

steueranwaltsmagazin

Arbeitsgemeinschaft Steuerrecht im Deutschen Anwaltverein

116. Ausgabe | 22. Jahrgang

6/2020

Redaktion: Jürgen Wagner, LL.M.
WAGNER & JOOS, RECHTSANWÄLTE
Konstanz (verantwortlich)

Dr. Jörg Stalleiken,
Flick Gocke Schaumburg,
Bonn

157 **Editorial**

Wagner

Beiträge

- 159 Schwärzler/Hermann **Retrozessionen
– Voraussetzungen für einen gültigen
Verzicht – Lehren aus der jüngsten
Rechtsprechung des Fürstlichen Obersten
Gerichtshofs (Teil 1)**
- 164 Söffing **Steuerliches Einlagekonto gemäß
§ 27 KStG bei rechtsfähigen Stiftungen**
- 173 Jahn **Bewegung im Gewerbesteuerrecht –
Die erweiterte Kürzung nach dem Beschluß
des Großen Senats vom 25.09.2018 und
in der Folgerechtsprechung**
- 179 Geraats **Angemessenheit der
Organvergütung bei gemeinnützigen
Organisationen – zugleich Anmerkung zu
BFH, Urteil vom 12.03.2020 – V R 5/17**
- 184 **Rechtsprechung**
Söffing
- 187 **LiteraTour**

www.steuerrecht.org

Retrozessionen – Voraussetzungen für einen gültigen Verzicht – Lehren aus der jüngsten Rechtsprechung des Fürstlichen Obersten Gerichtshofs (Teil 1)¹

Dr. Helmut Schwärzler, Mag. Martin Hermann, LL.M., Schwärzler Rechtsanwälte, Liechtenstein/Zürich/Zug²

I. Abstract/Einleitung

Retrozessionen waren und sind ein wirtschaftliches Kernelement der Finanzmarktindustrie in Liechtenstein. Die Frage, ob diese Vergütungen von Banken und Treuhändern einbehalten werden dürfen, ist in Liechtenstein erst in den letzten Jahren aufgekommen. Demgegenüber befaßte sich das Bundesgericht in der Schweiz bereits 2006 mit diesem Thema. In seiner vielbeachteten Entscheidung vom 22.03.2006 stellte das Bundesgericht fest, daß Retrozessionen auftragsrechtlich der Ablieferungspflicht an die Kunden unterliegen und die Kunden nur dann rechtswirksam auf diese Pflicht verzichten können, wenn sie zuvor vollständig und wahrheitsgemäß über deren Höhe informiert wurden.³

In der Entscheidung vom 04.09.2020 zu 02 CG.2019.58 beschäftigte sich nun auch der Fürstliche Oberste Gerichtshof („OGH“) erstmals ausführlich mit der Frage, ob eine liechtensteinische Bank, im konkreten Fall die LGT Bank AG, Zuwendungen (Retrozessionen, Vertriebsentschädigungen, Provisionen, *kick-backs*, *finder's fees*, Rabatte, *Disagios* etc.), die sie im Rahmen einer Geschäftsbeziehung mit ihren Kunden von Dritten kassierte, an die Kunden herausgeben muß.

Der OGH kam dabei zum Ergebnis, daß grundsätzlich eine Herausgabepflicht besteht und zwar unabhängig davon, ob der Kunde mit der Bank einen Beratungsvertrag abschloß oder nur eine Konto- und Depotbeziehung („*execution-only*“) bestand. Die LGT Bank AG hatte, wie andere Banken auch, in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) Klauseln, gemäß welchen der Kunde auf die Zuwendungen von Dritten verzichtete. Diese Klauseln erachtete der OGH aus unterschiedlichen Gründen für nicht anwendbar.

Der nachfolgende Artikel stellt in einem ersten Abschnitt die Entscheidung des OGH vor und beantwortet die wichtigsten Fragen zum Thema Retrozessionen und deren bereicherungsrechtliche Einordnung in Liechtenstein. In einem zweiten Abschnitt werden sodann anhand der aktuellen Rechtsprechung die Voraussetzungen näher definiert, die ein gültiger Verzicht auf Zuwendungen erfüllen muß. Dabei geht es nicht nur um die richtige Form und den richtigen Inhalt von Verzichtsklauseln, sondern auch um die Frage wie AGB, in denen sich derartige Klauseln üblicherweise befinden, gültig vereinbart werden.

Ziel der nachfolgenden Ausführungen ist es, den liechtensteinischen Banken, Vermögensverwaltern und Vermögensbera-

tern bei der Bewertung und Einordnung der auf sie durch die Entscheidung des OGH zukommenden Risiken zu unterstützen und dem rechtsuchenden Kunden des Finanzmarktes aufzuzeigen, welche Möglichkeiten der Anspruchsgeltendmachung von zu Unrecht einbehaltenen Zuwendungen bestehen.

In einem dritten Abschnitt werden verschiedene Themenpunkte vorgestellt, die im Zuge der Retrozessionsdebatte noch ungeklärt sind, wobei auch auf das Verfahren zu 09 CG.2018.166 Bezug genommen wird, in dem der OGH kürzlich einen Unterbrechungsbeschuß faßte, um dem EFTA-Gerichtshof mehrere Fragen zur Auslegung von Art. 26 der Richtlinie 2006/73/EG (MiFID Durchführungsrichtlinie) vorzulegen.

A. Entscheidung des OGH vom 04.09.2020 zu 02 CG.2019.58

1. Verfahrensgang – Stufenklage

Im Verfahren zu 09 CG.2018.166 beehrte der Kläger, eine natürliche Person mit Wohnsitz in Österreich, gegen die LGT Bank AG im Rahmen einer sog. Stufenklage die Offenlegung sämtlicher Zuwendungen, die die LGT Bank AG im Zusammenhang mit der Geschäftsbeziehung zum Kläger von Dritten erhielt und an Dritte zahlte (erste Stufe) und die Herausgabe dieser Zuwendungen an den Kläger (zweite Stufe).

Das Fürstliche Landgericht als erste Instanz wies die Klage vollständig ab, während das Fürstliche Obergericht einer vom Kläger erhobenen Berufung mit Beschluß und Teilmittel teilweise Folge gab. Die LGT Bank erhob hierauf Revision an den OGH, die jedoch ganzheitlich abgewiesen wurde. Der Vollständigkeit halber ist zu erwähnen, daß die LGT Bank AG gegen die Entscheidung des OGH eine Individualbeschwerde an den Staatsgerichtshof einbrachte. Die hier vorgestellten Ergebnisse sind damit noch nicht endgültig bestätigt.

¹ Der Beitrag erscheint aufgrund seiner Länge in diesem Heft als Teil I und im Februar 2021 als Teil II. Er erscheint in voller Länge im Liechtenstein-Journal.

² Dr. Helmut Schwärzler, Partner bei Schwärzler Rechtsanwälte, ist eingetragener Rechtsanwalt bei der Liechtensteinischen Rechtsanwaltskammer und Liechtensteinischer Notar. Zudem ist er in die Anwaltsliste gem. Art. 28 BGFA im Kanton Zürich eingetragen und hat die Eignungsprüfung gem. § 27 EuRAG, nunmehr EIRAG, beim Oberlandesgericht Innsbruck absolviert. Mag. Martin Hermann, LL.M. ist Rechtsanwalt bei Schwärzler Rechtsanwälte und bei Schwärzler Rechtsanwälte zusammen mit Dr. Alexander Amann federführend in die Fallbetreuung der gegenständlich besprochenen Rechtsfälle involviert.

³ BGE 132 III 460, 52, mehrfach bestätigt, so etwa durch BGE 137 III 393, BGE 128 III 755 oder BGE 6B_689/2016.

Bei einer Stufenklage nach Art. XV EGZPO ist zunächst zwingend über die Rechnungslegung zu verhandeln und (stattgebendfalls) darüber mit Teilurteil zu entscheiden.⁴ Die hier zu besprechende Entscheidung stellt ein Teilurteil in diesem Sinne dar. Es behandelt formal lediglich das Auskunfts- bzw. sog. Manifestationsbegehren und noch nicht das Herausgabebegehren des Klägers gegenüber der LGT Bank AG. Inhaltlich finden sich in dieser Entscheidung jedoch schon ganz wesentliche Ausführungen zur Frage der Herausgabe von Zuwendungen. Die vorgezogene Prüfung des Herausgabeanspruchs begründet der OGH damit, daß bei einer Stufenklage ein notwendiger Zusammenhang zwischen dem Rechnungslegungsanspruch und dem Herausgabe- oder Schadenersatzanspruch bestehe. Bei Verneinung des Herausgabe- bzw. Schadenersatzanspruchs dem Grunde nach sei daher gleichzeitig auch der als bloßer Hilfsanspruch konzipierte Auskunftsanspruch abzuweisen.⁵

Diese Rechtsansicht des OGH ist nach Ansicht der Autoren nicht unproblematisch, weil es sehr wohl Sachverhalte geben kann, bei denen das Interesse des Stufenklägers an der verlangten Auskunft über die Geltendmachung von Herausgabe- oder Schadenersatzansprüchen hinausgeht. Dies etwa, wenn der Stufenkläger die Offenlegung von Informationen benötigt, um zu entscheiden, ob er das Vertragsverhältnis mit der beklagten Partei weiterführen möchte. Aufgrund der Rechtsansicht des OGH ist jedenfalls Vorsicht geboten und sollte im Einzelfall genau geprüft werden, ob ein Auskunftsbegehren mittels eigener Hauptklage geltend gemacht werden muß.

Die folgenden Ausführungen beschränken sich auf jene Aspekte der Entscheidung des OGH, die sich mit der Frage der Herausgabe von Zuwendungen beschäftigen. Zum Auskunftsbegehren sei an dieser Stelle lediglich angemerkt, daß der OGH die Auskunftspflicht der LGT Bank AG hinsichtlich sämtlicher Zuwendungen bejaht, die die LGT Bank AG im Zusammenhang mit der Geschäftsbeziehung zum Kläger von Dritten erhielt.

2. Verjährung von Herausgabeansprüchen

In den Entscheidungsgründen befaßt sich der OGH gleich zu Beginn mit der Frage der Verjährung von Ansprüchen auf Herausgabe von Zuwendungen. Dieses Thema war vor den Untergerichten heiß diskutiert. Die LGT Bank AG brachte sowohl erstinstanzlich, wie auch im Berufungsverfahren vor, daß Herausgabeansprüche auf Zuwendungen nach § 1489a ABGB⁶ einer absoluten Verjährung von 10 Jahren unterliegen würden. Obwohl § 1489a ABGB ausdrücklich von „Entschädigungsklage“ spricht, sah die LGT Bank AG es als gesichert an, daß der Gesetzgeber mit dieser Bestimmung die absolute Verjährungsfrist nicht nur für Schadenersatzklagen, sondern auch für Herausgabeansprüche, welche sich auf Auftragsrecht stützen, habe regeln wollen. Während das Erstgericht diese Rechtsauffassung der LGT Bank AG noch teilte, kam das Fürstliche Obergericht zum Schluß, daß selbst bei einer an der Absicht des

Gesetzgebers angelehnten Auslegung des § 1489a ABGB kein Raum für die Rechtsansicht der LGT Bank AG bestehe, zumal auch in den Gesetzesmaterialien (BuA 2007/65) lediglich von einer Verkürzung der absoluten Verjährungsfrist für *Schadenersatzklagen* die Rede sei.⁷

Der Verjährungseinwand wurde von der LGT Bank AG, wohl aus strategischen Gründen, um eine Zementierung der Entscheidung des Fürstlichen Obergerichts zu verhindern, nicht mehr vor dem OGH aufrechterhalten. Dies hinderte den OGH jedoch nicht daran, *obiter dictum* trotzdem kurz auch auf die Verjährungsfrage einzugehen, indem er festhielt, daß er die Ausführungen des Fürstlichen Obergerichts inhaltlich uneingeschränkt teile.⁸ Diese Klarstellung des OGH ist zu begrüßen, weil sie für zukünftige Streitigkeiten Rechtssicherheit schafft.

Zusammengefaßt unterliegen daher Herausgabeansprüche auf Zuwendungen, wenn sie sich, wie im vorliegenden Fall, auf Auftragsrecht (§ 1009 ABGB) stützen, der allgemeinen Verjährungsfrist von 30 Jahren.⁹ Im Unterschied dazu besteht für Ansprüche auf Herausgabe von Zuwendungen nach Schweizer Recht eine absolute 10-jährige Verjährungsfrist.¹⁰ Diese Frist kann sich jedoch bei Erfüllung eines Straftatbestands (in Frage kommen insb. Betrug und ungetreue Geschäftsführung) auf 15 Jahre verlängern.¹¹

3. Grundsätzliche Pflicht zur Herausgabe von Zuwendungen

Der OGH setzt sich in den Entscheidungsgründen sodann mit der Grundsatzfrage auseinander, ob die LGT Bank AG Zuwendungen, die sie von Dritten erhielt, an den Kläger herausgeben muß.

4 *Konecny* in Fasching/Konecny³ Art. XLII EGZPO Rz 121; öOGH 4 Ob 288/97z; öOGH 7 Ob 186/01f; RIS-Justiz RS0108687, RS0035069; Wird das Auskunftsbegehren hingegen abgewiesen, so ist das gesamte Klagebegehren, mithin auch der Leistungsanspruch, sofort abzuweisen (*Rechberger/Klicka* in Rechberger/Klicka⁵ Art. XLII EGZPO Rz 4 m. w. N.).

5 OGH vom 04.09.2020, 02 CG.2019.58, Erw. 12.3.

6 Vgl. LGBL 2007 Nr. 272.

7 OG vom 12.05.2020, 02 CG.2019.58, Erw. 7.6. § 1489a ABGB und § 1009a ABGB wurden im Rahmen der Umsetzung der MiFID Durchführungsrichtlinie 2006/73/EG mit LGBL 2007 Nr. 272 eingeführt. Das erklärte Ziel der Durchführungsrichtlinie ist ein „hohes Maß an Anlegererschutz“ (vgl. Erwägungsgrund 5). Diesem Ziel stehen sowohl § 1489a ABGB, als auch § 1009a ABGB diametral entgegen. Während § 1489a ABGB darauf abzielt, die Folgen von MiFID I für Finanzintermediäre abzufedern, sollte mit § 1009a ABGB über die Hintertür eine Möglichkeit geschaffen werden, das verpönte Zuwendungsgeschäft am Leben zu erhalten und auf eine gesetzliche Grundlage zu stellen.

8 OGH vom 04.09.2020, 02 CG.2019.58, Erw. 12.1.

9 RIS-Justiz RS0019397; *Apathy* in Schwimann/Kodek ABGB4 § 1009 Rz 17.

10 Vgl. BGE 143 III 348 ff., Erw. 5.2.

11 Die Schweizer Gerichte haben schon mehrfach Vermögensverwalter wegen zu Unrecht einbehaltener bzw. nicht offengelegter Zuwendungen strafgerichtlich verurteilt (siehe *Susan Emmenegger*, *Luc Thévenoz*, *Martina Reber*, *Célian Hirsch*, Das Schweizerische Privatrecht 2018, SZW, 2/2019, 190 (193ff); BGE 6B_689/2016; BGE 6B_223/2010; BGE 6B_845/2014).

Diese Frage wird vom OGH unter Bezugnahme auf Auftragsrecht ohne Wenn und Aber bejaht. Zum Zeitpunkt der Eröffnung der Konto- und Depotbeziehung der Parteien hätten für den Gewalthaber die Pflichten und Nebenpflichten des § 1009 ABGB gegolten. Der Machthaber sei demnach verpflichtet gewesen, dem Machtgeber allen aus dem Geschäft entspringenden Nutzen zu überlassen. Eine Änderung sei diesbezüglich erst durch die Einführung des § 1009a ABGB am 01.11.2007 eingetreten, der unter bestimmten Voraussetzungen fingiere, daß der Machtgeber gegenüber dem Machthaber auf die Herausgabe von Zuwendungen verzichte.¹²

Irrelevant ist für den OGH in diesem Zusammenhang, ob im konkreten Fall zwischen der Bank und dem Kunden ein Beratungsvertrag oder nur eine Konto-/Depotbeziehung („*execution only*“) bestand:

*„Der Auftragsvertrag wurde jedenfalls bei jeder Transaktion geschlossen, die der Kläger durch die beklagte Partei im Hinblick auf seine Veranlagungen durchführen ließ. Für diese Veranlagungen im weitesten Sinn hat die beklagte Partei Zuwendungen Dritter erhalten. Daher kommt jedenfalls Auftragsrecht zur Anwendung.“*¹³

Dies ist eine wichtige Klarstellung seitens des OGH, weil die LGT Bank AG unter Berufung auf einen Artikel von Graf¹⁴ vorbrachte, daß ein Beratungsvertrag nicht als Auftragsvertrag qualifiziert werden könne. Dem hielt bereits das Fürstliche Obergericht entgegen, daß die auftragsrechtlichen Bestimmungen auch auf einen Beratungsvertrag zumindest sinngemäß anzuwenden seien.¹⁵ Für den OGH bedarf es jedoch keines solchen Analogieschlusses, da beim Kauf eines Finanzinstruments immer ein Auftragsverhältnis entsteht.

4. „Verzichtserklärung“ in Ziff. 15 Abs. 2 AGB, Ausgabe 09/2004 der LGT Bank AG

Der OGH prüft in weiterer Folge, ob der Kläger auf die Herausgabe der Zuwendungen rechtswirksam verzichtete, wobei er sich zunächst den ursprünglich bei Vertragsschluß auch rechtswirksam vereinbarten AGB 09/2004 widmet. Diese AGB enthielten in Ziff. 15 Abs. 2 folgenden Passus:

„Der Kunde akzeptiert, daß allfällige Vergütungen und Entschädigungen, wie z. B. Kommissionen, Bestandeszahlungen, welche der Bank durch Dritte ausgerichtet werden, von dieser einbehalten und als zusätzliches Entgelt betrachtet werden dürfen.“

Der OGH läßt dahingestellt, ob es sich bei dieser Klausel um eine Vorwegverzichtserklärung (§ 1444 ABGB) oder um eine einfache Änderung des dispositiven § 1009 ABGB handelt. Nach Ansicht des OGH setzt ein entsprechender Verzicht jedenfalls Bestimmtheit oder zumindest eine ausreichende Bestimmbarkeit voraus. Nicht ausreichend bestimmt ist nach Auffassung des OGH ein Verzicht jedenfalls dann, wenn sich die Rechtsverhältnisse, auf die er sich bezieht, im Vorhinein nicht überschauen lassen und auch die Risiken nicht voraussehbar und kalkulierbar sind.¹⁶

Unter Zugrundelegung dieser Prüfungsrichtschnur erklärt der OGH die oben zitierte Klausel in den AGB der LGT Bank AG für unwirksam. In dieser Klausel bleibe über Zuwendungen Dritter praktisch alles offen. Die Formulierung „*von dieser einbehalten und als zusätzliches Entgelt betrachtet werden dürfen*“ sei eigenartig, weil daraus nicht klar hervorgehe, ob die Bank überhaupt Zuwendungen einbehalte und ob diese dann als zusätzliches Entgelt betrachtet würden. Auch die Formulierung „*allfällige Vergütungen und Entschädigungen, wie z. B. Kommissionen, Bestandeszahlungen, welche der Bank durch Dritte ausgerichtet werden*“ sei unbefriedigend, weil wiederum offen bleibe, ob die Bank Zuwendungen erhalte. Hinzu komme, daß auch zur Höhe der Zuwendungen keine Ausführungen gemacht würden, sodaß der Vertragspartner nicht im entferntesten abschätzen könne, ob die Zuwendungen, welche die LGT Bank AG von Dritten erhalte, marktüblich seien, einmalig oder periodisch gezahlt würden etc.¹⁷

5. „Verzichtserklärungen“ in Ziff. 17 AGB, Ausgabe 11/2007 und Ziff. 17 AGB, Ausgabe 05/2010 der LGT Bank AG – Einseitige AGB Änderungsklauseln

Die AGB der LGT Bank AG enthielten in Ziff. 17 der AGB 11/2007 und Ziff. 17 der AGB 05/2010 weitere „Verzichtserklärungen“.

Der Kläger brachte diesbezüglich bereits in erster Instanz vor, daß die AGB 11/2007 und die AGB 05/2010 nicht zu Anwendung gelangen könnten, weil er einer Änderung der ursprünglich vereinbarten AGB 09/2004 niemals zugestimmt habe. Die LGT hielt dem entgegen, daß sie dem Kläger die neuen AGB jeweils mittels Schreiben habe zukommen lassen und zudem in Ziff. 20 der AGB 09/2004 eine Klausel vereinbart worden sei, die es ihr ermöglicht habe, ihre AGB einseitig zu ändern:

Ziff. 20 der AGB 09/2004 der LGT Bank AG lautet wie folgt:

„20. Änderung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen Die Bank behält sich jederzeitige Änderungen der Allgemeinen Geschäftsbedingungen vor. Diese werden dem Kunden schriftlich oder auf andere Weise bekannt gegeben und gelten ohne Widerspruch innert Monatsfrist als genehmigt.“

12 OGH vom 04.09.2020, 02 CG.2019.58, Erw. 12.3.

13 OGH vom 04.09.2020, 02 CG.2019.58, Erw. 12.4.

14 Graf, Keine Aufklärungspflicht hinsichtlich der Innenprovision bei geschlossenen Fonds im Anwendungsbereich des WAG 1996, ÖBA 2017, 480 (482)

15 OG vom 12.05.2020, 02 CG.2019.58, Erw. 7.3.

16 OGH vom 04.09.2020, 02 CG.2019.58, Erw. 12.4. mVa Holly in Kletecka/Schauer, ABGB1.05 § 1444 Rz 8; Rummel in Rummel/Lukas, ABGB4 § 869 Rz 8; öOGH 7 Ob 146/03a JBl 2004, 248 zur vergleichbaren Prämienrabattnachforderung [Apathy]; öOGH 7 Ob 227/06t VersR 2008, 519; Körber, Provisionsverzichtsklauseln in Verträgen mit selbständigen Versicherungsvertretern wbl 2006, 406; siehe auch Gruber in Kletecka/Schauer, ABGB1.06 § 937 Rz 7; RIS-Justiz RS0038546

17 OGH vom 04.09.2020, 02 CG.2019.58, Erw. 12.4.