

liechtensteinjournal

Recht in Liechtenstein

33. Ausgabe, 9. Jahrgang
redaktion@li-journal.li, www.li-journal.li

1/2017

- 1 **editorial**
Jürgen Wagner
- 2 **beiträge**
Dr. Helmut Schwärzler, Mag. Josef Bergt, MLaw Fabian Vollrath
Retrozessionen und die daraus resultierenden Ansprüche gegenüber Schweizer Vermögensverwaltern – Die Haftung von Organen Liechtensteinischer Verbandspersonen bei unterlassener Geltendmachung
- 14 **Jürgen Wagner, LL.M., Rechtsanwalt, Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht, Konstanz/Zürich/Vaduz**
Ein paar Statistiken
- 16 Stellungnahme 150/2017 Bundesrechtsanwaltskammer
- 21 **veranstaltungen**
- 24 **aktuelles**
- 28 **literaTour**
- 30 **gesetzgebung**
- 32 **aus- und weiterbildung**



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

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.
Rechtsprechung hat nur dann für die Gesellschaft im Allgemeinen, für die Rechtswissenschaft im Speziellen eine herausragende Funktion, wenn sie nicht nur Streit schlichtet und Entscheidungen trifft, sondern wenn sie auch veröffentlicht und diskutiert wird. Manch einer in Liechtenstein hängt noch den Zeiten der unveröffentlichten Urteile nach, die so schön das Geheimwissen auf wenige Privilegierte verteilt hat.

II.
Vor mehr als 25 Jahren haben Sie an dem genannten schönen Ort am Main die albernsten mir jemals bekannt gewordenen Nachbarstreitigkeiten um den Pflanzabstand von Flühblühern und allerlei anderes geführt und allesamt kläglich verloren. Sagen Sie nicht, dass ich Sie nicht vorher wahrheitsgemäss vom voraussichtlichen Desaster unterrichtet hatte!

All die bedeutenden Bedeutungen, mit denen Sie allen mir bekannten Menschen seit jeher auf die Nerven gingen, sollen nicht erwähnt werden. Es ist sehr traurig, dass Sie noch immer keine Ruhe gefunden haben. Sie müssten doch jetzt auch schon langsam auf die 70 zugehen.
(*Thomas Fischer*, Vors. Richter am BGH in einer online-Antwort auf seine Pensionierung, Ito.de, 11.03.2017)

III.
Manche Menschen freuen sich halt, wenn sie anderen heimlich etwas von ihrer exkrementellen Produktion an den Schuh schmieren können. Wahrscheinlich hat er sonst nicht viel Freude mit sich und dem Leben.
Derselbe Thomas Fischer steigert sich am 13.03.2017...

Ein schönes Frühjahr wünscht



Ihr Jürgen Wagner, LL.M.
Redaktion **liechtenstein-journal**
redaktion@li-journal.li

Redaktion **liechtenstein-journal**
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

9. Jahrgang, Ausgabe 1, März 2017

Redaktion und geschäftsführender Herausgeber

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

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 nächste Ausgabe der Zeitschrift **liechtenstein-journal** erscheint **Ende Juni 2017**

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

beiträge

Retrozessionen und die daraus resultierenden Ansprüche gegenüber schweizer Vermögensverwaltern – Die Haftung von Organen liechtensteinischer Verbandspersonen bei unterlassener Geltendmachung

Dr. Helmut Schwärzler, Mag. Josef Bergt, MLaw Fabian Vollrath, Schwärzler Rechtsanwälte, Liechtenstein/Zürich/Zug

1. Einleitung

In nachfolgendem Artikel wird die Frage der Herausgabepflichtung von Retrozessionen, welche durch schweizerische Vermögensverwalter vereinnahmt wurden, an die Auftraggeber und die damit zusammenhängenden verantwortungsrechtlichen Auswirkungen auf Organe von liechtensteinischen Verbandspersonen behandelt.

Bei der auftragsrechtlichen Abwicklung von Vermögensverwaltungs- und Börsengeschäften für Kunden (Auftraggeber) unterscheidet man hinsichtlich der vertragsrechtlichen Sorgfalts- und Treuepflicht der Vermögensverwalter grundsätzlich zwischen drei verschiedenen Vertragsbeziehungen: Die Vermögensverwaltung, die Anlageberatung und die blosser Konto-/Depot-Beziehung (*Execution Only*).¹ Im Gegenzug zum Anlageberatungsvertrag oder der reinen Konto-/Depot-Beziehung bestimmt bei der Vermögensverwaltung der Vermögensverwalter im Rahmen des ihm vertraglich eingeräumten Ermessens die Veranlagung der Vermögenswerte. Es besteht hierbei eine umfassende Interessenwahrungspflicht des Vermögensverwalters gegenüber dem Kunden.²

Unter Retrozession (auch *Kickback* bzw. verdeckte Provision genannt) versteht man einen Vorgang zwischen mindestens drei Beteiligten, bei dem eine Bank bzw. ein Finanzintermediär einem Dritten – insbesondere einem Vermittler im Kapitalanlage- und Vermögensverwaltungsgeschäft – einen Anteil einer vereinnahmten Kommission weitergibt.³ Zumeist wird eine

Zahlung von einem Dritten an den beauftragten Vermögensverwalter gerichtet, weil Letzterer bestimmte Handlungen im Rahmen der Auftragsausführung vorgenommen bzw. veranlasst hat, welche dem Dritten zum finanziellen Vorteil gereicht haben.⁴ Diese resultierenden *Kickbacks* stehen grundsätzlich dem Kunden bzw. dem Geschäftsherrn zu, auf dessen Risiko und aufgrund dessen Auftrag im Rahmen des Vermögensverwaltungsvertrages das Börsen- bzw. Vermögensverwaltungsgeschäft abgeschlossen wurde.

Eine der grundlegenden Problematiken von Retrozessionen besteht darin, dass diese beim Vermögensverwalter einen Interessenkonflikt verursachen können. Als Beauftragter muss der Vermögensverwalter ausschliesslich die Interessen des Auftraggebers gegenüber den Leistungserbringern vertreten. Erhält der Vermögensverwalter von den Leistungserbringern Zahlungen, so besteht das Risiko, dass er nicht mehr primär die Interessen des Auftraggebers vertritt. Behält der Vermögensverwalter zudem Retrozessionen ein und leitet dieser diese nicht dem anspruchsberechtigten Kunden weiter, sondern behält er sie selbst sozusagen als zusätzlichen bzw. ausserordentlichen Ertrag ein, so haftet er gem. schweizerischer Rechtsprechung gegenüber dem Kunden aufgrund auftragsrechtlicher Grundsätze (Art. 400 Abs. 1 OR).

Externe Vermögensverwalter sind für Banken als Geschäftspartner für die Generierung von Einkommen sehr attraktiv, da sie nicht nur Administrations-, Betreuungs- und Akquisitionsaufgaben wahrnehmen, sondern vor allem auch Absatzkanäle für angebotene Produkte bzw. Dienstleistungen der Bank darstellen und folglich Gebühren generieren, sowie diverse Risiken übernehmen, welche ansonsten die Bank treffen würden. Hierbei handelt es sich um Geschäfte, wie z.B. Börsen- und

1 Vgl. dazu *Thalmann* in Festschrift für *Jean Nicolas Druey*, Von der vorvertraglichen Aufklärungspflicht der Bank zur börsengesetzlichen Informationspflicht des Effekthändlers, S. 974 ff.

2 BGE 133 III 97 E 7.1, S. 102.

3 Vgl. die Definition bei *Boemle/Gsell* et al, Geld-, Bank- und Finanzmarkt-Lexikon der Schweiz, Zürich 2002, S. 903.

4 *Roth*, Anlageberatung und Vermögensverwaltung in a nutshell, Zürich, St. Gallen 2013, S. 67.

Retrozessionen und die daraus resultierenden Ansprüche gegenüber schweizer Vermögensverwaltern – Die Haftung von Organen liechtensteinischer Verbandspersonen bei unterlassener Geltendmachung Dr. Helmut Schwärzler, Mag. Josef Bergt, MLaw Fabian Vollrath

Devisengeschäfte oder die Vermittlung von Lombarddarlehen, die Kosten wie Gebühren oder anderweitige *Fees* beinhalten. Die Höhe der mit diesen Einnahmen zusammenhängenden Retrozessionen kann stark variieren, beträgt durchschnittlich aber zwischen 25 bis 60% der dem Kunden verrechneten Gebühr oder *Fee*.

Für Kunden von Vermögensverwaltern stellt sich nunmehr die Frage, ob Retrozessionen zurückgefordert werden können und falls ja, für welchen Zeitraum und in welcher Höhe. Aus der Sicht liechtensteinischer Verbandspersonen und deren wirtschaftlich Berechtigten stellen sich diese Fragen ebenfalls, wobei die rechtsgeschäftlichen und wechselseitigen Beziehungen der beteiligten Personen entsprechend zu berücksichtigen sind.

2. Retrozessionen – Grundlagen im Schweizer Recht

Das Schweizer Bundesgericht stellte 2006 in einer vielbeachteten Entscheidung fest⁵, dass Retrozessionen, welche unabhängigen Vermögensverwaltern zuteilwerden, den Kunden und somit den Auftraggebern im Rahmen des Vermögensverwaltungsvertrages zustehen und diesen auch abzuliefern sind.

Auf Vermögensverwaltungsverträge finden die auftragsrechtlichen Bestimmungen, dh das Auftragsrecht gemäss Art. 394 ff. OR, Anwendung.⁶ Nach Art. 400 Abs. 1 OR ist der Beauftragte schuldig, auf Verlangen jederzeit über seine Geschäftsführung Rechenschaft abzulegen und alles, was ihm infolge derselben aus irgendeinem Grund zugekommen ist, zu erstatten.

Gegenstand der Rechenschaft gemäss Art. 400 Abs. 1 OR bildet alles, was sich auf die im Interesse des Auftraggebers besorgten Geschäfte bezieht, mithin auch rein interne Unterlagen wie etwa Notizen, Entwürfe oder Materialsammlungen.⁷ Sie muss auch erbracht werden, wenn die Zusammentragung der Unterlagen mit grossem Aufwand verbunden ist.⁸ Die Rechenschaft ist somit ein Instrument, um dem Auftraggeber eine gewisse Kontrolle über die Tätigkeit des Beauftragten zu ermöglichen.⁹

Es ist mittlerweile unstrittig, dass der Auftraggeber auch hinsichtlich der empfangenen Retrozessionen Rechenschaft verlangen kann und der Beauftragte zur vollumfänglichen Offenle-

gung verpflichtet ist.¹⁰ Die Angabe eines Pauschalbetrages, bei dem die Art und Weise der Zusammensetzung der Retrozessionen nicht nachvollziehbar ist, kann der Rechenschaftsablage gemäss Art. 400 Abs. 1 OR in keinem Falle genügen¹¹ – in einer anderen Angelegenheit entschied das Bundesgericht diesbezüglich: *Der Umfang der Rechenschaftspflicht ist beschränkt auf Belange des Auftragsverhältnisses, wobei der Beauftragte den Auftraggeber vollständig und wahrheitsgetreu zu informieren und ihm alle Dokumente vorzulegen hat, die sich auf die im Interesse des Auftraggebers besorgten Geschäfte beziehen.*¹²

Es ist an dieser Stelle darüber hinaus anzumerken, dass die Pflicht auf Rechenschaftsablage unabhängig davon besteht, ob eine Herausgabepflicht betreffend Retrozessionen angenommen wird oder nicht.¹³ Selbst wenn sich Vermögensverwalter auf den Standpunkt stellen sollten, dass Retrozessionen - aus welchem Grund auch immer - nicht an Kunden zu vergüten seien, müssen sie dennoch über deren Erhalt Rechenschaft ablegen.

Diese Herausgabepflicht ist, neben den im Rahmen des Vermögensverwaltungsvertrages zur Veranlagung überlassenen Vermögenswerten, ebenso auch auf direkte oder indirekte Zuwendungen, welche dem Beauftragten im Zuge seiner Auftragsdurchführung von dritter Seite zugekommen sind, anzuwenden.

Abgesehen von einem allfälligen Honorar sollen dem Beauftragten durch den Auftrag weder Gewinne noch Verluste zuteilwerden. Es müssen demgemäss vom Beauftragten alle vom Auftraggeber oder von Dritten erhaltene Vermögenswerte, die zur Auftragsausführung in einem inneren Zusammenhang stehen, herausgegeben werden. Dieser darf lediglich das behalten, was er ohne inneren Zusammenhang mit seinem Auftrag bei Gelegenheit der Auftragsausführung von Dritten zugewendet bekommen hat.¹⁴

Zu den indirekten Vorteilen, für welche die Abgabepflicht ebenfalls gilt, gehören *exempli gratia* Schmiergelder, Rabatte,

5 BGE 132 III 460 ff.

6 BGE 124 III 155 E 2b S.161; 115 II 62 E 1.

7 BGE 139 III 49 E 4.1.3, S. 54; vgl. die Aufzählung bei *Zellweger-Gutknecht* in, *Anlegerschutz im Finanzmarktrecht, Zur Annahme und Herausgabe von Retrozessionen und anderen Drittvergütungen*, in: *Sethel/Hens/von der Crone/Weber* (Hrsg) Zürich 2013, S. 226.

8 Ebd E 4.4.2, S. 58 f.

9 BG 4A_144/2012 vom 11.9.2012 E 3.2.2.

10 BGE 132 III 460 E 4.6, S. 469; vgl. auch *Roth*, Das Dreiecksverhältnis Kunde – Bank – Vermögensverwalter, Zürich/St. Gallen 2013, N 209; *Zellweger-Gutknecht*, a.a.O., S. 227.

11 Vgl. Urteil vom 26.6.2007 des Handelsgerichts Zürich ZR 107/2008, S 129, 132: «[...] der Auftraggeber [müsse] über zu erwartende Retrozessionen vollständig und wahrheitsgetreu informiert sein [...]»; *Fellmann*, Berner Kommentar, N 20, N 27, N 35, N 58.

12 BGE 139 III 49, E 4.1.3, S 54.

13 BGE 139 III 49 E 4.1.3, S 55 f.

14 *Fellmann*, Berner Kommentar, N 115, 117, 127 zu Art 400 OR; *Weber*, Basler Kommentar, N 12 zu Art 400 OR.

Retrozessionen und die daraus resultierenden Ansprüche gegenüber schweizer Vermögensverwaltern – Die Haftung von Organen liechtensteinischer Verbandspersonen bei unterlassener Geltendmachung

Dr. Helmut Schwärzler, Mag. Josef Bergt, MLaw Fabian Vollrath

Provisionen et al.¹⁵ Diesbezüglich ist es unerheblich, ob nach dem Willen des Dritten die Zuwendung ausschliesslich dem Beauftragten zukommen soll oder nicht, die Herausgabepflicht umfasst somit Sondervorteile aller Art.¹⁶ Neben Retrozessionen sind auch *Finder's Fees*¹⁷ dem Auftraggeber herauszugeben, da aufgrund des Auftragsverhältnisses entsprechende Verwaltungshandlungen seitens des Beauftragten im Namen und auf Rechnung des Auftraggebers vorgenommen oder veranlasst worden sind. Folglich unterliegen auch *Finder Fees* der Herausgabepflicht nach Art. 400 Abs. 1 OR.¹⁸

3. Verzicht auf Retrozessionen

Ein pauschaler Verzicht auf die Herausgabe von Retrozessionen ist hinsichtlich der damit verbundenen Gefahr eines Interessenskonflikts, welcher durch die Herausgabepflicht des Art. 400 Abs. 1 OR verhindert werden soll, problematisch. Eine diesbezügliche Vereinbarung, wonach Retrozessionen vom Vermögensverwalter einbehalten werden, setzt somit voraus, dass der Auftraggeber über potentielle Retrozessionen hinreichend aufgeklärt worden ist. Sofern dem Auftraggeber die Berechnungsgrundlagen der Retrozessionen sowie der Umfang derselben bewusst ist und er aufgrund dessen die Kostenstruktur der Vermögensverwaltung zu erfassen, sowie die diesbezüglichen Interessenskonflikte des Vermögensverwalters zu erkennen imstande ist und er im Wissen darüber dem Verwaltungsmodell zustimmt, so sind die Schranken, welche sich aus der Fremdnützigkeit des Auftrages ergeben gewahrt.¹⁹

Der Auftraggeber kann ohne Kenntnis der allfälligen Retrozessionen weder die Kostenstrukturen, noch eventuale Interessenskonflikte bzw. Interessensverletzungen von Seiten des Vermögensverwalters erkennen. Daher muss der Auftraggeber darüber im Bilde sein, welche Verwaltungshandlungen in welchem Ausmass von solchen Abreden mit Dritten beeinflusst sind.²⁰

Ein vorgängiger Verzicht auf die Information bezüglich Rück-

vergütungen ist nicht möglich, ein solcher käme einem voraussetzungslosen Herausgabeverzicht gleich.²¹

Ein Verzicht kann somit nur gültig sein, wenn der Auftraggeber alle Parameter kennt, welche zur Berechnung der Retrozessionen notwendig sind und gleichzeitig mit dem Vermögensverwaltungshonorar einen Vergleich erlauben. Nachdem das verwaltete Vermögen konstant Änderungen unterworfen ist, ist eine genaue Bezifferung der Anzahl und Höhe der durchzuführenden Transaktionen bzw. daraus resultierender Retrozessionen bei einem Vorausverzicht nicht möglich.²² Der Kunde muss zumindest die Grössenordnung der zu erwartenden Rückvergütungen kennen, diese muss in einer Prozentbandbreite des verwalteten Vermögens angegeben werden. Somit können bei einem Verzicht vom Auftraggeber sowohl die Gesamtkosten der Vermögensverwaltung, als auch die aufgrund konkreter Strukturen potenziell bestehende Interessenskonflikte erfasst werden.²³

Es ist dabei auf den Einzelfall abzustellen, inwieweit eine aktive Aufklärung erforderlich ist, damit die Kenntnis des Auftraggebers hinsichtlich der Retrozessionen für einen Verzicht ausreicht, auch der Geschäftserfahrenheitsgrad des Auftraggebers ist zu berücksichtigen.²⁴

Ein komplett unerfahrener bzw. unwissender Kunde muss vom Vermögensverwalter umfassend aufgeklärt und insbesondere auch auf die entsprechenden Zusammenhänge aufmerksam gemacht werden, aus welchen sich Interessenskonflikte ergeben können. Hingegen genügt beim in finanziellen Angelegenheiten erfahrenen Kunden ein Hinweis auf die Eckdaten der Retrozessionsvereinbarungen mit Dritten, der zu erwartenden Rückvergütungen, sowie auf das voraussichtliche Transaktionsvolumen.²⁵

Die Aufklärung als solche unterliegt diesbezüglich keiner besonderen Formvorschrift. Der Beauftragte, der einem Herausgabeanspruch eine Verzichtserklärung entgegenhält, hat nach Art. 8 ZGB zu beweisen, dass der Auftraggeber hinreichend informiert worden ist. Allgemeine Hinweise, nach welchen möglicherweise Rückvergütungen an den Vermögensverwalter fliessen, sind

15 *Fellmann*, a.a.O., N 128 und 132 zu Art 400 OR; *Weber*, a.a.O., N 14 zu Art. 400 OR.

16 *Fellmann*, a.a.O., N 131 zu Art. 400 OR; Bundesgericht, 4C.125/2002 vom 27.9.2002, E 3.1.

17 Unter *Finder's Fees* versteht man eine einmalige Vermittlungsprovision bei einer erfolgreichen Kundenakquise.

18 *Jörg/Arter*, Herausgabe- und Rechenschaftspflicht des unabhängigen Vermögensverwalters, *Der Schweizer Treuhänder*, 2004, S. 297 f.; *Watter*, Über die Pflichten der Bank bei externer Vermögensverwaltung, *AJP* S. 1998 S 1177 Rn. 27); *Hess*, Zur Stellung des externen Vermögensverwalters im Finanzmarktrecht, *AJP* 1999, S. 1432.

19 BGE 137 III 393, E 2.4, S. 398.

20 *Nänni/Von der Crone*, Rückvergütungen im Recht der unabhängigen Vermögensverwaltung, *SZW* 2006, S. 383.

21 BGE 137 III 393, E 2.4, S. 399; vgl. auch *Roth*, Das Dreiecksverhältnis Kunde – Bank – Vermögensverwalter, 2007, Rz 182.

22 *Abegglen*, Der Verzicht auf Ablieferung von Retrozessionen – Einordnung und Anforderungen, *recht* 25/2007 S. 195; *Emmenegger* in *Anlagerecht*, *Anlagekosten: Retrozessionen im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung*, *Emmenegger* (Hrsg.), 2007, S. 84.

23 *Hsu/Stupp*, Retrozessionen sind grundsätzlich dem Kunden abzuliefern, *Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht (GesKR)* 2006, S. 206; *Schmid*, *Retrozessionen an externe Vermögensverwalter*, 2009, S. 189.

24 *Von Büren/Walter*, Die wirtschaftsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2006, *ZBJV* 143/2007, S. 499 f.

25 Vgl. *Von Büren/Walter*, a.a.O., S. 499 f.

Retrozessionen und die daraus resultierenden Ansprüche gegenüber schweizer Vermögensverwaltern – Die Haftung von Organen liechtensteinischer Verbandspersonen bei unterlassener Geltendmachung

Dr. Helmut Schwärzler, Mag. Josef Bergt, MLaw Fabian Vollrath

im Sinne der Aufklärungspflicht unzureichend, da solche allgemeinen Aussagen den Auftraggeber nicht die Tragweite seines Verzichtes erkennen lassen (siehe dazu Punkt 3.1.).²⁶

Blosses Stillschweigen des Kunden reicht nicht aus, um von einem gültigen Verzicht bezüglich der Herausgabe von Retrozessionen ausgehen zu können.²⁷

An dieser Stelle ist weiter auf den Verzicht eines Organs einer juristischen Person einzugehen. Wie unter Punkt 5.1 noch näher ausgeführt wird, liegt es im Interesse der Verbandsperson, bestehende werthaltige Forderungen durchzusetzen. Vorausgesetzt, dass ein Verzicht nicht gem. *Business Judgement Rule* (hierzu unter Punkt 5.2) hergeleitet bzw. begründet werden kann, führt dies in der Regel zu einer Organhaftung, da der Verzicht wohl kaum im Interesse der Gesellschaft liegen dürfte.

3.1 Allgemeine Geschäftsbedingungen in der Schweiz

Für die Einbeziehung der AGB sind folgende Voraussetzungen zu erfüllen: Erstens müssen die AGB kundgemacht werden, zweitens muss der Kunde spätestens vor Vertragsschluss Gelegenheit haben von den AGB Kenntnis zu nehmen und drittens muss der Kunde mit der Geltung der AGB einverstanden sein. Für die Wirkungserstreckung auf die AGB genügt das Vorhandensein der ersten zwei Voraussetzungen, da die Zustimmung (Einverständnis des Kunden) dann vermutet werden darf. Der AGB-Verfasser trägt das Risiko der Beweislosigkeit in Bezug auf die AGB-Einbeziehung.

Die Geltung von AGB ist zunächst nach dem Vertrauensprinzip aufgrund aller Umstände des Vertragsabschlusses zu ermitteln. Sodann ist im Rahmen der Geltungskontrolle zu prüfen, ob Klauseln ungewöhnlich im Sinne der Ungewöhnlichkeitsregel sind. Dies jedoch nur dann, wenn eine Globalübernahme der AGB vorliegt. Eine Globalübernahme von AGB liegt dann vor, wenn die Zustimmung zu diesen erfolgt, ohne sie gelesen, zur Kenntnis genommen oder in ihrer Tragweite verstanden zu haben.²⁸ Es ist jeweils im Einzelfall zu beurteilen, ob eine Globalübernahme vorliegt.

Gemäss Lehre und Rechtsprechung gelten AGB-Klauseln im Falle der Globalübernahme als gar nicht vom Konsens der Parteien erfasst, wenn sie – aus dem vom Vertrauensgrundsatz gezogenen Rahmen – ungewöhnlich sind. Ungewöhnlich in diesem Sinne sind überraschende Bestimmungen geschäftsfremden Inhalts, mit denen der Vertragspartner nicht zu rech-

nen brauchte.²⁹ Gemäss Bundesgericht müssen für das Vorliegen einer Ungewöhnlichkeit folgende Voraussetzungen erfüllt sein: Die zu beurteilende Klausel muss subjektiv und objektiv ungewöhnlich, sprich überraschend (subjektives Element) und geschäftsfremd (objektives Element) sein.³⁰

Ob Retrozessionsklauseln im soeben definierten Sinn subjektiv ungewöhnlich sind, kann aufgrund des individuellen Empfängerhorizontes, auf den bei der Vertragsauslegung abzustellen ist, nur im Einzelfall entschieden werden. Für nicht sachkundige Anleger wird dies eher anzunehmen sein als für institutionelle Anleger.

Eine objektive Ungewöhnlichkeit könnte darin gesehen werden, dass Art. 400 Abs. 1 OR, der für die Rechtsnatur des einfachen Auftrages prägend ist, einseitig – zugunsten der Bank – wegbedungen wird und deshalb einen geschäftsfremden Inhalt darstellt.

Darüber hinaus sind missbräuchliche AGB gemäss der Inhaltskontrolle des Art. 8 UWG unlauter. Unlauterkeit liegt dann vor, wenn die AGB ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und Pflichten vorsehen. Missbräuchliche Klauseln werden als nichtig betrachtet. Unabhängig davon gelten, hinsichtlich der Ansprüche an eine Verzichtserklärung, wie in der Entscheidung BGE 137 III 393 vom 29.8.2011 festgestellt wurde, relativ strenge Voraussetzungen. Diesen Voraussetzungen muss neben den sonstigen zu beachtenden Erfordernissen der AGB, wie Geltung bzw. Einbeziehung, Geltungs- und Inhaltskontrolle, ebenso Rechnung getragen werden.

Im Folgenden eine Zusammenfassung dieser Verzichtsbedingungen:

- Der Auftraggeber muss über die zu erwartenden Retrozessionen vollständig und wahrheitsgetreu informiert sein, Eckwerte von bestehenden Vereinbarungen sind vom Vermögensverwalter bekanntzugeben. Künftige zu erwartende Retrozessionen können in einer Bandbreite des verwalteten Vermögens angegeben werden. Der Auftraggeber wird dadurch in die Lage versetzt, die Kostenstruktur des Vermögensverwaltungsmandates zu erfassen. Aufgrund dieser Angaben ist der Auftraggeber imstande zu wissen, was der Vermögensverwalter neben dem Honorar zusätzlich an Retrozessionen erhält, auf die der Auftraggeber zu Gunsten des Vermögensverwalters verzichten solle.
- Dem Auftraggeber müssen die mit den Retrozessionen verbundenen Interessenskonflikte des Vermögensverwalters

26 *Emmenegger* in *Anlagerecht*, Anlagekosten: Retrozessionen im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, 2007, S. 83.

27 BGE 132 III 460 E 4.5, S. 469.

28 BGer-Entscheid 4C.282/2003, E 3.1.

29 *Gauch/Schluemp/Schmid/Rey*, Schweizerisches Obligationenrecht, 8. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2003, N 1141 ff.

30 BGE 109 II 213, 216 ff, E 2a; BGE 109 II 452, 456 ff.; BGer-Entscheid 5P.115/2005, E 1.1.

Retrozessionen und die daraus resultierenden Ansprüche gegenüber schweizer Vermögensverwaltern – Die Haftung von Organen liechtensteinischer Verbandspersonen bei unterlassener Geltendmachung

Dr. Helmut Schwärzler, Mag. Josef Bergt, MLaw Fabian Vollrath

bewusst sein. Denn es besteht das Risiko, dass Anlagen nicht in die besten Produkte, sondern in diejenigen mit den höchsten Retrozessionen getätigt werden.

- Der Auftraggeber muss mit diesem Wissen dem Verzicht auf die Erstattung von künftigen Retrozession zustimmen.

Der Vermögensverwalter hat die Pflicht, unaufgefordert über zufließende Retrozessionen zu informieren. Der Vermögensverwalter muss beweisen, dass er den Verzichtenden ausreichend informiert hat.

Daher vertrat *Emmenegger*³¹ richtigerweise bereits 2007 folgende Ansicht: «Die erfolgreiche Berufung auf den Herausgabeverzicht ist letztlich nur bei Vorliegen einer separaten Verzichtserklärung sichergestellt. Damit ist sie aber auch nicht mehr Teil der AGB. Im praktischen Ergebnis bedeutet dies, dass die AGB keine genügende Grundlage für einen gültigen Herausgabeverzicht bieten.»

4. Verjährung von Forderungen basierend auf Retrozessionen gem. Schweizer Recht

In Zusammenhang mit der Frage der Verjährung ist grundsätzlich die vertragliche Verjährungsfrist gegenüber dem Vermögensverwalter zu prüfen.

In bestimmten Konstellationen kann sich die Frage der Verjährung jedoch zweigliedrig gestalten. Auf der einen Seite befindet sich, wie eingangs erwähnt, die Verjährung von Retrozessionsansprüchen gegenüber dem Vermögensverwalter, welche aufgrund des in der Regel in der Schweiz vorzufindenden Sitzes des Vermögensverwalters auch nach diesem Recht zu beurteilen ist, sowie in entsprechenden Fällen auf der anderen Seite allenfalls die Haftung eines Organs einer Verbandsperson im Rahmen der Verantwortlichkeit, welche im Rahmen der gegenständlichen Abhandlung nach liechtensteinischem Recht beurteilt wird (dazu im Detail unter Punkt 6. ff).

31 *Emmenegger* in *Anlagerecht, Anlagekosten: Retrozessionen im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung*, 2007, S. 86.

4.1 Dauer der Verjährungsfrist

In der Lehre wird von einer Minderheit der Autoren³² die Meinung vertreten, dass Retrozessionen als periodische Leistung iSv Art. 128 Ziff. 1 OR zu qualifizieren seien und deshalb der fünfjährigen Verjährungsfrist unterliegen. Retrozessionen würden in regelmässigen Abständen vom Anbieter des Anlageproduktes an den Vermögensverwalter überwiesen. Diese Vergütung sei gemäss dem Bundesgericht ein Teil der von den Anbietern des Anlageproduktes «periodisch, meist jährlich» belasteten Management Fee. Folglich handle es sich bei Retrozessionszahlungen von Anbietern an die Banken um periodische Leistungen i.S.v. Art. 128 Ziff. 1 OR. Da Rückzahlungs- und Ersatzforderungen grundsätzlich den gleichen Verjährungsfristen unterlägen wie die Grundforderungen, sei bei der Herausgabe der Retrozessionen – als Grundforderung im Verhältnis Anbieter – Bank eine periodische Leistung – auch im Verhältnis Bank – Bankkunde die fünfjährige Verjährungsfrist gemäss Art. 128 Ziff. 1 OR anzuwenden.³³

Demgegenüber postuliert die wohl herrschende Lehre und überwiegende Rechtsprechung die Anwendbarkeit der ordentlichen zehnjährigen Verjährungsfrist gemäss Art. 127 OR.³⁴ Dies wird insbesondere damit begründet, dass die Rechtsgrundlage für die Herausgabe bzw. Ablieferung der Retrozessionen (Art. 400 Abs. 1 OR) eben nicht als periodische Leistungspflicht ausgestaltet sei. Der Beauftragte sei nicht zu einer periodischen Ablieferung an den Auftraggeber verpflichtet, wobei Art und Umfang des Ablieferungsanspruchs davon abhängen, in welchem Zeitpunkt der Auftraggeber die Ablieferung der dem Beauftragten bis hierhin zugekommenen geldwerten Leistungen verlange, d.h. ob und wann er dies während des Mandats oder erst nach dessen Beendigung tut.³⁵ Des Weiteren handle es sich bei der Ablieferungspflicht um eine Nebenpflicht, für

32 *Beat/Vito*, Wann verjähren Bestandespflegekommissionen? in: Jusletter vom 19.11.2012, R.z. 9 ff.; *Nobel* – Das Bundesgericht zu den Bestandespflegekommissionen, in: Jusletter vom 19.11.2012, Rz 14; *Romerio/Bazzani*, Verjährung des Anspruchs auf Herausgabe von Bestandespflegekommissionen, in: *GesKR* 2013, S. 49 ff.

33 *Romerio/Bazzani*, a.a.O., S. 53.

34 *Emmenegger* in *Anlagerecht, Anlagekosten: Retrozessionen im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung*, Basel 2007, S. 87 f.; *Neuman/Von der Crone*, Herausgabepflicht für Bestandespflegekommissionen im Auftragsrecht, in *SZW* 2013, S. 110; *Roth*, Anlageberatung und Vermögensverwaltung in a nutshell, Zürich/St. Gallen 2013, S. 68; *Schaller*, Retrozessionen, Nochmals zur Verjährungsfrage, in Jusletter vom 3.12.2012, R.z. 3 ff.; *Weber*, in *Basler Kommentar zum Obligationenrecht I, Honsell/Vogt/Wiegand* (Hrsg), Basel 2011, Art. 400 N 24; *Zellweger* in *Anlegerschutz im Finanzmarktrecht, Zur Annahme und Herausgabe von Retrozessionen und anderen Drittvergütungen, Sethe/Hens/Von der Crone/Weber* (Hrsg), Zürich 2013, S. 213 ff.

35 *Schaller*, a.a.O., R.z. 5 f.; vgl auch *Roth*, a.a.O., S. 68.

Retrozessionen und die daraus resultierenden Ansprüche gegenüber schweizer Vermögensverwaltern – Die Haftung von Organen liechtensteinischer Verbandspersonen bei unterlassener Geltendmachung

Dr. Helmut Schwärzler, Mag. Josef Bergt, MLaw Fabian Vollrath

welche dieselbe Verjährungsfrist anwendbar sei wie für die Hauptpflicht (vgl. Art. 133 OR). Diese ist *in casu* die ordnungsgemässe Vermögensverwaltung, für welche die zehnjährige Verjährungsfrist gemäss Art. 127 OR gelte.³⁶

Es gilt zu beachten, dass die Frage der Verjährungsfrist bei zurückzuerstattenden Retrozessionen vom Bundesgericht noch nicht endgültig entschieden worden ist und daher kantonal unterschiedlich gehandhabt wird. So existiert ein Entscheid des Obergerichtes Bern, welcher die Verjährungsfrist von fünf Jahren für anwendbar erklärt. Das Gericht hält in dieser Entscheidung fest, Retrozessionen seien als periodische Leistungen zu qualifizieren und unterlägen der fünfjährigen Verjährungsfrist.³⁷

Das Obergericht Zürich hat in einem Entscheid hingegen die zehnjährige Frist zur Anwendung gebracht, wonach *ab Vertragsende für die Dauer von zehn Jahren zusammen mit dem Hauptanspruch die Summe aller aufgelaufenen Retrozessionen geltend gemacht werden kann*.³⁸ Wobei darüber hinaus die Herausgabepflicht indirekt durch die auf zehn Jahre begrenzte Buchführungspflicht der Banken begrenzt wird.³⁹

4.2 Beginn des Fristenlaufs

Die Verjährungsfrist beginnt grundsätzlich bei Fälligkeit der Forderung zu laufen (Art. 130 OR). Das bedeutet im Zeitpunkt der Entstehung der Forderung (Art. 75 OR). Bezogen auf Retrozessionen argumentiert ein Teil der Lehre, dass diese Fälligkeit in jenem Zeitpunkt entstehe, in welchem die Bank (*Anm. als Vermögensverwalter*) die Retrozessionen erhalten habe.⁴⁰ Dies sei insbesondere deshalb der Fall, weil der Herausgabeanspruch der Retrozessionen unabhängig vom Rückgabeanspruch der verwalteten Vermögenswerte zu betrachten sei.⁴¹ Weiters wird diese Sicht auf einen Entscheid des Bundesgerichts gestützt, welcher festhielt, dass der Beauftragte Vermögenswerte, die er für die Vertragserfüllung nicht benötigt, mangels anderer Abrede sofort nach ihrem Erwerb dem Auftraggeber herauszugeben habe.⁴²

Demgegenüber argumentieren andere Autoren, dass eine künstliche Trennung zwischen den Retrozessionen und den anderen Vermögenszuflüssen von Dritten nicht sachgerecht

erscheine. Vielmehr sollen Retrozessionen – gleich wie Dividendenzahlungen, Rückzahlungen von Obligationen oder Verkaufserträge – dem Ursprungsvermögen zugerechnet werden, da der Sinn der Vermögensverwaltung ja gerade nicht in der Haltung des Nettovermögens (unter Herausgabe der zugeflossenen Überschüsse an den Auftraggeber), sondern in der Vermehrung des Gesamtbetrags mittels Reinvestierung liege.⁴³ Dieser Gesamtbetrag als solcher sei bei Beendigung des Mandats herauszugeben.⁴⁴ Daraus ergäbe sich, dass die Retrozessionen erst bei Beendigung des Vertrags fällig würden und die Verjährung somit in diesem Zeitpunkt anfangen zu laufen. In diesem Sinne hat auch das Obergericht des Kantons Zürich entschieden.⁴⁵

Gesamtschweizerisch abschliessende Gewissheit wird diesbezüglich allerdings erst eine höchstgerichtliche Entscheidung bringen.

5. Verantwortlichkeit von Organen von liechtensteinischen Verbandspersonen

Das oben beschriebene Verhältnis zwischen Klienten, schweizerischen Vermögensverwaltern und Banken bzw. Finanzintermediären gilt selbstredend auch für liechtensteinische Kunden, wobei sich im Verhältnis zu Liechtenstein eine Sonderkonstellation ergibt. Denn hier erfolgt die Verwaltung des Kundenvermögens häufig über liechtensteinische Verbandspersonen. Daraus folgt, dass Organe dieser Verbandspersonen eine Verpflichtung zur Rückforderung von Retrozessionen treffen kann und eine Unterlassung zu einer entsprechenden Haftung führt. Gerade für liechtensteinische Finanzintermediäre, insbesondere Treuhänder, ist in den vergangenen Jahrzehnten ein sehr grosser Teil des Geschäftserfolges sehr eng mit der Zusammenarbeit mit schweizerischen Banken verbunden. Man kann davon ausgehen, dass allein die beiden Grossbanken UBS und Crédit Suisse in den vergangenen Jahrzehnten mehrere tausend Strukturen, vorrangig Stiftungen, für deren Bankkunden via liechtensteinischen Treuhandfirmen gegründet haben. Es bedarf keiner ausführlichen Erläuterung, dass Bestandteil dieser Beauftragung durch die Schweizer Banken auch der Umstand war, dass die in diese liechtensteinischen Strukturen eingebrachten Gelder in der Folge auch durch diese Banken verwaltet wurden.

Folgend gilt es zu erörtern, ob die Organe nach Massgabe der gesellschaftsrechtlichen Sorgfaltspflichten verpflichtet

36 Schaller, a.a.O., Rz. 7.

37 Entscheid der 1. Strafkammer des Obergerichtes des Kantons Bern SK 2012 218 vom 4.7.2013.

38 Entscheid des Obergerichtes Zürich LB090076 vom 13.1.2012, E 3.D 2.1.

39 Art. 962 OR; vgl. Emmenegger, Anlagekosten: Retrozessionen im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, 2007, S. 88 ff.

40 Beat/Vito, a.a.O., Rz. 21 ff; Neuman/Von der Crone, a.a.O., S 111; Romerio/Bazzani, a.a.O., S. 55 f..

41 Romerio/Bazzani, a.a.O., S. 56.

42 Urteil des BGer 4C.125/2002 vom 27.9.2002 E 3.1.

43 Emmenegger, a.a.O., S. 89f; Schaller, a.a.O., Rz. 10.

44 BGE 91 II 442 E 5b S. 451 f.

45 Entscheid des Obergerichtes Zürich LB090076 vom 13.1.2012, E 3.D 2.1.

Retrozessionen und die daraus resultierenden Ansprüche gegenüber schweizer Vermögensverwaltern – Die Haftung von Organen liechtensteinischer Verbandspersonen bei unterlassener Geltendmachung

Dr. Helmut Schwärzler, Mag. Josef Bergt, MLaw Fabian Vollrath

waren und sind, die zurückbehaltenen Retrozessionen gegenüber Vermögensverwaltern zu Gunsten der verwalteten Verbandspersonen geltend zu machen und falls diese dies pflichtwidrig unterlassen haben, Verantwortlichkeitsansprüche bestehen.

5.1 Verantwortliche Organe von Liechtensteinischen Verbandspersonen

Das zur Geschäftsführung befugte Organ einer Verbandsperson ist der Verwaltungs- oder der Stiftungsrat. Diesem Organ kommen dabei Verwaltungs-, Vertretungs- und Verfügungsrechte zu.

Die Verantwortlichkeit von Organen ist im Personen- und Gesellschaftsrecht (PGR) in den Art. 218 ff. geregelt, die Haftung der nach Art. 218 ff. PGR verantwortlichen Personen steht gemäss Art. 226 PGR unter den Bestimmungen über die vertragliche Haftung.

Um näher auf die zivilrechtliche Haftung eingehen zu können, ist es notwendig die Rechte und Pflichten der zur Verwaltung eingesetzten Organe zu erläutern.

Art. 182 PGR regelt die Befugnisse und Pflichten der Verwaltung, welche demzufolge alle Befugnisse und Pflichten, welche nicht einem anderen Organ übertragen worden sind, innehat. Im Rahmen der Stiftungsrechtsnovelle vom 01.04.2009 kam es auch zur Kodifizierung der in der Rechtsprechung bereits damals seit Jahren anerkannten *Business Judgement Rule* (BJR) in Art. 182 Abs. 2 PGR, wonach Organe sachgemässe, unternehmerische Entscheidungen bei sonstiger Verantwortung zu treffen haben.

Die Verwaltung haftet folglich für die Einhaltung der Grundsätze einer sorgfältigen Geschäftsführung und Vertretung. In Eintracht mit diesen Grundsätzen wird gehandelt, wenn sich die Verwaltungsmitglieder nicht von sachfremden Interessen leiten lassen und vernünftigerweise annehmen durften, auf Grundlage angemessener Information zum Wohl der Verbandsperson zu handeln.

Im Rahmen der zu beachtenden Sorgfaltspflichten haben Organe die Interessen der Verbandspersonen zu wahren. Dies beinhaltet auch die Geltendmachung von Ansprüchen. Falls diese pflichtwidrig nicht geltend gemacht werden, können die Organe wegen Pflichtverletzung ins Recht gefasst werden, da sie durch die Unterlassung der Geltendmachung eines Anspruches einen Schaden verursacht haben.

Konkret bedeutet dies, dass der Verwaltungsrat die Retrozessionsansprüche gegenüber den beauftragten Vermögensverwaltern geltend machen muss, da es selbstredend im Interesse der Verbandsperson liegt, bestehende werthaltige Forderungen durchzusetzen. Gleiches gilt für trustrechtliche Strukturen.

5.2 Safe Harbour gem. Business Judgement Rule

Diese Verantwortlichkeit ist weiterführend im Sinne des Art. 182 Abs. 2 PGR – der *Business Judgement Rule* – zu überprüfen. Die BJR stammt aus dem amerikanischen Gesellschaftsrecht und soll eine haftungsfreie Zone («*safe harbour*») für Organe schaffen, welche nachweislich plausibel begründete, wohl vorbereitete, gemäss Treu und Glauben *ex ante* betrachtet, vertretbare und sowohl vernünftige, als auch verantwortungsbewusste Entscheidungen treffen, welche dem Wohle der Gesellschaft dienen.⁴⁶

Demgemäss hätte der Stiftungsrat nach Bekanntwerden der Leitentscheidung des Schweizer Bundesgerichts zu BGE 132 III 460 ff, hinsichtlich der Herausgabepflicht von Retrozessionen, welche bereits im Frühjahr 2006 erging (unter Rücksichtnahme eines angemessenen Zeitverlaufs zur Kenntnisnahme des schweizerischen Judikats), zumindest bei den jeweiligen Vertragspartnern, welche mit der Vermögensverwaltung beauftragt wurden, Abklärungen treffen müssen. Diese Abklärungen wären zumindest hinsichtlich der Höhe der Retrozessionen zu machen gewesen. Dies um allenfalls abwägen zu können, ob im Falle der Verweigerung der Herausgabe der Zuwendungen eine Prozessführung in Anbetracht der Prozessrisiken vertretbar wäre. Absolute Untätigkeit kann aber selbst aus einer *ex ante* Betrachtungsweise nicht zum *safe harbour* führen, da diesbezüglich durch Unterlassung jeglichen Nachfragens bei der Bank nicht von einer vertretbaren Handlung, welche den Interessen der Verbandsperson dient, die Rede sein kann.

Darüber hinaus müsste dieser unternehmerische Entscheidungsprozess gem. den Vorgaben der BJR hinreichend dokumentiert werden, um die Entscheidungen aufgrund der relevanten Beweggründe und Interessenslagen mittels der Dokumentation herzuleiten.

5.3 Kenntnis der Schweizer Entscheide und haftungsrechtliche Folgen

Die erste in Bezug auf Retrozessionen richtungsweisende Entscheidung erging am 22.03.2006,⁴⁷ eine weitere Präzisierung nahm das Handelsgericht Zürich mit seinem Urteil vom

46 Jakob, die liechtensteinische Stiftung, Vaduz, 2009, RN 343 ff.

47 BGE 132 III 460.

Retrozessionen und die daraus resultierenden Ansprüche gegenüber schweizer Vermögensverwaltern – Die Haftung von Organen liechtensteinischer Verbandspersonen bei unterlassener Geltendmachung

Dr. Helmut Schwärzler, Mag. Josef Bergt, MLaw Fabian Vollrath

26.06.2007⁴⁸ vor. Bezugnehmend auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts hielt das Handelsgericht fest, dass lediglich die Kenntnis, dass Retrozessionen ausbezahlt werden, für einen Verzicht nicht ausreichen, vielmehr muss der Auftraggeber zumindest imstande sein, die Höhe dieser abschätzen zu können, um einen rechtsgültigen Verzicht eingehen zu können. Bestätigt bzw. detaillierter ausgeführt wurde dies im späteren Leitscheid vom 29.08.2011.⁴⁹ Zuletzt erging am 30.10.2012⁵⁰ ein Grundsatzurteil, wonach ein Anleger mit Vermögensverwaltungsmandat nicht nur Anspruch auf Retrozessionen hat, welche der Bank von konzernfremden Produktanbietern zugeflossen sind, sondern auch auf konzerninterne Retrozessionen (*Bestandspflegekommissionen*).

Bereits in seiner Entscheidung vom 27.05.1986⁵¹ konstatierte der OGH, dass der Haftungsmassstab für das in Betracht kommende Organ zwar nicht überspitzt und die Sorgfaltspflicht nicht in den Bereich des Unvorhersehbaren, Unverwirklichbaren und damit Unzumutbaren ausgedehnt werden darf, allerdings hielt der OGH in selbiger Entscheidung auch fest, dass die Haftung des Organs, welches fremdes Vermögen verwaltet, über die *diligentia quam in suis rebus* – somit über die Sorgfalt, die es in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt – hinausgeht. Diese Sorgfalt wird insbesondere dann verletzt, wenn eine wirksame Kontrolle durch das Organ unterlassen worden ist und durch blosses Vertrauen ersetzt wurde. Diese wirksame Kontrolle ist bereits mit Übernahme des fremden Vermögens geboten.

Für Organe von Verbandspersonen, welche Konten bei Schweizer Banken verwalten, bedeutet dies, dass sie im Rahmen der Überwachung der Geschäftsgebarung verpflichtet waren, sich das Wissen eines durchschnittlichen Schweizer Treuhänders anzueignen, wonach diese folglich spätestens 2007/08 über

die Schweizer Rechtsprechung, welche zudem ein beachtliches Medienecho⁵² erzeugte, Kenntnis erlangen hätten müssen. Dies insbesondere auch darum, da die Banken beginnend mit dem Leitscheid BGE 132 III 460 vom 22.03.2006, vornehmlich im Zeitraum 2006 bis 2008, aber auch danach, erstmals mit Verzichtserklärungen in Form von angepassten AGB an ihre Kunden und somit auch an die in Liechtenstein domizilierten Verbandspersonen herangetreten sind.

Nach Kenntnisnahme erwähnter Entscheidungen, welche spätestens nach Aufnahme allfälliger Verzichtsbestimmungen in den AGB seitens der Banken gegeben sein müsste, wäre es als konsequenter Schritt am jeweiligen Organ gelegen, potentielle Ansprüche auf Retrozessionen zu prüfen. Zuerst erscheint ein Anfrageschreiben an die Bank zielführend, um das Ausmass der Retrozessionen in Erfahrung zu bringen. Folglich wären diese gegenüber der Bank einzufordern. Verweigert die Bank die Herausgabe z.B. aufgrund eines eingewendeten Verzichts oder auch aufgrund einer anderweitigen Begründung, wäre eine Entscheidung im Sinne der BJR zu treffen (Kosten-Nutzen-Abwägung), ob es Sinn machen würde, die Ansprüche gerichtlich geltend zu machen. Das Ergebnis einer solchen Entscheidung wird abhängig sein von der zu erwartenden Höhe der Retrozessionen sowie den gegenüberzustellenden Risiken der Geltendmachung. Jedenfalls wird diese Entscheidung jedoch zu begründen und dokumentieren sein. Blosses Nichtstun reicht jedenfalls nicht aus.

Die Abgabe eines Verzichts auf die Rückforderung von Retrozessionen gegenüber einem Vermögensverwalter durch ein Organ ist grundsätzlich als schadenverursachendes Verhalten zu betrachten. Somit muss jegliche Art einer (nachträglichen) Verzichtserklärung, betreffend bestehende und zukünftige Ansprüche, ohne Vorliegen entsprechender Rechtfertigungsgründe als schadensbegründend beurteilt werden.

Hinsichtlich der Geltendmachung dieser Ansprüche gegen den institutionellen Zubringer der in Liechtenstein relevanten

48 ZR 107/2008 S. 129; weitere BGE Entscheide folgten: BGE 6B_233/2010 vom 13.01.2011; OG ZH LB090076 vom 13.01.2012; BGE 4A_155/2011 vom 10.01.2012; BGE 137 III 393 (4A_266/2010 vom 29.08.2011). Vgl. auch FMA Liechtenstein, Richtlinie 2011/1 Ziff. 30: «*Erhält der Vermögensverwalter von Dritten im Zusammenhang mit der Verwaltung von Kundenvermögen Zuwendungen (Rückvergütungen, Retrozessionen, Bestandesprovisionen, Gutschriften usw.), so muss deren Verwendung mit dem Kunden vereinbart werden. Die Zuwendungen stehen dem Vermögensverwalter zu, wenn er den Kunden darüber informiert und eine Verbesserung der Dienstleistungen damit verbunden ist oder der Kunde schriftlich darauf verzichtet.*»

49 BGE 4A_266/2010 – Voraussetzungen eines wirksamen Verzichts: Klarer und unmissverständlicher Verzichtswille basierend auf einer vollständigen und wahrheitsgetreuen Information. *In conclusio* müssen die Eckwerte der Retrozessionsvereinbarungen vom Beauftragen mit Dritten, sowie die Grössenordnung der zu erwartenden Rückvergütungen bekannt sein.

50 BGE 138 III 755.

51 01 C 7/75-127, LES 1988, 60.

52 Auszugsweise: NZZ vom 20.06.2006, Wem gehören Retrozessionen?; Charlotte Jacquemart in NZZ am Sonntag, Bundesgericht ausgehebelt, 07.10.2007; Die Anleger müssen mehr Druck machen, 28.10.2007; Retrozessionen: Ein zweites Gerichtsurteil muss her, 06.07.2008; Franco Tonozzi in Saldo Nr. 16, Banken behalten Geld, das den Kunden gehört, 11.10.2006; Christof Moser in Sonntagsblick, Diese Milliarden gehören den Kunden, 22.06.2008; Michael Rasch in NZZ, Banken brauchen Druck von Kunden, 20.10.2007; Clifford Padevit in Finanz und Wirtschaft, Retrozessionen gehören nicht immer den Kunden, 19.07.2006; Thomas Müller in Handelszeitung Nr. 8, Wem die Provision eigentlich gehören würde, 19.02.2008; Rudolf Strahm in Berner Zeitung, Kickbacks stören die Vertrauensbasis, 03.12.2008; Eugénie Holliger-Hagmann, November 2007; Werner Grundlehner in NZZ, Mehr Transparenz für Bankkunden, 02.11.2012; Grundlehner/Ferber in NZZ, Banken spielen bei Retrozessionen auf Zeit, 24.10.2013.

Retrozessionen und die daraus resultierenden Ansprüche gegenüber schweizer Vermögensverwaltern – Die Haftung von Organen liechtensteinischer Verbandspersonen bei unterlassener Geltendmachung

Dr. Helmut Schwärzler, Mag. Josef Bergt, MLaw Fabian Vollrath

Geschäftsbeziehungen in Form von Treuhandmandaten – den Banken – können selbstredend mögliche Interessenskonflikte bestehen. Faktisch ist es so, dass Schweizer Banken regelmässig Vermittler hinsichtlich der Gründung und Verwaltung von liechtensteinischen Verbandspersonen waren und nach wie vor sind. Nachdem gegenüber der sprichwörtlich fütternden Hand Ansprüche in zum Teil beträchtlicher Höhe geltend zu machen wären, steht die Frage eines Interessenskonfliktes, welcher dazu führt das die Interessen der Verbandsperson zurückgestellt werden, im Raum.

Sollten Entscheidungen nicht im Sinne der BJR begründet und dokumentiert bzw. die Interessen der Gesellschaft nicht gewahrt worden sein, kommt es zur Verantwortlichkeitshaftung – mehr dazu im Fallbeispiel unter Punkt 6.4.

5.4 Aktivlegitimation

Primär anspruchsberechtigt und folglich aktivlegitimiert Schadenersatz gegenüber den Organen geltend zu machen, ist die Verbandsperson selbst. Organe haften der juristischen Person gegenüber für jede Verschuldensform, sprich für Fahrlässigkeit und Vorsatz.

Wenn die Verbandsperson keinen Schadenersatzanspruch hat (unmittelbarer Schaden des Mitglieds) oder eine böswillige Schädigung seitens der Organe vorliegt, haften die Organe den einzelnen Mitgliedern gegenüber für Fahrlässigkeit und Absicht (Art. 218 Abs. 2 i.V.m. Art. 222 Abs. 2 PGR).

Der Begriff des *Mitglieds* findet unterschiedliche Anwendung im PGR und bezeichnet einerseits die Verwaltungsmitglieder, andererseits auch die Mitglieder der Verbandsperson.

Die Frage der Aktivlegitimation spielt vor allem bei gelöschten Verbandspersonen eine entsprechende Rolle. Die Geltendmachung von Ansprüchen bereits gelöschter Verbandspersonen bedarf der Bestellung eines Kurators (siehe im Detail unter 6.3). In diesem Zusammenhang ist auch von Interesse, dass allfällige Haftungsfreistellungen durch Mitglieder der Verbandsperson, das Exekutivorgan in Form des Verwaltungs- oder Stiftungsrat nicht umfassen können, da eine sich selbst gewährte Haftungsfreistellung von vornherein nicht rechtsgültig vereinbart werden kann.

6. Verjährung von Verantwortlichkeitsansprüchen von Organen liechtensteinischer Verbandspersonen

Wie ausgeführt, erging die Leitentscheidung des Schweizer Bundesgerichts bezüglich Retrozessionen bereits im Frühjahr 2006. Eine frühestmögliche Geltendmachung der Ansprüche wäre ab diesem Zeitpunkt zu erwarten gewesen. Unter An-

nahme der zehnjährigen Verjährungsfrist wäre demnach eine rein hypothetische Geltendmachung von Retrozessionen bis ins Jahr 1996/1997 unter Zugrundelegung der fünfjährigen Verjährungsfrist immerhin bis 2001/02 möglich gewesen.

Die Frage der Verjährung ist, wie unter Punkt 4. erwähnt, doppelgliedrig zu betrachten – einerseits die Verjährung der Retrozessionsansprüche gegenüber dem Vermögensverwalter, welche aufgrund des Sitzes der Banken bzw. Vermögensverwalter in der Schweiz nach Schweizer Recht zu beurteilen sein wird, sowie der Haftung des Organs der Verbandsperson im Rahmen der Verantwortlichkeit. Dies hat zur Folge, dass unabhängig davon, ob die Ansprüche auf Herausgabe der Retrozessionen gegenüber dem Vermögensverwalter zum Teil oder bereits vollständig verjährt sind, dennoch Verantwortlichkeitsansprüche gegen die Organe in Zusammenhang mit Retrozessionen geltend gemacht werden können – vorausgesetzt es liegen Sorgfaltpflichtverletzungen seitens des Verwaltungs- bzw. Stiftungsrates vor.

Gemäss Art. 226 Abs. 1 erster Fall PGR verjähren Verantwortlichkeitsansprüche gegenüber Organen nach den allgemeinen zivilrechtlichen Bestimmungen innerhalb von drei Jahren, wobei die Verjährung erst mit Kenntnis des Schadens und des Schädigers zu laufen beginnt.

Wenn allerdings wissentlich falsche Angaben oder absichtliche Schadenzufügung vorliegen, verjährt der Schadenersatzanspruch erst in zehn Jahren, ab Kenntnis der Person des Schädigers und des Schadens (Art. 226 Abs. 1 zweiter Fall PGR).

Der OGH stellte zudem fest, dass, die Verjährung von Verantwortlichkeitsansprüchen der Gesellschaft gegenüber ihrem Organ, solange nicht zu laufen beginnt, als dieses Organ die Gesellschaft vertritt.⁵³ Für gelöschte Strukturen gilt gleiches (siehe im Detail unter 6.3).

Dem folgend wird man *in concreto* in den meisten Fällen eine fahrlässige Verantwortlichkeitspflichtverletzung annehmen müssen, wonach die dreijährige Verjährungsfrist zur Anwendung kommt. Die Frage, ab wann diese Frist zu laufen beginnt, ist jedoch eine differenziert zu betrachtende.

6.1 Faktische Verlängerung des Haftungszeitraums

Aus dem Zusammenspiel der verschiedenen Ansprüche und der daraus verschieden gearteten Verjährungsfristen resultiert im Ergebnis eine *de facto* «Verlängerung des Haftungszeitraums». Zwar verjähren Ansprüche gegenüber den Banken nach Schweizer Recht binnen zehn (bzw. nach Mindermeinung fünf) Jahren, jedoch wäre das Organ nach ergangener Leitentscheidung des Bundesgerichtshofes im Frühjahr 2006 verpflichtet gewesen, die Ansprüche, wie erörtert, geltend zu machen. Erfolgt

⁵³ OGH vom 06.03.2006, 9 CG.2001.74, LES 2006, 240.

Retrozessionen und die daraus resultierenden Ansprüche gegenüber schweizer Vermögensverwaltern – Die Haftung von Organen liechtensteinischer Verbandspersonen bei unterlassener Geltendmachung

Dr. Helmut Schwärzler, Mag. Josef Bergt, MLaw Fabian Vollrath

dies nicht, setzt sich das Organ einer Haftung aus. Nunmehr beginnt die dreijährige Verjährung der Verantwortlichkeitsansprüche gem. Art. 226 Abs. 1 erster Fall PGR mit Kenntnis des Schadens und der Person des Schädigers zu laufen. Praktisch beginnt die Verjährung im Verantwortlichkeitsrecht nicht vor dem Zeitpunkt der Bestellung eines neutralen Organs (siehe hierzu Punkt 6.3) zu laufen, zumal es lebensfremd ist, dass das Organ Ansprüche gegen sich selbst geltend machen sollte.

Im Ergebnis kommt es dadurch zu Eingangs erwähnter faktischer Verlängerung der Verjährungsfrist, da der Verwaltungs-/Stiftungsrat der Verbandsperson gegenüber für den ganzen, ab Kenntnisnahme der Bundesgerichtshofentscheidung, geltend zu machenden Zeitraum, sohin u.U. bis ins Jahr 1996/97 zurück, haftet. Sohin können im Wege der Verantwortlichkeitshaftung Ansprüche in Zusammenhang mit Retrozessionen faktisch über zehn Jahre hinaus geltend gemacht werden, da für Ansprüche betreffend den mehr als 10 Jahre zurückliegenden Teil, welcher gegenüber dem Vermögensverwalter bereits verjährt ist, das Liechtensteinische Organ mangels Geltendmachung haftet.

Im Rahmen dieser Erkenntnis ist näher auf die zehnjährige Aufbewahrungspflicht der Banken und der damit zusammenhängenden Konsequenz einzugehen. Es stellt sich insbesondere die Frage der Beweisfähigkeit der Höhe der Retrozessionen, deren Entstehung bereits weiter als zehn Jahre zurückliegt.

Im Falle, dass eine Bank nach zehn Jahren legitimer Weise ihre Dokumente vernichtet, wären Retrozessionen über diesen Zeitraum wohl nur mehr schwerlich nachweisbar und durchsetzbar. Da jedoch grundsätzlich Retrozessionen fließen, welche im Rahmen des gesetzlichen Aufbewahrungszeitraums auch ziffernmässig genau bestimmbar sind, ist davon auszugehen, dass bei durchgehender Veranlagung auch vorher Retrozessionen geflossen sind. Dies wird allenfalls ein Sachverständiger aufgrund des veranlagten Kapitals, sowie der Art der Veranlagung zurückrechnen können.

Doch auch dies wäre erlässlich, da, wenn die Forderung dem Grunde nach feststeht, diese der freien Beweiswürdigung des § 273 ZPO unterliegt. Wenn feststeht, dass der *Ersatz eines Schadens oder des Interesses gebührt, der Beweis über den streitigen Betrag des zu ersetzenden Schadens oder Interesses oder der Forderung aber gar nicht oder nur mit unverhältnismässigen Schwierigkeiten zu erbringen ist*, kann das Gericht von Amts wegen oder auf Antrag diesen Betrag nach freier Überzeugung festsetzen.

Wenn die Forderung dem Grunde nach feststeht, kommt überdies eine klageabweisende Beweislastentscheidung nicht in Betracht. Der Richter muss tatsächlich gemäss *legis citatae* schätzen, wenn sich die Anspruchshöhe gar nicht feststellen lässt.⁵⁴

Sohin ist eine richterliche Betragsfestsetzung angezeigt und sind Retrozessionen folglich über zehn Jahre hinaus gerichtlich durchsetzbar, da kein Zweifel am Bestehen der Forderung vorliegen kann, da unabhängig von der zehnjährigen Aufbewahrungspflicht die Vertragsgrundlagen als Beweis über das Bestehen des Vermögensverwaltungsmandats, selbst bei gelöschten Strukturen, aus den Akten der Verbandsperson hervorgehen sollten.

6.2 Exkurs: Absolute Verjährungsfrist

Der Gewalthaber eines Auftragsverhältnisses, geregelt in den §§ 1002 ff. ABGB, ist gemäss § 1009 ABGB *verpflichtet, das Geschäft seinem Versprechen und der erhaltenen Vollmacht gemäss, emsig und redlich zu besorgen und allen aus dem Geschäft entspringenden Nutzen dem Machtgeber zu überlassen*. Der Herausgabeanspruch ist nicht Schadenersatz-, sondern Erfüllungsanspruch und unterliegt der 30-jährigen Verjährung gem. § 1478 ABGB.⁵⁵

Im Falle der Unterlassung der Geltendmachung von Retrozessionsansprüchen kann man diese jedoch nicht gestützt auf bereicherungsrechtliche Grundsätze herausfordern. Hinsichtlich der Beziehung der Verbandsperson und des Verwaltungsrates besteht ausserdem kein Mandatsvertrag, sondern ein vertraglich geregeltes Organmandat.

Es kommt sohin bei Verantwortlichkeitsansprüchen, wie bereits ausgeführt, zur Haftung nach Art. 226 PGR, welcher als *lex specialis* zu § 1489 ABGB gilt, jedoch keine absolute Verjährungsfrist vorsieht. § 1489 ABGB statuiert eine absolute Verjährungsfrist von 30 Jahren für Schadenersatzansprüche.

In concreto gilt zu erörtern, ob diese lange Verjährungsfrist durch die Bestimmung des § 1489a ABGB auf zehn Jahre verkürzt wird. Hiernach verjährt jede Entschädigungsklage im Zusammenhang mit der Besorgung von Finanzdienstleistungsgeschäften eines von der FMA bewilligten Finanzintermediärs in drei Jahren von der Zeit an, zu welcher der Schaden und die Person des Beschädigers oder Ersatzpflichtigen dem Beschädigten bekannt wurde, jedenfalls jedoch in zehn Jahren ab dem Zeitpunkt, in welchem das Geschäft besorgt worden ist. Im Ergebnis würde dies bedeuten, dass eine Entschädigungsklage nach zehn Jahren bereits verjährt wäre. § 1489a ABGB und insbesondere die darin normierte absolute Verjährungsfrist gelangt jedoch aus mehreren Gründen nicht zur Anwendung. Der § 1489a ABGB wurde eingefügt, um die absolute Verjährungsfrist für ganz bestimmte Schadenersatzansprüche auf zehn Jahre zu verkürzen. Umfasst werden Schadenersatzansprüche *im Zusammenhang mit der Besorgung von Finanz-*

54 Rechberger in Fasching/Konecny, 2. Auflage § 273 ZPO, Rz 4, 9.

55 Strasser in Rummel, 3. Auflage, § 1009 Rz 21 f.

Retrozessionen und die daraus resultierenden Ansprüche gegenüber schweizer Vermögensverwaltern – Die Haftung von Organen liechtensteinischer Verbandspersonen bei unterlassener Geltendmachung

Dr. Helmut Schwärzler, Mag. Josef Bergt, MLaw Fabian Vollrath

*dienstleistungsgeschäften.*⁵⁶ § 1489a ABGB ist am 01.11.2007 in Kraft getreten.⁵⁷ Gesetze wirken nach § 5 ABGB nicht zurück und vermögen daher vorher ergangene Handlungen bzw. vorher erworbene Rechte nicht zu beeinflussen. Gemäss ständiger Rechtsprechung ist für eine schon begonnene Verjährung das ältere und nicht das neuere Gesetz massgebend, wobei bei einer Verkürzung der Verjährungsfrist durch ein neues Gesetz zwar mangels anderslautender gesetzlicher Regelung die neu bestimmte Verjährungsfrist anzuwenden ist, diese kann jedoch erst mit Inkrafttreten des neuen Gesetzes zu laufen beginnen.⁵⁸ Selbst wenn man die Anwendbarkeit des § 1489a ABGB bejaht, würde Verjährung erst mit 1.11.2017 fortlaufend eintreten.

Von § 1489a ABGB werden allerdings nur Finanzdienstleistungsgeschäfte, somit Geschäfte in Konnex mit Wertpapierleistungen, sowie andere Bankdienstleistungen samt Nebendienstleistungen erfasst. Nicht zu dieser Art von Geschäften gehören hingegen Verwaltungshandlungen von Organen juristischer Personen, welche für die Verbandsperson im Rahmen der Organstellung gesetzt werden. Bei Verantwortlichkeitsansprüchen von Verbandspersonen gem. Art. 218 ff. PGR ist die Anwendung des § 1489a ABGB sohin ausgeschlossen. Die Einführung des § 1489a ABGB erfolgte vom Gesetzgeber im Interesse der Banken, Vermögensverwaltungsgesellschaften und Wertpapierfirmen, nicht jedoch um Verwaltungsorgane von Verbandspersonen hinsichtlich deren Verantwortlichkeit zu entlasten.⁵⁹

Bei der fiduziarischen «*Ausübung eines Organmandates bei einer Sitzgesellschaft durch einen Berufstreuhandler handelt es sich im Verhältnis zur Verbandsperson um kein Finanzdienstleistungsgeschäft. Es kann dem Gesetzgeber auch nicht unterstellt werden, dass er Treuhänder, welche fiduziarisch als Organe einer juristischen Person amtieren, was die absolute Verjährung allfälliger Verantwortlichkeitsansprüche der Gesellschaft nach Art. 218 ff. PGR anbelangt, gegenüber «normalen» Organen «tätiger Verbandspersonen» [...] bevorzugen wollte. Für eine solche Ungleichbehandlung gibt es auch keine sachlichen Gründe.*»⁶⁰

Im Ergebnis ist die absolute Verjährungsfrist des § 1489a ABGB nicht anwendbar. Vielmehr sind die relativen Verjährungsfristen von 3 Jahren gem. § 1489 ABGB bzw. die zehnjährige Verjährungsfrist nach Art. 226 Abs. 1 zweiter Fall PGR massgeblich.

6.3 Gelöschte Strukturen

Ein Sonderfall der Verjährung tritt ein, wenn die Stiftung wie im anschliessend behandelten Fallbeispiel zwischenzeitlich gelöscht wurde. Bei juristischen Personen ist für den Beginn der Verjährungsfrist gemäss der Rechtsprechung die Kenntnis des zur Vertretung nach aussen berufenen Organs erforderlich. Die Kenntnis einer Person als Organ, die schadenverursachende Handlungen oder Unterlassungen selbst begangen hat, setzt den Lauf der Verjährungsfrist nicht in Gang, da die Kenntnis der Person, welche einziges Organ ist und in dieser Funktion selbst eine schädigende Pflichtverletzung begangen hat, keine Verantwortlichkeitsansprüche gegen sich selbst geltend machen wird.⁶¹

Für den Fall, dass eine Verbandsperson bereits gelöscht worden sein sollte, existiert kein vertretungsbefugtes Organ mehr, was zur Konsequenz hat, dass die Verjährungsfrist der Verantwortlichkeitsansprüche überhaupt nicht zu laufen begonnen hat.⁶² Um Ansprüche geltend zu machen, muss nach Art. 141 Abs. 1 PGR zuerst ein Beistand für die gelöschte Verbandsperson bestellt werden, welcher diese im Verfahren vertritt und im Handelsregister einzutragen hat.

Sinn und Zweck der Beistandsbestellung für eine gelöschte Verbandsperson liegt darin, dass wenn diese formell gelöscht wurde, jedoch noch über Vermögen verfügt, sie nicht als vollständig beendet zu sehen ist und demgemäss noch weiterhin rechtsfähig ist, allerdings über keine Organe mehr verfügt und daher durch die Bestellung eines Organes in Form eines Beistandes gem. Art. 141 Abs. 1 PGR wieder ihre Handlungsfähigkeit erlangt.⁶³ Die Bestellung erfolgt über Antrag durch einen Beteiligten.

Da, wie bereits erörtert, die Verbandsperson selbst hinsichtlich der Verantwortlichkeitsansprüche aktivlegitimiert ist, obliegt es dem bestellten Kurator, als Organ derselben, die Ansprüche zugunsten der Verbandsperson geltend zu machen.

6.4 Fallbeispiel

Nehmen wir an, im Jahre 1995 wird eine Verbandsperson gegründet. Es werden CHF 1.000.000.-- veranlagt und im Jahr 2012 wird die Verbandsperson wieder gelöscht. *Per annum* fallen im Median CHF 5.000.-- bis CHF 10.000.-- an Retrozessionen an. Der Gesamtbetrag an Retrozessionen in den 17 Jahren beläuft sich somit auf CHF 85.000.-- bis CHF 170.000.--. Die erste Entscheidung des Bundesgerichts erging im März 2006 mit der Präzisierung des Handelsgerichts Zürich vom Juni

56 BuA 2007 Nr. 65, S. 117 f.

57 LGBl 2007 Nr 272.

58 *Kodek in Rummell/Lukas*, ABGB4 § 5 Rz 40; RIS-Justiz RS0008705, RS0008685.

59 BuA 2007 Nr. 65, S. 117 ff.

60 OG, 08 CG.2015.33.

61 OGH vom 05.04.2001, 01 C 1998.586, S. 29.

62 Zuletzt bestätigt durch das Obergericht zu OG 08 CG.2015.33, S. 53 f., unter Verweis auf OGH 05.04.2001, 1C 586/98.

63 OGH vom 06.03.2015, 05 CG.2013.525.

Retrozessionen und die daraus resultierenden Ansprüche gegenüber schweizer Vermögensverwaltern – Die Haftung von Organen liechtensteinischer Verbandspersonen bei unterlassener Geltendmachung Dr. Helmut Schwärzler, Mag. Josef Bergt, MLaw Fabian Vollrath

2007. Wenn man die Kenntnisnahme, wie vorher erwogen, mit 2007/08 annimmt, wäre es möglich gewesen, Retrozessionen zurück bis ins Jahr 1997/98 (zu den Ausführungen zur Verjährung nach Schweizer Recht siehe Punkt 4.) geltend zu machen. Nehmen wir somit spätestens mit 2008 die Kenntnis der Entscheidung an, wären diese bis ins Jahr 1998 zurück gegenüber den schweizer Banken durchsetzbar gewesen. Der relevante Zeitraum der rückforderbaren Retrozessionen beläuft sich somit von 1998 bis zur Löschung der Verbandsperson im Jahr 2012, sohin auf insgesamt 14 Jahre, was einen Gesamtwert von Retrozessionen unter obiger Annahme im Spektrum von CHF 70.000.– bis CHF 140.000.– ergibt.

Nun beträgt die Verjährungsfrist von Verantwortlichkeitsansprüchen gegenüber den Verwaltungsrat mindestens drei Jahre (siehe im Detail Punkt 6.), wobei die Verjährung bei einer gelöschten Verbandsperson nicht zu laufen beginnen kann (wie bereits unter Punkt 6.3 erörtert). Der Beginn der Verjährungsfrist tritt prinzipiell mit Kenntnis des Schadens und der Person des Schädigers ein. Unabhängig davon setzt die Kenntnis einer Person als Organ, die schadenverursachende Handlungen oder Unterlassungen selbst begangen hat, den Lauf der Verjährungsfrist nicht in Gang. Diese kann erst mit erneuter Bestellung eines nach aussen vertretungsbefugten, neutralen Organs beginnen.

Daraus ergibt sich, dass sich die mögliche betragsmässige Geltendmachung der Retrozessionen in Zusammenspiel der beiden Verjährungsfristen und deren unterschiedlichen Beginn und Ende nicht nur auf die letzten zehn Jahre beschränkt, sondern diese über die Verantwortlichkeitshaftung des Verbandsorgans auf den – im konkreten Beispiel – Zeitraum von 1998 bis 2012, somit 14 Jahre, erstreckt.

7. Zusammenfassung

Bei der Beurteilung von Retrozessionen schweizer Banken ist zunächst zu klären, ob ein Vermögensverwaltungsvertrag oder ein Anlageberatungsvertrag vorliegt. Liegt ein Vermögensverwaltungsvertrag zwischen der Bank und dem Kunden vor, sind Ansprüche basierend auf zu Unrecht zurückgehaltenen Retrozessionen zu prüfen.

Falls eine in Liechtenstein verwaltete Verbandsperson involviert ist, welche Anspruchsberechtigte der Retrozessionen ist, können für diese Verbandsperson neben Ansprüchen gegenüber dem Vermögensverwalter auch Verantwortlichkeitsansprüche gegen deren Organe aufgrund einer unterlassenen Geltendmachung dieser Ansprüche im Raum stehen. Dies führt regelmässig zu einer faktischen Verlängerung der Verjährungsfristen für zu Unrecht zurückbehaltenen Retrozessionen, da die Versäum-

nisse der Organe ab dem Zeitpunkt des «Kennen-Müssens» der Ansprüche einen eigenen, weiteren Anspruch der Verbandsperson gegenüber den Organen bildet, welcher einer gesonderten Verjährungsfrist unterliegt.

Hinweis:

Siehe zu Fragen der Verantwortlichkeit *Schwärzler/Wagner*, Verantwortlichkeit im liechtensteinischen Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 2012; zur Frage der Retrozessionen bereits *Plüss*, Streit um Retrozessionen, *liechtenstein-journal* 2009, 70 ff.

Redaktion

beiträge

Ein paar Statistiken

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

Im Handelsregister eingetragene Firmen nach Rechtsform (2013-2015)

Die im Handelsregister eingetragenen Firmen, gegliedert nach deren Rechtsform, stehen in jedem Jahr unter besonderer Beobachtung, sind sie doch ein Gradmesser für das Geschehen in

Wirtschaft und Gesellschaft. Dass diese Werte nicht unbedingt jedes Jahr vergleichbar sind, ist ein statistisches Phänomen, das man nicht unbedingt verstehen muss.

Rechtsform	Stand per 1.1.	Löschung	Neueintragung	Stand per 31.12.
Total 2013	52 713	7 604	1 279	46 388
Einzelfirma	541	39	42	544
Verein	254	13	19	260
Aktiengesellschaft	6 325	595	316	6 046
Gesellschaft mit beschränkter Haftung	139	8	30	161
Anstalt	10 486	1 256	193	9 423
Treuhänderschaft	2 648	384	154	2 418
Stiftung	1 797	124	104	1 777
Zweigniederlassung	104	10	11	105
Stiftung und Treuhänderschaft hinterlegt	28 560	4 941	384	24 003
Andere Rechtsformen	1 859	234	26	1 651
Total 2014	46 388	6 348	1 209	41 249
Einzelfirma	544	33	31	542
Verein	260	8	18	270
Aktiengesellschaft	6 046	569	281	5 758
Gesellschaft mit beschränkter Haftung	161	16	29	174
Anstalt	9 423	1 128	166	8 461
Treuhänderschaft	2 418	327	174	2 265
Stiftung	1 777	113	101	1 765
Zweigniederlassung	105	7	9	107
Stiftung und Treuhänderschaft hinterlegt	24 003	3 942	379	20 440
Andere Rechtsformen	1 651	205	21	1 467

Total 2015	41 137	6 098	1 268	36 307
Einzel firma	542	42	24	524
Verein	269	8	25	286
Aktiengesellschaft	5 793	587	277	5 483
Gesellschaft mit beschränkter Haftung	178	10	29	197
Anstalt	8 424	1 032	148	7 540
Treuhänderschaft	2 215	265	185	2 135
Stiftung	1 766	86	114	1 794
Zweigniederlassung	107	8	16	115
Stiftung und Treuhänderschaft hinterlegt	20 385	3 869	426	16 942
Andere Rechtsformen	1 458	191	24	1 291

Quelle: Handelsregister T_9.1_02

Erläuterung zur Tabelle:

Bei den Bestandeswerten handelt es sich um provisorische Ergebnisse. Die Bestandsübernahme aus den alten Registerkarten in die neue Datenbank ist noch nicht vollständig abgewickelt. Die nachträglichen Bestandsänderungen der Vorjahre betreffen hauptsächlich die hinterlegten Stiftungen und Treuhänderschaften.

Anmerkungen des Verfassers

Interessant ist ein Langfristvergleich zwischen 2015 und 2007 (s. u.a. Statistisches Jahrbuch 2010, S. 316): Besonders auffällig ist das starke Absinken von Aktiengesellschaft und Anstalt und die extreme Schrumpfung des Stiftungssektors.

Rechtsform	Stand per 31.12.2007	Stand per 1.1.2015
Einzel firma	478	542
Verein	153	269
Aktiengesellschaft	7495	5 793
Gesellschaft mit beschränkter Haftung	74	178
Anstalt	14841	8 424
Treuhänderschaft	2792	2 215
Stiftung	1552	1 766
Zweigniederlassung	15	107
Stiftung und Treuhänderschaft hinterlegt	47590	20 385

Zu den Vereinen folgendes:

Nach der letzten, allerdings privaten Zählung sind in Deutschland per 31.12.2014¹ 588.801 Vereine eingetragen, die meisten in Nordrhein-Westfalen und Baden-Württemberg.² Neueste Publikationen sprechen von ca. 600.000 eingetragenen und ca. 350.000 nichteingetragenen Vereinen.³ Nach Bereinigung der Kartei im Zuge der Umstellung auf elektronische Register dürften davon allerdings 20–25 Prozent als «Karteileichen» wegfallen.

In der Schweiz⁴ sind dies laut Handelsregister 7.961 eingetragene Vereine (2013: 7608, 2012: 7352), nach Schätzungen liegt die Gesamtzahl bei 80–100.000 Vereinen. Im Fürstentum Liechtenstein⁵ existieren laut Handelsregister 270 (31.12.2013: 260) Vereine, die Anzahl der nichteingetragenen Vereine dürfte ebenfalls wesentlich höher liegen.

Zu beachten ist die Tatsache, dass die Eintragungspflicht in der Schweiz und Liechtenstein besteht, wenn ein Verein wirtschaftlich tätig wird, insofern besteht keine direkte Vergleichbarkeit mit den in Deutschland eingetragenen Vereinen.

1 Reichert, Vereins- und Verbandsrecht, 13. Aufl. 2016, Rdn. 1.

2 V&M Service GmbH, Vereinsstatistik 2014, abrufbar unter www.npo-manager.de/vereinsstatistik/2014. Die neueren Zahlen schwanken rund um 575.000 bis 600.000.

3 Knof in MÜHb. GesR § 12 Rn. 2.

4 Wagner/Plüss, RIW 2015, 321. Näheres s. Rn. 65 ff.

5 Wagner, Liechtenstein-Journal 2012, 77 und 2015, 47 und 113 sowie 2016, 18, 46 und 88.

beiträge

Stellungnahme 150/2017 Bundesrechtsanwaltskammer

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

Die Bundesrechtsanwaltskammer nimmt zu dem Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz (Stand: 14. November 2016) für ein *Gesetz zur Erleichterung unternehmerischer Initiativen aus bürgerschaftlichem Engagement und zum Bürokratieabbau bei Genossenschaften* wie folgt Stellung:

I. Anmerkungen zum Entwurf

1. Vorbemerkung

Die Reichweite des in § 21 BGB geregelten Idealvereins gegenüber Rechtsformen, die auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb ausgerichtet sind, ist unklar und in der Rechtsprechung und der Praxis umstritten. Nachdem der wirtschaftliche Verein des § 22 BGB aus der Vereinspraxis so gut wie verschwunden ist soll er nun mit Hilfe des gen. Entwurfes «wiederbelebt» werden und als Alternative für wirtschaftliche Betätigung die entbürokratisierte Genossenschaft angeboten werden. Klarstellungen angesichts der jüngsten Entscheidungen zu Vereinen wie FC Bayern München e.V. und dem ADAC e.V. durch den BGH sind in nächster Zeit zu erwarten, so dass der RefE derzeit als Schnellschuss anmutet, um den Koalitionsvertrag (s. dort S. 78: «Wir wollen die Gründung unternehmerischer Initiativen aus bürgerschaftlichem Engagement (z.B. Dorfläden, Kitas, altersgerechtes Wohnen, Energievorhaben) erleichtern. Für solche Initiativen soll eine geeignete Unternehmensform im Genossenschafts- oder Vereinsrecht zur Verfügung stehen, die unangemessenen Aufwand oder Bürokratie vermeidet.») kurz vor Ende der Legislaturperiode zu erfüllen.

2. Anmerkungen

§ 22 BGB soll wie folgt gefasst werden:

§ 22 BGB. Wirtschaftlicher Verein, Verordnungsermächtigung

(1) ¹Ein Verein, dessen Zweck auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist (wirtschaftlicher Verein),

erlangt Rechtsfähigkeit durch staatliche Verleihung. ²Rechtsfähigkeit kann einem wirtschaftlichen Verein nur verliehen werden, wenn dies durch Gesetz bestimmt ist oder wenn es für den Verein unzumutbar ist, seinen Zweck in der Rechtsform eine Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft zu verfolgen. ³Zuständig für die Verleihung ist das Land, in dessen Gebiet der Verein seinen Sitz hat.

(2) ¹Das Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz kann zu Förderung bürgerschaftlichen Engagements durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates für wirtschaftliche Vereine, deren Zweck auf die Verfolgung eines wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs von geringerem Umfang gerichtet ist, regeln, unter welchen Voraussetzungen regelmässig davon auszugehen ist, dass die Verfolgung des Zwecks in einer anderen Rechtsform als unzumutbar anzusehen und dem Verein daher Rechtsfähigkeit zu verleihen ist. ²Als Voraussetzungen für die Verleihung der Rechtsfähigkeit können zum Schutz von Mitgliedern und Dritten besondere Anforderungen an die Mitgliederstruktur, die Satzung und die Betätigung des Vereins in der Rechtsverordnung festgelegt werden. ³Insbesondere können auch Rechnungslegungspflichten begründet werden sowie Mitteilungspflichten gegenüber dem Land, das für die Verleihung zuständig ist.

II. Bisherige Rechtslage

1. Idealverein des § 21 BGB «nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb ausgerichtet»

Das BGB unterscheidet zwischen dem in § 21 BGB geregelten nicht wirtschaftlichen Verein - dem sogenannten Idealverein - und dem in § 22 BGB geregelten wirtschaftlichen Verein, dem in der Lebenswirklichkeit nur eine untergeordnete Bedeutung zukommt. Der Idealverein ist nicht auf einen wirtschaftlichen

Geschäftsbetrieb ausgerichtet und erlangt Rechtsfähigkeit durch Eintragung (e.V.). Der Wirtschaftliche Verein, der auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb ausgerichtet ist, erlangt seine Rechtsfähigkeit durch staatliche Verleihung. Seine Bedeutung ist deshalb gering, weil der Gesetzgeber für die wirtschaftliche Betätigung vorrangig andere Rechtsformen vorgesehen hat.

Dem Idealverein ist allerdings eine wirtschaftliche Tätigkeit nicht schlechterdings versagt, sie darf nur nicht den Hauptzweck der Tätigkeit des Vereins ausmachen.

2. Nebenzweckprivileg

Die Rechtsprechung (etwa *BGH* 29.09.1982 - I ZR 88/80, *NJW* 1983, 569) lässt eine wirtschaftliche Tätigkeit im Rahmen des sogenannten *Nebenzweckprivilegs* zu:

«Den Vorschriften der §§ 21 und 22 BGB liegt der gesetzgeberische Gedanke zugrunde, aus Gründen der Sicherheit des Rechtsverkehrs, insbesondere des Gläubigerschutzes, Vereine mit wirtschaftlicher Zielsetzung auf die dafür zur Verfügung stehenden handelsrechtlichen Formen zu verweisen und die wirtschaftliche Betätigung von Idealvereinen zu verhindern, soweit es sich nicht lediglich um eine untergeordnete, den idealen Hauptzwecken des Vereins dienende wirtschaftliche Betätigung im Rahmen des so genannten Nebenzweckprivilegs handelt. Ein Verein kann ein nichtwirtschaftlicher Verein auch dann sein, wenn er zur Erreichung seiner idealen Ziele unternehmerische Tätigkeiten entfaltet, sofern diese dem nichtwirtschaftlichen Hauptzweck zu- und untergeordnet und Hilfsmittel zu dessen Erreichung sind (sog. Nebenzweckprivileg).»

Das Nebenzweckprivileg gewährleistet nach Aussage der Bundesregierung, dass auch Idealvereine sich wirtschaftlich betätigen können, wenn die Tätigkeit als Nebentätigkeit anzusehen ist, die der ideellen Haupttätigkeit zu- und untergeordnet ist (BT-Drucks. 18/1931 vom 27.06.2014; zust. *Wagner*, *NZG* 2015, 1377 und *NZG* 2016, 1046). Handlungsbedarf hinsichtlich des Nebenzweckprivilegs sah die Bundesregierung im Jahr 2014 jedenfalls nicht.

3. Entscheidungen FC Bayern München und ADAC

Das Thema der wirtschaftlichen Betätigung eines Idealvereins hat in jüngerer Zeit die Medien beschäftigt, genannt seien etwa das Beispiel des ADAC oder die (noch) in der Rechtsform eines e.V. organisierten Fussball-Bundesliga-Vereine.

a) FC Bayern München

Das *Amtsgericht München* (VR 2463) hat mit Entscheidung vom 15.09.2016 ein von *Leuschner* angeregtes Lösungsverfahren wegen Rechtsformverfehlung nicht eingeleitet (s. hierzu *ders.* *NZG* 2017, 16 ff. sowie u.a. *Segna*, *NZG* 2017, 3 ff.). *Leuschner* hatte dahingehend argumentiert, dass der FC Bayern München e.V. (dessen Profi-Fussballabteilung allerdings in die FC Bayern München AG ausgelagert worden war, an der der Verein eine Mehrheitsbeteiligung hält) sich über die Grenzen des Nebenzweckprivilegs hinaus wirtschaftlich beteiligen würde.

Das *Amtsgericht München* folgte dem nicht, sondern vertrat die Auffassung, dass der FC Bayern München e.V. nach den konkreten Verhältnissen die vom BGH aufgestellten Voraussetzungen des Nebenzweckprivilegs noch erfülle und dass er im Übrigen aufgrund der gegebenen rechtlichen Strukturen auch keinen herrschenden Einfluss auf die FC Bayern München AG ausübe, so dass eine Zurechnung der wirtschaftlichen Betätigung der Tochtergesellschaft nicht in Betracht komme.

b) ADAC-Entscheidung vom 17.01.2017

Nach mehr als 2 Jahren Verfahrensdauer hat das *Amtsgericht München* nun entschieden, den Vereinsstatus des ADAC e.V. nicht anzutasten (*AG München* 17.01.2017 - VR 304, Fall 12). Zuvor hatte der ADAC seine Struktur angepasst und in seiner Hauptversammlung im Mai 2016 die Trennung der wirtschaftlichen Aktivitäten von dem Idealverein beschlossen und einen Teil der Aktivitäten in einer gemeinnützigen Stiftung gebündelt. Die zentralen Mitgliederleistungen wie z.B. Pannenhilfe, Verbraucherschutz, Motorsport, Touristik, Juristische Zentrale (Mitgliederberatung), Verkehr und die Clubzeitschrift «ADAC Motorwelt» wurden zusammengefasst. Kommerzielle Aktivitäten werden in einer eigenständigen, vom Verein getrennten Aktiengesellschaft (ADAC SE) zusammengefasst. Eine neu zu gründende ADAC-Stiftung tritt als dritte Säule neben den Verein und die Aktiengesellschaft. In dieser Stiftung werden die gemeinnützigen Aktivitäten des ADAC gebündelt.

Ziel dieser Struktur (als für den ADAC entwickelte «Sonderlösung») ist ersichtlich, die in § 17 Abs. 2 AktG enthaltene Vermutung vom Tatbestand des Mehrheitsbesitzes auf den Tatbestand des herrschenden Einflusses zu widerlegen. So werden GmbH-Beteiligungen in Aktiengesellschaften oder wie hier in eine SE umgewandelt, deren Geschäftsleitungen nicht weisungsabhängig sind, sondern diese in eigener Verantwortung leiten, § 76 Abs. 1 AktG und Art. 9 Abs. 1 lit. c) ii SE-VO.

So konnte das *AG München* in seinem Beschluss vom 17.01.2017 den Vereinsstatus des ADAC e.V. quasi bestätigen, in dem es feststellte, bei der gegebenen Sachlage könne ein wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb des Vereins, der eine Amtslöschung gemäss § 395 FamFG geboten erscheinen liesse, nicht festgestellt

werden. Soweit wirtschaftliche Tätigkeiten ausgeübt werden, unterlägen sie dem Nebenzweckprivileg.

c) Kita-Rechtsprechung des Kammergerichts

Die Beurteilung, ob eine wirtschaftliche Vereinsbetätigung sich noch im Rahmen des Nebenzweckprivilegs bewegt, betrifft allerdings nicht nur das Extrem-Beispiel des Vereins mit Profifussballabteilung. Seit dem Jahre 2011 existiert eine ständige *Rechtsprechung des Kammergerichts*, das eine restriktive Eintragungspraxis des Vereinsregisters beim Amtsgericht Charlottenburg billigt.

Diese Rechtsprechung betraf und betrifft insbesondere auch Vereine, die Kindergärten bzw. Kindertagesstätten betreiben und die damit zwar einen gemeinnützigkeitsrechtlich anerkannten Zweck verfolgen, die allerdings im Einzelfall nach Auffassung des Kammergerichts überwiegend wirtschaftlich tätig sind und sich damit nach Auffassung des Gerichts nicht mehr auf das Nebenzweckprivileg berufen können.

aa) Argumentation

Exemplarisch sei die Entscheidung des *Kammergerichts* vom 16.02.2016 - 22 W 71/15 (DStR 2016, 1173) herausgegriffen, in der das Kammergericht über den Fall eines mehrere Kindertagesstätten betreibenden Vereins zu befinden hatte und feststellte:

«Eine wirtschaftliche Betätigung im Sinne 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.

Der hier durchgeführte planmässige, auf Dauer angelegte entgeltliche Betrieb von Kinderbetreuung ist grundsätzlich, wie das AG Charlottenburg zutreffend annimmt, eine entgeltliche unternehmerische Betätigung. Auf eine Gewinnerzielungsabsicht des Vereins selbst kommt es dabei nicht an. Es ist auch unerheblich, in welcher Art und Weise die Entgelte fließen, ob ausschliesslich durch die Leistungsnehmer oder staatliche Leistungsträger, mögen diese auch vom Staat im Rahmen von dessen aus Artikel 20 Abs. 1 GG und den Regelungen des SGB VIII resultierenden Verpflichtungen erfolgen.

Es kommt auch nicht darauf an, ob gesetzlich Ansprüche auf Fördermittel vorgesehen sind, ob ein kostendeckender Betrieb etwa durch die Landeshaushaltsordnung vorgeschrieben ist oder ob Mitglieder des Vereins ehrenhalber ihre Arbeitsleistung anbieten. Denn massgeblich ist allein, dass nicht als Verein eingetragene werden soll, wer entgeltlich, auf Dauer und planmässig Leistungen an Dritte erbringen will, die eine unternehmerische Betätigung darstellen.»

Das *Kammergericht* nimmt an, dass es sich bei dem entgeltlichen Angebot von Kinderbetreuungsleistungen um eine solche entgeltliche, auf Dauer und planmässig angelegte Betätigung handelte. Dabei stellt das Kammergericht ausserdem fest, dass es für die Abgrenzung der wirtschaftlichen von der nichtwirtschaftlichen Betätigung des Vereins, nicht auf die Abgrenzung zwischen dem gemeinnützigkeitsschädlichen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb und dem gemeinnützigkeitsrechtlich ungeschädlichen Zweckbetrieb ankomme:

«Daran ändert auch der Umstand nichts, dass der Beteiligte gemäss § 2 Abs. 1 der Satzung «gemeinnützige Zwecke» im Sinne des § 52 AO verfolgt. Bei der Beurteilung der Frage der Gemeinnützigkeit handelt es sich nämlich um eine allein steuerrechtlich zu beurteilende Frage. Zwar hat das KG die Ansicht vertreten, dass eine Bestätigung des Finanzamtes, dass der Verein ausschliesslich gemeinnützige Ziele verfolge, zumindest ein wesentliches Indiz für dessen ideellen Charakter bilde. Das Vorliegen von Gemeinnützigkeit weist jedoch den Beteiligten nicht als Idealverein aus.»

bb) Gegenläufige Entscheidungen

Die – jedenfalls aus der Perspektive der gemeinnützigkeitsrechtlichen Praxis – restriktive Rechtsprechung des *Kammergerichts* liegt z.B. folgenden Entscheidungen (*Kita-Entscheidungen*) zugrunde:

- 18.01.2011 - 25 W 14/10, DNotZ 2011, 632
- 21.02.2011 - 25 W 15/10, unveröff.
- 20.01.2011 – 25 W 35/10, DNotZ 2011, 634
- 15.11.2011 – 25 W 42/11, unveröff.
- 25.07.2011 – 25 W 47/11, unveröff.
- 20.03.2012 – 25 W 17/12, unveröff.
- 11.04.2016 – 22 W 40/15, NZG 2016, 993.

Ausserdem urteilte das *Kammergericht* in Nicht-Kita-Fällen:

- 07.03.2012 – 25 W 95/11, DStR 2012, 1195 (Verein zur Förderung der Klaviermusik);
- 22.08.2011 – 25 W 58/11, unveröff. (Verein zur Förderung des Völkerverständigungsgedankens);
- 19.09.2011 – 25 W 67/11, unveröff. (Verein zur Förderung der selbstbestimmten Gesundheit);
- 23.06.2014 – 12 W 66/12, FGPrax 2014, 270 (Verein zur Förderung des öffentlichen Gesundheitswesens);
- 16.09.2016 – 22 W 65/14, NZG 2016, 1352 (Unterstützungskasse).

Andere *Oberlandesgerichte* legen dagegen das Nebenzweckprivileg deutlich grosszügiger aus:

OLG Schleswig vom 18.09.2012 - 2 W 152/11, BeckRS 2013, 06920

OLG Brandenburg vom 04.08.2014 - 7 W 83/14, BeckRS 2014, 22210

OLG Stuttgart vom 03.12.2014 - 8 W 447/14, juris PR-Steuerrecht 20/2015

OLG Brandenburg vom 23.06.2015 - 7 W 23/15, NZG 2015, 922.

Als Reaktion auf die Rechtsprechung des KG wird im juristischen Schrifttum u.a. das Ausweichen auf eine gGmbH empfohlen (s. zul. *Dornbusch*, steueranwaltsmagazin 2016, 203 ff.). In diesem Zusammenhang ist vor allem eine grosse Verunsicherung in der Vereinslandschaft mit seinen gut 600.000 Vereinen festzustellen, da die Mitglieder das seit Jahrzehnten bestehende Nebenzweckprivileg in ihrem Tun und Lassen in Vereinen verinnerlicht haben.

cc) Offene Entscheidung des BGH

Zu der Entscheidung vom 16.02.2016 (22 W 71/15, DStR 2016, 1173) ist ein Rechtsbeschwerdeverfahren beim *BGH* (II ZB 7/16) anhängig, ausserdem anhängig *BGH* II ZB 6/16 und *BGH* II ZB 9/16. Entscheidungen dürften im laufenden Jahr zu erwarten sein.

dd) Abschliessende Anmerkung

Bei der Suche nach Indizien für einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb geht das *KG Berlin* (16.09.2016 - 22 W 64/14, Rn. 19, NZG 2016, 1352) mittlerweile wohl etwas weit: Mit der Argumentation, es spreche für einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb, dass «sich unter den Gründungsmitgliedern Steuer- und Finanzberater befinden, bei denen davon ausgegangen werden kann, dass sie (dem Verein) gegen Entgelt Anlagemöglichkeiten für die von den Mitgliedern zur Verfügung gestellten Mittel aufzeigen bzw. vermitteln wollen» impliziert die Vermutung, dass Kaufleute keinen Verein ohne wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb (bzw. der sich an das Nebenzweckprivileg hält) gründen können.

III. Änderungsvorschlag

Der Gesetzentwurf sieht u.a. vor, für kleinere Vereine, für die die Rechtsform der Kapitalgesellschaft oder der Genossenschaft wegen der damit verbundenen Kosten nicht zumutbar sind, den Zugang zur Rechtsform des rechtsfähigen wirtschaftlichen Vereins (§ 22 BGB) zu erleichtern. Der rechtsfähige wirtschaftliche Verein sei eine Rechtsform, die wenig Aufwand und Kosten verursacht.

Problem in der Praxis ist allerdings bisher, dass die Verleihung der Rechtsform des wirtschaftlichen Vereins Ländersache (zu-

ständig sind die Verwaltungsbehörden, z.B. Regierungspräsidien und nicht das Registergericht) ist und es an konkreten Kriterien und Vorgaben für die Verleihung fehlt.

Ziel der Reformbemühungen im Vereinsrecht durch Vorlage des RefE 2004 war es, diese Rechtsform quasi «auszutrocknen» bzw. abzuschaffen (s. Palandt/Ellenberger, Vor §§ 21 BGB, Rn. 25). Nun will die Bundesregierung erneut den Kurs ändern und schlägt vor, die Verleihung der Rechtsfähigkeit für den wirtschaftlichen Verein des § 22 BGB stärker zu konkretisieren und dadurch die Verleihungspraxis stärker zu vereinheitlichen. Zu diesem Zweck soll § 22 BGB verständlicher gefasst werden und eine Ermächtigung für eine Verordnung vorgesehen werden, durch die die Verleihungsvoraussetzungen nach § 22 BGB für Vereine konkretisiert werden.

IV. Begründung des RefE

1. Aus der Begründung (s. S. 18):

Die Bestimmungen im Bürgerlichen Gesetzbuch zur Verleihung der Rechtsfähigkeit an wirtschaftliche Vereine sollen verständlicher gefasst und konkretisiert werden, um zur Förderung bürgerschaftlichen Engagements die Verleihung der Rechtsfähigkeit insbesondere für Initiativen aus bürgerschaftlichem Engagement zu erleichtern, für die die Verfolgung ihres Zwecks in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft unzumutbar ist.

Daneben soll für sehr kleine Genossenschaften bei jeder zweiten Prüfung eine weniger aufwändige sogenannte vereinfachte Prüfung eingeführt werden. (...) dass zwar die meisten Genossenschaften das Prüfungssystem sehr positiv sehen, sich aber gerade kleinere Genossenschaften für eine Verringerung von Aufwand und Kosten aussprechen.

Im Entwurf sind daneben weitere Regelungen zum Bürokratieabbau für alle Genossenschaften vorgesehen, um auch die Gründung von Genossenschaften nicht nur für ganz kleine Unternehmen, sondern generell zu fördern. Damit soll zum einen den veränderten Rahmenbedingungen (z.B. dass Genossenschaften und ihre Mitglieder verstärkt das Internet nutzen) Rechnung getragen werden, zum anderen soll das Genossenschaftsrecht an die jüngere Rechtsentwicklung im Kapitalgesellschafts- und Vereinsrecht angepasst werden und es soll einzelnen Bedürfnissen aus der Praxis entsprochen werden.»

2. Und weiter (S. 23 f.):

Mit Artikel 1 soll § 22 BGB in der Entwurfsfassung (BGB-E) neu gefasst werden, um die Voraussetzungen für die Verleihung

der Rechtsfähigkeit an wirtschaftliche Vereine verständlicher zu regeln und die Voraussetzungen für die weitere Konkretisierung der Verleihungsvoraussetzungen durch Rechtsverordnung zu schaffen.

In Absatz 1 Satz 1 BGB-E soll geregelt werden, dass wirtschaftlichen Vereinen Rechtsfähigkeit verliehen werden kann. Wenn dies durch besondere Vorschriften bestimmt ist, wie z. B. für forstwirtschaftliche Vereinigungen durch Vorschriften im Bundeswaldgesetz, ergeben sich die Voraussetzungen für die Verleihung auch aus den spezialgesetzlichen Vorschriften.

Im Übrigen kann wirtschaftlichen Vereinen Rechtsfähigkeit verliehen werden, wenn es dem Verein unzumutbar ist, seine Zwecke in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft zu verfolgen. Das entspräche inhaltlich dem bisherigen § 22 BGB in der Auslegung durch die Rechtsprechung (BVerwG 24.04.1979 - 1 C 8/74, NJW 1979, 2261 ff.).

Absatz 1 Satz 2 BGB-E weist die Zuständigkeit für Entscheidung über die Verleihung der Rechtsfähigkeit dem Land zu, in dem der Verein seinen Sitz hat. Dies entspricht dem bisherigen § 22 Satz 2 BGB.

V. Kritik

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass es nicht in erster Linie darauf ankommt, ob der Idealverein eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt, sondern darauf, ob der Verein in seiner Zielsetzung auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb *gerichtet* ist. Die Vereinstätigkeit ist eben nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet, wenn der Verein mit Hilfe von Einnahmen aus einem wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb ausschliesslich und selbstlos einen ideellen Vereinszweck verfolgt (so aktuell *Schauhoff*, npoR 2016, 241 ff. m. Verweis auf *Leuschner*, npoR 2016, 99).

Richtig ist das Argument, dass der Rechtsverkehr gemeinnützige Vereine als die typischen Idealvereine ansieht. Insbesondere die Mitglieder gemeinnütziger Vereine können sich nicht vorstellen, dass sie sich allein deswegen mit dem Verein in der falschen Rechtsform befinden, weil sie zur Finanzierung der ideellen Tätigkeit wirtschaftliche Aktivitäten entfalten müssen. Sollte der These des Kammergerichtes gefolgt werden, droht ein Widerspruch zwischen dem Selbstverständnis der zahlreichen in einem Verein engagierten ehrenamtlichen Kräfte einerseits und der Rechtsordnung andererseits, wie es immer wieder bei der Diskussion um die Reformbedürftigkeit des Vereinsrechts anklingt (so *Leuschner*, npoR 2016, 99): Muss die Wirklichkeit der Rechtlage angepasst werden oder das geltende Recht der Rechtswirklichkeit?

Richtig ist weiter: Vereinsmitglieder möchten nicht an Han-

delsgeschäften beteiligt sein, auch nicht mittelbar, so zu Recht *Schauhoff*, npoR 2016, 241 ff. Sie fühlen sich *nicht* als Gesellschafter, Genossen oder Aktionäre, da sie persönlich keine Gewinninteressen verfolgen und auch nicht deswegen dem Verein beigetreten sind. Der unbestimmte Rechtsbegriff der Zumutbarkeit, in eine Rechtsform mit wirtschaftlicher Zielsetzung zu wechseln, ist daher nicht geeignet, hinsichtlich der gebotenen Abgrenzungen Rechtssicherheit zu schaffen. Im Gegenteil.

Der Verein, anders als eine Handelsgesellschaft, darf sowieso nicht das Interesse verfolgen, möglichst viel Vermögen zu erwirtschaften. Umgekehrt: Es müssen Einnahmen erwirtschaftet werden, um den ideellen Zweck verfolgen zu können. Die Satzungszweckformulierung «Sie ist selbstlos tätig und verfolgt nicht in erster Linie eigenwirtschaftliche Zwecke» wird dadurch Programm.

VI. Fazit

Fraglich ist, ob dieser (gut gemeinte, weniger gut gemachte) Vorschlag den Kern des Problems trifft. Hier soll eine Lösung für «kleinere Vereine» geschaffen werden, was immer das genau sein mag. Die Entscheidungen des *AG München* suggerieren jedenfalls die Unangreifbarkeit grosser Vereine, während eine Klärung der Grenzziehung zwischen Idealverein gemäss § 21 BGB und wirtschaftlichem Verein gemäss § 22 BGB durch den *BGH* noch aussteht.

Eine Reihe von unbestimmten Rechtsbegriffen schafft keine weitere Rechtssicherheit, vermutlich aber das Gegenteil. Der Referentenentwurf wird voraussichtlich zu spät sein, da er angesichts der Bundestagswahl 2017, die am 24.09.2017 stattfinden wird, noch vor der Sommerpause des Dt. Bundestages verabschiedet sein müsste.

gez.

Jürgen Wagner, LL.M., Rechtsanwalt

Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht

Konstanz/Zürich/Vaduz

Veranstaltungen

Liechtenstein

Universität Liechtenstein

Brexit, EFTA and EEA

Tuesday, 28 March 2017, 5.30 p.m.

panel discussion under the auspices of H.S.H. Hereditary Prince Alois of Liechtenstein, Acting Head of State.

Welcome & Introduction:

- *Jürgen Brücker*, President, University of Liechtenstein
- *Aurelia Frick*, Minister of Foreign Affairs, Education and Culture, Government of the Principality of Liechtenstein

Speakers:

- *Carl Baudenbacher*, President of the EFTA Court
- *Mads Andenæs*, University of Oslo
- *Pamela Buxton*, Hogan Lovells International LLP, London
- *Heribert Hirte*, Member of the Bundestag, University of Hamburg

We would like to cordially invite you to this event and would be pleased to welcome you on 28 March 2017.

Dr. Jürgen Brücker, President, University of Liechtenstein *University of Liechtenstein*, Fürst-Franz-Josef Strasse, 9490 Vaduz, Principality of Liechtenstein T +423 265 13 46, F +423 265 11 12, jasmin.kozlica@uni.li www.uni.li/liechtensteinhighlights



Universität Liechtenstein

Dienstag, 4. April 2017, 18.00-20.00 Uhr

Aktuelle bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Aktiengesellschaft in der Schweiz

Die Anforderungen an Rechtsanwälte, Treuhänder, Wirtschaftsprüfer, Richter und Staatsanwälte, aber auch an juristische Mitarbeiter in der Wirtschaft und Verwaltung wachsen ständig. Daher ist die Auseinandersetzung mit aktueller einschlägiger Rechtsprechung für Praktiker im rechtlichen Arbeitsumfeld unerlässlich.

Der Referent, *Prof. Dr. Peter V. Kunz*, ist ein ausgewiesener Experte des schweizerischen Aktienrechts, wobei er sein Wissen nicht zuletzt durch das Verfassen zahlreicher Publikationen an die Öffentlichkeit weitergab und -gibt. Anlässlich seines Referates wird *Prof. Dr. Peter V. Kunz* auf ausgewählte Entscheide des schweizerischen Bundesgerichts eingehen und aufzeigen, welche Entwicklungen auf höchstrichterlicher Ebene – insbesondere innerhalb der letzten fünf Jahre – stattgefunden haben.

Im Sinne eines Blickes in die Zukunft, wird sich *Prof. Dr. Peter V. Kunz* zudem zur aktuellen Aktienrechtsrevision äussern, welche seit November 2016 im Entwurf vorliegt. Im Namen des Lehrstuhls für Gesellschafts-, Stiftungs- und Trustrecht am Institut für Finanzdienstleistungen der Universität Liechtenstein würde ich mich sehr freuen, Sie zum 42. Rechtsprechtag am 4. April 2017 begrüssen zu dürfen.

Vaduz, im Februar 2017 *Prof. Dr. Francesco A. Schurr*

Dienstag, 4. April 2017

Begrüssung und Einführung

18.00	Prof. Dr. <i>Francesco A. Schurr</i> , Inhaber des Lehrstuhls für Gesellschafts-, Stiftungs- und Trustrecht, Institut für Finanzdienstleistungen, Universität Liechtenstein, Vaduz
-------	--

Aktuelle bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Aktiengesellschaft in der Schweiz

18.10	Prof. Dr. <i>Peter V. Kunz</i> , Dekan der Rechtswissenschaftlichen Fakultät, Geschäftsführender Direktor am Institut für Wirtschaftsrecht, Ordentlicher Professor für Wirtschaftsrecht und Rechtsvergleichung, Universität Bern
-------	--

Fragen und Diskussion

19.30	<i>Moderation: Prof. Dr. Francesco A. Schurr</i> Podiumsteilnehmer: <i>Prof. Dr. Peter V. Kunz</i>
-------	---

Schlusswort des Veranstalters

20.00	Apéro und Gedankenaustausch
-------	-----------------------------

Ort

Universität Liechtenstein, Fürst-Franz-Josef-Strasse, 9490 Vaduz, Auditorium

Preis

CHF 210,- pro Person einschliesslich Unterlagen, Teilnahmezertifikat und Apéro.

Anmeldung

Die Anmeldung kann online unter www.uni.li/rechtsprechtag oder per Fax +423 265 11 12 erfolgen. Sie ist verbindlich und verpflichtet zur Einzahlung der Gebühr. ErsatzteilnehmerInnen werden ohne Mehrkosten akzeptiert. Anmeldeschluss Freitag, 24. März 2017.

Kontakt und Information

Für weitere Informationen stehen Ihnen lic. iur. *Frédérique Lambrecht*, LL.M. und *Beatrice Kaiser* gerne zur Verfügung. Institut für Finanzdienstleistungen, Telefon +423 265 11 90.

www.uni.li/rechtsprechtag

Universität Liechtenstein

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

ooOoo

Universität Liechtenstein

Dienstag, 09. Mai 2017

«Compliance-Day 2017» zum Thema Whistleblowing

Für die Vorträge und Podiumsdiskussionen konnten folgende Referenten gewonnen werden:

- *Prof. Dr. iur. Roland Müller*, Rechtsanwalt und Notar; Titularprofessor an den Universitäten St. Gallen und Bern; Präsident der Finanzmarktaufsicht (FMA) Liechtenstein; Seniorpartner ME Advocat Rechtsanwälte, Staad/SG
- *Philipp Rosenauer*, MLaw, MSc, Legal FS Regulatory & Compliance Services, PwC, Zürich
- *Prof. Dr. Nicolas Raschauer*, Inhaber des Lehrstuhls für Bank- und Finanzmarktrecht, Institut für Finanzdienstleistungen, Universität Liechtenstein, Vaduz
- *Univ.-Prof. Dr. Michael Gruber*, Lehrstuhl für Unternehmensrecht, Universität Salzburg
- *Hubert Krattinger*, Vorstandsmitglied, Swiss Association of Compliance Officers (SACO); Senior Advisor for Legal, Compliance and Risk to the CEO; Pythagoras Ltd, Zug
- *Olaf von der Lage*, Vorstandsmitglied, Swiss Association of Compliance Officers (SACO); CEO complias AG, Bubikon Zürich
- *Priv.-Doz. Dr. Wolfgang Wessely*, LL.M., Senatsvorsitzender am LVwG Niederösterreich
- *RA Univ.-Prof. Dr. Richard Soyer*, Leiter, Abteilung für Un-

ternehmensstrafrecht und Strafrechtspraxis,

- *Johannes Kepler*, Universität Linz; Partner, Rechtsanwaltsbüro Soyer Kier Stuefer, Wien
- *Kenan Tur*, Vorstand und Gründer, Business Keeper AG, Berlin
- *Dr. Zora Ledergerber*, Gründerin und CEO, Integrity Line GmbH, Zürich
- *Dr. Georg Stöckl*, Direktor, Mitglied der Geschäftsleitung, Raiffeisen Privatbank Liechtenstein AG, Vaduz

Die Themenschwerpunkte der Tagung sind insbesondere Whistleblowing und Unternehmensrisiko, Hinweisgebersysteme, Imageschäden für Unternehmen und Besonderheiten in der Rechtsanwendung.

Zum vierten Compliance-Day möchten wir Sie recht herzlich einladen und würden uns sehr freuen, Sie am 09. Mai 2017, um 08.30 Uhr an der Universität Liechtenstein begrüßen zu dürfen.

Universität Liechtenstein

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

ooOoo

Europa Institut, Universität Zürich

14. Zürcher Aktienrechtstagung – Das neue Schweizer Aktienrecht kommt

Freitag, 7. April 2017, 09.15 – 17.15 Uhr
Park Hyatt, Zürich, Leitung: *Dr. Gaudenz G. Zindel*

Kosten

CHF 600.– inkl. Unterlagen, Mittagessen und Pausenverpflegung

Anmeldung

per Internet: www.eiz.uzh.ch oder per Fax beim Sekretariat des Europa Instituts an der Universität Zürich, Fax: +41 44 634 43 59, Bestätigte Anmeldungen können nicht rückgängig gemacht werden.

Auskünfte

erteilt das Europa Institut an der Universität Zürich, Hirschengraben 56, 8001 Zürich, Tel. +41 44 634 48 91, eiz@eiz.uzh.ch

ooOoo

Schweiz

Mehrwertsteuergesetz

Auf den 1.1.2018 wird das Schweizer Mehrwertsteuergesetz sehr wahrscheinlich in zahlreichen wichtigen Punkten geändert. Ziel unserer kommenden Workshops ist es, Ihnen den neuesten Stand der Entwicklung der Mehrwertsteuer im Detail vorzustellen, aber auch auf die möglichen Auswirkungen der absehbaren Gesetzesänderungen gründlich einzugehen. Gerne laden wir Sie daher zu einem unserer meist ganztägigen Workshops ein.

Mehrwertsteuer-Workshops 2017:

- Immobilien und Baugewerbe am 11.05.2017
- Rechnungswesen, Grundlagen am 04.04.2017
- Leiter Finanz- und Rechnungswesen am 27.04.2017
- Finanzkontrollen am 05.09.2017
- Neuerungen der MWST für Gemeinwesen 1 am 17.05.2017
- Neuerungen der MWST für Gemeinwesen 2 am 19.09.2017
- Gemeinwesen, Grundlagen am 14.09.2017
- Compliance und Risk-Management in der DE-MWST am 30.03.2017
- EU, Grundlagen am 09.05.2017

- EU, Vertiefung am 10.05.2017
- Deutschland für Unternehmen aus der Schweiz am 16.05.2017
- Warenverkehr grenzüberschreitend zwischen CH/EU am 04.05.2017
- Banken und Vermögensverwalter am 30.05.2017
- Versicherungen, Pensionskassen und Broker am 19.10.2017
- Anwälte und Notare am 26.10.2017
- Bildung und Forschung am 07.11.2017
- Heime und Institutionen 1 am 25.04.2017
- Heime und Institutionen 2 am 07.09.2017
- Spitäler und Gesundheitswesen am 09.11.2017
- Teilrevision MWST per 1.1.2018 am 31.05.2017
- Neuerungen per 1.1.2018 am 05.12.2017

Bei Fragen zu den einzelnen Workshops oder anderen Anliegen stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung: Tel.: 044 219 66 66 oder info@swissvat.ch.

SwissVAT AG, Dr. Gerhard Schafroth

ooOoo

Redaktion

aktuelles

Schweiz

Der jüngste «KPMG Forensic Fraud Barometer» zeigt, dass 2016 an Schweizer Gerichten 57 Fälle von Wirtschaftskriminalität behandelt wurden. Das sind zwar deutlich weniger als im Vorjahr, doch der Gesamtschaden von über CHF 1.4 Mrd. liegt auf dem höchsten Stand seit Erfassung der Daten durch KPMG. Die durchschnittliche Schadenssumme bei Investoren betrug CHF 165 Mio., beim Staat CHF 13 Mio.

Im vergangenen Jahr verursachten 57 Fälle von Wirtschaftskriminalität in der Schweiz einen Schaden von CHF 1.4 Mrd. Dies zeigt der aktuelle «KPMG Forensic Fraud Barometer», der jedes Jahr die öffentlich verhandelten und medial publizierten Gerichtsfälle analysiert. Im Vergleich mit dem Jahr 2015 fällt das extrem hohe Schadensvolumen auf: Dieses stieg von CHF 280 Mio. auf CHF 1.4 Mia. Das Allzeithoch ist vor allem einem Fall mit einem Schadensvolumen von CHF 800 Mio. sowie drei Fällen mit einem Volumen von jeweils über CHF 125 Mio. geschuldet.

KPMGnews 09.03.2017

ooOoo

Handelskammer Deutschland-Schweiz Grenzüberschreitender Mitarbeitereinsatz im Verhältnis Deutschland-Schweiz

Mit zunehmender internationaler Vernetzung wird auch der grenzüberschreitende Einsatz von Mitarbeitern und deren Besteuerung für Unternehmen immer bedeutsamer – und damit das Doppelbesteuerungsabkommen.

Im Verhältnis zwischen Deutschland und der Schweiz sind insbesondere die Artikel 15 und 15a des Doppelbesteuerungsabkommens (DBA) zwischen den beiden Staaten heranzuziehen. Im Folgenden werden die Grundzüge dieser DBA-Artikel und Besonderheiten des DBA im Kontext mit den anderen Artikeln anhand von typischen Beispielen dargestellt.

Regelung einer zwischenstaatlichen Besteuerung

Artikel 15 DBA regelt zwischenstaatlich die Besteuerung von Lohn und Gehalt bei grenzüberschreitend tätigen Mitarbeitern. Vor der Prüfung eines DBA steht die Prüfung, ob in dem Ansässigkeits- und dem Tätigkeitsstaat das Gehalt nach in-

nerstaatlichem Recht überhaupt besteuert werden darf. Dies kann aber bei den beteiligten Ländern – Deutschland und Schweiz – in den folgenden Fällen stets angenommen werden. Der Prüfung des Artikels 15 muss eine Prüfung des Artikel 4 DBA vorangestellt werden. Dabei wird überprüft, in welchem Staat der betrachtete Mitarbeiter überhaupt ansässig ist und welcher Staat dann zum Tätigkeitsstaat wird. Denn nur diesem ist eine Besteuerung des Gehalts gestattet:

- Ist der Mitarbeiter durch Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt – etwa durch Aufenthalt von mehr als sechs Monaten in Deutschland – unbeschränkt steuerpflichtig, gilt er nach Artikel 4 Absatz 1 DBA in Deutschland als ansässig.
- Hat er seinen gewöhnlichen Aufenthalt oder Wohnsitz nur in der Schweiz, gilt er als in der Schweiz ansässig.

Schwieriger sind die Fälle zu fassen, in denen der Mitarbeiter in beiden Staaten eine Wohnung unterhält oder in beiden Staaten einen gewöhnlichen Aufenthalt hat und daher in beiden Staaten als unbeschränkt steuerpflichtig zu gelten hat. In dem Fall regelt der Artikel 4 Abs. 2 DBA (sog. Tie-Breaker-Rule) die Ansässigkeit so, dass stets nur ein Staat abkommensrechtlich als Ansässigkeitsstaat anerkannt wird. Zumeist wird durch die Grundregel festgelegt, dass ein Mitarbeiter dort als ansässig gilt, wo er aufgrund der engeren persönlichen und wirtschaftlichen Beziehungen seinen Mittelpunkt der Lebensinteressen hat. Ist das nicht eindeutig, entscheidet der gewöhnliche Aufenthalt im DBA-Sinne, die Staatsangehörigkeit und in letzter Instanz ein Verständigungsverfahren zwischen Schweiz und Deutschland über die Ansässigkeit eines Mitarbeiters.

Besteuerungsrecht im Ansässigkeitsstaat

Nicht so einfach erschliesst sich dem Leser Artikel 15 DBA – aufgrund seiner Ausnahmen und Rückausnahmen sowie seiner sprachlich verunglückten doppelten Verneinungen bei kumulativ zu erfüllenden Voraussetzungen. Darum hätte dieser schon im Ursprungstext des OECD-Musterabkommens einfacher formuliert werden sollen. In Absatz 1 des Artikels 15 DBA wird die Grundregel aufgestellt, dass das Gehalt «nur» im Ansässigkeitsstaat des Mitarbeiters besteuert werden darf – es sei denn, die Arbeit wird im anderen Staat «ausgeübt». Dann darf «auch» der andere Tätigkeitsstaat besteuern. Eine Tätigkeit wird in einem Staat ausgeübt, wenn sich der Arbeitnehmer dort körperlich aufhält. Eingeschränkt wird das Besteuerungsrecht des Tätigkeitsstaats durch Artikel 15 Abs. 2 DBA: Danach darf nur der Ansässigkeitsstaat das Gehalt – für im Tätigkeitsstaat ausgeübte Arbeiten – besteuern, wenn (kumulative Bedingungen):

- a. Der Arbeitnehmer sich im Tätigkeitsstaat nicht länger als

- 183 Tage des Kalenderjahres aufgehalten hat;
- b. die Vergütungen von einem Arbeitgeber oder für einen Arbeitgeber gezahlt werden, der nicht im Tätigkeitsstaat ansässig ist;
 - c. Die Vergütungen nicht von einer Betriebsstätte oder einer festen Einrichtung getragen werden, die der Arbeitgeber im Tätigkeitsstaat hat.

Verständlicher wird Artikel 15 Abs. 2 DBA erst dann, wenn man die Voraussetzungen positiv formuliert: Der Tätigkeitsstaat darf das Gehalt für bei ihm ausgeübte Tätigkeiten immer dann besteuern, wenn:

- a. sich der Arbeitnehmer länger als 183 Tage im Tätigkeitsstaat aufhält oder
- b. der Arbeitgeber, die Vergütungen des Arbeitnehmers wirtschaftlich trägt, im Tätigkeitsstaat ansässig ist oder
- c. der Arbeitslohn von einer Betriebsstätte oder festen Einrichtung getragen wird, die der Arbeitgeber im Tätigkeitsstaat unterhält.

Wird die Tätigkeit in einem Drittstaat ausgeübt, dann kann dieser gegebenenfalls nach § 15 OECD-MA besteuern. Das Ausüben der Tätigkeit im Ansässigkeitsstaat bedingt eine Besteuerung ausschliesslich durch diesen Staat.

Dennoch kann es zu Konflikten kommen, wenn beide Staaten dieselben Gehaltsbestandteile besteuern können, kann es jedoch zu Konflikten kommen: Der Ansässigkeitsstaat nach dem Welteinkommensprinzip und der Tätigkeitsstaat wegen der in seinem Hoheitsgebiet ausgeübten Tätigkeit.

Sowohl Deutschland als auch die Schweiz lösen diesen Konflikt der Besteuerung von Gehältern – wenn sie Ansässigkeitsstaat sind –, grundsätzlich durch Freistellung des Gehalts und steuersatzbestimmende Einbeziehung des so freigestellten Gehalts im sogenannten Progressionsvorbehalt (Artikel 24 DBA).

Progressionsvorbehalt als Lösung für beide Staaten

Artikel 24 DBA zum Progressionsvorbehalt besagt, dass der Steuersatz unter Einbeziehung des im Ausland freigestellten Gehalts ermittelt wird. Aufgrund des progressiven Tarifs führt dies in beiden Ländern zu einem höheren Steuersatz. Nur dann, wenn die Schweiz das Besteuerungsrecht gar nicht ausübt, besteuert Deutschland das nach DBA freigestellte Gehalt wie deutsches Gehalt (§ 50d Absatz 8 oder Absatz 9 EStG). Dies ist als sogenannter Treaty Override inzwischen als verfassungsgemäss anzusehen. Der Tätigkeitsstaat besteuert immer unvermindert, wenn ihm das Besteuerungsrecht zusteht.

Beispiele und situative Lösungsansätze

1. Beispiel:

Der in Deutschland ansässige Mitarbeiter Schmidt wird zum Aufbau von Maschinen an unterschiedlichen Einsatzorten an

190 Arbeitstagen in der Schweiz eingesetzt. Dreissig Arbeitstage arbeitet er in Deutschland und zehn Tage in Österreich.

Lösung: Die Schweiz besteuert das Schweizer Gehalt, Deutschland stellt das in der Schweiz besteuerte Gehalt unter Progressionsvorbehalt frei. Das Gehalt, das auf Deutschland und Österreich entfällt, ist in Deutschland steuerpflichtig. Zur gleichen Aufteilung des Besteuerungsrechts käme es auch dann, wenn im Beispiel 1 der Arbeitnehmer Schmidt zwar an weniger als 183 Tagen in einer Schweizer Betriebsstätte im Sinne des Arbeitgebers oder einem Schweizer Tochterunternehmen seines Arbeitgebers tätig würde und die Schweizer Arbeitsstätte oder das Schweizer Tochterunternehmen mit dem Arbeitslohn belastet würde. Wird somit der Tätigkeitsstaat zeitlich (mehr als 183 Tage) oder durch den Betriebsausgabenabzug belastet, hat er das Besteuerungsrecht für das Gehalt. In allen anderen Fällen hat nur der Ansässigkeitsstaat das Besteuerungsrecht. Anders als die meisten anderen DBA enthält das DBA Deutschland-Schweiz auch in Artikel 15 Absatz 4 eine Klausel für leitende Angestellte von Kapitalgesellschaften. Diese Klausel sieht vor, dass leitende Angestellte (ausgewiesen durch Eintragung im Handelsregister als Vorstandsmitglied, Direktor, Geschäftsführer oder Prokuristen) nur am Sitz der Gesellschaft besteuert werden. Dies gilt, insofern die Tätigkeit nicht derartig abzugrenzen ist, dass sie Tätigkeiten ausschliesslich ausserhalb des Sitzstaates umfasst. Die Tätigkeit wird lediglich im Sitzstaat besteuert, auch wenn sie gelegentlich in einem Drittstaat oder im Ansässigkeitsstaat ausgeführt wird.

2. Beispiel:

Der in Deutschland ansässige Mehrheitsgesellschafter und Geschäftsführer der Schuster GmbH, Herr Schuster, wird Geschäftsführer des Tochterunternehmens Schuster AG in Zug.

Lösung: Nur die Schweiz besteuert das Gehalt, Deutschland stellt das in der Schweiz besteuerte Gehalt unter Progressionsvorbehalt frei. Problematisch im Hinblick auf eine verdeckte Gewinnausschüttung (nach Deutschland) wäre es sicherlich, wenn der Geschäftsführer im Beispiel zwei ausschliesslich ein überhöhtes Gehalt in der Schweiz bezieht. Die deutsche Finanzverwaltung prüft solche Gesellschaften regelmässig nach den Hinzurechnungsgrundsätzen in §§ 7-14 AStG und nach § 42 AO, ob möglicherweise eine substanzlose Briefkastengesellschaft vorliegt. Man sollte auch der Versuchung widerstehen, im Hinblick auf die hohe Besteuerung in Deutschland einen Schweizer Geschäftsführer in Deutschland kein Gehalt beziehen zu lassen (Beispiel 3).

3. Beispiel:

Der in der Schweiz ansässige Geschäftsführer der Rütli AG im Kanton Uri, Herr Urländer, wird Geschäftsführer des Tochterunternehmens Rütli GmbH in Stuttgart. Circa vierzig Prozent seiner Arbeitszeit verbringt er in der Schweiz und in Deutschland

mit der Führung der Rütli GmbH. Ein Geschäftsführergehalt bezieht er in Deutschland nicht. Er hat auch keine Wohnung in Stuttgart.

Lösung: Das in der Schweiz bezogene Gehalt ist zu vierzig Prozent (sachgerechte Schätzung anhand der Tage) in Deutschland steuerpflichtig. Sechzig Prozent des Gehalts ist in der Schweiz steuerpflichtig, vierzig Prozent des Gehalts wird in der Schweiz unter Progressionsvorbehalt, also satzbestimmend berücksichtigt.

Die Besteuerung nach vorgenannten Grundsätzen von Arbeitnehmern und von leitenden Angestellten ist dann nicht anwendbar, wenn die betreffende Person ein sogenannter Grenzgänger im Sinne von Artikel 15a DBA ist. In dem Fall erhält der Tätigkeitsstaat viereinhalb Prozent der Bruttovergütung des Grenzgängers. Diese, in der Schweiz einbehaltene Steuer, wird im Ansässigkeitsstaat Deutschland auf die deutsche Steuer angerechnet. Im Ansässigkeitsstaat Schweiz wird das Gehalt, das im Tätigkeitsstaat Deutschland mit viereinhalb Prozent einbehaltener Quellensteuer belastet wurde, durch eine pauschale Freistellung von zwanzig Prozent entlastet.

Ein Grenzgänger liegt vor, wenn eine Person mit Wohnsitz im Ansässigkeitsstaat regelmässig (zumeist täglich) von seinem Wohnsitz zum Arbeitsort im Tätigkeitsstaat und an seinen Wohnsitz zurück über die Grenze reist. Nur dann, wenn diese Person mehr als sechzig Tage im Jahr nicht in den Ansässigkeitsstaat zurück reist und im Tätigkeitsstaat übernachtet, verliert sie die Grenzgängereigenschaft (sogenannte Nichtrückkehrertage). Die sechzig Nichtrückkehrertage werden bei einer Teilzeittätigkeit oder einer nur unterjährigen Beschäftigung proportional reduziert.

Besteuerung für Deutschland und die Schweiz bei Grenzgängern

Stets mehr Mitarbeiter pendeln zwischen Deutschland und der Schweiz. Von den betroffenen Unternehmen erfordert das eine genaue Kenntnis der korrekten Besteuerung. Ein Grenzgänger ist eine Person mit Wohnsitz im Ansässigkeitsstaat, die regelmässig (zumeist täglich) vom eigenen Wohnsitz zum Arbeitsort im Tätigkeitsstaat reist – und wieder zurück. Drei realistische Beispiele zeigen, wie sich unterschiedliches Pendlerverhalten auf die Besteuerung auswirken.

Berücksichtigung der Nichtrückkehrertage-Regelung

Das Besteuerungsrecht für Grenzgänger steht nach den Doppelbesteuerungsabkommen (DBA) dem Wohnsitzstaat zu. Dieses Besteuerungsrecht des Wohnsitzstaates entfällt jedoch bei einer berufsbedingten Nichtrückkehr an den Wohnsitz. Die Anzahl der maximalen Nichtrückkehrertage kann mit einer einfachen Formel berechnet werden.

1. Beispiel:

Der in Konstanz lebende Herr Bodensee bezieht ein Geschäftsführergehalt für seine Teilzeittätigkeit als Geschäftsführer der Ütli GmbH in Zürich. An zwei von fünf Arbeitstagen leitet er die GmbH, wie es vertraglich vereinbart ist. Mehr Arbeitszeit lässt auch sein Arbeitsvisum nicht zu. Die übrige Zeit ist er Privatier in Konstanz. Herr Bodensee fährt jeden Tag von Konstanz nach Zürich und zurück.

Lösung: Das in der Schweiz bezogene Gehalt ist zu 4,5 Prozent des Bruttogehalts in der Schweiz steuerpflichtig. Gleichzeitig ist es in Deutschland zu versteuern. Die einbehaltene Steuer in der Schweiz wird in Deutschland angerechnet.

2. Beispiel:

Herr Bodensee verbringt im Jahr vierzig Nächte in einem Apartment in Zürich, das er gemietet hat, um in Zürich zu übernachten. Dies nützt er, wenn die Arbeitsbelastung an dem Arbeitstag zu hoch ist und er nicht mehr nach Konstanz fahren kann. Die branchentypische betriebsübliche Arbeitszeit beträgt zweihundertfünfzig Tage im Jahr.

Lösung: Da Herr Bodensee mit seinen vierzig Übernachtungen die Grenze von fünfundzwanzig Nichtrückkehrertagen* überschreitet, ist er kein Grenzgänger. Dadurch ist sein Gehalt ausschliesslich in der Schweiz nach Artikel 15 Absatz 4 DBA steuerpflichtig. Das Gehalt wird allerdings in Deutschland unter Progressionsvorbehalt bei der Ermittlung des Steuersatzes des steuerpflichtigen deutschen Einkommens berücksichtigt (Progressionsvorbehalt).

*Berechnung der Nichtrückkehrertage im konkreten Beispiel: 2 vereinbarte Arbeitstage pro Woche * 52 Wochen / 250 übliche Arbeitstage im Jahr * 60 Nichtrückkehrertage im Jahr

Begünstigte Norm für Deutschland

In der Praxis führt immer wieder die Tatsache zum Entsetzen, dass sich Deutschland – anders als in den anderen Doppelbesteuerungsabkommen – im vorliegenden DBA ein besonderes Besteuerungsrecht in Artikel 4 Absatz 3 DBA vorbehalten hat. Dies gilt dann, wenn eine ständige Wohnstätte in Deutschland, also Schlüsselgewalt über eine Wohnung im Inland, besteht. Gleiches trifft zu, wenn zwar die Ansässigkeit in der Schweiz vorliegt, aber der Steuerpflichtige einen gewöhnlichen Aufenthalt von mehr als sechs Monaten im Jahr in Deutschland hat. Nach dieser Regel kann Deutschland dann die im Regelfall niedrigere Besteuerung in der Schweiz unter Anrechnung der Schweizer Steuer auf die höhere deutsche Steuer hochschleusen – insofern ihm auch bei einer Ansässigkeit in Deutschland das Besteuerungsrecht zustünde (sogenannte «überdachende Besteuerung»). Der Artikel 4 Absatz 3 DBA fingiert eine (zusätzliche) Ansässigkeit in Deutschland und ist eine einseitig in Deutschland begünstigende Norm.

Beispiel:

Der angestellte Vertriebschef Meier lebt mit seiner Familie in der Schweiz und arbeitet vorwiegend in der Schweiz. Daneben unterhält er eine ständige Wohnstätte in Gestalt eines gererbten, möblierten Hauses in Deutschland. Um den deutschen Vertrieb aufzubauen nutzt er das Haus gelegentlich an den Wochenenden und an sechzig Arbeitstagen im Jahr für seinen Schweizer Arbeitgeber. Meier ist kein leitender Angestellter seines Arbeitgebers.

Lösung: Die Schweiz besteuert hundert Prozent des Gehalts nach Artikel 15 Absatz 1 DBA. 60/220 seines in der Schweiz erzielten Gehalts ist zusätzlich in Deutschland steuerpflichtig – nach Artikel 4 Absatz 3 DBA. Die Schweizer Steuer wird in Deutschland auf diesen Gehaltsbestandteil angerechnet.

Zwar kann grundsätzlich gegenüber der deutschen Finanzverwaltung argumentiert werden, dass die Wohnung in Stuttgart nach Charakter und Lage ausschliesslich Erholungs-, Kur-, Studien- oder Sportzwecken dient und nachweislich nur gelegentlich genutzt wird. Diese Argumentation ist allerdings nicht mehr zulässig, wenn die Wohnung zur Wahrnehmung wirtschaftlicher oder beruflicher Interessen verwendet wird. Unangenehm wird die überdachende Besteuerung vor allem bei nicht freigestellten originären Schweizer Einkünften – wie Kapitalerträgen (vor allem Veräusserungsgewinne) und Schweizer Immobilieneinkünften, die einer zusätzlichen Besteuerung unter Anrechnung der Schweizer Steuer in Deutschland unterworfen werden können. Ausserdem können Drittstaats-einkünfte, die unter Umständen in der Schweiz steuerfrei oder tiefer besteuert werden, in Deutschland hoch besteuert werden.

Anwendungsfälle für eine «nachlaufende Besteuerung»

Schliesslich hat sich Deutschland einseitig in Artikel 4 Absatz 4 DBA die sogenannte «nachlaufende Besteuerung» vorbehalten. Nach dieser bleiben nicht-schweizerische Staatsangehörige im Jahre des Umzugs in die Schweiz in Deutschland steuerpflichtig – unter Aufgabe der deutschen Ansässigkeit und in den folgenden fünf Jahren mit ihren aus Deutschland stammenden Einkünften. Dies trifft dann zu, wenn sie vor dem Wegzug in Deutschland mindestens fünf Jahre unbeschränkt steuerpflichtig waren. Deutschland rechnet die Schweizer Steuer an. Die nachlaufende Besteuerung ist nicht anzuwenden, wenn Nicht-Schweizer zur Ausübung einer «echten» unselbständigen Tätigkeit bei einem Arbeitgeber – an dem sie weder unmittelbar noch mittelbar durch Beteiligung oder auf andere Weise «wirtschaftlich wesentlich interessiert» sind – oder zur Heirat in die Schweiz umziehen.

Beispiel:

Der schon immer in Deutschland unbeschränkt steuerpflichtige Vermögensverwalter Schmidt mit deutscher Staatsangehörig-

keit, der in Konstanz für einen deutschen Vermögensverwalter arbeitet, zieht 2016 in das benachbarte Kreuzlingen, Schweiz. Er wird zum Grenzgänger. Auch ist er zu 25 Prozent an seinem deutschen Arbeitgeber in der Rechtsform einer GmbH beteiligt.

Lösung: Die Schweiz besteuert das Gehalt nach Artikel 15a Absatz 1 DBA und stellt zwanzig Prozent des Bruttogehalts frei. Deutschland darf das Gehalt – welches aus Deutschland stammt, – nach Artikel 4 Absatz 4 DBA für das Jahr des Wegzugs 2016 und fünf weitere Jahre bis einschliesslich 2021 besteuern. Da Schmidt wesentlich an seinem Arbeitgeber wirtschaftlich beteiligt ist, ist die nachlaufende Besteuerung hier zulässig. Die Schweizer Steuer wird auf die deutsche Steuer angerechnet. Allenfalls greift hier auch die Wegzugsbesteuerung nach § 6 AStG für die Anteile an dem deutschen Arbeitgeber. Nicht behandelt wurden hier die sozialversicherungsrechtlichen Fragestellungen bei einer Entsendung ins Ausland – wie etwa, an welchen Sozialversicherungsträger ein Beitrag abgeführt werden muss oder welche Versicherungssumme der Arbeitnehmer im Falle eines Unfalls im Ausland erhält. Die für den Arbeitgeber aus haftungsrechtlichen Gründen und für den Arbeitnehmer aus Vorsorgegründen mindestens genauso bedeutsamen Fragen müssen durch verbindliche Abklärungen im Vorfeld eines Auslandseinsatzes mit den zuständigen Sozialversicherungsbehörden getroffen werden. Sozialversicherungsrechtliche Einordnungen von Entsendungen weichen regelmässig von der steuerlichen Behandlung ab.

aus: <http://www.handelskammerjournal.ch/de/grenzueberschreitender-mitarbeitereinsatz-im-verhaeltnis-deutschland-schweiz-2-2>

Redaktion

LiteraTour

«Doing business in Norway» (Ausgabe 2017)

«Doing business in Norway» enthält eine Einführung in das norwegische Wirtschaftsrecht. Im Einzelnen werden das allgemeine Zivilrecht, das Arbeitsrecht, das Gesellschaftsrecht, das Immaterialgüterrecht, das Immobilienrecht, das Steuerrecht sowie das Zivilprozessrecht dargestellt.

Wir überarbeiten den Guide jährlich, um ihn an die aktuelle Gesetzgebung und Rechtsprechung anzupassen. In der Ausgabe 2017 haben wir u.a. folgende Anpassungen vorgenommen:

- Im Kapitel «II. Civil Law» haben wir im Abschnitt «4. Construction Contracts» verschiedene neue Standardverträge für Offshore-Projekte eingearbeitet. Derartige Standardverträge sind – nicht nur im Offshore-Bereich – sehr verbreitet und haben daher für die Praxis eine erhebliche Bedeutung.

- Im Kapitel «V. Employment» haben wir die Abschnitte über die Kündigung von Arbeitsverhältnissen und über die Regeln zu befristeten Arbeitsverträgen aktualisiert.
- Weiterhin haben wir im Kapitel «VI. Tax» die für das Jahr 2017 geltenden Steuersätze und Freibeträge sowie die ab 1. April 2017 geltenden Umsatzsteuerregeln eingearbeitet, nach denen Unternehmen aus EWR-Staaten künftig keinen Fiskalvertreter mehr in Norwegen benötigen.

*GRETTE'S GERMAN DESK , romo@grette.no
aus German Desk Newsletter 1/2017*

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



SYNERGIE SCHAFFT VERTRAUEN.

Finanzprofis aus der ganzen Welt sind bei uns in den besten Händen. Ob Vermögensverwalter, Vermögensberater oder Treuhänder: Wir bieten Ihnen Zugang zum Finanzplatz Liechtenstein und wickeln Geschäfte für Sie als Intermediär ab. Kompetent, effizient und flexibel – ganz egal, wo Sie zuhause sind.

Volkbank Liechtenstein: Die beste Wahl in Sachen Erfolg.

Private Banking

Thomas Fitz
thomas.fitz@volksbank.li
+423 239 04 28

Privat- und Geschäftskunden

Ludwig Zanker
ludwig.zanker@volksbank.li
+423 239 04 26

Finanzierung

Mag. Josef Werle
josef.werle@volksbank.li
+423 239 04 30

gesetzgebung

Schweiz

Die jüngsten Entwicklungen im Schweizer Datenschutzgesetz

Nach der Revision des Europäischen Datenschutzrechts wurde gespannt der Vorentwurf für die Revision des Schweizer Datenschutzgesetzes (DSG) erwartet. Auf was für eine Stossrichtung lässt der veröffentlichte Vorentwurf schliessen, und was könnte das für Unternehmen in Zukunft bedeuten?

Am 1.4.2015 informierte der Bundesrat über das Vorhaben, bis Ende August 2016 einen Entwurf für das revidierte Schweizer DSG vorzulegen. Mit der Veröffentlichung des Vorentwurfs des DSG Ende Dezember 2016 wurde nun auch der öffentliche Meinungsbildungsprozess gestartet – der Weg bis zur eigentlichen Inkraftsetzung ist aber noch lang.

Gestärkter Datenschutz und erhöhte Transparenz

Der Vorentwurf verdeutlicht, dass eine Grundlage geschaffen werden soll, die dem Datenschutzniveau der neuen EU-Datenschutzgrundverordnung entspricht. Der Vorentwurf DSG orientiert sich stark an europäischen Datenschutzgrundsätzen, wie z.B. erhöhte Transparenz, Stärkung des Datenschutzes und der Kontrollorgane, Anpassung an die fortschreitende technische Entwicklung und das Recht auf Vergessen.

Welche wichtigen Veränderungen und Stossrichtung enthält der aktuelle Vorentwurf konkret?

- Der Geltungsbereich des Vorentwurfs-DSG (VE-DSG) hat sich der internationalen Datenschutzgesetzgebung angepasst und schützt nun ausschliesslich natürliche Personen. Es wird also, im Gegensatz zum heutigen Recht, vollkommen auf den Schutz juristischer Personen verzichtet. Dies bedeutet jedoch nicht, dass Unternehmen aus der Verantwortung genommen werden, sondern vielmehr, dass diese nicht mehr als Datensubjekt angesehen werden und somit kein eigenes Klagerecht mehr haben.
- Die neuen, stark geänderten Strafbestimmungen sehen im Gegensatz zum aktuellen Recht empfindliche Bussen von bis zu CHF 500'000.– für Datenschutzverletzungen vor. Das Datenschutzrecht der EU, das Bussen von bis zu 4% des Jahresumsatzes oder 20 Mio. Euro vorsieht, ist in dieser Hinsicht dennoch deutlich strenger. Die hohen Bussen dürften bei zahlreichen Unternehmen zur Überlegung führen, wo Daten zukünftig gespeichert bzw. bearbeitet

werden sollen, wobei durch den weiten geographischen Anwendungsbereich des EU Datenschutzrechts hier wohl enge Grenzen gesetzt sind.

- Neu wäre auch die Pflicht zur Erstellung einer Datenschutz-Folgeabschätzung, also eine Risikobeurteilung der Auswirkungen auf die Privatsphäre. Aufgrund dieser Folgeabschätzung sollen Unternehmen frühzeitig angemessene Massnahmen definieren, um so die Datenschutz-Risiken für die betroffenen Personen zu minimieren.
- Verletzungen des Datenschutzes sind im Entwurf einer obligatorischen Meldung unterstellt. Diese Meldung muss dem Datenschutzbeauftragten gemacht werden, vorausgesetzt, der Verstoss stellt ein Risiko für die Persönlichkeitsrechte der betroffenen Person dar.
- Das Konzept der Verantwortung der datenbearbeitenden Organisationen (betrifft sowohl den Datenverantwortlichen wie auch den Datenverarbeiter) ist nun in einer verschärften Art und Weise anzutreffen. Wo früher nur der Dateninhaber in die Haftung genommen wurde, sind dies heute sämtliche Privatpersonen, Regierungsorgane und juristischen Personen.
- Unternehmen werden mit dieser Revision mehr Freiheiten gegeben, ihre nun verschärfte Verantwortung für Personendaten umzusetzen. Diese Umsetzung soll auf dem Konzept der Selbstregulierung geschehen. Dieses Konzept der Eigenverantwortung basiert auf «best-practice»-Empfehlungen des Eidgenössischen Datenschutzbeauftragten (EDöB), bei welchen aber auch weitere Interessengruppen zu Rate gezogen werden.
- Auch im weiteren Kontext soll die Rolle des EDöB gestärkt werden, indem dieser nun auch mit der Kompetenz ausgestattet ist, Verfügungen nach etwaigen Untersuchungen zu erlassen.
- Die wichtigsten Neuerungen für Einzelpersonen selbst sind einerseits die ausgeweiteten Informationsrechte, die zu mehr Transparenz in der Datenverarbeitung führen sollen, sowie auch die besseren Kontrollrechte durch die betroffenen Personen selbst.
- Bei einer automatisierten Datenverarbeitung ist vorgesehen, dass die betroffene Person darüber informiert werden muss, wenn eine automatisierte Einzelentscheidung erfolgt. Dies ist dann der Fall, wenn ohne menschlichen Einfluss eine Datenauswertung vorgenommen wird, um eine Entscheidung zu treffen, welche eine rechtliche Auswirkung auf die betroffene Person hat – beispielsweise betreffend Kreditwürdigkeit. Vor dem Hintergrund der voranschreitenden Digitalisierung und Automatisierung dürfte eine solche Regelung erhebliche Auswirkungen auf derartige Geschäftsmodelle haben.

- Personen sollen zudem ein gestärktes Auskunftsrecht und das Recht der Löschung der eigenen Daten zugestanden werden – das sogenannte «Recht auf Vergessen werden».
- Das «Recht auf Vergessen werden» soll jedoch nicht mehr nur für lebende Personen gelten, sondern neu auch für die Daten einer verstorbenen Person. Das Recht auf Privatsphäre einer verstorbenen Person im VE-DSG stellt sogar eine Vorreiterrolle dar, da weder das heutige DSG, noch die Datenschutz-Grundverordnung der EU ein solches enthalten.

Unternehmensinterner Datenschutzbeauftragter

Überraschenderweise fehlt im Vorentwurf die Regelung eines unternehmensinternen Datenschutzbeauftragten. Es ist unklar, weshalb diese keine Erwähnung fand, denn das EU-Recht sieht eine solche Funktion in Unternehmen unter gewissen Umständen ausdrücklich vor. Auch ist keine Erläuterung für das Fehlen zu finden. Das Fehlen einer derartigen Regelung könnte unter Umständen geltende internationale Anforderungen an die Schweiz (z.B. aus dem Schengener Abkommen) verletzen, was wirtschaftliche Nachteile für die Schweiz zur Folge haben könnte.

Strengere Anforderungen für Unternehmen: Was sind ihre nächsten Schritte?

Der Vorentwurf des DSG lässt erkennen, dass sich auch in der Schweiz Unternehmen zukünftig neuen und strengeren Anforderungen bezüglich Datenschutz stellen müssen. Derartige Anforderungen können weite Teile eines Unternehmens, dessen Prozesse, Systeme und Vorgehensweisen betreffen. Der Umsetzungsaufwand könnte sehr hoch ausfallen. Hierbei müssen Unternehmen in einem ersten Schritt zunächst verstehen, welche Arten von Personendaten sie halten und wo diese Daten hinfließen. Auch der Datenklassifizierung – also der Analyse, der auf diese Daten anwendbaren Normen – kommt dabei eine grosse Bedeutung zu. In einem zweiten Schritt müssen Massnahmen definiert werden, um allfällige Lücken betreffend Datenschutz und damit zusammenhängenden Themen, wie z.B. internationale Datentransfers oder automatisierte Datenverarbeitung, zu füllen.

Daniel Seiler, KPMGnews 26.01.2017

Redaktion

aus- und weiterbildung

UFL

Triesen: Berufsbegleitend zum «Dr.iur.»

Das berufsbegleitende und akkreditierte Doktoratsstudium Rechtswissenschaften der Privaten Universität in Triesen (UFL) startet im Oktober 2017 zum sechsten Mal. Diesen gemäss Bologna-Richtlinien strukturierten und an konkreten Kompetenzziele orientierten berufsbegleitenden Studiengang bietet die UFL als einzige Universität im deutschsprachigen Raum an. Seit der ersten Durchführung haben bereits 72 Studierende das Studium aufgenommen, 15 Prozent davon sind Frauen.

Die Studierenden kommen aus dem gesamten deutschsprachigen Raum. Die Studieninhalte sind rechtsvergleichend ausgerichtet, kaum ein anderer europäischer Bildungsstandort ist für diese Ausrichtung so prädestiniert wie Liechtenstein. International anerkannte Professoren begleiten die Studierenden individuell und persönlich durch Studien- und Präsenzzeit. Das Doktoratsstudium umfasst die Ausarbeitung einer Dissertation sowie ein obligatorisches vertiefendes Fachstudium. Die Mindeststudiendauer für das Doktoratsstudium Rechtswissenschaften beträgt sechs Semester.

Insgesamt entspricht das Doktoratsstudium einem Arbeitsumfang von 180 ECTS-Punkten. Im Rahmen des Doktoratsstudiums werden Lehrveranstaltungen zu Techniken und Formalien des rechtswissenschaftlichen Arbeitens, Doktorandenkolloquien und Vorlesungen zur vertiefenden Fachausbildung angeboten. Die Studierenden erlangen die Fähigkeit zur selbstständigen wissenschaftlichen Auseinandersetzung mit rechtlichen Fragestellungen und setzen sich intensiv mit dem in ihrer Doktorarbeit behandelten Thema auseinander.

Angesprochen sind Absolventinnen und Absolventen universitärer juristischer Diplom-, Magister bzw. Masterstudien, die sich mit einer bestimmten wissenschaftlichen Fragestellung auseinandersetzen und damit einen Beitrag zur Forschung und zur Vertiefung ihrer professionellen Kompetenz leisten wollen.

www.ufl.li, Telefon: 00423 392 40 10,
Prorektorin Dr. Barbara Gant, info@ufl.li

Anzeige



Private Universität
im Fürstentum Liechtenstein



Berufsbegleitend zum Dr. iur.
Doktoratsstudium Rechtswissenschaften startet
im Oktober 2017

- Staatlich anerkannt und akkreditiert.
- Rechtsvergleichende Ausrichtung.
- Einziges berufsbegleitendes Angebot dieser Art im deutschsprachigen Raum.
- Individuelle und persönliche Betreuung.
- Renommiertere und international anerkannte Professoren.
- Max. Teilnehmerzahl: 20
- Zusatzspezialisierung dank dem Doktoratskolleg «Liechtensteinisches Recht»

Die UFL ist die private Universität in Triesen und wurde im Jahr 2000 gegründet. Mit über 100 Studierenden sind wir ein wichtiger Bestandteil des Bildungsstandortes Liechtenstein geworden. Eine persönliche Betreuung durch hochqualifizierte Wissenschaftler und Dozenten sichern die Qualität unserer Studiengänge.



www.ufl.li, info@ufl.li, Telefon 00423 392 40 10



True & Fair view

Einfach gesagt:
Rechnen können wir selber, deshalb sparen wir uns die Revisionsstelle.

Wirtschaftsprüfungen führen unsere Experten mit und bei unseren Kunden auf einer partnerschaftlichen Basis durch. Unsere Arbeit soll Sie unterstützen, nicht überfordern. Deshalb spricht Grant Thornton in allen Wirtschaftsprüfungsangelegenheiten Ihre Sprache.

grant-thornton.li



Grant Thornton

An instinct for growth™

**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