

liechtensteinjournal

Recht in Liechtenstein

4. Ausgabe

redaktion@liechtenstein-journal.li, www.liechtenstein-journal.li

4/2009

- 105 **editorial**
Jürgen Wagner
- 106 **beiträge**
Dr. Heinz Frommelt Steuerfahndung im Dreiländereck
- 110 Prof. Dr. iur. Francesco A. Schurr und Mag. iur. Simone Büchel
Überlegungen zur Anpassung und Änderung des Stiftungszwecks
durch den Stifter bzw. durch ein Organ der Stiftung
- 117 Dr. Adrian Plüss
Streit um Retrozessionen
- 123 **dokumentation**
Deutschland Ausgewählte Passagen des Koalitionsvertrages
der Regierungsparteien CDU/CSU und FDP unter dem
Gesichtspunkt «Steuer und Steuern»
- 125 **veranstaltungen**
Hochschule Liechtenstein 2. Stiftungsrechtstag,
8. Oktober 2009
- 126 DACH 41. DACH-Tagung,
10. bis 12. September 2009, München
- 127 **gesetzgebung**
- 128 **literaTour**
- 129 **urteils-kommentierungen**
Österr. OGH 5.8.2009, 6 Ob 42/09h (Schauer)
Österr. OGH 16.10.2009, 6 Ob 145/09f (Schauer)
Fürstlicher Oberster Gerichtshof, 3.9.2009, 9 CG.2006.312 (Lins)
- 135 **das aktuelle urteil**
StGH 2009/17, 16.9.2009

trust meets
trust meets and
needs trust
needs trust

schw^örzler

Rechtsanwälte | Attorneys at Law

editorial

I. Liechtenstein im Dezember 2009: Es hat schon bessere Jahre gegeben, wohl wahr. Eine schrumpfende Wirtschaft, steigende Arbeitslosigkeit und ein budgetiertes Staatsdefizit in nicht mehr unerheblicher Höhe. Im nächsten Jahr wird es sich zeigen, ob die Vorwärtsstrategie der Regierung hinsichtlich der Anpassung an die OECD-Standards die positiven Auswirkungen zeigt, die sich die Regierung und die Wirtschaft erwartet haben: Eine Verlagerung des Geschäftes weg von «schwarz», hin zu «weiss». Dass noch viele Graustufen zu überwinden sind, wissen alle Beteiligten selbst.

II. Der bewusste und gewollte Einsatz klassischer liechtensteinerischer Stiftungen im gemeinnützigen Bereich ist nichts Neues. Schon vor über 10 Jahren wurde die Einsatzmöglichkeit gar für die Verwendung in Deutschland diskutiert, freilich im kleinen Kreis. Jetzt befasste sich der 2. Stiftungsrechtstag an der Hochschule Liechtenstein damit. Damit rückte der Themenkreis der Stiftung und der Gemeinnützigkeit wieder in den Focus der Fachöffentlichkeit.

III. Wir konnten bereits mit den ersten drei Heften des **liechtenstein-journal** die Diskussion ein wenig anstossen. Nachdem die grossen Kommentierungen zum Stiftungsrecht von *Schauer* und *Jakob* erschienen sind, wird über die vom Gesetzgeber offengelassenen Bereiche diskutiert. Einem Rechtssystem tut dies gut. Deshalb haben wir jetzt kommentierte Urteile abgedruckt. Urteile des österreichischen und des liechtensteinischen OGH und vor allem deren Kommentierung sollen die juristische Debatte weiter befördern.

Schreiben Sie uns, auch und vor allem, wenn Sie anderer Meinung sind.

Einen schönen Winter wünscht



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

Redaktion **liechtenstein-journal**
redaktion@liechtenstein-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 abzudrucken.

Ausgabe

1. Jahrgang, Ausgabe 4, Dezember 2009

Redaktion und geschäftsführender Herausgeber

Jürgen Wagner, LL.M., Rechtsanwalt,
Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht, Konstanz / Zürich / Vaduz (JW)
Postfach 803, Abtswingertweg 4, 9490 Vaduz, Liechtenstein
redaktion@liechtenstein-journal.li

Mitschreibende dieser Ausgabe

Heinz Frommelt, Rechtsanwalt in Vaduz; Adrian Plüss, Rechtsanwalt in Zürich; Francesco A. Schurr, Professor in Vaduz, Simone Büchel, Wiss. Mitarbeiterin, Vaduz. Beiträge zur Kommentierung der Rechtsprechung von Martin Schauer, Professor in Wien und Alexander Lins, Triesen.

Wissenschaftlicher Beirat

Prof. Dr. Martin Schauer, Wien
Prof. Dr. Dominique Jakob, Zürich
Dr. Alexander Lins, Triesen

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 98.–, Bezugspreis Einzelausgabe CHF 29.– (inkl. MwSt.)

Die nächste Ausgabe der Zeitschrift **liechtenstein-journal** erscheint am 15. März 2010.

Darin unter anderem:

- Themen zum Revisionsbereich und aus der Gesetzgebung
- sowie weitere Informationen zur rechtlichen Entwicklung innerhalb und ausserhalb Liechtensteins

beiträge

Steuerfahndung im Dreiländereck

Dr. Heinz Frommelt, Rechtsanwalt, Sele Frommelt & Partner, Vaduz¹

1. Der Staub legt sich

Das gleichnamige Buch der Autoren ist aus dem Seminar «Steuerfahndung im Dreiländereck» entstanden, das am 18.11.2008 in München stattfand und am 11.11.2009 mit den neuen zwischenzeitlich gewonnenen Erkenntnissen wiederholt wurde. Zum Zeitpunkt der Konzeption des Seminars Ende 2007 war allerdings noch nicht im Ansatz erkennbar, in welchem Masse das Steuer- und Steuerstrafrecht im Verhältnis Deutschland–Österreich–Schweiz und Liechtenstein von aktueller Bedeutung sein würde. An dieser Stelle möchte ich dies aus liechtensteinischer Sicht etwas präzisieren und die neuesten Entwicklungen zusammenfassen.

«Der 14.2.2008, der Tag an dem man im Frühstücksfernsehen die Durchsuchung des Kölner Wohnhauses von Herrn *Dr. Klaus Zumwinkel* mitverfolgen konnte, stellt einen Meilenstein auf dem Gebiet des Steuerstrafrechts dar. Noch nie zuvor erfolgte eine öffentliche Blossstellung von potenziellen Steuerhinterziehern in dieser Form», so *Dr. Rainer Spatscheck* im Vorwort des Buches.² Dem ist nichts hinzuzufügen.

Seitdem ist – jedenfalls aus deutscher Sicht – nichts mehr so, wie es früher war. Der erstmalige Ankauf entwendeter Bankdaten durch deutsche Behörden stellt insofern einen Dammbruch dar. Das scheint den deutschen Bundesfinanzminister ermutigt zu haben, in einer nie da gewesenen Aggression gegen Steuerhinterzieher vorzugehen. Hierbei schreckte er nicht davor zurück, politisch gegen Liechtenstein und die Schweiz vorzugehen, was zu erheblichen Verwerfungen zwischen den Staaten führte.

Auch aus liechtensteinischer Sicht ist einiges passiert. Nach dem Mediengeplänkel nach dem 14.2.2008 akzeptierte Liechtenstein am 12.3.2008 Auskunftsabkommen nach dem OECD-Standard. Dies löste, begleitet von der mehr oder minder aus der Luft gegriffenen Zahl von 12 Abkommen, die Voraussetzung für die «weisse Liste» sei, eine Welle von Auskunftsabkommen aus, bis hin zu Doppelbesteuerungsabkommen, die bisher lediglich eine Fussnote im liechtensteinischen Steuerrecht zu sein schienen.³

Aufgrund der bisherigen Struktur des Finanzplatzes Liechtenstein und seiner mitunter auf «Steuerneutralität» bedachten Nutzung, trat in den letzten Jahrzehnten ein zentrales Merkmal zu Unrecht in den Hintergrund, nämlich die hohe Qualität liechtensteinischer Finanzdienstleistungen. Gleichzeitig kann aus heutiger Sicht festgestellt werden, dass eine frühere strukturelle Öffnung des Finanzplatzes, etwa mittels Doppelbesteuerungsabkommen, wohl versäumt wurde. Nun gilt es, die Qualität in den Vordergrund zu rücken und das Versäumte möglichst nachzuholen, wobei Letzteres eine bedeutende Ausweitung der bisherigen Kooperation in Steuerfragen bedingen wird. Die massgeblichen staatlichen und wirtschaftlichen Kräfte haben sich dabei aber einem zentralen Grundsatz verschrieben: Die weitestgehend mögliche Aufrechterhaltung der Privatsphäre, deren Durchbrechung stets vor rechtsstaatlichen Prinzipien standhalten muss.

2. Paradigmawechsel?

Im Lande Liechtenstein scheint seit dem Sommer 2008 ein Paradigmawechsel Einzug gehalten zu haben. Anlässlich des diesjährigen liechtensteinischen Staatsfeiertages am 15.8.2008 drückte es Erbprinz Alois von und zu Liechtenstein wie folgt aus:

«(...) *Das Schengen-Abkommen stand vor der Unterzeichnung und die Verhandlungen mit der EU zum Betrugsabkommen waren weit fortgeschritten. Angesichts der Verhandlungslösungen, die die Schweiz erreichen konnte, war klar, dass es nach dem Zinsertragsbesteuerungsabkommen vor einigen Jah-*

¹ Der Beitrag entspricht der überarbeiteten Kurzfassung des Beitrags des Autors zum Buch *Frommelt/Holenstein/Leitner/Spatscheck, Steuerfahndung im Dreiländereck*, C.H. Beck Verlag, München, 2009.

² Zitate beziehen sich auf das genannte Buch und dessen Autoren.

³ Zum bisherigen Zustand *Wagner*, Bankenplatz Liechtenstein, 3. Aufl., Zürich, 2008/2009, S. 72 ff; zu den Reaktionen der Medien s. S. 365 ff.

Der aktuelle Stand der abgeschlossenen Abkommen findet sich unter http://www.liechtenstein.li/liechtenstein_main_sites/portal_fuerstentum_liechtenstein/fl-med-steuerabkommen.htm.

ren und der im letzten Jahr eingegangenen Zusammenarbeit bei den indirekten Steuern auch bei den direkten Steuern zu einer solchen kommen würde. Ausserdem war bekannt, dass die Verhandlungen mit den USA über ein Tax Information Exchange Agreement zu einer weiteren Kooperation in Steuerfragen führen würde. (...) Angesichts des internationalen Trends hin zu einer verstärkten Zusammenarbeit in Steuerfragen und der bereits in den letzten Monaten und Jahren gemachten Kooperationsangebote ist die Zeit gekommen, unser System der Rechts- und Amtshilfe im Bereich der Steuern auf eine neue Grundlage zu stellen. Wir sollten in Zukunft all jenen Staaten eine umfassende Kooperation anbieten, die bereit sind, mit uns sinnvolle Lösungen für die gewachsenen Kundenbeziehungen zu finden, und an einer fairen und konstruktiven Zusammenarbeit für die Zukunft interessiert sind. (...) Lösungen zur Vermeidung von Doppelbesteuerungen sind daher im Rahmen einer umfassenderen Kooperation in Steuerfragen ein logisches und berechtigtes Anliegen. (...) Trotz einer solchen neuen Kooperation in Bereich der Steuern werden wir uns auch in Zukunft noch ausreichend von anderen Finanzplätzen unterscheiden können. Denn während viele Staaten den «gläsernen Bürger» einführen, pflegen wir eine Kultur der Privatsphäre, die weit über das Bankkundengeheimnis in Steuerfragen hinausgeht (...).»⁴

Es wird zu einer Strukturänderung kommen, deren Auswirkungen heute abzuschätzen vermessen wäre. Diese Veränderung muss aber nicht a priori schlecht sein, sondern bietet durchaus auch Chancen, die – wie bereits erwähnt – in der Vergangenheit zu wenig genutzt wurden. Gelingt es der Politik und der Diplomatie tatsächlich, im Gegenzug zu einer Öffnung beim Informationsaustausch in Steuerangelegenheiten insbesondere Doppelbesteuerungsabkommen abzuschliessen oder etwa die «Mutter-Tochter-Richtlinie»⁵ für Liechtenstein übernehmen zu können, so ergeben sich daraus neue Geschäftsfelder und Möglichkeiten, die nicht nur für die Finanzdienstleister, sondern ebenso für das Gewerbe und die Industrie interessant sein können.

Regierungschef *Klaus Tschütscher* ist jedenfalls in dieser Hinsicht zuversichtlich: Er bekräftigte auf der Landesgruppentagung der International Fiscal Association (IFA) Ende November 2009, die Aushandlung von Steuerinformations-Abkommen (TIEA) habe für Liechtenstein im Endergebnis das Ziel, Doppelbesteuerungsabkommen (DBA) auszuhandeln und abzuschliessen.

Offshore-Geschäfte, deren alleinige Grundlage nicht deklarierte Gelder sind, haben keine Zukunft mehr. Es bleibt die Frage, in welcher Zeit dieser Strukturwandel stattfinden wird und wie allfällige Kollateralschäden möglichst verhindert werden kön-

nen. Dabei wage ich zu behaupten, dass es letztlich auch bei nicht deklarierten Geldern ein gewisses Mass an Vertrauensschutz gegenüber grösseren politischen Umwälzungen geben darf. Schliesslich wurden entsprechende Offshore-Geschäfte nicht nur durch die heute sogenannten «Tax Heavens» betrieben, sondern durchaus auch von diversen Staaten, die heute mit dem Finger auf sog. «Steuroasen» zeigen, auch über Jahrzehnte toleriert oder gar für eigene Zwecke genutzt. Wer mit dem Finger auf andere zeigt, muss aber wissen, dass immer drei Finger auf ihn selbst zeigen.⁶

3. Schengen-Assoziation

Ein Schwerpunkt der europäischen Integration Liechtensteins ist dessen Beitritt zu den Abkommen bzw. Systemen von «Schengen» und «Dublin». Dies ist eine Entwicklung, die sich insbesondere durch die entsprechende Schengen-Assoziation der Schweiz ergibt. Mit der aktuellen Steuerthematik hat dies zunächst wenig zu tun.

Dennoch ergeben sich aufgrund der Regelungsmaterie von «Schengen» Auswirkungen in Bezug auf die Thematik der Rechtshilfe bei bestimmten Steuerdelikten, wobei die indirekten Steuern im Vordergrund stehen. Dabei spielen folgende Schwerpunkte eine Rolle:⁷

Neben einigen generellen Erleichterungen der Rechtshilfe in Strafsachen führt die Schengen-Assoziierung für Liechtenstein im Bereich der Fiskalrechtshilfe zu einer wesentlichen Ausweitung der Verpflichtungen. Bei indirekten Steuern ist in Steuerbetrugsfällen vollumfänglich Rechtshilfe zu leisten, in Hinterziehungsfällen nur sehr eingeschränkt. Abgesehen von bestimmten Fällen im Bereich des in Liechtenstein anwendbaren schweizerischen Zoll- und Abgabenrechts, muss bei Ersuchen um Durchsuchung und Beschlagnahme (Einsicht in Bankunterlagen) bei Mehrwertsteuerhinterziehungen keine Rechtshilfe gewährt werden. Der neue Art. 51 Abs. 1a des Rechtshilfegesetzes (RHG) erlaubt bereits heute Rechtshilfe bei schweren Fäl-

⁴ Auszug aus der Ansprache S. D. Erbprinz Alois von und zu Liechtenstein anlässlich des offiziellen Staatsaktes vor Schloss Vaduz am 15.8.2008; vgl. auch www.fuerstenhaus.li/de/presse/reden.

⁵ Richtlinie 90/435/EWG des Rates vom 23.7.1990 über das gemeinsame Steuersystem der Mutter- und Tochtergesellschaften verschiedener Mitgliedsstaaten.

⁶ So auch *Wagner*, a.a.O., S. 365 ff. (401 ff.).

⁷ Bericht und Antrag der Regierung an den Landtag vom 3.6.2008, Nr. 79/2008, Landtags-Protokoll vom 27.6.2008, S. 1436.

len von Mehrwertsteuerbetrug und bei qualifizierten Zollübertretungen. Bei den direkten Steuern ist in Betrugsfällen, nicht aber bei Steuerhinterziehung, ohne Einschränkungen Rechtshilfe zu leisten. Liechtenstein übernimmt mit der Schengen-Assoziierung grundsätzlich dieselben Verpflichtungen betreffend die Rechtshilfe in Strafsachen wie die Schweiz.

Der Liechtensteinische Landtag hat sich in seiner Sitzung vom 25. und 26.6.2008 mit den Protokollen zur Assoziierung Liechtenstein an die Systeme von Schengen und Dublin bzw. mit der entsprechenden Regierungsvorlage wie im Bericht und Antrag Nr. 79/2008 ausgeführt befasst und den Abkommen die einhellige Zustimmung erteilt.

Für ein Inkrafttreten der liechtensteinischen Schengen-Assoziierung fehlt von den 27 Mitgliedsstaaten der EU einzig noch die Zustimmung Schwedens. «Grundsätzlich gibt es aber von allen Regierungen grünes Licht für den Schengen-Beitritt Liechtensteins. Wir setzen uns laufend aktiv für eine möglichst baldige Schengen-Assoziierung Liechtensteins ein», betonte Regierungsrat Hugo Quaderer in einem Interview Ende November 2009.

4. EU-Betrugsbekämpfungsabkommen

Im Februar 2008, als mit der öffentlichkeitswirksamen Verhaftung des ehemaligen Chefs der Deutschen Post, *Klaus Zumwinkel*, in Deutschland die Steueraffäre mit Liechtenstein losgetreten wurde, befand sich die liechtensteinische Regierung bereits seit geraumer Zeit mit dem zuständigen EU-Gremium, der Kommission, in den Verhandlungen zu einem Betrugsbekämpfungsabkommen, das sich entgegen seinem Titel vor allem mit der Rechts- und Amtshilfe in Steuerstrafsachen befassen wird.

Grundsätzlich wird das sog. Betrugsbekämpfungsabkommen die Voraussetzung für eine weitgehende Zusammenarbeit im Bereich der Rechts- und Amtshilfe sowohl bei den indirekten als auch bei den direkten Steuern sein. Dies bedeutet für Liechtenstein im Prinzip eine Kehrtwendung um 180 Grad, nachdem es bislang keinerlei Rechts- und Amtshilfe im Bereich von Steuerdelikten gegeben hat (abgesehen von den sehr spezifischen Bestimmungen im Rechtshilfe-Abkommen mit den USA vom 8.7.2002 und den jüngeren Ausnahmen bei schwerem Mehrwertsteuerbetrug).

Eine wesentliche Frage ist, ob sich das Abkommen auf den sog. Steuerbetrug beschränkt oder auch Fälle der einfachen Steuerhinterziehung (blosse Nicht-Deklaration) umfasst. Dem Ver-

nehmen nach umfasst der Geltungsbereich die indirekten und direkten Steuern, dies sowohl im Bereich des «Steuerbetrugs und ähnlichen Delikten» sowie bei Steuerhinterziehung im Bereich der Definition.

Demnach ist zu erwarten, dass Liechtenstein aufgrund des Betrugsbekämpfungsabkommens dereinst im Bereich des Steuerbetrugs Rechtshilfe in dem Umfange leisten wird, wie dies mehr oder weniger bereits durch die Schengen/Dublin-Assoziierung der Fall sein wird. Amtshilfe wird dann möglich sein, wenn die liechtensteinischen Steuerbehörden über die angefragten Informationen tatsächlich verfügen oder die betroffene Person dem Informationsaustausch zustimmt. Zwangsmassnahmen können im Rahmen der Rechtshilfe dann ergriffen bzw. rechtshilfe-weise angeordnet werden, wenn dies im liechtensteinischen Strafrecht vorgesehen ist. Die einzige Ausnahme vom Prinzip der gegenseitigen Strafbarkeit scheint sich für die Mehrwertsteuerhinterziehung abzuzeichnen.

Ein weiteres zentrales Merkmal der Amtshilfe soll sein, dass diese (abgesehen von den bereits genannten Beschränkungen) lediglich auf begründete und konkrete Anfrage hin erfolgen kann. Dies ist insofern von Bedeutung, als ein automatischer Informationsaustausch sowie «Fishing Expeditions» ausgeschlossen werden können. Gegenteiliges wäre mit Grundsätzen der liechtensteinischen Rechtsordnung – zumindest nach liechtensteinischem Verständnis – auch nicht vereinbar. Welche Voraussetzungen eine Anfrage im Einzelnen erfüllen muss, um Gegenstand von Amtshilfe sein zu können, kann aufgrund der vorliegenden Informationen derzeit aber noch nicht gesagt werden.

Da es sich beim Betrugsabkommen um einen Staatsvertrag handelt, wird dieser vom liechtensteinischen Landtag zu genehmigen sein. Für ein definitives Inkrafttreten braucht es die Ratifizierung aller EU-Länder, was unter Umständen Jahre in Anspruch nehmen kann.⁸ Dies bedeutet freilich nicht, dass man während diesen Jahren weitermachen kann, wie bisher. Der Umstand verschafft dem Finanzplatz jedoch gewissermassen eine faktische Übergangsfrist, innerhalb welcher die notwendigen Umstellungen und Umorientierungen vorgenommen werden können.

⁸ Das Betrugsabkommen zwischen der Schweiz und der EU wurde im Jahre 2004 abgeschlossen. Aufgrund der nach wie vor ausstehenden Ratifizierung durch einige EU-Länder ist das Abkommen bislang nicht in Kraft getreten.

5. Tax Information Exchange Agreement (TIEA)

Am 21.10.2008 hat die Regierung des Fürstentums Liechtenstein das mit den USA ausgehandelte Tax Information Exchange Agreement (TIEA) verabschiedet. Dabei handelt es sich im Wesentlichen um ein umfassendes Abkommen betreffend die Amtshilfe im Bereich der Steuern.⁹ Da das Agreement auf Amtshilfe beschränkt ist, wird offenbar davon ausgegangen, dass es sich nicht um einen Staatsvertrag im rechtstechnischen Sinne, sondern lediglich um ein Verwaltungs- bzw. Regierungsabkommen handelt, weshalb nur die Regierungen der Vertragsstaaten das Abkommen unterzeichnet haben.

Was den Inhalt des Abkommens und die daraus für Liechtenstein sich ergebenden Verpflichtungen anbelangt, kann man auch in Bezug auf die praktische Umsetzung davon ausgehen, dass das Abkommen (mit Ausnahme von Nuancen) mit all jenen Abkommen vergleichbar sein wird, welche die USA bereits mit anderen «Tax Heavens» geschlossen hat. Diese wiederum haben ihre Grundlage im OECD-Musterabkommen. Davon ausgehend sowie basierend auf den bislang zur Verfügung stehenden, öffentlich (noch) nicht bestätigten Informationen, bedeutet dies im Wesentlichen:

Liechtenstein verpflichtet sich gegenüber der USA zu einem umfassenden Informationsaustausch im Bereich der direkten und indirekten Steuern, wobei sich die Definition der Steuerdelikte nach amerikanischem Recht richtet. Mit anderen Worten wird Steuerbetrug und Steuerhinterziehung vom Abkommen umfasst sein.

Der Informationsaustausch erfolgt lediglich auf begründete und konkrete Anfrage hin, dies nach Ausschöpfung aller innerstaatlichen Möglichkeiten, die Informationen anderweitig zu beschaffen. Es gibt somit keinen automatischen Informationsaustausch. «Fishing Expeditions» sind nicht möglich.

Etwas Neues ergibt sich aus der im OECD-Standard vorgesehenen Verpflichtung Liechtensteins, die zum Zwecke der Umsetzung des Informationsaustauschs und somit zur Beschaffung der nötigen Informationen erforderlichen innerstaatlichen Rechtsgrundlagen zu schaffen. Mit anderen Worten wird Liechtenstein gezwungen sein, mit Bezug auf das Abkommen seine eigene Werterhaltung betreffend das Verhältnis zwischen Staat und Steuerzahler aufzugeben.¹⁰ Es kann derzeit davon ausgegangen werden, dass Liechtenstein diese Werterhaltung im Inneren, also im Verhältnis zum eigenen Bürger, nicht aufgeben wird. Diese Vermutung wird insofern bestätigt, als die Umsetzung des TIEA nicht im Rahmen des ordentlichen Steuerrechts,

sondern auf der Basis des Steueramtshilfegesetzes-USA erfolgt. Dieses wurde (nach der 1. Lesung am 26.6.2009) in 2. Lesung am 16.9.2009 im Landtag behandelt und am 11.12.2009 verkündet (LGBl. 2009 Nr. 303).

6. Vollstreckungshilfe

Mit Blick auf die geltende Rechtslage in Liechtenstein betreffend die (weitestgehend fehlende) Rechtshilfe in Fiskalstrafsachen, lässt sich dieses Kapitel aus liechtensteinischer Sicht (derzeit noch) rasch abhandeln.

Die Vollstreckungshilfe ist in Art. 64 ff. des Rechtshilfegesetzes (RHG) geregelt. Art. 64 Abs. 1 RHG besagt, dass die Vollstreckung oder weitere Vollstreckung der Entscheidung eines ausländischen Gerichts, mit der eine Geld- oder Freiheitsstrafe, eine vorbeugende Massnahme oder eine vermögensrechtliche Anordnung rechtskräftig ausgesprochen worden ist, auf Ersuchen eines anderen Staats zulässig ist, wenn:

1. die Entscheidung des ausländischen Gerichts in einem den Grundsätzen des Art. 6 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten entsprechenden Verfahren ergangen ist,
2. die Entscheidung wegen einer Handlung ergangen ist, die nach liechtensteinischem Recht mit gerichtlicher Strafe bedroht ist (beiderseitige gerichtliche Strafbarkeit),
3. die Entscheidung nicht wegen einer der in den Art. 14 und 15 angeführten strafbaren Handlungen ergangen ist (Art. 15 Ziffer. 2 betrifft Fiskaldelikte),
4. nach liechtensteinischem Recht noch keine Verjährung der Vollstreckbarkeit eingetreten wäre, und
5. der durch die Entscheidung des ausländischen Gerichts Betroffene nicht wegen der Tat im Inland verfolgt wird, rechtskräftig verurteilt oder freigesprochen oder sonst ausser Verfolgung gesetzt worden ist.

Gem. Art. 64 Abs. 4 RHG ist die Vollstreckung der Entscheidung eines ausländischen Gerichts, mit der vermögensrechtliche Anordnungen getroffen werden, nur zulässig, soweit

⁹ Grundsätzlich hierzu *Hosp*, Abkommen betreffend Informationsaustausch in Steuersachen zwischen den USA und Liechtenstein, *liechtenstein-journal* 2009, S. 48 ff., s.a. Landtags-Protokoll vom 18.9.2009, S. 1102 (Beantwortung von Anfragen durch Regierungschef *Tschüscher*).

¹⁰ In Liechtenstein kursiert hierzu der Begriff des «Rechtskolonialismus», s. *Wagner*, Bankenplatz, S. 365 (404).

nach liechtensteinischem Recht die Voraussetzungen für eine Geldstrafe, eine Abschöpfung der Bereicherung, einen Verfall oder eine Einziehung vorliegen und eine entsprechende inländische Anordnung noch nicht ergangen ist.

Die Vollstreckung der Entscheidung eines ausländischen Gerichts, mit der eine Geldstrafe oder eine Abschöpfung der Bereicherung ausgesprochen worden ist, ist überdies nur zulässig, wenn die Einbringung im Inland zu erwarten ist und der Betroffene gehört worden ist, sofern er erreichbar ist (Art. 64 Abs. 5 RHG).

Die Vollstreckung der Entscheidung eines ausländischen Gerichts, mit der ein Verfall oder eine Einziehung rechtskräftig ausgesprochen worden ist, ist überdies nur zulässig, wenn sich von der Entscheidung erfasste Gegenstände oder Vermögens-

werte im Inland befinden und der Betroffene gehört worden ist, sofern er erreichbar ist (Art. 64 Abs. 6 RHG).

Mit dem in Art. 64 Abs. 1 Ziffer. 3 enthaltenen generellen Fiskalvorbehalt folgt die Vollstreckungsrückhilfe der allgemeinen Zulässigkeit der Rechtshilfe in Steuerstrafsachen. Im Hinblick auf die in den nächsten Jahren auf Liechtenstein in diesem Bereich zukommenden Neuverpflichtungen werden auch die Bestimmungen über die Vollstreckungsrückhilfe entsprechend angepasst werden.

Der Weg ist vorgezeichnet, es ist nur noch eine Frage der Zeit und konkreter Abkommensinhalte, ab wann und in welchem Umfang Liechtenstein in Zukunft Rechts- und/oder Amtshilfe und damit wohl einhergehend Vollstreckungsrückhilfe im Bereich der Steuern leisten wird.

Überlegungen zur Anpassung und Änderung des Stiftungszwecks durch den Stifter bzw. durch ein Organ der Stiftung

Prof. Dr. iur. Francesco A. Schurr, Inhaber des Lehrstuhls für Gesellschafts-, Stiftungs- und Trustrecht an der Hochschule Liechtenstein und Mag. iur. Simone Büchel, Wissenschaftliche Mitarbeiterin

Die in diesem Jahr in Kraft getretene Totalrevision des Stiftungsrechts hat einen wesentlichen Beitrag zur Erhöhung des Niveaus der Rechtssicherheit geschaffen. Freilich kommt nun der Anwendungspraxis die Aufgabe zu, die neuen Regeln entsprechend anzuwenden und auszulegen; dies gilt auch für die Thematik der Anpassung bzw. Änderung des Stiftungszwecks.

Aus den Augen des Stifters ist die auf die Zukunft gerichtete Gewissheit bei der Realisierung seines Stifterwillens essenziell: Soll der Stifterwille nachhaltig verwirklicht werden, ist ein zu rigides Festhalten am Stiftungszweck oftmals nicht förderlich. Vielmehr können ökonomische, organisatorische, familiäre oder sonstige Umstände eintreten, die eine Anpassung bzw. Änderung des Zwecks erfordern. Die rechtlichen Spielregeln für eine etwaige Zweckanpassung bzw. -änderung ist insoweit auch für das Bestehen der liechtensteinischen Stiftung im Wettbewerb der Rechtsordnungen ein entscheidender Faktor.

1. Bedeutung des Stiftungszwecks

1.1. Zentraler Bestandteil des Stiftungsgeschäfts

Der Stiftungszweck wurde in der Rechtsprechung und Literatur mit diversen bildhaften Ausdrücken wie etwa «Herzstück» oder «Seele» der Stiftung bezeichnet.¹ Dies hängt wohl damit zusammen, dass der Zweck – neben der Rechtspersönlichkeit, der Widmung von Vermögen und der Organisation – das prägende Merkmal der Rechtsform der Stiftung ist. Letztlich mündet der Stifterwille in den Stiftungszweck ein und soll diesen bei Stif-

¹ Vgl. dazu OGH 6.9.2001. 6 Cg 195/99-49, LES 2002, 94 (100); Jakob, Die Liechtensteinische Stiftung, Eine strukturelle Darstellung des Stiftungsrechts nach der Totalrevision vom 26. Juni 2008, Vaduz 2009, S. 21; Bösch, Liechtensteinisches Stiftungsrecht, Bern/Wien 2005, S. 202.

tungserrichtung endgültig prägen. Folglich sind den Stiftungsorganen letztlich die Hände gebunden, da diesen allein die Aufgabe zukommt, den aus dem Stifterwillen resultierenden Stiftungszweck zu vollziehen. Während bei Körperschaften, die durch eine mitgliedschaftliche Struktur geprägt sind, der Zweck ständig zur Disposition der Mitglieder steht, sollte bei der Stiftung der Zweck, der den erstarrten Stifterwillen widerspiegelt, den endgültigen Handlungsrahmen für die Stiftungsorgane darstellen.

Bei rechtsdogmatischer Betrachtung gehört die Bezeichnung eines bestimmten Zwecks zu den *essentialia negotii*² bei der Stiftungserrichtung.³ Zu begrüßen ist, dass das neue Stiftungsrecht – im Gegensatz zur alten Rechtslage – hier eine klare Regelung vorsieht: Zunächst normiert Art. 552 § 1 Abs. 1 PGR, dass der Stiftungszweck, der unmittelbar nach aussen gerichtet und bestimmt bezeichnet sein muss, vom Stifter selbst festzulegen ist; im gleichen Atemzug ist zu unterstreichen, dass es einem Stifter gerade nicht möglich sein soll, die Determinierung des Stiftungszwecks den Stiftungsorganen⁴ oder gar einem Dritten zu überlassen.⁵ Dem Stifter wird insoweit vorgegeben, den Stiftungszweck in bestimmter Form zu bezeichnen, damit die Stiftungsorgane nicht frei in ihrer Entscheidung sind, wie das Stiftungsvermögen verwendet wird. Die Verbindung von Stiftung und Zweck ist insoweit für jede Stiftung wesensbestimmend.

1.2. Bestimmung der Zweckadressaten

Zudem hat der Gesetzgeber in Art. 552 § 16 Abs. 4 PGR klar gestellt, dass der Zweck insbesondere in der Bezeichnung der Begünstigten als Zweckadressaten innerhalb des Statuts zum Ausdruck kommen muss. Die Personalisierung des Zwecks in Form einer konkreten Begünstigtenbezeichnung bzw. konkreter Auswahlkriterien im Hinblick auf die Begünstigtenbestimmung gilt freilich nur bei der privatnützigen Stiftung. Dagegen können gemeinnützige Stiftungen auch ohne Individualisierung der Begünstigten errichtet werden.⁶ Freilich fällt im Hinblick auf die Neuregelung in Art. 552 § 16 Abs. 4 PGR auf, dass die gemeinnützige Stiftung nicht der einzige Stiftungsrechtstyp ist, der ohne Individualisierung der Zweckadressaten in der Stiftungsurkunde auskommt. Auch nach neuer Rechtslage reicht ein Verweis auf eine Stiftungszusatzurkunde aus, in welcher die konkrete Bestimmung der Destinatäre verankert wird. Die neue Vorschrift sollte sich aber dennoch in die Richtung des Erfordernisses einer konkreten Formulierung der Zweckbestimmung in der Stiftungsurkunde bewegen. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut von Art. 552 § 16 Abs. 4 PGR: So sollte sich

die Anwendungspraxis in der Zukunft daran halten, bereits in der Stiftungsurkunde die Zweckrichtung der Stiftung klar vorzugeben; lediglich die personelle Zuordnung an die Zweckadressaten – mithilfe einer konkreten Bezeichnung oder der Kriterienfestsetzung für die Individualisierung nach objektiven Kriterien – darf bei richtiger Auslegung in der Stiftungszusatzurkunde enthalten sein.

1.3. Prinzip der Zweckoffenheit

Der grundlegend liberale Geist des liechtensteinischen Gesellschaftsrechts kommt im Stiftungsrecht insbesondere beim Grundsatz der Zweckoffenheit zum Ausdruck. Stiftungen, die in Anlehnung an Art. 552 § 1 ff. PGR errichtet werden, dürfen insoweit grundsätzlich jeden erlaubten Zweck verfolgen, wobei auch eine Kombination aus mehreren Zweckrichtungen nicht nur erlaubt ist, sondern in der Praxis sehr häufig vorkommt.⁷ An dieser Stelle sei daran erinnert, dass die Zweckbestimmung ein wesensstiftendes Merkmal für die Kategorisierung der diversen Stiftungstypen ist und lediglich hierdurch «Spreu von Weizen» getrennt wird: Für die Einordnung als privat- bzw. gemeinnützige Stiftung ist allein auf den Zweck abzustellen. Diese Differenzierung ist für die Organisation der Stiftung – insbesondere für die interne und externe *Foundation Governance* – von entscheidender Bedeutung.

² Zu den *essentialia negotii* gehören ausserdem der Wille des Stifters, eine Stiftung gründen zu wollen, und die Widmung eines bestimmten Vermögens.

³ In diesem Sinne vor der Totalrevision schon OGH 29.1.1990, 2 C 264/87, LES 1991, 108; OGH 6.9.2001, 6 Cg 195/99, LES 2002, S. 100.

⁴ Als Ausnahme kann lediglich die Änderung des Stiftungszwecks durch die Organe im Sinne des Stifterwillens genannt werden; vgl. hierzu unten Ziff. 5.

⁵ Vgl. hierzu Schauer in: Schauer (Hrsg.), Kurzkomentar zum liechtensteinischen Stiftungsrecht, Basel 2009, Art. 552 § 1, Rz. 7; nach Art. 552 Abs. 1 a.F. PGR hiess es noch: «Zur Errichtung einer Stiftung durch Einzelperson oder Verbandspersonen oder Firmen bedarf es der Widmung eines Vermögens (Stiftungsgut) für eine bestimmt bezeichneten Zweck».

⁶ Grundlegend hierzu Heiss in: Schauer (Hrsg.), Kurzkomentar, Art. 552 § 16, Rz. 5.

⁷ So auch die Absicht des Gesetzgebers bei Neufassung des Stiftungsrechts, vgl. Bericht und Antrag der Regierung an den Landtag des Fürstentums Liechtenstein betreffend die Totalrevision des Stiftungsrechts, Nr. 13/2008, Vaduz, 2008, S. 81.

1.4. Praktische Auswirkungen der Zweckbindung

Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auf die plastische Schilderung der Auswirkungen der Zweckbindung in der Rechtsprechung.⁸ Nach Auffassung des OGH soll der Zweck die Stiftung für die Dauer ihres Bestandes begleiten. Damit ist der Zweck letztlich der Disposition aller an der Stiftung beteiligten Personen entzogen; dies muss dem Grunde nach auch für den Stiftungsrat als zentrales Organ gelten. Dem Stifter selbst obliegt die Aufgabe, mit der Festlegung eines konkreten Stiftungszwecks die Leitlinien vorzugeben. Diese Leitlinien sollen jedenfalls bestimmen, wozu und auf welche Art und Weise das Stiftungsvermögen zu verwenden ist. Dieser sog. stiftungsrechtliche Bestimmtheitsgrundsatz soll verhindern, dass die Stiftungsorgane die Willensbildung wie bei einer körperschaftlich organisierten Gesellschaft beherrschen.⁹

2. Verhältnis zwischen Stifterwillen und Stiftungszweck

Wie bereits angesprochen stehen der Stifterwille und der Stiftungszweck in einem engen rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammenhang, zumal die Willensäußerung des Stifters letztlich zu den Existenzgrundlagen der Stiftung zählt. Schon die Errichtung der Stiftung beruht allein auf dem Willen des Stifters; nach Beginn der Stiftungsarbeit ist der Stiftungszweck nicht nur als Regieanweisung für die Rolle der Stiftungsorgane zu betrachten. Vielmehr sollte – zumindest im Idealfall – jedes einzelne In-Erscheinung-Treten der Stiftungsräte (und anderer organschaftlich für die Stiftung handelnder Personen) ausschliesslich auf den Stiftungszweck ausgerichtet sein. Denn der Zweck der Stiftung ist letztlich als logische Fortsetzung des Stifterwillens zu verstehen; dies gilt selbst dann, wenn die Stiftungsorgane verpflichtet sind, die Stiftung in ihrem Wesen zu verändern, indem sie den Zweck anpassen oder gar ändern.¹⁰

Im gesetzlich verankerten Modell der Stiftung sollte es für den Stifter kaum ein anderes Medium geben, um «seine» Stiftung inhaltlich zu prägen, als die Festschreibung des Zwecks im Zuge der Stiftungserrichtung.¹¹ Je präziser die Vermögensverwendung durch den Stiftungszweck umschrieben ist, desto authentischer wird auch die Umsetzung des Stifterwillens in der Realität der Stiftungsaktivität ausfallen.

Freilich lässt sich der Stifterwille durch den Wortlaut von so manchem Stiftungsgeschäft nicht vollumfänglich ermitteln. Derartige komplexe Szenarien können in Anknüpfung an die

Rechtsprechung mithilfe der dem Erbrecht entspringenden An-deutungstheorie gelöst werden; danach müsste das Stiftungsgeschäft zumindest andeutungsweise erkennen lassen, wie das Stiftungsvermögen verwendet und nach welchen zumindest rudimentären Kriterien der Kreis der Begünstigten gezogen wird.¹²

Aus der Perspektive des OGH muss der Stiftungszweck einer Familienstiftung sich aus dem Errichtungsakt hinreichend deutlich ergeben, wenn man eine Auslegung nach dem Willensprinzip vornimmt. Keinesfalls soll es möglich sein, dass eine Beherrschung der Willensbildung durch die Organe – wie bei einer Körperschaft – gegeben ist.¹³

3. Trennungs- und Erstarrungsprinzip

3.1. Leitbild der Stiftung

Zumindest die gesetzlichen Grundlagen des liechtensteinischen Stiftungsrechts gehen klar von einer Verselbstständigung der Stiftung als juristische Person aus; man spricht hierbei vom sog. Trennungs- und Erstarrungsprinzip, insoweit von der (endgültigen) Trennung des Stifters vom gewidmeten Vermögen¹⁴ sowie der Erstarrung des Stifterwillens in der Stiftungsurkunde mit dem Errichtungsakt.¹⁵ Der Stifter und die Stiftung sind insoweit als zwei selbstständige Rechtssubjekte anzusehen.¹⁶ Letztlich hat die Rechtsprechung den Begriff des Erstarrungsprinzips ge-

⁸ OGH 6.3.2008, 1 Cg 2006.71, LES 2008, 279.

⁹ Mehr zum stiftungsrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz s. *Delle Karth*, Die aktuelle Rechtsprechung des OGH im Stiftungsrecht, LJZ 2008, 51 (56).

¹⁰ Vgl. hierzu unten Ziff. 5.

¹¹ *Bösch*, Liechtensteinisches Stiftungsrecht, S. 203.

¹² OGH vom 17.7.2003, 1 Cg 2002.262-55; StGH vom 18.11.2003 Az. 2003/65; hierzu *Jakob*, Die Liechtensteinische Stiftung, S. 61; *Heiss*, Zur Sanierung fehlerhafter Stiftungsstatuten – kein Handlungsbedarf des liechtensteinischen Gesetzgebers infolge des Urteils StGH vom 18.11.2004, Az. 2003/65, LJZ 2004, 80.

¹³ OGH 6.3.2008, 1 Cg 2006.71, LES 2008, 279.

¹⁴ Das Trennungsprinzip führt in der praktischen Konsequenz dazu, dass die Stiftung gegenüber den Gläubigern nur mit dem Stiftungsvermögen haftet, vgl. hierzu *Schauer* in: *Schauer* (Hrsg.), *Kurzkommentar*, Art. 552 § 37, Rz. 2.

¹⁵ Zum Erstarrungsprinzip vgl. *Heiss/Lorenz*, Der erstarrte Stifterwille, in: *Marxer & Partner* (Hrsg.), *Aktuelle Probleme des Finanzplatzes Liechtenstein*, Vaduz 2003, S. 123.

¹⁶ Vgl. dazu *Bösch*, Liechtensteinisches Stiftungsrecht, S. 247; *Jakob*, Die Liechtensteinische Stiftung, S. 102.

prägt und mit Leben erfüllt.¹⁷ Bei der Zweckbestimmung steht letztlich die Perpetuierung des Stifterwillens im Vordergrund. Folglich kommt es nach dem Leitbild der Stiftung bei Vollen- dung des Errichtungsaktes zu einer strikten Lösung der Per- son des Stifters von dem der Stiftung gewidmeten Vermögen. Dieses Vermögen ist dem Stiftungszweck unterworfen, der in den Statuten und Beistatuten gemäss dem Willen des Stifters fixiert ist und damit als erstarrt anzusehen ist. Die Erstarrung ist somit das zentrale Abgrenzungskriterium zwischen Körper- schaft und Stiftung. Bei rechtsdogmatischer Betrachtung ist die Erstarrung *condicio sine qua non* für die Errichtung einer Stif- tung, da diese keine Mitglieder hat. Bei Körperschaften haben die Mitglieder typischerweise gerade die Berechtigung, den ur- sprünglichen Verbandszweck abzuändern, zu erweitern, einzu- schränken oder seine Verfolgung überhaupt aufzugeben.¹⁸

3.2. Durchbrechung

Freilich besteht die Möglichkeit, das Erstarrungsprinzip bereits *a priori*, d.h. im Akt der Stiftungerrichtung, einzuschränken. Diese Gestaltungsfreiheit ist nicht nur als Besonderheit im liech- tensteinischen Stiftungsrecht vorgesehen, sondern findet sich auch in anderen Rechtssystemen,¹⁹ so z.B. im anglo-amerikanischen Trustrecht bzw. bei der österreichischen Privatstiftung.²⁰

Gemäss Art. 552 § 30 Abs. 1 PGR hat der Stifter die Mög- lichkeit, sich in der Stiftungsurkunde das Recht vorzubehal- ten, die Stiftung zu widerrufen oder ihren Zweck zu ändern. Freilich kann man diese Vorschrift so auslegen, dass letztlich die Stiftung damit körperschaftliche Züge annimmt. Diese kör- perschaftlichen Züge sind aber auf die Lebensdauer des Stif- ters beschränkt. Das Idealbild der Stiftung als völlig erstarrtes, zweckgebundenes Vermögen wird insoweit mit dem Tod des Stifters endgültig erreicht.

4. Retardierungseffekt bei der Stiftungsgenese: Änderung des Stiftungszwecks durch den Stifter selbst

Die liberale Ausgangsbasis des liechtensteinischen Stiftungs- rechts ist grundsätzlich sehr zu begrüssen. Der beschriebene Retardierungseffekt, bei dem die Stiftung die Züge der dem klassischen Stiftungsbild zu Grunde liegenden Erstarrung erst nach dem Tod des Stifters annimmt, ist im Wettbewerb der Rechtsordnungen ein essenzieller Faktor.²¹ Denn die Praxis zeigt, dass letztlich die Ausnahme zur Regel wird: Im privat-

nützigen Bereich werden eine Vielzahl von Stiftungserklä- rungen unter Berufung auf Art. 552 § 30 PGR so ausgestaltet, dass sich der Stifter bis zu seinem Tod das Recht auf Ände- rungen vorbehält.²²

4.1. Einschränkung durch die Form

Das liberale Substrat des liechtensteinischen Stiftungsrechts er- streckt sich freilich nur auf den materiellen Wesensgehalt der Modifizierung, nicht aber auf die Form. Der in Art. 552 § 16 Abs. 2 Ziff. 4 PGR normierte Formzwang bestimmt, dass ein Widerrufs- oder Änderungsvorbehalt in der Stiftungsurkunde selbst erfolgen muss, während eine Regelung in der Stiftungs- zusatzurkunde unwirksam ist.²³ Nach Auffassung des Gesetz- gebers ist der Änderungsvorbehalt demnach eine Quelle der Gefährdung der Rechtssicherheit.

Die dem Änderungsvorbehalt entspringenden Risiken wurden durch (milde) Publizitätsvorschrift in die Schranken gewiesen: Die Zweckänderbarkeit durch den Stifter wird vom Gesetzge- ber als derart drastisches Abweichen von der gewöhnlichen Wesenseigenschaft der Stiftung verstanden, dass jeder, dem ein Recht auf Einsicht in die Stiftungsurkunde gewährt wird, die Möglichkeit haben muss, sich darüber unmittelbar zu in- formieren und insoweit vorgewarnt zu sein. Freilich lässt sich diese Formvorschrift damit rechtfertigen, dass die Stiftung da- mit Züge annimmt, die man als körperschaftlich bezeichnen könnte, was mitunter zu einem Informationsbedürfnis Dritter führen wird.

¹⁷ OGH 26.1.1988, 3 C 96/86, LES 1990 120; OGH 1.7.1996, 6 C 410/91, LES 1998, 107; OGH 6.12.2001, 1 Cg 378/99, LES 2002, 52; OGH 6.9.2001, 6 Cg 195/99, LES 2002, 94.

¹⁸ Bösch, Liechtensteinisches Stiftungsrecht, S. 247.

¹⁹ Für eine rechtsvergleichende Gegenüberstellung von Liechtenstein und Österreich, vgl. Hügel, Stifterrechte in Österreich und Liechtenstein, Wien 2007, S. 59.

²⁰ Vgl. § 33 PSG; vgl. hierzu grundlegend Arnold, Umgang und Grenzen des Gläubigerzugriffs bei Privatstiftungen, ZfS 2006, 131; vgl. zum Trustrecht Haeusler, Einführung in den angelsächsischen Trust, in: Richter/Wachter (Hrsg.), Handbuch des internationalen Stiftungsrechts, Angelbachtal 2007, S. 229.

²¹ Zur ähnlichen Situation in Österreich vgl. Arnold, Privatstiftungsgesetz – Kommentar, Wien, 2007, § 33 PSG, Rz. 55.

²² Zum Widerrufs- und Änderungsrecht des Stifters siehe auch Attlmayr/Rabanser, Das neue liechtensteinische Stiftungsrecht, Kurzkommentar, Wien 2009, S. 90.

²³ Vgl. hierzu Lorenz in: Schauer (Hrsg.), Kurzkommentar, Art. 552 § 16, Rz. 9.

4.2 Modifizierbarkeitsbeschränkung und Gestaltungsmöglichkeiten

Seit der Totalrevision des Stiftungsrechts sind Widerrufs- und Änderungsrechte nur dann gegeben, wenn es sich beim Stifter um eine natürliche Person handelt. Dies hängt damit zusammen, dass die Rechte unabtretbar und unvererblich sind.²⁴ Wäre juristischen Personen als Stifter die Möglichkeit gegeben, die Stiftung einschneidend zu modifizieren, bestünde die Möglichkeit zur Umgehung der Unvererblichkeit und Unabtretbarkeit.

Auch bei Stiftermehrheit besteht die Option, sich Widerrufs- und Änderungsrechte vorzubehalten, wobei deren Ausübung gemäss Art. 552 § 4 Abs. 2 PGR nur gemeinsam möglich ist, sofern die Stiftungserklärung nicht eine anderweitige Regelung enthält. Das liechtensteinische Gesellschaftsrecht ist von seiner Tradition her äusserst liberal und auch die Auslegung der eben zitierten dispositiven Vorschriften sollte diesem liberalen Leitbild folgen. So kann die Stiftung bei Stiftermehrheit so ausgestaltet werden, dass die Modifizierungsrechte bei Wegfall eines Stifters von den anderen Stiftern allein ausgeübt werden. Auch ist es durchaus üblich, einen Hauptstifter zu benennen, der anfänglich alle Stifterrechte (einschliesslich des Änderungs- und Widerrufsrechts) ausüben darf. Die Nebensterker kommen dann z.B. erst nach Verstreichen einer festgelegten Frist in den Genuss der Ausübung der Gestaltungsrechte.

Trotz der Unabtretbarkeit und Unvererblichkeit kann ein Stellvertreter die Rechte ausüben, was jedoch einer Spezialvollmacht bedarf (Art. 552 § 30 Abs. 1 Satz 3 PGR).

4.3 Treuhandgründung

Bekanntlich werden die meisten Stiftungen in Form einer sog. Treuhandgründung errichtet, bei welcher der Gründer die Stiftung nicht selbst errichtet, sondern sich eines Treuhänders bedient. Der Letztgenannte agiert als rechtlicher Stifter und tritt so gegenüber Dritten auf. Damit ist der Treuhänder zwar bei rechtlicher Betrachtungsweise der Stifter, nicht jedoch aus wirtschaftlicher Perspektive. Der eigentliche Stifter, der bewusst hinter dem in Erscheinung tretenden Treuhänder steht, erlangt trotz der Einschaltung des Treuhänders als indirekten Stellvertreter die Rechtsstellung des wirtschaftlichen Stifters. Damit obliegen dem wirtschaftlichen Stifter auch alle typischen Stifterrechte (Art. 552 § 4 Abs. 3), so auch das Änderungsrecht.²⁵

4.4 Verlust der Geschäftsfähigkeit

Bei Verlust der Geschäftsfähigkeit des Stifters ist der gesetzliche Vertreter befugt, die Gestaltungsrechte auszuüben; dies ist seitens des Stifters oftmals nicht gewollt. Insoweit bietet es sich an, bei Stiftungserrichtung festzuschreiben, dass die Gestaltungsrechte bei Verlust der Geschäftsfähigkeit des Stifters erlöschen.²⁶ Damit kommt es de facto zum Eintritt der Erstarung bereits vor dem Tod des Stifters, nämlich mit Eintritt der Geschäftsunfähigkeit.

4.5 Umfang des Änderungsrechts

Den Umfang des Änderungsrechts kann vom Stifter bestimmt werden. Bei einem unbeschränkten Änderungsrecht ist – neben der Zweckänderung und der Änderung der Organisation der Stiftung – auch die Änderung der Begünstigtenregelung möglich.²⁷ Freilich ist die Änderung nur insoweit möglich, als keine Rechte Dritter entgegenstehen. Die Dispositionsfreiheit im Hinblick auf die Änderung des Stiftungszwecks durch den Stifter kann oftmals durch rechtsgeschäftliche Bindungen zu Dritten (z.B. Begünstigten) eingeschränkt sein. Möchte der Stifter sich Änderungsrechte vorbehalten und diese auch tatsächlich ausüben können, sollte auf rechtsverbindliche Zusagen verzichtet werden.

4.6 Implikation des Änderungsrechts im Widerrufsrecht

Behält sich der Stifter bei Stiftungserrichtung lediglich ein Widerrufsrecht, nicht aber ein Änderungsrecht vor, dann wird der Wille des Stifters im Zweifel so auszulegen sein, dass das Änderungsrecht im Widerrufsrecht als dem milderen Gestaltungsrecht enthalten ist. Lediglich wenn sich aus der Stiftungserklärung ergibt, dass jede andere Anpassungsmöglichkeit ausser

²⁴ Die Unvererblichkeit und Unabtretbarkeit der Stifterrechte im Art. 552 § 30 Abs. 1 Satz 2 PGR entspricht der Grundsatzentscheidung des OGH vom 6.12.2001, 1 Cg 378/99, LES 2002, 41.

²⁵ Schauer in: Schauer (Hrsg.), Kurzkomentar, Art. 552 § 30, Rz. 15.

²⁶ Bericht und Antrag der Regierung an den Landtag des Fürstentums Liechtenstein betreffend die Totalrevision des Stiftungsrechts, Nr. 13/2008, S. 113 f. Schauer, Der Schutz der Stifterinteressen im neuen Stiftungsrecht, LJZ 2009, S. 40(48).

²⁷ Vgl. dazu Schauer in: Schauer (Hrsg.), Kurzkomentar, Art. 552 § 30, Rz. 5; Jakob, Die Liechtensteinische Stiftung, S. 231.

dem drastischen Mittel des Stiftungswiderrufs ausgeschlossen sein soll, ist eine andere Wertung vorzunehmen.²⁸

Auf einer Skala der späteren Einflussnahmemöglichkeiten des Stifters auf die Stiftung steht das Widerrufsrecht auf höchster Ebene, während die Zweckänderung wesentlich weiter unten rangiert. Beim Widerrufsrecht und beim Änderungsrecht handelt es sich um Gestaltungsrechte, die letztlich in die gleiche Richtung tendieren und sich lediglich in ihrer Intensität unterscheiden. Die Gleichwertigkeit von Widerrufs- und Änderungsrecht ergibt sich auch daraus, dass, obwohl ein Teilwiderruf der Stiftung gesetzlich nicht vorgesehen ist, dennoch die Möglichkeit für den Stifter besteht, einen Teil des Stiftungsvermögens zurückzuholen, in dem er von seinem Änderungsrecht Gebrauch macht. Ein Teilwiderruf lässt sich rechtstechnisch daher nur durch die Ausübung eines Änderungsrechts bewerkstelligen.²⁹

4.7. Persönliche Befugnis zur Änderung

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass der Stifter selbst den Stiftungszweck ändern kann, wenn er sich bei Errichtung der Stiftung dieses Gestaltungsrecht vorbehalten hat. Bei Stiftermehrheit dürfen die Stifter dieses Recht je nach rechtsgeschäftlicher Ausgestaltung entweder einzeln oder gemeinsam ausüben. Denkbar ist zudem, dass ein Stellvertreter durch Spezialvollmacht und ein gesetzlicher Vertreter bei Verlust der Geschäftsfähigkeit des Stifters zur Änderung des Stiftungszwecks ermächtigt sind.

5. Änderung des Stiftungszwecks durch Stiftungsorgane

5.1. Vollzug des Stifterwillens durch den Stiftungsrat

In der Praxis kommt der Änderung des Stiftungszwecks durch den Stiftungsrat (oder ein anderes Organ der Stiftung) erhebliche Bedeutung zu. Die sich hierbei ergebende Zweckänderung muss letztlich in engem Zusammenhang mit der ursprünglich artikulierten Intention des Begründers sein; letztlich ist der Stiftungsrat in all seinem Handeln – daher auch wenn es um eine etwaige Zweckänderung geht – das zentrale Organ, das für den Vollzug des Stifterwillens zuständig ist.³⁰ Die Befugnisse des Stiftungsrats zur Änderung des Stiftungszwecks sind sehr eng gesteckt und hängen von diversen Voraussetzungen ab, die nun thematisiert werden sollen.³¹

5.2. Normierung durch die Stiftungsurkunde

Als erste und wichtigste Voraussetzung muss dem Stiftungsrat die Befugnis zur Änderung des Zwecks bereits durch die Stiftungsurkunde ausdrücklich eingeräumt worden sein. Neben dem Stiftungsrat kann der Stifter auch ein anderes Organ für eine etwaige Zweckänderung bevollmächtigen (Art. 552 § 31 Abs. 2 PGR). Dogmatisch betrachtet handelt es sich um ein rein rechtsgeschäftliches Änderungsrecht und gerade nicht um ein gesetzlich vorgesehenes Gestaltungsrecht des Stiftungsrates.³² Der Stiftungsrat als Ausführungsorgan des Stifterwillens soll den ex ante artikulierten Willen des Stifters auch im Hinblick auf eine durch äussere Umstände erforderlich gewordene Änderung des Stiftungszwecks realisieren.

Hinzuweisen ist noch auf die eigenständigen bzw. antragsabhängigen Befugnisse des Gerichts im Rechtsfürsorgeverfahren, sofern keine rechtsgeschäftliche Regelung vorliegt (Art. 552 §§ 33, 35): Wurde dem Stiftungsrat durch die Stiftungsurkunde kein Recht zur Änderung des Zwecks zugebilligt, dann besteht noch die Möglichkeit, beim Richter im Rechtsfürsorgeverfahren eine Zweckänderung zu beantragen; diese Art der Zweckänderung ist gegenüber der Änderung durch den Stiftungsrat selbst subsidiär.³³ Untersteht die Stiftung der Aufsicht, dann kann der Antrag bei Gericht auch durch die Stiftungsaufsichtsbehörde erfolgen.³⁴

5.3. Objektive Umstände

Nachdem die Zweckänderung in einem sichtbaren Spannungsverhältnis zum Erstarrungsprinzip steht, hat der Gesetzgeber das eigentlich rechtsgeschäftlich begründete Änderungsrecht des Stiftungsrats an enge gesetzliche Voraussetzungen geknüpft. Hierbei gibt Art. 552 § 31 Abs. 1 PGR den Rahmen vor, wann eine Zweckänderung durchgeführt werden kann. Demnach ist eine Änderung nur zulässig, wenn der Zweck un-

²⁸ A. A. Jakob, Die Liechtensteinische Stiftung, S. 116.

²⁹ Jakob, Die Liechtensteinische Stiftung, S. 115.

³⁰ Schauer, Der Schutz der Stifterinteressen im neuen Stiftungsrecht, LJZ, 2009, 40(41).

³¹ Zur Zweckänderung durch die Stiftungsorgane in anderen Rechtsordnungen vgl. Arnold, Privatstiftungsgesetz, § 33 PSG, Rz. 55; Hof in Seifart/v. Campenhausen, Stiftungsrechts-Handbuch, München 2009, § 7 Rz. 117 ff; Hondius/van der Ploeg, Foundations, Tübingen 2001, S. 65 f.

³² Vgl. dazu Heiss in Schauer (Hrsg.), Kurzkommentar, Art. 552 § 31, Rz. 4.

³³ Vgl. etwa Rick in Schauer (Hrsg.), Kurzkommentar, Art. 552 § 33, Rz. 2.

³⁴ Jakob, Die Liechtensteinische Stiftung, S. 134.

erreichbar, unerlaubt oder vernunftwidrig geworden ist oder sich die Verhältnisse so geändert haben, dass der Zweck eine ganz andere Bedeutung oder Wirkung erhalten hat, so dass die Stiftung dem Willen des Stifters entfremdet ist. Das Vorliegen der Kriterien für eine Zweckänderung ist im Einzelfall einer Überprüfung zu unterziehen. Schlussendlich wird es eine Ermessensentscheidung der Stiftungsorgane sein.³⁵

5.4. Subjektive Umstände

Bei der Ermessensentscheidung hat der Stiftungsrat in erster Linie auf den Stifterwillen abzustellen, so wie er in der Stiftungsurkunde zum Ausdruck gebracht wurde; demnach ist anhand des mutmasslichen Stifterwillens eine Rechtfertigung für die Zweckänderung zu ermitteln.³⁶

Aus der Stiftungserklärung, die bekanntlich eine einseitige, nicht empfangsbedürftige Willenserklärung darstellt,³⁷ ist der mutmassliche Stifterwille abzuleiten. Jede Zweckänderung durch ein Organ muss insoweit allein auf die subjektive Komponente des Stifterhorizontes abstellen; dagegen ist der Empfängerhorizont ausser acht zu lassen.³⁸ Im Anklang an die allgemeine Rechtsgelehrte und die allgemeinen Prinzipien zur Auslegung von Willenserklärungen ist zu betonen, dass neben der eigentlichen in der Stiftungserklärung enthaltenen Willensäußerung des Stifters auch andere Umstände berücksichtigt werden dürfen, die Aufschluss über den mutmasslichen Stifterwillen geben. Nach der Rechtsprechung darf etwa der Inhalt des Gründungsgesprächs als Anhaltspunkt herangezogen werden.³⁹ Der Gefahr einer mit dieser Rechtsprechung einhergehenden Rechtsunsicherheit sowie einer willkürlichen Änderungsfreiheit des Stiftungsrats kann damit begegnet werden, dass vage Willensäußerungen des Stifters, die dem Stiftungsrat bekannt sind (z.B. der Inhalt des Gründungsgesprächs), nur dann herangezogen werden dürfen, wenn sie in den Statuten angeklungen sind. Auch hier ist eine Rückbesinnung auf die Andeutungstheorie empfehlenswert.⁴⁰

5.5. Rechtsschutz gegen Änderung

In einer ausgewogenen *Foundation Governance* kommen den Begünstigten essenzielle Kontrollrechte zu; eine der tragenden Säulen der Kontrolle durch die Begünstigten ist das Antragsrecht im Rechtsfürsorgeverfahren gemäss Art. 552 § 29 Abs. 4 PGR. Diese Kontrolle sollen die Begünstigten – und auch die anderen Stiftungsbeteiligten – freilich gerade dann ausüben, wenn die Stiftung durch Intervention der Organe eine derart

andere Richtung einschlägt, dass sich sogar ihr Zweck ändert. Der gangbare Weg, um die Kontrolle ausüben zu können, liegt darin, den Begünstigten (und auch den anderen Stiftungsbeteiligten im Sinne von Art. 552 § 3 PGR) das Recht zuzubilligen, die Aufhebung einer Änderung des Stiftungszwecks im Rechtsfürsorgeverfahren zu beantragen.⁴¹

5.6. Zweckänderung statt Auflösung

Die Zweckänderung stellt in vielen Fällen die einzig gangbare Alternative zur Auflösung der Stiftung dar. Nachdem die Stiftungsorgane kraft ihrer Stellung verpflichtet sind, die Stiftung am Leben zu erhalten und etwaige Anpassung so vorzunehmen, dass die Stiftung nachhaltig ihre Arbeit erbringen kann, sind diese auch verpflichtet, den mutmasslichen Willen zu ermitteln, um damit über die notwendige Grundlage für die Kurskorrektur der Stiftungsarbeit zu verfügen.⁴² Kann der mutmassliche Stifterwille nicht ermittelt werden, ist die Stiftung notwendigerweise aufzulösen.⁴³

6. Zusammenfassung

Das liechtensteinische Stiftungsrecht bietet ein enormes Gestaltungspotential für Stifter, die sich mit der endgültigen Festlegung des Zwecks noch etwas Zeit lassen wollen. Insoweit liegt die liechtensteinische Rechtsordnung im Trend der Zeit: Das Bild des modernen Stifters unterscheidet sich grundlegend vom Stifter vergangener Zeiten. Viele Stifter von heute möchten zwar einerseits für sich und die Begünstigten dadurch Sicherheit schaffen, dass ein Teil des Vermögens ausgesondert wird und damit vom Zugriff Dritter bewahrt wird. Andererseits

³⁵ Zur Pflicht zur ordnungsgemässen Ermessensausübung vgl. *Jakob*, Die Liechtensteinische Stiftung, S. 133 f.

³⁶ Vgl. dazu: *Heiss* in Schauer (Hrsg.), Kurzkommentar, Art. 552 § 31, Rz. 8.

³⁷ OGH 29.1.1990, 2 C 264/87, LES 1991, 105; OGH 3.8.2000, 9 C 203/98, LES 2000, 241.

³⁸ Vgl. zur Auslegung: *Bösch*, Liechtensteinisches Stiftungsrecht, S. 494 f.; *Jakob*, Die Liechtensteinische Stiftung, S. 61 f.

³⁹ OGH 6.3.2008, 1 Cg 2006.71, LES 2008, 279.

⁴⁰ Siehe oben Ziff. 2.

⁴¹ *Jakob*, Die Liechtensteinische Stiftung, S. 135.

⁴² *Jakob*, Die Liechtensteinische Stiftung, S. 134.

⁴³ Bericht und Antrag der Regierung an den Landtag des Fürstentums Liechtenstein betreffend die Totalrevision des Stiftungsrechts, Nr. 13/2008, S. 114 f.

ist für viele Stifter ein rechtliches Modell attraktiv, bei dem sie sich noch aktiv in die Geschicke der Stiftung einbringen können. Insbesondere denjenigen Stiftern, deren Willensbildungsprozess zum Zeitpunkt der Stiftungerrichtung noch nicht endgültig ausgereift ist, kommt die spätere Zweckabänderbarkeit durch eigene Intervention oder durch ein Organ sehr gelegen.

Im Gegensatz zu vielen anderen Rechtsordnungen bietet die Liechtensteinische Rechtsordnung hierfür ein durchaus passendes Instrumentarium, das einerseits grosse Gestaltungsfreiheit gewährt und andererseits durch unabdingbare Rechtsprinzipien vor der Gefahr einer in Rechtsunsicherheit ausufernden Praxis schützt.

Streit um Retrozessionen

Dr. Adrian Plüss, TEP, MBA, Rechtsanwalt, Lanter Rechtsanwälte, Zürich

Wie eine Bombe schlug im Frühjahr 2006 ein Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts¹ in der Branche der Vermögensverwalter ein: Das Bundesgericht hielt darin fest, dass sog. Retrozessionen oder Finder's Fees, die unabhängige Vermögensverwalter von Banken für die Zuführung von Kundschaft erhalten, den Kunden zustehen und diesen abzuliefern sind. Das Urteil erhitzte v.a. deshalb die Gemüter, weil das Gericht zwar einräumte, Kunden könnten auf die Ablieferung solcher Zahlungen verzichten, aber sehr hohe Anforderungen an stillschweigende Verzichte stellte. Für die Branche stellte sich daher plötzlich die Frage, ob Kunden rückwirkend auf mehrere Jahre die Gutschrift von Retrozessionen verlangen konnten.²

I. Sachverhalt des Bundesgerichtsurteils

Dem Urteil lag folgender Sachverhalt zugrunde:

«Die Stiftung U. (Klägerin und Berufungsklägerin), wurde im Jahre 1993 gegründet; sie wurde wirtschaftlich von B. und dessen Ehefrau beherrscht. A. (Beklagter und Berufungsbeklagter) verwaltete das Stiftungsvermögen seit der Gründung bis im Sommer 1998 als Angestellter verschiedener Banken. Im Jahre 1998 nahm er eine selbständige Erwerbstätigkeit auf und führte die Verwaltung des Vermögens der Stiftung in eigener Verantwortung und auf eigene Rechnung weiter. Das Stiftungsvermögen wuchs auf über 1000 Millionen Franken an.

Anfangs Februar 2000 wurde B. von der Staatsanwaltschaft Mannheim verhaftet und in der Folge wegen Vermögensdelikten in Milliardenhöhe, die er über seine Gesellschaft «D GmbH» begangen hatte, zu einer mehrjährigen Gefängnisstrafe verurteilt. Über die «D GmbH» eröffnete das Amtsgericht Karlsruhe am 4. Februar 2000 das Insolvenzverfahren; am

1. Mai 2000 wurde das Insolvenzverfahren über das Vermögen von B. eröffnet. Im Rahmen eines Rechtshilfeverfahrens wies die Bezirksanwaltschaft Zürich am 10. Februar 2000 unter anderem auch den Beklagten an, ihr sämtliche Dokumente betreffend B. herauszugeben und belegte die B. zuzurechnenden Vermögenswerte einstweilen mit einem Verfügungsverbot.

Am 14. Mai 2002 stellte die Klägerin beim Vermittleramt des Kreises Oberengadin folgende Rechtsbegehren:

- «1. Der Beklagte sei unter Androhung der Überweisung an den Strafrichter zur Bestrafung nach Art. 292 StGB zu verpflichten, der Klägerin umfassend Rechenschaft über seine Tätigkeit als Beauftragter der Klägerin abzugeben und insbesondere sämtliche Aufzeichnungen, Bücher und Belege herauszugeben, welche über die von ihm im Zusammenhang mit der Verwaltung des Vermögens der Klägerin bezogenen Honoraransprüche und Provisionen (Retrozessionen), über sämtliche vom Beklagten getätigten Barbezüge und weitere erhaltene Vermögenswerte sowie über deren Verwendung umfassend Aufschluss zu geben.
2. Es sei der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin sämtliche von ihm im Zusammenhang mit seiner Tätigkeit als Beauftragter der Klägerin vereinnahmten Provisionen (Retrozessionen) der Bank X., der Bank Y. sowie der Bank Z., alle Niederlassungen in St. Moritz, herauszugeben und es sei der Beklagte überdies zu verpflichten, der Klägerin sämtliche

¹ BGE 132 III 460 ff.

² Das Urteil löste deshalb eine Flut von Urteilsbesprechungen, Aufsätzen und Monographien aus; vgl. dazu weiterführend die Angaben bei *Abegglen*, «Retrozession» ist nicht gleich «Retrozession», SZW 79 (2007), 122 ff.

von ihm als Beauftragter der Klägerin erlangten Vermögenswerte, über deren auftragsgemässe Verwendung und/oder Weiterleitung der Beklagte keine Rechenschaft ablegen kann, zurückzuerstatten bzw. zu bezahlen, und zwar in der Höhe des nach erfolgter Rechenschaftsablegung des Beklagten festgestellten Herausgabeanspruchs der Klägerin, mindestens jedoch in der Höhe von CHF 1'392'500.–, zuzüglich Zins ab Datum der Klageeinleitung an.

«Die Klägerin erhöhte ihre Forderung in der Folge auf CHF 2'783'873.28.»³

Das Bezirksgericht Maloja wies die Klage ab. Die Klägerin zog das Urteil mit Berufung an das Kantonsgericht Graubünden weiter, das die Berufung ebenfalls abwies.

II. Beurteilung der Erwägungen des Bundesgerichts

1. Eine emotionslose Analyse des Urteils zeigt folgenden Leitlinien:

- Das Bundesgericht definiert zunächst den Begriff «Retrozession» als Zahlung, mit der eine «Bank gestützt auf eine entsprechende Vereinbarung einem Dritten (insbesondere einem Vermittler im Vermögensverwaltungs- und Kapitalanlagegeschäft) einen Anteil einer vereinnahmten Kommission weitergibt».⁴ Unter «Finder's Fees» versteht das Bundesgericht eine «einmalige Entschädigung, welche der Vermögensverwalter von einer Bank für die Zuführung von neuen Vermögenswerten bzw. neuer Kunden(gelder) erhält.»⁵
- Auf den Vermögensverwaltungsvertrag finden die auftragsrechtlichen Regeln (d.h. das Auftragsrecht gemäss Art. 394 ff. OR) Anwendung. – «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. Die Ablieferungspflicht betrifft nicht nur diejenigen Vermögenswerte, die der Beauftragte direkt vom Auftraggeber zur Erfüllung des Auftrags erhält, sondern auch indirekte Vorteile, die dem Beauftragten infolge der Auftragsausführung von Dritten zukommen. Der Beauftragte soll durch den Auftrag – abgesehen von einem allfälligen Honorar – weder gewinnen noch verlieren; er muss daher alle Vermögenswerte herausgeben, welche in einem inneren Zusammenhang zur Auftragsausführung

stehen; behalten darf er nur, was er lediglich bei Gelegenheit der Auftragsausführung, ohne inneren Zusammenhang mit dem ihm erteilten Auftrag, von Dritten erhält ...»⁶

- Retrozessionen und Finder's Fees unterliegen jedenfalls dann der Ablieferungspflicht nach Art. 400 Abs. 1 OR, wenn «der Beauftragte dem Auftraggeber im Rahmen des Vertrags geraten hat, die zur Verwaltung überlassenen Vermögenswerte bei einer bestimmten Bank (neu) zu deponieren.»⁷ Solche Zahlungen «werden dem Beauftragten ausgerichtet, weil er im Rahmen des Auftrags bestimmte Verwaltungshandlungen vornimmt oder veranlasst; sie fallen im Zusammenhang mit der Verwaltung des Vermögens an und unterliegen der Herausgabepflicht nach Art. 400 Abs. 1 OR.»⁸
- Das Bundesgericht räumt ein, dass der Auftraggeber explizit oder implizit auf die Ablieferung verzichten kann. «Auf die Ablieferung bestimmter, auch künftig anfallender Werte» kann daher grundsätzlich gültig verzichtet werden.⁹ Das Bundesgericht verweist auf Schranken, die sich aus der eigentlichen Fremdnützigkeit des Auftrags ergeben, «welche durch eine entsprechende Vereinbarung nicht aufgehoben werden kann (...). Die Fremdnützigkeit als solche wird zwar nicht berührt, wenn die Ablieferung von Einnahmen wie sog. Retrozessionen im Vermögensverwaltungsvertrag eine Nebenpflicht bildet und dem Beauftragten dadurch im Ergebnis ein – zusätzliches – Entgelt für seine Tätigkeit zukommen soll. Die Pflicht zur Ablieferung bildet aber auch hier ein zentrales Element der Fremdnützigkeit des Auftrags und ist mit der Rechenschaftspflicht des Beauftragten so eng verbunden, dass sie als deren Folge erscheint.»¹⁰

Ein solcher Verzicht muss aber nach der Auffassung des Bundesgerichts, «klar»¹¹ bzw. «eindeutig»¹² aus der Vereinbarung hervorgehen. «Von der Lehre wird daher zutreffend

³ BGE 132 III 461/462.

⁴ BGE 132 III 463, E. 4.

⁵ BGE 132 III 463, E. 4.

⁶ BGE 132 III 464, E. 4.1.

⁷ BGE 132 III 464, E. 4.1.

⁸ BGE 132 III 464/465, E. 4.1.

⁹ BGE 132 III 465, E. 4.2.

¹⁰ BGE 132 III 465/466, E. 4.2.

¹¹ BGE 132 III 465, E. 4.2.

¹² BGE 132 III 466, E. 4.3.

verlangt, dass der Auftraggeber über die zu erwartenden Retrozessionen vollständig und wahrheitsgetreu informiert sein muss, und dass sein Wille, auf deren Ablieferung zu verzichten, aus der Vereinbarung entsprechend klar hervorgehen muss (...). Diese Anforderung rechtfertigt sich zusätzlich aus der Erwägung, dass eine solche Vereinbarung zu Interessenkonflikten führen kann, da durch (zu) häufige Transaktionen ein nennenswertes Zusatzeinkommen erzielt werden kann (...).»¹³

Das Bundesgericht lehnte dabei das Argument des Handels- oder Ortsgebrauch rundweg ab: «Der Vorinstanz kann nicht gefolgt werden, wenn sie annimmt, ein Verzicht auf die Ablieferung von im Rahmen der Vermögensverwaltung anfallenden Retrozessionen ergebe sich auch daraus, dass entsprechende Vereinbarungen als üblich gelten könnten. Nach der Feststellung im angefochtenen Urteil leiten 81 % der Vermögensverwalter nicht an ihre Kunden weiter und bestehen 28,5 % ihrer Einnahmen aus Retrozessionen. Aus der allgemeinen tatsächlichen Verbreitung der Einbehaltung von Retrozessionen allein kann weder in Bezug auf den Grundsatz noch die Höhe derartiger Einnahmen eine übliche Vergütung nach Handels- oder Ortsgebrauch im Sinne von Art. 394 Abs. 3 OR abgeleitet werden (...). Abgesehen davon, dass die entsprechenden Einnahmen von der Art und Häufigkeit von Vermögenstransaktionen abhängen, bildet die Vereinbarung über die Einbehaltung der umstrittenen Retrozessionen und ähnlicher Einnahmen keine Honorarabrede, auch wenn damit im Ergebnis die Entschädigung des Vermögensverwalters für seine Tätigkeit erhöht wird. Denn es kann nicht als üblich unterstellt werden, dass ein Auftraggeber unbesehen auf Rechenschaft verzichte und mit Einnahmen des Beauftragten einverstanden sei, deren Ausmass er weder kennen noch kontrollieren kann»¹⁴

Das Bundesgericht verweist schliesslich auf die Standesregeln des Verbandes Schweizerischer Vermögensverwalter, die verlangen, «dass der Vermögensverwalter dem Kunden sämtliche derartigen Leistungen offen legt und im Vertrag mit dem Kunden festhält, wem die Rückvergütungen zukommen sollen ... Derartige Standesregeln können nach der Rechtsprechung als Ausdruck einer Berufsübung zur Auslegung und Ergänzung eines Vertrags beigezogen werden (...). Sie stehen hier einer Auslegung entgegen, wonach der Beauftragte mangels gegenteiliger Absprache die im Rahmen der Vermögensverwaltung eingenommenen Retrozessionen nicht abliefern müsse. Es bedarf einer Vereinbarung der Parteien, aus der sich der Wille des infor-

mierten Mandanten eindeutig ergibt, auf die Ablieferung der dem Mandatar im Rahmen des Auftrags bezahlten Retrozessionen (ganz oder teilweise) zu verzichten.»¹⁵

2. Diese Leitlinien wandte das Bundesgericht anschliessend auf den konkreten Fall an. Etwas erstaunlich ist die Auffassung, «das von der Vorinstanz festgestellte Wissen des Organs der Klägerin über die Grössenordnung der vom Beklagten eingenommenen Retrozessionen und Finder's Fees» genüge «nicht für einen rechtswirksamen Verzicht auf Rechenschaftslegung und Ablieferung mit dem die Herausgabepflicht nach Art. 400 Abs. 1 OR wegbedungen wird».¹⁶ Die Vorinstanz hatte auf die Aussage des Stiftungsratspräsidenten der Klägerin (Dr. E.) abgestellt, der offensichtlich wusste, dass Retrozessionen und Finder's Fees an den Beklagten bezahlt wurden, und in Kenntnis der verwalteten Vermögenswerte auch die Höhe der Retrozessionen und Finder's Fees «fassbar abschätzen» konnte.¹⁷ Offenbar hatten sowohl der Stiftungsratspräsident als auch der «wirtschaftlich Berechtigte» an der Stiftung über viele Jahre in vollem Wissen um die Verhältnisse toleriert, dass die Retrozessionen und Finder's Fees beim Beklagten verblieben; dies scheint ein derart klares und eindeutiges Zeichen von Verzicht, dass die Qualifizierung des Bundesgerichts nicht überzeugt (wenn auch der Umstand, dass die Stiftung in einem wirtschaftskriminellen Umfeld entstanden ist, die Entscheidung nachvollziehbar macht).

III. Präzisierendes Urteil des Handelsgerichts Zürich

1. Seither hatte das Handelsgericht Zürich Gelegenheit, die Anforderungen zu präzisieren.¹⁸ Dem Urteil des Handelsgerichts lag folgender Sachverhalt zugrunde:

«Die Beklagte war ab 1997 während mehrerer Jahre für den Kläger als externe Vermögensverwalterin tätig, wobei das Bankhaus A. als Depotbank fungierte. Im Lauf der Zeit nahm das verwaltete Vermögen von CHF 500'000.– bis auf rund CHF 150'000.– ab. Am 7. Oktober 2003 schlossen die Parteien ein neues Vermögensverwaltungsmandat ab, welches

¹³ BGE 132 III 466, E. 4.2.

¹⁴ BGE 132 III 466, E. 4.3.

¹⁵ BGE 132 III 466/467, E. 4.3.

¹⁶ BGE 132 III 468, E. 4.5.

¹⁷ Vgl. BGE 132 III 467/468, E. 4.4.

¹⁸ ZR 107 (2008) Nr. 35, S. 129 ff.

der Kläger aber am 2. März 2004 widerrief. Im vorliegenden Verfahren verlangt er Auskunft bzw. Edition von Unterlagen über Retrozessionen bzw. Rückvergütungen, welche die Beklagte von der Depotbank im Rahmen des Mandats erhalten hat, und zwar im Sinne einer Stufenklage, um danach seine Forderung beziffern zu können.

Gemäss Schreiben der Depotbank an die Beklagte vom 2. Dezember 2005 ergaben sich in den Jahren 1997 bis 2003 folgende Courtagen, Depotgebühren und Retrozessionen auf dem Konto des Klägers:

Dazu erläuterte A., bis 1997 hätten die Retrozessionen auf Courtagen 30 % und ab 1998 50 % betragen. Die Retrozessionen auf «Fiduz» und Depotgebühren seien konstant 25 % gewesen. Ab 2003 habe die Depotgebühr im Minimum CHF 1'500 betragen. Die errechneten Retrozessionen seien brutto vor Abzug von 50 % der Mehrwertsteuer zu verstehen. Am 16. Januar 2004 überwies die Beklagte Retrozessionen in der Höhe von CHF 8'645.50 für die Jahre 2001 bis 2003 bzw. – gemäss der Beklagten – bis 30. Juni 2003.»¹⁹

Der Kläger stützte sich auf das Schreiben der Depotbank an die Beklagte. Er verlangte indessen eine schriftliche Vollständigkeitserklärung, «d.h. schriftlich sämtliche Retrozessionen und/oder Rückvergütungen jeder Art im Zusammenhang mit dem klägerischen Depot seit Etablierung der Geschäftsbeziehung bis zu deren Beendigung offen legen und gleichzeitig bestätige, dass in diesem Zusammenhang keine anderen oder zusätzlichen Vergütungen oder Ähnliches an die Beklagte bzw. an Drittpersonen geleistet worden seien. Aufgrund der bisherigen vorprozessualen Auseinandersetzungen gebe es genügend Anhaltspunkte, dass die Beklagte dem Kläger über Monate bewusst und gezielt Informationen vorenthalten und dies schlussendlich auch verschleiert habe, indem sie mit der Depotbank, aus welchen Gründen auch immer, gemeinsame Sache mache.»²⁰

Die Beklagte berief sich auf den Inhalt des Vermögensverwaltungsmandats vom 7. Oktober 2003, wonach sie nicht verpflichtet sei, Rechenschaft über erhaltene Retrozessionen abzugeben. Der Vertrag enthalte folgende Bestimmung:

«Der Kunde hat Kenntnis davon, dass ein Teil der mit seinem Depot entstandenen Courtagen oder Kommissionen von der Depotbank an die L. (= Beklagte) als Retrozessionen vergütet werden. Die Verwaltungsgesellschaft hat darüber keine Rechenschaft abzulegen.»

«Dieser Vertrag habe denjenigen vom 7. April 1997 im Sinne einer Neuerungsabrede ersetzt, womit für die ganze Vertragsdauer die Bestimmungen der zweiten Vereinbarung massgebend gewesen seien. Es sei vereinbart worden, dass die Beklagte – als reiner Kulanz und ohne Anerkennung irgendeiner Rechtspflicht – dem Kläger für die Jahre 2001 bis 30. Juni 2003, nicht jedoch für die vorhergehenden Jahre, die Retrozessionen in der Höhe von CHF 8'645.50 auszahlen würde. Im Gegenzug sei dann die neue Vermögensverwaltungsvereinbarung vom 7. Oktober 2003 abgeschlossen worden, welche schriftlich festhalte, was die Parteien stets mündlich vereinbart hätten, dass die Beklagte die Retrozessionen einbehalten könne.

Der Kläger hat bestritten, dass der Vertrag vom 7. Oktober 2003 rückwirkende Geltung haben sollte. Dieses neue Vermögensverwaltungsmandat sei unter der ausdrücklichen Voraussetzung abgeschlossen worden, dass die Beklagte dem Kläger die vereinnahmten Retrozessionen unverzüglich, aber bis spätestens Ende 2003, rückvergüte.»²¹

- Das Handelsgericht verneinte zunächst eine Rückwirkung des Vermögensverwaltungsmandats vom 7. Oktober 2003: «Als Resultat der objektiven Auslegung ... ist somit festzuhalten, dass dieser Vertrag keine Regelung – weder hinsichtlich Rechnungslegung noch hinsichtlich Erstattungspflicht – für die unter dem alten Vermögensverwaltungsvertrag an die Beklagte vergüteten Retrozessionen enthält.»²²

Im folgenden hielt das Handelsgericht fest, es bestünden keine Anhaltspunkte, «dass die diesbezügliche Aufstellung der Depotbank vom 2. Dezember 2005 unvollständig ist ... Entsprechend genügt die Aufstellung der Depotbank als Beleg für die ausgerichteten Retrozessionen.»²³ Der Kläger hatte daher keinen Anspruch auf eine Vollständigkeitserklärung. «Eine gesetzliche Grundlage für die verlangte Vollständigkeitserklärung besteht jedoch nicht. Die Depotbank ist weder gegenüber dem Beklagten noch gegenüber dem Kläger (...) verpflichtet, eine Vollständigkeitserklärung abzugeben.»²⁴

¹⁹ ZR 107 (2008), Nr. 35 E. I./III./1. und 2.

²⁰ ZR 107 (2008), Nr. 35 E. III./2./b.

²¹ ZR 107 (2008), Nr. 35 E. 3/c.

²² ZR 107 (2008), Nr. 35 E. 3/c.

²³ ZR 107 (2008), Nr. 35 E. e/aa.

²⁴ ZR 107 (2008), Nr. 35 E. e/aa.

Das Handelsgericht rekapitulierte schliesslich die Rechtsprechung des Bundesgerichts und die herrschenden Lehrmeinungen.²⁵ Dabei hielt das Handelsgericht namentlich fest,

- dass die blosser Kenntnis des Kunden, dass Retrozessionen bezahlt werden, für einen Verzicht jedenfalls nicht ausreichen,²⁶ sondern
- dass der Kunde die Höhe wenigstens abschätzen können muss, um gültig darauf zu verzichten.²⁷ Damit ist nicht erforderlich, dass der Kunde die Höhe «auf Franken und Rappen genau»²⁸ kennen muss.

Diese Voraussetzungen hielt das Handelsgericht nicht für erfüllt. «Bei Abschluss des zweiten Vermögensverwaltungsmandates war der Kläger im Besitz des Schreibens der Beklagten vom 30. September 2003, worin die erstatteten Retrozessionen für die Jahre 2001, 2002 und erste Hälfte 2003 auf CHF 8'645.50 beziffert werden. Somit hatte er – zumindest zusammen mit den Depotauszügen – gewisse Anhaltspunkte über die zu erwartenden Retrozessionen, weshalb dieser Verzicht auf Erstattung künftiger Retrozessionen als gültig erscheint. Da die Beklagte es aber unterlassen hat, das Quantitativ der Forderung substantiiert zu bestreiten, kann offen bleiben, ob von den Retrozessionen im Jahre 2003 in der Höhe von CHF 3'436.83 ein Teil unter dem Vermögensverwaltungsmandat vom 7. Oktober 2003 erstattet wurde und daher nicht an den Kläger abzuliefern wäre.»²⁹

IV. Auswirkungen auf die Praxis

1. Die Problematik von Retrozessionen und Finder's Fees wird – völlig zu Recht – in den gegebenenfalls damit verbundenen Interessenkollisionen³⁰ (der Vermögensverwalter bezieht mögliche Retrozessionen und Finder's Fees in seine Verwaltungsentscheide ein) und in der Intransparenz der Vergütung für die Dienstleistungen des Beauftragten³¹ gesehen (der Auftraggeber ist sich nur über die direkten, nicht aber über die indirekten Kosten des Vermögensverwaltungsmandats im klaren).
2. Aus der Perspektive des Gesetzgebers kann man sich fragen, ob die auftragsrechtliche Herausgabepflicht der richtige Aufhänger zur Regelung von solchen Problemstellungen ist.³² Die Frage kann hier nur angeschnitten werden: Das historisch gewachsene Auftragsrecht³³ ist nicht auf moderne Dienstleistungsverhältnisse zugeschnitten, und Retrozessionen und Finder's Fees waren sicher nicht im Blickfeld des Gesetzgebers bei der Formulierung von

Art. 400 Abs. 1 OR. Ähnliche Interessenkollisionen sind auch in anderen Vertragsverhältnissen möglich (und dort ungeregelt³⁴); Retrozessionen und Finder's Fees sind so- dann auch nicht die einzigen Tatbestände von Interessenkollisionen in Vermögensverwaltungsverhältnissen. – Bei der Beurteilung von Interessenkollisionen in Verträgen über wirtschaftliche Tätigkeiten darf schliesslich nicht vergessen werden, dass der Anbieter solcher Dienstleistungen immer damit Erträge erzielen will und dieses Interesse in marktwirtschaftlichen Wirtschaftssystem auch legitimerweise verfolgen und optimieren darf.

3. In der Praxis hat dies – soweit ersichtlich – dazu geführt, dass sich mehr und mehr Vermögensverwalter zu vollständiger Transparenz bekennen und klarstellen, dass allfällige Retrozessionen und Finder's Fees an den Kunden weitergeleitet werden.

Beispiel für eine Vertragsbestimmung:

«Der Vermögensverwalter legt über allfällige Retrozessionen, Finder's Fees oder ähnliche Vergütungen, die er von dritter Seite im Zusammenhang mit dem vorliegenden Ver-

²⁵ *Gautschi*, a.a.O., *Roth*, a.a.O. und *de Capitani*, Retrozessionen an externe Vermögensverwalter, in «Freiheit und Ordnung im Kapitalmarktrecht», FG Chapuis (Zürich 1998), S. 27.

²⁶ ZR 107 (2008), Nr. 35 E. 3/b/bb.

²⁷ ZR 107 (2008), Nr. 35 E. 3/b/bb.

²⁸ *Roth*, Das Dreiecksverhältnis Kunde – Bank – Vermögensverwalter, Zürich/St. Gallen 2007, N 152 ff., S. 181 f.

²⁹ ZR 107 (2008), Nr. 35 E. 3/a/bb.

³⁰ Vgl. dazu allgemein *Fellmann*, Berner Kommentar, Band VI/2/4 (Bern 1992) N 127 zu Art. 400 OR; *von der Crone*, Interessenkonflikte im Aktienrecht, SZW 66 (1994), 1 ff., 2; *Bretton-Chevallier*, Le gérant de fortune indépendant (Diss. Zürich 2002), S. 147 f.; zu Interessenkonflikten bei der Vermögensverwaltung vgl. *Benicke*, Wertpapiervermögensverwaltung (Habil. Tübingen 2006), S. 690 ff.; *Bührer*, Unabhängige Vermögensverwalter in der Schweiz (Diss. Bern 1996), S. 58 ff.

³¹ Vgl. dazu *Nänni/von der Crone*, Rückvergütungen im Recht der unabhängigen Vermögensverwaltung, SZW 78 (2006), 377 ff., 382 f.

³² Denkbar sind bspw. auch aufsichtsrechtliche Lösungen. Art. 22 der Standesregeln des Schweizerischen Anwaltsverbands bestimmt folgendes: «Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte leisten Dritten für die Vermittlung von Mandaten keine Vergütung und nehmen für eigene Vermittlungstätigkeit keine Vergütung entgegen.»

³³ Dazu vgl. etwa *Gautschi*, Berner Kommentar, Band VI/2/4 (3. Auflage Bern 1971).

³⁴ Den Generalunternehmer, der die Herstellung eines Bauwerks übernimmt und von den berücksichtigten Lieferanten und Unternehmern Provisionen erhält, trifft keine gesetzliche Ablieferungspflicht.

mögensverwaltungsmandats erhält, laufend Rechenschaft. Solche Zahlungen stehen dem Kunden zu.»

Eine gegenteilige vertragliche Regelung, die den Anforderungen der Gerichte standhält, könnte etwa folgendermassen lauten:

«Der Kunde ist sich bewusst, dass der Vermögensverwalter von Banken, Anbietern von Anlageprodukten und anderen Dritten Retrozessionen, Finder's Fees oder ähnliche Vergütungen erhält. Der Vermögensverwalter legt dem Kunden jeweils die Ansätze und den approx. Umfang solcher Vergütungen offen. Die Parteien sind sich darüber einig, dass der Vermögensverwalter diese Zahlungen einbehalten darf.»

Neben dieser Tendenz ist aber auch festzustellen, dass Retrozessionen und Finder's Fees mehr und mehr in Allgemeinen Geschäftsbedingungen von Banken erwähnt werden. Viele Klauseln enthalten die generelle Regelung, dass sich der Kunde mit solchen Zahlungen (auch etwa von Fondsgesellschaften an die Bank) einverstanden erklärt und kei-

nerlei Ansprüche daraus gegen die Bank geltend machen kann. Die Bank erklärt sich in der Regel bereit, die Ansätze offenzulegen; auf weitere Informationsansprüche muss der Kunde verzichten.

Beispiel einer solchen Bestimmung:

«Die Bank behält sich vor, Dritten für die Akquisition von Kunden und/oder die Erbringung von Dienstleistungen Zuwendungen zu gewähren ... Auf Verlangen legt die Bank jederzeit weitere Einzelheiten über die mit Dritten getroffenen Vereinbarungen offen. Auf einen weitergehenden Informationsanspruch gegenüber der Bank verzichtet der Kunde hiermit ausdrücklich, insbesondere trifft die Bank keine detaillierte Abrechnungspflicht hinsichtlich effektiv bezahlter Zuwendungen.»

Zu einer Welle von Rückforderungsklagen gegen Vermögensverwalter hat die neue Rechtsprechung bisher nicht geführt. Allerdings sind dadurch grundsätzliche Überlegungen zur Nachhaltigkeit solcher Entschädigungsmodelle in Gang gekommen.

OPILO

LIECHTENSTEINISCHES SACHENRECHT

Der Kommentar zum Sachenrecht in drei Bänden und einer Komplett-CD

- mit den neuesten Änderungen und viel informativen Erläuterungen;
- mit den wichtigsten liechtensteinischen und schweizerischen Rechtsprechung und zu neuen europäischen Entwicklungen;
- für Juristen, Studenten, Eigentümer, Vermieter, Nachbarn etc.

3 Bände mit gesamt ca. 1700 Seiten, broschiert, 978-3-901924-23-1, Band I CHF 149,-



<http://EDITION.eu.com>
Office@EDITION.eu.com

EDITION.EUROPA.Verlag

T: +43-5572-22 20 10 F: - 22 20 14 Forachstrasse 74 A-6850 Dornbirn

dokumentation

Deutschland: Ausgewählte Passagen des Koalitionsvertrages unter dem Gesichtspunkt «Steuer und Steuern»

1) 1.1. Motivation und Entlastung, S. 6–7, Zeile 62–107

Mehr Netto vom Brutto

Wir wollen eine Steuerpolitik, die die Leistungsbereitschaft der Bürgerinnen und Bürger stärkt. Wir wollen eine Steuerpolitik, die für die Unternehmen in Deutschland Rahmenbedingungen schafft, die ihr auch in Zeiten der Globalisierung ihre starke Stellung ermöglicht. Wir verstehen Steuerpolitik als Wachstumspolitik, denn wir wissen, dass Basis aller Staatsfinanzen die Arbeit der Bürger unseres Landes und die wirtschaftlich erfolgreichen Unternehmen sind. Mehr finanzieller Spielraum ist Voraussetzung für mehr Konsum und mehr Investitionen. Die Bürger empfinden aber nicht nur die Höhe der Steuer- und Abgabenlast als demotivierend, sondern auch die Kompliziertheit und Unklarheit des deutschen Steuerrechts. Deshalb wollen wir, dass Steuern «einfach, niedrig und gerecht» sind. Wir streben an, die paritätisch finanzierten Lohnzusatzkosten (Sozialversicherungsbeiträge) unter 40% vom Lohn zu halten. Wir werden dafür sorgen, dass sich Arbeit lohnt, dass den Bürgern mehr Netto vom Bruttoeinkommen bleibt. Das Steuersystem und das Besteuerungsverfahren werden wir deutlich vereinfachen und für die Anwender freundlicher gestalten. Die steuerlichen Entlastungen schaffen die nachhaltige Grundlage für gesunde Staatsfinanzen. Eine weitere wichtige Aufgabe ist die strenge Begrenzung der Schulden nach der neuen Schuldenregel unserer Verfassung. Wir halten an den durch den Gesetzgeber beschlossenen Entlastungen in der Lohn- und Einkommensteuer fest. Das bedeutet, dass durch die erweiterte Absetzbarkeit der Krankenversicherungsbeiträge und den Einstieg in die Beseitigung der kalten Progression eine Steuerentlastung in Höhe von rund 14 Milliarden Euro jährlich zum 1.1.2010 verwirklicht wird. Wir wollen darüber hinaus eine steuerliche Entlastung insbesondere für die unteren und mittleren Einkommensbereiche sowie für die Familien mit Kindern in einem Gesamtvolumen von 24 Mrd. Euro (volle Jahreswirkung) im Laufe der Legislaturperiode umsetzen. Der Kinderfreibetrag wird in einem ersten Schritt zum 1.1.2010 auf 7008.– Euro und das Kindergeld um je 20.– Euro erhöht.

Wir werden insbesondere die unteren und mittleren Einkommensbezieher vorrangig entlasten und gleichzeitig den Mittelstandsbauch abflachen, indem wir den Einkommensteuertarif zu einem Stufentarif umbauen. Zahl und Verlauf der Stufen wird unter Berücksichtigung dieses Zieles entwickelt.

Der Tarif soll möglichst zum 1.1.2011 in Kraft treten.

2) 1.2 Der Weg aus der Krise, S. 8–9, Zeile 158–198

Steuervereinfachung

Wir werden das Steuerrecht spürbar vereinfachen und von unnötiger Bürokratie befreien. Davon werden alle profitieren, sowohl die Steuerzahler als auch die Steuerverwaltung und die steuerberatenden Berufe. Wir werden insbesondere

- die Steuererklärungsvordrucke und Erläuterungen verständlicher und anwendungsfreundlicher ausgestalten,
- allen Bürgern die Möglichkeiten geben, ohne Papierbelege mit den Finanzämtern zu kommunizieren,
- noch in dieser Legislaturperiode allen Bürgern auf Wunsch eine vorausgefüllte Steuererklärung mit den bei der Finanzverwaltung vorhandenen Daten zur Verfügung stellen,
- den steuerlichen Abzug privater Steuerberatkosten wieder einführen,
- ein schlüssiges und verständliches Konzept der steuerlichen Berücksichtigung von Aufwendungen für Familien und Kinder und im Haushalt,
- die steuerliche Abzugsfähigkeit von Ausbildungskosten neu ordnen,
- die Besteuerung der Rentnerinnen und Rentner so vereinfachen, dass kein aufwändiges Kontrollmitteilungsverfahren

ren und keine separate Erklärungspflicht für Rentenbezüge mehr notwendig ist,

- die steuerliche Förderung der privaten Altersvorsorge entbürokratisieren und flexibilisieren,
- gleichheitswidrige Benachteiligungen im Steuerrecht abbauen und insbesondere die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zur Gleichstellung von Lebenspartnern mit Ehegatten umsetzen,
- die Besteuerung von Jahreswagenrabatten für Mitarbeiter zugänglich auf ein realitätsgerechtes Mass bringen; in diesem Zusammenhang werden wir auch die Angemessenheit der Besteuerung des geldwerten Vorteils aus der Privatnutzung betrieblicher Fahrzeug überprüfen,
- prüfen, ob Arbeitnehmer die Steuerklärung auch für einen Zeitraum von zwei Jahren abgeben können, (Zeile 206/207)

3) 1.2 Der Weg aus der Krise, S. 9, Zeile 226–241

Reform der Erbschaftsteuer

Wir werden die Regelungen bei der Erbschaftsteuer entbürokratisieren, familiengerechter, planungssicherer und mittelstandsfreundlicher machen. Hierzu werden wir als Sofortprogramm vorab

- die Steuerbelastung für Geschwister und Geschwisterkinder durch einen neuen Steuertarif von 15 bis 43 Prozent senken und
- die Bedingungen für die Unternehmensnachfolge krisenfest ausgestalten.

Wir streben an, die Zeiträume zu verkürzen, innerhalb dessen das Unternehmen weitergeführt werden muss. Die erforderlichen Lohnsummen wollen wir absenken.

Wir werden in Gespräche mit den Ländern eintreten, um zu prüfen, ob die Erbschaftsteuer hinsichtlich Steuersätzen und Freibeträgen regionalisiert werden kann.

4) 1.2 Der Weg aus der Krise, S. 9/ 10, Zeile 243–273

Mittelfristige Ziele für die Unternehmensbesteuerung

Steuerpolitik ist auch Standortpolitik. Aus diesem Grund wollen wir das Unternehmenssteuerrecht weiter modernisieren und international wettbewerbsfähig gestalten. Aufkommensneutralität sollte gewahrt bleiben. Unternehmerische Entscheidungen sollten sich – unabhängig von Rechtsform, Organisation und Finanzierung – in erster Linie nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten und nicht nachsteuerlichen Aspekten richten. Auch der Holdingstandort Deutschland soll gestärkt werden. Ansatzpunkte für eine Prüfung sind:

- eine Neustrukturierung der Regelungen zur Verlustverrechnung,
- die grenzüberschreitende Besteuerung von Unternehmenserträgen,
- die Einführung eines modernen Gruppenbesteuerungssystems anstelle der bisherigen Organschaft.

Darüber hinaus wollen wir uns mit dem Problem der zweifachen Besteuerung von Unternehmenserträgen auf der Ebene der Unternehmen und Anteilseigner einerseits und der nur einfachen Besteuerung der Erträge aus risikoarmen Zinsprodukten andererseits auseinandersetzen.

Wir werden unsere Politik der Doppelbesteuerungsabkommen auf die internationale Wettbewerbsfähigkeit unserer Unternehmen ausrichten und deshalb grundsätzlich an der Freistellung der ausländischen Einkünfte festhalten.

Die Bemühungen im Kampf gegen die internationale Steuerhinterziehung werden wir weiter vorantreiben.

Wir werden eine Kommission zur Erarbeitung von Vorschlägen zur Neuordnung der Gemeindefinanzierung einsetzen. Diese soll auch den Ersatz der Gewerbesteuer durch einen höheren Anteil an der Umsatzsteuer und einen kommunalen Zuschlag auf die Einkommen- und Körperschaftsteuer mit eigenem Hebesatz prüfen.

veranstaltungen

2. Stiftungsrechtstag, Hochschule Liechtenstein, 8. Oktober 2009

Nach der ersten grossen Veranstaltung zum Stiftungsrecht am 28.8.2008, aus dem ein Buch hervorgegangen ist, fand nun am 8.10.2009 eine ganztägige Veranstaltung, dieses Mal unter der Leitung des Lehrstuhlinhabers für Gesellschafts-, Stiftungs- und Trustrecht an der Hochschule Liechtenstein statt. Wir – nicht die Hochschule – nennen dies den 2. Stiftungsrechtstag. Unabhängig von der Bezeichnung – der Inhalt entscheidet. Und dieser ging weit über rechtliche Themen hinaus:

Prof. Dr. Francesco A. Schurr, Inhaber des Lehrstuhls für Gesellschafts-, Stiftungs- und Trustrecht, Institut für Finanzdienstleistungen, Hochschule Liechtenstein, Vaduz stellte sich, seinen Lehrstuhl und dessen inhaltliche Ausrichtung sowie die Inhalte der Tagung kurz vor. Regierungschef *Dr. Klaus Tschüscher*, LL.M., Vaduz überbrachte ebenso Grussworte wie Frau Regierungsrätin *Dr. Aurelia Frick*, Ressort Justiz, Vaduz, die zunächst mit Fragen der Philanthropic Finance das Umfeld für Einsatzmöglichkeiten der gemeinnützigen liechtensteinischen Stiftung kurz umriss.

Der erste Themenblock war der Philanthropic Finance und ihrem Umfeld für Einsatzmöglichkeiten der gemeinnützigen liechtensteinischen Stiftung gewidmet. Hier referierte *Prof. Dr. Georg von Schnurbein*, Leiter des Centre of Philanthropy Studies der Universität Basel zu den gemeinnützigen Stiftungen. Vielleicht ein bisschen überraschend war die Erkenntnis, dass Stifter gemeinnützige Stiftungen hauptsächlich aus philanthropischen und nicht aus steuerlichen Gründen errichten. Dass diese auch ein Wirtschaftsfaktor darstellen, war hingegen nicht ganz so «neu», wie das Thema es aussagte. *Dr. Stefan Stolte*, Leiter Personal, Recht und Grundsatzfragen, Stifterverband für die Deutsche Wirtschaft, Essen, schilderte den Gesetzgebungsprozess der European Foundation. Auch das EuGH-Urteil «Persche» kam immer wieder zur Sprache.

Nach dem «echten Kassenschlager», nämlich der gemeinnützigen Stiftung in Dänemark (*Prof. lic.jur. Søren Friis Hansen*, Syddanska Universitet, Odense) hielt *Prof. Dr. Francesco A. Schurr*, Inhaber des Lehrstuhls für Gesellschafts-, Stiftungs- und Trustrecht, Institut für Finanzdienstleistungen, Hochschule Liechtenstein, Vaduz, das «key»-Referat zur gemeinnützigen

Stiftung in Liechtenstein und deren «Potenzial für die Zukunft».

Im zweiten Themenblock des Stiftungsmanagements begann *Ulrich Brömmeling*, Stiftungs- und Kommunikationsberater und Journalist aus Berlin mit dem Thema «Kommunikation gemeinnütziger Stiftungen», gefolgt von *Dr. phil. I. Benno Schubiger*, Geschäftsführer der Sophie und Karl Binding Stiftung, Basel, und Vorstandsmitglied der SwissFoundations, Zürich zum Thema Foundation Governance am Beispiel des SwissFoundationCode. Ein Beispiel für den vielzitierten Foundation Code Liechtenstein? *Dr. Wilfried Vyslozil*, Geschäftsführer, und *Ulla Sensburg*, stellvertretende Geschäftsführerin der SOS-Kinderdörfer weltweit des Hermann-Gmeiner-Fonds Deutschland e.V., München schilderten in einem authentischen und beeindruckenden Erfahrungsbericht die Vereinbarkeit von Wirtschaftlichkeit und gemeinnützigem Tun. Die Messbarkeit des wirtschaftlichen Tuns ist weniger eine Frage des Controllings von Zahlen, sondern die Messung von Wirkungen und Nebenwirkungen. Beabsichtigte, intendierte und unbeabsichtigte Wirkungen bedeuten auch, Fehler zu machen, zu erkennen und daraus zu lernen. Eine Erkenntnis, über die nicht jeden Tag gesprochen wird.

Markus Stadlmann, Geschäftsführer der Harald Quandt Holding sowie Chief Investment Officer und Geschäftsführer der HQ Trust, Bad Homburg erläuterte die Vermögensverwaltung und Vermögenserhaltung bei gemeinnützigen Stiftungen an konkreten Beispielen. *Walter N. Marxer*, Präsident der Kulturstiftung Liechtenstein, Vaduz schilderte abschliessend die vielfältige Unterstützung der Kulturstiftung.

Das Resümee: Ein Tag, vollgestopft mit allen möglichen Facetten der gemeinnützigen Stiftung. Es hätte noch mehr sein können, hätte man auch noch rechtliche Gestaltungen und steuerliche Auswirkungen geschildert. Den physischen Grenzen der tapferen Zuhörer war aber eine Grenze gesetzt. Weniger Themen, bessere didaktische Aufbereitung und eine bessere Durchdringung der «Botschaften» wäre möglich, aber nicht zwingend. Jedenfalls mehr als ausreichend für den 3. Stiftungsrechtstag.

Redaktion

41. DACH-Tagung, 10. bis 12. September 2009, München

Wir hatten bereits im **lichtenstein-journal** 2/2009 über die vorletzte Tagung im Mai 2009 in Vaduz berichtet. Die zweite Tagung im Jubiläumsjahr 2009 (20 Jahre DACH) fand nun vom 10. bis 12.9.2009 in München statt. Gut 50 Teilnehmer fanden sich bereits am Donnerstag abend zur Eröffnung im Bayerischen Hof im Zentrum Münchens ein. Die Referate am Freitag beschäftigten sich mit anwaltlicher Zusammenarbeit, u.a. intensiv mit der Sozietätsmöglichkeit mit berufsfremden Freiberuflern.

Es referierten in Form von Länderberichten *Dr. Urs Gnos*, LL.M., Zürich, *Michael Then*, Vizepräsident und *Stephan Kopp*, Hauptgeschäftsführer der Anwaltskammer München, *Dr. Lothar Stix*, Wien und *Claudio Frick*, LL.M. (Vaduz) sowie *Ernest Schneider*, Solicitor aus London und last but not least *Monique Stengel* (Paris).

Unter der Leitung von Dr. *Ivo Greiter* (Innsbruck) fand am Samstag vormittag ein zweistündiger workshop zum Thema «Persönliche Marketingstrategien» statt, der gleichzeitig den Abschluss einer kleinen, aber feinen Tagung im spätsommerlichen München bildete. Diese Tagung diente nicht nur dem Zuhören, sondern auch dem Reden und damit der Kommunikation auf persönlicher und fachlicher Ebene.

Die Tagungen der Europäischen Anwaltsvereinigung DACH im Jahr 2010 finden zum Thema «Unternehmensrestrukturierungen» vom 11. bis 13.5.2010 in Mailand statt. Danach folgt im Herbst 2010 die Tagung in Lausanne vom 16. bis 18.9.2010, bei der auch wieder die Mitgliederversammlung mit Neuwahl des Vorstandes stattfinden wird.

Redaktion

meldungen

Italien: Zurückgeschraubte Erwartungen

Die Erwartungen an das finanzielle Ergebnis der italienischen Steueramnestie wurden nach unten korrigiert. Die nach 2001 und 2003 bereits dritte Steueramnestie in diesem Jahrzehnt soll ca. 3 bis 4 Milliarden Euro in die Staatskasse bringen. Bei den vorangegangenen Amnestien wurden bei einem noch bescheideneren Bussgeld von 2.5 % insgesamt 77.72 Mrd. EUR deklariert, wobei 46 Mrd. repatriiert wurden, während 31.72 Mrd. EUR im Ausland parkiert blieben. Rund 58 % der zurückgeführten Gelder und 71 % der bloss offengelegten Gelder stammten damals aus der Schweiz (NZZ vom 7.11.2009).

Bei allem vordergründigen Erfolg oder Misserfolg von Amnestielösungen darf allerdings nicht übersehen werden, dass damit die Glaubwürdigkeit eines Steuersystems unterminiert wird. Warum noch Steuern zahlen, wenn durchschnittlich alle drei Jahre amnestiert wird?

Die Reichsten werden ärmer

Das Magazin «Bilanz» veröffentlicht jedes Jahr eine Liste der 300 Reichsten in der Schweiz und Liechtenstein. Diese haben im Jahr 2008 16 Milliarden, im Jahr 2009 weitere 12 Milliarden verloren. Bei einem Gesamtvermögen von 449 Mrd. CHF sei jedoch kein Mitleid angebracht, so «Bilanz».

gesetzgebung

Vortatenkatalog der Geldwäscherei wird erweitert

Die Regierung hat in ihrer Sitzung vom 12.10.2009 den Vernehmlassungsbericht betreffend die *Abänderung des Strafgesetzbuches* verabschiedet. «In Umsetzung und Anwendung der internationalen Standards zur Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung ist Liechtenstein verpflichtet, den Vortatenkatalog des Geldwäschereitbestandes von § 165 StGB zu erweitern», so die Pressemitteilung der Regierung vom 13.10.2009.

Anlässlich der im Jahr 2007 durchgeführten Länderevaluation Liechtensteins durch den Internationalen Währungsfonds (IWF) und Money-VAL, dem Expertenausschuss des Europarates zur Bewertung von Massnahmen gegen Geldwäscherei, wurde unter anderem die Ausweitung des Vortatenkatalogs um die Tatbestände der Urkundenfälschung (§§ 223 und 224 StGB), der Umweltdelikte (§§ 180 und 182 StGB) und der Marktmanipulation (Art. 24 Marktmissbrauchsgesetz) gefordert. Mit der gegenständlichen Vernehmlassungsvorlage werde dieser Forderung Rechnung getragen, so die Regierung weiter.

Revidiertes Mehrwertsteuergesetz

In der Stellungnahme der Regierung an den Landtag zum *Mehrwertsteuergesetz* (Nr. 78/2009 vom 29.9.2009) wird auf S. 11 u.a. Stellung bezogen zum Institut der sog. Praxisfestlegungen: «Die Steuerverwaltung soll keine generell abstrakten Regelungen, d.h. Vorschriften, die nicht einen konkreten Sachverhalt regeln und für alle steuerpflichtigen Personen verbindlich sind, erlassen dürfen. Individuell konkrete Anordnungen, d.h. Verfügungen, die sich an eine bestimmte steuerpflichtige Person richten und einen konkreten Sachverhalt betreffen, sind hingegen weiterhin zulässig. (...) Die von der Steuerverwaltung veröffentlichten Praxisfestlegungen zeigen die Auslegung bzw. Interpretation von Gesetzes- und Verordnungsrecht durch die Verwaltung. Sie haben Bindungswirkung für die Verwaltung und für alle ihre Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen; sie haben hingegen keine Bindungswirkung für die Gerichte und auch nicht für die steuerpflichtigen Personen.»

In der Oktober-Session des Landtages wurde das Mehrwertsteuergesetz schliesslich beschlossen.

Personenfreizügigkeitsgesetz

Das PFZG wurde mit einer Stellungnahme der Regierung (Nr. 91/2009) zu den anlässlich der ersten Lesung aufgeworfenen Fragen wieder in den Landtag geschickt. Das kontrollierte Zugangssystem schwankt zwischen den Interessen der Wirtschaft und den Beschränkungen aufgrund der Kleinheit des Landes, so die Regierung.

FMA-Praxis

Ende Oktober 2009 erschien die sog. *FMA-Praxis*, mit der die Finanzmarktaufsicht ihrem gesetzlichen Auftrag nachkommt, die Öffentlichkeit über ihre Tätigkeit zu informieren. Sie informiert damit vertieft über ihre Aufsichtstätigkeit und Aufsichtspraxis der beiden letzten Jahre. Die Publikation ist in deutscher Sprache auf der FMA-Webseite www.fma-li.li verfügbar. Es erscheint keine gedruckte Version. Der 48-seitige Bericht enthält in anonymisierter Form Darstellungen und Auszüge wichtiger Entscheidungen bzw. Verfügungen der FMA, von Beschlüssen der FMA-Beschwerdekommision sowie Urteile des Verwaltungsgerichtshofes und des Staatsgerichtshofes, wenn diese von besonderer Bedeutung für die Etablierung oder die Weiterentwicklung bestehender Aufsichtspraxen sind. Die «FMA-Praxis» dient damit der Rechtssicherheit sowie der Transparenz in Bezug auf die von der FMA praktizierten Aufsicht über den Finanzmarkt Liechtenstein. Weitere Informationen zur Aufsichtstätigkeit finden sich im Geschäftsbericht oder in den Mitteilungen auf der Webseite der FMA. Gegenüber früheren Berichten gibt die «FMA-Praxis 2007/2008» Entscheide nicht nur wieder, sondern sie werden teilweise auch erläutert und in Zusammenhang mit Änderungen von Gesetzen gebracht.

Strafrechtliche Verantwortlichkeit von juristischen Personen

Die Regierung hat in ihrer Sitzung vom 3.11.2009 den Vernehmlassungsbericht betreffend die Abänderung des Strafgesetzbuches und der Strafprozessordnung zur Einführung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von juristischen Personen verabschiedet (RA 2009/2530-9334).

Redaktion

literaTour

Die Rubrik «LiteraTour» greift willkürlich und subjektiv aus der Flut der vielleicht interessierenden Literatur, die sich mit liechtensteinischem Recht beschäftigt oder hierzu einen speziellen Bezug hat besonders lesenswerte oder wenigstens bemerkenswerte Beiträge heraus. Angesichts der Flut rechtlicher Literatur soll nicht der Eindruck erweckt werden, die Redaktion hätte die Vielfalt der Publikationen auch nur annähernd gesichtet. Erst recht ist damit keine Abwertung nicht erwähnter Autoren verbunden.

Frommelt/Holenstein/Leitner/Spatscheck

Steuerfahndung im Dreiländereck

C.H. Beck, München, 2009, 320 Seiten

Es ist natürlich nicht ganz dem Zufall überlassen geblieben, dass *Dr. Heinz Frommelt* für dieses Heft einen Beitrag geliefert hat. Das Buch ist wesentlich umfassender, schildert es ja die Rechtslage aus der Perspektive vier beteiligter Länder. Deshalb kamen auch vier Autoren zum Zuge, nämlich *Daniel Holenstein*, Rechtsanwalt und Eidg. dipl. Steuerexperte (Zürich), *Hon.-Prof. Dr. Roman Leitner*, Wirtschaftsprüfer und Steuerberater in Linz und *Dr. Rainer Spatscheck*, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Strafrecht und Steuerrecht in München.

Mit den Schnittstellen zwischen Strafrecht und Steuerrecht befasst sich das ganze Buch. Die rechtlichen Rahmenbedingungen werden beschrieben und auf ihre Zukunftsfähigkeit abgeklopft, d.h. steuerliche Regelungen und Amnestien, Vollstreckungs-, Amts- und Rechtshilfemöglichkeiten beschrieben und Fälle durchgespielt. Gerade die unterschiedlichen erbschaftsteuerlichen Regelungen sind interessant, aber auch die «normalen» Fälle. Gerade deshalb ist das Buch praxistauglich und umfassend – allerdings (und dafür kann es nichts) – auf dem Stand vom März 2009. Eine 2. Auflage wäre bereits nötig, ohne dass es die im Buch erhaltenen Erkenntnisse schmälern würde.

Gey

Internationale Amtshilfe im liechtensteinischen Finanzmarkt- und Steuerrecht

Zürich, 2008, 83 Seiten

Diese als Band 58 der Veröffentlichungen aus dem Nachdiplomstudium Internationales Wirtschaftsrecht der Universität Zürich und dem Europa-Institut Zürich erschienene Diplomarbeit des LL.M.-Studiengangs «Internationales Wirtschaftsrecht» wurde

bereits im Jahr 2008 verfasst. Sie fasst kurz und knapp, präzise und anschaulich die Materie zusammen, allerdings auf dem Stand von Anfang 2009. Die aktuellsten Ausführungen umfassen das TIEA mit den USA vom Dezember 2008 und die möglichen Auswirkungen. Diese Diplomarbeit ist eine hervorragende Zusammenfassung des alten Rechtsstandes. Seitdem ist freilich viel passiert, was die Autorin in ihrem Resümee ansatzweise vorausahnt. Dass es anders kam, dafür kann sie nichts.

Beusch (Hrsg.)

Entwicklungen im Steuerrecht 2009, Urteile, Aktuelle Themen, Hintergründe

Schulthess Verlag, Zürich, 2009, 528 Seiten

Der Herausgeber und Rezensent versucht in jedem Jahr, eine kurze Zusammenfassung über die Entwicklungen im schweizerischen Wirtschafts- und Steuerrecht zu verfassen (zusammen mit *Dr. Adrian Plüss*, s. RIW 2009, 190 ff.). Hier hat der Herausgeber auf über 500 Seiten mit über 20 Autoren nicht nur eine Rechtsprechungsübersicht vorgelegt, sondern eine Themensammlung vorgelegt, die von der Besteuerung der liechtensteinischen Stiftung beginnend über die Behandlung des Trusts bis hin zu Belastungsvergleichen und Mehrwertsteuerfragen reicht. Die Autoren fragen sich, was Steuern können und sollen, ob Privilegien fallen, sie beschäftigen sich mit Spielmöglichkeiten rund um Immobilien und mit dem Halten eines Flugzeugs in einer Briefkastengesellschaft. Für steuerlich Interessierte hochspannend und informativ.

In der nächsten Ausgabe u.a.:

■ *Marxer, Florian*

Die personalistische Aktiengesellschaft im liechtensteinischen Recht

Diss. Zürich, 2007

■ *Tamm*

Internationale Amtshilfe im liechtensteinischen Finanzmarkt- und Steuerrecht

Diss. Konstanz, 2003

Redaktion

urteils-kommentierungen

Österr. OGH 5.8.2009, 6 Ob 42/09h und Österr. OGH 16.10.2009, 6 Ob 145/09f (Schauer)

Österr. OGH 16.10.2009, 6 Ob 145/09f

Der Beirat einer Privatstiftung, der mit Rechten ausgestattet ist, die über eine bloss kontrollierende und bis zu einem gewissen Grad weisungsgebende Funktion hinausgehen, darf nicht mehrheitlich mit Begünstigten besetzt werden.

§§ 15 Abs. 2; 23 Abs. 2 Satz 2 analog PSG

Sachverhalt

Die F Privatstiftung ist im Firmenbuch des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Graz zu FN mit dem Sitz in G eingetragen. Stifter sind Gerhard A und die Gerhard A KEG. Stiftungszweck ist die Versorgung der Familienmitglieder des Stifters und des Stifters selbst. Dem Stifter steht das Recht auf Änderung der Stiftungsurkunde und der Stiftungszusatzurkunde zu. Bereits im Jahr 2005 wurden Stiftungsurkunde und Stiftungszusatzurkunde geändert. Demnach wird zur Wahrung des Stiftungszwecks ein Beirat eingerichtet, der aus mindestens einem, höchstens jedoch aus vier Mitgliedern besteht. Dieser hat insbesondere den Vorstand bei der Verwaltung des Stiftungsvermögens und der Bestimmung der Begünstigten sowie des Umfangs der an diese zu erbringenden Leistungen zu beraten und genießt hierfür Zustimmungs- und Anhörungsrechte (Punkt 11 Abs. 1 der Stiftungsurkunde). Der Beirat bestellt die Mitglieder des Vorstands und beruft diese bei Vorliegen objektiv wichtiger Gründe, welche jedoch nicht wichtige Gründe im Sinne des § 75 Abs. 4 AktG sein müssen, ab. Wichtige Gründe sind insbesondere zumindest grob fahrlässiges, stiftungsschädigendes Verhalten, Verstöße gegen den Stiftungszweck und ungerichtete Prozessführung «gegen die Stiftung, die Stiftung oder gegen Gesellschaften, an denen die Stiftung oder Stifter beteiligt sind». (Gemeint ist offenbar: «gegen die Stiftung, die Stifter oder gegen Gesellschaften, an denen die Stiftung oder Stifter beteiligt sind».) Auch der Vorstand ist zur Abberufung von Vorstandsmitgliedern berechtigt, wobei hierfür ein wichtiger Grund im Sinne des § 75 Abs. 4 AktG erforderlich ist. Die Abberufung bedarf der Zustimmung des Beirats (Punkt 10

Abs. 2 der Stiftungsurkunde). Dem Beirat sind vom Stiftungsvorstand der Jahresabschluss, der Lagebericht der Stiftung sowie der Bericht des Stiftungsprüfers zu übersenden. Dem Beirat steht das Recht auf umfassende Information zu, insbesondere hat er das Recht, in alle Geschäftsbücher und Unterlagen der Stiftung und in alle Beschluss- und Sitzungsprotokolle des Stiftungsvorstands Einsicht zu nehmen und zu verlangen, dass der Stiftungsvorstand eine Sitzung mit bestimmten Tagesordnungspunkten abhält und dass der Stiftungsprüfer bestimmte Sachbereiche einer Sonderprüfung unterzieht (Punkt 11 Abs. 3 der Stiftungsurkunde).

Die Mitglieder des Beirats bestimmt der Stifter bis zu seinem Ableben bzw. bis zum Eintritt seiner dauernden Geschäftsunfähigkeit. Danach erfolgt die Bestellung durch die Mitstifterin, die Gerhard A KEG, unter Berücksichtigung der Regelungen in der Stiftungszusatzurkunde hinsichtlich der vom Stifter bestimmten Beiratsmitglieder (Punkt 11 Abs. 2 der Stiftungsurkunde). Mit Notariatsakt vom 25. 2. 2008 änderten die Stifter mit Zustimmung des Vorstands der Stiftung die Stiftungsurkunde in Punkt 11 unter anderem dahin ab, dass einziges Beiratsmitglied ab Gründung der Stiftung der Stifter Gerhard A auf Lebenszeit ist, ausser er verfügt die Erweiterung des Beirats. Für den Fall des Eintritts der Geschäftsunfähigkeit des Stifters bzw. nach seinem Ableben ist einziges Beiratsmitglied Monika S. (...)

Rechtliche Beurteilung

1. In Verfahren betreffend die Eintragung von Änderungen der Stiftungsurkunde im Firmenbuch ist die Stiftung rechtsmittellegitimiert (6 Ob 49/07k GesRZ 2008, 163 [N. Arnold; Briem, GesRZ 2009, 12] = Zfs 2008, 27 [Oberndorfer] = JEV 2008/18 [Zollner; ders., JBl 2009, 22]; 6 Ob 50/07g; zuvor bereits 6 Ob 61/04w Ges 2004, 391 [N. Arnold]).

2. Die Stiftung bezweifelt zunächst in ihrem Revisionsrekurs die Auffassung des Rekursgerichts, der im vorliegenden Verfahren eingerichtete Beirat sei tatsächlich aufsichtsratsähnlich; der bloss Umstand, dass dem Beirat die Bestellung und Abberufung

(aus wichtigem Grund) der Mitglieder des Stiftungsvorstands übertragen wurde, rechtfertigt eine derartige Annahme nicht.

Der erkennende Senat hat allerdings in den beiden Entscheidungen 6 Ob 49/07k und 6 Ob 50/07g bereits klargestellt, dass sich die Frage, ob ein Beirat als weiteres Organ im Sinne des § 14 Abs. 2 PSG ein dem Aufsichtsrat vergleichbares Organ ist, vorrangig nach dem in § 25 Abs. 1 PSG dem Aufsichtsrat zugewiesenen Aufgabenkreis, der den Kern der – erweiterbaren, aber nicht entziehbaren – Kompetenzen des Aufsichtsrats umschreibt, bestimmt. Vergleicht man die Aufgaben, die den Beiräten in den genannten Entscheidungen zugewiesen waren, und jene Aufgaben, die dem Beirat der hier zu beurteilenden Stiftung zugewiesen sind, bedarf die Auffassung des Rekursgerichts, das auch hier eine Aufsichtsratsähnlichkeit angenommen hat, keiner Korrektur. Dass eine Abberufung von Vorstandsmitgliedern hier (lediglich) aus wichtigen Gründen möglich ist, ändert daran nichts; diese objektiv wichtigen Gründe müssen nämlich nicht wichtige Gründe im Sinne des § 75 Abs. 4 AktG sein, sondern sind «insbesondere» zumindest grob fahrlässiges, stiftungsschädigendes Verhalten, Verstöße gegen den Stiftungszweck und ungerechtfertigte Prozessführung gegen die Stifter, die Stiftung oder gegen Gesellschaften, an denen die Stiftung oder Stifter beteiligt sind, also eher unbestimmte Abberufungsgründe, die dem Beirat einen weiten Spielraum einräumen.

3. Nach § 23 Abs. 2 Satz 2 PSG dürfen Begünstigte oder deren Angehörige nicht die Mehrheit der Aufsichtsratsmitglieder stellen. Entscheidungswesentlich ist im vorliegenden Verfahren, ob diese Unvereinbarkeitsbestimmung auch auf einen aufsichtsratsähnlichen Beirat anzuwenden ist.

3.1. Der erkennende Senat hat die Beantwortung dieser Frage zwar in den beiden bereits erwähnten Entscheidungen 6 Ob 49/07k und 6 Ob 50/07g «im Anlassfall» dahingestellt gelassen. Er hat jedoch bereits zu 6 Ob 39/97x (SZ 70/92 = JBl 1997, 776) – wenn auch obiter (so *N. Arnold*, PSG² [2007] § 14 Rz 68, 75; *Linder/Zollner*, Die Privatstiftung als Baustein der Corporate Governance, ZFR 2006/39) – ausgeführt, er lehne die Auffassung, ein mit Begünstigten besetzter Beirat sei zulässig, wenn diesem nur ein Bestellungsrecht oder ein auf wichtige Gründe beschränktes Abberufungsrecht zukommt, ab; auch dem Aufsichtsrat könne die Bestellung und Abberufung des Vorstands übertragen werden, der Aufsichtsrat dürfe aber nicht mehrheitlich mit Begünstigten besetzt werden; diese zwingende gesetzliche Anordnung wäre obsolet, wenn anstelle des Aufsichtsrats ein Beirat mit diesen Befugnissen installiert und zur Gänze mit Begünstigten besetzt werden könnte.

Auch ein Teil der Lehre geht davon aus, dass die Unvereinbarkeitsbestimmung des § 23 Abs. 2 Satz 2 PSG auf einen aufsichtsratsähnlichen Beirat analog anzuwenden ist (*Micheler* in Doralt/Nowotny/Kalss, PSG [1995] § 14 Rz 22; *G. Nowotny*, Die Anforderungen an die Stiftungsurkunde aus dem Blickwinkel des Firmenbuchgerichts, in Gassner/Göth/Gröhs/Lang, Privatstiftungen [2000] 157; *Pittl*, Der Stifter einer Privatstiftung und die ihm zustehenden Rechte, NZ 1999, 197).

3.2. Der erkennende Senat hält an dieser Rechtsauffassung fest:

Den im Revisionsrekurs selbst zitierten Gesetzesmaterialien zu § 15 Abs. 2 PSG ist zu entnehmen, dass der Stifter, will er dem Begünstigten eine besondere Funktion in der Stiftung einräumen, einen Beirat mit kontrollierender oder sogar bis zu einem gewissen Grad auch weisungsgebender Funktion einrichten kann; von einem solchen weiteren Organ wären Begünstigte dann nicht ausgeschlossen. Daraus kann aber für die Stiftung im vorliegenden Verfahren gerade nichts gewonnen werden, weil der Beirat hier nicht auf Kontrolle und «bis zu einem gewissen Grad» Weisung beschränkt ist. Vielmehr bestellt der Beirat die Mitglieder des Vorstands und kann sie bei Vorliegen «wichtiger» Gründe – dass diese Regelung äusserst unbestimmt ist und dem Beirat einen weiten Spielraum einräumt, wurde bereits ausgeführt (2.; vgl. auch 6 Ob 255/08f, wonach bei Beurteilung der Frage, ob ein wichtiger Grund vorliegt, mit Rücksicht auf die bei der Privatstiftung fehlenden Kontrollmechanismen kein strenger Massstab zugrunde zu legen ist) – wieder abberufen. Umgekehrt kann der Beirat die Abberufung von Vorstandsmitgliedern durch den Vorstand selbst bei Vorliegen wichtiger Gründe im Sinne des § 75 Abs. 4 AktG verhindern, bedarf die Abberufung insoweit doch der Zustimmung des Beirats. Und schliesslich kommen dem Beirat (neben weitreichenden Kontrollmöglichkeiten des Vorstands einschliesslich eines bestimmten Weisungsrechts gegenüber dem Stiftungsprüfer) Zustimmungsrechte bei der Verwaltung des Stiftungsvermögens durch den Stiftungsvorstand und bei der Bestimmung der Begünstigten sowie des Umfangs der an diese zu erbringenden Leistungen zu.

Gerade die im Revisionsrekurs zitierten Gesetzesmaterialien lassen somit den Schluss zu, dass dem Gesetzgeber jedenfalls nicht vorgeschwebt ist, ein aufsichtsratsähnlicher Beirat mit derart weitreichenden, über Kontroll- und (eingeschränkte) Weisungsmöglichkeiten weit hinausgehenden Kompetenzen könne mehrheitlich mit Begünstigten besetzt sein.

Im Übrigen gesteht auch *N. Arnold* (PSG² [2007] § 14 Rz 75, der unter Darstellung weiterer Meinungen aus der Literatur eine analoge Anwendung des § 23 Abs. 2 Satz 2 PSG auf einen Bei-

rat ablehnt) zu, dass der Oberste Gerichtshof in der Entscheidung 6 Ob 39/97x zutreffend eine Umgehung des § 15 Abs. 2 PSG angenommen hat, weil der dortige Stiftungsvorstand zum blossen Vollzugsorgan degradiert worden wäre (vgl. in diesem Sinn jüngst auch *Feltl/Rizzi*, Zur Abberufung von Vorstandsmitgliedern der Privatstiftung, *ecolex* 2009, 410). Gerade dies wäre aber auch im vorliegenden Fall nicht auszuschliessen, auch wenn der Beirat bei der Abberufung von Vorstandsmitgliedern formell auf «wichtige» Gründe beschränkt wäre; wie bereits erwähnt, handelt es sich dabei nämlich nicht um jene des § 75 Abs. 4 AktG, sondern um viel weiter gefasste Gründe, so dass dem Vorstand (infolge Abberufungssanktion) sogar bestimmte Prozessführungen untersagt werden könnten. Darüber hinaus bedürfte der Vorstand der Zustimmung des Beirats, der aus dem begünstigten Stifter besteht, zur Festlegung des Umfangs der an diesen zu erbringenden Leistungen. Dem Rekursgericht ist daher darin beizupflichten, dass durch die geänderte Stiftungsurkunde jedenfalls die Unvereinbarkeitsbestimmung des § 15 Abs. 2 PSG unterlaufen werden könnte, wonach die Begünstigten und deren nahe Verwandte nicht Mitglieder des Stiftungsvorstands sein können; der innere Kontrollmechanismus, der die staatliche Aufsicht ersetzen soll, würde versagen. Auch das in der Entscheidung 6 Ob 305/01y (wbl 2002, 278) besonders betonte Fehlen einer Antragslegitimation des Stifters auf Abberufung der Vorstandsmitglieder (bei Unterbleiben einer anderslautenden Regelung in der Stiftungsurkunde) könnte durch die vorliegende Konstellation umgangen werden.

Österr. OGH 16.10.2009, 6 Ob 145/09f

Durch die Unvereinbarkeitsbestimmungen des § 15 Abs. 2 und 3 PSG sollen die Objektivität des Stiftungsvorstands bei der Vollziehung der Begünstigtenregelung gewahrt und Interessenskollisionen vermieden werden. Die Unvereinbarkeit ist auch auf Vertreter der Begünstigten zu erstrecken, könnte doch andernfalls die Regelung des § 15 Abs. 2 und 3 PSG leicht umgangen werden.

Interessenskollisionen, die (noch) nicht den Grad einer Unvereinbarkeit erreichen, können nach § 27 Abs. 2 PSG einen wichtigen Grund für die Abberufung eines Organmitglieds bilden, wenn dadurch die Verfolgung des Stiftungszwecks, insbesondere bei Vollziehung der vom Stifter vorgesehenen Begünstigtenregelung oder das sonstige ordnungsgemässe Funktionieren der internen Kontrollsysteme nicht mit hinreichender Sicherheit gewährleistet ist.

§ 15 Abs. 2 und 3 PSG, § 27 Abs. 2 PSG

Sachverhalt

Der Stifter NH verstarb am 7.12.2008. Das Vorstandsmitglied Dr. W H verstarb am 21.12.2008. Am 18.2.2009 teilten die Stifterin Dr. I H und Dr. W H, beide vertreten durch 5 Rechtsanwältinnen GmbH in L, welche sich auf eine gemäss § 30 Abs. 2 ZPO erteilte Vollmacht berief, dem Erstgericht mit, dass die Stifterin nach Widerruf der Änderung der Stiftungsurkunde gemäss Notariatsakt vom 7.12.2008 die Stiftungsurkunde mit Notariatsakt vom 9.2.2009 umfassend neu gefasst habe. Der aufgrund der neu gefassten Stiftungsurkunde eingerichtete, aus der Stifterin und ihrem Sohn Dr. W H bestehende Familienbeirat schlage vor, anstelle des verstorbenen Stiftungsvorstandsmitglieds Dr. W H Herrn Rechtsanwalt Dr. W L zum Stiftungsvorstandsmitglied zu bestellen. (...)

Rechtliche Beurteilung

(...) 3. Soweit der Revisionsrekurswerber die Unzulässigkeit der Bestellung von Dr. L damit begründet, dass für die Stifterin ein (einstweiliger) Sachwalter bestellt wurde, ist dem entgegenzuhalten, dass die Geschäftsfähigkeit der Stifterin im vorliegenden Fall unerheblich ist, weil es sich um eine Organbestellung durch das Gericht handelt. Die Auffassung des Rekursgerichts, dass die Stiftungsurkunde keine Kompetenz des Stifters zur Bestellung von Vorstandsmitgliedern für den Fall des Ablebens eines Vorstandsmitglieds enthalte, sowie dass auf die Neufassung der Stiftungsurkunde nicht Bedacht zu nehmen sei, weil die hierin enthaltenen Änderungen mangels Anmeldung zum Firmenbuch noch nicht wirksam wurden (§ 33 Abs. 3 PSG), wird vom Revisionsrekurswerber nicht mehr bekämpft.

4.1. Gleichwohl kommt dem Revisionsrekurs im Ergebnis Berechtigung zu: Nach § 15 Abs. 2 PSG können ein Begünstigter, dessen Ehegatte sowie Personen, die mit dem Begünstigten in gerader Linie oder bis zum dritten Grad der Seitenlinie verwandt sind, nicht Mitglieder des Stiftungsvorstands sein. Ergänzt wird diese Regelung durch § 15 Abs. 3 PSG, der den Kreis auf bestimmte Beteiligte (und deren Ehegatten bzw. Verwandte) an juristischen Personen, die Begünstigte sind, ausdehnt. Beide Bestimmungen stellen zwingendes Recht dar (6 Ob 180/04w SZ 2004/177 = Ges 2005, 154 [N. Arnold]; N. Arnold, PSG², § 15 Rz 19; H. Torggler in Gassner/Göth/Gröhs/Lang, Privatstiftungen 65 ff; Sabine Schmidt in Doralt/Kalss, Aktuelle Fragen des Privatstiftungsrechts 177; vgl. auch 2 Ob 277/04f).

4.2. Durch die Unvereinbarkeitsbestimmungen sollen die Objektivität des Stiftungsvorstands bei der Vollziehung der Begünstigtenregelung gewahrt und Interessenskollisionen vermieden werden (ErläutRV 1132, BlgNR 18, GP zu § 15 PSG). Vorgebeugt werden soll vor allem kollidierenden Interessen der Begünstigten am Erhalt eines Geld- oder Sachbezugs einerseits und der Privatstiftung an der Verwirklichung des Stifterwillens andererseits (5 Ob 278/00a ecolex 2001/312; 2 Ob 277/04f RdW 2006/591 = ecolex 2006/324). Die Wahrung der Objektivität des Stiftungsvorstands dient zusätzlich auch dem Schutz allfälliger Gläubiger und des sonstigen Rechtsverkehrs (*H. Torggler* in *Gassner/Göth/Gröhs/Lang*, Privatstiftungen, 65; *N. Arnold*, PSG², § 15 Rz 21; vgl. auch *E. Stern*, RdW 1997, 521 [522]; *Hirsch*, Privatstiftung: Letztbegünstigter als Vorstandsmitglied?, RdW 1998, 721 [725 f]; *Micheler* in *Doralt/Kalss*, Aktuelle Fragen des Privatstiftungsrechts, 321; *Sabine Schmidt*, a.a.O., 176 ff). Als weiteren Grund nennt die Literatur teilweise auch die Vermeidung von Streitigkeiten zwischen mehreren Begünstigten (*Sabine Schmidt*, a.a.O., 178; a.A. *N. Arnold*, PSG², § 15 Rz 21).

4.3. Dass diese gesetzliche Regelung möglicherweise bei Familienstiftungen Probleme mit sich bringen kann, weil eine Person sich zwischen der Begünstigtenstellung und dem Stiftungsmandat entscheiden muss (kritisch im Hinblick darauf *Strasser*, JBl 2000, 487 [497], der von einer «unverständlichen Fehlkonstruktion» spricht), ändert am zwingenden Charakter dieser Bestimmungen nichts (*N. Arnold*, PSG², § 15 Rz 20).

4.4. Die angeführte ratio dieser Bestimmung erfordert, die Unvereinbarkeit auch auf Vertreter der Begünstigten zu erstrecken, könnte doch andernfalls die Regelung des § 15 Abs. 2 und 3 PSG leicht umgangen werden. Dies gilt jedenfalls für ein aufrechtes Vollmachtsverhältnis. In diesem Zusammenhang ist auch darauf zu verweisen, dass etwa im Gesellschaftsrecht ein Stimmrechtsausschluss auch auf den Vertreter des Betroffenen durchschlägt. So gilt etwa, wenngleich das Gesetz dies – im Gegensatz zu § 142 Abs. 1 letzter Satz dAktG – nicht ausdrücklich ausspricht, der Stimmrechtsausschluss nach § 118 Abs. 1 Satz 2 AktG nicht nur für den betroffenen Aktionär selbst, sondern auch für jeden, der von ihm als Vertreter, Treuhänder oder Legitimationsaktionär seine Stimmberechtigung ableitet (*Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG, § 114 Rz 20 und § 118 Rz 6; 6 Ob 28/08y).

4.5. Hingegen wäre eine frühere (abgeschlossene) Tätigkeit als Vertreter unschädlich, soweit nicht in besonderen Ausnahmefällen, etwa wegen des aussergewöhnlichen Umfangs der Vertretung und des bezogenen Honorars der Anschein entste-

hen könnte, der betreffende Organwahrer sei bei der Ausübung seines Amtes als Mitglied des Stiftungsvorstands nicht mehr unvoreingenommen. In diesem Fall könnte das Gericht gemäss § 27 Abs. 2 PSG das betreffende Organmitglied auch abberufen. Umgekehrt würden derartige Umstände naturgemäss der Bestellung der betreffenden Person zum Organmitglied durch das Gericht entgegenstehen.

4.6. Dabei ist nicht unbedingt erforderlich, dass Dr. L persönlich Bevollmächtigter von Begünstigten war. Vielmehr wäre es auch ein wichtiger Grund, wenn die Rechtsanwaltspartnerschaft, der er als Partner angehört, in einem derartigen Vertretungsverhältnis stand oder steht. Das Ausmass der Beteiligung spielt hierbei – entgegen der in der Revisionsrekursbeantwortung vertretenen Rechtsansicht – keine Rolle.

4.7. Nach herrschender Ansicht sind wichtige Gründe im Sinne des § 27 Abs. 2 PSG nämlich alle bedeutsamen Umstände, die die Belange der Gesellschaft bzw. Privatstiftung gefährden oder ihr die Beibehaltung der aufrechten Bestellung des Organmitglieds unzumutbar machen (7 Ob 700/88, SZ 61/260 = ecolex 1990, 90; 8 Ob 563/89 = ecolex 1991, 324; *N. Arnold*, PSG², § 27 Rz 23).

4.8. Dabei können auch Interessenskollisionen, die (noch) nicht den Grad einer Unvereinbarkeit erreichen, einen wichtigen Grund für die Abberufung eines Organmitglieds bilden, wenn dadurch die Verfolgung des Stiftungszwecks, insbesondere bei Vollziehung der vom Stifter vorgesehenen Begünstigtenregelung oder das sonstige ordnungsgemässe Funktionieren der internen Kontrollsysteme nicht mit hinreichender Sicherheit gewährleistet ist (6 Ob 278/00a, ecolex 2001/312; *N. Arnold*, PSG², § 27 Rz 24).

4.9. Im Rahmen der Entscheidung nach § 27 Abs. 1 und 2 PSG ist letztlich immer auch eine Prognoseentscheidung vorzunehmen. Entscheidend ist, ob die Verfolgung des Stiftungszwecks mit ausreichender Sicherheit in Zukunft gewährleistet ist (6 Ob 74/99x, RdW 1999, 718 = JBl 2000, 49; 6 Ob 278/00a = ecolex 2001/312; *N. Arnold*, PSG², § 27 Rz 24). Dabei ist im Hinblick auf die bei der Privatstiftung fehlenden externen Kontrollmechanismen bei der Beurteilung, ob ein Abberufungsgrund vorliegt, kein allzustrenger Massstab zugrunde zu legen (*N. Arnold*, PSG², § 27 Rz 24). Vielmehr erfordert die «Verselbständigung» des Vermögens, die fehlende Kontrolle durch Eigentümer und das Nichtvorhandensein von Gesellschaftern – sowohl im öffentlichen Interesse als auch im Interesse der Privatstiftung selbst – eine funktionsfähige Organisation und deren effiziente

Kontrolle, um die Gefahr von Missbrauch oder Schädigung hintanzuhalten und um die Erfüllung des Stifterwillens zu gewährleisten (6 Ob 278/00a, *ecolex* 2001/312; N. Arnold, *PSG*², § 27 Rz 24 aE).

5. In diesem Sinne werden die Vorinstanzen daher im fortgesetzten Verfahren detaillierte Feststellungen zu Art und Umfang der Tätigkeit von Dr. L für die Begünstigten zu treffen haben. Ausserdem werden nähere Feststellungen zu dem angeblichen Darlehensprozess über 1'000'000 EUR und das Verfahren gegen H W zu treffen sein, die eine Beurteilung hinsichtlich einer allfälligen Interessenkollision oder des Vorliegens sonstiger wichtiger Gründe, die einer Bestellung von Dr. L entgegenstehen könnten, ermöglichen.

Da sohin erhebliche Tatsachen bisher nicht abschliessend geklärt wurden, waren die Entscheidungen der Vorinstanzen spruchgemäss aufzuheben.

Kommentierung

1. Die Bedeutung der Entscheidungen des österreichischen OGH

Die beiden hier abgedruckten Urteile des österreichischen Obersten Gerichtshofs haben nicht nur unter Stiftungsjuristen, sondern auch in der Tagespresse für erhebliches Aufsehen gesorgt. «Höchstgericht entmündigt Stifter und Begünstigte» (N. Arnold, Tageszeitung «Die Presse» vom 13.9.2009), «Privatstiftung: Einfluss der Begünstigten beschränkt» (Mager, Tageszeitung «Die Presse» vom 15.11.2009); «Reaktion: Privatstiftung wird immer weniger praktikabel» (Kerres/Freytag, Tageszeitung «Die Presse» vom 22.11.2009): So lauteten die Überschriften einiger, durchwegs von Rechtsanwälten verfassten Beiträge, die in den letzten Wochen in österreichischen Zeitungen erschienen sind. Tatsächlich kann man die Bedeutung vor allem der ersten Entscheidung nur richtig einschätzen, wenn man bedenkt, dass von ihr schätzungsweise zwei Drittel bis drei Viertel der etwa 3500 Privatstiftungen, die derzeit in Österreich bestehen, betroffen sind.

2. Rechtsgrundlagen

a) Inkompatibilität

Zum besseren Verständnis ist zunächst auf die wesentlichen Rechtsgrundlagen hinzuweisen. Das österreichische Privatstiftungsrecht enthält zwei Bestimmungen, die eine Inkompatibilität

für die Mitgliedschaft in Stiftungsorganen zum Gegenstand hat. Gemäss § 15 Abs. 2 PSG dürfen Begünstigte und bestimmte nahe Angehörige eines Begünstigten dem Stiftungsvorstand (dem österreichischen Äquivalent des liechtensteinischen Stiftungsrats) nicht angehören. Der Zweck der Bestimmung erscheint offenkundig: Das Gesetz unterstellt eine Interessenkollision beim Begünstigten, der als Mitglied des Stiftungsvorstand zu einer zweckkonformen Verwendung und Verwaltung des Stiftungsvermögens verpflichtet wäre, obwohl er dabei als Begünstigter auch eigene Interessen hat.

Ferner sieht § 23 Abs. 2 PSG vor, dass die Begünstigten und ihre nahen Angehörigen nicht mehr als die Hälfte der Mitglieder des Aufsichtsrats einer Privatstiftung stellen dürfen. Der Zweck dieser Bestimmung erschliesst sich nicht auf den ersten Blick. Nach dem Willen des historischen Gesetzgebers sollen die Begünstigten, «[o]bwohl sie ein besonderes Kontrollinteresse haben, ... dennoch nicht die Mehrheit im Aufsichtsrat haben, weil dies anderen, nicht im Aufsichtsrat vertretenen Begünstigten zum Nachteil gereichen könnte» (RV 1132 BlgNR 18. GP, Erl. zu § 23 Abs. 2). Überzeugend ist dies freilich nicht: Denn erstens gibt es kein stiftungsrechtliches Gleichbehandlungsgebot im Verhältnis zwischen den Begünstigten; der Stifter kann die Begünstigten unterschiedlich behandeln. Zweitens erweist sich die gesetzgeberische Anordnung selbst auf der Grundlage ihrer eigenen Prämisse als überschüssend: Denn wenn dem Aufsichtsrat sämtliche Begünstigte angehören, droht keinem von ihnen ein Nachteil, so dass dann nicht einzusehen wäre, warum sie auf die Hälfte der Mitglieder beschränkt sein sollen. Freilich ist die praktische Bedeutung des § 23 Abs. 2 PSG in seinem unmittelbaren Anwendungsbereich gering. Denn die Bestimmung bezieht sich nach ihrem Wortlaut nur auf Aufsichtsräte der Privatstiftungen. Der Aufsichtsrat ist als obligatorisches Organ einer Privatstiftung nur dann vorgesehen, wenn diese entweder mehr als 300 Arbeitnehmer beschäftigt oder wenn sie inländische Kapitalgesellschaften oder Genossenschaften einheitlich leitet, bei denen insgesamt im Durchschnitt mehr als 300 Arbeitnehmer beschäftigt sind. Auf diese Weise soll eine Umgehung der Arbeitnehmermitbestimmung verhindert werden (N. Arnold, Privatstiftungsgesetz 2 [2007] § 22 Rz 2). Praktisch treffen diese Voraussetzungen jedoch nur selten zu, weshalb bei nur wenigen Privatstiftungen ein Aufsichtsrat eingerichtet ist.

b) Organisationsfreiheit

Dagegen ist ein «Beirat» als Stiftungsorgan vor allem bei Familienstiftungen sehr verbreitet. Dass ein solches Organ eingerichtet werden kann, lässt sich nicht bezweifeln, weil § 14

Abs. 2 PSG weitere Organe zur Wahrung des Stiftungszwecks ausdrücklich zulässt. Solche Organe, die keine Vertretungsbefugnis, sondern nur Kontroll- und Beratungsaufgaben haben können (RV 1132 BlgNR 18. GP, Erl. zu § 14), können auch «bis zu einem gewissen Grad mit weisungsgebender Funktion» eingerichtet werden (RV 1132 BlgNR 18. GP, Erl. zu § 15 Abs 2).

3. Die Entscheidung 6 Ob 42/09h

Die entscheidende Frage ist somit, ob und unter welchen Voraussetzungen die Inkompatibilitätsbestimmungen für Organmitgliedschaften auf den Beirat analog anzuwenden sind. Nachdem diese Frage bisher in der Rechtsprechung nicht vollkommen geklärt worden war, nimmt die erste der abgedruckten Entscheidungen dazu in verhältnismässig grosser Deutlichkeit Stellung: Ein Beirat ist zumindest dann als aufsichtsratsähnlich zu qualifizieren, wenn der Beirat den Stiftungsvorstand bestellen und auch aus anderen Gründen als jenen, die die Abberufung eines Vorstandsmitglieds einer Aktiengesellschaft rechtfertigen (§ 75 Abs. 4 öAktG), abberufen kann; wenn er zugleich die Abberufung eines Vorstandsmitglieds durch den Stiftungsvorstand auch bei Vorliegen eines wichtigen Grundes durch die Verweigerung der Zustimmung verhindern kann; und wenn ihm gleichzeitig Zustimmungsrechte bei der Verwaltung des Stiftungsvermögens durch den Stiftungsvorstand und bei der Bestimmung der Begünstigten sowie des Umfangs der an diese zu erbringenden Leistungen zusteht.

Es ist an dieser Stelle nicht möglich, die Entscheidung in umfassender Weise kritisch auszuleuchten und zu analysieren. Lediglich drei Anmerkungen sollen erfolgen:

a) Bei blosser Lektüre der Entscheidung könnte der Eindruck entstehen, als folge der OGH einer herrschenden Ansicht, die sich für eine analoge Anwendung des § 23 Abs. 2 Satz 2 PSG auf einen aufsichtsratsähnlichen Beirat ausspricht (vgl. zum Ende von Abschnitt 3.1. angeführten Arbeiten von Micheler, Nowotny und Pittl). Das Gegenteil ist der Fall. Die Frage der analogen Anwendung der Inkompatibilitätsbestimmungen auf Beiräte ist seit dem Inkrafttreten des PSG im Jahre 1993 heftig umstritten. Zahlreiche Autoren haben sich für eine stärkeren Einfluss der Begünstigten ausgesprochen: So vertritt etwa H. Torggler die Ansicht, dass die Bestellung und die – wenigstens aus einem sachlichen Grund erfolgende – Abberufung des Stiftungsvorstands auch durch Begünstigte oder durch ein mehrheitlich mit Begünstigten besetztes Organ erfolgen könne; § 23 Abs. 2 PSG spreche nicht dagegen, weil diese Bestimmung nur aus ihrem spezifisch arbeitsverfassungsrechtlichen Grund zu verstehen sei (Zur Bestellung und Abberufung des Stif-

tungsvorstands einer Privatstiftung, GesRZ 1997, 140 [149]). Auch P. Doralt hält die im Gesetz enthaltenen Spezialbestimmungen über die Inkompatibilität für nicht so klar, dass es gerechtfertigt sei, die stiftungsrechtliche Gestaltungsfreiheit als fundamentales Wertungsprinzip noch weitergehend im Sinne einer Entmündigung der Begünstigten einzuschränken (Zur Bestellung der Vorstandsmitglieder und des Stiftungsprüfers bei Privatstiftungen durch Begünstigte oder ein von Begünstigten gebildetes Gremium, GesRZ 1997, 125 [125 ff]). Strasser hält § 15 Abs. 2 PSG für eine «unverständliche Fehlkonstruktion» (Gedanken zu einem aus Begünstigten zusammengesetzten Beirat, JBl 2000, 487 [492]). Es ist bedauerlich, dass der OGH diese und andere Stimmen übergeht und deshalb auch die Gelegenheit ungenutzt lässt, sich mit den einzelnen Argumenten näher zu beschäftigen.

b) Bereits oben (2.) wurde gezeigt, dass das PSG zwei Inkompatibilitätsbestimmungen enthält (§ 15 Abs. 2, § 23 Abs. 2 PSG), die in ihrer Funktionsweise nicht vollkommen übereinstimmen. Aus der Entscheidung folgt nicht mit letzter Gewissheit, ob der OGH eine analoge Anwendung des § 23 Abs. 2 oder des § 15 Abs. 2 PSG befürwortet. Könnte man die Ausführungen in Pkt. 3. und 3.1. der Entscheidungsbegründung so verstehen, als gehe es um eine analoge Anwendung des § 23 Abs. 2 PSG, so könnte man aus dem letzten Teil der Entscheidung (Pkt. 3.2.) den Schluss ziehen (vgl. insb.: «Dem Rekursgericht ist daher darin beizupflichten, dass durch die geänderte Stiftungsurkunde jedenfalls die Unvereinbarkeitsbestimmung des § 15 Abs. 2 PSG unterlaufen werden könnte, wonach die Begünstigten und deren nahe Verwandte nicht Mitglieder des Stiftungsvorstands sein können; ...»), als sei auch eine analoge Anwendung des § 15 Abs. 2 PSG möglich. Daran knüpfen sich freilich beträchtliche Konsequenzen: Bei analoger Anwendung des § 23 Abs. 2 PSG dürfte der Beirat wenigstens zur Hälfte mit Begünstigten besetzt sein; im Falle einer Analogie zu § 15 Abs. 2 PSG wären Begünstigte von der Mitgliedschaft im Beirat gänzlich ausgeschlossen. Möglicherweise könnte eine Differenzierung angezeigt sein: Bei «schlichter» Aufsichtsratsähnlichkeit ist § 23 Abs. 2 PSG analog anzuwenden; bei der Zuweisung von Kompetenzen, die den Beirat in die Nähe eines «faktischen Vorstands» rücken, wäre auf § 15 Abs. 2 PSG zurückzugreifen.

c) Die Entscheidung des OGH stellt auch die grosse Zahl der hiervon betroffenen Stiftungen, deren Beiräte sich nunmehr als fehlerhaft zusammengesetzt erweisen, vor grosse Probleme. Wenn sich der Stifter ein Änderungsrecht vorbehalten hat (§ 33 Abs. 2 Satz 1 PSG), dann kann er die Stiftungserklärung in einer der Entscheidung genügenden Weise sanieren. Freilich bleibt er

an die materiellen Schranken, die sich aus der Entscheidung ergeben, gebunden, so dass ein «dynastischer» Zweck (P. Doralt, GesRZ 1997, 139), bei dem die begünstigten Familienmitglieder das Sagen haben, mit der Stiftung nicht verwirklicht werden kann. Besteht kein Änderungsrecht des Stifters, so ist an eine ausnahmsweise Änderung der Stiftungserklärung durch den Stiftungsvorstand zu denken (§ 33 Abs. 2 Satz 2 PSG), wofür gute Gründe sprechen.

4. Die Entscheidung 6 Ob 145/09f

Die zweite Entscheidung erscheint auf der Grundlage der ersten nicht mehr überraschend. Der OGH spricht darin aus, dass der Zweck des § 15 Abs. 2 PSG es gebiete, auch einen Vertreter des Begünstigten vom Stiftungsvorstand auszuschliessen. Dies gelte jedenfalls für ein aufrechtes Vollmachtsverhältnis. Dem kann mit dem Vorbehalt zugestimmt werden, dass das Wort «Vollmachtsverhältnis» besser durch «Auftragsverhältnis» ersetzt werden sollte. Denn ob der vom Stiftungsvorstand ausgeschlossene Begünstigte das Vorstandsmitglied bezüglich seines Verhaltens in der Stiftung steuern kann, hängt nicht von der Vollmacht im technischen Sinn, sondern von einer Weisungsgebundenheit, deren Grundlage der Auftrag ist. Dann aber erscheint die Entscheidung folgerichtig. Gleichwohl hat auch sie

erhebliche Relevanz für die österreichische Stiftungspraxis, weil sie Vertreter – z.B. Rechtsanwälte oder Steuerberater – des begünstigten Stifters von der Einsitznahme im Stiftungsvorstand ausschliesst.

5. Die liechtensteinische Perspektive

Die beiden Entscheidungen machen bei den entschiedenen Rechtsfragen einen deutlichen Wettbewerbsvorteil des liechtensteinischen Stiftungsrechts gegenüber der österreichischen Privatstiftung deutlich. Weder das alte noch das neue liechtensteinische Stiftungsrecht enthält vergleichbare Inkompatibilitätsbestimmungen. Begünstigte können sowohl dem Stiftungsrat angehören als auch Mitglied anderer Organe sein. Nur als Revisionsstelle (Art 552 § 27 Abs. 2 Ziff 4 PGR) und als sonstiges Kontrollorgan (Art 552 § 11 Abs. 3 PGR) sind sie ausgeschlossen. Für die liechtensteinische Praxis bietet sich aufgrund der erhöhten Organisationsfreiheit des Stiftungsrechts nunmehr die Chance, auch solche Gestaltungsbedürfnisse zu befriedigen, die durch die Entscheidungen des österreichischen OGH bei der Wahl einer österreichischen Privatstiftung nicht verwirklicht werden können.

Univ.-Prof. Dr. Martin Schauer, Wien

das aktuelle urteil

Das Urteil des FL-Obersten Gerichtshofs vom 7.1.2009 (1CG 2006.303), das wir in [liechtenstein-journal](#) 2009, 26 ff. zusammengefasst veröffentlicht hatten, wurde zwischenzeitlich vom StGH (StGH 2009/17) bestätigt. Im Kern ging es bei der Entscheidung des OGH darum, ob sich der Stiftungsrat bei entgegengenommenen Geschenken, die er vom Stifter oder Stiftungsbegünstigten erhält, in einer Interessenkollision befindet. Dies hatte der OGH bejaht und klargestellt, die Stiftungsräte hätten vor Abwicklung der Schenkungen und Entgegennahme der Geldbeträge die Bestellung eines Beistandes für die Stiftung beantragen und von diesem die Zustimmung bzw. Genehmigung einholen müssen. Im vorliegenden Fall ging es um Beträge von 11.8 Mio. CHF, die nun, soweit noch nicht geschehen, nach Bereicherungsrecht rückabgewickelt werden. Wie bereits zuvor bestätigt der StGH die Rspr. des OGH, wonach Ermessensbegünstigte (also solche Stiftungsbegünstigte, für welche die Ausschüttungen nicht zeitlich und betragsmässig fixiert sind) keinen (klagbaren) Rechtsanspruch auf Ausschüttungen haben (S. 84 mit Hinweis auf StGH 2003/58 und 2004/62). Für

den Beschwerdefall sei «allein wesentlich, dass es auch nach dem alten Stiftungsrecht jedenfalls nicht anging, dass sich eine Ermessensbegünstigte wie im Beschwerdefall CB ohne jeden Einbezug des Stiftungsrates einfach aus dem Stiftungsvermögen «bedienen» konnte. Denn «es darf gefordert werden, dass Stiftungsausschüttungen vom Stiftungsrat zumindest konkludent und einigermaßen zeitnah genehmigt werden müssen» (S. 88). Hier, so der OGH, könne «kaum von einer einigermaßen zeitnahen oder auch nur konkludenten Genehmigung durch den Stiftungsrat gesprochen werden» – der zweite Stiftungsrat HG erfuhr erst «Jahre später, dass dieses Geld für den Beschwerdeführer zu 1. bestimmt war». «Im Übrigen konnte CB auch deshalb keine gültige Einwilligung geben, weil sie die dramatischen Konsequenzen der Schenkung an den Beschwerdeführer zu 1. vor dem Hintergrund des gegen sie anstehenden deutschen Steuerhinterziehungsverfahrens offensichtlich nicht überblicken konnte und hierüber von HB auch nicht informiert wurde.» (S. 86).

Fortsetzung folgt auf S. 138

Fürstlicher Oberster Gerichtshof, 3.9.2009, 9 CG.2006.312 (Lins)

1. *Geschäftsführungsverantwortung des Liechtensteinischen Stiftungsrats bei Vermittlung und Mitwirkung von Vertrauenspersonen des Stifters (ausländischen Korrespondenten) im Stiftungsrat*

2. *Klare Unterscheidung zwischen Geschäftsführungs- und Vertretungshandlungen*

3. *Mitverantwortung der Stiftung für den ihr entstandenen Schaden bei kontrollierten Stiftungen durch «differenzierte» Solidarität*

Kurzdarstellung des Sachverhalts

Die Klägerin IS, eine nach liechtensteinischem Recht hinterlegte Familienstiftung, wurde am 4.12.1995 vom Erstbeklagten DV im Auftrag des KDH, welcher zugleich Erstbegünstigter der Stiftung werden sollte, treuhänderisch gegründet. Über Vermittlung von PH, dem Berater von KDH, fand diesbezüglich ein Treffen zwischen DV, KDH und PH statt. Im Rahmen dieses «Gründungsgesprächs» wurden der Erstbeklagte DV und die Zweitbeklagte JV zu einzelzeichnungsberechtigten Stiftungsräten eingesetzt.

Wenige Tage später, am 6.12.1995 wurde PH als weiteres Stiftungsratsmitglied mit Einzelzeichnungsrecht bestellt, welcher am 14.12.1995 die Bestellung annahm. Ob PH über ausdrückliche Weisung des KDH als weiteres Mitglied des Stiftungsrates bestellt wurde und ob KDH eine Erklärung gegenüber dem Erstbeklagten abgegeben hat, dass PH von ihm sämtliche Vollmachten für Vermögensverwaltung, Vergütungen etc habe, konnte nicht festgestellt werden. Ihm wurden von Seiten des Erstbeklagten mehrere Dokumente, u.a. der Mandatsvertrag übermittelt, wobei allerdings eine Rückübermittlung einer unterschriebenen Ausfertigung des Mandatsvertrages nicht erfolgte.

Kurze Zeit später brachte PH Wertschriften und Bargeld in die Stiftung ein, welche er zuvor von KDH erhalten bzw ausgehändigt erhalten und quittiert hatte. Die Wertschriften wurden vom Erstbeklagten – einem Auftrag von PH folgend – sogleich verkauft und als Callgeld angelegt.

In der Zeit zwischen 30.10.1997 und dem 23.3.1999 behoben der Erst- bzw die Zweitbeklagte insgesamt CHF 825'000 sowie DEM 184'501.85 (entspricht EUR 94'334.30) mittels ihres Einzelzeichnungsrechts vom Stiftungskonto und übergaben diese Beträge in bar gegen Quittung an PH, ohne den Zweck dieser Auszahlung an PH zu ergründen bzw zu dokumentieren. Die Beklagten gingen davon aus, dass PH im Auftrag des KDH gehandelt hat, als sie diesem jeweils Gelder der Stiftung überliessen.

Innerhalb des o.a. Zeitraums überbrachte umgekehrt PH den Beklagten in 3 Teilzahlungen insgesamt den Betrag i.H.v. DEM 1'511'902.50, welche er zuvor von KDH zur Einbringung in die Stiftung erhalten hatte. Da auch hier keine entsprechende Dokumentation über den Zweck dieses Geldtransfers erstellt wurde, gingen die Beklagten davon aus, dass dieser Mittelzufluss in die Stiftung seitens des PH eine Rückführung der ursprünglich PH überlassenen Gelder darstellte. Die Beklagten unterliessen es auch, weder die Überlassung noch den Mittelzufluss an die Stiftung zu überprüfen. Was PH mit den von den Beklagten in bar übergebenen Geldern machte, konnte nicht festgestellt werden. Jedenfalls sind diese Gelder KDH nicht zugeflossen.

Im Gefolge einer Besprechung zwischen KDH, PH und NS und auf Andringen von PH übernahm NS am 18.5.1999 anstelle von DV und JV die Repräsentanz der klagenden Stiftung, gleichzeitig wurde er zum Stiftungsrat bestellt. Zu diesem Zeitpunkt ging KDH noch davon aus, dass sämtliches von ihm eingebrachte Geld noch in der Stiftung vorhanden ist. Diese Annahme basierte auf der Tatsache, dass PH ihm bei seinen ca. halbjährlichen Treffen gefälschte Bankauszüge präsentierte. Nachdem PH ab Frühjahr 2005 für KDH nicht mehr erreichbar war, begann KDH mit entsprechenden Recherchen. Im August 2005 beging PH Selbstmord.

Die im OGH-Beschluss darüber hinaus festgestellten Sachverhaltselemente betreffen in erster Linie solche, welche i.Z.m. der vom Gerichtshof verworfenen Einrede der Verjährung vorgebracht wurden und somit hier nicht näher erörtert werden müssen.

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren auf Zahlung der verschwundenen Gelder iHv CHF 825'000 sowie EUR 94'334.30 unter Berufung auf die Verantwortlichkeitsansprüche gem.

Art. 218 f. PGR sowie der Verletzung der Grundsätze einer gewissenhaften Geschäftsführung gem. Art. 182 Abs. 2 PGR der klagenden Stiftung vollinhaltlich statt. Der auf eine Beweis- und Rechtsrüge sowie ein Neuvorbringen gestützten Berufung gab das Obergericht unter Übernahme der wesentlichen Teile der rechtlichen Beurteilung der Unterinstanz keine Folge.

Kommentierung

Die gegen das Berufungsurteil gerichtete Revision beantragte wegen behaupteter unrichtiger rechtlicher Beurteilung die Abweisung des Klagebegehrens. Der OGH gab der Revision statt und hob das Berufungsurteil auf und begründete seine Entscheidung wie folgt: Zunächst verwarf dieser das Argument der Beklagten, dass deren Verhalten, welches zum Vermögensverlust der Klägerin führte, nicht rechtswidrig und somit ohne Verschulden blieb, da die Argumentation der Beklagten auf der irrigen Prämisse der Gleichsetzung von Geschäftsführungs- und Vertretungshandlungen von Stiftungsräten beruhe. Ausgehend vom Einzelzeichnungsrecht des PH (nur als Organ, nicht auf dem Bankkonto) unterstellten die Beklagten, dass PH gem Art. 181 Abs. 3 PGR auch alle Geschäftsführungshandlungen allein vornehmen habe können und die Beklagten diesem zu Recht die jeweiligen Geldbeträge zwecks Durchführung von PH behaupteten «Grundstücksgeschäften» (welche weder festgestellt wurden noch tatsächlich stattfanden) übergeben hätten.

Unter Verweis auf seinen Beschluss vom 2.4.2009, 10 HG. 2008.18 stellt der OGH fest, dass die Geschäftsführung, die die interne Leitung einer Verbandsperson zum Gegenstand habe, von der Vertretung der Stiftung als rechtsgeschäftliches Handeln nach aussen streng zu unterscheiden ist. Die Geschäftsführung umfasst insbesondere alle für die Willensbildung auch für Vertretungshandlungen massgeblichen Beschlüsse und Handlungen und damit grundsätzlich ein viel weiteres Feld als die Vertretung.

Gemäss den Art. 245 und 181 Abs. 1 PGR steht die Geschäftsführung (auch) einer Stiftung, soweit in den Statuten nichts anderes bestimmt oder durch Beschlüsse der zuständigen Organe anders angeordnet ist, allen Mitgliedern der Verwaltung (Stiftungsräten) zu. Die Vertretung von Verbandspersonen (Stiftungen) erfolgt gem Art. 184 Abs. 1 durch die hiezu berufenen Organe oder sonstige besondere Vertreter nach Vorschrift der Statuten. Da weder die Statuten der Klägerin noch ein anderslautender Beschluss vorlag, galt somit auch für die Klägerin der in Art. 181 Abs. 1 PGR normierte Grundsatz der Gesamtgeschäftsführung durch die drei Stiftungsräte. PH war damit

schon gem Art. 181 Abs. 2 PGR – ausser bei Gefahr im Verzug – nicht befugt, von seinen Mitstiftungsräten die Ausschüttung von Vermögensteilen der Klägerin zu verlangen und in eigener Kompetenz über die ihm von den Beklagten ausgefolgten Geldbeträge zu verfügen.

Jede Geldentnahme vom Stiftungsvermögen hätte damit gleichgültig, ob die Finanzierung von Grundstücksgeschäften oder aber die Ausschüttung an den Erstbegünstigten beabsichtigt war, eines Beschlusses des mehrgliedrigen Stiftungsrates einschliesslich der Beklagten bedurft. Die Beklagten hätten dadurch, dass sie die zweckgemässe Verwaltung und Verwendung des Stiftungsvermögens allein PH überlassen hätten, auch wenn diese Delegation dem vermeintlichen Wunsch des KDH entsprochen haben mag, jedoch weder durch die Statuten oder Beschlüsse des Stiftungsrates noch durch irgendwelche Weisungen gedeckt war, ihre Pflicht zur Mitgeschäftsführung verletzt.

Und selbst bei rechtmässiger Übertragung der faktischen Geschäftsführung an den dritten Stiftungsrat PH hätte die Beklagten eine effiziente Überwachungspflicht dahin getroffen, dass sie von diesem aussagekräftige Bescheinigungen über den Grund und Zweck der (angeblichen) Ausschüttungswünsche des Erstbegünstigten, deren widmungsgemässe Verwendung sowie deren Zusammenhang mit den in etwa zur gleichen Zeit getätigten Einzahlungen in das Stiftungsvermögen verlangen hätten müssen. Erforderlichenfalls und insbesondere bei Unklarheiten hätten die Beklagten die Auskünfte des PH durch geeignete Rückfragen beim Erstbegünstigten verifizieren müssen, auch wenn Letzterer eine Kontaktaufnahme offenbar nicht wünschte.

Bezugnehmend auf die in der Liechtensteinischen Stiftungspraxis häufig vorkommende «Drei-Parteien-Konstellation» (1. Stiftungsauftraggeber / Begünstigter; 2. Ausländischer (Finanz-) Intermediär; 3. Liechtensteinische Stiftungsräte) weist der OGH auf die den Beklagten vorzuwerfende Sorgfaltswidrigkeit und damit Rechtswidrigkeit ihrer Vorgangsweise respektive Untätigkeit im Zusammenhang mit der Ausfolgung der klagsgegenständlichen Stiftungsgelder an PH hin. Dieser Befund widerspreche nicht dem Postulat, das Risiko auch für Stiftungsräte auf ein vernünftiges, mit dem praktischen Leben in Einklang stehendes Mass zu beschränken, wobei von dem bei vergleichbaren Stiftungen Üblichen auszugehen sei.

Mit einem Seitenhieb auf die Praxis stellt er schliesslich fest: Missstände können, «auch wenn sie verbreitet sein sollten, nicht zu einer Herabsetzung der Verantwortlichkeit führen». Die grundsätzliche Haftung der Beklagten für den Schaden der Klägerin ist nach den Ausführungen des OGH somit zu bejahen.

Schliesslich geht der OGH auf das von den Beklagten vorgebrachte, der Klägerin zuzurechnende Alleinverschulden des dritten Stiftungsrates PH und damit implizit auch auf eine Mitverantwortung der Klägerin für den ihr zugefügten Schaden ein und hielt fest: Die Art. 218 f. und 222 PGR, welche über die Bestimmungen der Art. 228 Abs. 1 und 2 PGR sowie Art. 245 PGR auch für Stiftungen «entsprechend» Anwendung finden, schaffen eine eigene gesellschaftsrechtliche Grundlage für den Verantwortlichkeitsanspruch der Stiftung gegenüber ihren Stiftungsräten und normieren damit die sogenannte Innen- oder Binnenhaftung. In diesem Zusammenhang weist der OGH auf die unterschiedliche Ausgestaltung der gesamtschuldnerischen (Solidar-)Haftung von Gesellschaftsorganen bzw. Stiftungsräten in Teilen der deutschen und österreichischen Rechtsprechung und Lehre einerseits und der solidarischen Haftung gem Art. 226 Abs. 2 PGR andererseits hin:

Während sich hier (Deutschland/Österreich) ein Geschäftsführer gegenüber einer GmbH «in der Regel» nur ausnahmsweise (Mitverschulden der Gesellschaft bei Fehlverhalten des zweiten Geschäftsführers z.B. wegen unzureichender Überwachung des Mit-Geschäftsführers, wenn die Gesellschaft an der Bestellung dieses ungeeigneten Mit-Geschäftsführer ein Verschulden trifft und Letzterer als ressortzuständiger Geschäftsführer primär verantwortlich ist) auf das Verschulden eines anderen Geschäftsführers berufen kann, kommt der solidarischen Haftung mehrerer Personen nach Art. 226 Abs. 2 PGR, welches auf schweizerischer Rezeptionsgrundlage fusst (Art. 252 f., insbesondere 759 OR), keine absolute Wirkung zu.

Letztere unterscheidet vielmehr zwischen der absoluten (echten) und der differenzierten (unechten) Solidarität. Dies hat zur Folge, dass der Umfang der Ersatzpflicht eines solidarisch haftenden sowohl im Aussen- als auch im Innenverhältnis individuell bestimmt wird. Demnach kann der Haftpflichtige der geschä-

digten Gesellschaft gegenüber geltend machen, dass ihn – im Vergleich zum anderen Organ – nur ein geringes Verschulden trifft oder für ihn ein Herabsetzungsgrund nach Art. 43 Abs. 1 oder Art. 44 OR (vgl. § 1304 ABGB) gelte. Das Verhalten des anderen (solidarisch) Verantwortlichen ist dann von Relevanz, wenn das Verhalten des in Anspruch genommenen Organs gegenüber ersteren in den Hintergrund tritt bzw. sein Verschulden als gering erscheinen lässt oder mildert. Dies ist z.B. dann der Fall, wenn ein Organ Unregelmässigkeiten gegenüber seinen Mitorganen so geschickt verschleiert hat, dass dem in Anspruch genommenen Organ kein schwerer Vorwurf an der Nichtaufdeckung der Manipulationen gemacht werden kann.

Gemildert wird das Verschulden eines Verantwortlichen grundsätzlich nur dann, wenn das «Drittverschulden» damit im Zusammenhang steht (BGE 64 II 309). Ist der haftbare Dritte zugleich Organ des Geschädigten, so kann sich auch das belangte Organ zu seiner teilweisen Entlastung auf das Verhalten dieses Mitorgans berufen, welches als Selbstverschulden des Geschädigten bzw. der geschädigten Gesellschaft zu werten ist (vgl. u.a. BGE 98 II 103).

In analoger Anwendung dieser Rechtslage hob der OGH das Berufungsurteil auf und verwies die Sache an das Obergericht zur Ergänzung der Verhandlung und neuerlichen Entscheidung zurück, wobei insbesondere im fortgesetzten Verfahren die allfällige Mitverantwortung der Klägerin für den klagsgegenständlichen Schaden respektive die Frage zu prüfen sein werde, ob in der Person des KDH gelegene, tragfähige Gründe (z.B. die einem Alleingeschafter einer GmbH vergleichbare Position des KDH gegenüber der von ihm kontrollierten Stiftung) für die Zurechnung des kriminellen Verhaltens des PH zur Klägerin vorliegen.

Dr. Alexander Lins, Triesen

das aktuelle urteil (Fortsetzung)

In Bezug auf Art. 18 RAG und die §§ 11 und 18 der Standesrichtlinien der Liechtensteinischen Rechtsanwaltskammer betont der StGH mehrfach, dass das Verhalten der Beschwerdeführer «klar standeswidrig» war (S. 86) und «solch standeswidriges Verhalten nicht belohnt werden soll» (S. 86, 89). Schliesslich «wäre es auch vertretbar, die an die Beschwerdeführer erfolgten Zuwendungen aus dem Vermögen der Beschwerdegegnerin als von vornherein unheilbare sittenwidrige Geschäfte zu qualifizieren»

(S. 88). Denn «wie erwähnt, kann ein klar standeswidriges Verhalten auch von einem faktischen Organ nicht genehmigt werden; zudem hat der Oberste Gerichtshof auch erwogen, dass CB von den Beschwerdeführern nicht genügend beraten wurde, um eine gültige Einwilligung zu geben», so der StGH in seinem Fazit (S. 89).

Redaktion

newsletter

Für die einen sind sie Informationsmedium, für die anderen Werbungs- bzw. Marketingmassnahme. Für viele sind sie einfach nur die Post. Die Rede ist vom newsletter, also einem elektronischen Brief, einem flyer-ähnlichen, aber umweltfreundlichem Zettelchen, manchmal auch einer Broschüre oder einem Verkündungsblatt. Newsletter ersetzen Anzeigen, Aufsätze und Rundbriefe, manchmal auch Zeitschriften. Wir möchten an dieser Stelle ein paar zufällig ausgewählte newsletter aus verschiedenen Ländern vorstellen. Die Konzepte sind, wie erwähnt, unterschiedlich.



• Informationsabkommen FL und USA
 • Übergangsbestimmungen im neuen Stiftungsrecht

Für Rückfragen steht die Redaktionsadresse
redaktion@liechtenstein-journal.li
 zur Verfügung. Weitere Informationen unter
www.liechtenstein-journal.li.

Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht
 Herrn Rüdiger Bock, LL.M., seit 2003 Rechtsanwalt in unserer Anwaltskanzlei, wurde im Oktober 2009 von der Rechtsanwaltskammer Freiburg der Titel des
Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht

Thema der Quellensteuer und im Oktober 2009 zum neuen Mehrwertsteuergesetz.
 Bestellungen unter taxteam@ghr.ch.

Impressum
Herausgeber und Redaktion (Red.)
 WAGNER & JOOS Rechtsanwälte
 Seestraße 1
 78464 Konstanz
Verantwortlich i.S.d.P.
 Jürgen Wagner, LL.M.
 Rechtsanwalt, Konstanz/Zürich/Vaduz
Kontakt. Anregungen, Wünsche & Kritik
 Tel.: +49-(0)7531/65007
 Fax: +49-(0)7531/56125
 E-Mail: kontakt@wagner-joos.de
 Website: www.wagner-joos.de
 Nutzung und Weitergabe des Textes ausdrücklich erwünscht.

DeutscherAnwaltVerein
 Arbeitsgemeinschaft
 für Internationalen Rechtsverkehr
NEWSLETTER November 2009

INHALTSÜBERSICHT

EuGH.....
 BGH.....
 INSTANZGERICHTE
 BERLIN
 HAAGER KONFERENZ.....
 AUSLÄNDISCHE ENTSCHEIDUNGEN.....
 AUS DEM SCHRIFTTUM.....
 SONSTIGE ZEITSCHRIFTENINFORMA.....
 IMPRESSUM:.....

WAGNER & JOOS
 RECHTSANWÄLTE & FACHANWÄLTE
 für Handels- und Gesellschaftsrecht
**Newsletter Ausgabe 16
 November 2009**

Herausgeber
WAGNER & JOOS Rechtsanwälte
 Die Rechtsanwaltskanzlei informiert
 regelmäßig mit einem Newsletter.
 Möchten Sie diesen nicht mehr erhalten,
 senden Sie bitte eine E-Mail an:
kanzlei@wagner-joos.de

Inhaltsverzeichnis

- Newsletter
- Rüdiger Bock, LL.M. jetzt auch Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht

Liebe Leser,
 neben der Redaktion des steueranwaltsmagazin geben wir seit März 2009 ein neue juristische Fachzeitschrift heraus. Das Liechtenstein-Journal erscheint mit 36 Seiten 4 Mal im Jahr mit einer Auflage von 1.000 Exemplaren. Schauen Sie doch mal rein:
www.liechtenstein-journal.li.

Bisher sind Beiträge von folgenden Autoren erschienen:
 Dr. Adrian Plüss (Zürich), Dr. Rolf Schwedhelm (Köln), Thomas Hosp (Vaduz), Dr. Alexander Lins (Triesen), Prof. Dominique Jakob/Goran Studen (beide Zürich), Prof. Schauer (Wien), Bernd Hammermann (Vaduz), Markus Rick (Vaduz), Prof. Martin Wenz (Vaduz), Dr. Martin Feick/Udo Pawlytta (beide Mannheim) und Dr. Helmut Schwärzler (Schaan).

In der nächsten Ausgabe erscheinen am 15.12.2009 u.a. Beiträge von

- Prof. Francesco Schurr (Vaduz),
- Dr. Heinz Frommelt (Vaduz)
- Horst Büchel (Triesen).

Bisher sind folgende Themen behandelt worden:

- Verantwortlichkeit des Stiftungsrats
- Tax compliance
- Anerkennung von Gesellschaften
- Anwendung des Vertrauensgrundsatzes in Rechtshilfefällen
- Neue Stiftungsrechtsverordnung
- Informations- und Auskunftsrechte von Begünstigten

Teilweise enthalten sie echte News, teilweise zeitlose, aber wichtige Informationen. Gerade Rechtsprechungsreports enthalten objektive Berichte und subjektive Kommentierungen, andere kommen in Form eines Hintergrundberichts daher.

In ihrer Aufmachung unterscheiden sie sich in Layout, Farbauswahl und der Printgestaltung. Die meisten sind ansprechend und mit Bildern versehen. Das Auge liest schliesslich mit.

Redaktion



GHR
RECHTSANWÄLTE

GHR TaxPage Dezember 2009

Steuroptimierung zum Jahreswechsel

Liebe GHR TaxPage Lesertinnen und Leser

Das Jahr 2009 neigt sich bereits wieder dem Ende zu. Auch wer nicht gerade den Umgang in einen steuergrün-tigeren Kanton plant, hat zahlreiche Möglichkeiten, seine Steuern zu optimieren. Nachfolgend präsentieren wir Ihnen eine kleine Auswahl davon, was auch am Ende des Steuerjahres noch umgesetzt werden kann:

Beiträge in die Säule 3a

Beiträge in die Säule 3a können im entsprechenden Beitragsjahr in vollem Umfang vom steuerbaren Einkommen abgezogen werden. Bis zum Bezug der Kapitalleistungen im Vorsorgefall unterliegt das einkaufte Kapital weder der Einkommens- noch der Vermögenssteuer. Die spätere Auszahlung unterliegt einem reduzierten Spezialsteuersatz. Ein weiterer, steuerlich vorteilhafter Effekt kann mittels indirekter Amortisation von Hypotheken durch Einzahlungen in die Säule 3a erzielt werden. Damit von der Steuerersparnis profitiert werden kann, müssen die Beiträge in die Säule 3a noch im laufenden Kalenderjahr beim Empfänger, also der Bank oder der Versicherung, gutgeschrieben werden. Für das Jahr 2009 betragen die Maximalbeiträge für Steuerpflichtige mit Beiträgen an die 2. Säule (Pensionskasse) CHF 6'566.— und für Steuerpflichtige ohne 2. Säule 20% des Erwerbseinkommens, höchstens jedoch CHF 32'832.—.

Einkauf in die Pensionskasse

Ebenfalls vom steuerbaren Einkommen absetzbar sind Einkäufe in die Pensionskasse. Voraussetzung ist auch hier, dass die Einkaufssumme noch im laufenden Steuerjahr dem Empfänger gutgeschrieben wird. Die Höhe des zulässigen Einkaufs ist von der individuellen Deckungslücke abhängig und sollte bei der Pensionskasse erfragt werden. Eine zusätzliche Steuroptimierung kann durch Progression über Jahre im hohen Bereich gebrochen wird.

Steuroptimierungen bei Liegenschaften

Eigentümern und Eigentümers von Immobilien stehen neben der bereits genannten indirekten Amortisation von Hypotheken insbesondere die vermögenssteuerermindernde und die tatsächlichen Kosten beim Liegenschaftsinvestor in die Liegenschaft sowie die Wahl einer Staffeldung und die Koordination mit dem Unterhalt der Liegenschaft weiteres Steuersparungspotential beinhalten.

Danke!

Schliesslich möchten wir noch die Gelegenheit wahrnehmen, Ihnen ganz herzlich für Ihre Treue im vergangenen Jahr und die zahlreichen Rückmeldungen und Anregungen zur GHR TaxPage zu danken. Die GHR TaxPage-Familie ist im Jahr 2009 stark gewachsen; nicht zuletzt auch dank Ihrer tatkräftigen Unterstützung durch Mund-zu-Mund Propaganda. Neuanmeldungen sind auch im kommenden Jahr jederzeit herzlich willkommen an gerhardroth@ghr.ch.

Das GHR TaxTeam wünscht Ihnen Frohe Festtage und einen guten Rutsch in ein gesundes und erfolgreiches Neues Jahr.

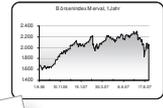
Ihr GHR TaxTeam
 Gerhard Roth, gerhardroth@ghr.ch
 Michael Walther, michaelwalther@ghr.ch
 Alexandra Born, alexandraborn@ghr.ch

Die GHR TaxPage beinhaltet keine Rechts- oder Steuerberatung.
 GHR Rechtsanwälte AG, Bern Muri und Zürich, www.ghr.ch

2

3

1. INDEX ARGENTINIEN

Indizes	Wert
Indizes	2.062
Indizes	2.903
Indizes	1.560

2. AKTUELLE THEMEN

Präsidentenwahlen

Insgesamt 14 Kandidaten liessen sich für die Präsidentenwahlen am kommenden 28. Oktober registrieren. Überwachungen gab es keine mehr. Favorit ist Senatorin Cristina Fernandez de Kirchner. Ihre Vorteile sind u.a. ihre Popularität und die ihres Mannes, der gegenwärtige Präsident.

Der frühere Wirtschaftsminister Roberto Lavagna ist ihr vermutlich stärkster Gegner. Er tritt für die Allianz Unión Nación Avanzada (UNA) an. Im Volk ist er gut angesehen, da er als Wirtschaftsminister nach der Krise Beachtliches geleistet hatte. Nach Umfragen liegt er aber weit hinter Cristina. Hochstapeln, wenn es zu einer Stichwahl (Ballotage) kommen würde, hätte er realistische Chancen. Gleiches gilt für Kandidatin Elisa Carnio. Die Sozialdemokratin und Oppositionelle findet zwar landesweite Unterstützung, gleichzeitig haftet ihr ein Negativimage an. Zwar geniesst Gouverneur Alberto Rodriguez Sáb in seiner Provinz San Luis starken Rückhalt, jedoch reicht seine Popularität nicht aus, um auch ausserhalb der Provinzgrenzen genügend Stimmen einzusammeln.

Desweiteren als Kandidat angemeldet haben sich der Gouverneur von Neuquén, Jorge Sisch, mit der Liste Movimiento Provincias Unidas (MPU), Juan Carlos Musto von der Confederación Leales Populares (CLP) und der ehemalige Militär Gustavo Breaña Obard von Partido Popular de la Reconstrucción (PPR). Die Linke stellt gleich sechs Kandidaten: Luis Arman von der humanistischen und kommunistischen FFAU, der Filmemacher Fernando 'Pino' Solanas von Proyecto Sur, Vania Roel von der Neuen Linken (NLT), Nueva Izquierda), Raul Castells von der Bewegung für Pensionierte (MLP), Néstor Pirola von der Arbeiterpartei (PO) und José Montes von der Trotskyischen Front (FTT).

Statistiken

Waren- und Anlagensparreserven der USA im 3. Quartal 2007: 3,11 Mrd. USD, im 2. Quartal 2007: 3,11 Mrd. USD, im 3. Quartal 2006: 4,30 Mrd. USD, im 3. Quartal 2005: 1,60 Mrd. USD.

Md. bzw. \$ 65,15 Mrd., und ein Jahr zuvor US\$ 27,41 Mrd. bzw. \$ 51,0 Mrd.

Staubigertendenz weltweit, schuldet Argentinien rund US\$ 6,3 Mrd. und strebt in den Verhandlungen eine Verlängerung der Laufzeit der Kredite sowie eine Verringerung der Zinsen an, eine Forderung, die bislang nicht bei der US-Administration wenig Unterstützung fand. Im Gegenzug soll die laufende Summe vollständig beglichen werden.

Argentinien kooperativ ist die Position Argentinien in der Frage der Schulden bei den Anlegern, deren Zahlung ebenfalls zugesetzt wurde, und deren Summe im August rund US\$ 130 Mrd. betrug. Ein Zahlungsangebot aus dem Jahr 2005 im Werteschlag der betreffenden Kredite von bis zu 75% vor. Die Mehrzahl der Anlegern - insgesamt etwa 76% des Werteschlags - nahmen das Angebot an, die Kredite zu versetzen, seitdem, den Anlegern den Staat auf juristischem und Wege zur Rückerstattung der Kredite mit Zinsen zu zwingen, was dieser die jüngste Entscheidung des UN-Präsidenten, Frankfurter Man könnte erwarten, dass die Privaten nach der Weigerung der Staatsanleiher an

Argentinien Mitte 2007 Gemischte Aussichten beschreiben Experten der argentinischen Wirtschaft aufgrund der Daten zum ersten Halbjahr dieses Jahres. Die Inflation wird, einem kürzlich erschienenen Bericht der Deutsch-Argentinischen Handels- und Industriekammer zufolge, auf derzeit zwischen 12 und 16% geschätzt, mit

zukaufen, den den deutschen klagt. Das CLG hat gegeben und damit vollstreckung in, in Argentinien und liegt das Urteil gene Entscheidung nichts in Karlsruhe, keine Regel des die einen Staat zwangspersonen die stlicher Zahlungs- ng auf Zahlungs- Auf den Bestand ohnheitsrechtlichen in Staatsnotstands Argentinien im

Stato Wirtschafts- ministerin Meoni habe Ende Juni d.J. in der deutschen Botschaft vor Vertretern mehrerer europäischer Länder zugegeben, dass sich die Frage der ausstehenden Schulden bei Bondhaltem irgendwann wird klären müssen. Analysen zufolge stellt die beharrliche Weigerung Argentinien, seine Schulden zu begleichen, die Kreditwürdigkeit des Landes ernsthaft in Frage und erhöht damit die Zinssätze.

Die beim IWF bestehenden Schulden von fast US\$ 10 Mrd. hatte Argentinien im Jahr 2006 mit Blick auf die Unabhängigkeit der eigenen Wirtschaftspolitik, vorzeitig gelöst. Kritiker weisen jedoch darauf, dass sich die Administration statt über die eher preiswerten Kredite des IWF, sondern über vergleichsweise teure, von Hugo Chavez' Venezuela gezeichnete Anleihen finanziert.

Entlastung. Auf unsere Art.

Damit Sie sich ganz entspannt auf Ihr
Fachgebiet konzentrieren können.



www.revitrust.li



DIE INDIVIDUALITÄT EINER
KOMPETENTEN BERATUNG
STEHT BEI UNS
IM MITTELPUNKT



ADMINISTRAL ANSTALT

ACCURATA TREUHAND- UND REVISIONS-AG

ADVOCATUR SPRENGER & PARTNER AG

ASSETA VERMÖGENSVERWALTUNG AG

Landstrasse 11 | LI-9495 Triesen