



LJZ

LIECHTENSTEINISCHE

JURISTEN-ZEITUNG

Eigentümer, Herausgeber und Verleger: Vereinigung Liechtensteinischer Richter (VLR), Vaduz,
c/o Fürstliches Landgericht, FL-9490 Vaduz, Spaniagasse 1

Heft 4

Dezember 2018

39. Jahrgang

Inhaltsverzeichnis

Abhandlungen:

Ilira Cela: Die Vererbung von GmbH-Geschäftsanteilen	173
Roland Müller/Patrick Bont: Der Compliance Officer im Finanzsektor Bedeutung, Anforderungen, Position und Haftung...	183
Michael Nueber: Die Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche in Liechtenstein Ein Leitfaden für den Praktiker	192
Patrick Roth, Patrick Marxer, Daniela Hasler: Aktuelle Rechtsfragen im Zusammenhang mit Retrozessionen	196
Marc-André Beat Schauwecker: Initial Coin Offering Ein Überblick über die rechtliche Strukturierung in Liechtenstein und der Schweiz	206
Wilhelm Ungerank: Einmal Luxemburg und retour – der lange Weg des Rechtsschutzversicherten zu seinem Recht.....	215
Domenik Vogt: Stakeholderinteressen bei grenzüberschreitenden Fusionen nach liechtensteinischem Recht	218
Mitteilungen	226
Fachliteratur	228

Amtliche

Liechtensteinische Entscheidungssammlung (LES)

Staatsgerichtshof	223
Verwaltungsgerichtshof.....	255
Fürstlicher Oberster Gerichtshof	263
Fürstliches Obergericht	312

Der Compliance Officer im Finanzsektor Bedeutung, Anforderungen, Position und Haftung

Roland Müller/Patrick Bont*

Inhalt

1. Einleitung
 - 1.1 Bedeutung des Compliance Officers
 - 1.1.1 Historisches zu Compliance
 - 1.1.2 Aufgaben und Zuständigkeiten von Compliance
 - 1.1.3 Compliance als Managementsystem
 - 1.1.4 Compliance als Wertesystem und Unternehmenskultur
 - 1.2 Problematische Stellung des Compliance Officers
2. Regulatorische Anforderungen an den Compliance Officer
 - 2.1 Internationale Standard-Setter und Best Practices
 - 2.2 Rechtliche Grundlagen der Compliance im Finanzsektor in Liechtenstein
 - 2.2.1 Allgemeines
 - 2.2.2 Banken und Wertpapierfirmen
 - 2.2.3 Fonds-Verwaltungsgesellschaften
 - 2.2.4 Vermögensverwaltungsgesellschaften
 - 2.2.5 Versicherungen
 - 2.2.6 Treuhandwesen
3. Organisatorische Eingliederung und Anforderungen an den Compliance Officer
 - 3.1 Organisatorische Eingliederung
 - 3.2 Empfehlungen zur Eingliederung des Compliance Officers
 - 3.3 Anforderungen, Aufgaben, Pflichten
 - 3.3.1 Persönliche Anforderungen
 - 3.3.2 Kernaufgaben und Kompetenzen
 - 3.3.3 Pflichten
4. Verantwortlichkeit und Haftung
 - 4.1 Verantwortungsbereich
 - 4.2 Haftung
 - 4.3 Versicherung
5. Zusammenfassung und Empfehlungen

1. Einleitung

1.1 Bedeutung des Compliance Officers

1.1.1 Historisches zu Compliance

In den 1970er Jahren wurde in den USA durch eine Untersuchung der Securities and Exchange Commission (SEC) aufgedeckt, dass mehrere hundert US-Unternehmen in Korruptions- und Bestechungsskandale mit ausländischen Behörden und Regierungen verwickelt waren. Daraufhin wurden von der US-Regierung neue Gesetze wie zum Beispiel der Foreign Corrupt Practices

* Roland Müller, Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt und Notar, Präsident Aufsichtsrat Finanzmarktaufsicht (FMA) Liechtenstein, Universitäten St. Gallen und Bern, Konsulent ME Advocat Rechtsanwälte, Staad/SG; Patrick Bont, lic.iur. HSG, LL.M., EMBA, Mitglied der Geschäftsleitung, Finanzmarktaufsicht (FMA) Liechtenstein. Der Beitrag beruht auf verschiedenen Vorträgen an der Universität Liechtenstein in Zusammenhang mit dem Compliance Officer Zertifikatslehrgang und dem Compliance Day.

Act (FCPA) erlassen und Behörden zu deren Durchsetzung ins Leben gerufen. Die Privatwirtschaft reagierte darauf mit dem Aufbau spezialisierter Teams, welche die Einhaltung der Regulierung durch das Unternehmen sicherstellen sollten.¹

Ein weiterer Korruptionsskandal in der Rüstungsgüterindustrie in den 1980er Jahren führte zu einer vielbeachteten Initiative der Branche selbst (DII – Defense Industry Initiative), welche erstmals Best-Practice-Standards für die beteiligten Unternehmen festlegte.² In den 1990ern schliesslich definierte die US Sentencing Commission in einem Dokument³ (das eigentlich Richtern und Behörden als Orientierungshilfe dienen sollte) Standards, die ein effektives Compliance-Programm erfüllen sollte.

Mit der im Jahr 1989 von den G20 eingesetzten Financial Action Task Force on Money Laundering (FATF)⁴ rückte das Thema Geldwäschereibekämpfung in den Fokus und ist seither ein wesentlicher Bestandteil der Compliance. Die Terroranschläge vom September 2001 führten zu einer Ausweitung des Fokus der FATF von der Geldwäschereibekämpfung zur Bekämpfung der Terrorismusfinanzierung. Die Empfehlungen der FATF wurden in der Folge laufend revidiert und erweitert.⁵ 2014 publizierte die FATF eine wegweisende Richtlinie für Banken mit dem Titel «Guidance for a risk-based approach». Darin wird insbesondere die Implementierung eines Compliance Officer⁶ vorgegeben.

Obwohl die FATF-Richtlinien kein unmittelbar bindendes Recht darstellen, werden sie auf internationaler Ebene als verbindlich anerkannt. Die Weltbank, der Internationale Währungsfonds (IWF) und der Sicherheitsrat der Vereinten Nationen (UNO) haben sie als internationale Standards anerkannt. Weltweit haben sich über 180 Länder zur Übernahme verpflichtet.

Einen regelrechten Boom erlebte Compliance nach der Jahrtausendwende. Ursache dafür waren spektakuläre Wirtschaftsstraftaten⁷, die nicht nur die Strafverfolgungsbehörden, sondern auch die nationalen Gesetzgeber und supranationale Organisationen wie die UNO mobilisierten.

Regelungen wie zum Beispiel der Sarbanes-Oxley Act⁸ verschärften in der Folge die Anforderungen an

grössere Unternehmen, indem sie von ihnen die Einführung von Compliance-Programmen, Verhaltenskodizes, Anti-Fraud-Trainings oder Whistleblowing-Systeme forderten.

Auch die Finanzkrise von 2007/2008 und die darauffolgende Wirtschaftskrise führten zu einer enormen Ausweitung der Regulierung, insbesondere in der Finanzindustrie. Die G20 beschlossen im Jahr 2013 in St. Petersburg und in den darauffolgenden Gipfeltreffen zahlreiche Massnahmen⁹, um die Finanzmärkte, -produkte und -unternehmen global und umfassend zu regulieren.¹⁰ Die Bedeutung von Compliance und damit des Compliance Officers wird infolgedessen auch in Zukunft noch weiter zunehmen.

1.1.2 Aufgaben und Zuständigkeiten von Compliance

Compliance ist definiert als das Einhalten aller bindenden Verpflichtungen einer Organisation. Etwas vereinfacht ausgedrückt, ist Compliance gleichzusetzen mit Gesetzes- und Vertragstreue.¹¹ Das Aufgabengebiet der Compliance-Funktion umfasst in der Regel folgende Themenbereiche¹²:

- Die Regelsetzung: Der Erlass von Weisungen und Richtlinien im Unternehmen ist Aufgabe der Geschäftsleitung. Compliance ist aber üblicherweise in die Erstellung von Regelwerken involviert. Die Aufgabe von Compliance besteht in der Vorbereitung, der Aktualisierung und Abstimmung zwischen Regelwerken. Compliance muss zudem sicherstellen, dass alle relevanten regulatorischen Vorschriften berücksichtigt werden.
- Die Überwachung: Compliance ist zuständig für die Überwachung der Einhaltung sämtlicher relevanter Bestimmungen. Dazu gehören sowohl die gesetzlichen Bestimmungen wie auch die intern erlassenen Richtlinien. Wichtiger Bestandteil der Überwachung ist das regelmässige Reporting der Erkenntnisse an das Management des Unternehmens.
- Die Ausbildung: Compliance bildet Mitarbeiter aus und trägt damit zur Sensibilisierung der Mitarbeiter und zum Aufbau einer Compliance-Kultur im Unternehmen bei.
- Die Beratung: Compliance nimmt auch die Aufgabe eines Beraters wahr. Einerseits werden Mitarbeiter im täglichen Geschäft unterstützt, andererseits berät Compliance die (strategische und operative) Geschäftsleitung. Dies mit dem Ziel, dass die Unternehmensstrategie die relevanten gesetzlichen und regulatorischen Vorschriften berücksichtigt, und dass neue Prozesse, Produkte oder auch die Erschliessung neuer Märkte nicht in einem Widerspruch zu den formulierten Compliance-Zielen stehen.

¹ Müller, Bühr, Maurhofer (2017), S. 54.

² www.dii.org.

³ Federal Sentencing Guidelines Manual der United States Sentencing Commission, abrufbar unter www.ussc.gov.

⁴ www.fatf-gafi.org.

⁵ In der letzten Version sind die FATF Recommendations 2012 abrufbar unter <http://www.fatf-gafi.org/publications/fatfrecommendations/documents/fatf-recommendations.html>.

⁶ Unter «Compliance Officer» wird in diesem Artikel die im Unternehmen verantwortliche Person für Compliance verstanden (Chief Compliance, Head Compliance etc.); zur besseren Lesbarkeit wird im Text jeweils die männliche Form verwendet.

⁷ Bekanntester Fall ist der Bilanzfälschungs-Skandal um das Energie Unternehmen Enron und dessen Wirtschaftsprüfer Arthur Andersen.

⁸ Der sog. Sarbanes-Oxley Act schreibt in den USA börsengehandelten Unternehmen ein internes Kontrollsystem zur Sicherstellung der Qualität der Rechnungslegung vor und soll so das Vertrauen der Anleger in die finanzielle Berichterstattung von Unternehmen stärken.

⁹ Die G20 Leaders Declaration der jährlichen G20 Gipfeltreffen der Regierungs- und Staatschefs sind unter <https://g20.org/en/g20/timeline> abrufbar.

¹⁰ Lötscher, Bont (2014), S. 253.

¹¹ Müller, Bühr, Maurhofer (2017), S. 54.

¹² BCBS (2005), S. 13f. und Roth (2016), S. 202.

1.1.3 Compliance als Managementsystem

Compliance ist als Managementsystem von strategischer Bedeutung zu betrachten. Eine effektive und effiziente Umsetzung der regulatorischen Vorschriften schafft einen hohen Nutzen für das Unternehmen¹³:

- Compliance schafft Vertrauen bei Anspruchsgruppen des Unternehmens.
- Compliance dient der Schadensvermeidung und Haftungsvermeidung. Wirtschaftliche und rechtliche Risiken werden vermindert und die Reputation geschützt.
- Compliance dient der Wertschöpfung durch die verbesserte Reputation, durch den Einfluss auf die Kundenzufriedenheit und auf die Moral der Mitarbeiter.

Als Beispiel für den Nutzen von Compliance kann der Fall eines Direktors der Bank Morgan Stanley aufgeführt werden.¹⁴ Er wurde 2012 in den USA wegen Bestechungszahlungen in Höhe von mehreren Millionen USD im Zusammenhang mit Immobiliengeschäften der Bank in China verurteilt. Trotzdem verzichteten die Behörden darauf, gegen die Bank ein Verfahren einzuleiten. Diese hatte ein internes Kontrollsystem eingerichtet, das nach Ansicht der Behörden eine ausreichende und angemessene Sicherheit gewährte, dass Mitarbeiter der Bank nicht in Bestechungsfälle involviert werden sollten.

Für das Management geht es im Grundsatz um die praktische Frage, auf welche Art und Weise ein Unternehmen, das sich in einem komplexen regulatorischen Umfeld bewegt, erfolgreich geführt werden kann. Compliance ist ein Managementsystem, um diese Komplexität in den Griff zu bekommen.

1.1.4 Compliance als Wertesystem und Unternehmenskultur

Compliance ist im modernen Verständnis auch ein wichtiger Bestandteil der Unternehmenskultur und in diesem Sinne ein Wertesystem. Es ist naheliegend, dass ein Unternehmen die gesellschaftlichen Wertvorstellungen berücksichtigen muss, um im Wettbewerb erfolgreich zu sein.¹⁵ Compliance ist auch immer Bestandteil der gesellschaftlichen Verantwortung eines Unternehmens.¹⁶

Compliance als Bestandteil der Unternehmenskultur heisst, dass alle Führungskräfte und Mitarbeitenden sich über die Compliance-Richtlinien und deren Auswirkung auf die geschäftlichen Tätigkeiten im Klaren sind und die Vorgaben auch leben und umsetzen.¹⁷ Nicht (nur) aus der Motivation, weil Sanktionen zu fürchten sind, sondern weil Compliance (im Sinne der Regelkonformität) das Unternehmen und nicht zuletzt auch die Mitarbeitenden selber schützt. Es muss also ein Bewusstsein

innerhalb des Unternehmens geschaffen werden, dass Compliance langfristig einen Mehrwert generiert.

Der ISO 19600 Compliance Standard fasst dies wie folgt prägnant zusammen: «Die Entwicklung einer Compliance-Kultur erfordert ein aktives, sichtbares, konsistentes und nachhaltiges Bekenntnis des obersten Organs, der obersten Leitung und der Führungskräfte zu einem gemeinsamen, bekannt gegebenen Verhaltensstandard, der in jedem Bereich der Organisation gefordert wird.»¹⁸

1.2 Problematische Stellung des Compliance Officers

Die laufend steigenden Anforderungen aufgrund oben geschilderter Entwicklungen erhöhen den Druck auf die Unternehmen und folglich auch auf Compliance als Funktion und insbesondere auf den Compliance Officer. Das Spannungsverhältnis, in dem der Compliance Officer ohnehin steht, akzentuiert sich durch diese Entwicklungen noch.

Abhängig von der Organisation, der Unternehmenskultur und dem Rückhalt beim Management kann der Compliance Officer als «Geschäftsverhinderer» betrachtet werden, der möglichst isoliert werden soll, oder eben als Berater der Führungsorgane und Beschützer der Unternehmensreputation. Es müssen folglich die Voraussetzungen im Unternehmen geschaffen werden, dass der Compliance Officer er seine Aufgaben wirksam wahrnehmen kann. Zu diesen Voraussetzungen zählen insbesondere:

a) Rapportierung an das strategische Führungsorgan

Der Compliance Officer muss direkt und regelmässig an das strategische Führungsorgan, üblicherweise den Verwaltungsrat, berichten¹⁹. In dringenden Fällen soll dies auch ad-hoc erfolgen können. Die Inhalte der Berichterstattung sind unter anderem Compliance-Risiken, die Wirksamkeit und Leistung des Compliance Management Systems, Fälle und Verfahren, Whistleblowing-Meldungen oder Ergebnisse von Audits.²⁰

b) Umfassender Einblick in Geschäftsvorgänge

Um seine Aufgaben wahrnehmen zu können, benötigt der Compliance Officer umfassende Informationen. Es muss ihm deshalb jederzeit Einblick in alle Geschäftsvorgänge gewährt werden.²¹ Diese Kompetenz ist sinnvollerweise zu formalisieren und durch den Verwaltungsrat und die Geschäftsleitung im internen Weisungswesen festzuhalten. In Fällen, wo aufgrund des Geschäftsmodells zum Beispiel «Chinese Walls» eingerichtet werden müssen, ist dies in der Organisation der Compliance zu berücksichtigen. In grösseren Unternehmen kann eine regelmässige, strukturierte Berichterstattung zum Beispiel der Front-Einheiten an Compliance der Informationsbeschaffung dienen.

¹³ Economiesuisse – Compliance (2014), S. 3ff.

¹⁴ «After considering all the available facts and circumstances, including that Morgan Stanley constructed and maintained a system of internal controls, which provided reasonable assurances that its employees were not bribing government officials, the Department of Justice declined to bring any enforcement action against Morgan Stanley...» Abrufbar unter <https://www.justice.gov/opa/pr/former-morgan-stanley-managing-director-pleads-guilty-role-evading-internal-controls-required>.

¹⁵ Roth (2005), S. 10f.

¹⁶ Roth (2005), S. 13–14.

¹⁷ BCBS (2005), S. 7.

¹⁸ ISO 19600 Ziffer 7.3.2.3 – Compliance Kultur.

¹⁹ In der Finanzmarktregulierung wird eine mindestens jährliche Berichterstattung vorgeschrieben. So z.B. im Bankgesetz, Vermögensverwaltungsgesetz und auch in der Fonds-Gesetzgebung.

²⁰ Müller, Bühr, Maurhofer (2017), S. 58.

²¹ BCBS (2005), S. 12.

c) Fachwissen

Die Beurteilung von Informationen und Geschäftsvorgängen auf Compliance-relevante Fragestellungen hin ist natürlich nur dann möglich, wenn das entsprechende Fachwissen vorhanden ist. Die Voraussetzung für eine effektive und effiziente Umsetzung von Compliance ist folglich das Fachwissen des Compliance Officers. Die Ansprüche an die Erfahrung wie auch an die laufende Ausbildung sind im Stellenbeschrieb und in den entsprechenden unternehmensinternen Reglementen vorzusehen.

d) Klare Erwartungshaltung

Der Compliance Officer sollte nicht nur den Rückhalt beim Management haben, es muss auch eine klare Erwartungshaltung von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung über die Kompetenzen, Aufgaben und Ziele für Compliance geben. Diese besteht im Kern aus der Sicherstellung der Einhaltung der relevanten rechtlichen Vorgaben. Dies bedingt auch das Einschreiten und Verbieten von nicht-konformen Geschäftstätigkeiten, sollten solche identifiziert werden. Je nach Unternehmen sind darüber hinaus weitere, geschäftsspezifische Anforderungen zu definieren.²²

e) Kommunikation und Aussenwirkung

Nicht zu unterschätzen ist die Kommunikation (auch durch das Management) und damit die Aussenwirkung einer effektiven Compliance bzw. eines befähigten Compliance Officer. Dies gilt sowohl unternehmensintern gegenüber anderen Organisationseinheiten wie auch extern gegenüber Behörden, Kunden und anderen Stakeholdern. Wird Compliance als Garant für eine konforme Geschäftsführung wahrgenommen, so hat dies einerseits eine präventive Wirkung gegenüber «unerwünschten» Kunden oder Aktivitäten wie auch eine vertrauensbildende Wirkung bei Behörden und Öffentlichkeit.

Es liegt in der Verantwortung der Unternehmensführung, diese Voraussetzungen zu schaffen und so dem Compliance Officer eine starke Position zu verschaffen. Sind die Voraussetzungen nicht gegeben, besteht die Gefahr, dass Compliance zu einem reinen «Aushängeschild» ohne Wirkung wird.

Der Compliance Officer kann im Unternehmen als echte Unterstützung oder als reines «Aushängeschild» eingesetzt werden. Folgende Statements²³ verdeutlichen dies:

Positives Statement eines Compliance Officers:

«Ich werde bei problematischen Entscheidungen von der Geschäftsleitung vorgängig konsultiert, habe Zugang und Einsicht in alle Unterlagen und kann jederzeit direkt den Verwaltungsrat-Präsidenten kontaktieren. Mein Job ist nicht nur interessant, sondern echt befriedigend!»

Negatives Statement eines Compliance Officers:

«Ich bin zwar im Organigramm aufgeführt und habe einen umfangreichen Stellenbeschrieb, doch ignoriert mich die Geschäftsleitung vollständig. Ich habe Mühe Einsicht in Unterlagen zu erhalten und mit dem Verwal-

tungsrat-Präsidenten konnte ich noch gar nie in Kontakt treten. Derzeit suche ich eine neue Herausforderung in einem anderen Unternehmen!»

2. Regulatorische Anforderungen an den Compliance Officer

2.1 Internationale Standard-Setter und Best Practices

Verschiedene internationale Institutionen haben sich zum Thema Compliance geäußert und Empfehlungen abgegeben. So hat zum Beispiel die Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (OECD) unter anderem das Dokument «Good Practice Guidance on Internal Controls, Ethics, and Compliance»²⁴ publiziert. Es befasst sich mit der Rolle von Compliance bei der Bekämpfung der Korruption. Die Financial Action Task Force (FATF)²⁵ fokussiert mit den FATF Recommendations²⁶ vor allem auf Massnahmen gegen die Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung.

Nichtregierungsorganisationen und Expertengruppen haben darüber hinaus strukturierte Corporate Compliance Standards und Compliance Management Systeme entwickelt und normiert. Zu den bekanntesten dürfte der Compliance Standard 19600 der International Organization for Standardization (ISO)²⁷ gehören. Weitere normierte Standards für Compliance sind beispielsweise²⁸:

- Deutscher IDW Prüfungsstandard 980;
- USSG's 7 Elements of an Effective Compliance Program;
- Transparency International: Business Principles for Countering Bribery;
- UK's 6 Principles for «Adequate Procedures».

Gemeinsam ist allen Standards, dass sie fünf Themenbereiche abdecken, die grob wie folgt beschrieben werden können:²⁹

- Leadership: Das Bekenntnis des Managements auf allen Ebenen zu Compliance.
- Risk Assessment: Jedes Unternehmen muss seine Geschäftsrisiken kennen und regelmässig überprüfen.
- Standards and Controls: Ein Unternehmen benötigt Standards, d.h. Compliance-Richtlinien und ein effektives internes Kontrollsystem.
- Training and Communication: Den Mitarbeitenden müssen Compliance-Ziele und -Anforderungen mitgeteilt werden und sie müssen darin geschult werden.
- Monitoring, Auditing and Response: Ein Monitoring System muss Probleme erkennen und eine Reaktion ermöglichen (zum Beispiel durch Whistleblowing). Es sind regelmässig Überprüfungen vorzusehen. Verstösse sind zu sanktionieren.

Auf der Grundlage solcher Standards können Unternehmen ihre Compliance-Organisation bzw. ihr Compliance Management-System aufbauen. Abweichungen

²⁴ www.oecd.org/daf/anti-bribery/44884389.pdf.

²⁵ <http://www.fatf-gafi.org/>.

²⁶ FATF Recommendations.

²⁷ ISO 19600.

²⁸ Wind (2018), S. 13f.

²⁹ In Anlehnung an McNulty (2011).

²² Economiesuisse – Governance (2014), S. 13.

²³ Persönliche Statements von Teilnehmern des Compliance-Lehrganges an der Universität Liechtenstein 2017.

von diesen Best-Practice-Standards sind natürlich zulässig, allerdings sollten abweichende Massnahmen zumindest gleichwertig bzw. begründbar sein («comply or explain»)³⁰. Die Inhalte der Compliance-relevanten Richtlinien im Unternehmen sind von Faktoren wie der Unternehmensgrösse, dem Geschäftsfeld oder den bedienten Märkten abhängig. Selbstredend sind in der Umsetzung und im Betrieb des Compliance Management-Systems auch die anwendbaren gesetzlichen Grundlagen zu berücksichtigen.

2.2 Rechtliche Grundlagen der Compliance im Finanzsektor in Liechtenstein

2.2.1 Allgemeines

Compliance wird als Funktion im Finanzmarktrecht nicht gesondert geregelt. Die Vorgaben zur Compliance-Funktion sind, je nach Art des Finanzintermediärs, in verschiedenen nationalen Rechtsakten zu finden. Diese beruhen wiederum zum einem grossen Teil auf den europäischen Finanzmarktregularien. Eine Ausnahme ist der Treuhandsektor, der insbesondere Vorgaben im Bereich der Geldwäschereibekämpfung zu berücksichtigen hat, aber nicht europäisch reguliert ist. Im Folgenden wird kurz auf die wesentlichsten nationalen Compliance-Rechtsgrundlagen der wichtigsten Finanzintermediäre unter der Aufsicht der Finanzmarktaufsicht (FMA) Liechtenstein eingegangen.

2.2.2 Banken und Wertpapierfirmen

Banken und Wertpapierfirmen müssen gemäss Bankgesetz (BankG) und Bankverordnung (BankV) eine Compliance-Funktion einrichten (Art 7a BankG i.V.m. 34a BankV). Es ist nach Art 21d Abs 1ff BankV mit Genehmigung der FMA möglich, dass die Compliance-Funktion unter der gleichen Leitung wie die Risikomanagement-Funktion steht. Dies ist insofern erwähnenswert, da der Leiter der Risikomanagement-Funktion gemäss Art 21d Abs 5 BankV eine besondere Stellung innehat. Er kann jederzeit direkt an den Verwaltungsrat gelangen und auch nur von diesem seines Amtes enthoben werden.

Art 31 Abs 2 BankV hält weiter fest, dass die Aufgaben und Kompetenzen der Compliance-Funktion im Geschäftsreglement der Bank festzuhalten sind. Art 34a Abs 1 BankV präzisiert weiter, dass die Compliance-Funktion «die für die Dienstleistungserbringung zuständigen Personen hinsichtlich der Einhaltung der anwendbaren gesetzlichen und reglementarischen Vorschriften unterstützt und überwacht». Die Compliance-Verantwortlichen müssen unabhängig und objektiv arbeiten können, d.h. sie dürfen keine Tätigkeiten ausüben, die sie gleichzeitig überwachen (Art 34a Abs 2 BankV).

Compliance erstattet zudem sowohl der Geschäftsleitung wie auch dem Verwaltungsrat regelmässig Bericht (Art 34a Abs 3f BankV), wobei der Verwaltungsrat schriftlich und mindestens jährlich über gemachte Feststellungen sowie die getroffenen Massnahmen zu informieren ist.

Die BankV grenzt in Anhang 4.3 I. 2. Abs 3 auch die interne Revision von Compliance ab, indem sie die in-

terne Revision als «eine nicht in die laufende Geschäftstätigkeit integrierte Stelle im Dienste des Verwaltungsrates mit der primären Funktion der Überprüfung der internen Kontrolle» definiert.

Auch wenn der verantwortliche Compliance Officer nicht Mitglied der Geschäftsleitung ist und folglich auch nicht gemäss Art 19 BankG auf seine Gewähr in fachlicher und persönlicher Hinsicht geprüft wird, so wird er doch gemäss EBA Guideline EBA/GL/2017/12 als Inhaber einer Schlüsselfunktion betrachtet. Dies bedeutet, dass sowohl das Unternehmen selbst wie auch die FMA eine Prüfung der persönlichen Integrität und der fachlichen Qualifikation gemäss Vorgaben der FMA-Mitteilung 2013/07³¹ vornehmen müssen.

2.2.3 Fonds-Verwaltungsgesellschaften

In der Verordnung über bestimmte Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren (UCITSV) und im Gesetz über die Verwalter alternativer Investmentfonds (AIFMG) wird die Einrichtung einer ständigen Compliance-Funktion geregelt (Art 53 UCITSV/Art 61 AIFMG).

Es ist sicherzustellen, dass die Compliance-Funktion über die notwendigen Befugnisse, Ressourcen und Fachkenntnisse verfügt (Art 53 Abs 4 lit. a-d UCITSV/Art 61 Abs 3 lit. a-d AIFMG), mindestens eine jährliche Berichterstattung durch die Compliance-Funktion an die Geschäftsleitung erfolgt sowie die Compliance-Verantwortlichen Personen unabhängig von den durch sie überwachten Tätigkeiten sind.

2.2.4 Vermögensverwaltungsgesellschaften

In vergleichbarer Weise legt auch die Vermögensverwaltungsverordnung (VVO) unter Art 10a Abs 1, unter den organisatorischen Anforderungen fest, dass eine Compliance-Funktion einzurichten ist. Die mit der Compliance betraute Person muss jährliche Bericht an die Geschäftsleitung erstatten und «über die notwendigen Fachkenntnisse, Befugnisse und organisatorische Unabhängigkeit» verfügen (Art 10 Abs 2 VVO).

2.2.5 Versicherungen

Das Versicherungsaufsichtsgesetz (VersAG) bezeichnet die interne Kontrolle («Compliance») neben dem Risikomanagement, der Internen Revision und der Versicherungsmathematischen Funktion als Funktion der Governance (Art 30 Abs 3 Bst. b i.V.m. Art 38 VersAG). Personen, die eine Schlüsselfunktion, inklusive Compliance, innehaben, müssen fachlich qualifiziert und persönlich integer sein (Art 33 Abs 1. VersAG). Die Versicherungsaufsichtsverordnung (VersAV) regelt die Voraussetzungen der persönlichen Integrität im Detail in Art 4 Abs 2.

Die Compliance-Funktion im Versicherungsunternehmen wird als System definiert, das im Minimum «Ver-

³⁰ Müller, Bühr, Maurhofer (2018), S. 56.

³¹ Inhaber von Schlüsselfunktionen werden in der FMA Mitteilung 2013/07 definiert als «Personen, die einen wesentlichen Einfluss auf die Leitung des Instituts haben, die jedoch weder Mitglieder des Verwaltungsrats oder der Geschäftsleitung sind. Zu ihnen zählen die Leiter von internen Kontrollfunktionen und der Chief Financial Officer CFO, soweit sie keine Mitglieder des Leitungsorgans sind».

waltungs- und Rechnungslegungsverfahren, einen internen Kontrollrahmen, angemessene Melderegeln auf allen Unternehmensebenen sowie eine Funktion der Überwachung der Einhaltung rechtlicher und unternehmerischer Anforderungen umfassen» muss. Ausdrücklich wird auch die Beratung der Leitungsorgane bezüglich der Einhaltung des Versicherungsrechts genannt (Art 38 Abs 2 VersAG). Wie auch im BankG werden Abgrenzungen zur internen Revision gemacht. Diese hat unter anderem zu bewerten, ob das interne Kontrollsystem («Compliance») wirksam ist (Art 39 Abs 2 VersAG).

2.2.6 Treuhänderwesen

Im Unterschied zu den oben genannten Finanzintermediären beruht die Regelung der Governance und Compliance im Treuhänderwesen einerseits auf nationalen Rechtserlassen wie dem Treuhändergesetz (TrHG) und dem Sorgfaltspflichtgesetz (SPG), andererseits auf einem System der Selbstregulierung (Standesregeln der Treuhänderkammer³²). Während bei den prudentiell regulierten Finanzintermediären die Pflichten aus dem SPG gewöhnlich im Rahmen und als Teil der Compliance wahrgenommen werden, steht bei den Treuhändern die SPG-Compliance im Vordergrund.

Das SPG schreibt auch keine Compliance-Funktion an sich vor, sondern legt fest, dass Personen oder Fachstellen für die internen Funktionen Sorgfaltspflichtbeauftragter und Untersuchungsbeauftragter zu benennen sind. Weiter ist ein Mitglied der Leitungsebene zu bestimmen, welches für die Einhaltung der Vorgaben des SPG verantwortlich ist (Art 22. Abs 1 SPG). Die Sorgfaltspflichtverordnung (SPV) präzisiert, dass die benannten Personen über «fundierte Kenntnisse in Fragen der Verhinderung und Bekämpfung von Geldwäscherei, Vortaten der Geldwäscherei, organisierter Kriminalität und Terrorismusfinanzierung und über das Datenschutzrecht verfügen sowie die aktuellen Entwicklungen in diesen Bereichen kennen» (Art 36 Abs 1 SPV).

Weitere Compliance-relevante Vorschriften sind nicht direkt im Gesetz vorgegeben, allerdings verlangt das TrHG in Art 20, Interne Weisungen, dass Treuhänder und Treuhändergesellschaften ihre Tätigkeit «nach Massgabe der Standesregeln sorgfältig, redlich und professionell» ausüben haben. In diesem Sinne obliegt es den Verantwortlichen, dem Geschäftsmodell angepasste (Compliance-) Vorgaben zu erlassen, die den Standesregeln der Treuhänderkammer entsprechen.

3. Organisatorische Eingliederung und Anforderungen an den Compliance Officer

3.1 Organisatorische Eingliederung

Es gibt verschiedene Möglichkeiten, den Compliance Officer im Unternehmen organisatorisch einzugliedern. Zunächst stellt sich die Frage, welcher Hierarchiestufe der Compliance Officer angehören soll. Er kann entweder Mitglied der Geschäftsleitung sein oder dieser auf einer tieferen hierarchischen Ebene unterstellt sein. Im Weiteren ist zu unterscheiden, ob der Compliance Officer

im Arbeitsverhältnis oder ob er selbständig und damit im Auftragsverhältnis tätig ist oder ob die Compliance sogar an ein externes Unternehmen ausgelagert wird und dieses den Compliance Officer stellt.

Jede der genannten Varianten hat Vor- und Nachteile, die durch die strategische und operative Unternehmensführung zu gewichten sind und natürlich die spezifische Situation des Unternehmens berücksichtigen müssen. Im Zentrum dieser Bewertung stehen, neben den rechtlichen Vorgaben, Fragen der Unabhängigkeit, der Effizienz und Funktionsweise des Compliance Management Systems, der Kultur und Organisation und des Informationsbedarfes und Einbezuges des Compliance Officers.

3.2 Empfehlungen zur Eingliederung des Compliance Officers

In der Interpretative Note to Recommendation 18 der FATF³³ werden Empfehlung zum Thema Compliance bei Finanzinstituten abgegeben. Konkret sind aus Sicht der FATF folgende Punkte zu berücksichtigen:

- Alle «Financial institutions» müssen ein Compliance Management vorsehen;
- Dieses Compliance Management muss die Ernennung eines Compliance Officers sicherstellen;
- Der Compliance Officer sollte hierarchisch auf dem Management Level positioniert werden³⁴.

Diese Empfehlungen können, auf Basis der oben gemachten Ausführungen, weiter konkretisiert werden. Der Compliance Officer sollte nicht Mitglied der strategischen Führungsebene sein.

Als Mitglied der strategischen Führungsebene, also zum Beispiel des Verwaltungsrates, unterläge der Compliance Officer erheblichen Interessenkonflikten. Zu denken ist insbesondere an Entscheide mit Auswirkungen auf das finanzielle Ergebnis des Unternehmens. Zudem stellt sich die Frage des Verhältnisses des Compliance Officers zur operativen Führungsebene. Allerdings kann ein Compliance Officer die Aufgabe des Verwaltungsratssekretärs übernehmen, da er in dieser Rolle nur beratend tätig ist, nicht aber entscheidungsbefugt. Letztlich ergeben sich daraus folgende Empfehlungen zur Eingliederung des Compliance Officers:

a) Der Compliance Officer sollte nicht Mitglied der operativen Führungsebene sein.

Der Compliance Officer sollte unabhängig Verwaltungsrat und Geschäftsleitung beraten können. Diese Unabhängigkeit erfordert eine Trennung des Compliance Officers von den operativen Führungspositionen im Unternehmen. Deshalb sollte er zwar auf der Führungsebene tätig sein, aber nicht selbst Geschäftsleitungsmitglied sein. Massgebend ist die Art und Weise der Unterstellung, welche dem Compliance Officer grösstmögliche Unabhängigkeit ermöglicht.

³³ FATF, S. 77.

³⁴ «Compliance management arrangements should include the appointment of a compliance officer at the management level.»

³² www.thv.li/index.php/rechtliche-grundlagen/standesrichtlinien-

b) Der Compliance Officer sollte nicht Mitglied im internen Audit sein.

Die Compliance und die Internal Audit Funktion sind auf jeden Fall zu trennen. Eine Zusammenarbeit ist sinnvoll und wichtig, die gegenseitige Unabhängigkeit ist aber zu wahren. Während Internal Audit dem Verwaltungsrat als Mittel zur Überwachung und Kontrolle der Corporate Governance, zur Prävention oder auch als strategisches Instrument zur Steuerung des Unternehmens dient, liegt der Fokus der Compliance insbesondere in der Sicherstellung der Einhaltung der geltenden Standards im operativen Geschäft und unterliegt der Überwachung durch Internal Audit.

c) Der Compliance Officer sollte nicht Mitglied der internen oder externen Whistleblowing-Stelle sein.

Der Compliance Officer ist naheliegender Weise die Person, die Whistleblowing Meldungen zu analysieren hat, interne Untersuchungen führen und Massnahmen vorschlagen muss. Die persönliche Entgegennahme von Whistleblowing-Meldungen führt deshalb meist zu unlösbaren Interessenskonflikten. So fällt es beispielsweise schwer, die Anonymität eines Whistleblowers zu wahren und trotzdem mit dessen Meldung verbundene Untersuchungen vorurteilslos und unabhängig durchzuführen. Organisatorisch kann diese Problematik heute durch ein anonymes Whistleblowing in Form einer IT-Applikation gelöst werden. Es hängt aber von der Unternehmenskultur ab, ob ein solches System auf Akzeptanz stösst und verwendet wird. Auf jeden Fall muss der Compliance Officer eine Rapportierungspflicht an Geschäftsleitung und Verwaltungsrat in Bezug auf Whistleblowing Meldungen haben, sowie die Möglichkeit, in dringenden Fällen direkt an den Verwaltungsrat zu gelangen.

3.3 Anforderungen, Aufgaben und Pflichten

3.3.1 Persönliche Anforderungen

Umfang und Komplexität der Regulierung, die Internationalisierung des Finanzsektors aber auch die technologischen Entwicklungen führen dazu, dass die Anforderungen an das Berufsbild des Compliance Officers sehr hoch sind. Neben der fachlichen Qualifikation sind gerade im Bereich Compliance die Persönlichkeit und Integrität von höchster Bedeutung. Zu den wichtigsten Anforderungen gehören folgende Eigenschaften:

- integer, loyal, verschwiegen;
- flexibel und belastbar;
- kritisch und selbstbewusst;
- Selbstmotivation und Eigeninitiative;
- Gestaltungsfreude und Optimierungswille;
- grosse Fachkompetenz in der Branche;
- breites Wissen von Hard und Soft Law;
- gute IT-Kenntnisse;
- gute Sprachkenntnisse (mind. in Englisch);
- Bereitschaft zur permanenten Weiterbildung.

3.3.2 Kernaufgaben und Kompetenzen

Die Kernaufgaben des Compliance Officers hängen unter anderem von der Grösse des Unternehmens, der Unternehmenskultur, der Dienstleistungen und den Produkten oder auch den Märkten, in denen das Unternehmen

aktiv ist, ab. In den meisten Fällen sind aber zumindest folgende Aufgabengebiete dem Compliance Officer zugeordnet:

- Aufbau und Führung der Compliance-Abteilung;
- Sicherstellung eines effizienten Compliance-Prozesses;
- Monitoring der Regulierungen und Corporate Governance;
- Reporting an Geschäftsleitung und Verwaltungsrat im Bereich Compliance (mindestens einmal pro Jahr in Berichtsform);
- Dokumentation des Bereichs Compliance;
- Mitwirkung beim jährlichen Compliance Risk Assessment;
- Entwurf und Umsetzung von Compliance-Weisungen;
- Schulung im Bereich Compliance.

Zur Erfüllung der Aufgaben werden entsprechende Kompetenzen benötigt. Auch diese hängen vom Aufgabenspektrum und der Unternehmensorganisation ab. In jedem Fall zählen zu den zentralen Kompetenzen des Compliance Officers umfassende Einsichts- und Informationsrechte. Er muss sich jederzeit mit den Verantwortlichen für das Risikomanagement und für das Internal Audit austauschen können.

Des Weiteren muss der Compliance Officer Zugang zur Führungsebene haben, in dringenden Fällen direkt zum Verwaltungsrat. Nur so kann die Unabhängigkeit einerseits und der Informationsfluss an die höchsten Entscheidungsträger andererseits sichergestellt werden.

Aufgaben, Kompetenzen und Verantwortung sind im Detail im Stellenbeschrieb festzuhalten. Im Minimum sind folgende Punkte festzuhalten:

- Ziele der Stelle;
- Anforderungen an den Stelleninhaber:
 - Sozial- und Persönlichkeitskompetenz;
 - Fachkompetenz;
 - Führungskompetenz.
- Kernaufgaben:
 - Organisation;
 - Führung;
 - Weisungswesen;
 - Regulierungen.
- Spezialaufgaben.

3.3.3 Pflichten

Als generelle Pflichten des Compliance Officers kann festgehalten werden, dass grundsätzlich alles zu dokumentieren ist, d.h. schriftlich festzuhalten ist. Die Kommunikation des Compliance Officers bzw. der Compliance-Funktion muss zu jeder Zeit nachvollziehbar sein. Wesentlich ist, dass bei der Kommunikation mit dem Management und den Mitarbeitenden bewusst Bestätigungsprozesse eingesetzt werden. D.h., der Mitarbeiter muss beispielsweise aktiv bestätigen, dass er eine neue Weisung erhalten und zur Kenntnis genommen hat. Nur das Versenden per E-Mail durch die Compliance-Funktion reicht nicht aus. Ebenso ist bei Entscheiden gegen die Empfehlung von Compliance, zum Beispiel durch die Geschäftsleitung, ein aktives Handeln des Compliance Officers erforderlich. Es reicht nicht aus, einen solchen Entscheid zur Kenntnis zu nehmen, vielmehr muss der Compliance Officer aktiv nachfragen, welche Gründe dazu geführt haben und ob seine Argumente oder Empfehlung in Erwägung gezogen wurden.

4. Verantwortlichkeit und Haftung

4.1 Verantwortungsbereich

Die Sicherstellung der Compliance ist Teil der Corporate Governance und somit durch die Unternehmensführung zu verantworten. Es obliegt den verantwortlichen Organen, die Compliance-Funktion durch Weisungen und Richtlinien zu organisieren. Dazu gehört auch die Abgrenzung des Verantwortungsbereichs des Compliance Officers.³⁵

Diese Abgrenzung erfolgt in erster Linie im Organisationsreglement oder in einer Compliance-Weisung sowie im Stellenbeschrieb des Compliance Officers. Darin sind die Aufgaben, Kompetenzen und Verantwortung des Compliance Officers bzw. der Compliance-Funktion im Detail aufzuzeigen.

Ein wesentliches Element der Abgrenzung ist das Verhältnis zu anderen Kontrollfunktionen. Es muss geklärt werden, in welchem Verhältnis Compliance zum internen Kontrollsystem und zum Risikomanagement steht. Überschneidungen und Schnittstellen lassen sich kaum vermeiden. Eine klare Abgrenzung klärt die Verantwortlichkeiten und ist auch im Sinne der effizienten Unternehmensführung notwendig. Es ist durchaus denkbar, dass der Compliance Officer für alle drei Bereiche die Verantwortung trägt.

Im Weiteren ist die Abgrenzung zu Internal Audit sicherzustellen. Compliance kann und darf diese Aufgabe nicht übernehmen. Internal Audit steht als Funktion ausserhalb des Governance-, Risk- und Compliance-Systems und muss deshalb organisatorisch und personell vom Compliance Officer separiert werden.

Je nach Grösse und Komplexität eines Unternehmens ist auch eine geografische und organisatorische Abgrenzung des Verantwortungsbereichs des Compliance Officers vorzunehmen. Es ist also zu klären, ob der Compliance Officer zum Beispiel für die Tochtergesellschaft im Ausland, für die Holding oder für den gesamten Konzern verantwortlich ist.³⁶

Die Abgrenzung kann sich aber auch nach der Geschäftstätigkeit richten. So kann zum Beispiel der Compliance Officer ausschliesslich für gewisse Kundengruppen oder Produkte zuständig sein. Dies kann insbesondere dann sinnvoll sein, wenn ein Unternehmen sich in stark unterschiedlich regulierten Geschäftsfeldern bewegt. Beispielsweise ein Industriekonzern, der eine eigene Finanzierungsgesellschaft besitzt.

Je grösser und komplexer ein Unternehmen, desto wichtiger ist die klare und eindeutige Definition des Aufgaben- und Verantwortungsbereichs des Compliance Officers. Eine grosse Gefahr in der Praxis ist die Überforderung des Compliance Officers durch eine nicht angemessene Zuweisung von Ressourcen und Kompetenzen. Es liegt in der Verantwortung der Geschäftsleitung, neben der formellen Compliance-Organisation auch die ausreichende materielle Ausstattung von Compliance sicherzustellen.

Ungenügende Ressourcen können im Falle eines Compliance-Verstosses nicht als Grund für eine Entlastung vorgebracht werden. Sind Ressourcen nicht in ausreichendem Masse vorhanden, muss der Compliance Officer diesen Umstand der Geschäftsleitung zur Kenntnis bringen. Nimmt er diese Verantwortung nicht wahr, so ist eine Haftung des Compliance Officers nicht ausgeschlossen.

4.2 Haftung

Der Compliance Officer ist in den meisten Fällen, wie oben ausgeführt, nicht Mitglied des Verwaltungsrates oder der Geschäftsleitung. Damit hat er keine Organstellung inne und ist folglich nicht im Fokus etwaiger Verantwortlichkeitsklagen.³⁷

Nichtsdestotrotz steht der Compliance Officer in Bezug auf seinen definierten Verantwortungsbereich in der Pflicht. Eine Pflichtverletzung kann sowohl durch eine aktive Handlung wie auch durch eine Unterlassung erfolgen. Im Falle von Compliance sind insbesondere Unterlassungen im Fokus.³⁸ Zu denken ist an Fälle, in denen der Compliance Officer Informationen über nicht regelwidriges Verhalten erhält, aber keine Massnahmen ergreift.

In einem solchen Fall stellt sich die Frage der Haftung des Compliance Officers. Zu unterscheiden ist nach der zivilrechtlichen und der strafrechtlichen Haftung.

Voraussetzungen für die zivilrechtliche Haftung sind ein Schaden, die Widerrechtlichkeit, ein Verschulden und ein adäquater Kausalzusammenhang. Der Schaden wird gewöhnlich nach der Differenztheorie evaluiert (BGE 129 III 332). Die Bewertung des Schadens kann sich schwierig gestalten, gerade im Falle eines Reputationsverlustes, der gewöhnlich schwierig zu beziffern ist. Die Widerrechtlichkeit ist bei Unterlassungen dadurch gegeben, dass eine Handlungspflicht verletzt wurde. Eine solche lässt sich beim Compliance Officer insbesondere aus Vertrag (Arbeitsvertrag, Reglemente und Weisungen des Unternehmens), Gesetz, Garantenstellung und Gefahrensatz ableiten.

Im Falle eines Unterlassens liegt dann ein Schaden vor wenn dieser nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und bei pflichtgemäsem Verhalten des Compliance Officers mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nicht eingetreten wäre. Anders gesagt besteht ein Kausalzusammenhang, wenn der Compliance Officer hätte aktiv eingreifen können um den sich abzeichnenden Schaden zu verhindern.

Sind diese Voraussetzungen allesamt erfüllt, so kann der Compliance Officer haftbar gemacht werden.

Im Unterschied zur zivilrechtlichen Haftung ist bei der strafrechtlichen Haftung kein Schaden vorausgesetzt.

Der objektive Tatbestand, im Falle einer Unterlassung, ist durch die Garantenstellung des Compliance Officers gegeben. Er steht aufgrund seiner Funktion in der Pflicht zu handeln. Es stellt sich folglich die Frage, ob der Compliance Officer sich subjektiv bewusst ist, eine Unterlassung zu begehen. Vorsätzliches Unterlassen ist die Entscheidung zwischen untätig bleiben und

³⁵ Roth (2016), S. 188.

³⁶ Wind (2018), S. 105.

³⁷ Sethe, Andreotti (2016), S. 138.

³⁸ Sethe, Andreotti (2016), S. 140.

möglichem Tun. Der Compliance Officer muss Kenntnis aller objektiven Tatumstände haben.³⁹ Das Wissen, dass er in der Rolle eines Garanten ist, darf vorausgesetzt werden.

In einem Urteil des deutschen Bundesgerichtshofes vom 17.07.2009 wurde die Garantenstellung in der Person eines Compliance-Verantwortlichen bestätigt (BGH-Urteil 5 StR 394/08).

Der Leiter der Rechtsabteilung und der Innenrevision eines Abfallwirtschaftsbetriebes hatte es unterlassen, die Geschäftsleitung darüber zu informieren, dass die Tarife für die Kunden durch einen bekannten Fehler falsch berechnet worden waren und deshalb zu hoch ausfielen. Das Landgericht verurteilte ihn deshalb wegen Beihilfe zum Betrug durch Unterlassen zu einer Geldstrafe. Das Urteil wurde in der Folge durch den Bundesgerichtshof bestätigt. Das Gericht führte aus, dass der verantwortliche Leiter der Rechtsabteilung aufgrund seines Verantwortungsbereichs eine Garantenstellung einnehmen würde und zur Verhinderung dieser Straftaten verpflichtet gewesen wäre. Durch das Untätigbleiben mache er sich selbst wegen vorsätzlicher Begehung der jeweiligen Straftat durch Unterlassen strafbar, er wurde also zum Mittäter.

Der Compliance Officer ist also in einer Garantenstellung mit entsprechenden zivil- und strafrechtlichen Konsequenzen. Er muss strafbare Handlungen im und vom Unternehmen verhindern bzw. anzeigen. Diese Pflicht ergibt sich aus seinem Verantwortungsbereich, unabhängig von seiner organisatorischen Einordnung. Erfüllt er diese Pflichten nicht, begeht er ein Unterlassungsdelikt.

4.3 Versicherung

Einen gewissen Schutz vor der Haftung des Compliance Officers kann eine Versicherungslösung bieten. In Frage für den Compliance Officer kommen dabei eine Berufshaftpflichtversicherung oder eine Organ- oder Manager-Haftpflichtversicherung (sog. Director's and Officer's Insurance [D&O]). Die Berufshaftpflicht umfasst gewöhnlich Vermögensschäden, die durch eine Fehlberatung entstehen. Im Sinne der oben beschriebenen Haftung bei Unterlassung ist deshalb eine D&O-Versicherungslösung vorzuziehen.

Die D&O-Versicherung ist eine eher teure Versicherung, die gewöhnlich vom Unternehmen zugunsten der versicherten Personen abgeschlossen wird. Zu diesen gehören neben Verwaltungsräten und Geschäftsleitung unter anderem auch der Compliance Officer.

Die D&O-Versicherung deckt zum Beispiel Schäden und Kosten, welche den versicherten Verwaltungsräten und Managern überbunden werden, Anwaltskosten und Expertisen welche im Zusammenhang mit der Klage entstehen oder die Abwehr von ungerechtfertigten Ansprüchen. Häufig werden aber strafbare Handlungen und Unterlassungen von der Deckung ausgeschlossen. In Bezug auf Unterlassungen im Bereich Compliance ist deshalb der Umfang der Deckung besonders zu prüfen.

5. Zusammenfassung und Empfehlungen

5.1 Zusammenfassung

Als eigenständige Funktion im Unternehmen wurde Compliance vor rund 50 Jahren eingeführt. Seither hat sich das Aufgabenspektrum laufend ausgeweitet und Compliance hat sich zu einem überaus wichtigen Management-System entwickelt. Dieses ist immer im Kontext des Unternehmens und in Bezug auf dessen Umfeld zu verstehen. Compliance interagiert einerseits mit dem Risiko-Management und dem internen Kontrollsystem, andererseits sind Aufgaben, Verantwortlichkeiten und Kompetenzen von Compliance von anderen Kontrollfunktionen und von Internal Audit abzugrenzen.

Eine besondere Beachtung verdient der Compliance Officer. Häufig steht er in einem Spannungsverhältnis. Er ist verantwortlich für das Überprüfen der Einhaltung von regulatorischen Vorschriften und von internen Reglementen und Weisungen. Er schützt dadurch die Reputation des Unternehmens. Dadurch kann er aber auch als «Geschäftsverhinderer» betrachtet und deshalb isoliert werden. Um dies zu verhindern, sind gewisse Rahmenbedingungen zu schaffen. Insbesondere muss der Compliance Officer umfassenden Einblick in alle Geschäftsvorgänge erhalten und direkt an das höchste Führungsorgan berichten können. Compliance bzw. der Compliance Officer sollte zudem so in die Organisation eingegliedert sein, dass er seine Aufgabe möglichst unabhängig wahrnehmen kann.

Der Compliance Officer kann haftbar gemacht werden, insbesondere, wenn durch eine Unterlassung ein Schaden entsteht. Der Compliance Officer hat eine Garantenstellung inne, er steht aufgrund seiner Funktion in der Pflicht zu handeln, sofern er davon ausgehen muss, dass ohne sein Eingreifen ein Schaden entstehen könnte. Die Haftung des Compliance Officers kann in gewissen Fällen durch eine D&O-Versicherung gedeckt werden.

5.2 Empfehlungen

1. Der Compliance Officer sollte nicht Mitglied der Geschäftsleitung sein. Er sollte organisatorisch so im Unternehmen eingegliedert sein, dass er möglichst unabhängig agieren kann. Er sollte zudem regelmäßig aber auch anlassbezogen direkt an das höchste Führungsorgan, üblicherweise den Verwaltungsrat, berichten können.
2. Der Compliance Officer sollte alle Feststellungen und Handlungen dokumentieren, d.h. schriftlich festhalten. Insbesondere gilt dies auch für die Kommunikation mit dem Management oder den Mitarbeitenden im Unternehmen. Es ist zudem notwendig, Bestätigungsprozesse zu etablieren, um jederzeit prüfen zu können, ob eine Kommunikation des Compliance Officers von den Empfängern aktiv wahrgenommen und verstanden wurde.
3. Sollten vom Compliance Officer aufgedeckte und kommunizierte Gesetzes- oder Regelverstöße von den Betroffenen und vom Management nicht korrigiert und sanktioniert werden, so bleibt dem Compliance Officer als letzte Option nur der Rücktritt. Davor sollte er alles im Rahmen des Möglichen und Erlaubten versuchen, um sein Anliegen durchzusetzen.

³⁹ Roth (2016), S. 190.

4. Verlässt ein Compliance Officer ein Unternehmen, so tun die Behörden gut daran, die Hintergründe in Erfahrung zu bringen. Insbesondere für eine Finanzmarktaufsichtsbehörde sind Compliance Officer und die Compliance-Funktionen in den Unternehmen ein wichtiger Bestandteil des Regimes zum Schutze der Reputation des Finanzplatzes. Sie sollten deshalb die Ausbildung der Compliance Officers fördern und einen aktiven Austausch pflegen.

Literaturverzeichnis

BCBS, Basel Comitee on Banking Supervision (2005): Compliance and the compliance function in banks. Basel: Bank for international Settlements.

Economiesuisse (2014): Swiss code of best practice for corporate governance. Zürich: Economiesuisse (zit. Economiesuisse – Governance).

Economiesuisse (2014): Grundzüge eines wirksamen Compliance-Managements (zit. Economiesuisse – Compliance).

FATF (2012–2018): International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation. Paris: FATF.

ISO, International Organization for Standardization (2014): ISO 19600 Compliance management systems – Guidelines.

Lötscher, Marcel, Bont, Patrick (2014): Die Aufgaben einer Aufsichtsbehörde. In: Compliance Berater 7/2014 S. 253f.

McNulty, Paul (2011): From the Experts: Corporate Compliance Twenty Years Later. In: Corporate Counsel.

Müller Roland (2018): Wissenswertes zur D&O-Versicherung. Organhaftpflichtversicherungen bzw. D&O-Versicherungen sind immer verbreiteter. In: Expert Focus 2018/3.

Müller Roland (2014): Die Verantwortung des Compliance Officers. Staad.

Müller, Roland, Bühr, Daniel Lucien, Maurhofer, Roland (2017): Sicherstellung wirksamer Compliance als strategische Führungsaufgabe. Compliance Management nach internationaler Best Practice als Kernverantwortung des Verwaltungsrats. In: Expert Focus 2017/3, S. 54–59.

Roth, Monika (2005): Compliance, Integrität und Regulierung. Ein wirtschaftsethischer Ansatz in 10 Thesen. Zürich: Schulthess.

Roth, Monika (2011): Compliance in a nutshell. Zürich/St. Gallen: Dike.

Roth, Monika (2016): Compliance – Voraussetzung für nachhaltige Unternehmensführung. Ein branchenübergreifendes und interdisziplinäres Handbuch mit Fallstudien. 2. Auflage. Zürich/St. Gallen: Dike

Sethe, Rolf, Andreotti, Fabio (2016): Compliance und Verantwortlichkeit. In: Isler, Peter R; Sethe, Rolf. Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VIII. Zürich: Schulthess, 87–167.

Wind, Christian (2018). Leitfaden Compliance. Zürich: Stämpfli.

Die Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche in Liechtenstein

Ein Leitfaden für den Praktiker

Michael Nueber¹

I. Einleitung

Liechtenstein hat im Jahr 2010 sein Schiedsverfahrensrecht einer Totalrevision unterzogen. Dabei diente die österreichische Rechtslage explizit als Rezeptionsvorlage.² Das österreichische Schiedsverfahrensrecht baut wiederum sowohl auf der deutschen Rechtslage als auch auf dem UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration auf.³

Kurz darauf, und zwar im Jahr 2011, ratifizierte das Fürstentum auch die «New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards 1958».⁴ Das sogenannte New Yorker Schiedsübereinkommen ermöglicht es prinzipiell Schiedssprüche in jedem der 157 Mitgliedstaaten zu vollstrecken. Vor allem in Anbetracht der Tatsache, dass es sehr schwierig ist die Urteile liechtensteinischer Gerichte im Ausland zu vollstrecken, stellt die Ratifikation des New Yorker Schiedsübereinkommens freilich einen Meilenstein im liechtensteinischen Kontext dar. Dies vor allem deshalb, weil der Vorteil der Vollstreckbarkeit «liechtensteinischer» Schiedssprüche im Ausland, dadurch gemindert wird, dass nunmehr auch ausländische Schiedssprüche gegen liechtensteinische Parteien vollstreckt werden können. Ein Aspekt, der freilich der sogenannten «asset protection» bis zu einem gewissen Grade abträglich ist.

Angesichts der Stellung Liechtensteins als eine der bedeutendsten offshore-Jurisdiktionen weltweit und der naturgemäss internationalen Klientel, die sich liechtensteinischer Strukturen bedient, war die Einführung eines modernen und auf weltweit anerkannten Standards beruhenden Schiedsrechts jedoch ein wesentlicher Schritt, der mE zumindest mittelfristig zugunsten des Standortes Liechtenstein ausschlagen wird.

Im Lichte dieser Entwicklungen richtet sich der Beitrag primär an den Praktiker, der damit konfrontiert ist einen ausländischen Schiedsspruch in Liechtenstein zu vollstrecken. Die nachfolgende Analyse orientiert sich dabei an der Judikatur der liechtensteinischen Gerichte und wird durch die gezielte Einbeziehung von liechtensteinischer und österreichischer Literatur und Rechtsprechung komplementiert.

¹ RA Dr. Michael Nueber, LL.M. ist in Wien in die Liste der Rechtsanwälte eingetragen und als *Counsel* bei Gasser Partner Rechtsanwälte in Vaduz und Wien tätig. Sein Tätigkeitsschwerpunkt liegt in der (internationalen) Streitbeilegung. Im Zuge dessen berät er Mandanten vorwiegend in Gerichts- und Schiedsverfahren mit einem Bezug zu Liechtenstein oder Österreich.

² BuA Nr 151/2008.

³ Nueber, ZPO Schiedsverfahren (2018) vor § 577 Rz 3.

⁴ LGBI 2011/325.

II. Verfahrensfragen

1. Allgemeines

Ein Schiedsspruch bildet nach Art 1 lit m EO einen Exekutionstitel. Solange ein ausländischer Schiedsspruch nicht im Zuge des Verfahrens zur Erlangung einer Exekutionsbewilligung anerkannt und für vollstreckbar erklärt wurde, ist er für liechtensteinische Gerichte nicht bindend.⁵

Die Anerkennung und Vollstreckbarerklärung ausländischer Schiedssprüche richtet sich in Liechtenstein primär nach den Art 52–57 EO.⁶ Art 57 EO wirkt klarstellend, indem er insbesondere Staatsverträgen den Vorrang vor den Bestimmungen der EO einräumt. Daraus folgt, dass für die Anerkennung und Vollstreckbarerklärung ausländischer Schiedssprüche in Liechtenstein primär die Voraussetzungen des New Yorker Schiedsübereinkommens erfüllt sein müssen.

2. Das New Yorker Schiedsübereinkommen in Liechtenstein

Das New Yorker Schiedsübereinkommen bietet grundsätzlich die Möglichkeit einen liechtensteinischen Schiedsspruch nahezu weltweit zu vollstrecken. Umgekehrt können auch ausländische Schiedssprüche in Liechtenstein vollstreckt werden. Die liechtensteinischen Gerichte haben daher das Übereinkommen im Verfahren zur Erlangung einer Exekutionsbewilligung für die Vollstreckung eines ausländischen Schiedsspruchs betreffend anzuwenden. Hierbei ist jedoch zu beachten, dass Liechtenstein einen sogenannten Gegenseitigkeitsvorbehalt ausgesprochen hat und somit nur Schiedssprüche anerkennt, die im Territorium eines anderen Mitgliedsstaates erlassen wurden. Im Gegensatz zu den USA und China hat Liechtenstein aber keinen Handelssachenvorbehalt erklärt und anerkennt auch Schiedssprüche, die in sonstigen Zivilsachen ergangen sind.⁷

Sowohl für die betreibende Partei (Antragsteller) als auch die Gegenseite sind primär die Art IV und V des New Yorker Schiedsübereinkommens besonders bedeutsam. Während die Anforderungen des Art IV anhand der Judikatur des liechtensteinischen OGH's weiter unten näher beleuchtet werden,⁸ sind die Versagungsgründe des Art V New Yorker Schiedsübereinkommens nachfolgend im Überblick dargestellt.

Art V des New Yorker Schiedsübereinkommens enthält somit diverse Gründe, die eine Verweigerung der Anerkennung und Vollstreckbarerklärung ausländischer Schiedssprüche rechtfertigt. Die Gründe zur Versagung der Anerkennung und Vollstreckbarerklärung sind abschliessend geregelt.⁹ Da die Verweigerungsgründe aber den Gründen zur Aufhebung eines Schiedsspruches sehr ähneln, erscheint es bis zu einem gewissen Grad

sinnvoll die Rsp zu den Aufhebungsgründen und den Versagungsgründen parallel zu betrachten.¹⁰ Primär ist das New Yorker Schiedsübereinkommen aber autonom auszulegen.¹¹

Die Versagungsgründe des Art V Abs 1 New Yorker Schiedsübereinkommen sind vom Vollstreckungsgericht nur auf Antrag wahrzunehmen. Dies betrifft insbesondere den Einwand der fehlenden Schiedsvereinbarung, die Verletzung des rechtlichen Gehörs oder eine ultra petita Entscheidung des Schiedsgerichts. Dagegen sind die Versagungsgründe des Art V Abs 2 New Yorker Schiedsübereinkommen vom Vollstreckungsgericht von Amts wegen wahrzunehmen. Hierbei handelt es sich um den ordre-public Einwand sowie den Einwand der mangelnden (objektiven) Schiedsfähigkeit.

3. Verhältnis des New Yorker Schiedsübereinkommens zu anderen Anerkennungs- und Vollstreckungsübereinkommen

In einer Entscheidung, die zeitnah zur Ratifikation des New Yorker Schiedsübereinkommens ergangen ist, setzt sich der liechtensteinische OGH mit dem Verhältnis von New Yorker Schiedsübereinkommen und dem zwischen Liechtenstein und der Schweiz am 15.3.1970 in Kraft getretenen Anerkennungs- und Vollstreckungsübereinkommen auseinander.¹²

Nach der Auffassung des OGH gehen bi- und multilaterale Verträge, die Liechtenstein mit anderen Staaten geschlossen hat dem New Yorker Schiedsübereinkommen vor. Als Begründung genügt dem OGH ein Verweis auf Art VIII Abs 1 New Yorker Schiedsübereinkommen.

Somit ist es für den Parteienvertreter in Liechtenstein bedeutsam, dass im Anwendungsbereich der (wenigen) bilateralen Vollstreckungsübereinkommen, die Liechtenstein abgeschlossen hat, das New Yorker Schiedsübereinkommen nachrangig ist.¹³

4. Anerkennung und Vollstreckbarerklärung eines ausländischen Schiedsspruches in Liechtenstein

Wie bereits erwähnt wurde orientiert sich das österreichische Schiedsverfahrensrecht an der österreichischen Rezeptionsvorlage. Insofern entspricht auch § 631 ZPO § 614 öZPO. Beide Bestimmungen sind mit «Anerkennung und Vollstreckbarerklärung ausländischer Schiedssprüche» betitelt. Ein Schiedsspruch ist immer dann als «ausländisch» zu qualifizieren, wenn der Sitz des Schiedsgerichts nicht in Liechtenstein war.¹⁴

Tatsächlich stimmen auch die beiden Absätze von § 631 ZPO und § 614 ZPO im Wesentlichen inhaltlich überein, indem der Abs 1 beider Bestimmungen die Anerkennung und Vollstreckbarerklärung ausländischer Schiedssprüche den Bestimmungen der Exekutionsordnung unter-

⁵ Siehe bereits zur alten österreichischen Rechtslage *Fasching*, Schiedsgericht und Schiedsverfahren im österreichischen und internationalen Recht (1973) 179.

⁶ Siehe dazu im Detail II.4.

⁷ *Gasser*, Das neue Schiedsverfahren in Liechtenstein und die Auswirkungen auf die Stiftungspraxis, PSR 2012, 109.

⁸ Siehe insb III.

⁹ *Czernich*, New Yorker Schiedsübereinkommen (2008) Art V Rz 1.

¹⁰ *Nueber/Boltz*, Schiedssprüche aus erstinstanzlicher Sicht, RZ 2013, 168; *Nueber*, Neues zum rechtlichen Gehör im Schiedsverfahren, wbl 2013, 130.

¹¹ OGH GE 2016, 71.

¹² OGH GE 2013, 100.

¹³ So auch implizit StGH 2013/022.

¹⁴ *Oberhammer*, Entwurf eines neuen Schiedsverfahrensrechts (2002) 146; zur Unterscheidung zwischen Sitz und Ort der Verhandlung des Schiedsgerichts siehe *Nueber*, ZPO Schiedsverfahren (2018) § 595 ZPO Rz 5 f.

stellt. Dies freilich nur, sofern nicht ua Staatsverträge Gegenteiliges bestimmen. Darüber hinaus gilt sowohl in Liechtenstein als auch in Österreich das Formerfordernis einer Schiedsvereinbarung dann erfüllt, wenn es sowohl den Formerfordernissen nach nationalem und dem auf die Schiedsvereinbarung anwendbaren Recht genügt.¹⁵ Letztlich normiert der Abs 2 beider Bestimmungen, dass die Vorlage der Urschrift bzw. einer beglaubigten Abschrift der Schiedsvereinbarung im Sinne des Art IV Abs 1 lit b New Yorker Schiedsübereinkommen nur nach Aufforderung durch das Gericht erforderlich ist.

Sowohl § 631 ZPO als auch § 614 öZPO differenzieren in Anerkennung und Vollstreckbarerklärung ausländischer Schiedssprüche. Während in Österreich die Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche tatsächlich die in einem eigenen Exequaturverfahren zu erteilende Vollstreckbarerklärung erfordert, hat der OGH jüngst entschieden, dass dies nicht auf die Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche in Liechtenstein zutrifft.¹⁶ Dabei hielt der OGH fest, dass die Bestimmung des § 631 Abs 1 ZPO so auszulegen sei, dass sich die Anerkennung und Vollstreckbarkeit ausländischer Schiedssprüche nicht nach einem eigenen Verfahren (in Österreich das Exequaturverfahren), sondern nach den Bestimmungen der EO richtet; diese sieht eben kein Exequaturverfahren vor.

Der OGH führte weiter aus, dass trotz der Übernahme des österreichischen Schiedsverfahrensrechts im Jahr 2010, bei der Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche somit auf die EO abzustellen ist und in diese die österreichische EO-Novelle 1995 nicht übernommen wurde. Die Anerkennung und Vollstreckbarerklärung ausländischer Schiedssprüche wird vom liechtensteinischen Vollstreckungsgericht daher als Vorfrage zur Exekutionsbewilligung entschieden. Etwaige Versagungsgründe könnten sowohl mit Rekurs als auch mit dem Rechtsmittel des Widerspruches im Sinne des Art 55 EO geltend gemacht werden.

Erst jüngst hat der StGH diese Rsp des OGH bestätigt und klargestellt, dass es keine Praxisänderung und damit Verletzung des Gleichheitsgebotes darstellt, wenn die Vollstreckbarkeit eines ausländischen Exekutionstitels lediglich als Vorfrage der Exekutionsbewilligung zu prüfen ist.¹⁷ Darüber hinaus liegt nach der Auffassung des StGH auch keine Verletzung des Willkürverbots vor, weil mit dem Rechtsmittel des Widerspruches gem Art 55 EO auch Neuerungen vorgebracht werden können.

Die gegenständlichen Entscheidungen haben der Praxis der liechtensteinischen Gerichte ein Ende gesetzt, die zunächst – gleich der österreichischen Rechtslage – ein gesondertes Vollstreckbarerklärungsverfahren (Exequaturverfahren) durchgeführt haben. Dies freilich obwohl ein solches in Liechtenstein de lege lata nicht existiert.

Obwohl der Entscheidung des OGH (und somit auch des StGH) aus systematisch-teleologischen Erwägungen zuzustimmen ist, darf angemerkt werden, dass die fehlende Möglichkeit einer gesonderten Vollstreckbarerklärung zum ungewünschten Ergebnis führen

kann, dass in etwaigen Folge- oder Parallelverfahren gegen dieselbe Partei kein für vollstreckbar erklärter Schiedsspruch vorgelegt werden kann, sondern tatsächlich immer eine Exekutionsbewilligung zu erlangen ist. Dies freilich obwohl sich die Parteien oftmals noch im Vollstreckungsverfahren vergleichen. Diese Praxis zeigt, dass dies ein erheblicher Nachteil der liechtensteinischen Rechtslage ist, weswegen es erstrebenswert erschiene diese de lege ferenda an die österreichische Rechtslage anzugleichen.

III. Erfordernisse an einen vollstreckbaren Schiedsspruch

1. Beglaubigung und Übersetzung

Art IV Abs 1 lit a New Yorker Schiedsübereinkommen verlangt, dass die antragstellende Partei eine gehörig beglaubigte (legalisierte) Urschrift des Schiedsspruches oder eine Abschrift vorlegt, deren Übereinstimmung mit einer solchen Urschrift ordnungsgemäss beglaubigt wurde. Eine beglaubigte Abschrift der Schiedsvereinbarung im Sinne des Art IV Abs 1 lit b leg cit muss gemäss § 631 Abs 2 ZPO jedoch nur nach Aufforderung des Vollstreckungsgerichts vorgelegt werden.

Abgesehen davon bestimmt Art IV Abs 2 New Yorker Schiedsübereinkommen, dass dann, wenn der Schiedsspruch oder die Schiedsvereinbarung nicht in der amtlichen Sprache des Vollstreckungsstaates abgefasst ist, der Antragsteller eine Übersetzung beizulegen hat. Diese Übersetzung muss wiederum von einem amtlichen oder beeidigten Übersetzer oder von einem diplomatischen oder konsularischen Vertreter beglaubigt sein.

In diesem Zusammenhang hat der OGH jedoch festgehalten, dass im Hinblick auf die Übersetzung des Schiedsspruches und das Erfordernis der Beglaubigung ein übertriebener Formalismus fehl am Platz ist.¹⁸ Vor liechtensteinischen Gerichten genügt es daher, wenn die Übersetzung von einem in Liechtenstein zugelassenen Dolmetscher und Übersetzer stammt. In diesem Zusammenhang ist es auch wichtig zu bedenken, dass auch die fremdsprachige Beglaubigung der Übereinstimmung der Kopie mit dem Original zu übersetzen ist.¹⁹

Zum Umfang der Übersetzung ist mE auf die Rsp der österreichischen Gerichte zurückzugreifen, die dem Antragsteller auftragen den gesamten Schiedsspruch bzw. die gesamte Schiedsvereinbarung in beglaubigter Übersetzung vorzulegen.²⁰ Eine bloss auszugsweise Übersetzung genügt nicht.

Darüber hinaus ist es bei einem nach den Schiedsregeln einer Schiedsinstitution ergangenen Schiedsspruch bedeutsam zu prüfen, ob diese Regeln eine Überbeglaubigung vorsehen. Wenn nicht, dann muss die Beglaubigung durch den Stempel der Institution sowie der Unterschrift des zuständigen Funktionärs (meist Generalsekretär) erfolgen.²¹ Neben dessen Unterschrift ist auch

¹⁵ Zum auf die Schiedsvereinbarung anwendbaren Recht siehe *Nueber*, Schiedsverfahren, § 581 ZPO Rz 31 ff.

¹⁶ OGH LES 2017, 173.

¹⁷ StGH 2017/27.

¹⁸ OGH LES 2013, 147.

¹⁹ *Garber/Koller*, in *Angst/Oberhammer*, EO³ Vor § 79 EO Rz 583.

²⁰ öOGH 3 Ob 211/05h.

²¹ öOGH 3 Ob 65/11x; siehe auch OGH LES 2015, 93.

die Angabe der Bezeichnung seiner konkreten Funktion erforderlich.²²

Sowohl nach der österreichischen als auch nach liechtensteinischen Rsp stellt das Fehlen von Dokumenten oder das Fehlen der Beglaubigung der von einer Drittperson stammenden Übersetzung keinen inhaltlichen Mangel des Exekutionsantrages dar, weshalb regelmässig bloss ein Verbesserungsauftrag zu erteilen ist.²³

2. Verhältnis von Aufhebungs- und Vollstreckungsverfahren

In der internationalen Lehre ist es bis dato strittig, inwieweit aufgehobene Schiedssprüche in einem anderen Staat als dem Sitzstaat des Schiedsgerichts vollstreckt werden können. In Österreich wird zum Teil vertreten, dass ein im Ursprungsstaat aufgehobener Schiedsspruch dennoch anerkannt und für vollstreckbar erklärt werden kann.²⁴ Dies wurde unter Hinweis auf die autonome Auslegung des New Yorker Schiedsübereinkommens schliesslich auch vom österreichischen OGH vertreten.²⁵

In einer jüngeren Entscheidung hat der OGH jedoch klargestellt, dass ein rechtskräftig aufgehobener Schiedsspruch nicht mehr verbindlich im Sinne der Art I und Art V lit e New Yorker Schiedsübereinkommen ist. Dabei ist nach dem OGH nur auf die Unüberprüfbarkeit in der Sache selbst durch ein staatliches Gericht oder eine Schiedsinstanz abzustellen.²⁶

Im Ergebnis ist dem OGH hier zuzustimmen, jedoch ist zu beachten, dass ein Schiedsspruch mit Ausnahme des ordre-public Vorbehalts im Aufhebungsverfahren nicht mehr inhaltlich überprüfbar ist.²⁷ Es ist daher mE (auch) auf die Überprüfbarkeit an sich (auch und vor allem wegen Mängeln des Verfahrens bzw der Schiedsvereinbarung) abzustellen.

In derselben Entscheidung stellte der OGH letztlich klar, dass ein bloss anhängiges Aufhebungsverfahren freilich noch kein Anerkenntnishindernis im Sinne des Art V lit e New Yorker Schiedsübereinkommen begründet. Gemäss Art VI New Yorker Schiedsübereinkommen kann das Vollstreckungsgericht aber sein Verfahren bis zur endgültigen Entscheidung im Aufhebungsverfahren aussetzen sowie auf Antrag der betreibenden Partei dem Antragsgegner die Zahlung einer Sicherheitsleistung auftragen. Bei der Aussetzung des Verfahrens und dem Auftrag zum Erlag der Sicherheitsleistung kommt dem Vollstreckungsgericht Ermessen zu.²⁸ Als Richtschnur dient hierbei jedenfalls die Erfolgsaussicht des Aufhebungsverfahrens, wobei der Vollstreckungsgegner nach österreichischer Rsp die Erfolgsaussichten jedenfalls darlegen muss.²⁹ Dabei hat das Gericht die Prognoseentscheidung in grosszügiger Weise zu treffen.³⁰

IV. Schlussfolgerung

Die Anerkennung und Vollstreckbarerklärung ausländischer Schiedssprüche erfolgt in Liechtenstein nicht in einem eigenen Verfahren, sondern wird als Vorfrage zur Exekutionsbewilligung geprüft. Hieraus ergeben sich einige Besonderheiten gegenüber der österreichischen Rechtslage.

Ansonsten kann aber die österreichische Rechtsprechung zur Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche und insbesondere die Auslegung des New Yorker Schiedsübereinkommens auch in Liechtenstein herangezogen werden. Dem Praktiker ist es daher anzuraten die einschlägige Rechtsprechung beider Jurisdiktionen auszuwerten.

²² OGH LES 2015, 93.

²³ OGH LES 2013, 147; öOGH RIS-Justiz RS0036183.

²⁴ Zeller, Schiedsverfahren (2014)² § 614 ZPO Rz 18; Garber/Koller in *Angst/Oberhammer*, EO³ Vor § 79 Rz 599.

²⁵ öOGH 3 Ob 221/04b.

²⁶ OGH LES 2015, 93.

²⁷ Nueber, ZPO Schiedsverfahren, § 611 Rz 38.

²⁸ öOGH RIS-Justiz RS0127122.

²⁹ öOGH RIS-Justiz RS0127122.

³⁰ öOGH 3 Ob 65/11x.

Aktuelle Rechtsfragen im Zusammenhang mit Retrozessionen

Patrick Roth, Patrick Marxer, Daniela Hasler¹

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 Bundesgericht³ hat bereits mit Leitentscheid aus dem Jahre 2006 entschieden, dass Retrozessionen der Ablieferungspflicht gemäss Art 400 Abs 1 chOR⁴ 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-Beziehungen⁹ 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 Verzichtverbot 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 Gerichtshofes¹², 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 Interessenkonflikt 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 zusteht»*, 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 ABGB¹⁶ 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 Klečeka/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 Geschäft 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 Auftrags erledigung 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 Geschäft 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 Geschäft 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 erlassen²⁶. 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 ABGB²⁷ 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 ABGB²⁹ lautete wie folgt:

²⁴ Strasser in Rummel, ABGB³, 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.

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, ABGB⁴, § 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, ABGB⁴, § 1009 Rz 17.

«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 II³⁰ 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 BankG³¹ 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 VVG³² 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 Produkthanbieter 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 Voraussetzungen³⁶ 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 Bankenverordnung⁴¹, 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 VVG⁴⁶ 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 VVG⁴⁸ 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 Ausmass 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.

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 unzulässig erklärt.⁵⁸ Finanzintermediäre, die im Bereich der unabhängigen Anlageberatung oder Portfolioverwaltung tätig sind, haben folglich im Zusammenhang mit dieser erhaltenen Zuwendungen grundsätzlich an ihre Kunden herauszugeben.⁵⁹ Dies gilt

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.

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 VVG⁶¹ 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 entgegeng gehalten 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.

Finanzintermediärs⁶⁵ 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 Gegenbeweissführung 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 Gesetzesmaterialien 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 planwidrigen 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. Bydliński, Methodenlehre 2, S. 568 f.; Kodek in Rummel/Lukas⁴, § 6 Rz. 29.

⁷⁰ F. Bydliński, Methodenlehre 2, S. 473 f.; Posch in Schwimann/Kodek, ABGB⁴, § 7 Rz. 4; Schauer in ABGB-ON¹⁰¹, § 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, ABGB⁴ § 7 Rz. 18.

⁷⁴ Vgl. zum Ganzen Kodek in Rummel/Lukas, ABGB⁴, § 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 ABGB 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.