

# liechtensteinjournal

Recht in Liechtenstein

29. Ausgabe, 8. Jahrgang  
redaktion@li-journal.li, www.li-journal.li

1/2016

- 1 **editorial**  
Jürgen Wagner
- 2 **beiträge**  
Dr. Adrian Plüss, Lanter Rechtsanwälte, Zürich und Dr. Lara Pair, JD, Legal Partners, Zürich  
Das «GAFI-Gesetz» – Folgen für Inhaber- und Namenaktien und Handlungsempfehlungen für die Praxis
- 11 **Dr. Hans-Michael Pott, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Steuerrecht, Düsseldorf**  
Beschränkung von Europäischen Grundfreiheiten und Rechtfertigungsgründe –  
Drei Urteile des EuGH präzisieren die Argumentation
- 16 **Jürgen Wagner, LL.M., Rechtsanwalt, Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht, Konstanz/Zürich/Vaduz**  
Get my money, get my child – Titel juristischer Fachaufsätze
- 18 Verein und Verband: Neue Entwicklungen
- 26 **veranstaltungen**
- 28 **aktuelles**
- 34 **gesetzgebung**



Lesen Sie weitere Erfolgsgeschichten auf unserer Website.

## Elisabeth war fleissig. Hat 5 Kinder. 8 Enkel. Und ein Vermögen.

**Damit Ihr Vermögen auch in Zukunft erhalten bleibt, treffen wir für Sie Vorsorge.**

Mehr Informationen zu Erbschafts- und Nachfolgeregelungen erhalten Sie bei einem persönlichen Gespräch oder auf unserer Website.



[www.concordanz.com](http://www.concordanz.com)

**concordanz**  
Treuhand | Trust Enterprise

**schwärzler**  
Rechtsanwälte | Attorneys at Law

**Concordanz Treuhand**  
Liechtenstein

T +423 239 85 60, F +423 239 85 65  
office@concordanz.com, www.concordanz.com

**Schwärzler Rechtsanwälte**  
Liechtenstein | Zürich | Zug

T +423 239 85 40, F +423 239 85 45  
schaan@s-law.com, www.s-law.com

## editorial

I.  
Politik im Jahr 2016: «In Berlin werden die Ergebnisse der investigativen Recherchen wohlwollend betrachtet. Unabhängig davon, ob die angeprangerten Geschäfte über Scheinfirmen in Panama legal sind oder nicht, wächst der politische und öffentliche Druck auf die schrumpfende Zahl von Steueroasen. Direkte Sanktionen gegen Länder wie Panama will die Bundesregierung nicht verhängen: «Am Ende müssen Staaten es selbst begreifen, dass solche Geschäftsmodelle keine Zukunft haben», betont *Schäubles Haus*.»  
*Stern, 05.04.2016*

II.  
Und noch mehr Unsinn (www.welt.de):  
Zweifelhaftes Reuebekenntnis aus Panama  
Die Regierung Panamas hat Hilfe bei der Aufklärung versprochen. Diese Ankündigung stösst bei Experten allerdings auf Skepsis. *Ken Silverstein* verwies bereits in seiner erwähnten Story über «Die Anwaltskanzlei, die mit Oligarchen, Geldwäschern und Diktatoren zusammenarbeitet» auf Erkenntnisse der «New York Times», laut denen *Putin* «Geld ins Ausland gebracht hat durch Briefkastenfirmen in Panama». Und *Silverstein* zitierte den prominenten Rechtsanwalt und Politikexperten *Miguel Antonio Bernal* mit bemerkenswerten Aussagen: «Wenn es um Geldwäsche geht, bieten wir den vollen Service: spülen, waschen und trocknen.»  
*Bernal* weiter: «Sie können zu jeder Anwaltskanzlei in der Stadt (Panama City) gehen, von der kleinsten bis zur grössten, und wenn Sie eine Briefkastenfirma wollen, wird man Ihnen keine Fragen stellen.»

III.  
Die Gegenwart gehört Ihnen, doch die Zukunft, für die ich gearbeitet habe, gehört mir.  
*Nikola Tesla*

Ein schönes Frühjahr wünscht



Ihr *Jürgen Wagner*, LL.M.  
Redaktion **liechtenstein-journal**  
[redaktion@li-journal.li](mailto:redaktion@li-journal.li)

Redaktion **liechtenstein-journal**  
[redaktion@li-journal.li](mailto:redaktion@li-journal.li)

Sie können der Redaktion Texte, Anregungen und Kritik zur Zeitschrift **liechtenstein-journal**, insbesondere zur Aufmachung, der Themenauswahl und -vielfalt sowie zum allgemeinen «Niveau» zusenden. Wir schliessen nicht aus, geeignete Kritik auch abzdrukken.

#### Ausgabe

8. Jahrgang, Ausgabe 1, März 2016

#### Redaktion und geschäftsführender Herausgeber

*Jürgen Wagner*, LL.M., Rechtsanwalt,  
Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht, Konstanz / Zürich / Vaduz (JW)  
[redaktion@li-journal.li](mailto:redaktion@li-journal.li)

#### Wissenschaftlicher Beirat

*Prof. Dr. Martin Schauer*, Wien  
*Prof. Dr. Dominique Jakob*, Zürich  
*Dr. Alexander Lins*, LL.M., Triesen  
*Prof. Dr. Francesco Schurr*, Vaduz

#### Anzeigen und Abonnements

Gutenberg AG, Feldkircher Strasse 13, 9494 Schaan, Liechtenstein  
Telefon +423 239 50 50, [office@gutenberg.li](mailto:office@gutenberg.li)

#### Gestaltung

Falk & Partner, Visuelle Kommunikation, 9495 Triesen, Liechtenstein

#### Satz, Druck

Gutenberg AG, 9494 Schaan, Liechtenstein

Alle Urheber, Nutzungs- und Verlagsrechte vorbehalten.

Die Zeitschrift erscheint viermal jährlich. Bezugspreis im Jahresabonnement (vier Ausgaben) CHF 148.–, Bezugspreis Einzelausgabe CHF 55.– (inkl. MwSt.)

Die **30.** Ausgabe der Zeitschrift **liechtenstein-journal** erscheint **Mitte Juni 2016**

Darin unter anderem Themen aus der Gesetzgebung, der Rechtsprechung sowie zu Veranstaltungen und zur rechtlichen Entwicklung innerhalb und ausserhalb Liechtensteins.

## beiträge

# Das «GAFI-Gesetz» – Folgen für Inhaber- und Namenaktien und Handlungsempfehlungen für die Praxis

Dr. Adrian Plüss, Lanter Rechtsanwälte, Zürich und Dr. Lara Pair, JD, Legal Partners, Zürich

Auf den 1.7.2015 sind Teile des neuen «GAFI-Gesetzes» (Bundesgesetz zur Umsetzung der 2012 revidierten Empfehlungen der Groupe d'action financière vom 12.12.2014) in Kraft getreten.<sup>1</sup> Sie bezwecken u.a.<sup>2</sup> eine völlige Transparenz über die Aktionäre von schweizerischen Gesellschaften.

Die gesellschaftsrechtliche Seite dieser Reform wurde viel diskutiert<sup>3</sup> und wird hier kurz zu Anfang dargestellt. Sie ist auf Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften beschränkt, auch wenn die Reform entsprechende Regelungen für GmbH und Genossenschaften enthält.<sup>4</sup>

Dieser Aufsatz wird sich zunächst mit den neuen Regelungen im Vergleich zu den alten auseinandersetzen, sich dann der dogmatischen Einordnung und Würdigung widmen und schliesslich Handlungsempfehlungen abgeben.

### 1. Die neu geschaffenen Pflichten

Das GAFI-Gesetz betrifft Aktiengesellschaften, Kommanditgesellschaften, GmbHs und Genossenschaften, klammert aber die börsenkotierten Gesellschaften und jene Gesellschaften, die ihre Aktien als Bucheffekten ausgegeben und über eine Verwahrungsstelle verwalten lassen, von zusätzlichen Pflichten aus.<sup>5</sup> Das Ziel der Reform war, eine vollständige Transparenz in die Eigentümerstruktur von Gesellschaften zu bringen, so dass die Ausnahme von börsenkotierten und Bucheffekten-Aktien zweckmässig und sachgerecht ist.

Für die übrigen betroffenen Gesellschaften<sup>6</sup> gelten neu folgende Bestimmungen:

- Wer Inhaberaktien<sup>7</sup> erwirbt,<sup>8</sup> muss innerhalb eines Monats<sup>9</sup> den Erwerb, seinen Vor- und Nachnamen (bzw. bei Rechtsträgern mit einer Firma diese) sowie seine Adresse der Gesellschaft melden.<sup>10</sup> Er muss dabei den Besitz nach-

<sup>1</sup> Zur GAFI und zum Hintergrund des GAFI-Gesetzes vgl. weiterführend Botschaft des Bundesrats zur Umsetzung der 2012 revidierten Empfehlungen der Groupe d'action financière (GAFI) vom 13.12.2013, BBl 2014 605 ff.; *Lukas Glanzmann*: Neue Transparenzvorschriften bei AG und GmbH, Referat am St. Galler Gesellschaftsrechtstag 2015 (Druckfassung); *Nicolas Facincani/Reto Sutter*: Meldepflichten des Aktionärs bei privaten Aktiengesellschaften – Auf dem Weg zum gläsernen Aktionär?, TREX 4/2015 216 ff.; *Michael Kunz*: Umsetzung der GAFI-Empfehlungen 2012, in Jusletter 23. Februar 2015, Rz. 7 ff.; *Dieter Gericke/Daniel Kuhn*: Neue Meldepflichten bezüglich Aktionären, Gesellschaftern und wirtschaftlich Berechtigten – die «société anonyme» ist Geschichte, AJP 6/2015 849 ff.; *Peter Lutz/Martin Kern*: Umsetzung der GAFI-Empfehlungen – Massgebliche Auswirkungen bei der Geldwäschereibekämpfung im Gesellschaftsrecht, SJZ 111 (2015) 305; *Philipp Spoerle*: Die Inhaberaktie – Ausgewählte Aspekte unter Berücksichtigung der GAFI-Gesetzesrevision (Diss. St. Gallen, Zürich/St. Gallen 2015).

<sup>2</sup> Das GAFI-Gesetz beschlägt – entsprechend dem Inhalt der 40 Empfehlungen der GAFI als dem internationalen Standard zur Bekämpfung von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung – auch verschiedene andere Regelungsbereiche (des ZGB, SchKG, StGB, GwG, VwStG, KAG und BEG).

<sup>3</sup> Vgl. dazu die Hinweise in Fn. 1.

<sup>4</sup> Art. 790, 790a und 814 revOR; Art. 837 und 898revOR.

<sup>5</sup> Art. 697i Abs. 1, Art. 697i Abs. 4, Art. 697j Abs. 3 revOR. Dies muss auch bei Globalurkunden gelten; *Facincani/Sutter*, S. 217. Die Kotierung an einer ausländischen Börse reicht aus (*Facincani/Sutter*, S. 217; vgl. aber *Gericke/Kuhn*, S. 858, *Glanzmann*, S. 12 und *Spoerle* N 807); die Verwahrungsstelle muss aber in der Schweiz sein (Art. 697i Abs. 4 und Art. 697j Abs. 3 revOR).

<sup>6</sup> Ca. 50'000 von gesamthaft rund 200'000 Aktiengesellschaften haben Inhaberaktien ausstehend; Botschaft, BBl. 2014 654. Nach *Gericke/Kuhn*, S. 850 haben überdies ca. 80% aller Aktiengesellschaften Aktionäre mit Beteiligungen von mehr als 25%.

<sup>7</sup> Nach *Glanzmann*, S. 18, *Spoerle* N 729 ff., *Facincani/Sutter*, S. 218 und *Gericke/Kuhn*, S. 855 erstreckt sich die Meldepflicht auch auf den Erwerb von Inhaber-Partizipationsscheinen (nicht aber auf den Erwerb von Genusssscheinen).

<sup>8</sup> Da keine Schwellenwerte vorgesehen sind, gilt das auch, wenn nur eine einzige Inhaberaktie erworben wird; ein Antrag in der parlamentarischen Beratung, einen Schwellenwert von 3% vorzusehen, wurde abgelehnt; *Gericke/Kuhn* Fn. 37.

<sup>9</sup> Massgebend für die Meldepflicht und den Fristenlauf ist das Verfügungs-, nicht das Verpflichtungsgeschäft; *Glanzmann*, S. 18, *Lutz/Kern*, S. 305, *Facincani/Sutter*, S. 217, *Gericke/Kuhn*, S. 854.

<sup>10</sup> Art. 697i Abs. 1 revOR. Die Meldepflicht besteht auch für ausländische Aktionäre; *Glanzmann*, S. 18 (unter Verweisung auf Art. 155 lit. f IPRG).

## Das «GAFI-Gesetz» – Folgen für Inhaber- und Namenaktien und Handlungsempfehlungen für die Praxis

Dr. Adrian Plüss, Lanter Rechtsanwälte, Zürich und  
Dr. Lara Pair, JD, Legal Partners, Zürich

weisen und sich als natürliche Person durch einen Ausweis mit Fotografie (Pass, ID oder Führerausweis «!») bzw. als juristische Person durch einen Handelsregisterauszug (oder bei ausländischen juristischen Personen durch eine gleichwertige Urkunde) identifizieren.<sup>11</sup> Die bisherigen Inhaberaktiönäre müssen innerhalb von sechs Monaten eine entsprechende Meldung machen.<sup>12</sup> Nachträgliche Änderungen des Vor- oder Nachnamens oder Firma oder der Adresse müssen ebenfalls gemeldet werden.<sup>13</sup>

- Wer (allein oder in gemeinsamer Absprache mit Dritten) Aktien<sup>14</sup> – auch Namenaktien – erwirbt,<sup>15</sup> die kapital- oder stimmenmässig 25%<sup>16</sup> oder mehr ausmachen, muss ebenfalls innerhalb eines Monats den Vor- und Nachnamen sowie die Adresse der natürlichen Person(en) melden, «für die er letztendlich handelt (wirtschaftlich berechtigte Person)»<sup>17,18,19</sup>. Dies gilt auch für die bisherigen Inhaberaktiönäre, nicht aber für bisherigen Namenaktiönäre.<sup>20</sup> – Nachträgliche Änderungen des Vor- oder Nachnamens oder der Adresse müssen ebenfalls gemeldet werden.

- Die Gesellschaft führt ein Verzeichnis über die Inhaberaktiönäre und über die wirtschaftlich Berechtigten; das Verzeichnis enthält Vor- und Nachnamen bzw. Firma sowie Adresse, ferner das Geburtsdatum und die Staatsangehörigkeit der natürlichen Personen als Inhaberaktiönäre.<sup>21</sup> Das Aktienregister und die Verzeichnisse müssen so geführt werden, dass «in der Schweiz jederzeit darauf zugegriffen werden kann»;<sup>22</sup> mindestens ein in der Schweiz wohnhaftes Mitglied des Verwaltungsrats oder Direktor muss Zugang zu diesem Verzeichnis haben.<sup>23</sup> Die Belege zu den Eintragungen müssen bis 10 Jahre nach der Streichung des betreffenden Aktiönärs (oder Nutzniessers oder wirtschaftlich Berechtigten) aufbewahrt werden.<sup>24</sup> Die Annahme und Verarbeitung der Meldungen und das Führen der Verzeichnisse kann an einen Finanzintermediär im Sinn der Geldwäschereigesetzgebung delegiert werden;<sup>25</sup> dieser hat der Gesellschaft «jederzeit darüber Auskunft zu geben, für welche Inhaberaktien die vorgeschriebenen Meldungen erstattet und der Besitz nachgewiesen wurden».<sup>26</sup>

<sup>11</sup> Art. 697i Abs. 2 revOR.

<sup>12</sup> Art. 3 Abs. 1 und 2 der Übergangsbestimmungen.

<sup>13</sup> Art. 697i Abs. 3 revOR; offen ist, ob auch dazu die Frist nach Art. 697i Abs. 1 revOR gilt; verneinend *Spoerle* N 798, *Glanzmann*, S. 21, *Gericke/Kuhn*, S. 854 m.w.H.

<sup>14</sup> Oder Partizipationsscheine, nicht aber Genussscheine; *Facincani/Sutter*, S. 218 (mit Hinweis auf einen in der parlamentarischen Beratung abgelehnten Minderheitsantrag auf eine Ausnahmeregelung für Partizipationsscheine), *Glanzmann*, S. 5, *Spoerle* N 843.

<sup>15</sup> Wiederum muss das Verfügungsgeschäft massgebend sein.

<sup>16</sup> Zur Ermittlung dieses Werts vgl. *Glanzmann* 6 ff.

<sup>17</sup> Dieser Begriff bezieht sich auf die Empfehlung 24 der GAFI, wonach die Länder eine «adequate, accurate and timely information on the beneficial ownership and control of legal persons» sicherstellen sollen. Als «beneficial owner» werden verstanden «the natural person(s) who ultimately owns or controls a customer and/or the natural person on whose behalf a transaction is being conducted. It also includes those persons who exercise ultimate effective control over a legal person or arrangement» (zit. nach *Glanzmann*, S. 4). Der Begriff ist v.a. deshalb unglücklich, weil das Anknüpfen an die wirtschaftliche Zurechenbarkeit der durch die Aktien verkörperte Vermögensposition und an die Einflussnahme auf die Geschicke der Gesellschaft nicht zum selben «wirtschaftlich Berechtigten» führen müssen und weil sowohl die wirtschaftliche Zurechenbarkeit als auch die Einflussnahme gestützt auf verschiedene Kriterien unterschiedlich beurteilt werden können.

<sup>18</sup> In der Literatur wird bereits auf Konstellationen hingewiesen, in denen es unmöglich ist, die Meldepflicht buchstabengetreu zu erfüllen; *Facincani/Sutter*, S. 218 und Fn. 30; *Gericke/Kuhn* 856 ff. (Konzernverhältnisse, Anlagefonds, Erbengemeinschaften, Aktionärbindungsverträge); *Lukas Glanzmann/Philipp Spoerle*: Die Inhaberaktie – Leben Totgesagte wirklich länger?, *GesKR* 1/2014, 9; vgl. auch *Glanzmann* 4 ff.

<sup>19</sup> Die Meldepflicht besteht wiederum auch für ausländische Aktiönäre und bezüglich ausländischer wirtschaftlich Berechtigter; *Glanzmann*, S. 5.

<sup>20</sup> Vgl. Art. 3 Abs. 1 und 2 der Übergangsbestimmungen.

Der Verwaltungsrat stellt sicher, dass keine Aktiönäre unter Verletzung der Meldepflichten Mitgliedschaftsrechte ausüben.<sup>27</sup>

Diese neuen Regelungen nähern die Pflichten und Wahrnehmung von Rechten für die betroffenen Inhaberaktien den Regelungen an, die bisher nur für Namenaktien galten.

<sup>21</sup> Art. 697l Abs. 1 und 2 revOR.

<sup>22</sup> Art. 686 Abs. 1, 697l Abs. 4 revOR.

<sup>23</sup> Art. 718 Abs. 4 revOR.

<sup>24</sup> Art. 686 Abs. 5, Art. 697l Abs. 3 revOR. Die Belege müssen nicht in der Schweiz verfügbar sein, eine Digitalisierung ist zulässig (*Gericke/Kuhn*, S. 863).

<sup>25</sup> Allerdings offenbar nicht das Verzeichnis über die an Namenaktien wirtschaftlich Berechtigten; Art 697k revOR. – Zuständig für einen solchen Beschluss ist grundsätzlich die Generalversammlung, doch kann diese Kompetenz auch an den Verwaltungsrat übertragen werden (*Facincani/Sutter*, S. 218, *Gericke/Kuhn*, S. 859, *Glanzmann*, S. 29; a.M. *Spoerle* N 962), der schliesslich die konkrete Person bestimmen muss (Art. 697k Abs. 2 revOR).

<sup>26</sup> Art. 697k Abs. 3 revOR; über die Namen der gemeldeten Personen muss der Finanzintermediär nur dann Auskunft geben, wenn dies mit der Gesellschaft so vereinbart worden ist (*Facincani/Sutter*, S. 218/219; differenzierend dazu *Gericke/Kuhn*, S. 860, die eine solche Vereinbarung nur zulassen, wenn die Kompetenz zur Einsetzung eines Finanzintermediärs an den Verwaltungsrat delegiert worden ist; ähnlich *Spoerle* N 968 und *Glanzmann*, S. 31).

<sup>27</sup> Art. 697m Abs. 4 revOR.

## 2. Bisherige Regelung der Inhaber- und Namenaktien

Nach Art. 622 Abs. 1 OR «lauten «die Aktien einer Aktiengesellschaft» auf den Namen oder den Inhaber.<sup>28</sup> Die beiden Aktienarten unterschieden und unterscheiden sich nicht in den verkörperten Mitgliedschaftsrechten. Sie vermitteln und vermitteln dieselben Mitwirkungs- und Vermögensrechte.<sup>29</sup> Bei Stimmrechtsaktien<sup>30</sup> und teilliberalen Aktien<sup>31</sup> besteht die Hürde, dass sie nicht als Inhaberaktien ausgegeben werden dürfen. Das Bundesgesetz über die kollektiven Kapitalanlagen (Kollektivanlagegesetz, KAG) verbietet auch die Ausgabe von Inhaberaktien für die sog. Unternehmeraktien<sup>32</sup> bei Investmentgesellschaften mit variablem Kapital (SICAV).

### a) Publizität

Der wesentliche Unterschied zwischen Inhaber- und Namenaktien war bisher die Anonymität der Eigentümer der Inhaberaktien gegenüber der Gesellschaft sowie der Öffentlichkeit. Die Gesellschaft ist nur verpflichtet, über Namenaktien ein Aktienbuch zu führen, in welches die Eigentümer und Nutzniesser (dagegen nicht Pfandgläubiger oder Optionsberechtigte) mit Namen und Adressen eingetragen werden.<sup>33</sup> Dieses Aktienbuch ist nicht öffentlich zugänglich und beschränkt die Publizität des Eigentümerschaft an Namenaktien. Über Inhaberaktien musste bisher kein solches Register geführt werden.

### b) Legitimation

Im Verhältnis zur Gesellschaft gilt als Inhaberaktionär, wer sich durch Vorlage der Aktientitel oder in anderer, vom Verwaltungsrat angeordneter Form legitimiert.<sup>34</sup>

Für Namenaktionäre bedeutet Legitimation, dass als Namenaktionär (oder als Nutzniesser) gilt, wer im Aktienbuch eingetragen ist.<sup>35</sup> Eine Eintragung im Aktienbuch setzt voraus, dass der vorhergehende Übertragungsvorgang zumindest der Gesellschaft gemeldet werden muss, um ihr gegenüber wirksam zu werden. Der Aktionär kann seine Legitimation auch «in anderer, vom Verwaltungsrat angeordneter Form» führen.

Es hat sich eingebürgert, Inhaberaktien in Inhaberpapieren<sup>36</sup> und Namenaktien in Orderpapieren<sup>37</sup>, selten als sog. «Rektaaktien» in Namenpapieren<sup>38</sup> zu verurkunden. Das ist allerdings nicht rechtlich zwingend; aus logischen Gründen scheidet aber das Inhaberpapier für Namenaktien aus. Die Verurkundung stellt kein Erfordernis zur Entstehung, Geltendmachung oder Übertragung von Aktien dar.<sup>39</sup> Es wird bei Aktiengesellschaften mit wenigen Aktionären daher nicht selten auf eine Verurkundung der Aktien überhaupt verzichtet.

Wird auf die Verurkundung verzichtet, steht kein Verfahren zur Wiederherstellung der Legitimation (wie das Kraftloserklärungserfahren bei Wertpapieren)<sup>40</sup> zur Verfügung, wenn die Legitimationsdokumente (etwa eine Abtretungserklärung) untergegangen sind. Der Aktionär trägt die Folgen, wenn er sich nicht mehr legitimieren kann und von der Gesellschaft nicht mehr als Aktionär anerkannt wird.

<sup>28</sup> Als Bucheffekten im Sinn des Bucheffektengesetzes vom 3.10.2008 ausgegebene Aktien werden aktienrechtlich entweder als Namen- oder Inhaberaktien ausgestaltet (Art. 622 Abs. 1 OR).

<sup>29</sup> In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, dass der Begriff «Aktie» dreierlei bedeutet: die in Art. 620 Abs. 1 OR erwähnten «Teilsommen» als Ausdruck der Beteiligungsquote des Aktionärs; die sich aus der Beteiligungsquote ergebende Rechtsposition (die wiederum aus vermögensmässigen und nicht vermögensmässigen Rechten und Pflichten besteht); die Urkunde, in der die Rechtsposition verbrieft worden ist (die Urkunde verbrieft aber nicht die einzelnen Forderungsrechte; BSK-OR II-BAUDENBACHER OR 622 N 9).

<sup>30</sup> Art. 693 Abs. 2 OR.

<sup>31</sup> Art. 683/685 OR.

<sup>32</sup> Art. 40 Abs. 1 KAG.

<sup>33</sup> Art. 686 Abs. 1 OR.

<sup>34</sup> Bspw. durch Bescheinigung der Depotstelle, durch die Gründungsurkunde, durch Abtretungserklärungen, durch Beweisurkunden, durch ein Wertpapier oder neu durch entsprechende Registereinträge wie das Wertrechtebuch im Sinn von Art. 973c OR und das Hautregister im Sinn von Art. 6 Abs. 2 BEG; Art. 689a Abs. 2 OR.

<sup>35</sup> Art. 686 Abs. 4; 689a Abs. 1 OR.

<sup>36</sup> Art. 978 Abs. 1 OR: «Ein Wertpapier gilt als Inhaberpapier, wenn aus dem Wortlaut oder der Form der Urkunde ersichtlich ist, dass der jeweilige Inhaber als Berechtigter anerkannt wird.»

<sup>37</sup> Vgl. dazu Art. 1145 in Verbindung mit 684 Abs. 2 OR; BGE 120 IV 276 E. 3.

<sup>38</sup> Dazu *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* § 43 N 34; BGE 83 II 304.

<sup>39</sup> BSK OR II-Baudenbacher OR 622 N 2.

<sup>40</sup> Art. 971 ff., 981 ff. OR.

## Das «GAFI-Gesetz» – Folgen für Inhaber- und Namenaktien und Handlungsempfehlungen für die Praxis

Dr. Adrian Plüss, Lanter Rechtsanwälte, Zürich und  
Dr. Lara Pair, JD, Legal Partners, Zürich

### c) Übertragung

Die Übertragung *unverkundeter* Aktien erfolgt durch Abtretung.<sup>41</sup>

Sind die Aktien *verkundet*, unterscheidet sich die Übertragung nach Art der Aktie.

Bei *Inhaberaktien* wird wertpapierrechtlich zur Übertragung verlangt:

ein gültiges Rechtsgrundgeschäft (bspw. Verkauf, Schenkung);

- die Übergabe des Aktientitels zu Besitz (auch durch Übergabe-surrogate<sup>42</sup> möglich);
- die Verfügungsmacht des Veräusserers oder der gute Glaube des Erwerbers.

Bei *Namenaktien* ist zur Übertragung zusätzlich die Indossierung<sup>43</sup> oder eine Abtretung erforderlich.<sup>44</sup> Die Statuten können vorsehen, dass Namenaktien nur mit Zustimmung der Gesellschaft übertragen werden dürfen;<sup>45</sup> daraus ist eine eigentliche Vinkulierungsordnung – einerseits für börsenkotierte<sup>46</sup> und andererseits für nichtbörsenkotierte Gesellschaften<sup>47</sup> entstanden. Zwischen den Parteien ist das Rechtsgrundgeschäft wirksam,<sup>48</sup> wenn es nicht unter eine entsprechende Bedingung gestellt worden ist.

Die Vinkulierung führt dazu, dass der vollkommene – d.h. erga omnes wirksame – Übertragungsvorgang nicht nur auf einem Rechtsgeschäft zwischen den Parteien (Veräusserer – Erwerber), sondern auch auf einem positiven Beschluss eines Gesellschaftsorgans (in der Regel des Verwaltungsrats) beruht.

Zur Übertragung von *Rektaaktien* wird vorausgesetzt:

- die Übergabe des Aktientitels zu Besitz;
- die Verfügungsmacht des Veräusserers;
- eine Abtretung; da die Abtretung eine abstrakte Verfügung darstellt,<sup>49</sup> entfällt ein gültiges Rechtsgrundgeschäft als Voraussetzung.

<sup>41</sup> Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel: Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996 § 44 N 102; Peter Böckli: Schweizer Aktienrecht, 4. Auflage Zürich 2009 § 4 Rz. 126/127; BSK OR II-BAUDENBACHER OR 622 N 2.

<sup>42</sup> Dazu Art. 922 ff. ZGB.

<sup>43</sup> Art. 684 Abs. 2 OR.

<sup>44</sup> BGE 120 IV 276.

<sup>45</sup> Art. 685a Abs. 1 OR.

<sup>46</sup> Art. 685d ff. OR.

<sup>47</sup> Art. 685b f. OR.

<sup>48</sup> BGE 90 II 174 f.; Arthur Meier-Hayoz/Peter Forstmoser, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 11. Auflage Bern 2012, n. 246.

<sup>49</sup> Vgl. Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel § 44 N 99; BSK OR II-Baudenbacher OR 622 N 15.

Gegenüber der Gesellschaft muss eine ununterbrochenen Übertragungskette nachgewiesen werden.

Mit dem neuen *Bucheffektengesetz* können Inhaber- und Namenaktien auch als Bucheffekten ausgestaltet werden. Nach dem Bucheffektengesetz gibt die Gesellschaft ihre Aktien als einzelne Titel, in Form einer Globalurkunde oder als unverbriefte Wertrechte aus. Aktientitel oder Globalurkunde werden bei der Verwahrungsstelle hinterlegt, bzw. die unverbrieften Wertrechte werden im Hauptregister eingetragen, wodurch dann die Titel bzw. Rechte zu Bucheffekten werden.<sup>50</sup> – Ob nicht voll liberierte Aktien als Bucheffekten ausgestaltet werden können, ist umstritten.<sup>51</sup>

### d) Folgen eines Mangels in der Übertragung

Fehlt es an einen oder anderen, ist die Übertragung nicht perfekt, sondern resultieren – je nach Mangel – unterschiedliche Rechtsfolgen.

## 3. Auswirkungen der neuen Gesetzesbestimmungen

### a) Auswirkungen auf den Bestand der Mitgliedschaftsrechte

Die neuen Gesetzesbestimmungen lösen mit ihrem Inkrafttreten zunächst eine erstmalige und anschliessend bei jedem Übertragungsvorgang eine erneute Melde-, Identifikations- und Nachweispflicht aus. Die Gesetzesbestimmung ist jedoch so ausgestaltet, dass zunächst der Bestand der Rechte nicht betroffen wird. Lediglich die Geltendmachung ist vorübergehend verunmöglicht. Die temporäre Natur dieser Verunmöglichtung wird zur dauerhaften Verwirkung, wenn mit Ablauf der Frist von sechs Monaten bzw. einem Monat die Meldung nicht vorgenommen wird.<sup>52</sup> Verwirken können nur einzelne Forderungsrechte (auf die Dividende für ein bestimmtes Geschäftsjahr, auf Bezugsrechte im Rahmen einer bestimmten Kapitalerhöhung, auf den Erlös aus der tatsächlich beschlossenen Liquidation), nicht das sog. Stammrecht oder die Aktionärsstellung an sich. Eine spätere Meldung bewirkt, dass Vermögensrechte limitiert ab dem Zeitpunkt der Meldung – geltend gemacht werden können. Für den Inhaberaktionär, der eine Meldung vorerst unterlässt, sie aber bspw. auf den 1.7.2016 nachholt, gilt folgendes:

<sup>50</sup> Art. 6 BEG; vgl. dazu weiterführend CHK-Waldburger OR 622 N 9 und 12.

<sup>51</sup> Vgl. dazu weiterführend CHK-Waldburger OR 622 N 12.

<sup>52</sup> Art. 679m Abs. 3 OR.

- Er kann an der ordentlichen Generalversammlung für das Geschäftsjahr 2015 nicht teilnehmen, wenn sie vor seiner Meldung stattfindet.
- Er erhält diesfalls auch keine Dividende für das Geschäftsjahr 2015;<sup>53</sup> diese verfällt zugunsten der Gesellschaft.
- Die Verjährung früher entstandener Forderungen des Inhaberaktionärs gegen die Gesellschaft ruht zwischen dem 1.7.2015 und dem Zeitpunkt seiner Meldung nicht.<sup>54</sup>
- Der Inhaberaktionär kann die Beschlüsse der Generalversammlung für das Geschäftsjahr 2015 – wenn sie vor seiner Meldung stattgefunden hat, die Anfechtungsfrist aber erst nach seiner Meldung abläuft – aus den im Gesetz genannten Gründen anfechten.<sup>55</sup>
- Hat eine Generalversammlung vor der Meldung eine Kapitalerhöhung beschlossen, kann er kein Bezugsrecht geltend machen.<sup>56</sup> Er kann aber neue Aktien zugeteilt erhalten und übernehmen, wenn die Kapitalerhöhung erst nach seiner Meldung abgeschlossen wird.<sup>57</sup>
- Er kann Verantwortlichkeitsklagen gegen Organpersonen sowohl aus mittelbarem als auch aus unmittelbarem Schaden erheben, die sich auf Vorkommnisse zwischen dem 1. Juli 2015 und dem Zeitpunkt seiner Meldung stützen.

Solange ein Aktionär seinen Meldepflichten nicht nachgekommen ist,<sup>58</sup> ruhen seine Mitgliedschaftsrechte (für die Aktien, bezüglich derer die Meldung vorgenommen werden muss).<sup>59</sup> Nach einem Monat (beim Neuerwerb) bzw. nach sechs Monaten (für den bisherigen Bestand) verirken die Vermögens-

rechte<sup>60</sup> und können erst ab dem Zeitpunkt geltend gemacht werden, da die Meldung erfolgt ist.<sup>61</sup>

Die wertpapiermässig verurkundete Aktie wird als kausales<sup>62</sup> Wertpapier qualifiziert. Damit wird zum Ausdruck gebracht, dass sich der Inhalt der Rechtsposition nicht aus dem Wortlaut der Urkunde, sondern aus der Gesamtheit der relevanten Bestimmungen in Gesetz, Statuten, allenfalls Reglementen und aus den relevanten Beschlüssen der Generalversammlung und allenfalls des Verwaltungsrats ergibt. Die neuen Gesetzesbestimmungen, die Melde-, Identifikations- und Nachweispflichten sowie die Sanktionen bei Nichterfüllung führen deshalb nicht zu besonderen wertpapierrechtlichen Problemen bezüglich des Bestands der in Wertpapieren verurkundeten Aktien.

## b) Auswirkungen auf die Legitimation

Die neuen Gesetzesbestimmungen haben keine Auswirkungen auf Namenaktien, deren Legitimation nach wie vor gleich erfolgt. Dagegen wird bei in Inhaberpapieren verurkundeten Inhaberaktien die ausschliessliche Legitimationswirkung des Papiers<sup>63</sup> durch die neuen Gesetzesbestimmungen zerstört. Der Ausweis als Besitzer der Aktien ist zwar nach wie vor erforderlich; zusätzlich muss sich der Aktionär aber künftig darauf berufen, dass er – für sämtliche Aktien, aus denen er Mitgliedschaftsrechte geltend machen will – seinen Meldepflichten vollständig und korrekt nachgekommen ist. Die Gesellschaft muss dies nachprüfen und darf nicht ausschliesslich auf das vorge-

<sup>53</sup> Der Anspruch auf die Dividende für das Geschäftsjahr 2015 entsteht mit der entsprechenden Beschlussfassung der Generalversammlung, er wird sofort fällig; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* § 39 N 118 und § 40 N 62.

<sup>54</sup> Vgl. Art. 134 Abs. 6 OR; bereits entstandene Forderungsrechte gelten nicht mehr als Mitgliedschaftsrechte (*Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* § 40 N 9, § 39 N 118) und können deshalb geltend gemacht werden, ohne dass dies durch Art. 697m OR verhindert oder eingeschränkt würde.

<sup>55</sup> Das Anfechtungsrecht ist kein Vermögensrecht, sondern ein Schutzrecht; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* § 40 N 13, § 25 N 11.

<sup>56</sup> Das Bezugsrecht entsteht mit der Beschlussfassung über die Kapitalerhöhung der Generalversammlung; Art. 652b Abs. 1 und 2 OR.

<sup>57</sup> Die Zeichnung neuer Aktien, allenfalls gestützt auf anderen Aktionären abgekaufte Bezugsrechte ist gleichwohl zulässig.

<sup>58</sup> Die Sanktionsfolgen treten auch ein, wenn die Mitteilung nicht korrekt erstattet worden ist. Allerdings können in komplexeren Verhältnissen durchaus Unklarheiten darüber entstehen, ob eine Meldung gemacht werden muss und was der korrekte Inhalt ist.

<sup>59</sup> Art. 697m Abs. 1 und 2 revOR. Offen ist, ob die Mitgliedschaftsrechte auch innerhalb der Monats- (bzw. Sechsmonats-)Frist für die Meldung ruhen; verneinend *Gericke/Kuhn*, S. 861, bejahend *Glanzmann*, S. 33.

<sup>60</sup> Vgl. zu diesem Begriff und zu diesbezüglichen Abgrenzungen *Gericke/Kuhn*, S. 861 m.w.H.

<sup>61</sup> Art. 697m Abs. 3 revOR.

<sup>62</sup> *Arthur Meier-Hayoz/Hans Caspar von der Crone*: Wertpapierrecht, 2. Auflage Bern 2000, § 19 N 34, die allerdings den Begriff kritisieren (§ 4 N 44); vgl. auch ZHK-JAEGGI Art. 979 OR N 80 ff., der festhält, der Aktie fehle die (materielle) Skripturrechtigkeit.

<sup>63</sup> Diese ausschliessliche Legitimationswirkung macht gerade das Inhaberpapier aus. Vgl. dazu nochmals Art. 978 Abs. 1 OR und *Meier-Hayoz/von der Crone* § 2 N 143: «Die Inhaberstellung ist auch für den Ansprecher genügender Ausweis seiner Rechtszuständigkeit (legitimierende Wirkung zugunsten des Ansprechers).» Dem entspricht Art. 689 Abs. 2 OR: «Die Mitgliedschaftsrechte aus Inhaberaktien kann ausüben, wer sich als Besitzer ausweist, indem er die Aktien vorlegt. Der Verwaltungsrat kann eine andere Art des Besitzes ausweisen» – nicht aber zusätzliche *Legitimationserfordernisse!* – «anordnen.» In der Regel lässt man nach dieser Bestimmung Depotbescheinigungen genügen, oder es werden, gestützt auf solche, Zutrittskarten für die Generalversammlungen ausgestellt. Die Auszahlung von Dividenden und die Zuteilung und Ausübung von Bezugsrechten erfolgen analog. – Der Gegenbeweis, dass der Inhaber formell und materiell nicht berechtigt sei, ist dadurch nicht ausgeschlossen (BGE 112 II 360).

## Das «GAFI-Gesetz» – Folgen für Inhaber- und Namenaktien und Handlungsempfehlungen für die Praxis

Dr. Adrian Plüss, Lanter Rechtsanwälte, Zürich und  
Dr. Lara Pair, JD, Legal Partners, Zürich

legte Papier abstellen.<sup>64</sup> Der Erwerber hat nachzuweisen, dass diese Voraussetzungen erfüllt sind; die Gesellschaft darf nicht ohne weiteres von der Wirksamkeit des Erwerbs ausgehen.<sup>65</sup> Dies kann zu Widersprüchen führen. Vorstellbar ist bspw., dass nach dem Abschluss eines Veräusserungsgeschäfts über in einem Inhabertzertifikat verbriefte Inhaberaktien zwar der Erwerber die Mitteilung (gestützt auf eine Kopie des Zertifikats) vornimmt, aber ein Dritter als Verwahrer im Besitz des Originals verbleibt, das Veräusserungsgeschäft schliesslich wegen Erfüllungsstörungen nicht vollzogen wird und der Veräusserer seine Rechte (gestützt auf das Original) weiterhin geltend machen will. Da die Eintragung in den Verzeichnissen der Gesellschaft den Besitz der Aktien nicht ersetzt,<sup>66</sup> können bis zur Korrektur der Mitteilung<sup>67</sup> weder der Veräusserer noch der Erwerber die Rechte aus den Aktien geltend machen.

### c) Housekeeping: Anpassung der Klauseln der bisherigen Inhaberaktien

Als Folge davon, dass die Inhaberaktien alleine nicht mehr ausreichen, um den Aktionär zu legitimieren, ergibt sich ein paradoxes «corporate housekeeping»-Problem. Die üblichen Klauseln in Inhaberaktien («Der rechtmässige Inhaber dieses Zertifikats ist mit den darin bezeichneten Aktien an unserer Aktiengesellschaft mit allen gesetzlichen und statutarischen Rechten und Pflichten beteiligt») entsprechen der Rechtslage nicht mehr und müssen angepasst werden (Bsp: «Der Inhaber dieses Zertifikats gilt, sofern und sobald er den Erwerb zur Eintragung in das Verzeichnis der Inhaberaktionäre gemeldet hat, als Aktionär im Umfang der oben genannten Anzahl Aktien mit allen diesbezüglichen gesetzlichen und statutarischen Rechten und Pflichten.»).<sup>68</sup>

Erfolgt diese Anpassung nicht, ändert dies die neue Rechtslage nicht; die Legitimationsklauseln verlieren ihre Wirkung gleichwohl.

Soweit Inhaberaktien nicht in Inhaberpapieren verurkundet sind, stellen sich diese Probleme nicht.

### d) Rechtsnatur der Inhaberaktie

Wie soeben gezeigt, verlieren bei in Inhaberpapieren verurkundeten Inhaberaktien durch die neuen Gesetzesbestimmungen die Legitimationsklauseln ihre wertpapierrechtliche Wirkung und stellen die Papiere keine Inhaberpapiere im Sinn von Art. 978 Abs. 1 OR mehr dar,<sup>69</sup> da ein Inhaberpapier gerade keine Anforderungen nach zusätzlichen Identifikationsdokumenten stellen darf.<sup>70</sup> Auch wenn die Stammrechte nicht betroffen sind, so sind doch die Vermögensrechte und deren Ausübung durch das Legitimationspapier essentiell für die Klassifikation als Inhaberpapier. Einwände gegen die Ausübung der im Papier verbrieften Rechte dürfen sich nur aus dem Papier ergeben, seien sie temporär oder dauerhaft.<sup>71</sup> Dadurch werden Inhaberaktien paradoxerweise zu blossen Namenpapieren.<sup>72</sup> Möglich wäre auch, solche Inhaberaktien ausdrücklich zu Orderpapieren zu erklären.<sup>73</sup>

### e) Auswirkungen auf die Übertragung der Aktionärsstellung

Zur Übertragung der Aktionärsstellung ist zunächst die Übertragung des Besitzes an der Urkunde erforderlich. Ebenfalls notwendig ist neu eine Abtretungserklärung,<sup>74</sup> wie sie bei Namenpapieren erforderlich ist. Die Übertragung des Besitzes an der Aktienurkunde oder die Abtretungserklärung allein reichen nicht aus, und der Erwerber ist auch bei Gutgläubigkeit nicht geschützt. Nicht verurkundete Inhaberaktien werden weiterhin durch eine Abtretungserklärung übertragen.

### f) Konsequenzen von möglichen Fehlern

Konsequenzen von möglichen Fehlern sind vielfältig und betreffen Aktionäre, Verwaltungsräte, die Handelsregisterbehörden und Dritte.

<sup>64</sup> Dies wird in Art. 697m Abs. 4 revOR ausdrücklich festgehalten: «Der Verwaltungsrat stellt sicher, dass keine Aktionäre unter Verletzung der Meldepflichten ihre Rechte ausüben.»

<sup>65</sup> BGE 112 II 360.

<sup>66</sup> Vgl. *Spoerle* N 992, *Glanzmann*, S. 27 und Botschaft GAFI 662.

<sup>67</sup> Die Gesellschaft darf die Mitteilung nicht von sich aus korrigieren; *Glanzmann*, S. 25/26, *Spoerle* N 1001.

<sup>68</sup> Die Konsultation eines Rechtsberaters zur Erarbeitung der im Einzelfall geeigneten Formulierung wird empfohlen.

<sup>69</sup> Diese Rechtsfolge war sicherlich nicht beabsichtigt; ob die Gerichtspraxis zu einem Kunstgriff findet, wie sie vermieden werden kann, ist offen.

<sup>70</sup> BSK OR II-*Furter*, OR 978 N 5.

<sup>71</sup> Art. 979 OR.

<sup>72</sup> Mit der Besonderheit, dass sich die Benennung des Berechtigten nicht aus dem Wortlaut des Papiers, sondern aus den beizuziehenden Verzeichnissen der Gesellschaft ergibt. Die Benennung des Berechtigten ist allerdings nicht Begriffsmerkmal des Namenpapiers; vgl. dazu weiterführend ZHK-*Jaeggi* Art. 974 OR N 8 und 9.

<sup>73</sup> Vgl. Art. 1145 OR: «Ein Wertpapier gilt als Orderpapier, wenn es an Order lautet oder vom Gesetz als Orderpapier erklärt ist.»

<sup>74</sup> Art. 967 Abs. 1 und 2 OR.

Leistungen an den Inhaberaktionär im Widerspruch zu den neuen Gesetzbestimmungen begründen grundsätzlich bereicherungsrechtliche Rückforderungsansprüche. Solche dürften sich v.a. im Konkurs einer Gesellschaft aktualisieren. So müsste die Konkursverwaltung etwa zu Unrecht bezogene Dividenden zurückfordern, soweit sie nicht durch eine nachträgliche Meldung noch geheilt werden können.

Schwieriger zu bewältigen werden Sachverhalte wie etwa Kapitaltransaktionen (v.a. Kapitalerhöhungen, aber auch Kapitalrückzahlungen) sein, an denen Inhaberaktionäre trotz unterlassener Meldung mitgewirkt und dabei gestützt auf ihre mitgliedschaftlichen Vermögensrechte Leistungen erhalten haben<sup>75</sup> ohne dass eine heilende Meldung innerhalb der Fristen erfolgt.

Solche ungeheilten Vorgänge führen zu Eintragungen im Handelsregister, denen Drittwirkungen<sup>76</sup> zukommen. Es muss entweder eine korrigierende Beschlussfassung des zuständigen Gesellschaftsorgans (in der Regel der Generalversammlung) bewirkt oder die mangelhafte Beschlussfassung allenfalls durch ein Gerichtsurteil ersetzt werden.

Gerichtlich kommt eine Anfechtungs- oder eine Nichtigkeitsklage in Betracht. Gemäss Artikel 706a Abs. 1 OR können Verwaltungsrat oder Aktionäre Beschlüsse innerhalb von zwei Monaten anfechten; sind sie nach den Kriterien in Art. 706b OR als nichtig zu betrachten, kann die Korrektur ohne Zeiteinschränkung erfolgen.

Die Abgrenzung zwischen nichtigen und anfechtbaren Generalversammlungsbeschlüssen bereitet erhebliche Schwierigkeiten. Damit ein Beschluss als nichtig zu qualifizieren ist, muss nicht nur ein Verstoss spezifischer Art vorliegen, sondern dieser muss auch eine besondere Schwere erreichen.<sup>77</sup> Nichtig sind namentlich auch Beschlüsse, wenn sie gegen zwingendes Wirtschaftsaufsichtsrecht verstossen.<sup>78</sup>

Es ist unserer Ansicht nach davon auszugehen, dass es sich bei Beschlüssen unter Teilnahme von Nicht-Legitimierten um nichtige Beschlüsse handelt; eine blosser Anfechtbarkeit wäre aus den folgenden Gründen nicht sachgerecht:

Dem Grunde nach werden die Stimmrechte der verbleibenden

legitimierten Aktionäre automatisch in ihrem Gewicht beeinträchtigt, so dass ein Nichtigkeitsgrund nach Art. 706b Ziff. 1 OR vorliegen könnte. Anders als bei der nur anfechtbaren Verletzung der Bezugsrechte unter gewöhnlichen Umständen ist hier nicht nur das Interesse der Aktionäre, sondern das Allgemeininteresse gefährdet. Zweck des GAFI-Gesetzes ist nicht der Schutz der Aktionäre, sondern der Schutz der Allgemeinheit durch die angestrebte Transparenz. Wäre keine Korrektur nach Ablauf von zwei Monaten mehr möglich, so würde der Gesetzeszweck – eine effektive Inhaberkontrolle einzuführen – unterlaufen.

Eine Anfechtung oder Nichtigkeitserklärung wirken ex tunc, so dass alle auf dem Beschluss ruhenden Handlungen und Beschlüsse dahinfallen. Dies führt zwar zu grösserer Rechtsunsicherheit, setzt jedoch den Gesetzeszweck folgerichtig um.

Liegt eine nichtige Beschlussfassung vor und wird diese nicht korrigiert, können sich massive Eingriffe in Rechtspositionen ergeben, die auf dem nichtigen Gesellschafterbeschluss beruhen. Je länger ein Beschluss unkorrigiert bleibt, desto grösser sind die Folgen, da eine Nichtigkeitsklage nicht an Zeitgrenzen, sondern lediglich an ein Rechtsschutzinteresse und an das Verbot des Rechtsmissbrauchs<sup>79</sup> gebunden ist.

Eine korrigierende Beschlussfassung kommt nur dann in Frage, wenn eine Nichtigkeitsklage an einem Mangel an rechtserheblichem Interesse scheiterte. Ein rechtserhebliches Interesse ist anzunehmen, wenn für den Kläger eine Ungewissheit, Unsicherheit oder Gefährdung seiner Rechtsstellung besteht, deren Fortdauer unzumutbar ist und die nicht auf andere Weise behoben werden kann, insbesondere nicht durch eine Leistungs- oder Gestaltungsklage.<sup>80</sup>

Wie die Leistungs- oder Gestaltungsklage entfaltet sich die Rechtswirkung einer korrigierenden Beschlussfassung nur ex nunc. Allfällige zwischenzeitliche Änderungen durch Folgebeschlüsse oder Rechts- oder Tathandlungen werden dadurch nicht korrigiert. Eine korrigierende Beschlussfassung kommt daher auch nur dann in Frage, soweit noch keine auf den vorherigen Beschlüssen beruhenden Handlungen vorgenommen wurden.

<sup>75</sup> Die Rückabwicklung der Liberierung von vielleicht nur einigen wenigen Aktien und die anschliessende Herabsetzung des erhöhten Kapitals um den Betrag dieser Aktien erscheint als «overkill».

<sup>76</sup> Zu den Wirkungen der Handelsregistereinträge vgl. statt vieler *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* § 16 N 48 ff.; *Arthur Meier-Hayoz/Peter Fortsmoser*: Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 11. Auflage Bern 2012, § 5 N 43 ff.

<sup>77</sup> Dazu weiterführend *Böckli* § 16 Rz. 155 ff. (mit Verweisungen auf die Literatur und die wegleitenden Entscheidungen des Bundesgerichts; BGer 4C.107/2005 vom 29. Juni 2005; BGE 115 II 474; 93 II 33 ff.; 80 II 275).

<sup>78</sup> *Böckli* § 16 Rz. 176 und Fn. 433; BSK OR II-*Dubs/Truffer* Art. 706b OR N 8b; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* § 25 N 108 ff.

<sup>79</sup> BGE 5C.143/2005

<sup>80</sup> *Oscar Vogell/Karl Spühler*: Grundriss des Zivilprozessrechts, 9. Auflage Zürich 2010, Kapitel 7 N 23.

## Das «GAFI-Gesetz» – Folgen für Inhaber- und Namenaktien und Handlungsempfehlungen für die Praxis

Dr. Adrian Plüss, Lanter Rechtsanwälte, Zürich und  
Dr. Lara Pair, JD, Legal Partners, Zürich

### 4. Würdigung der neuen Gesetzesbestimmungen

Mit GERICKE/KUHN<sup>81</sup> ist festzuhalten, dass es «für GAFI-Zwecke wohl genügt hätte, in einem Absatz eine simple Meldepflicht für kontrollierende Inhaberaktionäre festzuschreiben». Unglücklich sind v.a. die Regelungen über die Meldung der wirtschaftlich Berechtigten, da sie in einigen, auch bei kleineren und mittleren Gesellschaften häufigen Konstellationen (Erbengemeinschaften, Aktionärbündungsverträge) Unsicherheiten mit sich bringen, wie die Meldepflicht korrekt erfüllt werden muss.

Fragwürdig ist auch das Ergebnis, dass Inhaberaktien zwar weiterhin zugelassen werden, Wertpapiere darüber aber keine Inhaberpapiere mehr sind. Es ist abzusehen, dass dies bei vielen kleineren Gesellschaften nicht zur Kenntnis genommen wird, dass Aktienurkunden nicht angepasst werden und Aktien weiterhin nach den bekannten Regeln zu Inhaberpapieren übertragen werden.<sup>82</sup>

Schliesslich ist mit *Glanzmann*<sup>83</sup> ganz grundsätzlich zu befürchten, dass die neuen Bestimmungen bei vielen kleineren Gesellschaften nicht beachtet werden, weder die Meldungen korrekt erfolgen noch die Verzeichnisse gesetzeskonform geführt werden und Aktionäre ihre Mitgliedschaftsrechte ausüben, ohne dass die Sanktionen bei Verletzung der Meldepflichten beachtet würden. Solche «Altlasten» dürften oft erst entdeckt werden, wenn Streitigkeiten zwischen den Aktionären oder zwischen Aktionären und dem Verwaltungsrat ausbrechen, wenn Aktien für Bankkredite verpfändet oder unter Mitwirkung von Dritten (Testamentsvollstrecker, Konkursbeamte) übertragen werden sollen. Neue Arbeit für Anwälte und Gerichte ist damit vorprogrammiert.

### 5. Handlungsempfehlungen

Mit Blick auf die gewichtigen Sanktionen ist auch in überschaubaren und (bisher) harmonischen Verhältnissen unbedingt zu empfehlen, die neuen Gesetzesbestimmungen zu beachten und umzusetzen und die Meldepflichten zu erfüllen.

Konkret bedeutet dies bei Unklarheiten, ob eine Meldung zu erstatten ist, eine solche vorzunehmen. Bei Unsicherheiten, welcher von mehreren in Frage kommenden Personenkreisen für die wirtschaftliche Berechtigung massgebend erscheint, sind die verschiedenen Personenkreise zu bezeichnen und alle

dazugehörenden Personen als wirtschaftlich Berechtigte anzuführen.

Für den Verwaltungsrat bedeuten die neuen Bestimmungen eine erhebliche Mehrarbeit im Bezug auf Aktionärswechsel und eine notwendige Sensitivität für Übertragungsmängel oder mögliche Rückforderungen. Es wäre zu empfehlen, bei der Neueintragung von Inhaberaktionären eine verbindliche Erklärung von Veräusserer und Erwerber zu statuieren, dass der Neu- oder Altaktionär das Recht zur Ausübung aller Rechte aus dem Papier hat, ungeachtet von Streitigkeiten zwischen Veräusserer und Erwerber, bis sich etwas anderes durch gemeinsame Erklärung oder Gerichtsentscheid ergibt. Auf diese Weise könnten mögliche Verwicklungen bei meldepflichtigen Tatsachen vermieden werden.

Des Weiteren sind bisherige und zukünftige Inhaberaktien, die in Inhaberpapieren verurkundet sind, umzuformulieren, um der neuen Rechtslage genüge zu tun. Dies kann auf verschiedene Art und Weise geschehen. Zunächst kann an die bekannten Aktionäre ein Informationsschreiben mit einem entsprechenden Beiblatt verschickt werden, das nur ausgefüllt oder ergänzt bzw. korrigiert und zurückgesendet werden muss. Dies ist aber gerade bei Inhaberaktien schwierig, wenn der bisherige Inhaber und dessen Adresse unbekannt sind. Daher sollten grundsätzlich – ggf. im Zusammenhang mit der nächsten Generalversammlung – alle bisherigen Inhaberpapiere eingezogen und durch neue, entsprechend umformulierte Aktientitel oder -zertifikate ersetzt werden.

Die Einladung zur Generalversammlung sollte von einem Informationsschreiben begleitet sein, das den Inhaberaktionären die neuen Vorschriften und die Übertragungsregeln erläutert. Dieses Schreiben kann auch bei der Generalversammlung noch einmal verteilt werden.

Die formalisierte Neuausgabe der Inhaberaktien verbindet die Richtigstellung des Papiers mit der Möglichkeit der Information der Aktionäre und der verlässlichen Auskunft über die Daten der Aktionäre zu einem festen Zeitpunkt. Dies bedeutet, dass die Verwaltungsräte alsdann eine verlässliche Datenlage haben und vorherige Inhaberpapiere ihre Wirkung verlieren. Das Risiko für die in Ziff. 3/f) geschilderten Probleme verringert sich massgeblich.

Der Unterhalt der entsprechenden Register wirft die gleichen Fragen auf, die auch bei den Namenaktien schon entstehen.

ooOoo

<sup>81</sup> S. 851.

<sup>82</sup> Bezüglich besonderer Probleme siehe oben in Ziff. 3/f). Weitere Handlungsempfehlungen befinden sich oben in Ziff. 5.

<sup>83</sup> S. 39.

## Gastkommentar Prof.Dr. Sabine Kilgus, SRO Treuhand Suisse

### GwG GAFI Revision

Auf den 1.1.2016 sind das revidierte Geldwäschereigesetz (GwG) und die dazugehörigen Verordnungen des Bundesrates (GwV) und der FINMA (GwV-FINMA) sowie die dadurch geänderten oder ergänzten Gesetzesbestimmungen im StGB, OR, ZGB und SchKG, VSTR vollständig in Kraft getreten. In diesem Kontext sind auch das im Zuge der Bündelungsvorlage auf den 1.1.2015 in Kraft getretene revidierte Revisionsaufsichtsgesetz (RAG) und die dazugehörige Verordnung (RAV) zu betrachten.

Da die Neuerungen nicht nur die bestehenden Finanzintermediäre betreffen, sei an dieser Stelle überblicksartig auf die wichtigsten Neuerungen hingewiesen. Für weiterführende Erläuterungen kann auf den Artikel von Kilgus/Losinger, in TREX 5/15, S. 278 ff. verwiesen werden (LINK WEBSEITE SRO TREUHAND|SUISSE):

- Identifikation des Eigentümers und des wirtschaftlich Berechtigten bei Inhaberaktien, die einzeln oder zusammen 25% des Kapitals oder der Stimmrechte auf sich vereinen. Das gilt auch für Namenaktionäre, Gesellschafter von GmbH, und Genossenschafter, obwohl für diese bereits Register bestehen bzw. sich aus dem Handelsregister ergeben. Die Art. 697i-m OR traten bereits auf den 1. Juli 2015 in Kraft. Die betroffenen Gesellschaften haben ein entsprechendes Register zu errichten und die Aktionäre den Status zu melden, ansonsten sie der aktienrechtlichen Rechte (Dividende, Stimmrechte) verlustig gehen. Diese werden bis zur Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes suspendiert.
- Art. 4 GwG verlangt zusätzlich und unabhängig von den Bestimmungen des OR, dass bei juristischen Personen der wirtschaftlich Berechtigte festzustellen ist, wenn dieser alleine oder in gemeinsamer Absprache 25% des Kapitals oder der Stimmrechte auf sich vereint, ausser bei börsenkotierten Gesellschaften. Bei operativen Gesellschaften, deren Aktien nicht kotiert sind, sowie aufgrund der extensiven Auslegung der FINMA auch bei Personengesellschaften muss der Kontrollinhaber festgestellt werden, der mit dem wirtschaftlich Berechtigten identisch sein kann oder ersatzweise das oberste Leitungsorgan ist. Beide, wirtschaftlich Berechtigter und Kontrollinhaber, sind immer natürliche Personen.
- Händler, die Bargeschäfte über CHF 100'000 abschliessen wollen, müssen die Sorgfaltspflichten gemäss Art. 8a GwG

und Art. 13-21 GwV einhalten, obwohl sie keine Finanzintermediäre sind und sich auch keiner SRO anschliessen müssen. Dennoch müssen sie die Einhaltung dieser Pflichten durch eine Revisionsstelle, die das nötige Fachwissen aufweist, aber nicht als Aufsichtsprüfer zugelassen sein muss, prüfen lassen (Art. 15 GwG, Art. 22 GwV), und zwar auch dann, wenn sie keiner Revision nach OR unterliegen.

- Die Kategorie der politisch exponierten Personen (PEP), inkl. ihnen nahestehende Personen, ist auf nationale Exponenten (Mitglieder der Regierung und des Parlaments und bundesnahen Betrieben) und solche bei zwischenstaatlichen Organisationen und internationalen Sportverbänden erweitert worden. Im Unterschied zu den ausländischen PEP's, die immer ein erhöhtes Risiko darstellen, werden die nationalen PEP's nur bei Vorhandensein zusätzlicher Risikokriterien zu einem Vertragspartner mit erhöhtem Risiko.
- Per 1.1.2016 ist auch bei den direkten Steuern das qualifizierte Steuervergehen eine Vortat zur Geldwäscherei (Art. 305bis Ziff. 1 und Ziff. 1bis StGB). Für indirekte Steuern (MwSt) und Zollvergehen gilt weiterhin Art. 14 VstR, der entsprechend angepasst wurde.
- Prüfer, die GwG-Prüfungen durchführen wollen, müssen neu die Vorgaben der RAV für die jeweilige Aufsichtskategorie erfüllen. Für Prüfungen von Finanzintermediären, die einer SRO angeschlossen sind, spricht die jeweilige SRO die Zulassung aus. In jedem Fall ist die Tätigkeit als Finanzintermediär mit einer Tätigkeit als Prüfer unvereinbar (Art. 11c RAV) und die Prüfgesellschaft muss über zwei leitende Prüfer für die jeweilige Aufsichtskategorie verfügen sowie sich über eine ausreichende Fachfahrung durch ein Minimum an Mandaten ausweisen (Art. 11b RAV). Will der Prüfer nur DUFIs oder Finanzintermediäre prüfen, die einer SRO angeschlossen sind, genügt eine Zulassung bei der RAB als Revisor.

Die SRO TREUHAND|SUISSE, der viele Mitglieder von EXPERT-suisse, die als Finanzintermediäre tätig sind, angeschlossen sind, hat durch verschiedene Infoschreiben und die Schulungen im Herbst 2015 auf die einzelnen, zum Teil sehr detaillierten und spezifischen Änderungen aufmerksam gemacht. Die Infoschreiben und die neuen Reglemente und Formulare sind über die Webseite der SRO TREUHAND|SUISSE abrufbar.

aus: *sro.treuhand.swiss.ch*

## beiträge

# Beschränkung von Europäischen Grundfreiheiten und Rechtfertigungsgründe – Drei Urteile des EuGH präzisieren die Argumentation

Dr. Hans-Michael Pott, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Steuerrecht, Düsseldorf<sup>1</sup>

### 1. Anwaltliche Strategie und europäische Frustration

Die anwaltliche Strategie bei der Verwendung unionsrechtlicher Argumente aus dem Bereich der Grundfreiheiten, ggf. nunmehr ergänzt durch die Grundrechte der Grundrechte-Charta, hat im Verfahren vor den Finanzgerichten eine einfache Grundstruktur. Es wird die Mehrbelastung aufgrund eines Auslandszusammenhanges dargestellt. Daraus wird die Beeinträchtigung der Wahrnehmung von Grundfreiheiten gefolgert. Im Regelfall endet die Argumentation mit einem mehr oder minder flammenden Hinweis auf eine – nicht unbedingt erforderliche und auch nicht immer gegebene – Diskriminierung von Angehörigen anderer EU-Staaten oder EWR-Staaten. Die Verteidigungslinie der deutschen Finanzämter beginnt nahezu immer mit dem Hinweis auf die Kohärenz des Steuersystems, die die Mehrbelastung der Auslandsbeziehung rechtfertigen soll. Diese ist regelmässig einfach zu zerpfücken, weil Fälle der Kohärenz kaum jemals gegeben sind. Daneben präsentiert die Finanzverwaltung echte Rechtfertigungsgründe. Zu denen gehört im Bereich der Unternehmensbesteuerung allerdings sehr oft das behauptete Erfordernis einer Einmalbesteuerung. Der Steuerpflichtige profitiert dann in der Regel davon, dass ein festgefügtter Kanon anerkannter Rechtfertigungsgründe für das Steuerrecht nicht existiert. Für jeden von der Finanzverwaltung vorgebrachten Rechtfertigungsgrund dürfte sich ein diesen Rechtfertigungsgrund ganz grundsätzlich ausschliessendes Argument finden lassen. Zum Schluss bemüht die Finanzverwaltung oft, wenn es gerade noch denkbar ist, den Missbrauch, der dann zu widerlegen ist. All dies folgt einem weitgehend feststehenden Muster.

Gelangt die Sache – oft aus der Sicht des Steuerpflichtigen wunschgemäss – vor den Europäischen Gerichtshof, wird die

Argumentation für den Anwalt des Steuerpflichtigen schwieriger. Die Kohärenz wird im Regelfall schnell erledigt sein. Man darf erwarten, dass sie im Urteil kaum noch erwähnt wird. Für die weitere Prüfung aber tut sich vor dem Europäischen Gerichtshof ein weites Feld auf, dessen Bearbeitung für den Anwalt nicht einfach ist. Dies liegt schlicht daran, dass der Europäische Gerichtshof eine wirklich belastbare Doktrin für die Rechtfertigung der Beschränkungen von Grundfreiheiten durch das nationale Steuerrecht nicht entwickelt hat. Es gibt immer wieder Gesichtspunkte, die von ihm aufgegriffen und als entscheidungserheblich dargestellt werden. Die anwaltliche Aufgabe, dies vorherzusehen und den schädlichen Gesichtspunkten vorbeugend in dem einzigen gewährten Schriftsatz zu begegnen, ist zunehmend schwieriger geworden. Klar ist: soweit die Finanzverwaltung im Verfahren vor den deutschen Finanzgerichten ihre Argumente präsentiert hat, kann und muss man darauf eingehen. Selbst den (Hoch-)Mut, die Kohärenz nicht zu behandeln, wird sich kaum ein Anwalt leisten.

Die wirklichen übergeordneten Gesichtspunkte, die der Europäische Gerichtshof dann seiner Entscheidung zugrundelegen wird, sind hingegen häufig vorher kaum erkennbar. Der Anwalt tut allerdings gut daran, sich mit den Wirkungen von Doppelbesteuerungsabkommen und deren Anwendung zu befassen. Diese bieten dem Europäischen Gerichtshof – wenn einschlägig – oft eine Orientierung. Daneben wird die Frage des Missbrauchs, ob sie nun von der Finanzverwaltung schon aufgeworfen wurde oder nicht, oftmals auch prophylaktisch zu behandeln sein. Immerhin kann sich der Anwalt im europäischen Verfahren damit trösten, dass dies nicht als ein *qui s'excuse, s'accuse* verstanden werden muss. Von dann an ist Nachdenken gefragt, um möglicherweise wichtige Gesichtspunkte zu finden. Das Problem des Anwalts ist vor allem, dass er nicht den Eindruck erwecken möchte, einen argumentatorischen Popanz aufbauen zu wollen, um diesen dann zu zerpfücken. Bei Einlieferung des Schriftsatzes bleibt stets die Frage, ob man zu viel oder zu wenig behandelt hat. Dieser Befund ist bedauerlich und belastend.

<sup>1</sup> Dr. Pott ist Partner der Partnerschaft SERNETZ SCHÄFER Rechtsanwälte, Düsseldorf. Der Beitrag erscheint in Heft 1 des [steueranwaltsmagazin](#).

## Beschränkung von Europäischen Grundfreiheiten und Rechtfertigungsgründe – Drei Urteile des EuGH präzisieren die Argumentation

Dr. Hans-Michael Pott, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Steuerrecht, Düsseldorf

Man hat sich die Ursachen klarzumachen. Der Europäische Gerichtshof befindet sich in einem, ihm mittlerweile auch erkennbar bewussten, Dilemma. Die steuerliche Gesetzgebung der Mitgliedsstaaten zu Auslandsbeziehungen ist ganz überwiegend mit einer Mehrbelastung der Auslandsbeziehung gegenüber der inländischen Beziehung verbunden. Das kann nicht verwundern, weil es bei den von den Mitgliedstaaten geschaffenen Normen um die Sicherung des eigenen Besteuerungsrechts geht und dieses bei Auslandsbeziehungen – nicht ganz zu Unrecht – als gefährdet angesehen wird. Hiergegen bringt der Gesetzgeber mit dem Aussensteuerrecht gern das schwerere Geschütz in Stellung. Rühmliche Ausnahmen, die von einem sehr subtilen Rechtsverständnis zeugen und die eigene Besteuerungshoheit eher beschränken als ausweiten, gibt es, sie sind aber selten. Auf diese Problematik soll hier nicht eingegangen werden. Der Europäische Gerichtshof müsste jedenfalls angesichts der Mehrbelastungen bei Auslandsbeziehungen zur uneingeschränkten Durchsetzung der Grundfreiheiten einen Kahlschlag im Aussensteuerrecht nahezu aller Mitgliedsstaaten ausführen. Ein entsprechender Elan zur Durchsetzung der Grundfreiheiten ist ihm, wie er schon früh gezeigt hat, durchaus nicht fremd. Die Diskussionen um die frühen Urteile des Europäischen Gerichtshofes zur Warenverkehrsfreiheit und zur Dienstleistungsfreiheit zeigen, wie seine bahnbrechenden Entscheidungen aufgefasst wurden. Bei einem ähnlichen Vorgehen gegen das Aussensteuerrecht der Mitgliedsstaaten würde es aber auf einem zum Kernbereich der staatlichen Souveränität gehörenden Gebiet zu einem diese Souveränität weithin entleerenden Kahlschlag kommen.<sup>2</sup> Hinzu kommt auch, dass ein solcher Eingriff zwingend die Gefahr und oftmals unmittelbar den Effekt «weisser Einkünfte» begründen würde. Dies kann in einer dem europäischen Recht wichtigen Wettbewerbsordnung, die gleichmässige Besteuerung als Teil der Rahmenbedingungen ansieht, nicht befriedigen. Die damit evident verbundene Begünstigung von Auslandsbeziehungen würde im Ergebnis einen Teppich von ungewollten Beihilfen über die gesamte Union legen. Da die Wettbewerbsfragen wiederum rechtliche Gesichtspunkte sind, kann dem Europäischen Gerichtshof für die – auch stillschweigende – Berücksichtigung solcher, vielleicht politisch klingender, aber substantiell zum Rechtssystem gehörender, Argumente die Legitimation nicht bestritten werden. Der Europäische Gerichtshof betreibt mit seiner Zurückhaltung keine über seine Kompetenzen hinausgehende Politik.

So nachvollziehbar und legitim die vorstehenden Gesichtspunkte erscheinen, so belastend sind sie für den Anwalt, der für den Erfolg der Einzelfallgerechtigkeit pflichtgemäss eintritt. Erfreulicherweise hat nun der Europäische Gerichtshof begonnen, Teilbereiche der aufgezeigten Argumentation einer Bearbeitung auf der

Basis klarer Formulierungen zugänglich zu machen. In drei Fällen hat er steuerliche Regelungen wegen nicht gerechtfertigter Beschränkung von Grundfreiheiten als nicht mit dem Unionsrecht vereinbar angesehen. Die drei Entscheidungen lassen eine klare Linie erkennen, die – wenn sie konsequent weiter verfolgt wird – die Argumentation des Europäischen Gerichtshofes im Steuerrecht zu der klassischen Lehre zu den Grundfreiheiten führt.

## 2. «Steria»

Das folgend unter der Kurzbezeichnung «Steria»<sup>3</sup> dargestellte Urteil behandelt die Ausgestaltung der Nicht-Besteuerung von Dividenden-Ausschüttungen an Muttergesellschaften in Frankreich, insbesondere den Ansatz einer nicht steuerbefreiten «Kostenpauschale» von 5%. Der Begriff Schachtelprivileg trifft die Problematik, wäre aber nicht ganz korrekt, weil es auch um eine weitergehende Form der Konzernbesteuerung im Sinne der deutschen Organschaft geht. Ausgelöst ist diese Form der Besteuerung erkennbar durch die Mutter-Tochter-Richtlinie.<sup>4</sup> Wider Erwarten liegt der Kern des Urteils nicht in der Auslegung des Sekundärrechts, sondern in der Anwendung der Grundfreiheiten. Das von der Richtlinie geforderte Schachtelprivileg für Ausschüttungen über die Grenze hat Frankreich ähnlich wie Deutschland unter dem nach der Richtlinie zulässigen Ansatz einer Pauschale auf fiktive Kosten von 5% der steuerfreien Dividenden ausgestaltet. Frankreich gewährt ein Schachtelprivileg in dieser Form auch auf «innerstaatliche» Ausschüttungen. Für Fälle einer Konzernbildung hat Frankreich (nach deutscher Begrifflichkeit) eine Art Organschaft für Beteiligungen von mindestens 95% geschaffen. Besteuert wird die Obergesellschaft. Einbezogen werden alle Gesellschaften, an denen die Obergesellschaft mit mehr 95% beteiligt ist und deren Ergebnisse «der Körperschaftsteuer nach den Bedingungen des allgemeinen Steuerrechts unterliegen». Bei dieser Konzernbesteuerung werden die empfangenen Dividenden aus dem Ergebnis der Konzernmuttergesellschaft zwecks Nichtbesteuerung schlicht herausgerechnet. Es kommt daher nicht zur Anwendung der 5%-Pauschale. Frankreich sieht – wie nicht anders zu erwarten – nur in Frankreich ansässige Gesellschaften als regulär der französischen Körperschaftsteuer unterliegend an. Mithin werden die Dividenden im Ausland ansässiger Tochtergesellschaften auch bei Beteiligung von 95% unter Ansatz der 5%-Pauschale aus dem Ergebnis der Muttergesellschaft eli-

<sup>2</sup> Pott, IStR 2010, 131.

<sup>3</sup> EuGH v. 2.9.2015, Rs. C-386/14, Groupe Steria SCA ./ Ministère des Finances et des Comptes Publics (frz. Finanzministerium), RIW 2015, 697.

<sup>4</sup> Bei Inkrafttreten des frz. Gesetzes ging es um die Richtlinie 90/435/EWG, später ersetzt durch 2011/96/EU.

Beschränkung von Europäischen Grundfreiheiten und Rechtfertigungsgründe –  
Drei Urteile des EuGH präzisieren die Argumentation  
Dr. Hans-Michael Pott, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Steuerrecht, Düsseldorf

miniert. Unionsrechtlich erkennt man schnell die Wirkung der Regelung. Mit anderen Worten: Es liegt eine Benachteiligung der grenzüberschreitenden Beteiligung um die Steuer auf jene 5% vor. Dies beschränkt die Niederlassungsfreiheit.

Die Behandlung dieser Problematik ist zweifellos für die grenzüberschreitende Gruppen-/Konzernbesteuerung hochinteressant. Hier soll aber nur die Argumentationsweise des Europäischen Gerichtshofes betrachtet werden. Die einleitende sachliche Aussage des Urteils ist deutlich: Ein Steuervorteil ist durch die angegriffene Regelung «den Dividenden inländischen Ursprungs vorbehalten». Dann folgt: «...dass eine Muttergesellschaft mit einer in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Tochtergesellschaft diesen Vorteil nicht hat, kann es für diese Gesellschaft weniger attraktiv machen, von ihrer Niederlassungsfreiheit Gebrauch zu machen.» Die Beschränkung der Niederlassungsfreiheit steht damit, wie in vielen Fällen, fest. Eine solche Beschränkung wäre möglicherweise zulässig, wenn die Regelung Situationen betrifft, die nicht objektiv vergleichbar sind. Das Urteil sieht die «Situationen» für ausländische wie für inländische Beteiligungen als vergleichbar an. Diese Vergleichbarkeit stellt das Urteil sehr präzise fest. Auf der Ebene der Muttergesellschaft sind die Aufwendungen, denn diese sind der Auslöser der 5%-Klausel, für ausländische wie inländische Töchter gleichartig. Falls man die 5%-Klausel für eine echte Kompensation von Betriebsausgaben für eine steuerfreie Beteiligung hält, müsste man hier weiter prüfen.<sup>5</sup> Davon geht der EuGH aber wohl nicht aus. Was die Weiterleitung der Gewinne angeht, so ist die Gefahr der doppelten Besteuerung, der durch die Konzernbesteuerung begegnet werden soll, ebenfalls gleichartig. Die Ungleichbehandlung von im Sinne der Norm gleichartigen Sachverhalten indiziert die Unzulässigkeit.

Der EuGH prüft dann, ob es zwingende Gründe des Allgemeininteresses gibt, die diese Ungleichbehandlung rechtfertigen können. Die Internationale der Finanzverwaltungen argumentiert damit, dass das von Frankreich in Anspruch genommene Recht zu (völliger) Neutralisierung der inländischen Dividenden im Gegensatz zur 95%-Neutralisierung bei ausländischen Töchtern, durch die Notwendigkeit gerechtfertigt sei, die Aufteilung der Besteuerungsbefugnisse zwischen den Mitgliedsstaaten zu bewahren. Hier sieht sich der EuGH mit Argumenten konfrontiert, die er bei seiner vorsichtigen Öffnung der grenzüberschreitenden Organschaft verwendet hat.<sup>6</sup> Der EuGH relativiert seine Aussagen jetzt dahin, dass es vorliegend nur um Dividenden gehe. Die zugrundeliegenden Gewinne seien schon im anderen Mitgliedstaat erfasst. Daher gehe es hier nicht mehr

um die Abgrenzung der Gewinnbesteuerungshoheit.

Das – selbstverständlich auch von Deutschland vorgebrachte – Argument, dass das Konzept der Konzernbesteuerung unter Ausschluss der ausländischen Dividenden zur Wahrung der Kohärenz erforderlich sei, erfährt eine ausführliche Behandlung. Frankreich argumentiert damit, dass der Konzern mit vollständiger Besteuerung in der Obergesellschaft den Sinn habe, den Konzern mit einem Einheitsunternehmen gleichzustellen. Auch hier sieht sich der Europäische Gerichtshof mit Argumenten aus einem früheren Urteil konfrontiert.<sup>7</sup> Er stellt aber kurz und knapp fest, dass hier kein Zusammenhang zwischen dem fraglichen Nachteil und einem Vorteil bestehe, sondern nur für die Dividenden aus inländischen Gesellschaften ein Vorteil geschaffen werde.

Der EuGH stellt damit das richtige Verhältnis von Beeinträchtigung der Grundfreiheit und der Notwendigkeit einer Rechtfertigung her. Das Urteil (und die die vorstehenden Punkte im Hinblick auf die vorhergehende Rechtsprechung gut verständlich aufbereitenden) Schlussanträge der Generalanwältin *Juliane Kokott* sind eine erfreuliche Pflichtlektüre für die Arbeit im Steuerrecht.

Es bleibt noch die Frage nach der Mutter-Tochter-Richtlinie. Die französische und die deutsche Regierung verweisen auf die Übereinstimmung der französischen Regelung mit der Richtlinie. Der EuGH erledigt dies zum Schluss mit dem Argument, dass auch die Anwendung der Richtlinie im Einklang mit den Grundfreiheiten stehen muss. Die Schlussanträge behandeln diese Frage bezeichnenderweise eingangs der Argumentation. Die Bindung an die Grundfreiheiten sollte eine Selbstverständlichkeit sein. Hier spukt aber immer noch die falsche Aussage in den Köpfen, dass im Bereich des durch Sekundärrecht rechtmässig harmonisierten Rechts eine Berufung auf die Grundfreiheiten nicht möglich sei. Dies muss zwar rechtssystematisch als nicht vertretbar eingestuft werden, ist aber nicht auszuroten. Verf. hat dies bei Behandlung der Rechtssache «Burda»<sup>8</sup> thematisiert,<sup>9</sup> in der vermutlich die Interpretation der Richtlinie auch die Verneinung der Beeinträchtigung von Grundfreiheiten indizierte. Es ist erfreulich, dass nunmehr eine Quelle für einschlägige Zitate aus der Mitte des Steuerrechts zur Verfügung steht, die aus einem klaren Zusammenhang heraus die Durchsetzung der Grundfreiheiten gegenüber dem harmonisierten Recht ausspricht.

<sup>5</sup> Man wäre dann bei der Frage der Einmal-Besteuerung, die der EuGH, s. folgend 4., nicht billigt.

<sup>6</sup> EuGH v. 25.2.2010, Rs. C-337/08, «X Holding».

<sup>7</sup> EuGH v. 25.2.2010, Rs. C-337/08, «X Holding».

<sup>8</sup> EuGH v. 26.6.2008, Rs. C-284/06, DB 2008, 1468.

<sup>9</sup> Pott, *steueranwaltsmagazin* 2010, 55.

## Beschränkung von Europäischen Grundfreiheiten und Rechtfertigungsgründe – Drei Urteile des EuGH präzisieren die Argumentation

Dr. Hans-Michael Pott, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Steuerrecht, Düsseldorf

### 3. § 6b EStG

Vor dem Urteil in der Rechtssache «Steria» hatte sich der EuGH mit einem Vertragsverletzungsverfahren wegen des deutschen § 6b EStG zu befassen.<sup>10</sup> Bekanntlich muss die Reinvestition nach Inanspruchnahme der Rücklage in Deutschland erfolgen. Hier sieht der EuGH die Beeinträchtigung der Niederlassungsfreiheit darin, dass das Unternehmen gehindert sei, eine Investition etwa in einer Betriebsstätte in einem anderen Mitgliedstaat vorzunehmen.

Die Behandlung folgt demselben, eigentlich klassisch zu nennenden Überlegungsgang, wie er in der Sache «Steria» erkennbar ist. Die Frage einer Rechtfertigung beginnt das Urteil damit, dass es die Abgrenzung der Besteuerungsbefugnis prüft. Es greift hierfür auf das Urteil «National Grid»<sup>11</sup> zurück. In diesem Urteil finden sich im Wortlaut sehr passende Aussagen. Der EuGH hat dort das Recht des Staates anerkannt, die stillen Reserven aus der Zeit der Ansässigkeit der Gesellschaft zu besteuern. Er hat aber die sofortige Besteuerung ohne Zufluss von Liquidität als unverhältnismässig verboten. Die Folgerung daraus müsste sein, dass bei einer Veräußerung unter Anwendung des § 6b EStG die Bundesrepublik Deutschland allenfalls den der Rücklage zugrundeliegenden Gewinn für ihre spätere Besteuerung sichern darf. Hier führte Deutschland aber zulässigerweise das Argument der Kohärenz an, ohne dass dieses Argument von vornherein zu verwerfen war. Hierzu erklärt der EuGH dann aber, dass nach der deutschen Regelung die spätere Besteuerung nach Anschaffung eines neuen Wirtschaftsgutes an dessen Veräußerung anknüpfe. Die gestundete Steuer und die später zu erhebende Steuer stünden nicht in dem erforderlichen unmittelbaren Zusammenhang. Mit anderen Worten: der EuGH schränkt die Anwendung des Kohärenzgedankens, den er schon immer restriktiv behandelt hat, deutlich ein. Im übrigen aber führe die Investition in einem anderen Mitgliedstaat grundsätzlich ja zu Gewinnen, die in Deutschland zu versteuern seien. Für den EuGH spielt erkennbar keine entscheidende Rolle, dass dies durch Abkommen verhindert werden könnte. Schliesslich geht der EuGH auf den möglichen Sinn ein, durch Steuerverzicht die Modernisierung der Unternehmen zu stärken etc. Hierzu meint er, dass eine solche Stärkung auch bei Stärkung einer Betriebsstätte im Ausland eintrete.

Die Bedeutung des Urteils liegt darin, dass der EuGH Rechtfertigungsgründe überaus deutlich einfordert und Argumente der Kohärenz im Bereich der Unternehmensbesteuerung sehr

restriktiv konturiert. Auch wenn das Urteil geringfügig älter als das in der Sache «Steria» ist, muss es aus anwaltlicher Sicht als dessen Ergänzung und «Absicherung an der Flanke» aufgefasst werden.<sup>12</sup>

### 4. Österreichische Privatstiftung

In diesem Fall hatte der EUGH eine technisch komplizierte, aber für das Unionsrecht inhaltlich einfache Regelung der österreichischen Besteuerung von Stiftungen<sup>13</sup> zu entscheiden. Soweit eine Privatstiftung Destinatären Zuwendungen macht, die bei Empfängern in Österreich der Steuer unterliegen, die aber bei im Ausland ansässigen Empfängern wegen eines Doppelbesteuerungsabkommens nicht der Besteuerung unterliegen, wird die Stiftung selbst mit einer höheren Steuer belegt. Stiftungen mit in entsprechenden Mitgliedstaaten ansässigen Zuwendungsempfängern zahlen entsprechend höhere Steuern. Dass dies eine Beeinträchtigung der Kapitalverkehrsfreiheit darstellt, liegt auf der Hand.

Die Behandlung der Rechtfertigung ist ein Gang durch die Geschichte der einschlägigen Steuerrechtsprechung des EuGH. Das Urteil befasst sich zunächst mit der Methode, einen für den Fiskus «greifbaren» Steuerpflichtigen zu belasten, weil der von demselben wirtschaftliche Ergebnis partizipierende Ausländer nicht greifbar ist. Der EuGH spricht deutlich aus, dass er dies in den Fällen «Lankhorst-Hohorst»<sup>14</sup> und «Glaxo Wellcome»<sup>15</sup> behandelt und in keiner dieser Rechtssachen einen Grundsatz der Einmalbesteuerung als selbständigen Rechtfertigungsgrund anerkannt habe.<sup>16</sup>

<sup>12</sup> Am Rande zeigt das Urteil schliesslich noch, dass die Kommission bereit ist, im Wege des Vertragsverletzungsverfahrens gegen seit langem bestehende Normen vorzugehen. Das ermutigt im Zweifel auch, Beschwerden bei der Kommission einzureichen.

<sup>13</sup> EuGH v. 17.9.2015, Rs. C-589, F.E. Familienprivatstiftung Eisenstadt; das Rubrum nennt keinen Gegner, sondern als «Beteiligten» den Unabhängigen Finanzsenat, Aussenstelle Wien; in der Tat richtete sich aber das Rechtsmittelverfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof, das zur Vorlage führte, gegen den unabhängigen Finanzsenat. Der Kanzler hat offenbar Probleme damit gesehen und sich für die Bezeichnung des Senats mit «Beteiligter» entschieden. Zu einer anderen Form des Rubrums für österreichische Fälle s. Pott, *steueranwaltsmagazin* 2015, 94. Das eigentlich beklagte Finanzamt ist vorliegend auch im Sachverhalt nicht genannt.

<sup>14</sup> EuGH v. 12.12.2002, Rs C-324/00, DB 2002, 2690.

<sup>15</sup> EuGH v. 17.9.2009, Rs C-182/08, IStR 2009, 691.

<sup>16</sup> Der BFH hat in dem Schlussurteil in Sachen «Glaxo Wellcome», BFH v. 3.2.2010, I R 21/06, BstBl II 2010, 692, durchaus den Gesichtspunkt der Vermeidung der Einmalbesteuerung als Zweck des angegriffenen Gesetzes und Gegenstand einer zu vermeidenden Umgehung angesehen.

<sup>10</sup> EuGH v. 16.4.2015, Rs. C-591/143, Europäische Kommission ./ Bundesrepublik Deutschland, RIW 2015, 383.

<sup>11</sup> EuGH v. 29.11.2011, Rs. C-371/10, «National Grid Indus», IStR 2012, 27.

**Beschränkung von Europäischen Grundfreiheiten und Rechtfertigungsgründe –  
Drei Urteile des EuGH präzisieren die Argumentation  
Dr. Hans-Michael Pott, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Steuerrecht, Düsseldorf**

Danach führt der EuGH aus, dass er ungeliebte Verteilungen der Besteuerungsbefugnis nach den Doppelbesteuerungsabkommen nicht als Rechtfertigungsgrund erkenne. Dabei geht es letztlich um das Argument, dass eine fehlende Besteuerungsbefugnis im Ausland nicht durch eine erhöhte Besteuerung im Inland kompensiert werden dürfe. Die Notwendigkeit, einen Steuerausfall zu vermeiden, gehöre eben nicht zu den Rechtfertigungsgründen für eine Beschränkung von Grundfreiheiten. Der EuGH nimmt hier, wenn man dies in den Zusammenhang mit anderen Urteilen stellen darf, wieder seine stillschweigende Doktrin auf, dass gerade die Doppelbesteuerungsabkommen als Ausdruck der richtigen Verteilungsgerechtigkeit zwischen den Staaten zu respektieren sind. Daraus folgert er, ohne dies auszusprechen, dass eine Umkehr ihres Ergebnisses nicht als Rechtfertigung für eine Beschränkung der Grundfreiheiten verwendet werden kann. Die Argumentation des EuGH ist durchgängig überzeugend. Am Schluss bleibt eine nicht ohne weiteres nachvollziehbare Stelle.<sup>17</sup> Hier führt das Urteil aus, dass es für die Kohärenz an dem Zusammenhang zwischen Nachteil und Vorteil auch deshalb fehle, weil der Nachteil (bei der österreichischen Privatstiftung) nicht endgültig sei,<sup>18</sup> der Vorteil (beim Empfänger der Zahlung) aber endgültig verbleibe. Dass die Abmilderung der Beschränkung, denn nichts anderes ist die nur vorläufige und ganz am Ende wieder ausgeglichene Besteuerung, als solche geeignet ist, den Zusammenhang auszu-schliessen, vermag nicht sicher zu überzeugen.

## 5. Ergebnis

Der Europäische Gerichtshof hat mit diesen Urteilen keine neuen Argumentationen verkündet. Er hat vielmehr die klaren Grundsätze, die seit jeher bei der Behandlung der Grundfreiheiten von ihm angewendet wurden, für das Steuerrecht verdeutlicht. Missverständnisse sind kaum mehr möglich. Aus der zeitlichen Nähe der Urteile darf man schliessen, dass der Europäische Gerichtshof eine generelle Klarstellung gewünscht hat. Auf die älteren Urteile wird Bezug genommen. Es wird aber eine neue aktuelle Sammlung von Argumenten und Formulierungen geboten, die den Rückgriff auf die älteren Urteile teilweise erübrigen. Für den Anwalt ist damit ein Steinbruch für die Argumentation geschaffen worden, aus dem sich klar konturierte Bausteine für eine unionsrechtliche überzeugende Argumentation gewinnen lassen.

<sup>17</sup> Tz 81f. des Urteils.

<sup>18</sup> Bei Auflösung der Stiftung wird die höhere Steuer offenbar verrechnet.

## beiträge

### Get my money, get my child – Titel juristischer Fachaufsätze

Jürgen Wagner, LL.M., Rechtsanwalt, Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht, Konstanz/Zürich/Vaduz

Juristen haben ihr ganzes Berufsleben damit zu tun: Zeitschriften zu wälzen und darin furztrockene und äusserst langatmige, selten witzige, deutliche oder einfach nur «coole» und manchmal «uncoole» Überschriften bzw. Titel zu lesen. Höchste Zeit, hierzu ein paar ernsthafte Bemerkungen loszuwerden: Der Titel ist ein nicht unwesentliches Marketinginstrument. Was die Buchverlage schon längst wissen, scheint an manchen Fachautoren spurlos vorübergegangen zu sein. Flache Titel wie «Bemerkungen zu ...» wären als Buch unverkäuflich. Die oberlehrerhaften «Denkanstösse» sowieso. Was sagt uns das? Vielleicht werden Fachautoren in Fachzeitschriften nach ihren Titeln ausgewählt («Dr. Dr. Dr. h.c. mult...») und weniger nach ihren Titulierungen («...-Recht im Wandel»). Vielleicht hat's auch mit der Ernsthaftigkeit zu tun, mit der rechtliche Betrachtungen als Wissenschaft daherkommen wollen. Vielleicht wollen sich Praktiker andererseits von den Universitäts-Theoretikern absetzen?

Wie auch immer (gibt's hierzu noch keine Dissertation?): Wenn man ein wenig in der Literatur kramt, sammelt und katalogisiert findet man Erstaunliches. Die Kommentierung erfolgt immer aus dem Blickwinkel des Lesers und ist nicht immer ganz und gar ernst gemeint. Die richtig spannenden Rechtsbereiche wie die Rechtsgeschichte und das Strafrecht, Literatur, Kunst- und Musikrecht («Hatte Schopenhauer uneheliche Kinder?») wie auch die englischsprachigen Titel («Ironing out Mum's and Dad's mistakes») haben wir weitestgehend ausgelassen, uns dafür umso intensiver im Steuer- und Wirtschaftsrecht getummelt und alles sorgsam in Schubladen unterteilt.

#### Schublade 1: Die Knüller

«Sun glasses and smokefilled rooms...» oder «Get my money, get my child...» starten quasi ausser Konkurrenz. Plastisch und verständlich: «Aus dem Entwurfs-Atelier der Gesetzgebung – Beobachtungen zur Denk- und Arbeitsweise des Gesetzgebungsreferenten im Bundesministerium» oder gar «Die Katze in der Mikrowelle ...» sowie – in dieser Kategorie – der Klassiker: «Das Kind als Schaden».

#### Schublade 2: Die Klassiker

«Zur Frage der ...» lässt aufhorchen. Jetzt wird alles klar. «Treu und Glauben in der Rechtsprechung des AG Zwiesel» beschreibt ebenfalls ein abgrenzbares Gebiet, während «Wege zur...» wieder genügend Gestaltungsspielraum lassen. «Das neue ...-Gesetz» ist informativ und nicht so zwanghaft anmahndend wie «Steuerlicher Handlungsbedarf zum Jahreswechsel...».

#### Schublade 3: Die Evergreens

«Erscheinungsformen der ...», «Auf dem Weg zum neuen ...-Recht» oder «Das neue Recht der ... in der Praxis» sowie «Die Entwicklung des ...-Rechts» führen zu den «Offenen Fragen des ...-Rechts». Hier kann man nichts falsch machen, weder als Leser noch als Autor.

#### Schublade 4: Die Philosophen

Bei diesem Autoren-Schlag wimmelt es von Ausrufe- und Fragezeichen, von schillernden, ja schicksalhaften Beiträgen: «Blinder Eifer um § \*», «Quo vadis ...?» oder gar «... – Friedensangebot» oder «Trojanisches Pferd?» Der «...-Begriff als Chamäleon» oder «Die ...-Norm – Mass aller Dinge?» bringen uns wieder auf Normalmass, wenn auch «Das Schicksal der ...» uns tief berührt. Letztlich müssen ultimative Fragestellungen aufgegriffen und überlegten Lösungen zugeführt werden, wie etwa «Unzumutbarer Beseitigungsaufwand?» oder der Aufschrei in der DStR «Einmal Missbrauch, immer Missbrauch?». Ausserdem musste die Frage «Lehramt trotz Kopftuch», aber auch die Frage «Sprachheilpädagogin freiberuflich tätig?» endlich geklärt werden.

#### Schublade 5: Die Nebulösen

Diese Autoren stellen bereits im Titel klar, dass sie beabsichtigen, Denksportaufgaben zu stellen oder dass sie keinerlei

Wert darauf legen, von der breiten Masse überhaupt nur ansatzweise verstanden zu werden. «Erscheinungsformen des squeeze-out» – die englische Variante. Die klassische Variante: «Äquivalenzvermutung und Äquivalenzwahrung im Leistungsstörungenrecht» oder die übertriebene Variante («Das «Lied vom Tod» der Unternehmenskaufmodelle – alter Wein in neuen Schläuchen»)! Völlig unverständlich: «Das EVA-Konzept: Attraktiv oder hässlich im Sinne einer unternehmenswertorientierten Unternehmenssteuerung?»

### Schublade 6: Die Trockenen (brut)

Bereits nach der Lektüre des Titels macht man sich Hoffnungen, der Artikel möge nicht allzu lang sein – und wird sofort enttäuscht. Beispiel hierfür sind die unvermeidlichen «\* - Überlegungen de lege ferenda» oder die nicht minder gefürchtete «... – Vergleichende Darstellung unter besonderer Berücksichtigung von ...». Die Abhandlung «Auslegung des § 6 Absatz 5 Satz 3 Nr. 1 EstG bei Übertragung von Einzelwirtschaftsgütern aus dem Betriebsvermögen einer Kapitalgesellschaft oder Mitunternehmenschaft in das Gesamthandsvermögen einer Mitunternehmenschaft, an der der Übertragende beteiligt ist» löst wohl verständnislose Aha-Effekte aus (bei Asterix wären Fragezeichen in den Sprechblasen oder aber «tzzzzz»-Geräusche).

### Schublade 7: Die Ewiggestrigen

Eine Überdosis Latein lässt's kräftig stauben – allerdings garantiert seriös: Der Aufsatz «Marginalie oder Mene tekel» verabschiedet sich standesgemäss mit dem Ausruf «Meine mene tekel upharsin» und lässt den ein oder anderen Leser ratlos zurück. Ad multos annos...

### Schublade 8: Die Streitlustigen

Am Ende legendärer juristischer Scharmützel steht der Aufsatz «Nochmals: Zur Frage der ...» oder «... – das Ende einer endlosen Diskussion». Wer eine Frage stellt «Stiftungen mit wirtschaftlichem Zweck verbieten?», erhält in der schliesslich öffentlichen Diskussion manchmal eine direkte Antwort: «Stiftungen mit wirtschaftlichem Zweck verbieten!»

### Schublade 9: Die Schlichten

Da setzen sich die schlichten «Bemerkungen zum e.V.» deutlich ab. «Aktuelles Beratungs-Know-how zum ...-Recht» scheint ebenso klar wie «Leitplanken für...» und «Steuerfallen bei mittelbaren Anteilsübertragungen im Konzern» oder «Rückfall eines bebauten Grundstücks in den Zustand eines unbebauten Grundstücks».

### Schublade 10: Die zwanghaft Angepassten

Mehr oder minder ausgeprägtes Sprachvermögen und das manische up-to-date-sein führt wohl zu Titeln wie «Teststrecke Steuerrecht» ..., «Der Fall Kohl – und...». Hochinteressant auch die «Steuergestaltung a la Boris Becker...». Die englische Variante der *fiscal maniacs* beschreibt die «...Implimentierung von cash-management-Systemen». Der ultimative Kick ist aber das NJW-Editorial (!) mit dem unschlagbaren Titel «Brain up! Deutschland sucht...».

ooOoo

<sup>1</sup> Obwohl der «alte Wein in neuen Schläuchen je nach Geschmack eher in die Kategorie «Klassiker» oder «Ewiggestrige» gehört.

## beiträge

### Verein und Verband: Neue Entwicklungen

Jürgen Wagner, LL.M., Rechtsanwalt, Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht, Konstanz/Zürich/Vaduz\*

Der folgende Beitrag stellt, nach *liechtenstein-journal* 2015, 113 ff., weitere Entwicklungen im Vereinsrecht seit etwa Mitte 2015 dar. Er greift aber auch punktuell Streitfragen auf, die abseits vom akademischen Diskurs in der Praxis Lösungen suchen und teilweise auch gefunden haben. Allerdings kommen Anmerkungen zu FIFA, DFB und ADAC vorerst nicht vor.

#### 1. Allgemeines

Der Verein ist Träger von Rechten und Pflichten, kann auch beleidigen oder beleidigt werden. Die Äusserung, ein Verein sei anerkanntes Sprachrohr für Rassismus, Nationalismus und Fremdenfeindlichkeit, stellt eine Meinungsäusserung dar und überschreitet nicht die Grenze zur Schmähkritik, so jüngst das *OLG Frankfurt*.<sup>1</sup>

#### a) Reformbedarf

Die Justizministerinnen und Justizminister sind der Auffassung, dass bürgerschaftliches Engagement zu unterstützen und zu fördern ist.<sup>2</sup> Neben dieser Allgemeinaussage besteht bei den Justizministern der Länder derzeit die Auffassung, das Gesellschaftsrecht um eine weitere Rechtsform hierfür ergänzen zu müssen. Am Rande wird sich der 71. Deutsche Juristentag im September 2016 mit der aktuellen Reformdiskussion im Personengesellschaftsrecht befassen. Der Hauptgutachter, *Prof. Dr. Carsten Schäfer*, geht in seinem Gutachten «Empfiehl sich eine grundlegende Reform des Personengesellschaftsrechts?» auch auf die Vereine ein.

\* Der Autor ist Wirtschaftsanwalt, LL.M. (Internationales Wirtschaftsrecht, Universität Zürich) und als niedergelassener europäischer Rechtsanwalt in Zürich und in Vaduz zugelassen. Er ist Bearbeiter des *Reichert*, Vereins-Verbandsrecht, 13. Aufl. 2016, s.a. NZG 2015, 1377.

<sup>1</sup> *OLG Frankfurt* 21.1.2016 – 16 U 87/15, juris.

<sup>2</sup> Beschluss der Justizministerkonferenz (Herbstkonferenz vom 12.11.2015).

#### b) Europa

Die Bemühungen, ein einheitliches Vereinsrecht in Europa zu schaffen, werden von der Kommission nicht mehr weiterverfolgt. Anfang 2016 wurde hierzu eine Klage beim (erstinstanzlichen) EuG<sup>3</sup> eingereicht mit dem Antrag, das Gericht möge die Entscheidung zur Untätigkeit der Europäischen Kommission vom 17.8.2015 bei der Schaffung von Europäischem Vereinsrecht in Form ihres nicht mehr publizierten Gesetzesvorschlags oder einer abgeänderten Variante im zulässigen Rahmen, der grenzüberschreitende Tätigkeiten mit ideellen Zielen den auf Gewinn ausgerichteten Vereinigungen gleichstellt, in eventu bei der Harmonisierung der nationalen Versammlungs- und Vereinigungsrechte bei grenzüberschreitenden Tätigkeiten mit ideellen Zielsetzungen, als nichtig zu erklären; und so der Europäischen Kommission die Herstellung eines gesetzeskonformen Zustands im Sinne des Art. 266 AEUV aufzuerlegen, wobei weitere Verschlechterungen (...), welche die Herstellung dieses Zustands verhindern oder erschweren können, zu unterlassen sind (...).

#### c) Idealverein vs. Wirtschaftlicher Verein

Der EuGH<sup>4</sup> hatte sich in seiner Entscheidung vom 03.12.2015 mit dem Begriff der «wirtschaftlichen Tätigkeit» befasst: Dieser sei dahingehend auszulegen, dass es für das Vorliegen einer wirtschaftlichen Tätigkeit hingegen nicht erforderlich sei, dass sie mit Gewinnerzielungsabsicht ausgeübt wird. (...) «Daraus folgt, dass der Begriff «wirtschaftliche Tätigkeit» im Sinne von Art. 1 Abs. 5 der Verordnung Nr. 1/2005 dahin auszulegen ist, dass er eine Tätigkeit erfasst, die wie die im Ausgangsverfahren fragliche darin besteht, dass ein gemeinnütziger Verein herrenlose Hunde von einem Mitgliedstaat in einen anderen transportiert, um sie Personen anzuvertrauen, die sich verpflichtet

<sup>3</sup> EuG 28.1.2016 – T-595/15, ABl. EU 2016, Nr. C 27, 62 (Europäischer Tier- und Naturschutz und Giesen gegen Kommission).

<sup>4</sup> *EuGH*, 3.12.2015 – C-301/14, juris.

haben, sie gegen Zahlung eines Betrags aufzunehmen, der grundsätzlich die dem Verein hierdurch entstandenen Kosten deckt.»

Ähnlich die neueste Entscheidung des *LSG Berlin-Brandenburg* vom 11.03.2016: Nach der Insolvenz eines wirtschaftlichen Vereins, der weder gem. § 22 BGB konzessioniert noch in das Vereinsregister eingetragen war, nahm die Klägerin in einem Verfahren vor dem Sozialgericht das Gründungsmitglied des Vereins in die persönliche Haftung, was durch das Landessozialgericht bestätigt wurde.<sup>5</sup> Der Verein ging mit Lohnrückständen in die Insolvenz, die Behörde nahm die Gründungsmitglieder gesamtschuldnerisch für rückständige Sozialversicherungsbeiträge und Säumniszuschläge in die Haftung.

### aa) Kindertagesstätten

In den letzten Jahren ergingen verschiedene Entscheidungen zur Kindertagesstätten, die abwechselnd die Eintragung wegen eines wirtschaftlichen Geschäftsbetriebes ablehnten oder aber die Eintragung guthiessen, da kein wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb vorliege.<sup>6</sup> In einer Anmerkung zu der Entscheidung des *OLG Brandenburg*<sup>7</sup>, das sich zum Betrieb einer Kindertagesstätte in Form des nichtwirtschaftlichen Vereins äusserte *Reuter*<sup>8</sup> entgegen dem Gericht die Auffassung, dass die im vorliegenden Fall errichtete Kindertagesstätte nicht in Form des nichtwirtschaftlichen Vereins geführt werden könne. Er begründet dies im Wesentlichen mit der Tatsache, dass sich offenbar die Betreuungsleistungen nicht nur an die Mitglieder, sondern an den äusseren Markt richteten; es sei daher nicht auf den ideellen Zweck abzustellen, sondern auf die wirtschaftliche Tätigkeit.

### bb) Kammergericht Berlin

Im Fall des *KG Berlin*<sup>9</sup> handelt es sich jedoch nicht um «kleine» Projekte, sondern um Kindertagesstätten, die in einem Vereinskonzern organisiert sind. Hier «hat der Verein 16 Mitglieder. Mit diesen betreibt er 24 Kindertagesstätten in sechs Bezirken, in denen insgesamt 2.412 (Stand 2013) Kinder betreut werden. Nur der Verein ist gemäss Mitteilung auf seiner Homepage der

«Träger», der alle KiTas gemeinsam verwaltet. Insgesamt arbeiten 750 Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen in den rund 50 Einrichtungen und Projekten des Beteiligten. Zudem wird die Arbeitskraft von 695 Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern in den KiTas und 33 Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern in der Geschäftsstelle vom Verein (...) nachgefragt. (...) Eine so grosse Anzahl von Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern hat aber mit der klassischen Struktur eines eingetragenen Vereins, der auf gesellige, kulturelle und andere Zwecke ausgerichtet ist, nichts zu tun, sondern ähnelt einem mittelständischen Wirtschaftsunternehmen, zumal auch die Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen des Beteiligten nicht Mitglieder der Vereins sind auf dessen Zielsetzungen und die Erziehungskonzepte direkt über Abstimmungen auf der Mitgliederversammlung Einfluss nehmen können, sondern dies nur den 16 Vereinsmitgliedern möglich ist», so das *KG Berlin*.

Nach der Parallel-Entscheidung des *KG Berlin* zu diesem Thema ist der Fall des *AG Charlottenburg* nun beim *BGH* anhängig.<sup>10</sup> Das *KG Berlin* hat dort im Wesentlichen wie folgt argumentiert: Die Annahme eines Idealvereins ist in diesem Zusammenhang allerdings nicht schon deshalb ausgeschlossen, weil der Verein irgendeine wirtschaftliche Betätigung vornimmt. Vielmehr ist davon auszugehen, dass heute eine wirkungsvolle Betätigung von Vereinen in vielen Bereichen des gesellschaftlichen Lebens gänzlich ohne wirtschaftliche Betätigung kaum noch vorstellbar ist.<sup>11</sup> Die Abgrenzung zwischen ideellem und wirtschaftlichem Verein erfolgt nach heute ganz h.M. nach typologisch-teleologischen Erwägungen.<sup>12</sup> Da das Recht des eingetragenen Vereins keine Vorschriften zur Gläubigersicherung enthält, würden die entsprechenden Regelungen im Gesellschafts- und Genossenschaftsrecht leerlaufen, wenn sich jede Personenvereinigung – auch eine wirtschaftliche – in der Form des eintragungsfähigen Vereins konstituieren könnte.<sup>13</sup>

Massstab für die Beurteilung der Frage, ob der Zweck des Vereins auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist oder nicht, ist nicht nur der Wortlaut der Satzung, sondern die

<sup>5</sup> *LSG Berlin-Brandenburg* 11.3.2016 – L 1 KR 377/14, juris.

<sup>6</sup> Hierzu *Gössl* in *Baumann/Sikora*, § 6 Rn. 28.

<sup>7</sup> *OLG Brandenburg*, 23.6.2015 – 7 W 23/15, NZG 2015, 922; *Stöber/Otto*, Rn. 80 m.w.N.

<sup>8</sup> *Reuter*, npoR 2015, 200 ff.

<sup>9</sup> *KG Berlin* 16.2.2016 – 22 W 88/14; anhängig *BGH* II ZB 6/16.

<sup>10</sup> *AG Charlottenburg*, 15.5.2015 – 95 VR 15980 B; *KG Berlin* 16.2.2016 – 22 W 71/15; anhängig *BGH* II ZB 7/16 sowie *KG Berlin* 16.2.2016 – 22 W 88/14; anhängig *BGH* II ZB 6/16.

<sup>11</sup> Verweis: Vgl. Referentenentwurf des BMJ zur Reform des Vereinsrecht vom 25.8.2004, S. 15.

<sup>12</sup> Verweis: *Leuschner*, ZIP 2015, 356, 359; *Reuter*, NZG 2008, 881 f.; vgl. dazu grundlegend *Karsten Schmidt*, Rpfleger 1972, 286 ff.; ferner *KG Berlin*, 7.3.2012, 25 W 95/11, Rn. 11, juris; *Palandt/Ellenberger*, § 21 Rn. 3; *MüKo/Reuter*, § 21 Rn. 6 ff.; dazu kritisch *Beuthien*, Rpfleger 2016, 65 ff., 68.

<sup>13</sup> Verweis: *Karsten Schmidt*, Rpfleger 1972, 286, 288.

tatsächlich ausgeübte bzw. beabsichtigte Tätigkeit,<sup>14</sup> wobei das leitende Ziel des Vereins sogar ganz hinter die Betätigung zurücktreten kann.<sup>15</sup> Ob ein wirtschaftlicher Hauptzweck verfolgt wird, ist in jedem Einzelfall typologisch unter Berücksichtigung von Sinn und Zweck der §§ 21, 22 BGB zu ermitteln.<sup>16</sup> Sinn und Zweck der §§ 21, 22 BGB ist es, aus Gründen der Sicherheit des Rechtsverkehrs, insbesondere des Gläubigerschutzes, Vereinigungen mit wirtschaftlicher Zielsetzung auf die dafür zur Verfügung stehenden handelsrechtlichen Formen zu verweisen und eine wirtschaftliche Betätigung von Idealvereinen zu verhindern, soweit diese den Rahmen des sog. Nebenzweckprivilegs überschreitet.<sup>17</sup> Nach diesem Nebenzweckprivileg darf ein Verein auch unternehmerische Tätigkeiten entfalten, soweit diese dem ideellen Hauptzweck zu- und untergeordnet und nur Hilfsmittel zu dessen Erreichung sind.<sup>18</sup>

Eine wirtschaftliche Betätigung i.S. des § 22 BGB liegt dabei vor, wenn der Verein am Markt gegenüber Dritten unternehmerisch tätig wird, für seine Mitglieder unternehmerische Teilfunktionen wahrnimmt oder allein gegenüber seinen Mitgliedern unternehmerisch auftritt.<sup>19</sup> Der hier durchgeführte planmässige, auf Dauer angelegte entgeltliche Betrieb von Kinderbetreuung ist grundsätzlich, wie das Amtsgericht Charlottenburg zutreffend annimmt, eine entgeltliche unternehmerische Betätigung.<sup>20</sup> Auf eine Gewinnerzielungsabsicht

des Vereins selbst kommt es dabei nicht an.<sup>21</sup> Es ist auch unerheblich, in welcher Art und Weise die Entgelte fließen, ob ausschliesslich durch die Leistungsnehmer oder staatliche Leistungsträger,<sup>22</sup> mögen diese auch vom Staat im Rahmen von dessen aus Art. 20 Abs. 1 GG und den Regelungen des SGB VIII resultierenden Verpflichtungen erfolgen. Auf die Entscheidungen des II. Senats des *BGH* in den Az. II ZB 6/16 und 7/16 darf man gespannt sein.

#### d) Ehrenamt und Hauptamt

Die ehrenamtliche Arbeit im Verein<sup>23</sup> wird nicht auf Grund eines Arbeitsverhältnisses erbracht, sie kann aber ein Beschäftigungsverhältnis darstellen. Die Ausübung von Ehrenämtern dient nicht der Sicherung oder Besserung der wirtschaftlichen Existenz. Sie ist «Ausdruck einer inneren Haltung gegenüber Belangen des Gemeinwohls und den Sorgen und Nöten anderer Menschen. Ehrenamtliche sind daher nicht Arbeitnehmern gleichzustellen.»<sup>24</sup> Das Auftragsverhältnis unterscheidet sich vom Arbeitsverhältnis durch die *Unentgeltlichkeit* der zu erbringenden Dienste und durch die jederzeit von beiden Seiten bestehende Möglichkeit grundloser Beendigung.

Allgemeinsprachlich ist mit dem Begriff des Ehrenamts stets und unausgesprochen eine dem Gemeinwohl dienende Tätigkeit verknüpft, die ihre Bedeutung in sozialer Anerkennung wiederfindet und unentgeltlich erfolgt. Die rechtliche Begriffsdefinition ist damit nur zum Teil abgebildet; das SGB XI kennt verschiedene Formen des Ehrenamts.<sup>25</sup> Die Teilbegriffe des gemeinwohlfördernden Laien, einer gewissen Verbindlichkeit und Regelmässigkeit der Leistungserbringung, die Freiwilligkeit und Nichterwerbsmässigkeit bilden die Grundlage des Ehrenamtes. Zusammenfassend lässt sich daher der Ehrenamtsbegriff folgendermassen kennzeichnen: Ehrenamtlich ist die freiwillige Übernahme von bestimmten Tätigkeiten, die von einem Laien nicht erwerbsmässig, aber ggf. gegen eine pauschale Aufwandsentschädigung mit einem gewissen Mass an Regelmässigkeit und Dauerhaftigkeit durchgeführt wird.<sup>26</sup>

<sup>14</sup> Allg. Ansicht; vgl. nur *KG Berlin*, 26.10.2004 – 1 W 269/04, NJW-RR 2005, 339, Rn. 6, juris; *OLG Hamm*, 8.9.2007 – 15 W 129/07, Rpfleger 2008, 141 f., Rn. 15, juris, jeweils m.w.N.

<sup>15</sup> Verweis: *Mummenhoff*, Gründungssysteme und Rechtsfähigkeit, 1979, S. 106 f.

<sup>16</sup> Verweis: *OLG Frankfurt*, 28.10.2010 – 20 W 254/10, Rn. 22, juris; *OLG Karlsruhe*, 30.8.2011 – 14 Wx 51/11, Rn. 20, juris; *KG Berlin*, 7.3.2012, 25 W 95/11, Rn. 11, juris; *OLG Zweibrücken*, 3.9.2013 – 3 W 34/13, Rn. 5, juris.

<sup>17</sup> Verweis: Vgl. *BGH* 4.6.1986 – I ZR 29/85, NJW 1986, 3201.

<sup>18</sup> Verweis: *BGH* 29.9.1982 – I ZR 88/80, NJW 1983, 569; *KG Berlin*, 26.10.2004 – 1 W 269/04, NJW-RR 2005, 339, Rn. 6, juris.

<sup>19</sup> Verweis: Grundlegend *Karsten Schmidt*, Rpfleger 1972, 286 ff.; *KG Berlin*, 26.10.2004 – 1 W 269/04, NJW-RR 2005, 339, Rn. 6, juris; *KG Berlin*, 7.3.2012, 25 W 95/11, Rn. 11, juris; *Schleswig-Holsteinisches OLG*, 6.8.2010, 2 W 112/10, Rn. 25, juris und 8.9.2012, 2 W 152/11, Rn. 30, juris; *OLG Frankfurt*, 28.10.2010 – 20 W 254/10, Rn. 20, juris; *OLG Karlsruhe*, 30.8.2011 – 14 Wx 51/11, Rn. 20, juris; *OLG Zweibrücken*, 3.9.2013, 3 W 34/13, Rn. 5, juris; *Leuschner*, ZIP 2015, 356, 359; kritisch zu dieser Typologisierung *Beuthien*, Rpfleger 2016, 65 ff.

<sup>20</sup> Verweis: A.A. in konkreten, Kindertagesstätten betreffenden Einzelfällen *Schleswig-Holsteinisches OLG*, 18.9.2012 – 2 W 152/11, Rn. 30, juris; *OLG Stuttgart*, 3.12.2014 – 8 W 447/14, Rn. 13 ff., juris.; *Brandenburgisches OLG* 23.6.2015 – 7 W 23/15, Rn. 14; noch offen lassend *Brandenburgisches OLG* 4.8.2014, 7 W 83/14, Rn. 6 ff., juris.

<sup>21</sup> Verweis: *BayObLG*, 6.4.1989 – BReg 3 Z 10/89, juris Rn. 61; *KG Berlin*, 17.7.1992 – 1 W 6555/90, Rn. 11, juris; *LG Hamburg* 7.10.1985 – 71 T 39/85, ZIP 1986, 228; *Reichert*, 13. Aufl. 2016, Rn. 143.

<sup>22</sup> Verweis: Vgl. *KG Berlin*, 25.7.2011 – 25 W 47/11; vgl. auch *Winheller*, DStR 2013, 2009, 2011.

<sup>23</sup> Hierzu *Sandberg/Graf Strachwitz*, ZStV 2015, 210. *LSG Berlin-Brandenburg*, L 2 U 147/13.

<sup>24</sup> Zur Abgrenzung von Ehrenamt und Beschäftigungsverhältnis vgl. *BAG*, 29.8.2012 – 10 AZR 449/11, DB 2012, 8 ff.; *Reichert*, Rn. 5788.

<sup>25</sup> *Hoffmeister/Hille*, NJW 2015, 3753.

<sup>26</sup> *Hoffmeister/Hille*, NJW 2015, 3753, 3757.

Durch die Einführung des sog. Mindestlohnes wurde wiederum deutlich, dass die Begriffe Ehrenamt und ehrenamtliche Arbeit immer noch nicht geklärt sind: ob durch die Einführung des gesetzlichen Mindestlohns die ehrenamtliche Tätigkeit erschwert werde, wie es von verschiedenen Vereinen und Institutionen befürchtet werde. Nach § 22 Abs. 3 MiLoG solle die ehrenamtliche Tätigkeit aus dem Anwendungsbereich des MiLoG ausgeschlossen werden. Problematisch sei jedoch, dass der Ehrenamtsbegriff weder im MiLoG noch in anderen gesetzlichen Bestimmungen definiert sei. Der Verfasser kommt zum Ergebnis, dass nach typologischer Gesamtbetrachtung das Ehrenamt aus einem überwiegend ideellen Tätigkeitszweck ausgeübt werden müsse, als Ausdruck eines nicht erwerbswirtschaftlich angelegten bürgerschaftlichen Engagements. Eine Weisungsabhängigkeit schade nicht. Nach diesem Verständnis des Ehrenamts könne der gesetzliche Mindestlohn das förderungs- und schutzwürdige bürgerschaftliche Engagement nicht unterbinden.<sup>27</sup>

Jeder Arbeitnehmer ist verpflichtet, selbst alles zu unterlassen, was Persönlichkeitsrechte anderer Arbeitnehmer verletzt. Diese Selbstverständlichkeit hat das *ArbG Aachen*<sup>28</sup> noch einmal klargestellt – letztlich gilt dies auch für alle ehrenamtlich Tätigen: Aussagen zum Umgang eines leitenden Mitarbeiters mit dem Verdacht des sexuellen Übergriffs auf Schutzbefohlene gehören zu den sensiblen Umständen des Arbeitsverhältnisses, die einem besonderen Schutz unterliegen. Ein renommierter Fussballverein muss sich am Masstab des korrekten Umgangs mit Mitarbeitern aus dem benachbarten Ausland messen lassen. Dies gilt umso mehr, als Fussballvereine sich DFB-weit auf die Fahne geschrieben haben, sich gegen den Rassismus zu stellen. Wird nun einem Vorstandsmitglied vorgeworfen, sich höchst abfällig über einen belgischen Staatsbürger auszulassen, stellt dies eine schwere Beschädigung seiner Reputation dar. Letztlich gelten für einige Vereine besondere (Ausnahme-)Regeln: Ein Fussballverein der ersten Bundesliga darf bspw. Verträge mit Lizenzspielern weiterhin befristen. Die Befristung ist wegen der Eigenart der geschuldeten Arbeitsleistung des Spielers als Profifussballspieler sachlich gerechtfertigt. Auch obliegt die Entscheidung darüber, ob der Spieler in Bundesligaspielen ein gesetzt wird, dem freien Ermessen des Trainers.<sup>29</sup>

#### e) Eingetragener und nicht eingetragener Verein

Nach mittlerweile nahezu einhelliger Sicht in Literatur und Rechtsprechung ist der nichteingetragene Verein selbst Träger

von Rechten und Pflichten.<sup>30</sup> § 54 Satz 1 BGB verweist jedoch in seiner gültigen Fassung immer noch auf das Recht der Gesellschaften (bürgerlichen Rechts). Diese Vorschrift wird nun korrigierend und entgegen dem Wortlaut dahingehend ausgelegt, als sie auf Vereinsrecht verweist, soweit nicht die Eintragung an sich vorausgesetzt wird.

Der bisher so genannte nichtrechtsfähige Verein ist nun also rechtsfähig, also ein «rechtsfähiger nichtrechtsfähiger Verein» – so misslich diese Qualifizierung begrifflich auch sein mag. Vom rechtsfähigen Verein unterscheidet sich der «nichtrechtsfähige» lediglich durch die fehlende Eintragung im Vereinsregister bzw. die fehlende staatliche Anerkennung i.S.d. § 22 BGB. Für die Zukunft erscheint es angebracht, die Abgrenzung der beiden Vereinstypen auch terminologisch in eingetragene und nicht eingetragene Vereine nachzuvollziehen. Hier wird an der bisherigen Unterscheidung daher nicht mehr festgehalten.<sup>31</sup>

#### f) Verein und Verband

Das *OLG Frankfurt*<sup>32</sup> hat in einer Entscheidung vom 02.02.2016 den DFB rechtlich als Unternehmensvereinigung qualifiziert und klargestellt, dieser sei grundsätzlich Normadressat des Art. 101 Abs. 1 AEUV. Er ist ein Verband, in dem Vereine zusammengeschlossen sind, für die das Fussballspiel – auch – eine wirtschaftliche Tätigkeit darstellt. Sind die einzelnen Vereinsmitglieder damit Unternehmen, ist der Beklagte selbst als Unternehmensvereinigung einzuordnen.<sup>33</sup> Unstreitig unterfällt die hier massgebliche Regelungstätigkeit auch nicht dem rein sportlichen Bereich, sondern betrifft die vorgelagerte, kosten auslösende Vermittlung von Sportlern. Gemäss der Rechtsprechung des EuGH gelten die Grundsätze des Gemeinschaftsrechts immer dann, wenn nicht die reine Ausübung des Sportes, sondern eine dem Wirtschaftsleben zuzurechnende Tätigkeit zu prüfen ist.<sup>34</sup> Das DFB-Reglement stellt damit einen Beschluss dieser Unternehmensvereinigung im Sinne von Art. 101 Abs. 1 AEUV dar.

<sup>27</sup> Greiner, NZA 2015, 285.

<sup>28</sup> *ArbG Aachen* 25.2.2016 – 2 Ga 6/16.

<sup>29</sup> *LAG Rheinland-Pfalz*, 17.2.2016 – 4 Sa 202/15, n.rkr.

<sup>30</sup> Grundlegend *BGH* 29.1.2001 – II ZR 331/00, NJW 2001, 1056. Vgl. aktuell *BPatG*, 16.8.2013 – 27 W (Pat) 545/12, GRUR-RR 2014, 20; allg. MüKoBGB/Reuter, 7. Aufl. 2015, § 54 Rn. 17; Reichert, Rn. 5072, 5086.

<sup>31</sup> Siehe bereits Wagner, NZG 2015, 1377; so auch noch in der Neubearbeitung der 13. Auflage des Reichert; wohl zust. Stöber/Otto, Rn. 1494.

<sup>32</sup> *OLG Frankfurt*, 2.2.2016 – 11 U 70/15 (Kart), juris.

<sup>33</sup> Verweis auf FIFA *EuG* 26.1.2005 -T-193/02 (Piau).

<sup>34</sup> Verweis auf *EuGH* 18.7.2006 – C-519/04 (Meca Medina/Kommission) Rn. 23 ff.; *OLG Bremen* 30.12.2014 – 2 U 67/14, SchiedsVZ 2015, 149.

## 2. Mitgliedschaft

Das Verhältnis des Vereins zu seinen Mitgliedern und auch der Mitglieder untereinander ist durch ein gegenseitig bestehendes Treueverhältnis gekennzeichnet.<sup>35</sup> Die Nichtigkeit des treuwidrigen Beschlusses kann mit einer Feststellungsklage gem. § 256 ZPO geltend gemacht werden. Der Begriff «Anfechtung» ist in diesem Zusammenhang nicht der richtige, weil es keine Anfechtungszuständigkeit des Vorstands oder eines anderen Vereinsorgans gibt, es sei denn, die Satzung sieht dies vor. Wird jedoch über die Wirksamkeit des Beschlusses gestritten, kann durch die Mitglieder gegen den Verein eine Klage auf Feststellung der Unwirksamkeit des Beschlusses erhoben werden. Vom Vorliegen eines Rechtsschutzbedürfnisses in Form eines sog. Feststellungsinteresses ist grundsätzlich auszugehen. Dieses fehlt nur ausnahmsweise, etwa wenn keinerlei objektives Bedürfnis für eine Nichtigkeitserklärung eines Beschlusses besteht, etwa weil der betreffende Beschluss überholt ist und keine Wirkung mehr entfalten kann.<sup>36</sup>

Ein Monopolverband, der als einziger bestimmte Leistungen unter von ihm selbst aufgestellten Kriterien an Nicht-Verbandsangehörige erbringt, ist verpflichtet, diese Leistungen jedem zu gewähren, der die Voraussetzungen für die Leistungsgewährung erfüllt.<sup>37</sup> Im Fall *Friedek* hatt der DOSB eine Olympia-Nominierungspflicht, die er jedoch nicht einhielt, was den BGH letztlich zur Bejahung von Schadenersatz bewegte. Der BGH stellte u.a. fest: Wenn die Bindung nicht über das Mitgliedschaftsverhältnis besteht, kommt allein eine einzelvertragliche bzw. rechtsgeschäftliche Lösung in Frage. Zwischen Verband und Athlet besteht daher eine vorvertragliche Sonderverbindung nach § 311 Abs. 1 Nr. 2 oder 3 BGB. Die Nominierungsrichtlinien entfalten insoweit Aussenwirkung gegenüber Nichtmitgliedern bzw. sog. Mittelbaren Mitgliedern.<sup>38</sup> Wie die Satzung selbst sind auch Nebenordnungen «aus sich heraus» auszulegen, wobei Wortlaut, Sinn und Zweck ausschlaggebend und objektiv zu ermitteln sind.<sup>39</sup>

<sup>35</sup> OLG München, 14.10.2015 – 7 U 995/15, NZG 2016, 71 (Genossenschaft).

<sup>36</sup> OLG Hamm 28.10.2015 – 8 U 73/15, BeckRS 2016, 03150.

<sup>37</sup> BGH 13.10.2015 – II ZR 23/14; hierzu Hübner, NZG 2016, 50; MüKo-Reuter, Vor § 21, Rn. 108 ff.

<sup>38</sup> OLG Frankfurt, 22.7.2008 – 19 O 210/08, NJW 2008, 2925; BGH 28.11.1994 – II ZR 11/94, BGHZ 128, 93.

<sup>39</sup> Hübner, NZG 2016, 50, 56.

## 3. Beschlüsse, Satzungsbestimmungen

Die Mitgliederversammlung fasst Beschlüsse, die für den Vorstand und die Mitglieder bindend sind. Diese Beschlüsse dürfen weder rechtswidrig noch gesetzeswidrig sein.<sup>40</sup> Satzungsbestimmungen einer Taxigenossenschaft, die es ihren Mitgliedern untersagen, während eines von der Genossenschaft vermittelten Fahrauftrags ihre Positionsdaten an Wettbewerber (hier an die Betreiberin einer Taxi-App) zu übermitteln oder auf ihren Fahrzeugen für diese zu werben, stellen eine unzulässige Behinderung des Wettbewerbs gem. §§ 1, 33 GWB dar, so das OLG Nürnberg.

## 4. Satzungen und Satzungsänderungen

### a) Satzungsänderung vs. Zweckänderung

Das OLG Nürnberg<sup>41</sup> widmete sich der *Abgrenzung zwischen der Satzungsänderung im Bereich des Zwecks und der Zweckänderung* im Sinne des § 33 Abs. 1 Satz 2 BGB: «Nicht bereits jede Änderung des den Vereinszweck regelnden Satzungswortlauts stellt zugleich eine Änderung des Vereinszwecks im Sinne des § 33 Abs. 1 Satz 2 BGB dar. Vereinszweck im Sinne dieser Vorschrift ist vielmehr (nur) der den Charakter des Vereins festlegende oberste Leitsatz der Vereinstätigkeit, also der satzungsmässig (§ 57 Abs. 1 BGB) festgelegte Zweck, der für das Wesen der Rechtspersönlichkeit des Vereins massgebend ist und der das Lebensgesetz des Vereins – seine grosse Linie – bildet, um derentwillen sich die Mitglieder zusammengeschlossen haben und mit dessen Abänderung schlechterdings kein Mitglied bei seinem Beitritt zum Verein rechnen kann.<sup>42</sup>

Bei der Feststellung des Vereinszwecks ist zu beachten, dass Vereinessatzungen häufig nicht zwischen der eigentlichen – prinzipiell indisponiblen – Zweckbestimmung des Vereins und der – wenn auch mit qualifizierter Mehrheit – grundsätzlich disponiblen näheren Darstellung von Aufgaben und einzuschlagenden Wegen unterscheiden, vielmehr den im allgemeinen Sprachgebrauch weit ausgedehnten Begriff des «Zweckes» nicht in rechtlich differenziertem Sinne verwenden.<sup>43</sup>

Eine Änderung des Vereinszwecks im Sinne des § 33 Abs. 1 Satz 2 BGB erfordert damit, dass sich der «Charakter» und

<sup>40</sup> Aktuell OLG Nürnberg, 22.1.2016 – 1 U 907/14, juris.

<sup>41</sup> OLG Nürnberg, 17.11.2015, 12 W 2249/2015.

<sup>42</sup> Verweis auf BGH, 11.11.1985 – II ZB 5/85, BGHZ 96, 245; BayObLG NJW-RR 2001, 1260; Arnold in MünchKomm-BGB, 7. Aufl. § 33 Rn. 3; Schöpflin in BeckOK-BGB § 33 Rn. 7.

<sup>43</sup> Verweis auf BGH, 11.11.1985 – II ZB 5/85, BGHZ 96, 245.

damit die grundsätzliche Zweckrichtung des Vereins ändert.<sup>44</sup> Hierfür reicht es nicht aus, wenn die Ziele des Vereins unter Aufrechterhaltung der bisherigen Leitidee dem Wandel der Zeit angepasst und mit anderen Mitteln verfolgt werden; ebenfalls genügt es nicht, wenn der Vereinszweck – unter Aufrechterhaltung der bisherigen grundsätzlichen Zweckrichtung – lediglich ergänzt oder beschränkt wird.<sup>45</sup>

Zur Beurteilung der Frage der Zweckänderung hat der Senat die Satzung des Vereins selbständig auszulegen, er ist hierbei nicht an die Würdigung durch die Vorinstanz gebunden. Diese Auslegung hat objektiv, lediglich aus dem Inhalt der Satzung heraus zu erfolgen; Willensäußerungen oder Interessen der satzungsbeschliessenden Vereinsmitglieder oder sonstige, dem Satzungsinhalt nicht zu entnehmende Umstände spielen für die Auslegung keine Rolle.<sup>46</sup>

Hierbei ist es zu berücksichtigen, dass eine weite Ausdehnung der indisponiblen Zweckbestimmung in aller Regel nicht dem Interesse des Vereins und seiner Mitglieder entspricht. Es bleibt in einem längeren Vereinsleben nicht aus, dass geänderte Forderungen an den Verein herantreten und sich unvorhergesehene Schwierigkeiten auftun, auf die er sich in praktikabler Weise einstellen muss. Hierbei muss er, ohne die prinzipielle Zielrichtung des Vereins aufzugeben, einzelne Teile der Satzung ohne Rücksicht auf Aussenseitermeinungen sachgerecht den veränderten Verhältnissen anpassen können.<sup>47</sup>

## b) Satzungsdurchbrechende Beschlüsse

Beschlüsse der Mitgliederversammlung können trotz des möglicherweise sogar einstimmigen Zustandekommens die Satzung verletzen, indem sie diese im Einzelfall durchbrechen. Elegant ist von «Vollzug fehlerhafter Strukturänderungen» die Rede, anderenorts schlicht von Kompetenzüberschreitungen. Fraglich ist, ob diese Beschlüsse wirksam sind.<sup>48</sup>

Das Vereinsrecht kennt Satzungsänderungen und Satzungsverstöße und eröffnet gegen Letztere die Möglichkeit, diese mit einer Feststellungsklage für unwirksam erklären zu lassen – allerdings wohl nicht für diejenigen Mitglieder, die diesem Beschluss zugestimmt haben. Bei der Frage der Zulässigkeit gehen

die Meinungen auseinander: *Satzungsdurchbrechungen* seien, auch wenn sie mit satzungsändernder Mehrheit beschlossen wurden, unzulässig, andere halten sie auch ohne Registereintragung für möglich.<sup>49</sup> Um Registereintragungen kann es jedoch nur beim eingetragenen Verein gehen; beim nichteingetragenen Verein entscheidet ohnehin der Vollzug.

Die anderen Meinungen differenzieren zwischen punktuellen Satzungsdurchbrechungen und solchen, die einen Dauerzustand begründen. Punktuelle Satzungsdurchbrechungen müssten jedenfalls angekündigt worden sein, um dem Schutzinteresse aller Mitglieder zu genügen.<sup>50</sup> Subjektive Kriterien können keine Rolle spielen, etwa ob sich die Versammlung bewusst war, dass sie die Satzung verletzt oder gar den erkennbaren Willen hatte, die Satzung zu ändern. Das Schutzinteresse aller Vereinsmitglieder erfordert objektive Kriterien.<sup>51</sup> Abweichungen von der Satzung, die Dauerwirkung entfalten, können u.E. nur mit einer formell korrekten Satzungsänderung beschlossen werden, die gem. § 71 zu dokumentieren und einzutragen ist. Ob satzungswidrige Wahlen zum Vorstand (im entschiedenen Fall durch unzulässige, weil in der Satzung nicht vorgesehene Blockwahlen) eine punktuelle Durchbrechung darstellen oder einen dauerhaften Zustand begründen, ist umstritten und zeigt, dass auch diese Kriterien nicht eindeutig und nicht generell tauglich sind.<sup>52</sup>

Die punktuellen Satzungsdurchbrechungen, die «Formalia» und «minderschwere Fälle» betreffen, müssen hingegen u.E. «geheilt» werden können. Trifft die Satzung bspw. die Anordnung, dass jedes Mitglied die Unterlagen für die Versammlung 14 Tage vorher erhalten müssen und bekommen erschienene Mitglied ihre Unterlagen erst 7 Tage vor Versammlungsbeginn, so ist ein Beschluss, der dies «heilt» wirksam, auch wenn er gegen die entsprechende Satzungsbestimmung verstösst. Vereinzelt ist auch die Rede davon, man komme nicht daran vorbei, dass sich das «Leben» des Vereins nach dem fehlerhaft geänderten Organisationsstatut nicht rückwirkend ungeschehen machen lässt.<sup>53</sup>

Diese *faktische Satzungsdurchbrechung* kann auch durch den Vorstand erklärt worden sein. In diesem Fall ist eine vorzeitige Abberufung möglich. Ist die Kompetenzüberschreitung durch die Mitgliederversammlung mit einer wie immer gearteten Mehrheit beschlossen worden, so ist der Ansicht zuzustimmen,

<sup>44</sup> Verweis auf *BayObLG* NJW-RR 2001, 1260; *Reichert*, Vereins- und Verbandsrecht 12. Aufl. Rn. 583.

<sup>45</sup> Verweis auf *BayObLG* NJW-RR 2001, 1260; *Palandt/Ellenberger*, BGB 74. Aufl. § 33 Rn. 3; *Krafka/Kühn*, Registerrecht 9. Aufl. Rn. 2186.

<sup>46</sup> Verweis auf *BGH*, 11.11.1985 – II ZB 5/85, BGHZ 96, 245; *BayObLG* NJW-RR 2001, 1260; *OLG Nürnberg* MDR 2015, 961.

<sup>47</sup> Verweis auf *BayObLG* NJW-RR 2001, 1260.

<sup>48</sup> *Stöber/Otto*, Rn. 951 ff.; *Reichert*, Rn. 705 ff.; *Priester*, ZHR 151, 40, 45 ff.; *Stein/Welbers*, NJW-spezial 2014, 655 f. (GmbH).

<sup>49</sup> *Palandt/Ellenberger*, § 33 BGB, Rn. 1; *BGH* 7.6.1993 – II ZR 81/92, NJW 1993, 2246, BGHZ 123, 15; a.A. *MüKo/Reuter*, BGB, § 33 Rn. 10.

<sup>50</sup> Übersicht in *Stöber/Otto*, Rn. 952 ff.; *Reichert*, Rn. 709.

<sup>51</sup> *Stein/Welbers*, NJW-spezial 2014, 655 f. (GmbH).

<sup>52</sup> *OLG Zweibrücken*, 26.6.2013 – 3 W 41/13, FGPrax. 2013, 1236; hierzu *Waldner* RPfleger 2014, 209.

<sup>53</sup> *MüKo/Arnold*, § 33 BGB, Rn. 9; *Kort*, S. 127 ff.

dass der überstimmten Minderheit ggf. eine Klagemöglichkeit gegen die Mehrheit zusteht. Schliesslich ist der verbandsrechtliche Anspruch des Mitglieds anzuerkennen, dass der Verband seine Mitgliedschaftsrechte achtet und alles unterlässt, was sie über das Gesetz und die Satzung gedeckte Mass hinaus beeinträchtigt.<sup>54</sup>

## 5. Pflichten des Vereins

### a) Wahrung von Persönlichkeitsrechten

Der BGH hat nun noch einmal zu der Frage Stellung genommen, ob es zulässig ist, vereinsinternen E-Mails Werbung anzuhängen.<sup>55</sup> Dabei sind zwei Fallgruppen zu unterscheiden, nämlich einmal der Fall, in dem der Empfänger der Zusendung von Werbung bereits widersprochen hat und zum anderen der Fall, dass kein solcher Widerspruch vorliegt.

#### aa) Kein Widerspruch

Wenn kein Widerspruch vorliegt ist zunächst auch bei zulässigen E-Mails (wie im entschiedenen Fall vereinsinterne Kommunikation, z.B. Bestätigungsmail) zwischen dem zulässigen Teil und der Werbung zu trennen:

«Die elektronische Post des Klägers wird von der Beklagten vielmehr in zweifacher Hinsicht – nämlich für die nicht zu beanstandende Eingangsbestätigung und unzulässig für Zwecke der Werbung – genutzt. Für die Annahme, die Nutzung der elektronischen Post des Klägers sei durch die zulässige Bestätigungs-E-Mail insgesamt gerechtfertigt, ist indes kein Raum [...]»

Der BGH hat allerdings die Rechtsfrage offengelassen, ob sich aus datenschutzrechtlichen Gründen ein generelles Verbot der Zusendung von Werbung per E-Mail an natürliche Personen ergibt. Dies musste nicht beantwortet werden, da der Empfänger widersprochen hatte. Der BGH führt aus:

«Auch im Hinblick auf Art. 13 Abs. 1 der Datenschutzrichtlinie gehört ein von einer natürlichen Person unterhaltenes elektronisches Postfach zur Privatsphäre in diesem Sinne. Nach dieser Vorschrift ist die Verwendung von elektronischer Post für die Zwecke der Direktwerbung (sogar) **nur bei vorheriger Einwilligung** der Teilnehmer oder Nutzer zulässig. Aus den Erwägungsgründen 1, 12 und 40 sowie Art. 1 Abs. 1 der Da-

tenschutzrichtlinie ergibt sich, dass diese Regelung dem Schutz der Privatsphäre der Nutzer im Bereich der elektronischen Kommunikation dienen soll (Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, 33. Aufl., § 7 Rn. 2, 184; MünchKommUWG/Leible, 2. Aufl., § 7 Rn. 31; Ohly in Ohly/Sosnitza, UWG, 6. Aufl., § 7 Rn. 8).

Im vorliegenden Fall kann indes dahinstehen, ob der Regelung des Art. 13 Abs. 1 der Datenschutzrichtlinie aufgrund des Gebots zur richtlinienkonformen Auslegung (vgl. BGH, Urteile vom 26. November 2008 – VIII ZR 200/05, BGHZ 179, 27 Rn. 19 mwN; vom 7. Mai 2014 – IV ZR 76/11, BGHZ 201, 101 Rn. 20) dadurch Geltung zu verschaffen ist, dass sich ein Verstoß gegen diese Regelung stets als Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht darstellt (vgl. Ohly in Ohly/Sosnitza, UWG, 6. Aufl., § 7 Rn. 9 aE, 17 f.; Peters, Die Entwicklung der E-Mail-Werbung unter besonderer Berücksichtigung der UWG-Reform, 2006, S. 173 ff.; Menebröcker in Götting/Nordemann, UWG, 2. Aufl., § 7 Rn. 15; GK-UWG/Pahlow, 2. Aufl., § 7 Rn. 210) [...]»

Demnach ist also noch offen, ob die europarechtliche Datenschutzrichtlinie so gestaltet ist, dass sie wie ein Gesetz gilt. Denn grundsätzlich müssen EU-Richtlinien erst durch Gesetze in nationales Recht umgesetzt werden. Sicherheitshalber wäre aber zu raten, davon auszugehen, dass die Richtlinie direkte Wirkung hat. Demnach sollte keine Werbung an E-Mails beigefügt werden, ohne dass hierzu vorab ein Einverständnis eingeholt wurde.

#### bb) Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb

Die Zusendung von Werbung stellt sich auch als wettbewerbswidrig dar. Der BGH führte hierzu in der angegebenen Entscheidung aus: «Nach § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG stellt jede Werbung unter Verwendung elektronischer Post ohne vorherige ausdrückliche Einwilligung des Empfängers eine unzumutbare Belästigung dar.»

Allerdings gibt es in § 7 Abs. 3 UWG eine Ausnahme für Werbung nach Abschluss eines Kauf- oder Dienstleistungsvertrags für ähnliche Waren oder Dienstleistungen, welche bei vereinsinterner Kommunikation nicht gegeben sein kann. Zudem würde die Ausnahme eine vorherige Belehrung voraussetzen. Im entschiedenen Fall war dies allerdings nicht ausschlaggebend, da sich auf diese Vorschrift nur bestimmte Personen wie Wettbewerber oder auch Verbraucherschutzvereine berufen dürfen, zu denen der dortige Kläger nicht gehörte. Da sich aber ein Empfänger einer E-Mail, die Werbung enthält, an einen Wettbewerber oder einen Verbraucherschutzverein wenden könnte, welcher dann den Unterlassungsanspruch geltend macht, darf auch aus diesem Grund ohne Einwilligung keine Werbung an E-Mails beigefügt werden.

<sup>54</sup> Reichert, Rn. 712; BGH 25.2.1982 – II ZR 174/80, BGHZ 83, 122 («Holzmüller» zur AG); ausf. MüKo/Arnold, § 33 BGB, Rn. 11 m.w.N.

<sup>55</sup> BGH, 15.12.2015 – VI ZR 134/15.

**cc) Widerspruch liegt vor**

Im Falle eines Widerspruchs ist die Rechtslage klar: Die Zusendung von Werbung muss unterbleiben. Der BGH hierzu: «Der Kläger hat gegen die Beklagte aber einen Unterlassungsanspruch aus § 823 Abs. 1, § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB wegen eines rechtswidrigen Eingriffs in sein allgemeines Persönlichkeitsrecht. Die Verwendung von elektronischer Post für die Zwecke der Werbung gegen den eindeutig erklärten Willen des Klägers stellt einen Eingriff in seine geschützte Privatsphäre und damit in sein allgemeines Persönlichkeitsrecht dar, § 823 Abs. 1, § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB.»

Letztlich stellt sich die Frage, was alles unter dem Begriff der Werbung zu verstehen ist. Der BGH nimmt auch hierzu Stellung: «Der Begriff der Werbung umfasst nach dem allgemeinen Sprachgebrauch alle Massnahmen eines Unternehmens, die auf die Förderung des Absatzes seiner Produkte oder Dienstleistungen gerichtet sind. Damit ist ausser der unmittelbar produktbezogenen Werbung auch die mittelbare Absatzförderung – beispielsweise in Form der Imagewerbung oder des Sponsoring – erfasst. Werbung ist deshalb [...] jede Äusserung bei der Ausübung eines Handels, Gewerbes, Handwerks oder freien Berufs mit dem Ziel, den Absatz von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen zu fördern [...].»

**b) Fazit**

Im Einzelfall ist daher jede Hinzufügung in verbandsinterner Kommunikation darauf zu überprüfen, ob sie sich in diesem Sinne als Werbung darstellt.

## veranstaltungen

### Liechtenstein

#### Universität Liechtenstein

Am **Dienstag, 10. Mai 2016** findet der vom Lehrstuhl für Gesellschafts-, Stiftungs- und Trustrecht veranstaltete **39. Rechtssprechttag** statt. Univ.-Prof. Dr. **Andreas Schwartz**, LL.M. (EHI), Institutsleiter sowie Leiter des Forschungsbereichs Europäisches, Vergleichendes und Internationales Privatrecht (EVIP) am Institut für Zivilrecht, Universität Innsbruck wird sich folgendem Thema widmen:

#### Neuere Entwicklungen im liechtensteinischen und österreichischen IPR

Die zunehmenden personellen und wirtschaftlichen Verflechtungen vor allem mit den Nachbarstaaten lassen in Liechtenstein die Zahl an Sachverhalten mit Auslandsberührung weiter steigen. Das auf diese Fälle anzuwendende nationale Recht ist in erster Linie nach dem IPRG (1996) zu bestimmen. Als Rezeptionsvorlage diente, mit kleineren Abweichungen, das österreichische IPRG, welches 20 Jahre früher in Kraft getreten ist. Die Auslegung zentraler Bestimmungen des IPRG soll daher nicht nur anhand der Entscheidungen der Fürstlichen Gerichte erfolgen. Es sollte vielmehr stets auch die Rechtsprechung und Lehre zum öIPRG berücksichtigt werden, soweit die Bestimmungen dem liechtensteinischen Kollisionsrecht entsprechen. Der Referent Univ.-Prof. Dr. Andreas Schwartz, LL.M. (EHI) ist ausgewiesener Experte auf dem Gebiet des internationalen Privatrechts. Der Schwerpunkt des Vortrags wird auf den allgemeinen kollisionsrechtlichen Regelungen und dem Schuldrecht liegen. Auch das Erbrecht sowie das Gesellschaftsrecht werden mit einbezogen.

**Universität Liechtenstein**, Prof. Dr. *Francesco A. Schurr*, Inhaber des Lehrstuhls für Gesellschafts-, Stiftungs- und Trustrecht, Institut für Finanzdienstleistungen

ooOoo

#### Information

Am **Dienstag, 5. April 2016** fand der vom Lehrstuhl für Gesellschafts-, Stiftungs- und Trustrecht veranstaltete **38. Rechtssprechttag** statt.

Prof. Dr. iur. **Peter V. Kunz**, Rechtsanwalt, LL.M., Ordinarius für Wirtschaftsrecht und Rechtsvergleichung, Dekan der

Rechtswissenschaftlichen Fakultät, Geschäftsführender Direktor des Instituts für Wirtschaftsrecht, Universität Bern sowie Dr. iur. **Bernd Hammermann**, Leiter, Amt für Justiz, Vaduz und Mag. iur. **Heino Helbock**, LL.M., Juristischer Mitarbeiter, Justizwesen, Amt für Justiz, Vaduz widmeten sich folgendem Thema:

#### Neue Rechtsprechung aus der Schweiz zur GmbH – was können wir für Liechtenstein im Zusammenhang der Reform lernen?

Vor einigen Jahren wurde das GmbH-Recht in der Schweiz erstmals seit dem Erlass im Jahr 1936 revidiert. In verschiedenen Bereichen erfolgte eine Annäherung an die Aktiengesellschaft, ohne auf wesentliche personalistische Ausgestaltungsmöglichkeiten zu verzichten. Wenig überraschend entwickelte sich die GmbH in den letzten Jahren zum «heimlichen Star» der schweizerischen Gesellschaftsformen, und die Akzeptanz in der Wirtschaft ist entsprechend gewachsen. In den letzten Jahren hat sich das Schweizer Bundesgericht mehrere Male mit dem neuen GmbH-Recht befasst, und das Referat wird auf ausgewählte Fragen eingehen. Im Anschluss an den Vortrag des Hauptreferenten Prof. *Kunz* informierte Dr. *Hammermann* die Teilnehmenden in einem kurzen Referat über den Stand der GmbH-Reform in Liechtenstein informieren und leitete zur Diskussion über die für Liechtenstein relevanten Aspekte des Schweizer GmbH-Rechts über.

#### Hinweis der Redaktion

Zur GmbH in Liechtenstein s. bereits *Frommelt/Süssli* in **liechtenstein-journal** 2015, 110 ff.

ooOoo

## Schweiz

#### Beste Stiftungsratspraxis

Was Stiftungsräte wissen müssen, **Europa Institut Universität Zürich, 06.09.2016**, Kongresshaus Zürich

Nicht der Stifter oder die Stifterin und schon gar nicht die Aufsichtsbehörde sind für die Stiftung verantwortlich, sondern der Stiftungsrat. Er führt die Stiftung und bestimmt die gesamte Tätigkeit der Stiftung. Dies ist eine unternehmerische Aufgabe und mit wachsenden Herausforderungen verbunden. Die diesjährige Ausgabe von «Beste Stiftungsratspraxis» beschäftigt sich deshalb mit dem Stiftungsrat selbst, seiner Zusammensetzung und Funktionsweise, dem Profil eines geeigneten Stiftungsratsmitglieds und der erfolgreichen Suche, der Verweildauer, der Nachfolgeplanung und der spezifischen Rolle von Familienangehörigen.

Das Seminar richtet sich an angehende, neue und erfahrene Stiftungsräte gemeinnütziger Schweizer und liechtensteinischen Stiftungen, an Vertreter aus Aufsichts- und Steuerbehörden sowie an Berater (Recht und Finanzen) aus dem Stiftungsumfeld. Wertvolle Inputs erhalten auch angehende Stifterinnen und Stifter. Die Teilnehmenden erhalten ein Teilnahmezertifikat.

### Referierende

- Prof. Dr. sc. nat. Christof Aegerter, cogito foundation, Wolterau und Physik-Institut an der Universität Zürich
- Dr. iur. Roman Baumann Lorant, Rechtsanwalt, Dufour Advokatur Notariat, Basel
- Dr. iur. Dr. iur. h.c. Ursula Brunner, Rechtsanwältin, Ettler-suter Rechtsanwälte, ehemaliges Mitglied des Stiftungsrates Stiftung Landis & Gyr, Zürich
- lic. phil. I, Beate Eckhardt, MScM, Geschäftsführerin Swiss-Foundations, Zürich
- Dr. rer. pol. Michèle Etienne, Mitgründerin GetDiversity GmbH, Bern
- Dr. iur. Manuel Liatowitsch, Rechtsanwalt, Partner bei Schellenberg Wittmer AG, Zürich
- Dr. iur. et phil. Thomas Sprecher, Rechtsanwalt, LL.M., Partner bei Niederer Kraft & Frey AG, Zürich
- lic. iur. Roger Tischhauser, Direktor, BVG- und Stiftungsaufsicht des Kantons Zürich
- Prof. Dr. rer. pol. Georg von Schnurbein, Direktor Center for Philanthropy Studies, Basel
- Dr. sc. nat. Pascale Vonmont, Stv. Direktorin Gebert Rüt Stiftung, Basel

Auskünfte und Anmeldungen bis 22.08.2016 an: **Europa Institut an der Universität Zürich**, Hirschengraben 56, 8001 Zürich, eiz@eiz.uzh.ch

ooOoo

### Vortragsreihe am Mittag 2016

**Prof. Dr. Felix Addor**, Stv. Direktor-, und Rechtskonsulent, Eidgenössisches Institut für Geistiges Eigentum, Titularprofessor an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern spricht zum Thema:

#### «Die neuen Swissness-Regeln – Ziele, Hintergründe und Auswirkungen»

Freitag, 29. April 2016, CS Forum St. Peter, St. Peterstrasse 19, 8001 Zürich

12:00 – 12:30 Sandwiches und Getränke, 12:30 – ca. 13:45 Uhr Vortrag und Diskussion

Der Vortragsbeitrag beträgt CHF 60.00 inkl. Unterlagen, Sandwiches und Getränke.

**Europa Institut an der Universität Zürich**, Hirschengraben 56, CH-8001 Zürich, Tel.: +41 44 634 48 91, Fax: +41 44 634 43 59, E-Mail: eiz@eiz.uzh.ch, Website: www.eiz.uzh.ch

ooOoo

#### «Die EU – der unbekannte Nachbar»

Montag, 25. April 2016, Kantonalbank Zürich, Bahnhofstrasse 9, 8001 Zürich

18:00 Begrüssung, ab ca. 19:30 Uhr Aperero, Anmeldung unter <http://www.fraueninfo.ch/veranstaltungen/die-eu-der-unbekannte-nachbar>

Kosten CHF 40.00 pro Person, Auskünfte Marianne Grunder, +41 44 948 00 53

**Europa Institut an der Universität Zürich**, Hirschengraben 56, CH-8001 Zürich, Tel.: +41 44 634 48 91, Fax: +41 44 634 43 59, E-Mail: eiz@eiz.uzh.ch, Website: www.eiz.uzh.ch

ooOoo

#### SwissVAT AG: Mehrwertsteuer-Workshops 2016

- Leiter Finanz- und Rechnungswesen am 28.4.2016
- Heime Heime und Institutionen 2 am 14.4.2016
- Finanzkontrollen am 29.11.2016
- Gemeinwesen, Grundlagen am 20.9.2016
- Kleine und mittlere Gemeinwesen am 21.4.2016
- Grosse Gemeinwesen am 26.5.2016
- Gemeinwesen – Erfahrungsaustausch MWST-Verantwortliche am 27.9.2016
- Warenverkehr grenzüberschreitend zwischen CH/EU am 24.5.2016
- Banken und Vermögensverwalter am 31.5.2016
- Pensionskassen und Versicherungen am 22.11.2016
- Anwälte, Notare und Treuhänder am 6.9.2016
- Bildung und Forschung am 18.10.2016
- Spitäler und Gesundheitswesen am 25.10.2016
- Kultur, Sport und karitative Organisationen am 1.11.2016
- Neuerungen per 1.1.2017 am 1.12.2016

SwissVAT AG

Redaktion

## aktuelles

# Liechtenstein

**DBA Schweiz-Liechtenstein: Möglichkeiten und Grenzen,**  
Wirtschaft regional 27.02.2016, *Priska Rösli, Marcel Kieber*

**Verrechnungssteuer** Das am 1.1.2017 in Kraft tretende Doppelbesteuerungsabkommen zwischen der Schweiz und Liechtenstein löst die langersehnte Verrechnungssteuerproblematik. Daraus ergeben sich neue Strukturierungsmöglichkeiten. Eine der wichtigsten Neuerungen ist die Reduktion beziehungsweise der Wegfall der schweizerischen Verrechnungssteuer (Quellensteuer) auf Dividenden und Zinsen für natürliche sowie juristische Personen mit Domizil in Liechtenstein. Juristische Personen mit Sitz in Liechtenstein können Dividenden von schweizerischen Tochtergesellschaften ab dem 1.1.2017 ohne Quellensteuerabzug von 35 Prozent erhalten, sofern sie eine Beteiligungsquote von mindestens zehn Prozent während mindestens eines Jahres halten. Bei übrigen von juristischen Personen gehaltene Beteiligungen sowie Beteiligungen von natürlichen Personen ist eine Reduktion von 35 Prozent auf neu 15 Prozent vorgesehen.

Aufgrund dieser Neuerungen ergeben sich neue Strukturierungsmöglichkeiten für juristische wie auch für natürliche Personen. Auch wenn die Reduktion der Quellensteuer aufgrund des neuen DBA auf den ersten Blick positiv anmutet, sind im Spezifischen die Missbrauchsbestimmungen des DBA-Protokolls zu berücksichtigen. Damit beispielsweise Dividenden ohne Abzug der Verrechnungssteuer von einer schweizerischen an eine liechtensteinische Gesellschaft ausgeschüttet werden können, müssen nachfolgende Voraussetzungen erfüllt sein, damit eine missbräuchliche Inanspruchnahme des DBA ausgeschlossen werden kann:

### 1. Hauptsächlicher Zweck

Wenn der hauptsächliche Zweck einer Strukturierung darin besteht, in den Genuss eines Vorteils durch das Abkommen zu kommen, wird dieser Vorteil nicht gewährt. Sollte also der Hauptzweck der Einbringung einer CHBeteiligung in eine FL-Holding darin bestehen, zukünftig Dividenden ohne Abzug von Verrechnungssteuer auszuschütten, würde die Reduktion der Quellensteuer von 35 Prozent auf null nicht gewährt. Stehen allerdings nichtsteuerlich motivierte Faktoren im Vordergrund, wäre der Hauptzweck der Umstrukturierung nicht eine missbräuchliche Inanspruchnahme der Abkommensvorteile.

### 2. Substanzerfordernisse

Für die Ausschüttung einer Dividende ohne Verrechnungssteuer hat ein entsprechender Antrag bei der Eidgenössischen Steuerverwaltung (ESTV) zu erfolgen. Wird dieser Antrag erstmalig eingereicht, klärt die ESTV ab, ob allenfalls ein Umgehungstatbestand vorliegt beziehungsweise ob jemand durch Vorschieben einer Gesellschaft in den Genuss einer vorteilhafteren Verrechnungssteuerbehandlung kommt. Deshalb ist der Nachweis zu erbringen, dass die dividendenempfangende Gesellschaft wirtschaftliche Substanz hat. Insbesondere sollte sie über eigene Büroräumlichkeiten und Personal verfügen und eine tatsächliche kommerzielle Tätigkeit am Sitz der Gesellschaft ausüben. Bei einer Holdinggesellschaft ist es zudem wichtig, dass die Holding nicht nur eine einzelne Beteiligung besitzt, sondern ein Portfolio an Beteiligungen bündelt und verwaltet.

### 3. Eigenkapitalunterlegung

Die bisherige Praxis der ESTV legte Wert darauf, dass die Beteiligungen bei der Muttergesellschaft mit mindestens 30 Prozent Eigenkapital unterlegt waren. Aus diesem Grund ist ein entsprechend hohes Eigenkapital bei der liechtensteinischen Muttergesellschaft empfehlenswert.

### Fazit

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das neue Doppelbesteuerungsabkommen zwischen Liechtenstein und der Schweiz einerseits die lang ersehnte Verrechnungssteuerproblematik löst. Andererseits können diese Vorteile nur genutzt werden, wenn keine Umgehungstatbestände vorliegen. Deshalb sind anvisierte Umstrukturierungen nachhaltig zu planen und sorgfältig umzusetzen.

ooOoo

# Schweiz

### Weitere Zunahme der Fälle von Wirtschaftskriminalität

Der jüngste «KPMG Forensic Fraud Barometer» zeigt, dass im vergangenen Jahr 91 Fälle von Wirtschaftskriminalität vor Schweizer Gerichten behandelt wurden – so viele wie noch nie. Der Gesamtschaden ist mit CHF 280 Millionen jedoch auf den niedrigsten Stand seit acht Jahren gesunken. Durchschnittlich hat jeder Fall einen Schaden von rund CHF 3 Millionen verursacht. Das «KPMG Forensic Fraud Barometer» beruht auf Wirtschaftskriminalitäts-Fällen mit einem Schadensbetrag von mindestens CHF 50'000, welche im Berichtsjahr von einem Schweizer Strafgericht abgeschlossen wurden und über welche

in den wichtigsten Schweizer Tages- und Wochenzeitungen berichtet wurde.

Die Daten des diesjährigen «KPMG Forensic Fraud Barometer» zeichnen ein auf den ersten Blick doppeldeutiges Bild: Einerseits ist die Anzahl grosser Wirtschaftskriminalitätsfälle im Jahresvergleich auf 91 gestiegen – und damit auf den höchsten Wert, seit KPMG 2008 mit der systematischen Erhebung begonnen hat. Andererseits nahm das Schadensvolumen gegenüber dem Vorjahr deutlich ab: von insgesamt CHF 537,2 Millionen auf CHF 280 Millionen. Die durchschnittliche Schadenssumme liegt bei CHF 3 Millionen. (...)

### Verstärkte Prävention

Die vermeintliche Doppeldeutigkeit dieses Befunds lässt sich dadurch erklären, dass die Ergebnisse der Vorjahre teils durch einige wenige, extrem grosse Fälle verzerrt wurden, deren Schaden sich auf über CHF 100 Millionen belief. Zudem hat sich in den letzten Jahren die öffentliche Wahrnehmung bezüglich Betrugs-, Erpressungs- und Korruptionsfälle erhöht. Dies hat das Bewusstsein für diese Thematik auch unternehmensintern geschärft und bewirkt, dass heute wesentlich mehr Massnahmen zur Betrugsprävention eingesetzt werden. Auch wurde in den letzten Jahren bei Grossunternehmen viel Wert auf die Erstellung und Umsetzung neuer Compliance-Programme, Richtlinien, Verhaltenskodizes und Whistleblower-Meldeverfahren gelegt.

### Markant häufiger Angestellte als Täter

In 40% der Fälle waren entweder Angestellte oder Führungskräfte Täter, womit der Gesamtanteil der internen Tätergruppe leicht rückgängig ist. Jedoch zeigt sich in den letzten Jahren eine Verschiebung von Führungskräften hinzu Angestellten als Täter. «Dies zeigt, dass eine wesentliche Gefahr für Firmen, Opfer eines Betrugs zu werden, weiterhin von internen Tätergruppen ausgeht», kommentiert *Philippe Fleury*, Leiter Forensik von KPMG Schweiz, das Ergebnis. (...)

### Nichtkommerzielle Organisationen als grösste Opfergruppe

Stark gewachsen ist die Gruppe «sonstiger» Opfer: Unter diese Kategorie fallen Privatpersonen, Wohltätigkeits- und nichtstaatliche Organisationen. Besonders Privatpersonen treffen, anders als kommerzielle Organisationen, keine oder nur wenig präventive Massnahmen, um Betrug und Veruntreuungen zu verhindern.

Entsprechend bilden insbesondere wohlhabende und gleichzeitig in einem Abhängigkeitsverhältnis stehende Einzelpersonen ein beliebtes Ziel. «Da kommerzielle Organisationen ihre Präventionsmassnahmen erhöht haben, könnte es für Betrüger zu-

nehmend attraktiv werden, Privatpersonen und nichtkommerzielle Organisationen ins Visier zu nehmen», so *Philippe Fleury* weiter. (...)

aus KPMG aktuell 04.02.2016

ooOoo

### Der AIA tritt in weniger als einem Jahr in Kraft

By *Philipp Zuend* in Financial Services, Tax, 09.03.2016

Nun wird es konkret: diverse Staaten, allen voran auch die Schweiz, haben damit begonnen, Abkommen zum Automatischen Informationsaustausch (AIA) mit Partnerstaaten abzuschliessen. Bereits seit längerer Zeit ist bekannt, dass die EU-Staaten untereinander, sowie die EU-Staaten mit Liechtenstein, den AIA per 1. Januar 2016 eingeführt haben und 2017 erstmals Daten austauschen werden. Die Schweiz wird 2018 mit voraussichtlich 38 Ländern Daten betreffend das Jahr 2017 austauschen. Es ist nur noch eine Frage der Zeit, bis sich das Netz von AIA-Partnerstaaten zu einem weltweit dichten Geflecht entwickeln wird.

### AIA ist vom Parlament akzeptiert

Im Dezember 2015 hat das Schweizer Parlament die Umsetzungsgesetzgebung zum AIA – das Bundesgesetz über den internationalen automatischen Informationsaustausch in Steuersachen (AIAG) – akzeptiert. Sofern das Referendum nicht ergriffen wird, steht damit einem Inkrafttreten des AIA in der Schweiz per 1. Januar 2017 nichts mehr im Wege.

Da es sich beim AIA um einen weltweit einheitlichen Standard handelt, ist der den einzelnen Ländern gewährte Umsetzungsspielraum sehr begrenzt. Die Schweiz hat den gewährten Spielraum dabei sicherlich ausgeschöpft.

### Die Schweiz hat bereits 38 AIA-Partnerstaaten

Bisher haben sich rund 100 Staaten, darunter alle wichtigen Finanzplätze (mit Ausnahme der USA), zur Einführung des AIA verpflichtet. Die reine Verpflichtung zum AIA präjudiziert aber noch nicht, zwischen welchen Staaten der Informationsaustausch auch tatsächlich stattfinden wird. Zur Einführung des AIA ist eine bilaterale/multilaterale Aktivierung zwischen den Vertragsstaaten erforderlich. In der Schweiz sind solche Abkommen mit einzelnen Partnerstaaten dem Parlament jeweils separat zur Genehmigung vorzulegen. Bisher beabsichtigt die Schweiz, ab 2017 für 38 Länder Daten zu erheben und 2018 auszutauschen.

So hat die Schweiz im Frühling 2015 mit den EU-Staaten (inkl. Gibraltar) und Australien ein AIA-Abkommen paraphiert. Wäh-

rend die Einführung des AIA mit der EU auf der Basis eines bestehenden Staatsvertrags basiert (das bestehende Zinsbesteuerungsabkommen wurde zu einem AIA-Abkommen), wird der AIA mit Australien auf der Basis des OECD-Amtshilfeübereinkommens sowie der Multilateralen Vereinbarung zwischen den zuständigen Behörden über den AIA (Multilateral Competent Authority Agreement, MCAA) eingeführt.

Die beiden Vorlagen wurden dem Parlament bereits zur Genehmigung unterbreitet und werden im März 2016 im Ständerat behandelt.

In den ersten beiden Monaten dieses Jahres hat die Schweiz nun mit acht weiteren Ländern gemeinsame Erklärungen zur Einführung des AIA basierend auf dem Amtshilfeübereinkommen und des MCAA unterzeichnet und die Vernehmlassung eröffnet – namentlich mit Guernsey, Isle of Man, Island, Japan, Jersey, Kanada, Norwegen und Südkorea.

Laut Staatssekretariat für internationale Finanzfragen (SIF) sind dies die Länder einer ersten Serie von Staaten, mit welchen die Schweiz sich zur Einführung des AIA geeinigt hat. Es ist somit zu erwarten, dass die Einführung des AIA mit weiteren Ländern frühestens per 1. Januar 2018, mit einem ersten Datenaustausch im September 2019, erfolgt.

### Kriterien für Schweizer AIA-Partnerstaaten

In seinem Verhandlungsmandat vom Oktober 2014 legte der Bundesrat fest, dass mögliche Partnerstaaten der Schweiz bestimmte Kriterien in Bereichen wie des Marktzugangs oder der Vergangenheitsregularisierung erfüllen sollen. Zudem sollen auch der Datenschutz gewährleistet und das Spezialitätsprinzip (die ausgetauschten Informationen sollen nur dem vereinbarten Zweck dienen) gegeben sein.

In diesem Zusammenhang stellen sich aus heutiger Sicht aber insbesondere folgende Fragen:

- Wann ist der Marktzugang nachhaltig gesichert?
- Ist die Voraussetzung des Vorliegens einer Regularisierungsmöglichkeit auch gegeben, wenn sich die Nachsteuern und Busse aufgrund der Selbstanzeige beispielsweise auf 60% der Vermögenswerte belaufen oder die Vermögenswerte repatriert werden müssen?
- Inwiefern kann die Einführung des AIA, bei welchem es sich um einen OECD-Standard handelt, einem OECD-Mitglied tatsächlich verweigert werden (z.B. Mexiko)?

Es wird sich weisen, inwieweit der Bundesrat die definierten Kriterien bei den Verhandlungen mit Partnerstaaten durchsetzen können wird. Dies dürfte nicht zuletzt auch vom Druck der OECD abhängig sein, innert angemessener Frist ein möglichst breites Netz an AIA-Partnerstaaten aufzubauen.

### Blick über die Grenze

Bereits am 1. Januar 2016 ist der AIA insbesondere innerhalb der EU sowie zwischen den EU-Staaten und Liechtenstein in Kraft getreten (jeweils ohne Österreich, welches den AIA ein Jahr später einführen wird). Welche weiteren Staaten 2017 Daten betreffend 2016 untereinander austauschen, bleibt abzuwarten. Es dürften aber noch einige Staaten folgen, die den AIA rückwirkend per 1. Januar 2016 einführen und somit 2017 Daten betreffend das Jahr 2016 austauschen. Im Jahr 2017 dürften dann zahlreiche weitere AIA-Abkommen zwischen einzelnen Staaten folgen. Beispielsweise hat sich die EU bereits mit Andorra, Monaco und San Marino auf eine Einführung auf 2017 geeinigt.

### Auswirkungen analysieren und weitere Schritte definieren

Mit dem Abschluss von zwischenstaatlichen Abkommen wird der AIA konkret. Die Schweiz wird den AIA per 2017 aller Voraussicht nach mit 38 Staaten einführen. Mit weiteren Staaten dürfte die Einführung erst ab 2018 erfolgen.

Den Schweizer Finanzinstituten bleibt nicht mehr allzu viel Zeit, um den AIA zu implementieren. In einem ersten Schritt gilt es nun vor allem, die Auswirkungen des AIA auf das Finanzinstitut zu analysieren und daraus den notwendigen Handlungsbedarf abzuleiten. Weiter muss eine Strategie zur Kommunikation mit den Kunden erarbeitet werden. Denn diese beginnen spätestens jetzt, Fragen zu stellen. Dabei kommt der Regularisierung der Vergangenheit im Hinblick auf die bereits bestehende Steuertransparenz – beispielsweise im Rahmen von Gruppenanfragen – eine besondere Bedeutung zu.

aus KPMG aktuell 23.03.2016

ooOoo

### Bilaterales Abkommen Schweiz-EU: Ein Erfolgsmodell

Vor dem Hintergrund der Masseneinwanderungsinitiative und der Umsetzungsdiskussion sind gelegentlich auch Zweifel zu vernehmen – angesichts der grossen Bedeutung der Bilateralen Abkommen I der Schweiz mit der Europäischen Union für die Schweizerische Wirtschaft.

Der Blick auf die Quantität und die Qualität des wirtschaftlichen Austauschs schafft schnell Klarheit: Die EU ist die wichtigste Handelspartnerin der Schweiz – sowohl was die Import- als auch die Exportseite betrifft.

- 55 Prozent der Exporte der Schweizer Wirtschaft fliessen in die Länder der EU

- 73 Prozent der Importe stammen von Ländern der EU

### Bilateralen Abkommen 2002

Mit dem Inkrafttreten der Bilateralen Abkommen im Jahr 2002 wurde der Schweizer Wirtschaft die Teilnahme am gemeinsamen Europäischen Binnenmarkt ermöglicht.

Gleichzeitig spannt sich damit der Ordnungsrahmen für den modernen grenzüberschreitenden Wirtschaftsaustausch zwischen unseren Ländern auf. Heute spielen sogenannte fragmentierte Wertschöpfungsketten im grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehr eine immer grössere Rolle. So betreffen zum Beispiel zwischen Deutschland und der Schweiz 58,4 Prozent der gehandelten Waren Rohstoffe, Halbfabrikate und Investitionsgüter. Hinzu kommen die verschiedensten Arten von unternehmensbezogenen Dienstleistungen, wie:

- Forschungs- und Entwicklungsbereich
- Planung
- Transportwesen
- Montage
- Personaleinsätze
- IT-Dienstleistungsbranche

Diese wären ohne die Regelungen der Personenfreizügigkeit keinesfalls auf dem heutigen Niveau möglich.

### Wirtschaftlich eng verzahnt

Kaum mehr eine Maschine oder Anlage lässt sich heute ohne Spezialisten des Herstellers in Betrieb nehmen. Und auch während des laufenden Betriebs muss auf die Wartung und auf eventuelle Notfalldienste zurückgegriffen werden können. Grosse zeitliche Verzögerungen aufgrund von komplexen administrativen Genehmigungsverfahren für den grenzüberschreitenden Arbeitseinsatz sind dabei sehr kostspielig. Diese würden von Unternehmen wohl kaum in Zukunft in Kauf genommen werden können.

Diese enge wirtschaftliche Verzahnung wäre ohne den freien Austausch von Produkten, dem Abbau von tarifären und nicht-tarifären Handelshemmnissen, dem freien Personenverkehr sowie der gegenseitigen Anerkennung von Prüfzertifikaten und Berufsqualifikationen nicht möglich gewesen.

Vor dem Hintergrund der Verschiebung der globalen Handelsströme ist dies als eine Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit des Wirtschaftsstandortes Schweiz zu sehen.

### Finanzielle Vorteil der Bilateralen I

Den exakten finanziellen Vorteil der Bilateralen I aufzuzeigen, ist allerdings nicht ganz einfach, da:

- die Auswirkungen der einzelnen Vertragsbestandteile vielfach voneinander abhängig sind
- sich viele Wachstumseffekte indirekt einstellen

Grundsätzlich gehen Ökonomen des Staatssekretariats für Wirtschaft (SECO) davon aus, dass die Öffnung der Märkte von grossem Vorteil sind – und somit der Austausch und die Verflechtung für die beteiligten Volkswirtschaften. Forscher der Konjunkturforschungsstelle der ETH Zürich stellen fest, dass seit dem Inkrafttreten der Bilateralen I das Durchschnittswachstum des realen BIP pro Kopf der Schweiz um 0,52 Prozent gestiegen ist.

Auch das Wirtschaftsforschungsinstitut Prognos aus Basel schätzt anhand eines Simulationsmodells, dass rund ein Drittel des gegenwärtigen Wohlstands der Schweiz auf die dynamische Entwicklung des wirtschaftlichen Austausches mit der EU zurückzuführen ist. Zudem wurden seit dem Inkrafttreten der Abkommen 700.000 Arbeitsstellen geschaffen. Die Forscher von Prognos sind von einem direktem Zusammenhang mit den Bilateralen Verträgen I überzeugt.

### Dossier «Europapolitik» des Wirtschaftsdachverbandes economiesuisse

Eine genaue Übersicht über die Vorteile der Bilateralen I hat der Wirtschaftsdachverband economiesuisse in seinem Dossier «Europapolitik» herausgearbeitet:

- Industrieunternehmen sparen 200 bis 500 Millionen Franken jährlich, weil sie ihre Produkte nur einmal zertifizieren lassen müssen. (Technische Handelshemmnisse)
- Schweizer Unternehmen habe noch bessere Chancen, an öffentliche Aufträge in den EU-Staaten zu gelangen – diese schreiben Projekte in Höhe von 425 Milliarden Euro pro Jahr aus. (Beschaffungswesen)
- Bauernfamilien haben die Möglichkeit, zusätzliche Einkommen zu erwirtschaften. (Landwirtschaft)
- EU- und EFTA-Chauffeure finanzieren einen Viertel der Verkehrsabgaben (LSVA) – das hat zwischen 2002 und 2012 einem Betrag von über vier Milliarden Franken entsprochen. (Landverkehr)
- Schweizer Fluggesellschaften werden auf dem europäischen Luftverkehrsmarkt nicht benachteiligt, die Schweiz profitiert als Exportnation von guten Flugverbindungen. (Luftverkehr)
- Die Integration der Schweizer Forschenden und Unternehmen in EU-Forschungsrahmenprogramme erhöht die Leistungsfähigkeit unseres Forschungsplatzes und stärkt die Innovationskraft der Wirtschaft. Jedes vierte Projekt von Schweizer Forschenden wird vom EU-Forschungsrat angenommen – das ist ein Spitzenwert. (Forschung)

- Die gesamtwirtschaftlichen Effekte der Bilateralen I: Die positiven Effekte auf den Schweizer Wirtschaftsstandort sind markant. Das reale Schweizer BIP pro Kopf ist zwischen 2003 und 2013 durchschnittlich pro Jahr um 1,26 Prozent gewachsen – das ist im Vergleich mit anderen Industrieländern einmalig.

Viele weitere Abkommen bauen auf den Abkommen der Bilateralen I auf. Diese sind mit ihnen direkt oder indirekt verknüpft. So ist das Personenfreizügigkeitsabkommen (FAZ) eine wichtige Voraussetzung für das Studentenaustauschprogramm Erasmus oder für Schengen/Dublin.

### Fazit

Ohne Zweifel sind die Bilateralen Abkommen I für die Schweiz ein Erfolgsmodell – welches es auch in Zukunft zu erhalten gilt. Eine wirkliche Alternative, die den Schaden eines Wegfalls dieses Abkommens auffangen würde, ist nicht gegeben.

*aus newsletter Handelskammer Deutschland-Schweiz vom 30.03.2016*

*Redaktion*

Anzeige

WAGNER  JOOS  
RECHTSANWÄLTE  
FACHANWÄLTE FÜR HANDELS-  
UND GESELLSCHAFTSRECHT

Konstanz / Zürich / Vaduz

Jürgen Wagner, LL.M., Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht  
Peter Joos, Dipl. Betriebswirt (FH), Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht  
Rüdiger Bock, LL.M., Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht  
Fachanwalt für Steuerrecht  
Christian Merz, Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht, Bankkaufmann  
Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht

[www.wagner-joos.de](http://www.wagner-joos.de)

# ZUR RECHTEN ZEIT DAS RICHTIGE TUN



## Auszeichnung «summa cum laude» – Volksbank Liechtenstein

Das renommierte Fachmagazin «Elite Report» hat die Volksbank AG Liechtenstein im Zuge des grössten Bankentests im deutschsprachigen Raum zum siebten Mal in Folge mit der Höchstnote «summa cum laude» in die Elite der deutschsprachigen Vermögensverwalter aufgenommen.

Beste Ergebnisse, die erfreuliche Wertentwicklung der Depots, die hohe Qualitätssicherung und das kompetente Portfolio-Management überzeugten die Report-Jury erneut. Hervorgehoben wurde vor allem auch das anerkannte Private Banking – so konnte die Volksbank Liechtenstein durch ihre individuellen Lösungen in den vergangenen Monaten regen Zulauf von Neukunden verzeichnen.

Wir freuen uns ganz besonders über diese Anerkennung, denn nicht der schnelle Erfolg zählt, sondern nachhaltig aufgebaute und zukunftsfähige Vertrauensbeziehungen zwischen uns und unseren Kunden.

### Finanzierungen

Josef Werle  
josef.werle@volksbank.li  
239 04 68

### Private- und Geschäftskunden

Christian Titze  
christian.titze@volksbank.li  
239 04 26

### Private Banking

Thomas Fitz  
thomas.fitz@volksbank.li  
239 04 28

Die beste Wahl in Sachen Erfolg –  
**Volksbank Liechtenstein**

## gesetzgebung

### Schweiz

#### Weiterer Meilenstein in der Aktienrechtsreform

*Poggio/Ziehler in Expert Focus 2016, 1*

Die Vernehmlassung zum Vorentwurf zur Aktienrechtsrevision dauerte bis am 15. März 2015. Es wurden 147 Stellungnahmen eingereicht, die vom Eidg. Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) ausgewertet wurden. Am 4. Dezember 2015 hat der Bundesrat die Ergebnisse zur Kenntnis genommen, das EJPD mit der Ausarbeitung des Entwurfs beauftragt und inhaltliche Eckwerte festgelegt. (...)

2.2 Beibehaltung der Stimmrechtsaktien. Das schweizerische Aktienrecht geht grundsätzlich von einem Gleichlauf von Kapitaleinsatz und Stimmkraft aus. Neudeutsch wird oft von «one share, one vote» gesprochen. Das schweizerische Aktienrecht erlaubt allerdings mehrere Abweichungen vom Konzept der Einheitsaktie bezüglich des Stimmrechts.

Aktionäre können Stimmrechtsaktien und Partizipationsscheine (stimmrechtslose Aktien) schaffen oder bei Namenaktien eine prozentuale Beschränkung des Stimmrechts pro Aktionär (Vinkulierung) vorsehen.

Aufgrund der jüngsten Vorkommnisse bei der *Sika AG* wurde vermehrt gefordert, im schweizerischen Aktienrecht den Grundsatz «one share, one vote» konsequenter umzusetzen. Im Parlament wurden in diesem Zusammenhang bereits drei Vorstösse eingereicht: eine Interpellation von Ständerat *Pirmin Bischof*, eine Interpellation von Nationalrat *Karl Vogler* sowie ein Postulat von Ständerat *Thomas Minder*. In der Vernehmlassung wurde hingegen auf die Thematik «one share, one vote» nur vereinzelt eingegangen.

Stimmrechtsaktien sind ein Beherrschungsinstrument, das sich in Klein- und Familiengesellschaften zur Bildung von Führungsschwergewichten eignet. Auch bei Unternehmen mit Gründerbeteiligung hat die Stimmrechtsaktie ihre Bedeutung. Die Publizität ist aufgrund der u. a. bei den Handelsregisterämtern öffentlich zugänglichen Statuten und der Handelsregistereinträge gewährleistet. Es liegt zudem in der unübertragbaren Zuständigkeit der Generalversammlung, über die Art der Aktien zu entscheiden. In der Tat sind z. B. etliche Publikumsgesellschaften aufgrund des Drucks der Investoren in den letzten 20 Jahren freiwillig zur Einheitsaktie übergegangen. Ein dringender gesetzgeberischer Handlungsbedarf war folglich für den Bundesrat nicht erkennbar.

2.3 Umsetzung von Art. 95 Abs. 3 BV. Auf den 1. Januar 2014 setzte der Bundesrat die VegüV in Kraft. Bis zum Inkrafttreten der formell-gesetzlichen Bestimmungen (z. B. im OR) setzt diese Verordnung die Vorgaben der Art. 95 Abs. 3 und Art. 197 Ziff. 10 BV um, die auf die Annahme der Volksinitiative «gegen die Abzockerei» zurückgehen. Die Bestimmungen des Vorentwurfs, die nicht über die Vorgaben der VegüV hinausgingen, blieben in der Vernehmlassung fast unbestritten.

Hingegen wurden die weiterführenden Bestimmungen in der Vernehmlassung zum Teil deutlich abgelehnt. Der Bundesrat hat deshalb im Zusammenhang mit der Umsetzung von Art. 95 Abs. 3 BV einige Eckwerte zur Regulierung bei Gesellschaften, deren Aktien an einer Börse kotiert sind, beschlossen:

Auf das Verbot prospektiver Abstimmungen über den Pool der zukünftigen variablen Vergütungen (Bonis) wird verzichtet. Wird jedoch solchermaßen abgestimmt, so soll der jährliche Vergütungsbericht der Generalversammlung zur retrospektiven, *konsultativ* wirkenden Abstimmung vorgelegt werden müssen. Dies entspricht Best Practice sowie der RFA und stärkt die Aktionärsrechte. Zudem müssten die Statuten nicht angepasst werden, da sich die Pflicht zur Konsultativabstimmung direkt aus dem Gesetz ergibt.

#### 3. Ausblick

Die Aktienrechtsrevision soll die Flexibilität der Unternehmen stärken, Rechtssicherheit schaffen und zwei Verfassungsaufträge umsetzen. Mit umfassend neuen Konzepten, z. B. mit der Einführung neuer Arten von Rechtseinheiten, ist im Hinblick auf die Botschaft zur Aktienrechtsrevision nicht zu rechnen. Hierzu wären oftmals die Ausarbeitung eines Vorentwurfs und eines erläuternden Berichts und danach die Durchführung einer Vernehmlassung notwendig. Hingegen wird das EJPD zusätzlich zu den bundesrätlichen Eckwerten sämtliche Bereiche des Vorentwurfs im Lichte der Ergebnisse der Vernehmlassung, der wirtschaftlich schwierigen Situation in der Schweiz aufgrund der Aufhebung des Euro-Mindestkurses Anfang 2015 und der weiteren politischen Vorgaben (v. a. aufgrund parlamentarischer Vorstösse) beurteilen und gegebenenfalls Anpassungen vornehmen. Das EJPD wird sich zudem sehr bemühen, juristische Unklarheiten im Gesetzestext und in den Erläuterungen zu beseitigen und damit potenziellen Auslegungsproblemen vorzubeugen.

Verläuft die Aktienrechtsrevision weiterhin in geordneten Bahnen, so ist damit zu rechnen, dass der Bundesrat Ende 2016 die Botschaft zur Aktienrechtsrevision zuhanden des Parlaments verabschieden kann. Ab Anfang 2017 könnte somit die vorbereitende Kommission des Erstrats – in den letzten Jahren waren jeweils die Rechtskommissionen zuständig – mit der Behandlung beginnen. Wie lange die parlamentarische Phase dauern

wird, lässt sich zum heutigen Zeitpunkt nicht festlegen. Selbst nach der parlamentarischen Schlussabstimmung wird es noch mindestens ein Jahr dauern, bis die neuen Bestimmungen in Kraft gesetzt werden können. Es müssten die Referendumsfrist abgewartet und insbesondere die Handelsregisterverordnung überarbeitet werden.

ooOoo

## Norwegen

*Dr. Roland Mörsdorf, Grette, Oslo*

### Neue Reformpläne für die AS

Die meisten norwegischen Gesellschaften sind als Aksjeselskap (AS), die sich mit der deutschen Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) vergleichen lässt, organisiert.

In den vergangenen Jahren stand die AS unter dem Druck des Zuzugs anderer europäischer Gesellschaften, denen der EuGH durch seine Rechtsprechung den Weg nach Norwegen geebnet hatte. Die norwegische AS stand deshalb vor den gleichen Herausforderungen wie die deutsche GmbH. Daher wurde die AS in den zurückliegenden Jahren in verschiedenen Schritten reformiert, um die Gründung und die Verwaltung der AS zu vereinfachen und auf diese Weise die AS gegenüber den anderen europäischen Gesellschaften zu stärken.

Nachdem zunächst das Mindeststammkapital von NOK 100.000 auf NOK 30.000 herabgesetzt und einige Gründungsvorschriften geändert worden waren, wurden im Jahre 2013 die Bestimmungen zur Gesellschafterversammlung, zur Geschäftsführung und zur Kapitalausstattung neu geregelt. Diese Änderungen haben zu gewissen Erleichterungen im norwegischen Gesellschaftsrecht beigetragen. Allerdings wurde bereits damals kritisiert, dass die Reformen grundlegende Probleme aus der Praxis nicht konsequent angingen.

Vor diesem Hintergrund hat das norwegische Wirtschafts- und Fischereiministerium nun eine Kommission mit dem Auftrag eingerichtet, die Änderungen aus dem Jahre 2013 darauf zu überprüfen, inwieweit sie sich in der Praxis bewährt haben. Ausserdem soll die Kommission prüfen, ob zusätzliche Reformen, die vor allem aus der Wirtschaft an das Ministerium herangetragen worden sind, vorgenommen werden sollen.

Insbesondere dieser Aspekt knüpft an die Kritik an den früheren Reformen an. Die Kommission wurde mit fünf Personen unter der Leitung des norwegischen Gesellschaftsrechtlers und Professors Dr. Tore Bråthen, Oslo, besetzt.

Im Einzelnen soll die Kommission u.a. folgende Themen in ihre Prüfung einbeziehen:

- Verträge zwischen der Gesellschaft und ihren Gesellschaftern. Derartige Verträge sind grundsätzlich nur dann wirksam, wenn die Gesellschafterversammlung ihre Zustimmung erteilt hat und der Gesellschafterversammlung vor dem Beschluss über die Zustimmung ein Bericht des Verwaltungsrats über den Wert von Leistung und Gegenleistung zugeleitet worden ist. Der Bericht muss durch einen Wirtschaftsprüfer bestätigt werden und ist anschliessend beim Handelsregister einzureichen. Obwohl von dieser Regel einige Ausnahme bestehen, bereitet dieses Verfahren in der Praxis eine Vielzahl von Problemen und verursacht erhebliche Kosten. Die Kommission soll daher prüfen, ob die Bestimmungen über Verträge zwischen der Gesellschaft und ihren Gesellschaftern geändert oder ersatzlos gestrichen werden können.
- Prüfungspflicht. Kleine Gesellschaften können sich dafür entscheiden, ihre Jahresabschlüsse nicht mehr durch einen Abschlussprüfer prüfen zu lassen. Diese Befreiungsmöglichkeit wurde im Rahmen der früheren Reformen geschaffen. Gleichwohl besteht die Prüfungspflicht weiterhin – für kleine, mittelgrosse und grosse Gesellschaften – in allen anderen Fällen, in denen das Gesetz eine Prüfung, beispielsweise der Liquidationsbilanz, vorsieht. Die Kommission soll zum einen prüfen, inwieweit eine Prüfung durch Wirtschaftsprüfer in all diesen Fällen erforderlich ist. Zum anderen soll sie prüfen, ob die Befreiung von der Jahresabschlussprüfung bei kleinen Gesellschaften erleichtert werden kann.
- Einpersonengesellschaften. Einpersonengesellschaften unterliegen den gleichen gesetzlichen Bestimmungen, denen Gesellschaften mit mehr als nur einem Gesellschafter unterliegen. Dies gilt auch in dem Fall, in dem der Gesellschafter gleichzeitig das einzige Mitglied des Verwaltungsrats ist. Die Kommission soll für solche Gesellschaften eventuelle Erleichterungen prüfen. Gleiches gilt für Mehrpersonengesellschaften, in denen sämtliche Gesellschafter den Verwaltungsrat der Gesellschaft bilden.
- Mindeststammkapital. Die Herabsetzung des Mindeststammkapitals von NOK 100.000 auf NOK 30.000 aus dem Jahre 2011 (mit Wirkung ab 1. Januar 2012) war in der Praxis das wohl sichtbarste Element der Reformen aus den vergangenen Jahren. Nahezu alle Gesellschaften werden seitdem mit dem reduzierten Stammkapital von NOK 30.000 gegründet. Die Kommission soll nunmehr prüfen, ob das Mindeststammkapital weiter herabgesetzt werden soll.

Die Kommission soll die Ergebnisse ihrer Prüfung bis zum 30. September 2016 vorlegen.

*Grette, [www.grette.de](http://www.grette.de), November 2015*

**Elektronische Gründung**

Die meisten norwegischen Gesellschaften einschliesslich der norwegischen Tochtergesellschaften von Konzernen aus Deutschland und anderen Ländern sind als Aksjeselskap (AS) organisiert, die sich mit der deutschen GmbH vergleichen lässt. Die Gründung der AS war bereits in der Vergangenheit einfacher als die Gründung einer GmbH, da sie ohne Einschaltung eines Notars erfolgen konnte. Ein Notar ist nämlich weder für die Beurkundung des Gründungsvorgangs noch für die Beglaubigung und die Einreichung der Anmeldung zum Handelsregister erforderlich. Im Zuge der Reformen der vergangenen Jahre wurde die Gründung der AS weiter vereinfacht. Wesentliches Element dieser Reformen war der Wegfall des Erfordernisses der Erstellung einer Eröffnungsbilanz und deren Bestätigung durch einen Wirtschaftsprüfer im Falle der Bargründung. Ausserdem wurde das Mindeststammkapital von NOK 100.000 auf NOK 30.000 herabgesetzt.

Zu Beginn dieses Monats erfolgte eine weitere Vereinfachung dergestalt, dass eine AS nunmehr vollständig elektronisch über das Portal [www.altinn.no](http://www.altinn.no) gegründet werden kann. Dabei werden die Angaben für das Gründungsdokument und den Gesellschaftsvertrag in verschiedenen Masken eingegeben und die daraus generierte Gründungsdokumentation anschliessend elektronisch unterschrieben. Die elektronische Gründung setzt eine vorherige Registrierung der Gründungsgesellschafter in Norwegen voraus, so dass diese Zugang zu dem Portal [www.altinn.no](http://www.altinn.no) haben. Dies wird bei der Gründung einer AS durch deutsche und andere nicht-norwegische Gründungsgesellschafter regelmässig nicht der Fall sein. Allerdings ist denkbar, dass diese sich beispielsweise durch einen norwegischen Rechtsanwalt bei der Gründung vertreten und auf diese Weise die Gründung elektronisch vornehmen lassen.

*Redaktion*

---

Wirtschaftsprüfung und -beratung  
Steuer- und Rechtsberatung  
Rechnungswesen und Controlling



**Lokal verwurzelt – global vernetzt**



ReviTrust  
Grant Thornton

An instinct for growth™

Zürich Schaan Genève Buchs  
[www.grantthornton.li](http://www.grantthornton.li)

---

**Die Individualität einer kompetenten  
Beratung steht bei uns im Mittelpunkt.**

Ihr Partner für folgende Dienstleistungen:

- Gesellschaftswesen
- Finanz-, Steuer- und Wirtschaftsberatung
- Rechnungswesen
- Rechtsberatung und Rechtsvertretung
- Vermögensverwaltung
- Wirtschaftsprüfung



**ADMINISTRAL** ANSTALT

**ACCURATA** TREUHAND- UND REVISIONS-AG

**ADVOCATUR** SPRENGER & PARTNER AG

Landstrasse 11 · LI-9495 Triesen · [www.a-unternehmen.li](http://www.a-unternehmen.li)