

editorial

I. Deutsche Politik wird zwischen Paragraphen gemacht: Allein der Antrag der Staatsanwaltschaft auf Aufhebung der Immunität des Bundespräsidenten führte innerhalb weniger Stunden zu dessen Rücktritt. Nicht etwa aus «persönlichen Gründen», sondern aus «politischen Gründen». So unerheblich dieser Unterschied für die meisten Menschen ist, so beträgt er im politischen Geschäft etwa 200.000 Euro «Ehrensold» für den ausscheidenden Bundespräsidenten. Bis ans Lebensende, inclusive Sekretärin und Dienstwagen.

II. Flüchtlinge haben nicht viel Rechte. Steuerflüchtlinge wohl auch nicht. Dass sie aber noch nach Abzug ihrer Gelder von der UBS von dieser verraten werden, ist ein besonderes Schicksal. Hier wird das Bankgeheimnis auf eine besondere Weise pervertiert.

III. Vielleicht haben sie es verdient, die ehemaligen Händler der Credit Suisse, die nun wegen Wertpapierbetrug verurteilt wurden. Was sie vielleicht nicht ganz verdient haben, ist der Titel «Die dümmsten Händler der Welt» (NZZ vom 13.02.2012). Dort tritt die NZZ nach und fragt zunächst danach, wie man es denn anstellt, für Wertpapierbetrug verurteilt zu werden. «Wie dumm muss man eigentlich sein, um für einen Betrug verurteilt zu werden, den man verübt hat, während man in den Diensten einer Too-big-to-fail-Bank stand?» Aber es geht noch weiter: «(...) der Fall von (...) hätte wunderbaren Stoff hergegeben für ein Beispiel aus der Hochfinanz, die verbrecherisch hirntot agiert. Ihr Ausflug in die Kriminalität ist so dumm, dass es weh tut. Sie müssten dafür schon wieder gefeiert werden (...).»

IV. Manchmal erscheinen Fachaufsätze, deren Überschrift nicht nur einen Teil, sondern den gesamten Inhalt vorwegnehmen, wie bspw. *Heffermann* in der *IStR* 2012, 64 ff.: «Praxisforum, Österreich: Die Frage nach der ökonomischen Sinnhaftigkeit der Errichtung einer Privatstiftung wird immer lauter – aktueller Besteuerungsvergleich bei Vermögensveranlagung über Privatstiftung vs. natürliche Person.»

Einen schöne Zeit 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

4. Jahrgang, Ausgabe 1, März 2012

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

Mario Frick, Hermann Böckle, Daniel Tschikof, alle Rechtsanwälte in Schaan;
Hanspeter Daragan, Rechtsanwalt in Bremen; Jürgen Wagner, Rechtsanwalt,
Konstanz/Zürich/Vaduz.

Wissenschaftlicher Beirat

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

Anzeigen und Abonnements

Gutenberg AG, Feldkircher Strasse 13, 9494 Schaan, Liechtenstein
Telefon +423 239 50 50, office@gutenberg.li

Gestaltung

Falk & Partner, Visuelle Kommunikation, 9495 Triesen, Liechtenstein

Satz, Druck

Gutenberg AG, 9494 Schaan, Liechtenstein 

Alle Urheber, Nutzungs- und Verlagsrechte vorbehalten.

Die Zeitschrift erscheint viermal jährlich. Bezugspreis im Jahresabonnement (vier Ausgaben) CHF 198.–, Bezugspreis Einzelausgabe CHF 55.– (inkl. MwSt.)

Die nächste Ausgabe der Zeitschrift **liechtenstein-journal** erscheint am 15. Juni 2012.

Eine Bemerkung zu diesem Heft: Den Schwerpunkt bilden interessante und wichtige Beiträge. Die sonst gewohnten Rubriken holen wir nach.

Das «**Jahrbuch zum Liechtensteinischen Recht 2011/2012**» ist erhältlich bei der Gutenberg AG, Schaan (Tel. 239 50 50, Frau Rubin).

beiträge

Vollstreckung in Drittpfänder: Kritik an 01 CG 2008.125 und Vorschlag für eine Gesetzesanpassung

Dr. Mario Frick, Rechtsanwalt, Schaan¹

Das Hypothekengeschäft ist für Banken von erheblicher Bedeutung. Meistens verpfänden die Eigentümer und Bauherren eines Hauses ihre Liegenschaft zur Finanzierung eben dieses Baus. Regelmässig aber geben auch nahe Angehörige – beispielsweise von Jungunternehmern – ihre Liegenschaft als Sicherheit für seine Schulden (Betriebskredite etc.). Somit liegt ein sogenanntes Drittpfand vor. Der Drittpfandgeber trägt das Risiko, dass er mit seiner Liegenschaft in Haftung genommen wird, wenn der Gläubiger der Schuld seinen Verpflichtungen nicht nachkommen kann. Dies ist an sich nichts Ungewöhnliches und ist gesetzlich klar geregelt – leider nur, wenn der Fall nicht in Liechtenstein spielt.

In einem 2010 veröffentlichten Urteil hatte sich der OGH mit dem Verhältnis zwischen Aberkennungsverfahren und Rechtsöffnungsverfahren zu beschäftigen. Dort ging es vordergründig um das Verhältnis zwischen Rechtsöffnung und späterer Aberkennungsklage. In der Linie der – richtigen und bestätigten – ständigen Rechtsprechung betonte der OGH, dass allfällige Fehler des Rechtsöffnungsverfahrens keinen Einfluss auf das Aberkennungsverfahren hätten. Insbesondere diene das Aberkennungsverfahren nicht der Überprüfung des Zahlbefehl-/Rechtsöffnungsverfahrens, sondern der Abklärung, ob die Forderung als solche tatsächlich bestehe. Soweit ist diesem Urteil zu 01 CG 2008.125 auch zuzustimmen.

Nicht nachvollziehbar ist hingegen die Ansicht des OGH, und vor ihm auch des Obergerichts, zur Frage ob und wie allenfalls Hypothekarsachen im Zahlbefehl- und Rechtsöffnungsverfahren behandelt werden sollen. Insofern verdient dieses in LES 2010, S. 162 ff. publizierte Urteil eine differenzierte Diskussion und Betrachtung. Konkret geht es darum, ob man das Zahlbefehlverfahren nutzen kann, um einen vollstreckbaren Titel in die gepfändete Liegenschaft zu erhalten. Im Folgenden wird auf diese Frage eingegangen, indem die Situation mit der Schweiz und Österreich verglichen wird. Nach der rechtsvergleichenden

Betrachtung wird auch ein Vorschlag für eine gesetzliche Klärung der Situation geliefert.

1. Ausgangslage in Liechtenstein und der Blick in die Schweiz und nach Österreich

Das liechtensteinische Privatrecht und Zivilverfahrensrecht wurde weitestgehend aus Österreich und der Schweiz rezipiert. Im Rahmen dieser Rezeption ist es immer wieder zu Rezeptionsbrüchen gekommen, wenn das rezeptierte schweizerische und österreichische Recht nicht aufeinander abgestimmt waren.² Es ist schon länger bekannt, dass unter anderem solche Rezeptionsbrüche zwischen Sachenrecht und Erbrecht, aber auch anderen Bereichen und dem Sachenrecht vorhanden sind. Hierauf wird noch näher eingegangen.

Das liechtensteinsche Sachenrecht stammt aus der Schweiz, das Exekutionsrecht aus Österreich. Insofern ist die Frage von vorneherein nicht ganz klar, wie nun die Exekution in Drittpfänder erreicht wird. In der Praxis wurden in Liechtenstein Drittpfänder in der Regel wie folgt durchgesetzt: Mittels eines Zahlbefehls wurde der Antrag gestellt, dass in die Liegenschaft des Pfandstellers eine Vollstreckung zur Hereinbringung der geschuldeten Summe vorgenommen werde. Der Antrag lautete regelmässig wie folgt: «Zahlung von CHF (...) bei sonstiger Exekution in die in der Pfandbestellungsurkunde angeführten Liegenschaften».

¹ Dr. Mario Frick ist Rechtsanwalt in Schaan und Verwaltungsrat in verschiedenen Unternehmungen, insbesondere einer Privatbank.

² Statt Vieler: *Georges S. Baur*, Normenvielfalt bei der richterlichen Rechtsfindung im liechtensteinischen Privatrecht, in: LJZ 1998, 12 ff; *Berger Elisabeth*, Rezeption im liechtensteinischen Privatrecht unter besonderer Berücksichtigung des ABGB, Schaan, 2008; *dieselbe*, Rezeption im liechtensteinischen Ehe- und Familienrecht, in LJZ 2006, 49.

Dr. Mario Frick, Vollstreckung in Drittpfänder: Kritik an 01 CG 2008.125 und Vorschlag für eine Gesetzesanpassung

Diese Formulierung ist der österreichischen Hypothekarklage nachempfunden. Gemäss den Bestimmungen der § 466³ sowie § 447 öABGB⁴ wird eine solche Hypothekar- oder Pfandklage eingereicht, wobei das Klagebegehren «auf Zahlung bei sonstiger Exekution in die in der Pfandbestellungsurkunde angeführten Liegenschaften» lautet. Bei dieser hat der Kläger Rechtsgrund, Höhe und Fälligkeit der Forderung sowie den Bestand des Pfandrechts zu behaupten und zu beweisen. «Bei einer Hypothek ergeben sich der Bestand der Forderung und des Pfandrechts aus dem Grundbuch, so dass nur die Fälligkeit nachgewiesen zu werden braucht, sofern sie nicht aus der Eintragung hervorgeht. Dem Liegenschaftseigentümer steht aber der Einwand offen, dass das im Grundbuch eingetragene Pfandrecht mangels Titels nicht zu Recht besteht. Bei einer Höchstbetragshypothek muss auch der Bestand der Forderung, der ja dem Grundbuch nicht zu entnehmen ist, nachgewiesen werden.»⁵

Während in Österreich somit eine Pfandklage durchgeführt werden muss, sehen das schweizerische Sachenrecht (im schweizerischen Zivilgesetzbuch, ZGB, geregelt) und das schweizerische Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz (SchKG) ein anderes Vorgehen vor. Gemäss Art. 831 ZGB, welcher dem liechtensteinischen Art. 302 Sachenrecht entspricht, muss zuerst einmal die Kündigung der Forderung durch den Gläubiger auch den Eigentümer der Pfandsache, der nicht Schuldner ist, mitgeteilt werden. Art. 151 SchKG bestimmt dann, dass im Betreibungsbegehren zusätzlich zu den in Art. 67 SchKG aufgezählten Angaben auch noch der Name des Drittpfandstellers angegeben werden muss.

Im Rahmen der Betreibung auf Verwertung eines Drittpfandes hat der Gläubiger somit im Betreibungsbegehren den Namen des Drittpfandbestellers anzugeben, welchem in der Folge neben dem persönlichen Schuldner ebenfalls ein Zahlungsbefehl zugestellt wird.⁶ Dank seiner Rechtsstellung als Mitbetrieber kann der Dritteigentümer sämtliche Rechte eines Betriebenen ausüben; dazu gehört auch das Recht zur Erhebung des Rechtsvorschlages, welches sich wie dasjenige des persönlichen Schuldners sowohl auf Bestand, Umfang und Fälligkeit der Forderung selbst als auch auf Bestand und Umfang des Pfandrechts beziehen kann.⁷ Der Pfandschuldner ist somit unabhängig von der Situation des persönlichen Schuldners und kann die Wahrung seiner Interessen selbständig wahrnehmen.⁸

Bekanntlich fehlt nun im liechtensteinischen Recht eine Bestimmung analog der §§ 466 bzw. 447 des öABGB, geschweige denn eine Bestimmung, wie sie im schweizerischen SchKG ausgeführt ist. Somit muss eine Lückenfüllung vorgenommen werden.

2. Die enge Auslegung der Gerichte

Diese Lückenfüllung hat viele Jahre auch durch die Heranziehung des Zahlbefehl- und Rechtsöffnungsverfahrens problemlos funktioniert, bis diese Praxis in oben bezeichneten Rechtsverfahren näher überprüft wurde. Das Obergericht sowie der Oberste Gerichtshof kamen dabei zur Schlussfolgerung, dass derartige Anträge und Begehren nicht im Zahlbefehlsverfahren vorgetragen werden könnten.

Die Begründung ging in folgende Richtung:

Nach den Erwägungen des Fürstlichen Obersten Gerichtshofs, hätte das Fürstliche Landgericht weder nach § 577 Abs. 1 ZPO den von der Beklagten beantragten Zahlbefehl erlassen noch nach Art. 49 Abs. 1 Bst. b RSO die von der Beklagten beantragte Rechtsöffnung erteilen dürfen. Es sei nur möglich, «Forderungen an Geld oder anderen vertretbaren Sachen» im Wege des Schuldentriebverfahrens geltend zu machen. Die Forderung gehe aber nicht auf eine Forderung an Geld, sondern auf Vollstreckung in eine Liegenschaft.

Diese Begründung überzeugt nicht. Sie ist nach Ansicht des Verfassers unnötig formalistisch und geht von einer sehr engen und zu einschränkenden Interpretation des Gesetzestextes aus. Das Gericht will nämlich im Kern geltend machen, dass es sich bei diesen Forderungen nicht um Forderungen an Geld handle. Dem Gericht ist zuzustimmen, dass es *nicht bloss* um Geld geht, sondern vordergründig um die Vollstreckung in Liegenschaften. Es übersieht aber, dass der Gläubiger ja alternativ

³ *Hinteregger* in Schwimann, ABGB Praxiskommentar, Wien 2004, RZ 4 zu § 466 ABGB.

⁴ *Hofmann* in Rummel³, Wien 2004, § 447 RZ 4.

⁵ *Hinteregger* in Schwimann, ABGB Praxiskommentar, Wien 2004, RZ 4 zu § 466 ABGB

⁶ *Elisabeth Moskriz*, Der Lombardkredit, S. 222, Zürich – Basel – Genf 2003.

⁷ Art. 153 Abs. 2 SchKG.

⁸ *Elisabeth Moskriz*, a.a.O., S. 223: «Ebenfalls mit Rechtsvorschlag hat der Drittpfandeigentümer die vorgängige persönliche Belangung des Schuldners im Rahmen des *beneficium excussionis personalis* geltend zu machen, sofern das Drittpfand als lediglich subsidiäre Sicherheit bestellt worden ist, ansonsten auch bei Drittpfandverhältnissen das Recht auf Vorausvollstreckung zum Tragen kommt. Mit der Verwertung des Pfandobjekts tritt der Drittpfandeigentümer kraft Subrogation in die Rechtsstellung des Gläubigers, im Zuge derer sämtliche Nebenrechte auf ihn übergehen. Ansonsten regelt sich die Rechtsbeziehung zwischen Drittpfandeigentümer und persönlichem Schuldner nach dem zwischen ihnen bestehenden Rechtsverhältnis, welches darüber entscheidet, inwieweit der Pfandbesteller zur Regressnahme berechtigt ist.»

Dr. Mario Frick, Vollstreckung in Drittpfänder: Kritik an 01 CG 2008.125 und Vorschlag für eine Gesetzesanpassung

die Möglichkeit hat, entweder die geschuldete Summe zu zahlen und damit zum neuen Gläubiger des bisherigen Schuldners zu werden oder eben zu akzeptieren, dass in seine Liegenschaft hinein exekutiert wird. Der Wortlaut von § 577 ZPO und Art. 49 RSO lassen aber eine weitergehende Interpretation ohne Weiteres zu, wie die nachstehende Textauszüge zeigen; die relevanten Stellen wurden unterstrichen:

§ 577 ZPO

- 1) *Zur Eintreibung von Forderungen an Geld oder andern vertretbaren Sachen kann der Gläubiger im Wege des Schuldtriebverfahrens (Mahnverfahrens) die Erlassung eines bedingten Zahlbefehls für jeden Betrag begehren.*
- 2) *Forderungen, welche überhaupt oder zur Zeit bei dem Gerichte nicht geltend gemacht werden können, sowie Forderungen aus Wechseln eignen sich nicht für das Schuldtriebverfahren.*

Art. 49 RSO

Zulässigkeit

- 1) *Ein Gläubiger, auf dessen Betreibung im Schuldtrieb- bzw. Rechtsbotsverfahren gegen den Zahlbefehl Widerspruch bzw. gegen das Rechtsbot Rechtsvorschlag erhoben worden ist, kann beim Landgerichte den Widerspruch bzw. Rechtsvorschlag gerichtlich aufheben lassen (Rechtsöffnung), wenn*
 - a) *seine im Schuldtrieb- bzw. Rechtsbotsverfahren geltend gemachte Forderung auf einer öffentlichen Urkunde oder auf einer durch Unterschrift des Schuldners bzw. seines gesetzlichen Vertreters, Stellvertreters oder Rechtsvorgängers bekräftigten Schuldanererkennung beruht und in beiden Fällen*
 - b) *die Forderung auf Leistung oder Herausgabe von Geld oder irgend einer Sache oder auf Einräumung eines bürgerlichen Rechtes geht.*
- 2) *Als Urkunden im Sinne vorstehenden Absatzes kommen insbesondere in Betracht:*
 - a) *alle nach dem inländischen oder ausländischen Rechte als öffentlich geltenden Urkunden, insofern sie in Original oder beglaubigter Abschrift vorgelegt werden;*
 - b) *private Schuldanererkennungen, welche ausdrücklich oder sonst in schlüssiger Weise ein unterschrieben bekräftigtes Schuldanerkenntnis enthalten (z. B. Anerkennung in einem Brief, einfacher Schuldschein, Obligo, unterschriebene Kon-*

torrent-Rechnungen, Kaufverträge, Bürgschaftsscheine, Check, Versicherungspolice), gleichgültig, ob diese Schuldanererkennung im Inlande oder Auslande erfolgt ist.

- 3) *Die Vorschriften des Art. 44 Abs. 2 Bst. b und c sind im Rechtsöffnungsverfahren sinngemäss zu beobachten.*

Den Gerichten ist zuzustimmen, dass aufgrund der Drittpfandbestellung der Eigentümer der Pfandsache Realschuldner ist, jedoch nicht zugleich Personalschuldner, somit hat hinsichtlich der Verwertung der Pfandsache das Begehren in Anlehnung an die österreichische Hypothekarklage zu erfolgen.⁹ Mit der Hypothekarklage wird dabei die Zahlung der Forderung bei sonstiger Exekution in den Pfandgegenstand begehrt. Somit hat der Drittpfandsteller, wie schon angeführt, die Wahl, ob er die Verwertung seiner Liegenschaft akzeptiert oder selber zahlt. Nach Ansicht des Verfassers könnte daher in Liechtenstein, weil es eben um «die Forderung auf Leistung oder Herausgabe von Geld oder irgend einer Sache oder auf Einräumung eines bürgerlichen Rechtes geht», ohne Weiteres der Weg über einen Zahlbefehl eingeschlagen werden.

Der Gläubiger kann sich nur im Wege der Zwangsversteigerung gemäss den Art. 87 ff. EO aus dem Pfandobjekt Befriedigung verschaffen, sofern der Drittpfandsteller nicht von dem ihm von Gesetzes wegen zustehenden «Einlösungsrecht» gemäss Art. 299 SR Gebrauch macht und sonst Zahlung an den Pfandgläubiger leistet.

3. Eine mögliche Anpassung des Gesetzes

Dem Gericht ist zuzustimmen, wenn es meint, dass der Anwendungsbereich des Zahlbefehlsverfahrens nicht zu weit ausgedehnt werden sollte. Immerhin geht es hier um ein beschleunigtes und vereinfachtes Verfahren. Die diesbezüglich seitens des Gerichtes bestehenden Zweifel könnten relativ einfach mit folgenden Ergänzungen durch den Gesetzgeber bereinigt werden:

§ 577a ZPO

- 1) *Die Eintreibung von pfandgesicherten Forderungen ist im Zahlbefehlsverfahren möglich, wenn das Pfand oder die Pfänder sich nachweislich in Liechtenstein befinden.*

⁹ Koziol-Welser, Bürgerliches Recht, Band I, 11. Aufl., S. 348.

**Dr. Mario Frick, Vollstreckung in Drittpfänder:
Kritik an 01 CG 2008.125 und Vorschlag für eine Gesetzesanpassung**

- 2) *Wer für eine durch Pfand gesicherte Forderung einen Zahlungsbefehl beantragt, hat im Betreibungsbegehren zusätzlich den Pfandgegenstand und seine Lage zu bezeichnen und dies zu belegen.*
- 3) *Der Antrag ergeht bei Pfändern, die durch Dritte gestellt werden, gegen den Gläubiger und den Pfandsteller und enthält zwei Begehren, nämlich auf Bezahlung der Forderung gegen den Schuldner sowie auf die alternative Vollstreckung in die Sache zur Hereinbringung der Forderung. Ferner sind im Begehren anzugeben:*
 - a. *der Name des Dritten, der das Pfand bestellt oder den Pfandgegenstand zu Eigentum erworben hat;*
 - b. *schriftliche Belege – im Original oder als amtliche Kopie – für die Verwendung des verpfändeten Grundstücks oder der verpfändeten Sache sowie deren Belegenheit im Lande.*
- 4) *Betreibt ein Gläubiger aufgrund eines Faustpfandes, an dem ein Dritter ein nachgehendes Pfandrecht hat (Art. 886 ZGB), so muss er diesen von der Einleitung der Betreibung benachrichtigen.*

Art. 87 Abs. 1 lit a EO

Zwangsversteigerung

- 1) *Dem Antrage auf Bewilligung der Zwangsversteigerung müssen beiliegen:*
 - a) *eine urkundliche Bescheinigung, dass das Grundstück, dessen Versteigerung begehrt wird, im Eigentum des Verpflichteten oder eines Drittpfandstellers, der im Verfahren einbezogen wurde und selbständige Möglichkeiten, sich gegen die Vollstreckung zu wehren hatte, steht;*
 - b) *eine urkundliche Bescheinigung über die an dem Grundstück bestehenden dinglichen Rechte und Lasten und die im Grundbuch vorgemerkten persönlichen Rechte.*

In der Schweiz wird, wie es oben dargestellt wurde, gleichzeitig mit dem Gläubiger auch der Drittpfandsteller in das Zahlungsverfahrensverfahren einbezogen; dies würde hiermit auch in Liechtenstein geschehen. Man darf sich somit durchaus am schweizerischen Verfahren orientieren: Das Einleitungsverfahren in der Betreibung auf Pfandverwertung verläuft grundsätzlich gleich wie das ordentliche Verfahren. Das Betreibungsbegehren muss aber nicht nur die üblichen Angaben nach Art. 67 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) enthalten, sondern darüber hinaus auch den Pfandgegenstand bezeichnen und den Namen eines allfälligen Dritteigentümers angeben (Art. 151 Abs. 1 SchKG). Zu betreiben ist daher der Forderungsschuldner. Der in der Folge nach Art. 70 SchKG ausgestellte Zahlungsbefehl wird aber nicht nur dem Schuldner, sondern – gemäss Art. 153 Abs. 1 und 2 lit. a SchKG sowie Art. 88 der Verordnung des Bundesgerichts über die Zwangsverwertung von Grundstücken (VZG; SR 281.24) – als Doppel auch dem Dritteigentümer des Pfandes zugestellt. Auf diese Weise wird der Dritteigentümer in die Betreibung einbezogen; er gilt als Mitbetriebener und kann als solcher sämtliche Rechte eines Betriebenen ausüben, wie namentlich Rechtsvorschlag erheben.¹⁰

¹⁰ Die Verwertung darf dann erst stattfinden, wenn auch dieser Zahlungsbefehl, mithin das Doppel, rechtskräftig geworden und die Frist von 6 Monaten seit der Zustellung abgelaufen ist (Art. 100 VZG). Mit dem Rechtsvorschlag, welchen auch der Dritteigentümer erheben kann, werden gemäss Art. 85 VZG sowohl Bestand, Umfang oder Fälligkeit der Forderung wie auch des Pfandrechts bestritten, sofern keine weitere Begründung abgegeben wird (vgl. *Amonn/Gasser*, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechtes, Verlag Stämpfli u. Cie AG, Bern, § 33 N 1 ff., S. 264 ff).

Haftungsfragen bei fondsgebundenen Lebensversicherungen – Für welche Schäden haftet die Versicherung?

Dr. Matthias Niedermüller, M.B.L.-HSG, Rechtsanwalt, Schaan¹

Die liechtensteinische fondsgebundene Lebensversicherung war und ist die «Stiftung light», welche in einer Vielzahl an deutschen Kunden wegen ihrer steuerlichen Vorteile verkauft wurde. Das Produkt wurde im Wesentlichen vollständig auf die Bedürfnisse des deutschen Steuerrechts zugeschnitten bzw. dafür entworfen und stets den Entwicklungen des deutschen Steuerrechts angepasst. Es wurde als die günstige und rechtlich zulässige Alternative zur Stiftung verkauft. Der Inhalt des nachfolgenden Artikels könnte für deutsche Rechts- und Steuerberater und deren Kunden von besonderem Interesse sein. Die Steuerberater können aufgrund des Artikels ihre Kunden besser hinsichtlich der Geltendmachung von Ersatzansprüchen in Zusammenhang mit dem «Steuersparmodell» der fondsgebundenen Lebensversicherung beraten.

1. Einleitung

Die fondsgebundene Lebensversicherung erfreute sich sowohl in Liechtenstein als auch in vielen anderen Ländern in den letzten Jahren steigender Beliebtheit. Dabei wird die fondsgebundene Lebensversicherung von den anbietenden Versicherungsunternehmen insbesondere zur Regelung der Altersvorsorge und Absicherung von Angehörigen als besonders geeignet beworben. Die anbietenden Versicherungen preisen die verschiedenen Vorteile einer fondsgebundenen Lebensversicherung für ihre Kunden an. Zu nennen sind hier beispielsweise eine steuerliche Besserstellung bei Auszahlungen aus einer fondsgebundenen Lebensversicherung, eine Privilegierung der Ansprüche aus der Lebensversicherung im Konkursfall und Ähnliches. Bei fondsgebundenen Lebensversicherungen sollen die Kunden gleichzeitig mehrere von den Versicherungen angepriesene Vorteile in legaler Art nutzen.² Solange alles gut geht, stellt sich keiner die Frage, wer für Schäden haften könnte, welche im Zusammenhang mit einer der fondsgebundenen Lebensversicherung entstehen könnten.

Häufig haben die Kunden, welche eine fondsgebundene Lebensversicherung mit einer liechtensteinischen Versicherung

abschliessen, auch keinen oder nur geringen Kontakt mit der Versicherung selbst. Der Vertrieb der fondsgebundenen Lebensversicherungen der unterschiedlichen Institute erfolgt meist über ein diversifiziertes grosses Vertriebsnetz von Vermittlern, welche mit der Versicherung unter Vertrag stehen und zudem häufig exklusiv für eine Versicherung tätig werden und ausschliesslich deren fondsgebundene Lebensversicherung vertreiben. Auch die laufende Information und Kommunikation der Versicherungskunden während der Vertragslaufzeit erfolgt häufig über den jeweiligen Vermittler.

Die Versicherungskunden selbst interessiert beim Abschluss einer fondsgebundenen Lebensversicherung oft primär, wie die eingebrachten Prämien angelegt werden sollen und dass sie gleichzeitig mit der «Anlage» die steuerlichen und sonstigen Vorteile der Lebensversicherung in Anspruch nehmen können. Oft will der Kunde zunächst lediglich sein Ersparnis sicher veranlagen und kommt dann erst zum Abschluss einer fondsgebundenen Lebensversicherung als mögliche für ihn vorteilhafte «Anlageform» für seine Ersparnisse. Insofern ist es kaum zu verdenken, dass der Kunde die «Anlageform» der fondsgebundenen Lebensversicherung nicht hinterfragt und oft missverstehen.

Entstehen in Zusammenhang mit einer fondsgebundenen Lebensversicherung Verluste oder Schäden, so stellt sich unweigerlich die Haftungsfrage. Tritt beispielsweise ein massiver Verlust bei der Veranlagung der Vermögenswerte ein, stellt sich die Frage, ob und wem gegenüber der Versicherte einen Anspruch auf Schadenersatz hat.

¹ Der Verfasser ist Partner der Rechtsanwaltskanzlei Schwärzler Rechtsanwälte in Schaan, Liechtenstein und in Liechtenstein und Österreich zugelassener Rechtsanwalt. Der Beitrag erscheint auch in Deutschland, s. [steueranwaltsmagazin](#) 2012, Heft 1.

² Die Versicherungsunternehmen nennen beispielsweise das Steuerprivileg, das Konkursprivileg, das Erbschafts- und Schenkungsprivileg, das Stiftungsprivileg, das Anlageprivileg und das Diskretionsprivileg als Vorteile der fondsgebundenen Lebensversicherung in Liechtenstein.

Dr. Matthias Niedermüller, Haftungsfragen bei fondsgebundenen Lebensversicherungen – Für welche Schäden haftet die Versicherung?

Bei der Haftungsfrage im Zusammenhang mit fondsgebundenen Lebensversicherungen bestehen sowohl bei den anlegenden Versicherungskunden, als auch bei manchen Versicherungen unrichtige Ansichten. Nachfolgend soll daher eine Erläuterung und Klarstellung erfolgen, wie die Haftung bei fondsgebundenen Lebensversicherungen ausgestaltet ist und insbesondere die Frage beantwortet werden, wer dem Versicherungskunden bei einer Lebensversicherung für welche Schäden haftet.

Die nachfolgenden Ausführungen lehnen sich an die von Versicherungsunternehmen in Liechtenstein verwendete Konstruktion bei fondsgebundenen Lebensversicherungen an und der Beurteilung wird liechtensteinisches Recht zugrunde gelegt. Jedoch ist davon auszugehen, dass nach Massgabe gleichartiger gesetzlicher Regelungen die nachfolgenden Ausführungen auch auf andere Länder, insbesondere Deutschland übertragbar sind, da im Wesentlichen allgemein zivilrechtliche Fragen massgeblich sind.

2. Aufbau der üblichen fondsgebundenen Lebensversicherung

Nachfolgend soll zunächst kurz der Aufbau einer gewöhnlichen fondsgebundenen Lebensversicherung dargestellt werden, wie sie üblicherweise von Versicherungen in Liechtenstein abgeschlossen wird.

Bei einer fondsgebundenen Lebensversicherung sind üblicherweise folgende Personen beteiligt:

- der Versicherungskunde
(meist gleichzeitig versicherte Person),
- die Lebensversicherung,
- der Versicherungsvermittler,
- die Depotbank und
- der Vermögensverwalter.

Oftmals hat der Versicherungskunde lediglich Kontakt mit dem Vermittler, welcher ihm für die gewünschte Veranlagung des Ersparnen eine fondsgebundene Lebensversicherung anpreist. Der künftige Versicherungskunde füllt meist beim ersten Gespräch bereits einen Antrag auf Abschluss einer fondsgebundenen Lebensversicherung aus, welchen der Vermittler mit sich führt. In diesem werden Prämiensumme, Anzahl der Prämien (Einmalprämie oder mehrere jährliche Prämien), Laufzeit der fondsgebundenen Lebensversicherung und insbesondere das vom Kunden gewünschte Risiko bei der Veranlagung bezeichnet. Der Antrag wird an die Lebensversicherung versandt und

es kommt spätestens mit Zugang der Police beim Kunden zum Abschluss des Versicherungsvertrags über eine fondsgebundene Lebensversicherung (mit der Lebensversicherung). Anschliessend erfolgt die vereinbarte Einzahlung der Prämien an die Versicherung und die Versicherung veranlagt in der Folge das Prämienvermögen der Police gemäss dem im Antrag vom Versicherungskunden gewählten Risiko.

Die fondsgebundene Lebensversicherung unterscheidet sich von anderen Lebensversicherungen insbesondere dadurch, dass das Risiko der Kursentwicklung bei der vertragskonformen Veranlagung des Policenvermögens nicht von der Versicherung, sondern vom Versicherungskunden getragen wird.³ Wählt beispielsweise ein Kunde als Anlage für seine fondsgebundene Lebensversicherung eine bestimmte Aktie oder einen bestimmten Index aus und entwickeln sich die Aktie oder der Index negativ, so hat der Kunde diese negative Kursentwicklung selbst zu tragen. Die Versicherung ist in einem solchen Fall bei Kündigung oder Ende der Vertragslaufzeit lediglich verpflichtet, den zu diesem Zeitpunkt bestehenden Wert der Police, den sogenannten Rückkaufswert, an den Versicherungsnehmer auszubehalten.⁴

3. Haftung der Versicherung für Fehler anderer Personen und Gesellschaften

Doch was passiert, wenn beim Vermittler, der Depotbank oder beim Vermögensverwalter Fehler passieren? Wer haftet dem Kunden, wenn der Vermittler im Antrag die falsche Anlageform auswählt, die nicht dem vom Versicherungsnehmer gewählten Risiko entspricht? Wer haftet, wenn die Depotbank zu hohe Gebühren verrechnet oder möglicherweise eine Zahlungsunfähigkeit der Bank eintritt und diese keine Rückzahlung mehr vornehmen kann? Wie die Erfahrungen der letzten Jahre gezeigt haben, ist dies in den heutigen Zeiten der Unsicherheit auf den Finanzmärkten nicht ausgeschlossen.

Schliesslich stellt sich auch die Frage, wer haftet, wenn der Vermögensverwalter aus dem Policenvermögen eine Anlage kauft, welche gar nicht dem vom Versicherungsnehmer gewählten Risiko entspricht bzw. der Vermögensverwalter nicht die vom

³ Schalk, Die fondsgebundene Lebensversicherung (2009), S. 51, 52; Krejci, Zur Kündigung fondsgebundener Lebensversicherungen, VR 2011 H 4, 26; Kalss/Oppitz/Zollner, Kapitalmarktrecht (2005), Rz. 46.

⁴ Schalk, Die fondsgebundene Lebensversicherung (2009), S. 108; Krejci, Zur Kündigung fondsgebundener Lebensversicherungen, VR 2011 H 4, 24; OGH 27.01.2010, 7 Ob 226/09z.

Dr. Matthias Niedermüller, Haftungsfragen bei fondsgebundenen Lebensversicherungen – Für welche Schäden haftet die Versicherung?

Versicherungsnehmer gewählte Anlage kauft und sich in der Folge der Policenwert durch Kursschwankungen verringert?

Für die Frage der Haftung ist insbesondere dann die Frage der Zurechnung von Handlungen essentiell, wenn mehrere Personen und Beteiligte involviert sind. Haben die Beteiligten nur für ihre eigenen Handlungen einzustehen oder aber ist ihnen auch das Verhalten anderer Beteiligter zuzurechnen? In Schadensfällen wollen die Lebensversicherungen regelmässig nichts von einer Zurechnung von Handlungen anderer Unternehmen und Personen, derer sie sich bei ihrem Angebot der fondsgebundenen Lebensversicherung bedienen oder bedient haben, wissen. Erfahrungsgemäss weisen hier die Versicherungen die Haftung von sich und verweisen den Versicherungsnehmer auf vermeintlich andere haftbare Personen und Unternehmen.

Die Zurechnung von Handlungen eines Gehilfen, dessen sich ein Leistungsschuldner bei der Vertragserfüllung bedient, stellt jedoch einen Grundsatz jeder Rechtsordnung in Mitteleuropa dar. Nach liechtensteinischem Recht⁵ und auch nach dem Recht der meisten anderen europäischen Staaten⁶, haften Vertragspartner für sämtliche Handlungen ihrer Gehilfen, welche sie bei der Erfüllung eines Vertrages beziehen, wie für ihr eigenes Verhalten.

Gehilfen können nicht nur angestellte Mitarbeiter eines Vertragspartners sein, sondern auch vollkommen selbständige natürliche und juristische Personen. Auch Grossunternehmen und Konzerne können Gehilfen sein. Die Einstufung als Gehilfe ist unabhängig davon, ob die Person ein Unternehmen oder eine Einzelperson ist. Auch ist keinerlei wirtschaftliche Abhängigkeit des Gehilfen erforderlich.⁷ Genausowenig schadet eine wirtschaftliche Selbständigkeit des Gehilfen und er muss auch nicht weisungsunterworfen sein.⁸ Massgebliches Kriterium ist, dass der Gehilfe mit dem Willen des Vertragspartners bei der Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen des Vertragspartners tätig wird. Erfüllungsgehilfe ist, wer mit dem Willen des Geschäftsherrn bei der Erfüllung tätig wird, wobei genügt, dass der Schuldner den Einsatz gebilligt oder billigend in Kauf genommen hat.⁹ Es ist dabei nicht einmal ein bestimmtes Rechtsverhältnis zwischen Geschäftsherrn und Gehilfen erforderlich. Unbeachtlich ist auch, ob es sich um einen unmittelbaren Gehilfen oder nur einen Untergehilfen handelt.¹¹ Teilweise wird es von den Gerichten bereits als hinreichend angesehen, wenn der Gehilfe lediglich in Verfolgung der Interessen des Geschäftsherrn eingesetzt wurde.¹² Der Geschäftsherr muss lediglich in Erfüllung eines zwischen ihm und dem Geschädigten bestehenden Schuldverhältnisses tätig werden, damit er für seine Gehilfen haftet.¹³

Der Schuldner muss sich bei der Erfüllung seiner Verpflichtungen sohin nur einer anderen Person bedienen, damit diese Person als Gehilfe angesehen wird.¹⁴ Weitere Anforderungen für eine Zurechnung von Handlungen stellt das Zivilrecht in Liechtenstein und Österreich nicht.¹⁵ Auch ist ein Verschulden des Geschäftsherrn nicht erforderlich. Grundsätzlich haftet der Geschäftsherr auch dann, wenn ihn kein eigenes Verschulden trifft, für Schäden, die der Gehilfe in Erfüllung der geschuldeten Handlung verursacht.¹⁶

Die Beispiele für Erfüllungsgehilfen sind so zahlreich und unterschiedlich wie das Leben. So wurden bereits die Sprechstundenhilfe eines Arztes¹⁷, die Urlaubsvertretung eines Arztes¹⁸ und eine Bank, die vom Anwalt zur Zahlung eines Kostenvorschusses beauftragt wird¹⁹ als Erfüllungsgehilfen angesehen. Generell ist die Bank, welche mit der Überweisung beauftragt wird, der Gehilfe des Schuldners.²⁰ Auch Ärzte der Universitätskliniken sind Gehilfen der Krankenanstalten. Bedient sich ein Belegarzt bei einer Operation andere Mitarbeiter der Krankenanstalt, so sind diese seine Gehilfen.²¹ Auch jeder von einem Generalunternehmer beigezogene Subunternehmer ist dessen Gehilfe. Weiters ist auch ein Anlageberater, der für einen Geschäftsherrn auftritt, als Erfüllungsgehilfe einzustufen.²²

⁵ Vgl. § 44 SchlTPGR.

⁶ So in Deutschland beispielsweise § 278 BGB gemäss welchem der Schuldner sich «ein Verschulden ... der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, in gleichem Umfang zu vertreten [hat,] wie eigenes Verschulden».

⁷ Huber in *Schwimmann*, ABGB Taschenkommentar, § 1313a, Rz. 11.

⁸ Reischauer in *Rummel*, ABGB Kommentar³, § 1313a, Rz. 8, 9 Dittrich/Tades, ABGB (MTK)23 (2011) § 1313a, S. 670; 10 OB 119/07h.

⁹ Reischauer in *Rummel*, ABGB Kommentar³, § 1313a, Rz. 8.

¹⁰ Huber in *Schwimmann*, ABGB Taschenkommentar, § 1313a, Rz. 1.

¹¹ Wiegand in Basler Kommentar, OR I, Art. 101 N 7; OGH 14.05.2009, 6 Ob 26/09 f., JBl 2010/120; Reischauer in *Rummel*, ABGB Kommentar³, § 1313a, Rz. 8.

¹² Huber in *Schwimmann*, ABGB Taschenkommentar, § 1313a, Rz. 1.

¹³ Wiegand in Basler Kommentar, OR I Art. 101 N 5; Reischauer in *Rummel*, ABGB Kommentar³, § 1313a, Rz. 2 ff.

¹⁴ *Schwimmann*, ABGB Praxiskommentar, § 1313a, Rz. 4 ff.; Reischauer in *Rummel*³, § 1313a, Rz. 8.

¹⁵ Vgl. § 44 und 47 SchlTPGR (Art. 101 OR) und § 1313a öABGB.

¹⁶ Wiegand in Basler Kommentar, OR I, Art. 101 N 2.

¹⁷ BGE 116 II 519 ff.

¹⁸ Dittrich/Tades, ABGB (MTK)23 (2011) § 1313a; 10 Ob 119/07h.

¹⁹ BGE 114 II 70 ff.; weitere Beispiele: 8 CG.2004.63 in LES 2007, 208 (Heft 2), 9 C 130/99-47 in LES 2001, 139, 4 C 201/98-23 in LES 2000, 22 (Heft 1).

²⁰ Reischauer in *Rummel*, ABGB Kommentar³, § 1313a, Rz. 4c.

²¹ Reischauer in *Rummel*, ABGB Kommentar³, § 1313a, Rz. 4b.

²² Dittrich/Tades, ABGB (MTK)23 (2011) § 1313a S. 670; EvBl 2008/117,597; OGH 21.02.2008, 6 Ob 249/07x; OGH 16.09.2011, 2 Ob 66/11m; Für weitere Beispiele siehe: Reischauer in *Rummel*³, § 1313a Rz. 4 ff.

Dr. Matthias Niedermüller, Haftungsfragen bei fondsgebundenen Lebensversicherungen – Für welche Schäden haftet die Versicherung?

Die Anforderungen für die Einstufung einer Person als Gehilfe sind daher gering. Wie gezeigt, ist weder ein Vertragsverhältnis noch eine Abhängigkeit oder Weisungsbefugnis erforderlich und schadet auch eine vollständige Selbständigkeit nicht für die Einstufung einer Person als Gehilfe. Bestehende Vertragsverhältnisse und Weisungsbefugnisse können jedoch in jedem Fall Aufschluss darüber geben, wer wessen Gehilfe ist. Besonders bei der fondsgebundenen Lebensversicherung ergibt sich bereits aus den Vertragsverhältnissen, wer wessen Gehilfe bei der Leistungserbringung ist und wem das Verhalten zuzurechnen ist.

Nachfolgend sollen daher die Vertragsverhältnisse in Zusammenhang mit der fondsgebundenen Lebensversicherung dargestellt werden.

4. Vertragsverhältnisse bei fondsgebundener Lebensversicherung

Fondsgebundene Lebensversicherungen werden, wie erwähnt, gewöhnlich über Vermittler an den Versicherungskunden «verkauft». Die Vermittler werden dabei teils als Agenten für die Versicherungen tätig und teils als selbständige Makler. Für die Einstufung des Vermittlers als Gehilfe sind die oben genannten Kriterien massgeblich. Der Vermittler kann ohne weiteres als Gehilfe der Versicherung eingestuft werden, sofern die obigen Kriterien erfüllt sind. Dabei ist es offensichtlich unbeachtlich, ob der Vermittler in irgendeinem Abhängigkeits- oder Weisungsverhältnis zur Versicherung steht. Wird der Vermittler mit Willen der Versicherung bei der Erfüllung ihrer vertraglichen Verpflichtungen tätig, so wird er als Gehilfe der Versicherung anzusehen sein. Lediglich in den Fällen, in welchen ein Vermittler im Auftrag und Interesse des Versicherungsnehmers tätig wird, kann er als Gehilfe des Versicherungsnehmers angesehen werden.²³ Die Grenzziehung zwischen einem Makler oder einem Agenten ist dabei fließend und oftmals schwer vorzunehmen. Die Beurteilung, ob ein Vermittler als Agent oder als Makler angesehen wird, ist im Einzelfall vorzunehmen. Alleine die Bezeichnung als Makler oder Agent ist in keiner Weise massgeblich. Die genaue Darstellung der einzelnen Kriterien für eine Qualifikation als Agent oder Makler und für eine Zurechnung des Vermittlers zur Versicherung oder zum Versicherungsnehmer würde jedoch den Umfang gegenständlicher Ausführungen sprengen, weshalb mit dem Hinweis auf die Problematik das Auslangen gefunden werden soll und in der Folge diese Thematik nicht weiter erläutert wird.

Ohne Zweifel besteht jedoch nach dem Abschluss der fondsgebundenen Lebensversicherung zwischen dem Versiche-

rungskunden und der Lebensversicherung ein Vertrag über eine fondsgebundene Lebensversicherung. In diesem Vertrag ist vereinbart, dass der Versicherungsnehmer eine bestimmte Versicherungsprämie (sei es in Form einer Einmalprämie oder in Form mehrerer periodischer Prämien) bei der Versicherung einbezahlt und die Versicherung sich vertraglich zur Veranlagung in einer vom Versicherungsnehmer gewünschten Anlageform, Anlagestrategie oder in eine vom Versicherungsnehmer gewünschte konkrete Anlage verpflichtet. Dem Versicherungsnehmer steht gegenüber der Versicherung ein Anspruch auf Auszahlung des Werts der Versicherungspolice zum Zeitpunkt der Kündigung oder Ablauf der vereinbarten Zeit zu (Rückkaufwert). Wie oben erwähnt, sind sämtliche von der Versicherung zur Erfüllung dieses Versicherungsvertrages beigezogenen Personen als deren Gehilfen anzusehen.

Nach Eingang der Prämienzahlung eröffnet die Lebensversicherung in ihrem eigenen Namen für die jeweilige Versicherungspolice ein sogenanntes Policenkonto bei einer Depotbank. Das Policenkonto lautet dann auf den Namen der Versicherung und die Nummer der Lebensversicherungspolice. In der Folge bezahlt der Versicherungskunde die Prämien auf ein Konto der Versicherung oder direkt auf das eingerichtete Policenkonto ein. Die Versicherung ist Kundin der Depotbank und es besteht zwischen der Versicherung und der Depotbank ein Kontovertrag und meist auch ein Vertrag über ein Wertpapierdepot. Der Versicherungsnehmer selbst steht jedoch mit der Bank in keinerlei Vertragsverhältnis, lediglich die Versicherung ist Vertragspartnerin der Bank. Der Versicherungsnehmer hat auch keinerlei Zugriff auf das Policenkonto und erhält auch von der Depotbank keinerlei Auskünfte über die Veranlagung der Policenvermögen. Sämtliche diesbezüglichen Informationen und auch Kontobelege gehen ausschliesslich an die Versicherung als Vertragspartnerin der Depotbank. Da die Versicherung selbst nicht dazu befugt ist Gelder zu halten, muss sie sich hierbei einer Depotbank bedienen. Die Depotbank wird daher bei der Erfüllung des Versicherungsvertrages für die Versicherung tätig und ist zweifellos Gehilfin der Versicherung bei ihrem Angebot der fondsgebundenen Lebensversicherung.

Sollte beispielsweise eine Depotbank zahlungsunfähig werden oder in irgendeiner Weise die veranlagten Policenvermögen aufgrund von Handlungen der Bank bzw. deren Mitarbeiter verlustig gehen und wäre die Bank in der Folge nicht in

²³ JBl 2010, 119; Karollus/Kozioł, Aufklärungspflichten eines Lebensversicherers, ÖBA 2006, 263.

Dr. Matthias Niedermüller, Haftungsfragen bei fondsgebundenen Lebensversicherungen – Für welche Schäden haftet die Versicherung?

der Lage das Policenvermögen auszubezahlen, so ginge dies keineswegs zu Lasten des Versicherungskunden. Würde sich durch einen Fehler bei der Depotbank der Wert der Versicherungspolice verringern, so würde die Versicherung für diesen Fehler der Bank genauso haften, als ob sie die Verringerung des Werts der Police selbst verursacht hätte.

Nach Abschluss des Versicherungsvertrages beauftragt die Versicherung zudem einen Vermögensverwalter mit der Verwaltung des Policenvermögens. Die Versicherung schliesst dabei mit dem Vermögensverwalter gewöhnlich einen Vermögensverwaltungsvertrag ab. Nach Abschluss des Vermögensverwaltungsvertrages verwaltet der von der Versicherung beauftragte Vermögensverwalter im Namen der Versicherung das bei der Depotbank gehaltene Policenvermögen. Zu diesem Zweck erhält der Vermögensverwalter von der Versicherung zudem eine Verwaltungsvollmacht, welche es ihm erlaubt, das bei der Depotbank liegende Policenvermögen zu verwalten, also für die Versicherungspolice Wertpapiere zu kaufen, zu verkaufen und sonstige Geldanlagen zu tätigen. Die Verwaltung erfolgt dabei im Auftrag der Versicherung. Der Versicherer bedient sich also bei der Erfüllung des Vertrags der Leistungen des Vermögensverwalters. Der Versicherungskunde selbst steht jedoch mit dem Vermögensverwalter in keinerlei Vertragsverhältnis. Insbesondere hat der Versicherungskunde mit dem Vermögensverwalter keinerlei Vermögensverwaltungsvertrag abgeschlossen. Der Vermögensverwalter ist daher ausschliesslich Gehilfe der Versicherung bei der Erfüllung ihres Vertrags über eine fondsgebundene Lebensversicherung. Das gesamte Verhalten des Vermögensverwalters ist daher der Versicherung wie ihr eigenes Verhalten zuzurechnen.

Gewöhnlich erhält der Versicherungskunde auch vom Vermögensverwalter keinerlei Informationen über die Veranlagung des Policenvermögens. Vielmehr erhält der Versicherungskunde von der Lebensversicherung als seine Vertragspartnerin periodische Auskünfte über den aktuellen Wert der Versicherungspolice. Auf dieser Auskunft ist jedoch lediglich der aktuelle Wert der Versicherungspolice ersichtlich. Kontoauszüge des Policenkontos oder ähnliche detaillierte Informationen erhält der Versicherte gewöhnlich nicht.

Der Vermögensverwalter hat bei der Veranlagung des Policenvermögens die im Versicherungsvertrag zwischen Versicherung und Versicherungskunden vereinbarte Anlage einzuhalten. Er muss als Gehilfe der Versicherung das Policenvermögen entsprechend der vertraglich zwischen der Versicherung und dem Versicherungsnehmer vereinbarten Anlagestrategie veranlagen und haftet der Versicherung gegenüber dafür. Hat sich ein Ver-

sicherungskunde beispielsweise für eine sichere konservative Anlage entschieden, so darf der Vermögensverwalter lediglich sichere und konservative Anlageprodukte kaufen. Hat der Versicherungsnehmer eine bestimmte konkrete Anlage ausgewählt, so muss der Vermögensverwalter sich bei der Veranlagung des Policenvermögens an diese Wahl halten. Selbstverständlich gilt beim Vermögensverwalter zudem für sämtliche seiner Tätigkeiten der erhöhte Sorgfaltspflichtenmassstab des § 1299 ABGB.

Hält sich der Vermögensverwalter nicht an die zwischen der Versicherung und dem Versicherungsnehmer vereinbarte Art der Veranlagung, so liegt bereits ein vertragswidriges Verhalten vor, welches der Versicherung zuzurechnen ist. Verringert sich durch diese vertragswidrige Veranlagung der Wert der Versicherungspolice, so entsteht dem Versicherungskunden ein Schaden. Der Kunde hat zum Zeitpunkt der Kündigung oder zum Ende der Vertragslaufzeit gegenüber der Versicherung einen Anspruch auf Auszahlung des Betrages, welcher dem Wert der Versicherungspolice bei korrekter vertragsgemässer Veranlagung entsprochen hätte.

Dies soll anhand eines Beispiels erläutert werden: Hat der Anfangswert der Police 1000 betragen und sich der Wert der Police beispielsweise durch eine Vermögensverwaltung, welche nicht dem vereinbarten Vertrag entsprochen hat, auf 700 verringert, so ist dies der Betrag, welchen die Versicherung im Falle der Kündigung gewöhnlich zur Auszahlung bringen wird. Hätte der Wert der Versicherungspolice jedoch bei korrekter und vertragskonformer Veranlagung zum gleichen Zeitpunkt 1100 betragen, so hat der Versicherungsnehmer gegenüber der Versicherung auch einen Anspruch auf Auszahlung des vollen Betrages von 1100 und nicht nur den tatsächlich vorhandenen Betrag von 700. Zahlt die Versicherung nur den tatsächlich vorhandenen Betrag von 700 aus, so kann der Versicherungsnehmer den verbleibenden Differenzbetrag von 400 gegenüber der Versicherung geltend machen. Denn der Versicherungsnehmer hat gegenüber der Versicherung Anspruch auf Auszahlung desjenigen Betrages, welcher bei vertragskonformer Veranlagung bei Kündigung bzw. Ende der Laufzeit zur Auszahlung gelangt wäre. Dies wäre in gegenständlichem Beispiel eben 1100.

Die Versicherung wiederum kann sich nach Bezahlung des vollen Betrages von 1100 bei ihrem Gehilfen für den Schaden (hier 400) regressieren, welcher ihr durch die Handlungen des Gehilfen entstanden ist. Der Gehilfe haftet dabei lediglich der Versicherung aus dem zwischen ihm und der Versicherung bestehenden Vertragsverhältnis. Gegenüber dem Versicherungsnehmer haftet der Gehilfe jedoch nicht aus Vertrag, sondern nur dann, wenn seine schädigenden Handlungen als Delikt zu

Dr. Hermann Böckle, Daniel Tschikof, Eigentümerähnliche Stellung des Stifters in der liechtensteinischen Stiftung

werten sind. Ist dies der Fall, so haften dem Versicherungsnehmer sohin sowohl die Versicherung als auch der Gehilfe solidarisch.²⁴

Hat jedoch der Vermögensverwalter das Vermögen korrekt gemäss der vereinbarten Anlage und unter Einhaltung aller Sorgfaltspflichten veranlagt und hat sich der Wert der Police ungeachtet dessen von anfänglich 1000 durch Kursschwankungen auf 800 verringert, so hat der Versicherungsnehmer gegenüber der Versicherung lediglich einen Anspruch auf Auszahlung der 800.

Massgeblich ist sohin, ob der zwischen der Versicherung und dem Versicherungsnehmer abgeschlossenen Versicherungsvertrag eingehalten wurde oder nicht. Denn auch das Verhalten eines jeden Gehilfen, insbesondere sämtliche von ihm begangenen Vertragsverletzungen, werden der Versicherung vollumfänglich wie eigenes Verhalten zugerechnet.

Zusammenfassend ist sohin festzuhalten, dass im Falle der fondsgebundenen Lebensversicherung gewöhnlich die Versi-

cherung der einzige Vertragspartner des Versicherungsnehmers ist. Die anderen beteiligten Personen, seien dies nun natürliche Personen oder Gesellschaften, sind gewöhnlich als Gehilfen der Lebensversicherung anzusehen, welcher sich die Versicherung zum Angebot und zur Erfüllung ihres Vertrages bedient. Wie gezeigt, ist die Konsequenz daraus, dass die Versicherung auch für sämtliche Handlungen ihrer Gehilfen genauso wie für ihr eigenes Verhalten einzustehen hat.

Der Versicherungsnehmer wird daher im Schadensfall sämtliche seiner Ansprüche ausschliesslich gegenüber der Versicherung geltend zu machen haben. Die unmittelbare Geltendmachung von Ansprüchen gegenüber einem Gehilfen ist jedoch weder richtig noch zielführend, da dieser dem Versicherungsnehmer nicht vertraglich, sondern lediglich deliktisch haften würde. Der Nachweis einer deliktischen Schädigung hingegen wird oft nicht leichthin möglich sein.

²⁴ *Reischauer* in Rummel. ABGB-Kommentar³, § 1313a, Rz. 14.

Eigentümerähnliche Stellung des Stifters in der liechtensteinischen Stiftung

Dr. Hermann Böckle, Rechtsanwalt, Schaan
Daniel Tschikof, LL.M., Rechtsanwalt, Ospelt & Partner, Schaan¹

In diesem Artikel wird darzutun versucht, wann bei einer Stiftung nach liechtensteinischem Recht von einer eigentümerähnlichen Stellung des Stifters zu sprechen sein wird. Nicht näher untersucht werden hier allfällige Möglichkeiten der Anfechtung des Übertragungsvorganges des Eigentums von körperlichen Sachen bzw. der Rechtszuständigkeit hinsichtlich von Forderungen auf die Stiftung. Hinsichtlich der Stiftung stellt dieser Artikel auf das mit LGBl. 2008 Nr. 220 neu geregelte Stiftungsrecht, das am 1. April 2009 in Kraft trat, ab.²

1. Inhalt des Eigentums

Die Gewährleistung des Eigentumsrechts ist als Grundrecht in der Landesverfassung³ in Art. 34 LV, festgehalten worden.

¹ *Dr. Hermann Böckle* ist selbständiger Rechtsanwalt in Schaan; *Daniel Tschikof*, LL.M., ist Rechtsanwalt und Partner bei Ospelt & Partner Rechtsanwält AG in Schaan.

² Das neue Stiftungsrecht ist mit Gesetz vom 26.06.2008 über die Abänderung des Personen- und Gesellschaftsrechts (LGBl 2008 Nr. 220) am 01.04.2009 in Kraft getreten. Von den in Art 1 Abs 4 genannten Normen abgesehen kommt altes Recht für «alte Stiftungen» und neues Recht für «neue Stiftungen» zur Anwendung, siehe auch LES 2010, 7 sowie LES 2010, 84 bzw. *Schauer*, Grundelemente des neuen Stiftungsrechts, PSR 2009, Seite 32.

³ Verfassung des Fürstentums Liechtenstein vom 05.10.1921, LGBl. 1921 Nr. 15.

Dr. Hermann Böckle, Daniel Tschikof, Eigentümerähnliche Stellung des Stifters in der liechtensteinischen Stiftung

Art. 20 des liechtensteinischen Sachenrechtes,⁴ welches eine Rezeption⁵ des schweizerischen Sachenrechtes (ZGB⁶) darstellt, lautet konkreter wie folgt:

- 1) *Wer Eigentümer einer Sache ist, kann in den Schranken der Rechtsordnung über sie nach seinem Belieben verfügen.*
- 2) *Er hat das Recht, sie von jedem, der sie ihm vorenthält, herauszuverlangen und jede ungerechtfertigte Einwirkung abzuwehren.*

In den gesetzlichen Bestimmungen des Sachenrechts findet sich nirgends eine Legaldefinition des Eigentums, weshalb der Begriff aus der gesamten Rechtsordnung ermittelt werden muss. Eigentum ist «...jenes Recht, welches seinem Träger die umfassende und ausschliessliche Herrschaft über eine Sache einräumt.»⁷

Der Eigentümer einer Sache hat somit das Recht, diese Sache zu veräussern, sie zu verschenken aber auch das Recht sein Recht auf Eigentum aufzugeben oder die Sache zu zerstören. All dies innerhalb allfälliger Schranken der Rechtsordnung.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das Eigentumsrecht ein dingliches, ein absolutes gegenüber jedermann ist. Verkürzt kann das Eigentumsrecht auch als Vollrecht definiert werden, da niemand mehr Rechte an einer Sache haben kann, als der Eigentümer selbst.

2. Begriff der Stiftung

Art. 552 § 1 des Personen- und Gesellschaftsrechts⁸ normiert diesbezüglich wie folgt:

«Eine Stiftung im Sinne dieses Abschnittes ist ein rechtlich und wirtschaftlich verselbständigtes Zweckvermögen, welches als Verbandsperson (juristische Person) durch die einseitige Willenserklärung des Stifters errichtet wird. Der Stifter widmet das bestimmt bezeichnete Stiftungsvermögen und legt den unmittelbar nach aussen gerichteten, bestimmt bezeichneten Stiftungszweck sowie Begünstigte fest.»

Gemäss Art. 552 § 4 PGR können eine oder mehrere natürliche oder juristische Personen Stifter sein. Die Errichtung der Stiftung erfolgt gemäss Art. 552 § 14 PGR durch eine Stiftungserklärung. Sie bedarf der Schriftform und der Beglaubigung der Unterschriften der/des Stifters(s). Das Mindestkapital der Stiftung beträgt gemäss Art. 552 § 13 Abs. 2 PGR 30.000 Schweizer Franken, EURO oder US-Dollar. Weitere Vermögenszuwendungen an die Stiftung durch den Stifter sind Nachstiftungen⁹,

durch einen Dritten Zustiftungen¹⁰, wobei letzterer nicht die Stellung eines Stifters erlangt (siehe Art. 552 § 13 Abs. 3 PGR). Bei der Eintragung der Stiftung ins Öffentlichkeitsregister (siehe hierzu näher Art. 552 § 19 PGR) oder der Erstattung der Gründungsanzeige (siehe hierzu näher Art. 552 § 20 PGR) ist vom Stiftungsrat bzw. einem in Liechtenstein zugelassenen Rechtsanwalt, Treuhänder oder Träger einer Berechtigung nach Art. 180a PGR zu bestätigen, dass sich das gesetzliche Mindestkapital in der freien Verfügung der Stiftung befindet.

3. Rechte und Pflichten des Stiftungsrates

Der Stiftungsrat ist ein Organ der Stiftung und besteht aus mindestens zwei Mitgliedern. Juristische Personen können Mitglieder des Stiftungsrates sein. Der Stiftungsrat führt die Geschäfte der Stiftung und vertritt diese. Er ist unter Beachtung der Bestimmungen in den Stiftungsdokumenten für die Erfüllung des Stiftungszwecks verantwortlich. (Art. 552 § 24 PGR.) Der Stiftungsrat verwaltet das Stiftungsvermögen unter Beachtung des Stifterwillens entsprechend dem Zweck der Stiftung nach den Grundsätzen einer guten Geschäftsführung (Art. 552 § 25 PGR.).

Aus diesen vorgenannten Bestimmungen ergibt sich zweifelsfrei, dass der Stiftungsrat und nicht etwa der Stifter für die Verwaltung des Stiftungsvermögens und der Verwendung desselben entsprechend dem Stiftungszweck zuständig ist. Hieran ändert sich selbst dann nichts, wenn der Stifter Mitglied des Stiftungsrates ist oder die Mitglieder des Stiftungsrates aufgrund eines sogenannten Mandatsvertrages Weisungen des Stifters zu befolgen haben. Der Stifter vermag weder durch eigenes Handeln noch durch Erteilung von Weisungen an Mitglieder des Stiftungsrates organisations- oder vermögensrelevante Handlungen des Stiftungsrates zu rechtfertigen, die keine Deckung im Stiftungszweck oder in den Stiftungsstatuten oder

⁴ Sachenrecht vom 31.12.1922, LGBl. 1923 Nr. 4, kurz SR.

⁵ Siehe OGH, Entscheidung vom 05.02.2009 zu 3 CG.2007.275, E. 8.1; relevant aber auch OGH, Entscheidung vom 06.05.2004 zu 10 Cg 2001.406-48.

⁶ Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10.12.1907, SR-Nummer 210.

⁷ Jörg Schmid/Bettina Hürlimann-Kaup, Sachenrecht, S. 135, Rz. 653, 2. Aufl. Schulthess Verlag, Zürich 2003.

⁸ Personen- und Gesellschaftsrecht vom 20.01.1926, LGBl. 1926 Nr. 4, kurz PGR.

⁹ Siehe dazu Art. 552 § 13 Abs. 2 PGR bzw. OGH Entscheidung vom 07.03.2002 zu 1 Cg 145/99-74.

¹⁰ Siehe Art. 552 § 13 Abs. 3 PGR bzw. StGH, Urteil vom 26.05.2008 zu StGH 2007/94 sowie OGH, Entscheidung vom 05.07.2007 zu 6 CG.2004.93.

Dr. Hermann Böckle, Daniel Tschikof, Eigentümerähnliche Stellung des Stifters in der liechtensteinischen Stiftung

einer Stiftungszusatzurkunde oder in Stiftungsreglementen aufgestellten Bedingungen Deckung finden.

Zu den wesentlichen Aufgaben des Stiftungsrates zählen neben der Verwaltung des Stiftungsvermögens insbesondere die Überprüfung der Verfügbarkeit des Mindestkapitals der Stiftung vor der Beantragung der Eintragung der Stiftung ins Öffentlichkeitsregister bzw. der Hinterlegung der Gründungsanzeige bei vorgenannter Behörde sowie die Einforderung des wann und von wem immer der Stiftung gewidmeten Vermögens (Art. 552 § 25 f. PGR). Ferner hat der Stiftungsrat einen rechtsgültigen Auflösungsbeschluss zu fassen, sobald ein der in Art. 552 § 39 Abs. 2 PGR genannter Auflösungsgrund vorliegt. Einer dieser Auflösungsgründe ist dann gegeben, wenn dem Stiftungsrat ein zulässiger Widerruf des Stifters zugegangen ist. In der Folge hat der Stiftungsrat die Liquidation der Stiftung gemäss den Bestimmungen des Art. 552 § 40 PGR vorzunehmen und das verbleibende Vermögen an den Letztbegünstigten (Art. 552 § 8 PGR) auszuschütten.

Dem Stiftungsrat kommt ferner das Recht einer begrenzten Änderung des Stiftungszwecks zu (Art. 552 § 31 PGR). Dies vor allem, wenn der Zweck unerreichbar, unerlaubt oder vernunftwidrig geworden ist. Gleichfalls kommt dem Stiftungsrat auch das eingeschränkte Recht zur Änderung anderer Inhalte der Stiftungsurkunde wie insbesondere der Organisation unter Wahrung des Stiftungszwecks zu (Art. 552 § 32 PGR), sowie das Recht auf Erlassung von Reglementen zur weiteren Ausführung der Stiftungsurkunde (Statuten) oder der Stiftungszusatzurkunde (Art. 552 §§ 16 und 17 PGR) zu. Dies alles allerdings nur dann, wenn diese Rechte dem Stiftungsrat in der Stiftungsurkunde (Art. 552 § 16 Abs. 2 PGR) vorbehalten worden sind.

Ist der Stifter Mitglied des Stiftungsrates, so kommen ihm in dieser Funktion keine weitergehenden Befugnisse wie den übrigen Mitgliedern des Stiftungsrates zu.

4. Der Stiftungszweck

In Art. 552 § 2 PGR wird der Stiftungszweck in gemeinnützige und privatnützige Zwecke unterteilt und weiter definiert, dass es sich bei einer privatnützigen Stiftung um eine solche handelt, die nach der Stiftungserklärung ganz oder überwiegend privaten oder eigennützigen Zwecken zu dienen bestimmt ist. Zum Stiftungszweck wird im Bericht und Antrag Nr. 13/2008¹¹ auf S. 42 wie folgt ausgeführt:

«Der Stiftungszweck muss <nach aussen> gerichtet sein. Damit soll ausgedrückt werden, dass eine reine Selbstzweck-

stiftung – also eine Stiftung, die ausschliesslich Vermögen verwaltet und Gewinne dauerhaft thesauriert, ohne sie jemals auszuschütten – nicht zulässig ist. Dagegen soll eine Stiftung mit <voraussetzungslosen> Ausschüttungen – also eine Stiftung, die Ausschüttungen vornimmt, ohne dass bei den Begünstigten eine spezifische Bedarfssituation besteht – weiterhin möglich sein. Eine solche Stiftung wird freilich stets privatnützigen Charakter (§ 2 Abs. 3) haben.»

Bei Befassung mit der Frage, ob eine eigentümerähnliche Stellung des Stifters vorliegt, werden besonders der privatnützige Stiftungszweck und dort vor allem der eigennützige Stiftungszweck näher zu betrachten sein. Das liechtensteinische Stiftungsrecht lässt jedenfalls zu, dass eine Stiftung errichtet wird, deren Zweck voraussetzungslose Ausschüttungen an einen Begünstigten zulässt. Somit ist es rechtlich zulässig, eine Stiftung zu errichten, die Ausschüttungen an den Stifter, dem zulässigerweise die Stellung eines Begünstigten eingeräumt wurde, vornimmt, ohne dass bei diesem eine spezifische Bedarfssituation besteht.

5. Die Stiftungsbegünstigten

Art. 552 § 5 PGR definiert den Begriff des Begünstigten wie folgt:

- 1) *Als Begünstigter gilt diejenige natürliche oder juristische Person, die mit oder ohne Gegenleistung tatsächlich, unbedingt oder unter bestimmten Voraussetzungen oder Auflagen, befristet oder unbefristet, beschränkt oder unbeschränkt, widerruflich oder unwiderruflich, zu irgendeinem Zeitpunkt während des Rechtsbestands der Stiftung oder bei ihrer Beendigung in den Genuss eines wirtschaftlichen Vorteils aus der Stiftung (Begünstigung) kommt oder kommen kann.*
- 2) *Begünstigte im Sinne von Abs. 1 sind:*
 1. *die Begünstigungsberechtigten (§ 6 Abs. 1);*
 2. *die Anwartschaftsberechtigten (§ 6 Abs. 2);*
 3. *die Ermessensbegünstigten (§ 7); und*
 4. *die Letztbegünstigten (§ 8).*

Wie bereits oben ausgeführt, ist es im liechtensteinischen Stiftungsrecht zulässig, dass auch der Stifter selbst Begünstigter

¹¹ Bericht und Antrag der Regierung an den Landtag des Fürstentums Liechtenstein betreffend die Totalrevision des Stiftungsrechts, BuA Nr. 13/2008.

Dr. Hermann Böckle, Daniel Tschikof, Eigentümerähnliche Stellung des Stifters in der liechtensteinischen Stiftung

der Stiftung ist. In der Stiftungsurkunde (Statut) muss, wie Art. 552 § 16 Ziff. 4 PGR bestimmt, zwingend der Stiftungszweck einschliesslich der nach objektiven Merkmalen individualisierenden Begünstigten oder des Begünstigtenkreises, sofern es sich nicht um eine gemeinnützige Stiftung handelt oder die Begünstigten sich sonst nicht aus dem Stiftungszweck ergeben, enthalten sein, sofern statt dessen nicht ausdrücklich auf die Stiftungszusatzurkunde verwiesen wird, welche dies regelt. Spätestens bei Hinterlegung der Gründungsanzeige beim Öffentlichkeitsregisteramt ist die Bestätigung beizufügen, dass die Bezeichnung der Begünstigten entsprechend den vorgeannten Merkmalen durch den Stifter erfolgt ist.

Welche Position dem Stifter hinsichtlich des Stiftungsvermögens zukommt, hängt wie zuvor dargelegt, somit vor allem davon ab, ob er selbst Begünstigter der von ihm errichteten Stiftung ist und welche Stellung er als Stifter sich selbst oder den anderen Begünstigten im Stiftungsstatut bzw. der Stiftungszusatzurkunde eingeräumt hat.

Ist im Stiftungsstatut bzw. in der Stiftungszusatzurkunde vorgesehen, dass das Stiftungsvermögen *voraussetzungslos* und *jederzeit in vollem Umfange* an den als Begünstigten eingesetzten Stifter ausgeschüttet werden kann, spricht wohl einiges dafür, dass der Stifter hinsichtlich des Stiftungsvermögens nach wie vor eine eigentümerähnliche Stellung innehat.

Aber selbst in diesem Extremfall kann dies nicht uneingeschränkt bejaht werden. Das liechtensteinische Stiftungsrecht unterscheidet bei den Stiftungsbegünstigten zwischen Begünstigungsberechtigten, Anwartschaftsberechtigten, Ermessensbegünstigten und Letztbegünstigten (Art. 552 § 5 Abs. 2 PGR). Begünstigungsberechtigter ist nur derjenige, der einen sich auf die Stiftungsurkunde, die Stiftungszusatzurkunde oder Reglemente gründenden rechtlichen Anspruch auf einen auch der Höhe nach bestimmten oder bestimmbaren Vorteil aus dem Stiftungsvermögen oder den Stiftungserträgen hat (Art. 552 § 6 PGR).

Anwartschaftsberechtigter ist derjenige, der nach Eintritt einer aufschiebenden Bedingung oder bei Erreichung eines Termins, insbesondere bei Wegfall eines im Rang vorgehenden Begünstigten, einen rechtlichen Anspruch hat aufgrund der Stiftungsurkunde, der Stiftungszusatzurkunde oder eines Reglements eine Begünstigungsberechtigung zu erlangen (Art. 552 § 6 Abs. 2 PGR).

Ermessensbegünstigter (Begünstigter ohne Rechtsanspruch) ist derjenige, der dem durch den Stifter benannten Begünstigten

kreis angehört und dessen mögliche Begünstigung in das Ermessen des Stiftungsrates oder einer anderen dazu berufenen Stelle gestellt ist. Ein rechtlicher Anspruch des Ermessenbegünstigten auf einen bestimmten Vorteil aus dem Stiftungsvermögen oder den Stiftungserträgen entsteht in jedem Fall erst mit gültiger Beschlussfassung des Stiftungsrates oder des sonst dafür zuständigen Organs über eine tatsächliche Ausschüttung an den entsprechenden Ermessensbegünstigten und erlischt mit Empfang derselben (Art. 552 § 7 und § 28 PGR).

Für den hier zu untersuchenden Fall der eigentümerähnlichen Stellung des Stifters ist von entscheidender Bedeutung, ob eine Ausschüttung des Stiftungsvermögens an ihn lediglich ein rechtliches Dürfen oder ein rechtliches Müssen für die entscheidenden Stiftungsorgane beinhaltet. In den jüngsten Entscheidungen des Fürstlich Obersten Gerichtshofes (OGH)¹² hat dieser für eine Begünstigungsberechtigung stets zusätzlich gefordert, dass hinsichtlich des entsprechenden Anspruches nicht nur die Höhe sondern auch der Zeitpunkt feststehen müsse, ansonsten liege lediglich eine Ermessenbegünstigung vor. Zudem stelle, so der OGH, eine Totalausschüttung des Stiftungsvermögens an einen Begünstigten ohne Vorliegen eines vorbehaltenen und rechtlich gültig ausgeübten Widerrufsrechtes eine Umgehung dieser Bestimmung dar und sei daher unzulässig.¹³

Jedenfalls unterscheidet sich eine solche Vorgangsweise wesentlich von der Ausübung eines gültig vorbehaltenen Widerrufs. Hierzu wird noch später näher Stellung bezogen.

Ist der Beschluss des Stiftungsrates oder eines sonstigen Organes für die Ausschüttung des Stiftungsvermögens an den Stifter erforderlich, so mangelt es dem Stifter jedenfalls an einer eigentümerähnlichen Stellung hinsichtlich des Stiftungsvermögens, sofern er nicht in der Lage ist, seine diesbezüglichen Ansprüche gegenüber der Stiftung jederzeit rechtsverbindlich durchzusetzen. Aber selbst wenn dies der Fall sein sollte, unterscheidet sich seine Stellung von der eines Eigentümers gemäss Art. 20 SR. Das Recht über die entsprechende Sache im Sinne der sachenrechtlichen Bestimmung zu verfügen, steht ausschliesslich der Stiftung zu. Der Stifter als Begünstigter der Stiftung kann nicht mit einer Eigentumsklage gegen die Stif-

¹² OGH, Entscheidung vom 02.08.2011 zu 10 CG.2010.221; OGH, Entscheidung vom 07.01.2009 zu 1 CG.2006.303 (veröffentlicht in LES 2009, 202); OGH, Entscheidung vom 06.03.2008 zu 1 CG.2006.71 (veröffentlicht in LES 2008, 279; siehe zudem LES 2004, 67 und LES 2002, 94).

¹³ OGH, Entscheidung vom 06.03.2008 zu 6 CG.2005.232 (veröffentlicht in LES 2008, 354).

Dr. Hermann Böckle, Daniel Tschikof, Eigentümerähnliche Stellung des Stifters in der liechtensteinischen Stiftung

tion vorgehen. Um das Stiftungsvermögen zu erhalten muss er zuerst eine Entscheidung hinsichtlich seines Anspruches auf das Stiftungsvermögen als Begünstigter gerichtlich durchsetzen und erst, wenn dies erfolgreich erwirkt wurde, kann er eine Leistungsklage gegen die Stiftung einbringen. Ein Zugriff auf das Stiftungsvermögen vermittels einer Eigentumsklage ist ihm selbst dann verwehrt.

Überall dort, wo gemäss den Stiftungsdokumenten keine voraussetzungslose Ausschüttungen erfolgen dürfen, sondern jeweils zuvor die entsprechende Bedarfssituation zu ermitteln ist, scheint das Vorliegen einer eigentümerähnlichen Stellung des Stifters von vornherein ausgeschlossen. Ebenso mangelt es an einer solchen Stellung des Stifters selbst dann, wenn er auf die blosser Verwaltung des Stiftungsvermögens, sei es durch entsprechende Regelungen direkt, sei es durch Mitwirkung als Mitglied des Stiftungsrates, sei es durch Einrichtung von Organen nach Art. 552 § 28 PGR oder durch Weisungen via Mandatsverträge an die Entscheidungsträger der Stiftung massgeblichen Einfluss nimmt. Es ist wohl das selbstverständliche Recht des Stifters, Vorsorge zu treffen, dass die Verwaltung des Stiftungsvermögens nach seinen Intentionen und bestmöglich erfolgt. Es kann zudem im ureigensten und besten Interesse der Stiftung sein, das Stiftungsvermögen durch den Stifter verwalten zu lassen, sofern dieser über allenfalls notwendige Spezialkenntnisse oder besondere Fähigkeiten verfügt, diesfalls muss jedoch der Stiftungsrat seine Kontrollfunktion umfassend wahrnehmen.

6. Rechte und Pflichten des Stifters

Die Pflichten des Stifters begrenzen sich, sofern er sich keine weiteren Rechte vorbehält und keinerlei Organfunktionen übernimmt, auf die (eigentumsrechtliche) Übertragung des von ihm der Stiftung gewidmeten Vermögens auf die Stiftung. Übernimmt der Stifter selbst Funktionen in einem Stiftungsorgan, dann richten sich seine Pflichten nach den Verpflichtungen, die den sonstigen Organwaltern diesbezüglich zukommen.

Hinsichtlich der Rechte des Stifters gilt als Leitsatz, dass der Stifter nach Vollzug des Errichtungsaktes der Stiftung diese in die Hand der im Stiftungserrichtungsakt festgelegten Organe übergibt. Der Stifter selbst, sofern er sich keine weiteren Rechte bei der Stiftungserrichtung vorbehalten hat, ist gemäss Art. 552 § 3 Ziff. 1 PGR lediglich noch Stiftungsbeteiligter. Als solchem steht ihm, wie jedem anderen Stiftungsbeteiligten, das Recht gemäss den Bestimmungen des Art. 552 § 29 Abs. 4 PGR zu, die Hilfe des Richters in Anspruch zu nehmen, wenn

eine dem Stiftungszweck widersprechende Verwaltung und Verwendung des Stiftungsvermögens durch die Organe der Stiftung erfolgt. Der Stifter kann auch wie jeder andere Stiftungsbeteiligte gemäss den Bestimmungen des Art. 552 § 35 PGR beim Richter Schutzmassnahmen zu Gunsten der Stiftung nach den Bestimmungen Art. 552 §§ 33 und 34 beantragen.

Der Stifter kann allerdings auch sich selbst zum Mitglied des Stiftungsrates oder eines weiteren Organes nach Art. 552 § 28 PGR bestellen und alle Rechte wahrnehmen, die im Stiftungserrichtungsakt, im Gesetz und/oder in den Statuten und Reglementen dem jeweiligen Organ übertragen worden sind. In diesem Fall übt der Stifter jedoch diese Rechte nicht als Stifter sondern vielmehr als Organwalter dieser Organe aus. Ihm kommen diesbezüglich auch keine weiteren Rechte als anderen Organwaltern in diesen Organen zu. Allerdings treffen den Stifter dann auch die Pflichten, die von den Organwaltern dieser Organe zu beachten sind.

Eine völlig andere Situation liegt vor, wenn sich der Stifter in der Stiftungsurkunde das Recht zum Widerruf der Stiftung und oder das Recht zur Änderung der Stiftungsurkunde nach Art. 552 § 30 PGR vorbehalten hat.¹⁴ Das Widerrufs- und Abänderungsrecht sind höchstpersönliche Rechte des Stifters. Diese Rechte können weder abgetreten noch vererbt werden.¹⁵ Einer juristischen Person als Stifterin können diese Rechte nicht vorbehalten werden.¹⁶ Ein vom Stifter rechtsgültig vorgenommener Widerruf verpflichtet den Stiftungsrat der Stiftung nach Zugang des Widerrufs zur Fassung eines Auflösungsbeschlusses, welcher zur Liquidation und Beendigung der Stiftung nach den Bestimmungen des Art. 552 § 40 PGR führt. Hieraus folgt wohl zwingend, dass der vom Stifter rechtsgültig vorgenommene Widerruf der Stiftung hinsichtlich des Stiftungsvermögens nur die Wirkung ex nunc entfaltet und der Letztbegünstigte nur das nach der Liquidation verbleibende Vermögen erhält. Ist bezüglich der Vermögensverwendung im Falle des Widerrufs durch den Stifter keine Regelung getroffen worden, so gilt der Stifter als Letztbegünstigter (Art. 552 § 8 Abs. 3 PGR).

¹⁴ Zum Unterschied des Widerrufs der Stiftungserklärung vor rechtsgültiger Entstehung der Stiftung nach Art. 552 § 22 PGR handelt es sich hier um den Widerruf der rechtsgültig entstandenen Stiftung.

¹⁵ Siehe OGH, Entscheidung vom 06.12.2001 zu 1 Cg 378/99-50, veröffentlicht in LES 2002, 41 sowie OGH, Entscheidung vom 05.01.2009 zu 10 CG.2005.300.

¹⁶ Art. 552 § 30 Abs. 2 PGR.

Dr. Hermann Böckle, Daniel Tschikof, Eigentümerähnliche Stellung des Stifters in der liechtensteinischen Stiftung

Diese zuletzt genannte, sehr folgenschwere Bestimmung fand bislang in der Lehre wenig Beachtung. Ist nämlich im Falle des vorbehaltenen Widerrufs der Stiftung durch den Stifter gleichzeitig die Regelung getroffen worden, dass das nach der Liquidation verbleibende Stiftungsvermögen nicht dem Stifter sondern einem Dritten zufallen soll, wird wohl kaum die Ansicht aufrechterhalten bleiben können, dass dem Stifter allein wegen dieses Vorbehaltes eine eigentümerähnliche Stellung hinsichtlich des Stiftungsvermögens zukommt. Ebenso wenig wird in diesem Fall wegen des vorbehaltenen Widerrufs wohl kaum von Gläubigern auf das Stiftungsvermögen im Exekutionswege zugegriffen werden können. Es wird somit bei Errichtung der Stiftung zweckmässig sein, sich mit dieser Gegebenheit und der sich daraus ergebenden Möglichkeiten eingehend zu befassen. Durch eine entsprechend gut durchdachte Vorgangsweise wird man hier einerseits einen Weg beschreiten können, der dem Stifter die Möglichkeit eröffnet, auf den Weiterbestand der Stiftung Zeit seines Lebens gestaltend eingreifen zu können, ohne dass er andererseits hierdurch gleichzeitig Gefahr läuft, dem Vorwurf ausgesetzt zu sein, er hätte sich trotz Übertragung seines Vermögens auf die Stiftung eine eigentümerähnliche Stellung vorbehalten.

Das in der Stiftungsurkunde vom Stifter sich vorbehaltene Recht zur Änderung der Stiftungserklärung bedarf einer besonderen Analyse. Hierbei handelt es sich ebenfalls um ein höchstpersönliches Recht des Stifters. Selbst wenn die Stiftung über Zwischenschaltung einer indirekten Stellvertretung gegründet wird, fällt dieses Änderungsrecht wie auch das Recht zum Widerruf direkt beim Stifter an.¹⁷ Diese Rechte bedürfen hierfür keines Übertragungsaktes. Diese etwas ungewöhnliche Norm wird verständlich, wenn gleichzeitig die Bestimmung des Art. 552 § 4 Abs. 3 PGR näher betrachtet wird. Dort ist ebenfalls normiert, dass bei Errichtung der Stiftung durch einen indirekten Stellvertreter, der Geschäftsherr (Machtgeber) desselben als Stifter gilt.

Beim Recht zur Änderung der Stiftungserklärung handelt es sich jedenfalls um ein aliud in Bezug auf das Recht zum Widerruf der Stiftung. Die ergibt sich aus dem Wortlaut des Normtextes des Art. 552 § 30 Abs. 1 PGR, wo klar formuliert ist, dass sich der Stifter das Recht zum Widerruf der Stiftung **oder** das Recht zur Änderung der Stiftungserklärung vorbehalten kann. Dies deutet prima facie jedenfalls darauf hin, dass der Gesetzgeber dem Stifter die Wahl überlässt, welche der beiden Möglichkeiten er für sich in Anspruch nehmen will. Auch bei einer teleologischen Interpretation dieser Bestimmung gelangt man zu diesem Ergebnis. Beide, dem Stifter eingeräumte Möglichkeiten durchbrechen das der Stiftung immanente Erstarrungsprinzip.¹⁸

Es liegt daher nahe, dass der Gesetzgeber eine Durchbrechung dieses Grundsatzes nur eingeschränkt zulässig machen wollte. Im Bericht und Antrag Nr. 13/2008¹⁹ ist jedenfalls kein Hinweis enthalten, dass beide vorgenannten Rechte vom Stifter gleichzeitig in Anspruch genommen werden können. Geht man von dieser Prämisse aus, ergibt sich zwangsläufig, dass das vorbehaltene Widerrufsrecht nicht auch das Änderungsrecht und das Änderungsrecht nicht auch das Widerrufsrecht inkludiert. Diese hier vertretene Auffassung wird auch durch die Bestimmung des Art. 552 § 10 Abs. 1 PGR gestützt. Dort ist normiert, dass dem Begünstigten die Auskunfts- und Informationsrechte nach Art. 552 § 9 PGR nicht zukommen, wenn sich der Stifter das Widerrufsrecht vorbehalten hat und er selbst Letztbegünstigter ist. Diese Beschränkung der Rechte des Begünstigten tritt beim vorbehaltenen Änderungsrecht nicht ein.

Das dem Stifter vorbehaltene Änderungsrecht umfasst wohl ohne jeden Zweifel Änderungsrechte, die nach den Bestimmungen der Art. 552 §§ 31 und 32 dem Stiftungsrat eingeräumt werden können. Andererseits ist das Recht zum Widerruf der Stiftung nicht Inhalt des Änderungsrechts. Dies bewirkt jedoch auch, dass das Änderungsrecht nicht dermassen extensiv ausgeübt werden kann, dass hierdurch de facto eine Situation geschaffen wird, die einem ausgeübten Widerrufsrecht gleichzusetzen ist.

Die Änderung der Stiftungserklärung setzt ebenfalls voraus, dass die Stiftung rechtsgültig entstanden ist. Als wesentlich für die Stiftungserrichtung gelten gemäss den Bestimmungen des Art. 552 § 16 Abs. 3 PGR die Bestimmungen des Art. 552 § 16 Abs. 1 Ziff. 1 (Wille des Stifters eine Stiftung zu errichten), Ziff. 3 (Widmung eines bestimmten Vermögens, das zumindest dem gesetzlichen Mindestkapital entsprechen muss) und Ziff. 4 (Festlegung des Zwecks der Stiftung einschliesslich der Bezeichnung der konkreten oder nach objektiven Merkmalen individualisierenden Begünstigten).

Dies hat wiederum zur Folge, dass die Änderung der Stiftungserklärung nicht den Willen, eine Stiftung zu errichten, die Widmung des Mindestkapitals und die Vorgabe eines bestimmten Zwecks beinhalten kann. Hinsichtlich des der Stiftung gewidmeten Vermögens wird bei teleologischer Interpretation dieser Norm eine eingrenzende Sichtweise anzulegen sein. Jedenfalls

¹⁷ Art. 552 § 30 Abs. 3 PGR.

¹⁸ Zuletzt OGH vom 02.09.2011 zu 08 CG.2008.161.

¹⁹ Siehe Fn. 10.

Dr. Hermann Böckle, Daniel Tschikof, Eigentümerähnliche Stellung des Stifters in der liechtensteinischen Stiftung

kann mit einer Änderung der Stiftungserklärung nicht bewirkt werden, dass Begünstigungsberechtigte gemäss Art. 552 § 6 Abs. 1 PGR und Ermessensbegünstigte, denen gemäss Art. 552 § 7 Abs. 2 PGR ein bestimmter Vorteil aus dem Stiftungsvermögen oder den Stiftungserträgen rechtsgültig zugesichert wurde, ihre gerichtlich durchsetzbaren Ansprüche wiederum verlieren. Aber auch die Vorgabe eines Stiftungszweckes muss insoweit erhalten bleiben, dass dieser zumindest jene Anforderungen erfüllt, die bei Errichtung einer Stiftung zu beachten sind.

Berücksichtigt man bei der dem Stifter nach Art. 552 § 30 PGR vorbehaltenen Änderungen der Stiftungserklärung die zuvor dargelegten Einschränkungen, so dürfte ersichtlich werden, dass eine in der Stiftungsurkunde dem Stifter vorbehaltene Änderung der Stiftungserklärung ebenso wenig per se eine eigentümerähnliche Stellung des Stifters hinsichtlich des Stiftungsvermögens bewirkt, wie dies auch beim dem Stifter vorbehaltenen Widerruf der Fall ist.

7. Mandatsverträge

Hinsichtlich der Mandatsverträge, die in der Praxis der liechtensteinischen Stiftungen eine nicht zu vernachlässigende Stellung einnehmen und noch immer einnehmen, ist anzumerken, dass diese Verträge anders als das einem Organ nach Art. 552 § 28 PGR eingeräumte Weisungsrecht (die Organwalterposition nach dieser Bestimmung kann sich der Stifter auch selbst einräumen) nur obligatorische Rechte des Auftraggebers gegenüber dem Auftragnehmer und keine sogenannten stiftungsimmanenten Rechte erzeugen. Nachdem in § 879 ABGB normiert ist, dass ein Vertrag der gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten verstösst, nichtig ist, hat dies zur Folge dass ein im Mandatsvertrag dem Machtgeber eingeräumtes Weisungsrecht, das über den Umfang des den einzelnen Stiftungsorganen nach Gesetz und den Stiftungsdokumenten zukommenden Befugnissen hinausgeht, nichtig und daher unbeachtlich ist. Wie zuvor dargelegt kann der Stifter sich selbst zum Organwalter nach Art. 552 § 28 PGR bestimmen und die dort gesetzlich vorgesehen Möglichkeiten wahrnehmen, einschliesslich der Erteilung von hier stiftungsimmanenten Weisungen an den Stiftungsrat. Jedoch hier wie dort haben alle Organwalter die im Gesetz und den rechtverbindlich und rechtsgültig erlassenen Stiftungsdokumenten enthaltenen Bestimmungen und Schranken einzuhalten. Wer immer als Organwalter gegen diesbezügliche Bestimmungen verstösst und seine Befugnis über das Vermögen der Stiftung zu verfügen nicht gemäss den vorgenannten Bestimmungen ausübt und der Stiftung hierdurch einen Ver-

mögensnachteil zufügt, hat zumindest die objektive Tatseite der Untreue nach § 153 StGB erfüllt und wird sich allenfalls hiernach zu verantworten haben. Wer immer einem Organwalter, dem vorgenannte Befugnis zukommt, solch verpönte Weisungen erteilt (unabhängig ob via Mandatsvertrag oder ob via Stiftungsorgan) verstösst allenfalls als Beteiligter gemäss den Bestimmungen des § 12 StGB gegen die vorgenannte Norm des § 153 StGB.

Auch ein Mandatsvertrag kann dem Stifter nicht per se rechtsgültig eine eigentümerähnliche Stellung einräumen, da die Stiftungsräte jeweils an Gesetz und Statuten (und allenfalls Reglemente etc) bei sonstiger zivil- und allenfalls strafrechtlicher Verantwortlichkeit gebunden sind.

8. Schlussbemerkungen

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass der Stifter durch blosser Ausübung der Verwaltung des Stiftungsvermögens, sei es durch persönliche Ausübung einer Position als Organwalter im Stiftungsrat oder eines nach Art. 552 § 28 PGR errichteten Organes oder sei es durch Bindung solcher Organwalter via Mandatsvertrag an seine Weisungen niemals eine eigentümerähnliche Position hinsichtlich des Stiftungsvermögens erlangt.

Sehen die Stiftungsdokumente jedoch eine voraussetzungslose (eigennützige) und unbegrenzte Ausschüttungsmöglichkeit von Stiftungsvermögen an den Stifter als Begünstigten vor und ist der Stifter aufgrund rechtsgültiger und rechtsverbindlicher Bestimmungen der Stiftungsdokumente jederzeit in der Lage, rechtlich zu erzwingen, dass das gesamte Stiftungsvermögen wiederum in sein Eigentum überführt wird, spricht jedenfalls prima facie einiges dafür, dass er hinsichtlich des Stiftungsvermögens eine eigentümerähnliche Position inne haben könnte. Zu prüfen bleibt allerdings der Sachverhalt, ob er Verhaltensweise an den Tag gelegt hat, welche nahelegen, dass er seine diesbezüglichen rechtlichen Möglichkeiten tatsächlich ausüben wird oder ob diese Regelungen lediglich einer Überlegung entspringen, bei Veränderungen der Gegebenheiten im Sinne der Bestimmungen nach Art. 552 §§ 33 und 34 PGR ohne langwierige Gerichtsverfahren und damit verbundenen Zeitverlust handeln zu können.

Analog zu diesen Darlegungen werden auch ein vom Stifter vorbehaltener Widerruf oder eine vorbehaltene Änderung der Stiftungserklärung zu beurteilen sein.

Dr. Hanspeter Daragan, Darf Deutschland im Verhältnis zu Liechtenstein die Kapitalverkehrsfreiheit nach Art. 40 EWRA wegen fehlender Auskunftspflicht beschränken?

Da der liechtensteinische Gesetzgeber nach umfangreicher Diskussion und trotz mehreren hierzu abgegebenen kritischen Stellungnahmen sich für den gegenständlichen Gesetzesinhalt entschieden hat, darf mit Fug und Recht dem Gesetzgeber unterstellt werden, dass er Stiftungsinhalte in der zuvor beschriebenen Art und Weise durchaus billigt und Stiftungen, die den gesetzlichen Vorgaben entsprechend ausgestaltet worden sind, auch als schützenswert ansieht.

Es wird Aufgabe der Rechtsprechung sein, dieser Intention des Gesetzgebers zum Durchbruch zu verhelfen. Hierbei darf sich die Rechtsprechung nicht durch Entscheidungen ausländischer Steuerbehörden und Verwaltungsgerichte, die naturgemäss andere Interessen verfolgen, beeinflussen lassen. Gleiches gilt für Entscheidungen ausländischer Gerichte in ähnlich gelagerten Situa-

tionen, da Liechtenstein der einzige Staat ist, der eine jahrzehntelange Tradition des Privatstiftungsrechtes aufzuweisen hat.

Falsch wäre in diesem Zusammenhang auch, wenn bei der Entscheidungsfindung Überlegungen hinsichtlich anderer Rechtsgebiete wie Schutz der Gläubiger des Stifters oder Schutz der Erben des Stifters Einfluss gewährt würden. Beiden Gruppen steht es offen, allenfalls die vom Stifter vorgenommen Vermögensverfügungen einer rechtlichen Überprüfung zuzuführen.

Nicht gerechtfertigt ist jedoch, wenn diesem Personenkreis ein direkter Zugang zum Vermögen der Stiftung gewährt wird, indem vorschnell von einer eigentümerähnlichen Stellung des Stifters bezüglich des Stiftungsvermögens Vorschub ausgegangen wird.

Darf Deutschland im Verhältnis zu Liechtenstein die Kapitalverkehrsfreiheit nach Art. 40 EWRA wegen fehlender Auskunftspflicht beschränken?

Dr. Hanspeter Daragan, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Steuerrecht, Bremen*

Nachdem sich der II. Senat des BFH (BStBl II 2007, 669) mit der Frage befasst hat, ob die Übertragung von Vermögen auf eine Liechtensteiner Stiftung der Schenkungsteuer unterliegt, ist das Thema, wem das Stiftungsvermögen und in Fortsetzung die damit erzielten Einkünfte zuzurechnen sind, beim I. Senat des BFH (IStR 2011, 391) angekommen. Sind die Einkünfte der Stiftung zuzurechnen, wird in der Folge das Einkommen der Stiftung nach § 15 Abs. 1 Satz 1 AStG a. F. dem Stifter oder den anfalls- oder bezugsberechtigten Personen zugerechnet. Darin sieht der BFH keinen Verstoß gegen die Kapitalverkehrsfreiheit des Art. 40 EWRA. Seiner Meinung nach ist die Rechtslage insoweit durch die Rechtsprechung des EuGH geklärt, deshalb hat er von einer Vorlage nach Art. 267 AEUV an den EuGH abgesehen. Beides erweist sich bei näherer Betrachtung als unzutreffend.

1. Einführung

Der BFH hat am 22.12.2010¹ entschieden, das Einkommen einer liechtensteinischen Stiftung könne dem Stifter nach § 15 Abs.

1 Satz 1 AStG a.F.² nur zugerechnet werden, wenn die Stiftung die Einkünfte erzielt habe, aus denen das Einkommen entstanden ist. Deshalb sei vorrangig zu prüfen, ob die Einkünfte nicht aufgrund der allgemeinen Vorschriften unmittelbar einem anderen zuzurechnen seien; wenn ja, komme eine Anwendung des § 15 AStG nicht in Betracht. Da die Vorinstanz, das Hessische FG³, eine unmittelbare Zurechnung nicht geprüft hatte, hat der BFH ihr Urteil aufgehoben und zurückverwiesen.

* Dr. Hanspeter Daragan ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Steuerrecht in Bremen. Der Beitrag ist bereits in der IStR 2011, 584 ff. erschienen. Wir bedanken uns bei dem Autor und dem C.H. Beck-Verlag für die freundliche Überlassung.

¹ I R 84/09, DStR 2011, 755; IStR 2011, 391 mit Anm. Kirchhain. Ebenso BFH v. 22.12.2010 I R 85/09, I R 86/09 und I R 87/09.

² Die geltende Fassung des § 15 Abs. 1 Satz 1 AStG stimmt damit überein. Deshalb wird in der Folge nur noch auf § 15 Abs. 1 Satz 1 AStG Bezug genommen.

³ Vom 18.08.2009 2 K 952/09, DStRE 2011, 180.

Dr. Hanspeter Daragan, Darf Deutschland im Verhältnis zu Liechtenstein die Kapitalverkehrsfreiheit nach Art. 40 EWRA wegen fehlender Auskunftspflicht beschränken?

Zugleich hat der BFH die Gelegenheit genutzt, eine Frage zu entscheiden, auf die es an sich nicht mehr ankam. Seiner Meinung nach verstösst eine Zurechnung des Einkommens nach § 15 Abs. 1 Satz 1 AStG nicht gegen das EWR-Abkommen. Es werde dadurch zwar der freie Kapitalverkehr nach Art. 40 EWRA beschränkt. Die Beschränkung sei aber gerechtfertigt. In den Streitjahren 1998 bis 2000 habe es an einem steuerlichen Auskunftsaustausch mit Liechtenstein gefehlt. Deshalb sei eine Zurechnung nach § 15 Abs. 1 Satz 1 AStG durch das Interesse der Allgemeinheit gerechtfertigt, Steuerhinterziehung zu bekämpfen und die Wirksamkeit von Steuerprüfungen zu wahren. Aufgrund der Rechtsprechung des EuGH⁴ sei die Rechtslage nach dem EWR-Abkommen eindeutig, so dass er selbst darüber entscheiden und von einer Vorlage an den EuGH nach Art. 267 Abs. 2, Abs. 3 AEUV absehen könne.

2. Anwendungsvorrang des EWR-Abkommens

Das EWR-Abkommen ist ein völkerrechtlicher Vertrag, durch den eine Freihandelszone begründet wurde. Nach Art. 1 EWRA wird ein homogener Europäischer Wirtschaftsraum geschaffen. Zu seiner Verwirklichung sind unter anderem Freizügigkeit und freier Kapitalverkehr vereinbart worden, und die Niederlassungsfreiheit als Teil der Freizügigkeit (Art. 31 EWRA).

Der EuGH hat in seinem Gutachten v. 14.12.1991⁵ ausgeführt, der EWR sei auf der Grundlage eines völkerrechtlichen Vertrags entstanden, der Rechte und Pflichten im wesentlichen nur zwischen den Vertragsparteien begründe und keine Übertragung von Souveränitätsrechten auf die mit ihm eingesetzten zwischenstaatlichen Organe vorsehe. Im Gegensatz dazu sei der EWG-Vertrag zwar auch ein völkerrechtlicher Vertrag, er sei aber auch die Verfassungsurkunde einer Rechtsgemeinschaft. Durch ihn sei eine neue Rechtsordnung geschaffen worden, die Vorrang vor dem Recht der Mitgliedsstaaten habe; ihr komme auch für die Staatsangehörigen der Mitgliedsstaaten unmittelbare Wirkung zu.

Aber dabei ist es nicht geblieben. Der EFTA-Gerichtshof⁶ hat dem EWR-Abkommen eine unmittelbare Drittwirkung zuerkannt; dem hat sich das Gericht erster Instanz⁷ angeschlossen. Ihren Abschluss hat diese Entwicklung in Entscheidungen des EuGH⁸ gefunden, wonach die Grundfreiheiten des EWR-Abkommens den gleichen Anwendungsvorrang geniessen wie die Grundfreiheiten des Gemeinschaftsrechts.⁹

3. Kapitalverkehrsfreiheit und Stiftungen

Nach Art. 40 EWRA unterliegt der Kapitalverkehr in Bezug auf Berechtigte, die in den EG-Mitgliedsstaaten oder den EFTA-Staaten ansässig sind, keinen Beschränkungen und keinen Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit oder des Wohnortes der Parteien oder des Anlageortes. Die Durchführungsbestimmungen zu diesem Artikel sind in Anhang XII enthalten. Der Anhang ist Bestandteil des Abkommens (Art. 119 EWRA).

In Anhang XII¹⁰ wird auf die Richtlinie 88/361/EWG vom 24.06.1988¹¹ Bezug genommen. Was zum Kapitalverkehr gehört, ergibt sich nach Art. 1 der Richtlinie aus der Nomenklatur des Anhangs I. Darin ist unter XI der Kapitalverkehr mit persönlichem Charakter erwähnt, zu dem Stiftungen gehören. Somit steht ausser Frage, dass die Gründung einer Stiftung in Liechtenstein unter Art. 40 EWRA fällt. Davon geht auch der BFH aus.

4. Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit¹²

Für den BFH besteht auch kein Zweifel, dass durch eine Zurechnung nach § 15 Abs. 1 Satz 1 AStG die Kapitalverkehrsfreiheit nach Art. 40 EWRA beschränkt wird. Sie bedarf daher einer Rechtfertigung, soll sie Bestand haben.

Nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH darf die Kapitalverkehrsfreiheit aus Gründen des Allgemeininteresses beschränkt werden. Zu ihnen gehören die Bekämpfung von Steuerhinterziehung und die Notwendigkeit, die Wirksamkeit von Steuerprüfungen zu wahren. Ein Mitgliedsstaat müsse die

⁴ Vom 19.11.2009, *Kommission/Italien*, C-540/07, Slg. 2009, I-10983; DS-TRE 2009, 1444; IStR 2009, 853; v. 28.10.2010, *Établissements Rimbaud*, C-72/09, IStR 2010, 842 mit Anm. *Wenz/Wünsche*. In diese Richtung schon *Gosch*, BFH/PR 2011, 48.

⁵ Gutachten 1/91, Slg 1991 I-6079, Rn. 20 f.

⁶ Vom 10.12.1998, *Sveinbjörnsdóttir*, Cl. Rep. 95, E-Gr 59; v. 30.05.2002, *Karlsson*, E-4/01 – beide Entscheidungen sind unter www.eftacourt.int einsehbar.

⁷ Vom 22.01.1997, *Opel Austria*, Rs T-115/95, Slg 1997 II-39, Rn. 107.

⁸ EuGH v. 23.09.2003, *Ospelt und Schlössle Weissenberg*, C-452/01, Slg. 2003, I-9743, Rn. 29 ff.; v. 11.06.2009, *Kommission/Königreich der Niederlande*, C-521/07, Slg. 2009, I-4873, Rn. 33.

⁹ Vgl. zum Ganzen *Cordewener*, FR 2005, 236.

¹⁰ BGBl II 1993, 589 f.

¹¹ ABl. Nr. L 178.

¹² Dazu *Wenz/Wünsche*, IStR 2010 845; *Schönfeld*, DB 2008, 2219.

Dr. Hanspeter Daragan, Darf Deutschland im Verhältnis zu Liechtenstein die Kapitalverkehrsfreiheit nach Art. 40 EWRA wegen fehlender Auskunftspflicht beschränken?

Möglichkeit haben, die Angaben des Steuerpflichtigen, der in seinem Gebiet weder seinen Sitz noch seinen Wohnsitz hat, durch Auskünfte des Mitglieds- oder Drittstaates zu überprüfen, dem der Steuerpflichtige angehört. Fehle es an einer Auskunftspflicht, wie sie innerhalb der Gemeinschaft aufgrund der Richtlinie 77/799 bestehe, sei eine Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit statthaft, soweit sie geeignet sei, die Erreichung des fraglichen Ziels zu gewährleisten und nicht über das hinausgehe, was dazu erforderlich sei.

Diese Rechtsprechung hat der EuGH in den Verfahren *ELISA*¹³ und *Établissements Rimbaud*¹⁴ bestätigt und angewendet. Beide Male ging es um die französische Besteuerung von Gesellschaften, die Immobilien in Frankreich besaßen, und von denen von denen die eine ihren Sitz in Luxemburg und die andere ihren Sitz in Liechtenstein hatte. Nach Art. 990D CGI unterliegen juristische Personen, denen Immobilien in Frankreich gehören, einer jährlichen Steuer von 3% des Verkehrswerts ihrer Immobilien. Juristische Personen, deren Sitz sich in einem Land befindet, das mit Frankreich ein Amtshilfeabkommen zur Bekämpfung von Steuerhinterziehung und Steuerflucht abgeschlossen hat, sind nach Art. 990E CGI unter weiteren Voraussetzungen von der Steuer befreit, zu denen Angaben zur Identität und Anschrift der Mitglieder und der den Mitgliedern zustehenden Anteile an der juristischen Person gehören.

Gegenstand beider Verfahren war, ob Art. 990E CGI gemeinschaftsrechts- und EWR-konform war. Der EuGH bezeichnet die Steuerbefreiung nach Art. 990E CGI als Steuervorteil und sagt dazu im Hinblick auf Liechtenstein:¹⁵ «Wenn die Regelung eines Mitgliedsstaates die Gewährung eines Steuervorteils von der Erfüllung von Verpflichtungen abhängig macht, deren Einhaltung nur in der Weise nachgeprüft werden kann, dass Auskünfte von den zuständigen Behörden eines dem EWR angehörenden Drittstaats eingeholt werden, ist es folglich grundsätzlich gerechtfertigt, dass der Mitgliedsstaat die Gewährung dieses Vorteils verweigert, wenn es sich, insbesondere wegen des Fehlens einer vertraglichen Verpflichtung des Drittstaats zur Auskunftserteilung als unmöglich erweist, die Auskünfte von diesem Staat zu erhalten.»

Nun wird man eine Hinzurechnungsbesteuerung nach § 15 Abs. 1 Satz 1 AStG kaum als einen Steuervorteil ansehen können, dessen Inanspruchnahme Auskünfte aus Liechtenstein voraussetzt. Schon aus diesem Grund erweist sich die Annahme des BFH als fragwürdig, an der Vereinbarkeit des § 15 Abs. 1 Satz 1 AStG mit dem EWR-Abkommen könne aufgrund der Entscheidung *Établissements Rimbaud* kein Zweifel bestehen. Denn dass Regeln für Steuerbefreiungen auch für

den Steueranspruch selbst gelten, ist alles andere als selbstverständlich.

Eine der Besteuerung nach § 15 Abs. 1 Satz 1 AStG vergleichbare Regelung des britischen Steuerrechts war Gegenstand der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache *Cadbury Schweppes*¹⁶. Es ging zwar um eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit, aber da der EuGH die Entscheidung in dem Urteil *Établissements Rimbaud* zitiert, kann man davon ausgehen, dass die gleichen Regeln für eine Beschränkung des Kapitalverkehrs gelten. In *Cadbury Schweppes* hat der EuGH in der Notwendigkeit, einen Steuerausfall zu vermeiden, keinen zwingenden Grund gesehen, der eine Beschränkung rechtfertigen kann¹⁷. Daran hat auch die weitere Rechtsprechung des EuGH¹⁸ nichts geändert, wonach die Mitglieder berechtigt sind, ihre Besteuerungsrechte zu wahren. Deshalb bleibt die Erkenntnis aus *Cadbury Schweppes* im Bestand, dass die Gründung einer Gesellschaft im Ausland nicht die allgemeine Vermutung der Steuerhinterziehung begründen und eine die Grundfreiheit beschränkende Massnahme rechtfertigen kann¹⁹, und dass eine nationale Massnahme, mit der die Einkünfte oder das Einkommen einer ausländischen juristischen Person einem Steuerinländer zurechnet wird, nur dann gerechtfertigt ist, wenn sie sich speziell auf rein künstliche Gestaltungen bezieht, die darauf gerichtet sind, der Anwendung von Rechtsvorschriften des betreffenden Mitgliedstaats zu entgehen.²⁰

Deshalb kommt es auf den kleinen, aber feinen Unterschied an, ob es sich bei der Übertragung des Vermögens auf die Liechtensteiner Stiftung und der Erzielung von Einkünften aus dem Vermögen um eine rein künstliche Gestaltung oder nur um eine künstliche Gestaltung gehandelt hat. Nach § 42 AO soll es zwar in beiden Fällen zu einer Zurechnung kommen, aber diese Zurechnung ist nur im ersten Fall mit Art. 40 EWRA zu vereinbaren, im zweiten nicht.²¹ Und es bleibt als Drittes die kaum überraschende Erkenntnis, dass eine Zurechnungs- oder Hinzurechnungsbesteuerung in keiner Weise davon abhängig ist, dass eine Pflicht des Ansässigkeitsstaats der Auslandsgesellschaft oder hier der Auslandsstiftung zur Amtshilfe besteht.

¹³ 11.10.2007, *ELISA*, C-451/05, Slg. 2007, I-8251; IStR 2007, 894.

¹⁴ 28.10.2010, *Établissements Rimbaud*, C-72/09, IStR 2010, 842.

¹⁵ 28.10.2010, *Établissements Rimbaud*, C-72/09, Rn. 44, IStR 2010, 842.

¹⁶ Vom 12.09.2006, *Cadbury Schweppes*, C-196/04, IStR 2006, 670.

¹⁷ Ebenso EuGH v. 17.10.2009, *Glaxo Wellcome*, C-182/08 Rn. 82; v. 22.12.2010, *Tankreederei I SA*, C-287/10, Rn. 27, IStR 2011, 190.

¹⁸ Vom 13.12.2005, *Marks & Spencer*, C-446/03, Rn. 45, IStR 2006, 19.

¹⁹ Dort Rn. 50; darauf weist auch *Kirchhain* in seiner Anmerkung zutreffend hin.

²⁰ Dort Rn. 51.

²¹ Dazu *Hahn*, IStR 2006, 667; IStR 2007, 323.

Dr. Hanspeter Daragan, Darf Deutschland im Verhältnis zu Liechtenstein die Kapitalverkehrsfreiheit nach Art. 40 EWRA wegen fehlender Auskunftspflicht beschränken?

5. Besonderheiten im Verhältnis zu Liechtenstein

Ausserdem hätte der BFH vorlegen müssen, weil der EuGH in den beiden Entscheidungen wesentliche Gesichtspunkte nicht berücksichtigt hat, die auch der BFH übergeht.

Deutschland war bei Abschluss des EWR-Abkommens am 02.05.1992 und bei Verabschiedung des nach Art. 59 Abs. 2 GG erforderlichen Zustimmungsgesetzes vom 31.03.1993²² bekannt, dass Liechtenstein ein Land steuerlich diskreter Geld- und Vermögensanlagen in Stiftungen war, denen Deutschland mit § 15 Abs. 1 Satz 1 AStG begegnen wollte. Da zu jener Zeit die Richtlinie 77/799 bereits existierte, die eine im EG-Vertrag und den Folgeverträgen selbst nicht vorgesehene Amtshilfe in Steuersachen gewährleistet, war Deutschland auch bekannt, dass es seine Besteuerungsrechte nach § 15 Abs. 1 Satz 1 AStG im Verhältnis zu Liechtenstein nur dann unbeschränkt wahrnehmen kann, wenn ihm ein Recht auf Amtshilfe zusteht. Deutschland war ferner bekannt, dass Liechtenstein nach seinem Recht keine Amtshilfe in Steuersachen leistet, und eine Amtshilfepflicht Liechtensteins im Verhältnis zu Deutschland auch nicht nach einem internationalen Vertrag bestand, insbesondere nicht nach einem DBA, da es ein DBA zwischen Deutschland und Liechtenstein nicht gab. Und da Deutschland damit einverstanden war, dass Liechtenstein nach Art. 21 EWRA nur Amtshilfe in Zollsachen leistet, deren Einzelheiten sich aus dem Protokoll 11 zum EWR-Abkommen ergeben, muss man daraus im Umkehrschluss ableiten, dass Deutschland bereit war, die Kapitalverkehrsfreiheit nach Art. 40 EWRA im Verhältnis zu Liechtenstein auch ohne Amtshilfe auf dem Gebiet der direkten Steuern einzuräumen. Deshalb kann Deutschland im Nachhinein gegenüber Liechtenstein die Kapitalverkehrsfreiheit nach Art. 40 EWRA nicht mit dem Argument beschränken, Liechtenstein leiste keine Amtshilfe.

Denn für das EWR-Abkommen gilt: Ein völkerrechtlicher Vertrag, der in Kraft ist, bindet die Vertragsparteien und ist von ihnen nach Treu und Glauben zu erfüllen (Art. 26 WÜRV) und dementsprechend auch auszulegen (Art. 31 Abs. 1 WÜRV). Wenn schon, hätte Deutschland vor oder bei der Unterzeichnung des EWR-Abkommens einen Vorbehalt nach Art. 19 WÜRV anbringen müssen, und für den Fall, dass das EWR-Abkommen ihn nicht zulies, das Abkommen nicht abschliessen dürfen. Dass Deutschland seine Verpflichtungen aus dem Abkommen nicht mehr gefallen, gibt ihm jedenfalls kein Recht, sich davon durch treuwidriges Verhalten, einem *venire contra factum proprium*, zu lösen. Im Völkerrecht gilt der Grundsatz *pacta sunt servanda*, so dass ein nachträglicher Sinneswandel irrelevant ist. Ein Irrtum im Sinne von Art. 48 WÜRV liegt je-

denfalls zweifelsfrei nicht vor, ebenso wenig eine grundlegende Änderung der Umstände im Sinne von Art. 62 WÜRV. Und wegen des Anwendungsvorrangs des EWR-Abkommens kann sich Deutschland von seinen Verpflichtungen auch nicht durch ein *treaty override* entbinden.²³

6. Vorlage nach Art. 267 AEUV

Da die Rechtslage keineswegs eindeutig und zweifelsfrei ist, sollte das Hessische FG nach Art. 267 AEUV vorlegen, wenn § 15 Abs. 1 Satz 1 AStG seiner Meinung nach entscheidungserheblich ist. Durch das Urteil des BFH ist es daran nicht gehindert. Unabhängig davon, ob die Beurteilung der Rechtslage nach dem EWR-Abkommen durch den BFH zu den tragenden Urteilsgründen gehört oder ob es sich nur um eine unverbindliche Wegweisung handelt: Der EuGH²⁴ hat wiederholt entschieden, dass eine Bindung nach § 126 Abs. 5 FGO zurücktreten muss, wenn sich das FG verpflichtet sieht, den EuGH um eine Vorabentscheidung zu ersuchen, obwohl der BFH im ersten Rechtsgang keinen Zweifel an der Auslegung der entscheidungserheblichen Norm des Gemeinschaftsrechts hatte.

7. Ergebnisse

Deutschland kann gegenüber Liechtenstein die Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit aus Art. 40 EWRA, die durch § 15 Abs. 1 Satz 1 AStG erfolgt, nicht mit der Begründung rechtfertigen, Liechtenstein leiste auf dem Gebiet der direkten Steuern keine Amtshilfe. Denn es hat das EWR-Abkommen, in dem eine Amtshilfe nur in Zollsachen vorgesehen ist, in dem Wissen abgeschlossen und ratifiziert, dass Liechtenstein weder durch die Richtlinie 77/799 noch sonst zur Amtshilfe verpflichtet ist und freiwillig auch keine Amtshilfe leistet. Diese Umstände und die daraus folgende Bindung Deutschlands, über die es sich wegen des Anwendungsvorrangs des Art. 40 EWRA nicht einseitig hinwegsetzen kann, sind bisher nicht berücksichtigt worden. Deshalb muss dem EuGH durch eine Vorlage nach Art. 267

²² BGBl II 1993, 266.

²³ Dazu aus jüngster Zeit eingehend *Jansen/Weidmann*, IStR 2010, 596.

²⁴ 16.01.1974, *Rheinmühlen I*, Rs. 166/73, EuGHE 1974, 40; v. 12.02.1974, *Rheinmühlen II*, Rs. 146/73, EuGHE 1974, 139; v. 14.12.1996, *Peterbroeck*, C-312/93, Slg. 1995, I-4599; IStR 1996, 94. Kritisch dazu *Gräber/Ruban*, FGO, 7. Aufl., § 126 FGO Rn. 23 und *Bergkemper* in Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO, FGO, § 126 Abs. 5 FGO Rn. 78 – jeweils mit Nachweisen zum Diskussionsstand.

AEUV Gelegenheit gegeben werden, sich damit zu befassen, wenn § 15 Abs. 1 Satz 1 AStG entscheidungserheblich ist. Das Hessische FG kann die Vorlagefrage in eigener Zuständigkeit entscheiden, da es durch das Urteil des BFH vom 22.12.2010 nicht nach § 126 Abs. 5 FGO gebunden ist.

Wenn das Hessische FG von einer Vorlage an den EuGH ab- sieht, weil es dazu nicht verpflichtet ist, sollte es die Revision

zulassen, damit der BFH Gelegenheit bekommt, umfassend zu prüfen, ob auch er von einer Vorlage absehen darf. Denn da das FG im zweiten Rechtsgang an die Beurteilung des BFH nicht gebunden ist, ist es der BFH selbst auch nicht.²⁵

²⁵ So zutreffend *Gräber/Ruban*, FGO, 7. Aufl., § 126 FGO Rn. 30, zur Selbst- bindung des BFH.

Wem sind das Vermögen und die Erträge einer kontrollierten Liechtensteiner Stiftung zuzurechnen?

Dr. Hanspeter Daragan, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Steuerrecht, Bremen¹

I. Einführung

Die Behandlung kontrollierter liechtensteinischer Stiftungen² im deutschen Steuerrecht und Steuerstrafrecht ist durch die Maxime bestimmt: «Wenn die Rollen als Stifter, Begünstigter und Auftraggeber eines Mandatsvertrags in einer Person zusammenfallen, kann von einer Vermögenstrennung aus wirtschaftlicher Sicht kaum mehr die Rede sein»³. Daraus wird im Kurzschluss abgeleitet, dass die Verwendung einer solchen Stiftung gleichbedeutend mit Steuerhinterziehung ist. Aber wenn man eine kontrollierte Liechtensteiner Stiftung vorurteilsfrei mit zwei deutschen Rechtsträgern vergleicht, die auch der Vermögensverwaltung dienen, nämlich der GmbH und der Familienstiftung, und das zivilrechtlich wie steuerlich geltende Trennungsprinzip und die Zurechnungskriterien, die für sie gelten, auch bei einer kontrollierten Liechtensteiner Stiftung anwendet, sieht alles ganz anders aus.

II. Die vermögensverwaltende GmbH

1. Offene Gründung

Die Gründung der vermögensverwaltenden GmbH, die Einzahlung der Stammeinlage und eine Zuzahlung, die zusätzlich zum Stammkapital erfolgt, sind keine Scheingeschäfte im Sinne des § 117 Abs. 1 BGB⁴. Denn der Gesellschafter will eine Vermögensverwaltung in der GmbH und nicht eine Vermögensverwaltung durch die GmbH. Das kann er nur erreichen, wenn die

GmbH existiert und eigenes Vermögen hat. Der Gesellschaftsvertrag einer GmbH begründet im Regelfall auch kein Treuhandverhältnis⁵, und die GmbH kann im Verhältnis zu ihrem Gesellschafter rechtlich und tatsächlich über die Stammeinlage frei verfügen.⁶ Auch das Rechtsgeschäft, das einer Zuzahlung zugrunde liegt, enthält im Allgemeinen weder eine Treuhandvereinbarung noch Verwendungsbeschränkungen noch behält sich der Gesellschafter darin den Rücktritt, einen Widerruf oder ein Rückforderungsrecht vor, so dass die GmbH über die Zuzahlung im Verhältnis zu ihrem Gesellschafter frei verfügen kann.

¹ *Dr. Hanspeter Daragan* ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Steuerrecht in Bremen. Der Beitrag ist bereits in der Zeitschrift *Der Betrieb* 2011, 2223 ff. erschienen. Wir bedanken uns bei dem Autor und der Verlagsgruppe Handelsblatt für die freundliche Überlassung.

² Zur Gestaltung dieser Stiftungen vgl. *Müller/Bösch* (in Richter/Wachter, Handbuch des internationalen Stiftungsrechts, Länderberichte Liechtenstein, Rn. 46 ff.) und BFH v. 28.06.2007 II R 21/05, BStBl II 2007, 669. Ferner *Büch*, ZEV 2011, 152.

³ *Attlmayr/Rabanser*, Das neue liechtensteinische Stiftungsrecht, S. 31. Dazu auch BFH v. 28.06.2007 II R 21/05, BStBl II 2007, 669; *Mutter/Schwarz*, IStR 2009, 807. Allgemein zur Liechtensteinischen Stiftung nach der Reform des Stiftungsrechts s. *Werner*, IStR 2010, 589.

⁴ Dazu *Palandt/Ellenberger*, 70. Aufl., § 117 BGB Rn. 4 m.w.N.

⁵ BFH v. 29.01.1975 I R 135/70, BStBl II 1975, 553 zu einer Schweizer GmbH.

⁶ Die freie Verfügung über die Stammeinlage ist eine Eintragungsvoraussetzung (vgl. § 8 Abs. 2 GmbHG).

Dr. Hanspeter Daragan, Wem sind das Vermögen und die Erträge einer kontrollierten Liechtensteiner Stiftung zuzurechnen?

Dass der Gesellschafter⁷ das Recht hat, über den Gewinn der GmbH nach Belieben zu verfügen und das Vermögen der GmbH jederzeit nach Belieben zu entnehmen, soweit er das Stammkapital nicht angreift,⁸ ändert nichts an der rechtlichen Trennung von GmbH und Gesellschafter. Dieses Trennungsprinzip gilt auch im Ertragsteuerrecht. Deshalb kommt eine Zurechnung des Vermögens der GmbH und der damit erwirtschafteten Gewinne an den Gesellschafter nicht allein deshalb in Betracht, weil er sie jederzeit an sich ziehen kann.⁹ Beide werden für den Gesellschafter erst steuerlich relevant, wenn er sie entnommen hat.

Der Gesellschafter kann die GmbH auch jederzeit auflösen und das verbleibende Vermögen im Zuge einer Gesamtentnahme zur Gänze an sich ziehen. Auch diese umfassende Zugriffsmöglichkeit rechtfertigt weder gesellschaftsrechtlich noch steuerrechtlich eine Zurechnung von Vermögen und Erträgen.

Ebenso wenig rechtfertigt § 42 AO eine Zurechnung des Vermögens und der Erträge an den Gesellschafter. Denn ein Gestaltungsmissbrauch ist regelmässig nicht gegeben, wenn ein Steuerpflichtiger auf Dauer zwischen sich und eine Einkunftsquelle eine Kapitalgesellschaft setzt und alle sich daraus ergebenden Konsequenzen zieht¹⁰. Auch die Beschränkung der Tätigkeit der GmbH auf die Verwaltung ihres Vermögens ist nicht missbräuchlich.¹¹

2. Verdeckte Gründung

Will der Gründer persönlich nicht in Erscheinung treten, kann er sich verdeckt über einen Treuhänder an der GmbH beteiligen. Er kann den Treuhänder anweisen, den Geschäftsführer zu bestellen, beide umfassend an seine Weisungen binden und sich von beiden die Vollmachten geben lassen, die er braucht, damit er die Gesellschafterrechte, darunter die Entnahmerechte, ausüben kann. Dann ist er wirtschaftlich und faktisch alleiniger Gesellschafter und alleiniger Geschäftsführer der GmbH. Der rechtliche Geschäftsführer ist zur «Vertretungsmarionette» degradiert.¹² Da die direkte Beherrschung der GmbH als Gesellschafter den Gründer nicht zum wirtschaftlichen Eigentümer des GmbH-Vermögens und seiner Erträge macht, kann ihn die mittelbare Beherrschung dazu auch nicht machen. Der Unterschied, dass seine Rechte bei der ersten Variante offensichtlich und bei der zweiten kaschiert sind, rechtfertigt keine abweichende Zurechnung. Entscheidend für die Beurteilung sind die objektiven Umstände und nicht ihre Offenkundigkeit. Diskretion oder Heimlichkeit, je nach Sichtweise, ist keine Besteuerungsgrundlage.

III. Die Familienstiftung

1. Offene Errichtung

Bei einer Familienstiftung können die Rollen des Stifters, des Vorstandes und des Begünstigten in einer Person zusammenfallen.¹³ Da auch bei einer «Einpersonenstiftung» eine körperschaftähnliche Willensbildung durch den Stifter nicht zulässig ist,¹⁴ muss sich der Stifter Einflussmöglichkeiten im Stiftungsgeschäft und in der Satzung der Stiftung vorbehalten, wenn er auf Vermögen und Erträge der Stiftung zugreifen will. Ist er zu seinen Lebzeiten der alleinige Begünstigte¹⁵ und der alleinige Vorstand, kann und darf er sich Vermögen und Erträge der Stiftung zuwenden. Ebenso wie bei einer Einpersonen-GmbH rechtfertigen diese Zugriffsrechte keine Durchbrechung des Trennungsprinzips. Deshalb können dem Stifter das Vermögen und Kapitalerträge der Stiftung nicht zugerechnet werden, bevor er sie von der Stiftung erhalten hat.

⁷ Diese Zugriffsrechte bestehen bei jeder GmbH, nur mit dem Unterschied, dass bei einer Mehrpersonen-GmbH die Gesellschafter nur gemeinsam und beteiligungsentsprechend entnehmen können, sofern benachteiligte Gesellschafter einer Mehrentnahme durch andere nicht zustimmen.

⁸ BGH v. 12.12.1983, II ZR 14/83, NJW 1984, 1037; v. 21.06.1999, II ZR 47/98, DB 1999, 1651; v. 26.10.2009 II ZR 222/08, DB 2009, 2650; DStR 2010, 63; Hueck/Fastrich in Baumbach/Hueck, GmbHG, 18. Aufl., § 29 Rn. 64 m.w.N.

⁹ BFH v. 27.03.2007 VII R 64/05, BStBl II 2007, 639 m.w.N.; v. 02.09.2008 X R 17/08, BFH/NV 2009, 141.

¹⁰ BFH v. 23.10.1996 I R 55/95, BStBl II 1998 90; v. 29.05.2008, IX R 77/06, BStBl II 2008, 789.

¹¹ BFH v. 20.03.2002 I R 63/99, BStBl II 2003, 50; v. 29.05.2008, IX R 77/06, BStBl II 2008, 789.

¹² Das ist nach allgemeiner Meinung möglich, soweit es nicht um Pflichten geht, die ein Geschäftsführer im Allgemeininteresse oder im Interesse der Gläubiger zu erfüllen hat. Meinungsverschiedenheiten bestehen nur darüber, ob diese Entmachtung in der Satzung geregelt werden muss, vgl. zum Ganzen Kleindiek in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Aufl., § 37 GmbHG, Rn. 18a.

¹³ Eine solche Versorgungs- oder Unterhaltsstiftung ist zulässig: Hüttemann/Rawert in Staudinger [2010], Vorbem zu §§ 80 ff., Rn. 185 ff.; vgl. auch v. Oertzen/Hosser, ZEV 2010, 168.

¹⁴ Hüttemann/Rawert, in Staudinger [2010], § 86 BGB Rn. 8.

¹⁵ Dann handelt es sich nicht um eine unzulässige Stiftung für den Stifter; dazu Hüttemann/Rawert in Staudinger [2010], Vorbem. zu §§ 80 ff. Rn. 8; Reuter, in MÜKo-BGB, 5. Aufl., vor § 80, Rn. 52.

2. Verdeckte Errichtung

Auch ein Stifter kann seine Stiftung durch einen Treuhänder errichten lassen und durch ihn einen weisungsgebundenen Vorstand bestellen lassen, der ihm die Vollmachten gibt, die es ihm ermöglichen, im Rahmen seiner Begünstigung auf das Stiftungsvermögen und seine Erträge zuzugreifen. Der Stifter hat dann mittelbar die gleichen, aber keine weitergehenden Rechte wie bei einer von ihm direkt gegründeten Familienstiftung. Deshalb gilt das Trennungsprinzip auch bei dieser Variante ohne Einschränkung.

IV. Gestaltungsmissbrauch bei Auslandssachverhalten

Nach der Rechtsprechung des BFH¹⁶ stellt die Zwischenschaltung von Kapitalgesellschaften im niedrig besteuerten Ausland einen Rechtsmissbrauch im Sinne von § 42 AO dar, wenn hierfür wirtschaftliche oder sonst beachtliche Gründe fehlen; die Einkünfte der Auslandsgesellschaft werden dann dem deutschen Gesellschafter unmittelbar als eigene Einkünfte zugerechnet. Davon wird ausgegangen, wenn die Auslandsgesellschaft – oder wie man verallgemeinernd sagen kann, die ausländische juristische Person – nur eine Durchlaufstation ist, der keine weitergehende Funktion zukommt, es sich also um eine reine Briefkastenperson handelt. Aber eine juristische Person, die ihr Vermögen verwaltet und nicht nur so tut, und die dafür erforderlichen Organe und Ausstattung hat, übt eine wirtschaftliche Tätigkeit aus,¹⁷ so dass kein Rechtsmissbrauch gegeben ist. Das gilt auch für kontrollierte Liechtensteiner Stiftungen, deren Tätigkeit im Regelfall diesen Anforderungen genügt.

Ein deutsches «Sonderrecht» für kontrollierte Liechtensteiner Stiftungen wäre auch nicht mit dem Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG zu vereinbaren. Denn die deutschen Gestaltungsmöglichkeiten für eine steuerrechtlich eigenständige Vermögensverwaltung durch eine juristische Person verdeutlichen, dass es keinen sachlichen Grund für eine Differenzierung gibt, so dass sie als willkürlich verworfen werden müsste. So sieht das auch der BFH¹⁸, der sagt, dass bei gleichen Gegebenheiten und Verhältnissen eine Gleichbehandlung der Sachverhalte im Inland wie im Ausland geboten ist, so dass die Zwischenschaltung einer Kapitalgesellschaft hier wie dort gleich behandelt werden muss, ohne dass besondere aussteuerliche Beweggründe für das Eingehen des ausländischen Engagements darzutun wären.

V. Grundfreiheiten des EWR-Abkommens

1. Niederlassungsfreiheit

Nach Art. 31 Abs. 1 EWRA in Verbindung mit Art. 34 Abs. 2 EWRA umfasst die Niederlassungsfreiheit auch die Gründung einer Gesellschaft, worunter jede juristische Person des privaten Rechts zu verstehen ist. Aber ausgenommen sind die Gesellschaften, die keinen Erwerbszweck verfolgen.

Für die Verfolgung eines Erwerbszwecks genügt, dass die Gesellschaft am allgemeinen Wirtschaftsleben teilnimmt, indem sie entgeltliche Leistungen anbietet, die zumindest auf teilweise Kostendeckung angelegt sind; eine Gewinnerzielungsabsicht ist nicht vorausgesetzt.¹⁹ Deshalb kann eine Tätigkeit, die im deutschen Steuerrecht Vermögensverwaltung ist²⁰, durchaus eine Erwerbstätigkeit im Sinne der Niederlassungsfreiheit sein. Indes, die Verwaltung und Umschichtung von Kapitalvermögen, um die es bei einer kontrollierten Liechtensteiner Stiftung typischerweise geht, ist keine Erwerbstätigkeit.

Ausserdem muss eine Niederlassung vorhanden sein, so dass die Möglichkeit besteht, in stabiler und kontinuierlicher Weise am Wirtschaftsleben des Niederlassungsstaates teilzunehmen und daraus Nutzen zu ziehen; es muss dort eine dauernde Präsenz sichergestellt sein und eine aktive Vermögensverwaltung in eigener Hand und in eigenen Geschäftsräumen erfolgen.²¹ Eine Delegation der Vermögensverwaltung durch den Stiftungsrat einer kontrollierten Liechtensteiner Stiftung an eine Bank oder einen anderen Vermögensverwalter erweist sich danach als unzureichend.

¹⁶ Aus neuerer Zeit vgl. BFH v. 20.03.2002 I R 38/00, BStBl II 2002, 820 m.w.N.

¹⁷ BFH v. 25.02.2004 I R 42/02, BStBl II 2005, 14. Vgl. auch BFH v. 13.10.2010, I R 61/09, BStBl II 2011, 249; DB 2010, 2770; Gosch, BFH/PR 2011, 156.

¹⁸ 25.02.2004 I R 42/02, BStBl II 2005, 14.

¹⁹ Frenz, Handbuch Europarecht, Band 1 Europäische Grundfreiheiten, Rn. 2035; Pache in Schulze/Zuleeg/Kadelbach, Europarecht, 2. Aufl., § 10 Rn. 38.

²⁰ Zur Abgrenzung von vermögensverwaltender und gewerblicher Tätigkeit vgl. BMF v. 01.04.2009, BStBl I 2009, 515

²¹ EuGH v. 14.09.2006 C-386/04, Slg. 2006, I-8203, Rn. 17 ff., *Centro di Musicologia Walter Stauffer*.

Dr. Hanspeter Daragan, Wem sind das Vermögen und die Erträge einer kontrollierten Liechtensteiner Stiftung zuzurechnen?

2. Kapitalverkehrsfreiheit

Der deutsche Stifter kann sich aber auf die Kapitalverkehrsfreiheit nach Art. 40 EWRA berufen.²² Das allerdings hat der BFH²³ vor kurzem verweigert. Seiner Meinung nach darf Deutschland die Kapitalverkehrsfreiheit beschränken, solange Liechtenstein keine Amtshilfe in Steuerangelegenheiten leistet. Aber das ist unzutreffend²⁴. Daran richtig ist nur, dass nach der vom BFH herangezogenen Rechtsprechung des EuGH die Kapitalverkehrsfreiheit aus Gründen des Allgemeininteresses beschränkt werden darf, zu denen eine wirksame Steueraufsicht gehört. Aber auf diesen Rechtfertigungsgrund kann sich Deutschland gegenüber Liechtenstein nicht berufen: Denn das EWR-Abkommen sieht keine Amtshilfe in Steuersachen vor, sondern nur in Zollsachen. Deutschland hat es mit dem Wissen abgeschlossen, dass Liechtenstein auch ausserhalb des Abkommens nicht zu Auskünften in Steuersachen verpflichtet ist und solche Auskünfte auch nicht freiwillig gibt. Seit dem 01.01.2011 hat sich das geändert, denn nunmehr leistet Liechtenstein Amtshilfe nach dem Abkommen über die Zusammenarbeit und den Informationsaustausch in Steuersachen zwischen Deutschland und Liechtenstein,²⁵ so dass einer Inanspruchnahme der Kapitalverkehrsfreiheit nichts mehr entgegensteht.

VI. Zurechnungsbesteuerung nach § 15 AStG

1. Nach § 15 Abs. 1 Satz 1 AStG sind Vermögen und Erträge einer Familienstiftung mit Sitz und Geschäftsleitung im Ausland dem unbeschränkt steuerpflichtigen Stifter zuzurechnen. § 15 Abs. 6 AStG, der seit 2009 gilt, sieht eine Ausnahme für Familienstiftungen vor, die ihre Geschäftsleitung oder ihren Sitz in einem Vertragsstaat des EWR haben. Sie ist unter anderem daran geknüpft, dass der Sitzstaat verpflichtet ist, die Auskünfte zu erteilen, die erforderlich sind, damit Deutschland seine Besteuerungsrechte wahrnehmen kann. Aber das verstösst gegen die Kapitalverkehrsfreiheit nach Art. 40 EWRA, so dass sich Deutschland gegenüber Liechtenstein zu keiner Zeit auf die fehlende Amtshilfe in Steuersachen berufen kann. Wegen des Anwendungsvorrangs des Abkommens erübrigt sich die Frage, ob § 15 Abs. 6 Nr. 2 AStG als treaty override²⁶ anzusehen ist.

Seit Liechtenstein Amtshilfe leistet, ist nach § 15 Abs. 6 Nr. 1 AStG nur noch der Nachweis erforderlich, dass das Stiftungsvermögen rechtlich und tatsächlich der Verfügungsmacht der Personen entzogen ist, die in § 15 Abs. 2 und 3 AStG genannt sind, also in erster Linie der Verfügungsmacht des rechtlichen oder des wirtschaftlichen Stifters. Das ist regelmässig der Fall, und zwar selbst dann, wenn sich der Stifter einen Widerruf der

Stiftung vorbehalten hat. Denn ein solches Widerrufsrecht besteht auch bei einer vermögensverwaltenden GmbH in Deutschland, auch wenn es dort nicht Widerruf genannt wird, sondern Auflösung, und ohne dass dieses Widerrufs-Auflösungsrecht die steuerliche Zurechnung des GmbH-Vermögens und der Erträge in irgendeiner Weise bestimmt, bevor es ausgeübt wurde.

VII. Zuzug der Stiftung nach Deutschland

1. Verlegung des Verwaltungssitzes

Ist der Verwaltungssitz der kontrollierten Liechtensteiner Stiftung nach Deutschland verlegt worden, weil der wirtschaftliche Stifter das Tagesgeschäft an sich gezogen hat und von Deutschland aus betreibt, verliert die Stiftung nach deutschem Recht ihre Rechtsfähigkeit.²⁷ Denn sie kann sich nicht auf die Niederlassungsfreiheit nach Art. 31 Abs. 1 EWRA in Verbindung mit Art. 34 EWRA berufen, da sie keine Gesellschaft ist. Deshalb verbleibt es bei der deutschen Sitztheorie, so dass die rechtsfähige Liechtensteiner Stiftung zu einem nicht rechtsfähigen Zweckvermögen degeneriert, wenn ihr Verwaltungssitz nach Deutschland verlegt wird. Dafür ist aber vorausgesetzt, dass der Stifter die Anlagenentscheidungen im Tagesgeschäft selbst trifft, also umfassenden Weisungsrechte nicht nur hat, sondern sie auch effektiv ausübt. Gibt er nur eine Anlagestrategie vor, die vom Stiftungsrat in Liechtenstein umgesetzt wird, befindet sich der Verwaltungssitz der Stiftung in Liechtenstein.

2. Verlegung des Ortes der Geschäftsleitung

Mit einer Verlegung des Verwaltungssitzes wird zugleich der Ort der Geschäftsleitung im Sinne von § 10 AO nach Deutschland verlegt. Denn der Mittelpunkt der geschäftlichen Oberleitung

²² Ebenso *Zimmer/Raab*, *Inspire Art und Stiftungen*, in *Walz/Kötz/Rawert/Schmidt*, *Non Profit Law Yearbook 2004*, S. 105, 111 ff; *Hüttemann/Rawert* in *Staudinger* [2010], Vorbem zu §§ 80 ff., Rn. 314. A. A. *Hoffmann* in *Richter/Wachter*, *Handbuch des internationalen Stiftungsrechts*, § 10, Rn. 52 ff.

²³ 22.12.2010 I R 84/09, DStR 2011, 755; IStR 2011, 391; ebenso BFH v. 22.12.2010 I R 85/09, 86/09 und 87/09. Dazu *Gosch*, *BFH/PR* 2011, 289.

²⁴ *Daragan*, *IStR* 2011, 584.

²⁵ Dazu *Kraft*, *IStR* 2010, 440.

²⁶ Dazu eingehend *Gosch*, *IStR* 2008, 414 und *Frotscher*, *FS Schaumburg*, S. 687.

²⁷ *Hoffmann* in *Richter/Wachter*, *Handbuch des internationalen Stiftungsrechts*, § 10 Rn. 22.

Dr. Hanspeter Daragan, Wem sind das Vermögen und die Erträge einer kontrollierten Liechtensteiner Stiftung zuzurechnen?

befindet sich dort, wo die grundlegenden Entscheidungen der Unternehmensleitung im Tagesgeschäft umgesetzt werden.²⁸

Dass die Stiftung ihre Rechtsfähigkeit verloren hat, nimmt ihr nicht zwangsläufig die Eigenschaft eines Steuersubjekts im Sinne des Körperschaftsteuerrechts, wie sich aus § 1 Abs. 1 Nr. 5 KStG ergibt. Aber von einem Zweckvermögen als Steuersubjekt kann nur gesprochen werden, wenn es zu einer rechtlichen und wirtschaftlichen Verselbständigung einer Vermögensmasse gegenüber ihrem Träger kommt²⁹. Andernfalls ist der Träger selbst der Inhaber des Vermögens und seiner Erträge und damit auch steuerpflichtig. Und da das Zweckvermögen dem Gründer gehört, ist er mit den Erträgen der zugezogenen Liechtensteiner Stiftung selbst einkommensteuerpflichtig.

VIII. Zusammenfassung

Die Entscheidung, ob dem deutsche Gründer einer kontrollierten Liechtensteiner Stiftung Vermögen und Erträge der Stiftung zuzurechnen sind und er damit in Deutschland steuerpflichtig ist, kann nur nach den steuerlichen Kriterien getroffen werden, die für vergleichbare vermögensverwaltende Rechtsträger in Deutschland gelten, wozu eine GmbH oder eine Familienstiftung gehören.

Der Gesellschafter einer vermögensverwaltenden GmbH kann das nicht als Stammkapital gebundene Vermögen der GmbH und die gesamten Vermögenserträge der GmbH jederzeit nach freiem Belieben entnehmen. Das rechtfertigt keine Abweichung von dem Trennungsprinzip, das auch steuerrechtlich gilt, so dass ihm die Erträge erst zugerechnet werden können, wenn er sie entnommen hat. Vorher ist eine Zurechnung auch dann nicht möglich, wenn er seine GmbH verdeckt führt, indem er sie treuhänderisch gründen lässt und einen Fremdgeschäftsführer zu seiner Marionette degradiert. In vergleichbarer Weise kann der Stifter seine deutsche Familienstiftung einer kontrollierten Liechtensteiner Stiftung nachbilden, ohne dass eine gegen das Trennungsprinzip verstossende Zurechnung des Stiftungsvermögens und seiner Erträge rechtfertigen könnte, auch nicht nach § 42 AO vor.

Was in Deutschland rechtmässig ist, bleibt auch dann rechtmässig, wenn es in Liechtenstein stattfindet. Dem in Deutschland ansässigen rechtlichen oder wirtschaftlichen Stifter können daher das Vermögen und die Erträge seiner kontrollierten Liechtensteiner Stiftung nur zugerechnet werden, wenn sich der Verwaltungssitz der Stiftung und der Ort der Geschäftsleitung in Deutschland befinden. Befinden sie sich in Liechtenstein, so

der Regelfall, ist der Stifter mit den Erträgen, die er jederzeit aus der Stiftung hätte entnehmen können, in Deutschland nicht steuerpflichtig, sondern nur mit den Erträgen, die er tatsächlich entnommen hat.

Wem nahegelegt wurde, die nicht entnommenen Erträge seiner kontrollierten Liechtensteiner Stiftung dessen ungeachtet in Deutschland zu versteuern, und wer obendrein auch noch wegen Hinterziehung der nicht geschuldeten Einkommensteuer bestraft wurde, hat daher allen Grund, sich und seine Berater sinnend zu fragen, wie das geschehen ist, und warum ihm das geschah.³⁰

²⁸ BFH v. 16.12.1998 I R 138/87, BStBl II 1999, 437.

²⁹ RFH v. 21.10.1921, RFHE 7, 177; v. 21.06.1933 III A 253/32, RStBl 1933, 872; v. 07.04.1936 I A 227/35, RStBl 1936, 442; v. 18.12.1937 VI a 76/37, RStBl 1938, 284; v. 15.12.1942 I 123/41, RStBl 1943, 236; v. 16.04.1943 III 84/42, RStBl 1943, 658; Vgl. zum Ganzen *Streck*, StuW 1975, 135, 140 m.w.N.

³⁰ Frei nach *Wilhelm Busch*, Die Haarbeutel – Der Undankbare.



Vieles ändert sich. Unsere Beratungsqualität bleibt hoch.

Wir leben ein Private Banking, bei dem unsere Kunden im Mittelpunkt stehen. Persönliche Beratung, Kompetenz und Vertrauen bilden dabei die Basis für generationenübergreifende Kundenbeziehungen.

Die hohe Konstanz der Qualität wird der Centrum Bank auch von unabhängigen Fachgremien immer wieder bescheinigt. Im Fachmagazin «Elite Report 2012» reiht sich die Centrum Bank unter die fünf bestbewerteten Vermögensverwalter im deutschsprachigen Raum ein.

Wir freuen uns auf ein persönliches Gespräch mit Ihnen.



CENTRUM BANK

Vaduz · Zürich

www.centrumbank.com

Neue Entwicklungen im schweizerischen Wirtschafts- und Steuerrecht

Jürgen Wagner, LL.M., Rechtsanwalt, Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht, Konstanz/Zürich/Vaduz¹

I. Die allgemeine Lage

Wirtschaftslage und Konjunktur sind und werden weniger erfreulich, sind aber im europäischen Kontext noch beachtenswert gut. Die Schweizer gehören (immer noch) zu den Reichsten Europas. Im Vergleich von 27-EU-Staaten sowie 10 weiteren Ländern Europas kommt die Schweiz direkt hinter Luxemburg und Norwegen.

Die Banken sind in Not und vor allem in den Schlagzeilen. Beklagt wird der Mangel an innen- und aussenpolitischer Unterstützung, was letztlich dazu geführt hat, dass die älteste Schweizer Privatbank vor kurzem allein durch die Drohung einer Klage unterging. Die 1741 gegründete St. Galler Bank Wegelin wurde durch Klagen gegen drei ihrer Mitarbeiter derart unter Druck gesetzt, dass sie ihr Vermögensverwaltungsgeschäft als Vorwärtsstrategie an die Raiffeisen-Gruppe verkaufte (jetzt Notenstein Privatbank). Das Moralisieren gegen diese Tatsache¹ lässt die Erkenntnis wachsen, dass der Finanzplatz Schweiz in einer fundamentalen Krise gelandet ist, die noch einige Zeit anhalten wird.

1. Neuwahlen

Zahlreiche Affären halten die Schweiz in Atem. Spannend waren 2011 aber die Parlaments- und Regierungswahlen: Die Neuwahlen zum Nationalrat (Parlament) Ende Oktober haben die grösste, dennoch rechtslastige Partei im Parlament von 28,9 auf 26,6 Prozent schrumpfen lassen. Die SVP-Abspaltung BDP holte immerhin 9 der 200 Sitze und legte wie die grüne Partei GLP mehr als 4 Prozent zu, die traditionellen Parteien der Mitte (FDP, CVP) verloren jeweils gut 2 Prozent. Letztlich verfehlte der rechtspopulistische und 2007 abgewählte frühere Bundesrat Blocher deutlich sein Ziel, als Vertreter des Kantons Zürich in den Ständerat, die Vertretung der Kantone,² zu gelangen.

Die Bundesratswahl am 10.12.2011 hat schliesslich überraschend deutlich die Wiederwahl von Eveline Widmer-Schlumpf,

Übersicht 1: Zusammensetzung des Nationalrats und des Ständerats

Partei	Sitze Nationalrat	Sitze Ständerat
SVP	54	5
CVP	38	13
SP	46	11
FDP	30	11
GPS	15	2
GLP	12	2
BDP	9	1
EVP	0	2
Lega	0	2

der bisherigen Finanzministerin und für 2012 gewählten Bundespräsidentin, ergeben. Neben der Wiederwahl der bisherigen Mitglieder des Bundesrates wurde *Alain Berset*, SP, neu gewählt. Der Bundesrat besteht nun aus drei Frauen (*Simonetta Sommeruga*, SP, Justiz und Polizei; *Doris Leuthard*, CVP, Umwelt, Verkehr u.a.; *Eveline Widmer-Schlumpf*, Finanzen, BDP) und vier Männern (*Didier Burkhalter*, FDP, Äusseres; *Johann Schneider-Amann*, FDP, Volkswirtschaft; *Ueli Maurer*, SVP, Verteidigung; *Alain Berset*, SP, Inneres). Die umstrittene, letztlich aber hart umkämpfte Zauberformel wurde damit leicht abgewandelt, hielt aber in ihren Grundzügen den Angriffen ihrer Gegner stand. Insbesondere die SVP verfehlte den zweiten von

¹ Jürgen Wagner, LL.M. (Internationales Wirtschaftsrecht, Universität Zürich), ist Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht und zudem als niedergelassener europäischer Rechtsanwalt in Zürich und in Vaduz zugelassen. Er ist Herausgeber des *liechtenstein-journal*. Der nachfolgende Beitrag entspricht der Rohfassung des Artikels «Neue Entwicklungen im Schweizerischen Wirtschafts- und Steuerrecht», der jährlich mit *Dr. Adrian Plüss* (Lanter Rechtsanwälte, Zürich) in der RIW erscheint, zuletzt RIW 2011, 111 ff.

² NZZ vom 28.01.2012 («Ein Weckruf für die Schweiz»); NZZ vom 01.02.2012 («Der Schweizer Finanzplatz in Not»).

ihr angestrebten Bundesratssitz, gab aber die Idee, beleidigt in die Opposition zu ziehen, schliesslich auf.

2. Rechtliche Entwicklungen

Die im Fall des zurückgetretenen Nationalbankpräsidenten *Hildebrandt* aufgeworfene Rechtsfrage, ob der IT-Mitarbeiter, der die Kundendaten des Nationalbankpräsidenten an einen Rechtsanwalt weitergegeben hat, ein Whistleblower oder ein Rechtsbrecher ist, ist derzeit rechtlich nicht eindeutig zu beantworten.³ Whistleblowing ist derzeit rechtlich nicht institutionalisiert; der Whistleblower muss aufpassen, dass er sich an die Regeln des Arbeitsrechtes hält, vor allem der arbeitsrechtlichen Treuepflicht.

II. Wirtschafts- und Gesellschaftsrecht

1. Allgemeines

Ein wichtiger Indikator für die Gesundheit einer Volkswirtschaft ist die Zahl der Gesellschaftsgründungen und -konkurse. Die sog. Handelsregister-Statistik⁴ gibt zeitnah zum Jahresbeginn Auskunft über den Bestand der Gesellschaften (insgesamt 549.363 eingetragene Gesellschaften, Vj.: 536.458, 2009: 525.708) der unterschiedlichen Rechtsformen: Insbesondere die Aktiengesellschaften und GmbHs legen deutlich zu, die übrigen Rechtsformen stagnieren im Wesentlichen.

Übersicht 2: Anzahl der Rechtsformen per 31.12.2011

Rechtsform	Anzahl Gesellschaften 31.12.2010	Anzahl Gesellschaften 31.12.2011
Aktiengesellschaft	189.515	194.289
Einzelunternehmen	157.319	157.614
GmbH	124.826	133.104
Stiftung	17.897	17.761

Die Zahl der Konkurse⁵ wird durch den Art. 731 b OR beeinflusst, der seit wenigen Jahren Löschungen wegen sog. Organisationsmängeln zulässt. Bei 4.379 (Vj.: 4.251) Pleiten im Verhältnis zu insgesamt 39.665 Neugründungen (Vj.: 37.632) lag insgesamt die Genferseeregion, Zürich, das Tessin und das Mittelland im positiven Trend.

Die SchKG ist revidiert worden und die Schweizerische Zivilprozessordnung ist zum 01.01.2011 in Kraft getreten.⁶ Anwendbar ist sie für Verfahren vor den kantonalen Instanzen, während vor dem Bundesgericht das Bundesgesetz über das Bundesge-

richt gilt. Für Verfahren, die bereits anhängig waren, gilt das bisherige kantonale Verfahrensrecht bis zum Abschluss vor der betroffenen Instanz.

2. Entwicklungen im Gesellschaftsrecht

Aus den breiten gesellschaftsrechtlichen Entwicklungen⁷ wird im folgenden kurz die Stiftung herausgegriffen, die GmbH und die Aktiengesellschaft hingegen vernachlässigt.

a) Stiftungen

Die Schweizer Stiftungslandschaft boomt. Mit dem wirtschaftlichen Aufschwung hat sich auch der Stiftungssektor erholt. Sowohl bezüglich Stiftungsdichte als auch hinsichtlich geschätzter 6500 Franken Stiftungskapital pro Einwohner belegt die Schweiz nach wie vor einen europäischen Spitzenplatz. Der jährlich vom Centre for Philanthropy Studies der Universität Basel, vom Zentrum für Stiftungsrecht an der Universität Zürich und von SwissFoundations herausgegebene Stiftungsreport präsentiert die wichtigsten Fakten und Entwicklungen.⁸ Dennoch nahm die Gesamtzahl der Stiftungen von 18.190 (01.01.2010) auf 17.897 (01.01.2011) ab. Auf den 01.01.2012 reduzierte sich die Zahl auf 17.701.

aa) Neue Fakten zum Schweizer Stiftungssektor

Der Stiftungstrend in der Schweiz ist nach wie vor ungebrochen. Nach einem konjunkturbedingten Rückgang im 2009 wurden in der Schweiz im vergangenen Jahr 508 gemeinnützige Stiftungen gegründet. Dies entspricht einer Zunahme von 32% gegenüber dem Vorjahr. Ende 2010 waren 12'531 gemeinnützige Stiftungen eingetragen. Gemäss Schätzungen

³ Die Bezeichnung «Vertretung der Kantone» ist etwas irreführend: Die Abgeordneten des Ständerats sind in ihrer Mandatsausübung völlig frei.

⁴ Siehe in Deutschland und Europa EGMR, NJW 2011, 3501; *Abraham*, Zeitschrift für Rechtspolitik, 2012, 11 ff.

⁵ Herausgeber Eidgen. Amt für das Handelsregister; erscheint jährlich in der ersten Januar-Woche (!), was in Liechtenstein unmöglich erscheint.

⁶ NZZ vom 04.01.2012 («Mehr Konkurse in der Schweiz»). Zu Art. 731b OR und die entsprechende Rechtsprechung des Bundesgerichts siehe *Sethe/Andreotti*, Entwicklungen im Gesellschaftsrecht und im Wertpapierrecht, SJZ 107, 493.

⁷ Statt vieler: *Bürgi*, Neue schweizerische Zivilprozessordnung, Mitteilungsblatt DAV Internationaler Rechtsverkehr, 2/2011, 37 ff.; *Pfäffli*, Entwicklungen im Sachenrecht und Bodenrecht, SJZ 107 (2011), 54 ff. und 108 (2012), S. 5 ff.; lesenswert *Merz*, Entwicklungen in Zivilprozessrecht und Schiedsgerichtsbarkeit, SJZ 107 (2011), 30 ff., jetzt auch SJZ 108 (2012), 30 ff.

⁸ *Sethe/Andreotti*, Entwicklungen im Gesellschaftsrecht und im Wertpapierrecht, SJZ 107, 489 ff.

weisen diese ein Gesamtkapital von rund 50 Milliarden Franken auf und schütteten zwischen einer bis zwei Milliarden aus. Dies entspricht in etwa 2% des letztjährigen Bundeshaushaltes. Trotz wachsender Professionalisierung und Transparenz in der Branche selbst, fehlen allerdings nach wie vor einheitliche und öffentlich zugängliche Daten.

bb) Zürich, Basel und Romandie als Spitzenreiter

In absoluten Zahlen liegt der Kanton Zürich mit 2'153 gemeinnützigen Stiftungen an erster Stelle, gefolgt von den Kantonen Waadt, Bern, Genf und Basel-Stadt. In Relation zur Einwohnerzahl weist Basel-Stadt die höchste Stiftungsdichte auf, der Kanton Zürich fällt auf den 13. Platz zurück. Während im gesamtschweizerischen Durchschnitt 16,1 Stiftungen pro 10'000 Einwohner gezählt werden, beläuft sich dieser Wert im Kanton Basel-Stadt auf 44,8 und ist damit fast sechsmal so hoch wie in Würzburg, der Stadt mit der höchsten Stiftungsdichte in Deutschland.

In der Romandie sind zwei Drittel der heute existierenden Stiftungen in den letzten zehn Jahren gegründet worden. Die entsprechenden Werte sind in der deutschsprachigen Schweiz mit 43,8% und im Tessin mit 46,7% deutlich geringer. Insbesondere der Kanton Genf verzeichnet mit 182,7% die schweizweit höchste Zuwachsrate innerhalb der letzten zehn Jahre.

cc) Rechtliche Entwicklungen

Begleitet wird das Wachstum von einer Reihe gesetzlicher Entwicklungen. So fordert eine im Jahr 2009 von Ständerat *Werner Luginbühl* eingereichte Motion die Angleichung der fiskalischen Rahmenbedingungen an die teilweise neue steuerliche Situation in den Nachbarländern, insbesondere an diejenige Deutschlands. Die Motion wurde im Jahr 2010 vom Ständerat an den Bundesrat zur Umsetzungsprüfung überwiesen. Sie liegt jedoch derzeit brach und wurde als «übermotiviert» kritisiert.⁹

Bewegung gibt es aber nicht nur im Schweizer Stiftungsrecht. Auch der europäische Stiftungssektor macht von sich reden. So wurde die Entwicklung der «Europäischen Stiftung» vorangetrieben. Die Europäische Kommission prüft derzeit konkrete Schritte zur Einführung dieser neuen europäischen Stiftungsform. Signifikante Neuerungen gibt es auch im Bereich des grenzüberschreitenden Spendenverkehrs. Als Reaktion auf ein Urteil des Europäischen Gerichtshofs haben bisher 17 europäische Länder ihre Steuergesetzgebungen dahingehend angepasst, dass Spenden an gemeinnützige Organisationen auch dann steuerlich absetzbar sind, wenn letztere ihren Sitz im Ausland haben. «Das Urteil hat auch Auswirkungen auf die

Schweiz», so Prof. Dr. Dominique Jakob, Leiter des Zentrums für Stiftungsrecht an der Universität Zürich. «Denn die EU-Länder müssen den Abzug unter gewissen Voraussetzungen auch bei Spenden in Drittländer gewähren. In der Schweiz sollte daher darüber nachgedacht werden, im Gegenzug auch Spenden an gemeinnützige Institutionen mit Sitz in den EU-Staaten zum Abzug zuzulassen.»

b) Diverses

Nach diversen Strafeinstellungen, u.a. in den Fällen von *Viktor Vekselberg* und *Giorgio Behr* gegen Millionenzahlungen ist die Vorschrift «Freikauf von Schuld» in Artikel 53 des Strafgesetzbuches punkto Wiedergutmachung wieder umstritten. Diese gilt seit Anfang 2007. Absicht dahinter war eine Entlastung der Strafverfolgungsbehörden und die Möglichkeit, Opfer von Straftaten rascher entschädigen zu können und ihnen lange Prozesse zu ersparen. Mitte Dezember 2010 aber hat SVP-Nationalrat und Jurist *Rudolf Joder* eine parlamentarische Initiative eingereicht, mit welcher er die Wiedergutmachung wieder abschaffen will. Diese nämlich «ermöglicht den Freikauf von strafrechtlicher Schuld. Gutbetuchte sind privilegiert und profitieren von einem Ablasshandel mit dem Opfer und dem Staat», schreibt *Joder* in seiner Begründung und genießt dabei Unterstützung etwa von SP-Nationalrat und Strafrechtler *Daniel Jositsch*. Die Wiedergutmachung zumindest einschränken will seit geraumer Zeit *Andreas Brunner*, Leitender Oberstaatsanwalt des Kantons Zürich, denn: Es sei «systemwidrig, dass man auf diesem Weg eine Strafe umgehen kann.»¹⁰

3. Bankgeheimnis

Die SP liess eine Studie anfertigen, um herauszubekommen, was beim kompletten Wegfall des fiskalischen Bankgeheimnisses und beim «Schock des automatischen Informationsaustausches» passieren würde.¹¹ Dabei lasse sich das Bankgeheimnis sowohl als Wettbewerbsvorteil als auch als Klumpenrisiko betrachten. Längst nicht klar ist die genaue Höhe der in der Schweiz angelegten Gelder, insbesondere nicht diejenigen, die von juristischen Personen aus aller Welt angelegt worden seien, deren Eigentümer oft nicht eindeutig identifizierbar seien. Noch weniger klar ist die Höhe der dabei un versteuerten Gelder. Die Schätzung der Autoren hierzu sind ebenso mutig

⁹ NZZ vom 04.05.2011 («Der Stiftungs-Boom hält an»). Hierzu auch *Jakob/ Studen, Jahrbuch zum Liechtensteinischen Recht 2011/2012*, 35 ff.

¹⁰ NZZ vom 22.07.2011 («Meinungsverschiedenheiten über die brachliegende 'Motion Luginbühl'»).

¹¹ Liechtensteiner Vaterland vom 25.05.2011.

wie vermutlich unzutreffend: Stimmt 20% dem Zinsabzug zu, würden die restlichen 80% vermutlich über steuernehrlisches Vermögen verfügen. Letztlich könne der Geldabfluss die Schweiz in eine Rezession zwingen und einen Totalabfluss von über 700 Mrd. CHF verursachen. Abgemildert werden könne dieses Szenario durch eine Qualitätsstrategie, so die Studie der ETH Zürich.

Schlimmer als die Zukunftsszenarien ist der laxer Umgang mit dem Bankgeheimnis im Alltag. So lieferte beispielsweise die Credit Suisse anstatt Daten über 5 Kunden gleich Datensätze von 130 weiteren, nicht vom Gesuch der Eidgenössischen Steuerverwaltung umfassten Anleger – auf über 4.800 ungeschwärtzten Seiten.¹² Die Bank erklärte dem verdutzten Publikum, es läge kein Fehler vor. Die EStV erklärte ihrerseits, das müsse so sein; die Daten Dritter müssten zum Abgleich von möglichen Querverbindungen herausgegeben und geprüft werden. Zu einer deutlich grösseren Datenlieferung dürften künftig die Amtshilfeersuchen per Gruppenanfrage führen. Damit liesse sich auch die Herausgabe sämtlicher Bankkunden-daten rechtfertigen. Notwendig ist nun eine neue Definition dessen, wofür das (immerhin strafbewehrte) Bankgeheimnis (noch) stehen soll. Die extensiv weite Definition der zu liefernden Daten führt jedenfalls das Bankgeheimnis ad absurdum.

III. Steuerrecht

Die OECD hat der Schweiz in ihrem «Länderexamen» trotz der bisherigen relativ tiefen Steuerquote eine Senkung der direkten Steuern und im Gegenzug eine Erhöhung der Mehrwertsteuer empfohlen. Diese Empfehlung folgt der ökonomischen Überlegung, dass Einkommensteuern die Arbeitsanreize eher hemmen als Konsumsteuern.

1. Allgemeines

In sieben der 26 Kantone, darunter Zürich und Bern, sind die Steuerregister mit Angaben über Einkommen und Vermögen von Privatpersonen immer noch öffentlich und von jedermann einsehbar. Mehrere Kantone haben aber die Einsichtnahme in den letzten Jahren aufgehoben. Sie werten nun den Persönlichkeitsschutz höher als das Auskunftsrecht, obwohl das Bundesgericht diese öffentliche Transparenz immer gestützt hatte. Jeder kann seine Daten zwar sperren lassen, diese Sperre kann aber relativ leicht wieder zugunsten eines berechtigten Auskunftersuchens aufgehoben werden. Diese Art von Öffentlichkeit wurde in den Kantonen Appenzell-Ausserrhoden,

Luzern und Schwyz erst kürzlich abgeschafft. Übrig bleiben die Kantone Bern, Zürich, Freiburg, St. Gallen, Waadt, Wallis und Neuenburg – damit immer noch die «halbe Schweiz».¹³

Im schweizerischen Steuerrecht besteht ein ausgesprochener Wettbewerb, der die Steuern insgesamt weiter sinken lässt. Die tiefste Belastung in den einzelnen Kantonen, einschliesslich direkter Bundessteuer, kantonaler Steuersätze und Gemeinde-steuern findet sich im Kanton Luzern. Zug liegt lediglich auf dem 10. Platz der Erhebung des Freiburger Steuerprofessors *Pascal Hinny*.¹⁴ Kontrollen der kantonalen Autonomie im Sinne der Überwachung der formellen Steuerharmonisierung sind ein Anliegen der Finanzdirektorenkonferenz, allerdings ist eine Kontrollkommission immer noch nicht eingesetzt worden.

2. Pauschalbesteuerung

Nicht einmal ein Promille der Wohnbevölkerung kann als Ausländer die sog. Pauschalbesteuerung in Anspruch nehmen. Weil diese Ausländer in der Schweiz (zumindest nach eigenen Angaben) keiner Erwerbstätigkeit nachgehen, gewähren ihnen die Steuerbehörden eine Abweichung vom Prinzip der Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit und besteuern etwa das Fünffache der ausgewiesenen Wohnkosten. Ein Drittel der Pauschalbesteuerten lebt in den Kantonen Waadt und Wallis.¹⁵ Zürich ist bisher der einzige Kanton, der den Schritt der völligen Abschaffung vollzogen hat. In vielen weiteren Kantonen wird dies kontrovers diskutiert. Abschaffen oder mindestens verschärfen lauten die Devisen. Im Kanton Glarus wurde die Abschaffung Anfang Mai 2011 knapp abgelehnt; am 15.05.2011 entschied der Kanton Thurgau, in dem gerade 127 Pauschalbesteuerte leben, die Pauschalbesteuerung nicht abzuschaffen, sondern bereits zum zweiten Mal zu verschärfen.

Nach kantonalen Abstimmungen wie bspw. in St. Gallen, Appenzell-Ausserrhoden oder Schaffhausen bildet sich langsam ein nationaler Konsens heraus: Künftig soll nach der Wirtschaftskommission des Ständerates die Bemessungsgrundlage mindestens das Siebenfache des Mietwertes erreichen; so auch die

¹² NZZ vom 21.12.2010 («Klumpenrisiko Bankgeheimnis»).

¹³ NZZ vom 11.01.2012 («CS liefert zu viele Kundendaten»); NZZ vom 14.01.2012 («Das Bankgeheimnis ad absurdum geführt»).

¹⁴ NZZ vom 18.01.2012 («Grosszügige Einblicke in die Steuerregister»).

¹⁵ *Hinny*, Steuerrecht 2012, Zürich, 2012. Überblick zum Steuerrecht s.a. *Wagner*, *steueranwaltsmagazin* 2011, 26 ff.; *Glaser/Beusch*, Entwicklungen im Steuerrecht, SJZ 107 (2011), 253 ff.; NZZ vom 17.01.2012 («Die Steuern sind weiter gesunken»).

Konferenz der kantonalen Finanzdirektoren. Grundsätzlich will man damit «den Fünfer und das Weggli»: Dank weiterhin gültiger Pauschalsteuer versucht man die ganz reichen Ausländer im Kanton zu halten, andererseits soll die verschärfte Regelung für höhere Einnahmen und «gerechtere» Besteuerung sorgen.

3. Steueramnestie, Steuerstrafrecht

Auch im zweiten Jahr führte die Steueramnestie allein im Kanton Zürich zu rund 1.000 Selbstanzeigen. In diesen wurden gut 600 Millionen Franken nacherklärt, was zu Nachsteuererträgen von rund 50 Millionen Franken führte. Die Zahl der Selbstanzeigen ist damit um knapp ein Drittel zurückgegangen.¹⁶

4. Unternehmenssteuerreform II

Auf den 01.01.2011 sind die letzten Teile der Unternehmenssteuerreform II in Kraft getreten. Mit der Unternehmenssteuerreform II wurde in der Schweiz das Kapitaleinlageprinzip eingeführt. Damit wurde das bisherige (verfassungswidrige) Nennwertprinzip ersetzt, wonach Aufgelder (Agio) oder Zuschüsse von Anteilshabern bei der Rückzahlung nochmals als Einkommen besteuert wurden. Diese Mehrfachbesteuerung wurde also als Wettbewerbsnachteil für den Steuerstandort Schweiz abgeschafft, während nun SP und Grüne beantragt hatten, die Volksabstimmung von 2008 zu wiederholen, mit dem Ziel die geänderte steuerliche Regelung wieder zu kippen. Der Nationalrat hat im April 2011 alle diesbezüglichen Anträge abgelehnt.¹⁷

5. Steuererleichterungen in Kantonen

Die Bürger des Kantons Zürich sind derzeit für Steuersenkungen nicht zu haben. Sowohl die Vorlagen der Kantonsregierung wurden (knapp mit 50,8% Nein-Stimmen) abgelehnt wie auch die Gegenvorschläge (deutlich mit 62% Nein-Stimmen). Alle sind sich jedoch darin einig, dass die kalte Progression ausgeglichen werden soll und dass auch der bevölkerungsstarke Kanton Zürich sich dem Steuerwettbewerb stellen muss.

6. Abkommen Deutschland/Schweiz

Zum ersten Mal ist von zwei Abkommen zwischen der Schweiz und Deutschland die Rede. Neben dem DBA¹⁸, das mit einer grossen Auskunfts Klausel analog dem Art. 26 OECD-MA ausgestattet wurde wurde nun ein Abkommen abgeschlossen, das

auch das bisher nicht lösbare Problem der «Altlasten» angepackt hat. Sowohl die (noch nicht verjährten) letzten Jahre sollen besteuert werden, aber auch in Zukunft soll eine Pauschalsteuer iHv gut 26% pauschal die Steuerlast abgelden können, ohne die Identität des Betroffenen offenlegen zu müssen.

Die Ratifizierung in Deutschland steht noch in Frage bzw. verzögert sich.¹⁹ Da die Bundesregierung im Bundesrat keine Mehrheit hat, haben die SPD-geführten Bundesländer angekündigt, ihre Zustimmung zu verweigern. Aufgrund der verlangten Nachverhandlungen mit der Schweiz und einem grosszügigeren Informationsaustausch wurde eine Bund-Länder-Arbeitsgruppe eingesetzt, die bis Januar 2012 freilich noch nicht getagt hat. Auch die EU hat Bedenken angemeldet, das das Abkommen aus ihrer Sicht nicht mit dem bestehenden EU-Zinsbesteuerungsabkommen mit der Schweiz vereinbar sei.

7. Rechtsprechung in Steuersachen

Auch bei Steuerhinterziehung darf die Eidgenössische Steuerverwaltung zur Sicherung des noch zu zahlenden Steuerbetrages Vermögenswerte des Steuerpflichtigen beschlagnahmen. Mit dem Urteil 1B_417/2010 hat das Bundesgericht ein anderslautendes Urteil des Bundesstrafgerichtes in Bellinzona aufgehoben.²⁰ Die vom Bundesstrafgericht vertretene Auffassung würde dazu führen, dass beim Verdacht auf schwere Steuerstraftaten, insbesondere fortgesetzter Hinterziehungen grösserer Beträge, keine sichernde Vermögensbeschlagnahme mehr möglich wäre, so das Bundesgericht.

Im «Kontext der UBS-Saga» hat das Bundesverwaltungsgericht in einer Entscheidung über internationale Rechtshilfe²¹ die Frage eines von einem irrevocable und discretionary trust gehaltenen Bankkonto entschieden: Die Begünstigten halten nur eine Anwartschaft auf das Vermögen und die Erträge. Damit

¹⁶ NZZ vom 06.05. und 16.05.2011.

¹⁷ NZZ vom 05.01.2012 («Mehr als 600 Millionen Franken Schwarzgeld deklariert»).

¹⁸ *Glauser/Beusch*, Entwicklungen im Steuerrecht, SJZ 107 (2011), 254. NZZ vom 02.05.2011 («Unternehmenssteuerreform und Stimmungsmache»).

¹⁹ Zum 01.01.2011 bestanden DBA der Schweiz mit 114 Staaten, s. *Glauser/Beusch*, Entwicklungen im Steuerrecht, SJZ 107 (2011), 255. Über 20 DBA nach OECD-Standard sind bereits von National- und Ständerat genehmigt worden; über die Hälfte davon sind bereits in Kraft (Quelle: EFD; www.efd.admin.ch).

²⁰ NZZ vom 20.01.2012 («Verzögerungen beim Steuerabkommen mit Deutschland»).

²¹ NZZ vom 27.04.2011 und zuvor 16.12.2010.

sind sie nicht die wirtschaftlich Berechtigten des Trusts, wenn dieser – wie von den Beschwerdeführern nachgewiesen werden konnte – irrevocable und discretionary ist. Amtshilfe konnte in diesem Fall nicht gewährt werden.

Bereits im Jahr 2009 hat das Bundesgericht seine Haltung zu Stiftungen mit voraussetzungslosen Unterhaltsleistungen an Begünstigte (Art. 335 ZGB) geändert und bspw. liechtensteinische Stiftungen mit Vermögen und Stiftern in der Schweiz zugelassen. Diese Rechtsprechung wurde mit zwei Entscheidungen Ende 2010 bekräftigt.²² Damit können Herr und Frau Schweizer mit Hilfe einer liechtensteinischen Familienstiftung (oder mit einem angelsächsischen Trust) im Ausland das tun, was ihnen Art. 335 ZGB verbietet. Sie haben dabei die Schranken der schweizerischen Rechtsordnung zu beachten, insbesondere das Pflichtteilsrecht und den numerus clausus erbrechtlicher Verfügungsformen.

IV. Weitere wirtschaftsrechtlich relevante Rechtsgebiete

Im Bank- und Kapitalmarktrecht²³ spielte die Bewältigung der Finanzmarktkrise eine grosse Rolle, geprägt von der too-big-to-fail-Vorlage und der revidierten Eigenmittelanforderungen.

Die Finanzmarktaufsichtsbehörde FINMA war genauso beschäftigt wie nicht minder die Wettbewerbskommission: Im Wettbewerbs- und Kartellrecht²⁴ steht nun insbesondere die Änderung des Kartellgesetzes an wie auch die Weiterführungen der Bemühungen um die Schaffung eines Bundeswettbewerbsgerichts. Im Immaterialgüter- und Lauterkeitsrecht²⁵ ist insbesondere hervorzuheben, dass zum 01.01.2012 das Bundespatentgericht seine Arbeit aufnahm.

Schliesslich sind im schweizerischen internationalen Privatrecht²⁶ folgende Entwicklungen hervorzuheben: Das revidierte Lugano-Übereinkommen («Lugano II») trat für die Schweiz zum 01.01.2011 in Kraft. Die Rechtsprechung zu den Staatsverträgen und der Auslegung einzelner Begriffe von Bundesgericht und EuGH ist enorm.

Derweil bleibt eine Auflockerung der «Lex Koller» weiterhin im Gespräch, bislang allerdings ohne konkrete Ergebnis. In anderen Rechtsgebieten, die Wirtschafts- und Steuerrecht an Rande tangieren, seien die Entscheidungen des Bundesgerichts zum Anwaltsgeheimnis (auch) gegenüber den Erben des Mandanten und zur Auskunftspflicht von Erben hervorgehoben.²⁷

V. Schlussbemerkungen

Bereits Ende 2010 hat der Europäische Rat die europäisch-schweizerischen Problemfelder konstatiert und eine Zwischenbilanz erstellt: Die Interessen kollidierten insbesondere in den Bereichen der tiefen kantonalen Steuersätze und dem Modus für die Übernahmen von EU-Recht.²⁸ Der Schweiz scheint seit mehreren Jahren kein sektorielles Abkommen mehr zu gelingen, die EU scheint dies auch nicht zu wollen.

Die Schweizer hatten im vergangenen Jahr Glück und Pech mit der Stärke des Schweizerfrankens: Der Franken erstarkte auf eine kurzzeitige Parität von 1:1 zum Euro, was die Wirtschaft betäubte, die konsumfreudigen und mobilen Bürger jedoch sehr erfreute. Schliesslich wurde ein Kurs mit der Grenze von 1:1,20 von der Nationalbank festgelegt.

Brauchen die Schweizer eigentlich ihre Nachbarn, wo sie sich doch so schön mit sich selbst beschäftigen können? Während die Bundesregierung vor kurzem noch von Frauen majorisiert wurde (*Micheline Calmy-Rey* statt *Alain Berset*) hat die Gleichberechtigung im öffentlichen Leben noch erheblichen Nachholbedarf: Die Zünfte von Zürich erlauben der einzigen Frauenzunft immer noch nicht, bei ihrem volksfestartigen Umzug, dem sog. «Sechseläuten», mitzugehen.²⁹

Wenn selbst liberale Europäer wie der luxemburgische Ministerpräsident *Claude Juncker* die Schweiz als «geostrategisches Unding» bezeichnen, sollte sich nicht die Schweizer Arroganz erheben, sondern ein Umdenken Platz greifen. Schliesslich liegt der Gedanke der europäischen Justizkommissarin *Viviane Reding* nicht so fern: «(...) dass wir uns in der Ära nach Lissabon nicht viel mit einem Staat befassen werden, der uns nicht beitreten will. Es ist vielmehr an diesem Staat, sich mit uns zu befassen und sich unserem Tempo anzupassen.»

²² BVGer vom 23.03.2011, A-6903/2010; hierzu *Glaser/Beusch*, Entwicklungen im Steuerrecht, SJZ 107 (2011), 258.

²³ *Jakob*, Entwicklungen im Vereins- und Stiftungsrecht, SJZ 107 (2011), 496 ff. m.w.N.; Urt. vom 29.10.2009, BGE 135 III 614; 2C_157/2010 und 2C_163/2010.

²⁴ *Nobel*, Entwicklungen im Bank- und Kapitalmarktrecht, SJZ 107 (2011), 6 ff., 108 (2012), 10 ff.

²⁵ *Jacobs*, Entwicklungen im Wettbewerbs- und Kartellrecht, SJZ 107 (2011), 206 ff.

²⁶ *Berger*, Entwicklungen im Immaterialgüter- und Lauterkeitsrecht, SJZ 107 (2011), 385 ff.

²⁷ *Girsberger/Schramm*, Entwicklungen im schweizerischen internationalen Privatrecht, SJZ 107 (2011), 80 ff. Zur Rechtsprechung von BG und EuGH s. dort S. 81 ff.

²⁸ *Breitschmid/Kamp*, Entwicklungen im Erbrecht, SJZ 107 (2011), 105 ff. m.w.N. auf BGE 135 III 597 und BGE 136 III 461.

²⁹ NZZ vom 21.12.2010 («Stau zwischen Bern und Brüssel»).

³⁰ NZZ vom 29.10.2011 («Sechseläuten weiter ohne Frauen»).

EXECUTIVE MASTER OF LAWS IN

INTERNATIONAL TAXATION

LL.M. (International Taxation)



International Taxation: Steuersysteme – Steuerrecht – Steuerkooperation – Steuerplanung

Modul 1 | 6 Tage, 5 ECTS-Punkte

Steuersysteme; Nationales und Internationales Steuerrecht:
LI, AT, CH, DE

Modul 2 | 6 Tage, 5 ECTS-Punkte

Internationale Steuerkooperation: DBA/TIEA;
Europäisches Steuerrecht: EU/EWR; UK-Steuerrecht

Modul 3 | 6 Tage, 5 ECTS-Punkte

Nationale und internationale Besteuerung von Unternehmen
und Konzernen; US-amerikanisches Steuerrecht

Modul 4 | 6 Tage, 5 ECTS-Punkte

Internationale Steuerplanung: Unternehmen;
Mehrwert- und Umsatzsteuerrecht

Modul 5 | 6 Tage, 5 ECTS-Punkte

Internationale Steuerplanung: Vermögensstrukturen,
Lebensversicherungen; Steuerstrafrecht: LI, AT, CH, DE

Modul 6 | 6 Tage, 5 ECTS-Punkte

Internationale Steuerplanung: Finanzinstrumente:
LI, AT, CH, DE; EU-Zinsbesteuerung; Lux-Steuerrecht

Modul 7 | 6 Tage, 5 ECTS-Punkte

International Tax Planning: Corporate and Wealth Tax
Management; HK-/SG-Steuerrecht

Modul 8 | 6 Tage, 5 ECTS-Punkte

International Private Wealth Management:
Finance, Recht, Steuern

Zeitraum

Ab September 2012, 3 Semester, Unterricht 1x pro Monat,
jeweils Donnerstag bis Samstag ganztags, 10 Lektionen
pro Tag à 45 Minuten

Referenten

Experten aus der Wissenschaft und Praxis, Lehrstuhlinhaber
und Mitarbeiter des Lehrstuhls für Betriebswirtschaftliche
Steuerlehre, Internationales und Liechtensteinisches Steuer-
recht

Informationen

www.uni.li/llm und anja.gierhake@uni.li,
Telefon +423 265 11 65

UNIVERSITÄT
LIECHTENSTEIN

veranstaltungen: rückblick

Im letzten Quartal fanden einige interessante Veranstaltungen statt, die die juristische Diskussion in Liechtenstein voranbrachten. Hier seien nur einige herausgegriffen:

Veranstaltungsreihe 2012

Zum Thema «Anerkennung liechtensteinischer Gesellschaften im Ausland» referierten im «Adler» in Vaduz Herr Rechtsanwalt *Dr. Mario Frick*, Seeger Frick & Partner, Rechtsanwälte, Schaan und *Dr. Peter Prast*, Juratrust AG, Vaduz. Unter der Moderation von *Jürgen Wagner, LL.M.*, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht, Herausgeber **liechtenstein-journal** fanden sich gut 20 Teilnehmer zu interessanten Vorträgen und Diskussionen.

Es ging um die unbefriedigende Situation, dass der seit Jahrzehnten schwelende, jetzt überwunden geglaubte Mißstand bei der Anerkennung liechtensteinischer Gesellschaften im Ausland, resp. in Deutschland durch zwei Urteile deutscher Oberlandesgerichte in Frage gestellt wurde. In der Gemengelage zwischen rechtlichen Feststellungen und politischen (Image)-Fragen wurde jedoch jedem bewusst, dass es nicht ausreicht, sich über bestehende Zustände zu beklagen: Man muss (meist selbst) etwas tun und kann sich (selten) auf das Engagement anderer alleine verlassen.

Auch in Deutschland wird die Rechtsprechung des obersten Zivilgerichts kritisiert, die derzeit die Niederlassungsfreiheit einschränkt. Der II. Senat des Bundesgerichtshofs (BGH) hatte erst vor wenigen Monaten über die internationale Zuständigkeit für gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten zu entscheiden.

Er ging davon aus, es sei im Rahmen von Art. 22 Nr. 2 EuGVVO bei einer in einem Mitgliedsstaat der Europäischen Union gegründeten Gesellschaft nach der Gründungstheorie auf deren Satzungssitz im Herkunftsstaat abzustellen; daher seien auch derartige Binnenstreitigkeiten einer ausländischen Gesellschaft mit Verwaltungssitz im Inland vor den Gerichten des Herkunftsstaates auszutragen.¹

Der EuGH hat nun zur deutschen Wegzugssteuer entschieden. Er stellte in der Entscheidung *National Grid Indus BV*² fest, dass es die in Art. 49 AEUV garantierte Niederlassungsfreiheit dem Wegzugsstaat im Falle einer Verlegung des effektiven Verwaltungssitzes einer Gesellschaft aus seinem Hoheitsgebiet heraus nicht verbiete, eine Steuer auf die nicht realisierten Wertzusätze endgültig festzusetzen. Jedoch ist die sofortige Einziehung der Steuer zum Zeitpunkt der Verwaltungssitzverlegung europarechtswidrig. Hierzu bieten sich nun dem deutschen Gesetzgeber zahlreiche Handlungsalternativen, um die deutsche Wegzugsbesteuerung von Gesellschaften europarechtskonform auszugestalten.³

¹ BGH NJW 2011, 3372 m. kritischer Anm. *Hirte*, NJW 2012, 581.

² EuGH vom 29.11.2011, IStR 2012, 27 ff.; hierzu u.a. *Ruiner*, IStR 2012, 49 ff.

³ Hierzu *Ruiner*, IStR 2012, 49 ff.; *Beutel/Rehberg*, IStR 2012, 94 ff.

Der erste Anlass aus der Veranstaltungsreihe 2012 findet am 18. April 2012, 17:30 Uhr, im Gasthaus Adler, in Vaduz statt. Eine Einladung mit dem Thema erhalten Sie in den nächsten Tagen. (siehe auch www.liechtenstien-journal.li)

veranstaltungen: vorschau

Der 1. Zürcher Stiftungsrechtstag hat bereits im Jahr 2010 eine neue Schriftenreihe hervorgebracht: «Perspektiven des Stiftungsrechts in der Schweiz und Europa», 11 Beiträge der Veranstaltung 1. Zürcher Stiftungsrechtstag wurden darin veröffentlicht und begründen die Reihe «Schriften zum Stiftungsrecht» (s. npor 1/2011, S. XI). Der **2. Stiftungsrechtstag** findet am 15.06.2012 in Zürich statt.

«Stiften und Gestalten – Anforderungen an ein zeitgemässes rechtliches Umfeld»

Stiftungsstandort Schweiz – heute und morgen: Nach einer Bestandsaufnahme der aktuellen Entwicklungen im schweizerischen und europäischen Stiftungswesen wird es um die Frage gehen, inwieweit sich innovative Formen der Philanthropie im heutigen Stiftungs- und Gemeinnützigkeitsrecht umsetzen lassen. Ein Impulsreferat aus Unternehmenssicht leitet über zu einer Podiumsdiskussion über die Zukunft der Rahmenbedingungen für Stiftungstätigkeit in der Schweiz.

Vertragsgestaltung im Stiftungsrecht: Ausgehend von der Erkenntnis, dass es nicht immer «die eigene Stiftung» sein muss und Kooperationen an Bedeutung erlangen, wird der Blick auf die bisher kaum thematisierte Problematik der Ausgestaltung von Zuwendungsverträgen, unselbständigen Stiftungen und Kooperationsvereinbarungen gelegt.

Asset Protection und Rechte Dritter: Gemeinnützige wie auch privatnützige Vermögensperpetuierung stehen in einem Spannungsverhältnis zu Rechten Dritter. Insbesondere das Pflichtteilsrecht ist in die wissenschaftliche und politische Diskussion

geraten. Zudem werden Rechte Dritter gegenüber internationalen Truststrukturen sowie (schieds-) verfahrensrechtliche Aspekte im Zusammenhang mit internationaler «Asset Protection» thematisiert. Hierbei wird der Fokus jeweils auch auf den Finanzplatz Liechtenstein gelegt.

Die Tagung wird organisiert und geleitet von *Prof. Dr. Dominique Jakob*, Zentrum für Stiftungsrecht an der Universität Zürich, unter Mitwirkung von: lic. phil. I MScM *Beate Eckhardt*, Dr. Harold Grüninger, Ständerat Prof. Dr. Felix Gutzwiller, Dr. *Joh. Christian Jacobs*, Prof. Dr. Dominique Jakob, Dr. *Manuel Liatowitsch*, Dr. *Florian Marxer*, Dipl. pol. *Carolina Müller-Möhl*, Dr. *Peter Picht*, Prof. Dr. *Anne Röthel*, Prof. Dr. *Anton K. Schnyder*, Dr. Dr. *Thomas Sprecher*.

In Kooperation mit dem Europainstitut der Universität Zürich und mit freundlicher Unterstützung von Swissfoundations und Wegelin Zürich.

Anmeldung und weitere Informationen unter www.zentrumstiftungsrecht.uzh.ch.

Universität Liechtenstein

Am 22.03.2012 findet der vom Lehrstuhl für Gesellschafts-, Stiftungs- und Trustrecht veranstaltete **«18. Rechtsprechtag»** mit Prof. Dr. Dr. h.c. *Werner F. Ebke*, LL.M., Direktor Institut für deutsches und europäisches Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht, Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg statt.

Prof. *Ebke* wird sich folgendem Thema widmen: «Neue Rechtsprechung zur Abschlussprüferhaftung in Liechtenstein und Europa».

liechtensteinjournal

Recht in Liechtenstein

Veranstaltungs-Reihe 2012

Mittwoch, 18. April 2012, 17.30 Uhr, Gasthaus «Adler», Herrengasse 2, 9490 Vaduz
Das Programm wird Ihnen rechtzeitig mit einer separaten Einladung bekanntgegeben.