

Dies gilt insbesondere für die rechtliche Einordnung des «im» Stiftungsrat «tätigen» Algorithmus sowie für die Fragen rund um den bei den Stiftungsratsmitgliedern verbleibenden Kernbereich an Pflichten sowie für die Verantwortlichkeit. Es ist davon auszugehen, dass bald schon der Einsatz von Algorithmen bei Familienstiftungen bzw. bei gemeinnützigen Stiftungen an der Tagesordnung sein wird. Dabei können KI-Systeme, wenn sie im Einklang mit den allgemeinen Regeln des liechtensteinischen Gesellschaftsrechts (Art 106-245 PGR) sowie mit den speziellen Regeln zur Stiftung (Art 552 § 1-41 PGR) eingesetzt werden, wesentlich zur Erreichung des in den Stiftungsdokumenten verkörperten Stifterwillens beitragen. Der Einsatz von KI-Systemen ist insoweit grundsätzlich positiv zu beurteilen.

Was eine vollautomatisierte Stiftung anlangt, so ergeben sich im Hinblick auf die geltenden Regeln der *foundation governance* noch grosse Bedenken. Auch hier ist aber zu differenzieren. Je enger der Stiftungszweck ist, desto eher könnte man sich eine rein maschinell verwaltete Stiftung vorstellen. Hierbei hätte die Maschine lediglich die Aufgabe, die an die Begünstigten auszuschüttenen Beträge zu ermitteln.

Aus rechtspolitischer Sicht ist auszuführen, dass aktuell kein Bedarf der Schaffung einer spezifischen gesetzlichen Regelung für den Einsatz von KI im Stiftungsbereich (und allgemein auch für andere Gesellschaftsrechtsformen des PGR) zu bestehen scheint. So ist das bestehende Regelwerk zur *foundation governance*, das im Zuge der Totalrevision des Stiftungsrechts errichtet wurde, geeignet, um die laufenden Fragen über den Einsatz, die Kontrolle und die Haftung beim Einsatz von KI im Stiftungsbereich zu beantworten. Wie sich aus dem Beitrag ergibt, ist hierbei jedenfalls eine Analogie zur Delegation des Leitungsorgans an andere Personen mit entsprechender Fachkompetenz geboten. In naher Zukunft wird für die weitere Beurteilung der Rechtslage besonderes Augenmerk auf die EU-KI-Verordnung zu sein.³⁵

Organhaftung in Liechtenstein – Entwicklungen und aktuelle Herausforderungen für Stiftungsräte im Zusammenhang mit Retrozessionen

Helmut Schwärzler¹ und Martin Hermann

Der folgende Beitrag gibt einen Überblick über die jüngsten Entwicklungen in der liechtensteinischen Rechtsprechung und Gesetzgebung zum Thema «Retrozessionen» und beleuchtet die haftungsrechtlichen Konsequenzen dieser Entwicklungen für Organe von liechtensteinischen Stiftungen.

Die Autoren werden in einem ersten Kapitel den Begriff «Retrozessionen» erläutern und erklären, warum Retrozessionen grundsätzlich kritisch gesehen werden. Anschliessend werden die Autoren die jüngste Rechtsprechung und Gesetzgebung in Liechtenstein zum Thema Retrozessionen darstellen und zur neuen Gesetzgebung kritisch Stellung beziehen. Schliesslich werden die Autoren darlegen, welche haftungsrechtlichen Implikationen mit der neuen Rechtsprechung und Gesetzgebung für Stiftungsräte verbunden sind.

1. Begriffsbestimmung und Problembeschreibung

Unter dem Begriff Retrozessionen werden in der Finanzbranche verschiedene Arten von Zahlungen verstanden, die dazu dienen, den Empfänger für die Anbahnung, die Aufrechterhaltung und die Erweiterung von Kundenbeziehungen zu belohnen.

Eine einheitliche Definition des Begriffs «Retrozessionen» konnte sich bis heute nicht durchsetzen², was vor allem daran liegt, dass darunter teils sehr unterschiedliche Phänomene subsumiert werden. Was Retrozessionen sind, lässt sich daher am besten anhand von Beispielen erklären:

Wenn eine Bank z.B. im Auftrag des Kunden ein Finanzprodukt kauft, ist es möglich, dass sie vom Produktanbieter für die Förderung des Absatzes eine Zahlung (=Retrozession) erhält. Genauso ist es möglich, dass z.B. ein Vermögensverwalter, der für den Kunden die Vermögensverwaltung besorgt, von der Bank einen Teil der vereinnahmten Depotgebühren und/oder Kommissionen als Retrozession erhält.

Der liechtensteinische Gesetzgeber kennt den Begriff «Retrozessionen» nicht. Er verwendet durchgehend den Terminus «Zuwendungen» und versteht darunter in Übereinstimmung mit den europarechtlichen Vorgaben alle

³⁵ Siehe der vorliegende Vorschlag über eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für künstliche Intelligenz und zur Änderung bestimmter Rechtsakte der Union, SEC(2021) 167 final.

¹ Dr. Helmut Schwärzler ist Gründungspartner, MMag. Martin Hermann LL.M. ist Rechtsanwalt der Kanzlei Schwärzler Rechtsanwälte mit Sitz in Vaduz, Zürich und Zug (www.s-law.com). Der vorliegende Beitrag stellt eine schriftliche und überarbeitete Fassung des von Dr. Schwärzler am Stiftungsrechtstag der Universität Liechtenstein 2022 gehaltenen Vortrags dar. Schwärzler Rechtsanwälte waren in den fallgegenständlichen Verfahren als Vertreter der jeweiligen Kläger tätig.

² Vgl. *Jutzi/Wess*, Retrozessionen und sonstige Entschädigungen, GesKR 1/2022, 76; *Amadò/Molo*, in: Bundesgesetz über die Finanzdienstleistungen – Praxiskommentar, Verhaltens-, Organisations- und Verfahrensnormen des FIDLEG sowie ausgewählter Bestimmungen des FINIG (2022) Art 26 Rz 9.

Gebühren, Provisionen oder andere monetären oder nicht-monetären Vorteile, die eine Bank, Wertpapierfirma oder Vermögensverwaltungsgesellschaft erhält oder bezahlt.³

Europarechtlich sind Retrozessionen für Banken und Vermögensverwalter verpönt und seit Einführung von MiFID I im Jahr 2007 mit wenigen Ausnahmen sogar verboten.⁴ Der Grund dafür liegt darin, dass Retrozessionen zu Interessenkonflikten führen können, weil sie einen Anreiz für Banken und Vermögensverwalter darstellen, nicht im besten Interesse des Kunden zu handeln. Damit geht Hand in Hand ein Transparenzproblem, weil Retrozessionen den Kunden häufig nicht offengelegt werden, sodass ihnen der wahre Preis der Dienstleistung verborgen bleibt. Die Kunden werden dann in der Diktion des EFTA-Gerichtshofs daran gehindert, eine «informierte Anlageentscheidung» zu treffen.⁵

2. Rechtsprechung zu Retrozessionen

In der Schweiz wurde vom Bundesgericht bereits 2006 entschieden, dass Retrozessionen, die Banken und Vermögensverwalter im Rahmen eines Vermögensverwaltungsvertrags erhalten, an den Kunden herauszugeben sind.⁶ Weitere Leitentscheidungen folgten in den Jahren 2011 und 2012.⁷

In Liechtenstein war die Rechtslage bis vor Kurzem noch unklar. Mittlerweile existieren zum Thema allerdings drei höchstgerichtliche Entscheidungen, die allesamt in diesem Jahr auch vom Staatsgerichtshof bestätigt wurden.⁸

Wir werden diese höchstgerichtlichen Entscheidungen in Anlehnung an die Schweizer Judikate zum Thema Retrozessionen *Reto I*, *Reto II* und *Reto III* nennen und im Folgenden kurz deren wesentlichen Kernaussagen wiedergeben. Alle drei Entscheidungen ergingen gegen dieselbe liechtensteinische Grossbank.

2.1. Reto I:

Der OGH hielt in diesem Urteil erstmals fest, dass eine Bank Zuwendungen, die sie im Zusammenhang mit der Geschäftsbeziehung zu ihrem Kunden von Dritten erhielt, an den Kunden herausgeben muss. Er begründete dies mit § 1009 ABGB, wonach der Auftragnehmer grundsätzlich verpflichtet sei, jeden Vorteil, den er im Zusam-

menhang mit der Ausführung des Auftrags erlange, an den Auftraggeber abzuliefern.⁹

Eine Ausnahme von der Herausgabepflicht bestehe nur dann, wenn der Kunde rechtswirksam auf die Herausgabe der Vorteile verzichtet habe.¹⁰ Der OGH prüfte daher, ob sich in den Vertragsunterlagen der beklagten Bank gültige Verzichtsklauseln befanden.

Die beklagte Bank hatte verschiedene Verzichtsklauseln in ihren AGB aus den Jahren 2004, 2007 und 2010. Auf die Verzichtsklauseln in den AGB 2007 und AGB 2010 ging der OGH jedoch von vornherein nicht ein, weil er die Meinung vertrat, dass die AGB nicht gültig vereinbart worden seien. Die Änderung von AGB bedürfe, so der OGH, wie der erstmalige Abschluss von AGB, der Zustimmung des Vertragspartners. Diese würde vorliegend fehlen. Die beklagte Bank verwies zwar auf eine Vertragsklausel, die es ihr ermöglichen sollte, die AGB jederzeit einseitig zu ändern (sog. Zustimmungsfiktionsklausel). Nach Ansicht des OGH versties diese Klausel jedoch gegen Art 8 Abs 3 KschG, da sie inhaltlich keinerlei Beschränkungen erkennen lasse und der Kunde auf die für ihn massgeblichen Änderungen in den neuen AGB nicht hingewiesen worden sei.¹¹

Der OGH setzte sich folglich nur mit der Verzichtsklausel in den AGB 2004 auseinander. Diese bewertete er als zu unbestimmt, da aus ihr weder hervorgehe, ob die beklagte Grossbank tatsächlich Zuwendungen erhalte, noch in welcher Höhe, sodass der Kunde die Auswirkungen des Verzichts im Vorhinein nicht abschätzen könne.¹²

In den Entscheidungsgründen befasst sich der OGH letztlich auch noch mit der Frage der Verjährung von Ansprüchen auf Herausgabe von Zuwendungen. Dieses Thema war vor den Untergerichten kontroversiell diskutiert worden. Der OGH folgte hier der Rechtsansicht des Fürstlichen Obergerichts, das festhielt, dass solche Ansprüche erst nach 30 Jahren verjähren.¹³

2.2. Reto II:

Auch in dieser Entscheidung bestätigte der OGH, dass die beklagte Bank die Retrozessionen an ihre Kunden herausgeben muss. Gegenstand des Verfahrens war eine reine *execution-only* Geschäftsbeziehung zwischen der beklagten Bank und ihrem Kunden.

Die beklagte Bank hatte sich wieder auf ihre Verzichtsklauseln in den AGB 2004, AGB 2007 und AGB 2010 berufen. Der OGH vertrat jedoch die Rechtsauffassung, dass keine dieser AGB jemals gültig vereinbart wurde, sondern dass Vertragsgrundlage immer nur die AGB aus dem Jahr 1990 waren, die noch keine Verzichtsklausel enthielten. Er begründete dies wiederum damit, dass der Kunde den Änderungen der AGB nicht zuge-

³ Siehe Art 8c Abs 8 BankG LGBl. 1992/108 und Anhang 2 Abschnitt III. Bst. A. Vermögensverwaltungsverordnung LGBl. 2005/289.

⁴ Art 26 der RL 2006/73/EG der Kommission vom 10.08.2006, ABl L 2006/241, 26, in das EWRA übernommen mit Beschluss Nr. 21/2007 des Gemeinsamen EWR-Ausschusses vom 27. April 2007, LGBl. 2008 Nr. 106; *Brandl/Klausberger* in *Brandl/Saria*, WAG⁹ (2015) § 39 Rz 3, 4 und 21.

⁵ EFTA-Gerichtshof 15.07.2021, E-14/20 LES 2021, 139 *Ungerank*, Spruchpunkt 1.

⁶ BGE 132 III 460.

⁷ BGE 137 III 393; BGE 138 III 755.

⁸ OGH 04.09.2020, 02 CG.2019.58 (bestätigt durch StGH 2020/089) («Reto I»); OGH 06.05.2021, 15 CG.2018.219 (bestätigt durch StGH 2021/045) («Reto II»); OGH 15.12.2021, 09 CG.2018.166 IJZ 2022, 73 (bestätigt durch StGH 2021/099 LES 2022, 127 = GE 2022, 158) («Reto III»).

⁹ Reto I, Erw. 12.3.

¹⁰ Reto I, Erw. 12.4.

¹¹ Reto I, Erw. 12.6. f. In Reto II ergänzte der OGH, dass die Zustimmungsfiktionsklausel der beklagten Bank auch gegen 879 Abs 3 ABGB verstosse, weil sie Änderungen nach Inhalt und Ausmass unbeschränkt zulasse und nicht ansatzweise Beschränkungen enthalte, die den Vertragspartner vor unangemessenen Nachteilen schützen könnte (Erw. 8.4.7.).

¹² Reto I, Erw. 12.4.

¹³ Reto I, Erw. 12.1.

stimmt habe und die von der beklagten Bank ins Treffen geführte Zustimmungsfiktionsklausel unzulässig sei.¹⁴ Trotzdem setzte sich der OGH dieses Mal auch inhaltlich mit den Verzichtsklauseln in den AGB der beklagten Bank auseinander. Dabei bestätigte er erneut, dass die Verzichtsklausel in den AGB 2004 zu unbestimmt sei. Zu den Verzichtsklauseln in den AGB 2007 und AGB 2010 führte er aus, dass diese gegen § 864a ABGB verstossen würden, weil sie für den Kunden im Vergleich zu den ursprünglich gültigen AGB eine nicht vorhersehbare und nachteilige Änderung darstellen würden, auf die der Kunde dezidiert hingewiesen hätte werden müssen.¹⁵ Schliesslich hielt der OGH fest, dass diese Klauseln auch zu unbestimmt seien. Es sei wiederum nicht klar, ob die beklagte Bank Zuwendungen von Dritten erhalte (in der Klausel war nur davon die Rede, dass die Bank Zuwendungen erhalten kann) und wenn ja, in welcher Höhe.¹⁶

2.3. Retro III:

Der dritten Entscheidung des OGH zum Thema Retrozessionen ging ein Verfahren beim EFTA-Gerichtshof voraus. Der OGH hatte das nationale Verfahren vor Entscheidungsfällung mit Beschluss unterbrochen, um dem EFTA-Gerichtshof verschiedene Fragen zur Auslegung der MiFID Durchführungsrichtlinie 2006/73/EG vorzulegen. Dabei ging es im Kern um die Frage, wie eine korrekte Offenlegung von Zuwendungen gegenüber Kunden auszusehen hat.¹⁷

In seiner Entscheidung vom 15.07.2021 kam der EFTA-Gerichtshof sodann zusammengefasst zu folgenden Ergebnissen: Die Wertpapierfirma müsse dem Kunden vor Erbringung der Wertpapier- oder Nebendienstleistung unmissverständlich offenlegen, dass sie Zuwendungen erhalte, und sie müsse sich auch dazu verpflichten, auf Wunsch des Kunden weitere Einzelheiten offen zu legen und dieser Verpflichtung nachkommen.¹⁸ Die Wertpapierfirma könne zwar die Zuwendungen in AGB offenlegen, es sei aber notwendig, dass jeder einzelne Kunde die Informationen betreffend die spezifische Wertpapierdienstleistung erhalte und diese Informationen dem Kunden eine ausreichende Grundlage für eine informierte Anlageentscheidung böten.¹⁹ Eine allgemeine Offenlegung, die lediglich auf die Möglichkeit verweise, dass eine Wertpapierfirma Zuwendungen erhalten könne, reiche von vornherein nicht aus.²⁰ Der Kunde müsse auch in die Lage versetzt werden, den Betrag der Zuwendung, die die Wertpapierfirma von einem Dritten erhalte, zu ermitteln.²¹ Keine rechtsgenügende Offenlegung liege vor, wenn die Wertpapierfirma sich nur dazu verpflichte, dem Kunden für die letzten 12 Monate weitere Einzelheiten zu Zuwendungen auf Anfrage offenzulegen.²²

Diese Entscheidungsgrundsätze hatte der OGH in weiterer Folge auf das inländische Verfahren anzuwenden, in der sich die beklagte Bank auf zwei Verzichtsklauseln berief, die sich in einem Rahmenvertrag und in einem Vermögensberatungsvertrag befanden.

Der OGH kam zum Ergebnis, dass diese Verzichtsklauseln ungültig sind bzw den europarechtlichen Vorgaben widersprechen. Er hielt fest, dass sich aus den Klauseln nicht klar ergebe, dass die beklagte Bank Zuwendungen erhalte und wie hoch diese seien. Zudem sei in diesen Klauseln die Pflicht zur Offenlegung der Zuwendungen unzulässig auf die der Anfrage vorausgegangenen 12 Monate beschränkt worden. Die Verzichtsklauseln seien daher nichtig.²³

Dasselbe gelte auch für die Verzichtsklausel in den AGB 2010, auf die sich die beklagte Bank hilfsweise berufen hatte. Zudem betonte der OGH ein weiteres Mal, dass die Verzichtsklauseln in den AGB 2007 und AGB 2010 gegen § 864a ABGB verstossen und die Verzichtsklausel in den AGB 2004 zu unbestimmt sind.²⁴

2.4. Staatsgerichtshof bestätigt Entscheidungen des OGH

Die beklagte Bank erhob gegen alle drei erwähnten Entscheidungen des OGH eine Individualbeschwerde an den Staatsgerichtshof. Dieser wies die Beschwerden allerdings im März 2022 allesamt ab.²⁵

Die Entscheidungen des Staatsgerichtshofs enthielten hinsichtlich der Offenlegungspflicht eine wesentliche Präzisierung zur Frage, wie die Höhe der Zuwendungen von der Bank offenzulegen ist. Der Staatsgerichtshof räumte nämlich ein, dass es einer Bank nicht in jedem Einzelfall möglich sei, dem Kunden vorab exakt alle Zuwendungen, die sie erhalte, offenzulegen. Die Bank müsse aber, um den europarechtlichen Vorgaben gerecht zu werden, ihren Kunden zumindest Bandbreiten angeben, damit diese beurteilen können, mit welchen Zuwendungen seitens Dritter jeweils zu rechnen sein wird. Dieses Ergebnis sei auch im Einklang mit der Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts.²⁶

2.5. Fazit zur Rechtsprechung in Liechtenstein

Aufgrund der dargestellten Rechtsprechung ist in Liechtenstein geklärt, dass Retrozessionen, die Banken, Treuhänder oder Vermögensverwalter iZm einer Kundenbeziehung erhalten haben, den Kunden gehören und an diese herauszugeben sind – und zwar rückwirkend für die letzten 30 Jahre.

Der Kunde kann zwar auf die Herausgabe der Retrozessionen verzichten, dies setzt aber voraus, dass ihm vor dem Geschäft die Zuwendungen korrekt offengelegt wurden. Eine korrekte Offenlegung bedeutet:

a. der Kunde muss vorab wissen, dass die Bank/Vermögensverwalter Zuwendungen erhalten wird;

¹⁴ Retro II, Erw. 8.4.8. und Erw. 8.4.10.

¹⁵ Retro II, Erw. 8.4.10.

¹⁶ Retro II, Erw. 8.4.11.

¹⁷ OGH 04.09.2020, 09 CG.2018.166.

¹⁸ EFTA-Gerichtshof 15.07.2021, E-14/20, Antwort zu Frage 1.

¹⁹ EFTA-Gerichtshof 15.07.2021, E-14/20, Antwort zu Frage 1.

²⁰ EFTA-Gerichtshof 15.07.2021, E-14/20, Antwort zu Frage 2.

²¹ EFTA-Gerichtshof 15.07.2021, E-14/20, Antwort zu Frage 3.

²² EFTA-Gerichtshof 15.07.2021, E-14/20, Antwort zu Frage 4.

²³ Retro III, Erw. 9.6.2.c

²⁴ Retro III, Erw. 9.7.

²⁵ StGH 28.03.2022, 2020/089; StGH 28.03.2022, 2021/045; StGH 28.03.2022, 2021/099.

²⁶ StGH 28.03.2022, 2021/099, Erw. 2.5.; StGH 28.03.2022, 2021/045, Erw. 2.6.

- b. er muss wissen, wie hoch diese Zuwendungen sein werden, wobei ihm zumindest Bandbreiten anzugeben sind und
- c. die Bank/der Vermögensverwalter muss weitere Details offenlegen, wenn der Kunde dies verlangt.

Die Kriterien a) und b) gelten bei allen Retrozession, das Kriterium c) zusätzlich für alle Zuwendungen ab Einführung von MiFID I im November 2007.²⁷

In der Praxis wurden diese Kriterien nach den Erfahrungen der Autoren von keiner liechtensteinischen Bank und keinem liechtensteinischen Vermögensverwalter eingehalten. Erst mit Einführung von MiFID II Ende 2017/Anfang 2018 haben einzelne Finanzmarktteilnehmer (bei Weitem nicht alle) diese Kriterien implementiert.

3. Gesetzesänderungen

Am 07.04.2022 beschloss der Landtag eine Änderung des § 1489a ABGB, durch die Ansprüche von Kunden auf Auskunft und Herausgabe von Retrozessionen radikal, auch rückwirkend, gekürzt wurden. Die neue Bestimmung ist seit 01.07.2022 in Kraft.²⁸

Der alte § 1489a ABGB²⁹ regelte die Verjährung für Entschädigungsklagen im Zusammenhang mit der Besorgung von Finanzdienstleistungsgeschäften gegen einen von der FMA bewilligten Finanzintermediär. Er enthielt eine dreijährige relative Verjährungsfrist ab dem Zeitpunkt der Kenntnis von Schaden und Schädiger sowie eine absolute Verjährungsfrist von 10 Jahren ab dem Zeitpunkt der Geschäftsbesorgung.

Der neue § 1489a Abs 1 ABGB weitet diese Regelung jetzt auf alle Entschädigungsklagen gegen einen von der FMA bewilligten Finanzintermediär aus. Der Zusatz «im Zusammenhang mit der Besorgung von Finanzdienstleistungsgeschäften» wurde gestrichen.

Gänzlich neu eingeführt wurde § 1489a Abs 2 ABGB. Er enthält eine dreijährige relative Verjährungsfrist für Herausgabeansprüche sowie Auskunfts- und Rechnungslegungsansprüche gegen einen von der FMA bewilligten Finanzintermediär ab dem Zeitpunkt, zu welchem der Machtgeber «Kenntnis von Zuwendungen oder einem anderen aus dem Geschäft entspringenden Nutzen erhalten hat» und eine absolute Verjährungsfrist von 10 Jahren ab dem Zeitpunkt der Geschäftsbesorgung.

Von besonderer Bedeutung ist die Frage, wann der Kunde «Kenntnis von Zuwendungen oder einem anderen aus dem Geschäft entspringenden Nutzen erhalten hat». Der Wortlaut «Kenntnis von Zuwendungen [...]» spricht dafür, dass die dreijährige Verjährungsfrist erst zu laufen beginnt, wenn dem Kunden die Zuwendungen der Höhe nach offengelegt wurden. Die Regierung sieht dies im Bericht und Antrag vom 08.03.2022 jedoch anders:

«Generell kann gesagt werden, dass die Verjährungsfrist – wie im Bericht und Antrag ausgeführt – beginnt, sobald der Machtgeber Kenntnis davon erhält, dass der Gewalthaber Zuwendungen oder einen anderen aus dem Geschäft entspringenden Nutzen erhält bzw erhalten hat.»

Für den Beginn der Verjährungsfrist reicht auch der Hinweis, dass der Gewalthaber Zuwendungen erhalten kann. Eine solche Offenlegung erfolgt in der Praxis regelmässig bei der Verwendung von AGB oder anderen vorformulierten Geschäftsbedingungen, welche für alle Kunden ungeachtet dessen, ob für die betreffende Kundenbeziehungen Zuwendungen bezahlt werden oder nicht, gelten. Häufig ist beim Beginn der Geschäftsbeziehung nicht klar, ob für die betreffende Geschäftsbeziehung Zuwendungen bezahlt werden. Dabei wird dem Kunden offengelegt, dass Zuwendungen bezahlt werden können.

Die Kenntnis beginnt mit Zugang der Information an den Machtgeber, dass der Gewalthaber Zuwendungen oder einen anderen aus dem Geschäft entspringenden Nutzen erhält, erhalten hat oder erhalten kann. In welcher Weise dem Machtgeber die Information zugeht, ist nicht entscheidend. Es reicht somit z.B. das Zusenden oder auch die Publikation von neuen AGB etwa auf der Homepage des Gewalthabers als Verwender der AGB, sofern die Kunden auf die AGB hingewiesen werden und dem Kunden die AGB auf dessen Verlangen auch zur Verfügung gestellt werden. Nähere Einzelheiten über die Zuwendungen oder den aus dem Geschäft entspringenden Nutzen ist für den Beginn der Verjährungsfrist nicht erforderlich.»³⁰

Nach der Ansicht der Regierung reicht es somit zur Auslösung der dreijährigen Verjährungsfrist aus, wenn die Bank dem Kunden irgendwann einmal mitgeteilt hat, dass sie Zuwendungen erhalten kann. Bezeichnenderweise haben Banken und Vermögensverwalter in der Praxis genau das gemacht und genau diese Praxis wurde vom OGH, vom StGH und vom EFTA-Gerichtshof als europarechtswidrig kritisiert. Für die Regierung ist dies irrelevant, weil Verjährungsfragen allein Sache des nationalen Gesetzgebers seien.³¹

Neben der Änderung des § 1489a ABGB wurde auch eine Übergangsbestimmung ins Gesetz neu eingeführt, gemäss welcher der neue § 1489a ABGB ein Jahr nach seinem Inkrafttreten auch auf Ansprüche, die vor dessen Inkrafttreten entstanden sind, Anwendung findet, soweit die Ansprüche zu diesem Zeitpunkt noch nicht verjährt sind.³²

In der Praxis bedeutet dies, dass Kunden ein Jahr nach dem Inkrafttreten des § 1489a ABGB, mithin am 01.06.2023, gegenüber Banken und Vermögensverwaltern überhaupt keine Auskunfts- und Herausgabeansprüche betreffend Retrozessionen mehr haben werden, da sie in der Regel bereits 2004 darüber in Kenntnis gesetzt wurden, dass sie Zuwendungen erhalten können. Mit Zugang dieser Information wurde nach Ansicht der Regierung die dreijährige Verjährungsfrist ausgelöst.

Die neue Gesetzesbestimmung führt somit zu einer rückwirkenden Reduktion der Verjährungsfrist für Ansprüche auf Herausgabe von Retrozessionen von 30 Jahren auf 10 Jahre wegen der absoluten Verjährungsfrist und von 10 Jahren auf 0 Jahre wegen der relativen dreijährigen Verjährungsfrist. Oder mit anderen Worten: Per 01.06.2023 werden die Kunden des liechtensteinischen Finanzplatzes Ansprüche über 30 Jahre verlieren, wenn sie bis dahin nicht die Verjährung unterbrochen haben.

²⁷ Verordnung vom 16. Oktober 2007 über die Abänderung der Bankenverordnung, LGBl. 2007 Nr. 278.

²⁸ Gesetz über die Abänderung des Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches LGBl. 2022 Nr. 167.

²⁹ § 1489a ABGB idF LGBl. 2007 Nr. 272.

³⁰ BuA Nr. 2022/29, 13.

³¹ BuA Nr. 29/2022, 14.

³² LGBl. 2022 Nr. 167, II. Übergangsbestimmung.

4. Gesetzesänderung europarechts- oder verfassungswidrig?

Fraglich ist vorliegend, ob die neuen Gesetzesbestimmungen überhaupt verfassungs- und europarechtskonform sind.

Die Regierung vermochte in der neuen Regelung trotz des massiven rückwirkenden Eingriffs in Ansprüche von Kunden des liechtensteinischen Finanzplatzes keine grundrechtlichen Probleme erkennen.³³ Auf die anlässlich der ersten Lesung von mehreren Abgeordneten geäusserten verfassungsrechtlichen Bedenken ging die Regierung im zweiten BuA Nr. 29/2022 nicht mehr ein.³⁴ Auch eine Verletzung europarechtlicher Vorgaben stand für die Regierung nie ernsthaft zur Debatte. Verjährungsbestimmungen seien Gegenstand des nationalen Schuldrechts. Der EFTA-Gerichtshof habe sich damit nicht beschäftigt. Die Frage der Verjährung werde auch in den MiFID-Richtlinien nicht geregelt.³⁵

Der Staatsgerichtshof unterscheidet in seiner Rechtsprechung zwischen echter und unechter Rückwirkung von Gesetzesbestimmungen. Eine echte Rückwirkung liegt vor, wenn ein Gesetz einen zur Gänze abgeschlossene Sachverhalte neu regelt. Von einer unechten Rückwirkung wird gesprochen, wenn der Gesetzgeber auf Verhältnisse abstellt, die während der Geltungsdauer des alten Rechts entstanden sind, beim Inkrafttreten des neuen Rechts jedoch fort dauern. Die Anforderungen an den Gesetzgeber sind bei einer echten Rückwirkung wesentlich höher. Für diese bedarf es triftiger Gründe. Ausserdem muss sie im Gesetz ausdrücklich angeordnet oder zumindest klar gewollt, zeitlich mässig und durch überwiegende öffentliche Interessen gerechtfertigt sein. Bei einer unechten Rückwirkung verlangt der Staatsgerichtshof nur, dass sie die Eigentumsgarantie nicht verletzt und nicht gegen das Willkürverbot verstösst.³⁶

Ob der Staatsgerichtshof vorliegend betreffend die Übergangsbestimmung von einer echten oder unechten Rückwirkung ausgehen würde, ist schwer zu sagen. Für eine unechte Rückwirkung spricht, dass das Schuldverhältnis zwischen dem Kunden und der Bank über den Zeitpunkt des Inkrafttretens des neuen Rechts hinaus Wirkung entfaltet und der Anspruch auf Auszahlung auch bis zum 01.06.2023 weiterbesteht. Für eine echte Rückwirkung spricht demgegenüber, dass der anspruchsbegründende Sachverhalt durch die unzulässige Entgegennahme von Zuwendungen bereits in der Vergangenheit abgeschlossen wurde.³⁷

Eine echte Rückwirkung wäre vorliegend nur schwer zu rechtfertigen, da ein überwiegendes öffentliches Interesse an einer rückwirkenden Beschränkung von berech-

tigten Herausgabe- und Auskunftsansprüchen nicht ersichtlich ist. Die von Banken und Vermögensverwaltern einbehaltenen Retrozessionen sind gemäss Rechtsprechung nicht nur an die Kunden herauszugeben, sie sind auch aufsichtsrechtlich und europarechtlich verboten. Zudem liegt auch kein mässiger Eingriff in Kundenansprüche vor, wenn durch eine Gesetzesänderung de facto eine Kürzung der Kundenansprüche von 30 Jahren bewirkt wird.

Europarechtlich wären die neuen Bestimmungen im Lichte des Effektivitätsgrundsatzes zu prüfen. Dieser Grundsatz verpflichtet die Mitgliedstaaten dazu, geeignete Massnahmen zu treffen, um die Geltung und optimale Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts zu gewährleisten.³⁸ In der oben zitierten Entscheidung hielt der EFTA-Gerichtshof explizit fest, dass die Wertpapierfirma dem Kunden gegenüber Informationen zu Zuwendungen offenlegen muss, die mindestens auf den Beginn der Vertragsbeziehung mit der Wertpapierfirma zurückgehen.³⁹ Dies steht mit der Verjährung des Auskunftsanspruchs in § 1489a Abs 2 ABGB in diametralem Widerspruch und dürfte damit die effektive Wirkungskraft der Richtlinienvorgabe unterlaufen. Im Verbraucherrecht judizierte der EuGH zudem erst kürzlich, dass eine innerstaatliche Verjährungsfrist nur dann dem Effektivitätsgrundsatz genügt, wenn sie dem Verbraucher die Möglichkeit einräumt, von seinen Rechten Kenntnis zu erlangen, bevor die innerstaatliche Verjährungsfrist zu laufen beginnt oder bereits abgelaufen ist.⁴⁰ Es ist vorliegend zweifelhaft, ob diese Voraussetzung erfüllt ist, wenn dem Kunden nicht einmal anhand von Bandbreiten mitgeteilt wurde, welche Zuwendungen die Bank oder der Vermögensverwalter kassiert.

Die neuen Gesetzesbestimmungen werfen daher durchaus verfassungs- und europarechtliche Fragen auf, die die Gerichte in Zukunft noch beschäftigen könnten.

5. Konsequenzen für den Stiftungsrat

Was bedeutet die Gesetzesänderung und die dargestellte Rechtsprechung jetzt für den Stiftungsrat einer liechtensteinischen Stiftung, die Vermögenswerte bei einer liechtensteinischen Bank deponiert oder veranlagt?

Der Stiftungsrat einer liechtensteinischen Stiftung ist für die Erhaltung des Grundkapitals sowie für die Sicherstellung und den Erfolg des Unternehmens verantwortlich.⁴¹ Er hat die Stiftung mit Sorgfalt zu leiten und zu fördern und haftet für die Beobachtung der Grundsätze einer sorgfältigen Geschäftsführung und Vertretung. Sorgfältig handelt der Stiftungsrat dann, wenn er sich bei seiner unternehmerischen Entscheidung nicht von sachfremden Interessen leiten liess und vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Verbandsperson zu handeln.⁴²

³³ BuA Nr. 74/2001, 24.

³⁴ Siehe die Wortmeldungen der Abg. Daniel Seger, Erich Hasler und Thomas Rehak (Protokoll über die öffentliche Landtagssitzung vom 6./7. April 2022, S. 1895, 1896 und 1898).

³⁵ BuA Nr. 29/2022, 14.

³⁶ StGH 2001/007, JN 2001, 17, Erw. 5.1.

³⁷ Das Schweizer Bundesgericht sieht in der Verlängerung von Verjährungsbestimmungen im Steuerrecht für Sachverhalte, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der neuen Verjährungsbestimmung noch nicht verjährt sind, nur eine unechte Rückwirkung (BGE 144 II 427 E. iii.9.2.1 452). Siehe aber für einen Anwendungsfall der echten Rückwirkung BGE 131 III 327 ff.

³⁸ *Auer/Papst*, Unionsrechtlicher Effektivitätsgrundsatz und nationales Gebot eines effizienten Rechtsschutzes in der BAO, AVR 2021, 54.

³⁹ EFTA-Gerichtshof 15.07.2021, E-14/20, Rz 69.

⁴⁰ EuGH 10.06.2021, C-776/19, C-777/19, C-778/19, C-779/19, C-780/19, C-781/19, C-782/19.

⁴¹ Vgl. Art 182 Abs 1 PGR.

⁴² Business Judgment Rule, vgl. Art 182 Abs 2 PGR.

Hieraus folgt, dass der Stiftungsrat dafür zu sorgen hat, dass die Stiftung Ansprüche, die ihr zustehen, geltend macht, bevor diese verjähren. Im Lichte der oben dargestellten Rechtsprechung und Gesetzesänderung muss der Stiftungsrat somit für die von ihm vertretene Struktur bis zum 01.06.2023 gegenüber den Banken und Vermögensverwaltern Ansprüche auf Herausgabe von Zuwendungen geltend machen oder andere verjährungsunterbrechende Massnahmen setzen, ansonsten diese Ansprüche verjährt sind und er selbst aus Verantwortlichkeit für das Unterlassen der Geltendmachung haften könnte.

Angesichts der klaren Rechtsprechung des OGH, STGH und des EFTA-Gerichtshofs zur Herausgabepflicht von Retrozessionen gibt es auch keine Gründe, weshalb die Ansprüche im Einzelfall nicht geltend gemacht werden sollten. Auf die Möglichkeit, dass der Staatsgerichtshof die Gesetzesänderung als verfassungswidrig aufheben könnte, darf der Stiftungsrat mit Sicherheit nicht spekulieren.

Der Stiftungsrat sollte daher zeitnah handeln und den Vermögensverwalter und/oder die Bank schriftlich auffordern, die einbehaltenen Zuwendungen offenzulegen und an die Stiftung herauszugeben. Wenn dieser Aufforderung nicht entsprochen wird, muss er eine Stufenklage bei Gericht einbringen, um die Verjährung zu unterbrechen, es sei denn der Vermögensverwalter und/oder die Bank geben eine Verjährungseinredevverzichts-erklärung ab.

5.1. Umfang und Dauer der Haftung des Stiftungsrats

Für die Haftung des Stiftungsrats sind die Bestimmungen des Art 226 Abs 1 PGR und § 1489a Abs 1 ABGB von entscheidender Bedeutung.

Art 226 Abs 1 PGR gilt für Schadenersatzansprüche gegen Organe und enthält eine relative dreijährige Verjährungsfrist ab dem Zeitpunkt der Kenntnis von Schaden und Schädiger sowie eine absolute 10jährige Verjährungsfrist ab dem Zeitpunkt der schädigenden Handlung. Die absolute 10jährige Frist wurde neu mit LGBL. 2022 Nr. 227 eingeführt und gilt ab 01.08.2022. Auch hier gibt es eine Übergangsbestimmung, gemäss welcher die neue Bestimmung ab dem 01.08.2023 für alte Sachverhalte gilt, wenn die Ansprüche bis dahin noch nicht verjährt sind.

Auf § 1489a Abs 1 ABGB wurde bereits oben eingegangen. Die Bestimmung gilt für Entschädigungsklagen gegen einen von der FMA bewilligten Finanzintermediär und enthält ebenfalls eine relative dreijährige Verjährungsfrist ab dem Zeitpunkt der Kenntnis von Schaden und Schädiger und eine absolute 10jährige Verjährungsfrist ab der Geschäftsbesorgung.

Art 226. Abs 1 gilt somit für alle Organe liechtensteinerischer Verbandspersonen, somit auch für Organe, die nicht der FMA unterstellt sind. § 1489a Abs 1 ABGB gilt dagegen nur für Organe, die der FMA unterstellt sind. § 1489a ABGB ist damit die speziellere Norm. Zudem ist sie auch weitergehend, weil sie nicht nur der FMA unterstellte Organe, sondern schlechthin alle der FMA unterstellten Personen, mithin auch Vermögensverwalter umfasst.

Wesentliche inhaltliche Unterschiede zwischen den Bestimmungen sind im Übrigen nicht erkennbar und wären im Sinne des Gleichheitsgrundsatzes auch nur schwer zu rechtfertigen. Die absolute 10jährige Verjährungsfrist des Art 226 Abs 1 PGR beginnt zwar nach dem Wortlaut mit der schädigenden Handlung, während die absolute 10jährige Verjährungsfrist des § 1489a Abs 1 ABGB mit dem Zeitpunkt beginnt, «in welchem das Geschäft besorgt worden ist.» Im Ergebnis dürften diese Formulierung aber identisch zu handhaben sein bzw dürfte unter der Geschäftsbesorgung auch die Handlung des Schädigers zu verstehen sein, die die Haftung auslöst. Eine Interpretation dahingehend, dass unter der Geschäftsbesorgung das Finanzdienstleistungsgeschäft zu verstehen ist, also beispielsweise die Wertpapierdienstleistung der Bank, die zur Zahlung einer Retrozession führte, und nicht das die Haftung auslösende Verhalten des Organs, ist mit dem Wortlaut aber auch teleologisch nur sehr schwer in Einklang zu bringen.

Zur relativen dreijährigen Verjährungsfrist des Art 226 Abs 1 PGR judiziert der OGH in ständiger Rechtsprechung, dass diese erst dann zu laufen beginnt, wenn mit einer Anspruchsverfolgung gegen den Stiftungsrat gerechnet werden kann.⁴³ Das ist im Normalfall so lange nicht der Fall, als das Organmitglied seine Funktion als Stiftungsrat noch ausübt. Denn das verantwortliche Organ wird gegen sich selbst keine Ansprüche geltend machen und von den anderen Stiftungsräten ist im Normalfall, wenn eine engere Beziehung zwischen den Stiftungsräten besteht, und insb. dann, wenn sie für den eingetretenen Schaden selbst mitverantwortlich sind, kein Anspruchserfolg zu erwarten sein.

Das bedeutet, dass es im Regelfall für die Haftung des verantwortlichen Organs auf die absolute Verjährungsfrist von 10 Jahren ankommen wird, die nach der hier vertretenen Ansicht mit dem schadensauslösenden Ereignis zu laufen beginnt.

Das schadensauslösende Ereignis wird im vorliegenden Fall am 01.06.2023 eintreten. Bis zu diesem Zeitpunkt könnte die vom Stiftungsrat vertretene Stiftung Herausgabeansprüche auf Retrozessionen noch gegen die Bank oder den Vermögensverwalter geltend machen. Allenfalls könnte die Verjährung auch schon im Mai 2022 angefangen haben zu laufen, weil in diesem Zeitpunkt der StGH die Herausgabepflicht von Zuwendungen endgültig klärte und seit diesem Zeitpunkt jeder Stiftungsrat wissen kann und muss, dass die Zuwendungen der Stiftung gehören und von der Bank bzw dem Vermögensverwalter herauszugeben sind.

Zusammengefasst haftet der Stiftungsrat somit, wenn er nicht tätig wird, für 10 Jahre ab dem 01.06.2023 und zwar für Retrozessionen, die die Bank oder der Vermögensverwalter in den letzten 30 Jahren einnahm. Das Haftungspotential ist daher für den Stiftungsrat enorm, sodass er keine Mühen scheuen sollte, die Ansprüche der von ihm vertretenen Stiftung geltend zu machen.

⁴³ OGH 03.09.2009, 09 CG.2006.312; LES 2010, 73; OGH 05.04.2001, 1 C 586/98-38; OGH 07.01.2009, 1 CG.2006.303; *Öbri*, Die Grundlagen der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit der mit der Verwaltung und Geschäftsführung einer AG, Anstalt oder Stiftung beauftragten Organe, LJZ 4/2007, 100.

6. Conclusio:

Nach der Rechtsprechung des OGH, die sich auf ein Gutachten des EFTA-Gerichtshofs stützen kann, haben Kunden gegenüber liechtensteinischen Banken und Vermögensverwaltern Anspruch auf Herausgabe von Retrozessionen für die letzten 30 Jahre.

Diese Ansprüche werden durch die zum Schutz der Banken und Vermögensverwalter vom Landtag beschlossene Einführung des § 1489a Abs 2 ABGB samt Übergangsbestimmung per 01.06.2023 allesamt verjähren. Dabei geht es um Ansprüche von mehreren hundert Millionen Schweizerfranken. Ob dieser rückwirkende schwerwiegende Eingriff in Rechte der Kunden verfassungs- und europarechtskonform ist, wird sich zeigen.

Die neue Regelung stellt ein Musterbeispiel für Anlassgesetzgebung und deren wenig durchdachten Konsequenzen dar. Weder die Regierung, der Landtag noch die involvierte Interessenvertretung der Treuhänder haben erkannt, was die Neueinführung des § 1489a Abs 2 ABGB für Organe von Verbandspersonen in Liechtenstein bedeutet. Andernfalls wäre diese Umverteilung der Haftung für von Banken einbehaltene Retrozessionen auf Treuhänder und Organe nicht beschlossen worden. Bezeichnend für diesen aus Sicht der Treuhänder folgenschweren Fehler ist, dass die Gesetzesvorlage von der Liechtensteinischen Treuhänderkammer im Rahmen der Vernehmlassung sogar ausdrücklich begrüsst wurde.⁴⁴

Nun sind die Organe liechtensteinischer Verbandspersonen gefordert, die Banken und Vermögensverwalter umgehend zur Offenlegung und Herausgabe der zu Unrecht einbehaltenen Retrozessionen aufzufordern. Notwendigenfalls muss die gerichtliche Durchsetzung dieser Ansprüche in die Wege geleitet werden. Dies jedenfalls vor dem 31.05.2023. Ansonsten drohen enorme Haftungsansprüche.

Schutzzweck des SPG: Anmerkungen zu OGH 05 CG.2017.107 LES 2020 156

Thomas Stern*

Durch die Bilanzskandale «Wirecard» und «Commerzbank Mattersburg» wurde die jahrzehntelange Debatte zum Schutzzweck finanzmarktrechtlicher Bestimmungen erneut entfacht. In nur kurzen zeitlichen Abständen betonten Höchstgerichte in Liechtenstein und Österreich jüngst den Funktionsschutzcharakter der Banken- und Versicherungsaufsicht.¹ Nun liegt in Liechtenstein eine höchstgerichtliche Entscheidung im Zusammenhang mit dem Schutzzweck von Geldwäschepreventionsstandards vor.

1. Hintergrund: Relevanz des «Schutzzwecks»

Die deliktische Ersatzpflicht von Vermögensschäden ist nur dann zu bejahen, wenn sich deren Rechtswidrigkeit aus der Verletzung absoluter Rechte oder aus der Übertretung von Schutzgesetzen iSd § 1311 ABGB ableiten lässt.² Nach zivilrechtlichen Haftungsregeln werden ausserhalb der Verletzung absoluter Rechte demnach nur jene Schäden ersetzt, die im **Rechtswidrigkeitszusammenhang** mit der verletzten Bestimmung («Norm») stehen.

Normen, die nach ihrem Zweck vor Schädigungen schützen sollen, bezeichnet man als «Schutznormen» (Schutzgesetz nach § 1311 ABGB³). Für eine Haftung muss die Norm gerade bezwecken, den Geschädigten vor eintretenden Vermögensschäden zu schützen, wobei ausreichend ist, dass die (allfällig übertretene) Norm die Verhinderung des Schadens zumindest *mitbezweckt*.⁴ Nicht jeder Schutz, den die Verhaltensnorm tatsächlich bewirkt, ist zwingend vom **Schutzzweck** erfasst.⁵

Ob eine Norm darauf abzielt, einen bestimmten Schaden zu verhindern, ist durch teleologische **Auslegung** zu ermitteln.⁶ Bei Vertragsverletzungen ergibt sich der

* Der vorliegende Beitrag reflektiert ausschliesslich die persönliche Meinung des Autors. PD Dr. Thomas Stern, MBA ist Leiter der Abteilung Abwicklung in der FMA Liechtenstein und Mitglied in diversen europäischen Regulierungsgremien. Daneben ist er Privatdozent an der Universität Liechtenstein und Lehrbeauftragter mehrerer Universitäten und Fachhochschulen, insbesondere an der Paris Lodron Universität Salzburg. In seiner am 9.6.2022 gehaltenen Antrittsvorlesung «Wen oder was schützt die Bankenaufsicht?» an der Universität Liechtenstein behandelte er die Zielsetzung finanzmarktrechtlicher Regularien und deren Schutzwirkung.

¹ öOGH 14.7.2022 1 Ob 91/22x («Commerzbank Mattersburg»); OGH 6.5.2021 CO.2019.1 LES 2021, 120 («Schutzzweck des Versicherungsaufsichtsgesetzes»; nach Gutachten des EFTA-Gerichtshofes E 5/20 LES 2021, 5).

² OGH 7.4.2005 4 CG.2000.265-100 LES 2006, 212, Leitsatz 1a.

³ Eine demonstrative Leistung von Schutznormen findet sich bei *Reitschauer in Rummel*, ABGB³ § 1311 ABGB, Rn 4 ff, 12a.

⁴ Vgl. öOGH 28.3.1996 2 Ob 2028/96s; öOGH 13.6.2000 1 Ob 79/00z; öOGH 4.4.2006, 1 Ob 251/05a (Bank Burgenland). Damit die Differenzierungskraft des Schutzzweckes der Norm nicht völlig ausgehöhlt wird, darf dieser *Mitzweck* aber wiederum nicht zu weit verstanden werden.

⁵ öOGH 29.11.2007 1 Ob 97/07g (dort mit Verweis auf *Karollus*, Funktion und Dogmatik der Haftung aus Schutzgesetzverletzung [1992], 348).

⁶ öOGH 5.11.2002 4 Ob 236/02p.

⁴⁴ BuA Nr. 74/2021, 12.