

BESCHLUSS

Der Fürstliche Oberste Gerichtshof hat als Rekursgericht durch seinen ersten Senat unter dem Vorsitz des Präsidenten Univ.Prof.iR Dr. Hubertus Schumacher sowie die OberstrichterIn Prof. Dr. Leander D. Loacker, Dr. Marie-Theres Frick, Dr. Thomas Hasler und lic. iur. Thomas Ritter als weitere Mitglieder des Senates, ferner im Beisein der Schriftführerin Astrid Wanger in der Rechtssache der klagenden Partei ***** *****, A-6708 Brand, vertreten durch Dr. *****_***** *****, Rechtsanwalt in A-1010 Wien, wider die beklagte Partei ***** ***** ***** AG in Liquidation, Postfach *****, 9490 Vaduz, vertreten durch ***** *****, Rechtsanwälte, 9490 Vaduz, wegen EUR 8'601.56 s. A., über den Rekurs der klagenden Partei gegen den Beschluss des Fürstlichen Obergerichtes vom 15.02.2022, 08 CG.2019.16-68, mit dem infolge Berufung der beklagten Partei das Urteil des Fürstlichen Landgerichts vom 11.10.2021, 08 CG.2019.16-57, aufgehoben und die Rechtssache unter Rechtskraftvorbehalt zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung an das Erstgericht zurückverwiesen wurde, in nicht öffentlicher Sitzung beschlossen:

- I. Dem Rekurs wird *k e i n e* Folge gegeben, sondern die angefochtene Entscheidung mit der Massgabe bestätigt, dass die Aufhebung und Zurückverweisung an das Erstgericht zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung unter Bindung an die Rechtsansicht des Fürstlichen Obersten Gerichtshofes erfolgt.

- II. Die Kosten des Rekursverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

B e g r ü n d u n g :

1. Der Kläger stand mit der Beklagten, die vormals als ***** AG firmierte, in einer Bankgeschäftsbeziehung.

Die Beklagte ist eine Aktiengesellschaft liechtensteinischen Rechts mit Sitz in Vaduz. Sie befindet sich in Liquidation. Ihr Zweck war der gewerbsmässige Betrieb von Bankgeschäften im In- und Ausland.

2.1. Mit seiner am 24.01.2019 eingebrachten und am 09.12.2019 angepassten Klage begehrt der *Kläger* die Aufhebung zweier Rechtsgeschäfte mit der Beklagten, die zu Kontonummer ***** vorgenommen wurden. Dabei geht es einmal um den Kauf von 9'000 Stück ***** (*****
***** 14 für EUR 8'064.62 am 12.03.2013 und einmal um den Kauf von 5 Stück ***** Fund für EUR 536.94 am 05.05.2014. Aus der begehrten Aufhebung dieser

Rechtsgeschäfte folge ein klägerischer (Rück-)Zahlungsanspruch iHv EUR 8'601.56 samt 5% Zinsen aus EUR 9'108.00 seit 25.02.2013 sowie aus EUR 536.94 seit 06.05.2014.

Zur Begründung brachte der *Kläger* zusammengefasst vor, dass er bei der Beklagten auf Empfehlung eines Freundes hin zu der genannten Kontonummer ***** ein Depotkonto für Wertpapiere sowie damit zusammenhängend je ein Kontokorrent- und ein Kreditkonto unterhalten habe. Auf diesen Konten seien für ihn im Zeitraum von 30.03.2012 bis 06.12.2014 verschiedene *****s getätigt und auch in einen Fonds nach liechtensteinischem Recht investiert worden.

Die Beklagte habe ab 2006 die ***** ***** AG – eine Aktiengesellschaft liechtensteinischen Rechts – als Vermittlerin für künftige Kunden und Geschäftsverbindungen eingesetzt. Der Kläger habe der ***** ***** AG ausschliesslich eine Auskunftsvollmacht betreffend seine Konten bei der Beklagten erteilt, mit ihr aber keinen Vermögensverwaltungsvertrag abgeschlossen.

Die ***** ***** AG habe der Beklagten im Zeitraum vom 30.03.2012 bis 06.05.2014 mittels „Sammellisten“, auf welchen auch der Kläger aufgeschienen sei, Aufträge für *****s in konkret vorgegebene Titel bekanntgegeben. Die Beklagte habe aufgrund dieser „Sammellisten“ in hoch komplexe Titel investiert. Die *****s seien weder durch einen Vermögensverwaltungsvertrag noch durch eine Verwaltungsvollmacht gedeckt gewesen. Die Beklagte hätte diese Aufträge nicht annehmen dürfen, da sie gewusst

habe bzw. wissen hätte müssen, dass zwischen dem Kläger und der ***** AG weder ein Vermögensverwaltungsvertrag noch eine Vermögensverwaltervollmacht vorgelegen hätten.

Die Beklagte habe missachtet, dass die Aufträge von einem nicht dafür befugten Dritten gekommen seien, sodass vollmachtloses Handeln vorliege, weswegen die Investitionen nichtig seien. Mangels Rechtswirksamkeit der zugrundeliegenden Rechtsgeschäfte resp. deren absoluter Nichtigkeit habe der Kläger mithin einen bereicherungsrechtlichen Anspruch auf Rückzahlung des jeweils eingesetzten Kapitals samt den gesetzlichen Zinsen.

Die Beklagte habe (wissentlich) Aufträge von einem nicht befugten Dritten (***** AG) entgegengenommen. Eine Teilanfechtung sei möglich und zulässig, wenn ein Vertrag nach allgemeinen Regeln quantitativ und qualitativ teilbar sei. Liege eine die Teilanfechtung nicht eindeutig ausschliessende Vertragslage vor, so sei jedenfalls der Parteiwille hierzu zu erforschen. Gegenständlich werde klar ein bestimmter, von den sonstigen Rechtsgeschäften trennbarer Kauf angefochten.

Die Beklagte habe gewusst, dass die ***** AG über keine Bewilligung der FMA nach Art 5 VVG verfügt habe und zudem auf Basis der beiden Vermittlerverträge Kunden nur Geschäftsverbindungen bei der Beklagten empfehlen könne. Die ***** AG sei bloss Delegierte gewesen, dennoch habe die Beklagte deren Aufträge durchgeführt. Die Beklagte habe erkannt, dass die Aufträge zum (jeweiligen) Verkauf der hier

klagsgegenständlichen Produkte von der ***** AG gekommen seien und eben nicht von der ***** AG und schon gar nicht vom Kläger selbst. Der Beklagten sei die Nichtigkeit sämtlicher nach dem auch hier gerügten Modus durchgeführten Rechtsgeschäfte völlig bewusst und bekannt gewesen. Die klagsgegenständlichen Wertpapiergeschäfte seien eben nicht von Vermögensverwaltungsgesellschaften vermittelt worden. Die Beklagte habe die von der ***** AG beauftragten klagsgegenständlichen Investitionen mittels „Sammellisten“ tatsächlich durchgeführt, obwohl die Beklagte gewusst habe, dass die ***** AG hiezu rechtlich und in Ansehung der Delegierten-Vereinbarung nicht legitimiert sei.

Eine gröbliche Benachteiligung des Klägers sei insbesondere darin zu sehen, dass die Beklagte als lizenziertes Bankinstitut haftungsrechtliche Folgen aus der fehlenden Bewilligung der FMA der ***** AG überwälzen wolle und den Kläger haftungsrechtlich an eine blosse Delegierte im Sinne des SPV verweisen wolle.

2.2. Die *Beklagte* bestritt das Klagebegehren und wendete zusammengefasst ein:

Sie sei nur als Depotbank und nicht als Vermögensverwalterin und damit einzig als Abwicklungsstelle tätig gewesen und es hätten sie im Zusammenhang mit dem ***** keine Beratungspflichten getroffen.

Das Klagebegehren sei unschlüssig und es werde vom Kläger nicht klar dargelegt, in welchem Vorgang ein Verstoss gegen die guten Sitten liegen solle. Wenn

überhaupt, liege ein Gesetzesverstoss der ***** AG und nicht der Beklagten vor. Es sei sohin nicht schlüssig dargelegt, inwiefern Nichtigkeit vorliege. Es bleibe vollkommen unklar, welcher Vertrag angefochten werde und gemäss § 879 ABGB wegen Nichtigkeit für ungültig erklärt werden solle.

Die Aufgabe der Beklagten als Depotbank sei es gewesen, die vom jeweiligen Vermögensverwalter bei ihr eingehenden Wertpapieraufträge gemäss der Verwaltungsvollmacht, die dem Vermögensverwalter vom Kläger eingeräumt worden sei, vereinbarungsgemäss umzusetzen. Das habe sie auch ordnungsgemäss erledigt. Im Rahmen des Depotvertrags sei vereinbart worden, dass die Beklagte die Aufträge der Vermögensverwaltung umsetze, sprich Titel kaufe oder verkaufe. Diese Käufe bzw. Verkäufe seien jedoch keine gesonderten Verträge, welche einer Anfechtung unterliegen würden, sondern Teil des abgeschlossenen Konto- und Depotvertrages. In casu hätten nur zwei Titel einen Verlust gebracht und es müsse bei einer Anfechtung des Vertrages auch zu einer Nichtigkeit der gewinnträchtigen Titel kommen. Bei den Käufen der einzelnen Titel handle es sich jedoch nur um Ausführungshandlungen im Rahmen des Depotvertrages und nicht um eigenständig anfechtbare Verträge.

Die Korrespondenz sei gemäss Vereinbarung an den Kläger banklagernd zugestellt worden. Zusätzlich habe der Beklagte gewünscht, jeweils eine Kopie auf dem Wege des Zweitversands an die ***** AG sowie die ***** AG zuzustellen. Die Beklagte habe sich an diese Instruktionen gehalten. Die Beklagte habe auf dem

„Kundenprofil Trust Banking“ zu Beginn der Depotbeziehung auch Angaben über Kenntnisse und Erfahrungen des Klägers als Kontoinhaber eingeholt und der Kläger habe mittels Formulars eine positive Erklärung abgegeben.

Die ***** AG sei selbstständige Vermittlerin gewesen und unabhängig von der Beklagten aufgetreten.

Der Kläger habe Dritte zu externen Vermögensverwaltern bestimmt, und diese (***** AG, ***** AG, ***** A) gegenüber der Beklagten bevollmächtigt. Neben Vermögensverwaltern habe der Kläger die ***** AG (bereits zu Vertragsbeginn) als voneinander getrennte Auskunftsbvollmächtigte eingesetzt. Diese Auskunftsvollmacht sei durch die Auskunftsvollmacht vom 16.04.2015 zugunsten ***** ersetzt worden.

Die betreffenden Sammellisten würden eine Unterschrift des ***** enthalten. Daneben sei offenbar irrtümlich der Stempel der ***** AG angebracht. ***** habe bei der ***** AG über Einzelzeichnungsrecht verfügt und sei daher befugt gewesen, für die ***** AG entsprechende Handlungen zu setzen und für diese verbindlich aufzutreten. Die Verwaltervollmacht für die ***** AG sei am 19.03.2012 unterschrieben worden. Die beiden klagsgegenständlichen Geschäfte seien im Zeitraum als ***** Einzelzeichnungsrecht bei der ***** AG gehabt habe, in Auftrag gegeben worden. Das Setzen des Stempels der ***** AG begründe keine Nichtigkeit. Die

Sammellisten seien also als Auftrag der ***** AG zu sehen und seien für diese und nicht für die ***** ***** AG vorgenommen worden. Dies ergebe sich auch eindeutig daraus, dass sämtliche Kommissionen an die ***** AG bezahlt worden seien. Für die Beklagte sei kein Grund zur Annahme vorhanden gewesen, dass es sich nicht um eine der ***** AG zuzurechnende Verwaltungshandlung handeln solle. Es sei daher jedenfalls eine konkludente Genehmigung anzunehmen. ***** ***** sei befugt gewesen, als Stellvertreter für die ***** AG als natürliche Person zu handeln.

Da seitens der ***** AG keine Kunden aktiv in ***** akquiriert worden seien, sei die schweizerische Bewilligung zur Vermögensverwaltung auch für ***** ausreichend gewesen.

Der Kläger bediene sich der Rosinentheorie. Es sei auch in Titel investiert worden sei, die am Ende einen Gewinn abgeworfen hätten. Würde man auf Nichtigkeit umstellen, so würde dies auch gewinnträchtige Titel umfassen.

Es sei weder Nichtigkeit noch Sittenwidrigkeit gegeben. Sowohl aus dem BankG als auch aus dem VVG ergebe sich, dass selbst bei strafrechtlich relevanten Vorgängen keine Nichtigkeit vorliege.

Hinsichtlich der ***** resp. der ***** ***** AG habe es eine Besonderheit gegeben habe, dass ***** ***** bei beiden tätig gewesen sei bzw bei der ***** über eine Zeichnungsbefugnis verfügt habe. Die Prüfung, ob der Auftrag vom Vermögensverwalter gekommen sei, sei unter anderem durch Prüfung der Faxzeile des Absenders erfolgt,

durch Prüfung, ob es einen Hinweis in der E-Mail gegeben habe oder man habe sich die Aufträge telefonisch bestätigen lassen.

3. Das *Fürstliche Landgericht* gab mit Urteil vom 11.10.2021 dem Klagebegehren in seiner angepassten Form vom 09.12.2019 statt und verpflichtete die Beklagte, dem Kläger die mit CHF 12'894.10 bestimmten Prozesskosten zu ersetzen.

3.1. Das Erstgericht legte seinem Urteil (ON 57) zum eingangs wiedergegebenen Sachverhalt insbesondere folgende *Feststellungen* zugrunde (auszugsweise wörtliche Wiedergabe):

"***** ***** war der Freund des Klägers. Er riet dem Kläger, bei der damaligen ***** AG (jetzt ***** AG i.L.) Geld zu veranlagern. [...]

Vermögensverwalter mit Verwaltungsvollmacht war zu Beginn die ***** AG. Mit dem am 19.03.2012 unterzeichneten Dokument „Verwaltungsvollmacht an Dritte“ wurde der ***** AG Verwaltungsvollmacht mit Einzelzeichnungsrecht gegenüber der ***** Bank (***** AG) erteilt. Die ***** AG hat gegenüber der Beklagten die Verwaltungsvollmacht mit Schreiben vom 28.11.2014 widerrufen und um folgendes ersucht: „Bitte löschen Sie auch die damit verbundenen Versandinstruktionen betreffend der Konto- und Vermögensauszüge sowie Bankbelege“. Mittels dem Dokument „Verwaltungsvollmacht“ vom 06.12.2014 wurde die ***** A (***** Partners AG) als Verwaltungsbevollmächtigte mit Einzelzeichnungsrecht gegenüber der Beklagten bestimmt.

Die beiden Dokumente „Verwaltungsvollmacht an Dritte“ vom 19.03.2012 (***** AG) und vom 06.12.2014 (***** A) waren inhaltlich identisch. [...]

Auf der Grundlage dieser Verwaltungsvollmachten und dem Dokument "Kundenprofil Trust Banking" [...] – wurde zwischen den Parteien als vertragliche Verpflichtung vereinbart, dass für den Kläger ein Vermögensverwalter mit Verwaltungsvollmacht agiert und die Beklagte die Aufträge des Vermögensverwalters – zunächst die ***** AG, ab 19.03.2012 die ***** AG und ab 06.12.2014 die ***** A – umsetzt und daher Titel kauft oder verkauft. Die Beklagte war reine Depotbank bzw Abwicklungsstelle und betreffend die ***** des Klägers hatte sie weder eine Vermittlungsfunktion oder Aufklärungspflichten noch hatte sie betreffend die vom Bevollmächtigten für den Kläger vorgenommenen Handlungen eine Kontrollfunktion. Es war daher Aufgabe der Beklagten, die vom – aufgrund einer Verwaltungsvollmacht gegenüber der Beklagten ausgewiesenen und daher berechtigten – Vermögensverwalter bei ihr eingehenden Wertpapieraufträge umzusetzen. [...]

Der Kläger und seine Ehefrau ***** erteilten der ***** AG am 17.07.2009 eine Auskunftsvollmacht. Am 16.04.2015 erteilten sich auch an ***** die Auskunftsvollmacht bzw. das Auskunftsrecht. [...]

Der Kläger hat das unterschrieben, was ***** ihm zur Unterschrift vorlegte (PV Kläger ON 23, S 20). Der Kläger hat mit ***** die Anlagestrategie besprochen. ***** erhielt vom Kläger den Auftrag, das Geld nach bestem Wissen und Gewissen anzulegen und zu verwalten. Der Kläger hat ***** vertraut (PV Kläger, ON 56, S 5 ff). ***** konnte – zusammen mit der ***** Bank (*****) AG – mit dem Geld, was der Kläger zur Veranlagung zur Verfügung stellte, im Rahmen der vom Kläger vorgegebenen Anlagestrategie machen, was er wollte und ohne Rücksprache mit dem Kläger investieren und ***** tätigen. Der Kläger hat mit ***** nicht jedes einzelne ***** besprochen. Der Kläger hat damals nicht realisiert, dass neben ***** und der ***** Bank (*****) AG weitere Gesellschaften involviert bzw dazwischengeschaltet wurden, obwohl er die diesbezüglichen Dokumente unterschrieb. Dies hat

der Kläger erst im Rahmen dieses Gerichtsverfahrens realisiert. Hätte der Kläger bereits damals gewusst, dass jemand zwischengeschaltet war, hätte sich für den Kläger aber nichts geändert. Er hätte nichts unternommen, da er ***** vertraute.

Die ***** waren zu Beginn erfolgreich. Ab den Jahren 2012 bis 2014 wurde es schlechter und der Kontostand ging nach unten. Der Kläger verlor etwa Euro 50'000.00 bis 60'000.00. Er wusste davon, da er von ***** entsprechend informiert wurde. Der Kläger hoffte, dass es wieder aufwärts geht.

Bei der ***** AG handelt es sich um eine im liechtensteinischen Öffentlichkeitsregister eingetragene Gesellschaft und hatte bis zum 08.01.2014 folgenden Zweck:

- "a) Vermittlung von Finanzierungsberatungen sowie Versicherungsmakler-Tätigkeiten
- b) Die Beteiligung an anderen Unternehmungen
- c) Die Vornahme von Rechts- und Finanzgeschäften, die direkt oder indirekt im Aufgabenbereich liegen können".

Seit dem 08.01.2014 ist der Zweck des Unternehmens

- "a) Handelsgeschäfte aller Art
- b) die Beteiligung an anderen Unternehmungen
- c) die Vornahme von Rechts- und Finanzgeschäften, die direkt oder indirekt im Aufgabenbereich liegen können".

Die ***** AG war ab dem 11.01.2002 Inhaberin einer Gewerbebewilligung zum Zweck "Vermittlung von Finanzierungsberatungen; Versicherungsmakler". Als verantwortliches Geschäftsleitungsmitglied sowie als in der Versicherungsvermittlung tätiger Verwaltungsrat wurde ***** angegeben. ***** war bei der ***** AG bis ins Jahr 2016 Mitglied des Verwaltungsrates und Geschäftsführer mit Einzelzeichnungsrecht [...]. Mit Beschluss der Generalversammlung vom 09.12.2016 wurde die ***** AG aufgelöst und befindet sich seitdem in Liquidation.

Die ***** AG hat mit der Beklagten einen Vermittlervertrag abgeschlossen. [...] Die Beklagte hat mit der

***** ***** AG auch eine Delegationsvereinbarung abgeschlossen. [...]

Gemäss Vermittlervertrag und Delegationsvereinbarung hat die ***** ***** AG der Beklagten Kunden, aber keine Wertpapierdienstleistungen vermittelt. Die ***** ***** AG hat der Beklagten potentielle Bankkunden empfohlen, ohne dass daraus der Beklagten eine Verpflichtung entstanden ist. Dies war von der Gewerbebewilligung der ***** ***** AG gedeckt. [...]

Ganz generell kamen bei der Beklagten die Investitionsaufträge je nach Kundenkonstellation von verschiedenen Auftraggebern. Die Aufträge zum Kauf von Wertpapieren erhielt die Beklagte in der Regel als Sammelaufträge und diese sehr oft per Fax, teilweise auch elektronisch.

***** ***** hat Listen für Käufe erstellt und dabei die Kunden, Kontonummern und die weiteren Angaben in einer Auflistung – der Sammelliste – festgehalten. Auf diese Weise wurde auch der Kläger und die für ihn geplanten Investitionen erfasst und an die Beklagte [übermittelt]. Der Kläger wollte die in diesen Listen aufgeführten Titel kaufen, da er diese Investments zuvor mit ***** ***** besprach. Ohnehin war ***** ***** berechtigt, für den Kläger Investments – auch ohne Rückfrage beim Kläger – zu tätigen. Die Beklagte hat die in den Sammellisten betreffend den Kläger aufgeführten Investments getätigt und 9'000 Stück ***** (*****) Ex-Zt. 14 um EUR 8'064.62 am 12.03.2013 sowie 5 Stück ***** Information Investments Fund um EUR 536.94 am 05.05.2014 gekauft.

Für den Fall, dass ein Bankkunde einen Vermögensverwalter bevollmächtigte, mussten die Sammelaufträge den Stempel des Vermögensverwalters samt einer Unterschrift eines dafür Zeichnungsberechtigten enthalten, weil nur der Vermögensverwalter zur Erteilung solcher Aufträge berechtigt war. Die Mitarbeiter der Beklagten hatten in Fällen, in denen trotz Bevollmächtigung eines Vermögensverwalters von diesem auf einem solchen Sammelauftrag nicht der Stempel samt Unterschrift

angebracht war, die Faxadresse, von denen der Sammelauftrag abgesendet wurde, zu prüfen.

Die ***** AG war zu keinem Zeitpunkt Vermögensverwalter. Dies wusste die Beklagte bzw deren Mitarbeiter. Die ***** AG hat keine Wertpapiergeschäfte vermittelt. War daher ein Sammelauftrag etwa nur von der ***** AG gestempelt, aber von der Faxadresse des Vermögensverwalters abgesendet worden oder in dem die Sammeliste betreffenden Email ein Hinweis des oder zum Vermögensverwalters enthalten, dann war der Auftrag für die Bankmitarbeiter in Ordnung. Jedenfalls war bei Kaufaufträgen der ***** AG üblicherweise auch der Stempel der ***** angebracht, solange sie Vermögensverwalterin war.

Betreffend das Konto des Klägers [...] bei der Beklagten erhielt die Beklagte die "Sammeliste *****-FL-Käufe für Euro-Investierung".

Dieses Dokument wurde von der Firma ***** AG gestempelt, bei den Stempeln der ***** AG hat ***** unterzeichnet. [...]

Der Sammelauftrag vom 17.04.2014 wurde von [dem Mitarbeiter der Beklagten] ***** geprüft, welcher darauf sein Kürzel anbrachte. Es kann nicht festgestellt werden, dass jemand von der Beklagten – etwa die handelnden Bankmitarbeiter ***** oder ***** – betreffend diesen Sammelauftrag beim Vermögensverwalter oder bei dafür zuständigen bzw berechtigten Personen rückfragte, obwohl nur der Stempel der ***** AG und kein Hinweis auf einen Vermögensverwalter angebracht war. Eine Verifizierung durch den Vermögensverwalter wäre notwendig gewesen. Einen solchen Sammelauftrag hätte ***** nicht abgezeichnet. Es kann nicht festgestellt werden, wie und woher diese Sammeliste der Beklagten übermittelt wurde.

Am 08.03.2013 erhielt die Beklagte folgende "Sammeliste":
[Bild]

Der für diesen Sammelauftrag handelnde Bankmitarbeiter *****
***** wusste zum damaligen Zeitpunkt, dass die ***** ***** AG,
welche die Sammeliste per Fax abschickte, keine
Vermögensverwalterin war, und dass der hinter der ***** *****
AG stehende ***** ***** lediglich Tippgeber war.

Es kann nicht festgestellt werden, dass jemand von der Beklagten
– etwa die handelnden Bankmitarbeiter ***** ***** oder *****
***** – betreffend diesen Sammelauftrag beim
Vermögensverwalter oder bei dafür zuständigen bzw berechtigten
Personen rückfragte, obwohl nur der Stempel der ***** ***** AG
und kein Hinweis auf einen Vermögensverwalter angebracht war
und der Sammelauftrag von der ***** ***** AG gesendet wurde.
Eine Verifizierung durch den Vermögensverwalter wäre notwendig
gewesen. Einen solchen Sammelauftrag hätte ***** ***** nicht
abgezeichnet."

3.2. In rechtlicher Hinsicht führte das Erstgericht
aus, dass sich die Aufgabe der Beklagten darauf beschränkt
habe, Wertpapieraufträge der jeweils vom Kläger
bevollmächtigten und dementsprechend ausgewiesenen
Vermögensverwalter umzusetzen. Dass die ***** *****
AG zu keinem Zeitpunkt eine solche Vermögensverwalterin
war, sei der Beklagten bei Zugang der
klagsgegenständlichen, ausschliesslich von der *****
***** AG gestempelten und keinen Hinweis auf einen
Vermögensverwalter aufweisenden Sammelaufträge
bekannt gewesen. Sofern die Beklagte dessen ungeachtet
Investments getätigt habe, sei dies rechtsgrundlos
geschehen, und der Kläger zur Rückforderung der dafür aus
seinem Vermögen verwendeten Beträge samt 5% Zinsen
berechtigt.

An der solcherart angenommenen Nichtigkeit der
klagsgegenständlichen Wertpapierkaufverträge ändere auch

der Umstand nichts, dass der die Aufträge dazu unterzeichnende ***** im massgeblichen Zeitpunkt (auch) für den Vermögensverwalter ***** AG zeichnungsberechtigt war. Denn nichts weise darauf hin, dass er dabei für diesen Vermögensverwalter oder für sich selbst habe tätig werden wollen. Vielmehr habe er im Namen der (nicht zur Auftragserteilung berechtigten) ***** AG unterzeichnet.

Nachdem es gegenständlich ausschliesslich darum gehe, ob die Aufträge zur Vornahme der klagsgegenständlichen Wertpapierkäufe von einer dazu legitimierten Person stammten, komme auch der von der Beklagten herangezogenen, sog Rosinentheorie keine Bedeutung zu. Klärungsbedürftig sei nämlich gerade nicht die Frage pflichtwidriger Vermögensverwaltung, unzureichender Beratung oder die (fiktive) Entwicklung von Wertpapierpositionen.

4. Das *Fürstliche Obergericht* gab der dagegen erhobenen Berufung der Beklagten Folge, hob das erstinstanzliche Urteil auf und verwies die Rechtssache zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung an das Erstgericht zurück. Es setzte dem Aufhebungsbeschluss einen Rechtskraftvorbehalt bei.

4.1. Während die Beweisrüge der Beklagten verworfen wurde, sei der von der Beklagten geltend gemachte Berufungsgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung durch das Erstgericht (teilweise) verwirklicht: Zwar sei mit dem Erstgericht davon auszugehen, dass vollmachtsloses Handeln der Wirksamkeit der Vertretungshandlung entgegenstehe. Doch folge aus § 1016

ABGB die Möglichkeit einer Sanierung des zunächst vollmachtslosen Handelns mit der (bei wirksamer Sanierung eintretenden) Folge der Zurechnung an den Vertretenen. Eine nicht (hinreichend) von einer Vollmacht gedeckte Vertretungshandlung bleibe angesichts dieser Sanierungsmöglichkeit durch den Vertretenen schwebend unwirksam. Zu einer Zurechnung und damit zu einer Wirksamkeit der Vertretungshandlung komme es, sobald der unwirksam Vertretene das jeweilige Geschäft genehmige oder sich daraus entstandene Vorteile zuwende.

Für die Vornahme einer solchen Genehmigung kämen dabei nicht nur der Kläger, sondern auch von ihm bevollmächtigte Vermögensverwaltungen in Betracht, da auch Genehmigungshandlungen nicht vertretungsfeindlich seien.

Das erstinstanzliche Urteil lasse hingegen Feststellungen zur Frage der Vorteilszuwendung ebenso wie solche zu einer allfälligen Genehmigung des vollmachtslosen Handelns der ***** AG durch die ***** AG (dies wiederum mit Wirkung für den Kläger) vermissen. Nachdem es insofern am erforderlichen Tatsachensubstrat fehle, könne über eine entscheidungsrelevante Rechtsfrage nicht abschliessend abgesprochen werden. Dies mache die Aufhebung der erstinstanzlichen Entscheidung zur diesbezüglichen Verbreiterung der Sachverhaltsgrundlage nötig.

4.2. Dieselbe Notwendigkeit der Sachverhaltsverbreiterung bestehe mit Blick auf die Beurteilung des Erfordernisses einer Bewilligung nach Art 5 VVG auf Seiten der (schweizerischen) ***** AG für die

von dieser in ***** erbrachten Wertpapierdienstleistungen. Nachdem das erstinstanzliche Urteil keine Feststellungen dahingehend enthalte, ob die ***** AG als drittstaatliche Vermögensverwaltungsgesellschaft aktiv in ***** Kunden akquiriert habe (was die Bewilligungspflicht auslösen und im gegenteiligen Fall von ihr befreien würde), fehle es auch am nötigen Tatsachensubstrat, um zu beurteilen, ob mit den klagsgegenständlichen Verträgen gegen ein gesetzliches Verbot – nämlich das bewilligungslose Erbringen oder Vermitteln von Vermögensverwaltungsleistungen – verstossen wurde und welche Rechtsfolgen dies nach sich ziehen würde.

Mit Blick auf nicht zur Kategorie der professionellen Anleger gehörende Personen wie den Kläger würde der erhöhte Anlegerschutz umgangen, wenn Vermögensverwalter in ***** rechtswidrig bewilligungslos auftreten könnten. Deshalb werde der Normzweck der einschlägigen VVG-Bestimmungen nur verwirklicht, wenn die Geschäfte solcher Vermögensverwalter der Nichtigkeitssanktion des § 879 ABGB unterliegen würden.

5. Diese Entscheidung bekämpft der Kläger mit rechtzeitigem, auf den Rechtsmittelgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung gestützten "Revisionsrekurs" (zur korrekten Bezeichnung als Rekurs s LES 2019, 236). Er beantragt, den angefochtenen Beschluss ersatzlos aufzuheben, hilfsweise "die Urteile" der Unterinstanzen aufzuheben und die Rechtssache zur Ergänzung des Verfahrens und zur neuerlichen Entscheidung an das Berufungsgericht oder an das Erstgericht

zurückzuverweisen. Ferner stellt der Kläger einen Kostenantrag.

Die Beklagte bestreitet in ihrer ebenfalls fristgerecht eingebrachten "Revisionsrekursbeantwortung" das Vorliegen des geltend gemachten Rechtsmittelgrundes und beantragt, dem "Revisionsrekurs" keine Folge zu geben und den Kläger zum Ersatz der Kosten des Rekursverfahrens zu verpflichten.

6. Der Kläger bringt in seinem Rekurs im Wesentlichen vor, die vom Fürstlichen Obergericht unter Verweis auf Art 37 VVG und die darauf Bezug habenden Materialien (BuA 2005/53, 69 f) angestellten Auslegungsbemühungen, die in dem obergerichtlichen Befund unzureichender erstgerichtlicher Feststellungen zur Frage der Aktivakquise durch die ***** AG münden, seien verfehlt. Tatsächlich habe Letztere bereits durch den blossen Umstand der Nicht-Einholung der Bewilligung gegen die sie treffenden gesetzlichen Pflichten verstossen. Im Übrigen habe das Fürstliche Landgericht "zumindest inhärent" bereits ein Bewilligungserfordernis auf Seiten der ***** AG festgestellt. Aus dem "Akteninhalt" sowie aus den Feststellungen lasse sich nämlich erkennen, dass die ***** AG aktiv Kunden angeworben habe "respektive es lebensfremd wäre[,] anzunehmen, dass sie dies nicht getan hat".

7. Die Beklagte bringt in ihrer Rekursbeantwortung im Wesentlichen und zusammengefasst Folgendes vor:

Das klägerische Vorbringen, wonach es auf die Frage der Aktivakquise zur Beurteilung des

Bewilligungserfordernisses nicht ankomme, erfolge ohne erkennbare Begründung. Tatsächlich sei diese Frage für das Vorliegen einer Bewilligungspflicht entscheidend.

Zur Begründung der Herleitung der für die Bewilligungspflicht des VVG angelegten Unterscheidung nach der Geschäftsinitiative sei auch dessen Umsetzungshintergrund zu beachten: Demnach stellten die in der MiFID II-Richtlinie vorgesehenen Drittstaatenregelungen, die es den Mitgliedstaaten überlassen, für drittstaatliche Unternehmen, die an Kleinanleger und gekorene professionelle Kunden Dienstleistungen erbringen wollen, Zweigniederlassungserfordernisse vorzusehen, mit Blick auf ***** de facto "totes Recht" dar. In entsprechenden Praxiskonstellationen gehe es regelmässig um die Erbringung von sog Korrespondenzdienstleistungen, also solchen, bei denen weder Anbieter noch Nachfrager ihren Staat verlassen würden. Eben diese Korrespondenzdienstleistungen seien gemeint, wenn in der MiFID II-Richtlinie die Formulierung "auf Veranlassung des Kunden" verwendet werde. Für solche Dienstleistungen hätten die "Anforderungen einer Zulassung" (Art 42 Abs. 1 MiFID II-Richtlinie) gerade nicht zu gelten. Auch sei Erwägungsgrund 111 der MiFID II-Richtlinie zu bedenken, wonach die Richtlinie gerade nicht die Möglichkeit von in der Union ansässigen Personen beeinträchtigen wolle, "Wertpapierdienstleistungen einer Drittlandfirma auf ihre eigene ausschließliche Veranlassung in Anspruch zu nehmen." Aus Erwägungsgrund 43 der ebenfalls im VVG umgesetzten MiFIR-Verordnung folge nichts anderes.

Zwar sähen weder die MiFIR-Verordnung noch die MiFID II-Richtlinie Regelungen auch zur sog passiven Dienstleistungsfreiheit vor (also jener, bei welcher der Nachfrager den Anbieter im Ausland aufsuche), doch komme es nicht auf die Anwesenheit des Kunden im Ausland, sondern – bei Korrespondenzdienstleistungen ebenso wie bei der passiven Dienstleistungsfreiheit – alleine darauf an, von wem die Geschäftsinitiative ausgegangen sei. In beiden Fällen könnten daher tatsächlich auf dem Gebiet der Union erbrachte Leistungen rechtlich als nicht in diesem Gebiet erbracht anzusehen sein.

8. Dazu hat der *Fürstliche Oberste Gerichtshof* erwogen:

Der Rekurs ist gem § 487 Abs 1 Z 3 ZPO zulässig; er ist aber im Ergebnis nicht berechtigt.

8.1 Zur Frage des anwendbaren Rechts

Nachdem der Kläger im kollisionsrechtlich massgeblichen (Vertragsschluss-)Zeitpunkt in Österreich domiziliert war und Ansprüche gegenüber der Beklagten als einer Aktiengesellschaft liechtensteinischen Rechts mit Sitz in Vaduz geltend macht, liegt ein Sachverhalt mit relevanter Auslandsberührung vor. Dieser gebietet eine Ermittlung des anwendbaren Rechts auf Grundlage des internationalen Privatrechts. Die Vorinstanzen sind insofern (ohne nähere Begründung) von der Massgeblichkeit liechtensteinischen Rechts ausgegangen; die Streitparteien haben dies zu keinem Zeitpunkt in Zweifel gezogen. Auch wurde zwischen ihnen in den verschiedenen streitgegenständlichen Formularverträgen mindestens teilweise ausdrücklich die Geltung

liechtensteinischen Rechts iSd Art 39 Abs 1 IPRG vereinbart (s etwa Urkundenkonvolut Beilage 14: Rahmenvertrag, Pkt 17.4: "Alle Geschäftsbeziehungen zwischen der Bank und dem Kunden unterliegen dem Recht des Fürstentums Liechtenstein." Die Echtheit dieser Urkunde wurde gem Tagsatzungsprotokoll vom 18.11.2019 [ON 18, S 2] anerkannt, weshalb sie als im Verfahren vorgelegte Urkunde, deren Inhalt unstrittig ist, der Entscheidung des Fürstlichen Obersten Gerichtshofs ohne weiteres zugrunde gelegt werden kann, auch wenn der entsprechende Inhalt nicht eigens festgestellt wurde – s F OGH 09 CG.2017.82 Erw 8.4.1).

Zwar erscheint es nicht ausgeschlossen, dass bei Vorliegen eines Verbrauchervertrages die Anwendung des Art 45 IPRG zur Massgeblichkeit österreichischen Rechts führen könnte, doch müsste dazu – trotz gem Art 2 f IPRG amtswegig erfolgreicher Ermittlung und Anwendung des anwendbaren Rechts – im Rahmen der Rechtsrüge zumindest ansatzweise dargelegt werden, warum nach diesem Recht ein günstigeres als das auf Grundlage des liechtensteinischen Rechts erzielte Ergebnis zu erwarten wäre (stRspr; s bereits F OGH vom 05.10.2018 zu 09 CG.2017.82 unter Verweis auf F OGH vom 06.02.2015 zu 10 CG.2010.274, Erw 8.2.1 c) ua; ferner RIS-Justiz RS0040189 [T 5]). Ein diesbezügliches Vorbringen ist unterblieben, wäre aber nötig, um auf die Frage des anwendbaren Rechts eintreten zu können (s auch schon F OGH 05 CG.2015.168, Erw 9.3.1; F OGH 06 CG.2015.215 Erw 8.1; F OGH 03 CG.2011.374 Erw 12.1). Es hat daher bei der Anwendung liechtensteinischen Rechts zu bleiben

(ebenso etwa F OGH 09 CG.2018.233 Erw 8.1; F OGH 07 CG.2017.59 Erw 8.2).

8.2. Zur Hauptsache

8.2.1. Das Obergericht legt seinem Aufhebungsbeschluss im Ergebnis die Annahme zweier sekundärer Feststellungsmängel der erstinstanzlichen Entscheidung zugrunde. Einerseits bestünden diese darin, dass dort bisher Feststellungen darüber fehlen, ob und inwiefern es seitens der vom Kläger mit der Vermögensverwaltung beauftragten ***** AG zu Genehmigungshandlungen gekommen ist, die das zunächst unstrittig vollmachtslose Handeln der ***** AG an den Kläger rückwirkend zurechenbar machen. Andererseits fehle es an Feststellungen dazu, ob die ***** AG aktiv in ***** Kunden akquiriert hat – was wiederum eine Bewilligungspflicht ausgelöst hätte und bejahendenfalls die Frage der Rechtsfolgen bewilligungslosen Handelns aufwirft.

8.2.2. Der Kläger wendet sich in seinem Rekurs im Ergebnis ausschliesslich gegen das Vorliegen des zweitgenannten sekundären Feststellungsmangels. Soweit er insofern ausführt (ON 69, S 5), es sei "nicht ausschlaggebend", ob die ***** AG aktiv Kunden in ***** angeworben habe, steht dem bereits der klare Wortlaut des Art 37 VVG ("sofern sie in ***** aktiv Kunden akquirieren") ebenso entgegen wie die erläuternden Bemerkungen zu dieser Bestimmung (BuA 2005/53, 69 f). Letztere zitiert der Kläger in seinem Rekurs in wörtlicher Übereinstimmung mit dem Obergericht nochmals – ohne

allerdings die daraus zu ziehenden Schlussfolgerungen anzustellen.

In den genannten erläuternden Bemerkungen wird nämlich klargestellt, dass selbst neue Geschäftsbeziehungen zu liechtensteinischen Kunden keiner Bewilligung bedürfen, solange die Initiative dazu vom Kunden und nicht vom drittstaatlichen Vermögensverwalter ausging. Liechtensteinische Kunden, die solche Vermögensverwalter heranzögen, müssten sich nur bewusst sein, "dass diese nicht dem liechtensteinischen VVG unterliegen und somit das Schutzniveau wesentlich geringer sein kann." (BuA 2005/53, 70).

Den Ausführungen der Beklagten, wonach bei der Auslegung des VVG insbesondere auch die Umsetzungsvorgaben von MiFID II und MiFIR zu beachten sind, ist grundsätzlich zuzustimmen (s dazu auch BuA 2017/14, 9 ff). Auch regeln die genannten Vorgaben bestimmte Aspekte der Erbringung der sachlich erfassten Dienstleistungen durch drittstaatliche Unternehmen (vgl *Sethe/Brencke* in *Schäfer/Sethe/Lang*, Hdb der Vermögensverwaltung³ § 3 Rz 98 mwN).

Allerdings sind die genannten europäischen Rechtsakte erst nach der Verwirklichung des klagsgegenständlichen Sachverhalts in Kraft getreten und daher für diese nicht von unmittelbarer Relevanz. Für ihn ist stattdessen der vormalige, insbesondere durch die MiFID I-Richtlinie vorgegebene Rechtsrahmen massgeblich, dessen Umsetzung das VVG zuerst diente (dazu BuA 2005/53, 15). Dieser Rechtsrahmen zeichnete sich im Vergleich zur heutigen Rechtslage nach der MiFID

II-Richtlinie hinsichtlich der Tätigkeit drittstaatlicher Anbieter auf dem Binnenmarkt insbesondere durch das Fehlen von ausdrücklichen Klarstellungen dazu aus, dass ausschliesslich auf Kundeninitiative von Drittstaatenanbietern grenzüberschreitend ohne Präsenzbegründung erbrachte Leistungen nicht von den Richtlinienvorgaben erfasst werden (s *Sethe*, SZW 2014, 620; ferner *Sethe/Brencke*, § 3 Rz 98). Auch finden sich heute in MiFID II Klarstellungen dazu, wann die Leistungserbringung nicht mehr als ausdrücklich vom Kunden veranlasst gilt bzw wann eine Initiative des Drittstaatenunternehmens anzunehmen ist. Im Vergleich der beiden Regime (MiFID I und II) ist die heutige Rechtslage demnach klarer ausgestaltet, was aber nicht bedeutet, dass sie sich im hier allein interessierenden Punkt des Bewilligungserfordernisses inhaltlich geändert hätte. Vielmehr ist davon auszugehen, dass ausschliesslich infolge Kundeninitiative erbrachte Korrespondenzdienstleistungen oder solche, die im Wege der passiven Dienstleistungsfreiheit erbracht wurden, weder von Regulierungsvorgaben durch MiFID I noch durch MiFID II erfasst werden. Dies spiegelt sich ua darin, dass der heute in Kraft befindliche Art 37 VVG gegenüber seiner Stammfassung in LGBI-Nr 2005.278 stets völlig unverändert geblieben ist.

Seit seinem erstmaligen Inkrafttreten gilt: Während in ***** Aktivakquise betreibende, drittstaatliche Vermögensverwalter einer FMA-Bewilligung bedürfen (dazu *Schopper/Raschner/Walch* in *Schäfer/Sethe/Lang*, § 62 Rz 44 mwN) greift im umgekehrten Fall der ausschliesslich kundenseitigen Initiative eine Ausnahme

von dieser Bewilligungspflicht. Der Frage der Veranlassung des jeweiligen Rechtsgeschäfts kommt also (entgegen dem Kläger) zentrale Bedeutung für den von ihm behaupteten Verstoss gegen die Bewilligungspflicht seitens der ***** AG zu, da sich ein solcher Verstoss ohne die Bestimmung der in Art 37 VVG enthaltenen Bereichsausnahme gar nicht beurteilen lässt.

Eine rechtssichere Beurteilung dieser Bereichsausnahme durch Verortung der Geschäftsinitiative auf Seiten des Klägers oder auf Seiten der ***** AG ist indessen – wie das Obergericht zu Recht festhält – auf Grundlage der bisherigen erstinstanzlichen Feststellungen nicht möglich. Die dem im Rekurs entgegengesetzten Ausführungen des Klägers, wonach es "lebensfremd" sei, nicht von einer Aktivakquise der ***** AG auszugehen, weshalb die erstinstanzliche Entscheidung "zumindest inhärent" ein Bewilligungserfordernis festgestellt habe, gehen ins Leere.

Allerdings setzt das Vorliegen eines sekundären Feststellungsmangels voraus, dass die nicht festgestellte Tatsache unabdingbare Entscheidungsvoraussetzung ist (RIS-Justiz RS0042477 [T2, T6]). Dies wäre vorliegend wiederum nur dann der Fall, wenn unter Verstoss gegen die Bewilligungspflicht des Art 5 VVG zustande gekommene Geschäfte nichtig im Sinne des § 879 Abs 1 ABGB wären – wie dies das Obergericht in seinem Aufhebungsbeschluss (Erw 6.2.7.4) annimmt. Bei einmal bejahter Nichtigkeit wäre sodann auf die Frage einer Genehmigungsmöglichkeit durch Stellvertreter (hier: des Klägers durch die ***** AG) jedoch gar nicht mehr einzugehen. Denn eine Genehmigung

heilt nur das Fehlen der Vertretungsmacht, nicht aber andere Wirksamkeitshindernisse wie Gesetzes- oder Sittenwidrigkeit (zur insofern parallelen deutschen Rechtslage *Schilken* in *Staudinger*, BGB [2019] § 177 Rz 9 mwN). Die Frage der Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts aus solchen Wirksamkeitshindernissen ist daher vor jener seiner Genehmigung zu prüfen.

Das Obergericht nimmt an, einer allfälligen Genehmigung des vollmachten durch die ***** AG erteilten Auftrags durch die ***** AG liege eine Vermögensverwaltungsmassnahme iSd Art 3 VVG zugrunde. Folgt man dem und hätte die ***** AG tatsächlich über eine FMA-Bewilligung iSd Art 5 VVG verfügen müssen (was auf Grundlage des erstinstanzlich festgestellten Sachverhalts wie dargelegt nicht eindeutig beurteilbar ist), läge bei Fehlen einer solchen Bewilligung zweifellos ein Gesetzesverstoss auf Seiten ***** AG vor. Allerdings ist keineswegs jeder Gesetzesverstoss mit der Nichtigkeit des betreffenden Geschäftes gleichzusetzen (für viele *Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁵ [2018] Rz 551). Dies verkennt auch das Obergericht nicht, indem es zu Recht und unter Verweis auf *Graf* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 879 Rz 5 davon ausgeht, dass eine Nichtigkeitssanktion in Abwesenheit ihrer ausdrücklichen Anordnung nur im Lichte des Normzwecks beurteilt werden kann und für sie insbesondere der Umstand einer sonstigen Vereitelung des Normzwecks spricht.

8.2.3. Entgegen dem Obergericht (Erw 6.2.7.4, S 50) kann der Zweck der einschlägigen VVG-Normen jedoch nicht nur durch eine Nichtigkeitssanktion iSd § 879 ABGB

verwirklicht werden. Zunächst sieht nämlich Art 62 Abs 1 lit b VVG für die (vorliegend offen bleibende) bewilligungslose Erbringung von Dienstleistungen iSd Art 3 Abs 1 VVG eine eigene Strafbestimmung vor. Die Anordnung solcher anderer, spezifischer Rechtsfolgen ist bei der Beurteilung des Normzwecks beachtlich, weil sie gegen die Annahme einer zusätzlichen Nichtigkeitssanktion sprechen kann, wenn diese vom jeweiligen Gesetz, gegen das verstossen wurde, nicht vorgesehen ist (vgl allg *Welser/Kletečka*¹⁵ Rz 551 mwN).

Hinzu kommt, dass der Zweck des Bewilligungserfordernisses nach Art 5 resp des darauf Bezug nehmenden Art 37 VVG keineswegs den *Inhalt* von Rechtsgeschäften wie den hier gegenständlichen betrifft. Vielmehr geht es ausweislich der Gesetzesmaterialien neben der Umsetzung von europarechtlichen Vorgaben darum, Drittstaaten gegenüber EWR-Mitgliedstaaten nicht besser zu behandeln und gleichzeitig den Vorgaben des GATS gerecht zu werden (vgl BuA 2005/53, 69 f). Der Normzweck liegt demnach in der Regulierung von Marktzugangs- und Zulassungsvoraussetzungen bzw (bei gleichzeitiger Nichteinschlägigkeit der Bereichsausnahme und trotzdem fehlender Bewilligung) in der Anordnung eines Abschlussverbotes – nicht aber eines Inhaltsverbotes. Auch das spricht zumindest in der Tendenz gegen eine Nichtigkeitsannahme (ebenso etwa *Krejci* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 879 Rz 31; ferner *Bollenberger/P. Bydlinski* in *KBB*⁶ § 879 Rz 4; zweifelnd *Graf* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 879 Rz 6).

Diesen Aspekt aufgreifend wird in rechtsvergleichender Umschau etwa im deutschen Kapitalanlagegesetzbuch (KAGB) zwar ebenfalls eine Erlaubnispflicht für den Geschäftsbetrieb von Kapitalverwaltungsgesellschaften vorgesehen (§ 20 Abs 1 S 1 KAGB), gleichzeitig bleiben erlaubnislose Investmentgeschäfte jedoch zivilrechtlich wirksam, weil das Verbot nur den Abschluss des jeweiligen Geschäfts erfasst (*Wieland* in *Assmann/Wallach/Zetzsche*, Kapitalanlagegesetzbuch § 20 Rz 148 mwN). Für die Parallelsituation unter § 32 Kreditwesengesetz gilt nichts anderes (vgl etwa *Fischer/Müller* in *Boos* et al, KWG⁵ § 32 Rz 30). Hier wie dort vermag der Verstoss gegen das Abschlussverbot einen Schadenersatzanspruch gegen den Verstossenden zu begründen, nicht aber das zustande gekommene Geschäft zivilrechtlich unwirksam machen (s *Wieland* § 20 Rz 148 f; *Fischer/Müller* § 32 Rz 31).

Auch für unter Verstoss gegen die Erlaubnispflicht des § 8 dVAG zustande gekommene Versicherungsverträge wird in der deutschen Rspr (OLG Celle 14.08.2018, 17 UF 123/17, BeckRS 2018, 46814 Rz 47) und Lehre (*Armbrüster* in *MüKo BGB*⁹ § 134 BGB Rz 95; *Präve* in *Prölss/Dreher*, VAG¹³ § 8 Rz 12) übereinstimmend an der zivilrechtlichen Vertragswirksamkeit festgehalten und Konsequenzen nur mit Blick auf den rechtswidrig agierenden Anbieter bejaht. Ebenso wurde mit Blick auf Verstösse gegen im Versicherungsaufsichtsrecht gesetzlich begründete Provisionsabgabeverbote sowohl in der deutschen (vgl BGHZ 59, 334) als auch der schweizerischen (BGE 111 II 54) und der österreichischen Rspr (vgl öOGH 7 Ob 141/67, JBl 1968, 521) schon früh und im Ergebnis

übereinstimmend festgestellt, dass der Verstoss gegen das aufsichtsrechtliche Verbot die zivilrechtliche Gültigkeit des Geschäfts nicht berühre. Auf derselben Linie liegt es, wenn nach ständiger Rspr des öOGH Verstösse gegen gewerberechtliche Vorschriften, namentlich das Fehlen einer entsprechenden Berechtigung grundsätzlich keine Auswirkung auf die Gültigkeit von (trotzdem) geschlossenen Verträgen haben (vgl etwa *Krejci* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 879 Rz 207 mwN; ferner *Bollenberger/P. Bydlinski* in *KBB*⁶ § 879 Rz 4). Alle diese Überlegungen überzeugen auch für die vorliegende Konstellation.

Hinzu kommt, dass eine grundsätzlich zeitlich unbegrenzte (s etwa *Graf* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 879 Rz 239) Nichtigkeitssanktion auch den Interessen der Kunden keineswegs allgemein gerecht würde, stünde sie doch namentlich den Erfüllungsansprüchen derjenigen entgegen, die am Vertrag festhalten wollen, sich aber mit einer generellen Nichtigkeit aller mit rechtlich bewilligungsbedürftigen, aber tatsächlich bewilligungslosen Vermögensverwaltern geschlossenen Verträgen konfrontiert sähen (s zu diesem Aspekt bereits allg *Häuser/Hadding*, WM 1984, 1413). Das wiederum kann nicht Sinn und Zweck des VVG sein. Vielmehr bleiben insofern für jene, die nicht am Vertrag festhalten wollen, die Anfechtung wegen Geschäftsirrtums sowie Schadenersatzansprüche wegen Verletzung eines Schutzgesetzes iSd § 1311 S 2 ABGB – als solches wird man Art 5 VVG qualifizieren – zu prüfen (ebenso zum Parallelproblem fehlender Erlaubnis zum Betrieb des Versicherungsgeschäfts nach deutschem Recht *Präve* in

Prölss/Dreher, VAG¹³ § 8 Rz 12). Beides könnte sich vorliegend jedoch nicht gegen die Beklagte, sondern immer nur gegen den Vermögensverwalter richten, auf dessen Seite der Kläger einen Verstoss gegen die Bewilligungspflicht behauptet.

Schliesslich gilt es noch zwei weitere Aspekte zu beachten: Die Annahme einer Nichtigkeitssanktion würde einerseits nach obergerichtlicher Auffassung vorliegend auf Verträge zwischen Kläger und Beklagten durchschlagen, obwohl beide (anders als möglicherweise die ***** AG) niemals Adressaten der behaupteten VVG-Bewilligungspflicht und des damit verbundenen Abschlussverbotes waren. Das spricht jedoch in Wahrheit gegen die Annahme einer Gesetzeswidrigkeit iSd § 879 Abs 1 ABGB (zu diesem Aspekt auch schon *Canaris*, ZIP 1980, 712 und ihm folgend *Koziol*, AcP [188] 1988, 229). Abgesehen davon würde die generelle Nichtigkeitsannahme dazu führen, dass ein und derselbe vom VVG sachlich erfasste Vertrag einmal nichtig und einmal gültig sein würde, je nachdem, von welchem Vertragsteil die Initiative dazu stammte (s bereits sub 8.2.2). Auch das vermag nicht zu überzeugen.

8.2.4. Als Zwischenergebnis bleibt damit festzuhalten, dass ein Verstoss gegen Art 37 VVG aufsichts- und strafrechtlich sanktionierbar, nicht aber mit Nichtigkeitsfolge gem § 879 Abs 1 ABGB bewehrt ist. Damit kann es aber auch dahingestellt bleiben, ob die ***** AG für ihre Tätigkeiten über eine Bewilligung gem Art 5 VVG verfügen hätte müssen oder nicht und ob Grundlage der gegenständlichen Ansprüche eine

bewilligungspflichtige Tätigkeit der ***** AG war, denn für die zivilrechtliche Wirksamkeit der gegenständlichen Rechtsgeschäfte bleibt dies folgenlos. Aus diesem Grund leidet das erstinstanzliche Urteil insofern auch nicht an einem sekundären Feststellungsmangel, denn der Umstand der Bewilligungspflicht bzw eines Verstosses gegen dieselbe stellt keine unabdingbare Voraussetzung der Entscheidung über die geltend gemachten Ansprüche dar.

8.2.5. Dem Obergericht ist allerdings zu folgen, wenn es einen sekundären Feststellungsmangel dahingehend identifiziert, als die Sachverhaltsgrundlage der erstinstanzlichen Entscheidung nicht ausreicht, um eine allfällige Genehmigung des vollmachten Handelns der ***** ***** AG durch die ***** AG – als Stellvertreterin des Klägers – zu beurteilen.

Davon abgesehen bleibt offen, ob eine solche Genehmigung durch sonstige Dritte erfolgt sein könnte – wie etwa durch den Bekannten und Tippgeber des Klägers, ***** ***** . Die festgestellte Eigenschaft als Tippgeber in einem Zusammenhang steht jedenfalls (entgegen dem Obergericht in Erw 6.2.3, 6.2.5) nicht zwingend der Eigenschaft als Stellvertreter in einem anderen entgegen. Dies umso mehr, als ***** nach den erstgerichtlichen Feststellungen von Anfang an vom Kläger damit betraut war, „das Geld nach bestem Wissen und Gewissen anzulegen und zu verwalten“ (im obergerichtlichen Beschluss zitiert auf S 18). Eine später (allenfalls zusätzlich) erteilte Auskunftsvollmacht an ***** vermag der Genehmigungsmöglichkeit zumindest nicht prinzipiell entgegenzustehen.

Das Obergericht geht zu Recht davon aus, dass Genehmigungserklärungen nicht vertretungsfeindlich sind. Gegenteiligenfalls schiede etwa bei einem geschäftsunfähig gewordenen Vertretenen jede Genehmigungsmöglichkeit von vornherein aus. Dazu gibt es keine Veranlassung. Ebenso steht ausser Frage, dass § 1016 ABGB nicht nur bei Überschreiten, sondern auch bei (wie hier) gänzlichem Fehlen von Vertretungsmacht grundsätzlich eröffnet ist (öOGH 7 Ob 148/12h, JBl 2013, 656; ferner *P. Bydlinski* in KBB⁶ § 1016 Rz 1).

Tatsächlich ist daher sowohl denkbar, dass ein zunächst vollmachtsloser Vertreter nach späterer Erlangung hinreichender Vertretungsmacht die Genehmigung mit Wirkung für den Vertretenen erklärt als auch (erst recht), dass dies ein Stellvertreter tut, der von vornherein über die für eine Genehmigung nötige Vertretungsmacht verfügt. Beides ist im Übrigen namentlich in der deutschen Rspr (BGH WM 1960, 612; BGH NJW-RR 1994, 293) und Lehre (*Schubert* in MüKo⁹ § 177 Rz 33; *Schilken* in Staudinger, BGB [2019] § 177 Rz 10a mwN) seit langem mit guten Gründen anerkannt. Dasselbe gilt für das schweizerische Recht (vgl etwa BSK OR⁷-*Watter* Art 38 OR Rz 5; KuKo OR-*P. Jung* Art 38 Rz 9; BK-Zäch/*Künzler* Art 38 OR Rz 45 mwN). Es besteht keine Veranlassung, dies mit Blick auf § 1016 Alt 1 ABGB anders zu sehen. Vielmehr kann die Genehmigung als Gestaltungsrecht des Vertretenen sowohl durch seine Vertreter als auch (etwa im Todesfall des Vertretenen) durch seine Rechtsnachfolger ausgeübt werden.

Das Erstgericht wird daher zu klären haben, ob vom Kläger beauftragte Vermögensverwalter wie die ***** AG oder sonstige Dritte die gegenständlichen Geschäfte, welche mit der Beklagten zunächst ohne die erforderliche Vollmacht auf Seiten der ***** ***** AG geschlossen wurden, allenfalls genehmigen und so den Vollmangelmangel rückwirkend heilen konnten (§ 1016 Alt 1 ABGB; RIS-Justiz RS0019572). Dabei ist die vom Obergericht zu Recht aufgezeigte Beweislast für das Vorliegen einer heilenden Genehmigung auf Seiten des Beklagten zu beachten. Ferner, dass eine solche Genehmigung grundsätzlich auch mittels konkludenter Willenserklärung möglich ist (vgl etwa *P. Bydlinski* in *KBB*⁶ § 1016 Rz 4 mwN; RIS-Justiz RS0021980). Fehlt es aber an einer Genehmigung, bleibt es bei der Unwirksamkeit der Vertretungshandlung der ***** ***** AG.

8.2.6. Der Vollständigkeit halber wird noch auf Folgendes hingewiesen: Die gegenständlichen Geschäfte könnten anstelle einer Willenserklärung gem § 1016 Alt 1 ABGB auch durch eine bloße Willensbetätigung (dazu *P. Bydlinski* *JBl* 2013, 658) des Klägers genehmigt werden (§ 1016 Alt 2 ABGB). Dies setzt jedoch bei diesem insbesondere Wissen über die vollmangelslos geschlossenen Geschäfte und einen entsprechenden Genehmigungswillen voraus (für viele *öOGH* 7 Ob 52/16x). Auf beides ergeben die erstgerichtlichen Feststellungen keinen Hinweis, wie das Obergericht zutreffend festhält (*Erw* 6.2.6.3, S 44). Würde es an diesen Voraussetzungen indessen nicht fehlen, so stünde einer nachträglichen Genehmigungsmöglichkeit gem § 1016 Alt 2 ABGB nicht entgegen, dass es sich in

concreto gar nicht um einen "Vorteil", sondern durchaus um einen "Nachteil" gehandelt haben mag. Auch einen solchen kann der unwirksam Vertretene ungeachtet des engeren Gesetzeswortlaut zuwendungshalber genehmigen. Dies kann bspw durch die Deckung eines Kostenaufwandes geschehen, dem kein positiver Ertrag (also kein Vorteil) korrespondiert, sofern die übrigen Voraussetzungen für eine Zuwendungsannahme vorliegen.

9. Zusammengefasst bleibt es bei der aufhebenden Entscheidung des Fürstlichen Obergerichts mit der darin aufgetragenen Sachverhaltserweiterung. Die Frage, ob die ***** AG einer Bewilligung gem Art 5 VVG bedurft hätte oder nicht, bedarf demgegenüber vorliegend keiner Klärung, weil sie auf die Beantwortung der Frage der klagsgegenständlichen Nichtigkeit keinen Einfluss hat.

10. Die Kostenentscheidung beruht auf § 52 ZPO. Der Rekurs gegen einen Aufhebungsbeschluss stellt, auch wenn ihm wie hier nicht Folge gegeben wird, weder ein frustriertes noch ein endgültig erfolgloses Rechtsmittel dar, sondern trägt zur Klärung der Rechtslage für das fortzusetzende Verfahren bei. Es ist daher mit Kostenvorbehalt vorzugehen (F OGH vom 04.05.2012, 02 CG.2011.222, Erw 7.5.; *Obermaier*, Kostenhandbuch³ Rz 1.461 mwN).

Fürstlicher Oberster Gerichtshof,

1. Senat

Vaduz, am 07. Oktober 2022

Der Präsident

Univ.Prof.iR Dr. Hubertus Schumacher

Für die Richtigkeit der Ausfertigung

Astrid Wanger



Rechtsmittel:

Gegen diesen Beschluss ist kein Rechtsmittel zulässig.

SCHLAGWORTE:

Artt 3, 5, 37 VVG; § 1016 ABGB; Verstoss gegen Pflicht zur Einholung einer Bewilligung der FMA für Vermögensverwaltungsgesellschaften führt nicht zur Nichtigkeit von Verträgen, die solche Gesellschaften abschliessen; Art 5 VVG stellt ein Schutzgesetz iSd § 1311 S 2 ABGB dar; nachträgliche Genehmigung von vollmachtslos geschlossenen Verträgen ist auch durch Stellvertreter des zunächst unwirksam Vertretenen möglich