gemäss MiFID I in den AGB und damit, wie es sowohl im VVG und in der VVO als auch im Anhang 7.1 BankV, Ziff. 3 Abs 1 lit. c/aa ausdrücklich heisst *«in zusammengefasster und inhaltlich allgemeiner Form»*, nachkommen. Zu beachten galt diesbezüglich jedoch Art 20 Abs 4 VVG, wonach der Vermögensverwalter grundsätzlich verpflichtet war, weitere Einzelheiten offen zu legen, sofern dies vom Kunden verlangt wurde.

Die Offenlegung von Zuwendungen, die dem Vermögensverwalter nicht im Zusammenhang mit Portfolioverwaltung oder unabhängiger Anlageberatung zugekommen sind, sondern im Rahmen von abhängiger Anlageberatung und Execution-Only-Beziehungen dürfen sowohl vor als auch nach der Änderung von § 1009a ABGB in allgemeiner Form erfolgen. Für diese Art der Mandatierung von Vermögensverwaltern gilt das zu den Banken Gesagte, wobei dies in Anhang 2 Ziff. III lit. A VVO geregelt ist. In der Praxis wird die Offenlegung solcher Zuwendungen die Vermögensverwalter jedoch nur noch in geringem Ausmasse betreffen, da sie vor allem Portfolioverwaltung oder unabhängige Anlageberatung für ihre Kunden erbringen. Wie angemerkt, kann der Gewalthaber seit der Umsetzung von MiFID II am 03.01.2018 bei unabhängiger Anlageberatung und Portfolioverwaltung grundsätzlich nicht mehr von einem Verzicht des Kunden auf einbehaltene Zuwendungen ausgehen. Hierauf wird weiter unten einzugehen sein.[50]

5.4.2.4 Zeitpunkt der Offenlegung

Der Gesetzgeber verlangt auch, dass der Offenlegungspflicht *«vor der Geschäftsbesorgung»* nachgekommen wurde. Damit wird aber lediglich klargestellt, dass der Verzicht nur geleistet wird, wenn der Machtgeber nach der Offenlegung das Geschäft ausführen lässt.[51]

5.4.2.5 Beschränkung des Informationsanspruchs

Wie bereits dargelegt, kann der Informationsanspruch gemäss § 1012 ABGB nicht nur zeitlich beschränkt werden, sondern kann der Machtgeber auch ganz darauf verzichten; und zwar auch konkludent.[52] Da § 1009a

[45] Vgl. nachfolgende Ziff. 6.
[46] LGBl. 2005, Nr. 278.
[47] Art 20 Abs 4 Satz 2 VVG idF LGBl. 2007 Nr. 267.
[48] Verordnung vom 20. Dezember 2005 zum Gesetz über die Vermögensverwaltung (Vermögensverwaltungsverordnung; VVO) idgF.
[49] Art 11 VVO Abs 1 iVm Abs 2 lit. h idF LGBl. 2005 Nr. 289.
[50] Vgl. nachfolgende Ziff. 6.
[51] Zur zeitlichen Tragweite des Verzichts vgl. Ziff. 4.4.5.
[52] Vgl. obige Ziff. 4.

ABGB nicht nur eine Konkretisierung zu § 1009 ABGB darstellt, sondern damit auch die Offenlegungspflichten des Gewalthabers und damit die Informationsrechte des Machtgebers konkretisiert werden, können die Informationsrechte des Machtgebers jedenfalls in gleicher Weise beschränkt werden. Da den Offenlegungspflichten in allgemeiner Form, namentlich in den AGB, nachgekommen werden kann, muss dies auch für die Beschränkung der diesbezüglichen Rechte des Machtgebers gelten. Aus diesem Grund ist es auch zulässig, den Informationsanspruch des Machtgebers in den AGB zeitlich zu beschränken, wie dies von verschiedenen Banken durch eine Beschränkung des Informationsanspruches auf die dem Informationsansuchen vorausgehenden 12 Monate getan wird.

5.4.3 Ausführen lassen des Geschäfts

Zweite Voraussetzung, damit der Machtgeber einen Verzicht gegen sich gelten lassen muss, ist die Tatsache, dass er das Geschäft nach erfolgter Offenlegung *«ausführen lässt»*.[53] Mit der Wendung *«das Geschäft ausführen lässt»* ist gemäss den Materialien *«der Bezug der entsprechenden Dienstleistung gemeint»*.[54] Weiter konkretisiert der Gesetzgeber: *«Für die Frage, was als «Bezug» der entsprechenden Dienstleistung anzusehen ist, soll den Eigenheiten der einzelnen Geschäftsarten Rechnung getragen werden, indem auf den Zeitpunkt des tatsächlichen Geschäftsabschlusses abgestellt wird, d.h. bei Execution Only- bzw. Anlageberatungs- und Wertpapierhandelsgeschäften die Erbringung des entsprechenden Wertpapiergeschäfts und bei Portfolio-Verwaltungsgeschäften die Unterzeichnung der entsprechenden Vermögensverwaltungsvereinbarung (bankinterne Vermögensverwaltung) bzw. –vollmacht (bankexterne Vermögensverwaltung)»*.[55]

Unseres Erachtens ist die Wendung *«das Geschäft ausführen lassen»* weit zu verstehen. Der Machtgeber lässt das Geschäft immer dann im Sinne der zitierten Bestimmung ausführen, wenn er die Geschäftsbeziehung trotz Offenlegung weiterführt, ohne das Thema der Zuwendungen überhaupt anzusprechen.

5.4.4 Hinweis auf Rechtsfolge

Die dritte und letzte Voraussetzung, damit der Machtgeber einen Verzicht gegen sich gelten lassen muss, besteht darin, dass der Finanzintermediär auf diese Rechtsfolge, also auf den Verzicht, hingewiesen hat.[56] Interessanterweise wurde es dabei vom Gesetzgeber für ausdrücklich zulässig erklärt, dass der Hinweis auf diese Rechtsfolge in den Allgemeinen oder anderen vorformulierten Geschäftsbedingungen, also z.B. in AGB erfolgen kann. An diesen Hinweis sind also keine hohen Anforderungen zu stellen. Es reicht z.B. ein Hinweis in den AGB des Finanzintermediärs, dass der Kunde auf Ansprüche im Zusammenhang mit solchen Zuwendungen verzichtet, wenn er die Geschäftsbeziehung einfach weiterführt. Auch der blosse Hinweis auf § 1009a ABGB dürfte genügen.

[53] § 1009a Abs. 1 lit. b ABGB.
[54] BuA Nr. 65/2007, S. 117.
[55] BuA Nr. 65/2007, S. 117.
[56] § 1009a Abs. 2 ABGB.

5.4.5 Tragweite des Verzichts

Klar ist, dass der Machtgeber auf seine Ansprüche im Zusammenhang mit nach der Offenlegung durchgeführter Geschäfte verzichtet hat, also insbesondere auf die Herausgabe von Zuwendungen, die der Finanzintermediär im Zusammenhang eines nach der Offenlegung ausgeführten Geschäfts erhalten hat. Will der Machtgeber diesen Verzicht nicht weiterhin gegen sich gelten lassen, darf er in Zukunft das betreffende Geschäft nicht einfach ausführen lassen, sondern muss er zuerst mit dem Finanzintermediär das Thema der Zuwendungen regeln. Lässt er ohne konkrete Regelung das Geschäft ausführen, hat er weiterhin einen Verzicht geleistet.

Der Verzicht bezieht sich aber nicht nur auf Zuwendungen, welche der Finanzintermediär nach der Offenlegung erhält, sondern nach dem ausdrücklichen Gesetzeswortlaut auch auf bereits empfangene Zuwendungen. Wenn der Gewalthaber korrekt offenlegt, dass er bisher und auch in Zukunft Zuwendungen erhält und der Machtgeber das Geschäft (weiterhin) ausführen lässt, hat er auch auf Zuwendungen, welche der Gewalthaber in der Vergangenheit erhalten hat, verzichtet. Nur bei dieser Auslegung macht es Sinn, dass in § 1009a Abs. 1 ABGB nicht nur von *«noch zu empfangender»*, also in Zukunft bezahlten, sondern auch von *«empfangener»*, also in der Vergangenheit bereits bezahlten, Zuwendungen die Rede ist. Dem steht auch die Verpflichtung zur Offenlegung vor der Ausführung des Geschäfts nicht entgegen, weil der Verzicht durch das spätere Ausführen lassen des Geschäfts geleitet wird.

Der Gesetzgeber geht selbst von einem umfassenden Verzicht, konkret von einem Verzicht *«auf jegliches Herausverlangen oder Einziehen oder Erstreiten der Zuwendungen, die der Gewalthaber von dritter Seite empfängt»*[57] aus. Der Verzicht soll also im Sinne einer Rechtssicherheit umfassend gelten.

Nach dem Gesetzeswortlaut von § 1009a ABGB sind lediglich Herausgabe- und Ersatzansprüche, nicht jedoch Informationsansprüche vom Verzicht umfasst. Unseres Erachtens fehlt es jedoch an einem Rechtsschutzinteresse hinsichtlich Informationen über Zuwendungen, auf deren Herausgabe der Machtgeber verzichtet hat.

6. Unzulässigkeit von Zuwendungen seit MiFID II

MiFID II hat nicht nur den persönlichen Geltungsbereich von § 1009a ABGB massgebend eingeschränkt, sondern werden durch deren Umsetzung auch das Annehmen und Einbehalten von Zuwendungen im Falle der unabhängigen Anlageberatung und Portfolioverwaltung grundsätzlich für unzulässig erklärt.[58] Finanzintermediäre, die im Bereich der unabhängigen Anlageberatung oder Portfolioverwaltung tätig sind, haben folglich im Zusammenhang mit dieser erhaltene Zuwendungen grundsätzlich an ihre Kunden herauszugeben.[59] Dies gilt

[57] BuA Nr. 65/2007, S. 116.
[58] Für die unabhängige Anlageberatung vgl. Art. 8c Abs. 7 lit. b BankG und Art. 16 Abs. 4 lit. b VVG und für die Portfolioverwaltung Art. 8h und Anhang 7.1 BankV sowie Art. 16 Abs. 5 VVG; BuA Nr. 72/2017, S. 215.
[59] Anhang 2 Ziff. III Bst. B Abs 1 lit. a VVO, Anhang 7.1 Ziff. III Bst. B Abs 1 lit. a BankV; BuA Nr. 72/2017, S. 215.

seit dem Inkrafttreten der in Umsetzung von MiFID II erlassenen Bestimmungen am 03.01.2018, also konkret für Zuwendungen, welche ab diesem Zeitpunkt bezahlt oder vereinnahmt werden.

Der mit 03.01.2018 eingeführte Abs 3 von § 1009a ABGB sieht jedoch vor, dass unabhängig von der Art der Mandatierung des Finanzintermediärs kleinere nicht-monetäre Vorteile, welche die Servicequalität für den Kunden verbessern können und die von ihrem Umfang und ihrer Art her nicht vermuten lassen, dass sie die Einhaltung der Pflicht der Bank, Wertpapierfirma oder Vermögensverwaltungsgesellschaft, im bestmöglichen Interesse ihrer Kunden zu handeln, beeinträchtigen, vom Gewalthaber bzw. Finanzintermediär jedenfalls einbehalten werden dürfen, sofern sie gegenüber dem Kunden unmissverständlich offengelegt wurden. Diese Bestimmung wird in Anhang 2 Ziff. III B VVO dahingehend konkretisiert, dass nur nicht-monetäre Vorteile angenommen werden dürfen, die geringfügig sind, wobei diese verhältnismässig sein müssen und sich in einer Grössenordnung bewegen müssen, die es unwahrscheinlich macht, dass sie das Verhalten der Vermögensverwaltungsgesellschaft in einer Weise beeinflussen, die den Interessen des betreffenden Kunden abträglich ist. Zudem müssen sie offengelegt werden, bevor die betreffenden Wertpapier- oder Nebendienstleistungen für die Kunden erbracht werden, wobei sie generisch beschrieben werden können. Dies gilt ebenfalls für Banken und Wertpapierfirmen.[60]

Art 16 Abs 6 VVG[61] statuiert für Vermögensverwalter überdies eine weitere Ausnahme. Dieser sieht vor, dass Provisionen oder Vorteile von Vermögensverwaltern einbehalten werden dürfen, wenn sie dazu bestimmt sind, die Qualität der jeweiligen Dienstleistung für den Kunden zu verbessern und nicht die Erfüllung der Pflicht der Vermögensverwaltungsgesellschaft beeinträchtigt, im bestmöglichen Interesse der Kunden zu handeln. Für diesen Fall sieht Art 16 Abs 7 VVG zwar einerseits vor, dass diese einbehaltenen Zuwendungen in *«umfassender, zutreffender und verständlicher Weise unmissverständlich offengelegt werden»* müssen und die Vermögensverwaltungsgesellschaft den Kunden *«Gegebenenfalls [...] über den Mechanismus für die Weitergabe der Gebühren, Provisionen und monetären oder nicht-monetären Vorteile an den Kunden zu unterrichten»* hat, *«die sie im Zusammenhang mit der Erbringung der Wertpapierdienstleistung und Nebendienstleistung eingenommen hat.»* In widersprüchlicher Weise sieht Abs 7 leg. cit. jedoch ebenfalls vor, dass die Offenlegung von Zuwendungen in zusammengefasster und inhaltlich allgemeiner Form erfolgen kann.

Mit der Umsetzung von MIFID II wurde auch Art 12b VVO abgeändert. Gemäss diesem ist hinsichtlich Zuwendungen der neu eingefügte Anhang 2 der Verordnung zu berücksichtigen. Anhang 2 Ziff. III B VVO sieht wiederum vor, dass von Vermögensverwaltungsgesellschaften, die unabhängige Anlageberatung oder Portfolioverwaltung erbringen *«jegliche Gebühren, Zuwendungen oder andere monetäre Vorteile, die im Zusammenhang mit den Dienstleistungen, die für einen Kunden erbracht werden, von einem Dritten oder einer im Auftrag eines Dritten handelnden Person gezahlt oder gewährt werden, nach Erhalt so schnell wie nach vernünftigem Ermessen möglich an den Kunden zurückgeben müssen. Sämtliche Gebühren, Zuwendungen oder monetären Vorteile, die im Zusammenhang mit der Erbringung von unabhängiger Anlageberatung und Portfolioverwaltung von Dritten entgegengenommen werden, müssen in vollem Umfang an den Kunden weitergegeben werden.»* Zudem müssen sie *«ihre Kunden über die an sie weitergegebenen Gebühren, Zuwendungen oder anderen monetären Vorteile, beispielsweise im Rahmen ihrer regelmässigen Berichte an den Kunden»* informieren. Dasselbe gilt für Banken und Wertpapierfirmen, wobei dies in Anhang 7.1 Ziff. III BankV geregelt wird.

7. Gegenansprüche des Finanzintermediärs

Besteht eine Herausgabepflicht und wurde darauf nicht wirksam verzichtet, muss im Einzelfall geprüft werden, ob das Honorar des Finanzintermediärs, also namentlich die Bankgebühren oder das Vermögensverwaltungshonorar, tiefer waren als üblich, weil man zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bzw. der Einigung auf das Honorar davon ausgegangen ist, dass der Kunde mit dem Einbehalten der Zuwendungen durch den Finanzintermediär einverstanden ist. Dies kann etwa dann der Fall sein, wenn ein vom Kunden erklärter Verzicht, aus welchen Gründen auch immer, später für unwirksam erklärt wird, der Finanzintermediär sein Honorar jedoch in der Annahme, er erhalte zusätzlich zum Honorar noch Zuwendungen von Dritten, tiefer angesetzt hat. Ist dies der Fall, so ist der Kunde durch die Herausgabe der Zuwendungen ungerechtfertigt bereichert, und zwar in jenem Umfang, in dem das Honorar aufgrund des Wegfalls der Zuwendungen höher gewesen wäre. Dieser Anspruch kann dem Herausgabeanspruch aufrechnungsweise entgegengehalten werden. Da diese Ansprüche verrechnet werden können, ist folglich nur ein allfällig sich ergebender Saldo zugunsten des Kunden herauszugeben.[62]

8. Verjährung

Unabhängig von der Frage des Verzichts stellt sich die Frage, wann ein allfälliger Herausgabeanspruch im Zusammenhang mit Zuwendungen verjährt. Diese Frage ist vor allem deshalb von zentraler Bedeutung, weil die allgemeine Verjährungszeit im liechtensteinischen Schuldrecht 30 Jahre beträgt.[63] Von diesem Grundsatz gibt es aber zahlreiche Ausnahmen, also Bestimmungen, welche eine wesentlich kürzere, nämlich eine drei- oder fünfjährige Verjährungsfrist, vorsehen.[64] Der Katalog an Ausnahmebestimmungen wurde im Zuge der Umsetzung von MiFID I durch § 1489a ABGB erweitert.

§ 1489a ABGB sieht vor, dass jede Entschädigungsklage im Zusammenhang mit der Besorgung von Finanzdienstleistungsgeschäften eines von der FMA bewilligten

[60] Anhang 7.1 Ziff. III BankV idF 2017 Nr. 431.

[61] IdF LGBl. 2017 Nr. 398.

[62] Strasser in Rummel, ABGB³, 1. Band, § 1009 Rz. 23; Rubin in Kletečka/Schauer, ABGB-ON, § 1009, Rz 60.

[63] § 1478 ABGB.

[64] Vgl. § 1480 und §§ 1486 ff. ABGB.

Finanzintermediärs[65] in drei Jahren von der Zeit an, zu welcher der Schade und die Person des Beschädigers oder Ersatzpflichtigen dem Beschädigten bekannt wurde, jedenfalls jedoch in zehn Jahren ab dem Zeitpunkt, in welchem das Geschäft besorgt worden ist, verjährt.

Diese Bestimmung wurde mit der Begründung eingeführt, dass die Verjährungsfrist von 30 Jahren im heutigen Informationszeitalter zu lang sei. Einerseits sei mit der Umsetzung von MiFID I insbesondere bei Wertpapierdienstleistungen und Nebendienstleistungen über Verlangen Rechenschaft seitens des Finanzintermediärs gegenüber seinem Kunden geschuldet. Andererseits gelte für Banken und für Wertpapierfirmen eine allgemeine Pflicht zur Aufbewahrung von Geschäftsbüchern, Buchungsbelegen und Geschäftskorrespondenz von zehn Jahren (vgl. § 1059 PGR). Würde eine Klage nach Ablauf dieser zehn Jahre anhängig gemacht werden, wäre die diesbezügliche Gegenbeweisführung erheblich erschwert bzw. gänzlich verunmöglicht. Dieser unsicheren Situation wollte man durch die Reduktion der absoluten Verjährungsfrist auf zehn Jahre entgegenwirken.[66]

Zwar handelt es sich bei der Geltendmachung zivilrechtlicher Ersatzansprüche im Zusammenhang mit dem Herausgabeverzicht bzw. -anspruch gemäss § 1009a ABGB um keine Entschädigungsklage bzw. Schadenersatzansprüche im eigentlichen Sinne. Allerdings lässt sich den Gesetzesmaterialen die Absicht des Gesetzgebers entnehmen, gleichzeitig mit der Umsetzung von MiFID I auch die Verjährungsfristen praxisnah anzupassen; und zwar nur für Ansprüche gegen von der FMA bewilligte Finanzintermediäre, also diejenigen, welche von MiFID betroffen sind.[67] Es stellt sich daher die Frage, ob § 1489a ABGB nur auf Entschädigungsklagen im eigentlichen Sinne und damit nicht auf Herausgabeansprüche gemäss § 1009a ABGB anwendbar ist oder ob diesbezüglich eine Gesetzeslücke vorliegt, die dahingehend zu füllen ist, dass auch Herausgabeansprüche gemäss § 1009a ABGB gemäss § 1489a ABGB verjähren.

Einerseits ist zwischen Gesetzeslücken und qualifiziertem Schweigen zu unterscheiden. Eine Gesetzeslücke liegt vor, wenn die gesetzliche Regelung keine Antwort auf die sich stellende Rechtsfrage gibt.[68] Qualifiziertes Schweigen liegt vor wenn der Gesetzgeber etwas absichtlich nicht geregelt bzw. weggelassen hat. Aus diesem Grunde darf das qualifizierte Schweigen nicht übergangen werden.[69]

Zu unterscheiden ist sodann zwischen echten und unechten Gesetzeslücken. Eine echte («logische») Gesetzeslücke liegt vor wenn sich eine ausdrücklich gegebene gesetzliche Bestimmung als ohne Ergänzung gar nicht anwendbar erweist bzw. offensichtlich unvollständig ist.[70] Oder vereinfacht gesagt, wenn das Gesetz die notwendige Frage für seine Anwendung nicht beantwortet. Eine unechte Gesetzeslücke liegt vor, wenn zwar eine abschliessende Antwort gegeben wird, diese aber als sachlich unhaltbar angesehen werden muss. Bei der unechten Lücke käme es zu einer unhaltbaren Entscheidung, weil der Gesetzgeber den Fall nicht erkannt bzw. bedacht hat.[71] Die planwidrige Gesetzeslücke im Sinne eines gesetzgeberischen Versehens ist anzunehmen, wenn das Gesetz, gemessen an seiner eigenen Absicht und immanenten Teleologie, unvollständig ist und seine Ergänzung nicht einer vom Gesetz gewollten Beschränkung widerspricht.[72] Als Massstab für die Beurteilung der Frage, ob eine unechte Gesetzeslücke vorliegt, ist die gesamte geltende Rechtsordnung, die hinsichtlich des zu beurteilenden Falles eine «planwidrige Unvollständigkeit», d.h. eine nicht gewollte Lücke, erkennen lässt, heranzuziehen und der Wille des historischen Gesetzgebers zu berücksichtigen.[73] Bei einer solchen plandwidrigen Unvollständigkeit fordert die mit Hilfe der Interpretationsregeln ermittelte ratio legis in Verbindung mit dem Gleichheitsgrundsatz die Erstreckung der Rechtsfolgenanordnung (bzw. Werttendenz) einer gesetzlichen Norm auf den gesetzlich nicht unmittelbar geregelten Fall.[74]

Die §§ 6 und 7 ABGB legen die Auslegungskriterien fest, ohne strenge Reihenfolge.[75] Gemäss diesen darf dem Gesetz kein der ursprünglichen Bedeutung der Worte in ihrem Zusammenhang und aus der klaren Absicht des Gesetzgebers widersprechender Sinn zugrunde gelegt werden. Grundsätzlich ist folglich vom Vorrang des Wortlauts auszugehen und auf diesen abzustellen, wenn sich daraus zweifelsfrei die sachlich richtige Lösung ergibt.[76] Wenn aber nach Analyse des Wortlauts Zweifel verbleiben, sind die weiteren Auslegungsmethoden heranzuziehen. Grundsätzlich sind nach neuerer juristischer Methodenlehre die Auslegungsmethoden gleichberechtigt und ist daher ein Methodenpluralismus, also neben den grammatikalischen auch die systematischen, historischen und teleologischen Auslegungselemente zu berücksichtigen.[77] Da die grammatikalische (Wortlaut-)Auslegung folglich nur eine von mehreren Auslegungsmethoden darstellt, kann auch eine Gesetzesauslegung entgegen dem Wortlaut der Gesetzesbestimmung angezeigt sein.[78] Insgesamt soll die Gesetzesauslegung in Anwendung des Methodenpluralismus zu einem sinnvollen Ergebnis in-

[65] Als Finanzdienstleistungsgeschäfte gelten dabei alle Dienstleistungen bzw. Geschäfte, bei denen es um die Annahme, Anlage, Aufbewahrung oder Ausleihung fremder Vermögenswerte sowie um die Mithilfe bei der Annahme, Anlage, Aufbewahrung, Ausleihung oder Übertragung solcher Vermögenswerte geht (z.B. alle Dienstleistungen und Geschäfte gemäss Art 3 Abs 3 und 4 BankG, Art 3 Abs 1 VVG, Art 7 Treuhändergesetz) und die von Personen/Gesellschaften erbracht werden, die über eine Bewilligung der FMA verfügen (BuA 2007/65, S. 117 ff.; BuA 2007/89, S. 34 f.).

[66] BuA 2007/89, S. 34.

[67] BuA 2007/65, ebd.; BuA 2007/89, ebd.; LP 2007, 1159, Traktanden-Nr. 6, 1. Lesung.

[68] Gschnitzer, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 2. Aufl., S. 75.

[69] F. Bydlinski, Methodenlehre 2, S. 568 f; Kodek in Rummel/Lukas[4], § 6 Rz 29.

[70] F. Bydlinski, Methodenlehre 2, S. 473 f.; Posch in Schwimann/Kodek, ABGB[4], § 7 Rz. 4; Schauer in ABGB-ON[1.01], § 7 Rz. 5.

[71] Gschnitzer, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 2. Aufl., S. 77.

[72] Gschnitzer, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 2. Aufl., S. 75; StGH 2017/52, S. 6.

[73] Kodek in Rummel/Lukas, ABGB[4] § 7 Rz. 18.

[74] Vgl. zum Ganzen Kodek in Rummel/Lukas, ABGB[4], § 7 Rz. 21.

[75] Gschnitzer, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 2. Aufl., S. 63.

[76] LES 2017, 66, S. 77; vgl. dazu auch OGH 04 CG.2016.249 Erw. 8.5.1. und LES 2016, 267.

[77] LES 2017, 66, S. 77; StGH 2016/63.

[78] LES 2017, 66, S. 77; StGH 2015/47 Erw 3.6; StGH 2011/181, Erw. 2.2.

nerhalb des Gefüges führen.[79] Aufgabe der Gesetzesauslegung ist es, den wahren Willen des Gesetzgebers und seine vernünftige Verwirklichung nach den Grundsätzen der Gerechtigkeit zu ermitteln.[80]

Im vorliegenden Falle ist unseres Erachtens trotz des Wortlauts von einer planwidrigen Gesetzeslücke im Sinne eines gesetzgeberischen Versehens auszugehen. Der Gesetzgeber beschäftigte sich bei der Umsetzung von MiFID I erstmals konkret mit dem Thema der Retrozessionen. Er entschied sich dabei mit § 1009a ABGB und den weitergehenden Klarstellungen im BankG, der BankV, dem VVG und der VVO bewusst für einen praxisnahen Weg, der den betroffenen Finanzintermediären entgegenkommt und Rechtssicherheit schafft. Aus der gleichzeitigen Einführung des § 1009a ABGB folgt überdies aus der systematischen Auslegung, dass der Gesetzgeber insbesondere auch den Anspruch des Machtgebers auf Herausgabe von Zuwendungen mit § 1489a ABGB erfassen wollte. Der Gesetzgeber hat im Zuge der Umsetzung von MiFID I das ABGB nur wegen der Retrozessionsthematik abgeändert. Würde man § 1489a ABGB nicht auf einen Herausgabeanspruch gemäss § 1009 ABGB anwenden, hätte diese Bestimmung letztlich keinen über § 1489 ABGB hinausreichenden Regelungsgehalt, ausser dass die absolute Verjährungsfrist für Klagen gegen von der FMA bewilligte Finanzintermediäre im Zusammenhang mit der Besorgung von Finanzdienstleistungsgeschäften von dreissig auf zehn Jahre reduziert worden wäre. Hätte der Gesetzgeber nur dies regeln wollen, hätte er § 1489 ABGB entsprechend angepasst. § 1489 ABGB gilt nämlich generell für Entschädigungsansprüche; und zwar auch für solche gegen von der FMA bewilligte Finanzintermediäre im Zusammenhang mit der Besorgung von Finanzdienstleistungsgeschäften. Der Gesetzgeber wollte im Zuge der Umsetzung von MiFID I auch eine praxisnahe Regelung für Herausgabeansprüche gemäss § 1009 ABGB schaffen. Dabei war es offensichtlich der Wille des Gesetzgebers Finanzintermediäre vor solchen Herausgabeansprüchen weitgehend zu schützen. Der Gesetzgeber löste dies einerseits durch § 1009a ABGB und andererseits durch § 1489a ABGB, also durch eine erhebliche Verkürzung der Verjährungsfrist. Demzufolge ist der Herausgabeanspruch gemäss § 1009 ABGB auch unter den Begriff «Entschädigungsanspruch» gemäss § 1489a ABGB zu subsumieren.

Aufgrund der durch den missverständlichen Wortlaut geschaffenen Rechtsunsicherheit wäre eine Klarstellung durch den Gesetzgeber wünschenswert.

9. Fazit

Der liechtensteinische Gesetzgeber hat sich im Unterschied zum schweizerischen und österreichischen nicht nur aufsichtsrechtlich, sondern auch vertragsrechtlich spezifisch mit Retrozessionen auseinandergesetzt und dabei Bestimmungen geschaffen, mit welchen er klar zum Ausdruck brachte, dass Informations- und Herausgabeansprüche im Zusammenhang mit Retrozessionen insbesondere gegen eine Bank, eine Wertpapierfirma oder eine Vermögensverwaltungsgesellschaft, wenn überhaupt, nur beschränkt geltend gemacht werden können. Bis zur Umsetzung von MiFID II ins inländische Recht am 03.01.2018 galt dies unabhängig von der Mandatierungsform für alle Banken, Wertpapierfirmen und Vermögensverwalter.

Zwar bestehen auch nach dem liechtensteinischen Recht grundsätzlich Herausgabe- und Informationsansprüche. Wenn der Gewalthaber diesbezüglich aber seinen Offenlegungspflichten nachkommt und der Machtgeber untätig bleibt, muss Letzterer von Gesetzes wegen einen Verzicht auf seine Ansprüche gegen sich gelten lassen, sofern auf diese Rechtsfolge hingewiesen wird. Die Schwelle für einen solchen Verzicht ist also tief. Seit der Gesetzesänderung mit Inkrafttreten am 03.01.2018 gilt dieser Verzicht jedoch grundsätzlich nur noch für Zuwendungen im Rahmen von nicht-unabhängiger Anlageberatung und sog. Execution-Only-Beziehungen.

Der Gesetzgeber hat mehrfach seinen Willen zum Ausdruck gebracht, Finanzintermediäre, welche von Ansprüchen im Zusammenhang mit Retrozessionen betroffen sein können, zu schützen; und zwar insbesondere dadurch, dass er den betreffenden Finanzintermediären ausdrücklich ermöglichte, dass sie ihren Verpflichtungen in AGB oder anderen vorformulierten Vertragsbedingungen nachkommen können. Diese Finanzintermediärfreundliche Haltung ist unseres Erachtens deswegen zu begrüssen, weil das Verhalten von Kunden, welche jahrelang wussten, dass Retrozessionen bezahlt bzw. einbehalten wurden, rechtsmissbräuchlich wäre, wenn sie nach jahrelanger Untätigkeit Ansprüche im Zusammenhang mit diesen Retrozessionen erheben. Dies gilt dann umso mehr, wenn die Kunden aufgrund der Tatsache, dass Retrozessionen bezahlt wurden, von tiefen Honoraren profitiert haben.

Zu kritisieren ist, dass sich der Geltungsbereich von § 1009a ABGB auf Banken, Wertpapierfirmen und Vermögensverwaltungsgesellschaften beschränkt. Die damit einhergehende Ungleichbehandlung mit anderen Finanzintermediären, namentlich Treuhändern, ist unseres Erachtens sachlich nicht rechtfertigbar.

§ 1489a AGBG ist aufgrund des erkennbaren gesetzgeberischen Willens und der teleologischen Auslegung auch auf Herausgabeansprüche im Zusammenhang mit Retrozessionen anzuwenden. Daher verjähren solche Ansprüche nach Ablauf von 3 Jahren, wobei die absolute Verjährungsfrist 10 Jahre beträgt. De lege ferenda wäre es natürlich wünschenswert, wenn dies vom Gesetzgeber klargestellt werden würde.

Da der liechtensteinische Gesetzgeber spezifische Regelungen geschaffen hat, ist weder die österreichische noch die schweizerische Judikatur in diesem Bereich einschlägig.

---

[79] LES 2017, 66, S. 77; Gschnitzer, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 2. Aufl., S. 63.

[80] LES 2017, 66, S. 77; StGH 2016/63.