



LJZ

LIECHTENSTEINISCHE

JURISTEN-ZEITUNG

Eigentümer, Herausgeber und Verleger: Vereinigung Liechtensteinischer Richter (VLR), Vaduz,
c/o Fürstliches Landgericht, FL-9490 Vaduz, Spaniagasse 1

Heft 3

September 2020

41. Jahrgang

Inhaltsverzeichnis

Vorab	207	Rechtsprechungsübersicht	280
Abhandlungen		Fachliteratur	281
Alexandra Butterstein: Rechtsvergleichende Betrachtung der Errichtung einer Substiftung und des Trust Decanting	208	Amtliche	
Marco Dworschak/Nicolas Raschauer: «Whistleblowing» – Grundrechtliche Weichenstellungen in Liechtenstein	216	Liechtensteinische Entscheidungssammlung (LES)	
Marco Lettenbichler/Maximilian Jörg: Der «Dash Smart Shelf» aus Sicht der liechtensteinischen Vertragsrechtsdogmatik	232	Staatsgerichtshof	133
Judith Sild: Die Rechtsprechung des EFTA-GH im Jahr 2019. Zudem Entscheidungsübersicht europäischer Gerichte und Behörden	239	Verwaltungsgerichtshof	145
Mathias Walch: Zum Missbrauch der Vertretungsmacht und der Wissenszurechnung	250	Fürstlicher Oberster Gerichtshof	156
Mathias Walch: Zur Selbstbindung des OGH im Liechtensteinischen Zivilprozessrecht	272	Fürstliches Obergericht	177

Übersetzen
Dolmetschen
Sprachreisen



Interlingua

Language professionals



Interlingua Anstalt
Postfach 376
FL-9490 Vaduz
Telefon +423-232 13 74
Telefax +423-232 08 42
info@interlingua.li
www.interlingua.li

Liechtensteinische Juristenzeitung (LJZ):

Für die Redaktion bestimmte Zuschriften und Manuskripte, Besprechungsexemplare und Zeitschriften sind an die Schriftleitung, FL-9490 Vaduz, Spaniagasse 1, zu richten. Die Vereinigung Liechtensteinischer Richter (VLR) behält sich das ausschliessliche Recht der Vervielfältigung und Verbreitung der zum Abdruck gelangenden Beiträge sowie ihre Verwendung für fremdsprachige Ausgaben vor. Für den Inhalt der einzelnen Abhandlungen trägt ausschliesslich der Autor die Verantwortung.

Druck: Gutenberg AG, FL-9494 Schaan

ISSN 1029-1776

Bezugsbedingungen:

Das Jahresabonnement der Liechtensteinischen Juristenzeitung (LJZ), umfassend vier Hefte, Inhaltsverzeichnis, Einbanddecke und Volltext-Suche auf der Homepage www.juristenzeitung.li, beträgt ab 01.01.2014 CHF 160.– zuzüglich Versandkosten.

Abonnements können beim Sekretariat der Vereinigung Liechtensteinischer Richter (VLR), Frau Pamela Begle, c/o Obergericht, FL-9490 Vaduz, Spaniagasse 1, Telefon +423/236 71 83, E-Mail: pamela.begle@gerichte.li, bestellt werden.

Anzeigenaufträge werden vom Sekretariat der Vereinigung Liechtensteinischer Richter (VLR), FL-9490 Vaduz, Spaniagasse 1, entgegengenommen.

LJZ

LIECHTENSTEINISCHE
JURISTEN-ZEITUNG

Offizielles Mitteilungsorgan
der Vereinigung
Liechtensteinischer Richter (VLR)

2020

41. Jahrgang

Vorab

«SARS-CoV-2» wird den Geschäftsgang der Gerichte erwartungsgemäss auch während der nächsten Monate beeinflussen. In seiner Septembersitzung hat der Landtag beschlossen, die Geltungsdauer «des Gesetzes über Begleitmassnahmen in der Verwaltung und Justiz im Zusammenhang mit dem Coronavirus (Covid-19)» [COVID-19-VJBG] bis 31.12.2020 zu verlängern. Aufhorchen lassen dabei die nicht näher spezifizierten Ausführungen der Regierung im entsprechenden Bericht und Antrag, dass «aktuell (...) zudem geprüft (werde), wie einzelne Elemente des COVID-19-JVBG dauerhaft in bestehende Gesetze überführt werden können.» (BuA Nr. 83/2020 S. 6). Bleibt mit Spannung abzuwarten, welche Bestimmungen des COVID-19-JVBG die Regierung insofern konkret ins Auge gefasst hat.

Ebenfalls in seiner Septembersitzung hat der Landtag mit Inkrafttreten jeweils per 01.01.2021 die Abänderung des StGHG, des LVG, des GOG sowie weiterer Gesetze betreffend die Schaffung von Gerichtskanzleien und wissenschaftlichen Diensten bei den Höchstgerichten STGH, VGH und OGH in 2. Lesung beraten und verabschiedet. Die Schaffung von Gerichtskanzleien und wissenschaftlichen Diensten bei den bloss mit nebenamtlich tätigen Richtern besetzten Höchstgerichten ist zweifellos zu begrüssen. Zu bedauern bleibt, dass damit gemäss den Ausführungen der Regierung in deren Stellungnahme zu den in 1. Lesung aufgeworfenen Fragen (BuA 2020 Nr. 74 S. 6 f) eine «wirkliche» Professionalisierung der Höchstgerichte in dem Sinne, dass zumindest ein Teil der Höchst-

richter vollamtlich bestellt wird, in weite Ferne gerückt sein dürfte.

Eher verwunderlich mutet die von einem Volksvertreter im Septemberlandtag gestellte Kleine Anfrage an, mit welcher dieser im Zusammenhang mit einer noch nicht rechtskräftigen Verurteilung eines Klerikers – nur dieser hatte gegen das erstinstanzliche, ihn wegen eines Vergehens nach § 219 StGB zu einer teilbedingt nachgesehenen Geldstrafe verurteilende, Urteil des Landgerichts Berufung erhoben – von der zuständigen Justizministerin in Erfahrung bringen wollte, weshalb «in Anbetracht der besonderen Stellung des Delinquenten und des möglichen Straffrahmens auch noch der grössere Teilbetrag der verhängten Geldstrafe nur als bedingt gesprochen, also praktisch auch noch strafgemildert» worden sei. In ihrer kurzen Beantwortung dieser Kleinen Anfrage rief die Justizministerin dem Volksvertreter völlig zu Recht einige rechtsstaatliche Grundsätze in Erinnerung.

Uwe Öbri

Abhandlungen

Rechtsvergleichende Betrachtung der Errichtung einer Substiftung und des *Trust Decanting*

Alexandra Butterstein*

A. Einleitung

Die Rechtsform der Stiftung entwickelte sich im Civil Law von ihren zunächst kirchlichen und gemeinnützigen Zwecken hin zu einer dauerhaften Möglichkeit, den Stifterwillen auch privatrechtlich durch ein Zweckvermögen mit eigener Rechtspersönlichkeit zu perpetuieren.¹ Dem Trust kommt im Rechtskreis des Common Law die vergleichbare Funktion des Erhalts und der kontrollierten Weitergabe von Vermögen (Private Wealth Preservation) zu, weswegen dieser als «Gegenstück» zur kontinentaleuropäischen Rechtsform der Stiftung rechtsvergleichend betrachtet werden kann.

In den letzten Jahren entstand im Umfeld beider Rechtsinstitute das Bedürfnis, mehr Flexibilität hinsichtlich der vermögens- und organisationsrechtlichen Ausgestaltung auch nach deren Errichtung zu ermöglichen. Unabhängig voneinander entwickelte sich in den beiden Rechtskreisen ein ähnlicher Mechanismus, um diesem Bedürfnis gerecht zu werden. Dabei wählte die Praxis ohne eine spezielle gesetzliche Regelung den Weg über die erneute Errichtung einer (Sub-)Stiftung oder eines (Sub-)Trusts, um sodann Vermögenswerte auf den neu ausgestalteten Rechtsträger übertragen zu können.

Im Folgenden soll nicht versucht werden, stiftungs- oder trustrechtliche Fragestellungen unter Heranziehung des jeweils anderen Rechtsinstituts zu untersuchen. Dies ist aufgrund der rechtsdogmatischen Unterschiede trotz des rechtsfunktionalen Zusammenhangs nicht möglich.² Jedem dieser beiden Rechtsinstitute ist eine eigene Rechtstradition immanent, die sich in ihrer jeweiligen Ausgestaltung widerspiegelt und sich nicht modifizieren lässt. Ähnlich wie bei der Stiftung wird auch der Trust durch eine Vermögenswidmung einem bestimmten Zweck unterstellt. Im Gegensatz zur Stiftung entsteht jedoch keine Rechtsform mit eigener Rechtspersönlichkeit. Da der Trust folglich nicht selbst Träger von Rechten und Pflichten sein kann, ist der *trustee* rechtlicher Volleigentümer des Trustvermögens und hat dies zugunsten der *beneficiaries* als Sondervermögen zu behandeln.³ Hier-

durch ergibt sich eine Aufspaltung des Eigentums, indem das formelle Eigentum dem *trustee* und das materielle Eigentum den *beneficiaries* zufällt.⁴ Dieses dualistische Eigentumsverständnis, das sich in der Trennung von Common Law und Equity Law (Billigkeit) findet, ist vielen kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen völlig fremd. In diesem Lichte liegt der Treuhand nach römisch-rechtlichem Rechtsverständnis nachvollziehbar nur ein schuldrechtliches Vertragsverhältnis zugrunde, das zu keinen dinglichen Verwaltungsrechten des Treuhänders führt.⁵ Dennoch ist einzelnen kontinentaleuropäischen Staaten wie Italien, Liechtenstein, Luxemburg oder der Schweiz eine solche dingliche Wirkung des «Treuhandverhältnisses» bekannt, was sich in deren Ratifizierung des Übereinkommens über das auf Trusts anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung⁶ (Haager Trustübereinkommen, HTÜ) zeigt. Allerdings haben nicht alle Jurisdiktionen wie Liechtenstein ein eigenes Trustrecht mit dinglicher Wirkung – Art 897-932 Personen- und Gesellschaftsrecht (PGR)⁷ – neben dem Stiftungsrecht normiert. Vor diesem Hintergrund ist die rechtsvergleichende Untersuchung der Substiftung und des *trust decanting* von besonderem Interesse für das liechtensteinische Recht.

Dieser Beitrag soll daher der Frage nachgehen, wie mit dem Bedürfnis nach der Aufrechterhaltung von Flexibilität auch nach der Errichtung der jeweiligen Rechtsform in ihrem rechtlichen Umfeld umgegangen werden kann und welcher Mechanismus sich in den Rechtskreisen des Civil Law und des Common Law hierzu entwickelte. Hierbei kann das methodische Grundprinzip der funktionalen Rechtsvergleichung⁸ wertvolle Erkenntnisse insbesondere für das Fürstentum Liechtenstein erbringen, in dessen Rechtssystem bekanntlich der Trust eine ebenso lange Rechtstradition wie die Rechtsform der Stiftung hat. Als erste kontinentaleuropäische Rechtsordnung in Europa hat der liechtensteinische Gesetzgeber im PGR den Trust bzw die Treuhänderschaft materiellrechtlich geregelt und mit landesspezifischen Besonderheiten dem angelsächsischen Rechtskreis nachgebildet.⁹ Diese sich hierin zeigende für sogenannte «Klein-» oder «Mikrostaaten» übliche Methodik der Rezeption ausländischen Rechts in Form der gezielten Eingliederung in das nationale Rechts-

steinischen Treuhandrecht, ZSR 2000, 175 (213 ff); *Cutbill/Sturm*, Länderbericht England, in *Richter/Wachter* (Hrsg), Handbuch des internationalen Stiftungsrechts¹ (2007) 831, Rn 7.

⁴ *Butterstein* in *Husemann/Korves/Rosenkranz* 383.

⁵ *Schurr*, Der Liechtensteinische Trust als alternatives Gestaltungsinstrument zur Stiftung, in *Schurr* (Hrsg), Das neue liechtensteinische Stiftungsrecht (2008) 133 (137); *Schurr* in *Altmeyden* 767.

⁶ Haager Übereinkommen – HTÜ – vom 1. Juli 1985 über das auf Trusts anzuwendende Recht und über ihre Anerkennung, LGBI 2006/62.

⁷ Personen- und Gesellschaftsrecht – PGR – vom 20.01.1926, LGBI 1926/004.

⁸ Siehe hierzu ausführlich *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung³ (1996) 33.

⁹ Vgl *Schurr*, Der Liechtensteinische Trust als alternatives Gestaltungsinstrument zur Stiftung, in *Schurr* 136; vgl auch *Butterstein* in *Husemann/Korves/Rosenkranz* 383.

* Dr. Alexandra Butterstein, LL.M. ist Assistenzprofessorin am Lehrstuhl für Gesellschafts-, Stiftungs- und Trustrecht, Institut für Wirtschaftsrecht an der Universität Liechtenstein und Rechtsanwältin in Deutschland (alexandra.butterstein@uni.li).

¹ Vgl *Butterstein*, Registerpublizität und Stiftungsaufsicht im Lichte der jüngsten europäischen Rechtsprechung, in *Husemann/Korves/Rosenkranz* (Hrsg), Strukturwandel und Privatrecht (2019) 375; *Weitemeyer*, Gemeinsame Wurzeln und Wiederannäherung des Stiftungsrechts, in *Jung* (Hrsg), Stärkung des Stiftungswesens (2017) 107 (113).

² Vgl *Schurr*, Der Trust im Fürstentum Liechtenstein – Rechtsdogmatische und rechtsvergleichende Überlegungen, in *Altmeyden* (Hrsg), FS Günter H. Roth (2011) 765 (768).

³ Siehe ausführlich dazu *Bösch*, Schweizerische Spuren im liechten-

umfeld zeigt sich derzeit auch im Rechtsphänomen der Substiftung.¹⁰ Es findet sich zwar weder eine gesetzliche Regelung der Substiftung im liechtensteinischen noch im deutschen, österreichischen oder Schweizer Recht,¹¹ allerdings werden die Substiftung und deren Errichtung in Österreich in der Rechtsprechung und Literatur eingehend behandelt und diskutiert. In Liechtenstein findet sich derzeit hingegen keine Judikatur zur Substiftung, lediglich jüngst eine Entscheidung zur Rechtsfrage der kongruenten Zweckbestimmung im Kontext einer «Schwesterstiftung».¹² Ausgehend von dem Bedürfnis der rechtlichen Umstrukturierung einer Stiftung im Wege der Errichtung einer weiteren (Sub-)Stiftung durch diese soll das funktional vergleichbare Phänomen im Rechtskreis des Common Law, das *trust decanting*, ebenfalls untersucht werden, um fruchtbare Schlüsse für das im EWR eingebettete Fürstentum Liechtenstein zu ziehen.

B. Die Substiftung

I. Merkmale der Substiftung

Bevor näher die wirtschaftlichen Motive hinter der Rechtsfigur der Substiftung aufgezeigt werden können, sind zunächst ihre Bezeichnung und ihr Wesen relevant. Wie bereits einleitend angemerkt, ist bei der Substiftung der Blick aus dem liechtensteinischen Stiftungsrecht zunächst in die österreichische Literatur erforderlich, welche die von der österreichischen Rechtsprechung¹³ als zulässig erklärte Rechtsfigur der Substiftung hinsichtlich ihrer charakteristischen Merkmale zusammenfasst. Hiernach wird eine Substiftung durch die juristische Person einer Privatstiftung, gegebenenfalls mit anderen Stiftern, errichtet.¹⁴ In Deutschland wird eine solche grundsätzlich ebenfalls zulässig errichtete Stiftung als «Tochterstiftung» bezeichnet.¹⁵ Auch in der Schweiz dürfte von der rechtlichen Zulässigkeit dieser Konstruktion ausgegangen werden, da diese in der Rechtsprechung bereits als

«Tochterstiftung» bezeichnet worden ist.¹⁶ In Liechtenstein ergibt sich die Stifterfähigkeit der Stiftung selbst aus Art 552 § 4 Abs 1 PGR, wonach sowohl eine natürliche als auch juristische Person Stifter sein kann. Im österreichischen Recht findet sich die vergleichbare Regelung in § 3 Privatstiftungsgesetz (PSG)¹⁷. Diese in den jeweiligen Rechtsordnungen gewählten Bezeichnungen der «Sub-» oder «Tochterstiftung» wecken den Eindruck eines hierarchischen Verhältnisses dieser Stiftungen, wie im Fall von Mutter- und Tochtergesellschaften innerhalb einer Holdingstruktur. Die Eigentümerlosigkeit der Stiftung entzieht jedoch einem solchen Vergleich die Grundlage, denn die «Mutter-» und die «Tochter-»Stiftung sind selbständige Stiftungen.¹⁸ Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Stiftung als juristische Person sich im liechtensteinischen Stiftungsrecht als Stifterin gem Art 552 § 30 Abs 2 PGR keine Änderungs- und/oder Widerrufrechte vorbehalten kann und somit die Stiftungen auch keinem unmittelbaren gegenseitigen Einfluss unterliegen. Insofern sind die Bezeichnungen der «Sub-» oder «Tochter-»Stiftungen missverständlich.¹⁹ In Liechtenstein trifft man dennoch zumeist auf die österreichische Bezeichnung der «Substiftung». Im Folgenden wird daher auch die Bezeichnung «Substiftung» als Pendant zur weniger missverständlichen Bezeichnung der «Hauptstiftung» anstelle der «Mutterstiftung» – gewählt.

II. Wirtschaftliche Motive zur Errichtung einer Substiftung

Die wirtschaftlichen Motive der Errichtung einer Substiftung liegen zum einen in der Aufteilung des Vermögens der Hauptstiftung sowie der Umstrukturierung der Hauptstiftung. Aufgrund der fehlenden korporativen Elemente sehen die meisten Stiftungsrechtsordnungen nicht die Möglichkeit der Umwandlung der Stiftung vor.²⁰ Vor diesem Hintergrund behilft sich die Praxis mit der Rechtsfigur der Substiftung. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass die Umwandlungsprozesse der Verschmelzung und der Spaltung zu einer Übertragung des Vermögens im Ganzen im Wege der Gesamtrechtsnachfolge führen. Hingegen bedarf es im Rahmen der Errichtung einer Substiftung der Übertragung einzelner Vermögenspositionen von der Haupt- auf die Substiftung, wodurch sich dieser Vorgang zeitintensiver gestaltet und nur im Ergebnis mit gesetzlich vorgesehenen Umwandlungsmassnahmen zu vergleichen ist. Dennoch führt die Errichtung einer Substiftung und die damit verbundene Übertragung des Vermögens der Hauptstiftung auf die Substiftung zu deren Vermögensausstattung zu einem gewissen Teilungsprozess.²¹ Insbesondere in dieser Aufteilung des Vermö-

¹⁰ Vgl zur Methodik der Rezeption ausländischen Rechts *Schurr/Butterstein*, Rechtslage in Liechtenstein, in *Nueber/Gass* (Hrsg), Konfliktlösung in Privatstiftungen (2019) 225 (227 Rz 1).

¹¹ Vgl *Hasch/Wolffgruber*, Substiftungen – Voraussetzungen, Einsatz und rechtliche Problemereiche, ZFS 2012, 3; vgl *Kalss*, Sorgfaltspflichten des Stiftungsvorstands bei Errichtung einer Substiftung, in FS *Eccher* (2017) 475 (477).

¹² FIOGH 08 CG.2015.438, LES 2018, 270; ausführlich dazu *Schauer*, Die Verfehlung des Stiftungszwecks und ihre Folgen – Anmerkungen zu OGH 08 CG.2015.438, LJZ 2020, 165; vgl auch: *Hayden*, Pflichtwidriges Handeln des organschaftlichen Vertreters, PSR 2019, 172; *Karollus*, Gedanken zum Missbrauch der Vertretungsmacht und zur Wissenszurechnung aus Anlass der Entscheidung des FL OGH in der Rechtssache 08 CG.2015.438, ZFS 2020, 3; *Motal/Nicolussi*, Reichweite und Grenzen organschaftlicher Vertretungsmacht im liechtensteinischen Stiftungsrecht – zugleich eine Besprechung zu FL OGH 07.09.2018, 08 CG.2015.438, LJZ 2019, 42; *Walch*, Zum Missbrauch der Vertretungsmacht im liechtensteinischen Stiftungsrecht, LJZ 2020, 111.

¹³ ÖOGH 6 Ob 237/15v, PSR 2016, 153; ÖOGH 6 Ob 108/15y, PSR 2016, 150, 150.

¹⁴ *Kalss* in FS *Eccher* 477; *Varro*, Die Zukunft der liechtensteinischen Stiftung aus österreichischer steuerrechtlicher Sicht, *ecolux* 2013, 914 (915).

¹⁵ Vgl *Hüttemann/Rawert* in *Rieble/Staudinger*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, § 81 Rz 8.

¹⁶ Vgl BGE, 103 Ib 161, 166; *Riemer*, Vereins- und Stiftungsrecht (Art 60–89bis ZGB) (2012) Art 80 Rz 9.

¹⁷ Privatstiftungsgesetz – PSG – BGBl 1993/694.

¹⁸ Vgl *Hof*, § 11a Verknüpfung mit anderen Einheiten, in *Richter/Seifart/Campenhausen* (Hrsg), Stiftungsrechts-Handbuch⁴ (2014) 464 Rz 74.

¹⁹ *Marschner*, Optimierung der Familienstiftung⁴ (2019) Rz 1411.

²⁰ Anders zB das Schweizer Fusionsgesetz (FusG), das in Art 78 ff FusG die Möglichkeit der Fusionen von Stiftungen vorsieht.

²¹ Vgl *Precht/Aigner/Sauer*, Privatstiftungen und Unternehmensnachfolgeplanung – Anpassungsbedarf und Gestaltungsmöglichkeiten, ZUS 2012, 44.

gens der Hauptstiftung im Rahmen der Errichtung einer Substiftung zeigt sich ein entscheidendes Motiv in der Praxis zur Errichtung einer Substiftung. Nach Errichtung einer Stiftung verändert sich häufig deren stiftungs- oder steuerrechtliches Umfeld. In der Vergangenheit liess sich insbesondere bei der österreichischen Privatstiftung beobachten, dass Änderungen in der Stiftungssteuerlandschaft die Errichtung einer Substiftung im Ausland, insbesondere in Liechtenstein, zur grenzüberschreitenden Diversifikation des Stiftungsvermögens in der Praxis zur Folge hatten. Aber auch im Hinblick auf das familiäre Umfeld können Änderungen ein Konfliktpotenzial mit sich bringen. Solchen Änderungen oder Interessenskonflikten zwischen den Beteiligten kann oftmals durch die Teilung des Vermögens der Stiftung begegnet werden.²² Eine Aufteilung und Neuordnung des Stiftungsvermögens auf die jeweiligen Stifter- oder Begünstigtenkreise durch die Errichtung einer Substiftung kann in der Praxis oftmals hilfreich oder gar das letzte Mittel sein, um den Zweck der Hauptstiftung und die mit ihrer Errichtung beabsichtigte Family Governance langfristig sicher zu stellen. Neben einer solchen Trennung der Begünstigten oder einer Stiftermehrheit besteht auch die Möglichkeit, den Stifterkreis zu erweitern oder zu erneuern. Letzteres wäre der Fall, wenn der Stifter der Hauptstiftung nicht mehr an der Errichtung der Substiftung beteiligt wäre.²³ Von grösserer Bedeutung ist allerdings das Motiv der Erweiterung des Stifterkreises, da eine andere Möglichkeit zur Erlangung einer Stifterstellung und den hieraus resultierenden Stifterrechten nach Errichtung der Hauptstiftung nicht besteht.²⁴ Zwar werden die Stifterrechte nicht direkt in die nächste Generation weitergegeben, allerdings in den Statuten der neu errichteten Substiftung auch für die neuen Mitstifter vorgesehen.

III. Errichtung einer Substiftung

In Liechtenstein findet sich bisher keine Rechtsprechung zur Frage der Voraussetzungen einer zulässigen Substiftungserrichtung. Bisher findet sich allein die von der Errichtung einer Substiftung losgelöste Frage der kongruenten Zweckbestimmung im Rahmen von «Schwesterstiftungen».²⁵ Blickt man hingegen nach Österreich, findet sich sowohl in der Rechtsprechung als auch in der Literatur ausführliches «Anschauungsmaterial», das für das liechtensteinische Recht unter Berücksichtigung der Besonderheiten im liechtensteinischen Stiftungsrechts einen Rechtsrahmen zur Errichtung von Substiftungen in Liechtenstein aufzeigen kann. Die Basis dieses Rechtsvergleichs der Privatstiftungsmodelle des österreichischen und liechtensteinischen Stiftungsrechts liegt in der Rezeptionsgrundlage des liechtensteinischen Stiftungsrechts vor seiner Totalrevision zum 01.04.2009²⁶

für das österreichische Privatstiftungsgesetz (PSG).²⁷ Sodann dient auch das österreichische Privatstiftungsgesetz als Grundlage der Weiterentwicklung des liechtensteinischen Stiftungsrechts im Rahmen seiner Totalrevision.²⁸ Bekanntlich entwickelt sich das jeweils rezeptierte Recht trotz einer eigenständigen Rechtsfortbildung nicht völlig losgelöst von der «Mutter»-Rechtsordnung weiter (*law in action*).²⁹ Dies intensiviert sich, sofern beide Rechtsordnungen zugleich als Rezeptionsgrundlage sowie rezeptierende Rechtsordnung fungiert haben.³⁰ Vor diesem Hintergrund werden im Folgenden dem Rechtsrahmen einer zulässigen Errichtung einer Substiftung im liechtensteinischen Stiftungsrecht zunächst die österreichischen Voraussetzungen zugrunde gelegt. Sowohl in der Rechtsprechung als auch in der Literatur wird in Österreich für die zulässige Errichtung einer Substiftung entweder eine ausdrückliche Ermächtigung in der Stiftungserklärung der Hauptstiftung zur Errichtung der Substiftung oder die Deckung ihrer Stiftungszwecke vorausgesetzt.

1. Ermächtigung in der Stiftungserklärung

Die erste Möglichkeit der ausdrücklichen Anordnung bzw. Ermächtigung des Stifters in der Stiftungserklärung der Hauptstiftung konkretisiert für sich den Stiftungszweck der Hauptstiftung, woraus die Berechtigung zur Errichtung der Substiftung resultiert.³¹ Sofern diese Ermächtigung nur unkonkret oder pauschal ausgestaltet ist und zum Beispiel eine konkrete Zweckbestimmung der Substiftung unterblieben ist, stellt sich die Frage, ob der Stifter noch lebt und sich ein Änderungsrecht gem Art 552 § 30 PGR statutarisch vorbehalten hat. In diesem Fall besteht die Möglichkeit, dass er den Stiftungszweck, der auch durch die Errichtung der Substiftung und der hierzu erforderlichen Vermögensübertragung auf diese verwirklicht wird, noch hinreichend konkretisiert oder eine Übertragung des Vermögens auf die Substiftung nachträglich genehmigt. Anderenfalls ist alternativ das Erfordernis der sich deckenden Stiftungszwecke zu erfüllen, um eine Substiftung zulässig zu errichten und auf diese Vermögen der Hauptstiftung zu übertragen.³² Dies ist auch nach dem Tod des Stifters erforderlich, da eine statutarische Erweiterung seines höchstpersönlichen Änderungsrechts über seinen Tod hinaus in den Statuten der Stiftung nicht möglich ist.

²² Vgl. auch *Arnold/Ludwig*, Stiftungshandbuch² (2014) Rz 14/3; *Marschner*, Optimierung der Familienstiftung⁴ Rz 1412.

²³ *Müller*, Praktische Fragen und Gestaltungsüberlegungen zur Privatstiftung, in *Gruber/Kalss/Müller* (Hrsg.), Erbrecht und Vermögensnachfolge² (2018) 983 (994 Rz 22).

²⁴ Vgl. *Kalss* in FS *Eccher* 479.

²⁵ FIOGH 08 CG.2015.438, LES 2018, 270; ausführlich dazu *Schauer*, LJZ 2020, 165; vgl. auch: *Hayden*, PSR 2019, 172; *Karollus*, ZFS 2020, 3; *Motal/Nicolussi*, LJZ 2019, 42; *Walch*, LJZ 2020, 111.

²⁶ LGBl 2008/220; BuA Nr 13/2008.

²⁷ *Schurr/Butterstein* in *Nueber/Gass* 229; *Schurr*, Die gemeinnützige Stiftung in Liechtenstein – Potential für die Zukunft, in *Schurr* (Hrsg.), Gemeinnützige Stiftung und Stiftungsmanagement (2010) 63 (66); *Marxer*, Rezeption im liechtensteinischen Gesellschaftsrecht, LJZ 2006, 56 (60); *Woblgenannt*, Verbot von Selbstzweckstiftungen in Österreich und Liechtenstein unter besonderer Berücksichtigung der Unternehmensträgerstiftung (2015) 6.

²⁸ *Marxer & Partner*, Liechtensteinisches Wirtschaftsrecht (2009) 84.

²⁹ Vgl. StGH 1993/013, LES 1994, 49; fIOGH 01 CG 2000.64, LES 2005, 100.

³⁰ Vgl. *Woblgenannt*, Selbstzweckstiftungen 6.

³¹ Vgl. zur Einheit von Zweck und der Bestimmung der Begünstigten *Lorenz* in *Schauer*, Kurzkommentar zum liechtensteinischen Stiftungsrecht, Art 552 § 16 Rz 4.

³² Vgl. auch *Zollner*, Stiftungszweck und Vorstandshandeln, PSR 2019, 124 (130).

Der öOGH hat sich in diesem Kontext in seinen Entscheidungen vom 21.12.2015³³ und 23.02.2016³⁴ mit der Frage auseinandergesetzt, inwiefern der Stifter dieses Änderungsrecht selbst ausüben muss oder er dieses zulässig über den Tod hinaus «erweitern» kann, indem er die Konkretisierung anderen statutarisch einräumt. An dieser Stelle sollen die «Dezember-» und «Februar-Entscheidung» des öOGH nicht im Detail vertieft werden,³⁵ sondern die wesentlichen Erkenntnisse für die Errichtung einer Substiftung betrachtet werden. Der Stifter der «Dezember-Entscheidung» hat sein vorbehaltenes Änderungsrecht zwar vor seinem Tod ausgeübt, jedoch auf derart unbestimmte Weise, dass dieses noch einer Konkretisierung nach seinem Tod bedurfte, die er in der Stiftungsurkunde dem Stiftungsvorstand mit der Massgabe der Wünsche seiner Töchter vorbehalten hat. Wie im liechtensteinischen Stiftungsrecht obliegt allerdings auch im österreichischen Stiftungsrecht das Änderungsrecht als höchstpersönliches Recht nur dem Stifter selbst (vgl. § 33 Abs 3 PSG und Art 552 § 30 Abs 1 Satz 1 PGR). Der öOGH sah dies als eine unzulässige Erweiterung des höchstpersönlichen und demnach weder übertragbaren noch vererbaren Änderungsrechts des Stifters. Ähnlich wie im liechtensteinischen Recht widerspricht dies darüber hinaus der im Gesetz vorgesehenen Konzeption des Änderungsrechts des Stiftungsvorstands nach § 33 Abs 2 PSG. Hiernach ist diesem eine Änderung des Zwecks der Stiftung nur zu dessen Wahrung und folglich zur Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit der Stiftung im Rahmen einer erforderlichen Anpassung aufgrund geänderter Verhältnisse der Stiftung möglich.³⁶ Hingegen kann dem Stiftungsvorstand nicht die Befugnis eingeräumt werden, einen zur Hauptstiftung inkongruenten Zweck der Substiftung festzulegen. Dies zugrunde gelegt kann – vergleichbar mit der österreichischen Rechtslage – einem Stiftungsrat in Liechtenstein nicht die konkrete Ausgestaltung der Substiftung und damit die Verwendung des zu ihrer Errichtung benötigten Vermögens der Hauptstiftung eingeräumt werden, da dies faktisch zu einer unberechtigten Änderung des Stiftungszwecks der Hauptstiftung führt.

In der stiftungsrechtlichen Literatur sah man zum Teil das Ergebnis dieser Entscheidung im Widerspruch zu der zwei Monate später ergangenen «Februar-Entscheidung»³⁷ des öOGH.³⁸ Im der Entscheidung zugrunde liegenden Sach-

verhalt waren «neue» Mitstifter – ua juristische Personen – an der Errichtung der Substiftung beteiligt, die sich mit Genehmigung des Stifters ein Änderungsrecht an dieser vorbehalten haben. Vor dem Hintergrund, dass die Mitstifter zum Teil auch juristische Personen waren, wurde in der Literatur eine ebenfalls unzulässige Perpetuierung des Änderungsrechts über den Tod des Stifters hinaus angenommen. Von Bedeutung in dieser Entscheidung ist, dass der Stifter die Vermögensübertragungen von der Haupt- auf die Substiftung im Rahmen ihrer Errichtung durch Änderung der Stiftungsurkunde der Hauptstiftung nachträglich genehmigte und den Mitstiftern nur ein Änderungsrecht an der Substiftung im Rahmen ihrer Errichtung eingeräumt worden ist. Dies steht im Einklang mit dem Änderungsrecht des Stifters, der dieses auch dahingehend hätte ausüben können, dass er das Vermögen der Hauptstiftung nicht an die Substiftung, sondern an die Mitstifter hätte auskehren können. Vergleichbar hat der Stifter insofern den Mitstiftern ihre jeweilige Stellung als Mitstifter zugewandt. Folglich hat der Stifter durch die Ausübung seines Änderungsrechts dieses nicht erweitert, sondern den Begünstigten hierdurch eine eigene Rechtsposition gegenüber dem Stiftungsvermögen, das zweckkonform ausgeschüttet worden ist, eingeräumt. Es sollte aber darauf geachtet werden, dass diese Öffnung des Stifterkreises der Substiftung bereits in den Statuten der Hauptstiftung Berücksichtigung findet.³⁹ Eine ähnliche Betrachtung legt auch *Umlauf* einer seiner Alternativen zur Lösung der «Widersprüche» zwischen der Dezember- und der Februar-Entscheidung zugrunde, wonach der Stifter auch auf langwierigerem Weg den Begünstigten zunächst Zuwendungen zukommen lassen könnte, die sie in einem weiteren Schritt sodann selbst der Substiftung widmen.⁴⁰ Festgehalten werden kann daher, dass somit im Ergebnis kein Wertungswiderspruch zwischen der «Dezember-» und der «Februar-Entscheidung» des öOGH besteht. Aufgrund der vergleichbaren Rechtslage führt auch die Einräumung konkreter Rechtsstellungen zu Lebzeiten des Stifters in Übereinstimmung mit dem Stiftungszweck der Hauptstiftung zu einer abschließenden Perpetuierung des Änderungsrechts.

2. Deckung der Stiftungszwecke

Der Stiftungsrat ist verpflichtet, den Stiftungszweck zu erfüllen. Findet sich in den Statuten keine ausreichend konkrete Anordnung durch den Stifter zur Errichtung einer Substiftung und ist eine Änderung der Statuten nicht mehr möglich, muss die Errichtung und die damit verbundene Vermögensübertragung von der Haupt- auf die Substiftung durch den Stiftungszweck der Hauptstiftung gedeckt sein.⁴¹ Nur so kann sichergestellt werden, dass sich der Zweck der Hauptstiftung in der Substiftung

³³ Vgl. *Rizzi*, Änderungsrecht des Stiftungsvorstands iZm Errichtung einer Substiftung; Erweiterung des Änderungsrechts des Stiftungsvorstands nicht zulässig, Anm zu öOGH 21.12.2015, *ecolex* 2016, 501 (502).

³⁴ Siehe öOGH 6 Ob 237/15v, PSR 2016, 153.

³⁵ Siehe zur «Dezember-Entscheidung» ausführlich: *Oberndorfer*, Zur Zulässigkeit der Übertragung des Stiftungsvermögens auf Substiftungen, Anm zu öOGH 21.12.2015, ZFS 2016, 20; *Rizzi*, Änderungsrecht des Stiftungsvorstand iZm Errichtung einer Substiftung; Erweiterung des Änderungsrechts des Stiftungsvorstands nicht zulässig, Anm zu öOGH 21.12.2016, 6 Ob 108/15y, *ecolex*, 501; siehe ausführlich zu beiden öOGH-Entscheidungen *Umlauf*, Die beiden ersten OGH-Entscheidungen zur Substiftung und ihre Analyse, NZ 2016, 404.

³⁶ Vgl. öOGH 6 Ob 108/15y, PSR 2016, 150, 152, Ziff 6.2; *Oberndorfer*, ZFS 2016, 24.

³⁷ Siehe öOGH 6 Ob 237/15v, PSR 2016, 153.

³⁸ *Umlauf*, NZ 2016, 405 f.

³⁹ *Arnold*, Privatstiftungsgesetz³ (2013) § 3 Rz 62.

⁴⁰ Vgl. *Umlauf*, NZ 2016, 407.

⁴¹ *Arnold/Ludwig*, Stiftungshandbuch² Rz 14/1; *Arnold/Ludwig*, Exit- und Umgründungsszenarien bei Privatstiftungen, *Kathrein Stiftungsletter* 2004, 5 (13); *Fries/Lechner*, Umstrukturierung von Stiftungen – Spaltungen, Substiftungen, interne Rechenkreise, ZFS 2006, 13 (15); *Hasch/Wolffgruber*, ZFS 2012, 3; vgl. *Zollner*, PSR 2019, 130.

verwirklicht und fortgeführt wird.⁴² Der öOGH⁴³ und die Literatur⁴⁴ sehen das Erfordernis der sich deckenden Stiftungszwecke im Fall «kongruenter» Stiftungszwecke als gegeben. Inwiefern sich allerdings die Stiftungszwecke decken oder nur überschneiden müssen, damit «die Kongruenz des ursprünglichen Stiftungszwecks»⁴⁵ gegeben ist, wird vom öOGH nicht erläutert. Bei einem Blick in den Duden trifft man auf das Synonym der «Übereinstimmung».⁴⁶ Für die Stiftung kann allerdings nur entscheidend sein, dass der Stiftungsrat den Zweck der Hauptstiftung erfüllt, der zugleich den Ermessensspielraum des Stiftungsrats in der Verwendung des Stiftungsvermögens begrenzt und Leitlinien vorgibt.⁴⁷ Je allgemeiner der Stiftungszweck niedergeschrieben ist, desto mehr Handlungs- und Ermessensspielraum kommt dem Stiftungsrat im Rahmen der Errichtung einer Substiftung zu.⁴⁸ Sofern der Stifter im Rahmen der Stiftungserklärung der Hauptstiftung die Ausgestaltung der Substiftung nicht konkretisiert hat, muss der Stiftungsrat insbesondere mit Blick auf die Zuwendungen an die Begünstigten im Rahmen der Errichtung der Substiftung von seinem Ermessen Gebrauch machen.⁴⁹ In der Praxis ist häufig der Fall anzutreffen, dass der Stiftungsrat zur Neuordnung des Stiftungsvermögens im Rahmen von (Interessens-)Konflikten zwischen den Begünstigten das Vermögen der Hauptstiftung und ihre Begünstigten auf unterschiedliche Substiftungen mit identischem Zweck aufteilt. Trotz «teilkongruenter» Stiftungszwecke wird dabei der Stiftungszweck der Hauptstiftung im Rahmen einer ganzheitlichen Betrachtung gewahrt.⁵⁰ Dies gilt insbesondere, wenn durch die Beseitigung von Konflikten in der Begünstigtenstruktur der Stiftungszweck der Hauptstiftung langfristig verwirklicht werden kann.

Neben einer solchen vermögensrechtlichen Ausgestaltung betrifft die Frage der kongruenten Stiftungszwecke von Haupt- und Substiftung – im Lichte der Einheit der Stiftung aus ihrem Zweck, ihrem Vermögen und ihrer Organisation⁵¹ – auch die organisatorische Ausgestaltung der Substiftung. Als mitgliederloses Zweckvermögen

bedarf die langfristige Umsetzung des Stiftungszwecks strengerer Kontrollmechanismen, wodurch organisatorische Änderungen Auswirkungen auf den Stiftungszweck und seine Verwirklichung haben können.⁵² In diesem Kontext stellt sich in der Praxis häufig insbesondere die Frage, ob dem Stifter der Hauptstiftung erneut dieselben Stifterrechte an der Substiftung eingeräumt werden können. Eine solche kongruente Organisationsstruktur von Haupt- und Substiftung kann keinen Einfluss auf die Gewährleistung bzw. Umsetzung des Stiftungszwecks der Hauptstiftung haben. Hingegen können weiterreichende Änderungsrechte des Stifters der Hauptstiftung an der Substiftung die Umsetzung des Zwecks der Hauptstiftung beeinträchtigen, weswegen hiervon im Kontext des Erfordernisses kongruenter Stiftungszwecke bei der Ausgestaltung der Substiftung Abstand genommen werden sollte.⁵³

Eine besonders tragende Rolle im Rahmen der Foundation Governance kommt im liechtensteinischen und österreichischen Stiftungsrecht den Begünstigten zu.⁵⁴ Es stellt sich daher die Frage, ob die Begünstigtenregelungen der Substiftung durch die Aufnahme oder den Ausschluss von einzelnen Begünstigten der Hauptstiftung von dieser variieren können. Dies wirft im Lichte des Erfordernisses kongruenter Stiftungszwecke zugleich die bereits vielfach diskutierte Frage auf, ob die Begünstigtenregelungen ein Bestandteil des Stiftungszwecks sind. Zum Teil wird in der Literatur in der Änderung der Begünstigtenordnung grundsätzlich auch eine Änderung des Stiftungszwecks im liechtensteinischen Recht gesehen.⁵⁵ Diese Beurteilung lässt jedoch die liechtensteinische Besonderheit der möglichen zweiaktigen Ausgestaltung des liechtensteinischen Stiftungszwecks unberücksichtigt. Auch im liechtensteinischen Stiftungsrecht müssen die Stiftungszwecke als sogenannte *essentialia negotii* in der Stiftungsurkunde niedergeschrieben und hinreichend konkretisiert sein.⁵⁶ Trotz einer Konkretisierung des Zwecks der Stiftung durch die Bestellung ihrer Begünstigten ist deren Konkretisierung auch ergänzend erst in den Beistatuten möglich.⁵⁷ Vor diesem Hintergrund führt eine Änderung der Begünstigtenbestellung innerhalb des Begünstigtenkreises nicht zwingend zu einer Änderung des Stiftungszwecks der Hauptstiftung.⁵⁸ Zu berücksichtigen ist bei der Beurteilung dieser Rechtsfrage, inwiefern der Stiftungszweck in der Stiftungsurkunde konkretisiert worden ist und ob eine Änderung der Begünstigtenregelung die Verhältnisse der Stiftung massgeblich verändert.⁵⁹ Insbesondere eine Änderung

⁴² Kalss, Stiftungsrechtliche Maßnahmen der Vermögenszuteilungen in oder durch die Privatstiftung, in FS Woschnak (2010) 235 (243); Hasch/Wolffgruber, ZFS 2012, 6

⁴³ Vgl. öOGH 6 Ob 108/15y, PSR 2016, 150 Rz 3.3 ff.

⁴⁴ Vgl. Kalss/Müller, Die Stiftung als Instrument der Vermögensweitergabe, in Gruber/Kalss/Müller (Hrsg.), Erbrecht und Vermögensnachfolge² (2018) 879 (888 Rz 33); Kalss in FS Woschnak 241 ff.; Kalss, Leitung und Kontrolle eines Familienunternehmens durch eine Privatstiftung, in Schumacher (Hrsg.), 90 Jahre Fürstlicher Oberster Gerichtshof – FS Delle Karth (2013) 515; Marschner, Optimierung der Familienstiftung⁴ Rz 1411.

⁴⁵ Siehe öOGH 6 Ob 237/15v, PSR 2016, 153, 156 Ziff 3.2.

⁴⁶ <https://www.duden.de/rechtschreibung/Kongruenz> (abgerufen am 17.08.2020).

⁴⁷ Vgl. auch Kalss in FS Woschnak 241.

⁴⁸ Vgl. Kalss in FS Eccher 491

⁴⁹ Kalss in FS Eccher 491

⁵⁰ Vgl. Arnold, Privatstiftungsgesetz³ 96 Rz 61; vgl. Hayden, Privatstiftungen 2.0: Substiftungserrichtung aus zivilrechtlicher Sicht, PSR 2016, 174 (178).

⁵¹ Vgl. Jakob, Die liechtensteinische Stiftung. Eine strukturelle Darstellung des Stiftungsrechts nach der Totalrevision vom 26. Juni 2008¹ (2009) Rz 41; vgl. auch Ebersbach, Handbuch des deutschen Stiftungsrechts (1972) 16

⁵² Kodek, Zur Vertretung der Privatstiftung – zwei Entscheidungen aus Österreich und Liechtenstein, PSR 2019, 56 (65); Vgl. auch Motal/Nicolussi, LJZ 2019, 50.

⁵³ Vgl. auch Kodek, PSR 2019, 65; Oberndorfer, ZFS 2016, 25.

⁵⁴ Siehe hierzu ausführlich Schurr/Butterstein in Nueber/Gass 240 ff.

⁵⁵ Vgl. auch Kodek, PSR 2019, 65; Oberndorfer, ZFS 2016, 25.

⁵⁶ Siehe fLOGH 1 CG.2006.71, LES 2008, 279, 281, bestätigt durch StGH 2008/056, GE 2010, 489; vgl. Gasser, Liechtensteinisches Stiftungsrecht. Praxiskommentar² (2019) Art 552 § 32 Rz 3 ff.

⁵⁷ Siehe fLOGH 1 CG.2006.71, LES 2008, 279, 282.

⁵⁸ Siehe zB fLOGH 05 HG.2011.89, LES 2012, 209.

⁵⁹ Ausführlich hierzu Schurr, The change in beneficial interest within the Liechtenstein Private Purpose Foundation – can the

des Begünstigtenkreises, zum Beispiel von einer reinen zu einer gemischten Familienstiftung, kann zu einer beachtlichen Entfremdung vom Willen des Stifters führen.⁶⁰ Anders sieht es der ÖOGH, der in der Minderung der Begünstigtenquote in der Substiftung bereits zwingend eine unzulässige Zweckänderung in der Errichtung der Substiftung sieht.⁶¹ Im Kontext grenzüberschreitender Errichtungen von liechtensteinischen Substiftungen durch österreichische Hauptstiftungen stellt sich daher die Frage, nach welchem Recht zu beurteilen ist, ob kongruente Stiftungszwecke vorliegen.⁶² Im Lichte der Sanktionierungsmöglichkeiten der Heimatrechtsordnung hinsichtlich des Sorgfaltspflichtenmassstabs der Stiftungsorgane und der Anerkennung liechtensteinischer Stiftungen im Ausland sollte allerdings von einer Minderung der Begünstigtenquote Abstand genommen werden und bedarf es einer Beantwortung dieser Rechtsfrage an dieser Stelle nicht.

C. Trust Decanting

Vergleichbar mit dem Dekantieren eines Weins ermöglicht die Rechtsfigur des *trust decanting* einem *trustee* im Rahmen seiner Befugnis, das Vermögen des Trusts an die *beneficiaries* auszuschütten, auch einen Teil oder die gesamten Vermögenswerte des Trusts auf einen zweiten Trust ohne Erlaubnis oder Einbeziehung eines Gerichts zu übertragen.⁶³

I. Wirtschaftliche Motive

Die oben aufgezeigten Motive zur Umstrukturierung einer Stiftung im Wege der Errichtung einer Substiftung sind nicht an Rechtsordnungen oder deren nationale Grenzen geknüpft und sind auch bei funktional vergleichbaren Rechtsphänomenen in anderen Rechtskreisen wiederzufinden. Die Motive zur Einsetzung der Rechtsfigur des *decanting trust* im Rechtskreis des Common Law sind daher aufgrund derselben Funktion mit denen zur Errichtung einer Substiftung im kontinentaleuropäischen Rechtskreis vergleichbar. Auch in den Rechtsordnungen des Common Law ändern sich das Umfeld eines Trusts und die Bedürfnisse der Begünstigten und somit die Rahmenbedingungen der Family Governance. Vor die-

sem Hintergrund wurde der sich grosser Beliebtheit erfreuende Mechanismus des *trust decanting* in der Praxis entwickelt,⁶⁴ um das Management des Trusts zu flexibilisieren. Dies kann zum Beispiel mit der Absicht verbunden sein, den Sitz eines *trustee*, an dem sich die Rechtsunterstellung des Trusts in den jeweiligen gesetzlichen Rahmenbedingungen bestimmt, nach einer Gesetzesänderung, insbesondere hinsichtlich steuerlicher Rahmenbedingungen, zu verlegen.⁶⁵ Weitere Gründe können die Konkretisierung oder Aktualisierung der *trust provisions*, der Austausch eines *trustee* oder die Änderung seiner Befugnisse sowie die Aufteilung des Trustvermögens im Zuge der Scheidung von Ehepaaren sein.⁶⁶ Oftmals ist es nicht möglich, den Trust und die zugrunde liegende Vermögenswidmung zu ändern. Eine Hinzuziehung der Gerichte, die neben privatrechtlichen auch öffentliche Interessen berücksichtigen,⁶⁷ stellt oftmals keine praxistaugliche Alternative dar. Vor diesem Hintergrund entwickelte man das Konzept zur Übertragung des Vermögens eines Trusts auf einen anders ausgestalteten Trust.⁶⁸

II. Grundlagen des Trust Decanting

Dieses attraktive Lösungsmodell des *trust decanting* hat sich in der Rechtswirklichkeit als Methode zur Umstrukturierung, insbesondere bei unwiderruflichen (*irrevocable*) Trusts, durchgesetzt. Zwar wurde zunächst das *trust decanting* in keinen Rechtsgrundlagen und in keinem Präzedenzfall im Vereinigten Königreich (United Kingdom, UK) und den weiteren Common-Law-Jurisdiktionen zugelassen,⁶⁹ inzwischen kann jedoch grundsätzlich von der Zulässigkeit des *trust decanting* und somit der Übertragbarkeit von Vermögen eines Trusts auf einen vom selben *trustee* errichteten Trust sowohl in UK⁷⁰ als auch in zahlreichen Bundesstaaten in den USA⁷¹ ausge-

principles of solidification and flexibility coexist? *Trusts & Trustees* 2020, 556 (558 ff); siehe auch *Schauer*, Die Machtbalance zwischen Stifter, Stiftungsrat und Begünstigtem im liechtensteinischen Stiftungsrecht, *ZFS* 2018, 31 (35 ff).

⁶⁰ Vgl. FLOGH 08 CG.2015.438, LES 2018, 270.

⁶¹ Siehe ÖOGH 6 Ob 228/17y, GesRZ 2018, 253, ErWG 3.3, m. Anm. Hartlieb.

⁶² Siehe zur grundsätzlichen Zulässigkeit der grenzüberschreitenden Errichtung von Substiftungen *Nowotny*, Substiftungen und ihre Probleme, in FS Helbich (2014) 111 (118); im Übrigen führt dieser Vorgang zum selben Ergebnis wie der von der Niederlassungsfreiheit erfasste grenzüberschreitende Formwechsel (EuGH, ECLI:EU:C:2008:723, EuZW 2009, 121 (m. Anm. Piefskalla) = EuZW Sonderausgabe 2017, 64, *Cartesio*, Rs C-210/06; EuGH, ECLI:EU:C:2017:804, EuZW 2017, 906, *Polbud*, Rs C-106/16).

⁶³ *Sitkoff Robert H./Dukeminier*, *Wills, Trusts and Estates*¹⁰ (2017) 444; vgl. *Fritz*, The Wild, Wild West: The Mechanics and Potential Uses of Trust Decanting, 19 *Wyoming Law Review* 2019, 327 (329); vgl. *King, III, Al W/McDowell, III, Pierce*, A Bellwether of modern Trust Concepts: A Historical Review of South Dakota's Powerful Trust Law, 62 *Soth Dakota Law Review* 2017, 266 (293).

⁶⁴ Vgl. etwa *King, III, Al W/McDowell, III, Pierce*, 62 *Soth Dakota Law Review* 2017, 293.

⁶⁵ Vgl. *Dancy*, Decanting: Give New Life to an Irrevocable Trust, *Journal of Financial Service Professionals* 2014, 49 (50); *Fritz*, 19 *Wyoming Law Review* 2019, 328, 346; weitere Beispiele siehe dazu *King, III, Al W/McDowell, III, Pierce*, 62 *Soth Dakota Law Review* 2017, 297; *Kleinman*, Trust Decanting: A Sale without Gain Realization, *Real Property, Trust and Estate Law Journal* 2015, 453 (457) ff.

⁶⁶ *Willms*, Decanting Trusts: Irrevocable, Not Unchangeable, 6 *Estate Planning and Community Property Law Journal* 2013, 35 (40).

⁶⁷ Vgl. *Sterk*, Trust Decanting: A Critical Perspective, 38 *Cardozo Law Review* 2017, 1193 (1995).

⁶⁸ *Bove (jr)*, Another look at trust decanting, *Trust & Trustees* 2018, 338 (156).

⁶⁹ *Willms*, 6 *Estate Planning and Community Property Law Journal* 2013, 37.

⁷⁰ In UK seit über 50 Jahren aufgrund des Präzedenzfalls *Pilkington v Inland Revenue Commissioners and other Respondents (IRC)*, *The Law Reports AC (Appeal Cases)* [1964], 612.

⁷¹ *Sitkoff*, The rise of trust decanting in the United States, *Trusts & Trustees* 2017, 976 (976 ff); New York hat 1992 die erste decanting statute eingeführt (Act of July 24, 1992 ch. 591, 1992 N.Y. Laws 3520, 3521), Alaska sodann 1998 und Delaware 2003, inzwischen ua auch Tennessee, South Dakota, Florida, New Hampshire, North Carolina, Arizona, Nevada, siehe hierzu *Culp, JR./Mellen*, Trust Decanting: An Overview and Introduction to Creative Planning Opportunities, 45 *REAL PROP. TR. & EST. L.J.* 1 (3); siehe auch die jeweiligen Bundesstaaten mit Decanting Statutes (2016) grafisch dargestellt *Sitkoff Robert H./Dukeminier*,

gangen werden,⁷² weswegen das *trust decanting* sich in den letzten Jahren immer grösserer Beliebtheit erfreut. Angesichts der Unsicherheiten im Zusammenhang mit dem «Dekantieren» auf der Grundlage des Gewohnheitsrechts, der wachsenden Zahl älterer Trusts mit überholten Regelungen und des sich zwischen den Bundesstaaten der USA intensivierenden Wettbewerbs wuchs in der Praxis das Bedürfnis nach Rechtssicherheit. Vor diesem Hintergrund wurden inzwischen 32 *decanting statutes* in den USA erlassen.⁷³ Diese lösten sich von der gewohnheitsrechtlichen analogen Anwendung der bekannten Rechtsfigur der *power of appointment*, das heisst der vorgesehenen Befugnis, das Vermögen des Trusts zu verteilen.⁷⁴ Dieser Grundsatz ermöglicht dem *settlor* typischerweise die Festlegung der *beneficiaries* des Trustvermögens offenzulassen und zu einem späteren Zeitpunkt an einen *donee* zu delegieren.⁷⁵ Dies lässt eine gewisse Flexibilität für die konkrete Verteilung des Trustvermögens auch nach dessen Errichtung zu, um auf unvorhersehbare Entwicklungen reagieren zu können. Verdeutlicht werden kann dieses Regelungsinstrument am Beispiel eines Ehepaares mit einem deutlichen Altersunterschied, der bei der Errichtung des Trusts den Schluss zulässt, dass unter natürlichen Umständen der *settlor* (hier der ältere Ehemann) seine Ehefrau nicht überleben wird. Nunmehr kann diese Tatsache auch dahingehend genutzt werden, dass ihr als *donee* das Recht eingeräumt wird, je nach den Bedürfnissen der Kinder im Laufe der Jahre nach dem Tod des *settlor* das Vermögen des Trusts unter den Kindern aufzuteilen. Dabei wurde es zur Rechtspraxis, dass ein Inhaber einer solchen *power of appointment* diese eingeräumte Befugnis durch die Errichtung eines neuen Trusts und der Übertragung von Vermögenswerten auf diesen ausüben kann.⁷⁶ Zu unterscheiden ist hierbei zwischen einer *general* und einer *nongeneral power of appointment*. Eine eingeräumte *general power of appointment* ermächtigt den *donee* – im Gegensatz zur *nongeneral* –, die eingeräumte Befugnis nach seinem Ermessen auszuüben.⁷⁷ Vor 56 Jahren beruhte hingegen in England die im Kontext des *trust decanting* in der Rechtssache «Pilkington v Inland Revenue Commissioners and other Respondents» herangezogene Rechtsfigur noch auf der trustrechtlichen *power of advancement*.⁷⁸ Diese bezog sich im Gegensatz zur *general power of appointments* nur auf *entitled benefi-*

ciaries.⁷⁹ In den letzten Jahrzehnten wurde jedoch die weitreichendere *power of appointment* häufiger in die Trustskunden aufgenommen. Vor diesem Hintergrund hat sich im Ergebnis auch der Anwendungsbereich des *trust decanting* in beiden Common-Law-Rechtsordnungen erweitert.

In den USA beruhen die beträchtlich variierenden *state decanting statutes* zudem auf einer mit der *power of appointment* vergleichbaren eingeräumten Befugnis des *trustee*, das Vermögen des Trusts nach seinem Ermessen (*discretionary power*) an einen oder mehrere aktuell Begünstigte oder zu deren Gunsten zu übertragen und gegebenenfalls einzelne Begünstigte ganz auszuschliessen bzw die Vermögenswerte allein einem Begünstigten zukommen zu lassen.⁸⁰ Hierbei haben die Ermessensbegünstigten lediglich die Möglichkeit, den *trustee* zur Ermessensausübung anzuhalten. Dieses funktionale Äquivalent zur *power of appointment* räumt somit dem *trustee* die Befugnis ein, auch einzelne Begünstigte völlig auszuschliessen und umfasst basierend auf den verschiedenen *decanting statutes* ebenso die Befugnis, das Vermögen des Trusts an einen anderen Trust zugunsten der Begünstigten zu übertragen.⁸¹ *Trust decanting* bedarf daher keiner Einbeziehung eines Gerichts und kann sogar die Errichtung eines zweiten Trusts ermöglichen, der nicht alle Begünstigten des ersten Trusts berücksichtigt.⁸² Dieser Übertragungsvorgang kann nur dann einer gerichtlichen Prüfung unterzogen werden, wenn ein *beneficiary* bei Gericht einen Antrag stellt festzustellen, dass der *trustee* des übertragenden Trusts seine ihm obliegenden treuhänderischen Pflichten nicht erfüllt hat (*breach of trust*).⁸³

Zugleich wurde im Rahmen der *decanting statutes* versucht, dem Spannungsverhältnis zu der im Rechtskreis des Common Law bestehenden *rule against perpetuities*, der zeitlichen Begrenzung des Trusts, zu begegnen. Hiernach ist ein Trust zeitlich in seinem Bestehen eingeschränkt und insofern nichtig, wenn dessen Anordnungen über die Befristung im Rahmen der *perpetuity period* hinausgeht.⁸⁴ Hierdurch schafft die *rule against perpetuities* einen gewissen Ausgleich für die limitierte Voraussicht des *settlor*, der sich auch in der *power of appointment* widerspiegelt. Hingegen ermöglicht das *trust decanting* faktisch, dass der neue Trust die zeitliche Befristung des «alten» Trusts überdauert.⁸⁵ In diesem Spannungsverhältnis entstanden in der Praxis und der Rechtsprechung gewisse Rechtsunsicherheiten, denen in zahlreichen Bundesstaaten in den USA durch *decanting statutes* begegnet werden sollte.⁸⁶ Im liechtensteinischen

Wills, Trusts and Estates¹⁰ 744.

⁷² Siehe ausführlich hierzu und einem angemessenen Anwendungsbereich sowie ausgewählte Aspekte des *decanting trust* *Sterk*, 38 *Cardozo Law Review* 2017, 2012 ff.

⁷³ *Culler*, State Decanting Statutes Passed or Proposed as of January 14, 2020, actec.org/assets/1/6/Culler-Decanting-Statutes-Passed-or-Proposed.pdf (abgefragt am 28.07.2020); *Sitkoff Robert H./Dukeminier*, Wills, Trusts and Estates¹⁰ 744.

⁷⁴ *Sitkoff Robert H./Dukeminier*, Wills, Trusts and Estates¹⁰ 820, 838.

⁷⁵ *Sitkoff Robert H./Dukeminier*, Wills, Trusts and Estates¹⁰ 820.

⁷⁶ *Sterk*, 38 *Cardozo Law Review* 2017, 2001.

⁷⁷ *Dancy*, *Journal of Financial Service Professionals* 2014, 50; vgl *Sitkoff Robert H./Dukeminier*, Wills, Trusts and Estates¹⁰ 810.

⁷⁸ Vgl *Pilkinton v IRC [1964] AC 636* («The law is not that a trustee cannot delegate: it is that a trustee cannot delegate unless they have authority to do so»).

⁷⁹ *Trustee Act 1925*, s 32.

⁸⁰ So zum Beispiel die *Decanting Statutes* von New York (1992 N.Y. Laws 3521).

⁸¹ *Culp, JR./Mellen*, 45 *REAL PROP. TR. & EST. L.J.* 1, 3; vgl *Sterk*, 38 *Cardozo Law Review* 2017, 2002.

⁸² *Sitkoff Robert H./Dukeminier*, Wills, Trusts and Estates¹⁰ 743.

⁸³ *Sitkoff Robert H./Dukeminier*, Wills, Trusts and Estates¹⁰ 743.

⁸⁴ *Schurr*, Der Liechtensteinische Trust als alternatives Gestaltungsinstrument zur Stiftung, in *Schurr* 146 f.

⁸⁵ *Sitkoff*, 38 *Cardozo Law Review* 2017, 2000 f.

⁸⁶ Zu den einzelnen *decanting statutes* in den USA siehe ausführlich *Sitkoff*, *Trusts & Trustees* 2017, 978 f; zu den Bundesstaaten Massachusetts, South Dakota, New York und Florida siehe *Fritz*,

Trustrecht zeigt sich dieses Spannungsfeld hingegen nicht, da die *rule against perpetuities* keine Anwendung findet.⁸⁷ Das PGR wurde vom liechtensteinischen Gesetzgeber geschaffen, um durch eine liberale Ausgestaltung Investoren anzuziehen und der damals vorherrschenden Armut entgegenzuwirken. Vor diesem Hintergrund wäre ein vorgegebener zeitlicher Horizont eines liechtensteinischen Trusts kontraproduktiv gewesen, und gem Art 897 PGR kann ein Trust insoweit auf unbestimmte Zeit errichtet werden.⁸⁸

Wie bei der Errichtung einer Substiftung stellt sich im Kontext des *trust decanting* auch die Frage, ob neben der gesetzlich eingeräumten Erlaubnis, dem *trustee* in der Trusturkunde zudem ausdrücklich eine «Dekantierbefugnis» einzuräumen ist, damit diese nicht im Widerspruch zur Testierfreiheit des *settlor* steht.⁸⁹ Ausgehend von den obigen rechtlichen Betrachtungen und dem zugrunde liegenden Rechtsgedanken des *trust decanting* kann von einer solchen Befugnis jedoch grundsätzlich ausgegangen werden, wenn dem *trustee* die Befugnis eingeräumt worden ist, das Trustvermögen nach seinem Ermessen zu verteilen.⁹⁰ Einige *decanting statutes* haben zugleich klargestellt, dass diese Voraussetzungen im jeweiligen Mitgliedstaat der USA noch keine Pflicht des *trustee* zum Dekantieren begründen.⁹¹ Insofern kommt dem *trustee* die nicht einfache Aufgabe zu, nach dem Tod des *settlor* dessen Absichten zu bestimmen, sofern diese nicht in der Trusturkunde niedergeschrieben sind.⁹² Diese anspruchsvolle Aufgabe lässt sich an folgendem Beispiel verdeutlichen: Ein Vater sieht in der Trusturkunde vor, dass seine Kinder monatlich aus dem Vermögen des Trusts nach Ermessen des *trustee* Zuwendungen erhalten sollen. Nach dem Tod der Kinder soll sodann das Vermögen des Trusts deren Kindern zugutekommen. Der *trustee* könnte nun einen neuen Trust errichten und in dessen Trusturkunde gesonderte Eigenschaften vorsehen, die die Kinder ermächtigen, das Vermögen des Trusts auf *beneficiaries* zu übertragen, die keine Familienmitglieder sind.⁹³ Wie bereits aufgezeigt, sehen die Befürworter des *trust decanting* im Rechtskreis des Common Law unter Heranziehung unterschiedlicher Rechtsfiguren die Möglichkeit, dass dem *trustee* die Befugnis eingeräumt werden kann, einzelne Begünstigte auszuschliessen. Vor diesem Hintergrund gibt es nachvollziehbare kritische Stimmen, die für eine Begrenzung der Möglichkeiten im Rahmen des *trust decanting* plä-

dieren, insbesondere aufgrund des fehlenden Erfordernisses der Hinzuziehung der Gerichte.⁹⁴

D. Rechtsvergleichende Betrachtung

Wie der Trust im angelsächsischen Rechtskreis als funktionales Gegenstück zur Stiftung im kontinentaleuropäischen Rechtsraum betrachtet werden kann, zeigt sich als rechtsvergleichendes Phänomen zur Errichtung einer Substiftung das *trust decanting*. Beide Rechtsphänomene ermöglichen die Übertragung von Assets auf einen von der Stiftung selbst oder dem *trustee* neu errichteten Rechtsträger, ebenfalls in Form einer (Sub-)Stiftung oder eines Trusts. Hierdurch wird nach Errichtung des jeweiligen Rechtsinstituts eine Flexibilität aufrechterhalten, um Veränderungen in ihrem Umfeld zu begegnen. Insofern sind die wirtschaftlichen Motive der Errichtung einer Substiftung oder des *trust decanting* vergleichbar. Weder die Errichtung einer Substiftung noch das *trust decanting* wurden in einer Rechtsordnung oder in einem Präzedenzfall in den Common-Law-Rechtsordnungen zunächst zugelassen. Die im Rahmen des *trust decanting* in der Regel erforderliche ausdrückliche rechtsgeschäftliche Entstehung eines *express trust* findet sich ebenso in der Gesetzessystematik der Regelungen zum liechtensteinischen Trust in Art 897 PGR. Vor diesem Hintergrund könnten die Mechanismen aus dem angelsächsischen Rechtskreis zur Umstrukturierung eines Trusts, um mehr Flexibilität in dessen Ausgestaltung zu schaffen, unter gewissen Umständen ebenso ins liechtensteinische Recht übertragen werden.

Die Ausgestaltung der jeweiligen Rechtsinstitute weicht jedoch stark voneinander ab, was wiederum den jeweiligen Charakteristiken der Stiftung und des Trusts geschuldet ist. Zur Errichtung einer Substiftung und der Übertragung von Stiftungsvermögen, zumindest erforderlich im Rahmen ihres Mindestkapitals, bedarf es entweder einer konkreten Ermächtigung in der Stiftungserklärung oder sich deckender Stiftungszwecke. Hingegen obliegt dem *trustee* im Rahmen des *trust decanting* ein grösserer Entscheidungsspielraum. Zum einen historisch bedingt und zum anderen aufgrund des legislativen Umfelds beruht dieser in den jeweiligen Rechtsordnungen des Common Law auf unterschiedlichen Rechtsgrundlagen. In England wurde zunächst die Rechtsfigur der *power of advancement*, später ebenfalls wie in den USA die *power of appointment*, zum Dekantieren herangezogen. Hingegen wurde in den USA unabhängig von der gewohnheitsrechtlichen Anwendung dieser Rechtsfiguren im Rahmen von *decanting statutes* in zahlreichen Bundesstaaten weitere Rechtssicherheit geschaffen. Inzwischen ist die Zulässigkeit dieses Rechtsphänomens in beiden Common-Law-Rechtsordnungen unbestritten. Unterschiede zur Errichtung der Substiftung zeigen sich hierbei unabhängig von der Rechtsgrundlage des *trust decanting* insbesondere in den weitreichenden Änderungsbefugnissen des *trustee*, die trotz einer fehlenden gerichtlichen Überprüfung den Ausschluss einzelner Begünstigten ermöglichen. Vor diesem Hintergrund sind

¹⁹ Wyoming Law Review 2019.

⁸⁷ Vgl. Schurr, Rechtliche Ausgestaltung und Anwendungsbereiche des Trusts in Liechtenstein, ZStV 2017, 12 (15).

⁸⁸ Aus denselben Erwägungsgründen findet sich im liechtensteinischen Recht auch nicht die «Saunders v. Vautier-Regel», wonach alle voll geschäftsfähigen und *absolutely entitled* Begünstigte durch übereinstimmende Willenserklärungen einen Trust einstimmig auflösen können.

⁸⁹ Sterk, 38 Cardozo Law Review 2017, 1996.

⁹⁰ Vgl. *Phipps v. Palm Beach Trust Company*, 196 So. 299 (Fla. 1940) hierzu *Sitkoff Robert H./Dukeminier*, Wills, Trusts and Estates¹⁰ 742 ff.

⁹¹ *Willms*, 6 Estate Planning and Community Property Law Journal 2013, 61.

⁹² *terk*, 38 Cardozo Law Review 2017, 1996.

⁹³ Vgl. *Sterk*, 38 Cardozo Law Review 2017, 2000.

⁹⁴ So zum Beispiel *Sterk*, 38 Cardozo Law Review 2017, 2036; siehe auch *Niendorf*, Save the Wealth; Trust Decanting and Oklahoma, Oklahoma Law review, 615 (622).

die rechtlichen Auswirkungen der beiden Rechtsinstitute für das jeweilige Rechtsumfeld von unterschiedlicher Intensität und Wirkung.⁹⁵

E. Fazit

Die Untersuchungen haben gezeigt, dass dem *trustee* im Rahmen des *trust decanting* eine weitreichende Befugnis ohne gerichtliche Intervention zukommt. Im Lichte des grossen innovativen Potenzials dieses Rechtsphänomens sollte mit dem Handlungsspielraum des *trustee* verantwortungsbewusst umgegangen werden. Im Rahmen der Errichtung einer Substiftung sind grundsätzlich die Befugnisse des Stiftungsrats nicht derart weitreichend wie die eines *trustee*, der einen Trust dekantiert. Dennoch sollten im häufigen praktischen Anwendungsfall der grenzüberschreitenden Errichtung einer Substiftung die Besonderheiten der jeweiligen «Heimatrechtsordnung» der Hauptstiftung mit Blick auf das Erfordernis der sich deckenden Stiftungszwecke respektiert werden, um zum einen Sanktionierungsmassnahmen gegenüber den Stiftungsorganen der Hauptstiftung und zum anderen mittelbare Diskriminierungen im Rechtsalltag im Kontext der Anerkennung liechtensteinischer Rechtsträger im Ausland zu vermeiden.⁹⁶

«Whistleblowing» – Grundrechtliche Weichenstellungen in Liechtenstein

von Marco Dworschak/Nicolas Raschauer¹

Inhaltsverzeichnis

Abstract

1. Vorbemerkungen
2. Begriffsklärung und Bedeutungsgehalt von «Whistleblowing»
 - 2.1. Keine Legaldefinition in Liechtenstein
 - 2.2. Persönlicher Anwendungsbereich der EU-Whistleblowing-RL
 - 2.3. Abgrenzung des Schutzbereichs durch EGMR
 - 2.4. Begriffsbildung im Schrifttum
3. Whistleblowing Judikatur des StGH:
 - 3.1. Whistleblowing im Liechtensteinischen Landesspietal?
 - 3.2. Whistleblowing und Amtshilfe?
 - 3.3. Synopse
4. Verfassungsrechtliche Verortung
 - 4.1. Mehrpolige Grundrechtsverbürgung
 - 4.2. Mittelbare Drittwirkung der Meinungsäusserungsfreiheit
5. Whistleblowing und der *ordre public*
6. Kriterien zulässigen «Whistleblowings»
 - 6.1. Kenntnis durch abgrenzbaren (kleineren) Personenkreis
 - 6.2. Der Kreis der Whistleblower
 - 6.3. Vorliegen interner Meldesysteme
 - 6.4. Exkurs: Ausblick Whistleblowing-RL
 - 6.5. Gewissenhafte Prüfung durch den Hinweisgeber 17
 - 6.6. Exkurs: Beweggründe von Whistleblowern
 - 6.7. Missstands- und Korruptionsbekämpfung als Rechtfertigung für die Verletzung von Geheimnisschutzbestimmungen
7. Beweisverwertung von Whistleblowing
8. Legistischer Anpassungsbedarf?
 - 8.1. Hinweisgebersysteme *de lege lata*
 - 8.2. Novellierung des Obligationenrechts?
 - 8.3. Ausgestaltung interner Hinweisgebersysteme
 - 8.4. Spannungsverhältnis zwischen Geheimhaltungs- und Meldepflicht
9. FAZIT

Abstract

Rezente Entscheidungen des Staatsgerichtshofes geben Anlass für einen grundrechtlichen, bislang im Schrifttum nicht geführten Diskurs zum Thema Whistleblowing in Liechtenstein. Der gegenständliche Beitrag behandelt das Spannungsverhältnis der Offenlegung grds schutzwürdiger Informationen durch sogenannte «Hinweisgeber». Der

⁹⁵ Siehe zur gerichtlichen Überprüfung des *trust decantings* auch *Niendorf*, Oklahoma Law review, 622.

⁹⁶ Ausführlich zur Anerkennung liechtensteinischer Rechtsträger und mittelbaren Diskriminierungen *Butterstein*, Der aktuelle Stand der Anerkennung liechtensteinischer Rechtsträger in Deutschland, ZStV 2018, 45.

¹ Prof. Dr. Nicolas *Raschauer*, Leiter des Instituts für Wirtschaftsrechts, Propter Homines Lehrstuhl für Bank- und Finanzmarktrecht, Universität Liechtenstein; Dr. Marco *Dworschak*, Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Wirtschaftsrecht, Propter Homines Lehrstuhl für Bank- und Finanzmarktrecht, Universität Liechtenstein; Adresse für beide Autoren: Universität Liechtenstein, Fürst Franz Josef-Strasse, 9490 Vaduz (Mail: finanzmarktrecht@uni.li)

StGH hatte jüngst die mittlerweile etablierte Judikaturlinie des EGMR übernommen, der zufolge Whistleblower (Hinweisgeber) im Lichte von Art 10 Abs 1 EMRK sowie Art 40 LV Schutz gegenüber staatlichen Massnahmen geniessen, aber der Schutzbereich des Art 10 Abs 1 EMRK auch mittelbare Drittwirkung *inter privatos* entfalte. Die EGMR-Rspr knüpft dabei für die Annahme des Schutzes von Whistleblowern ein diffuses – für Betroffene schwer fassbares – Netz an Voraussetzungen, das nachstehend kritisch diskutiert wird. Fraglich ist, ob die am regulatorischen Horizont in Gestalt der neuen EU-Whistleblowing-Richtlinie für Liechtenstein absehbaren Änderungen, eine Übernahme in das EWR-Abkommen vorausgesetzt, Klarstellungen erwarten lassen.

Normen: Art 10 EMRK; Art 40 LV; Art 19 IPbPR²

Schlagworte: Meinungsfreiheit, Hinweisgeber, Hinweisgebersystem, Whistleblowing

1. Vorbemerkungen

«*Whistleblowing*» ist längst kein juristisches Phänomen mehr, sondern anerkanntes Mittel zur Korruptionsbekämpfung. Aufgrund des damit einhergehenden Spannungsverhältnisses zwischen der Preisgabe geheimer Informationen und zweckmässiger Aufdeckung von Missständen bleibt «*Whistleblowing*» ein Reizwort.

«*Whistleblowing*», aus dem Englischen «*to blow the whistle*» («*die Pfeife blasen*»), gemeint «*jemandem verpfeifen*»,³ knüpft sowohl semantisch als auch sinngemäss an ein wenig tugendhaftes Attribut: Es setzt **Geheimnisverrat** und damit **Vertrauensbruch** voraus.⁴ Inwieweit ein solcher zweckdienlich, notwendig und letztlich mit modernen Corporate-Governance-Grundsätzen⁵ vereinbar ist, setzt pro Anlassfall eine diffizile Wertentscheidung und Interessenabwägung voraus.

Die begriffliche Konnotation des «*Whistleblowing*» durchlief einen steten Wandel.⁶ Im Schrifttum finden sich Stimmen, die für eine neutrale Begriffswahl eintreten.⁷

Während im allgemeinen gesellschaftlichen Diskurs ein weiter Graubereich zu erkennen ist, welche Art des Denunziantentums oder des Geheimnisverrats zu tolerieren oder abzulehnen ist (man denke an den im Zuge der Covid-19-Pandemie erneut ins Treffen geführten Begriffs des «*Blockwarts*»⁸), bleibt in der normativen Behandlung nur Platz für Schwarz oder Weiss. Entweder der Geheimnisverrat ist zu rechtfertigen oder nicht.

Die rechtlichen Parameter, anhand derer die Zulässigkeit von Whistleblowing zu vermessen ist, bleiben jedoch weitgehend unscharf. Ausdrückliche Regelungen dazu fehlen im nationalen Recht. Derzeit bestehen meist (etwa in unmittelbar anwendbaren EWR-Sekundärrechtsakten⁹) normative Gebote zur Einrichtung von **Hinweisgebersystemen**. Abseits rezenter judikativer Weichenstellungen existieren nach wie vor keine einheitlichen gesetzlichen Standards, anhand derer die Zulässigkeit von Whistleblowing, über die einzelnen Wirtschaftssparten hinaus, beurteilt werden kann.

Whistleblower sind heutzutage in Bereichen, in denen traditionelle Kontrollmechanismen versagen, nützliche und unverzichtbare Mitglieder der Gesellschaft.¹⁰ Personen wie *Edward Snowden*, *Bradley Manning* und der Wikileaks-Gründer *Julian Assange* (um nur wenige Ausgewählte zu nennen), haben auf grosse persönliche Kosten hin, dem grösseren Gemeinwohl dienend, Geheimnisverrat geübt.¹¹ Ihre Namen stehen stellvertretend für das Instrument des Whistleblowings, das seine ursprünglich negative Konnotation abschütteln konnte. Funktionale Hinweisgebersysteme gelten mittlerweile als nutzbringende Compliance-Instrumente und sollten Bestandteil einer guten Corporate Governance in der staatlichen Verwaltung und in Unternehmen sein.¹² Erste Ansätze zur legislativen Berücksichtigung finden sich auf Ebene des Unionsrechts;¹³ der EU-Gesetzgeber erkannte, nicht zuletzt aufgrund der Causa der «*panama papers*»,¹⁴ Handlungsbedarf.

Auch in der Schweizer Eidgenossenschaft wurde vor knapp zehn Jahren eine Änderung des Obligationen-

² Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte, LGBl 1999 Nr 158. Im Beitrag wird die (nicht amtliche) Abkürzung **IPbPR** verwendet.

³ N. Raschauer, Begriffsabgrenzung in *Gruber/N. Raschauer* (Hrsg), *Whistleblowing* (2014) XV.

⁴ Vgl *Wachter*, Die neue DDR – Aufruf der FMA zum Geheimnisverrat <<https://www.volksblatt.li/Leserbriefe/14134/die-neue-ddr-aufruf-der-fma-zum-geheimnisverrat?date=01.04.2016&search=>> (abgerufen am 23. 3. 2020); *Carranza/Micotti*, Les nouveaux projets législatifs à la lumière de la jurisprudence récente en matière de whistleblowing, *jusletter* 2. 2. 2009, Rz 2; *Rieder*, Whistleblowing als Menschenrecht, *jusletter* 28. 11. 2011, Rz 1; *Ascher*, Whistleblowing – zwischen Denunziantentum und Zivilcourage in *Feiler/Raschhofer* (Hrsg), FS Zankl (2009) 23 f; *Leuwisch*, Whistleblowing und Strafrecht in *ÖDIP und OJV* (Hrsg), Whistleblowing – das Hinweisgebersystem im österreichischen Recht (2015) 24 (25), demzufolge Whistleblower-Hotlines häufig pejorativ als «*Vernaderungsbolines*» etikettiert werden.

⁵ Die gemäss Art 15 Öffentliche-Unternehmen-Steuerungs-Gesetz (ÖUSG), LGBl 2009 Nr 356 i d F LGBl 2016 Nr 364, auch für öffentliche Unternehmen (in den Statuten, im Rahmen der Vorgaben des Eigners) festgesetzt werden und verbindlich sein sollten.

⁶ Etwa <<https://www.vaterland.li/region/international/Liechtenstein-will-Whistleblower-schuetzen;art102,36475>> (abgerufen am 23. 3. 2020).

⁷ *Huber*, Der Arbeitnehmer als Whistleblower, *ASoK* 2011, 255 (257) mwN, plädiert für eine «*Übersetzung des Begriffs*», *Whistle-*

blowing mit einem nicht negativ besetzten neutralen «*Alarm-schlagen*».

⁸ Zuvor schon *Resch*, Whistleblowing und Arbeitsrecht in *Gruber/N. Raschauer* (Hrsg), *Whistleblowing* (2014) 22 f mwN.

⁹ Vgl zB Art 32 MAR (VO [EG] Nr. 596/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. April 2014 über Marktmissbrauch [Marktmissbrauchsverordnung], ABl EU 2014 L 173/1, EWR-Register Anh IX Ziff 29a.01). Dazu *Lins/N. Raschauer*, Art 32 MAR in *Gruber* (Hrsg), *BörseG* (2020, im Druck).

¹⁰ *Biermann*, Orden statt Galgen!, *Zeit* Online vom 27. 9. 2019 <<https://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2019-09/whistleblower-endlich-besser-schuetzen>> (abgerufen am 14. 5. 2020).

¹¹ *Fritz*, 10 Trends ändern die Aufsichtsratswelt (Teil VII), *Aufsichtsrat* aktuell 1/2016, 27.

¹² *Rieder*, Umgang mit Whistleblowing aus arbeitsrechtlicher Sicht, *Jusletter* 22. 12. 2014, 3.

¹³ Siehe bspw *Lins/Dworschak*, Fondstandort Liechtenstein: Aktuelle Rechtsentwicklungen in Liechtenstein und der Europäischen Union, *LJZ* 2018, 35 (38) mHa Art 41 ProspektVO (EU) 2017/1129; *Müller/Bont*, Der Compliance Officer im Finanzsektor, *LJZ* 2018, 183 (184 und 189).

¹⁴ *Fritz*, 10 Trends ändern die Aufsichtsratswelt (Teil IX), *Aufsichtsrat* aktuell 3/2016, 18.

rechts eingehend diskutiert, die einem adäquaten arbeitsrechtlichen Schutz von Hinweisgebern Rechnung getragen hätte – eine Verabschiedung des OR-Revision scheiterte letztlich. Rezente Entscheidungen des StGH, sowie die vorab erwähnte EU-VO (ihre Übernahme in das EWR-Abkommen vorausgesetzt), legen eine **eingehende rechtsdogmatische Untersuchung** des Themas für die liechtensteinische Rechtsordnung nahe.

Wie die nachstehende Untersuchung aufzeigt, knüpft die gegenwärtige juristische Auseinandersetzung an der Prämisse an, dass **Geheimnisverrat** an sich **tadelig und normativ unerwünscht** ist. Denn der Schutz von Geheimnissen ist durch eine Vielzahl an Strafnormen strafrechtsbewehrt und sanktioniert.¹⁵ Lediglich unter bestimmten – von der Judikatur des EGMR skizzierten – Gesichtspunkten ist die **Preisgabe vertraulicher Informationen** indessen zu **rechtfertigen** und wird durch das Siegel des Whistleblowings auch **legitimiert**.

Um diesen Aspekt pro Anlassfall klären zu können, ist zu fragen, welchem **Zweck** die **Offenlegung** dient. Es ist evident, dass es einen Unterschied macht, ob sie der Aufklärung von Bagatelldelikten dienen soll oder etwa der Transparentmachung behördlicher oder betrieblicher Korruptionsfälle. Auch das Motiv der Hinweisgeber wird in der Judikatur für erheblich erachtet; ist die Preisgabe etwa persönlich motiviert, um dem Unternehmen zu schaden – dann ist sie weniger schutzwürdig.

Schliesslich ist zu bedenken, dass einer **Offenlegung von Geheimnissen** – die im Rechtssinne als **Berufs- oder Geschäftsgeheimnisse** bezeichnet werden – in der Regel **schutzwürdige Interessen Dritter entgegenstehen** (dürften); schutzwürdig und damit von der Verschwiegenheitspflicht erfasst ist ein auf Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse gestütztes Geheimhaltungsinteresse aber nur, wenn es sich nicht auf gesetzwidriges Verhalten oder unlautere Geschäftspraktiken bezieht.¹⁶ Die «Gretchenfrage» bei der Beurteilung der Zulässigkeit von Whistleblowing ist daher, ob das **Interesse an Aufklärung** gegenüber den schutzwürdigen Geheimhaltungsinteressen **überwiegt** und zu einer **Durchbrechung der Geheimnisschutzbestimmungen** führt und ob die ex ante-Beurteilung des Insiders nicht leichtfertig erfolgte.¹⁷

¹⁵ Siehe nur diverse Straftatbestände des 5. Abschnittes des StGB betreffend Verletzungen der Privatsphäre und bestimmter Berufsgeheimnisse, §§ 118 – 124 StGB (Strafgesetzbuch, LGBl 1988 Nr 037), sowie §§ 252–253 StGB (Verrat und Preisgabe von Staatsgeheimnissen), § 310 StGB (Verletzung des Amtsgeheimnisses) sowie weitere sondergesetzliche Verbotsnormen zum Schutz von Geheimnissen, etwa Art 42 DSGVO (Datenschutzgesetz LGBl 2018 Nr 272, Verletzung des Datengeheimnisses), insbesondere jedoch Gesetz vom 23. Mai 1969 über den strafrechtlichen Schutz des persönlichen Geheimbereichs, LGBl 1969 Nr 34, etc.

¹⁶ Huber, ASoK 2011, 255 (260); Dworschak, Geheimnisschutz im Finanzmarktrecht im Lichte europarechtlicher Entwicklungen – Sieben Siegel auf Zeit?, SPWR 2018, 241 (251); krit Berka, Whistleblowing und öffentliches Recht in Gruber/N. Raschauer, Whistleblowing 37 (39), wonach – in Bezug auf die österreichische Rechtslage – ein Whistleblower auch dann rechtswidrig handelt, «wenn er Informationen über ein rechtswidriges, unethisches oder sonst wie verwerfliches Handeln, über einen Missbrauch von Macht oder die Bedrohung von öffentlichen Interessen weitergibt».

¹⁷ Huber, ASoK 2011, 255 (260); auch Majcen, FMA-Whistleblo-

ing-Hinweisgebersystem: Sind alle Hinweise zulässig?, ÖBA 2014, 486 (489): «Keinesfalls dürfen Meldungen geschützt werden, wenn Arbeitnehmer leichtfertig oder absichtlich falsche Tatsachen melden oder wenn ihre Absicht darin besteht, sich am Dienstgeber zu rächen oder diesem zu schaden.»

In **Liechtenstein** bleibt das Thema des Whistleblowing, möglicherweise als Spätwirkung der Vorgänge und medialen Berichterstattung rund um den «CD-Skandal» 2008,¹⁸ **umstritten**. Umso bedeutsamer ist die rezente Rspr des StGH, die zu einer Versachlichung der Debatte über die Zulässigkeit der Weitergabe von Informationen zur Missstandskontrolle beitragen kann. In bemerkenswerter Deutlichkeit folgte der StGH in seiner Entscheidung vom 3. September 2018 der vorgezeichneten Judikaturlinie des EGMR sowie der vergleichbaren Rspr der Höchstgerichte der Nachbarländer. Das bedeutet für die liechtensteinische Rechtslage, dass **Whistleblower**, also Personen, die auf (aus ihrer Sicht bestehende) gravierende Missstände intern oder extern hinweisen und als Folge dieser Missstandsmeldung Nachteile erleiden, etwa entlassen werden, in ihrem nach **Art 10 Abs 1 EMRK** und Art 40 LV garantierten **Recht auf Meinungsfreiheit** betroffen (berührt) werden.¹⁹ Daraus ist zu folgern, dass **Art 10 Abs 1 EMRK** auch **mittelbare Wirkung inter privatos** entfalte;²⁰ die Doktrin staatsgerichteter Grundrechte wird damit auch in Liechtenstein im Kontext der Meinungsäusserungsfreiheit – der ständigen Judikatur des EGMR (insbesondere der Rs *Guja*²¹ und der Rs *Heinisch*²²) folgend – weiter relativiert.²³ Die Doktrin mittelbarer Drittwirkung von Grundrechten knüpft indessen an

wing-Hinweisgebersystem: Sind alle Hinweise zulässig?, ÖBA 2014, 486 (489): «Keinesfalls dürfen Meldungen geschützt werden, wenn Arbeitnehmer leichtfertig oder absichtlich falsche Tatsachen melden oder wenn ihre Absicht darin besteht, sich am Dienstgeber zu rächen oder diesem zu schaden.»

¹⁸ Vgl. <<https://www.spiegel.de/wirtschaft/steuerskandal-liechtenstein-nennt-namen-des-angeblichen-datendiebs-zweifel-an-identitaet-a-536329.html>> (abgerufen am 30. 1. 2020).

¹⁹ StGH 3. 9. 2018, StGH 2018/074 = LES 2018, 236 f, Leitsatz 1: «Ein Spitalsarzt, der auf aus seiner Sicht bestehende gravierende Missstände hinweist (hier: Verdacht auf aktive Sterbehilfe) und in der Folge fristlos entlassen wird, ist ein sogenannter Whistleblower, dessen Meinungsfreiheit durch die Entlassung tangiert wird. Die relevanten vertragsrechtlichen Normen sind im Sinne der indirekten Drittwirkung im Lichte dieses Grundrechts verfassungskonform auszulegen. (...)»

²⁰ Näher StGH 2018/074, 2.2 = LES 2018, 236 (239) mVa *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ (2016) § 19 Rz 8; *Hoch*, Meinungsfreiheit in *Kley/Vallender* (Hrsg), Grundrechtspraxis in Liechtenstein, LPS Bd 52 (2012) 212 ff.

²¹ EGMR 12. 2. 2008, Appl Nr 14.277/04 (*Guja/Moldawien*): Im Anlassfall wurde der Pressesprecher des moldawischen Generalprokurators wegen der Weitergabe eines politischen Interventionsschreibens, demzufolge strafrechtliche Ermittlungen gegen Polizeibeamte einzustellen seien, entlassen.

²² EGMR 21. 7. 2011, Appl Nr 28.274/08m (*Heinisch/Deutschland*) = ASoK 2011, 425 (*Aschauer*): Frau Heinisch, frühere Altenpflegekraft einer öffentlichen Betreuungseinrichtung in Berlin, brachte nach erfolglosen internen Mitteilungen zur Abhilfe gravierender Missstände eine Anzeige bei der Staatsanwaltschaft ein, weshalb sie fristlos gekündigt wurde. Schliesslich erkannte der EGMR ua auf eine Verletzung des Rechts auf freie Meinungsäusserung gem Art 10 EMRK.

²³ Vgl. *Bussjäger/Langer*, Einführende Bemerkungen zum IV. Hauptstück (verfassung.li, Stand 22. 7. 2019) Rz 33: «Im Bereich der EMRK gibt es nach wie vor keine unmittelbare Drittwirkung und allenfalls eine mittelbare Drittwirkung vermittelt über die Gesetze.» mVa *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 19 Rz 9.

die Voraussetzung, dass sie im Privatrecht indirekt (eben mittelbar) über Gesetzesnormen wirksam werden.²⁴

Der gegenständliche Beitrag dient dazu

- die rezente Judikatur des StGH, welche die liechtensteinische Grundrechtsjudikatur zum Thema Whistleblowing abgrenzt, näher zu beleuchten, um daraus Schlüsse für andere (zukünftige) Whistleblowing-Fälle zu ziehen;
- das Rechtsinstitut «Whistleblowing» im Gefüge des EWR-Rechts und des liechtensteinischen Verfassungsrechts zu verorten;
- allfällige Regelungslücken in der liechtensteinischen Rechtsordnung darzulegen bzw zu diskutieren, ob insbesondere im Hinblick auf die EWR-rechtlich bereits gebotenen Massnahmen bzw die auf dem regulatorischen Horizont (Stichwort: Whistleblowing-RL²⁵) absehbaren Änderungen,²⁶ auch legislatischer Anpassungsbedarf in Liechtenstein zu erkennen ist.

2. Begriffsklärung und Bedeutungsgehalt von «Whistleblowing»

2.1. Keine Legaldefinition in Liechtenstein

Bevor die Details der liechtensteinischen Judikatur behandelt werden, erscheint eine näherungsweise begriffliche Eingrenzung der Begriffe «Whistleblowing» sowie «Whistleblower» angezeigt, die dem **liechtensteinischen Recht** (und dem EWR-Recht) **fremd** sind. Lediglich Art 71 Bst e DSG erwähnt den «Hinweisgeber» als besondere Kategorie des von der Verarbeitung personenbezogener Daten Betroffenen, ohne hingegen gleichzeitig eine Definition anzubieten.²⁷ Da es (in Liechtenstein) somit an einer **einschlägigen Legaldefinition fehlt**, ist zunächst die vom StGH entwickelte Begriffsdeutung heranzuziehen.

Der StGH umschreibt «Whistleblower», bezugnehmend auf die im Schrifttum vertretene Begriffsklärung,²⁸ als «Arbeitnehmer (...), der schwerwiegende Missstände in seinem Arbeitsumfeld aufdeckt und dabei primär aus uneigennütigen Motiven handelt.» Die aufgedeckten Missstände können sich bspw auf strafrechtlich relevantes Fehlverhalten von Mitarbeitenden beziehen.²⁹

2.2. Persönlicher Anwendungsbereich der EU-Whistleblowing-RL

Mit Blick auf das Unionsrecht ist zu bemerken, dass auch der normative Teil der sog «Whistleblowing-RL» (EU) 2019/1937³⁰ in ihren Begriffsbestimmungen nicht von «Whistleblowern» spricht (weder in der deutschen, noch der englischen Sprachfassung); vielmehr beschränkt sich die Verwendung des Begriffs auf die einleitenden Erwägungsgründe der RL.

Die RL enthält in Art 5 Nr 7 jedoch eine knappe Definition für den Begriff «**Hinweisgeber**». Darunter wird «*eine natürliche Person (verstanden), die im Zusammenhang mit ihren Arbeitstätigkeiten erlangte Informationen über Verstöße meldet oder offenlegt.*» Auch das Unionsrecht schränkt im jüngeren Sekundärrecht damit vermeintlich auf den **Arbeitskontext** ein, lässt bei genauerer Lektüre der Erläuterungen pro futuro jedoch ein weiteres, extensives Begriffsverständnis von «*Arbeitnehmern*» erkennen;³¹ zumal der Schutz ausdrücklich auch für weitere Kategorien natürlicher Personen gelten solle, die nicht vom primärrechtlichen Arbeitnehmerbegriff des Art 45 Abs 1 AEUV (Art 28 EWRA) erfasst sind, aber aufgrund ihrer «*beruflichen Tätigkeit in wirtschaftlicher Abhängigkeit befinden*». Exemplarisch wird auf (Produkt)Lieferanten, Dienstleister, Selbstständige uva verwiesen. Die gesetzgeberische Intention lässt damit auf ein **nicht abgegrenztes**, auf den Arbeitnehmer im engeren Sinn beschränktes **Begriffsverständnis** schliessen; demzufolge sind auch Gesellschafter und Aktionäre sowie Mitglieder des Aufsichts- oder Verwaltungsrates einer Gesellschaft vom Schutzbereich erfasst, wenn sie (extern) auf Missstände hinweisen.

Die Eingrenzung auf den Arbeitnehmerbegriff erscheint nach hier vertretener Ansicht daher verkürzt und irreführend und bedarf nachfolgender Klarstellungen, etwa, dass ein **funktionales Verständnis** im Sinne einer wirtschaftlichen Abhängigkeit des Hinweisgebers zu Gesellschaften, an der er beteiligt ist, zu seinem Arbeit- oder Auftraggeber etc als massgebliches Kriterium für Whistleblower gelten dürfte.³²

²⁴ StGH 2018/074, 2.2 und 2.3 = LES 2018, 236 (239) mVa Hoch, Meinungsfreiheit 212 ff; Pabel, Der grundrechtliche Schutz des Whistleblowing in Feik/Winkler (Hrsg), FS Berka (2013) 161ff; Ulber, Whistleblowing und der EGMR, NZA 2011, 962 ff; Schlachter, Kündigung wegen «Whistleblowing»? – Der Schutz der Meinungsfreiheit vor dem EGMR. Besprechung des Urteils EGMR v. 21. 7. 2011 – 28274/08, RdA 2012, 108 ff.

²⁵ RL (EU) 2019/1937 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 23. 10. 2019 zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden (kurz «Whistleblowing-RL»), ABl EU 2019 L 305, 17.

²⁶ Vgl etwa Novacek, EU-RL zum Schutz der Hinweisgeber auf Verstöße gegen Unionsrecht («Whistleblower»), FJ 2019, 222.

²⁷ StGH 2018/074 = LES 2018, 236 (239) f.

²⁸ Pabel, Der grundrechtliche Schutz von Whistle-Blowing 161 (162); Berka, Whistleblower und Leaks. Von den Schwierigkeiten, das Amtsgeheimnis zu wahren in ÖJK (Hrsg), Recht und Öffentlichkeit. 40 Jahre ÖJK (2004) 71 f.

²⁹ AaO.

³⁰ Die angesprochene RL wurde am 26. 11. 2019 im Amtsblatt der Europäischen Union verlaublich. Die EU-Mitgliedstaaten haben diese bis 17. 12. 2021 umzusetzen.

Für den EWR entfaltet die RL (bislang) keine Rechtswirkung. Ihre Übernahme in das EWR-Abkommen steht derzeit auf dem Prüfstand: <<https://www.efta.int/eea-lex/32019L1937>> (abgerufen am 18. 5. 2020).

³¹ ErwG 38 der RL (EU) 2019/1937 besagt: «Der Begriff ‚Arbeitnehmer‘ schliesst auch Beamte, öffentliche Bedienstete und andere Personen, die im öffentlichen Sektor arbeiten, ein.» Vgl im Gegensatz dazu etwa Art 32 MAR, der neutral auf den Begriff «Mitarbeiter» abstellt und nach hM ebenfalls umfassend auszulegen ist (Lins/N. Raschbauer, Art 32 MAR in Gruber, BörseG Rz 27 mVa N. Raschbauer, § 99g Rz 46 in Laurer ua [Hrsg], BWG⁴ [rdb.at, 2020]).

³² Vgl Traunwieser, Whistleblowing – Segen oder Fluch? in Gruber/N. Raschbauer (Hrsg), Whistleblowing (2014) 3.

2.3. Abgrenzung des Schutzbereichs durch EGMR

Nach etablierter Rspr des EGMR fällt **Whistleblowing** in den persönlichen bzw sachlichen **Schutzbereich** von **Art 10 Abs 1 EMRK**.

Art 10 Abs 1 EMRK vermittelt verschiedene, auch als politische Grundrechte umschriebene, **Kommunikationsgrundrechte**. Sein Schutzbereich erstreckt sich auf die Meinungsfreiheit bzw Meinungsäusserungsfreiheit, die Informationsfreiheit (betreffend den ungehinderten Empfang von Informationen) sowie das Redaktionsgeheimnis;³³ der Schutzbereich ist damit nach bisheriger Rspr des StGH mit dem Schutz nach Art 40 LV weitgehend deckungsgleich.³⁴ Auch die jüngere Rspr des StGH lässt keine vom Wesensgehalt des Art 40 LV abweichende Lesart von Art 10 Abs 1 EMRK vermuten; es ist damit von **kongruenten Schutzbereichen** auszugehen bzw zu unterstellen, dass beide Grundrechtsbestimmungen auch den Schutz von Whistleblowern umfassen.

Für ein Begriffsverständnis ergibt sich aus der Rspr des EGMR unstrittig, dass Whistleblowing die (teils anonyme) **Hinweisgabe von Missständen** bedeutet, die unter bestimmten – nachstehend behandelten – Voraussetzungen und Kriterien vom Schutzbereich des Art 10 EMRK erfasst sind.³⁵

2.4. Begriffsbildung im Schrifttum

Die Literatur gibt eine davon abgrenzbare **Begriffsbestimmung** zur Hand und beschreibt Whistleblowing *«als ein(en) Prozess, in dem eine Person in gutem Glauben einen Missstand, den sie aus eigener Macht nicht beseitigen kann, aufzeigt und sich dabei einer Offenlegungsmethode bedient, mit welcher sie an einen internen oder externen Adressatenkreis wendet und sich dadurch gegen eine Person oder Organisation stellt.»*³⁶

3. Whistleblowing Judikatur des StGH:

Um den (judikativen) status quo des Whistleblowing-Schutzes in Liechtenstein zu erfassen, sind zwei rezente Entscheidungen des StGH zu behandeln:³⁷

- a) Das Urteil StGH 2018/074³⁸ vom 3. September 2018³⁹ betreffend vermeintliches Whistleblowing im Liechtensteinischen Landesspital;⁴⁰

³³ Vgl. *Berka/Binder/Kneibls*, Grundrechte² (2019) 654 ff.

³⁴ *Hoch*, Meinungsfreiheit 200.

³⁵ EGMR *Guja* (Appl Nr 14.277/04): Verrat von Amtsgeheimnissen in Moldawien im Vorfeld von Parlamentswahlen; EGMR *Heinisch* (Appl Nr 28.274/08): Strafanzeige gegen Vivantes wegen des Verdachts auf Betrug (Personal- und Qualitätsmängel in der Pflege); EGMR *Bargao* (Appl Nr 53.579/09 ua): Verwaltungsassistent wies auf Verfehlungen in einem öffentlichen Gesundheitszentrum hin; EGMR *Bucur* (Appl Nr 40.238/02, 2013): Mitarbeiter des rumänischen Geheimdienstes decken in einer Pressekonferenz bestehende Praxis illegaler Abhöraktionen und das Fehlverhalten ihrer Vorgesetzten auf.

³⁶ *Resch*, Whistleblowing und Arbeitsrecht 22.

³⁷ Zum Stichtag 6. 6. 2020 scheinen zwei Entscheidungen in der öffentlichen Sammlung des StGH zum Thema «Whistleblowing» auf.

³⁸ Dazu *Bussjäger*, Aktuelles aus der Rechtsprechung des Staatsgerichtshofes 2016-2019, LJZ 2020, 104 (109).

³⁹ Dem ging die Entscheidung OGH 4. 5. 2018, 08 CG.2014.415 = GE 2019, 182 voraus.

⁴⁰ <<https://www.landesspital.li/1558/verfahren-gegen-chefarzt-ein->

- b) Den Beschluss StGH 2019/027 vom 13. Mai 2019 betreffend die Verwertbarkeit «geleakter» Informationen im Amtshilfeverfahren, dessen Leitsatz zufolge *«(d)ie Amtshilfe (...) wegen Involvierung eines whistleblowers (sic) nur dann verweigert werden (kann), wenn das Ersuchen dem völkerrechtlichen Grundsatz von Treu und Glauben widerspricht»*.⁴¹

3.1. Whistleblowing im Liechtensteinischen Landesspital?

Der StGH legte seine Entscheidung den (nachfolgend in Kürze zusammengefassten) Sachverhaltsfeststellungen des OGH zugrunde:⁴²

1. Der Bf, (vormals) stv Chefarzt des liechtensteinischen Landesspitals, verdächtigte einen Chefarzt in mehreren Fällen, aktive Sterbehilfe geleistet zu haben. Dieser Verdacht des Bf war auf die (damals im Aufbau begriffene) elektronische Gesundheitsakte gestützt und veranlasste den Bf zur Anzeigeerstattung bei der Staatsanwaltschaft. Ein Abgleich mit den physischen Patientenakten (welche damals noch als Hauptkrankenakten geführt wurden) durch den Bf ist augenscheinlich nicht erfolgt. Der Bf habe im Vorfeld seiner Anzeige zwar den Präsidenten der Geschäftsprüfungskommission über seinen Verdacht kontaktiert und sogar den Gesundheitsminister konsultiert, nicht jedoch die im Landesspital eingerichtete Stelle für Missstandsmeldungen, der zum Zeitpunkt der Anzeigeerstattung der Chefarzt selbst vorstand, dem inkriminierte Handlungen vorgeworfen wurden. Der Verdacht fahrlässiger Tötung gem § 80 StGB ua Delikte erhärtete sich nicht; das Ermittlungsverfahren wurde eingestellt. Zwischenzeitlich wurde der Bf fristlos entlassen, was vom OGH für zulässig erachtet wurde.⁴³ Im Wesentlichen hervorzuheben ist, dass bei Hinzuziehung sämtlicher verfügbarer Akten die Unhaltbarkeit der erhobenen Vorwürfe evident geworden wäre. Indem dennoch – ohne nähere Überprüfung durch den Bf – schwerwiegende Vorwürfe erhoben wurden, war vom OGH eine schwere Treuepflichtverletzung zu erkennen, die eine fristlose Kündigung bzw Entlassung rechtfertigte. Der Bf erhob schliesslich Individualbeschwerde an den StGH und machte die Verletzung verfassungsmässig gewährleisteter Rechte, im Konkreten die Verletzung der Meinungsäusserungsfreiheit, des Gleichheitssatzes und des Willkürverbots geltend.⁴⁴

gestellt/> (abgerufen am 23. 3. 2020).

⁴¹ StGH Beschluss 2019/027 vom 13. 5. 2019 = LES 2019, 128 (Leitsatz 1).

⁴² StGH 2018/074 = LES 2018, 236f.

⁴³ Gegen die Beendigung seines Dienstverhältnisses ging der Bf klagsweise vor. Während das OG keine schweren Treuepflichtverletzungen erkannte, die eine fristlose Entlassung rechtfertigen würden, und der Beschwerde teilweise Folge gab, erkannte der OGH hinsichtlich der fristlosen Kündigung, *«dass diese nach den gesetzlichen Vorschriften eine fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses bei Vorliegen wichtiger Gründe, welche nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar machen, zulässig sei.»*

⁴⁴ StGH 2018/074 = LES 2018, 236f.

2. Der StGH gelangte zusammengefasst zum Ergebnis, «dass im vorliegenden Fall die Meinungsfreiheit (zwar) tangiert ist, sodass die relevanten vertragsrechtlichen Normen im Sinne der indirekten Drittwirkung im Lichte dieses Grundrechts verfassungskonform auszu-legen sind.»⁴⁵ Die grundrechtliche Drittwirkung in das (privatrechtliche) Dienstverhältnis wurde über § 1173a Art 46 ABGB vermittelt.⁴⁶ Eine Grundrechtsverletzung lag jedoch aufgrund des erkannten leichtfertigen Vorgehens des Bf nicht vor, da die erhobenen Vorwürfe nicht stichhaltig geprüft wurden und eine Überprüfung der «Papierakten» zumutbar erschien, insbesondere, da die Unvollständigkeit der herangezogenen elektronischen Akten bekannt war.⁴⁷

3.2. Whistleblowing und Amtshilfe?

Der StGH hatte ein steuerliches Amtshilfeverfahren nach SteAHG zu beurteilen.⁴⁸ Dem lag ein Amtshilfeersuchen der französischen Steuerverwaltung (Direction Générale des Finances Publiques), gerichtet an die liechtensteinische Steuerverwaltung, betreffend die Steuersache einer in Frankreich wohnhaften und steuerpflichtigen Person (Bf), zugrunde. Die französischen Behörden stützten ihr Amtshilfegesuch auf Informationen, die aus einem der UBS 2010 gestohlenen Datenträger entnommen worden waren («Steuer-CD»). Die liechtensteinische Steuerverwaltung folgte dem Amtshilfegesuch und verfügte die Übermittlung der angeforderten Informationen, wogegen die Bf Beschwerde an den VGH erhob. Die Beschwerde wurde vom VGH abgewiesen.⁴⁹

Im Wege der Individualbeschwerde an den StGH monierte die Bf unter anderem eine Verletzung ihrer Privat- und Geheimsphäre gem Art 32 LV und des Willkürverbots.⁵⁰ Sie brachte zusammengefasst vor, dass der ordre public-Grundsatz der Leistung von Amtshilfe entgegenstehe, «weil die dem Amtshilfeersuchen zugrunde liegenden Informationen aufgrund der Hinweise eines Whistleblowers und somit mittels Datendiebstahl beschafft worden seien.»⁵¹

Der StGH verwies hinsichtlich der Handhabung des ordre public-Vorbehalts in Steueramtshilfeangelegenheiten⁵² darauf, dass einerseits «auch die Schweiz in Bezug auf gestohlene Daten (nunmehr) eine wesentlich weniger strikte Haltung einnimmt als in der Vergangenheit»⁵³. Diesbezüglich erschien dem StGH auch der OECD-Län-

derbericht zu Liechtenstein berücksichtigungswürdig, wonach «insbesondere auch gerügt (wurde), dass sich Liechtenstein in Bezug auf Steueramtshilfeersuchen, welche auf gestohlene Daten beruhen, nicht OECD-konform verhalte.»⁵⁴

Eine die OECD-Vorgaben berücksichtigende, konsequente Anwendung des ordre-public-Vorbehalts in Art 8 SteAHG, die der schweizerischen Rechtsanwendung entspricht, hat zur Folge, dass die Leistung von Amtshilfe nur dann verweigert werden darf, «wenn das Ersuchen dem völkerrechtlichen Grundsatz von Treu und Glauben widerspricht»⁵⁵. Das ist dann anzunehmen, wenn gestohlene Daten von amtshilfeersuchenden Staaten gekauft werden, um auf ihrer Grundlage Amtshilfeverfahren anzustrengen oder wenn bilateral zugesichert wurde, «gestohlene Daten nicht für ein Amtshilfeersuchen zu verwenden»⁵⁶. Da aber auch die Schweiz im Ausgangsfall Amtshilfe gewährt hätte, waren diese Voraussetzungen als nicht erfüllt anzusehen und wurde im Beschwerdefall die Bf nicht in ihrer Privat- und Geheimsphäre verletzt angesehen.⁵⁷

3.3. Synopse

In Zusammenschau beider StGH-Entscheidungen ergibt sich, dass in **Liechtenstein** – im Lichte der durch die EMRK vermittelten Grundrechtsgarantien – von einem **veränderten, dh modernen Verständnis von Whistleblowing** auszugehen ist. Dh, das Grundrechtsverständnis hat sich entsprechend der EGMR-Vorgaben gewandelt. Punktuell erscheinen die Ausführungen des Höchstgerichts noch zögerlich, überzeugen aber letzten Endes.

Die beiden hier untersuchten Ausgangssachverhalte unterscheiden sich dadurch, dass das aus der Meinungsäusserungsfreiheit abgeleitete **Recht auf Whistleblowing** einerseits als **Grundrechtsgarantie** (Punkt a), andererseits als **Grundrechtsschranke** (Punkt b) beleuchtet wurden. Aufgrund der jeweils feststellbaren Eingriffe in grundrechtlich garantierte Schutzbereiche, waren diese anhand der vom StGH nach seiner ständigen Rspr etablierten Grundrechtseingriffskriterien zu beurteilen; dh es bedurfte einer gesetzlichen Grundlage für einen Eingriff, der im öffentlichen Interesse zu erfolgen hat, einer Verhältnismässigkeitsprüfung standhalten muss und den Kerngehalt des Grundrecht nicht verletzen darf.⁵⁸

Um aus dieser rezenten Rspr des StGH ein kohärentes Verständnis über die Grundrechtsrelevanz von Whistleblowing in Liechtenstein zu entwickeln, bedürfen daher ausgewählte Punkte einer näheren Untersuchung, um

⁴⁵ StGH 2018/074, 2.3 = LES 2018, 236 (239).

⁴⁶ StGH 2018/074, 2.2 = LES 2018, 236 (239) mVa Hoch, Meinungsfreiheit 213.

⁴⁷ StGH 2018/074, 2.5. – 2.6. = LES 2018, 236 (240); vgl Bussjäger, LJZ 2020, 104 (109).

⁴⁸ StGH 13. 5. 2019, StGH 2019/027 = LES 2019, 128.

⁴⁹ VGH 15. 2. 2019, VGH 2019/011.

⁵⁰ StGH 2019/027 = LES 2019, 128 (130) 2.1.

⁵¹ StGH 2019/027 = LES 2019, 128 (130f).

⁵² Zum Thema weiterführend Hlavica, Rahmenordnungsbestrebungen als Mittel der Fraud-Bekämpfung in Hlavica/Hülsberg/Klapproth (Hrsg), Tax Fraud & Forensic Accounting – Umgang mit Wirtschaftskriminalität² (2017), insb 362.

⁵³ StGH 2019/027 = LES 2019, 128 (131); die Bezugnahme auf die Rechtsansicht der Schweiz ergibt sich bereits aus BuA 72/2015, 14 betreffend die Änderung des hier einschlägigen Steueramtshilfegesetz (SteAHG-Revision 2015).

⁵⁴ StGH 2019/027 = LES 2019, 128 (131) mVa Peer Review Report - Second Round - Liechtenstein, 2019, 103 ff Rn 349 ff, online abrufbar unter: <read.oecd-ilibrary.org/taxation/global-forum-on-transparency-and-exchange-of-information-for-tax-purposes-liechtenstein-2019-second-round_299793c5-en> (6. 4. 2020).

⁵⁵ StGH 2019/027 = LES 2019, 128 (132).

⁵⁶ AaO.

⁵⁷ AaO (2.5).

⁵⁸ Vgl StGH 1. 7. 2014, StGH 2014/051, 2.1; StGH 2008/37+88, 5.4.; StGH 2007/51, 3.1.; StGH 1995/6, 3.1 = LES 2001, 63 (68); StGH 1995/8, 3.2 = LES 1997, 197 (201); Beck/Kley, Freiheit der Person, Hausrecht sowie Brief- und Schriftengeheimnis in Kley/Vallender (Hrsg), Grundrechtspraxis in Liechtenstein, LPS Bd 52 (2012) 143.

die Neuvermessung des Grundrechtsverständnisses zu dokumentieren bzw um offene Punkte, die vom Höchstgericht ausgespart wurden, aufzuzeigen.

4. Verfassungsrechtliche Verortung

4.1. Mehrpolige Grundrechtsverbürgung

Der StGH stützte seine Ausführungen im Whistleblowing-Fall im Landesspital auf die nach Art 40 LV und Art 10 Abs 1 EMRK gewährleistete Meinungsfreiheit. Unklar ist auf den ersten Blick, wie sich die beiden Regelungen zueinander verhalten.⁵⁹ Diese Frage wird spätestens dann virulent, wenn man zusätzlich Art 19 IPbPR in die Betrachtung einbezieht (auf den der StGH im Anlassfall nicht eingehen musste). Auch wenn der IPbPR in der Rspr des StGH ohne praktische Relevanz sein dürfte,⁶⁰ ist der (für Liechtenstein verbindliche) Staatsvertrag im Anlassfall von Bedeutung, reicht er doch über Art 10 Abs 1 EMRK hinaus: Er erfasst sowohl explizit die äussere als auch die innere Meinungsfreiheit.⁶¹

Offenkundig ist, dass die drei genannten Grundrechtsgewährleistungen textlich nicht übereinstimmen. Das zeigt sich etwa in Bezug auf die Voraussetzungen, unter denen staatliche Organe die Meinungsfreiheit beschränken können. Während Art 40 LV unter formellem Ausgestaltungsvorbehalt steht, sind Art 10 Abs 2 EMRK bzw Art 19 Abs 3 IPbPR unter materiellem Eingriffsvorbehalt gewährleistet. Das könnte Gesetzgeber und Vollziehung vor praktische Abgrenzungsschwierigkeiten stellen, weil prima vista nicht klar ist, wie dieser scheinbare Regelungskonflikt im jeweiligen Anlassfall aufzulösen ist.

Mit dem aktuellen Schrifttum ist davon auszugehen, dass zwischen diesen einzelnen Gewährleistungen durch **harmonisierende Auslegung** ein **Ausgleich** zu finden ist;⁶² das ergibt sich auch daraus, dass behauptete Verletzungen der jeweiligen Grundrechtsgewährleistung in ein- und demselben Verfahren vor dem StGH mittels Individualbeschwerde geltend gemacht werden können (Art 15 Abs 1 und 2 StGHG).

Die Lösung der Frage, unter welchen Voraussetzungen die **Beschränkung der Meinungsfreiheit** (und damit der Rechte von Hinweisgebern) zulässig ist, hat primär nach den **Vorgaben des Art 10 Abs 2 EMRK** zu erfolgen. Die Konventionsgarantien stellen, auch im Bereich der Meinungsfreiheit, unbestritten *das* gemeinsame (Mindest)Fundament auf Ebene des europäischen Grundrechtsschutzes dar, das sowohl im Bereich

des nationalen Rechts, des EWR-Rechts⁶³ als auch auf Unionsebene *den* unverrückbaren Gradmesser für Beschränkungen und Ausgestaltungen der Freiheiten des Einzelnen darstellt.⁶⁴ Dabei ist der Umstand zu betonen, dass der EMRK in Liechtenstein nach hM (zumindest «faktisch») Verfassungsrang,⁶⁵ zT sogar Überverfassungsrang⁶⁶ eingeräumt wird.

Mit Blick auf das in Art 53 EMRK verankerte **Günstigkeitsprinzip** hat Liechtenstein als Mitglied der EMRK daher auch Whistleblowern stets den **weitestgehenden Grundrechtsschutz** zu gewähren, gleichgültig, ob er sich nun aus der LV, der EMRK oder dem IPbPR ergibt.⁶⁷

4.2. Mittelbare Drittwirkung der Meinungsausserungsfreiheit

In Anlehnung an die hL und Rspr führte der StGH aus, «*dass Ansatzpunkte einer unmittelbaren Drittwirkung, also dass Grundrechte gegenüber einem Privaten wie gegenüber dem Staat geltend gemacht werden können, in keiner Garantie der EMRK zu finden seien*»⁶⁸. Des Weiteren ist eine – über die abwehrrechtliche Dimension von Grundrechten hinausgehende – mittelbare Drittwirkung von Grundrechten ins Privatrecht grds anzuerkennen, steht jedoch unter dem Vorbehalt einer (einfach-)gesetzlichen Grundlage. Nach *Hoch* gelten «*Grundrechte im Privatrecht nur indirekt über Gesetzesnormen und dabei insbesondere über unbestimmte Rechtsbegriffe und Generalklauseln*»⁶⁹. Im unter 3.1 geschilderten Ausgangsfall vor dem StGH wurde eine horizontale – im Sinne einer

⁵⁹ Vgl zur Diskussion zum Verhältnis zwischen verschiedenen Grundrechtsquellen unter dem Gesichtspunkt der *lex posterior* bzw *lex specialis* ua *Ehrenzeller/Brägger*, Politische Rechte in *Kley/Vallender* (Hrsg), Grundrechtspraxis in Liechtenstein (2012), 658 f.

⁶⁰ Vgl bereits *Hoch*, Meinungsfreiheit 197.

⁶¹ Art 19 Abs 1 IPbPR besagt: «*Jedermann hat das Recht auf unbehinderte Meinungsfreiheit*»; Abs 2 besagt: «*Jedermann hat das Recht auf freie Meinungsäusserung; dieses Recht schliesst die Freiheit ein, ohne Rücksicht auf Staatsgrenzen Informationen und Gedankengut jeder Art in Wort, Schrift oder Druck, durch Kunstwerke oder andere Mittel eigener Wahl sich zu beschaffen, zu empfangen und weiterzugeben*» (Hervorhebung durch Autoren).

⁶² Statt aller *Schiess Rütimann*, Die Stellung der EMRK in Liechtenstein, Jusletter 4. 2. 2019 Rz 185.

⁶³ Vgl zB EFTA-GH 12. 12. 2003, E-2/03 (*Ásgeirsson*) Rz 23; 28. 6. 2011, E-12/10 (*EFTA-Überwachungsbehörde/Island*) Rz 60. Weiterführend *Baudenbacher*, Grundfreiheiten und Grundrechte im EWR-Recht in *Kley/Vallender* (Hrsg), Grundrechtspraxis in Liechtenstein (LPS Bd 52) 775 (851 ff) mwH.

⁶⁴ Exemplarisch EGMR 30. 6. 2005, Appl Nr 45.036/98 (*Bosphorus*), NJW 2006, 197 ff; EGMR 28. 11. 2019, Appl Nr 47.341/15 (*Konkurrenten/Norwegen*) Rz 42 ff; EuGH 30. 7. 1996, C-84/95 (*Bosphorus*), ECLI:EU:C:1996:312; *N. Raschauer/Sild*, Liechtenstein, die EU-Grundrechtecharta und das EWR-Abkommen – zugleich ein Beitrag zur Präzisierung der Bedeutung der EU-Grundrechte im EWR (im Druck).

⁶⁵ Vgl *Schiess Rütimann*, jusletter 4. 2. 2019 Rz 184; *Hammermann*, Grundrechte in der Rechtsprechung des EFTA-Gerichtshofes, LJZ 2018, 105 (109) mVa *Bussjäger*, Einführende Bemerkungen zur liechtensteinischen Verfassung (verfassung.li, 2016) Rz 64, 99, 130, 133 und 136 (zuletzt gesehen am 6. 4. 2020); *Ehrenzeller/Brägger*, Politische Rechte 658 f; aus der Rspr etwa StGH 23. 5. 1996, StGH 1995/021 = LES 1997, 18 (28) mVa *Batliner*, Die liechtensteinische Rechtsordnung und die Europäische Menschenrechtskonvention in *Geiger/Wachkubn* (Hrsg), Liechtenstein: Kleinheit und Interdependenz (1990) 145 (149 ff).

⁶⁶ StGH 1995/021, 18 (28), mVa *Batliner*, Die Politischen Volksrechte im Fürstentum Liechtenstein (1993) 162 f mwN; *Bussjäger*, Einführende Bemerkungen Rz 154: «*Andererseits geht der Staatsgerichtshof nach wie vor nicht nur von einem faktischen Verfassungsrang der EMRK aus, sondern lässt es sogar offen, ob ihr nicht Überverfassungsrang zukommt*» (Hervorhebung durch Autoren) mVa StGH 2009/202, ErWG 10.1.; StGH 2009/209, ErWG 4.

⁶⁷ Vgl im Kontext der Glaubens- und Gewissensfreiheit *Gamper*, Art 37 Rz 30 in *Liechtenstein-Institut* (Hrsg), Online-Kommentar zur liechtensteinischen Verfassung (verfassung.li, Stand 15. 11. 2017).

⁶⁸ StGH 2018/074, 2.2 mVa *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 19 Rz 8.

⁶⁹ AaO mVa *Hoch*, Meinungsfreiheit 213.

interpersonellen – **Drittwirkung der Meinungsfreiheit** und damit ein (mittelbarer) Schutz für den Hinweisgeber, vermittelt über § 1173a Art 46 Abs 1 Bst b ABGB,⁷⁰ ausdrücklich erkannt.

Da nun **«Whistleblowing»** als Spielart freier Meinungsäußerung vom **Schutzbereich des Art 10 Abs 1 EMRK** (sowie Art 40 LV und Art 19 IPbPR) erfasst wird, hat eine aufgrund (externer) Missstandsmeldung erfolgte Beendigung eines (privaten) Dienstverhältnisses einer mehrstufigen Eingriffsprüfung standzuhalten.⁷¹

5. Whistleblowing und der ordre public

In dem unter Punkt 3.2 geschilderten Amtshilfeverfahren war eine vermeintliche **ordre public-Widrigkeit**⁷² abzuwägen, weil offengelegte Geheimnisse prozessual in einem ausländischen Verfahren verwertet werden sollten.

Als Schutzobjekt des *ordre public* definiert die hM die **Grundwertungen der liechtensteinischen Rechtsordnung** und nicht etwa allgemein subjektive Rechtspositionen von in Liechtenstein domizilierten Personen. Der OGH erkennt die Aufgabe des ordre public-Vorbehalts darin, den *«Schutz der inländischen Rechtsordnung vor dem Eindringen von mit ihr vollkommend unvereinbaren ausländischen Rechtsgedanken»*⁷³ zu gewährleisten.

Im Rahmen der Untersuchung des hier interessierenden StGH-Beschlusses ist die Frage nachzuschicken: **Kann Whistleblowing als ein mit der liechtensteinischen Rechtsordnung unvereinbares Rechtsinstitut verstanden werden?**

Hinsichtlich der Annahme von ordre public-widrigem Vorgehen ist nach Auffassung des StGH, im Kontext von Rechtshilfeersuchen, die aus EMRK-Unterzeichnerstaaten kommen, Zurückhaltung geboten. Denn es darf davon ausgegangen werden, *«dass allfällige EMRK-Verstöße im dortigen innerstaatlichen Instanzenzug (Anm: des rechtshilfeersuchenden Mitgliedstaats) geheilt werden können.»*⁷⁴ Vielmehr ist im Lichte des völkerrechtlichen Vertrauensgrundsatzes davon auszugehen, dass bei

EMRK-Mitgliedstaaten, bezogen auf Fälle des Whistleblowing, in der Regel keine ordre public-Widrigkeit bestehe.⁷⁵

Das ist schon deswegen schlüssig, weil mit der EMRK international anerkannte Grundrechtsgarantien für verbindlich erklärt wurden, die für sämtliche Konventionsstaaten einen nicht unterschreitbaren Mindeststandard als *«ordre public européen»* einführen.⁷⁶ Das gilt freilich, *«ohne dass dadurch nationale Besonderheiten und Errungenschaften aufgegeben werden.»*⁷⁷ Diese Einschränkung kann nach hier vertretener Ansicht – in Gefolge der rezenten StGH-Rspr – jedoch nicht so weit reichen, dass das Vorliegen eines Whistleblowing-Falles schlechthin als ordre public-Widrigkeit angesehen wird. Denn gerade die nachstehend referenzierte EGMR-Rspr macht deutlich, dass der Schutz von Hinweisgebern grds vom Schutzbereich der Konventionsrechte (Art 10 Abs 1 EMRK) erfasst ist.

Daher ist eine differenzierte Einzelfallbetrachtung angezeigt.

Zunächst ist unter Bezugnahme auf OECD-Vorgaben im Bereich der Steueramtshilfe anerkannt, dass Whistleblowing nicht pauschal gegen den ordre public-Grundsatz verstößt. Immerhin sieht die OECD **Whistleblowing als effektives Mittel im Kampf gegen transnationale Korruption** und Steuerhinterziehung an.⁷⁸

Zudem ist Whistleblowing bereits de lege lata **kein** der liechtensteinischen Rechtsordnung völlig **fremdes Rechtsinstitut**; so ist die FMA Liechtenstein auf Grundlage des geltenden EWR-Finanzmarktrechts verpflichtet, ein öffentliches Hinweisgebersystem zu etablieren,⁷⁹ um Hinweisgebern eine schriftliche Meldung via E-Mail oder postalisch zu ermöglichen.⁸⁰ Soweit diese speziellen Grundlagen des Finanzmarktrechts nicht anwendbar sind, erscheint der **gesetzliche Schutz von Whistleblowern** insgesamt noch **lückenhaft**. Vorbehaltlich der Übernahme der EU-Whistleblowing-RL in das EWRA werden noch weitergehende gesetzliche Anpassungen in Liechtenstein erforderlich sein (siehe unten 8.).

⁷⁰ *«Die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses ist missbräuchlich, wenn eine Partei sie ausspricht: (...) (Bst b) weil die andere Partei ein verfassungsmässiges Recht ausübt, es sei denn, die Rechtsausübung verletze eine Pflicht aus dem Arbeitsverhältnis oder beeinträchtige wesentlich die Zusammenarbeit im Betrieb.»*

⁷¹ Vgl *Dworschak*, Informationsfreiheit im Umbruch (Dissertation Universität Innsbruck, 2020) 77 f.

⁷² Dabei handelt sich um einen anerkannten Rechtsgrundsatz des IPR, der einen Vorbehalt zugunsten der inländischen öffentlichen Ordnung statuiert. Die Anwendung ausländischen Rechts in einem inländischen Amtshilfeverfahren ist daher ausgeschlossen, wenn dies gegen die wesentlichen Grundsätze liechtensteinischen Rechts verstossen würde. Eine Verletzung dieses Grundsatzes kann nur im Zusammenhang mit einem verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht geltend gemacht werden (vgl etwa StGH 1996/3, Erw 2.1; *Becker*, Das Verhältnis zwischen Völkerrecht und Landesrecht nach Massgabe der Praxis des Staatsgerichtshofes des Fürstentums Liechtenstein [2003] 614).

⁷³ OGH 1. 2. 2001, 3 Cg 50/00-29, Leitsatz Ib.

⁷⁴ StGH 1. 7. 2014, StGH 2014/051, 2.3; In vergleichbarem Zusammenhang (Informationsersuchen nach der ex-RL 2003/6/EG) EF-TA-GH 9. 5. 2014, E-23/13 (*Hellenic Capital Market Commission*) Rz 59.

⁷⁵ StGH 2019/027 = LES 2019, 128 (129) mVa OECD *«issues of public policy (ordre public) rarely arise in the context of information exchange between treaty parties.»*

⁷⁶ *Schädler*, Die EMRK in der Grundrechtsgeschichte Liechtensteins, LJZ 2018, 120 (124 f).

⁷⁷ *Schädler*, aaO mVa *Bussjäger*. Der Staatsgerichtshof und die Europäische Menschenrechtskonvention – Bemerkungen zur Europäisierung des Grundrechtsschutzes in Liechtenstein in Liechtenstein-Institut (Hrsg), FS Wille (2014), 49 – 67.

⁷⁸ Vgl *Jurius*, Corruption: l'OCDE préconise de protéger les lanceurs d'alerte, jusletter 16. 1. 2012, 2 Rz 4 ff.

⁷⁹ Bspw Art 71 Abs 1 CRD IV. Zur Umsetzung in Österreich vgl *N. Raschauer*, § 99g BWG Rz 1 ff.

⁸⁰ Siehe FMA Liechtenstein, Meldung von Gesetzesverstößen. <<https://www.fma.li/de/kundenschutz/meldung-von-gesetzesverstossen.html>> (abgerufen am 25. 5. 2020).

6. Kriterien zulässigen Whistleblowings

6.1. Kenntnis durch abgrenzbaren (kleineren)

Personenkreis

Nach ständiger Rspr des EGMR geniessen Beschäftigte im öffentlichen Dienst, die Hinweise auf strafbares oder rechtswidriges Verhalten am Arbeitsplatz geben, grundrechtlichen Schutz, wenn diese Umstände lediglich einer einzigen Person oder einer kleineren Personengruppe bekannt sind.⁸¹ Damit bringt der EGMR in seiner Rspr wertungsmässig zum Ausdruck, dass der grundrechtliche **Schutz** gem Art 10 Abs 1 EMRK dann **nicht mehr erforderlich** ist, wenn das **rechtswidrige Verhalten bereits allgemein bekannt** ist und damit gerechnet werden kann, dass das Verhalten von den zuständigen Verfolgungsbehörden geahndet wird – anders gewendet: **Whistleblowing** ist aus der Perspektive des Art 10 Abs 1 EMRK (abgesehen von anderen, noch nachfolgend zu besprechenden Voraussetzungen) nur dann **statthaft**, wenn die Öffentlichkeit als public watchdog (bzw als Empfänger des Hinweises) noch nicht über das relevante Verhalten Bescheid weiss, dem Hinweisgeber aber kein anderes geeignetes Verfahren offen steht, die relevanten Stellen über seinen Verdacht in Kenntnis zu setzen.⁸² Im konkreten Anlassfall vor dem StGH (betreffend das Landesspital) ist indessen unstrittig von einer kleineren Personengruppe auszugehen, die Kenntnis über den Verdacht des Whistleblowers hatte.⁸³

6.2. Der Kreis der Whistleblower

Aber nicht nur Bedienstete im öffentlichen Dienst sind geschützt, auch sonstige **Arbeitnehmer in der Privatwirtschaft** kommen als **Schutzobjekt** gem Art 10 Abs 1 EMRK (Hinweisgeber) in Betracht. Eine Einschränkung auf Beschäftigte des öffentlichen Dienstes wäre angesichts der dynamischen Entwicklung auf EWR-Ebene

nicht haltbar. So verpflichten etwa Art 32 Abs 3 MAR oder Art 71 Abs 3 CRD IV Finanzintermediäre (Banken und dgl), angemessene interne Verfahren einzurichten, über die ihre Mitarbeiter⁸⁴ einschlägige Verstösse intern melden können.⁸⁵ Darüber hinaus schützt Art 10 Abs 1 EMRK sowie das facheinschlägige EWR-Sekundärrecht vertraglich für Unternehmen tätige Dienstleister und ihre Mitarbeitenden, die zB im Rahmen einer Auslagerung bestimmte Projekte betreuen.

Ausserdem dürfte der EU-Gesetzgeber nunmehr generell, spartenübergreifend, von der **Notwendigkeit eines extensiven Verständnisses** der erfassten Grundrechtsträger ausgehen. Art 4 Whistleblowing-RL sieht einen weiten persönlichen (Mindest)Anwendungsbereich vor,⁸⁶ der sich auch auf vom Whistleblower verschiedene Personen und juristische Personen erstreckt.⁸⁷

Darüber hinaus wird ein aus einer wirtschaftlichen Abhängigkeit resultierendes Machtungleichgewicht, dem sich ein potentieller Hinweisgeber ausgesetzt sieht, wesentlich für die Entscheidung sein, ob die Offenlegung vertraulicher Informationen zu rechtfertigen ist bzw solche Hinweisgeber vom Whistleblowing-Schutz erfasst werden. Denn auch solche vertragliche (selbstständige) Dienstleister können Repressalien ihrer Geschäftspartner ausgesetzt sein (etwa durch sogenannte «Schwarze Listen») wie vom EU-Gesetzgeber nunmehr ausdrücklich anerkannt.⁸⁸

⁸¹ EGMR 21. 7. 2011, Appl No 28.274/08 (*Heinisch/Deutschland*) Rz 63: Das gilt insbesondere dann, wenn dem betroffenen Beschäftigten oder Beamten als einziger Person oder als Teil einer kleinen Personengruppe, die Umstände am Arbeitsplatz bekannt sind und er deshalb am besten in der Lage ist, im Interesse der Allgemeinheit zu handeln; mVa EGMR 12. 2. 2008, Appl No 12.277/04 (*Guja/Moldauien*) Rz 72 und EGMR 19. 2. 2009, Appl No 4.063/04 (*Marchenko/Ukraine*) Rz 46.

⁸² *Berka*, Whistleblowing und öffentliches Recht 37 f.

⁸³ In Einklang mit EGMR Heinisch kann man den Fall des Landesspitals zur Fallgruppe «öffentlicher Dienst» zuordnen. Frau Heinisch arbeitete nämlich bei einer Gesellschaft (welche ein Altenheim betrieb), die mehrheitlich im Eigentum des Landes Berlin stand. Dafür spricht zudem, dass das Landesspital als selbstständige Stiftung öffentlichen Rechts eingerichtet ist (vgl Gesetz vom 21. Oktober 1999 über das Liechtensteinische Landesspital [LLSG]). Zudem ist auf das Landesspital das ÖUSG anzuwenden. Dass die Ärzteschaft im Landesspital privatrechtlich angestellt ist, schadet nicht (Art 13 LLSG bzw Art 14 ÖUSG). Auch die Mitarbeitenden der Universität Liechtenstein werden mittels privatrechtlicher Verträge angestellt; dennoch arbeiten sie unzweideutig bei einem öffentlichen Unternehmen.

Zudem unterliegen die genannten öffentlichen Unternehmen der Kontrolle der Geschäftsprüfungskommission des Landtages (Art 25 des Gesetzes vom 12. März 2003 über den Geschäftsverkehr des Landtages mit der Regierung und die Kontrolle der Staatsverwaltung [Geschäftsverkehrs- und Verwaltungskontrollgesetz; GVVKG], LGBl 2003 Nr 108.

⁸⁴ Daher ist ein internes Hinweisgebersystem allen aktiven «Mitarbeitenden» des Instituts (als potenziellen Hinweisgebern) sowie gegebenenfalls auch vertraglich gebundenen Dienstleistern (Rechtsanwälten etc) zugänglich zu machen; auf Basis welcher Rechtsgrundlage der Mitarbeitende beim Institut beschäftigt ist, spielt aus EWR-Sicht keine Rolle. Die zit Richtlinien erfasst daher auch Leiharbeitskräfte, werkvertraglich für das Institut tätige Personen (man denke an Outsourcing-Kooperationspartner), Mandatäre in Gremien und Organe (etwa in Verwaltungsräten), durch Entsendungen oder sonst etwa im Konzern aufgrund bestimmter Leistungsvereinbarungen funktional für das Institut tätige Personen. Bereits seit längerem ausgeschiedene und pensionierte (daher «ehemalige») Mitarbeitende sind wohl nicht unmittelbar Zielgruppe der zit RL-Bestimmungen; freilich folgt daraus nicht, dass das Hinweisgebersystem keine Hinweise von ehemaligen Mitarbeitenden des Instituts (mehr) entgegennehmen dürfte. Wenn jene daher Zugang zum Hinweisgebersystem besitzen, erscheint es nicht ausgeschlossen, dass auch diese Personen Hinweise übermitteln, wenn sie Kenntnis über einen betriebsinternen Verstoß haben (*N. Raschauer*, § 99g Rz 52).

⁸⁵ Zur Entwicklung auf EWR-Ebene vgl etwa *Gruber*, Whistleblowing im Kapitalmarktrecht, in *Ennöckl/N. Raschauer/Schulev-Steindl/Wessely* (Hrsg), FS B. Raschauer (2013) 131 (132 f).

⁸⁶ Art 4 der RL stellt auf den beruflichen Kontext ab und erfasst (arg: mindestens) Arbeitnehmer, einschliesslich Beamte, Selbstständige, Anteilseigner und Personen, die dem Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgan angehören, Freiwillige Mitarbeitende und Praktikanten (unerheblich einer Abgeltung ihrer Tätigkeit) sowie unter Aufsicht von (Unter)auftragnehmern und Lieferanten arbeitende Personen; unabhängig davon, ob die Tätigkeit bereits begonnen oder zwischenzeitlich beendet wurde.

⁸⁷ Art 4 Abs 4 Bst a-c der RL.

⁸⁸ Vgl Art 19 EU-Whistleblowing-RL sowie die ErwG 33, 36, 44 der RL, weshalb eine weitgefaste Definition von Repressalien vorgesehen wurde. Sie umfasst Entlassungen bzw Beendigungen von Dienstverhältnissen, strafrechtliche Verfolgung oder die Eintragung in sogenannte «schwarze Listen», negative Arbeitszeugnisse, Geschäftsboykotte bis hin zur Gefahr irreversibler Schäden

Freilich sind Arbeitnehmer (Beamte) gegenüber ihren Arbeitgebern zur Loyalität, Zurückhaltung und Discretion verpflichtet.⁸⁹ Mitunter bestehen gar über das (arbeits)vertragliche Schuldverhältnis hinaus gesetzliche Verschwiegenheitspflichten. Die Zulässigkeit ihrer Durchbrechung durch Whistleblowing ist im Einzelfall im Wege einer Interessenabwägung zu klären.

Dabei ist die Art und der Umfang der Loyalität, die ein Arbeitnehmer seinem Arbeitgeber in einem bestimmten Fall schuldet, für die vorzunehmende Abwägung in Relation zu den Rechten des Arbeitnehmers und den widerstreitenden Interessen des Arbeitgebers zu relevieren.⁹⁰

6.3. Vorliegen interner Meldesysteme

Aus der Loyalitäts- und Geheimhaltungspflicht des Dienst- bzw Arbeitnehmers sowie des Vertragspartners leitet der EGMR ab, dass Hinweise in erster Linie gegenüber Vorgesetzten, Vertragspartnern oder anderen zuständigen Stellen oder Einrichtungen vorzubringen sind, bevor sie extern mitgeteilt werden.⁹¹ Davon ist nur abzugehen, wenn sich eine interne Meldung als unpraktikabel erweist, ferner, wenn generell keine internen Meldesysteme bestehen. Als «ultima ratio» darf die Öffentlichkeit – dh insb die zur Verfolgung und Ahndung strafrechtsrelevanten Verhaltens zuständigen Behörden – informiert werden⁹² (wie es auch im gegenständlichen Anlassfall, der den StGH beschäftigte, geschah), um auf einen behaupteten Missstand hinzuweisen.⁹³

Aus der Rspr ergibt sich, dass an eine Meldung durch Sanktionen iwS anknüpfen können, insb, wenn die Information der Öffentlichkeit nicht erforderlich war. Wesentlich für die Beurteilung, ob solche Einschränkungen der Meinungsfreiheit im Anlassfall (also etwa eine Entlassung bzw Beendigung des Dienstverhältnisses) zulässig und verhältnismässig waren, ist der Umstand, ob

dem Whistleblower **andere wirksame Mittel** zur Verfügung standen, **um gegen den beanstandeten Missstand vorzugehen**.⁹⁴

In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass die fristlose Beendigung eines Dienst- oder Vertragsverhältnisses⁹⁵ (nicht nur in arbeitsrechtlicher Sicht) eine schwerwiegende Konsequenz für Hinweisgeber bedeutet. Die Beendigung von Dienst- und Vertragsverhältnissen wegen der Verletzung von Dienst- oder Vertragspflichten (in concreto wegen der durch einen Geheimnisverrat einhergehenden Zerrüttung des Vertrauens des Dienstgebers bzw Vertragspartners) soll von ebensolchen Handlungsweisen abschrecken. Darin ist eine nicht zu unterschätzende Hürde für Whistleblower zu erkennen; dieser Aspekt muss im Einzelfall in eine entsprechende Interessenabwägung über die Rechtmässigkeit und Erforderlichkeit von Beschränkungen einfließen.

Aus dem Gesagten folgt auf Basis des Art 10 Abs 1 EMRK und mit Blick auf Art 15 der Whistleblowing-RL, dass **Vertragsstaaten der EMRK die Einrichtung solcher «internen Hinweisgebersysteme» durch entsprechende nationale Ausgestaltung fördern** und den Schutz der Hinweisgeber gewährleisten sollten; aus der Rspr und der RL ist eine klare Präferenz dafür erkennbar, dass Missstände möglichst intern geklärt werden sollten – Anzeigen an staatliche Verfolgungsbehörden stehen dem nicht grds entgegen. Die Rspr zeigt ausserdem, dass Behörden und Unternehmen im eigenen Interesse «gut beraten» sind, die Einrichtung interner Hinweisgebersysteme zumindest in Erwägung zu ziehen.

6.4. Exkurs: Ausblick Whistleblowing-RL

Die zuvor angesprochenen Voraussetzungen zulässigen Whistleblowings hat der europäische Gesetzgeber in den Art 7 – 9 der Whistleblowing-RL normativ übernommen; er hat daher für **Staat und Privat eine Pflicht zur Einführung interner Hinweisgebersysteme vorgeschrieben**. Juristische Personen des privaten Sektors mit mehr als 49 Arbeitnehmern sind zur Einrichtung eines entsprechenden verpflichtet (Art 7 Abs 3). Unabhängig des genannten Schwellenwertes haben juristische Personen des privaten Sektors gem Art 7 Abs 4 unabhängig der Anzahl ihrer Mitarbeitenden ein Meldesystem zu etablieren, sofern sie unter bestimmte Unionsrechtsakte fallen.⁹⁶ Juristische Personen des öffentlichen Rechts haben – von wenigen Ausnahmen abgesehen – entsprechende interne Meldesysteme zu etablieren; allerdings sieht der EU-Gesetzgeber hier eine Öffnungsklausel für Gemein-

(etwa der körperlichen Unversehrtheit) (ErwG 80).

⁸⁹ EGMR 21. 7. 2011, Appl No 28.274 (*Heinisch/Deutschland*) Rz 64 = *Rieder*; jusletter 20. 6. 2011, Rz 12; mVa EGMR 19. 2. 2009, Appl No 1.063/04 (*Marchenko/Ukraine*) Rz 45.

⁹⁰ AaO.

⁹¹ So verpflichten etwa Art 71 Abs 3 CRD IV und Art 32 Abs 3 MAR die jeweiligen Adressaten (zB Emittenten), ein internes Hinweisgebersystem einzurichten; dieses muss unabhängig und autonom (dh zB ohne Einfluss durch die Geschäftsleitung) agieren können – dies ist verallgemeinerungsfähig. Das System muss einen angemessenen Schutz für Hinweisgeber gewährleisten; so muss etwa die Anonymität des Hinweisgebers während des gesamten internen Ermittlungsverfahrens gegenüber Dritten (zB anderen Mitarbeitern) gewährleistet werden; Dritten gegenüber dürfen daher insb keine personenbezogenen Daten über den Hinweisgeber offengelegt werden. Das Hinweisgebersystem ist daher auch technisch derart zu gestalten, dass die Identität des Hinweisgebersystems für Dritte mit legalen Mitteln nicht ermittelt werden kann (Sicherstellung der Geheimhaltung); vice versa muss die Stelle, die mit dem Betrieb des Hinweisgebersystems beauftragt ist, einer strikten Geheimhaltungspflicht unterworfen werden.

⁹² StGH 2018/074 = LES 2018, 236 (240) mVa EGMR 21. 7. 2011, Appl No 28.274/08 (*Heinisch/Deutschland*) Rz 65, *Pabel*, Der grundrechtliche Schutz von Whistle-Blowern 161 (165); *Ulber*, NZA 2011, 962 (963).

⁹³ Zur in der Schweiz behandelten Teilrevision des Art 321a OR siehe *Kälin/Kirchhoff*, Whistleblowing – Eine Anleitung, jusletter 20. 6. 2011, 4 Rz 19 ff.

⁹⁴ EGMR 21. 7. 2011, Appl No 28.274 (*Heinisch/Deutschland*) Rz 65 mVa EGMR 12. 2. 2008, Appl No 12.277/04 (*Guja/Moldawien*) Rz 73.

⁹⁵ Dazu *Kaufmann*, Die Kündigung des Arbeitsvertrages nach liechtensteinischem Recht unter besonderer Berücksichtigung des Kündigungsschutzes (2011) 124.

⁹⁶ Art 7 Abs 4 der RL verweist auf die in Anhang I.B und II genannten Unionsrechtsakte, diese betreffen mit der bisherigen Rechtslage weitgehend übereinstimmend den Sektor der Finanzmarktregulierung sowie betreffend der Verhinderung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung – aber auch den Bereich Verkehrssicherheit sowie Teile des Europäischen Umweltrechts.

den mit weniger als 10'000 Einwohnern oder weniger als 50 Arbeitnehmern usw vor (Art 8 Abs 9 UAbs 1 der RL).

Der EU-Gesetzgeber gibt daher der **Meldung über interne Systeme** auch zukünftig den **Vorzug**, beschränkt dies in Übereinstimmung mit der EGMR-Judikatur jedoch auf Fälle, «*in denen wirksam gegen den Verstoss vorgegangen werden kann und der Hinweisgeber keine Repressalien befürchtet.*» (Art 7 Abs 2). Den Mitgliedstaaten obliegt es, die zur Entgegennahme externer Meldungen zuständigen Behörden zu benennen (Art 11 Abs 1).

Das Unionsrecht sieht zudem einen zeitlichen Rahmen von drei Monaten vor, innerhalb dessen der Betreiber des internen Systems eine Rückmeldung an den Hinweisgeber zu geben hat. Diese Frist ist wohl derart zu verstehen, als mit ihrem Verstreichen eine Meldung an externe Stellen zulässig wird bzw eine anschließende externe Meldung den Schutzbereich der Richtlinie eröffnet (vgl Art 9 Abs 3 der RL).

Unter gewissen Voraussetzungen – nämlich, wenn der erkannte Verstoss eine unmittelbare oder offenkundige Gefährdung öffentlicher Interessen darstellen kann uä – ist die Offenlegung geschützt, auch wenn sie nicht vorab intern gemeldet wurde (Art 15 Abs 1 Bst b).

6.5 Gewissenhafte Prüfung durch den Hinweisgeber

Nach dem Gesagten ist klar: **Externes Whistleblowing sollte nicht leichtfertig erfolgen.** Daher ist es für den Hinweisgeber nach Möglichkeit (wie voranstehend dargelegt) geboten, entweder einen Rechtsbeistand zu konsultieren oder auf eine interne Meldestelle oder dienst-vorgesetzte Stelle bezüglich der erkannten Missstände heranzutreten, um diesen abzuwehren.⁹⁷ MaW: Für ein rechtmässiges Vorgehen des Whistleblowers ist erheblich, ob er sich vorab über die Richtigkeit seiner Anschuldigungen vergewisserte, wonach ihm «*diese Mitteilungen (...) subjektiv berechtigt oder unberechtigt erscheinen mussten.*»⁹⁸ Es ist von einer *ex ante* Betrachtung auszugehen;⁹⁹ denn salopp gesagt – von hinten liest sich das Buch immer leichter. Darin kommt (auch) das berechnete Interesse des Dienstgebers oder Vertragspartners zum Ausdruck, Störungen der Funktionalität des Unternehmens zu unterbinden, die durch Whistleblowing entstehen können. Daher sollten Hinweise über allfällige Rechtsverstösse zunächst «*in einer friedensschonenden Weise*» intern erfolgen und untersucht werden.¹⁰⁰

Wenn indessen – wie im Anlassfall im Landesspitals – ein «*leichtfertiges*» Vorgehen des Hinweisgebers erkannt wird, der **nicht alle ihm zugänglichen Quellen konsultiert hat**, ist eine Verletzung der Meinungsfreiheit auszuschliessen bzw ist dieses Vorgehen vom Schutzbereich des Art 10 Abs 1 EMRK, Art 19 IPbPR sowie Art 40 LV nicht erfasst.¹⁰¹

Wie weit kann nun dieses Kriterium reichen? Nach hier vertretener Ansicht ist der Whistleblower verpflichtet, **alle offenzulegenden Informationen vorab dahingehend zu prüfen**, ob sie tatsächlich einen strafrechtsrelevanten Missstand bzw rechtswidrige Vorgänge erkennen lassen – die über einen Bagatellverstoss hinausgehen und schwerwiegend erscheinen. Seine entsprechende Sorgfaltspflicht kann sich nur auf die ihm zur Verfügung stehenden bzw leicht beschaffbaren Quellen und konsultierbaren Auskunftspersonen erstrecken. Daher ist Whistleblowing unzulässig, wenn der Hinweisgeber bloss unvollständige elektronische Akten als Grundlage für seinen Hinweis heranzieht.

Whistleblowern darf aber nicht abverlangt werden, lediglich objektiv wahre Tatsachen weiterleiten zu dürfen. Richtigerweise haben Inhalt der Offenlegung solche Umstände zu sein, die nach allen verfügbaren Informationen, für wahr gehalten werden konnten.

Bei der Beurteilung der Zulässigkeit und Verhältnismässigkeit einer Veröffentlichung von Informationen sind ferner die **konfligierenden Interessen** der von einer Veröffentlichung betroffenen Dienstgeber und Vertragspartner (hier die Wahrung der Diskretion und Loyalität) und das öffentliche Interesse an der offengelegten Information **zu berücksichtigen**. Hier besteht nach Ansicht des EGMR nach Art 10 Abs 2 EMRK ein nur geringer Spielraum für Einschränkungen.¹⁰² Wesentlich für die angesprochene Beurteilung ist daher die Authentizität der offengelegten Informationen, um mut- oder böswillige, aber auch unbegründete Unterstellungen zu vermeiden. Damit gehen für die **zulässige Ausübung des Rechts auf Meinungsfreiheit** – in Form von Whistleblowing – entsprechende **Pflichten für Hinweisgeber** einher. Soweit die Umstände es erlauben, sind die offenzulegenden Informationen vorab sorgfältig auf ihre Stichhaltigkeit zu prüfen, dh dahingehend zu analysieren, ob sie – subjektiv gesehen – zutreffen und zuverlässig sind.¹⁰³ Die Beschaffenheit der Information ist für die weitere Abwägung wesentlich, insbesondere hinsichtlich der Auswirkungen für Dritte und die Allgemeinheit bzw des zu bemessenden Schadens, der durch die in Rede stehende Veröffentlichung Arbeitgebern und Vertragspartnern entsteht. Diese Auswirkungen sind mit dem öffentlichen Interesse an der Information bzw dem Interesse der Allgemeinheit an der Information abzuwiegen.¹⁰⁴ Ebenso sind die **Motive des Whistleblowers wesentlich** für die Abwägung, ob die erfolgte Offenlegung schützenswert ist. Nach Ansicht des EGMR werden Mitteilungen, die aus niederen Beweggründen erfolgen (wegen persönlichen Grolls, Feindschaft oder in Erwartung eines persönlichen Vorteils) als weniger schutzwürdig erachtet. Zusammengefasst ist daher zu prüfen, ob Whistleblowing in gutem

108 (111).

¹⁰² EGMR 21. 7. 2011, Appl No 28.274 (*Heimisch/Deutschland*) Rz 66 mVa EGMR 10. 12. 2007, Appl No 69.698/01 (*Stoll/Schweiz*) Rz 106.

¹⁰³ EGMR 21. 7. 2011, Appl No 28.274 (*Heimisch/Deutschland*) Rz 67 mVa EGMR 20. 5. 1999, Appl No 21.980/93 (*Bladet Tromsø et al/Norwegen*) Rz 65.

¹⁰⁴ EGMR 21. 7. 2011, Appl No 28.274 (*Heimisch/Deutschland*) Rz 68 mVa EGMR 12. 2. 2008, Appl No 12.277/04 (*Gujja/Moldawien*) Rz 76.

⁹⁷ *Schlachter*, RdA 2012, 108 (111) mVa *Ulber*; NZA 2011, 962f.

⁹⁸ *Huber*, ASoK 2011, 255 (256) mVa die Rspr des öOGH 30. 2. 1998, 8 ObA 277/97m, DRdA 1998/18 (*Weiß*); öOGH 15. 3. 2007, 8 ObA 66/06y.

⁹⁹ *Huber*, ASoK 2011, 255 (259).

¹⁰⁰ *Kreis*, Whistleblowing als Beitrag zur Rechtsdurchsetzung (2017) 121.

¹⁰¹ StGH 2018/074 = LES 2018, 236 (240) mVa *Schlachter*; RdA 2012,

Glauben erfolgte, die offengelegten Informationen wahr sind, die Offenlegung im öffentlichen Interesse liegt und ob andere, diskrete (dh gelindere) Mittel bestanden, um den beanstandeten Missstand zu beheben.¹⁰⁵

6.6 Exkurs: Beweggründe von Whistleblowern

Aus der Rspr des StGH und EGMR ergibt sich, dass Whistleblowing grds nur aus **uneigennütigen Motiven** erfolgen darf. Im Umkehrschluss folgt, dass Hinweisgeber, die aus Sicht eines objektiv verständigen Beobachters auf strafrechtsrelevante Missstände hinweisen, aber von niederen Motiven bewegt wurden, nicht oder nur eingeschränkt geschützt sind.

Es ist **fraglich**, ob dieser **Ansatz langfristig aufrecht erhalten** werden kann.¹⁰⁶ Das geltende EWR-Sekundärrecht (etwa die CRD IV oder die MAR) **unterscheidet nicht** danach, aus welchen Motiven ein Hinweisgeber agiert. Auch die ErwG der erst 2021 (von den EU-MS) umzusetzenden EU-Whistleblowing-RL besagen eindeutig: *«Aus welchen Gründen der Hinweisgeber Informationen meldet, sollte bei der Entscheidung, ob die Person Schutz erhalten sollte, keine Rolle spielen.»*¹⁰⁷

Damit rückt die aus objektiver Sicht entscheidende **Zielsetzung von Whistleblowing** – die Aufdeckung und Vermeidung von Missständen und Korruption – in den Fokus. Freilich ist die *«zum Zeitpunkt der Meldung willentlich und wissentlich falsche oder irreführende Information»*¹⁰⁸ nicht schutzwürdig; eine gutgläubige Meldung hingegen schon.

6.7. Missstands- und Korruptionsbekämpfung als Rechtfertigung für die Verletzung von Geheimnisschutzbestimmungen

Worin liegen nun die **besonderen öffentlichen Interessen**, die eine **Durchbrechung von Geheimnisschutzbestimmungen** rechtfertigen können bzw die vom Schutzbereich der Meinungsäußerungsfreiheit gem Art 10 Abs 1 EMRK und Art 40 LV gedeckt sind?

Wie bereits einleitend klargestellt, ist diese Frage zunächst durch harmonisierende Auslegung der Art 10 Abs 2 EMRK, Art 40 LV und Art 19 IPbPR zu lösen.

Aus der Zusammenschau der genannten Gewährleistungen, insbesondere den in **Art 10 Abs 2 EMRK** enthaltenen Tatbeständen ergibt sich der Rahmen, unter welchen Voraussetzungen Beschränkungen der Meinungsfreiheit zulässig sind bzw welche Interessen einen externen Hinweis legitimieren könnten. Die genannten Grundrechtsbestimmungen entfalten aufgrund ihres Schutzbereichs insoweit auch Schrankenwirkung gegenüber anderen Grundrechten, zB der Privatsphäre des Einzelnen gem Art 8 Abs 1 EMRK.

So identifizierte der EGMR im Schutzbereich des Art 10 Abs 1 EMRK diverse Anhaltspunkte, die zur Eingrenzung von einfach-gesetzlich statuierten Geheimnisschutzbestimmungen herangezogen werden könnten: Etwa, wenn die erkannten und durch einen Hinweis offen zu legenden Missstände Gefahren für wichtige Rechtsgüter bedeuten (man denke an die Prävention von Korruption etc) oder die durch einen Missstand betroffenen Personen als besonders schutzbedürftig gelten (zB Pflegebedürftige, Kinder, aber auch Patienten in Krankenhäusern, etc.).¹⁰⁹

Daraus lässt sich folgende These ableiten: *«Je böher das Interesse an der Information über etwaige Rechtsverletzungen (...) ist, desto leichter dürfen sich Beschäftigte mit [substantiierten] Vermutungen an die StA wenden, um die Vorwürfe aufklären zu lassen.»*¹¹⁰ (Ergänzung durch Autoren).

7. Beweisverwertung von Whistleblowing

Die Annahme, dass Whistleblowing per se ordre publicwidrig sein könnte, ist problematisch. Ihr liegt die Auffassung zugrunde, dass die Verletzung von dienstlichen Loyalitäts- und Verschwiegenheitspflichten einen mit den Grundfesten der liechtensteinischen Rechtsordnung nicht vereinbaren Vorgang darstellte und folglich eine Verwertung der solcherart gewonnenen Beweismittel nicht zulässig wäre.

Zwar ist auch hier eine differenzierte Auseinandersetzung geboten. Allerdings ist die Annahme einer ordre-public-Widrigkeit betreffend Whistleblowing haltlos. Anleihen dazu lassen sich ua aus Rspr und Lehre zur Verwertung rechtswidrig erlangter Beweismittel ziehen.

Dazu bedarf es wohl einer näheren Betrachtung der zivilprozessualen – und da Whistleblowing gerade auch zur Aufklärung strafrechtsrelevanter Abläufe dient – strafprozessualen Regelungen zur Beweisverwertung.

Laut Rspr des StGH ergibt sich *«(a)us der rechtswidrigen Gewinnung eines Beweismittels (...) im Allgemeinen, von im Gesetz ausdrücklich geregelten Ausnahmen abgesehen, kein Verbot der Verwertung dieser Beweismittel.»*¹¹¹ Eine Fernwirkung von Beweisverboten auf Beweise, *«die aufgrund unverwertbaren Beweismaterials aufgefunden wurde»*, besteht nicht.

In Anlehnung an die in Österreich geltende hM ist auch für das liechtensteinische Zivilverfahrensrecht davon auszugehen,¹¹² dass die **rechtswidrige Erlan-**

¹⁰⁵ EGMR 21. 7. 2011, appl No 28.274 (*Heimisch/Deutschland*), Rz 69 mVa EGMR 12. 2. 2008, Appl No 12.277/04 (*Guja/Moldawien*) Rz 77.

¹⁰⁶ *Dworschak*, Informationsfreiheit im Umbruch 85 mVa *Daiber*, EMRK³ Art 10 Rz 65 f; aA *Schubert* in *Franzen/Gallner/Oetker* (Hrsg), Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht³ (2020) RL 2016/943/EU Art 5 Ausnahmen Rz 9, wonach bei Vorliegen unlauterer Motive die Schutzwürdigkeit des die Information offenkundigen (Arbeitnehmers) entfällt.

¹⁰⁷ ErwG 32 Whistleblowing-RL.

¹⁰⁸ AaO.

¹⁰⁹ *Schlachter*, RdA 2012, 108 (112): *«Das trifft etwa auf hygienische Verhältnisse in Pflegeheimen Krankenhäuser, Kinderbetreuungseinrichtungen, etc. und auf Lebensmittelsicherheit, Mängel bei Arbeitssicherheit, Gefährlichkeit von Konsumgütern, Umweltschäden, etc. zu.»*

¹¹⁰ AaO.

¹¹¹ StGH 15. 12. 2014, StGH 2014/60 = LES 2015, 61 (Anm *Unge-rank*); auch StGH 25. 3. 2013, StGH 2012/157, ErwG 5.6. mVa StGH 2011/183, ErwG 4.3 ff.

¹¹² *König*, Ausschluss von Bescheinigungsmitteln wegen ordre-public-Widrigkeit beim einstweiligen Rechtsschutz? Glosse zum Urteil des StGH vom 3. 7. 2017, StGH 2017/48, LJZ 2018, 31 (33) *«Fehlen aber, wie in der ZPO Liechtensteins und Österreichs, einschlägige Verbotsnormen, ist ein (...) Beweis- bzw Bescheinigungsmittel nur dann jedenfalls ausgeschlossen, wenn es auf «aus rechtsstaatlicher Sicht unerträgliche Weise» erlangt worden*

gung eines Beweismittels – wie sie in der unrechtmässigen Offenlegung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen erkannt werden könne – grundsätzlich **keine Auswirkung auf die Verwertbarkeit des Beweises im Zivilprozess** entfaltet, da der ZPO einschlägige Verbotsnormen fehlen.¹¹³ Dazu ist ergänzend anzumerken, dass die Kenntnis rechtswidriger Vorgänge – wie voranstehend dargelegt – nach hier vertretener Ansicht nicht schutzwürdig ist.¹¹⁴ Ein Beweismittel ist dann im Zivilprozess unverwertbar, wenn es auf *«aus rechtsstaatlicher Sicht unerträgliche Weise erlangt worden ist»*¹¹⁵.

Für die Zulässigkeit der prozessualen Verwertung via Whistleblowing offengelegter Informationen finden sich auch in der EU-Whistleblowing-RL Anhaltspunkte, sollten doch laut ErWG 86 die MS *«dafür Sorge tragen, dass (...) Informationen aus Meldungen bei Durchsetzungsmassnahmen gegebenenfalls als Beweismittel verwendbar sind.»*¹¹⁶ Eine dem entgegenstehende Verfahrenspraxis – dh die Nichtverwertbarkeit offengelegter Informationen im Prozess – würde streng genommen der praktischen Wirksamkeit (*effet utile*) der Richtlinie und damit der auf europäischen Ebenen zwischen den MS konsentierten Rechtsauffassung entgegenstehen.

8. Legistischer Anpassungsbedarf?

Abseits der judikativen Weichenstellungen und des regulatorischen Ausblicks ist von Interesse, wo der Hinweiserschutzes im liechtensteinischen Recht bereits berücksichtigt wurde. Wortwörtlich ist Whistleblowing bis dato im liechtensteinischen Recht nicht verankert; wie eingangs erwähnt, findet sich lediglich im DSG eine Bezugnahme auf Hinweisgeber.

8.1. Hinweisgebersysteme de lege lata

Allerdings finden sich im **Finanzmarktrecht** zahlreiche normative **Vorgaben** betreffend Einrichtung und Betrieb von **Hinweisgebersystemen**.¹¹⁷ So hat etwa die FMA Liechtenstein¹¹⁸ in Erfüllung ihrer gesetzlichen Aufgaben und in Durchführung EWR-rechtlicher Vorgaben (zB

ist» mVa Rechberger in *Fasching/Konecny* (Hrsg), Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen² III (2004) Vor § 266 ZPO Rz 73, unter Berufung auf *Fasching*, Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts² (1990) 936.

¹¹³ Vgl zuletzt etwa *Klicka*, Beweis(verwertungs)verbot im Arbeitsrecht, ZAS 2020/4, 20 (21) mwN; vgl auch *Frauenberger-Pfeiler*, § 281a ZPO statuiert kein absolutes Beweisverbot, *ecolex* 2013, 33; bereits *Kodek*, Die Verwertung rechtswidriger Tonbandaufnahmen und Abhörergebnisse im Zivilverfahren – Zugleich ein Beitrag zur Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweismittel (Teil II), *ÖJZ* 2001, 334.

¹¹⁴ *Dworschak*, Geheimnisschutz im Finanzmarktrecht im Lichte europarechtlicher Entwicklungen – Sieben Siegel auf Zeit?, *SPWR* 2018, 241 (251); vgl noch *Garber*, Der Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen im Zivilprozess – ein Überblick, *ÖJZ* 2012, 640 f; krit *Berka*, Whistleblowing und öffentliches Recht 37 (39).

¹¹⁵ *König*, *LJZ* 2018, 31 mVa *Rechberger*; aaO.

¹¹⁶ ErWG 86 Whistleblowing-RL.

¹¹⁷ Vgl bereits *Hauser*, *ÖBA* 2009, 497 (500) zur österreichischen Rechtslage in § 48a Abs 9 aF BörseG; zur österreichischen Rechtslage auch *Majcen*, *ÖBA* 2014, 486; *N. Raschauer*, § 99g Rz 36 ff mwN; ferner *Lins/N. Raschauer*, Art 32 MAR in *Gruber*; BörseG.

¹¹⁸ In Österreich wurde am 1. 1. 2014 bei der öFMA ein IT-gestütztes Hinweisgebersystem eingerichtet.

Art 71 Abs 1 CRD IV) ein externes Hinweisgebersystem eingeführt.¹¹⁹ Banken und Wertpapierfirmen müssen interne Meldesysteme einrichten, die Mitarbeitenden offen stehen (Art 22 Abs 2 Bst e BankG).

Die Bezeichnung Hinweisgebersysteme oder Whistleblowing sucht man in den Aufsichtsgesetzen indes vergeblich. Für die Einführung interner Meldesysteme wird im Normtext auf sogenannte **«angemessene Verfahren»** abgestellt, die zur Missstandsmeldung zu etablieren sind. Die Einrichtung angemessener Verfahren, über die Mitarbeitenden/Angestellten etc die Möglichkeit zur Meldung von Verstössen gegen die einschlägigen Materiengesetze über einen **«speziellen, unabhängigen und autonomen Kanal»**, sind als sanktionierte Verhaltenspflicht für Banken, Wertpapierfirmen,¹²⁰ geregelte Märkte,¹²¹ MTF und OTF,¹²² den Betrieb von Verwaltungsgesellschaften nach dem UCITS-G,¹²³ Alternative Investmentfondsmanager,¹²⁴ Vermögensverwalter nach dem VVG,¹²⁵ für Zentralverwalter,¹²⁶ uva¹²⁷ gesetzlich vorgeschrieben.

¹¹⁹ Vgl Art 64a Abs 1 BankG (Bankengesetz, LGBl 1992 Nr 108); s auch ErWG 64 und Art 35 Abs 1 der Versicherungsvertriebsrichtlinie (EU) 2016/97 (IDD) und dessen Umsetzung in Liechtenstein durch Art 73 Abs 1 VersVertG, LGBl 2018 Nr 9: *«Die FMA hat über ein wirksames und verlässliches Meldesystem zu verfügen, in das über einen allgemein zugänglichen, sicheren Berichtsweg potenzielle oder tatsächliche Verstösse gegen Bestimmungen dieses Gesetzes und die dazu erlassenen Verordnungen gemeldet werden können.»*

¹²⁰ Art 22 Abs 2 Bst e BankG: *«Banken und Wertpapierfirmen benötigen: (...) Bst e: angemessene Verfahren, über die Mitarbeiter Verstösse gegen dieses Gesetz und die Verordnung (EU) Nr. 575/2013 intern über einen speziellen, unabhängigen und autonomen Kanal melden können.»* (Hervorhebungen durch Autoren). Weiterführend *N. Raschauer*, Vom staatlich regulierten «Verpfeifen» – zugleich Klarstellungen zu den Hinweisgebersystemen im liechtensteinischen Bankrecht, *SPWR* 2020, im Druck.

¹²¹ Art 30s Abs 1 Bst e BankG.

¹²² Art 30t Abs 1 Bst c BankG.

¹²³ Art 21 Abs 3a UCITS-G: *«Eine Verwaltungsgesellschaft muss über angemessene Verfahren, über die ihre Angestellten tatsächliche oder potenzielle Verstösse gegen dieses Gesetz und die dazu erlassenen Verordnungen intern über einen speziellen, unabhängigen und autonomen Berichtsweg melden können, verfügen.»*

¹²⁴ Art 38 Abs 3 AIFMG: *«Ein AIFM muss über angemessene Verfahren, über die seine Angestellten tatsächliche oder potenzielle Verstösse gegen dieses Gesetz und die dazu erlassenen Verordnungen intern über einen speziellen, unabhängigen und autonomen Berichtsweg melden können, verfügen.»*

¹²⁵ Art 6 Abs 1 Bst n VVG sieht als Bewilligungsvoraussetzung für Vermögensverwalter **«angemessene Verfahren»** (vor) (...), über die Mitarbeiter Verstösse (...) intern über einen speziellen, unabhängigen und autonomen Kanal melden können.»

¹²⁶ Art 12 Abs 1 EWR-Zentralverwalter-Durchführungsgesetz, EWR-ZVDG: *«Zentralverwalter haben nach Massgabe von Art 65 Abs 3 der Verordnung (EU) Nr. 909/2014 angemessene Verfahren einzurichten, über die ihre Angestellten tatsächliche oder mögliche Verstösse gegen die Verordnung (...) intern melden können.»* Abs 2 betrifft das externe Meldesystem bei der FMA.

¹²⁷ Art 19 Abs 1 EWR-Wertpapierprospekt-Durchführungsgesetz: *«Emittenten, Anbieter oder die Zulassung zum Handel an einem geregelten Markt beantragende Personen haben nach Massgabe von Art 41 Abs 4 der Verordnung (EU) 2017/1129 angemessene Verfahren einzurichten, über die ihre Angestellten tatsächliche oder mögliche Verstösse gegen die VO (...) intern melden können.»*

Allgemein schreibt Art 28a Abs 3 SPG Sorgfaltspflichtigen vor, «über angemessene Verfahren (zu) verfügen, über die ihre Beschäftigten Verstösse nach Abs 1 (Anmerkung: ...) intern über einen speziellen, unabhängigen und anonymen Kanal melden können»; der Normtext knüpft allerdings an ein quantitatives Element, da die Einrichtung eines solchen Meldesystems nur verbindlich ist «sofern sie 100 oder mehr Beschäftigte haben, die an Geschäftsbeziehungen mitwirken.» Im Hinblick auf die absehbaren Änderungen der Whistleblowing-RL wird dieser Schwellenwert auf 50 Mitarbeitende herabzusetzen sein.

Diese finanzmarktrechtlichen Meldepflichten bzw der Pflicht zur Einführung entsprechender Meldesysteme gehen nach im Schrifttum vertretener Ansicht¹²⁸ wohl auf das US-amerikanische Vorbild zurück: Den Sarbanes-Oxley Act, wonach bereits 2002 an der US-Börse gelistete Unternehmen ein internes Verfahren einzurichten hatten, das Mitarbeitenden eine Möglichkeit zur Meldung von Fehlverhalten ermöglichte.

Die FMA Liechtenstein sieht über ihre Website die Möglichkeit vor, via E-Mail oder postalisch schriftliche Meldungen (entweder anonym oder unter Offenlegung der Identität des Hinweisgebers) zu erstatten. Eine eigene verschlüsselte Plattform, wie es vergleichsweise bei der FMA Österreich über ein eigenes spezielles IT-basiertes Hinweisgebersystem der Fall ist oder respektive bei der österreichischen Korruptions- und Wirtschaftsstaatsanwaltschaft (siehe BKMS®¹²⁹) besteht in Liechtenstein nicht.

Darüber hinausgehend besteht für Liechtenstein möglicherweise umfassender Anpassungsbedarf: Sollte die Whistleblowing-RL in das EWR-Abkommen übernommen werden, müsste pro futuro etwa im Bereich öffentliches Auftragswesen, Verkehrssicherheit, Umweltschutz, Datenschutz etc (um nur eine Auswahl zu nennen) einschlägige Meldemechanismen eingerichtet werden. **Art 2 der Whistleblowing-RL** weist einen dementsprechend **umfassenden sachlichen Anwendungsbereich** auf und erfasst zahlreiche Sparten des Wirtschaftsrechts, in denen die Einrichtung von Hinweisgebersystemen bislang nicht angeordnet ist. Selbstverständlich könnten die bestehenden Vorgaben des Finanzmarktrechts als Vorbild für die Ausgestaltung der genannten Bereiche herangezogen werden. Die getroffene Auswahl skizziert in bloss deklarativer und nicht abschliessender Weise einen Rahmen an Angelegenheiten bzw Sachbereichen, in denen die Meldung von Verstössen als im öffentlichen Interesse liegend anzunehmen wäre.¹³⁰

¹²⁸ Kutschera, Whistleblowing – Überlegungen de lege lata et ferenda, in Fitz ua (Hrsg), FS Hellwig Torggler (2013) 697.

¹²⁹ Zur Funktionsweise des BKMS® siehe Koenig, Hintergründe zur Einrichtung eines anonymen Hinweisgebersystems bei der WKStA, in AIDP und ÖJV (Hrsg), Whistleblowing – das Hinweisgebersystem im österreichischen Recht (2015) 20 f; Haslwanger, Anonyme Hinweisbearbeitung mit dem BKMS®-Hinweisgebersystem in der Praxis der Wirtschafts- und Korruptionsstaatsanwaltschaft, in Gruber/N. Raschauer, Whistleblowing (2014) 13 f.

¹³⁰ Art 2 der WhistleblowingRL weist einen weiten sachlichen (Mindest)Anwendungsbereich auf: Öffentliches Auftragswesen, Finanzdienstleistungen, Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung, Produkt- und Verkehrssicherheit, Umweltschutz, kerntechnische

8.2. Novellierung des Obligationenrechts?

Abseits des mit einer Übernahme der Whistleblowing-RL einhergehenden legislativen Anpassungsbedarfs sind bereits angesichts der geltenden Rechtslage im Lichte der jüngsten StGH Judikatur Unsicherheiten sowohl für Whistleblower, aber auch für Unternehmen verbunden. Daher erscheinen, in Anlehnung an die in der in der Schweiz diskutierte Novellierung des Obligationenrechts, Anpassungen angezeigt.

Der Blick zu den eidgenössischen Nachbarn verrät, dass bereits 2008 im Gefolge der «Melli-Affäre» eine Änderung des Schweizer Obligationenrechts, insbesondere der Art 321a OR (neu), behandelt wurde.¹³¹ Diese Bestimmung regelt de lege lata die Sorgfalts- und Treuepflichten in (privaten) Arbeitsverhältnissen; sein Abs 4 stellt diesbezüglich besondere Anforderungen an die – über das Arbeitsverhältnis hinaus – zu wahrenen «Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse», die anderen nicht mitgeteilt werden dürfen. Auf Whistleblowing wird indessen nicht explizit Bezug genommen, dh es fehlt auch in der Schweiz weiterhin an einer entsprechenden Regelung für Whistleblowing im Arbeitsrecht. Im Rahmen einer Teilrevision des OR sollte Klarheit über die rechtmässige Meldung von betriebsinternen Gesetzesverstössen und Unregelmässigkeiten geschaffen werden.¹³² Die Teilrevision wurde verworfen; de lege ferenda war etwa ein «Kaskadenmodell» vorgesehen, wonach – der EGMR-Judikatur entsprechend – Arbeitnehmer durch Meldung von Missständen nicht gegen ihre Treuepflichten verstössen (freilich unter gewissen Voraussetzungen).¹³³

8.3. Ausgestaltung interner Hinweisgebersysteme

Bislang enthält das nationale Recht (etwa in Gestalt des Art 64a BankG) nur vereinzelte Anordnungen, **wie ein internes Hinweisgebersystem näher auszugestalten ist**. Auf der einen Seite soll es wirksam und verlässlich, also geeignet sein, Hinweise adäquat und rasch zu prüfen bzw intern weiterzuverarbeiten. Andererseits muss ein angemessener Schutz für Hinweisgeber, Mitarbeitende, externe Vertragspartner von Finanzintermediären, etc, zumindest vor Vergeltungsmassnahmen, Diskriminierung und anderen Arten von unfairer Behandlung gewährleistet sein. Zudem muss der Schutz personenbezogener

Sicherheit, Lebensmittel- und Futtermittelsicherheit, Tiergesundheit und -schutz, öffentliche Gesundheit, Verbraucherschutz und Datenschutz sowie Sicherheit von Netz- und Informationssystemen.

¹³¹ Carranza/Micotti, jusletter 2. 2. 2009, Rz 1; Rieder, Schutz für Whistleblower – Kommentar zu Gesetzesentwurf, jusletter 20. 4. 2009, Rz 1 ff; siehe auch Kälin/Kirchhoff, jusletter 20. 6. 2011 Rz 6ff, zur Teilrevision des Schweizer Obligationenrechts zum Schutz bei Meldung von Missständen am Arbeitsplatz.

¹³² Medienmitteilung, Schweizer Bundesrat, 21. 9. 2018 < https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/aktuell/news/2018/ref_2018-09-210.html > (abgerufen am 25. 4. 2020); Kälin/Kirchhoff, jusletter 20. 6. 2011, Rz 6ff.

¹³³ Kälin/Kirchhoff, jusletter 20. 6. 2011, Rz 8: Art 321a sah demnach etwa vor, dass Missstandsmeldungen durch Arbeitnehmer dann zulässig sind, wenn der Arbeitgeber nicht selbst innerhalb angemessener Frist Massnahmen ergreift oder anzunehmen ist, dass er keine Massnahmen ergreifen wird oder die Verfolgung der Taten andernfalls vereitelt werden könnte oder Gefahr im Verzug ist; vgl Rieder, jusletter 20. 6. 2011, Rz 6 ff.

Daten jederzeit gewährleistet werden. Aus den Art 24 ff, 32 DSGVO folgt zudem die Pflicht für den Betreiber des Systems, die erforderlichen technisch-organisatorischen Massnahmen zu treffen, um das System in Einklang mit der DSGVO zu gestalten und zu betreiben.¹³⁴

Aus der Rspr des EGMR ergeben sich kaum substantielle, weiterführende Hinweise. Das System muss Interessen der Hinweisgeber und der Dienstgeber bzw Vertragspartner gleichermaßen berücksichtigen; nur dann ist es verhältnismässig. Der Hinweisgeber muss mit Gewissheit wissen, «an welche interne oder externe Stelle er eine Meldung erstatten darf».¹³⁵ Darüber hinaus solle diese Aufgabe einer «unabhängigen, neutralen und sachkundigen Organisation» übertragen werden, um zu gewährleisten, dass wirksame Massnahmen ergriffen werden können.¹³⁶

Bei der Ausgestaltung des Systems ist mit zu bedenken, dass leichtfertige Strafanzeigen und Verleumdungen von Arbeitgebern nicht vom Schutzbereich des Art 10 Abs 1 EMRK miterfasst sind. Unbegründete, haltlose Anzeigen können sich rufschädigend auswirken und gar existenzbedrohend für das betroffene Unternehmen und andere berührte Personen sein.¹³⁷

Im Schrifttum hat etwa Hauser – mit Bezugnahme auf die Versicherungswirtschaft – ausgeführt, dass etwa in Aufsichtsrat oder Betriebsrat keine geeignete interne Anlaufstelle zur Meldung von Missständen gesehen werden kann (diese werden «eher» als extern angesehen).¹³⁸ Empirischen Studien zufolge wird überwiegend «in erster Linie der Vorgesetzte (als Anlaufstelle) akzeptiert», dann der nächsthöhere Vorgesetzte, die Interne Revision und schliesslich der Vorstand.¹³⁹

Aus dem EWR-Sekundärrecht ist aber klar ersichtlich, dass die **Meldestelle unabhängig von internen und externen Einflüssen ausgestaltet** werden muss, nicht notwendig im Unternehmen selbst (daher auch bei einem Rechtsanwalt) eingerichtet werden und über die erforderlichen Ressourcen verfügen muss, um die ihr übertragenen Aufgabe wirkungsvoll wahrnehmen zu können.

Die erst in das EWRA zu übernehmende Whistleblowing-RL stellt darauf ab, dass Meldekanäle derart konzipiert, eingerichtet und betrieben werden müssen, «dass die Vertraulichkeit der Identität des Hinweisgebers (...) gewahrt bleiben».¹⁴⁰

8.4. Spannungsverhältnis zwischen Geheimhaltungs- und Meldepflicht

Unabhängig vom bisher Gesagten erscheint das **Spannungsverhältnis**, dass sich eröffnet, wenn gesetzliche Geheimhaltungs- und Meldepflichten miteinander kollidieren, **klärungsbedürftig**.¹⁴¹ Grds ist jedermann berechtigt, bei Verdacht einer strafbaren Handlung, die

von Amts wegen zu verfolgen ist, Anzeige bei der StA oder Landespolizei zu erstatten.¹⁴² Das liechtensteinische Recht sieht in Gestalt des § 55 StPO – entsprechend der österreichischen Rechtslage (§ 80 StPO) – vor, dass Privatpersonen über ein *Anzeigerecht* verfügen, sofern sie von einer strafbaren Handlung Kenntnis erlangen (vgl nur § 9 Abs 1, 11 Abs 3 Z 2 StPO). Eine Pflicht zur Anzeigelegung ist in den Bestimmungen nicht enthalten bzw wird eine solche Pflicht Privatpersonen auch nicht auferlegt, da sie «in den freien Entscheidungsprozess des Privaten eingreifen würde».¹⁴³

Wenn jedoch einer Person aufgrund ihrer beruflichen Tätigkeit Tatsachen zur Kenntnis gelangen, die ein potentiell rechtswidriges Verhalten nahe legen und sich dieser Anfangsverdacht nach Auswertung der zur Verfügung stehenden Quellen bestätigt, eröffnen sich für diese Person sowohl dienst- als auch strafrechtliche Abgrenzungsfragen. Nach dem zuvor Gesagten hat die Person ihre arbeitsrechtlichen bzw vertraglichen Treue-, Loyalitäts- sowie Geheimhaltungspflichten, die einer Mitteilung entgegenstehen, sowie mögliche zivil- und strafrechtliche Sanktionen (zB § 122 StGB) gegen das Interesse der Öffentlichkeit an der Meldung bestimmter Verdachtsmomente abzuwägen. Eine pauschale Antwort, wie dieses Spannungsverhältnis für Hinweisgeber (nach Interessenabwägung) aufzulösen ist, kann hier nicht gegeben werden. Wohl aber kann mit Blick auf Art 10 Abs 2 EMRK festgehalten werden, dass einem potentieller Hinweisgeber, der nach sorgfältiger Prüfung aller relevanten Umstände und der ihm zur Verfügung stehenden Quellen in gutem Glauben eine Anzeige an das ihm offen stehende interne Hinweisgebersystem erstattet, jedenfalls vor Sanktionen welcher Art auch immer geschützt werden muss.¹⁴⁴

Die Schweiz behandelte im Rahmen einer weiteren Initiative auch die Möglichkeit, Whistleblowing als Rechtfertigungsgrund zur Wahrung höherer, berechtigter Interessen im Strafrecht anzuerkennen.¹⁴⁵

IdS hält bereits *Schlachter* fest, dass sich aus der jüngeren Rspr Anhaltspunkte für einen «anderen Verlauf» einer Interessenabwägung ergeben: «Je höher das Interesse an der Information über etwaige Rechtsverletzungen (...) ist, desto leichter dürfen sich Beschäftigte an die StA wenden (...)».¹⁴⁶

¹³⁴ Weiterführend N. Raschauer, § 99g Rz 36 ff.

¹³⁵ Rieder, jusletter 20. 6. 2011, Rz 9; es sollte der «Arbeitgeber dazu verpflichtet (werden), eine zuständige Stelle zu bezeichnen.»

¹³⁶ Rieder, jusletter 20. 6. 2011, Rz 10.

¹³⁷ Rieder, jusletter 28. 11. 2011, Rz 14.

¹³⁸ Hauser, Das Bild von Whistleblowing in der österreichischen Versicherungswirtschaft, ÖBA 2009, 497.

¹³⁹ Hauser, ÖBA 2009, 497 (505)

¹⁴⁰ Art 9 Abs 1 Bst a.

¹⁴¹ Vgl Kutschera, FS Torggler 697 (699 f).

¹⁴² OGH 9. 1. 2002, 4 Cg 325/99-65 – Leitsatz 1b.

¹⁴³ Kutschera, FS Torggler 697 (699 f).

¹⁴⁴ Resch, Whistleblowing und Arbeitsrecht 21 (35), der in Verweis auf Art 9 des (auch durch das Fürstentum Liechtenstein ratifizierten) Zivilrechtsübereinkommens über Korruption (LGBI 2010/194) ableitet, dass die Entlassung eines Hinweisgebers, der in redlicher Absicht einen begründeten Korruptionsverdachts meldet, gem § 879 ABGB nichtig ist, sofern die Meldung Verhältnismässigskriterien entspricht.

¹⁴⁵ Jositsch/Clavuot-Jaksic, Strafrechtliche Evergreens, jusletter 10. 2. 2020, 7 Rz 15 ff mVa <https://www.parlament.ch/centers/kb/Documents/2012/Kommissionsbericht_RK-N_12.419_2016-02-25.pdf> (abgerufen am 25. 4. 2020).

¹⁴⁶ Schlachter, RdA 2012, 108.

9. FAZIT

Wie zuletzt noch angenommen,¹⁴⁷ reicht die Verletzung eines Handels-, Industrie-, Gewerbe- oder Berufsgeheimnisses nicht per se für die Nichtgewährung von Amtshilfe aus, wenn der Anlass für ein Rechtshilfeersuchen durch Whistleblowing zu verorten ist. Hier ist ein differenzierter – den Umständen des Einzelfalles Rechnung tragender – Ansatz geboten. Vielmehr gilt – nach dem Wortlaut des StGH – dass «(d)ie Amtshilfe (...) wegen Involvierung eines whistleblowers nur dann verweigert werden (kann), wenn das Ersuchen dem völkerrechtlichen Grundsatz von Treu und Glauben widerspricht»¹⁴⁸.

Das Desiderat, einen vernünftigen Ausgleich im Spannungsverhältnis der Offenlegung von Missständen und der Geheimhaltung schutzwürdiger Informationen normativ herzustellen, bleibt bis auf weiteres offen. Es obliegt bis zuletzt der Rspr einen Interessenausgleich auf Grundlage der durch den EGMR etablierten Kriterien herzustellen.

Normative Klarstellungen sind erst in Gestalt der sogenannten Whistleblowing-RL absehbar; ihre Übernahme ins EWR-Abkommen steht aus.

Nach geltender liechtensteinischer (Verfassungs)rechtslage sind folgende Schlüsse zusammengefasst für den Schutz von Whistleblowern festzuhalten:

- Nach hM und Rspr entfaltet Art 10 Abs 1 EMRK mittelbare Drittwirkung inter privatos. Der über Art 10 Abs 1 EMRK (sowie Art 40 LV und Art 19 Abs 1 IPbPR) gewährte Schutzbereich für Whistleblower erstreckt sich somit – über § 1173a Art 46 ABGB – auch auf private Dienstverhältnisse.
- Es besteht keine allgemeine umfassend gesetzliche Pflicht zur Einführung sogenannter Hinweisgeber-systeme für private Unternehmen oder öffentliche Institutionen; eine solche ist auf den durch das EWR-Recht vorgeprägten Bereich des Finanzmarktrechts beschränkt. Allerdings kann es geboten sein, entsprechende Regelungen in Unternehmenssatzungen zu implementieren.
- Hinweisgeber sollten vor externer Meldung eines Verdachtsmoments – sofern vorhanden – interne Meldemöglichkeiten in Anspruch nehmen; externe Offenlegung darf nur als ultima ratio dienen (einem sog. «Kaskadensystem» laut Schweizer Lehre ist somit der Vorzug einzuräumen, sofern Aussicht auf Erfolg, dh auf Missstandsbehebung besteht).
- Inhalt einer schutzwürdigen (externen) Missstandsmeldung haben schwerwiegende Verstöße zu sein; die Meldung von Bagatelverstößen vermag einen Eingriff in die – durch Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse bzw gem Art 32 LV iVm Art 8 Abs 1 EMRK – geschützte Privat- und Geheimsphäre der Betroffenen nicht zu rechtfertigen.

- Die externe Mitteilung von Verdachtsmomenten darf nicht leichtfertig erfolgen, sondern sollte erst nach Berücksichtigung und gewissenhafter Prüfung der Richtigkeit und Authentizität aller dem Whistleblower verfügbaren Unterlagen und Informationen (ex ante - Betrachtung) getätigt werden, um einer falschen und ungerechtfertigten – ggfs nicht restituierbaren – Rufschädigung (von Einzelpersonen, Unternehmen oder Institutionen, etc.) vorzubeugen.
- Erfolgt die Meldung aus eigennützigen und niederen Motiven ist diese nach Judikatur des EGMR zu 10 EMRK weniger bzw nicht schutzwürdig. [Mit Inkrafttreten der EU-Whistleblowing-VO kommt es auf die Beweggründe von Whistleblowern nicht länger an.]
- Um den persönlichen Schutzbereich für Whistleblowing zu eröffnen ist – über die blosser Arbeitnehmer-eigenschaft – hinausgehend, auf die wirtschaftliche Abhängigkeit, als Beurteilungskriterium abzustellen.

Eine Säumnis des Gesetzgebers (auf Basis der geltenden Rechtslage) ist indessen nicht festzustellen, wenngleich – mit Blick auf die zum Schweizer OR erwogenen Anpassungen – Verbesserungsmöglichkeiten zu attestieren sind (was unabhängig davon auch für die bestehenden Hinweisgebersysteme im Finanzmarktrecht gilt). Denn ohne hinreichend bestimmte einfachgesetzliche Ausführungen verbleibt dem Rechtsanwender nichts anderes, als die aus Rspr und Lehre gewonnenen Erkenntnisse für eine konventionskonforme Auslegung der relativ unbestimmten Vorgaben des § 1173a Art 46 ABGB in privaten Dienstverhältnissen heranzuziehen.

Erst mit Umsetzung der Whistleblowing-RL in das EWRA werden umfassende gesetzliche Anpassungen für den Schutz von Hinweisgebern erforderlich sein. Bis dahin beschränkt sich dieser – ausserhalb des EWR-rechtlich vordeterminierten Finanzmarktrechts – auf die **völker- und verfassungsrechtskonforme Auslegung des innerstaatlichen (Privat)rechts**. Ihre Notwendigkeit ist mittlerweile – in Anbetracht der Bedeutung von Whistleblowing als anerkanntes Instrument zur Korruptions- und Missstandsbehebung – unbestritten.

¹⁴⁷ *Walser*, Informations- und Auskunftsrechte von Begünstigten, insbesondere im Hinblick auf die Ermessensbegünstigten, LJZ 2019, 143.

¹⁴⁸ StGH 2019/027, LES 2019, 128; vgl *Schädler*, LJZ 2018/3, 120 (126): Als logische Folge der «katalysatorisch-beschleunigenden» Wirkung der Rspr des EGMR auf die liechtensteinische Grundrechtssprechung.

Das «Dash Smart Shelf» aus Sicht der liechtensteinischen Vertragsrechtsdogmatik

Marco Lettenbichler*/Maximilian Jörg*

1. Einleitung

Der Internethiese *Amazon*¹ erprobt mit dem sog *Dash Smart Shelf* (in weiterer Folge DSS) ein neues, intelligentes System. Die nunmehr auch für die breite Masse zugänglichen smarten Endgeräte bergen sowohl für Anwender als auch Anbieter eine Vielzahl an rechtlichen Spannungsfeldern.

Der gegenständliche Beitrag analysiert die rechtlichen Rahmenbedingungen von Vertragsabschlüssen mittels DSS vorrangig aus liechtensteinischer Vertragsrechtsdogmatik und arbeitet die Zulässigkeit für Verbraucher- und Unternehmengeschäfte heraus. Besonderes Augenmerk wird dabei der Frage gewidmet, inwiefern mittels DSS übermittelte elektronische Willenserklärungen in die Systematik bestehender gesetzlicher Normen einzuordnen sind.

2. Das Dash Smart Shelf

Beim DSS handelt es sich um eine intelligente und Wifi-fähige Waage, auf der ein Produkt des täglichen Bedarfs – wie bspw Druckerpapier oder Kaffeebecher – abgestellt wird. Ebenso könnte diese Technologie in Warenlagern eingesetzt werden. Bei Erreichung eines niederen, am Gewicht gemessenen Vorrates wird automatisch neue Ware bestellt. Eine Handlung des Nutzers ist beim Bestellvorgang nicht notwendig.² Nach der Inbetriebnahme hat der Nutzer vor der ersten Bestellung in einer vom Hersteller zur Verfügung gestellten Applikation die Ware, welche nachbestellt werden soll, inklusive Preis auszuwählen. Die Applikation kann auf Smartphones und Tablets betrieben werden. Insofern werden die zu bestellende Ware sowie die Menge vorab eingestellt, demgegenüber wird der Zeitpunkt der Bestellung in Abhängigkeit von der Unterschreitung eines bestimmten Vorrates definiert und ist dem Nutzer grundsätzlich nicht bekannt. Nach Eingang der automatischen Bestellung wird eine durch Software automatisch generierte Bestellbestätigung an den Kunden übermittelt.³

Im Aspekt der automatischen und selbständigen Bestellung liegt gleichzeitig ein bedeutender Unterschied zum nunmehr eingestellten *Dash Button*, bei dem der

Nutzer aktiv den Button zu betätigen hatte, um eine Bestellung auszulösen.⁴ Dieser musste von *Amazon* aufgrund massiver Verletzungen der konsumentenschutzrechtlichen Informationspflichten beim Bestellvorgang vom Markt genommen werden.⁵

Aufgrund der disruptiven Veränderungen durch die Digitalisierung in allen Bereichen des menschlichen Zusammenlebens hat die liechtensteinische Regierung in ihrem Regierungsprogramm 2017-2021 festgelegt, eine *Digitale Agenda Liechtenstein* auszuarbeiten.⁶ Selbst wenn derzeit noch offen ist, ob bzw wann das DSS dem europäischen und insbesondere dem liechtensteinischen Markt zugänglich gemacht wird, ist das Fürstentum Liechtenstein bemüht, die rechtlichen Voraussetzungen für einen nachhaltigen und sinnvollen Einsatz digitaler Entwicklungen zu schaffen.⁷ Jedenfalls bietet das DSS Anlass genug, ein solches Gerät im Lichte der liechtensteinischen Vertragsrechtsdogmatik zu analysieren und mögliche rechtliche Spannungsfelder herauszuarbeiten. Nach den derzeit veröffentlichten Informationen des Konzerns zum DSS richtet sich dieses primär an kleine und mittlere Unternehmen.⁸ Daneben ist auch die Anwendung für Verbraucher von Interesse, wobei eine diesbezügliche rechtliche Zulässigkeit einer weitergehenden Prüfung zu unterziehen ist.⁹

3. Problemstellung und Aufbau

Die automatische, dh die selbständige und *prima facie* ohne menschliche Entscheidungshandlung vorgenommene Bestellung wirft eine Vielzahl an Rechtsfragen auf. Zum einen gilt es, die essentielle Thematik der Willenserklärungen sowie deren Zurechnung einzuordnen. Zum anderen muss die auf der Ausgangsebene des Vertragsrechts befindliche Frage von Kaufpreis und -gegenstand als *essentialia negotii* eines jeden Kaufvertrages untersucht werden. Daneben stellt sich die in der Praxis wesentliche Problematik, ob Nebenabreden – wie zB AGB, Lieferort und Zahlungsart – Teil des Kaufvertrages werden können.

Zunächst werden generelle Problemfelder erläutert, sodann auf die konsumentenschutzrechtlichen Besonderheiten und somit zur Zulässigkeit bei Verbrauchergeschäften eingegangen. Für die rechtlichen Ausführungen wird im Wesentlichen auf die Rechtsprechung und Literatur von Österreich zurückgegriffen. Dies vor dem Hintergrund, dass die für den vorliegenden Aufsatz we-

* Mag. iur. Marco Lettenbichler ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Gesellschafts-, Stiftungs- und Trustrecht, Institut für Wirtschaftsrecht an der Universität Liechtenstein (marco.lettenbichler@uni.li).

* Mag. iur. Maximilian Jörg ist wissenschaftlicher Assistent am Lehrstuhl für Gesellschafts-, Stiftungs- und Trustrecht, Institut für Wirtschaftsrecht an der Universität Liechtenstein (maximilian.joerg@uni.li).

¹ Amazon.com, Inc.

² Daneben ist eine manuelle Bestellung alternativ vorgesehen, indem der Nutzer lediglich auf den niederen Verbrauch hingewiesen wird und sodann selbständig die Ware bestellt.

³ *Amazon*, Introducing Dash SmArt Shelf, <https://business.amazon.com/en/discover-more/blog/introducing-dash-smart-shelf> (abgerufen am 29.04.2020).

⁴ Beim Dash Button hat der Nutzer durch aktive Betätigung des Buttons einen Bestellvorgang ausgelöst.

⁵ Siehe weiterführend OLG München 10.10.2019, AZ 29 U 1091/18.

⁶ Regierung der Fürstentums Liechtenstein, Digitale Agenda Liechtenstein März 2019, <https://www.regierung.li/media/attachments/ikr-DigitaleAgendaFL-A4-Einzelseiten-200dpi.pdf?t=637338586653082556> (abgerufen am 24.08.2020).

⁷ Regierung der Fürstentums Liechtenstein, Digitale Agenda Liechtenstein März 2019 Seite 3, <https://www.regierung.li/media/attachments/ikr-DigitaleAgendaFL-A4-Einzelseiten-200dpi.pdf?t=637338586653082556> (abgerufen am 24.08.2020).

⁸ *Amazon*, Introducing Dash SmArt Shelf, <https://business.amazon.com/en/discover-more/blog/introducing-dash-smart-shelf> (abgerufen am 29.04.2020).

⁹ Siehe die nachstehenden Punkte 6 ff.

sentliche Gesetzeskodifikation ABGB aus der Rechtsordnung Österreichs 1812 rezipiert wurde.

4. Rechtliche Einordnung der Vorabestellung in der Applikation

Evident ist, dass eine Reihe von Vereinbarungen im Lichte der schuldrechtlichen Gestaltungsfreiheit Basis für eine langfristige und kontinuierliche wirtschaftliche Zusammenarbeit darstellen können.

Beim geplanten DSS von *Amazon* sind vor der ersten Bestellung in einer Applikation diverse Einstellungen vorzunehmen. Damit die automatisierte Lieferkette funktionieren kann, sind jedenfalls Ware, diverse Nebenabreden und uU sogar der Preis festzulegen, weil es im Anschluss daran grundsätzlich zu keiner Interaktion zwischen Käufer und Verkäufer mehr kommt.

In einem ersten Schritt gilt es daher, die Vorabestellung beim DSS rechtlich einzuordnen und diese im Zusammenhang mit den bereits aufgezeigten Problemfeldern zu untersuchen. Die Vereinbarung des Ausgangsfalls wird daher in der weiteren Untersuchung vorrangig vom Vor-, Bezugs- sowie Kaufvertrag abgegrenzt.¹⁰ Im Folgenden vertreten die Autoren eine Qualifikation als Rahmenvertrag.

4.1 Vertragsrechtliche Einordnung

4.1.1 Kaufvertrag

Ein Kaufvertrag iSd § 1053 ABGB kommt grundsätzlich durch übereinstimmende Willenserklärung über Kaufpreis und -gegenstand zustande. Wie bereits ausgeführt, ist in der Vereinbarung beim DSS festzulegen, welche Ware zu welchem Preis samt Nebenabreden nachbestellt werden soll. Insofern geht der Inhalt jedenfalls über eine bloße (objektive) Bestimmbarkeit hinaus – vielmehr werden die *essentialia negotii* eines Kaufvertrages exakt festgelegt.¹¹ Da sowohl die für den Anwendungsfall untersuchte Vorabestellung als auch ein Kaufvertrag diese exakt determinierten Elemente als Gemeinsamkeit aufweisen, ist die Abgrenzung von besonderer Bedeutung.

4.1.2. Vorvertrag

Der einseitig oder zweiseitig verbindliche Vorvertrag iSd § 936 ABGB hat die «Abschluss eines Hauptvertrages» zum Gegenstand.¹² Der Vertragspartner verpflichtet sich zur Annahme eines vom Vertragspartner des Vorvertrages gelegten Angebots.¹³ Eine allfällige Klage hat sich auf Abschluss des Hauptvertrages zu richten; aus dem Vorvertrag auf Erfüllung des Hauptvertrages zu klagen, ist demgegenüber ausgeschlossen.¹⁴ Neben

den *essentialia negotii* ist nach dem Wortlaut des § 936 ABGB auch «die Zeit der Abschluss» des Hauptvertrages zu vereinbaren. Nach hL¹⁵ und stRsp¹⁶ ist kein bestimmtes Datum notwendig. Es ist ausreichend, dass der Zeitraum, in welchem der Hauptvertrag abzuschließen ist, festgelegt wird. Sowohl das Anknüpfen an eine Bedingung als auch ein zeitlich ungewisses jedoch im Vorvertrag festgelegtes Ereignis erfüllen die Anforderungen des Gesetzes.¹⁷ Dementsprechend ist das – für den gegenständlichen Ausgangsfall notwendige – Anknüpfen an die Unterschreitung eines bestimmten Vorrates im Rahmen dieser Grundsätze. Es wird zwar ein zeitlich ungewisses aber zweifelsfrei bestimmbares Ereignis als Zeitfaktor vereinbart. Zu beachten ist allerdings die in § 936 Satz 2 ABGB normierte zeitliche Beschränkung der Geltendmachung des Vorvertrages von einem Jahr (Präklusion); danach erfüllen die Vertragsparteien eine Naturalobligation.¹⁸

Ein Vorvertrag kann – bei entsprechender Ausgestaltung – Basis für eine Vielzahl an Kaufverträgen darstellen.¹⁹ Zwar kommt dem Vorvertrag selbst kein Dauerschuldcharakter zu, aufgrund der im Ergebnis vorliegenden Kaufverträge stellt dies sohin kein substantielles Abgrenzungsmerkmal dar.

4.1.3 Bezugsverträge

Eine besondere Stellung nehmen die befristeten oder unbefristeten Bezugsverträge ein.²⁰ Neben Strom, Wasser oder Gas werden in der täglichen Praxis ebenso Bezugsverträge über Bier,²¹ Schmiermittel,²² Kaffee²³ uvm abgeschlossen.

Bezugsverträge, die auch als Sukzessivlieferungsverträge iwS bezeichnet werden,²⁴ sind durch die im Vorhinein undefinierte Gesamtmenge des Lieferumfangs gekennzeichnet.²⁵ Der Vertragspartner leistet, wenn die festgesetzten Parameter (bspw Lagermindestmenge) eintreten. Wesentliches Kriterium in der Leistungsbeziehung zwischen den Vertragspartnern ist, dass der Bezugsvertrag einen un- oder befristeten (Gesamt)Vertrag darstellt und nicht mit jeder Einzelleistung ein eigenständiger Kaufvertrag geschlossen wird. Folglich hat der Bezugs-

¹⁰ Zum Sukzessivlieferungsvertrag vgl unter anderem *Reidinger* in *Schwimmann/Kodek* (Hrsg), ABGB Praxiskommentar⁴ (2014) § 918 ABGB Rz 31; *Cetin*, Sukzessivlieferungsvertrag (Stand 25.3.2020, Lexis Briefings in lexis360.at).

¹¹ Vgl zur Bestimmtheit unter anderem *Aicher* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1054 Rz 14 (Stand 1.5.2017, rdb.at).

¹² RIS-Justiz RS0019140, zuletzt öOGH 26.04.2019, 3 Ob 17/19z, demgegenüber räumt die Option dem Optionsberechtigten das Recht ein, das Schuldverhältnis mittels Erklärung zu begründen.

¹³ *Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁵ (2018) Rz 454.

¹⁴ RIS-Justiz RS0019079, zuletzt öOGH 26.04.2019, 3 Ob 17/19z; *Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁵ (2018) Rz 454.

¹⁵ *Perner* in *Schwimmann/Kodek* (Hrsg), ABGB Praxiskommentar⁴ (2014) § 936 ABGB Rz 16; *Hödl* in *Schwimmann/Neumayr* (Hrsg), ABGB Taschenkommentar⁴ (2017) § 936 ABGB Rz 3; *Gruber* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.06} § 936 Rz 10 (Stand 1.8.2019, rdb.at); *Karner* in *KBB*⁵ § 936 Rz 3; *Reischauer* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 936 Rz 19ff (Stand 1.5.2018, rdb.at).

¹⁶ RIS-Justiz RS0018784, zuletzt öOGH 29.01.2015, 9 Ob 61/14g.

¹⁷ *Perner* in *Schwimmann/Kodek* (Hrsg), ABGB Praxiskommentar⁴ (2014) § 936 ABGB Rz 16; *Reischauer* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 936 Rz 19 (Stand 1.5.2018, rdb.at); mwN.

¹⁸ *Reischauer* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 936 Rz 45 (Stand 1.5.2018, rdb.at).

¹⁹ öOGH 23.02.1966, 2 Ob 425/65.

²⁰ *Schurr* in *Schwimmann/Neumayr* (Hrsg), ABGB Taschenkommentar⁴ (2017) § 1053 ABGB Rz 4.

²¹ öOGH 28.06.1995, 7 Ob 533/95.

²² öOGH 18.01.1983, 5 Ob 732/81.

²³ öOGH 18.11.1964, 6 Ob 173/64.

²⁴ Unter anderem *Reidinger* in *Schwimmann/Kodek* (Hrsg), ABGB Praxiskommentar⁴ (2014) § 918 ABGB Rz 32.

²⁵ *Reischauer* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 918 Rz 78 (Stand 1.5.2018, rdb.at); öOGH 11.05.2000, 7 Ob 211/99a.

vertrag Dauerschuldcharakter.²⁶ Davon unterscheidet sich der Sukzessivlieferungsvertrag ieS unter anderem durch die feststehende Gesamtmenge und die Qualifikation als Zielschuldverhältnis.²⁷

Uneinigkeit zwischen Rsp und Schrifttum herrscht in der Frage, ob der Bezugsvertrag als Vorvertrag zu qualifizieren ist. Dies behauptet dem folgend die Rsp, dass nicht auf Kaufpreiszahlung, sondern auf Abschluss des Hauptvertrages zu klagen ist.²⁸ Hingegen spricht sich die auch von den Autoren vertretene hL dafür aus, dass mangels vereinbarten Abschlusszeitpunkten und der Qualifikation als Dauerschuldverhältnis nicht auf einen Vorvertrag geschlossen werden kann,²⁹ sondern vielmehr die Regeln über Kaufverträge auf Bezugsverträge anzuwenden sind.³⁰

4.1.4. Rahmenvertrag

Der im ABGB nicht ausdrücklich normierte und keinem bestehenden Vertragstyp unmittelbar zuordenbare Rahmenvertrag könnte das passende vertragliche Instrument für die Vorabestellung darstellen. Vorab wird festgehalten, dass die Diktion «Rahmenvereinbarung/-vertrag» auch vom öOGH weitestgehend als Synonym verwendet wird, sodass die nachstehenden Ausführungen sowohl für Rahmenverträge als auch für sog Rahmenvereinbarungen gleichermaßen gelten.³¹

Der öOGH qualifiziert den Rahmenvertrag als selbständigen Hauptvertrag mit Dauerschuldcharakter,³² in dem die Parteien Bedingungen und Abreden festlegen, die für alle auf Basis des Rahmenvertrages zukünftig abgeschlossenen Einzelverträge gelten sollen.³³ Isd auch dem ABGB immanenten Grundsatzes der Privatautonomie³⁴ kann der Rahmenvertrag unter anderem auch Abnahme- und/oder Lieferverpflichtungen vorsehen, ansonsten besteht keine Pflicht der Vertragsparteien zum Abschluss weiterer Einzelkaufverträge.³⁵ Der Rahmenvertrag spannt sich sohin gewissermaßen über die darunter befindlichen und erst künftig abzuschliessenden

Einzelverträge, denen jeweils die Bedingungen des Rahmenvertrages zugrunde liegen. Wesentliches Motiv der Vertragsparteien, einen Rahmenvertrag abzuschließen, liegt nicht zuletzt in der Planbarkeit und Sicherheit, bspw mit einem bestimmten Vertragspartner über eine längere Dauer zu bestimmten Konditionen und Bedingungen zu kontrahieren.

4.2 Abgrenzung

Die notwendigerweise verkürzte Darstellung der vorstehend dargestellten vertraglichen Instrumente zeigt, dass einerseits Gemeinsamkeiten, andererseits jedoch entscheidende Unterschiede bei den schuldrechtlichen Beziehungen bestehen. Aufgrund des besonderen Bestellvorgangs sind in der Vorabestellung spezielle Inhalte unerlässlich; diese stehen einer eindeutigen vertragsrechtlichen Einordnung jedoch nicht entgegen.

Gemein ist den Vor-, Bezugs- und Rahmenverträgen, dass sie jeweils Basis für eine Vielzahl an erst künftigen Lieferungen darstellen und insofern ein Verhältnis über unbestimmte Zeit mit undefinierter Gesamtleistung begründen können. Darüber hinaus sind in der Vereinbarung aufgrund der besonderen Ausgestaltung notwendigerweise die *essentialia negotii* exakt festzulegen. Dies ist jedenfalls beim Kauf-, Vor- und Bezugsvertrag zwingend notwendig. Demgegenüber ist dies beim Rahmenvertrag gesetzlich nicht normiert.

Neben diesen – nicht abschliessend aufgezählten – Gemeinsamkeiten unterscheiden sich die konkreten schuldrechtlichen Beziehungen in wesentlichen Aspekten. Abgrenzungskriterien sind unter anderem die Einordnung als Dauer- oder Zielschuldverhältnis, die zeitliche Befristung der klagsweisen Durchsetzbarkeit sowie die Qualifikation als selbständigen Haupt- oder Vorvertrag. Daneben stellen die mit dem jeweiligen Vertragstypus einhergehenden Verpflichtungen, welche zwangsweise durchgesetzt werden können, eine wesentliche Differenzierung dar.

Folglich unterscheidet sich der Rahmen- vom Bezugsvertrag vor allem dadurch, dass ersterer einen selbständigen Hauptvertrag, dessen Bedingungen für die jeweils eigenständig zu betrachtenden Einzelkaufverträge gelten, darstellt. Demgegenüber stellt der Bezugsvertrag einen Gesamtvertrag dar, bei dem keine weiteren Einzelkaufverträge geschlossen werden. Gegenüber dem Vorvertrag ist ebenso die Qualifikation des Rahmenvertrages als Hauptvertrag ins Treffen zu führen.³⁶ Darüber hinaus ist die durch das Gesetz normierte zeitliche Beschränkung der Geltendmachung beim Vorvertrag zu beachten. Im Unterschied zum Kaufvertrag stellt der Rahmenvertrag ein Dauerschuldverhältnis dar, das dem Grunde nach zu keinem Leistungsaustausch verpflichtet. Es ist daher die Tatsache relevant, dass bis zur Ausserbetriebnahme stetig neue Ware bei Erreichung des vorab festgelegten niederen Vorrates bestellt wird; eine Gesamtmenge über den Benutzungszeitraum wird demgegenüber nicht vereinbart.³⁷ In der Entscheidung 2 Ob 575/93 hatte sich

²⁶ *Cetin*, Sukzessivlieferungsvertrag (Stand 25.3.2020, Lexis Briefings in lexis360.at); öOGH 11.05.2000, 7 Ob 211/99a; *Reischbauer in Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 918 Rz 78 (Stand 1.5.2018, rdb.at).

²⁷ *Reidinger in Schwimann/Kodek* (Hrsg), ABGB Praxiskommentar⁴ (2014) § 918 ABGB Rz 31; *Aicher in Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1053 Rz 42 (Stand 1.5.2017, rdb.at).

²⁸ RIS-Justiz RS0018799; öOGH 23.02.1966, 2 Ob 425/65.

²⁹ *Reischbauer in Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 936 Rz 58 (Stand 1.5.2018, rdb.at); unter anderem mit Verweis auf *F. Bydlinski in Klang IV/2* 202 ff.

³⁰ *Schurr in Schwimann/Neumayr* (Hrsg), ABGB Taschenkommentar⁴ (2017) § 1053 ABGB Rz 4.

³¹ Vgl unter anderem RIS-Justiz RS0019117 T 2; öOGH 24.03.1994, 2 Ob 575/93; öOGH 11.08.2008, 1 Ob 113/08m.

³² öOGH 11.08.2008, 1 Ob 113/08m.

³³ RIS-Justiz RS0019117 T2; öOGH 18.04.2001, 7 Ob 76/01d; *Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁵ (2018) Rz 458; *Perner in Schwimann/Kodek* (Hrsg), ABGB Praxiskommentar⁴ (2014) § 936 ABGB Rz 13.

³⁴ Vgl dazu öOGH 24.03.1994, 2 Ob 575/93 mit Verweis auf *F. Bydlinski*, Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäftes (2013) 10.

³⁵ RIS-Justiz RS0019117 T4; öOGH 11.08.2015, 4 Ob 113/15v; öOGH 24.03.1994, 2 Ob 575/93 mwN; *Gruber in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.00} § 936 Rz 7 (Stand 1.8.2019, rdb.at); vgl jedoch Punkt 4.3.

³⁶ RIS-Justiz RS0019117 T2, öOGH 18.04.2001, 7 Ob 76/01d.

³⁷ Im Gegensatz dazu wird beim Sukzessivlieferungsvertrag (vgl Art 73 Abs 1 UN-Kaufrecht) die Gesamtmenge im Vorhinein vereinbart; IHR 2019, 11; OLG München 18.6.2018, 34 SchH 7/17;

der öOGH mit der Frage zu beschäftigen, ob ein unvollständiger Kaufvertrag oder ein Rahmenvertrag (von den Parteien als «Klarstellungsvereinbarung» bezeichnet) vorliegt. Entsprechend den Ausführungen des österreichischen Höchstgerichtes sei die Frage, ob ein aufgrund nicht alle Tatbestandsmerkmale erfüllender und insofern unwirksamer Kaufvertrag oder ein wirksamer Rahmenvertrag vorliegt, nach den Umständen des Einzelfalls sowie nach dem Willen der Vertragsparteien iSd § 914 ABGB zu bestimmen.³⁸ Gemäss dieser Norm, welche überdies für alle beschriebenen Vertragsgestaltungen entscheidend ist, ist bei Verträgen primär «die Absicht der Parteien zu erforschen». Selbst wenn eine Vereinbarung über einen zumindest bestimmbareren Preis und Gegenstand vorliegt, so ist der – sofern übereinstimmend – zu untersuchende Geschäftswille der Vertragsparteien auf eine als Dauerschuldverhältnis ausgerichtete längere Vertragsbeziehung unter Zuhilfenahme des DSS gerichtet. Auf den vereinbarten Bedingungen aufbauend werden Einzelverträge, welche wiederum als Kaufverträge zu qualifizieren sind, geschlossen. Vor diesem Hintergrund kommt dem Prinzip *falsa demonstratio non nocet* bei derartigen Vereinbarungen besondere Bedeutung zu.³⁹

4.3 Ergebnis

Im Lichte dieser Ausführungen ist die Vorabestellung beim konkreten Fall DSS uE als Rahmenvertrag zu qualifizieren. Dies vor dem Hintergrund, dass die Vertragsparteien eine dauerhafte Vereinbarung schliessen, die lediglich Bedingungen für die weiteren Einzelkaufverträge festlegt. Dass die *essentialia negotii* exakt festzulegen sind, ist den besonderen Umständen geschuldet und führt aufgrund der eindeutigen Parteienabsicht nicht dazu, dass bspw ein Kaufvertrag anzunehmen ist. Der öOGH stellt für den Rahmenvertrag unzweifelhaft klar, dass mit diesem (Mindest-)Abnahmeverpflichtungen vereinbart werden können. Sofern eine solche Verpflichtung vereinbart wird, spricht dies uE in Übereinstimmung mit *Welser/Kletečka*⁴⁰ – in Zusammenschau mit den notwendigen exakt determinierten Vertragsbestandteilen – für einen Vorvertrag. Dies hätte zur Folge, dass auf Abschluss des Kaufvertrages geklagt werden könnte.⁴¹ Bei der vorliegenden Vereinbarung wird allerdings keine Abnahme- oder Lieferverpflichtung vereinbart, sodass eine zwangsweise Durchsetzung eines Hauptvertrages nicht möglich ist. Vielmehr trifft die Parteien eine Verhandlungspflicht, allenfalls eine Haftung aus *culpa in contrahendo*.⁴² Die in weiterer Folge geschlossenen Verträge sind als Kaufverträge iSd § 1053 ABGB zu qualifizieren.

Cetin, Sukzessivlieferungsvertrag (Stand 25.3.2020, Lexis Briefings in lexis360.at); *Reidinger* in *Schwimmann/Kodek* (Hrsg), ABGB Praxiskommentar⁴ (2014) § 918 ABGB Rz 31.

³⁸ öOGH 24.03.1994, 2 Ob 575/93.

³⁹ *Vonkilch* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 914 ABGB Rz 134f.

⁴⁰ *Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁵ (2018) Rz 458.

⁴¹ Eine andere Ansicht vertritt indes *Perner*, wonach bei einer Abnahmeverpflichtung kein Vorvertrag anzunehmen ist, weil ein Vorvertrag, im Gegensatz zum Rahmenvertrag, mit Abschluss des Kaufvertrages erlischt; *Perner* in *Schwimmann/Kodek* (Hrsg), ABGB Praxiskommentar⁴ (2014) § 936 ABGB Rz 13.

⁴² *Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁵ (2018) Rz 458.

5. Zurechenbarkeit der Willenserklärung

5.1. Allgemein

Entsprechend dem § 861 ABGB kommt ein Kaufvertrag durch übereinstimmende Willenserklärungen beider Vertragsteile zustande.⁴³ Der Abschluss eines Rechtsgeschäfts ist *de lege lata* natürlichen und juristischen Personen vorbehalten, obgleich der kontroversen Diskussion einer sog «elektronischen Person».⁴⁴ Im Zusammenhang mit dem selbständig agierenden DSS gelten diese Grundpfeiler der Rechtsgeschäftslehre ohne Zweifel weiter, insofern kann das Gerät selbst weder Träger von Rechten und Pflichten sein, noch selbständig solche begründen. Zu untersuchen gilt, ob eine Willenserklärung des DDS-Nutzers vorliegt.

Jede Willenserklärung, verstanden als Äusserung mit dem Ziel, Rechtsfolgen herbeizuführen,⁴⁵ gliedert sich aus dogmatischer Sicht in den objektiven Erklärungswert und in die subjektiven Elemente.

5.1.1 Objektiver Erklärungswert

Gemäss dem objektiven Erklärungswert des geäusserten Rechtsfolgswillens ist nach der Vertrauenstheorie⁴⁶ die Willenserklärung so zu beurteilen, «wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war».⁴⁷ Demgegenüber ist die auf Seiten des Verkäufers empfangsbedürftige Willenserklärung nach stRsp derart auszulagen, wie dieser die Willenserklärung «nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte und der ihm erkennbaren Umstände im Einzelfall verstehen musste».⁴⁸

Entsprechend diesen Grundsätzen ist der Eingang einer Bestellung – als auslegungs- und empfangsbedürftige Willenserklärung – durch das DSS beim Verkäufer grundsätzlich derart zu verstehen, dass diese Erklärung von der dahinterstehenden Person gewollt ist.⁴⁹

5.1.2. Subjektive Elemente

Zusätzlich müssen auch die subjektiven Elemente vorliegen, damit eine gültige Willenserklärung zustande kommt.⁵⁰ Die subjektiven Elemente sind: ein Handlungswille, das Erklärungsbewusstsein sowie ein Geschäftswille.⁵¹ Der Handlungswille ist das willentliche und bewusste Abgeben eines Erklärungstatbestandes, dessen Fehlen grundsätzlich die Erklärung nichtig macht.⁵² Die

⁴³ RIS-Justiz RS0038607, zuletzt öOGH 17.07.2018, 1 Ob 63/18y.

⁴⁴ So fordert etwa das Europäische Parlament einen rechtlichen Status für besonders intelligente Roboter: Bericht des Europäischen Parlaments mit Empfehlungen an die Kommission zu zivilrechtlichen Regelungen im Bereich Robotik, 2015/2103 (INL), 59 f.

⁴⁵ *Rummel* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 863 ABGB Rz 6 (Stand 1.11.2014, rdb.at).

⁴⁶ Bollenberger in *KBB*⁵ § 863 Rz 3.

⁴⁷ RIS-Justiz RS0014205, zuletzt öOGH 24.09.2019, 8 ObA 57/19v.

⁴⁸ RIS-Justiz RS0053866, zuletzt öOGH 29.01.2019, 4 Ob 170/18f.

⁴⁹ Vgl *Zankl*, Rechtsqualität und Zugang von Erklärungen im Internet, *ecolex* 2001, 344.

⁵⁰ *Wiebe* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 863 ABGB Rz 11 f (Stand 1.1.2018, rdb.at).

⁵¹ *Wiebe* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 863 ABGB Rz 9-13 (Stand 1.1.2018, rdb.at); *Rummel* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 863 ABGB (Stand 1.11.2014, rdb.at) Rz 13.

⁵² Vgl *Rummel* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 863 ABGB Rz 13 (Stand

Handlung muss dem Erklärenden darüber hinaus bewusst sein, dies spiegelt sich im Erklärungsbewusstsein wieder.⁵³ Ein Mangel oder gar das Fehlen des Erklärungsbewusstseins schadet nicht,⁵⁴ die Zurechnung erfolgt jedoch nur bei sog. «Erklärungsfahrlässigkeit».⁵⁵ Letztlich bedarf es eines Geschäftswillens; dieser ist jedoch kein Mindestbestandteil einer gültigen Willenserklärung. Das Fehlen oder ein Mangel daran ist nur im Wege der Anfechtung aufzugreifen.⁵⁶

5.2. Zurechenbarkeit bei automatisierter Bestellauslösung durch das DSS

Für eine Bestellung, dh eine auf Seiten des Käufers automatisch ausgelöste und auf Seiten des Verkäufers empfangsbedürftige Willenserklärung, mittels DSS ergeben sich vor diesem Hintergrund folgende Unregelmäßigkeiten im Vergleich zu einem «normalen» Vertragsschluss zwischen natürlichen oder juristischen Personen.

Besondere Stellung kommt dabei dem unbekanntem Zeitfaktor zu, da eine Bestellung – wie oben bereits ausgeführt – automatisch bei Erreichung eines niederen Vorrates ausgelöst wird. Eine bewusste und willentliche Willensabgabe, ebenso das Bewusstsein der Handlung wird im Zeitpunkt der für den Nutzer ungewissen und in einer juristischen Sekunde stattfindenden Willensabgabe praktisch nie vorliegen.⁵⁷

Es ist jedoch davon auszugehen, dass durch das Inbetriebnehmen des DSS ein Handlungswille für alle mithilfe des Gerätes abgegebenen Willenserklärungen vorliegt. Der Nutzer des DSS nimmt das Gerät augenscheinlich nur für den Zweck eines künftigen Vertragsschlusses in seinen Aktionsradius auf. Insofern kann dadurch für alle abgegebenen Willenserklärungen ein Handlungswille, der durch Inbetriebnahme entsteht, angenommen werden.⁵⁸

Zudem ist zu unterstellen, dass bei Inbetriebnahme des Gerätes das Erklärungsbewusstsein gegeben ist. Der im Vorfeld abgeschlossene Rahmenvertrag liefert ein zusätzliches Indiz für das Vorliegen eines allgemeinen Erklärungsbewusstseins für alle weiteren getätigten Bestellungen. Je mehr Inhalte bereits vorab im Rahmenvertrag geregelt werden, desto eher kann von einem allgemeinen Erklärungsbewusstsein ausgegangen werden. In Bezug auf das DSS, wo durch Voreinstellung via Applikation ein bestimmtes Produkt ausgewählt werden muss, insofern auch die Kosten abschätzbar sind, ist vom Vorliegen eines allgemeinen Erklärungsbewusstseins auszu-

gehen.⁵⁹ Der für die Gültigkeit einer Willenserklärung grundsätzlich irrelevante Geschäftswille umfasst den Inhalt des Geschäftes. *In casu* also den Rahmenvertrag und den Kaufvertrag, der das vorher ausgewählte Produkt, den Preis und die Nebenbedingungen beinhaltet. Insofern kann also auch hier von einem allgemeinen Geschäftswillen, der bei Inbetriebnahme für künftige Geschäfte gelten soll, ausgegangen werden. Ausschlaggebend dafür ist auch hier, dass bei Einrichtung des Gerätes der Inhalt der künftig abgeschlossenen Rechtsgeschäfte feststeht.⁶⁰

Folglich bestehen zum Zeitpunkt der Inbetriebnahme des Gerätes alle subjektiven Merkmale der Willenserklärung. Dass diese Merkmale nicht bei jedem weiteren Einzelvertrag abermals erneuert werden, schadet insofern nicht, als dass sie gestreckt über den gesamten Zeitraum des arbeitsteiligen Erklärungsprozesses und somit bei jeder Bestellung vorliegen. Dies darf grundsätzlich bis zur Ausserbetriebnahme angenommen werden.

5.3. Ergebnis

Zusammenfassend ist sohin zu konstatieren, dass sowohl die subjektiven Elemente aufgrund des *generell vorhandenen Willens* und des *allgemeinen Erklärungsbewusstseins* des Betreibers⁶¹ als auch die objektiven Elemente, ausgedrückt durch die Übermittlung der Erklärung durch das DSS, vorliegen. Wie ausgeführt, liegen die subjektiven Elemente ab Inbetriebnahme vor, demgegenüber wird der objektive Erklärungswert der Willenserklärung bei jeder einzelnen Bestellaufgabe durch das DSS erneut gebildet.⁶² Im Ergebnis liegt daher keine den anerkannten Prinzipien widersprechende Willenserklärung eines Gerätes, sondern von Beginn an eine Willenserklärung der dahinterstehenden Person vor, die diese ab Inbetriebnahme bildet und dieser folglich auch zurechenbar ist.⁶³

6. Zulässigkeit bei Verbrauchergeschäften

Die obigen Ausführungen gelten grundsätzlich gleichermaßen für Verbrauchergeschäfte. Eine darüber hinausgehende Betrachtung ist jedoch aufgrund des den Konsumenten schützenden FAGG angezeigt. Die Zulässigkeit, ebenso, ob entsprechende Vereinbarungen im Rahmenvertrag diese besonderen Anforderungen erfüllen können, wird nachstehend erläutert.

6.1. Anwendungsbereich des FAGG

1.11.2014, rdb.at), vertritt eine differenziertere Betrachtungsweise der Nichtigkeit.

⁵³ *Wiebe* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 863 ABGB Rz 11 f (Stand 1.1.2018, rdb.at).

⁵⁴ RIS-Justiz RS0014160 T 39, öOGH 11.09.2007, 1 Ob 44/07p.

⁵⁵ *Wiebe* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 863 Rz 12 (Stand 1.1.2018, rdb.at); *Bollenberger* in *KBB* § 863 ABGB Rz 5.

⁵⁶ *Rummel* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 863 ABGB Rz 13 (Stand 1.11.2014, rdb.at); *Wiebe* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 863 Rz 13 (Stand 1.1.2018, rdb.at).

⁵⁷ *Cornelius*, Vertragsabschluss durch autonome elektronische Agenten, MMR 2002, 353 f.

⁵⁸ So auch für Deutschland: vgl unter anderem *Specht/Herold*, Roboter als Vertragspartner, MMR 2018, 40.

⁵⁹ *Pieper*, Wenn Maschinen Verträge schließen: Willenserklärungen beim Einsatz von Künstlicher Intelligenz, GRUR-Prax 2019, 300.

⁶⁰ So auch für Deutschland: *Spindler*, Vorbemerkung zu §§ 116ff, in *Spindler/Schuster*, Recht der elektronischen Medien⁴ Rz 10; *Specht/Herold*, Roboter als Vertragspartner?, MMR 2018, 41.

⁶¹ *Spindler* in *Spindler/Schuster*, Recht der elektronischen Medien⁴, Vorbemerkung zu §§ 116ff Rz 6; *Specht/Herold*, Roboter als Vertragspartner?, MMR 2018, 42; *Cornelius*, Vertragsabschluss durch autonome elektronische Agenten, MMR 2002, 353.

⁶² Vgl zum Setzen des objektiven Tatbestandes durch einen Softwareagenten: *Paulus*, Die automatisierte Willenserklärung, JuS 2019, 963.

⁶³ Zum gleichen Ergebnis kommt *Zöchling-Jud* in *Forgó/Zöchling-Jud*, Das Vertragsrecht des ABGB auf dem Prüfstand: Überlegungen im digitalen Zeitalter, 20. ÖJT Band II/1, 144.

Die Umsetzung der Verbraucherrechtlinie 2011/83/EU⁶⁴ ist in Liechtenstein unter anderem im Gesetz über Fernabsatz- und ausserhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge⁶⁵ (in weiterer Folge FAGG) erfolgt. Die Umsetzung der Richtlinie in Liechtenstein basiert auf dem österreichischen FAGG, daher kann auch auf österreichische Literatur zurückgegriffen werden.⁶⁶ Dieses kommt gemäss Art 1 Abs 1 FAGG für Verträge, die im Wege des Fernabsatzes oder ausserhalb der Geschäftsräumlichkeiten zwischen Verbrauchern iSd Art 1 KSchG und Unternehmern geschlossen werden, zur Anwendung.

Ein Fernabsatzvertrag liegt nach der Definition des Art 4 Abs 1 Bst b FAGG vor, wenn ein Vertrag «zwischen einem Unternehmer und einem Konsumenten ohne gleichzeitige körperliche Anwesenheit des Unternehmers und des Konsumenten im Rahmen eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebs- oder Dienstleistungssystems geschlossen wird, wobei bis einschliesslich des Zustandekommens des Vertrags ausschliesslich Fernkommunikationsmittel verwendet werden».⁶⁷ Bei der Anwendung des DSS liegt entsprechend dieser Definition ein Fernabsatzvertrag vor. Unternehmer und Verbraucher sind zu keinem Zeitpunkt (zeitgleich) körperlich anwesend. Der Unternehmer bedient sich darüber hinaus eines Vertriebsnetzes einschliesslich Internetpräsenz, Webshop udgl.⁶⁸ Letztlich ist – bis zum Vertragsabschluss – die ausschliessliche Verwendung eines Fernkommunikationsmittels erforderlich. Als ein solches Fernkommunikationsmittel gilt gemäss ErWG 20 jedenfalls die Bestellung mittels Post, Internet oder Telefon.⁶⁹ Somit all jene (technischen) Hilfsmittel, die «den Abschluss eines Distanzgeschäftes ermöglichen».⁷⁰ Das DSS ist demnach jedenfalls als ein Fernkommunikationsmittel zu qualifizieren; Sinn und Zweck ist in erster Linie der Abschluss von Distanzgeschäften. Insofern ist jeder einzelne Kaufvertrag, der mit dem DSS abgeschlossen wird, als ein Fernabsatzvertrag iSd Art 4 Abs 1 Bst b FAGG zu qualifizieren. Der Abs 2 leg cit sieht sodann einige Ausnahmen vom Anwendungsbereich des FAGG vor. Demnach findet das

FAGG unter anderem für Verträge, die die Bagatellgrenze von 60 Franken nicht übersteigen, keine Anwendung. *Expressis verbis* gilt diese Ausnahme lediglich bei Verträgen, die ausserhalb von Geschäftsräumlichkeiten iSd Art 4 Abs 1 Bst a Z 1 bis Z 4 FAGG geschlossen werden. Da beim Kauf mit dem DSS ein Fernabsatzvertrag vorliegt und ein solcher nicht von der Bagatellgrenze umfasst ist, kommt diese Ausnahme gegenständlich nicht zur Anwendung.⁷¹

6.2. Informationspflichten nach Art 8 FAGG

Beim gegenständlichen Sachverhalt muss vor allem die Informationserteilung bei Fernabsatzverträgen gemäss Art 8 FAGG eingehalten werden. Demnach sind grundsätzlich alle Informationen, die in Art 5 FAGG Abs 1 Bst a bis Bst t FAGG normiert sind, «in einer dem verwendeten Fernkommunikationsmittel angepassten Weise» zu erteilen. Eingeschränkt wird diese Informationspflicht gemäss Art 8 Abs 2 FAGG für Fernkommunikationsmittel, bei denen «für die Darstellung der Information nur begrenzter Raum oder begrenzte Zeit zur Verfügung steht». Insofern müssen Informationen über Wareneigenschaften (Art 5 Abs 1 Bst a FAGG), den Namen des Unternehmers (Bst b), den Gesamtpreis (Bst d, e), das Rücktrittsrecht (Bst h) und Vertragslaufzeiten (Bst o) bereitgestellt werden. Die darüber hinausgehenden Informationen iSd Art 5 Abs 1 FAGG sind gemäss Art 8 Abs 2 Satz 2 FAGG in geeigneter Weise bereitzustellen. Beispielhaft ist dem ErWG 36 die Zurverfügungstellung eines Hyperlinks oder einer kostenlosen Infoline zu entnehmen.⁷²

Das DSS ist als ein Fernkommunikationsmittel zu qualifizieren, bei dem für die Darstellung der Information nur begrenzter Raum oder begrenzte Zeit zur Verfügung steht. Insofern ist von einer eingeschränkten Informationspflicht gemäss Art 8 Abs 2 FAGG auszugehen.

6.3. Spezielle Anforderungen bei elektronisch geschlossenen Verträgen nach Art 9 FAGG

Darüber hinaus muss bei einem entgeltlich und elektronisch geschlossenen Fernabsatzvertrag der Verbraucher über die in Art 9 Abs 1 FAGG genannten Informationen vor Vertragsabschluss hingewiesen werden (Art 5 Abs 1 Bst a, d, e, o, p FAGG⁷³). Die Informationspflicht ist insofern strikter, als dass gemäss Art 9 Abs 1 FAGG unmittelbar vor der Abgabe der Vertragserklärung in klarer und hervorgehobener Weise aufgeklärt werden muss. Diese zusätzliche Informationspflicht soll nach dem ErWG 39 für Fernabsatzverträge, die über automatisierte Webshops abgewickelt werden, gelten. Damit wird sichergestellt, dass dem Verbraucher die Möglichkeit eingeräumt

⁶⁴ Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2011 über die Rechte der Verbraucher, zur Abänderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 85/577/EWG des Rates und der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates, ABl 2011/304, 64, übernommen in das EWRA mit Beschluss des Gemeinsamen EWR-Ausschusses Nr. 181/2012 vom 28. September 2012, LGBl 2014/6.

⁶⁵ Gesetz über Fernabsatz- und ausserhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge (Fern- und Auswärtsgeschäfte-Gesetz; FAGG), LGBl 2015/276.

⁶⁶ Bericht und Antrag (BuA) der Regierung an den Landtag des Fürstentums Liechtenstein betreffend den Beschluss Nr. 181/2012 des Gemeinsamen EWR-Ausschusses (Richtlinie 2011/83/EU über die Rechte der Verbraucher), 2012/142, 8 f.

⁶⁷ Für ausserhalb von Geschäftsräumen geschlossener Verträge siehe Art 4 Abs 1 Bst a FAGG.

⁶⁸ Dehn in *Schwimmann/Kodek* (Hrsg), ABGB Praxiskommentar⁴ § 3 FAGG Rz 12.

⁶⁹ VerbraucherrechteRL 2011/83/, ABl 2011/304, 64, ErWG 20.

⁷⁰ Dehn in *Schwimmann/Kodek* (Hrsg), ABGB Praxiskommentar⁴ § 3 FAGG Rz 13.

⁷¹ Daneben wäre allenfalls noch der Bst l, wonach die Lieferung von Haushaltsgegenständen des täglichen Bedarfs, die vom Unternehmer bei regelmässigen Fahrten geliefert werden, sowie der Bst m, der eine Ausnahme für Verträge vorsieht, die unter Verwendung von automatisierten Geschäftsräumen erfolgen, zu prüfen. Beide Ausnahmetatbestände sind nicht einschlägig.

⁷² VerbraucherrechteRL 2011/83/, ABl 2011/304, 64, ErWG 36; zum Begriff des dauerhaften Datenträgers iSd Art 4 Abs 1 Bst e, Art 8 Abs 1 und Art 8 Abs 3 FAGG vgl EFTA-Gerichtshof, Urteil vom 27.1.2010, Rs. E-4/09 (Inconsult Anstalt/Finanzmarktaufsicht).

⁷³ Bst a, d, e, o sind bereits in Art 8 Abs 2 FAGG genannt; hinzu tritt Bst p (Mindestdauer, die eingegangen wird).

wird, die «Hauptbestandteile des Vertrags vor Abgabe ihrer Bestellung vollständig zu lesen und zu verstehen».⁷⁴ Ein Verstoss gegen die Informationspflichten des Art 5 Abs 1 FAGG und Art 9 Abs 1 FAGG ist nach Art 20 Bst a und Bst d FAGG mit einer Geldbusse sanktioniert. Gemäss Art 13 Abs 1 FAGG verlängert sich die Rücktrittsfrist um 12 Monate, sofern über Art 5 Abs 1 Bst h FAGG nicht aufgeklärt wird.

6.4. Informationspflicht bei Verwendung des DSS

Bei einer Bestellung mit dem DSS liegt einerseits ein Fernabsatz-, andererseits ein elektronisch geschlossener Vertrag vor. Demnach hat der Unternehmer dem Verbraucher sowohl die Informationen gemäss Art 8 FAGG, als auch die besonderen Erfordernisse aufgrund des ausschliesslich elektronisch abgeschlossenen Vertrages nach Art 9 FAGG zur Verfügung zu stellen. Das Spannungsverhältnis zwischen umfassender und zeitlich vorgelagerter Informationspflicht einerseits und für den Konsumenten nicht bekannter und dadurch bedingter mangelnder Informationskenntnis vor Vertragsabschluss andererseits macht das DSS für Verbrauchergeschäfte unzulässig. Es kann weder den allgemeinen Informationspflichten des Art 8 Abs 2 FAGG noch denen nach Art 9 Abs 1 FAGG entsprochen werden. Die Informationen können vom Verbraucher maximal über die zum DSS gehörende Applikation am Smartphone oder Tablet abgerufen werden. Dies verstösst jedenfalls gegen die Anforderungen einer unmittelbar vor Bestellung durchzuführenden Informationserteilungspflicht, da dem Kunden durch die Automation des Vorgangs nicht einmal der Zeitpunkt der Bestellung klar sein dürfte.⁷⁵

Anzudenken wäre allenfalls der Umweg über den Rahmenvertrag, um bereits in diesem den Informationspflichten für alle weiteren Verträge nachzukommen. Wie ausgeführt, gelten dessen Bedingungen eigentlich für alle künftigen Einzelverträge. Dies ist jedoch mit der Begründung abzulehnen, dass damit die Intention des Gesetzgebers, den Verbraucher vor unüberlegt eingegangenen Zahlungsverpflichtungen zu schützen, unterlaufen werden würde. Die Verpflichtung, dass die Aufklärung unmittelbar vor Vertragsschluss bzw Abgabe der verbindlichen Erklärung zu erfolgen hat, muss sohin vor jedem Einzelvertrag neuerdings erfolgen.⁷⁶ Eine davon abweichende Vereinbarung zulasten des Verbrauchers ist nach Art 3 FAGG unzulässig.

6.5. Buttonlösung gemäss Art 9 Abs 2 FAGG bei Verwendung des DSS

Zusätzlich ist bei elektronisch geschlossenen Verträgen die in Art 9 Abs 2 FAGG normierte Button-Lösung zu beachten. Damit wird sichergestellt, dass der Verbraucher

unmittelbar vor der verpflichtenden Anbotsabgabe auf die kostenpflichtige Bestellung hingewiesen wird. Nach Satz 2 leg cit – quasi *lex specialis* zu Satz 1 – ist eine etwaig zu betätigende Schaltfläche oder vergleichbare Funktion mit einem eindeutigen Hinweis zu versehen. Die Schaltfläche oder vergleichbare Funktion muss lesbar mit den Worten «zahlungspflichtig bestellen» oder «einer gleichartigen, eindeutigen Formulierung gekennzeichnet sein». Wenn die Betätigung einer Schaltfläche oder vergleichbaren Funktion nicht möglich ist, so hat nach Satz 1 der Verbraucher ausdrücklich in geeigneter Form zu bestätigen, dass eine kostenpflichtige Bestellung ausgelöst wird. Ein Verstoss gegen Art 9 Abs 2 FAGG führt dazu, dass der Verbraucher nicht an den Vertrag bzw seine Erklärung gebunden ist. Eine Geldbusse ist demgegenüber nicht vorgesehen.⁷⁷

Die Spezialität des DSS liegt in der selbständigen Auslösung einer Bestellung. Dadurch bedingt kann vor der Abgabe der verpflichtenden Bestellung logischerweise keine eindeutige Schaltfläche betätigt werden, sodass die spezielle Anordnung des Art 9 Abs 2 Satz 2 FAGG keine Anwendung findet. Folglich greift die allgemeine Vorgabe des Art 9 Abs 2 Satz 1 FAGG, wonach die kostenpflichtige Bestellung jedenfalls in geeigneter Weise zu bestätigen ist. Dies muss jedenfalls auch für automatisierte Bestellvorgänge Geltung haben; dem Gesetz ist nichts Gegenteiliges zu entnehmen. Dem hohen Gefahrenpotenzial von automatisierten Onlinebestellvorgängen bei Verbrauchergeschäften wird aufgrund dieser Anordnungen Rechnung getragen, sodass diese im Ergebnis unzulässig sind.⁷⁸

Eine mangelhafte Aufklärung wird aber *de facto* nicht jeden Verbraucher dazu veranlassen, die Benützung des DSS für Bestellungen abzulehnen.⁷⁹ Ebenso wenig wird das daraus resultierende Rücktrittsrecht des Verbrauchers Internetgiganten von der (Weiter-)Entwicklung derartiger Geräte abbringen.

Demgegenüber sind jedoch auch die Strafbestimmungen des Art 20 FAGG beachtlich, wonach das Amt für Volkswirtschaft bei Verstössen gegen die Informationspflichten eine Geldbusse von 5.000 bzw 20.000 Franken im Wiederholungsfall verhängen kann.

7. Zusammenfassung

Die voranstehenden Ausführungen zeigen die zentralen Spannungsfelder von automatisierten Kaufvertragsabschlüssen mithilfe des DSS auf. Wie ausgeführt, ist die gegenständliche Vorabestellung als Rahmenvertrag zu qualifizieren; darauf aufbauend werden selbständige Einzelkaufverträge geschlossen. Ausschlaggebend hierfür ist, dass die Vertragsparteien eine dauerhafte Ver-

⁷⁴ *Debn* in *Schwimann/Kodek* (Hrsg), ABGB Praxiskommentar⁴ § 8 FAGG Rz 1; VerbraucherrechteRL 2011/83/, ABL 2011/304, 64, ErWG 39.

⁷⁵ Vgl zur ähnlichen Problematik bei Dash-Buttons: *Hergenröder*: Die Vereinbarkeit sogenannter «Dash Buttons» mit den zivilrechtlichen Regelungen zum E-Commerce, VuR 2017, 177; *Leeb*, Rechtskonformer Vertragsabschluss mittels Dash Button?, MMR 2017, 92.

⁷⁶ So auch *Leeb*, Rechtskonformer Vertragsabschluss mittels Dash Button?, MMR 2017, 92.

⁷⁷ Vgl *Debn* in *Schwimann/Kodek* (Hrsg), ABGB Praxiskommentar⁴ § 8 FAGG Rz 14.

⁷⁸ Vgl zum Gefahrenpotenzial bei (gewöhnlichen) Onlinebestellvorgängen *Debn* in *Schwimann/Kodek* (Hrsg), ABGB Praxiskommentar⁴ § 8 FAGG Rz 12ff; *Kletečka/Kronthaler*, Überlegungen zur Hinweispflicht bei «elektronisch geschlossenen Verträgen» iSd § 8 FAGG, ÖJZ 2018/2, 11.

⁷⁹ Vgl weiterführend *Nogratnig/Zeiringer*, Rückgang der Zivilverfahren – eine Suche nach den Ursachen, AnwBl 2019, 448 f.

einbarung schliessen, die lediglich Bedingungen für die weiteren Einzelverträge festlegen soll.

Zudem zeigt sich das über 200 Jahre alte, naturrechtlich geprägte ABGB immer noch modern genug, um eine adäquate Handhabe für automatisierte Vertragsabschlüsse mittels DSS zu bieten. Mithilfe der Annahme einer arbeitsteiligen Computereklärung kann der durch das DSS abgegebene Erklärungstatbestand problemlos als vom Nutzer eigene Willenserklärung angesehen werden. Schwierigkeiten ergeben sich jedoch bei Verbrauchergeschäften. Die vorvertraglichen Informationspflichten und die besonderen Erfordernisse bei elektronisch geschlossenen Verträgen des FAGG können beim Vertragsschluss mittels DSS nicht eingehalten werden. Insofern bieten die Geräte eine rechtlich unproblematische Lösung, um die Bestellung für Waren in einem Unternehmen zu organisieren. Für einen Einsatz bei Verbrauchergeschäften müsste der europäische Gesetzgeber intervenieren und das Fernabsatzrecht an die Digitalisierung und Automatisierung anpassen.

Die Rechtsprechung des EFTA-GH im Jahr 2019

Zudem Entscheidungsübersicht europäischer Gerichte und Behörden

Judith Schild*

1. Grundlagen

Der EFTA-Gerichtshof (EFTA-GH) wurde durch das Abkommen zur Errichtung einer Überwachungsbehörde und eines Gerichtshofes (ÜGA)¹ geschaffen. Dieses trat für Liechtenstein zeitgleich mit dem EWR-Abkommen (EWRA)² 1995 in Kraft. Seit seinem Tätigwerden hat der EFTA-GH das EWR-Recht massgeblich mitbestimmt und in vielen Bereichen weiterentwickelt. Dem Grundsatz der Homogenität (Art 6 EWRA) verpflichtet, hat der EFTA-GH in Anlehnung an die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) grundlegende Prinzipien für das EWR-Recht etabliert. Zwar betonte der EFTA-GH bereits früh, dass das EWRA ein internationaler Vertrag *sui generis* sei³ und die vom EuGH entwickelten Grundsätze nicht vorbehaltlos auf den EWR-Raum übertragbar seien. Dementsprechend haben etwa die Direktwirkung oder der Vorrang von EU-/EWR-Recht nur implizite Bedeutung im EWR.⁴ Die Staatshaftung ist hingegen auch im EWR durch das wegweisende Urteil *Sveinbjörnsdóttir* ausdrücklich anerkannt.⁵ Aufbauend darauf verfolgt der EFTA-GH in den letzten Jahrzehnten eine prinzipienbasierte Judikatur. Es lohnt sich daher, diese genauer in den Blick zu nehmen und anlässlich des jährlichen Reports des EFTA-GH⁶ dessen Entscheidungen wissenschaftlich aufzuarbeiten.

Dabei liegt – sofern möglich – der Fokus natürlich auf Liechtenstein und den Konsequenzen der Judikatur für den liechtensteinischen Rechtsbestand. Denn obwohl Liechtenstein als EWR-Mitglied institutionell mit dem EFTA-GH verbunden ist und seine Urteile und Rechtsmeinungen den liechtensteinischen Rechtsacquis zweifellos beeinflussen,⁷ ist die Sichtbarkeit seiner Judikatur

* Dr. Judith Schild ist Assistenzprofessorin am Lehrstuhl für Bank- und Finanzmarktrecht des Instituts für Wirtschaftsrecht, Universität Liechtenstein (Kontakt: judith.sild@uni.li). Ihre Forschungsschwerpunkte liegen neben dem Öffentlichen Wirtschaftsrecht vor allem im EWR-/EU-Recht und im Völkerrecht. Stand der berücksichtigten Rechtslage: Ende Juli 2020. Nachfolgende Änderungen konnten nicht mehr berücksichtigt werden.

¹ Abkommen zwischen den EFTA-Staaten zur Errichtung einer Überwachungsbehörde und eines Gerichtshofes, LGBl 1995 Nr 72.

² Abkommen vom 2. Mai 1992 über den Europäischen Wirtschaftsraum, LGBl 1995 Nr 68.

³ EFTA-GH, E-9/97, *Sveinbjörnsdóttir*, Rn 59.

⁴ Sehr weitgehend *Baudenbacher*, Zehn Jahre EFTA-Gerichtshof, LJZ 4/04, 142 (143 ff).

⁵ EFTA-GH, E-9/97, *Sveinbjörnsdóttir*, Rn 60. Generell dazu *Wai-bel/Petersen*, State Liability in the EEA, in: *Baudenbacher* (Hrsg), *The Fundamental Principles of EEA Law* (2017) 231.

⁶ Abrufbar unter https://eftacourt.int/wp-content/uploads/2020/03/223792_EFTA_COURT_RA_2019.pdf (zuletzt besucht 5.8.2020).

⁷ Siehe insbesondere die Entscheidungen zum Wohnsitzerfordernis in Konflikt mit Art 31 EWRA, EFTA-GH, E-3/98, *Herbert Rain-*

nicht sonderlich ausgeprägt. Der vorliegende Beitrag soll daher nicht nur über die massgeblichen Entscheidungen des EFTA-GH im letzten Jahr informieren, sondern vor allem die Diskussion und die öffentliche Rezeption fördern.

Wo wesentlich, wird zudem die Rechtsprechung weiterer europäischer Gerichte (EuGH oder Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte [EGMR]), sofern und insoweit sie einen kausalen Zusammenhang mit den besprochenen Entscheidungen des EFTA-GH aufzeigen oder generell für den EWR relevant sind, behandelt. Bevor abschliessend ein Ausblick auf 2020 gewagt wird, erfolgt ein kursorischer Überblick über Entscheidungen und Massnahmen der EFTA-Überwachungsbehörde aus dem Jahr 2019. Dabei legt der Beitrag insbesondere Wert darauf, jene Entscheidungen hervorzuheben, die ein Folgeverfahren vor dem EFTA-GH auslösen könnten; dies auch deshalb, weil das vorliegende Beitragsformat nun jährlich als Artikelserie in der LJZ veröffentlicht werden soll.

2. Wrap-up: Verfahrensarten

Vorab ist kursorisch auf die verschiedenen Verfahrensarten einzugehen, um die nachfolgenden Besprechungen in ihrem jeweiligen Kontext verständlich zu machen. Ähnlich dem Unionsrecht herrschen zwei Kategorien vor.

Auf der einen Seite gibt es Direktklagen, die wiederum nach deren Initiator eingeteilt werden können. So steht der EFTA-Überwachungsbehörde das Vertragsverletzungsverfahren (Art 31 ÜGA) gegen EWR-/EFTA-Staaten zu. Die EWR-/EFTA-Staaten können demgegenüber nach Art 36 und 37 ÜGA gegen eine Entscheidung (Rechtsmittelverfahren) oder gegen die Untätigkeit der EFTA-Überwachungsbehörde vorgehen. Zusätzlich sieht Art 32 ÜGA eine Art «Staatenbeschwerde» bei Auslegungsdivergenzen zwischen zwei EWR-/EFTA-Staaten vor.⁸ Nach Art 33 ÜGA hat der betroffene EWR-/EFTA-Staat alle erforderlichen Massnahmen zu treffen, um dem Urteil des EFTA-GH nachzukommen.⁹ Die gleiche Verpflichtung ergibt sich aus Art 38 ÜGA für die EFTA-Überwachungsbehörde. Formal wirken die Urteile zwar nur *inter partes*, allerdings kann aus dem allgemeinen Loyalitätsgebot in Art 3 EWRA sowie Art 2 ÜGA gefolgert werden, dass die Entscheidungen des EFTA-GH – samt Begründung –

auch von den anderen EWR-/EFTA-Staaten gebührend zu beachten sind.¹⁰

Auf der anderen Seite entscheidet der EFTA-GH in so genannten «Vorlageverfahren»¹¹ (Art 34 ÜGA). Der EFTA-GH handhabt die Vorlageberechtigung relativ grosszügig. Wiederholt hat der EFTA-GH ein «Gericht» iSd Art 34 ÜGA so verstanden, dass es sich dabei um eine Einrichtung handelt, die 1) auf gesetzlicher Grundlage basiert, 2) ständigen Charakter aufweist, 3) eine obligatorische Gerichtsbarkeit darstellt, 4) Rechtsnormen anzuwenden hat, 5) unabhängig ist und 6) je nach Lage des Falles einem streitigen und mit einem Gerichtsverfahren vergleichbaren Verfahren folgt.¹² Der EFTA-GH hat demnach die FMA-Beschwerdekommision,¹³ den Einzelrichter des Verwaltungsgerichtshofs (VGH) in Bezug auf Amtshilfen im Bereich des Marktmissbrauchs,¹⁴ ebenso wie den das Strafregister führenden Landrichter¹⁵ und den Konkursrichter¹⁶ als «Gericht» qualifiziert. 2019 hat nun auch die nach dem Beschwerdekommisionengesetz eingerichtete Beschwerdekommision für Verwaltungsangelegenheiten erstmals zwei Vorlagefragen an den EFTA-GH herangetragen.¹⁷

Im Gegensatz zum Unionsrecht besteht keine ausdrückliche Vorlagepflicht letztinstanzlicher Gerichte (vgl. Art 267 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union [AEUV]). Allerdings wird aus dem Loyalitätsgebot des Art 3 EWRA nicht nur eine «Befolgungspflicht» für die Urteile des EFTA-GH gefolgert, sondern weitgehend auch eine Verpflichtung zur Vorlage.¹⁸ Hierzu äusserte

ford-Touning; zur «Single Practice Rule» in Konflikt mit Art 31 EWRA, EFTA-GH, E-4/00, *Dr. Johann Brändle*; die Verfahren zum Zivilprozessrecht und dem Diskriminierungsverbot, EFTA-GH, E-10/04, *Paolo Piazza und Paul Schurte AG*; oder die Unvereinbarerklärung von steuerrechtlichen Sondervorschriften mit dem EWR-Beihilfenverbot, EFTA-GH, verb E-4/10, 6/10 und 7/10, *Liechtenstein, REASSUR AG und Swisscom RE AG/EFTA-Überwachungsbehörde*, sowie verb E-17/10 und E-6/11, *Liechtenstein und VTM Fundmanagement AG/EFTA-Überwachungsbehörde*; dazu statt vieler *Hammermann*, Liechtenstein: 25 Jahre EWR-Gerichtsbarkeit, LJZ 1/20, 11 (12 ff, 17).

⁸ Eine solche ist bis dato noch nie an den EFTA-GH herangetragen worden.

⁹ Zu den Verfahren hinsichtlich der Nichterfüllung eines Urteilspruchs siehe *Christiansen*, in: Arnesen/Fredriksen/Graver/Mestad/Vedder (Hrsg), EEA-Commentary (2018) Part III SCA, Art 33 Rn 7 ff.

¹⁰ Vgl. ebenso *Franklin*, in: Arnesen/Fredriksen/Graver/Mestad/Vedder (Hrsg), EEA-Commentary (2018) Part II EEA Agreement, Art 3 Rn 31; *ders*, in: Arnesen/Fredriksen/Graver/Mestad/Vedder (Hrsg), EEA-Commentary (2018) Part III SCA, Art 2 Rn 4.

¹¹ Zur unterschiedlichen Begrifflichkeit des Gutachtenverfahrens siehe auch *Hammermann*, Liechtenstein: 25 Jahre EWR-Gerichtsbarkeit, LJZ 1/20, 11 (Fn 5).

¹² Erstmals in Grundzügen EFTA-GH, E-1/94, *Restamark*, Rn 15; differenziert dann in E-4/09, *Inconsult*, Rn 23; dazu *Baudenbacher*, The EFTA Court: Structure and Tasks, in: *ders* (Hrsg), The Handbook of EEA Law (2015) 139 (153 f); auch *Hammermann*, Liechtenstein: 25 Jahre EWR-Gerichtsbarkeit, LJZ 1/20, 11 (19).

¹³ EFTA-GH, E-4/09, *Inconsult*, Rn 23 f. Eindrücklich generalisiert anhand dieses Verfahrens *Ungerank*, Eine Beschwerdekommision ist (kein Gericht), Jus & News 2010, 151.

¹⁴ EFTA-GH, E-23/13, *Hellenic Capital Market Commission (HCMC)*, Rn 34 und 39, LES 2014, 78. Dabei war vor allem strittig, ob der VGH im vorliegenden Fall eine rechtsprechende oder eine rein administrative Funktion ausübt, siehe *Baudenbacher*, The EFTA Court: Structure and Tasks, in: *ders* (Hrsg), The Handbook of EEA Law (2015) 139 (154).

¹⁵ EFTA-GH, E-9/14, *Otto Kaufmann AG*, LES 2014, 225 Anm *Eberle*.

¹⁶ EFTA-GH, E 3/19, *Gable Insurance in Konkurs*, LES 2020, 57 Anm *Ungerank*.

¹⁷ EFTA-GH, E-11/19, *Adpublisher AG/J*; sowie E-12/19, *Adpublisher AG/K*. Zur Beschwerdekommision siehe Art 78 Abs 3 Verfassung des Fürstentums Liechtenstein (LV) iVm Beschwerdekommisionengesetz vom 25. Oktober 2000, LGBI 2000, Nr 248.

¹⁸ Siehe die Leitentscheidung des StGH, U 7.4.2014, StGH 2013/172, LES 2014, 148 Anm *Ungerank*, in welcher der StGH neben der «Acte-clair-Doktrin» den präjudiziellen Charakter des EWR-Rechtsakts als erforderlich für ein Ersuchen um Gutachtenerstattung festlegt. Liegen diese beiden Voraussetzungen vor, so besteht nach Ansicht des StGH eine Vorlagepflicht. *Ungerank* weist in seiner Anmerkung zur Entscheidung darauf hin, dass

der EFTA-GH mit Nachdruck: *«At the same time, courts against whose decisions there is no judicial remedy under national law will take due account of the fact that they are bound to fulfil their duty of loyalty under Article 3 EEA»*,¹⁹ sowie *«[i]n this regard, it must be kept in mind that when a court or tribunal against whose decisions there is no judicial remedy under national law refuses a motion to refer a case to another court, it cannot be excluded that such a decision may fall foul of the standards of Article 6(1) ECHR»*.²⁰ Das Loyalitätsgebot ist daher sehr umfassend. Offen ist jedoch, ob das EMRK-rechtliche Argument zusätzlich anwendbar ist. Da der EGMR jüngst die unterschiedliche Struktur des EU- und EWR-Gerichtssystems ausführlich darlegte,²¹ scheint es nicht gesichert, dass der EGMR der Ansicht des EFTA-GH zu Art 6 Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) folgen würde.

Im Vorlageverfahren erlässt der EFTA-GH schliesslich zu einer bestimmten Rechtsfrage ein Gutachten, das zwar wiederum formal nicht rechtlich verbindlich ist, jedoch in der Praxis *de facto* massgeblich die Auslegung des EWR-Rechts bestimmt.²² Eine regelmässige Beschäftigung mit der Spruchpraxis des EFTA-GH ist für die juristische Gilde eines EWR-/EFTA-Staates daher unausweichlich.

3. Rechtsprechung 2019

Seit seiner Errichtung 1994 hat der EFTA-GH mehr als 300 Entscheidungen gefällt;²³ durchschnittlich also etwa zwölf pro Jahr. Während 2015 sogar 35 Verfahren eingeleitet und im Jahr 2016 21 Fälle an den EFTA-GH herangetragen wurden, waren es im Jahr 2017 nur 17 und zuletzt 2018 gerade einmal acht Fälle. Im Jahr 2019 verzeichnete der EFTA-GH dafür wieder einen Zuwachs an neuen Fällen. Neben zwölf «Vorabentscheidungsverfahren»

ging ein Rechtsmittelersuchen beim Gerichtshof, in Summe daher 13 Fälle, ein.

Entscheidungen veröffentlichte der EFTA-GH im Jahr 2019 elf, davon vier Gutachten, fünf Urteile in Vertragsverletzungsverfahren und zwei Kostenentscheidungen. Liechtenstein war direkt in zwei Fällen (jeweils Gutachtensverfahren) beteiligt. Wieder beschäftigten sich diese Verfahren mit dem Thema Freizügigkeit und Sozialversicherungsrecht; Materien, in denen Liechtenstein schon mehrmals beim EFTA-GH vorstellig wurde.²⁴ Auf die Entscheidungen aus dem Jahr 2019 soll nun im Einzelnen eingegangen werden.

3.1. Sachleistungen auf Kosten des Versicherungsstaates (E-2/18, C/*Concordia Schweizerische Kranken- und Unfallversicherung AG, Landesvertretung Liechtenstein*)

Der Fall E-2/18, C/*Concordia Schweizerische Kranken- und Unfallversicherung AG, Landesvertretung Liechtenstein*, behandelt die Frage der Übernahme von Sachleistungen. Der Rentner C, ein spanischer Staatsangehöriger, war von 1977 bis 1999 in Liechtenstein tätig und bis Ende Mai 2003 auch in Liechtenstein wohnhaft. Aufgrund einer chronischen psychischen und körperlichen Erkrankung bezieht er eine liechtensteinische Invalidenrente. Er ist in Liechtenstein obligatorisch krankenversichert mit einem Tarif, der eine weltweit freie Arztwahl garantiert. Seit Mitte 2003 hat C seinen Wohnsitz in Spanien. Dort hat er mehrere Jahre Sachleistungen in privaten Kliniken, die nicht dem spanischen Gesundheitssystem unterliegen, bezogen. Diese stationären Aufenthalte wurden von der *Concordia* übernommen. 2017 monierte die *Concordia* jedoch, dass sie diese Leistungen nur mehr in einem Übergangszeitraum erbringe bzw nur, wenn C vorab die Rechnungen beim spanischen Träger eingereicht habe und dieser eine Zahlung verweigert hätte.

Unter Hinweis auf die Verordnung zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (Sozialrechts-Koordinierungs-Verordnung)²⁵ kam der EFTA-GH zu dem Schluss, dass ein Rentner gemäss Art 24 *leg cit* Ansprüche auf Sachleistungen direkt vom zuständigen Träger des EWR-Staates, nach dessen Vorschriften die Rente bezahlt wird, habe, wenn der Träger des Wohnsitzstaates keine derartigen Sachleistungen erbringe. Eine vorgängige Einreichung beim Träger des Wohnsitzstaates sei nicht erforderlich.²⁶

Interessant an diesem Ausspruch des EFTA-GH ist insbesondere, dass er das liechtensteinische System, das grundsätzlich die freie Wahl der konkreten Versicherung im Rahmen der obligatorischen Versicherung zulässt, implizit einem staatlichen Pflichtversicherungssystem

sich somit die Rechtsprechung des StGH deutlich von der norwegischen Auffassung zum Nichtvorliegen einer Vorlagepflicht unterscheidet. Generell zur Vorlagepflicht *Christiansen*, in: Arnesen/Fredriksen/Graver/Mestad/Vedder (Hrsg), EEA-Commentary (2018) Part III SCA, Art 34 Rn 19; *Baudenbacher*, The EFTA Court: Structure and Tasks, in: ders (Hrsg), The Handbook of EEA Law (2015) 139 (156 ff). Anderer Ansicht allerdings *Fredriksen*, Judicial dialogue in the EFTA pillar of the EEA, https://www.liechtenstein-institut.li/Portals/0/docs/Downloads/Blog_Fredriksen_in_full.pdf (zuletzt besucht 5.8.2020), der eine solche Verpflichtung für die Zukunft einfordert.

¹⁹ EFTA-GH, E-18/11, *Irish Bank*, Rn 58.

²⁰ EFTA-GH, E-18/11, *Irish Bank*, Rn 64.

²¹ EGMR, 28.11.2019, Appl No 47341/15, *Konkurrenten.NO AS*, Rn 43. Siehe dazu Pkt 5.

²² Siehe hierzu ausführlich *Baudenbacher*, The EFTA Court: Structure and Tasks, in: ders (Hrsg), The Handbook of EEA Law (2015) 139 (160 ff); auch Hammermann, Liechtenstein: 25 Jahre EWR-Gerichtsbarkeit, LJZ 1/20, 11 mwN; *Christiansen*, in: Arnesen/Fredriksen/Graver/Mestad/Vedder (Hrsg), EEA-Commentary (2018) Part III SCA, Art 34 Rn 28 f. Wiederum eine solche «Befolgungspflicht» verneinend *Fredriksen*, Judicial dialogue in the EFTA pillar of the EEA, https://www.liechtenstein-institut.li/Portals/0/docs/Downloads/Blog_Fredriksen_in_full.pdf (zuletzt besucht 5.8.2020).

²³ EFTA Court Statistics and References to EFTA Court case law (Stand Oktober 2017), https://eftacourt.int/wp-content/uploads/2018/12/Statistics_EFTA_Court_as_of_October_2017__004_.pdf (zuletzt besucht 5.8.2020).

²⁴ Siehe dazu *Hammermann*, Liechtenstein: 25 Jahre EWR-Gerichtsbarkeit, LJZ 1/20, 11 (14, 17 f).

²⁵ Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, ABl 2004 L 166/1. EWRA Anh VI – 1.01.

²⁶ EFTA-GH, E-2/18, C/*Concordia Schweizerische Kranken- und Unfallversicherung AG, Landesvertretung Liechtenstein*, Rn 53 ff, LES 2019, 65.

gleichstellt.²⁷ Ferner führt der EFTA-GH aus, dass es Ziel der Verordnung sei, «*Rentnern, die in einem anderen als dem zuständigen EWR-Staat ansässig sind, Schutz zu gewähren*».²⁸ Insofern ist diese Entscheidung auch Ausdruck des Bekenntnisses zum freien Personenverkehr innerhalb des EWR.

Dieser deutlichen Bejahung der Freizügigkeit der EWR-Bürger wird zudem grosse Bedeutung im norwegischen NAV-Skandal beizumessen sein. Zu diesem kam es, weil die norwegische Agentur für Arbeit und Soziales (NAV) von fast 2'500 Personen Sozialleistungen zurückverlangt hatte, weil sie sich bei Inanspruchnahme der Zuwendungen nicht in Norwegen, sondern im EWR-Ausland aufhielten, obwohl sie rechtmässig Anspruch auf die Leistungen hatten. Neben der Rückforderung wurde vereinzelt sogar eine Gefängnisstrafe (wegen Sozialversicherungs Betrugs) verhängt und zum Teil exekutiert.²⁹ Diese Praxis versties eindeutig gegen die Freizügigkeitsgarantien des EWR, die für die sozialversicherungsrechtliche Absicherung in der Sozialrechts-Koordinierungs-Verordnung EWR-sekundärrechtlich abgebildet sind. Die politische wie rechtliche Aufarbeitung wird Norwegen wohl noch länger beschäftigen. Der EFTA-GH hat mit dem Fall *C/Concordia Schweizerische Kranken- und Unfallversicherung AG, Landesvertretung Liechtenstein* jedenfalls ein deutliches Zeichen gesetzt, das insbesondere für den weiteren Prozess in Norwegen wesentlich sein wird.

3.2. Vorrang der Rechte aus dem EWR-Sekundärrecht (E-2/19, D und E)

Ende des Jahres 2019 erliess der EFTA-GH eine weitere Entscheidung zum Thema Freizügigkeit. Er bestätigte in der Rechtsache E-2/19, *D und E*, seine proaktive und proeuropäische Auffassung in Bezug auf den Nachzug von Familienangehörigen. *D*, eine deutsche Staatsangehörige und Mutter der Minderjährigen *E*, war mit *E* bis Anfang Mai 2018 in Deutschland wohnhaft. Im Mai 2017 heiratete *D* (nach ihrer Scheidung vom Vater von *E*) den türkischen Staatsbürger *F*, der seit 1999 über eine Aufenthaltsbewilligung in Liechtenstein verfügt. *D* erhielt

aufgrund des Ausländergesetzes³⁰ ein Aufenthaltsrecht als Familienangehörige von *F*. Ein Antrag auf Aufenthalt der Tochter *E* wurde abgelehnt, weil *D* kein selbständiges Aufenthaltsrecht zukomme, sondern nur ein von *F* abgeleitetes.³¹ Ein Familiennachzug von *E* sei – so das Ausländer- und Passamt – auch nicht nach der Richtlinie 2004/38/EG (FreizügigkeitsRL)³² möglich, weil *D* keine Rechte aus dieser Richtlinie in Anspruch genommen habe. Ihre Aufenthaltsbewilligung sei nicht auf Grundlage der sektoralen Anpassungen, die für ein Aufenthaltsrecht nach Art 28 EWRA (Arbeitnehmerfreizügigkeit)³³ bzw nach der FreizügigkeitsRL ausschlaggebend sind, erteilt worden, womit ein Familiennachzug nach diesen Bestimmungen nicht in Frage käme.

Der EFTA-GH erteilte dieser Auffassung eine deutliche Absage. Zwar akzeptierte er die Einschränkungen der FreizügigkeitsRL Liechtensteins durch die sektoralen Anpassungen. Die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung ausserhalb dieses Systems dürfe aber nicht dazu führen, dass diese EWR-Staatsbürger bei der Ausübung ihrer EWR-Rechte behindert werden; es dürfe also nicht zu zwei Kategorien von EWR-Bürgern kommen.³⁴ Besonders bemerkenswert ist dabei der Ausspruch des EFTA-GH, dass ein EWR-Bürger die Rechte aus dem EWRA in Anspruch nehmen kann bzw für seine Familienangehörigen ableiten kann, unabhängig davon, ob er selbst zuvor diese Rechte aufgrund des EWRA erhalten hat. Alleine seine Eigenschaft als EWR-Bürger reicht aus.

Der EFTA-GH stärkt damit die Position von EWR-Staatsangehörigen in Bezug auf das Freizügigkeitsrecht und eröffnet ferner die Möglichkeit eines Aufenthaltsrechts in Liechtenstein ausserhalb der jährlichen Quoten der sektoralen Anpassungen (sofern ein familiärer Anknüpfungspunkt vorliegt). Die Entscheidung reiht sich ein in eine Reihe von freizügigkeitsfreundlichen Sprüchen des EFTA-GH³⁵ und liegt daher auch auf der Rechtsprechungslinie des EuGH.

²⁷ EFTA-GH, E-2/18, *C/Concordia Schweizerische Kranken- und Unfallversicherung AG, Landesvertretung Liechtenstein*, Rn 46, LES 2019, 65.

²⁸ EFTA-GH, E-2/18, *C/Concordia Schweizerische Kranken- und Unfallversicherung AG, Landesvertretung Liechtenstein*, Rn 53, LES 2019, 65.

²⁹ Siehe zur medialen Berichterstattung etwa *Hermann*, Ein Justizskandal erschüttert das Vertrauen der Norweger in ihren Sozialstaat, NZZ vom 3. November 2019, <https://www.nzz.ch/international/ein-justizskandal-erschuettert-das-vertrauen-der-norweger-in-ihren-sozialstaat-ld.1519275?reduced=true>; *Strittmatter*, Gerichtlich genehmigter Gesetzesbruch, Süddeutsche Zeitung vom 6. November 2019, <https://www.sueddeutsche.de/politik/norwegen-gerichtlich-genehmigter-gesetzesbruch-1.4667307>; *Koch*, Die Schattenseite des Vertrauens, FAZ vom 19. November 2019, <https://www.faz.net/einspruch/justizskandal-in-norwegen-die-schattenseite-des-vertrauens-16493476.html>. Aus norwegischer Sicht *Graver*, The Impossibility of Upholding the Rule of Law When You Don't Know the Rules of the Law, <https://verfassungsblog.de/the-impossibility-of-upholding-the-rule-of-law-when-you-dont-know-the-rules-of-the-law/> (alle zuletzt besucht 5.8.2020).

³⁰ Gesetz vom 17. September 2008 über die Ausländer (Ausländergesetz; AuG), LGBl 2008 Nr 311.

³¹ Der Familiennachzug nach Art 32 Abs 2 Bst b Ausländergesetz ist nur für gemeinsame ledige Kinder unter 18 Jahren vorgesehen.

³² Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 und zur Aufhebung der Richtlinien 64/221/EWG, 68/360/EWG, 72/194/EWG, 73/148/EWG, 75/34/EWG, 75/35/EWG, 90/364/EWG, 90/365/EWG und 93/96/EWG, ABl 2004 L 158/77. EWRA Anh VIII – 3.01.

³³ Siehe Beschluss des Gemeinsamen EWR-Ausschusses vom 17. Dezember 1999 über die Änderung der Anhänge VIII (Niederlassungsrecht) und V (Freizügigkeit der Arbeitnehmer) des EWR-Abkommens, LGBl 2000 Nr 97.

³⁴ EFTA-GH, E-2/19, *D und E*, Rn 57, LES 2019, 173; dazu auch *Hammermann*, Liechtenstein: 25 Jahre EWR-Gerichtsbarkeit, LJZ 1/20, 11 (15).

³⁵ Dazu passend auch die jüngste Entscheidung des EFTA-GH aus dem Jahr 2020, EFTA-GH, E-4/19, *Campbell*; siehe dazu unter Pkt 8. Zuvor bereits EFTA-GH, E-26/13, *Gunnarsson*, sowie E-28/15, *Jabbi*.

3.3. Zulässigkeit eines zweiten Gutachtens in derselben Sache (E-7/18, *Fosen-Linjen II*)

In E-7/18 beschäftigte sich der EFTA-GH erneut mit einem bekannten Fall. Bereits in E-16/16, *Fosen-Linjen I*, hatte er sich zur Frage geäußert, welche Voraussetzungen die Rechtsmittelrichtlinie³⁶ im Rahmen des öffentlichen Vergabeverfahrens für die Zuerkennung von Schadenersatz an den unterlegenen Bieter vorsieht. Im konkreten ging es um ein Vergabeverfahren hinsichtlich des Betriebs einer Fährverbindung, gegen welches der unterlegene Bieter, *Fosen-Linjen*, erfolgreich vor den nationalen (norwegischen) Gerichten vorging. Das von der staatlichen Vergabebehörde beauftragte Unternehmen AtB zog aufgrunddessen das Vergabeverfahren zurück, erliess daraufhin allerdings weitere Ausschreibungen mit modifizierten Anforderungen, die für *Fosen-Linjen* (subjektiv) nicht erfüllbar waren und *Fosen-Linjen* deshalb kein Gebot abgegeben hatte. *Fosen-Linjen* begehrte sodann Schadenersatz vor den nationalen Gerichten, die die Klage zunächst abwiesen.

In der Folge wurde jedoch der EFTA-GH befasst, der die Frage in *Fosen-Linjen I* in der Form beantwortete, dass ein einfacher Verstoss gegen die Rechtsvorschriften des öffentlichen Auftragswesens für sich genommen ausreichend sein kann, um die Haftung einer Vergabebehörde für den Ausgleich des eingetretenen Schadens eines Geschädigten zu begründen. Das vorliegende nationale Gericht thematisierte in seinem darauffolgenden Urteil eine Divergenz zur Rechtsprechung des EuGH, der für die Zuerkennung von Schadenersatz im Umfang des entgangenen Gewinns zumindest einen substantiierten Verstoss verlange.³⁷ Folgend sah das vorliegende Gericht keinen derartigen Rechtsverstoss und wies die Klage von *Fosen-Linjen* neuerlich ab. Im Zuge der gegen dieses Urteil erhobenen Beschwerde vor dem Supreme Court von Norwegen legte dieser dem EFTA-GH noch einmal vor und konkretisierte die Fragestellung in Bezug auf die Qualifikation des Verstosses für den Ersatz des entgangenen Gewinns. Insbesondere wurde darauf verwiesen, dass die Antwort des EFTA-GH in *Fosen-Linjen I* widersprüchlich zur Rechtsprechung des EuGH sei. Mit anderen Worten legte der norwegische Supreme Court dem EFTA-GH nahe, seine Rechtsprechung zu überdenken.

Grundsätzlich sind bei diesem Verfahren nunmehr zwei Aspekte zu unterscheiden: 1) ein prozeduraler zur Zulässigkeit einer zweiten Vorlage im selben Ausgangsverfahren und 2) ein materieller hinsichtlich der Frage nach der Entschädigung für den entgangenen Gewinn.

Mehr als die inhaltliche Rechtsfrage ist wohl der Umgang des EFTA-GH mit der erneuten Vorlage interessant und für das Verhältnis der nationalen Gerichte zum EFTA-GH und die Anerkennung des EFTA-GH sowie seiner Rechtsprechung im Vergleich zum EuGH entscheidend. Hier agierte der EFTA-GH durchdacht und begrüßte die zweite Vorlagefrage als Chance, eine offensichtlich un-

klare rechtliche Situation auflösen zu können. Vielmehr noch, so der Gerichtshof, sei es sogar zulässig, mit einer Vorlage an den EFTA-GH ein früheres Urteil «anzufechten».³⁸ Da die Vorlagefragen im konkreten Fall nicht ident seien, käme ein einfacher Beschluss (Art 97 Abs 3 EFTA-Verfahrensordnung³⁹), in dem auf die frühere Rechtsprechung verwiesen werde, nicht in Betracht, sondern gehe der EFTA-GH auf die Vorlagefragen auch inhaltlich in Form einer gutachterlichen Stellungnahme ein.

Dabei stellte er in Bezug auf sein früheres Urteil klar, dass nicht jeder Verstoss gegen die Rechtsvorschriften des öffentlichen Auftragswesens für sich allein für die Zuerkennung des entgangenen Gewinns ausreicht.⁴⁰

Bemerkenswert ist, dass der EFTA-GH die erneute Vorlagefrage annimmt, seine Judikatur überdenkt und in Anlehnung an den EuGH modifiziert. «Im Dienste der Homogenität zwischen EU- und EFTA-Säule», sagen die einen. Er stärke damit seine Position im EWR-/EFTA-System und präsentiere sich als diskussionsbereiter Partner der nationalen Gerichte.⁴¹ «Eine nicht notwendige Korrektur rein zugunsten des norwegischen Staates», sagen die anderen.⁴² Es bleibt abzuwarten, welche Sichtweise sich bewahrheitet. Ziel sollte es jedenfalls sein, den EWR zu stärken und den EFTA-GH als kompetenten Partner im gerichtlichen Diskurs mit dem EuGH und vor allem den nationalen EWR-/EFTA-Gerichten zu etablieren.

3.4. Auslegung des Begriffs «unlautere Geschäftspraktiken» (E-1/19, *Andreas Gyrrre/Norwegen*)

Die Vorlagefrage des norwegischen Berufungsgerichts *Bogarting* betraf die Auslegung der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken⁴³. Konkret ging es darum, dass dem Antragsteller *Andreas Gyrrre* ein Bussgeld von 200'000 NOK auferlegt wurde, weil er unberechtigterweise Tickets für die Olympischen Spiele 2012 in London weiterverkauft hatte, obwohl Tickets nur von legitimierten Verkaufsstellen ausgestellt werden durften und eine Weiterveräußerung nach britischem Recht un-

³⁸ EFTA-GH, E-7/18, *Fosen-Linjen II*, Rn 48 f.

³⁹ EFTA-GH, Rules of Procedure, <https://eftacourt.int/the-court/rules-of-procedure/?wpdmdl=2688&ind=1544719640448> (zuletzt besucht 5.8.2020).

⁴⁰ EFTA-GH, E-7/18, *Fosen-Linjen II*, Rn 48 f. In Rn 117 verwies er insbesondere auf die Voraussetzungen der Staatshaftung als Referenzrahmen: 1) die verletzte Rechtsvorschrift muss Individualrechte verleihen, 2) der Verstoss muss hinreichend qualifiziert sein und 3) es hat ein unmittelbarer Kausalzusammenhang vorzuliegen.

⁴¹ Etwa *Fredriksen*, Judicial dialogue in the EFTA pillar of the EEA, https://www.liechtenstein-institut.li/Portals/0/docs/Downloads/Blog_Fredriksen_in_full.pdf (zuletzt besucht 5.8.2020).

⁴² Eindrücklich *Baudenbacher*, Wie robust ist der EWR?, LJZ 2/20, 130 (133 f).

⁴³ Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG des Rates, der Richtlinien 97/7/EG, 98/27/EG und 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates (Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken), ABl 2005 L 149/22. EWRA Anh XVI – 5.01.

³⁶ Richtlinie 89/665/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge, ABl 1989 L 395/33. EWRA Anh XVI – 5.01.

³⁷ EFTA-GH, E-7/18, *Fosen-Linjen II*, Rn 32.

tersagt war. Es stellte sich die Frage, ob eine unlautere Geschäftspraktik nach dem Anhang I Ziff 9 der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken («Behauptung oder anderweitige Herbeiführung des Eindrucks, ein Produkt könne rechtmässig verkauft werden, obgleich dies nicht der Fall ist») vorliegt. Der EFTA-GH bejahte dies. Der Antragsteller habe es unterlassen, auf die Beschränkungen in Bezug auf den Wiederverkauf hinzuweisen, was den Eindruck eines rechtmässigen Verkaufs erwecke.⁴⁴ Zur Rechtswidrigkeit führte der EFTA-GH aus, dass diese zum Zeitpunkt des Verkaufs (somit der rechtsgeschäftlichen Entscheidung des Verbrauchers) zu beurteilen sei. Zudem sei es irrelevant, ob sie sich aus der Rechtsvorschrift des Staates des Verkaufs oder jener des Staates der Erfüllung ergebe.⁴⁵ Jede andere Auslegung würde dem Zweck der Richtlinie, ein reibungsloses Funktionieren des Binnenmarktes sowie ein hohes Verbraucherschutzniveau zu erreichen, zuwiderlaufen. In seiner Begründung verwies der EFTA-GH an mehreren Stellen auf die Rechtsprechung des EuGH und folgte dessen verbraucherfreundlicher Linie.

3.5. Wirkung von Unionsrecht in den EWR-/EFTA-Staaten – Monistische vs dualistische EWR-/EFTA-Staaten (E-3/18, E-4/18, E-5/18, E-6/18, EFTA-Überwachungsbehörde/Island)

In einer Reihe von Vertragsverletzungsverfahren der EFTA-Überwachungsbehörde gegen Island wurde zum wiederholten Male die unterschiedliche Verfassungsstruktur der EWR-/EFTA-Staaten deutlich. Grundsätzlich sind Rechtsakte der EU nach Art 102 EWRA durch Beschluss des Gemeinsamen EWR-Ausschusses in das EWRA – konkret in dessen Anhang – zu übernehmen. In der Regel steht dafür eine Sechs-Monats-Frist zur Verfügung, in der gegebenenfalls auch die verfassungsrechtlichen Anforderungen in den EWR-/EFTA-Staaten zu erfüllen sind (Art 103 EWRA). Im Gegensatz zur EU fehlt den übernommenen Rechtsakten zwar die direkte Wirkung, sie sind aber im EWR verbindlich und nach Art 7 EWRA (rechtstypspezifisch) in das jeweilige nationale Recht zu übernehmen.

In diesen Verfahren weist der EFTA-GH wiederholt darauf hin, dass aufgrund der fehlenden direkten Wirkung eine zeitnahe Umsetzung bzw Transformation von EWR-Recht in nationales Recht essentiell ist, um das einwandfreie Funktionieren des EWRA zu gewährleisten.⁴⁶ Art 7 EWRA schreibt demgemäss die grundsätzliche Verbindlichkeit der EWR-Rechtsakte vor und dient folglich der Homogenität im EWR. EU-Rechtsakte sollen im Ergebnis in den EWR-/EFTA-Staaten die gleichen Wirkungen erzeugen.⁴⁷ Im Detail gliedert sich Art 7 EWRA in lit a «Verordnungen» und in lit b «Richtlinien». Richtlinien

sind – wie auch in der EU – in das nationale Recht umzusetzen; Form und Mittel der Umsetzung sind jedoch dem jeweiligen Staat überlassen. Der EFTA-GH betont hier «lediglich» eine Ergebnisverpflichtung.⁴⁸

Verordnungen besitzen jedoch einen anderen Charakter. Sie sollen nach Art 7 lit a EWRA «as such be made part of the internal legal order of the Contracting Parties». Im Gegensatz zur Ansicht des EuGH in den Rs *Grossbritannien & Nordirland/Rat der EU* und *Fonnsbip*⁴⁹ bedeutet dies nicht, dass Verordnungen nach Übernahme in das EWRA direkte Wirkung in allen EWR-/EFTA-Staaten zukommt.⁵⁰ Gerade in den dualistisch geprägten EWR-/EFTA-Staaten Norwegen und Island ist eine zusätzliche «Umsetzungsanordnung» auch für EWR-Verordnungen erforderlich. Hingegen sind Verordnungen in Liechtenstein mit seinem monistischen Ansatz direkt anwendbar, sofern sie in das EWRA übernommen wurden. Die Situation entspricht daher jener der EU-Mitgliedstaaten nach Art 288 UAbs 2 AEUV.⁵¹

Insofern wird der Unterschied zwischen den EWR-/EFTA-Staaten mit dualistischem System (Island und Norwegen) sowie Liechtenstein als völkerrechtlich monistisch geprägtem Staat offenbar. Während gerade Island in den letzten Jahren auf eine lange Liste an Klagen wegen verspäteter oder nicht umgesetzter EU-Rechtsakte (auch Verordnungen) zurückblicken kann (in Summe rund 60 Verfahren),⁵² verzeichnet Liechtenstein gerade einmal 16 (alle in Bezug auf Richtlinien).

Der Vollständigkeit halber ist in Bezug auf die unterschiedenen Vertragsverletzungsverfahren gegen Island

⁴⁸ EFTA-GH, E-5/18, *EFTA-Überwachungsbehörde/Island*, Rn 22; E-6/18, *EFTA-Überwachungsbehörde/Island*, Rn 17.

⁴⁹ «Insbesondere sieht Art 7 Buchst. a des EWR-Abkommens in Bezug auf eine Verordnung der Union ausdrücklich vor, dass ein derartiger Rechtsakt «als solcher» in das innerstaatliche Recht der Vertragsparteien übernommen wird, d. h. ohne dass es hierzu einer Umsetzungsmassnahme bedarf», so EuGH, Rs C-431/11, *Grossbritannien & Nordirland/Rat der EU*, ECLI:EU:C:2013:589, Rn 54; ähnlich Rs C-83/13, *Fonnsbip*, ECLI:EU:C:2014:2053, Rn 24.

⁵⁰ *Dystland/Finstad/Sørebø*, in: Arnesen/Fredriksen/Graver/Mestad/Vedder (Hrsg), EEA-Commentary (2018) Part II EEA Agreement, Art 7 Rn 12, verweisen insbesondere darauf, dass das EWRA im Gegensatz zur EU-Rechtsordnung keine legislativen Befugnisse überträgt und daher die (legislative) Homogenität im EWR in den EWR-/EFTA-Staaten durch nationale Verfahren sichergestellt werden muss.

⁵¹ Vgl. *Dystland/Finstad/Sørebø*, in: Arnesen/Fredriksen/Graver/Mestad/Vedder (Hrsg), EEA-Commentary (2018) Part II EEA Agreement, Art 7 Rn 11 ff. Zur Unterscheidung *Bull*, «Shall be Made Part of the Internal Legal Order»: The Legislative Approach, in: EFTA Court (Hrsg), *The EEA and the EFTA Court – Decentred Integration* (2014) 203 (206), der unter anderem auch auf den Einleitungssatz von Art 7 EWRA hinweist, der diese systematische Divergenz bereits berücksichtigt: «Rechtsakte, [...] sind für die Vertragsparteien verbindlich und Teil des innerstaatlichen Rechts oder in innerstaatliches Recht umzusetzen» (Hervorhebung durch die Autorin).

⁵² Siehe alleine in den letzten zwei Jahren die Fälle jeweils *EFTA-Überwachungsbehörde/Island*: E-6/18; E-5/18; E-4/18; E-3/18; E-17/17; E-16/17; E-7/17; E-18/16; E-17/16; E-14/16. Es geht in der Regel aber immer um das zeitliche Element, nicht um eine inhaltlich mangelhafte Umsetzung, vgl. auch *Helgadóttir/Einarsdóttir*, in: Arnesen/Fredriksen/Graver/Mestad/Vedder (Hrsg), EEA-Commentary (2018) Part I, Island and the EEA, Rn 44.

⁴⁴ EFTA-GH, E-1/19, *Andreas Gyrrre*, Rn 73 ff.

⁴⁵ EFTA-GH, E-1/19, *Andreas Gyrrre*, Rn 80 f.

⁴⁶ EFTA-GH, E-3/18, *EFTA-Überwachungsbehörde/Island*, Rn 22; E-4/18, *EFTA-Überwachungsbehörde/Island*, Rn 22; E-5/18, *EFTA-Überwachungsbehörde/Island*, Rn 22; E-6/18, *EFTA-Überwachungsbehörde/Island*, Rn 17.

⁴⁷ Vgl. *Dystland/Finstad/Sørebø*, in: Arnesen/Fredriksen/Graver/Mestad/Vedder (Hrsg), EEA-Commentary (2018) Part II EEA Agreement, Art 7 Rn 1 ff.

hinzuweisen, dass es inhaltlich in drei dieser Fälle um Rechtsakte ging, die ein spezielles Beschwerdeverfahren (etwa alternative Streitbeilegungsmechanismen) für Konsumenten vorsehen (E-3/18 hinsichtlich der Durchführungsverordnung (EU) 2015/1051 zur Verordnung (EU) Nr 524/2013⁵³; E-4/18 hinsichtlich der Verordnung (EU) Nr 524/2013⁵⁴; sowie E-5/18 in Bezug auf die Richtlinie 2013/11/EU⁵⁵). Liechtenstein hat insbesondere letztere Richtlinie im Alternative-Streit-Beilegungs-Gesetz⁵⁶ umgesetzt. Der vierte Fall (E-6/18) betraf die Richtlinie 2014/52/EU⁵⁷, welche zahlreiche Änderungen der UVP-Richtlinie aus 2011 beinhaltet.⁵⁸ Hinsichtlich dieser Richtlinie haben lediglich Island und Liechtenstein ein nationales verfassungsrechtliches Genehmigungsverfahren angemeldet. Beide wurden Ende 2015 erfüllt. Der Beschluss des Gemeinsamen Ausschusses trat sodann am 1. Januar 2016 in Kraft. Umsetzungsdatum für den EWR war der 16. Mai 2017. Liechtenstein hat in der Folge das UVPG angepasst.⁵⁹

Betrachtet man nun die nackten Zahlen, so beschleicht einen der Eindruck, dass Island die Umsetzung von EWR-Recht nicht unbedingt ambitioniert verfolgt. Ein Grund – neben verschiedenen administrativen Hürden⁶⁰ – könnte das Fehlen einer finanziellen Sanktion bei Untätigkeit des nationalen Gesetzgebers sein. Zwar sind Urteile des EFTA-GH nach Art 33 ÜGA zu befolgen und alle erforderlichen Massnahmen zu deren Umsetzung vorzunehmen. Die Möglichkeit der Verhängung von Zwangsgeld oder eines Pauschalbetrags, wie sie dem EuGH nach

Art 260 AEUV zusteht, besitzt der EFTA-GH aber nicht. Insbesondere fehlt ein Pendant zu Art 260 Abs 3 AEUV, im Rahmen dessen die Europäische Kommission bereits bei Erhebung einer Klage gegen einen Mitgliedstaat die Verhängung eines Zwangsgeldes oder Pauschalbetrags begehren kann, wenn der betreffende Mitgliedstaat unterlassen hat, Massnahmen zur Umsetzung einer Richtlinie mitzuteilen.⁶¹ Obwohl der EFTA-GH – richtigerweise – festgehalten hat, dass trotz der fehlenden finanziellen Sanktionsbefugnis seine Urteile ebenso zu befolgen sind wie jene des EuGH,⁶² wäre ein dem EU-Recht nachgebildetes Verfahren auch für den EFTA-GH überlegenswert. Allerdings könnte sich eine derartige Sanktionierung als Bumerang erweisen, denn die betreffenden EWR-/EFTA-Staaten könnten ihren «Widerstand» zeitlich auf das EWR-Übernahmeverfahren vorverlagern, was der Homogenität letztlich mehr schaden würde als eine etwas lasche Umsetzungspolitik in manchen EWR-/EFTA-Staaten.⁶³

3.6. Grenzen des Gleichbehandlungsgebots (E-1/18, EFTA-Überwachungsbehörde/Norwegen)

In einem weiteren Vertragsverletzungsverfahren beanstandete die EFTA-Überwachungsbehörde eine Bestimmung des norwegischen Versicherungsrechts, die eine Sozialleistung aufgrund der Geburt eines Kindes in Bezug auf Männer und Frauen unterschiedlich regelte. Die EFTA-Überwachungsbehörde beanstandete einen Verstoß gegen die Gleichbehandlungs-Richtlinie 2006/54/EG⁶⁴. Der EFTA-GH hielt zwar fest, dass die Gewährung von Elternurlaub diskriminierungsfrei zu erfolgen habe (mit Ausnahme der speziellen Schutzfrist für Mütter rund um die Geburt). Die Zuerkennung von sozialen – iSv finanziellen – Leistungen im Zusammenhang mit dem Elternurlaub stehe jedoch im Ermessen der EWR-/EFTA-Staaten. Dies stelle keine «Beschäftigungs- und Arbeitsbedingung» nach Art 14 Abs 1 lit c der Gleichbehandlungs-Richtlinie dar und falle daher nicht in deren Anwendungsbereich. Norwegen habe infolgedessen mit seiner differenzierenden Regelung nicht gegen EWR-Recht verstossen.⁶⁵ Der EFTA-GH hat in diesem Fall dem

⁵³ Durchführungsverordnung (EU) 2015/1051 der Kommission vom 1. Juli 2015 über die Modalitäten für die Ausübung der Funktionen der Plattform zur Online-Streitbeilegung, über die Modalitäten des elektronischen Beschwerdeformulars und die Modalitäten der Zusammenarbeit der Kontaktstellen gemäss der Verordnung (EU) Nr. 524/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates über die Online-Beilegung verbraucherrechtlicher Streitigkeiten, ABl 2015 L 171/1. EWRA Anh XIX -7ja.01.

⁵⁴ Verordnung (EU) Nr 524/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Mai 2013 über die Online-Beilegung verbraucherrechtlicher Streitigkeiten und zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 und der Richtlinie 2009/22/EG (Verordnung über Online-Streitbeilegung in Verbraucherangelegenheiten), ABl 2013 L 165/1. EWRA Anh XIX – 7j.01.

⁵⁵ Richtlinie 2013/11/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Mai 2013 über die alternative Beilegung verbraucherrechtlicher Streitigkeiten und zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 und der Richtlinie 2009/22/EG (Richtlinie über alternative Streitbeilegung in Verbraucherangelegenheiten), ABl 2013 L 165/63, EWRA Anh XIX – 7k.01.

⁵⁶ Gesetz vom 4. November 2016 über alternative Streitbeilegung in Konsumentenangelegenheiten (Alternative-Streitbeilegung-Gesetz; AStG), LGBl 2016 Nr 516.

⁵⁷ Richtlinie 2014/52/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. April 2014 zur Änderung der Richtlinie 2011/92/EU über die Umweltverträglichkeitsprüfung bei bestimmten öffentlichen und privaten Projekten, ABl 2014 L 124/1. EWRA Anh XX – 1a.02.

⁵⁸ EFTA-GH, E-6/18, *EFTA-Überwachungsbehörde/Island*.

⁵⁹ Gesetz vom 5. Dezember 2013 über die Umweltverträglichkeitsprüfung (UVPG), LGBl 2014 Nr 19, geändert in Bezug auf die Richtlinie 2014/52/EU, LGBl 2017 Nr 45. Siehe dazu BuA Nr 2016/118.

⁶⁰ Vgl. *Helgadóttir/Einarsdóttir*, in: Arnesen/Fredriksen/Graver/Mestad/Vedder (Hrsg.), EEA-Commentary (2018) Part I, Island and the EEA, Rn 42 ff.

⁶¹ Siehe dazu jüngst EuGH, Rs C-543/17, *Kommission/Belgien*, ECLI:EU:C:2019:573. Dazu *Epiney*, Die Rechtsprechung des EuGH im Jahr 2019, NVwZ 2020, 995 (1002); *Gundel*, Die Reichweite des abgekürzten Sanktionsverfahrens nach Art. 260 Abs. 3 AEUV, EuK 2020, 332.

⁶² EFTA-GH, E-19/14, *EFTA-Überwachungsbehörde/Norwegen*, Rn 41.

⁶³ Viel kritischer in Bezug auf Norwegen und den (offensichtlich) dort zum Teil vertretenen RFM (room for manoeuvre)-Ansatz *Baudenbacher*, Wie robust ist der EWR?, LJZ 2/20, 130. Demgegenüber *Fredriksen*, The Rule of Law in a European Economic Area with National «Room for Manoeuvre», <https://verfassungsblog.de/the-rule-of-law-in-a-european-economic-area-with-national-room-for-manoeuvre/> (zuletzt besucht 5.8.2020).

⁶⁴ Richtlinie 2006/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juli 2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen (Neufassung), ABl 2006 L 204/23. EWRA Anh XVIII – 21b.01.

⁶⁵ EFTA-GH, E-1/18, *EFTA-Überwachungsbehörde/Norwegen*, Rn 68 und 71 f.

prinzipiell weit auszulegenden Gleichbehandlungsgebot Grenzen aufgezeigt.

3.7. Freie Würdigung von Anwaltskosten (E-1/17 Costs I, *Nettbuss AS/Konkurrenten.NO AS*, und E-1/17 Costs II, *The Country of August-Agder/Konkurrenten.NO AS*)

In zwei Fällen hatte der EFTA-GH im Nachgang an das Hauptverfahren Streitigkeiten in Bezug auf die jeweiligen Verfahrenskosten zu entscheiden (E-1/17 Costs I und Costs II). Der Gerichtshof bestätigte seine bisherige Rechtsprechung hinsichtlich seiner Befugnis, die einzelnen erstattungsfähigen Kosten nach eigener Überzeugung festzusetzen, wobei er die Fakten des Falles, den Zweck und die Art des Verfahrens, die Bedeutung im Hinblick auf das EWR-Recht, die Schwierigkeiten des Falles, den angefallenen Arbeitsaufwand der Rechtsvertreter sowie die finanziellen Interessen der Parteien zu berücksichtigen habe.⁶⁶ Ähnlich den früheren Kostenentscheidungen prüfte der EFTA-GH die eingebrachten Kosten (im vorliegenden Fall reine Anwaltskosten) eingehend. Er bejahte den grundsätzlichen Anspruch der Antragsteller, reduzierte jedoch in beiden Fällen den Umfang und sprach zudem Verzugszinsen zu.

Vor allem in E-1/17 Costs I prüfte der EFTA-GH ebenso die Höhe des anwaltlichen Stundensatzes.⁶⁷ Er akzeptierte den geforderten Stundensatz für einen erfahrenen Anwalt als gerechtfertigt. Auch wenn er im vorliegenden Verfahren nicht auf die landestypischen Sätze einging, scheint es angebracht, im Bedarfsfall auf die üblichen Vergütungen im jeweiligen EWR-/EFTA-Staat Bedacht zu nehmen.⁶⁸

4. Zwischenresümee

In den elf im Jahr 2019 geschlossenen Verfahren fällt der EFTA-GH fünf materiell-rechtliche Entscheidungen. Im Grossen und Ganzen bestätigte er dabei seine bisherige EWR-freundliche Judikaturlinie. Dies trifft insbesondere auf seine Sichtweise zur Freizügigkeit (und deren Implikationen auf die sozialversicherungsrechtliche Zuordnung) zu. Herauszustreichen ist ebenfalls, dass der Gerichtshof in einem Verfahren seine vorherige Rechtsprechung mit Blick auf die Judikatur des EuGH revidierte (*Fosen-Linjen II*). Für Liechtenstein besonders relevant ist die Aussage des EFTA-GH zum Vorrang der EWR-rechtlichen Rechtsposition sogar in jenen Regelungsbereichen, für die Liechtenstein Ausnahmebestimmungen zustehen (*D und E*).

5. Das EFTA-Gerichtssystem ist EMRK-konform

⁶⁶ Vgl etwa EFTA-GH, E-14/10 Costs, *Konkurrenten I*, Rn 26; E-7/12 Costs, *DB Schenker*, Rn 86.

⁶⁷ In E-1/17 Costs II wurde diese nicht bestritten.

⁶⁸ Auch in EFTA-GH, E-7/12 Costs, *DB Schenker*, Rn 94, erachtete der Gerichtshof den Stundensatz als nachvollziehbar. Das Verfahren betraf allerdings wiederum einen norwegischen Fall. In E-9/04 Costs, *Europäischer Bankenverband/EFTA-Überwachungsbehörde*, Rn 22, deckelte der EFTA-GH die Kostensätze, sprach aber implizit aus, dass im Einzelfall grundsätzlich ein höheres Entgelt denkbar sei. Betreffend Liechtenstein gab es bisher noch keine Kostenstreitigkeiten vor dem EFTA-GH.

Neben der EFTA-GH-Rechtsprechung gibt es auch auf Ebene des Europarates/des EGMR eine für den EWR beachtliche Entscheidung betreffend den Fall *Konkurrenten*. Der den beiden oben besprochenen Kostenentscheidungen (E-1/17 Costs I und Costs II) zugrundeliegende Beihilfensachverhalt war bereits mehrfach Gegenstand von Verfahren vor dem EFTA-GH⁶⁹ und beschäftigte diesen in allen möglichen Facetten. Hervorzuheben an dieser Stelle ist jedoch die Entscheidung eines anderen Gerichtshofes, nämlich des EGMR.

Nachdem der EFTA-GH den Antrag des norwegischen Transportunternehmens *Konkurrenten* als unzulässig zurückgewiesen hatte (E-19/13, *Konkurrenten II*), beschwerte sich dieser beim EGMR in Strassburg wegen Verletzung seines Rechts auf Zugang zu einem Gericht und einer begründeten Entscheidung gemäss Art 6 EMRK. Der Beschwerdeführer argumentierte insbesondere die Verantwortlichkeit Norwegens, weil Norwegen zum einen aktiv am Verfahren vor dem EFTA-GH beteiligt war und zum anderen durch den Abschluss des EWRA und des ÜGA Teile seiner Rechtsprechungssouveränität an eine internationale Organisation übertragen habe. Da das Verfahren vor dem EFTA-GH nach Ansicht des Beschwerdeführers gegen Art 6 EMRK versties, habe Norwegen die Verantwortung zu tragen und Kompensation zu leisten. Der EGMR befand am 28. November 2019, dass keine Verletzung von Art 6 EMRK (Recht auf ein faires Verfahren) vorlag.

Der EGMR verwarf die Beschwerde und streute in der Begründung dem EFTA-GH Rosen, indem er unter anderem festhielt, dass die Beteiligung Norwegens nach den standardmässigen Verfahrensvorschriften keine Verantwortungszuweisung begründen könne, denn der EFTA-GH entscheide – egal ob Norwegens Vorbringen überzeuge oder nicht – unabhängig und damit in eigener Verantwortung: *«The EFTA Court is a judicial body, deciding cases on a legal basis, independently and impartially.»*⁷⁰

Hinsichtlich der vorgebrachten strukturellen Mängel des EFTA-Gerichtssystems verwies der EGMR zuerst auf seine viel beachtete *Bosphorus*-Rechtsprechung, wonach Staaten bei der Übertragung von Hoheitsrechten auf eine internationale Organisation zwar grundsätzlich verantwortlich in Bezug auf die Einhaltung der EMRK bleiben. Solange die internationale Organisation aber einen der EMRK vergleichbaren Grundrechtsschutz gewähre, werde vermutet, dass der betreffende Staat seinen Konventionspflichten nachgekommen sei, wenn er Tätigkeiten resultierend aus seiner Mitgliedschaft in der internationalen Organisation vornähme. Diese Vermutung könne im Einzelfall widerlegt werden, wenn der Schutz der Konventionsrechte offensichtlich unzureichend (*«manifestly deficient»*) sei. Gleichzeitig statuierte der EGMR jedoch, dass diese – für die EU aufgestellte – Vermutung im Bereich des EWR-Rechts nicht anwendbar sei, weil dem EWR-Recht zum einen keine direkte Wirkung und kein Vorrang vor nationalem Recht zukomme

⁶⁹ Siehe etwa EFTA-GH, E-14/10, *Konkurrenten I*; E-19/13, *Konkurrenten II*; E-1/17, *Konkurrenten III*.

⁷⁰ EGMR, 28.11.2019, Appl No 47341/15, *Konkurrenten.NO AS*, Rn 41.

und zum anderen das EWRA keinen Grundrechtskatalog beinhalte.⁷¹ Nichtsdestotrotz attestierte er dem EWR-Gerichtssystem Grundrechtskonformität und betonte, dass der vorliegende Fall keinerlei Defizite dieses Systems dargelegt habe.⁷² Der EFTA-GH hat folglich international auch den EGMR mit seiner Arbeit überzeugt.

6. EuGH bestätigt die «besondere Beziehung» der EWR-/EFTA-Staaten zur EU

Zwar eigentlich im Jahr 2020 und daher ausserhalb des Betrachtungszeitraums dieses Beitrags ergangen, aber aufgrund seiner Wichtigkeit dennoch zu behandeln, ist das Urteil des EuGH in der Rs *I.N.*⁷³ Der Fall betraf ein russisches Auslieferungsersuchen an die kroatischen Behörden betreffend *I.N.*, der die russische und die isländische Staatsangehörigkeit besitzt und als Tourist in Kroatien wegen mehrerer Straftaten der Bestechlichkeit verhaftet wurde. Vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des EuGH in der Rs *Petrubbin*⁷⁴ ersuchte Kroatien im Endeffekt um Klärung der Frage, ob *I.N.* als isländischer Staatsbürger und damit Staatsbürger eines EWR-/EFTA-Staates, der dem Schengen-Raum angehört, gleich zu behandeln sei wie ein Unionsbürger. Als konkrete Norm zog das kroatische Gericht das Diskriminierungsverbot des Art 18 AEUV heran.

Bezugnehmend auf die privilegierten Beziehungen Islands zur EU aufgrund des EWRA und des Schengen-Übereinkommens⁷⁵ sowie wegen Islands Beteiligung am Gemeinsamen Europäischen Asylsystem⁷⁶ und dem Übereinkommen über das Übergabeverfahren⁷⁷ formu-

lierte der EuGH die Vorlagefrage dahingehend um, ob *I.N.* in Hinblick auf diese Verträge einem Unionsbürger gleichzustellen sei.⁷⁸ Durchaus eine Frage, die politische Brisanz in sich trägt.

In seinen Ausführungen stellte der EuGH zunächst klar, dass internationale Übereinkünfte einen festen Bestandteil der EU-Rechtsordnung bilden würden und somit Fälle, die in deren Anwendungsbereich fallen, wie zB in den Anwendungsbereich des EWRA, grundsätzlich als unionsrechtlich geregelte Fallgestaltungen anzusehen seien.⁷⁹ Daher sei es auch Sache des EuGH über die einheitliche Auslegung im EWR zu wachen.⁸⁰ Dadurch, dass *I.N.* als Tourist und folglich im Rahmen der passiven Dienstleistungsfreiheit des Art 36 EWRA nach Kroatien einreiste (wo er dann festgenommen wurde), sei der Anwendungsbereich des EWRA und des Unionsrechts eröffnet und in weiterer Folge die Dienstleistungsfreiheit des Art 36 EWRA beeinträchtigt. Sodann prüfte der EuGH eine etwaige Rechtfertigung dieses Eingriffs und rekurrierte dabei insbesondere auf Art 19 der Charta der Grundrechte der EU (GRC).⁸¹

Erstaunlich an dieser Entscheidung ist die Selbstverständlichkeit, mit der der EuGH eine Gleichbehandlung annimmt. Er verweist insbesondere auf die «privilegierte[n] Beziehungen zur Union, die über den Rahmen einer wirtschaftlichen und handelspolitischen Zusammenarbeit hinausgehen».⁸² Zwar ist die justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen nicht durch das EWRA abgedeckt, jedoch nimmt Island über andere Verträge daran teil. Unabhängig vom einzelnen «Integrationsakt» und «Integrationslevel» betrachtet der EuGH alle diese separaten Verträge als ein Konvolut und schliesst demfolgend auf die gebotene gleiche Behandlung von isländischen Staatsbürgern und Unionsbürgern. Zudem zog er ohne nähere Begründung die Rechte aus der GRC heran, deren Anwendbarkeit im EWR er nicht gesondert thematisierte.⁸³

Die – vor allem für Liechtenstein – spannende Frage lautet, welche Puzzleteile iSv Verträgen für diesen holistischen Ansatz ausreichen. Denn Liechtenstein hat kein Übereinkommen über das Übergabeverfahren mit der EU abgeschlossen. Wohl hat sich Liechtenstein im Rahmen des Schengen-Besitzstandes zur Anwendung

⁷¹ EGMR, 28.11.2019, Appl No 47341/15, *Konkurrenten.NO AS*, Rn 43; obwohl der EGMR sehr wohl die Rechtsprechung des EFTA-GH zur Anwendung der Grundrechte im EWR-Recht anerkannte – Verweis auf EFTA-GH, E-28/15, *Jabbi*, Rn 81.

⁷² EGMR, 28.11.2019, Appl No 47341/15, *Konkurrenten.NO AS*, Rn 48.

⁷³ EuGH, Rs C-897/19 PPU, *I.N.*, ECLI:EU:C:2020:262.

⁷⁴ EuGH, Rs C-182/15, *Petrubbin*, ECLI:EU:C:2016:630. Darin sprach der EuGH aus, dass im Fall eines Auslieferungsersuchens eines Drittstaats hinsichtlich eines Unionsbürgers aus einem anderen Mitgliedstaat der ersuchte Mitgliedstaat vorab verpflichtet ist, den Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit der Unionsbürger besitzt, zu informieren und ihm gegebenenfalls auf dessen Ersuchen den Unionsbürger im Zuge eines Europäischen Haftbefehls zu übergeben, sofern der Mitgliedstaat des betreffenden Unionsbürgers nach seinem nationalen Recht ausländische Straftaten «seiner Staatsangehörigen» innerstaatlich ahnden kann.

⁷⁵ Übereinkommen vom 18. Mai 1999 zwischen dem Rat der Europäischen Union sowie der Republik Island und dem Königreich Norwegen über die Assoziierung der beiden letztgenannten Staaten bei der Umsetzung, Anwendung und Entwicklung des Schengen-Besitzstands, ABl 1999 L 176/36.

⁷⁶ Insbesondere im Zentrum dieser Politik die so genannte Dublin-III-Verordnung, Verordnung (EU) Nr. 604/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen in einem Mitgliedstaat gestellten Antrags auf internationalen Schutz zuständig ist, ABl 2013 L 180/31.

⁷⁷ Beschluss des Rates vom 27. Juni 2006 über die Unterzeichnung des Übereinkommens zwischen der Europäischen Union und der Republik Island und dem Königreich Norwegen über das Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union und Island und Norwegen (2006/697/EG), ABl 2006 L 292/1.

⁷⁸ Siehe den genauen Wortlaut der umformulierten Vorlagefrage in EuGH, Rs C-897/19 PPU, *I.N.*, ECLI:EU:C: 2020:262, Rn 45.

⁷⁹ EuGH, Rs C-897/19 PPU, *I.N.*, ECLI:EU:C: 2020:262, Rn 49.

⁸⁰ EuGH, Rs C-897/19 PPU, *I.N.*, ECLI:EU:C: 2020:262, Rn 50.

⁸¹ Im Ergebnis legte er dem kroatischen Gericht nahe, eine Auslieferung bereits deswegen abzulehnen, weil Island *I.N.* zum Schutz vor unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung in seinem ursprünglichen Heimatstaat Russland Asyl gewährt und anschliessend sogar die isländische Staatsbürgerschaft verliehen hatte; andernfalls sei Island jedenfalls vorab zu informieren und *I.N.* gegebenenfalls an Island zu übergeben. EuGH, Rs C-897/19 PPU, *I.N.*, ECLI:EU:C: 2020:262, Rn 66 ff.

⁸² EuGH, Rs C-897/19 PPU, *I.N.*, ECLI:EU:C: 2020:262, Rn 44.

⁸³ Zu dieser Frage siehe *Raschauer/Sild*, Liechtenstein, die EU-Grundrechtecharta und das EWR-Abkommen – zugleich ein Beitrag zur Präzisierung der Bedeutung der EU-Grundrechte im EWR (im Erscheinen).

des EU-Auslieferungsübereinkommens⁸⁴ verpflichtet,⁸⁵ gleichzeitig aber diverse Vorbehalte dazu angebracht. Ob der EuGH also diese Rechtsprechung auch in Bezug auf liechtensteinische Staatsbürger aufrechterhalten würde, ist nicht gesichert.

Jedenfalls aber zeigt das Urteil, dass der EuGH geneigt ist, der Gleichheit im EWR einen sehr hohen Stellenwert beizumessen. Dies kann der Homogenität im EWR nur dienen und damit die Position der EWR-/EFTA-Staaten im EWR-Binnenmarkt stärken.⁸⁶

7. Exkurs: ESA-Annual Report

Auch die EFTA-Überwachungsbehörde publiziert einen jährlichen Bericht über ihre Tätigkeiten.⁸⁷ Neben einem allgemeinen Teil ist der Bericht in verschiedene Materien gegliedert, namentlich «Binnenmarkt», «Verkehr», «Lebensmittel- und Futtersicherheit, Tierschutz und Fürsorge», «Beihilfen» und «Wettbewerb».

Vor allem im Bereich Binnenmarkt – dem Kernstück des EWR – ist die EFTA-Überwachungsbehörde sehr aktiv. 2019 eröffnete sie 134 Verfahren hinsichtlich der nicht fristgerechten Umsetzung von EWR-Recht. Darüber hinaus führten 120 Beschwerden zu weiteren Untersuchungen der EFTA-Überwachungsbehörde. Die meisten richteten sich gegen Norwegen und seine Handhabung der FreizügigkeitsRL,⁸⁸ ein Thema, mit dem sich der EFTA-GH auch im Jahr 2020 mit einem EWR-integrationsfreundlichen Ansatz beschäftigte.⁸⁹ Ebenso widmet sich die EFTA-Überwachungsbehörde dem NAV-Skandal in Norwegen (siehe Pkt 3.1.). Weitere Verfahren gegen Norwegen und Island wegen Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit sind im Laufen. Für Liechtenstein ist diese Frage nach den Urteilen *Herbert Rainford-Towning* und Folgeurteile bereits iSe Öffnung für EWR-Bürger ausjudiziert.

Aus liechtensteinischer Perspektive relevant ist die Stellungnahme der EFTA-Überwachungsbehörde in Bezug auf Vorabgenehmigungsregelungen im liechten-

steinischen Gewerbegesetz (GewG)⁹⁰, die bereits 2016 vom EFTA-GH als EWR-rechtswidrig erkannt wurden.⁹¹ Zwar ist das Verfahren noch nicht offiziell abgeschlossen. Liechtenstein hat jedoch eine Totalrevision des GewG initiiert, die im Wesentlichen das Urteil des EFTA-GH aus 2016 innerstaatlich umsetzen soll.⁹²

Sowohl beihilfe- als auch wettbewerbsrechtlich war Liechtenstein 2019, soweit ersichtlich, nicht von Massnahmen oder Untersuchungen der EFTA-Überwachungsbehörde betroffen. In diesen Materienbereichen wurden vor allem norwegische Fälle behandelt.

8. Ausblick

Wie eingangs erwähnt, stieg 2019 die Anzahl der beim EFTA-GH eingebrachten Fälle. Man mag dies so deuten, dass der EFTA-GH durch seine Rechtsprechung auch die (Höchst-)Gerichte mancher EWR-/EFTA-Staaten überzeugt hat und diese nun wieder eher geneigt sind, in unklaren Fällen mit EWR-Rechtsbezug den EFTA-GH um Klärung anzurufen.⁹³ Die offene Entscheidungskultur und die Bereitschaft zum rechtlichen Diskurs, die der EFTA-GH in *Fosen-Linjen II* an den Tag gelegt hat, können (mit einem wohlwollenden Blick) die Position des EFTA-GH sicherlich stärken. Allerdings muss man generell relativierend festhalten, dass die Anzahl der Verfahren vor dem EFTA-GH immer noch deutlich unter jenen der Jahre 2015 und 2016 liegt. Zu grosser Optimismus ist daher wohl fehl am Platz. Allerdings warten 2020 einige interessante Fallkonstellationen.

Im Detail ist besonders auf das Verfahren E-4/19, *Campbell*, hinzuweisen, das der EFTA-GH bereits am 13. Mai 2020 entschied. Darin bejahte er das Aufenthaltsrecht von Frau *Campbell*, einer Drittstaatsangehörigen, die mit ihrer norwegischen Ehegattin nach Norwegen zurückkehrte, nachdem sie zuvor gemeinsam in Schweden gewohnt hatten. In dieser Zeit arbeitete die norwegische Ehegattin auf einem Küstenschiff. Während ihrer befristeten Arbeitsverträge war sie in der Regel drei Wochen mit dem Schiff unterwegs und hatte anschliessend drei Wochen Freizeit an Land, bevor sie wieder auf das Schiff ging. Diese freie Zeit verbrachte sie in Schweden bei ihrer Ehegattin Frau *Campbell* oder in ihrer Heimatstadt in Norwegen. Nach gut einem Jahr beabsichtigte das Ehepaar nach Norwegen zurückzugehen, was Norwegen ablehnte. Der EFTA-GH anerkannte in einem ersten Schritt die Arbeitnehmereigenschaft der norwegischen Ehegattin (trotz befristeter Arbeitsverträge) und damit das Zuzugs- bzw Aufenthaltsrecht von Frau *Campbell*.⁹⁴ Zusätzlich prüfte er den Fall unter der FreizügigkeitsRL, wobei er (trotz der zeitweisen Abwesenheit von Frau *Campbell*'s Ehegattin in Schweden) ein tatsächliches und aufrechtes Familienleben anerkannte, was dazu führe,

⁸⁴ Übereinkommen aufgrund von Artikel K.3 des Vertrags über die Europäische Union über die Auslieferung zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union, ABl 1996 C 313/12.

⁸⁵ Protokoll zwischen der Europäischen Union, der Europäischen Gemeinschaft, der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Fürstentum Liechtenstein über den Beitritt des Fürstentums Liechtenstein zu dem Abkommen über die Assoziierung der Schweizerischen Eidgenossenschaft bei der Umsetzung, Anwendung und Entwicklung des Schengen-Besitzstands, ABl 2011 L 160/3. Liechtenstein ist aber keine formelle Vertragspartei des EU-Auslieferungsübereinkommens; siehe dazu Kundmachung vom 1. September 2020 über die Anwendbarkeit der Schengen-relevanten Bestimmungen des EU-Auslieferungsübereinkommens für das Fürstentum Liechtenstein, LGBl. 2020 Nr. 268.

⁸⁶ Siehe zu diesem Urteil auch *Fredriksen*, A ‚special relationship‘ built on a patchwork, <https://de.efta-studies.org/a-special-relationship> (zuletzt besucht 5.8.2020).

⁸⁷ Abrufbar unter <https://www.eftasurv.int/cms/sites/default/files/documents/gopro/5325-PDF%20Annual%20Report%202019%20Compressed.pdf> (zuletzt besucht 5.8.2020).

⁸⁸ ESA Annual Report 2019, 13 f, <https://www.eftasurv.int/cms/sites/default/files/documents/gopro/5325-PDF%20Annual%20Report%202019%20Compressed.pdf> (zuletzt besucht 5.8.2020).

⁸⁹ Siehe sogleich das Verfahren EFTA-GH, E-4/19, *Campbell*.

⁹⁰ Gewerbegesetz (GewG) vom 22. Juni 2006, LGBl 2006 Nr 184.

⁹¹ EFTA-GH, E-19/15, *EFTA-Überwachungsbehörde/Liechtenstein*.

⁹² Siehe BuA Nr 2020/14, welcher bereits im Mai 2020 in erster Lesung im Landtag behandelt wurde. Das Inkrafttreten des neuen GewG ist für 1. Januar 2021 anvisiert.

⁹³ Zur langwährenden Zurückhaltung vor allem der norwegischen und isländischen Gerichte siehe ua *Fredriksen/Franklin*, Of Pragmatism and Principles, CMLR 2015, 629 (671 ff).

⁹⁴ EFTA-GH, E-4/19, *Campbell*, Rn 52.

dass die Ehegatten berechtigt seien, ihr Familienleben auch in Norwegen weiterzuführen.⁹⁵

Dieses Urteil ist in mehrerer Hinsicht bedeutsam. So bestätigt der EFTA-GH klar seine – gerade in Norwegen stark kritisierte – Rechtsprechung im Fall *Jabbi*⁹⁶ und damit wiederum seine weite Auslegung der Freizügigkeit im EWR. Gleichzeitig umschiffert er durch eine extensive Anwendung der FreizügigkeitsRL die Tatsache, dass der vom EuGH in seiner Judikatur primär herangezogene Art 21 AEUV kein Pendant im EWRA besitzt.⁹⁷

Für Liechtenstein relevant sind sicherlich die Fälle *Adpublisher AG/J* und *Adpublisher AG/K* (E-11/19 und E-12/19), die die Beschwerdekommision für Verwaltungsangelegenheiten als Rechtsmittelinstanz der Datenschutzstelle Liechtenstein vorgelegt hat und die eine der ersten materiellen Auslegungsfragen zur DSGVO⁹⁸ betreffen (auch im EU-Raum).⁹⁹ Im Detail fragt die Beschwerdekommision für Verwaltungsangelegenheiten, ob ein kontradiktorisches, allgemeines Beschwerdeverfahren mit Beteiligung eines anonym bleibenden Beschwerdeführers durchgeführt werden kann und ob eine solche Anonymisierung der Glaubhaftmachung einer sachlichen Rechtfertigung bedarf. Zudem ersucht die Beschwerdekommision um Klärung, ob die Rechtsmittelinstanzen in den Mitgliedstaaten unentgeltlich für Beschwerdeführer zur Verfügung zu stehen haben. Falls dies nicht der Fall sei, so sei nicht klar, wie das Gericht damit umzugehen habe, wenn der Beschwerdeführer anonym bleiben dürfe. Wie solle der Kostenersatz auferlegt werden? Die Anonymisierungsthematik bedarf hier eindeutig einer Auslegung der DSGVO. Bei der Frage nach dem Kostenersatz werden ergänzend vor allem das Prinzip der Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten sowie der Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatz eine Rolle spielen.¹⁰⁰

Von überaus grosser praktischer Bedeutung könnte sich die Vorlage zur Frage der Reichweite des Vertrauensschutzes im Rahmen der Geldwäschereiprävention darstellen (E-10/19, *Bergbahn AG Kitzbühel/Meleda Anstalt*). In mehreren Fragen begehrt das Fürstliche Obergericht Auskunft zur konkreten Ausgestaltung der

Verpflichtung einer eingetragenen Gesellschaft oder juristischen Person, gemäss Art 30 Abs 1 der 5. Anti-Geldwäscherei-Richtlinie¹⁰¹ ihren wirtschaftlichen Eigentümer zu benennen, und welche Angaben dazu erforderlich wären; ob insbesondere entsprechende Urkunden vorzuweisen seien und welche Auswirkungen es mit sich bringe, wenn der wirtschaftliche Eigentümer seinerseits den Anti-Geldwäscherei-Bestimmungen unterliege.

Bereits entschieden wurde der Fall *Gable Insurance AG in Konkurs*, der die Frage nach der definitiven Auslegung des Begriffs «Versicherungsforderung» im Rahmen eines Konkursverfahrens eines Versicherungsunternehmens betraf und insbesondere das Zusammenspiel mit dem nationalen Konkursrecht zur Prüfung stellte. Der EFTA-GH betonte in seinem Urteil vor allem, dass das nationale Gesetz den absoluten Vorrang der Versicherungsforderungen vor anderen Forderungen zu gewähren habe. Zudem sei der Grundsatz der Gleichbehandlung der Versicherungsgläubiger zu beachten.¹⁰² Ob das liechtensteinische Recht dies erfülle, obliege der Einschätzung des vorlegenden Gerichts.¹⁰³

Hinfällig hingegen ist die Vorlagefrage nach der Rechtsnatur des Erlöschens einer finanzmarktrechtlichen Bewilligung.¹⁰⁴ Die FMA-Beschwerdekommision hat ihre Anfrage in der Sache *Pintail* (E-6/20) am 3. Juli 2020 wieder zurückgezogen.

⁹⁵ EFTA-GH, E-4/19, *Campbell*, Rn 62.

⁹⁶ EFTA-GH, E-28/15, *Jabbi*.

⁹⁷ EFTA-GH, E-4/19, *Campbell*, Rn 57. Vgl dazu die ständige Rechtsprechung des EuGH, Rs C-673/16, *Coman ua*, ECLI:EU:C:2018:385, Rn 23 ff; Rs C-165/16, *Lounes*, ECLI:EU:C:2017:862, Rn 45 ff; Rs C-456/12, *O und B*, ECLI:EU:C:2014:135, Rn 48 ff.

⁹⁸ Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung, DSGVO), ABl 2016 L 119/1. EWRA Anh XI – 5e.01.

⁹⁹ Der Sachverhalt hat darüber hinaus auch ein grenzüberschreitendes Element, weil die ursprüngliche Beschwerde in Deutschland eingereicht wurde. Allerdings war die liechtensteinische Datenschutzstelle und damit in der Instanz die Beschwerdekommision für Verwaltungsangelegenheiten aufgrund der Regelung in Art 56 DSGVO zuständig und als federführende Aufsichtsbehörde iSd DSGVO zu betrachten.

¹⁰⁰ So insbesondere die liechtensteinische Regierung in der mündlichen Verhandlung, verb E-11/19 und 12/19, *Adpublisher AG/J* und *Adpublisher AG/K*, RH Rn 53 ff.

¹⁰¹ Richtlinie (EU) 2015/849 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2015 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung, zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 648/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 2005/60/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und der Richtlinie 2006/70/EG der Kommission, ABl 2015 L 141/73. EWRA Anh IX – 23b.01.

¹⁰² EFTA-GH, E-3/19, *Gable Insurance AG in Konkurs*, Rn 35 ff, LES 2020, 57 Anm *Ungerank*.

¹⁰³ Insbesondere geht es um den Verweis im Versicherungsaufsichtsgesetz (VersAG) auf Art 45 Konkursordnung (KO), aufgrund dessen der Vorrang der Versicherungsforderungen im Konkurs nicht gesichert scheint. Sofern dieser Verweis EWR-widrig ist, wird Liechtenstein auch andere Gesetze dementsprechend anzupassen haben (siehe etwa Art 22 Abs 4 Einlagensicherungs- und Anlegerentschädigungsgesetz [EAG]).

¹⁰⁴ Gegenstand des Verfahrens war das Erlöschen einer E-Geld-Bewilligung nach längerem Nichtgebrauch der Bewilligung. Die FMA Liechtenstein hatte die *Pintail AG* am 24. November 2017 als E-Geld-Institut bewilligt. Am 1. April 2020 erlosch die Bewilligung von *Pintail* aufgrund von Inaktivität. Nach der liechtensteinischen Systematik in den Finanzmarktgesetzen und der *ratio legis* der europäischen Zahlungsdienste-Richtlinie (Richtlinie (EU) 2015/2366) soll die Rechtswirkung des Erlöschens *ex lege* eintreten, während sonstige Fälle eines Bewilligungsentzugs mittels schriftlicher Verfügung zu erledigen sind (Art 19 f E-Geldgesetz [EGG]). Allerdings sieht Art 19 Abs 2 EGG – auf den ersten Blick systemwidrig – vor, dass die FMA das Erlöschen der Bewilligung schriftlich mit Verfügung festzustellen und dem betroffenen Unternehmen mitzuteilen hat. Eine solche Verfügung erging auch gegenüber *Pintail*. Das Unternehmen forcht die Verfügung bei der FMA-Beschwerdekommision an, die ihrerseits dem EFTA-GH diverse Fragen zur Auslegung des Erlöschensstatbestands, unter anderem zum Begriff der Geschäftstätigkeit bzw zur Frage, ob das Erlöschen *ex lege* oder durch aktives Tun der FMA zustande kommt, vorlegte.

9. Fazit

Deutlich wird an den Entscheidungen im Jahr 2019, dass der EFTA-GH in den meisten Fällen eine auf Homogenität bedachte Judikatur verfolgt. Gerade im Bereich der Freizügigkeit vertritt der Gerichtshof eine integrationsfreundliche Linie – auch gegenüber drittstaatsangehörigen Familienangehörigen. Ob die 2019 entschiedenen Fälle für die Zukunft bestimmend sind (siehe insbesondere Pkt 7), wird sich weisen. Sie sind aber jedenfalls ein Bekenntnis zu einem EWR-Raum, der bereits lange über das Format eines reinen Wirtschaftsraums hinweg ist.

Quantitativ kann 2019 von einem durchschnittlichen Jahr gesprochen werden. Dass der (leichte) Zuwachs an Fällen, den der EFTA-GH in seinem Jahresbericht 2019 gesondert hervorgehoben hat,¹⁰⁵ eine Trendwende in der zurückhaltenden Vorlagepraxis der nationalen Gerichte oder eine neue Ära des *„judicial dialogue“* darstellt, ist nur mit viel Zweckoptimismus anzunehmen. Zwar ist der EFTA-GH 25 Jahre nach seiner Errichtung politisch und rechtlich gefestigt. Indes ist der Gang nach Luxemburg für manch nationale Gerichte der EWR-/EFTA-Staaten noch eher zaghaft. Da fällt das Fazit der «anderen» europäischen Gerichte durchaus überzeugender aus. Die Entscheidungen des EGMR und – vielleicht in der alltäglichen Praxis noch wichtiger – jene des EuGH anerkennen den EFTA-GH als eine tragende, den europäischen Grundwerten verpflichtete und für den EWR essentielle Institution. Ein Befund, der wohl nicht in allen EWR-/EFTA-Staaten so ausfallen würde. Die liechtensteinischen Gerichte haben jedoch mit diversen Vorlagen – besonders im Jahr 2019 – bewiesen, dass sie den EFTA-GH gerade in heiklen Fragen darum ersuchen, wofür er eingerichtet wurde: um die Auslegung des EWR-Rechts. Dass dies nach 25 Jahren immer noch nicht in allen EWR-/EFTA-Staaten eine Selbstverständlichkeit ist, liegt wohl an mehreren Faktoren. Es wäre an der Zeit – vielleicht zusätzlich mittels «kleinerer» Korrekturen im EWRA und ÜGA –, selbstbewusst zum EWR-System und dem EFTA-GH als übernationalem Gerichtshof zu stehen; nach dem Vorbild des VGH-Vorsitzenden *Andreas Battliners*, der einst proklamierte, dass der EFTA-GH das für Liechtenstein oberste Gericht in EWR-rechtlichen Angelegenheiten sei.¹⁰⁶ 2020 hat der EFTA-GH wiederum genügend Chancen, seinen Beitrag hierzu zu leisten.

¹⁰⁵ Report of the EFTA Court 2019, 5, https://eftacourt.int/wp-content/uploads/2020/03/223792_EFTA_COURT_RA_2019.pdf (zuletzt besucht 5.8.2020).

¹⁰⁶ Siehe dazu die Anmerkung *Ungerank* zu StGH 2013/172, LES 2014, 148, der auf die Rede *Battliners* anlässlich der 20-Jahr-Feier des EFTA-GH hinweist.

Zum Missbrauch der Vertretungsmacht und der Wissenszurechnung

Mathias Walch¹

1. Einführung

Den Lesern der LJZ ist der Anlass dieses Beitrags wohl bekannt. Der fLOGH entschied 2018 über einen Fall, bei dem stark vereinfacht Stiftungvermögen von einer Stiftung A auf die Stiftung B übertragen wurde,² was nach Ansicht des fLOGH gegen den Stiftungszweck von Stiftung A verstieß.³ Es stellte sich die Frage, ob die Stiftungsräte von Stiftung A ausreichend vertretungsbefugt waren, um diese Transaktion durchzuführen. Verkompliziert wurde der Fall dadurch, dass Protektoren der Stiftung A zugleich Stiftungsräte der Stiftung B waren. Das Höchstgericht entschied, dass die Transaktion nicht wirksam war.

Im Schrifttum ist die Entscheidung zunächst auf Zustimmung gestossen. Eröffnet wurde der Reigen von *Motal/Nicolussi*⁴ in der LJZ und *Georg Kodek*⁵, gefolgt von *Zollner*⁶ und *Gasser*⁷. So überzeugend, wie die Entscheidung dargestellt wurde, ist diese bei kritischer Betrachtung jedoch nicht, weshalb ich in der LJZ einen Beitrag veröffentlichte, um die sich scheinbar zu etablierende hA kritisch zu hinterfragen.⁸ Parallel publizierte *Karollus* einen Beitrag, der sich mit etwas anderen Schwerpunkten ebenfalls kritisch mit der Entscheidung auseinandersetzt.⁹ In der letzten Ausgabe der LJZ hat nun *Schauer* einen «antikritischen» Beitrag veröffentlicht, in dem er – bildlich gesprochen – zahlreiche Argumentationslinien aufzieht, um die Entscheidung des fLOGH zumindest im Ergebnis zu verteidigen.¹⁰

Der Beitrag von *Schauer* bringt zweifellos neue – und zT durchaus grundlegende – dogmatische Aspekte in den Diskurs ein. Freilich bedürfen auch diese einer kritischen Reflexion, die im Folgenden vorgenommen wird.

¹ Univ.-Ass. MMag. Dr. Mathias Walch, LL.M. (Yale) ist als Universitätsassistent (tenure track) am Institut für Zivilrecht der Universität Innsbruck tätig. Kontakt: mathias.walch@uibk.ac.at

² Die involvierten Stiftungen werden in diesem Beitrag durchgängig als Stiftung A und Stiftung B bezeichnet. Im Diskurs werden für die Stiftungen zum Teil auch andere Bezeichnungen verwendet.

³ fLOGH 7.9.2018, 08 CG.2015.438, LES 2018, 270 = GE 2018, 337; übersichtliche grafische Darstellung bei *G. Kodek*, Zur Vertretung der Privatstiftung – zwei Entscheidungen aus Österreich und Liechtenstein, PSR 2019, 56 (61); kurze Darstellung des Sachverhalts auch bei *Karollus*, Gedanken zum Missbrauch der Vertretungsmacht und zur Wissenszurechnung aus Anlass der Entscheidung des FL OGH in der Rechtssache 08 CG.2015.438, ZfS 2020, 3.

⁴ *Motal/Nicolussi*, Reichweite und Grenzen organschaftlicher Vertretungsmacht im liechtensteinischen Stiftungsrecht – zugleich eine Besprechung zu FL OGH 07.09.2018, 08 CG.2015.438, LJZ 2019, 42.

⁵ *G. Kodek*, PSR 2019, 56.

⁶ *Zollner*, Stiftungszweck und Vorstandshandeln, PSR 2019, 124.

⁷ *Gasser*, Liechtensteinisches Stiftungsrecht² § 24 insb Rz 23.

⁸ *M. Walch*, Zum Missbrauch der Vertretungsmacht im liechtensteinischen Stiftungsrecht, LJZ 2020, 111.

⁹ *Karollus*, ZfS 2020, 3.

¹⁰ *Schauer*, Die Verfehlung des Stiftungszwecks und ihre Folgen – Anmerkungen zu OGH 08 CG.2015.438, LJZ 2020, 165.

Der Schwerpunkt dieses Beitrags dreht sich jedoch nicht um die möglichst ausführliche Auseinandersetzung mit Details der fLOGH-Entscheidung. Zwar ist nach dieser Entscheidung ein zweiter Rechtsgang erforderlich geworden und der fLOGH wird sich wohl nochmals mit der Thematik auseinandersetzen müssen, allenfalls dann auch noch der StGH. Der Diskurs sollte aber vor allem deshalb weitergeführt werden, weil er sich nicht auf die – zustimmende oder kritische – Bewertung einer konkreten fLOGH-Entscheidung beschränkt, sondern zentrale Grundfragen des liechtensteinischen Privatrechts betrifft, insbesondere im Zusammenhang mit der Vertretung und der Wissenszurechnung bei Verbandspersonen. Demnach werden in diesem Beitrag zunächst grundsätzliche Fragen zum Missbrauch der Vertretungsmacht und der Wissenszurechnung erörtert. In einem gesonderten Teil wird dann auf einige Kritikpunkte eingegangen, die *Schauer* gegen die hier vertretene Ansicht vorgebracht hat (Pkt IX). Den Abschluss bildet ein Exkurs zum Missbrauch der Vertretungsmacht im Liechtensteinischen Zivilrecht (Pkt X).

II. Abwägung zwischen Willensfreiheit und Vertrauensschutz beim Missbrauch der Vertretungsmacht

Auf einer abstrakten Ebene geht es beim Missbrauch der Vertretungsmacht darum, Willensfreiheit und Vertrauensschutz als zwei allgemeine und gegenläufige Prinzipien des Privatrechts auszutüfteln.¹¹ Hierbei ist der Grundsatz der beiderseitigen Begründung zu berücksichtigen.¹² Der Schutz der Willensfreiheit bevorzugt den einen Vertragspartner, während umgekehrt der Vertrauensschutz den anderen Vertragspartner begünstigt. IdR überwiegt beim Missbrauch von Formvollmachten der Vertrauensschutzgedanke (Verkehrerschutz). Er findet aber dort seine Grenzen, wo der Dritte nicht schutzbedürftig ist, dh in diesen Fällen überwiegt die Willensfreiheit.¹³ Über diese allgemeinen Überlegungen dürfte Konsens herr-

¹¹ *Schauer*, LJZ 2020, 165 (169); siehe dazu *F. Bydliński*, Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäfts (1967) auf den *Schauer* in FN 36 verweist. *F. Bydliński* geht dort ausführlich auf das Verhältnis zwischen Privatautonomie und Verkehrssicherheit (der unterschiedliche Bedeutungen beigemessen werden) ein, allerdings vor allem mit Blick auf das Irrtumsrecht. Zu erwägen wäre auf dieser abstrakten Ebene auch, ob das Prinzip der Selbstverantwortung fruchtbar gemacht werden kann (vgl dazu in etwas anderem Zusammenhang *F. Bydliński*, System und Prinzipien des Privatrechts [1996] 164 ff), worauf aber in diesem Rahmen nicht näher eingegangen werden muss.

¹² Dazu bereits *M. Walch*, LJZ 2020, 111 (122 f); die herrschende und auch hier vertretene Ansicht zum Missbrauch der Vertretungsmacht widerspricht dem Grundsatz der beiderseitigen Begründung nicht, weil der Dritte nicht schutzbedürftig ist und auch nicht geschützt wird, wenn er von der Überschreitung der internen Schranke wusste oder diese für ihn evident war bzw er diese grob fahrlässig nicht erkannte (vgl *F. Bydliński*, Die Suche nach der Mitte als Daueraufgabe der Privatrechtswissenschaft, AcP 204 [2004] 309 [353 ff und insb 357]); *Schauer*, LJZ 2020, 165 (173) wendet sich nicht grundsätzlich gegen den Grundsatz der beiderseitigen Begründung, sondern ist wohl nur der Ansicht, dass in der fLOGH-Entscheidung gegen diesen konkret nicht verstoßen wurde.

¹³ S FN 12.

schen. Es muss aber noch konkret ermittelt werden, unter welchen Voraussetzungen ein Dritter nicht mehr schutzwürdig ist und (nur) insoweit unterscheiden sich einzelne Ansichten deutlich voneinander.¹⁴

III. Konkrete Voraussetzungen für einen Missbrauch der Vertretungsmacht

Die Grundsätze des Missbrauchs der Vertretungsmacht sind ganz allgemein (zumindest) dann anwendbar,¹⁵ wenn ein Vertreter ein Rechtsgeschäft mit einem Dritten abschliesst und hierbei interne Schranken überschreitet. Erst dann stellt sich die Frage, welche Voraussetzungen beim Vertreter und beim Dritten vorliegen müssen, damit konkret ein Missbrauch der Vertretungsmacht angenommen werden kann. Die grundlegenden Fragen lauten somit, (1.) was als interne Schranke gilt, (2.) welche Voraussetzungen beim Vertreter vorliegen müssen, (3.) wer als Dritter zu qualifizieren ist und (4.) welche Voraussetzungen beim Dritten vorliegen müssen.

IV. Interne Schranken

Überschreitet ein Vertreter seine im Aussenverhältnis beschränkte Vertretungsmacht, sind die Grundsätze über den Missbrauch der Vertretungsmacht von vornherein nicht relevant (vgl zB zur Prospera-Entscheidung Pkt IX.2.g). Es stellt sich allenfalls die Frage, ob der Geschäftsherr (der Vertretene) nach Rechtsscheingrundsätzen haftet. Der Missbrauch der Vertretungsmacht setzt voraus, dass der Vertreter im Aussenverhältnis mehr kann, als

¹⁴ Vgl dazu *Schauer*, LJZ 2020, 165 (173); von allgemeinen Überlegungen losgelöst möchte *Schauer* offenbar eine Parallele zwischen dem Missbrauch der Vertretungsmacht und dem Irrtumsrecht (§§ 871 ff ABGB) ziehen (*Schauer*, LJZ 2020, 165 [169 in FN 35 und 173 in FN 69, wo versehentlich auf FN 39 statt richtig auf FN 35 verwiesen wird]). In Österreich hat *Wilhelm* bereits versucht, das Irrtumsrecht für den Missbrauch der Vertretungsmacht fruchtbar zu machen (*Wilhelm*, Der Vollmachtsmissbrauch im Zivil-, Handels- und Gesellschaftsrecht, JBl 1985, 449; auf diesen Beitrag Bezug nehmend *Schauer*, LJZ 2020, 165 [169 in FN 35]), etwa mit dem konkreten Ergebnis, dass entsprechend § 871 ABGB eine rechtzeitige Aufklärung über das Nichtbestehen der Vollmacht «möglich» ist (*Wilhelm*, JBl 1985, 449 [insb 458]). Es ist nicht ganz klar, ob sich *Schauer* dieser Ansicht anschliesst (nicht ganz eindeutig, aber wohl sympathisierend *Schauer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht² Rz 2/600 und Rz 2/602). Sie hat sich aber in Österreich zumindest in der Rsp nicht durchgesetzt; ablehnend *Baumgartner/Torggler* in *Fenyves/Kerschmer/Vonkilch*, Klang ABGB³ § 1017 Rz 19 ff; vgl *P. Bydliński* in *Koziol/Bydliński/Bollenberger*, ABGB⁶ § 1017 Rz 2 («Diesem Ansatz ist die Judikatur aber [bisher] nicht gefolgt»); ohne eigene Stellungnahme *Perner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1,02} § 1017 Rz 8; *Burtscher/Spitzer*, Vertretungskonzepte juristischer Personen zwischen Privatautonomie und Verkehrerschutz, SPRW 2014, 201 (210); *Apathy* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB⁴ § 1017 Rz 13. In diesem Rahmen muss daher auch nicht näher darauf eingegangen werden und im fLOGH-Fall hätte sie wohl auch zu keiner anderen als der hier vertretenen Lösung geführt.

¹⁵ Ob die Grundsätze über den Missbrauch der Vertretungsmacht auch auf die Treuhand und den Trust anwendbar sind, kann hier ausgeklammert bleiben. Ebenso, ob der fLOGH-Fall anders zu lösen gewesen wäre, wenn es sich um einen Trust A statt um eine Stiftung A gehandelt hätte; zu beiden Fragen s *Schopper/M. Walch*, Trust, Treuunternehmen und besondere Vermögenswidmungen in Liechtenstein (in Vorbereitung).

¹⁶ StGH 1.8.2014, 2014/003, GE 2015, 75 (Pkt 4.13).

er im Innenverhältnis darf. Die Begrenzung im Innenverhältnis wird als interne Schranke bezeichnet. Hierzu können Vorgaben in den Statuten (Satzung) sowie Beschlüsse und Weisungen zuständiger Organe gehören (vgl Art 187a Abs 3 PGR), die nur im Innenverhältnis wirken, zB und insbesondere, weil die Vertretungsmacht im Aussenverhältnis bei Formalvollmachten nicht wirksam beschränkt werden kann.¹⁶ Nicht mehr neu aufgerollt werden muss die Diskussion, ob eine Überschreitung des Stiftungszwecks unter Art 187a Abs 2 oder Abs 3 PGR fällt.¹⁷ Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass sich die unterschiedlichen Ansichten im Ergebnis nicht auswirken, weder im vorliegenden Fall noch ganz allgemein. Seit Aufgabe der Ultra-Vires-Doktrin in Liechtenstein im Zuge der PGR-Novelle 2000 ist die Überschreitung des Stiftungszwecks keine aussenwirksame Schranke mehr, sondern bildet lediglich eine interne Schranke. Fällt die Überschreitung des Stiftungszwecks nicht unter Art 187a Abs 2 PGR, ist eben Art 187a Abs 3 PGR anwendbar.¹⁸

V. Voraussetzungen beim Vertreter

Nicht entscheidend ist, ob dem Vertreter selbst ein subjektiver Missbrauchsvorwurf zu machen ist.¹⁹ Demnach wird die treffendere Bezeichnung «Fehlgebrauch» statt «Missbrauch» der Vertretungsmacht vorgeschlagen,²⁰ wobei es sich aber mE einstweilen empfiehlt, am etablierten Begriff festzuhalten, um die Diskussion nicht durch unterschiedliche Terminologie zusätzlich zu verkomplizieren.²¹ Im deutschen Schrifttum wird an der

neueren Rsp zwar kritisiert, dass ein Geschäftspartner dadurch die Möglichkeit verliere, zu Lasten der des Vertretenen «ein gutes Geschäft zu machen».²² Damit wird ein Verstoß gegen die Gleichstellungsthese geltend gemacht, die noch iZm der Wissenszurechnung eine Rolle spielen wird (Pkt VIII.2). Dieses Dilemma löst jene Ansicht, wonach die (nunmehr) hA nur für starre Schranken überzeugt, während bei bloss sorgfaltswidrigem Handeln innerhalb der von starren Schranken gezogenen Grenzen gefordert werden muss, dass der Vertreter²³ subjektiv zum Nachteil des Vertretenen handelt.²⁴ Im Unterschied zu den kritischen Stimmen im deutschen Schrifttum steht diese Ansicht nicht unbedingt im Widerspruch zur neueren österreichischen und deutschen Rsp, sondern bildet eine Ergänzung, die auch in Liechtenstein etabliert werden sollte.²⁵ Die Differenzierung zwischen starren und beweglichen Schranken hätte sich im fLOGH-Fall nicht ausgewirkt, weil die Überschreitung des Stiftungszwecks als starre Schranke zu qualifizieren ist.

VI. Die Eigenschaft als «Dritter» beim Missbrauch der Vertretungsmacht

1. Die Ansicht von Schauer

Schauer bringt vor, dass die Stiftung B kein Dritter iSd Art 187a Abs 2 oder Abs 3 PGR ist.²⁶ Der fLOGH qualifizierte die Stiftung B noch selbstverständlich als Dritte.²⁷ Auch *Motal/Nicolussi*, denen die Diskussion über die Frage, ob zB ein Organwalter Dritter iSd Bestimmung ist, nicht verborgen blieb,²⁸ ordnen die Stiftung B ohne nähere Begründung als Dritte ein.²⁹

¹⁶ Auch bei der ABGB-Vollmacht kann der Missbrauch der Vertretungsmacht eine Rolle spielen, dazu Pkt X.

¹⁷ Dazu bereits *M. Walch*, LJZ 2020, 111 (114 f); *Schauer* schliesst sich der hA an (*Schauer*, LJZ 2020, 165 [167]), allerdings ohne neue Argumente gegen die Bedenken vorzubringen, auf die einzugehen wäre.

¹⁸ *M. Walch*, LJZ 2020, 111 (115 und 119 f); wie hier *Karollus*, ZfS 2020, 3 (7), wonach bei Art 187a Abs 2 und Abs 3 PGR die gleichen Voraussetzungen gelten.

¹⁹ BGH 8.1.2019, II ZR 364/18, NJW 2019, 1512; BGH 10.4.2006, II ZR 337/05, NJW 2006, 2776; öOGH 25.4.2019, 6 Ob 35/19v; ablehnend zB *Cb. Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § 74 Rz 10.

²⁰ *U. Torggler/Trenker* in *Zib/Dellinger*, UGB § 50 Rz 16 (in *U. Torggler* in *Straube*, WK GmbHG [4. Lfg. 2008] § 20 Rz 42 ff wird noch auf den Missbrauch der Vertretungsmacht abgestellt); *Torggler* in *Torggler*, GmbHG § 20 Rz 27 (Überschrift); *Ebner*, Insihgeschäfte des GmbH-Geschäftsführers (Diss Uni Wien 2014 [s dazu FN 39]) insb 118; *Hayden*, Pflichtwidriges Handeln des organschaftlichen Vertreters, PSR 2019, 172; *Baumgartner*, Die Abstraktheit der Vollmacht iS des § 1017 S 3 ABGB als Grundlage für den Fehlgebrauch der Vertretungsmacht im Privatrecht, JBl 2018, 681; krit zur Terminologie auch *Apathy* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB³ § 1017 Rz 13 mwN; jüngst wieder krit *Burtscher*, Materielle Insihgeschäfte im Zivil- und Gesellschaftsrecht, ÖBA 2019, 901 (904).

²¹ Vgl bereits implizit *Schopper/M. Walch* in *Zib/Dellinger*, UGB § 115 Rz 51 und *Schopper/Trenker* in *Torggler*, UGB³ § 50 Rz 4 f, wo die Ansicht *U. Torgglers* weitgehend übernommen, aber bewusst an der Bezeichnung Missbrauch der Vertretungsmacht festgehalten wurde; wie hier noch auf die Kritik am Begriff hinweisend, aber dennoch daran festhaltend *Schauer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht² Rz 2/599, nunmehr aber für die Bezeichnung «Fehlgebrauch der Vertretungsmacht» *Schauer*, LJZ 2020, 165 (170) unter Verweis auf *Hayden*, PSR 2019, 172.

²² *Mertens/Cahn* in *KölnerKommentarAktG*³ § 82 Rz 47; *Vedder* in *Grigoleit*, AktG § 82 Rz 10 ff; ähnlich *Grigoleit* im *Grigoleit*, AKK² § 82 Rz 10i; antikritisch *J. Koch* in *Hiffer/Koch*, AktG¹⁴ § 82 Rz 7, der dann aber den Missbrauchs begriff auf die Überschreitung der Geschäftsführungsbefugnis beschränken will, sodass bloss interessenswidriges Verhalten nicht tatbestandlich ist; vgl auch für die Prokura, aber zu weitgehend *Krebs* in *MünchKommHGB*⁴ Vor §§ 48 Rz 72 (stets Missbrauchsabsicht erforderlich).

²³ Bei mehreren Vertretern zumindest einer von diesen.

²⁴ *U. Torggler/Trenker* in *Zib/Dellinger*, UGB § 50 Rz 16; *Trenker*, wbl 2013, 166 (167) (Anmerkung); *Schopper/Trenker* in *Torggler*, UGB³ § 50 Rz 5; *Schopper/M. Walch* in *Zib/Dellinger*, UGB § 114 Rz 51; *Baumgartner/Torggler* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang ABGB³ § 1017 Rz 74 ff; *Baumgartner*, JBl 2018, 681 (693 f); grundlegend bereits *G. H. Roth*, Mißbrauch der Vertretungsmacht durch den GmbH-Geschäftsführer, ZGR 1985, 265 (273 ff); *Roth/Fitz*, Unternehmensrecht² Rz 829; kritisch *Ebner*, Insihgeschäfte des GmbH-Geschäftsführers (Diss Uni Wien 2014 [s dazu FN 39]) 123 in FN 636.

²⁵ Vgl dazu auch *Baumgartner*, OGH: Objektiver «Missbrauch» der Vertretungsmacht, RdW 2019, 597 (598 f) wonach in öOGH 25.4.2019, 6 Ob 35/19v die Differenzierung zwischen starren und beweglichen Schranken nicht entscheidungserheblich war und vom öOGH zumindest nicht explizit abgelehnt wurde.

²⁶ *Schauer*, LJZ 2020, 165 (170 f).

²⁷ fLOGH 7.9.2018, 08 CG.2015.438, LES 2018, 270 (s zB Pkt 12.20: «Es wurde bereits abschliessend behandelt, dass diese Umstände über die entsprechenden Organe der Beklagten als Dritte bekannt waren oder bekannt sein hätten müssen. Es ist daher auch der Tatbestand des Art 187a Abs 3 PGR verwirklicht.» und implizit an zahlreichen Stellen der Entscheidungsgründe); so auch das Verständnis der Entscheidung bei *Karollus*, ZfS 2020, 3 (5).

²⁸ Vgl *Motal/Nicolussi*, LJZ 2019, 42 (44 in FN 31 und FN 32).

²⁹ *Motal/Nicolussi*, LJZ 2019, 42 (52); wären sie gegenteiliger An-

Die Grundsätze des Missbrauchs der Vertretungsmacht wären damit nach *Schauer* von vornherein nicht anwendbar.³⁰ Geht man davon aus, dass der Stiftungsrat von Stiftung A nicht zur Transaktion befugt war, wäre diese nach Art 187a Abs 1 PGR unwirksam (bzw genehmigungsbedürftig). Er verweist darauf, dass die ratio legis der unbeschränkten Vertretungsmacht fehl gehe, wenn es sich beim Vertragspartner um einen Marktteilnehmer handle, der aufgrund eines besonderen Naheverhältnisses typischerweise Kenntnis von den Interna der Stiftung A hat. Dies zeige sich daran, dass die Grundsätze über den Missbrauch der Vertretungsmacht bei Rechtsgeschäften zwischen der Gesellschaft (Stiftung) und ihren Organmitgliedern (zumindest bei Geschäftsleitungsorganen wie Vorstand oder Stiftungsrat) nach hA nicht greifen. *Karollus* wende dagegen zwar ein, dass dies nicht mit dem Fall vergleichbar sei, wonach Organmitglieder der Stiftung B auch Organmitglieder der Stiftung A seien.³¹ Er begründe diese Ansicht aber nicht. Hätte es sich um eine natürliche Person statt um Stiftung B gehandelt, wären die Grundsätze über den Missbrauch der Vertretungsmacht nicht anwendbar und weshalb eine unterschiedliche Behandlung geboten wäre, sei nicht erkennbar. Zuletzt weist er unter Berufung auf *Obradović/Wietrzyk*³² darauf hin, dass bei Cash-Pool-Vereinbarungen im Konzern die Konzerntochter nicht schutzbedürftig sei, namentlich bei Personalunion von Organmitgliedern. Dort werden aber wohl Fragen der Eigenschaft als Dritter iZm dem Missbrauch der Vertretungsmacht und der Wissenszurechnung vermengt, denn die Frage der Wissenszurechnung stellt sich erst, wenn beim Missbrauch der Vertretungsmacht zu prüfen ist, ob der Pflichtverstoß für den Dritten evident war.³³

sicht, hätten sie wohl auch bei den Ausführungen zur Wissenszurechnung klargestellt, dass diese ihrer Ansicht nach gar nicht schlagend werden, weil die Wissenszurechnung keine Rolle spielen würde, wenn Stiftung B ohnedies aus dem Anwendungsbereich der Art 182a Abs 2 und Abs 3 PGR «ausgenommen» wäre (dazu sogleich oben im Text).

³⁰ Vgl zB *öOGH* 23.1.2020, 6 Ob 202/19b (Pkt 5.5); *Paefgen* in *Ulmer/Habersack/Löbke*, GmbHG² § 37 Rz 74.

³¹ *Schauer*, LJZ 2020, 165 (170 in FN 47) zitiert versehentlich «*Karollus*, PSR 2020, 5», gemeint ist aber natürlich «*Karollus*, ZfS 2020, 5».

³² In *Haberer/Krejci*, Konzernrecht Rz 12.57.

³³ Genau genommen beschäftigen sich *Obradović/Wietrzyk* in *Haberer/Krejci*, Konzernrecht Rz 12.57 zunächst mit der (Nicht-)Anwendbarkeit von § 74 Abs 2 AktG und gehen dann nahtlos und ohne Differenzierung auf die Wissenszurechnung ein. Die in FN 2408 angegebenen Fundstellen beschäftigen sich primär mit der Wissenszurechnung (*Spindler* in MünchKommAktG⁴ § 78 Rz 99 [= 5. Aufl. Rz 103]; *Weber* in *Hölter*, AktG² § 78 Rz 16 [= 3. Aufl. Rz 16]; *U. H. Schneider* in Scholz, AktG¹⁰ § 35 Rz 88 [= 11. Aufl. Rz 132, bearbeitet von *U. H. Schneider/S. H. Schneider*). Gemeint könnte sein, dass eine Parallele zur Wissenszurechnung besteht, weil es ebenfalls darum geht, ob die Konzernmutter Einblicke in die Interna der Konzerntochter hat (in diese Richtung *Spindler* in MünchKommAktG⁴ § 82 Rz 55 [= 5. Aufl. Rz 56], der ebenfalls in FN 2408 zitiert wird). Der Vollständigkeit halber muss erwähnt werden, dass *Obradović/Wietrzyk* ihre Ansicht sehr vorsichtig formulieren («*wird [...] vorzuwerfen sein*»).

2. Eigene Ansicht

a. Erfordernis einer teleologischen Reduktion

Nach Ansicht des Verfassers ist – hier wie stets – zunächst beim Wortlaut der fraglichen Norm anzusetzen.³⁴ Gemäss dem Wortlaut von Art 187a Abs 2 und Abs 3 PGR sind Organmitglieder, Gesellschafter, Tochtergesellschaften etc jedenfalls Dritte. Aus methodischer Sicht stellt sich die Frage, ob bei Art 187a Abs 2 und Abs 3 PGR mit Blick auf den Normzweck (Schutz des Rechtsverkehrs) der Wortlaut zu weit geraten und eine teleologische Reduktion erforderlich sein könnte.³⁵ Die argumentative Beweislast, ob eine teleologische Reduktion geboten ist und wie weit diese gegebenenfalls reicht, liegt mE bei jenen, die diese befürworten. Für ein Geschäftsleitungsorgan, das schon kraft Organstellung Kenntnisse von internen Schranken hat oder haben muss, erscheint ein Schutz durch die unbeschränkte Vertretungsmacht aber in der Tat überschüssend.³⁶ Von diesem einfach gelagerten Fall ausgehend können dann die Grenzen ausgelotet werden, für welche klar umrissenen Personengruppen³⁷

³⁴ Vgl dazu *fLOGH* 1.2.2017, 04 CG.2016.249, LES 2017, 31; *StGH* 20.2.1997, 1996/040, LES 1998, 137.

³⁵ Vgl zB *Seibt* in *Schmidt/Lutter*, AktG³ § 82 Rz 8 mwN; *Habersack/Foerster* in *Hirte/Müllbert/Roth*, GroßkommAktG⁵ § 82 Rz 17; *Weber* in *Hölter*, AktG³ § 82 Rz 11; *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, AktG⁴ § 82 Rz 18 (teleologische Gesetzeskorrektur); *Fleischer*, Reichweite und Grenzen der unbeschränkten Organvertretungsmacht im Kapitalgesellschaftsrecht, NZG 2005, 529 (535, dann auf S. 536 aber iZm Konzernunternehmen auf teleologische Reduktion abstellend, sodass klar ist, dass kein Unterschied zur hier vertretenen Auffassung besteht); ebenso *Schauer* in *Kals/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht² Rz 2/603.

³⁶ Aus Österreich *öOGH* 23.1.2020, 6 Ob 202/19b (Pkt 5.5; iZm dem Verbot der Einlagenrückgewähr); *J. Reich-Robrwig/Dibon* in *Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 74 Rz 62 (für Aufsichtsratsmitglieder); *Enzinger* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 20 Rz 54; *Zehentmayer*, Missbrauch der organschaftlichen Vertretungsmacht (2017) 185 f; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 20 Rz 22; *Rieder* in *Foglar-Deinbardstein/Aburumieb/Hoffenscher-Summer*, GmbHG § 20 Rz 28; aus Deutschland *Fleischer*, NZG 2005, 529 (535); *ders* in *Spindler/Stilz*, AktG⁴ § 82 Rz 189 (für Aufsichtsratsmitglieder); *Seibt* in *Schmidt/Lutter*, AktG³ § 82 Rz 8; *Mertens/Cahn* in *KölnerKommentarAktG³* § 82 Rz 14; *Habersack/Foerster* in *Hirte/Müllbert/Roth*, GroßkommAktG⁵ § 82 Rz 17; *Baukelmann* in *Rowedder/Schmidt-Leithoff*, GmbHG⁶ § 37 Rz 53; *Paefgen* in *Ulmer/Habersack/Löbke*, GmbHG² § 37 Rz 73; *Weber* in *Hölter*, AktG³ § 82 Rz 12; *Spindler* in MünchKommAktG⁵ § 82 Rz 51 f; im Ergebnis bereits Reichsoberhandelsgericht 29.5.1875, ROHG-Entscheidungen 19, 334 (336) (allerdings mit der exceptio doli begründet); aA gegen teleologische Reduktion zumindest bei Verkehrsgeschäften, wobei dann aber statt Evidenz genügen soll, dass sich der Pflichtverstoß aus dem Gesellschaftsvertrag ergibt, *Kleindieck* in *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG¹⁹ § 35 Rz 25; *Altmeppen* in *Roth/Altmeppen*, GmbHG⁹ § 37 Rz 49; *Beurskens* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG²² § 37 Rz 74; *Stephan/Tieves* in MünchKommGmbHG³ § 37 Rz 168; ebenfalls aA aus Österreich *U. Torggler* in *Torggler*, GmbHG § 20 Rz 26 (aber im Einzelfall Rechtsmissbrauch); ausführlicher *U. Torggler* in *Straube*, WK GmbHG (4. Lfg. 2008) § 20 Rz 40 f; hinzuweisen ist darauf, dass § 74 österreichisches AktG explizit auf Dritte abstellt, während dies bei § 82 deutsches AktG nicht (mehr) der Fall ist. Jedoch folgt daraus inhaltlich kein Unterschied (vgl zB *Spindler* in MünchKommAktG⁵ § 82 Rz 50 ff; *Fleischer*, NZG 2005, 529 [535]).

³⁷ Treffend *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, AktG⁴ § 82 Rz 18 «*abstrakt umschreibbare Fallgruppe*»; *Fleischer*, NZG 2005, 529 (535); all-

(zB Alleingesellschafter) ebenfalls eine teleologische Reduktion geboten ist. Die RL 2017/1132 über bestimmte Aspekte des Gesellschaftsrechts bzw die darin aufgegangene frühere Publizitäts-RL steht solchen Ausnahmen nicht entgegen.³⁸

b. Rechtsgeschäft mit einem Geschäftsleitungsorgan

Selbst der einfach gelagerte Fall eines Rechtsgeschäfts mit einem Geschäftsleitungsorgan ist jedoch nicht so eindeutig, wie es auf den ersten Blick scheint.³⁹ Klammert man die Problematik des In-sich-Geschäfts aus,⁴⁰ so überzeugt die teleologische Reduktion nur, falls die internen Schranken eindeutig sind (zB kein Rechtsgeschäft über Liegenschaften oder bestimmte Unternehmensanteile ohne Zustimmung des Protektors). Während Dritte keine Nachforschungsobliegenheiten über die internen Befugnisse des Vertretungsorgans treffen sollen, schuldet ein Geschäftsleitungsorgan eine Nachforschung bereits kraft seiner organschaftlichen Pflichten.⁴¹ In der Regel ist hinreichend klar, welche Befugnisse ein Vertretungsorgan intern hat. Es kann aber auch Ausnahmekonstellationen geben, bei denen ein Geschäftsleitungsorgan unverschuldet gegen eine interne Pflicht verstößt.⁴²

gemein *F. Bydliński*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff² 480; gewichtet man die Rechtssicherheit sehr hoch, könnte man sich fragen, ob der Gesetzgeber nicht im Interesse der Rechtssicherheit bewusst eine «undifferenzierte» Regelung getroffen hat und eine teleologische Reduktion damit von vornherein ausscheidet. Dies erscheint aber nicht überzeugend, zumindest wenn es gelingt, klar umrissene Fallgruppen von Personen zu bilden, die nicht als Dritte gelten (vgl dazu, allerdings iZm § 181 BGB *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft⁶ 392 f).

³⁸ *Fleischer*, NZG 2005, 529 (534 f); die RL 2017/1132 vom 14. Juni 2017 über bestimmte Aspekte des Gesellschaftsrechts wurde inzwischen in Anhang XXII des EWR-Abkommens aufgenommen (s Kundmachung vom 21. Januar 2020 des Beschlusses Nr. 200/2019 des Gemeinsamen EWR-Ausschusses, LGBL 2020/35, in Liechtenstein am 1. Februar 2020 in Kraft getreten); zur früheren Rechtslage siehe *M. Walch*, LJZ 2020, 111 (112 in FN 13); *Motal/Nicolussi*, LJZ 2019, 42 (43 in FN 6); inhaltlich wirkt sich dies nicht aus, weil der frühere Art 9 (bzw Art 10) Publizitäts-RL in der neuen RL inhaltlich unverändert aufgegangen ist.

³⁹ Ausführlich zum Folgenden *Ebner*, In-sichgeschäfte des GmbH-Geschäftsführers (Diss Uni Wien 2014) 106 ff; die Dissertation wurde nicht veröffentlicht, ist aber öffentlich zugänglich unter <https://docplayer.org/111863754-Dissertation-titel-der-dissertation-insichgeschaeftedes-gmbh-geschaefsfuehrers-verfasserinmag-daniela-ebner-angestrebter-akademischer-grad.html>; aus Deutschland ähnlich krit, wobei diese Ansicht in der Minderheit geblieben ist (s FN 36), *Altmeyen in Roth/Altmeyen*, GmbHG⁹ § 37 Rz 49; *Kleindieck in Lutter/Hommelhoff*, GmbHG¹⁹ § 35 Rz 25; *Beurskens in Baumbach/Hueck*, GmbHG²² § 37 Rz 74; *Stephan/Tieves in MünchKommGmbHG*³ § 37 Rz 168; aus Österreich ebenfalls krit *U. Torggler in Straube*, WK GmbHG (4. Lfg. 2008) § 20 Rz 40 f (der ergänzend darauf hinweist, dass ein Geschäftsführer bei verschuldeter Unkenntnis schadenersatzpflichtig wird und er daher nicht die Erfüllung des Geschäfts verlangen kann, weil er das Erhaltene sofort wiederzurückgeben müsste; dies gilt aber wohl nur, wenn der Geschäftsführer das Geschäft für eigene Rechnung abschliesst).

⁴⁰ In-sich-Geschäfte sind in diesem Beitrag generell ausgenommen.

⁴¹ *Mertens/Cahn* in KölnerKommentarAktG³ § 82 Rz 14; s ferner die Nw in FN 36.

⁴² *Ebner*, In-sichgeschäfte des GmbH-Geschäftsführers (Diss Uni Wien 2014) 111.

Zu denken ist etwa an eine unklare Rechtslage, bei der das Geschäftsleitungsorgan einen Rechtsrat einholt und auf dieser Grundlage zum Ergebnis gelangt, dass kein Verstoß vorliegt. Weshalb sollte das Geschäftsführungsorgan das Risiko für solch einen «Betriebsunfall» tragen? Nach schadenersatzrechtlichen Grundsätzen haftet das Geschäftsleitungsorgan mangels Verschuldens nicht, wenn es unrichtigen Rechtsrat einholt, wobei im Einzelfall bereits die objektive Sorgfaltswidrigkeit entfallen kann (dazu noch Pkt IX.3.e). Das Risiko trägt die Gesellschaft (Stiftung). Beim Missbrauch der Vertretungsmacht kommt es nach neuerer und zutreffender Ansicht nicht auf die vorwerfbare Pflichtwidrigkeit beim Vertretungsorgan an, sondern der Fokus liegt auf der Schutzwürdigkeit des Dritten (Pkt V). Wenn man jedoch bei gewöhnlichen Dritten nicht einmal Nachforschungen fordert, dann aber bei Organmitgliedern als Dritten selbst penibelste Nachforschungen nicht genügen lässt, resultiert daraus ein Wertungswiderspruch. Nach dem Gesetz ist die unbeschränkte Vertretungsmacht die Regel und deren ausnahmsweise Durchbrechung somit begründungsbedürftig (zur argumentativen Beweislast s bereits Pkt VI.2.a). Ausserdem könnte mit dem Missbrauch der Vertretungsmacht das Auslangen gefunden werden, weil dieser einerseits dem Fall Rechnung trägt, wonach die interne Schranke für den Geschäftsleiter evident ist, andererseits aber den Geschäftsleiter schützt, wenn er ausnahmsweise unverschuldet keine Kenntnis von der internen Schranke hat.⁴³ Gegen diese kritische Ansicht kann lediglich argumentiert werden, dass es im Interesse der Rechtssicherheit liege, Geschäftsleiter pauschal nicht als Dritte iSd Art 187a Abs 2 und Abs 3 PGR zu qualifizieren. Restlos überzeugt dies nicht, weil eine teleologische Reduktion grundsätzlich nur soweit erfolgen sollte, wie es der Normzweck gebietet. Daher müsste ein Geschäftsleiter zumindest in den wenigen Ausnahmefällen, in denen er schutzwürdig ist, auch als Dritter gelten.⁴⁴ Es ist nicht ganz klar, ob die hA, welche Geschäftsleiter pauschal nicht als Dritte anerkennt, lediglich eindeutig erkennbare Schranken im Blick hat oder die Rechtssicherheit (zu?) hoch gewichtet. Dem Folgenden soll aber jedenfalls im Ergebnis die hA⁴⁵ zugrunde gelegt werden, um eine weitere Diskussion zu ermöglichen.

c. Rechtsgeschäft mit anderer Gesellschaft bei «Doppelorganschaft»

Völlig klar sollte zunächst sein, dass es dogmatisch einen Unterschied macht, ob ein vertretungsbefugter Geschäftsleiter privat mit der Gesellschaft A (Stiftung A) ein Rechtsgeschäft abschliesst (zB ein Grundstück kauft) oder in seiner Rolle als vertretungsbefugter Geschäftslei-

⁴³ Wiederum ausführlich *Ebner*, In-sichgeschäfte des GmbH-Geschäftsführers (Diss Uni Wien 2014) 111 ff; aA zB *Schauer in Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht² Rz 2/603.

⁴⁴ Die hA kann man vielleicht mit dem Argument «retten», wonach Art 187a Abs 2 und Abs 3 PGR die Rechtssicherheit hoch gewichtet und dies auch bei Rechtsfortbildungen zu berücksichtigen ist, sodass eine überschüssende teleologische Reduktion ausnahmsweise gerechtfertigt ist, weil diese dem Ziel dient, im Interesse der Rechtssicherheit ganz klar konturierte Fallgruppen zu bilden.

⁴⁵ S FN 36.

ter einer anderen Gesellschaft B (Stiftung B).⁴⁶ Dies erfordert schon das Trennungsprinzip, wonach Verbandspersonen als eigenständige rechtliche Einheiten gelten. Lediglich wenn Gesellschaft B vom Geschäftsleiter nur vorgeschoben wird (zB wenn er Alleingesellschafter von B ist), wäre an einen Durchgriff zu denken.⁴⁷ Will man die Gesellschaft B ebenfalls vom Anwendungsbereich der Grundsätze des Missbrauchs der Vertretungsmacht ausnehmen, indem sie nicht als Dritte iSd Art 187a Abs 2 und Abs 3 PGR qualifiziert werden, muss dies daher begründet werden. Selbst in der traditionell ausführlichen deutschen Kommentarliteratur wird dieser Fall nur selten behandelt. Vereinzelt wird ausgeführt, dass es zu einer teleologischen Reduktion von § 82 Abs 1 dAktG auch dann komme, wenn die Organwalter einer Gesellschaft vertretungsberechtigte Organwalter anderer Gesellschaften sind und in deren Namen mit dem pflichtwidrig handelnden Vorstandsmitglied kontrahieren.⁴⁸ Näher begründet wird dies aber nicht. Es geht wohl darum, dass die Gesellschaft B einen Zugang zu den Interna der Gesellschaft A haben soll, wenn der vertretungsbefugte Organwalter von Gesellschaft B ein Organmitglied von Gesellschaft A ist. In Österreich hat sich bereits *Zebentmayer* mit der Frage beschäftigt.⁴⁹ Seiner Ansicht nach kann die Gesellschaft B nicht von vornherein aus dem Anwendungsbereich von § 20 Abs 2 öGmbHG (~Art 187a PGR) ausgenommen werden. Entscheidend für die Herausnahme eines Geschäftsführers von § 20 Abs 2 öGmbHG sei, dass dieser einer Pflichtenbindung gegenüber der GmbH unterliege.⁵⁰ Die Gesellschaft B treffe aber keine derartigen Pflichten.

Die Begründung von *Zebentmayer* greift etwas zu kurz. Er befindet sich auf der Linie der hA, wenn er ausführt, dass die Organstellung ein hinreichendes Argument ist, um das Organmitglied vom Anwendungsbereich der Grundsätze des Missbrauchs der Vertretungsmacht auszunehmen.⁵¹ Dies schließt aber nicht aus, dass es noch weitere Argumente gibt, die ebenfalls für sich genommen hinreichend wären, aber sich idR nicht auswir-

ken, weil das Ergebnis ohnehin feststeht. Fällt daher die Organstellung als Begründung weg, wie *Zebentmayer* völlig zutreffend ausführt, ist in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob es noch ein weiteres Argument gibt, das für eine Ausnahme vom Anwendungsbereich spricht.

(Manche) Gesellschafter und zB Mutterunternehmen eines Konzerns sind nach hA wie Organmitglieder ebenfalls vom Anwendungsbereich der Grundsätze des Missbrauchs der Vertretungsmacht ausgenommen.⁵² Diese haben zwar keine Pflicht, sich über die internen Schranken des Vertretungsorgans zu informieren. Sie haben aber immerhin eine rechtlich abgesicherte Möglichkeit, in die Interna der Gesellschaft Einsicht zu nehmen. Dies wird als noch hinreichende Begründung angesehen.⁵³ Da solche Gesellschafter vom Anwendungsbereich der Grundsätze des Missbrauchs der Vertretungsmacht von vornherein ausgenommen sind, kommt es nicht darauf an, ob diese sich konkret informierten und Kenntnis vom internen Pflichtverstoss hatten. In unserem Beispiel hat die Gesellschaft B allerdings keine rechtlich abgesicherte Möglichkeit, weil sie kein Gesellschafter von Gesellschaft A ist.

Eine Ausnahme vom Anwendungsbereich müsste daher darauf abstellen, dass die Gesellschaft B über die Interna von Gesellschaft A Bescheid weiss (oder wissen muss), weil eines ihrer Organmitglieder zugleich ein «Insider»⁵⁴ der Gesellschaft A ist.⁵⁵ Die blosse «Insiderstellung»

⁴⁶ Fragen des In-sich-Geschäfts bleiben in diesem Beitrag generell ausgeklammert.

⁴⁷ S dazu *Baukelmann* in *Rowedder/Schmidt-Leithoff*, GmbHG⁶ § 37 Rz 53; vgl dazu auch, allerdings iZm In-sich-Geschäften, die in diesem Beitrag ausgeklammert bleiben, *Burtscher*, ÖBA 2019, 901 (903).

⁴⁸ *Habersack/Foerster* in *Hirte/Mülbert/Roth*, GroßkommAktG⁵ § 82 Rz 17; zust *Seibt* in *Schmidt/Lutter*, AktG³ § 82 Rz 8; sowohl *Habersack/Foerster* als auch *Seibt* vertreten allerdings zugleich, dass Angestellte der Gesellschaft als Dritte zu sehen sind und verwickeln sich damit in einen Widerspruch (dazu unten im Text); s aber iZm Vorstandsdoublemandaten im Aktienkonzern *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, AktG⁴ § 82 Rz 23, wonach die Grundsätze über den Missbrauch der Vertretungsmacht gemeinsam mit den Grundsätzen zur Wissenszurechnung ausreichen (die dort zitierte E BGH 27.3.1985, VIII ZR 5/84, BGHZ 94, 132 = NJW 1985, 2409 hilft nicht weiter, weil die Beklagte dort nicht Teil des Konzerns war).

⁴⁹ *Zebentmayer*, Missbrauch der organschaftlichen Vertretungsmacht 207 f.

⁵⁰ *Zebentmayer*, Missbrauch der organschaftlichen Vertretungsmacht 208 und 185 f.

⁵¹ *Zebentmayer*, Missbrauch der organschaftlichen Vertretungsmacht 208 iVm 185 f.

⁵² Aus Österreich kurz *J. Reich-Robrwig/Dibon* in *Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 74 Rz 65; aus Deutschland *Seibt* in *Schmidt/Lutter*, AktG³ § 82 Rz 9; *Habersack/Foerster* in *Hirte/Mülbert/Roth*, GroßkommAktG⁵ § 82 Rz 17; vgl für den Konzern *Spindler* in *MünchKommAktG⁵ § 82 Rz 56*; tendenziell restriktiv *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, AktG⁴ § 82 Rz 20 ff; OLG Celle 7.3.2001, 9 U 137/00, NZG 2001, 409; aA *Mertens/Cahn* in *KölnerKommentarAktG³ § 82 Rz 14*, weil keine Pflicht der Konzerngesellschaft bestehe, interne Schranken zu kennen und zu respektieren.

⁵³ *Seibt* in *Schmidt/Lutter*, AktG³ § 82 Rz 9; *Weber* in *Hölter*, AktG³ § 82 Rz 13; vgl *Habersack/Foerster* in *Hirte/Mülbert/Roth*, GroßkommAktG⁵ § 82 Rz 18; die Fallgruppe Konzern ist vergleichsweise unproblematisch, wenn die Muttergesellschaft aufgrund der rechtlich abgesicherten Möglichkeit zur Einsichtnahme bei einem Rechtsgeschäft als nicht schutzbedürftig angesehen wird (jedoch ist selbst dies strittig; dafür zB *Spindler* in *MünchKommAktG⁵ § 82 Rz 56*; dagegen *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, AktG⁴ § 82 Rz 20). Im umgekehrten Fall ist zu berücksichtigen, dass die Tochtergesellschaft keine rechtlich abgesicherte Möglichkeit zur Einsichtnahme hat (vgl zB *Fleischer*, aaO Rz 22; *ders*, NZG 2005, 529 [536]; *Spindler*, aaO; aA wohl *Habersack/Foerster*, aaO). Jedoch wird dies auch von Stimmen, die im letztgenannten Fall die Grundsätze des Missbrauchs der Vertretungsmacht nicht anwenden wollen, mit spezifisch konzernrechtlichen Überlegungen begründet, welche sich auf Konstellationen jenseits des Konzerns nicht übertragen lassen, s *U. H. Schneider*, Die Vertretung der GmbH bei Rechtsgeschäften mit ihren Konzernunternehmen, Betriebsberater 1986, 201 (204): «Die Auflockerung des Grundsatzes der Unbeschränktheit und der Unbeschränkbarkeit gilt freilich nur auf der Seite der Gesellschaft und nicht auf der Seite des Gesellschafters. Die Gesellschaft, an der eine GmbH eine Beteiligung hat, braucht sich interne Beschränkungen des Geschäftsführers der beteiligten Gesellschaft nicht entgegenhalten zu lassen. Besteht ein Konzernverhältnis, so ist die Lage anders zu beurteilen [...]».

⁵⁴ Der Begriff ist untechnisch gemeint, dh kein Insider iSd Marktmissbrauchsrechts.

⁵⁵ In diese Richtung vielleicht *J. Reich-Robrwig/Dibon* in *Artmann/*

ist allerdings keine hinreichende Begründung. Dies zeigt sich an der – wiederum herrschenden – Auffassung, die Angestellte einer Gesellschaft trotz des häufig vorhandenen «Insiderwissens» gerade nicht pauschal aus dem Anwendungsbereich der Grundsätze des Missbrauchs der Vertretungsmacht herausnimmt.⁵⁶ Dem ist zuzustimmen: Sinn und Zweck von Formalvollmachten wie Art 187 f PGR ist es, Rechtssicherheit für den Rechtsverkehr zu gewährleisten, was sich – wie andernorts ausgeführt – mittelbar auch positiv auf die Gesellschaft selbst auswirkt.⁵⁷ Ausnahmen von diesen Formalvollmachten im Wege der Rechtsfortbildung sind nur so weit zulässig, als sie diesen Zweck nicht vereiteln. Bei klar umrissenen Kriterien wie einer Organstellung oder einer rechtlich abgesicherten Einsichtsmöglichkeit sind Ausnahmen vertretbar. Bei schwammigen Kriterien wie dem nebulösen Einblick in die Interna der Gesellschaft werden Sinn und Zweck von Formalvollmachten ausgehöhlt. Hinzu kommt, dass eine Gesellschaft den Grundsätzen des Missbrauchs der Vertretungsmacht leicht ausweichen könnte, indem sie dem Geschäftspartner ihre Satzung etc übermittelt und dadurch zum «Insider» über die internen Verhältnisse der Gesellschaft macht. Solch ein Verständnis würde evident gegen den Geist der (früheren) Publizitäts-RL⁵⁸ verstossen und wäre daher mE sogar EWR-rechtswidrig.⁵⁹ Auch

Karollus, AktG⁶ § 74 Rz 63 (iZm Aktionären, die «Vertrauensleute» im Aufsichtsrat haben).

⁵⁶ BAG 11.7.2017, 3 AZR 513/16, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA) 2017, 1471 (Rz 32; bei arbeitsrechtlichen Entscheidungen ist stets Vorsicht geboten, ob sie sich auf andere Rechtsgebiete übertragen lassen, weil im Arbeitsrecht spezifische Prinzipien wie das soziale Schutzprinzip gelten; die vorliegende Entscheidung lässt sich aber zweifellos übertragen, wofür auch spricht, dass die Begründung explizit auf die Rechtslage im Gesellschaftsrecht abstellt und *Spindler* zitiert); *Seibt* in *Schmidt/Lutter*, AktG³ § 82 Rz 8; *Spindler* in *MünchKommAktG⁵* § 82 Rz 54; *Weber* in *Hölterers*, AktG³ § 82 Rz 20; *Dauner/Lieb* in *Henssler/Strohn*, Gesellschaftsrecht⁴ § 82 AktG Rz 5; *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, AktG³ § 82 Rz 24 (explizit gegen *Mertens/Cahn*: die Ausnahme gelte nur für korporative Insider); *Fleischer*, NZG 2005, 529 (536 f); aA *Mertens/Cahn* in *KölnerKommentarAktG³* § 82 Rz 15, die allerdings darauf abstellen, dass die Angestellten zwar keine organschaftliche, aber eine dienstvertragliche Pflicht haben, interne Schranken zu kennen und zu respektieren; *Baukelmann* in *Rowedder/Schmidt-Leithoff*, GmbHG⁶ § 37 Rz 53 (ebenfalls mit dem Argument, dass eine entsprechende dienstvertragliche Pflicht bestehen könne).

⁵⁷ *M. Walch*, IJZ 2020, 111 (113).

⁵⁸ Nunmehr Art 9 RL (EU) 2017/1132.

⁵⁹ Ob gegen Art 9 Abs 1 UAbs 2 letzter Satz RL (EU) 2017/1132 («Allein die Bekanntmachung der Satzung reicht zu diesem Beweis nicht aus.»; umgesetzt in Art 187a Abs 2 PGR) dem Wortlaut nach verstossen wird, hängt davon ab, ob mit «Bekanntmachung» (englisch «Disclosure of the statutes»; französisch «La seule publication des statuts») nur die Bekanntmachung in einem öffentlich zugänglichen Register (Handelsregister; Firmenbuch; etc) gemeint ist oder auch die individuelle Bekanntmachung (insoweit unklar auch *Lutter/Bayer/Schmidt*, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht⁶ Rz 18.77 [die ausserdem versehentlich auf Bekanntmachung in der Satzung statt Bekanntmachung der Satzung abstellen]; *Kalss/Klampfl* in *Dausers/Ludwigs*, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts⁴⁹, 118 E. III. Rz 247 [-selbst wenn solche Beschränkungen offengelegt sind]). Vorbehaltlich einer näheren Überprüfung wird wohl die Bekanntmachung in einem öffentlichen Register gemeint sein, womit dem Wortlaut nach kein Verstoss gegen die Bestimmung vorliegen dürfte. Auch dann kann es aber nicht rechtens sein, dass die Regelung, wonach keine Nach-

aus praktischer Sicht würden sich schwierige Fragen stellen. Denkt man an eine Gesellschaft, die eine andere Gesellschaft übernehmen will und in diesem Zuge regelmässig Einblick in die Interna des Targets erhält (Due-Diligence-Prüfung). Sollen hier die Grundsätze des Missbrauchs der Vertretungsmacht von vornherein nicht anwendbar sein? Das «restriktive» Verständnis der hA ist auch sachgerecht. Auf einen Angestellten, der vom Anwendungsbereich der Grundsätze des Missbrauchs der Vertretungsmacht nicht von vornherein ausgenommen ist, finden ja die Grundsätze des Missbrauchs der Vertretungsmacht Anwendung.⁶⁰ War die Überschreitung der internen Schranken für ihn evident⁶¹, kommt er nicht in den Genuss der unbeschränkten Vertretungsmacht.

Hat die Gesellschaft A einen Angestellten C, der zugleich Vertretungsorgan der Gesellschaft B ist und in dieser Funktion ein Rechtsgeschäft mit Gesellschaft A abschliesst, ist die Gesellschaft B Dritter iSd Art 187a Abs 2 und Abs 3 PGR. Ist nämlich der Angestellte selbst Dritter, muss dies erst Recht für die durch ihn vertretene Gesellschaft B gelten. Nichts anderes kann aber gelten, wenn C nicht nur Angestellter, sondern Organmitglied von Gesellschaft A ist. Gesellschaft B hat keine rechtlich abgesicherte Möglichkeit, in die Interna von Gesellschaft A Einblick zu nehmen. Auch C kann ihr diese nicht verschaffen. C kann Gesellschaft B nämlich lediglich Wissen über die Interna von Gesellschaft A vermitteln, entweder durch Mitteilung dieses Wissens oder im Wege der Wissenszurechnung. Die rein faktische «Insiderstellung» führt aber entsprechend der hA nicht dazu, dass Gesellschaft B kein Dritter iSd Art 187a Abs 2 und Abs 3 PGR mehr wäre.

Dieses Ergebnis ist wiederum sachgerecht. Die Besonderheit von Gesellschaft B im Vergleich zu «gewöhnlichen» Gesellschaften liegt darin, dass sie über einen «Insider» in Gesellschaft A verfügt. Dem kann Rechnung getragen werden, indem das Wissen des Insiders der Gesellschaft B zugerechnet wird.⁶² Auch mit Blick auf die daraus resultierenden Konsequenzen überzeugt das Ergebnis. Ist eine Person von vornherein von Art 187a Abs 2 und Abs 3 PGR ausgeschlossen (dh nicht Dritter), kommt es nicht darauf an, ob sie die Überschreitung der internen Befugnis überhaupt erkennen konnte. Das ist wie erwähnt sogar bei Organmitgliedern problematisch (Pkt VI.2.b). Bei Personen, die überhaupt keine rechtliche Verbindung zur vertretenen Gesellschaft haben, wäre dies jedenfalls überschüssend und eine Wissenszurechnung in Kombination mit den Grundsätzen des Missbrauchs der Vertretungsmacht reicht völlig aus.

forschungspflichten bestehen sollen und Evidenz oder grobe Fahrlässigkeit gefordert wird, einfach «umgangen» werden kann, indem dem die Gesellschaft dem Vertragspartner die Satzung etc zusendet.

⁶⁰ Vgl dazu insoweit *Mertens/Cahn* in *KölnerKommentarAktG³* § 82 Rz 17 f.

⁶¹ Bzw hat er diese grob fahrlässig nicht erkannt; vgl dazu *M. Walch*, IJZ 2020, 111 (insb 119).

⁶² Vgl *Zebentmayer*, Missbrauch der organschaftlichen Vertretungsmacht 208; in diese Richtung auch *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, AktG³ § 82 Rz 23 (iZm Vorstands Doppelmandaten im Aktienkonzern).

Hinzu kommt ein weiteres Argument:⁶³ Die Gesellschaft B darf nicht die Leidtragende eines ihrer Organmitglieder sein, welches gegen seine internen Pflichten gegenüber Gesellschaft A verstösst. Organmitglieder sind kraft ihrer Stellung gehalten, die verbandsinterne Zuständigkeitsverteilung zu beachten, und werden daher «mit dem Einwand eigener Pflichtvergessenheit nicht gebört».⁶⁴ Es ist zumindest gut vertretbar (vgl Pkt VI.2.b), diese vom Anwendungsbereich von Art 187a Abs 2 und Abs 3 PGR auszunehmen, falls sich die Pflichtvergessenheit nur zu Lasten des Organmitglieds selbst auswirkt. Wägt man dagegen die Interessen zwischen Gesellschaft A und Gesellschaft B ab, ist Gesellschaft B definitiv schutzwürdiger als Gesellschaft A, weil das Organmitglied seine Pflichten gegenüber Gesellschaft A verletzt (s dazu auch noch Pkt VIII.6.b). Die Kombination des Missbrauchs der Vertretungsmacht mit der Wissenszurechnung (dazu noch Pkt VIII) trägt dem Rechnung, weil nur vorhandenes Wissen der Gesellschaft B schadet.

d. Zwischenfazit

Karollus und *Schauer* zeigen zu Recht auf, dass ein Diskussionsbedarf besteht, ob die Stiftung B als Dritter iSd Art 187a Abs 2 und Abs 3 PGR zu qualifizieren ist. Im Ergebnis ist *Karollus* – und zuvor schon *Zebentmayer* – zuzustimmen, wonach aus der Doppelorganschaft nicht folgt, dass die Stiftung B kein Dritter iSd Bestimmung ist.

VII. Voraussetzungen auf Seiten des Dritten

1. Die neuere Rsp in Österreich und Deutschland

Auf Seiten des Dritten ist in der neueren österreichischen und deutschen Rsp anerkannt, dass die Kenntnis des Dritten von der Überschreitung ausreicht, es darüber hinaus aber auch genügt, wenn sich die Überschreitung dem Dritten «geradezu aufdrängen musste»⁶⁵ bzw diese «evident»⁶⁶ war.⁶⁷

2. Die Rechtslage in Liechtenstein

So «einfach» wie in Österreich und Deutschland könnte die Rechtslage auch in Liechtenstein sein – und mE ist sie dies auch (vgl aber noch zur Kritik *Schauers* Pkt IX). Angesichts des Wortlauts von Art 187a Abs 2 und Abs 3 PGR, der darauf abstellt, ob die Überschreitung der internen Schranke «bekannt sein musste», wäre lediglich zu erwägen, in Liechtenstein nicht «Evidenz» zu fordern,⁶⁸

sondern stattdessen grobe Fahrlässigkeit, weil «bekannt sein musste» tendenziell eher für Fahrlässigkeit denn für Evidenz spricht. Hierbei handelt es sich um aber eine Detailfrage, deren praktische Relevanz nicht überschätzt werden sollte.

Der fLOGH ist in einer früheren Entscheidung vom Erfordernis einer groben Fahrlässigkeit auf Seiten des Dritten ausgegangen.⁶⁹ Die Entscheidung orientiert sich stark an der «Fehringler»-Judikatur des öOGH, welche auf Verstöße gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr abstellt.⁷⁰ Der fLOGH hat diese Ansicht – mit Billigung des StGH –⁷¹ entsprechend auf Fälle jenseits der verbotenen Einlagenrückgewähr übertragen. Angesichts der aktuellen Leitentscheidung des öOGH zum Missbrauch der Vertretungsmacht stellt sich in Österreich die Frage, wie die Anforderungen der «Fehringler»-Judikatur mit den aktuellen Grundsätzen zum Missbrauch der Vertretungsmacht zusammenspielen.⁷² Auch in Liechtenstein, wo die «Fehringler»-Judikatur wie erwähnt auf Fälle jenseits der Einlagenrückgewähr übertragen wurde, wird sich der fLOGH entscheiden müssen, ob er an der bisherigen Rsp festhält oder sich stärker an die Leitentscheidung des öOGH anlehnt und künftig Evidenz fordert.⁷³ Praxisrelevant wäre dies vor allem dann, wenn man davon ausginge, dass bei Evidenz keinerlei Nachforschungsobliegenheiten bestünden.⁷⁴ Jedoch schliesst mE auch Evidenz als Massstab nicht aus, dass entsprechend der «Fehringler»-Judikatur bei hochverdächtigen Konstellationen ausnahmsweise eine schwach ausgeprägte Nachforschungsobliegenheit besteht.⁷⁵

In meinem von *Schauer* kritisierten Beitrag habe ich offengelassen, ob Evidenz oder grobe Fahrlässigkeit zu fordern ist.⁷⁶ Beide Ansichten sind mE für Liechtenstein gut vertretbar, obwohl mit Blick auf den Wortlaut von Art 187a Abs 2 und Abs 3 PGR und die Entscheidung des fLOGH wohl die leicht überwiegenden Gründe für grobe Fahrlässigkeit sprechen.

⁶³ Vgl bereits in anderem Zusammenhang *M. Walch*, LJZ 2020, 111 (122 f).

⁶⁴ Treffend *Fleischer*, NZG 2005, 529 (535 f); ders in *Spindler/Stilz*, AktG⁴ § 82 Rz 19.

⁶⁵ BGH 8.1.2019, II ZR 364/18, NJW 2019, 1512; vgl BGH 10.4.2006, II ZR 337/05, NJW 2006, 2776

⁶⁶ öOGH 25.4.2019, 6 Ob 35/19v.

⁶⁷ S aber *Schopper/Trenker* in *Torggler*, UGB³ § 50 Rz 6 und in der Folge *Schopper/M. Walch* in *Zib/Dellinger*, UGB § 115 Rz 51 (Formalvollmacht), wonach auf Seiten des Dritten Kenntnis vom Hinwegsetzen über den Widerspruch erforderlich ist. Die Evidenz spielt demnach auf der Beweisebene eine Rolle (vgl zu dieser Ansicht FN 196). Für diese Ansicht sprechen auch gute Gründe, sie entspricht aber nicht der öhA, auf die dieser Beitrag im Zweifel aufbaut.

⁶⁸ So nunmehr öOGH 25.4.2019, 6 Ob 35/19v.

⁶⁹ fLOGH 6.12.2013, 07 CG.2011.218, LES 2014, 40.

⁷⁰ öOGH 25.6.1996, 4 Ob 2078/96h; RIS-Justiz RS0105536; zuletzt öOGH 2.5.2019, 17 Ob 5/19p; in Liechtenstein ist die Problematik der Verstöße gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr nicht so relevant wie in Österreich.

⁷¹ StGH 1.9.2014, 2014/003, GE 2015, 75.

⁷² *Zebentmayer*, Missbrauch der Vertretungsmacht des Stiftungsvorstands, ZFR 2019, 398 (401); anders *Burtscher*, ÖBA 2019, 901 (905), wonach sich die Rsp kaum auf einen einheitlichen Sorgfaltsmassstab festlegen wird, weil die Fallgestaltungen der Praxis zu vielfältig sind. Dies ist aber nicht restlos überzeugend, weil ja ein Massstab wie grobe Fahrlässigkeit oder Evidenz genügend Raum lässt, um an einzelne Fälle angepasst zu werden.

⁷³ Wie erwähnt, spricht in Liechtenstein der Wortlaut von Art 187a Abs 2 und Abs 3 PGR tendenziell für grobe Fahrlässigkeit. Nimmt man grobe Fahrlässigkeit in diesen Fällen an, sollte dies auch für die Überschreitung anderer Formalvollmachten (zB Prokura) gelten.

⁷⁴ In diese Richtung *U. Torggler* in *Straube*, WK GmbHG (4. Lfg. 2008) § 20 Rz 44; *Schauer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht² Rz 2/601; womöglich auch *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 20 Rz 26.

⁷⁵ Vgl dazu auch *Karollus*, ZFS 2020, 3 (6).

⁷⁶ *M. Walch*, LJZ 2020, 111 (118 ff).

3. Wissenmüssen um die Überschreitung der internen Schranke

Das Wissenmüssen des Dritten bezieht sich nicht nur auf die interne Schranke selbst, sondern auf die konkrete Überschreitung dieser internen Schranke durch den Vertreter.⁷⁷ Häufig wird dies Hand in Hand gehen. Darf zB eine Stiftung Grundstücke oder Anteile an konkreten unternehmenstragenden Gesellschaften nur mit Zustimmung des Protektors veräussern, wird für einen Dritten die Überschreitung dieser internen Schranke idR evident sein, wenn er Kenntnis von dieser Statutenbestimmung hat und keine Zustimmung des Protektors vorliegt. Allerdings kann die Zustimmung des Protektors zB unwirksam (§ 879 ABGB) sein. Dies wirkt sich dann im Unterschied zu aussenwirksamen Schranken nicht zu Lasten des Dritten aus.

Ein wesentlicher Kritikpunkt an der Entscheidung des FLOGH ist, dass dieser vorschnell von der Kenntnis der internen Schranke durch den Dritten (Stiftung B bzw deren Stiftungsrat) auf ein Kennen oder Kennenmüssen der konkreten Überschreitung geschlossen hat. Erkennt man, dass auf Seiten des Dritten grobe Fahrlässigkeit oder Evidenz vorliegen muss und überdies nur sehr geringe Nachforschungsobliegenheiten bestehen, erscheint es nach dem veröffentlichten Sachverhalt ausgeschlossen, ein Wissenmüssen der Stiftungsräte von Stiftung B anzunehmen (zur Kritik an diesem Zwischenergebnis s Pkt IX).

VII. Wissenszurechnung

1. Relevanz für den Missbrauch der Vertretungsmacht

Die Entscheidung des FLOGH ist vor allem deshalb über den Anlassfall hinaus von Bedeutung, weil Stiftungsratsmitglieder von Stiftung B nach Ansicht des FLOGH zugleich Protektoren in Stiftung A waren (idF: «Doppelorganschaft»). Damit stellen sich grundlegende Fragen der Wissenszurechnung. Die Verbindung zwischen Wissenszurechnung und dem Missbrauch der Vertretungsmacht besteht darin, dass ein Dritter (Stiftung B) uU nicht schutzwürdig ist, wenn er aufgrund der Doppelorganschaft eines seiner Organmitglieder wissen müsste, dass der Vertreter (von Stiftung A) beim Rechtsgeschäft eine interne Schranke überschreitet.

2. Gleichstellungsthese (Gleichstellungsprinzip)

Hinter der Wissenszurechnung steht die Überlegung, dass jemand, der eine arbeitsteilige Organisation einrichtet, nicht gegenüber einer natürlichen, allein handelnden Person bevorzugt werden soll, bei der sich das gesamte Wissen (und Wissenmüssen) konzentriert.⁷⁸ Mit anderen

Worten: Wissensdefizite, die daraus resultieren, dass das Wissen auf viele Personen aufgeteilt wird, sollen nicht zu Lasten eines Dritten (Vertragspartner) gehen. Dahinter steht wiederum das allgemeinere Prinzip, wonach derjenige, der Vorteile aus der arbeitsteiligen Organisation zieht, auch die daraus resultierenden Nachteile tragen soll. Ähnliche Überlegungen bilden zB auch die sachliche Rechtfertigung für die Erfüllungsgehilfenhaftung (§ 44 Schlussabteilung PGR [aus der Schweiz rezipiert]; in Österreich § 1313a ABGB).⁷⁹ Durch Erfüllungsgehilfen kann der Aktionsradius erweitert werden, jedoch sind dann auch die damit verbundenen Risiken zu tragen, um die Stellung von Dritten durch den Gehilfeneinsatz nicht zu verschlechtern.⁸⁰ Die Überlegungen münden in einer «Gleichstellungsthese» (oder auch «Gleichstellungsprinzip»),⁸¹ die in Liechtenstein bereits anerkannt ist.⁸² Eine Verbandsperson muss sich jedes Wissen der zuständigen Machthaber zurechnen lassen, wie die natürliche Person die eigenen Kenntnisse.⁸³

3. Zurechnung vorhandenen Wissens

Hätte (zumindest) ein Protektor von Stiftung A, der zugleich Organmitglied in Stiftung B war, Kenntnis von der Überschreitung einer internen Schranke in Stiftung A gehabt, wäre der Fall im Lichte der Gleichstellungsthese vergleichsweise einfach zu lösen gewesen.

Beispiel: C ist sowohl Protektor in Stiftung A als auch Protektor (nicht Stiftungsratsmitglied wie im FLOGH-Fall) in Stiftung B. Stiftung A schliesst ein Rechtsgeschäft mit Stiftung B ab, das eine interne Schranke bei Stiftung A verletzt (Überschreitung des Stiftungszwecks; Fehlen eines internen Zustimmungserfordernisses; etc). C erlangt in seiner Rolle als Protektor der Stiftung A Kenntnis von der Überschreitung der internen Schranke (nicht bloss Kenntnis von den Statuten wie im FLOGH-Fall). Geht man davon aus, dass C diese Information an den Stiftungsrat von B weiterleiten darf (keine Geheimhaltungspflicht gegenüber A)⁸⁴ und leitet C diese Information nicht an B weiter, erscheint es zumindest vertretbar, B die Kenntnis von der Überschreitung zuzurechnen, obwohl der für B

her grundsätzlich keine Wissenszurechnung bei unterschiedlichen Behörden).

⁷⁹ Vgl *Trenker*, Insolvenzanfechtung 96; vgl bereits *Iro*, Banken und Wissenszurechnung, ÖBA 2001, 3 (8), der aus § 337 öABGB und § 1313a öABGB ein Prinzip ableitet, wonach der Einsatz von Gehilfen Dritte nicht schlechter stellen soll.

⁸⁰ *F. Bydliński*, System und Prinzipien 207 f; *Karner in Koziol/Bydliński/Bollenberger*, ABGB⁶ § 1313a Rz 1; vgl öOGH 21.2.2017, 4 Ob 148/16t.

⁸¹ S zB *Trenker*, Insolvenzanfechtung 95 (Gleichstellungsthese); *Schauer in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 26 Rz 23 (Gleichstellungsprinzip); vgl auch, wobei die hier interessierenden Aspekte des Gleichstellungsprinzips nicht behandelt werden, *F. Bydliński*, System und Prinzipien 145 f.

⁸² FLOGH 3.11.2005, 01 CG.2003.209, LES 2006, 357; *Motal/Nicolussi*, LJZ 2019, 42 (55); vgl auch FLOGH 8.6.2006, 08 CG.2004.63, LES 2007, 208.

⁸³ *Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁵ Rz 254; *B. A. Koch in Koziol/Bydliński/Bollenberger*, ABGB⁶ § 26 Rz 15.

⁸⁴ Vgl dazu *Motal/Nicolussi*, LJZ 2019, 42 (57); *Schopper*, Informationsweitergabe und Wissenszurechnung im Konzern, in *Artmann/Rüffler/Torggler*, Konzern – Einheit oder Vielheit? (2019) 101 (123); BGH 26.4.2016, XI ZR 108/15, NJW 2016, 2569.

⁷⁷ S die Nw in FN 193.

⁷⁸ *Trenker*, Insolvenzanfechtung gesellschaftsrechtlicher Maßnahmen (2012) 95 f; BGH 14.1.2016, I ZR 65/14, NJW 2016, 3445 (Rz 61); BGH 26.6.2007, XI ZR 277/05, NJW 2007, 2989 (Rz 14); BGH 13.1.2004, XI ZR 355/02, NJW 2004, 1868; BGH 15.4.1997, XI ZR 105/96, NJW 1997, 1917; BGH 2.2.1996, V ZR 239/94, NJW 1996, 1339; vgl auch BGH 8.12.1989, V ZR 246/87, NJW 1990, 975 (allerdings mit öffentlich-rechtlichem Einschlag, weil es um eine Gemeinde geht); BGH 24.1.1992, V ZR 262/90, NJW 1992, 1099 (allerdings nur für nach aussen tretende Funktionseinheiten, da-

handelnde Stiftungsrat in diesem Beispiel keine Kenntnis von der Überschreitung hatte. C hat nämlich in seiner Rolle als Protektor der Stiftung B gegen die Pflicht zur Weiterleitung des Wissens verstossen und B könnte die Nachteile für dieses Fehlverhalten tragen müssen.⁸⁵ Klar ist dies aber nicht. Die hA in Österreich und Deutschland ist bei der Zurechnung von vorhandenem Wissen eines Aufsichtsratsmitglieds an dessen Gesellschaft nämlich sehr restriktiv,⁸⁶ was auch in Liechtenstein für jene Protektoren gelten wird, die ähnlich einem Aufsichtsratsmitglied nur eine Kontrollfunktion erfüllen.⁸⁷ Geht man ausserdem mit dem BGH davon aus, dass grundsätzlich nur dienstliches Wissen zugerechnet wird,⁸⁸ wäre das Wissen womöglich (auch) deshalb nicht zuzurechnen, weil es nicht iZm der Tätigkeit für B erlangt wurde.⁸⁹ Dies muss in diesem Rahmen aber nicht abschliessend geklärt werden.

Im fLOGH-Fall ist die Zurechnung vorhandenen Wissens leichter zu begründen, weil C als Protektor von Stiftung A zugleich handelndes Stiftungsratsmitglied von Stiftung B war. Bei organschaftlichen Vertretern ist jedenfalls auch privat erlangtes Wissen zuzurechnen.⁹⁰ Wis-

sen, das ein Stiftungsratsmitglied in seiner Funktion als Organmitglied einer anderen Stiftung erfahren hat, ist der Stiftung zuzurechnen.⁹¹ Hätte also C in seiner Eigenschaft als Protektor erfahren, dass bei Stiftung A eine interne Schranke überschritten wird (zB weil ein Rechtsgutachten eingeholt wird und dies zum eindeutigen Ergebnis gelangt, dass eine Überschreitung vorliegt), wäre dieses Wissen ohne weiteres Stiftung B zuzurechnen gewesen.⁹² Folgte man jener Ansicht, wonach jegliches vorhandene Wissen eines vertretungsbefugten Organs (Stiftungsrat) der Verbandsperson zuzurechnen ist,⁹³ unabhängig davon, ob diese handelt, wäre das Wissen um die Überschreitung sogar dann zuzurechnen gewesen, wenn C nicht am Abschluss des Rechtsgeschäfts zwischen A und B beteiligt gewesen wäre. Diese Ansicht ist aber bereits für Österreich und Deutschland nicht überzeugend,⁹⁴ in Liechtenstein widerspricht sie überdies dem klaren Wortlaut von Art 185 Abs 1 PGR und ist daher schon deshalb abzulehnen.⁹⁵ Entscheidend wäre nach Art 185 Abs 1 PGR, ob C es schuldhaft («bösgläubig») unterlässt, die Information an die handelnden Personen von A und/oder B weiterzuleiten. Im fLOGH-Fall war dies nicht entscheidungserheblich, weil die (in diesem Absatz unterstellt) wissenden Protektoren von Stiftung A ohnedies handelnde Stiftungsratsmitglieder waren.

4. Keine pauschale Zurechnung fiktiven Wissens bei Doppelorganschaft.

Im Vergleich zur Zurechnung vorhandenen Wissens ist die Zurechnung fiktiven Wissens komplexer und vielschichtiger. Daher empfiehlt es sich, zunächst allgemein auf die Zurechnung fiktiven Wissens bei Doppelorgan-

⁸⁵ Vgl. Koch in Hüfner/Koch, AktG¹⁴ § 112 Rz 7 (wenn gegen Wissensorganisationspflicht verstossen wurde).

⁸⁶ Schopper in Artmann/Rüfner/Torggler, Konzern 123; Schopper in Haberer/Krejci, Konzernrecht Rz 16.103; Koch in Hüfner/Koch, AktG¹⁴ § 112 Rz 7; Habersack in MünchKommAktG⁵ § 112 Rz 26 f; vgl. idZ auch öOGH 18.3.2016, 9 ObA 58/15t, wo sogar in einem Konzern das Wissen der Prokuristin der Muttergesellschaft nicht zugerechnet wurde, weil diese lediglich für das Finanz- und Rechnungswesen, Steuern, Buchhaltung und Bilanzierung zuständig war.

⁸⁷ In diese Richtung *Motal/Nicolussi*, LJZ 2019, 42 (54 und 57). Entsprechend der Rechtslage in Deutschland und Österreich, wo ein Zustimmungsrecht (vgl. § 111 Abs 4 dAktG; § 95 Abs 5 öAktG) des Aufsichtsrats offenbar nichts an der fehlenden Wissenszurechnung ändert, müsste auch bei einem Zustimmungsrecht eines Protektors nicht per se eine Wissenszurechnung greifen, was aber noch einer vertieften Prüfung bedürfte (missverständlich, aber wohl wie hier *Motal/Nicolussi*, aaO).

⁸⁸ BGH 26.6.2007, XI ZR 277/05, NJW 2007, 2989 (Rz 14); BGH 14.1.2016, I ZR 65/14, NJW 2016, 3445 (Rz 61); vgl. auch öOGH 30.10.2014, 8 Ob 51/14d für den Gehilfen (zur Hausverwaltervollmacht, auf welche die Rsp §§ 1002 ff ABGB angewendet); *Aicher in Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 26 Rz 32; ferner fLOGH 8.6.2006, 08 CG.2004.63, LES 2007, 208.

⁸⁹ Für die Einordnung als privat erlangtes Wissen *Schürmbrand*, Wissenszurechnung im Konzern – unter besonderer Berücksichtigung von Doppelmandaten, ZHR 181 (2017) 357 (375 ff); ähnlich *Thomale*, Wissenszurechnung im Gesellschaftsstrafrecht – deutsche Unternehmen vor französischen Strafgerichten, AG 2015, 641 (649); offenlassend Koch in Hüfner/Koch, AktG¹⁴ § 78 Rz 26; vgl. idZ auch, allerdings ausgehend von anderen Prämissen, jüngst *Guski*, Was wissen Verbände? Zur «Wissenszurechnung» im Gesellschaftsrecht, ZHR 184 (2020) 363 (384): «Privat erlangtes Wissen von Organwaltern bleibt so lange systemfremd, als es nicht Gegenstand der Verbandskommunikation geworden, d.h. registriert, dokumentiert, mitgeteilt oder in anderer Form prozessiert worden ist. Entsprechendes gilt für das Wissen von Organwaltern und Gesellschaftern, die in mehreren Gesellschaften tätig bzw. beteiligt sind: Es lässt sich der jeweiligen Gesellschaft dann zurechnen bzw. als Gesellschaftswissen ansehen, wenn es Gegenstand der verbandsinternen Kommunikation geworden ist; daran sind jedoch, wie gesagt, keine hohen Anforderungen zu stellen.»

⁹⁰ Schauer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 26 Rz 23; *Motal/Ni-*

colussi, LJZ 2019, 42 (53); vgl. öOGH 10.12.1996, 5 Ob 2397/96b; öOGH 17.7.2013, 3 Ob 23/13y.

⁹¹ Insoweit völlig zutreffend *Motal/Nicolussi*, LJZ 2019, 42 (55) unter Berufung auf *Riemer* in BernKommZGB (1993) Art 54/55 Rz 47 (der ebenfalls nur auf Wissen abstellt, das erworben wurde, dh nicht auf fiktives Wissen).

⁹² *Karollus*, ZfS 2020, 3 (8); vgl. dazu fLOGH 2.12.2004, 01 CG.2003.269, LES 2006, 126, wo eine Person in zwei Stiftungen Stiftungsrat war und Geld unrechtmässig von einer Stiftung an die andere transfertiert wurde. Der zweiten Stiftung war das Wissen zuzurechnen.

⁹³ fLOGH 3.11.2005, 01 CG.2003.209, LES 2006, 357; öOGH 13.11.1979, 5 Ob 613/79; *Schauer in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 26 Rz 23; BGH 8.12.1989, V ZR 246/87, NJW 1990, 975; BGH 15.5.2018, 1 StR 159/17, BeckRS 2018, 24407 (Rz 199): Jedes Wissen eines Organmitglieds; allerdings handelt es sich um keinen Zivil-, sondern einen Strafsenat; *Wicke*, GmbHG⁴ § 35 Rz 22; zur Gegenansicht s FN 94.

⁹⁴ *U. Torggler in Straube*, WK GmbHG (4. Lfg. 2008) § 19 Rz 9; *U. Torggler in Torggler*, GmbHG § 19 Rz 4; *Trenker*, Insolvenzanfechtung 92 ff mit ausführlicher Begründung; *Kleindieck in Lutter/Hommelhoff*, GmbHG¹⁹ § 35 Rz 58 ff; *Altmeyen in Roth/Altmeyen*, GmbHG⁹ § 35 Rz 112; *Grigoleit*, ZHR 181 (2017) 160 (187 f).

⁹⁵ Treffend *Motal/Nicolussi*, LJZ 2019, 42 (56) gegen fLOGH 3.11.2005, 01 CG.2003.209, LES 2006, 357; in Österreich stellt auch § 337 öABGB (zur Relevanz von § 337 öABGB für die Wissenszurechnung s *U. Torggler in Straube*, WK GmbHG [4. Lfg. 2008] § 19 Rz 9) auf handelnde Machthaber ab, was tendenziell gegen die öhA spricht, aber wohl einen Auslegungsspielraum schafft. Dagegen ist Art 185 Abs 1 PGR völlig eindeutig. § 337 fABGB wurde in Liechtenstein bereits 1923 aufgehoben (LGBl 1923/4; s bereits *Motal/Nicolussi*, LJZ 2019, 42 [55]).

schaften einzugehen. Hierfür bietet sich eine Entscheidung des deutschen BGH an:⁹⁶ *«Die Zurechnung findet zu Lasten der juristischen Person oder Personengesellschaft statt, nicht zu Lasten ihrer Organe oder vertretungsberechtigten Mitglieder [Fundstellen nicht abgedruckt]. Die Zurechnung steht der Geltendmachung von Unkenntnis entgegen, ohne dass sie eine tatsächlich fehlende Kenntnis ersetzt. Die nach der Rechtsprechung des Senats vorzunehmende Zurechnung von Wissen ist daher grundsätzlich nicht geeignet, „Wissen“ eines personenidentischen Organs einer anderen juristischen Person oder eines personenidentischen Mitglieds einer Gesamthandsgesellschaft außerhalb derjenigen Struktureinheit zu begründen, deren Aufgaben wahrzunehmen waren.»*⁹⁷

Nach dem veröffentlichten Sachverhalt ging es etwas vereinfacht darum, dass ein Beklagter (B) zugleich vertretungsbefugter Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR; ~einfache Gesellschaft) und Geschäftsführer der S GmbH war. Ein Schreiben, das der GbR zugehen hätte müssen, war an die S-GmbH adressiert. Das Schreiben wurde von K angenommen, die es aber nicht an B weitergegeben hatte, der somit keine Kenntnis erlangte. Nunmehr stellte sich die Frage, ob das Wissen der K der S-GmbH zuzurechnen sei, B als Geschäftsführer der S GmbH davon Kenntnis haben musste (Wissenszurechnung) und der GbR aufgrund der «Doppelorganschaft» dieses Kennenmüssen zuzurechnen sei. Der BGH lehnte dies mit der oben referierten Begründung ab. B musste in seiner Rolle als Gesellschafter der GbR nicht nachforschen, ob die S GmbH (bei der er Geschäftsführer war) über eine Information verfügt, welche für die GbR relevant sein könnte.

Der BGH-Fall weist einige Parallelen zum hier interessierenden Fall auf. Hier wie dort besteht die Frage nämlich letztlich darin, ob fiktives Wissen zugerechnet werden soll, wenn eine Person als Organmitglied einer juristischen Person (Verbandsmitglied; Stiftung A bzw S GmbH) in ihrer Rolle als Organmitglied einer anderen juristischen Person (oder Gesellschaft) über eine Information nicht Bescheid wusste, aber hätte wissen müssen. Der BGH erkennt an, dass ein Wissenmüssen der S GmbH zugerechnet werden könnte, kann die Frage aber offenlassen. Jedoch kann dieses Wissenmüssen keinesfalls aufgrund der Doppelorganschaft der GbR als Wissen zugerechnet werden. Es besteht aber auch ein Unterschied: Im fLOGH-Fall schloss die Stiftung A mit Stiftung B ein Rechtsgeschäft ab, während beim BGH-Fall das Rechtsgeschäft mit einem Aussenstehenden abgeschlossen wurde.

⁹⁶ Für die Berücksichtigung des österreichischen und deutschen Meinungsstands bereits *Motal/Nicolussi*, LJZ 2019, 42 (55); vgl dazu auch fLOGH 8.6.2006, 08 CG.2004.63, LES 2007, 208 (Österreich und ergänzend Schweiz); fLOGH 3.11.2005, 01 CG.2003.209, LES 2006, 357 (Österreich); die Diskussion in Deutschland beeinflusst die Diskussion in Österreich stark (s zB *Trenker*, Insolvenzanfechtung 89 ff), sodass diese jedenfalls mittelbar auch in Liechtenstein relevant ist

⁹⁷ BGH 13.10.2000, V ZR 349/99, NJW 2001, 359; aA *U. H. Schneider/S. H. Schneider* in Scholz, GmbHG¹¹ § 35 Rz 132.

Dies mündet in Zwischenergebnis 1: Es gibt keine pauschale Zurechnung fiktiven Wissens aufgrund einer Doppelorganschaft. Zu untersuchen bleibt, ob es spezifische Konstellationen geben kann, in denen eine Zurechnung fiktiven Wissens ausnahmsweise geboten ist.

5. Ausnahmsweise Zurechnung fiktiven Wissens bei Doppelorganschaft.

Für den nächsten Schritt bietet sich eine Entscheidung des öOGH an.⁹⁸ Hierbei handelt es sich um eine der zahlreichen Entscheidungen über die «M. Bank»,⁹⁹ in der sich der 8. Senat mit mehreren Argumenten der Revisionserber auseinandersetzen musste.

Ein Themenkomplex der Entscheidungsgründe betrifft die Frage, ob die Beklagte A wissen musste, dass eine Kapitalerhöhung in Wahrheit nicht voll platziert werden konnte: *«Eine Wissenszurechnung zur Beklagten aufgrund der personellen Verflechtung auf Organebene über MMag. W**** kann der Beklagten in Ansehung der Ad-boc-Mitteilungen nicht angelastet werden, weil das Berufungsgericht die Feststellungen des Erstgerichts zum Kenntnisstand der Organmitglieder nicht übernommen hat.* [Pkt 3.3. der Entscheidungsgründe] Der öOGH setzt sich daher mit der Frage aus prozessualen Gründen nicht auseinander. Es erscheint zwar wenig plausibel, dass W keine Kenntnis hatte. Jedoch ist die fehlende Feststellung hinzunehmen. Im Ergebnis wirkte sich dies bei der Entscheidung nicht aus, weil A die veröffentlichten Mitteilungen hätte prüfen müssen und gegen diese Pflicht verstieß.

Von grösserem Interesse sind die Ausführungen zur Prospekthaftung: *«Zu den Werbebroschüren wurde von den Tatsacheninstanzen festgestellt, dass MMag. W**** die Werbebroschüren bekannt waren. Er war Vorstand der M**** Bank. Zudem war er bis 20. 6. 2005 im Board der Beklagten; ab 21. 6. 2005 wechselte er in das Board der MER****. Eine personelle Verflechtung auf Organebene zwischen der M**** Bank und der Beklagten war somit auch nach dem 20. 6. 2005 gegeben. Das Wissen der Beklagten um den unrichtigen und irreführenden Inhalt der Werbeaussagen und das dahinterstehende Veranlagungsmodell ergibt sich somit aus der personellen Verflechtung auf Organebene. Eine juristische Person muss sich das Wissen sowie die fabrlässige Unkenntnis ihrer für sie handelnden physischen Personen im Rahmen ihres Aufgabenbereichs zurechnen lassen. Dies gilt insbesondere für das Wissen der Mitglieder der (Vertretungs-)Organe (RIS Justiz RS0009172; RS0072655).* [Pkt. 4.3. der Entscheidungsgründe]

Im nächsten Absatz präzisiert der 8. Senat: *«Aufgrund der Verpflichtung zur Koordinierung der Werbemaßnahmen laut PMMA, das eine gemeinsame Umsetzung des Veranlagungs- und Vertriebsmodells vorsieht, ist in Bezug auf die Werbemaßnahmen von einer gemeinsamen Vorgangsweise und einer gegenseitigen Wissenszurechnung*

⁹⁸ öOGH 19.2.2016, 8 Ob 98/15t.

⁹⁹ Dazu pointiert *Wilhelm*, *ecolex* 2017, 93 (Anmerkung): *«Der M.-Bank, in Tateinheit mit MEL (nunmehr A., Jersey), schuldet das Zivilrecht unendlichen Dank: für die Aktualisierung des Irrtumsrechts, der Konturierung der Ad-boc-Publizität und, wie oben, der Ausprägung der culpa in contrabendo.»*

der Beklagten und der M**** Bank auszugeben. [Pkt 4.4. der Entscheidungsgründe].

Wiederum besteht zwar ein Unterschied zum fLOGH-Fall, denn auch im öOGH-Fall ging es nicht um ein Rechtsgeschäft, das zwischen den Gesellschaften abgeschlossen wurde, in denen eine Doppelorganschaft vorlag. Die Ausführungen können jedoch für das liechtensteinische Recht fruchtbar gemacht werden.

Dies resultiert in Zwischenergebnis 2: Auch nach dem öOGH reicht die blosser Organverflechtung nicht für eine Zurechnung fiktiven Wissens aus. Es muss ein weiterer Umstand hinzutreten, zB eine gemeinsame Vorgangsweise in Form eines Veranlagungs- und Vertriebsmodells. Ob ein Rechtsgeschäft zwischen zwei juristischen Personen (Verbandspersonen), in denen die Doppelorganschaft vorliegt, solch einen Umstand bildet, behandelt der öOGH indessen nicht.

6. Doppelorganschaft bei zwei Verbandspersonen, die ein Rechtsgeschäft miteinander abschliessen

a. Der Ansatz Schauers

Damit hat sich die entscheidende Frage herauskristallisiert, nämlich ob die Doppelorganschaft bei zwei Verbandspersonen, die ein Rechtsgeschäft miteinander abschliessen, ausnahmsweise dazu führt, dass das Wissenmüssen eines Organmitglieds in einer Verbandsperson aufgrund der Doppelorganschaft der anderen Verbandsperson zuzurechnen ist.

Die Lösung für diese Frage ebnet interessanterweise eine Auseinandersetzung mit der Kritik Schauers. Gestützt auf § 26 fABGB (zu nennen wäre wohl auch noch Art 109 Abs 2 PGR) führt er aus, dass natürliche Personen und Verbandspersonen gleich zu behandeln sind. «Müsste lediglich eine natürliche Person ein Wissenmüssen gegen sich gelten lassen, so wäre die Verbandsperson ihr gegenüber im Vorteil». Damit rekurriert Schauer auf die bereits erwähnte Gleichstellungsthese (Pkt VIII.2) und insoweit ist ihm zuzustimmen. Er übersieht aber mE, dass natürliche Personen und Verbandspersonen konkret unter gleichen Voraussetzungen durchaus gleich behandelt werden, was folgende Beispiele illustrieren:

Beispiel 1: In Liechtenstein besteht die Besonderheit, dass auch Verbandspersonen Organmitglieder werden können.¹⁰⁰ Für den Stiftungsrat ist dies in Art 24 Abs 2 Satz 2 PGR explizit gesetzlich verankert. Aber auch die Stellung als Protektor ist Verbandspersonen nicht verwehrt.¹⁰¹ Wird daher hypothetisch davon ausgegangen, dass die Stiftung B Protektor der Stiftung A war, wären nach hA die Grundsätze des Missbrauchs der Vertretungsmacht von vornherein nicht anwendbar (Pkt VI), sodass sich die Frage des Wissenmüssens nicht stellt. Wären aber die Grundsätze des Missbrauchs der Vertretungsmacht anwendbar, käme es darauf an, ob für die Stiftung B der interne Pflichtverstoss des Stiftungsrats von

Stiftung A evident war oder sie diesen grob fahrlässig nicht erkannte. Es besteht kein Unterschied gegenüber einer natürlichen Person, die Protektor von Stiftung A ist und dann privat mit der Stiftung A ein Rechtsgeschäft abschliesst (zB ein Grundstück kauft).

Beispiel 2: Im zweiten Beispiel wird die Stiftung B durch die natürliche Person B ersetzt. C ist Protektor in der Stiftung A, die mit der natürlichen Person B ein Rechtsgeschäft abschliessen möchte. B beauftragt und bevollmächtigt C, für ihn mit der Stiftung A ein Rechtsgeschäft abzuschliessen (§§ 1002 ff ABGB). A muss sich die Kenntnisse des C zurechnen lassen, womöglich auch solche, die er in seiner Eigenschaft als Protektor erworben hat.¹⁰² Ob B sich fiktives Wissen, das zu erwerben der C in seiner Rolle als Protektor von A verabsäumt hat, zurechnen lassen muss, bedarf noch einer Klärung. Es macht hierbei aber keinen Unterschied, ob B eine Stiftung oder eine natürliche Person ist.

Dies führt zu Zwischenergebnis 3: Natürliche Personen und Verbandspersonen sind gleich zu behandeln. Die Wissenszurechnung ist ein Ergebnis dieser Gleichstellungsthese.

b. Keine Obliegenheit, sich Wissen zu verschaffen

Bereits im von Schauer kritisierten Beitrag wurde ausführlich begründet, dass die Stiftung B keine Nachforschungspflichten trifft und dies ebenso für C als Stiftungsrat von B gelten muss.¹⁰³ Auch wenn es sich bei C um eine natürliche Person handelt, die als rechtsgeschäftlicher Vertreter auftritt (Beispiel 2), ist demnach grundsätzlich davon auszugehen, dass keine Nachforschungspflichten bestehen.

Nun könnte man aber erwägen, dass C seine «Insiderkenntnisse» in Stiftung A nutzen muss, um Stiftung B Wissen über Stiftung A zu verschaffen.¹⁰⁴ Bejahte man dies (und unterlässt C dies), würde C seine Organpflichten gegenüber Stiftung B verletzen und könnte ihr gegenüber – bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen – für einen allfälligen Schaden haftbar werden. Davon zu unterscheiden ist, wer dann im Verhältnis zwischen Stiftung A und B schutzwürdiger ist. Bestünde eine Obliegenheit von B (nicht: C), die Kontakte nach Stiftung A über C fruchtbar zu machen und sich Wissen über A zu verschaffen und verstiesse B gegen diese Obliegenheit,¹⁰⁵ könnte das Wissenmüssen über die internen Schranken

¹⁰⁰ In Österreich ist dies anders; s. Schopper/M. Walch, Geschäftsführung in der GmbH & Co KG - Zugleich eine Besprechung von OGH 23.2.2016, 6 Ob 171/15p, NZ 2016/55, 163 (169).

¹⁰¹ Good, Das Protektorat im liechtensteinischen Stiftungs- und Treuhandschaftsrecht (2018) 30.

¹⁰² Dies kann offengelassen werden; ganz allgemein kann das Wissenmüssen des Vertretenen schaden (Perner in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1,02} § 1017 Rz 15; P. Bydlinski in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁶ § 1017 Rz 8; differenzierend mit beachtlichen Gründen, worauf aber in diesem Rahmen nicht eingegangen werden muss, Iro, ÖBA 2001, 3 [17 ff]; vgl idZ auch fLOGH 8.6.2006, 08 CG.2004.63, LES 2007, 208), aber auch ein Wissenmüssen des Vertreters kann auf den Vertretenen zurückwirken (OGH 20.3.2007, 5 Ob 236/06a; RIS-Justiz RS0019523; Perner in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1,02} § 1017 Rz 15; P. Bydlinski in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁶ § 1017 Rz 8).

¹⁰³ M. Walch, LJZ 2020, 111 (121 ff)

¹⁰⁴ In diese Richtung Motal/Nicolussi, LJZ 2019, 42 (57).

¹⁰⁵ Man könnte von einem «Verschulden» gegen sich selbst sprechen; vgl in anderem Zusammenhang Honsell in BaslerKommZGB⁵ Art 3 Rz 35; Hofer in BernKommZGB (2012) Art 3 Rz 114.

von A dem B zurechenbar sein. B wäre in der Folge nicht schutzwürdig und die Voraussetzungen für einen Missbrauch der Vertretungsmacht nach Art 187a Abs 2 oder Abs 3 PGR wären erfüllt. Im Ergebnis wäre dem fLOGH und auch *Schauer* zuzustimmen.

Diese Ansicht leidet allerdings am schwerwiegenden Einwand, dass es keine dogmatische Begründung für eine Obliegenheit von B gibt, sich Wissen über interne Schranken von Stiftung A zu verschaffen. Zwar ist im Grundsatz – auch in Liechtenstein –¹⁰⁶ anerkannt, dass ganz allgemein eine Obliegenheit bestehen kann, sich Wissen zu verschaffen, das zwar in der «arbeitsteiligen Organisation»¹⁰⁷, aber nicht bei den handelnden Personen vorhanden ist.¹⁰⁸ *Grunewald* bringt dies auf den Punkt: «*Sofern also Kenntnisse bei einem anderen Organmitglied vorhanden sind und an das handelnde Organmitglied nicht weitergereicht wurden, findet eine Wissenszurechnung statt, wenn bei einer ordnungsgemäß organisierten juristischen Person eine Weitergabe erfolgt wäre.*»¹⁰⁹ Bei dieser Obliegenheit handelt es sich aber wiederum – wie bei der Wissenszurechnung –

um einen Ausfluss der Gleichstellungsthese.¹¹⁰ Es soll sichergestellt werden, dass sich eine arbeitsteilige Organisation nicht nachteilig auf Dritte auswirkt. Die Kehrseite der Medaille ist, dass die arbeitsteilige Organisation auch nicht schlechter gestellt werden soll als andere Personen.¹¹¹

Die Gleichstellungsthese verlangt in dieser Konstellation konkret, dass keine Obliegenheit besteht, sich Wissen über Stiftung A zu verschaffen. Will B ein Rechtsgeschäft mit Stiftung A abschliessen und bedient sich des C, der zufällig Protektor in Stiftung A ist, wäre er bei einer Obliegenheit zur Verschaffung von Wissen über Stiftung A schlechter gestellt als andere Personen, die sich keines Vertreters bedienen, weil diese gerade keine¹¹² Nachforschungsobliegenheiten treffen.

Würde dagegen C als Protektor von Stiftung A auf eigene Rechnung mit Stiftung A ein Rechtsgeschäft abschliessen wollen, aber einen Vertreter vorschieben, müssten für diesen Vertreter entsprechend der Gleichstellungsthese die gleichen Obliegenheiten gelten wie für C selbst. Letzteres gilt auch für den Stiftungsrat von Stiftung B, wenn Stiftung B Protektor von Stiftung A wäre (s Pkt VIII.6.a Beispiel 1) und ein Rechtsgeschäft mit Stiftung A abschliessen würde.

Mit anderen Worten: Würde man im fLOGH-Fall eine Obliegenheit von Stiftung B annehmen, sich über den Protektor von Stiftung A als Doppelorgan Wissen über Stiftung A zu verschaffen,¹¹³ verstiesse dies eklatant gegen die Gleichstellungsthese, die ja gerade die dogmatische Begründung für eine Obliegenheit wäre, sich Wissen zu verschaffen. Das Ergebnis widerspräche der Begründung, die dieses Ergebnis tragen sollte.

Trifft B somit keine Obliegenheit, sich Wissen über die Interna von A zu verschaffen, kann lediglich darüber diskutiert werden, ob C jeweils im Verhältnis zu A und zu B eine dahingehende Pflicht trifft, die aber allenfalls zu Schadenersatzpflichten von C jeweils gegenüber A oder B führen kann. Die Verletzung einer Pflicht von C

¹⁰⁶ fLOGH 8.6.2006, 08 CG.2004.63, LES 2007, 208; *Motal/Nicolussi*, LJZ 2019, 42 (55 f).

¹⁰⁷ Verbandspersonen sind jedenfalls arbeitsteilige Organisationen. Versteht man Letztere als ein Nebeneinander handelnder Personen, gibt es darüber hinaus aber zahlreiche weitere arbeitsteilige Organisationen. Auch eine natürliche Person kann sich einer arbeitsteiligen Organisation bedienen. Die Grundsätze zur Obliegenheit sich Wissen zu verschaffen, müssen unabhängig vom Vorliegen einer Verbandsperson greifen; *Trenker*, Insolvenzanfechtung 95; vgl insoweit auch *Grigoleit*, Zivilrechtliche Grundlagen der Wissenszurechnung, ZHR 181 (2017) 160 (193 und 196) mwN; in diese Richtung auch BGH 2.2.1996, V ZR 239/94, NJW 1996, 1339 (alle Organisationsformen, die zu einer Wissenszersplitterung führen können).

¹⁰⁸ öOGH 13.11.1979, 5 Ob 613/79; öOGH 11.8.2015, 4 Ob 75/15f; *U. Torggler* in *Straube*, WK GmbHG (4. Lfg. 2008) § 19 Rz 9 und Rz 12 mwN; *ders*, Gesellschaftsrecht AT und Personengesellschaften (2013) Rz 539; *ders* in *Torggler*, GmbHG § 19 Rz 4; *Trenker*, Insolvenzanfechtung insb 96; *König/Trenker*, Die Anfechtung nach der IO⁶ Rz 11.22/1; aus Deutschland BGH 2.2.1996, V ZR 239/94, NJW 1996, 1339; BGH 13.10.2000, V ZR 349/99, NJW 2001, 359; BGH 26.6.2007, XI ZR 277/05, NJW 2007, 2989 (Rz 14); BGH 14.1.2016, I ZR 65/14, NJW 2016, 3445 (Rz 61); *U. H. Schneider/S. H. Schneider* in *Scholz*, GmbHG¹¹ § 35 Rz 126; für Fälle des Wissenmüssens auch, aber grundsätzlich skeptisch *Grigoleit*, ZHR 181 (2017) 160 (192 ff); weitergehend, wonach die Gesellschaft selbst Inhaber des Wissens sei und dies nicht über Menschen zugerechnet werden müsse, jüngst *Guski*, ZHR 184 (2020) 363 (insb 376). Darauf kann in diesem Rahmen nicht eingegangen werden.

¹⁰⁹ *Grunewald*, Wissenszurechnung bei juristischen Personen, in FS Beusch (1993) 301 (304); der arbeitsteiligen Organisation kann ein Fahrlässigkeitsvorwurf gemacht werden (s insoweit *W. Flume*, Die Haftung für Fehler kraft Wissenszurechnung bei Kauf und Werkvertrag, AcP 197 [1997], 441 [445 ff, insb auch 447]), die Information nicht an die handelnden Personen weitergeleitet zu haben, und ihr ist im Ergebnis das Wissen zuzurechnen. Ebenfalls erfasst ist mE Wissen, dass bei einem gebotenen Zusammenwirken mehrerer Personen hätte generiert werden können (A hat eine Teilinformation; B hat eine Teilinformation; bei Kombination der beiden Teilinformationen wäre eine neue Information entstanden), vgl BGH 15.4.1997, XI ZR 105/96, NJW 1997, 1917; BGH 8.12.1989, V ZR 246/87, NJW 1990, 975; *Schubert* in MünchKommBGB⁸ § 166 Rz 62.

¹¹⁰ BGH 2.2.1996, V ZR 239/94, NJW 1996, 1339; BGH 13.10.2000, V ZR 349/99, NJW 2001, 359.

¹¹¹ BGH 1.10.1999, V ZR 218/98, NJW 1999, 3777; BGH 24.1.1992, V ZR 262/90, NJW 1992, 1099 («*Sähe man es anders, stünde der Vertragspartner einer kommunalen Körperschaft sogar besser als der einer natürlichen Person.*»); *Beurskens* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG²² § 35 Rz 65; *Kleindieck* in *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG¹⁹ § 35 Rz 58; *Lenz* in *Michalski*, GmbHG³ § 35 Rz 111; vgl *Buck*, Wissen und juristische Person (2001) 319; andeutend BGH 17.5.1995, VIII ZR 70/94, NJW 1995, 2159 («*Das Wissen, das der Bekl. zugerechnet werden soll, lag in der Person des verstorbenen Geschäftsführers. Hätte der Kl. mit einer natürlichen Person kontrahiert, würde das Wissen eines Verstorbenen seinem Rechtsnachfolger auch nicht zugerechnet.*»); ebenso, allerdings skeptisch, ob eine Schlechterstellung überhaupt vermieden werden kann *Grigoleit*, ZHR 181 (2017) 160 (190 f); aus Österreich *Iro*, ÖBA 2001, 3 (18).

¹¹² Oder allenfalls ganz geringe Nachforschungspflichten.

¹¹³ Das Wissen ist also in dieser Konstellation in der arbeitsteiligen Organisation Stiftung B nicht vorhanden, weil die Protektoren von Stiftung A, die zugleich Stiftungsratsmitglieder von Stiftung B sind, über die Überschreitung der internen Schranke nicht Bescheid wissen. Genau genommen ist das Wissen nicht einmal in Stiftung A vorhanden (dazu noch unten im Text).

gegenüber A führt aber nicht dazu, dass B im Verhältnis zu A nicht mehr schutzwürdig ist.

Um Missverständnisse angesichts der komplizierten Problematik zu vermeiden: Ist Wissen in einer arbeitsteiligen Organisation vorhanden, aber nicht bei der konkret handelnden Person dieser arbeitsteiligen Organisation, stellt sich nur die Frage, ob dieses Wissen an die handelnde Person weitergegeben werden darf (Geheimhaltungspflicht) und ggf muss. Die Gleichstellungsthese spricht in diesen Fällen für eine sehr weitgehende Wissenszurechnung. Davon zu unterscheiden sind Fälle, in denen Wissen zwar irgendwo auf der Welt vorhanden ist, aber nicht in der arbeitsteiligen Organisation und daher von dieser erst einmal erworben werden müsste. Beispiel: Hypothetisch wussten die Stiftungsräte von Stiftung A um die Überschreitung der internen Schranke, zB weil sie ein Rechtsgutachten eingeholt hatten, nicht aber die Protektoren von Stiftung A, die zugleich Stiftungsräte von Stiftung B waren. Das Wissenmüssen der Protektoren kann allenfalls der Stiftung A zugerechnet werden,¹¹⁴ falls die Stiftungsräte von Stiftung A ihr Wissen an die Protektoren von Stiftung A hätten weitergeben müssen. Es wäre aber geradezu kurios, der Stiftung B fiktives Wissen zum Vorteil von Stiftung A zuzurechnen, welches die Stiftungsräte von Stiftung A pflichtwidrig nicht an «ihre» Protektoren weitergaben. Dies kann nicht mit der Gleichstellungsthese begründet werden, weil es der Gleichstellungsthese im Gegenteil sogar widerspricht. Im fLOGH-Fall ist die Rechtslage offenbar noch eindeutiger, weil das Wissen um die Überschreitung der internen Schranke nach dem veröffentlichten Sachverhalt nicht einmal in Stiftung A vorhanden war. Fiktives Wissen, das in Stiftung A vorhanden sein musste, aber eben nicht vorhanden war, kann nach der Gleichstellungsthese nicht Stiftung B zu ihrem Nachteil zugerechnet werden, wenn es um das Verhältnis zwischen Stiftung A und Stiftung B geht.¹¹⁵ Eine Ausnahme bestünde allenfalls, sofern Stiftung B selbst Protektor von Stiftung A wäre (s Beispiel 1 in Pkt VIII.6.a) und man davon ausgeht, dass sich das Wissenmüssen eines Protektors auch dann zu dessen Lasten auswirken soll, wenn es sich um eine natürliche Person handelt, die auf eigene Rechnung ein Rechtsgeschäft mit der Stiftung abschliesst.¹¹⁶

¹¹⁴ Die das Wissen über die Stiftungsräte aber ohnedies bereits hat.

¹¹⁵ Anders kann die Rechtslage sein, wenn A und B konzernmässig verbunden sind (bei Stiftungen eher selten, aber zumindest bei nur einer beteiligten Stiftung nicht ausgeschlossen) und ein Rechtsgeschäft mit einem Dritten abschliessen. Dann sind A und B aber uU Teil derselben arbeitsteiligen Organisation, sodass kein Widerspruch zur hier vertretenen Auffassung besteht; s allgemein zur Wissenszurechnung im Konzern *Schopper* in *Artmann/Rüffler/Torggler* 116 ff; öOGH 21.2.2017, 4 Ob 148/16t (Wissenszurechnung nur bei besonders stark ausgeprägter konzernmässiger Verbundenheit, wenn herrschendes und abhängiges Unternehmen als Teile einer arbeitsteiligen Organisation erscheinen).

¹¹⁶ Vgl idZ auch die Diskussion, ob Organmitglieder von vornherein aus dem Anwendungsbereich der Grundsätze des Missbrauchs der Vertretungsmacht ausgenommen sein sollen (Pkt VI). Bejaht man dies, kommt es auf die Wissenszurechnung genau genommen gar nicht mehr an.

Ergebnis: Bei einem Rechtsgeschäft zwischen zwei Verbandspersonen trifft eine Verbandsperson trotz Doppelorganschaft keine Obliegenheit, sich Wissen über interne Schranken der anderen Verbandsperson zu verschaffen. Dies folgt aus der Gleichstellungsthese (Zwischenergebnis 3). Es liegt keine Konstellation vor, in der eine Zurechnung fiktiven Wissens ausnahmsweise geboten ist (vgl dazu Zwischenergebnis 1 und 2).

IX. Die Kritik Schauers

1. Kritik an den hier vertretenen Grundsätzen zum Missbrauch der Vertretungsmacht

Der Verfasser ging ursprünglich davon aus, dass die ausgeführten Grundsätze zum Missbrauch der Vertretungsmacht (Pkt II – Pkt VII) weitgehend unstrittig sind und lediglich klargestellt werden müssten. Die wissenschaftliche Diskussion müsste sich demnach vor allem um die Wissenszurechnung und deren Relevanz für den Missbrauch der Vertretungsmacht drehen (Pkt VIII). Die scheinbar sicher geglaubten Grundsätze werden aber von *Schauer* gleich auf mehreren Ebenen angegriffen. Die Kritik hält mE einer näheren Überprüfung nicht stand, weshalb sie aus dem bisherigen Beitrag ausgeklammert wurde und gesondert behandelt wird, um den Hauptteil des Beitrags nicht mit Ausführungen zu Details inhaltlich zu überfrachten.

2. Zur gespaltenen Auslegung von Art 187a Abs 2 und Abs 3 PGR

a. Unterschiedliche Auslegung je nach Rechtsform?

Schauer investiert einen grossen Begründungsaufwand in die These, wonach bei Art 187a Abs 2 und Abs 3 PGR eine gesplattene Auslegung greife. Art 187a PGR sei nur insoweit richtlinienkonform auszulegen, als es um Gesellschaften gehe, die vom Anwendungsbereich der RL erfasst sind (AG und GmbH)¹¹⁷. Im Übrigen könne Art 187a PGR auch anders ausgelegt werden. Dabei sind mehrere Fragen auseinanderzuhalten, nämlich (1.) ob eine gesplattene Auslegung methodisch zulässig ist, (2.) ob diese geboten ist und (3.) wie sich eine gesplattene Auslegung konkret auswirken würde.

b. Methodische Zulässigkeit

Die erste Frage ist eindeutig zu beantworten. Eine gesplattene Auslegung ist methodisch nicht von vornherein ausgeschlossen.¹¹⁸ Dies ist spätestens seit den Diskussio-

¹¹⁷ Ebenso die Kommanditaktiengesellschaft (Art 368 ff PGR), die aber mangels Praxisrelevanz ausgeklammert bleiben soll. Per 31.12.2019 bestanden in Liechtenstein nämlich nur zwei Kommanditaktiengesellschaften, wobei eine 2016 und eine 2019 gegründet wurden (vgl dazu die Rechenschaftsberichte der Regierung 2019 [S. 130] und 2016 [S. 258], abrufbar jeweils unter <https://www.llv.li/inhalt/12281/amtsstellen/rechenschaftsbericht>).

¹¹⁸ *Schauer*, LJZ 2020, 165 (171) («Insofern steht einer gespaltenen Auslegung kein unüberwindliches Hindernis entgegen.»); so bereits *M. Walch*, LJZ 2020, 111 (112), wo nicht in Abrede gestellt wurde, dass eine gesplattene Auslegung auch in Liechtenstein grundsätzlich methodisch zulässig ist (als Beispiel wurden die

nen im Gefolge der EuGH-Entscheidungen *Weber* und *Putz*¹¹⁹ geklärt, die zwar in Liechtenstein nicht geführt wurden, sich aber ohne weiteres auf Liechtenstein übertragen lassen.¹²⁰

c. Kein Bedürfnis nach einer gespaltenen

Auslegung de lege lata

Viel entscheidender als die methodische Zulässigkeit ist aber, ob eine gespaltene Auslegung konkret geboten ist erforderlich ist. Art 187a PGR ist im allgemeinen Teil über Verbandspersonen enthalten und erhebt damit den Anspruch, auch für die Stiftung zu gelten.¹²¹ Der Wortlaut liefert keinerlei Indiz für die Rechtfertigung einer gespaltenen Auslegung.

Schauer argumentiert mit Blick auf die Gesetzesmaterialien, dass der historische Gesetzgeber den einschlägigen Richtlinienbestimmungen reserviert gegenüber gestanden sei und nur das geforderte Minimum einführen wollte.¹²² Daraus folge, dass einer gespaltenen Auslegung «kein unüberwindbares Hindernis» entgegenstehe.¹²³ Man kann die Materialien aber auch ganz anders verstehen:

«Die Vertretungsbefugnis der Organe und Vertreter wird grundsätzlich neu geregelt, unter Ausreizung der Möglichkeiten, die sich aus den Richtlinien ergeben (vgl. die Ausnahmen der Vertretungswirkungen in Art 187a PGRneu). Auch wenn neu für alle Verbandspersonen keine Beschränkung der Vertretungsmacht gegenüber (gutgläubigen) Dritten mehr möglich ist, wird die Ansicht vertreten, dass die neue Regelung einen Gewinn bringt, da nun gesetzlich verankert wird, dass die Handlungsbevollmächtigten an die ihnen erteilte Vollmacht, an Gesetz, Statuten und Beschlüsse der zuständigen Organe gebunden sind. Es schadet deshalb nicht, die Vertretungsmacht für alle Verbandspersonen, nicht nur für die Aktiengesellschaft, die Kommanditaktiengesellschaft und Gesellschaft mit beschränkter Haftung neu zu regeln.»¹²⁴

Es trifft also durchaus zu, dass der historische Gesetzgeber den RL-Vorgaben reserviert gegenüberstand. Allerdings nützte er die Gestaltungsspielräume der RL so weit aus, dass es für ihn überzeugend war, die Regelung auf alle Verbandspersonen auszudehnen. Ein Rechtsanwender, der nun behauptete, dass der historische Gesetzgeber dies in Wahrheit ja gar nicht so gemeint habe und eigentlich eine gespaltene Auslegung gewollt habe,¹²⁵ entfernt sich von anerkannten Grundsätzen der histori-

schen Auslegung. Die Gesetzesmaterialien können die These einer gespaltenen Auslegung nicht stützen, sondern sprechen im Gegenteil eindeutig dagegen.¹²⁶

Die Gesetzesmaterialien sollten allerdings ohnedies nicht überbewertet werden. Mangels expliziter Aussagen in den Materialien ist eine systematisch-teleologische Auslegung ausschlaggebend, dh ob sich eine Bestimmung nach richtlinienkonformer Auslegung wertungsmässig in die nationale Rechtsordnung einfügt. Die ausführliche Begründung des öOGH im Gefolge von EuGH *Weber* und *Putz* kulminiert in dem Satz, dass «ausbrechende» Auslegungsergebnisse des EuGH, mögen diese auch für die richtlinienkonforme Auslegung hinzunehmen sein, nicht auf das nationale¹²⁷ Recht ausstrahlen.¹²⁸ Bestimmungen, die auf einer RL-Umsetzung beruhen, aber sich wertungsmässig nicht in das nationale Recht einfügen, sollen nur im Anwendungsbereich der RL richtlinienkonform ausgelegt werden, weshalb es zu einer gespaltenen Auslegung kommt. Der deutsche BGH, an dem sich der öOGH in seiner Begründung orientiert, hat ganz ähnlich entschieden.¹²⁹ Die Vorgaben von EuGH *Weber* und *Putz* fügen sich wertungsmässig weder in Österreich, Deutschland noch Liechtenstein in das genuin nationale Privatrecht ein, weshalb es in allen diesen Rechtsordnungen zu einer gespaltenen Auslegung kommt.¹³⁰

¹²⁶ Wollte man für eine gespaltene Auslegung argumentieren, wäre zumindest nachzuweisen, dass der historische Gesetzgeber von unrichtigen Prämissen ausging, dh einem «Irrtum» (der Begriff ist untechnisch gemeint, § 871 ABGB ist selbstverständlich nicht anwendbar) unterlag. Man müsste demnach überlegen, ob der historische Gesetzgeber fälschlicherweise davon ausging, dass auf Seiten des Dritten nur leichte Fahrlässigkeit vorliegen müsste. Der Gesetzeswortlaut spricht nur von «bekannt sein musste» (Art 187a Abs 2 und Abs 3 PGR), sodass sowohl leichte als auch grobe Fahrlässigkeit gemeint sein könnte. Auch die Materialien stellen nur auf Gut- und Bösgläubigkeit ab (BuA 1998/153 insb S. 54 f). Ein Indiz könnte aber sein, dass sich der historische Gesetzgeber auf eine alte Monographie von *Fischer-Zernin* gestützt hat, der – nach nunmehr fast ganz hA unrichtigerweise (*M. Walch*, LJZ 2020, 111 [116 in FN 67 und 120 in FN 124]) – davon ausgeht, dass bereits leichte Fahrlässigkeit auf Seiten des Dritten schade (*Fischer-Zernin*, Der Rechtsangleichungserfolg der Ersten gesellschaftsrechtlichen Richtlinie der EWG [1986] 304). Unterstellt man nun spekulativ, dass der historische Gesetzgeber mit «bekannt sein musste» leichte Fahrlässigkeit meinte, was richtlinienwidrig wäre, könnte man weiter spekulieren, ob er bei Kenntnis des richtigen Richtlinieninhalts eine gespaltene Regelung getroffen hätte. Bejahte man auch dies, würde die eindeutige Aussage in den Materialien, wonach eine einheitliche Regelung geschaffen werden sollte, an Überzeugungskraft verlieren. Würde man dagegen annehmen, dass der historische Gesetzgeber dennoch eine einheitliche Regelung getroffen hätte, wäre für alle Verbandspersonen grobe Fahrlässigkeit auf Seiten des Dritten zu fordern, weil der historische Gesetzgeber um jeden Preis eine richtlinienkonforme Regelung treffen wollte. Freilich muss man sich auf solche Spekulationen nicht einlassen, weshalb auf diese auch nur in den FN hingewiesen wird. Ausschlaggebend ist nämlich ohnehin, ob sich eine Bestimmung nach richtlinienkonformer Auslegung wertungsmässig in die nationale Rechtsordnung einfügt (dazu weiter im Text).

¹²⁷ Der Begriff mag unpräzise sein und man könnte auch von autonomen Recht sprechen.

¹²⁸ öOGH 25.3.2014, 9 Ob 64/13x.

¹²⁹ BGH 17.10.2012, VIII ZR 226/11, NJW 2013, 220.

¹³⁰ *M. Walch*, LJZ 2020, 111 (112).

Ein- und Ausbaurkosten im Rahmen der Gewährleistung angeführt); ebenso *Karollus*, ZfS 2020, 3 (8).

¹¹⁹ EuGH 16.6.2011, C-65/09 und C-87/09.

¹²⁰ *M. Walch*, LJZ 2020, 111 (112).

¹²¹ Inzwischen hA; s *M. Walch*, LJZ 2020, 111 (111) mwN in FN 11; ebenso *Schauer*, LJZ 2020, 165 (167); ganz «unbestritten» (so *Schauer*) ist die Ansicht indessen nicht, weil noch das Obergericht die gegenteilige Ansicht vertrat (s dazu *M. Walch*, aaO). Aber im Ergebnis ist ihm dahingehend zuzustimmen, dass die gegenteilige Ansicht heute wohl nicht mehr vertreten werden würde.

¹²² *Schauer*, LJZ 2020, 165 (174).

¹²³ *Schauer*, LJZ 2020, 165 (174).

¹²⁴ BuA 1998/153 S. 51 f.

¹²⁵ Auch *Schauer* behauptet dies mE nicht explizit, s *Schauer*, LJZ 2020, 165 (174).

Die Ausführungen der österreichischen und deutschen Höchstgerichte, die sich im Wesentlichen auf Liechtenstein übertragen lassen, basieren auf der Prämisse, dass es zu einer überraschenden Auslegung einer RL kommt, die von nationalen Gesetzgeber anlässlich der Richtlinienumsetzung nicht vorhergesehen wurde. Zu den hier interessierenden Fragen gab es aber seit der PGR-Novelle 2000 keine überraschende einschlägige Entscheidung des EuGH oder des EFTA-Gerichtshofs.¹³¹ Aber auch wenn man den Schwerpunkt auf das Kriterium legt, ob sich Art 187a PGR bei richtlinienkonformer Auslegung wertungsmässig in das liechtensteinische Privatrecht einfügt, ist das Ergebnis eindeutig. Zwar würde ein Spannungsverhältnis zur Ultra-Vires-Doktrin bestehen, jedoch wurde diese ja gerade im Zuge der PGR-Novelle 2000 für alle Verbandspersonen zur Gänze aufgegeben. Folgt man der hier vertretenen Ansicht, wonach die Prokura trotz ihrer Rezeption aus der Schweiz aufgrund des zivilrechtlichen Unterbaus beim Missbrauch der Vertretungsmacht an Österreich orientiert,¹³² gelten auch für die Prokura ganz ähnliche Voraussetzungen wie für die Formalvollmachten nach Art 187a PGR.¹³³ Art 3 PGR steht damit nicht im Widerspruch (dazu noch Pkt IX.2.g).

Im Ergebnis gibt es keinen Anhaltspunkt, der für eine gespaltene Auslegung sprechen würde.¹³⁴

d. Abgrenzung nach der «Unternehmereigenschaft»?

Eine Frage, auf die nur noch der Vollständigkeit halber eingegangen werden muss, weil ohnedies keine gespaltene Auslegung geboten ist, betrifft die Abgrenzung, in welchen Fällen eine richtlinienkonforme Interpretation greifen würde. *Schauer* möchte die richtlinienkonforme Interpretation von der Unternehmereigenschaft der Verbandsperson abhängig machen. Die Unternehmereigenschaft ist dem österreichischen Recht entnommen (vgl § 1 ff Unternehmensgesetzbuch). Auf Liechtenstein umgemünzt ist wohl die Verfolgung wirtschaftlicher Zwecke oder der Betrieb eines Handels-, Fabrikations- oder eines anderen nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe (Art 107 Abs 1 PGR) gemeint. Dabei ist aber zu berücksichtigen, dass eine AG und eine GmbH auch nicht-wirtschaftliche Zwecke verfolgen dürfen. Es wäre richtlinienwidrig, solche Gesellschaften aus dem Anwendungsbereich der richtlinienkonformen Interpretation herauszunehmen. Die Ansicht von *Schauer* lässt sich aber mit Blick auf den – etwas versteckten – § 33 Schlussabteilung PGR «retten». Nach dieser Bestimmung sind etwas vereinfacht unter Kaufleuten jene zu verstehen, die sich infolge Betreibens eines Handels-, Fabrikations- oder eines andern nach kaufmännischer Art geführten Gewerbes in das Handelsregister eintragen lassen müssen, und ausserdem Gesellschaften mit Per-

sönlichkeit und ihnen gleichgestellte Verbandspersonen. AG und GmbH sind somit auch dann Kaufleute, wenn sie nicht-wirtschaftliche Zwecke verfolgen. Aus Art 107 Abs 3 PGR würde ausserdem folgen, dass die Stiftung nicht zu den gleichgestellten Verbandspersonen zählt.¹³⁵ Somit wäre die von *Schauer* gewählte Abgrenzung geeignet, sein Ziel zu erreichen, die Stiftung grundsätzlich aus dem Anwendungsbereich der richtlinienkonformen Interpretation herauszunehmen.¹³⁶

e. Auch de lege ferenda kein Bedürfnis nach einer gespaltenen Auslegung

Wie ausgeführt, ist eine unterschiedliche Regelung für den Missbrauch der Vertretungsmacht für Stiftungen und andere Verbandspersonen (AG; GmbH) de lege lata nicht geboten. Davon zu unterscheiden ist, ob sich de lege ferenda eine Differenzierung empfiehlt. Der Gesetzgeber könnte zB für die Stiftung in Art 552 PGR¹³⁷ eine Sonderregelung treffen, die dann als lex specialis den Art 187 f PGR vorgehen würden. Eine Rückkehr zur Ultra-Vires-Doktrin erscheint jedenfalls nicht überzeugend. Wie zB ein Blick auf die Entwicklung in England zeigt, ist diese mit mehr Nachteilen als Vorteilen verbunden.¹³⁸ Zu erwägen wäre daher allenfalls, auf Seiten des Dritten leichte Fahrlässigkeit statt Evidenz oder grober Fahrlässigkeit zu fordern. Jedoch wäre auch dies ein Hemmschuh für Stiftungen, die mit Dritten Rechtsgeschäfte abschliessen möchten. Letztlich könnte sich eine Gesetzesänderung mit der Absicht, die Stiftung zu Lasten des Rechtsverkehrs zu privilegieren, als Danaergeschenk entpuppen. Aus rechtsvergleichender Sicht hat der öOGH zur Privatstiftung – dem nächsten Anverwandten der Stiftung – erst kürzlich erkannt, dass auch bei Privatstiftungen auf Seiten des Dritten Evidenz zu fordern ist.¹³⁹ Dies,

¹³¹ EuGH 16.12.1997, C-104/96 – Rabobank ist insoweit nicht einschlägig und ausserdem zeitlich vor der PGR-Novelle 2000 ergangen; zur (bisher nicht ernsthaft vertretenen) These, wonach der historische Gesetzgeber einem Irrtum unterlegen sei, s FN 126.

¹³² M. Walch, LJZ 2020, 111 (116 f).

¹³³ Die Aussagen in öOGH 25.4.2019, 6 Ob 35/19v gelten auch für die Prokura.

¹³⁴ So auch Karollus, ZFS 2020, 3 (8).

¹³⁵ Vgl (iZm dem Verantwortlichkeitsrecht) zB fLOGH 3.9.2009, 09 CG.2006.312, LES 2010, 73; *Jakob*, Die liechtensteinische Stiftung (2009) Rz 332; damit stellt sich auch nicht die Frage, ob das 4. Buch des ADHGB auf Stiftungen unabhängig vom wirtschaftlichen Zweck anzuwenden ist. Es gelangt nur dann zur Anwendung, wenn die Stiftung ein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betreibt, was aber nur ausnahmsweise zulässig ist (vgl Art 552 § 1 Abs 2 PGR); vgl, allerdings ohne auf § 33 Schlussabteilung PGR einzugehen, *Gasser*, Schiedsstandort Liechtenstein, in *Heiss*, Rechtsreform und Zukunft des Finanzplatzes Liechtenstein (2013) 61 (76 ff); aA in schiedsrechtlichem Zusammenhang, aber Art 107 PGR nicht berücksichtigend und daher nicht überzeugend *Blasy/Reithner*, Die Auswirkungen des neuen § 634 ZPO in Liechtenstein, in *Schurr*, Der Generationenwechsel in der Stiftungslandschaft (2012) 137 (143); *Reithner* in *Schumacher*, Liechtensteinisches Zivilprozessrecht (2020) Rz 30/23; die Anwendbarkeit von § 634 ZPO auf Stiftungen kann in diesem Rahmen ausgeklammert bleiben.

¹³⁶ Wenn man schon mit *Schauer* die richtlinienkonforme Auslegung an der «Unternehmertätigkeit» festmachen möchte, müsste konsequenterweise für eine Stiftung, die ausnahmsweise «unternehmerisch» tätig ist (vgl Art 552 § 1 Abs 2 PGR), auch eine richtlinienkonforme Auslegung gelten; aA offenbar *Schauer*, LJZ 2020, 165 (172): «Auf der Grundlage dieser Ansicht ergibt sich, dass Art 187a PGR bei einer Anwendung auf Stiftungen nicht richtlinienkonform interpretiert werden muss, weil diese typischerweise nicht Unternehmer sind.»

¹³⁷ Anbieten würde sich Art 552 § 24 PGR.

¹³⁸ M. Walch, LJZ 2020, 111 (113).

¹³⁹ öOGH 25.4.2019, 6 Ob 35/19v.

obwohl die unbeschränkte Vertretungsmacht im öPrivatstiftungsgesetz nicht explizit verankert ist und theoretisch Besonderheiten wie die herausragende Bedeutung des Stiftungszwecks eine andere Ansicht hätten rechtfertigen könnten.¹⁴⁰ Demnach wäre es erläuterungsbedürftig, weshalb Liechtenstein nunmehr einen ganz anderen Weg als Österreich einschlagen sollte.

Kommt man zum Ergebnis, dass die Rechtslage bei der Stiftung nicht einmal *de lege ferenda* geboten ist, besteht auch kein Bedürfnis, eine Änderung der Rechtslage mittels Rechtsfortbildung im Wege einer gespaltenen Auslegung zu erreichen.

f. Die Auslegung von Statuten als weiteres Argument gegen eine gespaltene Auslegung

Ein bemerkenswertes Argument wurde in der bisherigen Diskussion nicht berücksichtigt: In Liechtenstein sind Stiftungs(zusatz)urkunden gemäss der ganz hA nach dem Willensprinzip auszulegen, dh ähnlich wie letztwillige Verfügungen¹⁴¹ Nach der sogenannten Andeutungstheorie dürfen bei der Auslegung grundsätzlich die Begleitumstände und formale Nebenabreden berücksichtigt werden, sofern für den so ermittelten Willen des Stifters ein konkreter und hinreichender Anhaltspunkt in der Urkunde besteht.¹⁴²

Der öOGH wendet dagegen seine Auslegungsgrundsätze für Satzungen von Kapitalgesellschaften¹⁴³ in stRsp auch auf Stiftungs(zusatz)urkunden an.¹⁴⁴ Organisationsrechtliche (oder nach anderer Terminologie auch kooperative) Bestimmungen einer Stiftungsurkunde sind nach ihrem Wortlaut und Zweck in ihrem systematischen Zusammenhang objektiv auszulegen.¹⁴⁵ Der Stifterwillen kann durchaus berücksichtigt werden, aber nur, soweit er aus der Stiftungs(zusatz)urkunde hervorgeht.¹⁴⁶ Der wesentliche Unterschied zur Rechtslage in Liechtenstein besteht somit darin, dass Umstände ausserhalb der Stiftungs(zusatz)urkunde für deren Auslegung nicht herangezogen werden können.

Die Rsp des öOGH ist für Kapitalgesellschaften überzeugend.¹⁴⁷ Bei österreichischen Privatstiftungen ist dies nicht so klar, kann aber dahingestellt bleiben.¹⁴⁸ Es sprechen jedenfalls keine durchschlagenden Argumente dafür, von der stRsp in Liechtenstein abzugehen. Dann

¹⁴⁰ Vgl dazu, ebenfalls deutlich für eine unbeschränkte Vertretungsmacht, N. Arnold, PSG³ § 17 Rz 5.

¹⁴¹ Aus der aktuellen Rsp zB fLOGH 1.2.2019, 09 CG.2016.416, LES 2019, 47; fLOGH 4.5.2017, 03 CG.2016.312; StGH 1.7.2013, 2012/173, GE 2013, 410.

¹⁴² Siehe die Nw in FN 141.

¹⁴³ Aus der aktuellen Rsp zB öOGH 25.10.2017, 6 Ob 180/17i; öOGH 21.12.2017, 6 Ob 104/17p.

¹⁴⁴ S die Nw in FN 145.

¹⁴⁵ öOGH 6.6.2001, 6 Ob 116/01d; öOGH 18.9.2009, 6 Ob 136/09g; öOGH 27.2.2013, 6 Ob 135/12i; öOGH 6.6.2013, 6 Ob 164/12d (kooperative Regelungen); öOGH 27.2.2017, 6 Ob 122/16h.

¹⁴⁶ öOGH 6.6.2001, 6 Ob 116/01d; s auch öOGH 9.10.2014, 6 Ob 198/13f (Pkt 6.3.): «Der Stifterwille ist aus der Stiftungserklärung durch Auslegung derselben zu ermitteln.»

¹⁴⁷ Ausführlich zur hier vertretenen Ansicht M. Walch, Die subsidiäre Anwendbarkeit des allgemeinen Zivilrechts im GmbHG (2014) 127 ff; aA Schauer in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht² Rz 1/69b.

¹⁴⁸ Dem öOGH im Wesentlichen zust Arnold, PSG³ § 9 Rz 32.

muss aber auch zu Ende gedacht werden, welche Konsequenzen dies bei Art 187a PGR mit sich bringt, wenn interne Schranken nach der Willenstheorie ausgelegt werden.

Die Willenstheorie ist beim Missbrauch der Vertretungsmacht unproblematisch, wenn entsprechend der hier vertretenen Auffassung auf Seiten des Dritten grobe Fahrlässigkeit bzw Evidenz verlangt wird und keine Nachforschungspflichten bestehen. Würde man dagegen leichte Fahrlässigkeit verlangen, wäre man schnell bei einem Kennenmüssen der internen Schranken. Somit besteht in Liechtenstein angesichts des Willensprinzips bei der Auslegung von Stiftungsurkunden – *de lege lata* und *de lege ferenda* – sogar ein höheres Bedürfnis nach grober Fahrlässigkeit oder Evidenz auf Seiten des Dritten, als dies in Österreich der Fall ist.

g. Auswirkung einer gespaltenen Auslegung

Kommt man trotz aller Einwände zum Ergebnis, dass eine gespaltene Auslegung von Art 187a PGR *de lege lata* geboten ist, stellt sich die Folgefrage, wie sich dies überhaupt konkret auswirken würde. Schauer verweist in diesem Zusammenhang auf Art 3 Abs 2 PGR: «*Wer bei der Aufmerksamkeit, wie sie nach den Umständen von ihm verlangt werden darf, nicht gutgläubig sein konnte, ist nicht berechtigt, sich auf den guten Glauben zu berufen.*» Der Vollständigkeit halber müsste dann auch noch Art 3 Abs 1 PGR genannt werden,¹⁴⁹ der für den Dritten günstig ist: «*Wo das Gesetz eine Rechtswirkung an den guten Glauben einer Person geknüpft hat, ist dessen Dasein zu vermuten.*» Im von Schauer kritisierten Beitrag bin ich bereits auf Art 3 PGR eingegangen.¹⁵⁰ Dort wurde ausgeführt, dass in der Schweiz trotz Art 3 ZGB – dem Regelungsvorbild von Art 3 PGR – nach hA beim Missbrauch der Vertretungsmacht grobe Fahrlässigkeit gefordert wird.¹⁵¹ Demnach wäre zu begründen, weshalb in Liechtenstein anderes gelten soll.

Darauf geht Schauer aber nicht ein. Die Frage der leichten oder groben Fahrlässigkeit könne offengelassen werden, weil der fLOGH jedenfalls davon ausgegangen sei, dass die gebotene Sorgfalt im vorliegenden Fall nicht eingehalten worden ist, «*was als einzelfallbezogene Wertungsentscheidung jedenfalls hinzunehmen ist.*»¹⁵² Dies überzeugt nicht: Ob im Einzelfall der gebotene Sorgfaltsmassstab eingehalten wurde, mag eine Wertungsentscheidung sein. Ob aber einfache oder grobe Fahrlässigkeit als gebotener Sorgfaltsmassstab gefordert werden muss, ist (natürlich) eine Rechtsfrage. Erkennt der fLOGH, dass eine Person fahrlässig gehandelt hat und stellt dabei auf leichte Fahrlässigkeit ab, obwohl grobe Fahrlässigkeit zu fordern wäre, hat dies nichts mit einer Wertungsentscheidung zu tun, sondern mit einer (dann unrichtigen) rechtlichen Beurteilung.

Demnach muss nochmals auf die Frage eingegangen werden, wie sich Art 3 PGR konkret beim Missbrauch

¹⁴⁹ So auch Schauer an anderer Stelle, s Schauer, LJZ 2020, 165 (168).

¹⁵⁰ M. Walch, LJZ 2020, 111 (117 f).

¹⁵¹ M. Walch, LJZ 2020, 111 (118 in FN 87 und FN 88).

¹⁵² Schauer, LJZ 2020, 165 (172).

der Vertretungsmacht auswirkt. In der Schweiz gilt nach dem Wortlaut von Art 459 Abs 1 ZGB der Prokurist gutgläubigen Dritten gegenüber als ermächtigt, alle Arten von Rechtshandlungen vorzunehmen, die der Zweck des Gewerbes oder Geschäftes des Geschäftsherrn mit sich bringen kann.¹⁵³ Auch nach Art 718a Abs 2 OR (früher Art 718 Abs 2 OR) hat eine Beschränkung der Vertretungsbefugnis eines AG-Verwaltungsrats gegenüber gutgläubigen Dritten keine Wirkung. Hinsichtlich des gutgläubigen Dritten wäre demnach auf Art 3 ZGB zurückzugreifen, der Art 3 PGR entspricht. Nach Art 3 Abs 2 ZGB darf sich nicht auf den guten Glauben berufen, wer bei der Aufmerksamkeit, wie sie nach den Umständen von ihm verlangt werden darf, nicht gutgläubig sein konnte. Im Allgemeinen ist hierbei auch leichte Fahrlässigkeit gemeint,¹⁵⁴ weil Art 3 Abs 2 ZGB auf eine Vielzahl unterschiedlicher Konstellationen abstellt und es nicht sachgerecht wäre, stets grobe Fahrlässigkeit zu fordern.¹⁵⁵ Für den Bereich der Formalvollmachten gilt jedoch nach hA anderes.¹⁵⁶ Ein wenig über das Ziel hinausgeschossen ist das Bundesgericht in der Prospera-Entscheidung, wo es den Einwand der Klägerin, sie habe nach Art 3 ZGB auf die Vertretungsmacht vertraut, rundheraus ablehnt.¹⁵⁷ Allerdings ist diese Entscheidung vor dem Hintergrund der Ultra-Vires-Doktrin zu lesen. Das Bundesgericht nahm an, dass die Beschränkung von Art 718 Abs 1 OR (nunmehr Art 718a Abs 1 OR; alle Rechtshandlungen, die der Zweck der Gesellschaft mit sich bringen kann) auch im Aussenverhältnis wirkt und in casu überschritten wurde, sodass sich die Frage des Missbrauchs der Vertretungsmacht erst gar nicht stellte. In einer Entscheidung aus 1993 differenzierte das Bundesgericht.¹⁵⁸ Bei einem «blossen» Missbrauch der Vertretungsmacht sind ernsthafte Zweifel («doutes sérieux») auf Seiten des Dritten über das Vorliegen der Vertretungsmacht erforderlich.¹⁵⁹ Handelt der Vertreter allerdings

zum Nachteil des Geschäftsherrn, genügt bereits leichte Fahrlässigkeit, die Missbrauchsabsicht zu erkennen.¹⁶⁰ In einer späteren Entscheidung aus 2005 bemerkte das Bundesgericht, dass diese Differenzierung im Schrifttum kritisiert werde, musste aber nicht näher darauf eingehen.¹⁶¹ In zwei späteren (zusammenhängenden) Entscheidungen hatte das Handelsgericht des Kantons Zürich die Differenzierung verworfen.¹⁶² Im Sinne des Verkehrsschutzes sei zu fordern, dass deutliche Anhaltspunkte für einen Missbrauch der Vertretungsmacht vorliegen. Jedenfalls nicht ausreichend sei daher ein lediglich ungewöhnlicher bzw für eine Partei ungünstiger Vertrag.¹⁶³ Das Bundesgericht konnte die Frage letztlich wieder offenlassen, geht aber merkbar zu seiner früheren Rsp auf Distanz.¹⁶⁴ Auch im Schweizerischen Schrifttum entspricht es der hL, dass leichte Fahrlässigkeit nicht ausreichen soll.¹⁶⁵ Im hier interessierenden Zusammenhang muss nicht näher auf die kritikwürdige Differenzierung des Schweizer Bundesgerichts eingegangen werden. Es ist auch nicht ausschlaggebend, ob im Zivilrecht abseits der Formalvollmachten andere Massstäbe gelten (dazu noch Pkt X). Der entscheidende Punkt ist, dass aus der ergänzenden Anwendbarkeit von Art 3 PGR auf Art 187a PGR gerade keine leichte Fahrlässigkeit als Massstab für den Dritten abzuleiten ist. Wie allgemein, sollte auch bei Art 3 PGR nur aus triftigem Grund von der hA des Rezeptionslandes abgegangen werden.¹⁶⁶ Ist in der Schweiz längst anerkannt, dass bei Formalvollmachten nicht nur leichte Fahrlässigkeit auf Seiten des Dritten zu fordern ist, sollte dies auch nicht für Liechtenstein angenommen werden.

Hinzuweisen ist idZ darauf, dass sich die Beschwerdeführerin in einem Verfahren vor dem StGH, das mit einer bereits erwähnten fLOGH-Entscheidung (entsprechend der «Fehringer»-Judikatur grobe Fahrlässigkeit auf Seiten des Dritten, s Pkt VII.2) zusammenhängt, auf Art 3 Abs 2

¹⁵³ Ebenso § 37 Abs 1 Schlussabteilung PGR.

¹⁵⁴ Vgl *Honsell* in BaslerKommZGB⁵ Art 3 Rz 35; *Baumann* in ZürchKommZGB (1998) Art 3 Rz 59 f; *Hofer* in BernKommZGB (2012) Art 3 Rz 120.

¹⁵⁵ Darin liegt kein Widerspruch zur Kritik an *Burtscher* in FN 72, der beim Missbrauch der Vertretungsmacht davon ausgeht, dass kein einheitlicher Massstab gefunden werden kann, was mE nicht zutrifft. Dagegen geht es bei Art 3 ZGB darum, dass eine Vielzahl ganz unterschiedlicher Bestimmungen auf Art 3 ZGB rekurrieren.

¹⁵⁶ Zur hA s im Text und in den folgenden FN 157 ff; nach *G. H. Roth*, *Strenges oder billiges Recht: Zum Umfang handelsrechtlicher Vertretungsmacht*, Zeitschrift für Schweizerisches Recht 104 (1985), 287 (291) wurde im älteren Schrifttum zum Teil noch leichte Fahrlässigkeit angenommen. *Oser/Schönenberger* in ZürchKommOR (1945) Art 459 Rz 15 sind allerdings wohl keine Belegstelle für diese Ansicht, weil sie betonen, dass der Dritte «nicht zu streng behandelt» werden darf und *Oser* in der Voraufgabe sogar noch die radikale Ansicht vertrat, wonach Fahrlässigkeit überhaupt nicht schade; in *Gauch/Schluemp/Jäggi*, Schweizerisches Obligationenrecht I³ (1983) Rz 1083 wird nur pauschal auf Art 3 Abs 2 ZGB verwiesen.

¹⁵⁷ BG 16.12.1969, BGE 95 II 442.

¹⁵⁸ BG 19.1.1993, BGE 119 II 23.

¹⁵⁹ Das Bundesgericht verweist auf *Zobl*, Probleme der organschaftlichen Vertretungsmacht, Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins 125 (1989), 289 (299 f) (es verweist auf 229 f, wobei es sich offensichtlich um ein Versehen handelt), der sogar auf «stärkste Zweifel» abstellt.

¹⁶⁰ Dem aufmerksamen Leser wird nicht entgangen sein, dass dies an die Differenzierung zwischen starren und beweglichen Schranken erinnert. Allerdings bestehen gravierende Unterschiede zwischen beiden Ansichten, weil das Bundesgericht zu weit geht, wenn es auf Seiten des Dritten nur leichte Fahrlässigkeit fordert. Die für Österreich, Deutschland und Liechtenstein überzeugende Ansicht (s Pkt V) liesse sich mE auch für die Schweiz fruchtbar machen.

¹⁶¹ BG 31.5.2005, BGE 131 III 511; es verweist insbesondere auf *Chappuis*, Abus du pouvoir de représentation: le fondé de procuration devenu organe, AJP 1997, 689 (696).

¹⁶² BG 9.10.2014, 4A_212/2014; BG 9.10.2014, 4A_208/2014.

¹⁶³ BG 9.10.2014, 4A_208/2014 (5.1.1; die Ausführungen des Kantongerichts werden dort referiert).

¹⁶⁴ Weitergehend *Watter* in BaslerKommOR⁵ Art 718a Rz 11 (frühere Rsp «de facto, wenn auch nicht formell, aufgehoben»).

¹⁶⁵ S die Nw in *M. Walch*, LJZ 2020, 111 (118 in FN 88); ferner noch *G. H. Roth*, Zeitschrift für Schweizerisches Recht 104 (1985), 287 (295); für die Prokura *Watter* in BaslerKommOR⁶ Art 460 Rz 16.

¹⁶⁶ fLOGH 4.4.2002, 01 CG.2000.64, LES 2005, 100; StGH 02.10.2006, 2006/024, GE 2009 280; StGH 04.12.2007, 2007/067, GE 2009 312 («Nach einer vom Staatsgerichtshof mehrfach gestützten OGH-Praxis soll nicht ohne Not von der im Herkunftsland zu einer in Liechtenstein rezipierten Norm bestehenden Gerichtspraxis abgewichen werden»); StGH 4.2.2013, 2012/172, GE 2013, 328; dazu *Schopper/M. Walch*, Trust, Treuunternehmen und besondere Vermögenswidmungen in Liechtenstein (in Vorbereitung).

PGR berief.¹⁶⁷ Der StGH folgte dem nicht, freilich nach Massgabe des im Verfahren anwendbaren groben Prüfungsrasters. Mit Blick auf die hier vorgebrachten Argumente hätte die Ansicht des fLOGH auch einer vertieften Prüfung standgehalten.

3. Rechtslage bei richtlinienkonformer Interpretation von Art 187a Abs 2 und Abs 3 PGR

a. Kritik Schauers

Schauer kritisiert die hier vertretene Auffassung nicht nur auf der Ebene der von ihm angenommenen gespaltenen Auslegung, sondern geht weit darüber hinaus: Selbst bei einer richtlinienkonformen Interpretation wäre dem fLOGH ein Ergebnis zu folgen gewesen.¹⁶⁸ Um Missverständnisse zu vermeiden: Es geht im Folgenden darum, wie die Rechtslage ist, wenn Art 187a Abs 2 und Abs 3 PGR für die Stiftung in richtlinienkonformer Interpretation auszulegen sind, was aus Sicht Schauers nur hypothetisch der Fall ist, weil er einer gespaltenen Auslegung favorisiert.

b. Leichte Fahrlässigkeit auf Seiten des Dritten nicht ausreichend

Zunächst referiert Schauer die Diskussion, ob bei richtlinienkonformer Interpretation auf Seiten des Dritten grobe Fahrlässigkeit zu fordern ist, lässt die Frage aber offen.¹⁶⁹ In meinem von Schauer kritisierten Beitrag bin ich auf diese Frage eingegangen und konnte ebenfalls offenlassen, ob in Liechtenstein Evidenz oder grobe Fahrlässigkeit zu fordern ist.¹⁷⁰ Geklärt sollte jedoch sein, dass leichte Fahrlässigkeit keinesfalls ausreicht.¹⁷¹ Es ist nicht ganz klar, ob Schauer auch dies anzweifelt und offenlassen möchte.¹⁷² Angesichts des eindeutigen Meinungsstandes, dem sich auch Schauer für das österreichische

Recht bereits angeschlossen hat,¹⁷³ wäre dies aber ohnedies nicht überzeugend, weshalb darauf nicht näher eingegangen werden muss.

c. Keine Gleichstellung der Kenntnis des Statuteninhalts mit Kenntnis einer Überschreitung von internen Schranken

Völlig zu Recht hält Schauer fest, dass der Gegenstand des schädlichen Wissens oder Wissenmüssens nicht nur der Statuteninhalt selbst ist, sondern das Fehlverhalten des vertretungsbefugten Organs.¹⁷⁴ Dies ist einer der wesentlichen Kritikpunkte, der von mir gegen die Begründung des fLOGH vorgebracht wurde.¹⁷⁵ Sogleich schränkt er aber wieder ein. «Freilich sind diese Elemente untrennbar miteinander verbunden: Wer die Statuten und die Beistatuten kannte oder kennen musste, der kannte auch die Zwecküberschreitung des Vermögenstransfers oder hätte ihn kennen müssen».¹⁷⁶ Den Stiftungsräten der Stiftung B musste daher klar sein, dass der Vermögenstransfer mit dem Zweck der Stiftung A nicht in Einklang zu bringen sein werde. Dies ist so allerdings nicht zutreffend. Nur weil jemand Kenntnis vom Inhalt der Statuten hat, kann man nicht automatisch auf die Kenntnis der Zweckwidrigkeit geschlossen werden.¹⁷⁷ Es geht also darum, ob ein Wissenmüssen (fiktives Wissen) von der Überschreitung der internen Schranke bei Stiftung A der Stiftung B zugerechnet werden kann.

d. Keine Offensichtlichkeit einer Überschreitung bei Kenntnis des Statuteninhalts

Nach Schauer sei schon bei blosser Lektüre der in der Entscheidung veröffentlichten Auszüge aus den Statuten offensichtlich, dass die Zweckbestimmung der Stiftung A bei einer Vermögensübertragung an Stiftung C (in diesem Beitrag: Stiftung B) nicht erhalten bleibe.¹⁷⁸ Damit ist offenbar gemeint, dass die Überschreitung der internen Befugnisse offensichtlich bzw evident sind und dem Dritten auffallen musste. Entscheidend sei, welchen Eindruck ein objektiver und redlicher Adressat vom Inhalt der Statuten erlangen müsste. Daran ändere auch nichts, dass das Erstgericht im vorliegenden Fall von der Zulässigkeit ausgegangen und womöglich ein Rechtsrat eingeholt worden sei.¹⁷⁹ Dem ist entgegenzuhalten, dass es natürlich vom Auge des Betrachters abhängt, wann aus seiner Sicht die Überschreitung bereits evident ist. Es entspricht aber der ganz hA, dass Evidenz nicht vorschnell angenommen werden darf. Ansonsten würde auch rasch eine Richtlinienwidrigkeit vorliegen. Gelangt selbst ein Landgericht, dem man kaum Parteilichkeit oder Unfähig-

¹⁶⁷ StGH 1.8.2014, 2014/003, GE 2015, 75 (Pkt 4.13).

¹⁶⁸ Vgl. Schauer, LJZ 2020, 165 (172).

¹⁶⁹ Schauer, LJZ 2020, 165 (172); der Vollständigkeit halber ist auf eine Unstimmigkeit in den Ausführungen von Schauer hinzuweisen. Er lässt zunächst offen, ob Evidenz oder grobe Fahrlässigkeit auf Seiten des Dritten zu fordern ist. Dann behandelt er nur noch die Evidenz und meint, bei der Beurteilung der Evidenz komme es eben nicht auf den Vorwurf des Verschuldens an. Folgte man dem, käme es aber sehr wohl darauf an, ob grobe Fahrlässigkeit (s dazu die Entscheidung des fLOGH, wo bereits grobe Fahrlässigkeit verlangt wurde, Pkt VII.2) oder Evidenz gefordert würde. So läge zB bei der Einholung unrichtigen Rechtsrats (dazu Pkt IX.3.e) uU nicht einmal leichte Fahrlässigkeit vor, sodass der Dritte keinesfalls grob fahrlässig handeln würde. Die Unstimmigkeit ist wohl darauf zurückzuführen, dass sich Schauer auf den Sachverhalt der fLOGH-Entscheidung konzentriert, bei der nach dem festgestellten Sachverhalt die Einholung unrichtigen Rechtsrats keine Rolle spielte.

¹⁷⁰ M. Walch, LJZ 2020, 111 (118 ff).

¹⁷¹ So jüngst auch Karollus, ZfS 2020, 3 (7).

¹⁷² Siehe Schauer, LJZ 2020, 165 (172), wo zunächst darauf hingewiesen wird, dass nach dem RL-Wortlaut auch leichte Fahrlässigkeit denkbar wäre, dann auf die Diskussion zu Evidenz oder Fahrlässigkeit eingeht und damit schliesst, dass diese Frage nicht abschliessend geklärt werden muss. «Diese Frage» bezieht sich daher wohl auf die Diskussion zwischen grober Fahrlässigkeit und Evidenz.

¹⁷³ Schauer in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht² Rz 2/601 (iZm der Offenen Gesellschaft [~Kollektivgesellschaft]).

¹⁷⁴ Schauer, LJZ 2020, 165 (173); Hayden, PSR 2019, 172 (179); Baumgartner/U. Torggler in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang ABGB³ § 1017 Rz 72 ff.

¹⁷⁵ M. Walch, LJZ 2020, 111 (122); krit auch Karollus, ZfS 2020, 3 (7) («die apodiktischen Ausführungen zur mangelnden Gutgläubigkeit der Stiftung B hängen damit auch völlig in der Luft»).

¹⁷⁶ Schauer, LJZ 2020, 165 (173).

¹⁷⁷ M. Walch, LJZ 2020, 111 (122); Karollus, ZfS 2020, 3 (11).

¹⁷⁸ Schauer, LJZ 2020, 165 (172).

¹⁷⁹ Schauer, LJZ 2020, 165 (172).

keit vorwerfen kann,¹⁸⁰ nach dem entstandenen Rechtsstreit (!) und eingehender Auseinandersetzung zur Ansicht, dass kein Pflichtverstoß vorlag, kann man kaum von einem Dritten verlangen, dass der Pflichtverstoß vor Entstehen des Rechtsstreits bei einer kursorischen Grobprüfung (mehr ist in richtlinienkonformer Interpretation keinesfalls geboten) für diesen evident war.¹⁸¹

Gelangt man somit zur Ansicht, dass der Pflichtverstoß für den Dritten evident sein musste, um einen Missbrauch der Vertretungsmacht zu begründen, waren die Voraussetzungen für einen Missbrauch der Vertretungsmacht nicht erfüllt. Die Diskussion verlagert sich dann auf die Wissenszurechnung (dazu Pkt VIII).

e. Einholung von Rechtsrat schliesst Evidenz oder grobe Fahrlässigkeit jedenfalls aus

War der Pflichtverstoß bereits nach dem veröffentlichten Sachverhalt für einen Dritten nicht evident, gilt dies erst Recht für den unrichtigen Rechtsrat. Selbst jene, welche der Rechtsberatungs-Branche skeptisch gegenüberstehen und pauschal Parteilichkeit unterstellen, müssen konzedieren, dass der Rat eines Rechtsberaters ein starkes Indiz ist, sofern die Frage ergebnisoffen formuliert ist und überdies nicht erst nach entstandenem Rechtsstreit gestellt wurde, sondern zu einem Zeitpunkt, als noch andere Gestaltungsmöglichkeiten (zB andere Formulierung der Statuten von Stiftung B) offenstanden. In diesem Zusammenhang ist auf eine Entscheidung des öOGH zu verweisen, in der dieser zwar eine restriktive Ansicht zur Einholung von Rechtsrat vertritt, aber dennoch ganz selbstverständlich davon ausgeht, dass ein Verschulden und sogar die objektive Sorgfaltswidrigkeit¹⁸² beseitigt werden kann, wenn die Anfrage entsprechend ergebnisoffen formuliert war.¹⁸³ *Schauer* weist zu Recht darauf

hin, dass in der veröffentlichten Entscheidung des fLOGH die Einholung eines Rechtsrats nirgends festgestellt wurde.¹⁸⁴ Dies wurde auch im von *Schauer* kritisierten Beitrag nicht behauptet.¹⁸⁵ Wäre ein Rechtsrat eingeholt und dies festgestellt worden, hätten sich weitere Diskussionen ohnedies erübrigt, denn es erscheint mE nicht vertretbar, grobe Fahrlässigkeit oder Evidenz anzunehmen, wenn zuvor ein Rechtsrat eingeholt wurde und gemäss diesem (unrichtigen) Rechtsrat keine interne Schranke überschritten wurde.¹⁸⁶

4. Fazit

Eine gespaltene Auslegung von Art 187a PGR wäre zwar methodisch zulässig. Sie ist aber weder de lege lata noch de lege ferenda geboten. Ausserdem hätte sich selbst eine gespaltene Auslegung bei der konkreten fLOGH-Entscheidung im Ergebnis nicht ausgewirkt.

X. Exkurs: Missbrauch der Vertretungsmacht im Liechtensteinischen Zivilrecht

1. Andere Voraussetzungen als bei Formalvollmachten?

Zum Abschluss soll noch kurz auf die Rechtslage im Zivilrecht eingegangen werden. Hierbei ist insbesondere fraglich, welche Voraussetzungen an einen Missbrauch der ABGB-Vollmacht gestellt werden. Für die in diesem Beitrag behandelte Problematik handelt es sich hierbei um einen Nebenschauplatz, weil es bei Art 187a PGR um Formalvollmachten geht.

¹⁸⁰ Für Unfähigkeit offenbar, aber zumindest eingeschränkt auf trustrechtliche Sachverhalte, *Bösch*, Richterlich missverständene trustgovernance in Liechtenstein, PSR 2016, 183; dazu mit Recht krit fLOGH 3.3.2017, 07 HG.2016.212, LES 2017, 66.

¹⁸¹ *Karollus*, ZfS 2020, 3 (11).

¹⁸² Zur Problematik *Schopper/M. Walch*, Beziehung von Sachverständigen durch den Vorstand, in *Kalss/Frotz/Schörgbofer*, Handbuch für den Vorstand Rz 42/41 ff; der Beitrag ist abrufbar unter <https://www.uibk.ac.at/unternehmensrecht/unternehmensrecht/mitarbeiter/lebenslaufe/beziehung-von-sachverstaendigen-durch-den-vorstand_schopper_walch_s.pdf>.

¹⁸³ öOGH 30.8.2016, 6 Ob 198/15h; die Entscheidung wird in der Praxis verbreitet als sehr streng wahrgenommen. Der öOGH hatte seither soweit ersichtlich keine Gelegenheit, die Ausführungen zu präzisieren (öOGH 24.10.2018, 8 Ob 140/18y betraf nur eine hier nicht interessierende Detailfrage). Zwischen den Zeilen ist herauszulesen, dass der 6. Senat wohl »Gefälligkeitsgutachten« skeptisch gegenübersteht. Diese Bedenken greifen jedoch jedenfalls nicht, wenn es sich um einen Rechtsrat mit ergebnisoffener Frage handelt und mehrere Handlungsalternativen offenstehen (es also noch nicht zum Prozess gekommen ist). In Österreich stellt sich die Frage, warum der öOGH mit keinem Wort auf die ausführliche Diskussion in Deutschland eingegangen ist, die bereits auf Österreich »übergeschwappt« war (*Schopper/M. Walch*, Vorstandshaftung bei Vertrauen auf unrichtigen Rechtsrat, GES 2012, 215). Es bleibt daher abzuwarten, ob sich der öOGH noch der deutschen hA anschliessen wird, weil der BGH selbstverständlich die Problematik von Gefälligkeitsgutachten ebenfalls erkannt und Anforderungen an einen tauglichen Rechtsrat aufgestellt hat (s dazu ausführlich *Schopper/M. Walch* in *Kalss/Frotz/*

Schörgbofer, Handbuch für den Vorstand Rz 42/37 ff). In Liechtenstein wird sich die Rsp wohl im Zweifel am öOGH orientieren, weil es sich um eine Frage des § 2 ABGB handelt. Da die Rechtslage in Österreich aber noch nicht eindeutig geklärt ist, würde es sich auch in Liechtenstein eine Anlehnung an die fortgeschrittene Diskussion in Deutschland anbieten.

¹⁸⁴ *Schauer*, LJZ 2020, 165 (172).

¹⁸⁵ *M. Walch*, LJZ 2020, 111 (121): »Aus dem veröffentlichten Sachverhalt geht ebenfalls nicht hervor, ob die Stiftungsräte der 2. Stiftung eine rechtliche Beratung in Anspruch nahmen.«; dies ebenfalls nicht behauptend *Karollus*, ZfS 2020, 3 (11).

¹⁸⁶ *Schauer*, LJZ 2020, 165 (172) lehnt dies nur beiläufig ab (»Hieran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, [...] und dass womöglich Rechtsberater der Stiftungsratsmitglieder der C und Protektoren der A sie in dieser Vorgangsweise bestärkt haben.«). Es komme für die Beurteilung der Evidenz nicht auf den Vorwurf eines subjektiven Verschuldens an, sondern auf den Eindruck, den ein objektiver und redlicher Adressat der Statuten von deren Inhalt erlangen musste. Die Einholung von Rechtsrat kann aber sogar eine objektive Sorgfaltswidrigkeit beseitigen (s bei und in FN 182 sowie FN 183). Geht man davon aus, dass überhaupt keine oder nur geringe Nachforschungspflichten bestehen und holt der Dritte dennoch einen Rechtsrat ein, ist es nicht nachvollziehbar, wie dennoch Evidenz angenommen werden kann. Der von der Art 9 Abs 2 RL 2017/1132 beabsichtigte Verkehrsschutz würde dadurch ad absurdum geführt werden (die Ausführungen von *Schauer* beziehen sich auf das Kapitel, in dem er von einer richtlinienkonformen Interpretation ausgeht) und die Ansicht wäre mE eindeutig richtlinienwidrig. Wollte ein (Höchst)Gericht dies tatsächlich vertreten, müsste es daher an den EuGH bzw den EFTA-Gerichtshof vorlegen (zur Vorlagemöglichkeit s bereits *M. Walch*, LJZ 2020, 112 [123]).

Im Ausgangspunkt ist es nicht ausgeschlossen, dass für die zivilrechtliche Vollmacht (§§ 1002 ff ABGB) auf Seiten des Dritten andere Voraussetzungen als für die Formalvollmachten des PGR gelten.¹⁸⁷ Dies kann nur in eine Richtung gehen: Angesichts des erhöhten Bedürfnisses nach Rechtssicherheit, welches bei Formalvollmachten herrscht, wäre es wertungswidersprüchlich, wenn zB bei Formalvollmachten leichte Fahrlässigkeit und bei zivilrechtlichen Vollmachten grobe Fahrlässigkeit auf Seiten des Dritten gefordert würde. Dagegen entstände im umgekehrten Fall kein Wertungswiderspruch.

2. Meinungsstand in Österreich

Die liechtensteinische Diskussion findet mit einem steten Blick nach Österreich statt, denn §§ 1002 ff lABGB wurden aus Österreich rezipiert. Der öOGH hat in seiner aktuellen Leitentscheidung zum Missbrauch der Vertretungsmacht zwar den Meinungsstand im Zivilrecht referiert, aber nur explizit zu Formalvollmachten Stellung bezogen.¹⁸⁸ Demnach ist unklar, ob sich die Entscheidung auf zivilrechtliche Vollmachten übertragen lässt.¹⁸⁹ Auch das österreichische Schrifttum ist gespalten, sodass es schwierig ist, eine hL auszumachen und sich mangels eindeutiger hRsp an dieser zu orientieren.

Einigkeit besteht darüber, dass bei einer Kollusion (Vertreter und Dritter wirken absichtlich zusammen, um den Vertretenen zu schädigen) jedenfalls ein Missbrauch der Vertretungsmacht vorliegt.¹⁹⁰ Ebenso unproblematisch ist der Fall, wenn Vertreter und Dritter zwar nicht zusammenwirken, aber der Dritte Kenntnis hatte.¹⁹¹ Im Lichte der aktuellen Rsp kann überdies davon ausgegangen werden, dass der Vertreter selbst keine Schädigungsabsicht haben muss,¹⁹² sondern die Überschreitung einer internen Schranke ausreicht (Pkt V). Demnach muss sich auch das Wissen oder Wissenmüssen des Dritten nur auf diese Überschreitung beziehen.¹⁹³

3. Voraussetzungen auf Seiten des Dritten

a. Leichte oder grobe Fahrlässigkeit bzw Evidenz?

Nicht so eindeutig ist, welche Voraussetzungen auf Seiten des Dritten vorliegen müssen. Vertreten wird ein

¹⁸⁷ Vgl zB *Schauer*, wobl 2006, 95 (98) (Anmerkung): «Bei der Beurteilung, unter welchen Voraussetzungen ein schutzwürdiges Vertrauen des Dritten (noch) angenommen werden kann, mögen im bürgerlichen Recht andere Maßstäbe gelten als bei den gesetzlichen Formalvollmachten des Handelsrechts und bei den organschaftlichen Vertretungsbefugnissen des Verbandsrechts mit zwingendem Inhalt.

¹⁸⁸ öOGH 25.4.2019, 6 Ob 35/19v.

¹⁸⁹ Vgl dazu, sogar hinsichtlich der Übertragung auf Formalvollmachten vorsichtig (die aber mE jedenfalls gut begründbar ist) *Baumgartner*, RdW 2019, 597, (598) («die wohl zumindest auf andere Formalvollmachten übertragbar ist»); insoweit nicht ganz eindeutig *G. Kodek*, PSR 2019, 56 (70).

¹⁹⁰ S zB öOGH 25.4.2019, 6 Ob 35/19v; *Baumgartner/U. Torggler* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang ABGB³ § 1027 Rz 67.

¹⁹¹ S zB öOGH 21.12.1989, 6 Ob 693/89.

¹⁹² Vgl öOGH 25.4.2019, 6 Ob 35/19v.

¹⁹³ *M. Walch*, LJZ 2020, 111 (122); *Hayden*, PSR 2019, 172 (179); *Baumgartner/U. Torggler* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang ABGB³ § 1017 Rz 72 ff; insoweit treffend *Schauer*, LJZ 2020, 165 (173) (der dies dann aber sogleich wieder abschwächt).

breites Spektrum, das von positiver Kenntnis über grobe Fahrlässigkeit und Evidenz bis zu leichter Fahrlässigkeit reicht.¹⁹⁴ Auf den ersten Blick problematisch wäre ein Abstellen auf positive Kenntnis, weil es wertungswidersprüchlich wäre, höhere Anforderungen als bei Formalvollmachten zu stellen.¹⁹⁵ Allerdings lösen die Vertreter dieser Ansicht die Frage auf der Beweisebene.¹⁹⁶ Die Diskussion spielt sich also etwas vereinfacht zwischen leichter Fahrlässigkeit und grober Fahrlässigkeit bzw Evidenz ab.

b. Die Abstraktheit der ABGB-Vollmacht

Ein erster Einstieg in die Problematik ist, ob es sich bei der ABGB-Vollmacht um eine abstrakte Vollmacht handelt. Was bei Formalvollmachten selbstverständlich ist, bedarf bei der ABGB-Vollmacht einer Klärung. Lehnt man die Abstraktheit der Vollmacht ab, wird der Vollmachtsumfang (Aussenverhältnis) durch den Auftragsumfang (Innenverhältnis) begrenzt. Genau genommen stellt sich dann die Frage eines Vollmachtmissbrauchs nicht.¹⁹⁷ Um den Dritten irgendwie zu schützen, gelangt man über eine Analogie zu § 1026 ABGB (Dritten ist Aufhebung der Vollmacht ohne Verschulden nicht bekannt) zum Ergebnis, dass ein wirksamer Vertrag zustande kommt.¹⁹⁸ Die Vertreter dieser Ansicht verlangen nur leichte Fahrlässigkeit auf Seiten des Dritten.¹⁹⁹ Nach hA in Österreich ist die ABGB-Vollmacht allerdings abstrakt.²⁰⁰ Dann dreht sich die Argumentationslast um. Es muss nicht mehr argumentiert werden, weshalb der Dritte – aus Rechtscheinerwägungen –²⁰¹ geschützt werden soll, obwohl keine ausreichende Vollmacht vorlag. Vielmehr geht es darum, ob der Dritte nicht schutzwürdig ist und sich nicht auf die – grundsätzlich bestehende – Vollmacht des Vertreters berufen kann. Ausgehend von der Abstraktheit der Vollmacht kommt man somit tendenziell eher zur

¹⁹⁴ Siehe dazu den Überblick über den Meinungsstand bei *Baumgartner/U. Torggler* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang ABGB³ § 1027 Rz 70; zur leichten Fahrlässigkeit s noch unten im Text bei und in FN 199.

¹⁹⁵ Freilich argumentieren *Baumgartner/U. Torggler* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang ABGB³ § 1027 Rz 26 konsistent, weil sie die gleiche Ansicht auch bei Formalvollmachten vertreten (*U. Torggler/Trenker* in *Zib/Dellinger*, UGB § 50 Rz 17; *Baumgartner*, RdW 2019, 597, [598 ff]).

¹⁹⁶ Siehe die Nw in FN 195 und ferner zur Prokura *Schopper/Trenker*, UGB³ § 50 Rz 6.

¹⁹⁷ *Baumgartner/U. Torggler* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang ABGB³ § 1002 Rz 65.

¹⁹⁸ Ausführlich *Lukas*, Von geheimen und offenen Vollmachten, in FS H. Torggler (2013), 815; zust *Perner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 1017 Rz 8; in diese Richtung für die Schweiz auch *Watter* in *BaslerKommOR*⁶ Art 33 Rz 13.

¹⁹⁹ *Lukas* in FS H. Torggler 815; *Perner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 1017 Rz 8; freilich werden dann wie bei § 1026 ABGB letztlich auch keine allzu strengen Anforderungen gestellt (dazu FN 202).

²⁰⁰ *P. Bydlinski* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB⁶ § 1017 Rz 2; *Apathy* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ § 1017 Rz 12 f; ausführlich *Baumgartner/U. Torggler* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang ABGB³ § 1002 Rz 17 ff und § 1017 Rz 61; aA *Lukas* in FS H. Torggler 825 ff.

²⁰¹ In Wahrheit besteht dann ja keine ausreichende Vollmacht; vgl dazu *Baumgartner/U. Torggler* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang ABGB³ § 1002 Rz 19 und § 1017 Rz 66.

groben Fahrlässigkeit bzw zur Evidenz denn zur leichten Fahrlässigkeit.

c. § 1026 ABGB – ein Irrweg

Auf den ersten Blick bestechend erscheint das Argument, wonach gemäss der hA bei § 1026 ABGB (Aufhebung oder nachträgliche Einschränkung der Vollmacht) leichte Fahrlässigkeit auf Seiten des Dritten ausreiche und dies auch beim Missbrauch der Vertretungsmacht entsprechend gelten müsse.²⁰² Aus dieser Sicht statuiert § 1017 ABGB einen Verkehrsschutz, der dann durch § 1026 ABGB konkretisiert wird.²⁰³ Bei näherer Betrachtung überzeugt dies aber nicht. Wie erwähnt, setzt § 1026 ABGB voraus, dass keine Vollmacht (mehr) besteht und ist ein Rechts-scheintatbestand.²⁰⁴ Dagegen handelt der Vertreter beim Missbrauch der Vertretungsmacht gerade mit Vollmacht und überschreitet lediglich interne Schranken.²⁰⁵ Beide Fälle lassen sich demnach nicht miteinander vergleichen.

d. Verkehrsschutz als entscheidender Gesichtspunkt

Die Abstraktheit der (zivilrechtlichen) Vollmacht legt das Fundament für die Gretchenfrage, nämlich wie man es mit dem Verkehrsschutz hält. Bei Formalvollmachten ist die Frage einfach zu beantworten, denn in der Ausgestaltung als Formalvollmacht kommt gerade der Wille des Gesetzgebers nach einem erhöhten Verkehrsschutz zum Ausdruck. Bei der zivilrechtlichen Vollmacht ist dies nicht ganz so klar und verschiedene Ansichten sind gleichermaßen gut vertretbar. Die eigene Ansicht setzt bei § 1017 Satz 3 ABGB an, wonach die dem Gewalthaber erteilte geheime Vollmacht auf die Rechte des Dritten keinen Einfluss hat. Erkennt man, dass der Gesetzgeber damit einen Verkehrsschutz erreichen wollte, sollte dies nicht dadurch weitgehend ausgehebelt werden, indem bereits leichte Fahrlässigkeit auf Seiten des Dritten schadet. Ansonsten hätten zB schriftlich erteilte Vollmachten im Geschäftsverkehr nur einen geringen Wert, weil der Dritte stets der Gefahr gewärtig sein müsste, dass er eine interne Schranke übersieht.²⁰⁶ Die Interessen des Geschäftsherrn werden dadurch nicht übermässig beeinträchtigt, weil es ihm offensteht, die Vollmacht im Aussenverhältnis wirksam zu begrenzen. Im Ergebnis sprechen daher die besseren Gründe dafür, bei der zivilrechtlichen Vollmacht auf Seiten des Dritten die gleichen

Anforderungen zu stellen wie bei Formalvollmachten, dh grobe Fahrlässigkeit oder Evidenz.²⁰⁷

e. Art 3 PGR

Während die bisherigen Ausführungen sowohl für Österreich als auch für Liechtenstein gelten, sind in Liechtenstein noch Art 3 PGR und Art 3 Sachenrecht zu berücksichtigen, die den Anspruch erheben, (zumindest) für das gesamte Privatrecht und damit auch für das ABGB zu gelten.²⁰⁸ § 1017 Satz 3 fABGB stellt dem Wortlaut nach nicht auf die Gutgläubigkeit des Dritten ab. Jedoch ist dies in die Bestimmung hineinzulesen, schon um Wertungswidersprüche mit der Prokura zu vermeiden, bei der die Gutgläubigkeit des Dritten explizit erwähnt wird (§ 37 Abs 1 Schlussabteilung PGR). Wie bereits an anderer Stelle dargelegt wurde (Pkt IX.2.g), sollte aus dem Umstand, dass bei Art 3 PGR/Sachenrecht für die Gutgläubigkeit grundsätzlich²⁰⁹ bereits leichte Fahrlässigkeit schadet, nicht vorschnell der Schluss gezogen werden, dass dies auch beim Missbrauch der Vertretungsmacht so sein muss. Der Unterschied zwischen Formalvollmachten und zivilrechtlichen Vollmachten besteht lediglich darin, dass bei zivilrechtlichen Vollmachten tendenziell stärkere Gründe dafür sprechen, es bei der von Art 3 PGR/Sachenrecht vorgegebenen leichten Fahrlässigkeit zu belassen, während bei Formalvollmachten selbst in der Schweiz als Mutterland von Art 3 PGR/Sachenrecht (deren Regelungsvorbild Art 3 ZGB ist) nach hA leichte Fahrlässigkeit nicht ausreicht (dazu wiederum Pkt IX.2.g). Dennoch sollten Art 3 PGR/Sachenrecht nicht vorgeschoben werden, um dem Kern des Problems – wie weit der Verkehrsschutz im Zivilrecht reicht – auszuweichen. Art 3 PGR/Sachenrecht bilden damit kein unüberwindbares Hindernis für die hier vertretene Auffassung.

XI. Zusammenfassung in Thesen

Die Überschreitung des Stiftungszwecks fällt als Überschreitung einer internen Schranke entweder unter Art 187a Abs 2 PGR oder unter Art 187a Abs 3 PGR, was sich im Ergebnis nicht auswirkt. Demnach sind die Grundsätze über den Missbrauch der Vertretungsmacht anwendbar.

Auf Seiten des Vertreters ist zumindest bei der Überschreitung einer starren Schranke wie dem Stiftungszweck keine subjektive Missbrauchsabsicht erforderlich.

Nach hA sind Organmitglieder keine Dritte iSd Grundsätze über den Missbrauch der Vertretungsmacht, sodass diese von vornherein nicht anwendbar sind. Stattdessen begrenzen interne Schranken das rechtliche Können im

²⁰² Lukas in FS H. Torggler insb 823 f; ob tatsächlich stets leichte Fahrlässigkeit bei § 1026 ABGB ausreicht (so zB P. Bydlinski in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB⁶ § 1026 Rz 3), wird im Schrifttum auch bestritten (s differenzierend *Baumgartner/U. Torggler in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang ABGB³ § 1026 Rz 31). Freilich werden dann letztlich doch keine allzu strengen Anforderungen an den Dritten gestellt (*Lukas, P. Bydlinski, Baumgartner/U. Torggler* je aaO).

²⁰³ Lukas in FS H. Torggler 821.

²⁰⁴ *Baumgartner/U. Torggler in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang ABGB³ § 1026 Rz 7 ff ff; P. Bydlinski in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB⁶ § 1026 Rz 2.

²⁰⁵ Vgl dazu auch *Altmeyen in Rotb/Altmeyen*, GmbHG⁹ § 37 Rz 49.

²⁰⁶ Vgl dazu P. Bydlinski in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB⁶ § 1017 Rz 2.

²⁰⁷ Wie hier auch für einen einheitlichen Massstab U. Torggler, allerdings auf Kenntnis abstellend und die Evidenz auf der Beweis-ebene regelnd, s U. Torggler/Trenker in *Zib/Dellinger*, UGB § 50 Rz 17 für die Formalvollmacht und ident für die ABGB-Vollmacht *Baumgartner/U. Torggler in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang ABGB³ § 1017 Rz 76.

²⁰⁸ Vgl dazu, allerdings iZm mit dem Rechtsmissbrauchsverbot und Treu und Glauben, *Schopper/M. Walch*, Trust, Treuunternehmen und besondere Vermögenswidmungen in Liechtenstein (in Vorbereitung).

²⁰⁹ Vgl dazu *Honsell in BaslerKommZGB⁵ Art 3 Rz 35* (nicht ausgeschlossen, «in Einzelfällen Gutgläubigkeit trotz leichter Fahrlässigkeit anzunehmen»).

Aussenverhältnis. Verbandspersonen, die mit einer anderen Verbandsperson ein Rechtsgeschäft abschliessen, gelten aber auch im Falle einer «Doppelorganschaft» als Dritte, dh wenn ein Organmitglied zugleich Organmitglied der anderen Verbandsperson ist. Konzernsachverhalte, bei denen Besonderheiten gelten, bleiben ausgeklammert.

Auf Seiten des Dritten muss die Überschreitung der internen Schranke für diesen evident sein oder – nach anderer Ansicht – muss er diese grob fahrlässig nicht erkannt haben. Der Dritte muss nicht nur Kenntnis vom Bestehen der internen Schranke haben, sondern Kenntnis oder Kennenmüssen davon, dass diese konkret überschritten wird. Häufig geht dies Hand in Hand. Es gibt aber auch Fälle, bei denen das Überschreiten der internen Schranke trotz Kenntnis vom Bestehen der internen Schranke nicht evident ist bzw nicht erkannt werden müsste. Es bestehen jedenfalls keine oder im Einzelfall allenfalls sehr geringe Nachforschungsobliegenheiten.

Es besteht kein Bedürfnis für eine gespaltene Auslegung von Art 187a PGR, wonach die Bestimmung für Stiftungen anders als für Aktiengesellschaften und GmbH ausgelegt werden müsste.

Für die ABGB-Vollmacht müssen beim Missbrauch der Vertretungsmacht nicht unbedingt die gleichen Voraussetzungen gelten wie bei Formalvollmachten (organische Vertretung; Prokura). Allerdings sprechen nach hier vertretener Auffassung gute Gründe für eine weitgehend einheitliche Auslegung.

Die Wissenszurechnung hängt mit dem Missbrauch der Vertretungsmacht insoweit zusammen, als der Dritte aufgrund einer Wissenszurechnung Kenntnis von der internen Schranke haben müssen könnte. Hierbei ist zwischen vorhandenem Wissen und fiktivem Wissen zu unterscheiden. Bei vorhandenem Wissen kommt es etwas vereinfacht darauf an, ob dieses weitergegeben werden musste. Für fiktives Wissen gilt dies nicht. Einer Verbandsperson als Dritte kann kein fiktives Wissen zugerechnet werden, das eines ihrer Organmitglieder in seiner Rolle als Organmitglied der vertretenen Verbandsperson hätte erwerben müssen.

An der bereits in einem anderen Beitrag in der LJZ geäußerten Kritik an einer einschlägigen Entscheidung des fLOGH ist uneingeschränkt festzuhalten. Der «antikritische» Beitrag von *Schauer*, welcher die Entscheidung im Ergebnis verteidigt, ist zwar insoweit zu begrüßen, als die Auseinandersetzung mit dem Beitrag die eigene Ansicht schärft. Die vorgebrachten Argumente lassen sich aber allesamt entkräften.

Zur Selbstbindung des OGH im Liechtensteinischen Zivilprozessrecht

Mathias Walch¹

1. Beschränkte Bindungswirkung von OGH-Entscheidungen in anderen Prozessen

Entscheidungen des Fürstlichen Obersten Gerichtshofs (fLOGH) dienen als Leitschnur für die Praxis. Sie entfalten eine faktische Bindungswirkung, weil sich die unteren Instanzen daran orientieren und der fLOGH schon aus Rechtssicherheits Erwägungen² nicht vorschnell von früheren Entscheidungen abweicht.³ Rechtlich besteht jedoch nach § 12 ABGB keine Bindungswirkung. Stellt sich eine vom fLOGH beantwortete Rechtsfrage später in einem anderen Prozess zwischen anderen Parteien, sind der fLOGH und auch die unteren Instanzen nicht an die früher geäußerte Rechtsansicht rechtlich gebunden.⁴

Auch aus Art 1 Abs 3 Sachenrecht und Art 1 Abs 4 PGR, wonach der Richter im Zuge der Auslegung «*bewährter Lehre und Überlieferung*» folgen soll, resultiert keine absolute Bindungswirkung. Art 1 Abs 3 Sachenrecht und Art 1 Abs 4 PGR gelten zusammen mit §§ 6, 7 ABGB für das gesamte Privatrecht.⁵ Sie beziehen sich nicht nur auf die Rechtsfortbildung modo legislatoris (Art 1 Abs 3 PGR; Art 1 Abs 2 Sachenrecht), sondern auch auf die Auslegung (inkl Analogie; Art 1 Abs 1 PGR; Art 1 Abs 1 Sachenrecht).⁶ Mit «Überlieferung» ist vor allem die Rechtsprechung gemeint.⁷ In der Schweiz wird aus Art 1 Abs 3 ZGB – dem Vorbild von Art 1 Abs 3 Sachenrecht und Art 1 Abs 4 PGR – abgeleitet, dass für die bewährte⁸ Rechtsprechung eine «beschränkte Befolgungspflicht» gilt.⁹ Insbesondere bei einer langjährigen Rechtsprechungslinie müssen sachliche und ernsthafte Gründe vorliegen, um von dieser abzuweichen.¹⁰ Damit

¹ Univ.-Ass. MMag. Dr. Mathias Walch, LL.M. (Yale) ist als Universitätsassistent (tenure track) am Institut für Zivilrecht der Universität Innsbruck tätig. Kontakt: mathias.walch@uibk.ac.at

² Vgl dazu bei und in FN 48.

³ Zur faktischen Bindungswirkung s zB *G. Kodek* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 12 Rz 11 ff; krit zur faktischen Bindungswirkung, wobei es sich mE nur um einen terminologischen Streit handelt, weil es ohnehin nur um ein rechtstatsächliches Phänomen geht, *Schauer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 12 Rz 4.

⁴ Dies gilt selbst dann, wenn dieselben Parteien am Prozess beteiligt sind (öOGH 16.5.2012, 5 Ob 253/11h; vgl auch öOGH 27.2.2020, 2 Ob 220/19w).

⁵ Dazu ausführlich *Schopper/M. Walch*, Trust, Treuunternehmen und besondere Vermögenswidmungen in Liechtenstein (in Vorbereitung); die Relevanz für das öffentliche Recht kann ausgeklammert bleiben.

⁶ *Honsell* in *BaslerKommZGB*⁵ Art 1 Rz 39; *Emmenegger* in *BernKommZGB* (2012) Art 1 Rz 473 f; *Baumann* in *ZürchKommZGB* (1998) Art 1 Rz 543.

⁷ *Emmenegger* in *BernKommZGB* (2012) Art 1 Rz 483 f; *Baumann* in *ZürchKommZGB* (1998) Art 1 Rz 571 f.

⁸ «Bewährter» bezieht sich nicht nur auf die «Lehre», sondern auch auf die «Überlieferung».

⁹ *Hausbeer/Jaun*, Die Einleitungsartikel des ZGB (2003) Art 1 Rz 50; *Emmenegger* in *BernKommZGB* (2012) Art 1 Rz 500; anders bei der bewährten Lehre, die nur zu berücksichtigen ist (vgl *Baumann* in *ZürchKommZGB* [1998] Art 1 Rz 566 f).

¹⁰ Bundesgericht 27.8.1985, BGE 111 II 308; Bundesgericht 7.6.1988, BGE 114 II 131; Bundesgericht 23.10.2008, BGE 135 III 66; *Hon-*

werden in Liechtenstein und der Schweiz graduell strengere Anforderungen an eine Rechtsprechungsänderung als in Österreich gestellt. In Österreich kann nämlich nur bei einem Gleichstand der Argumente (argumentatives non-liquet) von einer Art beschränkter Befolgungspflicht ausgegangen werden,¹¹ sodass die Argumente für eine Rechtsprechungsänderung nicht deutlich überwiegen müssen. Zum Teil wird zwar auch in Österreich gefordert, dass eine andere Lösung der Rechtsordnung deutlich besser entsprechen muss,¹² was im Wesentlichen den «sachlichen und ernsthaften Gründen» des Bundesgerichts entsprechen dürfte.¹³ Hierfür fehlt in Österreich jedoch eine dogmatische Grundlage (vgl § 12 öABGB).¹⁴ Der Richter muss so entscheiden, wie er es für richtig iSv der Rechtsordnung am besten entsprechend hält, sodass mE bereits ein leichtes Überwiegen den Ausschlag geben müsste.¹⁵ In der Praxis dürften diese feinen Unterschiede keine allzu grosse Relevanz haben: Ob nämlich von einem Gleichstand der Argumente oder von einem deutlichen Überwiegen ausgegangen wird, hängt vor allem davon ab, wie der Richter die Argumente gewichtet.¹⁶

sell in BaslerKommZGB⁵ Art 1 Rz 39 mwN aus der Rsp; vgl *Baummann* in ZürichKommZGB (1998) Art 1 Rz 580.

¹¹ *Schauer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON¹⁰² § 12 Rz 7; *G. Kodek* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 12 Rz 21 (allerdings mit Verweisen auf *F. Bydlinski*, der mE ein deutliches Überwiegen fordert [s dazu die nächste FN 12]); *Posch* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ § 12 Rz 6 (non liquet Situation, allerdings auf gleichermaßen vertretbare Ergebnisse abstellend, was genau genommen kein Gleichstand der Argumente ist); krit *Kerschner/Kebner* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang ABGB³ § 12 Rz 24 f.

¹² ÖOGH 25.11.1997, 1 Ob 212/97a; *F. Bydlinski* in *Rummel*, ABGB³ § 12 Rz 7; *F. Bydlinski* scheint dies aber vor allem für den Fall einer gefestigten Rsp zu vertreten. In anderen Fällen sei eine «*Abwägung auch mit feineren Nuancen geringfügig besserer Vertretbarkeit einer Gegenmeinung geboten*» (aaO Rz 5; ebenso *F. Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff² 508). Unsere Ansichten sind also letztlich nicht so weit voneinander entfernt, wie es auf den ersten Blick scheint.

¹³ Insoweit auch *F. Bydlinski* in *Rummel*, ABGB³ § 12 Rz 7, der für Österreich auf die Parallele zur beschränkten Befolgungspflicht in der Schweiz verweist.

¹⁴ Aus dem ÖOGH-Gesetz (BGBl 1968/328 iDF BGBl I 2007/112) ist daraus nichts zu gewinnen. Ein verstärkter Senat muss nach § 8 ÖOGH-Gesetz erst einberufen werden, wenn von der bisherigen stRsp abgewichen werden soll (oder die Rsp uneinheitlich ist). Die hier interessierende Frage, ob der ÖOGH überhaupt abweichen soll, ist dem vorgelagert. Kommt ein einfacher Senat zum Schluss, dass die Argumente für eine Abweichung überwiegen (nach hier vertretener Ansicht leicht; nach der strengeren Ansicht deutlich), muss sich der Senat verstärken.

¹⁵ Vgl *P. Bydlinski* in *KBB*, ABGB⁶ § 12 Rz 2 (wobei aber nicht ausgeführt wird, ob ein deutliches Überwiegen vorliegen muss, was wohl der gebotenen Kürze des Kurzkomentars geschuldet ist). In Liechtenstein gibt es keine verstärkten Senate und auch keinen gemeinsamen Senat der obersten Gerichtshöfe wie in Deutschland (vgl etwa Art 9 StGHG; Art 22 Gerichtsorganisationsgesetz).

¹⁶ Insoweit zur *Kerschner/Kebner* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang ABGB³ § 12 Rz 24; dies einräumend auch *F. Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff² 505f («*psychologisch gewiß richtig*»), der dann aber weiter ausführt, dass bei Zurücknahme bloss persönlicher Wertungen «*die Situation der mehreren vertretbaren Lösungen nicht selten ist*». Letzteres ist mE etwas unpräzise, weil es nicht um mehrere vertretbare Lösungen, sondern um mehrere gleich überzeugende Lösungen geht. Letzteres ist nicht ausgeschlossen, dürfte aber vergleichsweise selten vor-

In Liechtenstein ist der fLOGH durchaus bereit, selbst eine langjährige gefestigte Rechtsprechungslinie aufzugeben, wenn er zur Erkenntnis gelangt, dass diese nicht überzeugend war.¹⁷ Dies gilt erst Recht auch für einzelne Entscheidungen.¹⁸ Bei einzelnen Entscheidungen stellt sich überdies die Frage, ob diese bereits «bewährte Überlieferung» sind, was aber nicht ausgeschlossen ist.¹⁹ Massstab für die Bewährtheit ist letztlich die Überzeugungskraft der Argumente, die bei einer stRsp immerhin indiziert ist.²⁰ Insbesondere bei einer vereinzelt «verfehlten» Entscheidung kann der Richter – auch in den unteren Instanzen – bereits die Bewährtheit verneinen, weshalb dann auch keine «beschränkte Befolgungspflicht» besteht. Freilich sind auch insoweit die praktischen Auswirkungen wiederum gering. Ist nach Ansicht des Richters eine Entscheidung nicht bewährt, würde er – bei beabsichtigtem Abweichen –²¹ nämlich auch auf der nachgelagerten Ebene der «beschränkten Befolgungspflicht» zum Ergebnis kommen, dass sachliche und ernsthafte Gründe für ein Abweichen gegeben sind.

Schliesslich ist der Vollständigkeit halber noch darauf hinzuweisen, dass auch der Staatsgerichtshof (StGH) bereit ist, aus «triftigen Gründen» von früheren Entscheidungen abzuweichen und eine Praxisänderung herbeizuführen.²² Die Anforderungen an die Gründe für eine Rechtsprechungsänderung sind allerdings mit Blick auf die besondere Stellung des StGH nicht die gleichen wie bei anderen Gerichten.

2. Selbstbindung des OGH im zweiten Rechtsgang

2.1. Allgemeine Grundsätze der (Selbst-)Bindung

Komplizierter ist die Rechtslage, wenn der fLOGH die Entscheidung des (Fürstlichen) Obergerichts aufgehoben

kommen. Praktisch könnte es darauf hinaus laufen, dass ein Gericht an der bisherigen Rsp festhält, weil die daran geübte Kritik *böchstens oder allenfalls* zu einem Gleichstand der Argumente führen könnte, ohne dass das Gericht ermitteln muss, ob exakt ein Gleichstand der Argumente vorliegt.

¹⁷ fLOGH 6.7.2000, 05 C 303/98-53, LES 2000, 148: «*Auch eine gefestigte Judikatur muss iS einer Rechtsfortentwicklung an bessere Erkenntnisse angepasst werden.*»; ähnlich fLOGH 10.1.2001, 03 C 69/96, LES 2001, 41; vgl idZ aber auch fLOGH 26.7.2001, 10 C 1998/000585, LES 2005 113, wo in anderem Zusammenhang eine methodisch schwer zu haltende Ansicht damit verteidigt wird, dass sie der langjährigen Rechtsprechung entspreche. Die beiden Rsp-Linien widersprechen einander nicht, weil der fLOGH in der zuletzt genannten Entscheidung davon ausgeht, dass keine «bessere Erkenntnis» vorliegt.

¹⁸ Dies gilt auch für den ÖOGH; vgl zB zur Formwirksamkeit einer Bürgschaftserklärung per Fax ÖOGH 31.7.2013, 9 Ob 41/12p, bemerkenswerterweise erst in einer Zeit, in der Faxgeräte ausser Mode gekommen sind (*P. Gruber/Spitzer*, Änderung der Rechtslage und nachvertragliche anwaltliche Pflichten, EF-Z 2020, 56 [59]).

¹⁹ Vgl dazu auch *Emmenegger* in *BernKommZGB* (2012) Art 1 Rz 487, wonach die stRsp aber immerhin ein Indiz für die Bewährtheit ist.

²⁰ *Emmenegger* in *BernKommZGB* (2012) Art 1 Rz 487.

²¹ Es ist natürlich nicht ausgeschlossen, dass ein Richter eine Entscheidung für nicht bewährt hält, aber mit anderer Begründung zum selben Ergebnis gelangt. Dieser Fall ist jedoch weitgehend unproblematisch.

²² StGH 13.5.2019, 2019/27, LES 2019, 128 (Pkt 2.3.).

und an das (Fürstliche) Landgericht zur neuerlichen Entscheidung verwiesen hat. In diesem zweiten Rechtsgang greift eine prozessuale Bindungswirkung.²³ Damit ist also nicht die Bindung an frühere Entscheidungen in anderen Verfahren oder an die stRsp gemeint, sondern die Bindung im selben Verfahren, wenn ein weiterer Rechtsgang notwendig wird.

Die prozessuale Bindungswirkung erleichtert dem entscheidenden Gericht im zweiten Rechtsgang die Entscheidungsbegründung, weil es sich mit Argumenten, welche gegen die überbundene Rechtsansicht sprechen, nicht auseinandersetzen muss. Besonders relevant wird sie, falls die überbundene Rechtsansicht nach Auffassung des entscheidenden Gerichts inhaltlich nicht überzeugt: Das entscheidende Gericht muss aus zivilprozessualen Erwägungen seiner Entscheidung die überbundene Rechtsansicht zugrunde legen, selbst wenn es eine andere Rechtsansicht für überzeugender hält und ohne Bindungswirkung anders entscheiden würde. Die prozessuale Bindung im zweiten Rechtsgang gilt grundsätzlich auch für den fLOGH selbst, wenn er die Entscheidung des Obergerichts im ersten Rechtsgang aufgehoben hat und nunmehr im zweiten Rechtsgang neuerlich entscheiden muss. Insofern kann von einer Selbstbindung des fLOGH gesprochen werden.

Die Selbstbindung des fLOGH ist in der fZPO nicht explizit geregelt. § 480 fZPO, der sich weitgehend an § 511 öZPO orientiert,²⁴ unterwirft nach dem Wortlaut nur das Gericht der Bindungswirkung, an das die Sache zurückverwiesen wurde (Landgericht)²⁵, wobei nach ganz hA beide Vorinstanzen – also auch das Obergericht – gebunden sind.²⁶ Ebenso bindet die Schwesternorm § 468 fZPO (~§ 499 öZPO) nach dem Wortlaut bei einer Aufhebung durch das Berufungsgericht (Obergericht) nur das Gericht erster Instanz (Landgericht)²⁷, nicht aber das Obergericht selbst. Dennoch geht die fast ganz hA in Österreich von einer Selbstbindung des aufheben-

den Gerichts aus.²⁸ Der fLOGH, der sich zu Recht bei der Auslegung der fZPO ganz allgemein stark an der hA zur öZPO orientiert,²⁹ hat sich dem angeschlossen und geht ebenfalls von einer grundsätzlich bestehenden Selbstbindung aus.³⁰ Für diese Ansicht spricht vor allem die Verfahrensökonomie (Prozessökonomie) und das Bedürfnis nach Rechtssicherheit für die im Prozess involvierten Parteien.³¹ Es wäre den Parteien grundsätzlich nicht zumutbar, wenn das aufhebende Gericht sie in einen neuen Rechtsgang sendet, die Unterinstanzen an seine Rechtsansicht bindet und dann selbst von seiner früheren Rechtsansicht abweicht, sodass die Parteien uU in einen weiteren Rechtsgang müssen. Sowohl die Kostenbelastung als auch die zeitliche Verzögerung sind grundsätzlich nicht hinzunehmen.

Die Bindung an die ausgeführte Rechtsansicht besteht nur insoweit, als diese Ausführungen für die Aufhebung massgebend waren.³² Bei einer Änderung des Sachverhalts entfällt die Bindungswirkung.³³ Hinsichtlich

²³ Vgl dazu *Pimmer* in *Fasching/Konecny*³ IV/1 § 499 ZPO Rz 16 (*echte verfahrensrechtliche Bindungswirkung*); ausgeklammert bleibt in diesem Beitrag die verwandte Diskussion über abschliessend erledigte Streitpunkte, die ebenfalls verfahrensökonomische Gesichtspunkte (vgl dazu FN 31) berücksichtigt; ausführlich dazu *Schumacher*, «Abschließend erledigte Streitpunkte im Berufungs- und Revisionsverfahren, in FS Delle Karth (2013) 925; kürzer *Schumacher* in *Schumacher*, Liechtensteinisches Zivilprozessrecht (2020) Rz 27.53; aus Österreich zB *Neumayr* in *Höllwerth/Ziebensack*, ZPO-TaKom § 511 ZPO Rz 3.

²⁴ Es gibt durchaus wesentliche Unterschiede zwischen der öZPO und der fZPO (s jüngst *Schumacher*, Vorwort zu *Schumacher*, Liechtensteinisches Zivilprozessrecht, mit einigen Beispielen). Dennoch ist der Einfluss der öZPO auf die fZPO unverkennbar.

²⁵ Der fLOGH kann auch an das Obergericht verweisen; dazu *Schumacher* in *Schumacher*, Handbuch Liechtensteinisches Zivilprozessrecht Rz 27.52.

²⁶ *Schumacher* in FS Delle Karth 935; *Lovrek* in *Fasching/Konecny*³ IV/1 § 511 ZPO Rz 3; ansonsten wäre die angestrebte Verfahrensökonomie und Rechtssicherheit für die Parteien praktisch wertlos.

²⁷ Die Frage der Verweisung an ein anderes Berufungsgericht (dazu *Pimmer* in *Fasching/Konecny*³ IV/1 § 499 ZPO Rz 2 ff) stellt sich in Liechtenstein nicht, weil es nur ein Obergericht gibt. Daher unterscheidet sich § 468 fZPO insoweit im Wortlaut auch von § 499 öZPO.

²⁸ RIS-Justiz RS0007010; zuletzt zB öOGH 12.7.2017, 1 Ob 27/17b; *Lovrek* in *Fasching/Konecny*³ IV/1 § 511 ZPO Rz 7; *Neumayr* in *Höllwerth/Ziebensack*, ZPO-TaKom § 511 ZPO Rz 3; *G. Kodek* in *Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG² § 61 Rz 7.

²⁹ Freilich ist öRsp und öSchrifttum schon angesichts bestehender Unterschiede (FN 24) nicht uneingeschränkt auf Liechtenstein übertragbar. Die in diesem Beitrag behandelte Selbstbindung könnte als Lehrbuchbeispiel dienen, wie sich das Zivilverfahrensrecht in Liechtenstein zwar eng an Österreich anlehnt, aber sich (mit Blick auf den Rechtszug zum StGH) zum Teil deutlich unterscheidet.

³⁰ Jüngst fLOGH 7.2.2020, 08 CG.2016.26, LJZ 2020, 124 (Hinweis: es handelt sich um eine Rechtsprechungsübersicht in der LJZ, nicht um eine Entscheidung aus der LES); fLOGH 3.10.2007, 01 CG.2003.159, LES 2008, 126; fLOGH 7.3.2014, 02 CG.2012.175, GE 2014, 320; offenbar zust auch StGH 2.7.2013, 2013/020, GE 2014 85; zur Anlehnung an die öhA in diesem Fall siehe zB fLOGH 10.1.2008, 08 EX.2005.3066, LES 2008, 304 = GE 2008, 7; zust *Schumacher* in FS Delle Karth 930.

³¹ fLOGH 3.10.2007, 01 CG.2003.159, LES 2008, 126; fLOGH 7.2.2020, 08 CG.2016.26, LJZ 2020, 124 (nur auf Rechtssicherheit abstellend; im nicht veröffentlichten Teil der Begründung unter Berufung auf «Kodek in *Rechberger/Klicka*, ZPO⁵ § 499 Rz 4 [genau genommen wird nicht auf Rechtssicherheit abgestellt]; *Obermaier* in *Höllwerth/Ziebensack*, ZPO-TaKom § 496 ZPO Rz 23 [zutreffendes Zitat]; LES 2001, 157 [genau genommen wird nicht auf Rechtssicherheit abgestellt]; RIS-Justiz RS0042181-); aus der öRsp zB öOGH 274.1988, 9 ObA 76/88; aus dem österreichischen Schrifttum bereits der *Schöpfer* der öZPO (und damit mittelbar auch der fZPO; s *Schädler* in *Schumacher*, Liechtensteinisches Zivilprozessrecht Rz 1.52 ff) *Franz Klein*, Vorlesungen über die Praxis des Civilprocesses (1900) 263 f; ferner *Lovrek* in *Fasching/Konecny*³ IV/1 § 511 ZPO Rz 7; *Hoyer*, JBl 1972, 329 (330) (Anmerkung); *Hoyer*, Die Selbstbindung des österreichischen Obersten Gerichtshofes, ÖJZ 1974, 141 (142); zur Rechtssicherheit für die Parteien *Novak*, JBl 1961, 485 (486) (Anmerkung): «...*der beratende Anwalt weiß, woran er ist, er braucht mit einem Schwanken der Judikatur – dem der § 12 ABGB, ebenso grundsätzlich wie beuufßt nicht entgegentritt – wenigstens diesmal nicht mehr zu rechnen*».

³² öOGH 25.6.1998, 2 Ob 159/98s; öOGH 16.5.2012, 5 Ob 253/11h; RIS-Justiz RS0110248; *Schumacher* in FS Delle Karth 935; *G. Kodek* in *Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG² § 61 Rz 1; vgl *Pimmer* in *Fasching/Konecny*³ IV/1 § 499 ZPO Rz 5.

³³ Statt aller öOGH 26.5.2000, 2 Ob 272/99k; *Hoyer*, ÖJZ 1974, 141 (144); *Lovrek* in *Fasching/Konecny*³ IV/1 § 511 ZPO Rz 11; *Neumayr* in *Höllwerth/Ziebensack*, ZPO-TaKom § 511 ZPO Rz 3;

der Ausführungen zur Beweiswürdigung besteht überhaupt keine Bindungswirkung der Unterinstanzen.³⁴ Ausserdem ist im Einzelfall stets zu prüfen, ob tatsächlich eine Rechtsansicht bindend vorgegeben wird. So hat der fLOGH zB in einer aktuellen Entscheidung differenziert, ob das aufhebende Obergericht das Bestehen eines Schadenersatzanspruchs bejaht hat (dann Bindungswirkung) oder dieser lediglich bestehen könnte und weitere Feststellungen zu treffen sind (dann keine Bindungswirkung).³⁵

Die Rechtsfolgen bei einem Verstoß gegen die Selbstbindung sind freilich gering. Vertritt das Berufungsgericht in seiner aufhebenden Entscheidung die Rechtsansicht X und im Folgeverfahren entgegen der Selbstbindung die Rechtsansicht Y, bildet dies keinen Revisionsgrund, wenn der fLOGH die Rechtsansicht Y für zutreffend hält.³⁶ Ein Verstoß des öOGH gegen die Selbstbindung bleibt mangels überprüfender Instanz ebenfalls folgenlos.³⁷ Bei einem Verstoß des fLOGH gegen die Selbstbindung könnte zwar der StGH den Verstoß aufgreifen, jedoch gilt wie bei einem Verstoß des Berufungsgerichts, dass dieser folgenlos bleibt, wenn der StGH die vom fLOGH im zweiten Rechtsgang vertretene Ansicht für zutreffend hält.³⁸ Zwar mutet es auf den ersten Blick widersprüchlich an, zunächst rechtsfortbildend eine Selbstbindung zu postulieren, wenn die Sanktionen dann weitestgehend zahnlos bleiben. Dennoch sprechen die besseren

Gründe für die hA. Der «Schaden» für die Verfahrensökonomie ist nämlich bereits angerichtet, weil sich ein weiteres Gericht mit dem Fall auseinandersetzt und es wäre nicht gerechtfertigt, eine als rechtlich richtig erkannte Entscheidung aufzuheben.³⁹

Ein höheres Gericht ist indessen von der Bindungswirkung nicht betroffen. Wird eine Entscheidung vom Obergericht als zweiter Instanz aufgehoben, ist der fLOGH im zweiten Rechtsgang nicht an die darin geäußerte Rechtsansicht gebunden,⁴⁰ und zwar selbst dann nicht, wenn im ersten Rechtsgang ein zulässiger Revisionsrekurs zum fLOGH nicht erhoben wurde.⁴¹

In Österreich entfällt die Selbstbindung des öOGH, wenn sich zwischenzeitlich die Rsp des öOGH durch die Entscheidung eines verstärkten Senates in einem anderen Verfahren geändert hat.⁴² Ebenso, wenn zwischenzeitlich eine EuGH-Entscheidung ergangen ist, die gegen die in der aufhebenden Entscheidung vertretene Rechtsansicht spricht.⁴³ In Anlehnung an diese Rsp vertritt der fLOGH, dass seine Selbstbindung dann entfällt, wenn der StGH zwischenzeitig in einem anderen Verfahren eine abweichende Rechtsansicht vertreten hat.⁴⁴

Hat der fLOGH nach der Aufhebung einer Entscheidung durch das Obergericht im Verfahren A in einem anderen Verfahren B eine abweichende Rechtsansicht vertreten, ist davon auszugehen, dass er im zweiten Rechtsgang des Verfahrens A ebenso die im Verfahren B geäußerte Rechtsansicht vertreten wird, was er mangels Bindungswirkung der Entscheidung des Obergerichts für den fLOGH im Verfahren A auch darf.⁴⁵ Dann wäre es aber aus Sicht der Verfahrensökonomie völlig sinnwidrig, wenn das Obergericht im zweiten Durchgang des Verfahrens A an seine vormalige Rechtsansicht gebunden ist und die Parteien dadurch gezwungen werden, vor den fLOGH zu ziehen. Vielmehr entspricht es der Verfahrensökonomie, wenn das Obergericht der neuen

Pimmer in *Fasching/Konecny*⁵ IV/1 § 499 ZPO Rz 13; *Klicka* in *Rechberger*, AußStrG² § 61 Rz 3; *Feldner*, Die Bindung des Zivilgerichts an seine im Aufhebungs- und Zurückverweisungsbeschluss geäußerte Rechtsansicht, ÖJZ 2002, 221 (223); allerdings besteht hinsichtlich der geäußerten Rechtsansicht sehr wohl eine Bindungswirkung, s öOGH 16.3.2016, 3 Ob 85/15v.

³⁴ fLOGH 1.3.2001, 04 CG.31/2000-54, LES 2001, 157; *Schumacher* in FS Delle Karth 935; öOGH 28.10.1959, 5 Ob 502/59, EvBl 1960/119; öOGH 27.11.2002, 7 Ob 217/02s; *A. Kodek* in *Rechberger/Klicka*, ZPO⁵ § 499 Rz 3; *Lovrek* in *Fasching/Konecny*⁵ IV/1 § 511 ZPO Rz 10; *Pimmer* in *Fasching/Konecny*⁵ IV/1 § 499 ZPO Rz 8; *G. Kodek* in *Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG² § 61 Rz 1.

³⁵ fLOGH 7.2.2020, 08 CG.2016.26, LJZ 2020, 124 (Pkt 9.1.3 der Entscheidung; nicht veröffentlicht); vgl idZ auch die Diskussion über abschliessend erledigte Streitpunkte, die in diesem Beitrag ausgeklammert wird (FN 23).

³⁶ fLOGH 7.2.2020, 08 CG.2016.26, LJZ 2020, 124; fLOGH 1.3.2001, 04 CG.31/2000-54, LES 2001, 157; stRsp in Österreich, s RIS-Justiz RS0042181; zB öOGH 20.2.2018, 4 Ob 246/17f; aus dem Schrifttum *Pimmer* in *Fasching/Konecny*⁵ IV/1 § 499 ZPO Rz 20; *Obermaier* in *Höllwerth/Ziebensack*, ZPO-TaKom § 496 ZPO Rz 23; *Oberhammer* in FS H. Torggler 913; vgl *Hoyer*, ÖJZ 1974, 141 (143).

³⁷ *Lovrek* in *Fasching/Konecny*⁵ IV/1 § 511 ZPO Rz 8; *Neumayr* in *Höllwerth/Ziebensack*, ZPO-TaKom § 511 ZPO Rz 3.

³⁸ Dies lässt sich mit einem *argumentum ad absurdum* begründen. Beispiel: fLOGH hält im ersten Rechtsgang die Rechtsansicht X für zutreffend, im zweiten Rechtsgang die Rechtsansicht Y und diese Rechtsansicht Y legt er seiner Entscheidung entgegen der Selbstbindung auch zugrunde. Kommt der StGH zum Schluss, dass Rechtsansicht Y zutreffend ist, hebt die fLOGH-E aber aufgrund eines Verstoßes gegen die Selbstbindung auf, wäre der fLOGH nunmehr an die vom StGH vertretene Rechtsansicht Y (jedenfalls faktisch) gebunden und würde daher im Ergebnis dieselbe Entscheidung wie im zweiten Rechtsgang fällen (nämlich nach Rechtsansicht Y). Das wäre mit Blick auf die Verfahrensökonomie evident unzweckmässig, weil die Entscheidung des fLOGH aufgehoben würde, ohne am Ergebnis etwas zu ändern.

³⁹ Vgl *Klicka* in *Rechberger*, AußStrG² § 61 Rz 4; *G. Kodek* in *Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG² § 61 Rz 8.

⁴⁰ fLOGH 5.4.2013, 11 UR.2011.364, GE 2013 184; fLOGH 7.2.2020, 08 CG.2016.26, LJZ 2020, 124. Dort wird dies nur angedeutet (rechtliche Beurteilung steht letztlich dem fLOGH zu; referiert aus Pkt 9.1.1 der Entscheidung). Deutlicher Pkt 9.1.4. der insoweit unveröffentlichten Entscheidung: «Die Rechtsfrage, nämlich die Frage der schadenersatzrechtlichen Haftung der Beklagten, ist nämlich vom OGH unabhängig von der Entscheidung des Berufungsgerichts zu lösen (vgl RIS-Justiz RS0042181 [T 10]).»

⁴¹ fLOGH 10.1.2008, 08 EX.2005.3066, LES 2008, 304 = GE 2008, 7; StGH 2.7.2013, 2013/020, GE 2014 85; vgl idZ auch § 471 Abs 2 Z 2 fZPO.

⁴² öOGH 20.4.2010, 4 Ob 55/10g; RIS-Justiz RS0043723; *Lovrek* in *Fasching/Konecny*⁵ IV/1 § 511 ZPO Rz 12; *Neumayr* in *Höllwerth/Ziebensack*, ZPO-TaKom § 511 ZPO Rz 3; aA *Hoyer*, ÖJZ 1974, 141.

⁴³ öOGH 26.1.2006, 6 Ob 309/05t; öOGH 20.12.2018, 4 Ob 210/18p; *Lovrek* in *Fasching/Konecny*⁵ IV/1 § 511 ZPO Rz 11; *Neumayr* in *Höllwerth/Ziebensack*, ZPO-TaKom § 511 ZPO Rz 3.

⁴⁴ fLOGH 6.10.2017, 13 HG.2012.455, LES 2017, 192 = GE 2019, 27 unter Berufung auf *G. Kodek* in *Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG § 61 Rz 5; vgl auch fLOGH 3.10.2007, 01 CG.2003.159, LES 2008, 126 («Dies selbstverständlich mit der Massgabe und Einschränkung im Falle der Überbindung einer Rechtsansicht durch den StGH gem Art 17 StGHG»).

⁴⁵ S FN 40.

höchstgerichtlichen Rsp folgen darf und damit den Prozess abkürzt.⁴⁶

Darüber hinaus spricht im Einklang mit neuerem österreichischen Schrifttum viel dafür, § 468 Abs 2 fLZPO dahingehend teleologisch zu reduzieren, dass bereits das Landgericht von der Rechtsansicht des Obergerichts im ersten Rechtsgang abweichen darf, wenn der fLOGH nach der Entscheidung des Obergerichts in einem anderen Verfahren eine gegenteilige Rechtsansicht vertreten hat.⁴⁷ Es wäre verfahrensökonomisch nicht effizient, das Landgericht an eine Rechtsansicht zu binden, die dann in den höheren Instanzen aller Voraussicht nach nicht mehr geteilt wird.

2.2. Abweichung des OGH im zweiten Rechtsgang aufgrund einer neuen Rechtsansicht

2.2.1. Selbstbindung als Regelfall

Von den bisher erörterten Fragen zu unterscheiden ist, ob der fLOGH von seiner Rechtsansicht im ersten Verfahren abweichen darf, wenn er im zweiten Rechtsgang zum Schluss kommt, dass seine im ersten Rechtsgang vertretene Rechtsansicht unrichtig war, zB weil im Zuge einer Entscheidungsanmerkung (Glosse) darauf hingewiesen wurde. Dafür spricht, dass der fLOGH als Hüter der Rechtseinheit, Rechtssicherheit oder Rechtsentwicklung fungiert.⁴⁸ Die Rsp des OGH bildet wie eingangs erwähnt eine Leitschnur für die Auslegung des Rechts, in Liechtenstein tendenziell sogar noch mehr als in Öster-

reich.⁴⁹ Insoweit ist es problematisch, wenn der fLOGH aufgrund der prozessualen Selbstbindung eine Entscheidung wider besserer Rechtserkenntnis treffen muss und dann bei nächster Gelegenheit in einem späteren Verfahren von dieser Entscheidung abweicht.⁵⁰ Ausserdem besteht ein Konflikt mit der Einzelfallgerechtigkeit, wenn die unterlegene Partei den langwierigen und kostenintensiven Prozess⁵¹ schliesslich verliert, obwohl deren Rechtsansicht (zumindest im Ergebnis) nach Auffassung des fLOGH richtig ist.⁵² In diese Kritikpunkte reiht sich rechtsvergleichend die hA in Deutschland ein, wonach ein Höchstgericht jedenfalls dann von der Ansicht im ersten Rechtsgang abweichen darf, wenn sich die höchstgerichtliche Rsp zwischenzeitig geändert hat.⁵³

⁴⁶ Vgl öOGH 16.5.2006, 1 Ob 59/06t; die zwischenzeitig ergangene Entscheidung des öOGH beruhte dort auf einem Vorabentscheidungsverfahren, jedoch trägt die Begründung auch in Fällen, bei denen eine Entscheidung des öOGH ohne Vorabentscheidungsverfahren ergangen ist; *Oberhammer* in FS H. Torggler 913 f; vgl dazu fLOGH 5.4.2013, 11 UR.2011.364, GE 2013, 184 (Verfahrenshilfe im Strafverfahren, aber zivilverfahrensrechtliche Grundsätze über Bindung und Selbstbindung sind dort entsprechend anwendbar). Die Entscheidung des Obergerichts im ersten Rechtsgang erging am 5.6.2012, im zweiten Rechtsgang am 23.10.2012. Zwischenzeitig erging am 6.7.2012 in einem anderen Verfahren eine fLOGH-Entscheidung mit einer gegenteiligen Rechtsansicht (die Entscheidung des StGH erging erst am 4.2.2013, also nach dem 23.10.2012). Das Landgericht erachtete sich im zweiten Rechtsgang – mE zu Recht – in seiner Entscheidung vom 27.8.2012 aufgrund der neuen fLOGH-Entscheidung nicht mehr als gebunden. Das Obergericht ging dagegen von einer Bindungswirkung aus. Der fLOGH gab dem Landgericht in der Sache Recht, aber nahm zur Frage der Bindungswirkung für die Unterinstanzen mE nicht Stellung.

⁴⁷ Ausführlich *Oberhammer* in FS H. Torggler 909; diesem explizit zust *Pimmer* in *Fasching/Konecny*⁹ IV/1 § 499 ZPO Rz 13; s auch noch zum vergleichbaren Problem bei und in FN 67; womöglich krit, aber wohl nicht Stellung beziehend (was bei § 511 öZPO auch nicht notwendig ist) *Neumayr* in *Höllwerth/Ziebensack*, ZPO-TaKom § 511 ZPO Rz 3 in FN 11.

⁴⁸ *Schumacher* in *Schumacher*, Liechtensteinisches Zivilprozessrecht Rz 27.2; vgl auch BuA 2018/61 S. 19; obwohl die Revision in Liechtenstein im Unterschied zu Österreich nicht auf erhebliche Rechtsfragen beschränkt ist (dazu FN 75) und daher der Einzelfallgerechtigkeit in Liechtenstein ein vergleichsweise grösseres Gewicht zukommt (*Schumacher*, aaO Rz 27.3), kann es keinen Zweifel an dieser Aufgabe des fLOGH geben; dieses Argument in etwas anderem Zusammenhang verwendend bereits *Oberhammer* in FS H. Torggler 912; vgl auch *Feldner*, ÖJZ 2002, 221 (226 f).

⁴⁹ fLOGH-Entscheidungen sind in Liechtenstein deshalb von überragender Bedeutung, weil es häufig an einem einschlägigen Schrifttum fehlt, was trotz der Zunahme des Schrifttums in den letzten Jahren immer noch gilt; vgl dazu bereits *Gschütz*, Rechtsleben im Kleinstaat, ÖJZ 1957, 36, der überdies anführt, dass sich in einem Kleinstaat angesichts weniger Entscheidungen nur schwer ein Gerichtsgebrauch etablieren kann, wobei allerdings die Zahl der jährlichen fLOGH-Entscheidungen seither deutlich gestiegen ist.

⁵⁰ Vgl bereits *Feldner*, ÖJZ 2002, 221 (226 f).

⁵¹ Bei einem gewöhnlichen Instanzenzug sind in 2 Rechtsgängen insgesamt 6 Instanzen mit dem Fall befasst, den StGH noch ausgeklammert.

⁵² Zum Grundsatz der beiderseitigen Begründung, dort allerdings iZm dem materiellen Recht, s jüngst wieder *M. Walch*, Zum Missbrauch der Vertretungsmacht im Liechtensteinischen Stiftungsrecht, LJZ 2020, 111 (122) mwN in FN 140.

⁵³ Gemeinsamer Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes 6.2.1973, GmS-OGB 1/72, NJW 1973, 1273; auf diese Leitentscheidung, die tendenziell für die hier vertretene Auffassung spricht, wenn sie für Österreich bzw Liechtenstein fruchtbar gemacht wird, hinweisend bereits *Oberhammer* in FS H. Torggler 920; s aus der dRsp ferner BFH 22.10.1993, IX R 62/92, NJW 1995, 216; BGH 18.1.1996, IX ZR 69/95, NJW 1996, 924; BGH 21.11.2006, XI ZR 347/05, NJW 2007, 1127; hinzuweisen ist allerdings darauf, dass die Leitentscheidung des Gemeinsamen Senats nur für Fälle gilt, in denen das Revisionsgericht (zB BGH, BFH) seine der Zurückverweisung zugrunde liegende Rechtsauffassung vor seiner zweiten Entscheidung geändert und bekanntgegeben hat. Ob dies auch für den Fall gilt, wenn die Rechtsauffassung erst anlässlich der zweiten Entscheidung geändert werden soll, wurde mangels Entscheidungserheblichkeit offengelassen. In BFH 22.10.1993, IX R 62/92, NJW 1995, 216 wurde erkannt, dass es jedenfalls auch ausreicht, wenn anlässlich der Entscheidung im zweiten Rechtsgang über weitere Revisionen entschieden werden soll. Diese Differenzierung wird zum Teil im Schrifttum übernommen (*Krüger* in MünchKommZPO⁸ § 563 Rz 17; *R. Koch* in *Saenger*, Zivilprozessordnung⁸ § 563 Rz 11; *Ball* in *Musielak/Voit*, ZPO¹⁷ § 563 Rz 14), allerdings wird offenbar nur die Rsp referiert. Nimmt man die Begründung des Gemeinsamen Senats ernst (Leitfunktion der höchstgerichtlichen Rsp; keine Bindungswirkung selbst dann, wenn sich die Rechtsauffassung erst ändert, nachdem die Vorinstanz bereits im zweiten Rechtsgang entschieden hat), gibt es keinen Grund, weshalb die Rechtsauffassung nicht anlässlich der zweiten Entscheidung geändert werden kann. Die theoretische Gefahr eines endlosen «Hin- und Herschiebens» der Sache durch die Instanzen (dazu Gemeinsamer Senat, aaO; BFH 22.10.1993, IX R 62/92, NJW 1995, 216; vgl auch das Obergericht in fLOGH 5.4.2013, 11 UR.2011.364, GE 2013, 184) besteht auch, wenn sich eine verlaubarte Rechtsauffassung nach der zweiten Entscheidung (Entscheidung des Höchstgerichts im zweiten Rechtsgang) während des dritten Rechtsgangs wiederum ändern sollte. Sie wird nicht grösser, wenn sich die Rechtsauffassung erst

Dennoch geht die hA⁵⁴ in Österreich mit guten Gründen von einer Selbstbindung aus: Die Verfahrensökonomie obsiegt über die Bedenken. Den Gegenargumenten kann teilweise Rechnung getragen werden, indem der OGH mit Blick auf die Leitfunktion seiner Entscheidungen zumindest offenlegt, dass er an seiner früheren Rechtsansicht nicht festhält und lediglich aufgrund der Selbstbindung zu diesem Ergebnis gelangt.⁵⁵ Dann erleben die Parteien in künftigen Verfahren keine «Überraschungsentscheidung» durch eine plötzliche Änderung der früheren – sogar vermeintlich bestätigten –⁵⁶ höchstgerichtlichen Rsp.

2.2.2. Drohende Aufhebung der Entscheidung durch den Staatsgerichtshof

Ein wesentlicher Unterschied zwischen der Rechtslage in Österreich und Liechtenstein ist in der bisherigen Diskussion nicht ausreichend erörtert worden.⁵⁷ Die Entscheidungen des fLOGH unterliegen der Kontrolle durch den StGH,⁵⁸ während in Österreich kein vergleichbarer Zug zum Verfassungs- oder Verwaltungsgerichtshof offensteht.⁵⁹ Damit stellen sich für den fLOGH ähnliche Fragen wie beim Obergericht, dessen Entscheidungen vom fLOGH kontrolliert werden. Der StGH unterliegt als höheres Gericht im Instanzenzug keiner Bindungswirkung durch vorangehende Entscheidungen des fLOGH im selben Verfahren. Er kann die Entscheidung des fLOGH ohne weiteres aufheben. Der Zug zum StGH kann

demnach der Partei mit der zutreffenden Rechtsansicht am «Ende des Tages»⁶⁰ zu ihrem Recht verhelfen. Die Überprüfbarkeit durch den StGH darf allerdings nicht dahingehend missverstanden werden, dass er die rechtliche Beurteilung des fLOGH uneingeschränkt prüfen könnte. Vielmehr handelt es sich nur um ein grobes Prüfraster. Der StGH prüft die Entscheidung nur daraufhin, ob das Gesetz unsachlich grob verfehlt angewendet wurde und ein so schwerer Fehler bei der Rechtsanwendung unterlaufen ist, dass dieser mit erweislicher Gesetzeswidrigkeit gleichzusetzen wäre, mit anderen Worten eine qualifizierte Rechtsverletzung vorliegt.⁶¹ Die bloße Unrichtigkeit der Rechtsansicht ist nicht ausreichend, vielmehr wird gefordert, dass diese unvertretbar und somit stossend ist,⁶² oder auch «*krass unrichtig*».⁶³ Freilich darf angesichts dieser martialischen Worte auch nicht der Eindruck entstehen, dass die Messlatte unerreichbar hoch läge. Dies belegen mehrere Beispiele, in denen der StGH Entscheidungen des fLOGH aufgehoben hat.⁶⁴

Ähnlich wie beim Obergericht (vgl Pkt 2.1.), stellt sich indessen auch in diesem Fall die Frage, ob der fLOGH sehenden Auges aufgrund der angenommenen Selbstbindung eine Entscheidung fällen muss, die unrichtig ist und vom StGH aufgehoben werden wird. Im Lichte der Verfahrensökonomie, mit der die Selbstbindung ua rechtsfortbildend⁶⁵ begründet wird, wäre es widersprüchlich, das Verfahren durch einen absehbaren Rechtszug nochmals zu verlängern. Konkret bedeutet dies: Kommt der fLOGH zum Schluss, dass seine im ersten Rechtsgang vertretene Ansicht vor dem StGH nicht standhalten wird, gilt die Selbstbindung nicht. Dem ist der Fall gleichzuhalten, wenn die im ersten Rechtsgang vertretene Rechtsansicht nach Auffassung des fLOGH zwar gut vertretbar wäre, diese Rechtsansicht zwischenzeitig aber vom StGH in einem anderen Verfahren verworfen wurde.⁶⁶ Es ist nämlich davon auszugehen, dass der StGH seine Rechtsansicht beibehalten und gegenteilige Rechtsansichten verwerfen wird, sofern sie einer Grobprüfung nicht standhalten. Für einen Entfall der Selbstbindungswirkung spricht auch, dass der StGH Entscheidungen des fLOGH lediglich aufhebt und nicht in der Sache entscheidet. Im Lichte der Verfahrensökonomie sollte der fLOGH sogleich «richtig» entscheiden können, damit den

anlässlich der Entscheidung ändert. Jedenfalls wenn das Höchstgericht den Rechtsstreit abschliessend entscheiden kann (vgl zu diesem Argument BFH 22.10.1993, IX R 62/92, NJW 1995, 216), spricht nichts gegen eine Änderung der Rechtsauffassung anlässlich der zweiten Entscheidung.

⁵⁴ Siehe die Nw in FN 28 - FN 31.

⁵⁵ Vgl dazu *F. Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff² 509 f, der solche Vorankündigungen ausdrücklich begrüsst, wenn sich die Gelegenheit ergibt. Ganz allgemein gilt aber, dass ein Gericht die nunmehr für richtig gehaltene Ansicht sogleich auf einen Fall anwenden muss, dh nicht für diesen einen Fall noch an der alten Rechtslage festhalten darf (*F. Bydlinski*, aaO). Eine Vorankündigung bietet sich in Form von obiter dicta an (falls sich die neue Ansicht in casu nicht auswirkt) oder eben bei einer prozessualen Selbstbindung. Als Vorstufe zu einer Rechtsprechungsänderung wird eine früher anders entschiedene Rechtsfrage mitunter auch zunächst obiter offengelassen und erst später die neue Ansicht vertreten (*Emmenegger* in Bern-KommZGB [2012] Art 1 Rz 494).

⁵⁶ Der OGH folgt im ersten und im zweiten Rechtsgang derselben Rechtsansicht, im zweiten Rechtsgang freilich nur aufgrund der Selbstbindung.

⁵⁷ Auch in fLOGH 6.10.2017, 13 HG.2012.455, LES 2017, 192 = GE 2019, 27 spielt dieser zu erörternde Aspekt keine Rolle.

⁵⁸ Man kann de lege ferenda darüber streiten, ob diese Kontrolle des fLOGH durch den StGH wirklich notwendig ist und zu den Aufgaben des StGH als Hüter der Verfassung zählen sollte (krit mit beachtlichen Gründen und mit Hinweis auf die Entwicklung in Deutschland *König*, Ausschluss von Bescheinigungsmitteln wegen ordre-public-Widrigkeit beim einstweiligen Rechtsschutz? Glosse zum Urteil des StGH vom 3.7.2017, StGH 2017/48, LJZ 2018, 31 [34 ff]). Hierauf muss in diesem Rahmen jedoch nicht näher eingegangen werden.

⁵⁹ Zur Frage, ob der öOGH im zweiten Rechtsgang die Prüfung eines anwendbaren Gesetzes durch den VfGH beantragen kann, s abl öOGH 20.5.1961, 4 Ob 42/61, JBl 1961, 485 (*Novak*).

⁶⁰ Angesichts der langen Verfahrensdauer wohl treffender: nach Jahren; vgl dazu BuA 2018/61 S. 18 (allein im ersten Rechtsgang ist bis zur Entscheidung der dritten Instanz mit einer Verfahrensdauer von mehreren Jahren zu rechnen); s allgemein zur Verfahrensdauer in Liechtenstein aaO S. 8 f und S. 13 ff.

⁶¹ StGH 23.3.1993, 1992/010, LES 1993, 82; StGH 23.11.1993, 1993/013, LES 1994, 49; ausführlich mit umfangreicher Berücksichtigung der Rsp *H. Vogt*, Das Willkürverbot und der Gleichheitsgrundsatz in der Rechtsprechung des liechtensteinischen Staatsgerichtshofes (2008) 185 ff.

⁶² StGH 24.10.1996, 1995/028, LES 1998, 6; vgl auch StGH 27.9.2004, StGH 2004/029, GE 2011, 224.

⁶³ StGH 16.9.2002, 2002/017, LES 2005, 128.

⁶⁴ Vgl dazu zB die zahlreichen Nachweise in *H. Vogt*, Willkürverbot 185 ff.

⁶⁵ *Lourek* in *Fasching/Konecny*³ IV/1 § 511 ZPO Rz 7 (Analogie).

⁶⁶ S die Nw in FN 44 und FN 42; in Österreich entfällt die Bindungswirkung sogar dann, wenn zwischenzeitig eine Entscheidung eines verstärkten Senats ergangen ist, obwohl keine Aufhebung der öOGH-Entscheidung durch einen verstärkten Senat droht.

Parteien der Umweg über den StGH erspart bleibt. Die Rechtssicherheit für die Parteien im Verfahren als weiterer Normzweck steht dieser Ansicht zumindest entgegen, weil die Parteien mit Blick auf das Verfahren vor dem StGH ohnedies nicht damit rechnen können, dass die unrichtige Rechtsansicht des fLOGH aus dem ersten Rechtsgang letztlich für das Ergebnis ausschlaggebend sein wird.

Weitergehend könnte man überlegen, ob rechtsfortbildend nicht einmal für die Unterinstanzen im 2. Rechtsgang eine Bindung bestehen soll, wenn auf der Hand liegt, dass der StGH eine andere Rechtsansicht vertreten wird. Für Österreich wird dies bereits vertreten, wenn zwischenzeitig in einem anderen Verfahren eine Entscheidung eines verstärkten Senats ergangen ist,⁶⁷ was sich auf Entscheidungen des StGH übertragen lässt. Methodisch liegt darin eine teleologische Reduktion von § 480 Abs 1 fZPO: Der Gesetzeswortlaut ist im Hinblick auf den Normzweck der Verfahrensökonomie zu weit gefasst. Auch eine «planwidrige Lücke»⁶⁸ als weitere Voraussetzung einer teleologischen Reduktion liegt vor.⁶⁹ Dagegen könnte allenfalls sprechen, dass die Schwesternorm § 468 fZPO (~§ 499 öZPO) ebenfalls keine Ausnahme enthält. Jedoch findet auch beim vergleichbaren Problem einer neuen gegenteiligen fLOGH Entscheidung nach der Aufhebung durch das Obergericht eine teleologische Reduktion von § 468 fZPO statt und das Landgericht darf seiner Entscheidung im zweiten Rechtsgang die Ansicht des fLOGH zugrunde legen.⁷⁰

Auf der Ebene der Selbstbindung des öOGH spielt die drohende Aufhebung durch ein höherrangiges Gericht in Österreich keine Rolle.⁷¹ In Liechtenstein ist dieser Gesichtspunkt dagegen zu berücksichtigen. Allerdings besteht ein Unterschied, ob der fLOGH angesichts der drohenden Aufhebung durch den StGH seine eigene frühere Ansicht verwirft oder sich eine untere Instanz zum «Richter» über die Vertretbarkeit der Ansicht des fLOGH aufschwingt. § 480 Abs 1 fZPO, der auf eine Bindung der unteren Instanzen abzielt, könnte dadurch ausgehebelt werden. Demnach besteht allenfalls eine Ausnahme von der prozessualen Bindungswirkung, wenn die Unrich-

tigkeit der fLOGH-Entscheidung auf der Hand liegt, zB weil im ersten Rechtsgang eine einschlägige eindeutige Bestimmung übersehen wurde.⁷² Dagegen ist nicht per se ausreichend, dass der fLOGH zwischenzeitig in einem anderen Verfahren B (zwischen anderen Parteien) eine abweichende Rechtsansicht vertreten hat.⁷³ Denn der fLOGH unterliegt im Verfahren A wie ausgeführt grundsätzlich einer Selbstbindung, sofern die Rechtsansicht nicht nahezu unvertretbar ist und vor dem StGH voraussichtlich standhalten wird. Für eine restriktive Sicht (nur ganz ausnahmsweise keine Bindung der Unterinstanzen) spricht ausserdem, dass die Verfahrensökonomie durch eine grosszügige Sicht nicht wesentlich gesteigert werden dürfte. Ist die Rechtslage nicht völlig klar, wird die beim Obergericht unterlegene Partei vor den fLOGH ziehen. In Österreich bildet die Missachtung der vom öOGH überbundenen Rechtsansicht eine erhebliche Rechtsfrage (vgl dazu §§ 502, 528 öZPO).⁷⁴ In Liechtenstein ist das Vorliegen einer erheblichen Rechtsfrage ganz allgemein keine Zulässigkeitsvoraussetzung für eine Revision.⁷⁵ Damit wird bei einer nicht völlig klaren Rechtslage eine Entscheidung des fLOGH meist unausweichlich, sodass durch ein Abgehen von der Bindung der Unterinstanzen prozessökonomisch nichts gewonnen ist.

Widerspricht eine öOGH-Entscheidung EU-Recht, besteht in Österreich für die Unterinstanzen keine Bindungswirkung.⁷⁶ Obwohl EWR-Recht nicht pauschal mit dem EU-Recht zu vergleichen ist,⁷⁷ könnte vorbehaltlich einer näheren Überprüfung auch in Liechtenstein keine Bindungswirkung der Unterinstanzen greifen, wenn eine Entscheidung des fLOGH dem EWR-Recht widerspricht.

⁶⁷ *Oberhammer* in FS H. Torggler 920; *Lovrek* in *Fasching/Konecny*³ IV/1 § 511 ZPO Rz 12; vorsichtig *G. Kodek* in *Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG² § 61 Rz 5 mwN.

⁶⁸ Die Lücke besteht darin, dass der Wortlaut keine Ausnahme vorsieht.

⁶⁹ Dies gilt sowohl in Österreich als auch in Liechtenstein. In Liechtenstein kommt hinzu, dass § 480 fZPO aus Österreich rezipiert wurde und der Besonderheit einer Überprüfung durch den StGH nicht Rechnung trägt.

⁷⁰ S bei und in FN 47.

⁷¹ Nicht einmal der EuGH kann eine Entscheidung des öOGH aufheben, obgleich die Selbstbindung bei einer zwischenzeitig ergangenen EuGH-Entscheidung aus anderen Gründen dennoch entfällt; für Österreich daher völlig zutreffend *Lovrek* in *Fasching/Konecny*³ IV/1 § 511 ZPO Rz 12: «Hingegen erlischt die Selbstbindung des OGH nicht durch eine Weiterentwicklung der Rechtsprechung einfacher Senate oder dadurch, dass der OGH seine eigene, im vorangegangenen Rechtsgang geäußerte Rechtsansicht – aus welchen Gründen immer – nicht mehr teilt». Dagegen ist die Frage «eine Etage» tiefer (bildlich *Oberhammer* in FS H. Torggler 910) bei der Selbstbindung des Berufungsgerichts auch in Österreich relevant (vgl dazu FN 72).

⁷² Insoweit womöglich aA *Oberhammer* in FS H. Torggler insb 910 (Erstgericht ist auch an eine evident unrichtige Rechtsansicht gebunden) und 915. Im Grundsatz ist *Oberhammer* völlig zuzustimmen, dass sich untere Instanzen nicht einfach unter Berufung auf die Unrichtigkeit einer Entscheidung über die prozessuale Bindungswirkung hinwegsetzen dürfen. Nach hier vertretener Auffassung besteht allerdings eine Ausnahme, wenn dem fLOGH (bzw öBerufungsgericht) offensichtlich ein Versehen unterlaufen ist. Diese seltene Ausnahme hat *Oberhammer* womöglich nicht im Blick, sodass sich die Ansichten mE nicht wesentlich voneinander unterscheiden.

⁷³ Anders ist die Rechtslage, wenn das Obergericht eine Entscheidung aufgehoben hat und später eine Entscheidung des fLOGH ergeht (dazu Pkt 2.1.). Der entscheidende Unterschied liegt darin, ob ein höherrangiges Gericht zwischenzeitig entschieden hat.

⁷⁴ öOGH 16.3.2016, 3 Ob 85/15v; *Lovrek* in *Fasching/Konecny*³ IV/1 § 511 ZPO Rz 6.

⁷⁵ § 471 fZPO; dazu *Schumacher* in *Schumacher*, Liechtensteinisches Zivilprozessrecht Rz 27.1; im Zuge der Reform der ZPO 2018 (LGBl 2018/207) war höchst umstritten, ob sich die fZPO insoweit stärker an der öZPO orientieren sollte und dies wurde noch im Gesetzgebungsverfahren vehement befürwortet (ausführlich BuA 2018/61 S. 13 ff), schliesslich wurde der Vorschlag aber nicht umgesetzt. Bemerkenswerterweise wurde kurz zuvor im Zuge der Mietrechts-Novelle (LGBl 2016/268) § 574 fZPO an das «österreichische Modell» angepasst (dazu BuA, aaO S. 19). Als klar wurde, dass für § 471 fZPO das «österreichische Modell» nicht übernommen werden soll, wurde § 574 fZPO nicht an § 471 fZPO angepasst, sodass nunmehr das «österreichische Modell» für Verfahren in Bestandstreitigkeiten gilt.

⁷⁶ *Lovrek* in *Fasching/Konecny*³ IV/1 § 511 ZPO Rz 11.

⁷⁷ Vgl dazu *G. Baur*, Unmittelbare Wirkung und Vorrang im EWR: Schutz einer abstrakten Souveränität der EFTA-Staaten oder konkreter Rechtsschutz für Bürger und Unternehmen? IJZ 2020, 56.

3. Zusammenfassung in Thesen

Auch Höchstgerichten kann mitunter ein Fehler unterlaufen, zB weil eine gesetzliche Bestimmung übersehen wird.

Bei späteren Verfahren – zB zwischen anderen Prozessparteien – besteht eine beschränkte Befolgungspflicht hinsichtlich der höchstgerichtlichen Rechtsprechung. Von inhaltlich nicht überzeugenden Entscheidungen kann aber ohne weiteres abgewichen werden.

Wird ein zweiter Rechtsgang erforderlich, greift eine prozessuale Bindung. Die Unterinstanzen sind im zweiten Rechtsgang an die Rechtsansicht des aufhebenden Gerichts gebunden. Das aufhebende Gericht unterliegt im zweiten Rechtsgang einer Selbstbindung, die rechtsfortbildend unter Berufung auf die Verfahrensökonomie und Rechtssicherheit für die beteiligten Parteien begründet wird.

Ein höherrangiges Gericht ist keiner prozessualen Bindung unterworfen. Wird daher eine Entscheidung des Landgerichts vom Obergericht aufgehoben, ist der fLOGH im zweiten Rechtsgang nicht an die Rechtsansicht des Obergerichts gebunden.

In Liechtenstein besteht die Besonderheit, dass Entscheidungen des fLOGH einer Grobprüfung durch den StGH unterliegen. Dies ändert grundsätzlich nichts daran, dass der fLOGH im zweiten Rechtsgang einer Selbstbindung unterliegt. Ist dem fLOGH jedoch im ersten Rechtsgang ein Fehler unterlaufen, dessen Beibehaltung in der fLOGH-Entscheidung im zweiten Rechtsgang eine Aufhebung durch den StGH sehr wahrscheinlich machen würde, streitet die Verfahrensökonomie – die idR für eine Selbstbindung spricht – ausnahmsweise dafür, dass der fLOGH an seine frühere Rechtsansicht nicht mehr gebunden ist.

Rechtsprechungsübersicht

Aktuelle Rechtsprechung des OGH und des OGH^{*/**}

(weitere aktuelle Entscheidungen ausführlich im LES-Teil in diesem Heft)

OGH 05.06.2020, 04 CG.2016.147 (§ 1497 ABGB; Unterbrechung der Verjährung durch Klageerhebung; gehörige Fortsetzung der Klage)

Eine nicht gehörige Fortsetzung der Klage liegt vor, wenn eine prozessuale Handlungspflicht des Klägers bestand, weil ein Verfahrensstillstand vorlag, und er dessen ungeachtet untätig blieb. In diesen Fällen ist bei der Überprüfung der gehörigen Fortsetzung der Klage nicht nur auf die Dauer der Untätigkeit, sondern vor allem auch auf die Gründe Bedacht zu nehmen, die im Verhältnis zwischen den Parteien gelegen sein müssen. Das Vorliegen beachtlicher Gründe für die Untätigkeit und Nichtaufnahme bzw Nichtfortsetzung des Verfahrens ist vom Kläger vorzubringen und erforderlichenfalls unter Beweis zu stellen. Es ist im Einzelfall zu beurteilen, ob die Untätigkeit des Klägers ungewöhnlich ist und er damit zum Ausdruck bringt, dass ihm an der Erreichung des Prozessziels nicht mehr gelegen ist, wobei grundsätzlich dem Kläger im Interesse einer zügigen Prozessführung nur eine kürzere Zeit der Untätigkeit zugebilligt wird. Der Kläger muss, wenn er zu einer Prozesshandlung für den Fortgang des Verfahrens verpflichtet ist, unverzüglich bzw innerhalb angemessener Frist tätig werden.

Tritt eine Verzögerung des Verfahrens ein, ohne dass der Kläger selbst aufgrund einer gesetzlich oder auch nur richterlich normierten Pflicht zur Vornahme einer Prozesshandlung gehalten ist, darf also der Kläger eine Tätigkeit des Gerichtes erwarten, beseitigt seine eigene Untätigkeit die Unterbrechungswirkung nicht. In diesen Fällen kann nämlich aus der Untätigkeit des Klägers nicht ohne weiteres der Schluss gezogen werden, es sei ihm an der Erreichung des Prozesszieles nichts mehr gelegen. In diesen Fällen, in denen dem Kläger nur vorgeworfen werden kann, die ausstehende Prozesshandlung beim säumigen Gericht nicht betrieben zu haben, ist ein grosszügiger Massstab anzulegen. Allerdings darf der Kläger auch dann, wenn eine Tätigkeit des Gerichtes zu erwarten war, im Prozess nicht *ad infinitum* untätig bleiben. Wenn der Kläger erkennen muss, dass das Gericht von sich aus nicht mehr tätig wird, muss er Betreibungsschritte setzen. Für eine solche Annahme bedarf es aber einer längeren Zeit der Untätigkeit des Gerichtes und damit einer ungebührlich langen Zeit, in der die Partei inaktiv verblieben ist.

OGH 05.06.2020, 03 ES.2019.7 (§ 235 Abs 1 StPO; § 22 StGB; Zulässigkeit der Revision)

Die Revision gegen eine Berufungsentscheidung des OGH an den OGH ist, falls die Unterbringung des Angeklagten in eine Anstalt für entwöhnungsbedürftige Rechtsbrecher gem § 22 Abs 1 StGB angeordnet wurde, in jedem Fall zulässig, also auch dann, wenn eine Freiheitsstrafe von nicht

mehr als einem Jahr ausgesprochen wurde (vgl auch LES 2017,131 = StGH 2016/144).

OGH 05.06.2020, 12 RS.2019.93 (Art 58d lit a RHG; Beschwerdelegitimation im Strafrechtshilfverfahren)

Art 58d lit a RHG ist restriktiv auszulegen. Es muss jedoch immer sichergestellt sein, dass zumindest ein Verfahrensbeteiligter die Möglichkeit zur Beschwerdeführung hat. (Hinweis auf StGH 2009/200 Erw 3.4.1 und StGH 2011/199, Erw 2.2).

Der wirtschaftlich Berechtigte einer von einer Rechtshilfebehandlung betroffenen juristischen Person ist ebenso wenig beschwerdelegitimiert wie der im ausländischen Strafverfahren Beschuldigte. (Rechtssatz des OGH; Hinweis auf StGH 2014/064 Erw 3.2)

Die blosse Stellung als Verdächtiger in einem Inlandsstrafverfahren begründet keine Beschwerdelegitimation im Rechtshilfeverfahren. (Rechtssatz des OGH).

OGH 03.07.2020, 05 CG.2018.220 (§ 487 Abs 1 Z 3 ZPO; Rekurs gegen kassatorische Berufungsentscheidung des OGH)

Zweck des Rekurses im Sinne des § 487 Abs 1 Z 3 ZPO ist die Überprüfung der dem Aufhebungsbeschluss zugrundeliegenden Rechtsansicht. Bei Zulässigkeit des Rekurses hat der OGH die den Aufhebungsbeschluss tragende Rechtsansicht des Berufungsgerichts umfassend zu prüfen. Wie bei der Revision ist dieser Grundsatz aber insoweit eingeschränkt, als der Rechtsmittelwerber Rechtsgründe, die auf selbständigen rechtserzeugenden, rechtshemmenden oder rechtsvernichtenden Tatsachen beruhen, im Rekurs behandeln muss, damit sie nicht aus dem Nachprüfungsverfahren herausfallen [Fortsetzung der bisherigen Judikaturlinie]. (Rechtssatz des OGH)

Ist die dem Aufhebungsbeschluss zugrundeliegende Rechtsansicht richtig, darf der OGH nicht überprüfen, ob die vom Berufungsgericht aufgetragene Verfahrensergänzung tatsächlich notwendig ist. (Rechtssatz des OGH)

Der Rekurs ist zurückzuweisen, wenn darin nicht aufgezeigt wird, dass die den Aufhebungsbeschluss tragende Rechtsansicht unrichtig ist. (Rechtssatz des OGH)

* Sämtliche Angaben in dieser Rubrik erfolgen trotz möglichst sorgfältiger Bearbeitung ohne Gewähr. Eine Haftung des Autors, des Herausgebers oder des Verlegers aus dem Inhalt dieser Rechtsprechungsübersicht ist ausgeschlossen. Die Lektüre der Rechtsprechungsübersicht kann die Lektüre der gesamten Entscheidung niemals ersetzen, da sich der Sinn und die Bedeutung der leitsatzartig wiedergegebenen Rechtssätze nur im Zusammenhang mit dem zugrunde liegenden Sachverhalt und der umfassenden (rechtlichen) Begründung des OGH bzw des OGH vollumfänglich erschliessen lassen. Zudem ist zu berücksichtigen, dass der Staatsgerichtshof des Fürstentums Liechtenstein letztinstanzliche rechtskräftige Entscheidungen der ordentlichen Gerichte über Individualbeschwerde eines Verfahrensbeteiligten nachträglich wegen Verletzung seiner verfassungsmässig oder durch internationale Übereinkommen, insbesondere die EMRK, gewährleisteten bzw. garantierten Rechte kassieren kann. Die Rechtsprechungsübersicht erhebt im Übrigen keinen Anspruch auf Vollständigkeit.

** Redigiert von lic. iur. Uwe Öhri, LL.M.

Fachliteratur

Johannes Gasser, Liechtensteinisches Stiftungsrecht – Praxiskommentar, 2. Auflage 2019, Stämpfli Verlag AG (Koproduktion mit Manz Wien und C.H. Beck München), ISBN 978-3-7272-0763-1, 707 Seiten, broschiert

«Der Gasser», eines der beiden Standardwerke zum liechtensteinischen Stiftungsrecht (so *Jürgen Nagel* in LJZ 2019, 29), ist nun in zweiter Auflage erschienen.

Angetreten mit dem Ziel, die Rechtsprechung der liechtensteinischen Höchstgerichte praxisfreundlich in den Kontext mit den (damals noch neuen) Bestimmungen des liechtensteinischen Stiftungsrechts zu setzen und (auch) Überzeugungsarbeit dahingehend zu leisten, dass Stiftungen ideale Vermögensträger sind, um langfristige Konflikte in Bezug auf Vermögen zu vermeiden und die materiellen Verdienste ausländischer Stifter über Generationen und Grenzen hinweg einem immateriellen Zweck zuführend zu erhalten, wurde die Erstauflage (2013) von Rechtsprechung und Wissenschaft überaus freundlich aufgenommen, wovon Zitate in über zwanzig in der der LES publizierten Entscheidungen (StGH, OGH, VGH) und in zehn in der LJZ veröffentlichten Abhandlungen beredtes Zeugnis ablegen, aber nicht nur das: Auch der öOGH (6 Ob 46/15f NZ 2015, 471 *Schumacher*) zitiert das Werk, und zwar als Belegstelle für die «herrschende Meinung in Liechtenstein» (Erw. 9.4) bzw. unter Bezugnahme auf die dort angeführten Nachweise (Erw. 9.5), oder in 6 Ob 58/15w PSR 2016, 64 *Hartlieb* (Erw. 3), und in der Fachliteratur wird darauf Bezug genommen, so in Österreich im JEV – Journal für Erbrecht und Vermögensnachfolge (2018, 10), bei *Kalss* (Österreichisches Gesellschaftsrecht², Privatstiftung) und in zahlreichen Beiträgen in der PSR, als deren Mitherausgeber der Autor ja bekanntlich fungiert, und auch in der Schweiz (*Oesterbelt/Opel*, Abkommensberechtigung liechtensteinischer Stiftungen und Anstalten, StR 75/2020, 2 [5], hier schon unter Verweis auf die zweite Auflage).

Der ausgesprochen dynamischen Entwicklung der Rechtsprechung im Stiftungsrecht ist es geschuldet, dass das Werk gegenüber der Voraufgabe um rund 200 Seiten angewachsen ist und sich nunmehr wieder auf dem aktuellen Stand befindet. Die seit dem Erscheinen der Erstauflage ergangene Rechtsprechung (wiederum samt zahlreichen unveröffentlichten Judikaten) wurde minutiös eingearbeitet. Pars pro toto sei hier auf die (geänderte) Rechtsprechung zur Parteistellung der früheren Organe bei der Beistandsbestellung für gelöschte Stiftungen (§ 24 Rz 75c) hingewiesen. Besonders anwenderfreundlich ist es, dass sich die Änderungen vielfach an den Randziffern erkennen lassen, da die Nummerierung grundsätzlich beibehalten wurde, jedoch Änderungen bzw. Neuerungen durch das Hinzufügen von neuen Randziffern (bei «Einschieben» versehen mit Kleinbuchstaben) ersichtlich sind (zB zur Beistandsbestellung § 24 Rz 75 in der Erstauflage, § 24 Rz 75a bis 75d in der Zweitauflage; zum Mandatsvertrag § 29 Rz 64 in der Erstauflage, § 29

Rz 64a und 64b in der Zweitauflage usw.). Dabei handelt es sich wie auch schon in der Voraufgabe nicht um eine bloße Entscheidungssammlung, sondern nimmt der Autor zu zahlreichen Fragen Stellung, zB zur Frage der Kautionspflicht in kontradiktorischen Aufsichtsverfahren (Verfassungswidrigkeit der bisherigen Rechtsprechung andeutend – § 29 Rz 77), zum Auskunfts- und Informationsanspruch des deutschen Insolvenzverwalters (Verunsicherung entstanden, Treuhändergeheimnis unterlaufen – § 9 Rz 35c) oder zur Frage, was beim Kontrollorgan unter «eingerrichtet / errichtet» zu verstehen ist (Judikatur kritisiert als überspitzt formalistisch und nicht im Einklang mit der früheren Rspr. stehend – § 11 Rz 5). Wenn sich Entscheidungen auf die in der Voraufgabe vertretene Auffassung stützen, wird darauf (zu Recht!) hingewiesen, so in Bezug auf die Dokumentations- und Protokollierungspflicht des Stiftungsrates (§ 26 Rz 9 [«StGH mit Hinweis auf die Voraufgabe»]), ebenso wird aber auch offensichtlich Überholtes fallen gelassen, so in Bezug auf die Frage, ob der Erwerber eines Stiftungsmantels als Stifter angesehen werden kann (§ 4 Rz 30 [«Die Stellungnahme in der Voraufgabe ... ist damit überholt»]).

Zum Abschluss ein Hinweis: Die Kooperation der Verlage Stämpfli, Manz und (neu) Beck führt dazu, dass das Werk nunmehr im gesamten deutschen Sprachraum (kostenpflichtig) online im Volltext in den entsprechenden Datenbanken (swisslex.ch, rdb.manz.at und beck-online.beck.de) abrufbar ist, was die Rezeption in der Rechtsprechung sicher weiter forcieren wird und die Position als Standardwerk untermauert.

Wilhelm Ungerank

Georges Baur, The European Free Trade Association – An Intergovernmental Platform for Trade Relations, Cambridge, 1. Auflage 2020, Verlag Intersentia, ISBN 978-1-78068-656-1, 236 Seiten, broschiert

Die Europäische Freihandelsassoziation (EFTA) mit den Mitgliedstaaten Liechtenstein, Island, Norwegen und der Schweiz, feiert dieses Jahr ihr 60-jähriges Bestehen. Pünktlich zum Geburtstag gibt der Autor Einblick in diese alternative Struktur einer europäischen Integration im Unterschied zu einer EU-Mitgliedschaft.

Ausgehend von einem historischen Rückblick, der die damaligen Beweggründe und Entwicklungen nachzeichnet, werden Inhalt und Aufbau der Zusammenarbeit innerhalb der EFTA auf Basis der ursprünglichen «Stockholm-Konvention» und der heutigen «Vaduzer-Konvention» aus dem Jahre 2001 erläutert. Gerade letztere hat zwar Elemente des EU-Binnenmarktrechts für die EFTA-Staaten übernommen; Definition und Reichweite dieser Regelungen obliegt aber den EFTA-Staaten selbst. Im Weiteren werden die Handelsbeziehungen zwischen den EFTA-Staaten mit Drittstaaten beschrieben. Dabei wird auch auf den Regelungsgehalt von Freihandelsverträgen der sog. «ersten» (vor dem Jahr 2000) bzw. «zweiten» Generation (nach 2000) eingegangen. Dabei erstaunen neben der Komplexität der Handelsverträge die hohe Anzahl von Freihandelsverträgen, welche die EFTA seit ihrem Bestehen abgeschlossen hat. Aktuell verfügt sie über 29 Freihandelsverträge mit 40 Ländern ausserhalb der EU. Hier gilt es jedoch anzumerken, dass diese «Freihandelsverträge» nicht von der EFTA als Organisation selbst abgeschlossen werden. Es sind vielmehr die einzelnen Mitgliedstaaten der EFTA, welche jeweils individuell einen Freihandelsvertrag mit dem Drittstaat abschliessen. In diesem Umstand zeigt sich die Rechtsnatur der EFTA: Sie ist – im Unterschied zur EU – keine supranationale, sondern eine zwischenstaatliche Organisation. Dies ermöglicht daher die Vereinbarung von Sonderlösungen in den jeweiligen Freihandelsverträgen mit Drittstaaten.

Ausführlich wird die besondere (Dreiecks-)Konstellation zwischen den vier EFTA-Staaten untereinander, im Rahmen des EWR-Abkommens zwischen Liechtenstein, Island und Norwegen sowie das Verhältnis Schweiz-EU erläutert. Auch hier gelingt es dem Autor vorzüglich, die jeweiligen anwendbaren Regelungen, deren Auswirkungen und Ausstrahlung auf die EFTA als solches nachvollziehbar zu machen und strukturiert darzulegen. Die Beschreibungen der Beziehungen im EWR werden dabei, unter Verweis auf die bereits vorhandene Literatur zum EWR, bewusst kurzgehalten. Das letzte Kapitel widmet der Autor der Frage eines möglichen Nutzens einer EFTA-Mitgliedschaft für das Vereinigte Königreich (UK) nach dessen Austritt aus der EU (Brexit). Anhand der sog. «red lines» der UK-Regierung (keine Teilnahme am EU-Binnenmarkt und Zollunion, Kontrolle über die Personenfreizügigkeit sowie keine Unterwerfung unter die Rechtsprechung des EuGH) werden die Vor- wie auch Nachteile einer möglichen EFTA-Mitgliedschaft des UK beschrieben. Der Autor kommt zum Schluss, dass die

EFTA-Mitgliedschaft für das UK nicht nur keine der «red lines» verletzt; er sieht insbesondere auch die Möglichkeit der Inanspruchnahme des bestehenden Netzes von Freihandelsabkommen als einen grossen Zeitvorteil, um mögliche negative Effekte aufgrund des EU-Austritts zu vermeiden. Gleichzeitig erkennt der Autor den Umstand an, dass das UK auf die EFTA nicht angewiesen ist.

Abschliessend darf festgehalten werden, dass dieses Buch – wie im Vorwort von der bekannten Europaexpertin Prof. *Catherine Barnard* festgehalten – die EFTA-Konvention umfassend darstellt, und damit eine Lücke der derzeitigen Fachliteratur füllt. Gleichzeitig wird die unterschiedliche Rechtsqualität des EWR-Abkommens gegenüber den bilateralen Verträgen der Schweiz mit der EU aufgezeigt. Für die Leser, welche an der EFTA und deren Beziehung mit der EU interessiert sind, bietet das Buch eine Fülle an Informationen mit Verweisen auf weitere Fundstellen.

Bernd Hammermann

**Johannes Fischer, Katharina Pabel,
Nicolas Raschauer (Hrsg), Handbuch
der Verwaltungsgerichtsbarkeit,
2. Auflage, Wien 2019, 750 Seiten,
ISBN 978-3-7097-0201-7, fester Einband**

Gemeinsam mit *Katharina Pabel* (Ordinaria an der Universität Linz) und *Johannes Fischer* (Präsident des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich) als Herausgeber fungierend, legt Prof. *Nicolas Raschauer*, Vorstand des Instituts für Wirtschaftsrecht und Inhaber des Lehrstuhl für Bank- und Finanzmarktrecht der hiesigen Universität, nunmehr in zweiter Auflage das Handbuch der österreichischen Verwaltungsgerichtsbarkeit vor, das in der Neuaufgabe um ein von Prof. *Raschauer* verfasstes Kapitel zum Thema «Liechtensteinische Verwaltungsgerichtsbarkeit – ein Wegweiser» erweitert wurde, was Anlass für diese Rezension gibt.

Dieser «Wegweiser» kann als systematische Kurzdarstellung der Organisation der liechtensteinischen Verwaltungsgerichtsbarkeit (VGH, StGH; Kommissionen nach Art 78 Abs 3 LV als Tribunale im Sinne von Art 6 EMRK) beschrieben werden, zudem werden die wesentlichen, den Verfahrensgang vor der jeweiligen Rechtsmittelinanz betreffenden Bestimmungen dargelegt. Insoweit stellen die Ausführungen eine Novität dar, datiert doch das vielzitierte Standardwerk zum liechtensteinischen Verwaltungsrecht (und damit auch zum Verwaltungsverfahren) von *Andreas Kley* («Grundriss des liechtensteinischen Verwaltungsrechts») aus dem Jahre 1998 und umfasst damit weder die ab 2000 geschaffenen Kommissionen im Sinne des Art 78 Abs 3 LV noch die Sonderbestimmungen über das Amtshilfverfahren vor dem VGH. Mangels einschlägiger eigenständiger liechtensteinischer Literatur kann das Werk für den hiesigen Rechtsanwender weiters insbesondere in den Kapiteln 9 (*Leitl-Staudinger*, Die Beschwerdelegitimation), 10 (*Hauer*, Der Beschwerdegegenstand) und 14 (*Schulev-Steindl*, Einstweiliger Rechtsschutz) von Bedeutung sein, stellt doch der VGH in ständiger Rechtsprechung immer wieder (zumindest rechtsvergleichend) auch auf die Rechtsprechung des öVwGH ab (LES 2018, 92; LES 2015, 188; LES 2013, 15, LES 2013, 5 ua).

Der Zugang zu diesem Werk kann auch über www.rdb.at freigeschaltet werden.

Raschauers Resümee (S. 738) verdient es, wörtlich zitiert zu werden: «Gerade auch aufgrund der Effektivität der historisch gewachsenen liechtensteinischen Verwaltungsgerichtsbarkeit genießt das Fürstentum Liechtenstein weit über die Landesgrenzen hinaus einen guten Ruf. Die liechtensteinische Verwaltungsgerichtsbarkeit trägt einen wesentlichen Beitrag zur Beibehaltung der Stabilität im Herzen Europas bei.»

Wilhelm Ungerank



LIECHTENSTEINISCHE ENTSCHEIDUNGSSAMMLUNG (LES)

Amtliche Sammlung von Entscheidungen liechtensteinischer Gerichte und Verwaltungsbehörden

Heft 3

September 2020

41. Jahrgang

Inhaltsübersicht

Staatsgerichtshof	133
Verwaltungsgerichtshof	145
Fürstlicher Oberster Gerichtshof.....	156
Fürstliches Obergericht	177

Die Liechtensteinische Entscheidungssammlung (LES) stellt die Fortsetzung der von der Fürstlichen Regierung bis zum 31.12.1977 herausgegebenen amtlichen Entscheidungssammlung «Entscheidungen der Liechtensteinischen Gerichtshöfe» dar. Die Publikation wird seit Oktober 1980 von der Vereinigung Liechtensteinischer Richter (VLR) über Auftrag der Fürstlichen Regierung besorgt. Die Entscheidungen des Fürstlichen Obersten Gerichtshofes und des Fürstlichen Obergerichtes werden inklusive der Leitsätze von Jürgen Nagel, Wilhelm Ungerank und Uwe Öhri redigiert, die Entscheidungen des Verwaltungsgerichtshofes von Andreas Batliner. Die Entscheidungen des Staatsgerichtshofes werden der Redaktion, sofern nicht explizit ein anderer Bearbeiter angegeben wird, von der Staatsgerichtshofkanzlei zur Verfügung gestellt. Die von der Staatsgerichtshofkanzlei eingesandten Entscheidungen werden inklusive der Leitsätze vom jeweiligen Berichtersteller des Staatsgerichtshofes redigiert. Die Schriftleitung

STAATSGERICHTSHOF

Staatsgerichtshof

U 11.05.2020, StGH 2019/122

Art 58c Abs 2 RHG

Kann ausnahmsweise schon der Beschlagnahmebeschluss angefochten werden und werden über eine dagegen erhobene Beschwerde die Voraussetzungen der Rechtshilfegewährung bejaht, ist im Ausfolgungsverfahren lediglich noch zu prüfen, inwiefern den beschlagnahmten Urkunden die für eine Ausfolgung an die ersuchende Behörde erforderliche, zumindest abstrakte Beweiseignung zukommt. Allerdings muss es auch im Ausfolgungsverfahren möglich sein, neue Tatsachen zu berücksichtigen, welche die Zulässigkeit der Rechtshilfe nachträglich in Frage stellen.

Art 32 Abs 1 LV

Im Strafrechtshilfeverfahren gilt der völkerrechtliche Vertrauensgrundsatz, der nur ausnahmsweise mittels sogenannter parater Beweismittel durchbrochen werden kann. An die Qualifikation von im Rechtshilfeverfahren vorgelegten Dokumenten als parate Beweismittel sind hohe Anforderungen zu stellen. Parteiurkunden, eidesstattliche Erklärungen oder Privatgutachten können in der Regel nicht als solche parate Beweismittel qualifiziert werden, da sie anders als gerichtliche Verfügungen und Beschlüsse oder sonstige behördliche Stellungnahmen meist nicht genügend Gewähr für die Echtheit der Urkunde sowie die Objektivität und Richtigkeit ihres Inhaltes geben können. Wird jedoch von einem ausländischen Gericht einem Privatgutachten höhere Beweiskraft zuerkannt als den von der Staatsanwaltschaft vorgelegten Rechtshilfeunterlagen, darf dieses Privatgutachten im Rechtshilfeverfahren nicht einfach unbeachtet bleiben. Es ist vom Rechtshilferichter näher zu begründen, falls die Einschätzung des ausländischen Gerichts nicht geteilt wird.

Sachverhalt

[Zum Gegenstand und zum bisherigen Gang des Verfahrens siehe StGH U 04.12.2018,

StGH 2018/047 LES 2019, 7 = GE 2019, 87]

Nach Durchführung einer Entseigelungsatzung und Fällung eines (rechtskräftigen) Entseigelungsbeschlusses fasste des LG folgenden B: «Die mit Beschluss des Fürstlichen Landgerichts vom 28.09.2017 und als Beilagen zu ON 4 zu diesem Akt genommenen und aus dem Verfahren zu 11 UR.2017.167-2 überbeschlagnahmten Unterlagen der Geschäftsbeziehungen [...] werden mit dem Schreiben der Bank AG vom 22.06.2017 an die ersuchende Behörde ausgefolgt...»

Gegen diesen B erhob der Beschwerdeführer Beschwerde. Das OG gab der Beschwerde keine Folge und

begründete dies unter anderem wie folgt: Unter «Sachverhalt und mangelhafte Berücksichtigung parater Beweismittel» führe die Beschwerde in weiten Teilen wiederum Argumente ins Treffen, welche schon der StGH in seinem U zu StGH 2018/45 als nicht überzeugend beurteilt habe. Wenn – wie hier – in Anbetracht des Umstandes, dass dem Beschwerdeführer wegen Versiegelung der beschlagnahmten Unterlagen das Recht eingeräumt gewesen sei, entgegen der Bestimmung des Art 58c Abs 1 RHG schon den Beschlagnahmebeschluss anzufechten und im Rahmen der Erledigung der Beschwerde durch das OG und den StGH die Voraussetzungen der Rechtshilfegewährung, mithin deren Zulässigkeit, bejaht worden seien, sei im Ausfolgungsverfahren lediglich noch zu prüfen, inwiefern den beschlagnahmten Urkunden die für eine Ausfolgung an die ersuchende Behörde erforderliche, zumindest abstrakte Beweiseignung zukomme. Eine neuerliche Prüfung der Voraussetzungen der Rechtshilfegewährung sei sohin nicht erforderlich. Dennoch der Vollständigkeit halber Folgendes: Parate Beweismittel zur Widerlegung der Sachverhaltsdarstellung in einem Rechtshilfeersuchen seien dann zu berücksichtigen, wenn sich das Rechtshilfeersuchen im Lichte dieser Beweise als geradezu missbräuchlich erweisen oder sich die Nichtberücksichtigung solcher paraten Beweismittel aus anderen Gründen als stossend erweisen würde. Grundsätzlich sei bei der Behandlung von Rechtshilfeersuchen der völkerrechtliche Vertrauensgrundsatz zu beachten; die Annahme eines Verstosses gegen dieses Prinzip dürfe keineswegs leichthin erfolgen (LES 2003, 243). Der diesbezüglichen Beschwerdeargumentation sei schon dadurch der Boden entzogen, dass diese als «parate» Beweismittel bezeichneten Unterlagen schon längst Eingang in das Inlandsstrafverfahren, welches gegen den Beschwerdeführer wegen Verdachts nach § 165 Abs 1 – 3 StGB zu 11 UR.2017.167 geführt werde, gefunden hätten. Diese mittlerweile 5 Bände umfassende Strafuntersuchung sei nach wie vor anhängig. Insbesondere hätten diese Unterlagen nicht dazu geführt, das Inlandsverfahren einzustellen. Umso mehr seien diese Unterlagen schon von vornherein ungeeignet, den Verdachtssachverhalt zu entkräften. Generell können Parteiurkunden und Privatgutachten in der Regel nicht als solche parate Beweismittel qualifiziert werden, da sie anders als gerichtliche Verfügungen und B oder sonstige behördliche Stellungnahmen nicht genügend Gewähr für die Echtheit der Urkunde sowie die Objektivität und Richtigkeit ihres Inhaltes geben könnten. Entsprechend habe der StGH auch etwa ein Privatgutachten einer anerkannten Revisionsgesellschaft nicht als parates Beweismittel berücksichtigt (StGH 2017/94, Erw. 5.3). Auch aus diesem Grund könne eine inhaltliche Auseinandersetzung mit den im Inlandsstrafverfahren gelegten Gutachten entfallen. [...] Trotz der Einschätzung des StGH, dass es sich bei Russland «doch um einen eher prekären Rechtsstaat handelt», habe auch der StGH sohin die Verdachtssache für die Leistung der erbetenen Rechtshilfe ausreichend beurteilt. Daran sei festzuhalten. Die Entscheidung eines ausländischen Gerichtes (beheimatet in X) vermöge

diesen Anfangsverdacht nicht auszuhebeln. Diese Entscheidung sei im Inlandsverfahren in englischer Sprache, versehen mit einer als «Arbeitsübersetzung» bezeichneten Übersetzung vorgelegt worden und bescheinige lediglich den Umstand, dass der High Court von X möglicherweise davon ausgehe, dass der dortige Trustee möglicherweise keinen Anlass gehabt habe, zu vermuten, dass Vermögenswerte eines Trusts (der möglicherweise Kautions zuzuordnen sei) aus kriminellen Handlungen stammen würden. In dieser Einschätzung des dortigen Gerichtes sei mitnichten eine Widerlegung des Rechtshilfesachverhaltes zu sehen. Insbesondere stehe dieses (mögliche) Ergebnis des ausländischen Strafverfahrens in keinerlei Widerspruch zum Rechtshilfesachverhalt (Verweis auf StGH 2018/143, Erw. 4.2). Das Rechtsmittel beugne sich damit, die abstrakte Beweiseignung der auszufolgenden Urkunden zu bestreiten, lasse aber jegliche Auseinandersetzung damit, welche der beschlagnahmten Unterlagen aufgrund welcher Überlegungen nicht einmal abstrakt beweiseeignet wäre, um ausgefolgt zu werden, vermissen. Die Beschwerde verneine die abstrakte Beweiseignung einzig mit dem Argument, dass für die Untersuchung der in Russland angeblich vermuteten Unterschlagung die in Liechtenstein im Zusammenhang mit der hier untersuchten Geldwäscherei bei der Bank AG beschlagnahmten Unterlagen auch abstrakt nichts beitragen könnten. Dies insbesondere auch unter Berücksichtigung der zwischenzeitlich gesicherten Erkenntnis, dass die in Liechtenstein gesperrten Vermögenswerte jedenfalls nicht von [...] bzw. nicht aus Russland überwiesen worden sein sollten.

Der StGH gab der gegen diesen B erhobenen Individualbeschwerde Folge.

Aus den Entscheidungsgründen

[...]

2. Der Beschwerdeführer rügt zunächst zusammen die Verletzung des Gehörsanspruchs gemäss Art 31 Abs 1 Satz 1 LV sowie Art 6 Abs 1 EMRK und der Garantien gemäss Art 32 Abs 1 LV (Geheimbereich).

2.1 Im Wesentlichen läuft die gemeinsame Begründung dieser Grundrechtsrügen darauf hinaus, dass die ordentlichen Instanzen parate Beweismittel nicht berücksichtigt hätten, welche den Rechtshilfesachverhalt widerlegen würden. Konkret wird aber nur ausgeführt, dass damit die gesetzliche Grundlage für den mit der Urkundenausfolgung verbundenen Eingriff in die Geheimsphäre fehle bzw. den gesetzlichen Anforderungen nicht Genüge getan werde. [...]

2.2 Es ist deshalb im Folgenden nur auf die Rüge der Verletzung von Art 32 Abs 1 LV einzugehen. Zur Begründungsrüge ist nur anzumerken, dass das OG sehr wohl begründet hat, weshalb es die vom Beschwerdeführer gelegten Privatgutachten nicht als parate Beweismittel anerkannt hat und somit nicht auf den Inhalt eingegangen ist. Ob diese Begründung auch richtig ist, ist nicht Gegenstand des sachlichen Schutzbereichs dieses Grundrechts (StGH 2018/068, Erw. 3.1; StGH 2018/041, Erw. 3.1 [beide www.gerichtsentscheide.li]).

3. Zur Rüge der Verletzung der Privat- und Geheimsphäre gemäss Art 32 Abs 1 LV ist Folgendes zu erwägen:

3.1 Die Ausfolgung von beschlagnahmten Urkunden stellt ebenso wie die Urkundenbeschlagnehmung selbst nach ständiger Rechtsprechung des StGH einen Eingriff in das Hausrecht bzw. die Privat- und Geheimsphäre gemäss Art 32 Abs 1 LV dar (StGH 2014/058, Erw. 3.1 [www.gerichtsentscheide.li] sowie Marzell Beck/Andreas Kley, Freiheit der Person, Hausrecht sowie Brief- und Schriftengeheimnis, in: Andreas Kley/Klaus A. Vallender [Hrsg.], Grundrechtspraxis in Liechtenstein, LPS Bd. 52, Schaan 2012, 143, Rz 24).

Ein Eingriff in ein spezifisches Grundrecht wie die Geheim- und Privatsphäre ist nur zulässig unter Einhaltung der vom StGH in ständiger Rechtsprechung anerkannten Eingriffskriterien (genügende gesetzliche Grundlage, öffentliches Interesse, Verhältnismässigkeit und – in der Praxis kaum relevant – Einhaltung der Kerngehaltsgarantie; statt vieler: StGH 2019/027, LES 2019, 128 [130, Erw. 2.1]; StGH 2017/123, Erw. 3.1; StGH 2017/057, Erw. 4.1 [beide www.gerichtsentscheide.li]; vgl. auch Marzell Beck/Andreas Kley, Freiheit der Person, Hausrecht sowie Brief- und Schriftengeheimnis, a. a. O., 141 f., Rz 22 f. m. w. N.).

3.2 Der Beschwerdeführer macht eine mangelnde gesetzliche Grundlage für den mit der Gewährung der Rechtshilfe verbundenen Grundrechtseingriff geltend.

Es dürfe nicht sein, dass über handfeste Erkenntnisse im parallelen Inlandsverfahren, welche auch im Rechtshilfverfahren entsprechend vorgetragen worden seien, und damit über parate Beweismittel unbesehen hinweggegangen werde. Hierfür brauche es eine klare gesetzliche Grundlage. Die betreffenden Bestimmungen des Rechtshilfgesetzes bzw. des ERHÜ müssten auch eingehalten werden.

3.3 Das OG erwägt hierzu zunächst, dass im Beschwerdefall ausnahmsweise schon der Beschlagnahmebeschluss habe angefochten werden können und der StGH die Voraussetzungen der Rechtshilfegewährung, mithin deren Zulässigkeit, in seinem U zu StGH 2018/45 bejaht habe. Im Ausfolgungsverfahren sei lediglich noch zu prüfen, inwiefern den beschlagnahmten Urkunden die für eine Ausfolgung an die ersuchende Behörde erforderliche, zumindest abstrakte Beweiseignung zukomme.

3.4 Diese obergerichtliche Erwägung ist grundsätzlich richtig. Allerdings muss es auch im Ausfolgungsverfahren möglich sein, neue Tatsachen zu berücksichtigen, welche die Zulässigkeit der Rechtshilfe nachträglich infrage stellen (vgl. StGH 2006/028, Erw. 4.2 ff. [www.gerichtsentscheide.li]). Solche neuen Tatsachen werden im Beschwerdefall aber geltend gemacht. Der Beschwerdeführer verweist nämlich (neben der hier, wie erwähnt, nicht zu berücksichtigenden [weiteren] Gerichtsentscheidung) auf eine Gerichtsentscheidung des High Court von X. Aus dieser Entscheidung sowie aus diversen Privatgutachten, welche sowohl im dortigen also auch im hiesigen Inlandsstrafverfahren vorgelegt worden seien, ergebe sich, dass das russische Strafverfahren politisch motiviert sei und kein Verdacht eines strafrechtlich relevanten Verhaltens des Beschwerdeführers und der anderen Angeklagten vorliege.

3.5 Zu diesem Beschwerdevorbringen beruft sich das OG zunächst auf die Rechtsprechung des StGH, wonach im Strafrechtshilfeverfahren der völkerrechtliche Vertrauensgrundsatz gilt, welcher nur ausnahmsweise mittels sogenannter parater Beweismittel durchbrochen werden kann.

Tatsächlich stellt der StGH hohe Anforderungen an die Qualifikation von im Rechtshilfeverfahren vorgelegten Dokumenten als parate Beweismittel. Solche parate Beweismittel sind der Regel nur behördliche Dokumente; so insbesondere Ergebnisse eines ausländischen Strafverfahrens, welche im Widerspruch zum Rechtshilfeverhältnis stehen (StGH 2019/017, Erw. 2.5; StGH 2018/143, Erw. 4.2). So hat der StGH in seiner Entscheidung zu StGH 2011/135 ein Rechtshilfeersuchen als unzulässig erachtet, weil eine schweizerische Strafuntersuchung, welche aufgrund eines auf dem gleichen Sachverhalt fussenden Rechtshilfeersuchens eingeleitet worden war, ergebnislos eingestellt worden war. Dabei widersprach der StGH auch der Auffassung der ordentlichen Instanzen, dass selbst ein entsprechendes Schreiben der zuständigen Genfer Untersuchungsrichterin kein parates Beweismittel sei (StGH 2011/135, Erw. 3.3 f.). Eine ähnliche Konstellation ergab sich in der Entscheidung zu StGH 2014/151, wo im Zusammenhang mit einem englischen Rechtshilfeersuchen die Vorlage von einschlägigen österreichischen Einstellungsbeschlüssen betreffend die in Grossbritannien Verdächtigen ebenfalls als parate Beweismittel anerkannt wurden (StGH 2014/151, Erw. 2.5). In einem die Ukraine betreffenden Fall hat der StGH die Rechtshilfe als unzulässig erklärt, solange keine plausible Erklärung vorlag, warum das Strafverfahren im ersuchenden Staat gegen einen beschuldigten Politiker weitergeführt wurde, während es gegen andere Politiker trotz gleicher Sachlage eingestellt worden war (StGH 2006/112, Erw. 3.4).

Demgegenüber können Parteiurkunden und selbst eidesstattliche Erklärungen oder Privatgutachten in der Regel nicht als solche parate Beweismittel qualifiziert werden, da sie anders als gerichtliche Verfügungen und B oder sonstige behördliche Stellungnahmen meist nicht genügend Gewähr für die Echtheit der Urkunde sowie die Objektivität und Richtigkeit ihres Inhaltes geben können. Entsprechend hat der StGH auch etwa ein Privatgutachten einer anerkannten Revisionsgesellschaft nicht als parates Beweismittel berücksichtigt (StGH 2017/094, Erw. 5.3 [www.gerichtsentscheide.li]).

Aufgrund dieser Rechtsprechung ist somit von den vom Beschwerdeführer vorgelegten Dokumenten grundsätzlich nur die Entscheidung des High Court von X daraufhin zu überprüfen, ob diese den Rechtshilfeverhältnis widerspricht oder die Rechtshilfegewährung sonst als unzulässig oder stossend erscheinen lässt. Diese Entscheidung wurde vom Beschwerdeführer mit einer auszugsweisen Übersetzung im Inlandsstrafverfahren UR.2017.167 als Beilage zum Schriftsatz vom 14.06.2019 eingebracht.

3.6 Hinsichtlich dieser Gerichtsentscheidung erwägt das OG, diese bescheinige lediglich den Umstand, dass der High Court davon ausgehe, dass der dortige Trustee möglicherweise keinen Anlass gehabt habe zu vermuten, dass Vermögenswerte eines Trusts (der möglicherweise

[einer] Kautio[n] zuzuordnen sei) aus kriminellen Handlungen stammen würden. In dieser Einschätzung des dortigen Gerichtes sei mitnichten eine Widerlegung des Rechtshilfeverhältnisses zu sehen.

Demgegenüber argumentiert der Beschwerdeführer, der High Court komme insbesondere auf der Grundlage der ihm (und auch im hiesigen Inlandsstrafverfahren) vorgelegten Gutachten von A zum Schluss, dass nicht von einem kriminellen Ursprung der entsprechenden Vermögenswerte ausgegangen werden könne. Nach dem Beschwerdevorbringen haben diese Gelder den gleichen Ursprung wie die hier in Liechtenstein gesperrten Vermögenswerte (vgl. zu diesem Vorbringen auch FN 2 im Schriftsatz des Beschwerdeführers [ON 198] im Inlandsstrafverfahren).

Tatsächlich ist der vom OG vorgenommenen Einschätzung des ausländischen Gerichtsurteils zu widersprechen: Der High Court hält nämlich in Rz 155 seiner Entscheidung fest, Staatsanwaltschaft und FIU hätten «die Beweisspflicht dafür, dass die [in X blockierten] US-Dollar [...] Eigentumsvermögen krimineller Herkunft sind, nicht erfüllt. [Deren] Beweise sind viel allgemeiner und unspezifisch im Vergleich zu den von [der Treuhandgesellschaft] B vorgelegten Beweisen, insbesondere die eidesstattliche Erklärung von Herrn A, in der es ganz spezifisch um die USD [...] geht und die zum Schluss kommt, dass sie aus rechtmässigen Geschäften resultieren und weder Erträge aus einer Straftat noch Eigentumsvermögen sind, die im Zusammenhang mit einer schweren Strafe stehen.»

Dieser Befund des ausländischen Gerichts ist umso relevanter für das vorliegende Rechtshilfeverfahren, als zum einen gemäss dem im Rechtshilfeersuchen zitierten Beschlagnahmebeschluss von Richter C letztlich nicht zwischen in Liechtenstein und in X befindlichen Vermögenswerten differenziert wird: In diesem B wird hinsichtlich beider Jurisdiktionen die Blockierung bzw. Beschlagnahme der wirtschaftlich dem Beschwerdeführer zugeordneten Konten verfügt; dies aufgrund des Verdachts, dass alle diese Gelder aus den dem Beschwerdeführer und seinen Mitbeschuldigten vorgeworfenen Wirtschaftsdelikten stammen. Und zum anderen werden in beiden Jurisdiktionen die Privatgutachten von A vorgelegt, um diesen Verdacht auszuräumen.

Wie erwähnt, fanden im Verfahren vor dem High Court von X die auch im hiesigen Inlandsstrafverfahren vorgelegten Privatgutachten von A Eingang. Wie ebenfalls erwähnt, könnten solche Privaturkunden gemäss ständiger Rechtsprechung des StGH üblicherweise nicht als parate Beweismittel berücksichtigt werden. Dies schadet im gegebenen Kontext aber nicht. Im Gegenteil: Dadurch, dass ein ausländisches Gericht ihnen zusammen mit der eidesstattlichen Erklärung des Gutachters A höhere Beweiskraft zuerkannte als den von der Staatsanwaltschaft vorgelegten Rechtshilfeunterlagen, rechtfertigt auch, dass diese Privatgutachten auf den vorliegenden Rechtshilfeverfahren nicht einfach unbeachtet bleiben dürfen. Nun ist es zwar auch so, dass nach ständiger Rechtsprechung in einem Rechtshilfeverfahren kein eigentliches Beweisverfahren durchzuführen ist (StGH 2017/094, Erw. 3.5 [www.gerichtsentscheide.li]). Entsprechend können diese umfangreichen Privatgutachten keiner eingehenden Prüfung durch den Rechtshilferichter unterzogen werden. Es

ist aber auch ständige Rechtsprechung des StGH, dass Erkenntnisse eines parallelen Inlandsstrafverfahrens zur Füllung von Lücken eines Rechtshilfesachverhaltes herangezogen werden können (siehe hierzu die beiden im ersten Verfahrensgang gefällten Entscheidungen StGH 2018/045, Erw. 3.2, und StGH 2018/047, Erw. 2.2 [www.gerichtsentscheide.li]). Gleichermassen ist es aber auch umgekehrt angezeigt, dass Erkenntnisse aus einem parallelen Inlandsstrafverfahren berücksichtigt werden, sofern sie einem Rechtshilfesachverhalt widersprechen.

Das OG weist jedoch darauf hin, dass die im Rechtshilfverfahren neu vorgelegten Dokumente schon längst Eingang in das Inlandsstrafverfahren zu 11 UR.2017.167 gefunden hätten. Diese mittlerweile fünf Bände umfassende Strafuntersuchung sei nach wie vor anhängig. Trotzdem hätten diese Unterlagen nicht dazu geführt, das Inlandsverfahren einzustellen. Umso mehr seien diese Unterlagen schon von vornherein ungeeignet, den Verdachtssachverhalt zu entkräften.

Diese Erwägung des OG hat einiges für sich. Trotzdem rechtfertigt die nunmehr vorliegende ausländische Gerichtsentscheidung, dass die bisherigen Erkenntnisse des Inlandsstrafverfahrens in Bezug gesetzt werden zur Einschätzung der Beweiskraft der vorgelegten Privaturkunden und insbesondere der Gutachten von A durch den High Court von X. Ein solches Vorgehen erscheint umso mehr gerechtfertigt, als der StGH schon im ersten Rechtsgang festgehalten hat, dass Russland ein eher prekärer Rechtsstaat ist, bei dem der völkerrechtlich Vertrauensgrundsatz nicht oder nur eingeschränkt Anwendung finden kann. Da im Beschwerdefall die Rechtshilferichterin in Personalunion auch Untersuchungsrichterin im parallelen Inlandsstrafverfahren ist, sollte sich dieser Bezug ohne grossen Aufwand im weiteren Rechtsgang des vorliegenden Rechtshilfverfahrens herstellen lassen. Dabei wird insbesondere näher zu begründen sein, falls die Einschätzung des High Court nicht geteilt wird.

3.7 Aufgrund dieses Befundes erweist sich der mit der Ausfolgung von Bankunterlagen gemäss dem B des LG erfolgte Eingriff in die Geheim- und Privatsphäre des Beschwerdeführers im Beschwerdefall als unverhältnismässig.

3.8 Die Rüge der Verletzung von Art 32 Abs 1 LV ist somit aufgrund dieser Erwägungen gerechtfertigt, so dass der vorliegenden Individualbeschwerde schon aus diesem Grund Folge zu geben ist.

[...]

4.4 Im Rahmen dieses [...] Vorbringens rügt der Beschwerdeführer, dass die Urkundenausfolgung überschüssend sei, weil sie weit über die Anträge der ersuchenden Behörde hinausgehe.

4.5 Hierzu ist, wie schon im ersten Verfahrensgang, auf die einschlägige Rechtsprechung des StGH zu verweisen: Nach dieser Rechtsprechung sind die in einem Rechtshilfeersuchen gestellten Anträge grosszügig zu interpretieren, wenn der Rechtshilferichter davon ausgehen kann, dass dies der Absicht der ersuchenden Behörde entspricht. Diese grosszügige Praxis hinsichtlich der Auslegung von Rechtshilfeersuchen hat der StGH auch rechtsvergleichend gerechtfertigt (StGH 2018/143, Erw. 5.2; StGH 2018/047, Erw. 2.5 [beide www.gerichtsentscheide.li]; StGH 2018/045, Erw. 5.3], jeweils mit Verweis

auf BGE 122 II 367 [371 Erw. 2c] sowie auf Michael Jehle, Rechtsstellung juristischer Personen im Rahmen von Strafrechtshilfeverfahren unter besonderer Berücksichtigung gelöschter juristischer Personen, LJZ 2013, 1 [10]). In diesem Zusammenhang kann im Übrigen auch keine Rolle spielen, dass der StGH Russland im ersten Verfahrensgang als eher prekären Rechtsstaat bezeichnet hat, was eine eingeschränkte Anwendung des völkerrechtlichen Vertrauensgrundsatzes rechtfertigt. Denn entweder wird Rechtshilfe geleistet oder nicht. Wenn sie aber geleistet wird, dann sind alle Unterlagen auszufolgen, welche für die ersuchende Behörde voraussichtlich relevant sind.

Allerdings bringt der Beschwerdeführer auch vor, dass die ersuchende Behörde aufgrund der neusten Erkenntnisse, so wie sie im Verfahren bereits vorgetragen worden seien, auf all diese Unterlagen auch gar nicht angewiesen sei. Die zusammenhängenden weiteren russischen Verfahren gegen Mitangeklagte würden nämlich offenbar auch ohne jegliche Erkenntnisse aus den behängenden Rechtshilfeverfahren durchgeführt und abgeschlossen.

Mit diesem Vorbringen bezieht sich der Beschwerdeführer offensichtlich auf das U des Bezirksgerichts in Moskau. Indessen erscheint dem StGH wie dem OG in diesem Zusammenhang unwesentlich, dass mit diesem U nunmehr zwei der insgesamt neun gemäss Rechtshilfeersuchen Beschuldigten nun verurteilt worden sind. Dieser Umstand bedeutet noch nicht, dass auszufolgenden Unterlagen die Strafuntersuchung gegen die anderen Beschuldigten nicht mehr von Nutzen sein können.

[...]

5. Aufgrund all dieser Erwägungen ist der vorliegenden Individualbeschwerde wegen Verletzung der Geheim- und Privatsphäre des Beschwerdeführers spruchgemäss Folge zu geben.

Wie in Erwägung 3.6 ausgeführt, wird im weiteren Verfahrensgang aufgrund der bisherigen Befunde des Inlandsstrafverfahrens zu klären und zu begründen sein, ob die Einschätzung der Beweiskraft der vorgelegten Privaturkunden und insbesondere der Gutachten von A durch den High Court von X geteilt werden kann. Sollten die Rechtshilfeinstanzen unter Berücksichtigung des Inlandsstrafverfahrens zum gleichen Schluss kommen wie das ausländische Gericht, dann wären die für die Ausfolgung bestimmten Urkunden insgesamt für das russische Strafverfahren nicht relevant und es könnte keine Rechtshilfe gewährt werden. [...]

Leitsatz erstellt und Entscheidung bearbeitet von der Redaktion.

Anmerkung:

Der StGH «verfeinert» mit diesem Urteil seine Rechtsprechung zu den paraten Beweismitteln im Rechtshilfeverfahren. Privaturkunden können dann dazu zählen, wenn sie im Wege einer (auch ausländischen) Gerichtsentscheidung für gewichtiger als die von den Strafverfolgungsbehörden zur betreffenden Frage vorgelegten Beweismittel angesehen wurden.

In Erw. 3.5 wird vom StGH die bisher dazu ergangene Judikatur im Sinne einer Art Handlungsanleitung konzis zusammengefasst.

Wilhelm Ungerank

Staatsgerichtshof

U 11.05.2020, StGH 2019/096

Art 43 IV (Begründungspflicht)

Art 43 IV /Beschwerderecht)

Willkürverbot

Art 8 Abs 1, Abs 2 GGG

§ 51 Abs 2, Abs 3 ZPO

Eine Stundung oder ein Nachlass der Gerichtsgebühren nach Art 8 Abs 2 GGG steht nur im Falle einer «besonderen Härte» zu. Da der Wortlaut des Gesetzes die «besondere Härte» nicht näher definiert, ist der Sinngehalt der Wortfolge im Wege einer Einschau in die Judikatur, Gesetzesmaterialien und Literatur zu ermitteln.

Gerade der Verweis (in den Gesetzesmaterialien) auf zahlreiche andere gesetzliche Härtefallklauseln, welche nicht auf eine blosse wirtschaftliche Härte beschränkt sind, belegt, dass nach dem Willen des Gesetzgebers in die Beurteilung des erkennenden Gerichts bei der Anwendung von Art 8 Abs 2 GGG auch nichtwirtschaftliche Kriterien einfließen können; konkret zB auch, ob die Kostentragung von der Partei oder eben, wie hier, durch einen Fehler des Gerichts verschuldet wurde. Auch das Ziel, einen kostspieligen Amtshaftungsprozess zu verhindern, ist bei der Beurteilung zu berücksichtigen.

Die liechtensteinischen Gesetzesmaterialien sprechen klar dafür, dass es nicht in der Intention des Gesetzgebers lag, das Vorliegen einer «besonderen Härte» auf einen wirtschaftlichen Härtefall einzuschränken.

Sachverhalt

Die Beschwerdeführerin erhob gegen das Versäumnisurteil des LG vom 03.12.2018 (ON 7 zu 09 CG.2018.271) mit Schriftsatz vom 18.12.2018 (ON 10 zu 09 CG.2018.271) Berufung.

Eine Gebührenvorschreibung für die von der Beschwerdeführerin erhobene Berufung erfolgte – zunächst – nicht. Der Berufung gab das OG in nicht öffentlicher Sitzung am 30.01.2019 wegen Nichtigkeit mit Beschluss (ON 18 zu 09 CG.2018.271) Folge und wies die Rechtsache zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung an das LG zurück. Die von der Beschwerdeführerin geltend gemachte Nichtigkeit sei begründet, weil diese vom LG nicht ordnungsgemäss zur ersten Tagsatzung geladen und somit in ihrem rechtlichen Gehör verletzt wurde. Die Kostenentscheidung des OG lautete dahingehend, dass die Kosten des Berufungsverfahrens gemäss § 51 Abs 3 ZPO wechselseitig aufgehoben wurden, da keine der Parteien ein Verschulden an der Nichtigkeit treffe. Im daraufhin unter der neuen Geschäftszahl 09 CG.2019.48 fortgesetzten Verfahren wies das LG das Klagebegehren mit Urteil vom 20.03.2019 (ON 21 zu 09 CG 2019.48) vollumfänglich ab. Die damals klagende Partei erhob gegen das vorerwähnte Urteil in der Hauptsache kein Rechtsmittel, sondern lediglich Kostenrekurs, zog diesen, nach-

dem ein entsprechender Berichtigungsbeschluss erging, jedoch wieder zurück. Erst nach Erlass der erwähnten Obergerichtsentscheidung und des Urteils des LG vom 20.03.2019 wurde mit am 15.07.2019 zugestellter Gebührenrechnung vom 11.07.2019, Nr. 2019d16565, der Beschwerdeführerin für die gegen das Versäumnisurteil erhobene Berufung (bei einer Bemessungsgrundlage von CHF 9'094.00) eine Pauschalgebühr II. Instanz in Höhe von CHF 1'000.00 in Rechnung gestellt und sie zur Zahlung aufgefordert.

Mit Schriftsatz vom 29.07.2019 legte die Beschwerdeführerin eine Beschwerde gegen die Gebührenrechnung vom 11.07.2019 ein und beantragte die ersatzlose Aufhebung der Gebührenrechnung, in eventu den Nachlass der Gebühren.

Mit Beschluss vom 06.08.2019 gab der Präsident des LG der Beschwerde keine Folge und wies den Antrag der Beschwerdeführerin auf Nachlass der Gerichtsgebühren ab. Er begründete seine Entscheidung im Wesentlichen wie folgt:

Der Gebührenanspruch entstehe mit der Überreichung oder dem Eingang der Rechtsmittelschrift des zivilgerichtlichen Verfahrens zweiter Instanz (Art 3 lit. a Ziff. 3 GGG). Zahlungspflichtig sei der Rechtsmittelwerber (Art 10 Abs 1 lit a) GGG). Für die gegen das Versäumnisurteil eingereichte Berufung sei die Gebührenschuldnerin also mit Einreichung der Berufung gebührenpflichtig worden. Richtig sei, dass eine Gebührenvorschreibung für die Berufung – zunächst – fälschlicherweise nicht erfolgt sei. Damit sei die Gebührenpflicht aber nicht aufgehoben worden, sie bestehe nach wie vor. Der Berufung habe das Fürstliche OG wegen Nichtigkeit mit Beschluss Folge gegeben und die Rechtsache zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung an das Erstgericht zurückverwiesen. Die von der Beschwerdeführerin geltend gemachte Nichtigkeit sei begründet, weil diese vom Erstgericht nicht ordnungsgemäss zur ersten Tagsatzung geladen und somit in ihrem rechtlichen Gehör verletzt worden sei. Bezüglich der Kosten des Berufungsverfahrens habe das OG entschieden, dass diese gemäss § 51 Abs 3 ZPO wechselseitig aufgehoben würden, da keine der Parteien ein Verschulden an der Nichtigkeit getroffen habe. Ob diese Kostenentscheidung richtig sei, das könne hier dahingestellt bleiben, die Richtigkeit sei nämlich nicht Gegenstand des Gebührenverfahrens: Das Verfahren zur Festlegung der Gerichtsgebühren sei der Justizverwaltung zuzuordnen. Es handle sich um ein Verfahren zwischen Gebührenschuldner und dem Staat, es sei also nicht zweiseitig und regle nicht die Frage des Kostenersatzes zwischen den Parteien. Dass gegen die Kostenentscheidung des OG kein Rechtsmittel möglich gewesen sei, ändere daran nichts. Die Kostenentscheidung könne im gegenständlichen Gebührenverfahren inhaltlich nicht überprüft werden. Das Gebührengesetz sehe auch keine Möglichkeit zur Korrektur allfälliger Gerichtsfehler vor. Der Beschwerde sei daher keine Folge zu geben gewesen. Nach Art 8 Abs 2 GGG (entspreche § 9 Abs 2 ö-GEG) könnten Gerichtsgebühren auf Antrag des Zahlungspflichtigen ganz oder teilweise nachgelassen werden, wenn die Einbringung für ihn mit besonderer Härte verbunden wäre. Damit sei ausschliesslich eine wirtschaftliche Härte gemeint: Dies ergebe sich daraus,

dass die Frage, ob der Nachlasswerber über Vermögen verfüge und gegebenenfalls in welchem Ausmass bzw. welcher Art. «naturgemäss» als unerlässlicher Umstand für die Beurteilung der Frage des allfälligen Vorliegens der von Art 8 Abs 2 GGG geforderten besonderen Härte angesehen werde (vgl. Wais/Dokalik, Gerichtsgebühren¹¹ (2014), § 9 GEG E 14 – 18 mwN). Für die von der Gebührenschuldnerin angestellten Billigkeitserwägungen bleibe demnach kein Raum. Daher sei der Antrag auf Nachlass der Gebühren abzuweisen gewesen.

Gegen den Beschluss des Präsidenten des LG vom 6. August 2019, 10 GG.2019.120-4 (09 CG.2018.271), erhob die Beschwerdeführerin mit Schriftsatz vom 6. September 2019 Individualbeschwerde an den StGH, wobei die Verletzung der Begründungspflicht gem. Art 43 iVm Art 95 LV, des Beschwerderechts gem. Art 43 LV und des Willkürverbots geltend gemacht wird. Beantragt wird, der StGH wolle der gegenständlichen Individualbeschwerde Folge geben und feststellen, dass die Beschwerdeführerin durch den Beschluss des Präsidenten des LG vom 06.08.2019 zu 10 GG.2019.120 (ON 4) in ihren verfassungsmässig gewährleisteten und durch die EMRK garantierten Rechten verletzt worden sei; den vorerwähnten Beschluss des Präsidenten des LG vollumfänglich aufheben und unter Bindung an die Rechtsansicht des StGH zur neuerlichen Entscheidung an den Präsidenten des LG zurückverweisen sowie das Land Liechtenstein zum Ersatz der der Beschwerdeführerin entstandenen und nachstehend verzeichneten Kosten zuhanden ihrer ausgewiesenen Rechtsvertreter binnen 4 Wochen bei sonstiger Exekution verpflichten.[...]

Der StGH gab der Individualbeschwerde Folge.

Aus den Entscheidungsgründen

[...]

2.1 Wesentlicher Zweck der Begründungspflicht gemäss Art 43 LV ist, dass der von einer Verfügung oder Entscheidung Betroffene deren Stichhaltigkeit überprüfen und sich gegen eine fehlerhafte Begründung wehren kann. Allerdings wird der Umfang des grundrechtlichen Begründungsanspruchs durch die Aspekte der Angemessenheit und Verfahrensökonomie begrenzt. Ein genereller Anspruch auf ausführliche Begründung existiert nicht (StGH 2018/047, Erw. 3.1; StGH 2017/123, Erw. 4.1; StGH 2016/078, Erw. 3.1 [alle www.gerichtsentscheide.li]). Nur wenn in einem entscheidungsrelevanten Punkt eine nachvollziehbare Begründung gänzlich fehlt oder eine blosser Scheinbegründung vorliegt, ist dieses Grundrecht verletzt (StGH 2018/039, Erw. 5.1; StGH 2017/197, Erw. 2.1; StGH 2016/078, Erw. 3.1 [alle www.gerichtsentscheide.li]); siehe auch Tobias Michael Wille, Begründungspflicht, in: Andreas Kley/Klaus A. Vallender [Hrsg.], Grundrechtspraxis in Liechtenstein, LPS Bd. 52, Schaan 2012, 554). Der StGH geht dabei insbesondere dann von einer Scheinbegründung aus, wenn versucht wird, eine sachgerechte und fallbezogene Begründung durch allgemeine substanzlose Wendungen zu ersetzen (siehe Tobias Michael Wille, Begründungspflicht, a. a. O., 560, Rz. 19 m. w. N.).

Die materielle Richtigkeit einer Begründung wird demgegenüber im Lichte des jeweiligen spezifischen

Grundrechtes bzw. des Willkürverbots und nicht der Begründungspflicht gemäss Art 43 LV geprüft wird. Entsprechend verletzt auch eine falsche Begründung Art 43 LV nicht, soweit es sich dabei nicht gerade um eine Scheinbegründung handelt (StGH 2018/068, Erw. 3.1; StGH 2018/041, Erw. 3.1 [beide www.gerichtsentscheide.li]).

2.2 Der Präsident des LG führt in seinem Beschluss aus, dass die Richtigkeit der Kostenentscheidung nicht im Wege eines Gebührenverfahrens geklärt werden könne. Die Gebührenvorschreibung sei zwar fälschlicherweise nicht erfolgt, dies hebe jedoch die Verpflichtung zur Entrichtung der Gebühren nicht auf. Die Verpflichtung zur Entrichtung der Gebühren sei mit der Einbringung des Rechtsmittels entstanden. Das Gebührenverfahren sei ein Verfahren zwischen dem Gebührenschuldner und dem Staat, nicht aber regle es die Frage des Kostenersatzes zwischen den Parteien

2.3 Diese Begründung ist zwar knapp, jedoch hinreichend. Ihre materielle Richtigkeit ist nicht im Rahmen der Begründungsrüge zu prüfen.

3. Die Beschwerdeführerin rügt, dass der angefochtene Beschluss das Recht auf Beschwerde gemäss Art 43 LV verletze. Sie bringt dazu vor, dass das OG die Verfahrenskosten nicht wechselseitig hätte aufheben dürfen und die Beschwerdeführerin nicht ohne Verschulden zur Gebühreinzahlung hätte verhalten werden dürfen. Ausserdem hätte der Präsident des LG den Antrag auf Nachsicht von der Gebührenvorschreibung nicht abweisen dürfen.

3.1 Das Beschwerderecht gemäss Art 43 LV verlangt ebenso wie Art 6 Abs 1 EMRK, dass ein Verfahren vor einem unabhängigen Gericht mit voller Prüfungsbefugnis als Sach- und Rechtsinstanz im Sinne eines effektiven Rechtsschutzes grundsätzlich immer offen steht (StGH 2018/091, Erw. 3.1 [www.gerichtsentscheide.li]; StGH 2018/069+064 = LES 2019, 18 [20, Erw. 3.1]; StGH 2017/081, Erw. 4.1 [www.gerichtsentscheide.li]); siehe auch Tobias Michael Wille, Beschwerderecht, in: Andreas Kley/Klaus A. Vallender [Hrsg.], Grundrechtspraxis in Liechtenstein, a. a. O., 518 f., Rz. 18 m. w. N.). [...] In seiner bisherigen Rechtsprechung trug der StGH insbesondere dort Sorge zu dem von ihm entwickelten Grundgehalt des Beschwerderechts, wo eine behördliche Massnahme für den Betroffenen einschneidende Auswirkungen und möglicherweise nicht wieder gutzumachende Nachteile zur Folge haben konnte (StGH 2018/091, Erw. 3.1; StGH 2017/045, Erw. 2.2; StGH 2016/029, Erw. 3.2.1 [alle www.gerichtsentscheide.li]).

Allerdings stehen Rechtsmittelausschlüsse nicht von vornherein im Widerspruch zum grundrechtlichen Beschwerderecht des Art 43 LV. Das grundrechtliche Beschwerderecht gewährt nämlich keinen absoluten Anspruch auf Weiterzug einer Entscheidung an eine höhere Instanz. Es ist durchaus ausreichend, wenn eine Entscheidung einer Überprüfung vor einer richterlichen Instanz mit voller Kognition zugeführt werden kann. Dabei kann es sich auch um ein erstinstanzliches Gericht handeln. So begründet denn auch Art 6 EMRK in Zivilsachen keinen Anspruch auf ein Rechtsmittel. Eine entsprechende Rechtsmittelgarantie besteht nur in Bezug auf Strafurteile bei Verbrechen gemäss dem 7. ZP-EMRK (StGH 2013/086, Erw. 6.2; StGH 2010/131, Erw. 3.4.2 [beide www.gerichtsentscheide.li]).

3.2 Zunächst ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin dadurch, dass sie gegen die Kostenentscheidung des OGs auch mangels Beschwer kein weiteres Rechtsmittel ergreifen konnte, nicht im Beschwerderecht verletzt sein kann. Das Beschwerderecht nach Art 43 LV beinhaltet kein absolutes Recht auf Weiterzug an eine höhere Instanz. Ausserdem kann aus Art 43 LV keine Gewähr für eine Entscheidung entsprechend der eigenen Rechtsansicht abgeleitet werden.

Auch der Umstand, dass die Gebührenvorschreibung nachträglich ergangen ist, verletzt die Beschwerdeführerin nicht im Beschwerderecht. Wie aus Erw. 3.1 ersichtlich ist, kann das Beschwerderecht nicht dadurch verletzt werden, dass gegen eine Gebührenvorschreibung lediglich Beschwerde an den Präsidenten des LG erhoben werden kann.

Schliesslich gewährt das Beschwerderecht kein bestimmtes Ergebnis bei der Behandlung einer Beschwerde, weswegen die Abweisung des Antrags auf Nachsicht von der Gebührenvorschreibung nicht unter das Beschwerderecht fällt.

4. Zuletzt rügt die Beschwerdeführerin, dass die bereits gerügten Mängel des Beschlusses des Präsidenten des LG vom 6. August 2019 auch das Willkürverbot verletzen.

4.1 Ein Verstoss gegen das Willkürverbot liegt nur dann vor, wenn eine Entscheidung sachlich nicht zu begründen, nicht vertretbar bzw. stossend ist (siehe statt vieler: StGH 2018/095 = LES 2019, 76 [80, Erw. 7.1]; StGH 2018/091, Erw. 4.1; StGH 2018/015, Erw. 6.1 [beide www.gerichtsentseide.li] sowie Hugo Vogt, Willkürverbot, in: Andreas Kley/Klaus A. Vallender [Hrsg.], Grundrechtspraxis in Liechtenstein, a. a. O., 317 f., Rz. 26 m. w. N.).

4.2 In diesem Zusammenhang ist darauf zu verweisen, dass der Gebührenanspruch gemäss Art 3 lit. a Ziff. 3 GGG mit der Einbringung eines Rechtsmittels entsteht. Das Gerichtsgebührengesetz sieht keine Ausnahme für Rechtsmittel vor, die aufgrund von Gerichtsfehlern erhoben werden müssen.

Eine Gerichtsgebühr ist somit bei Einbringen des Rechtsmittels zu begleichen. Wenn aber die Gerichtsgebühr nicht sogleich beglichen wurde, führt dieser Umstand nicht dazu, dass die Gebührenpflicht als nicht mehr existent erachtet werden kann. (Obermaier, Kostenhandbuch³ (Stand 08.01.2018, rdb.at), Rz 5.4). Die Beschwerdeführerin kann sich daher in einer Situation, in der ein gebührenpflichtiger Vorgang weder zu einer Lastschriftenanzeige noch zu einem Zahlungsauftrag geführt hat, nicht darauf berufen, dass die Gebührenpflicht nicht bestehe.

Was die Nichtberücksichtigung der Gerichtsgebühren betrifft, so ist es nach österreichischer Judikatur und Lehre Sache einer Partei, allfällige, auch noch nicht beglichene Gerichtsgebühren in einer Kostennote zur verzeichnen und vor Schluss der mündlichen Streitverhandlung des Verfahrens zu legen, damit diese in einer allfälligen Kostenentscheidung berücksichtigt werden können (Klauser/Kodek, JN-ZPO¹⁸ § 51 ZPO (Stand 1.9.2018, rdb.at), Rz 11). Daher kann § 51 (Abs 3) ZPO nicht dahingehend interpretiert werden, dass die Gerichtsgebühren ohne Auflistung im Kostenverzeichnis der unterliegenden Partei auferlegt werden müssen. Trifft keine der beiden

Parteien ein Verschulden an der Aufhebung eines Verfahrensteils wegen Nichtigkeit und kommt es zur Fortsetzung des Verfahrens, so besteht kein Grund dafür, die in dem aufgehobenen Verfahrensteil angefallenen Kosten nicht ebenso wie alle übrigen Prozesskosten zu behandeln. Soweit es sich um Aufwendungen zur zweckentsprechenden Prozessführung handelt, sind diese im Falle eines späteren Obsiegens vom Gegner zu ersetzen (Klauser/Kodek, JN-ZPO¹⁸ § 51 ZPO (Stand 1.9.2018, rdb.at), Rz 11).

Im Beschwerdefall wurden entsprechende Gerichtsgebühren im Kostenverzeichnis in der Berufung (ON 10) auch tatsächlich geltend gemacht, woraus sich ergibt, dass die Beschwerdeführerin selbst davon ausging, dass diese Gebühr auch ohne Gebührenvorschreibung geschuldet ist. Sie konnte somit auch nicht darauf vertrauen, dass sie keine Gerichtsgebühren würde entrichten müssen und hätte diese Kosten dann im Verfahren vor dem LG relevieren können, weshalb sie in diesem Punkt nicht im Willkürverbot verletzt ist.

4.3 Die Beschwerdeführerin rügt schliesslich auch als willkürlich, dass im Beschwerdefall die Härtefallklausel gemäss Art 8 Abs 2 GGG nicht angewendet worden sei.

4.3.1 Der Präsident des LG begründete die Abweisung des Antrags auf Nachlass, dass mit der Formulierung «wenn die Einbringung für ihn mit besonderer Härte verbunden wäre» ausschliesslich eine wirtschaftliche Härte gemeint sei und verweist dazu auf Wais/Dokalik, Gerichtsgebühren¹¹ (2014), § 9 GEG E 14 – 18 mwN).

4.3.2 Eine Stundung oder ein Nachlass der Gerichtsgebühren nach Art 8 Abs 2 GGG steht nur im Falle einer «besonderen Härte» zu. Da der Wortlaut des Gesetzes die «besondere Härte» nicht näher definiert, ist der Sinngehalt der Wortfolge im Wege einer Einschau in die Judikatur, Gesetzesmaterialien und Literatur zu ermitteln.

4.3.3 Der Landgerichtspräsident hat im Beschwerdefall nur eine österreichische Literaturstelle berücksichtigt. Hierzu ist in Bezug auf den (Art 8 Abs 2 GGG teilweise entsprechenden) § 9 Abs 2 ö-GEG immerhin festzuhalten, dass die österreichische Regelung explizit den nichtwirtschaftlichen Härtefall anführt, «dass der Zahlungspflichtige zum Zeitpunkt der Gebühren auslösenden Verfahrenshandlung nicht entscheidungsfähig war und die Verfahrenshandlung in der Folge nicht genehmigt wurde.»

Die liechtensteinischen Gesetzesmaterialien sprechen im Gegensatz zur angeführten Literaturstelle klar dafür, dass es nicht in der Intention des Gesetzgebers lag, das Vorliegen einer «besonderen Härte» auf einen wirtschaftlichen Härtefall einzuschränken. Im Bericht und Antrag Nr. 4/2017 wird nämlich Folgendes ausgeführt:

«Die Abs 1 und 2 des vorgeschlagenen Art 8 GGG entstammen dem bisherigen Recht und entsprechen den Abs 1 und 2 des bestehenden Art 15 GGG. Festgehalten werden kann, dass sich solche „Härtefallklauseln“ in verschiedenen Gesetzen finden. So zum Beispiel im Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, im Ausländergesetz, im Baugesetz, im Besoldungsgesetz, in der Exekutionsordnung, im Strafgesetzbuch, im Rechtshilfegesetz, im Stipendiengesetz oder im Steuergesetz. Bei den in den genannten Gesetzen verankerten Härtefällen handelt es sich jeweils um atypische Sachverhalte, die eine Aus-

nahmeregulierung oder -entscheidung rechtfertigen. Ein Härtefall ist somit ein unbestimmter Rechtsbegriff, der im Rahmen der Rechtsanwendung zu präzisieren ist. In Bezug auf die «besondere Härte» nach den Bestimmungen des Gerichtsgebührengesetzes gibt es jedoch keine spezielle Rechtsprechung, auf welche verwiesen werden könnte. Im Sinne des Gleichbehandlungsgrundsatzes der Verfassung werden in jedem Fall aber objektive Gründe vorliegen müssen, damit einer Person die Gerichtsgebühr ganz oder teilweise nachgelassen wird. Eine allenfalls zu entrichtende Gebühr müsste sie übermässig und unzumutbar hart treffen. Um den Gerichten nicht den für diesen Bereich vorgesehenen Handlungsspielraum zu nehmen, soll der Gesetzgeber auf eine Festsetzung von weiteren Definitionsmerkmalen für die «besondere Härte» verzichten.“

4.3.4 Diese Ausführungen weisen, wie erwähnt, darauf hin, dass es nicht in der Intention des Gesetzgebers lag, das Vorliegen einer «besonderen Härte» auf einen wirtschaftlichen Härtefall einzuschränken. Gerade der Verweis auf zahlreiche andere gesetzliche Härtefallklauseln, welche nicht auf eine bloss wirtschaftliche Härte beschränkt sind, belegt, dass nach dem Willen des Gesetzgebers in die Beurteilung des erkennenden Gerichts bei der Anwendung von Art 8 Abs 2 GGG auch nicht-wirtschaftliche Kriterien einfließen können; konkret z. B. auch, ob die Kostentragung von der Partei oder eben, wie hier, durch einen Fehler des Gerichts verschuldet wurde. Auch das Ziel, einen kostspieligen Amtshaftungsprozess zu verhindern, ist bei der Beurteilung zu berücksichtigen. Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang nämlich auch, dass § 51 Abs 2 ZPO, der für Fälle wie dem vorliegenden einen Kostenersatz für die Gerichtsgebühren ermöglicht hätte, mit dem neuen GGG gerade unter Hinweis auf das Amtshaftungsrecht aufgehoben wurde.

4.3.5 Indem der Präsident des LG in seiner Entscheidung den klaren Willen des Gesetzgebers nicht beachtet und ausschliesslich auf wirtschaftliche Gründe abgestellt hat, wurde die Beschwerdeführerin im Willkürverbot verletzt.

[...]

Staatsgerichtshof

U 29.6.2020, StGH 2020/016

Art. 32 Abs 1 LV (Wahrung der Privat- und Geheimsphäre)

Art. 8 EMRK

Art. 21 TrHG

Art. 1 Abs. 1, 5 und 8 TIEA-IN

Vor dem Staatsgerichtshof kann ein Beschwerdeführer nicht wegen Verletzung von verfassungs- und konventionsrechtlich garantierten Rechten Dritter Beschwerde führen.

Es ist nicht Sache der Behörden des ersuchten Staates, über die steuerrechtliche Relevanz der einzelnen Informationen zu befinden. Die liechtensteinischen Behörden haben allein zu prüfen und zu begründen, ob die formellen und materiellen Voraussetzungen für die Gewährung von Amtshilfe erfüllt sind. Die Anwendung des ausländischen Steuerrechts ist allein Sache der Behörden des ersuchenden Staates.

Das Treuhändergeheimnis nach Art. 21 TrHG ist kein eigenständiges Grundrecht und gehört auch nicht zum Teilgehalt der verfassungsrechtlich geschützten Privat- und Geheimsphäre nach Art. 32 LV.

Hat die Steuerverwaltung einer Informationsinhaberin aufgetragen, betroffene Personen mit Wohnsitz oder Sitz im Ausland über den Eingang des Ersuchens, über die darin verlangten Informationen sowie über das inzwischen eingeleitete Verfahren in Kenntnis zu setzen und diese dahingehend zu informieren, dass ihnen das Recht zusteht, sich am inländischen Verfahren zu beteiligen und gegebenenfalls einen inländischen Zustellungsbevollmächtigten namhaft zu machen, kann ihr keine Verletzung von Rechten Dritter vorgeworfen werden.

Aus dem Sachverhalt

Die Republik Indien stellte bei der liechtensteinischen Steuerverwaltung ein Amtshilfeersuchen. Ausgeführt wurde darin unter anderem:

Die indischen Steuerbehörden würden Ermittlungen wegen umfangreicher und gravierender Steuerhinterziehung, begangen durch A., einem in Indien Steueransässigen, durchführen. Es sei in seinen Wohn- und Geschäftsräumlichkeiten eine Durchsuchung durchgeführt worden. Die dabei erlangten Fakten und Unterlagen zeigten, dass er Begünstigter einer Stiftung, die in Vaduz errichtet worden sei, gewesen war. Die Beistatuten dieser Stiftung seien dem Ersuchen beigelegt. A. und seine Familienmitglieder hätten ihre finanziellen Interessen an dieser Stiftung X., Vaduz, in ihren Einkommenssteuererklärungen in Indien nicht deklariert.

Die Steuerverwaltung stellte fest, dass die X. schon vor dem 1. April 2013 errichtet worden sei. Ihr Name sei am

28. August 2007 in Y. geändert worden. Diese Stiftung sei am 25. September 2014 beendet worden, dies infolge Sitzverlegung von Vaduz nach Panama. Zuletzt seien B. und die C. AG, Vaduz, Mitglieder des Stiftungsrates. Mit Schreiben vom 1. Oktober 2019 ersuchte die Steuerverwaltung die C. AG um Übermittlung der von der ersuchenden Behörde erbetenen Auskünfte und Unterlagen.

Mit Verfügung vom 4. Dezember 2019 entschied die Steuerverwaltung, den indischen Behörden für die Festsetzung, Veranlagung und Erhebung der Einkommenssteuer sowie Ermittlung und Verfolgung von Steuersachen des A. Amtshilfe zu leisten und Informationen und Unterlagen, die die Steuerverwaltung im Spruch ihrer Verfügung im Einzelnen aufführte, über die Stiftung Y. vom 1. April 2013 bis 31. März 2019 zu übermitteln.

Der VGH wies eine Beschwerde des Beschwerdeführers gegen die Verfügung der Steuerverwaltung ab.

Gegen das Urteil des VGH erhob A. Individualbeschwerde an den StGH, wobei eine Verletzung des Anspruchs auf Geheim- und Privatsphäre (inklusive Verletzung des Bank- und Treuhändergeheimnisses), des Anspruchs auf rechtsgenügeliche Begründung, des Verbots der formellen Rechtsverweigerung in der Rechtsanwendung sowie des Willkürverbots geltend gemacht wurde.

Der StGH hat der Individualbeschwerde keine Folge gegeben.

Aus den Entscheidungsgründen

[...]

1.3 Der Beschwerdeführer beantragt, es sei festzustellen, dass durch das Urteil des Verwaltungsgerichtshofes [...] die Familienmitglieder des Beschwerdeführers in ihren verfassungsmässig und durch die EMRK gewährleisteten Rechten verletzt seien. Die Angehörigen des Beschwerdeführers selbst erhoben keine Individualbeschwerde und waren auch nicht Partei im Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof. Sie wurden bzw. werden zudem weder im vorinstanzlichen Verfahren noch im Verfahren vor dem Staatsgerichtshof vom Beschwerdeführer selbst bzw. von dessen Rechtsvertreterin vertreten. Folglich kommen ihnen im vorliegenden Verfahren vor dem Staatsgerichtshof auch keine Parteirechte zu.

Die Beschwerdebefugnis setzt voraus, dass ein Beschwerdeführer durch eine behauptete Verletzung von verfassungsmässigen oder konventionsrechtlich garantierten Individualrechten direkt betroffen ist (Tobias Michael Wille, Liechtensteinisches Verfassungsprozessrecht, LPS Bd. 43, Schaan 2007, 535). Der Beschwerdeführer ist zwar Träger der von ihm angerufenen Grundrechte. Soweit er aber die Verletzung von Grundrechten seiner Familienmitglieder geltend macht, ist er von dieser Verletzung nicht direkt betroffen. Folglich ist auf das eingangs erwähnte Begehren, es sei festzustellen, dass durch das Urteil des Verwaltungsgerichtshofes [...] die Familienmitglieder des Beschwerdeführers in ihren verfassungsmässig und durch die EMRK gewährleisteten Rechte verletzt worden seien, nicht weiter einzugehen. Nur soweit der Beschwerdeführer von solchen Eingriffen direkt selbst betroffen ist, ist darauf einzutreten. So ist durchaus zu prüfen, ob er durch den Einbezug von

drittbetroffenen Personen in den Informationsaustausch in seinen eigenen Grundrechten verletzt wird.

2. Der Beschwerdeführer macht eine Verletzung des Rechts auf Wahrung der Privat- und Geheimsphäre nach Art. 32 Abs. 1 LV sowie des Treuhändergeheimnisses geltend. Wie die Beschlagnahmung und Ausfolgung von Unterlagen an die ersuchende ausländische Behörde in einem Strafrechtshilfeverfahren beschlägt auch eine solche Amtshilfemassnahme primär den sachlichen Geltungsbereich der Geheim- und Privatsphäre gemäss Art. 32 LV (StGH 2014/058, Erw. 3.1 [www.gerichtsentscheide.li]). Der Teilaspekt dieses Grundrechts auf Schutz der informationellen Selbstbestimmung (vgl. StGH 2015/026, Erw. 2.1; StGH 2013/036, Erw. 3.1; StGH 2011/011, Erw. 2.1 [alle www.gerichtsentscheide.li]) bietet in der vorliegenden Konstellation keinen zusätzlichen Grundrechtsschutz. Das Treuhändergeheimnis im Sinne von Art. 21 Treuhändergesetz (TrHG) vom 8. November 2013, LR-Nr. 173.520, verpflichtet den Treuhänder zur Verschwiegenheit über die ihm anvertrauten Angelegenheiten. Das Treuhändergeheimnis ist dabei kein eigenständiges Grundrecht und gehört auch nicht zum Teilgehalt der verfassungsrechtlich geschützten Privat- und Geheimsphäre nach Art. 32 LV (siehe dazu Johannes Gasser, Liechtensteinisches Stiftungsrecht, Praxiskommentar, 2. Aufl., Bern 2019, N 35 zu Art. 552 § 1 m. w. N.).

2.1 Ein Eingriff in die Privat- und Geheimsphäre ist nur dann zulässig, wenn er den vom Staatsgerichtshof in ständiger Rechtsprechung formulierten Kriterien genügt. Erforderlich ist eine gesetzliche Grundlage, der Eingriff muss sodann im öffentlichen Interesse erfolgen, er darf nicht unverhältnismässig sein und auch nicht den Kerngehalt des Grundrechts verletzen (statt vieler: StGH 2019/027, LES 2019, 128 [130, Erw. 2.1]; StGH 2017/123, Erw. 3.1; StGH 2017/057, Erw. 4.1 [beide www.gerichtsentscheide.li]; vgl. auch Marzell Beck/Andreas Kley, Freiheit der Person, Hausrecht sowie Brief- und Schriftengeheimnis, in: Kley/Vallender [Hrsg.], Grundrechtspraxis in Liechtenstein, LPS Bd. 52, Schaan 2012, 141 f., Rz 22 f. m. w. N.; Peter Bussjäger/Lorenz Langer, N 39 ff. zu Einführende Bemerkungen zum IV. Hauptstück, Von den allgemeinen Rechten und Pflichten der Landesangehörigen, in: Liechtenstein-Institut [Hrsg.], Kommentar zur liechtensteinischen Verfassung, Online-Kommentar, Benden 2016, verfassung.li).

2.2 Die Anwendung der den Eingriff begründenden Normen prüft der Staatsgerichtshof nicht völlig frei. Der Staatsgerichtshof ist Verfassungsgerichtshof und nicht eine weitere Gerichtsbehörde (nach den Fachgerichten) mit der Aufgabe einer umfassenden Sachverhalts- und Rechtskontrolle. Der Staatsgerichtshof prüft, ob die letzte ordentliche Instanz das Recht auf der Grundlage der Sach- und Rechtslage, wie sie jenem Gericht vorlag, korrekt angewendet hat. Der Staatsgerichtshof geht dabei lediglich auf die von der beschwerdeführenden Partei substantiiert dargelegte Kritik am angefochtenen Urteil ein. Die Überprüfungsbefugnis des Staatsgerichtshofes ist demnach aus funktionalen Gründen eingeschränkt.

2.3 Der Verwaltungsgerichtshof hat sein Urteil auf Art. 5 des Abkommens zwischen der Regierung des Fürstentums Liechtenstein und der Regierung der Republik Indien über den Informationsaustausch in Steuersa-

chen vom 28. März 2013 (in Kraft getreten am 18. Januar 2014, LGBl. 2014 Nr. 165, im Folgenden: TIEA-IN; LR-Nr. 0.351.916.51) sowie auf das Gesetz vom 30. Juni 2010 über die internationale Amtshilfe in Steuersachen (Steueramtshilfegesetz; SteAHG; LR-Nr. 353) abgestützt. Das Steueramtshilfegesetz ist dabei gegenüber dem TIEA-IN nur subsidiär anwendbar (Art. 1 Abs. 2 SteAHG).

2.4 Der Beschwerdeführer bringt nicht vor, es fehle an einer gesetzlichen Grundlage oder diese sei nicht ausreichend bestimmt. Vielmehr ist er der Auffassung, dass die herangezogenen Rechtsgrundlagen der Steuerverwaltung nicht gestatteten, überhaupt und schon gar nicht im verfügbaren Umfang Amtshilfe zu leisten. Insbesondere geht nach seiner Meinung das Ersuchen und dessen Umfang am eigentlichen Zweck der Amtshilfe in Steuersachen vorbei. Die indischen Behörden ersuchten um die Herausgabe der Unterlagen aus politischen Gründen, gehöre der Beschwerdeführer doch einer Oppositionspartei an, die zur Regierungspartei in einem scharfen Gegensatz stehe. Zudem sei das Gesuch überschüssend, indem auch Angaben über seine Familienmitglieder herausgegeben werden müssten. Ebenfalls herausgegeben würden Informationen über die Stiftung Y. bzw. Z., die zudem ihren Sitz nicht mehr im Fürstentum Liechtenstein habe, obschon im Gesuch bloss von der X. die Rede sei. Letztlich bilde die angebehrte Amtshilfe nichts weiter als eine fishing expedition.

2.4.1 Amtshilfe ist nach Art. 5 Abs. 1 TIEA-IN für die in Art. 1 TIEA-IN umschriebenen Zwecke zu leisten. Nach Art. 1 Abs. 1 TIEA-IN wird Amtshilfe durch den Austausch von Informationen geleistet, die voraussichtlich für die Verwaltung und Durchsetzung des innerstaatlichen Rechts der Vertragsparteien in Bezug auf die unter das Abkommen fallenden Steuern erheblich sind. Die ausgetauschten Unterlagen beziehen sich dabei auf Informationen, die voraussichtlich für die Festlegung, Veranlagung und Erhebung dieser Steuern in Bezug auf steuerpflichtige Personen, für die Betreibung und Durchsetzung von Steuerforderungen oder für die Ermittlung oder Strafverfolgung in mit diesen Personen verbundenen Steuersachen erheblich sind. Nach Art. 7 Abs. 1 TIEA-IN kann die zuständige Behörde der ersuchten Vertragspartei ein Ersuchen ablehnen, wenn die Offenlegung von Informationen der öffentlichen Ordnung (*ordre public*) der ersuchten Vertragspartei widerspricht (siehe auch Art. 8 Abs. 1 Bst b SteAHG). Gegen den *ordre public* verstösst die Amtshilfe allerdings nur in Extremfällen. *Ordre public*-widrig sind etwa Ersuchen, die durch politische, rassistische oder religiöse Gründe motiviert sind oder Staatsgeheimnisse betreffen (vgl. auch Botschaft des schweizerischen Bundesrates betreffend Änderung des Steueramtshilfegesetzes vom 10. Juni 2016, BBl 2016, 5137 ff., 5140 unter Verweis auf Art. 26 des OECD-Musterabkommens und des Kommentars dazu). Vom Vorbehalt des *ordre public* ist nach der Rechtsprechung des Staatsgerichtshofes nur sparsam Gebrauch zu machen, weil er eine systemwidrige Ausnahme vom Grundsatz der Gleichheit der Rechtsordnungen darstellt. Blosser Unbilligkeiten als Folge der Amtshilfe, die sich aus dem anwendbaren ausländischen Recht ergeben, rechtfertigen die Berufung auf den *ordre public*-Vorbehalt nicht. Massstabsbildend für eine Bezugnahme auf den

ordre public sind die Grundwerte der liechtensteinischen Rechtsordnung und nicht das subjektive Empfinden von Parteien (StGH 2018/034, LES 2018, 227 [Erw. 2.2]).

2.4.2 Das Gesuch der zuständigen indischen Behörden ist mit den in Art. 5 Abs. 5 TIEA-IN vorgeschriebenen Angaben bei der liechtensteinischen Steuerverwaltung eingegangen. Die einverlangten Informationen sind für die Steuererhebung des Beschwerdeführers voraussichtlich erheblich und deshalb herauszugeben. Der Beschwerdeführer hatte bzw. hat mit den Stiftungen X. bzw. Y. sowie der Z. direkte Verbindungen, sodass Angaben über diese sehr wohl für die Besteuerung des Beschwerdeführers erheblich sein können. Ob die einverlangten Informationen effektiv für die steuerliche Behandlung des Beschwerdeführers direkt von Belang sind, betrifft eine Frage des innerstaatlichen Steuerrechts von Indien, das die Behörden im ersuchten Staat nicht anzuwenden haben (StGH 2016/077, Erw. 4; StGH 2013/182). Von einer Ausfolgung von Informationen haben diese nur Abstand zu nehmen, wenn die eingeforderten Informationen offensichtlich nicht erheblich sind (Umkehrschluss zu Art. 5 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 TIEA-IN sowie Art. 7 Abs. 1 Bst e SteAHG). Der Verwaltungsgerichtshof hat einlässlich begründet, weshalb die einverlangten Informationen für die Veranlagung des Beschwerdeführers voraussichtlich erheblich sein können. Es kann darauf verwiesen werden [...].

2.4.3 Keine Amtshilfe ist nach Art. 9 Abs. 1, 2. Satz SteAHG zu leisten, wenn es sich beim Ersuchen um eine unerlaubte Beweisausforschung handelt (fishing expedition), deren Vorliegen der Beschwerdeführer mehrfach für sich und seine Familienangehörigen behauptet. In die gleiche Richtung geht es, wenn der Beschwerdeführer sich dagegen ausspricht, dass Informationen über die Y. sowie die Z. herausgegeben würden, obschon nur gerade die Stiftung X. im Gesuch erwähnt werde. Von einer Beweisausforschung kann gesprochen werden, wenn sich aus dem Ersuchen keine Anhaltspunkte entnehmen lassen, die der Aufdeckung und Ermittlung unbekannter Tatsachen dienen (StGH 2012/016, Erw. 2.5). Wie bereits ausgeführt, lässt sich aus dem Ersuchen um Amtshilfe die betroffene Person eindeutig identifizieren. Auch wird die Beziehung dieser Person zu Vermögenswerten in Liechtenstein und damit zur Y. sowie zur Z. in genügend bestimmter Weise umschrieben. Von einer blossen Beweisausforschung kann – wie auch der Verwaltungsgerichtshof annimmt – nicht gesprochen werden. Dass bei einer ausreichend bestimmten Umschreibung von Person und Gegenstand im Amtshilfeersuchen bei einer Ausfolgung von Informationen auch weitere Personen und deren Beziehungen zur betroffenen Person bekannt werden, liegt in der Natur der Sache, hat aber nichts mit einer unerlaubten Beweisausforschung zu tun. Der Verwaltungsgerichtshof durfte folglich zum Schluss gelangen, das Verbot einer fishing expedition im Sinne von Art. 9 Abs. 1, 2. Satz SteAHG sei von der Steuerverwaltung nicht missachtet worden.

2.4.4 Allein der Umstand, dass der Beschwerdeführer Politiker ist [...], ist, wie der Verwaltungsgerichtshof zu Recht hervorhebt, kein Grund, von der Leistung von Amtshilfe abzusehen. Auch Politiker unterliegen der Einkommenssteuer. Ebenso wenig kann einem Informa-

tionsaustausch entgegenstehen, dass eine Aufdeckung einer möglicherweise unkorrekten Versteuerung für einen angesehenen Politiker in Indien – gleich wie im Übrigen auch in europäischen Staaten – für die weitere Laufbahn nachteilige Folgen haben kann. Unabhängig davon, ob die vom Beschwerdeführer erst im Verfahren vor dem Staatsgerichtshof beigebrachten Unterlagen zur seiner politischen Stellung in Indien noch zuzulassen sind, ergeben sich auch aus diesen keine Anhaltspunkte dafür, dass ihm nach Übermittlung der Informationen Gefahren an Leib und Leben oder für andere wichtige Rechtsgüter drohen. Zutreffend ist zwar die Auffassung des Beschwerdeführers, dass die Steuerverwaltung als Verwaltungsbehörde den Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären hat (Grundsatz der Amtswegigkeit nach Art. 58 Abs. 2 und 3 Gesetz über die allgemeine Landesverwaltungspflege (die Verwaltungsbehörden und ihre Hilfsorgane, das Verfahren in Verwaltungssachen, das Verwaltungszwangs- und Verwaltungsstrafverfahren) [LVG] vom 21. April 1922, LR-Nr. 172.020). Der Untersuchungsgrundsatz findet aber dort seine Grenzen, wo es um persönliche Angelegenheiten einer Partei geht. Bei solchen Konstellationen ist diese Partei zur Mitwirkung verpflichtet. Vom Beschwerdeführer werden keinerlei konkrete Anhaltspunkte beigebracht, wonach das Amtshilfegesuch allein oder überwiegend politisch motiviert ist. Die Vorinstanzen konnten damit keine Tatsachen ausmachen, wonach die Leistung von Amtshilfe vorliegend gegen den *ordre public* verstösst. Zudem weist der Verwaltungsgerichtshof zu Recht darauf hin, dass der völkerrechtliche Vertrauensgrundsatz dafür spricht, dass im ersuchenden Staat die Informationen eine vertragskonforme Verwendung finden [...].

2.4.5 Die Identität der Person, der die Untersuchung oder Ermittlung gilt, hat die gesuchstellende Behörde klar umschrieben (Art. 5 Abs. 5 TIEA-IN). Das wird an sich auch vom Beschwerdeführer nicht bestritten. Er tritt allerdings die Auffassung, dass in den ausgefolgten Informationen keine Hinweise auf Drittpersonen, insbesondere nicht auf seine Familienangehörigen, enthalten sein dürften. Die massgebenden Rechtsgrundlagen im Abkommen und im Steueramtshilfegesetz sehen die Ausfolgung von allen Informationen vor, die für die Besteuerung im ersuchenden Staat erheblich sind. Damit sind auch lediglich Namen von und Hinweise auf Drittpersonen zu entfernen bzw. zu schwärzen, wenn diesbezügliche Angaben für die Besteuerung der vom Gesuch betroffenen Person nicht weiter von Belang sind. Lassen sich aber die für die Besteuerung der betroffenen Person erheblichen tatsächlichen Grundlagen erst korrekt einordnen, wenn auch die persönlichen und geschäftlichen Beziehungen zu Dritten relevant sein können, so dürfen solche Hinweise nicht gelöscht oder geschwärzt werden. Ausgefolt werden sollen vorliegend Angaben über die Stiftung X. bzw. Y., namentlich die Errichtungsunterlagen, deren Vermögen und deren Erträge und Aufwände. Für die rechtliche Einordnung dieser Vorgänge ist voraussichtlich auch im indischen Steuerverfahren relevant, welche Personen hinter Transaktionen der Stiftungen stehen oder stehen können. Gleiches lässt sich auch in Bezug auf die Z. sagen. Gesetzlich abgestützt werden kann folglich eine Herausgabe der Angaben zu den Fa-

milienangehörigen damit durchaus auf Art. 5 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 TIEA-IN. Im Übrigen kann auf die zutreffenden Ausführungen des Verwaltungsgerichtshofes dazu verwiesen werden [...].

2.5 Der Beschwerdeführer macht zu Recht nicht geltend, die Gewährung von Steueramtshilfe erfolge nicht im öffentlichen Interesse. Nach der Rechtsprechung des Staatsgerichtshofes ist die Gewährleistung einer effizienten Amtshilfe in Steuersachen für Liechtenstein und seinen Finanzplatz essentiell und entspricht einem eminenten öffentlichen Interesse (StGH 2019/027, Erw. 2.4, LES 2019, 128; StGH 2016/005, LES 2017, 45 [49]; StGH 2013/050). Die Regierung hat zudem in den letzten Jahren immer wieder auf die von Liechtenstein mitgetragenen internationalen Bemühungen für einen globalen Standard bei der Transparenz und des Informationsaustausches in Steuersachen hingewiesen (siehe etwa BuA Nr. 51/2017 vom 11. Juli 2017 zur Anpassung des Gesetzes über die internationale Amtshilfe in Steuersachen [Steueramtshilfegesetz; SteAHG] vom 30. Juni 2010 sowie BuA Nr. 72/2015 betreffend die Abänderung des Gesetzes über die internationale Amtshilfe in Steuersachen [Steueramtshilfegesetz; SteAHG] sowie die Abänderung des Gesetzes über die Amtshilfe in Steuersachen mit den Vereinigten Staaten von Amerika [Steueramtshilfegesetz-USA; AHG-USA] im Bereich Gruppenanfragen). Anders verhält es sich auch nicht im Verhältnis des Fürstentums Liechtenstein zur Republik Indien (BuA Nr. 74/2013 betreffend das Abkommen vom 28. März 2013 über den Informationsaustausch in Steuersachen zwischen der Regierung des Fürstentums Liechtenstein und der Regierung der Republik Indien).

2.6 Um einen Eingriff in Grundrechte zu rechtfertigen, muss dieser ausserdem verhältnismässig sein. Als verhältnismässig erweist sich eine staatliche Massnahme nur dann, wenn sie für die Zielerreichung geeignet ist und nicht weiter reicht als dies dafür erforderlich ist. Ausserdem muss die Massnahme zumutbar sein, was zutrifft, wenn das staatliche Interesse an der Massnahme (Eingriffszweck) gegenüber dem Gewicht der Nachteile für die betroffene Person überwiegt (Wolfram Höfling, Schranken der Grundrechte, in: Kley/Vallender [Hrsg.], Grundrechtspraxis in Liechtenstein, LPS Bd. 52, Schaan 2012, 85 ff. Rz. 43 m. w. N.). Warum – wie der Beschwerdeführer behauptet – die Herausgabe der einverlangten Informationen nicht geeignet sein kann, eine ordnungsgemässe Besteuerung in Indien durchzuführen, ist nicht erkennbar. Die Beziehung des Beschwerdeführers zur X. bzw. zur Y. wird von diesem nicht in Abrede gestellt. Dass eine Herausgabe auch von Namen von und Angaben zu Drittpersonen voraussichtlich für eine korrekte Veranlagung erforderlich sein kann, wurde bereits unter Erwägung 2.4.5 dargelegt. Folglich kann auch ein Einschluss in die Ausfolgung von Angaben über diese Personen, die zur engsten Familie des Beschwerdeführers gehören, und deren Beziehungen zu den Stiftungen für die Veranlagung von Belang sein. Schliesslich kann nicht gesagt werden, die Informationsherausgabe für Drittbetroffene sei vorliegend nicht zumutbar. Betroffen davon sind nicht beliebige Dritte, sondern Familienangehörige. Diese Dritten erscheinen nicht zufällig in den Unterlagen wie etwa die Namen von Treuhändern und

von Bankangestellten. Zudem hat die Steuerverwaltung die Herausgabe ausdrücklich mit dem Vorbehalt verfügt, dass die ausgefolgten Informationen lediglich für die Besteuerung der im Gesuch genannten Person verwendet werden dürfen. Zu verweisen ist schliesslich auf die Vertraulichkeitsregelung in Art. 8 TIEA-IN.

[...]

Der Beschwerdeführer macht im Weiteren geltend, der Verwaltungsgerichtshof begehe eine formelle Rechtsverweigerung. Eine solche liege darin, dass die Steuerverwaltung die dritt betroffenen Personen nicht angehört und der Verwaltungsgerichtshof diesen Verfahrensmangel nicht von Amtes wegen behoben habe.

4.1 Das Verbot der Rechtsverweigerung leitet sich aus der in Art. 31 Abs. 1 Satz 1 LV garantierten Rechtsgleichheit ab. Eine formelle Rechtsverweigerung liegt vor, wenn ein Anspruch auf ein Verfahren besteht und die Behörde sich weigert, dieses trotz des Begehrens eines Berechtigten an die Hand zu nehmen und zu behandeln, sei es, dass sie die Behandlung ausdrücklich ablehnt oder aber dieselbe stillschweigend unterlässt. Das Verbot der Rechtsverweigerung ist auf die Untätigkeit einer Gerichts- oder Verwaltungsbehörde zugeschnitten, die ein Urteil oder eine Verfügung erlassen müsste. Rechtsverweigerung begeht eine Behörde aber nicht nur, wenn sie völlig untätig bleibt, sondern auch, wenn sie nicht im geforderten Masse tätig wird. Hauptfall dieser Form der Rechtsverweigerung bildet die fehlende oder mangelhafte Abklärung des Sachverhaltes oder die unzulässige Beschränkung der Kognition. Jedoch genügt der allgemein gehaltene Vorwurf, dass das Vorbringen des Beschwerdeführers von den Vorinstanzen nicht mit genügender Ausführlichkeit behandelt und beantwortet worden sei, nicht, um den Vorwurf der Rechtsverweigerung darzutun (StGH 2018/068, Erw. 4.1; StGH 2017/098, Erw. 3.2; StGH 2017/039, Erw. 4.1 [alle www.gerichtsentscheide.li]).

4.2 Es ist unbestritten, dass die Angehörigen des Beschwerdeführers von den Behörden des Fürstentums Liechtenstein nicht angehört worden sind. Für die von der Steuerverwaltung und vom Verwaltungsgerichtshof vertretene Auffassung, wonach es vorliegend Sache des Informationsinhabers sei, die betroffenen Drittpersonen zu informieren, können sie sich auf Art. 10 Abs. 1 SteAHG und Art. 24 f. SteAHG abstützen. Nach Art. 10 Abs. 1 Bst c SteAHG trägt die Steuerverwaltung Informationsinhabern auf, allfällige betroffene Personen mit Wohnsitz oder Sitz im Ausland über den Eingang des Ersuchens, über die darin verlangten Informationen sowie über das inzwischen eingeleitete Verfahren in Kenntnis zu setzen und diese dahingehend zu informieren, dass ihnen das Recht zusteht, sich am inländischen Verfahren zu beteiligen und gegebenenfalls einen inländischen Zustellungsbevollmächtigten namhaft zu machen. In Art. 24 f. SteAHG werden sodann die Rechte von Berechtigten im Amtshilfverfahren umschrieben. Aus Art. 25 Abs. 2 SteAHG ergibt sich dabei, dass keine Zustellungen an im Ausland ansässige Personen vorzunehmen sind, sofern sie keine inländischen Zustellungsbevollmächtigten bezeichnen. Solche Ermächtigungen wurden im vorliegenden Fall keine abgegeben, weshalb es Sache des Informationsinhabers war, die dritt betroffenen Per-

sonen zu informieren. Wie sich aus dem Schreiben der Steuerverwaltung vom 1. Oktober 2019 [...] ergibt, hat die erwähnte Verwaltungsbehörde die C. Trust Aktiengesellschaft als Informationsinhaberin gesetzeskonform auf deren Aufklärungspflichten hingewiesen. Die Steuerverwaltung hat das massgebende Recht nicht fehlerhaft angewendet, weshalb für den Verwaltungsgerichtshof auch kein Anlass bestand, etwas zu korrigieren. Damit kann dem Verwaltungsgerichtshof auch keine formelle Rechtsverweigerung vorgeworfen werden. Entsprechend kann offen bleiben, ob der Beschwerdeführer überhaupt eine Rechtsverweigerung bzw. eine Verletzung der rechtlichen Gehörs zu Lasten seiner Familienangehörigen geltend machen kann.

[...]

VERWALTUNGSGERICHTSHOF

Verwaltungsgerichtshof

U 02.08.2019, VGH 2019/005

Art 29 Informationsgesetz Art 31 LVG

Dritte haben kein Recht auf Einsicht in die Akten der Finanzmarktaufsicht, die diese im Rahmen der prudenziellen Aufsicht über Finanzmarktteilnehmer führt. Sie sind auch nicht Partei des prudenziellen Aufsichtsverfahren und haben somit auch keinen verfahrensrechtlichen Anspruch auf Akteneinsicht.

Sachverhalt

Mit Schriftsatz vom 30. Mai 2018 beantragten die Beschwerdeführer, die Finanzmarktaufsicht wolle den Gesuchstellern nach Art 32 Informationsgesetz Akteneinsicht in vollem Umfang gewähren, v.a. die an der C Bank AG, Vaduz, qualifiziert Beteiligten und deren wirtschaftlich Berechtigte offenlegen. Jedenfalls wolle die Finanzmarktaufsicht prüfen, ob die qualifiziert Beteiligten der C Bank AG im Widerspruch zu Art 17 Abs 5 BankG den im Interesse der Gewährleistung einer soliden und umsichtigen Führung der Bank zu stellenden Ansprüche genügen, und allenfalls die nach Art 26a Abs 4 BankG erforderlichen Massnahmen ergreifen, um rechtswidrige Zustände zu beenden.

Am 14. November 2018 erliess die FMA eine Verfügung, mit der die Anträge abgewiesen wurden. Begründet wurde die Entscheidung der FMA dahingehend, dass die Informationsherausgabe mangels Parteistellung und auch gestützt auf das Informationsgesetz verweigert werden müsse. Nach der Rechtsprechung komme das Recht auf Akteneinsicht nach Art 46 Abs 4, Art 60 Abs 6, Art 64 Abs 3 und Art 76 Abs 2 LVG nur einer Verfahrenspartei zu. Nur gegenüber einer Verfahrenspartei habe die FMA die für sie erforderlichen Informationen verfügbar zu machen. Wer Verfahrenspartei sei, richte sich nach Art 31 Abs 1 LVG. Gegenständlich handle es sich um Aufsichtsmassnahmen, welche die FMA gegenüber Beaufsichtigten ergreife. Ausschliesslich diese Beaufsichtigten hätten im Aufsichtsverfahren Parteistellung im Sinne von Art 31 Abs 1 LVG. Da die Beschwerdeführer nicht Adressaten einer Entscheidung der FMA sein könnten, mangle es am «rechtlichen Interesse» im Sinne des Art 31 Abs 1 LVG und eine Akteneinsicht – sofern bei der FMA ein Verfahren pendent wäre – sei schon aus diesem Grund zu verweigern. Im Sinne einer effektiven Wahrnehmung der vom Gesetzgeber der Finanzmarktaufsicht in finanzmarktrechtlichen Erlassen, insbesondere zum Schutze des Finanzplatzes und zur Missbrauchsbekämpfung (vgl Art 4 FMAG), eingeräumten umfangreichen Kompetenzen, die es ermöglichten, praktisch uneingeschränkt Zugang zu sämtlichen relevanten und insbesondere auch dem Geheimbereich (Bank-, Treuhänder- und Versicherungsgeheimnis, etc.) unterliegenden Informationen zu erhalten (Art 26 Abs 1, 2 und 4 FMAG und Art 24 und 25

SPG), sei es ausgeschlossen, dass Dritte, aus welchen Gründen auch immer, in Verfahrensakten der FMA Einsicht nehmen könnten. Wenn bereits nach dem Verfahrensrecht aufgrund der strengen Auslegung kein Zugang zu Informationen zu gewähren sei, so sei dies erst recht auch aufgrund des Informationsgesetzes ausgeschlossen, da das Informationsgesetz lediglich den Zweck verfolge, die Tätigkeit von Behörden transparent zu gestalten. Unbestritten sei, dass nach Art 29 Informationsgesetz jede Person, die ein berechtigtes Interesse geltend machen könne, ein Recht auf Einsicht in amtliche Unterlagen habe, soweit dem nicht überwiegende öffentliche Interessen entgegenstehen. Nach Art 29 Abs 3 Informationsgesetz richte sich die Akteneinsicht unter Verweis auf BuA 1998/2 bei hängigen Verwaltungs- und Justizverfahren nach den jeweiligen Prozessrechten. Die aufsichtsrechtlichen Akten der FMA hinsichtlich der C Bank AG stünden immer noch in Bearbeitung durch die FMA, da die Bank als Finanzintermediär nach wie vor unter der andauernden prudenziellen Aufsicht der FMA stehe und aus dieser auch nicht entlassen werde. Schon aus diesem Grund sei die Einsicht in Akten bzw. die Weitergabe von Informationen, welche die C Bank AG betreffen, ausgeschlossen. Gegen eine Auskunftserteilung spreche auch das Amtsgeheimnis. Dies habe insbesondere dann zu gelten, wenn die betroffenen Finanzintermediäre einer prudenziellen Aufsicht durch die FMA unterstehen, sodass zugunsten von Daten innerhalb behördlicher Sphären und hinsichtlich eines ungestörten Aufsichtsverhältnisses zwischen der Behörde und dem beaufsichtigten Finanzintermediär ein besonderer Geheimnisschutz unbedingt erforderlich sei. Ob ein Interesse der Beschwerdeführer gegeben sei, welches eine Einsicht in die amtlichen Unterlagen der FMA rechtfertige, könne grundsätzlich dahingestellt bleiben, da ein überwiegendes öffentliches Interesse vorliege, den Beschwerdeführern die ersuchten Informationen nicht zur Verfügung zu stellen. Die beaufsichtigten Finanzintermediäre hätten ein (öffentliches) Interesse daran, dass diese Informationen von der FMA vertraulich und ausschliesslich für die Aufsicht und zur Missbrauchsbekämpfung verwendet würden. Zum Schutze des Finanzplatzes und des Vertrauens in eine effektive prudenzielle Aufsicht sowie zur Missbrauchsbekämpfung sei es ausgeschlossen, dass Dritte, aus welchen Gründen auch immer, in Verfahrensakten der FMA Einsicht nehmen bzw. anderweitig spezifische Informationen aus den Unterlagen der FMA begehren könnten. Damit sei das öffentliche Interesse an einer Verweigerung der Bekanntgabe von Daten nach Art 29 Abs 1 Informationsgesetz dargelegt. Wenn der Zugang zu Informationen an die Erfüllung der spezifischen Kriterien hinsichtlich einer Verfahrenspartei gekoppelt sei, so sei die Weitergabe von Informationen nach dem Informationsgesetz umso mehr zu verweigern, da dieses sich auf einen umfangreicheren und viel weniger spezifischen Personenkreis beziehe, welcher weit weniger konkrete Anforderungen hinsichtlich eines berechtigten Interesses geltend zu machen habe. Unabhängig davon sei eine Einsicht in amtliche Unterlagen ausgeschlossen,

wenn private Interessen entgegenstehen (Art 29 Abs 1 Informationsgesetz). Derartige private Interessen seien etwa der Persönlichkeitsschutz in Verwaltungsverfahren oder das Geschäfts- und Berufsgeheimnis (Art 31 Abs 2 Bst. b und c Informationsgesetz). Begehrt werde nämlich die Herausgabe von Informationen hinsichtlich des Beteiligungsverhältnisses eines von der FMA beaufsichtigten Finanzintermediärs. Im gegenständlichen Verfahren der Beschwerdeführer hinsichtlich des Antrags auf Akteneinsicht sowie auch hinsichtlich des zivilrechtlichen Verfahrens zum Nachweis einer Pflichtverletzung durch die C Bank AG seien die Eigentümer der Bank unbeteiligte Dritte. Deren Persönlichkeitsrechte seien von der FMA, jedenfalls während die C Bank AG unter der Aufsicht der FMA stehe bzw. die Eigentümer ihre Beteiligung hielten, zu schützen. Sie sollten folglich vom Persönlichkeitsschutz, welcher Art 31 Abs 2 Bst. b Informationsgesetz anbiete, profitieren. Unabhängig davon betreffe das Beteiligungsverhältnis der Eigentümer deren Geschäfts- und Berufsgeheimnis nach Bst. c leg. cit. Das ungestörte Aufrechterhalten an den Beteiligungsverhältnissen und der Genuss der Vorteile daraus seien berechtigte private Interessen der C Bank AG und deren Eigentümer, die eine Weitergabe von Informationen an die Beschwerdeführer nicht erlaubten. Ein Auskunftsanspruch nach dem Informationsgesetz gegen eine Behörde setze grundsätzlich ein berechtigtes Interesse des Ersuchenden im Sinne des Art 29 Abs 1 Informationsgesetzes voraus. Da sich die Unterlagen der FMA in einem dauernden Verfahren befänden, sei eine Weitergabe dieser Informationen per se ausgeschlossen. Weiter stünden sowohl öffentliche als auch private Interessen einer Weitergabe der ersuchten Informationen entgegen. Eine dezidierte Auseinandersetzung mit den Interessen der Beschwerdeführer an den Informationen könne damit entfallen.

Gegen die Verfügung der FMA erhoben die Beschwerdeführer am 29. November 2018 Beschwerde an die FMA-Beschwerdekommision.

Die FMA-Beschwerdekommision entschied am 06. Dezember 2018, dass die Beschwerde abzuweisen sei. Sie begründete dies damit, dass die C Bank AG sich wie jede andere nach dem BankG bewilligte Bank in einem andauernden, laufenden Aufsichtsprozess (sog. prudentielle Aufsicht) befinde, in welchen jeweils auch aktuell der FMA zur Kenntnis gelangende Informationen einzufließen hätten. Gemäss Art 36 FMAG finde auf das prudentielle Aufsichtsverfahren das LVG Anwendung. Damit sei jedoch die Bestimmung des Art 29 Abs 3 Informationsgesetz einschlägig, wonach für nicht rechtskräftig abgeschlossene Verwaltungsverfahren die entsprechenden Verfahrensbestimmungen gelten, was auch dem Willen des historischen Gesetzgebers entspreche (BuA 1998/2, „Gewisse Ausnahmen sind im Bereich der laufenden Verfahren vorgesehen...“ und „Die Akteneinsicht bei hängigen Verwaltungsverfahren richtet sich nach den jeweiligen Prozessrechten.“). Die FMA habe zu Recht auf die einschlägigen, publizierten Entscheidungen der Beschwerdekommision vom 07. Mai 2010, FMA-BK 2010/7, und vom 10. Mai 2017, FMA-BK 2017/7, verwiesen. Verfahrenspartei im Aufsichtsverfahren sei ausschliesslich der betroffene Finanzintermediär bzw. derjenige, gegen den sich die Aufsichts-

nahme richte. Nur ihm stünden Akteneinsichtsrechte zu. § 219 ZPO (iVm Art 46 Abs 1 LVG) sei nicht analog anzuwenden. Im Sinne einer effektiven Wahrnehmung der vom Gesetzgeber der FMA in der Finanzmarktaufsichtsgesetzgebung insbesondere zum Schutze des Finanzplatzes und zur Missbrauchsbekämpfung (vgl Art 4 FMAG) eingeräumten umfangreichen Kompetenzen, die es ermöglichten, praktisch uneingeschränkt Zugang zu sämtlichen relevanten und insbesondere auch dem Geheimbereich (Bank-, Treuhänder- und Versicherungsgeheimnis) unterfallenden Informationen zu erhalten, sei es ausgeschlossen, dass Dritte, aus welchen Gründen auch immer, in die entsprechenden Verfahrensakten der Finanzmarktaufsicht Einsicht nehmen könnten. Zuzufolge der Unanwendbarkeit des Informationsgesetzes sei eine Akteneinsicht durch die Beschwerdeführer oder auch nur die Bekanntgabe von Informationen an sie durch die FMA ausgeschlossen. Selbst wenn das Informationsgesetz anwendbar wäre, würden dem Ersuchen sowohl überwiegende öffentliche als auch überwiegende private Interessen entgegenstehen (Art 29 Abs 1 und Art 31 Informationsgesetz). Das öffentliche Interesse – die Aufzählung in Art 31 Abs 1 Informationsgesetz sei gemäss BuA 1998/2 nicht abschliessend – bestehe in einer effektiven Aufsicht und Missbrauchsbekämpfung, die nur dann gewährleistet sei, wenn die der Finanzmarktaufsicht aufgrund ihrer umfangreichen Kompetenzen zugänglichen, den Geheimbereich betreffenden Informationen weiterhin vertraulich behandelt und ausschliesslich für die Aufsicht und die Missbrauchsbekämpfung verwendet und keinesfalls an Dritte weitergegeben würden. Art 31a BankG unterstelle diese Informationen dem strafbewehrten Amtsgeheimnis (§ 310 StGB, Art 23 Abs 1 ÖUSG), sodass Informationen gemäss BuA 2007/65 ohnehin nur in den im BankG ausdrücklich bezeichneten Fällen weitergegeben werden dürften. Weiters sei nach dem anwendbaren europäischen Recht (der in Abschnitt III in LGBl. 2014 Nr. 348 enthaltene Verweis auf die RL 2013/36/EU und die VO [EU] Nr. 575/2013 sei gemäss LES 2016, 86 vom StGH als Übergangsregelung bis zur Übernahme dieser Vorschriften in das EWRA als verfassungsrechtlich unbedenklich angesehen worden) klar, dass aufgrund des allgemeinen Interesses am Funktionieren der Finanzmärkte vertrauliche Informationen auch vertraulich bleiben müssten. Dabei sei es den Mitgliedstaaten freigestellt, den Schutz vor Weitergabe auf den gesamten Überwachungsakt der zuständigen Behörde zu erstrecken. Aber auch die privaten Interessen würden dem berechtigten Interesse der Beschwerdeführer vorgehen, weil es sich um Informationen aus dem persönlichen Geheimbereich im Sinne von Art 31 Abs 2 lit a BankG handle. Diese Informationen unterlägen dem persönlichen Geheimbereich und sie seien den Beschwerdeführern gemäss Art 33 Abs 2 lit a Informationsgesetz nicht zugänglich (Art 33 Abs 2 lit a Informationsgesetz). An der Geheimhaltung des gesamten Aufsichtsverfahrens habe eine Bank ein legitimes Geheimhaltungsinteresse. Denn es sei im Gesetz konkret festgeschrieben, welche Teile des Aufsichtsverfahrens zu veröffentlichen seien (Art 27 Abs 2, Art 28 Abs 3, Art 30e Abs 5, Art 31a Abs 6 und Art 35 Abs 2 lit d BankG; dazu komme die Veröffentlichung aggregierter statistischer Daten nach Art 36a

Abs 1 lit d BankG sowie der Aufsichtspraxis nach Art 5 Abs 4 FMAG). Jegliche weitere Information würde unter das strafbewehrte Amtsgeheimnis (Art 31a BankG) fallen (vgl zur Unzulässigkeit der sogenannten Negativauskunft das Urteil des StGH in LES 2016, 96). Das Informationsgesetz könne im Tätigkeitsbereich der Finanzmarktaufsicht sehr wohl eine Bedeutung haben (Zugang zu rechtskräftigen Präjudiz- und sonstigen Entscheidungen oder Anfrage allgemeiner Informationen zur Aufsichtstätigkeit) und ein fehlbarer Finanzintermediär werde keineswegs vor den potentiell Geschädigten geschützt. Aber der Gesetzgeber gewichte das Interesse an einer effektiven Aufsichtstätigkeit (im Sinne der in Art 4 FMAG der Finanzmarktaufsicht auferlegten Verpflichtung, für die Gewährleistung der Stabilität des Finanzmarktes Liechtenstein, den Schutz der Kunden, die Vermeidung von Missbräuchen und die Umsetzung und Einhaltung anerkannter internationaler Standards zu sorgen) höher als das Interesse des möglicherweise Geschädigten auf Zugang zu Informationen. Dieser könne Strafanzeigen an die Staatsanwaltschaft erstatten und sich allfälligen Strafverfahren gemäss § 32 StPO als Privatbeteiligter anschliessen sowie der Finanzmarktaufsicht Sachverhalte zur Prüfung mitteilen und Zivilprozesse anstrengen, in denen ohnedies die Möglichkeit bestehe, Informationen gemäss § 303 Abs 1 ZPO zu erlangen. In diesem Sinne sei sogenanntes «private enforcement» durchaus willkommen und auch möglich, aber eben nur im vom Gesetz vorgegebenen Rahmen.

Gegen diese Entscheidung erhoben die Beschwerdeführer am 15. Januar 2019 rechtzeitig Beschwerde an den VGH.

Der VGH zog die Vorakten der FMA und der FMA-Beschwerdekommision bei, erörterte in seiner nicht-öffentlichen Sitzung vom 02. August 2019 die Sach- und Rechtslage und [wies die Beschwerde ab].

Aus den Entscheidungsgründen

1. Die Beschwerde wurde rechtzeitig erhoben, sie ist jedoch unbegründet.

2. Der von der Vorinstanz festgestellte Sachverhalt wurde nicht bemängelt, sodass auf diesen verwiesen werden kann (Art 101 Abs 4 LVG).

3. Die Beschwerdeführer tragen vor, die FMA sei zwar zur laufenden prudentiellen Aufsicht berufen, auf dieser Grundlage könne das Informationsansuchen nach dem Informationsgesetz aber nicht scheitern. Die laufende prudentielle Aufsichtstätigkeit der FMA sei kein «nicht rechtskräftig abgeschlossenes» Verwaltungsverfahren im Sinne des Art 29 Abs 3 Informationsgesetz. Eine derartige Auslegung würde das Informationsgesetz im Tätigkeitsbereich der FMA gegenstandslos machen und sei mit dem Zweck des Informationsgesetzes nicht in Einklang zu bringen. Die Parteistellung im Verwaltungsverfahren diene dazu, Personen, die unmittelbar von einer Verwaltungshandlung betroffen seien, Informations- und Äusserungsrechte einzuräumen. Das Informationsgesetz solle jedoch gerade Personen, die diese Stellung nicht besäßen, aber ein beachtenswertes Interesse geltend machen könnten, Zugang zu vertrauensschaffenden Informationen bieten. Hätte der Gesetzgeber die Anwendung des

Informationsgesetzes mit dem Aufsichtsverfahren als nicht vereinbar betrachtet, so hätte er die FMA als Behörde vom Anwendungsbereich des Informationsgesetzes ausgenommen. Dies sei gemäss BuA Nr. 2/1998, S. 20, gerade nicht der Fall. Dass prudentielle Verfahren stets nicht rechtskräftig abgeschlossene Verfahren darstellten, weshalb kein Anspruch auf Information nach dem Informationsgesetz bestehe, sei eine zweckwidrige Auslegung des Informationsgesetzes.

Dieser Argumentation der Beschwerdeführer folgt der VGH nicht.

Einen Anspruch auf jene Informationen, die nicht von Amtes wegen erteilt werden (siehe dazu Art 13 bis 28 Informationsgesetz), haben jene Personen, welche ein berechtigtes Interesse geltend machen können (Art 29 Abs 1 Informationsgesetz), soweit nicht überwiegende öffentliche oder private Interessen entgegenstehen und solange die Akten noch in Bearbeitung bei der zuständigen Stelle stehen bzw. noch nicht den jeweiligen Archiven abgeliefert wurden.

Der VGH führte in seinem Urteil zu VGH 2017/133, veröffentlicht auf www.gerichtsentscheidungen.li, aus, dass ein berechtigtes Interesse im Sinne von Art 29 Abs 1 Informationsgesetz nicht voraussetzt, dass ein Verwaltungsverfahren anhängig ist, in dem die betroffene Person Partei ist. Denn wenn ein Verwaltungsverfahren noch anhängig ist, ist Art 29 Abs 3 Informationsgesetz einschlägig und es sind die entsprechenden Verfahrensbestimmungen anzuwenden. Es bestehen zwischen der Einsicht in amtliche Unterlagen, die Art 29 Informationsgesetz unter bestimmten Voraussetzungen einräumt, und den Akteneinsichtsrechten, die einer Partei in einem laufenden Verwaltungsverfahren zustehen, wesentliche Unterschiede. Während die Partei ein umfassendes Akteneinsichtsrecht hat, bestehen die Einsichtsrechte nach Art 31 Informationsgesetz nur in einem beschränkten Mass. Aus diesem Grund vertritt der VGH die Auffassung, dass das «berechtigte Interesse» im Sinne des Informationsgesetzes nicht an konkrete Parteirechte knüpft.

Dies deckt sich auch mit der Rechtsansicht des StGH, welcher in seinem Urteil zu StGH 2009/107 ausführte, dass das Recht auf Akteneinsicht gemäss Art 29 Abs 1 Informationsgesetz weitergehenden Einschränkungen als dasjenige gestützt auf die Parteistellung unterliegt. Mit dem Inkrafttreten des Informationsgesetzes sei im liechtensteinischen Verwaltungsrecht insoweit ein Paradigmenwechsel vollzogen worden, als der Grundsatz der Geheimhaltung mit Öffentlichkeitsvorbehalt zu Gunsten des Grundsatzes der Öffentlichkeit mit Geheimhaltungsvorbehalt geändert worden sei (Art 3 Abs 3 Informationsgesetz). Das Informationsgesetz bezwecke, die Tätigkeit der staatlichen Behörden transparent zu machen, um erstens die freie Meinungsbildung der Bevölkerung und zweitens das Vertrauen in die Tätigkeit der Behörden zu fördern. Dadurch werde eine wirksame Kontrolle der staatlichen Behörden ermöglicht. Jede Person, die amtliche Dokumente einsehen wolle, habe im persönlichen und sachlichen Geltungsbereich des Informationsgesetzes einen subjektiven Anspruch darauf. Das Recht auf Einsicht in amtliche Unterlagen gelte jedoch nicht vorbehaltlos, sondern nur soweit, als nicht überwiegende öffentliche oder private Interessen entgegenstünden

(Art 29 Abs 1 Informationsgesetz). Überwiegende private Interessen seien insbesondere (a) der Schutz des persönlichen Geheimbereichs, (b) der Persönlichkeitsschutz in nicht rechtskräftig abgeschlossenen Verwaltungs- und Gerichtsverfahren, (c) das Geschäftsgeheimnis oder das Berufsgeheimnis und (d) der Schutz des höchstpersönlichen Lebensbereichs (Art 31 Abs 2 Informationsgesetz; auch Art 9 Informationsverordnung).

Vorliegend geht es den Beschwerdeführern nicht darum, durch Einsicht in die FMA-Akten in Bezug auf die wirtschaftlich Berechtigten der C Bank AG eine «Tätigkeit der staatlichen Behörden transparent zu machen», um die freie Meinungsbildung der Bevölkerung oder das Vertrauen in die Tätigkeit der Behörden zu fördern. Die Beschwerdeführer wollen vielmehr der Öffentlichkeit nicht zugängliche Informationen erhalten, um diese im Rahmen der Prozessführung zur Schadenswiedergutmachung nutzen zu können.

Die prudentielle Kontroll- und Überwachungstätigkeit (Aufsicht) ist durch die FMA dauerhaft vorzunehmen (Art 35, Art 35a und Art 35b BankG). Es ist unbestritten, dass die Beschwerdeführer dieser prudentiellen Aufsicht durch die FMA nicht unterstehen und nicht Partei eines allfälligen Aufsichtsverfahrens hinsichtlich der Beschwerdegegnerin sind. Daher können die Beschwerdeführer aus dem einer Partei zustehenden Akteneinsichtsrecht nichts für sich ableiten.

Beim Begriff der «prudentiellen» Aufsicht (siehe VGH 2005/92, veröffentlicht auf www.gerichtsentscheidungen.li) handelt sich um einen Anglizismus, der Einzug in die deutsche Sprache gefunden hat und auf die Sicherung der Solvenz, eine genügende Risikokontrolle und die Gewähr einer sorgfältigen Geschäftsführung abzielt (Peter Nobel, Schweizerisches Finanzmarktrecht, 4. vollständig überarbeitete Auflage, Bern 2019, § 1 N 19). Der Begriff dient als Zusammenfassung für eine Aufsicht, die insbesondere die Ziele des Gläubiger- und Versicherten-schutzes, der Transparenz und Gleichbehandlung der Anlegenden, des Funktionsschutzes und des Schutzes des guten Rufes des Finanzplatzes zu erreichen versucht. Der Begriff «prudentiell» kann auch mit «umsichtig» oder «vorsichtig» umschrieben werden. Sorgfaltspflichtrechtlich wird zwischen einer umfassenden («prudentiellen») Aufsicht, welche die Bewilligungspflicht für die in Frage stehende Tätigkeit, die laufende Überwachung der Bewilligungsvoraussetzungen und weitere Regulierungen beinhaltet, und einer eingeschränkten Aufsicht unterschieden. Die in Art 3 Abs 1 SPG aufgelisteten Finanzmarktunternehmen (Banken und Finanzgesellschaften, Investmentunternehmen, Treuhänder etc.) unterstehen einer umfassenden, laufenden, dauerhaften (prudentiellen) Aufsicht.

Es trifft zu, dass eine effektive Aufsicht und Missbrauchsbekämpfung durch die FMA nur dann gewährleistet ist, wenn die der FMA aufgrund ihrer umfangreichen Kompetenzen zugänglichen, den Geheimbereich der Beaufsichtigten betreffenden Informationen streng vertraulich behandelt und ausschliesslich für die Aufsicht und die Missbrauchsbekämpfung verwendet und nicht Dritten offenbart oder weitergibt. Weiters ist auch der von der Vorinstanz gemachte Hinweis, Art 31a BankG (siehe Art 31a Abs 1 BankG: «Die mit der Durch-

führung dieses Gesetzes betrauten Organe, allfällig durch diese beigezogene weitere Personen sowie sämtliche Behördenvertreter unterliegen hinsichtlich der vertraulichen Informationen, die ihnen bei ihrer dienstlichen Tätigkeit bekannt werden, zeitlich unbeschränkt dem Amtsgeheimnis.») unterstelle die begehrten Informationen dem strafbewehrten Amtsgeheimnis, richtig. Nicht einmal die die Oberaufsicht über die FMA ausübende Regierung (Art 33a FMAG) kann die Herausgabe derjenigen Informationen (Kenntnis der Aktionäre der Beschwerdegegnerin) fordern, die die Beschwerdeführer begehren. Somit können auch Dritte, gestützt auf das Informationsgesetz, nicht mehr Informationen in Erfahrung bringen, als die Regierung als von Gesetzes wegen berufene Oberaufsichtsbehörde der FMA.

Schliesslich ist die Interessensabwägung in Bezug auf die privaten Interessen der Beaufsichtigten gegenüber den Interessen der Beschwerdeführer vom VGH nicht zu beanstanden. Bei den von den Beschwerdeführern verlangten Auskünften handelt es sich um Informationen aus dem persönlichen Geheimbereich der Beschwerdegegner (Art 31 Abs 2 Bst. a Informationsgesetz) und solche Informationen sind Dritten nicht zugänglich, da *die privaten Interessen an der Geheimhaltung jene an der Herausgabe überwiegen (Art 31 Abs 2 Bst b Informationsgesetz)*, wie die Vorinstanzen richtig ausgeführt haben.

4. Die Beschwerdeführer tragen weiters vor, die Ausführungen der FMA-Beschwerdekommission zur Parteilichkeit der Beschwerdeführer im Verwaltungsverfahren seien unzutreffend. Nach Art 31 Abs 1 LVG sei der Parteilichkeitsbegriff des Verwaltungsverfahrensrechts weit gefasst und würde jeden umfassen, der sich in seinen Rechten oder rechtlich anerkannten oder von der Verwaltungsbehörde zu schützenden Interessen unmittelbar als beschwert erachte. Die Beschwerdeführer hätten ein konkretes Interesse an der Verfahrensführung, nämlich an der ordnungsgemässen und gesetzlichen prudentiellen Beaufsichtigung des Intermediärs, der sorgfältigen Prüfung der an der Bank wirtschaftlich Berechtigten und potentiellen Einflussnehmer und daraus entstehenden Interessenkonflikten. Dem Gesuch der Beschwerdeführer sei jedenfalls stattzugeben.

Auch unter Zuhilfenahme der Bestimmungen des Landesverwaltungspflegegesetzes und des Parteilichkeitsbegriffs nach LVG dringen die Beschwerdeführer nicht durch.

Gemäss Art 31 LVG ist als Partei zu betrachten, wer an die Verwaltungsbehörde mit dem Begehren herantritt, dass diese einen hoheitlichen Verwaltungsakt im rechtlichen Interesse des Antragstellers vornehme oder unterlasse, oder wer als mögliches Subjekt einer öffentlichen Pflicht oder eines öffentlichen Rechts einem für die Ermittlung des Verpflichteten oder Berechtigten bestimmten Verfahren unterworfen wird oder endlich, an wen die Behörde in Folge eines Verfahrens eine Verfügung oder Entscheidung richtet, wobei die Eigenschaft als Partei im Zweifel mit Rücksicht auf den Gegenstand und aufgrund der anzuwendenden Gesetze zu bestimmen ist (Abs 1). Die Behörde kann auf Antrag oder von amtswegen die Beiladung Dritter als Partei, deren Interessen durch die zu fällende Entscheidung oder zu erlassende Verfügung berührt werden, verfügen (Abs 5). Gemäss Leitentscheid vom 30. November 1998 zu VBI 1998/67, 68, 69 (LES

1999, 96) sind die Bestimmungen von Art 31 Abs 1 und Art 92 Abs 1 LVG harmonisch zu interpretieren, sodass jedermann die Parteistellung zukommt, der auch beschwerdelegitimiert ist. Aufgrund von Art 92 Abs 1 LVG gilt, abgesehen von besonderen Bestimmungen, jeder als beschwerdeberechtigt, der sich in seinen Rechten oder rechtlich anerkannten oder von der Verwaltungsbehörde zu schützenden Interessen unmittelbar als beschwert (verletzt oder benachteiligt) betrachtet, er mag am Verfahren vor erster Instanz beteiligt gewesen sein oder nicht.

Aufgrund des von den Beschwerdeführern gestellten Antrags auf Akteneinsicht bzw. Information in Bezug auf die wirtschaftlich Berechtigten der C Bank AG wurde ein (eigenes, von der prudentiellen Aufsicht unabhängiges) Verfahren eröffnet, welches nunmehr als Rechtsmittelverfahren vom VGH zu entscheiden ist. In diesem eigenen, von der prudentiellen Aufsicht unabhängigen Verfahren sind die Beschwerdeführer Verfahrenspartei und haben alle entsprechenden Parteirechte. Sie sind aber durch ihre Anträge nicht Partei hinsichtlich der Aufsichtstätigkeit der FMA geworden und können für sich – im Bereich dieser Aufsichtstätigkeit – keine Parteirechte reklamieren. Ihre Argumentation in Bezug auf Parteirechte nach Art 31 LVG und die Beschwerdeberechtigung nach Art 92 LVG kann sich nur auf das gegenständliche Verfahren um Auskunft und das gegenständliche Rechtsmittelverfahren beziehen.

5. Weiters behaupten die Beschwerdeführer, ein überwiegendes öffentliches Interesse an der Geheimhaltung der gegenständlichen Informationen – aufgrund eines besonderen Geheimnisschutzes zwischen Behörde und Finanzintermediär – gebe es nicht. Auch gemäss dem deutschen Informationsfreiheitsgesetz und der Rechtsprechung des EuGH (EuGH vom 19.6.2018, C- 15/16 - Baumeister, Rn. 34 f; dazu Gurli, NZG 2018, 1097, 1097) stellen allgemeine Befürchtungen einer zukünftig mangelnden freiwilligen Kooperation der aufsichtsunterworfenen Intermediäre keinen ausreichenden Grund für die Verweigerung von Information dar und bedeuten keine besondere Vertraulichkeit der Daten. Die Information über die wirtschaftlich Berechtigten einer Bank würden jedenfalls nicht die Aufsichtstätigkeit der Bank beeinträchtigen. Auch der Verweis auf das Amtsgeheimnis (Art 31a BankG) sei unbehelflich, da es sich nicht um vertrauliche Informationen im Sinne des Art 31a BankG handle. Der EuGH führe zu dieser Bestimmung nämlich zunächst eine Unterscheidung zwischen vertraulicher und nicht vertraulicher Information ein und erteile einer grundsätzlichen Informationsverweigerung auf Grundlage allgemeiner Ausführungen eine klare und überdeutliche Absage (EuGH vom 19.06.2018, C- 15/16 - Baumeister, Rn. 25 f).

Offenbar missverstehen die Beschwerdeführer die zitierte EuGH-Rechtsprechung. In Rn. 46 zum Urteil des EuGH vom 19. Juni 2018, C- 15/16 - Baumeister hielt der Gerichtshof zu Art 54 Abs 1 der Richtlinie 2004/39 zwar fest, dass *weder alle Informationen*, die das überwachte Unternehmen betreffen und von ihm an die zuständige Behörde übermittelt wurden, *noch alle in der Überwachungsakte enthaltenen Äusserungen dieser Behörde*, einschliesslich ihrer Korrespondenz mit anderen

Stellen, *ohne weitere Voraussetzungen* vertrauliche Informationen darstellten, jedoch seien die den zuständigen Behörden vorliegenden Informationen als vertraulich einzustufen, wenn es erstens nicht öffentlich zugängliche Informationen seien und bei deren Weitergabe zweitens die Gefahr einer Beeinträchtigung der Interessen der natürlichen oder juristischen Person, die sie geliefert hat, oder der Interessen Dritter oder des ordnungsgemässen Funktionierens des vom Unionsgesetzgeber durch den Erlass der Richtlinie 2004/39 geschaffenen Systems zur Überwachung der Tätigkeit von Wertpapierfirmen bestünde. Nichts anderes hat die FMA-Beschwerdekommision dargetan und zu Recht argumentiert. Denn die Informationen über die wirtschaftlich Berechtigten sind unbestritten nicht öffentlich zugänglich und darüber hinaus bestünde die Gefahr einer Beeinträchtigung der Interessen der wirtschaftlich Berechtigten und der betroffenen Bank, die die Informationen der FMA geliefert hat (liefern musste), wenn diese Informationen durch Dritte eingesehen und anderweitig verwendet werden könnten.

6. Zudem, so die Beschwerdeführer, gebe es auch keine überwiegenden privaten Interessen an der Geheimhaltung. Weder sei der persönliche Geheimbereich der qualifiziert Beteiligten betroffen noch treffe zu, dass die Bank an der Geheimhaltung des gesamten Aufsichtsverfahrens ein berechtigtes Interesse habe. Die geforderten Informationen betreffen ganz offensichtlich nicht den persönlichen Geheimbereich der wirtschaftlich Berechtigten der Bank. Dies sehe auch der europäische Gesetzgeber so (Erwägung 34 Richtlinie [EU] 2018/843). Zum Geheimhaltungsinteresse des Unternehmens am «gesamten Aufsichtsverfahren» sei auszuführen, dass auch dies im Widerspruch zu den gesetzlichen Wertungen stehe und unhaltbar sei. Eine Beeinträchtigung der Interessen des informationsübermittelnden Unternehmens liege im vorliegenden Fall nicht vor, da es sich bei den geforderten Informationen über wirtschaftlich Berechtigte nicht um Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse handle. Eine Beeinträchtigung der Wettbewerbsposition des Unternehmens sei mit der Offenlegung nicht verbunden (BVerwG, Urteil vom 24.9.2009, BVerwGE 135, 34, 44, NVwZ 2010,189). Das berechtigte Interesse der Beschwerdeführer liege darin, dass diese durch das Verhalten der C Bank AG im Zusammenhang mit dem Betrugsfall D geschädigt worden seien. Die Bank habe ihre Schutz- und Fürsorgepflichten gegenüber den Beschwerdeführern als Kunden verletzt (LES 2007, 208), indem sie bei gravierenden Anhaltspunkten für einen Missbrauch der Vertretungsmacht nicht die zu Gebote stehenden Massnahmen ergriffen habe (LES 2007, 208), sondern sogar als Vertragspartner aufgetreten sei. Zudem bestehe der Verdacht, dass die Bank das Fehlverhalten erkannte, ihre Schutz- und Sorgfaltspflichten aufgrund eines Interessenkonfliktes aber nicht wahrgenommen habe. Letztlich würden die Interessen der Beschwerdeführer überwiegen.

Auch diese Argumentation der Beschwerdeführer überzeugt nicht.

Informationen über die wirtschaftlich Berechtigten der Bank sind der FMA anzugeben und betreffen den persönlichen Geheimbereich der wirtschaftlich Berechtigten und der Bank. Es sind keine der Öffentlichkeit zugäng-

liche Informationen. Es ist zwar nachvollziehbar, dass die Beschwerdeführer Informationen zu den wirtschaftlich Berechtigten der Bank erhalten möchten, sie haben aber weder gestützt auf das Informationsgesetz noch gestützt auf die Parteirechte im Verwaltungsverfahren ein derartiges Einsichts- bzw. Auskunftsrecht. Etwaige privatrechtliche Ansprüche können die Beschwerdeführer lediglich im Zivilrechtsweg geltend machen.

Anmerkung:

Einer gegen dieses Urteil des Verwaltungsgerichtshofes erhobenen Individualbeschwerde gab der Staatsgerichtshof mit Urteil vom 12.05.2020 zu StGH 2019/101 insoweit Folge, als der Verwaltungsgerichtshof die unterinstanzlichen Kostenentscheidungen bestätigte. Im Übrigen gab er der Individualbeschwerde keine Folge.

Dass einem Dritten keine Parteistellung und kein Recht auf Akteneinsicht im prudenziellen Aufsichtsverfahren zukommt, muss umso mehr gelten, als nach der Rsp. weder dem Aktionär noch dem Verwaltungsratsmitglied im Aufsichtsverfahren gegen ein der Aufsicht der FMA unterstehendes Institut (Institutsaufsicht) Parteistellung zukommt (VGH 2016/178 LES 2018, 187 mit Anm. A. Batliner; VGH 2019/115 und VGH 2019/116, gegen welche Urteile Individualbeschwerden zu StGH 2020/049 und StGH 2020/070 hängig sind).

Andreas Batliner

Verwaltungsgerichtshof

U 24.04.2020, VGH 2019/131

Art 139 PGR Nachtragsliquidation

Bei der Nachtragsliquidation handelt es sich nur um eine Fortsetzung der vor der Löschung der Verbandsperson im Handelsregister durchgeführten «regulären» Liquidation, weshalb die Bestimmungen über die Liquidation (Art 139 – 138 PGR) Anwendung finden. Die Nachtragsliquidation unterscheidet sich jedoch insoweit – und einzig dadurch – von der «regulären» Liquidation», als der Liquidator nicht durch das oberste Organ der Verbandsperson, sondern durch das Amt für Justiz bestellt wird. Die Abberufung des Liquidators erfolgt ebenso durch das Amt (actus contrarius). Auch bei der Nachtragsliquidation gibt es Gesellschafter der Verbandsperson und damit ein oberstes Organ. Sie haben ein eminentes Interesse daran, dass nicht nur die «reguläre» Liquidation, sondern auch die Nachtragsliquidation sorgfältig (Art 182 Abs 2 PGR) durchgeführt wird. Deshalb ist ihnen und damit dem obersten Organ die Überwachungsfunktion nicht abzusprechen und der Nachtragsliquidator ist der Gesellschafterversammlung rechenschaftspflichtig. Auch wenn dem Amt für Justiz die alleinige Kompetenz, den Nachtragsliquidator abzurufen, zukommt, hat es bei seiner Entscheidung zu berücksichtigen, aus welchen Gründen sich die Gesellschafter für oder

gegen die Abberufung des Nachtragsliquidators aussprechen.

Sachverhalt

Das D Establishment wurde am 12. Dezember 2007 im Handelsregister des Fürstentums Liechtenstein eingetragen und [im 2011] wieder gelöscht. Über Antrag der Beschwerdeführerin vom 23. August 2013 entschied das Amt für Justiz mit Verfügung vom 09. September 2013, die Beschwerdegegnerin [die Treuhandgesellschaft C Trust Establishment] zur Nachtragsliquidatorin des gelöschten D Establishment mit der Aufgabe zu bestellen, das nachträglich hervorgekommene Vermögen zu verteilen.

Mit Schriftsatz vom 05. Juni 2019 beantragte die Beschwerdeführerin beim Amt für Justiz die Abberufung des C Trust Establishment als Nachtragsliquidatorin des D Establishment und Einsetzung von Rechtsanwalt Dr. G als Nachtragsliquidator. Die Beschwerdeführerin brachte vor, sie habe mit Schreiben vom 14. Mai 2019 die Beschwerdegegnerin ersucht, Kopien sämtlicher Geschäftsdokumente, Verträge, Bilanzen, Jahreskonto- und Depotauszüge seit 2010 und derzeit noch gültig ausstehende Vollmachten in Kopie zu übersenden und eine kurze Zusammenfassung der in der Zeit der Nachtragsliquidation bisher erfolgten Aktivitäten der Anstalt zu übersenden. Am 22. Mai 2019 habe die Beschwerdeführerin die E Rechtsanwälte AG, die sich als Rechtsvertreterin der Beschwerdegegnerin ausgewiesen habe, um Übersendung von Kopien der Gesellschaftsdokumente des D Establishment sowie um Mitteilung des aktuellen Standes des seit 2013 laufenden Nachtragsliquidationsverfahrens ersucht. Am 22. Mai 2019 habe die E Rechtsanwälte AG geantwortet, dass einziger wesentlicher Vermögenswert der Verbandsperson eine wertvolle Beteiligung an einer Aktiengesellschaft, der F, sei, dass seit Eröffnung des Nachtragsliquidationsverfahrens erhebliche offene Honorarforderungen aufgelaufen seien, dass die Nachtragsliquidatorin die wertvolle Beteiligung an der Aktiengesellschaft im Laufe der nächsten Wochen an einen Dritten veräussern werde, sofern man sich nicht in den nächsten Tagen auf ein gemeinsames Vorgehen einigen könne, und dass jegliche weitere schriftliche Korrespondenz mit dem Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin aus Kostengründen abgelehnt werde. Gemäss Art 132 Abs 2 PGR könne die Vollmacht von Liquidatoren jederzeit bei Vorliegen wichtiger Gründe, insbesondere bei Untätigkeit, durch das Amt für Justiz widerrufen werden. Solche wichtigen Gründe lägen hier vor. Erstens verweigere die Beschwerdegegnerin der Beschwerdeführerin, die alleinige Inhaberin sämtlicher Gründerrechte an der Verbandsperson sei, eine ordnungsgemässe Rechnungslegung. [...] Fünftens habe die Beschwerdegegnerin während den letzten sechs Jahren keine Tätigkeit im Nachtragsliquidationsverfahren entwickelt.

Mit Verfügung vom 02. August 2019 wies das Amt für Justiz den Antrag der Beschwerdeführerin vom 05. Juni 2019 auf Abberufung der Beschwerdegegnerin als Nachtragsliquidatorin des D Establishment und auf Bestellung von Dr. G als Nachtragsliquidator ab. Begründend führte das Amt aus, die Bestimmungen über die Liquidation

(Art 130 ff. PGR) fänden auf die Nachtragsliquidation sinngemäss Anwendung. Nicht zur Anwendung komme Art 132 Abs 2 PGR, da der Nachtragsliquidator vom Amt für Justiz und nicht vom obersten Organ der Gesellschaft bestellt werde. Es sei nun zu prüfen, ob derart wichtige Gründe vorlägen, dass der Nachtragsliquidator gemäss Art 133 Abs 1 PGR (analog) abgerufen sei. Ein wichtiger Grund, um eine Liquidatorin gegen ihren Willen abzurufen, liege vor, wenn die richtige Durchführung in Anbetracht aller Umstände nicht erwartet werden könne, namentlich bei erheblicher Gefährdung oder Verletzung der Interessen eines Aktionärs oder der Gesellschaft durch Unfähigkeit, Nachlässigkeit, Abwesenheit, unredliches Verhalten oder voraussichtlicher Abhängigkeit von einer Mehrheit, die rechts- oder machtmisbräuchlich Beschlüsse fasse (OGH 7 ÖR.2004.4-21 in LES 2006, 430). Das Amt für Justiz könne nicht feststellen, ob die Beschwerdegegnerin der Beschwerdeführerin die ordentliche Rechnungslegung verweigere. Offenbar habe die Beschwerdegegnerin gewisse Unterlagen herausgegeben, andere jedoch nicht, doch sei die Beschwerdegegnerin als Nachtragsliquidatorin nicht verpflichtet, Unterlagen herauszugeben. Der Nachtragsliquidator sei nämlich im Gegensatz zum Liquidator keinem Organ Rechenschaft schuldig (Roth S. 264). Das Amt für Justiz könne nicht erkennen, dass ein wichtiger Grund zur Abberufung der Nachtragsliquidatorin vorliege.

Gegen diese Verfügung erhob die Beschwerdeführerin am 06. August 2019 Beschwerde an die Beschwerdekommission für Verwaltungsangelegenheiten (VBK). Sie brachten vor, dass sehr wohl wichtige Gründe im Sinne von Art 132 Abs 2 und Art 133 Abs 1 PGR vorlägen, um die Beschwerdegegnerin als Nachtragsliquidatorin durch das Amt für Justiz abzurufen. Die Beschwerdegegnerin verweigere gegenüber der Beschwerdeführerin als alleiniger Gründerrechtsinhaberin eine ordnungsgemässe Rechnungslegung. Eine Rechenschaftspflicht bestehe entgegen der Ansicht des Amtes gegenüber der alleinigen Gründerrechtsinhaberin sehr wohl. Gemäss Art 131 Abs 3 PGR hätten die Organe der Verbandsperson, mit Ausnahme der Verwaltung, im Liquidationsverfahren die gleichen Befugnisse wie vor der Liquidation. Dem obersten Organ, somit der alleinigen Gründerrechtsinhaberin, komme sowohl vor als auch nach Auflösung der Verbandsperson eine allgemeine Überwachungsfunktion zu (Roth S. 139). Die ihm zustehende Kontrollbefugnis setze sich also im Liquidationsverfahren fort (Roth S. 140; Art 134 Abs 3 PGR).

Die Beschwerdegegnerin äusserte sich mit Schriftsatz vom 10. September 2019 dahingehend, dass es sich bei einem Nachtragsliquidationsverfahren nicht um eine Liquidation, also nicht um eine «gewöhnliche» Liquidation handle. Bei einer gewöhnlichen Liquidation bestelle das oberste Organ der Verbandsperson den Liquidator, der deshalb dem obersten Organ rechenschaftspflichtig bleibe. Bei der Nachtragsliquidation werde jedoch der Nachtragsliquidator nicht vom obersten Organ bestellt (und abgerufen), weil es das oberste Organ gar nicht mehr gebe. Der Nachtragsliquidator werde vom Amt für Justiz bestellt. Entsprechend bestehe auch keine Rechenschaftspflicht des Nachtragsliquidators gegenüber dem – ohnehin nicht mehr existierenden – obersten Organ,

sondern gegenüber dem Amt für Justiz. Entsprechend fordere das Amt für Justiz bestellte Nachtragsliquidatoren nach ständiger Praxis auch regelmässig auf, Bericht über den Fortgang der Nachtragsliquidation zu erstatten.

Mit Entscheidung vom 30. Oktober 2019 zu VBK 2019/045 gab die VBK der Beschwerde vom 06. August 2019 keine Folge. Begründend führte die VBK aus, der Nachtragsliquidator werde im Gegensatz zum Liquidator gemäss Art 139 Abs 1 PGR immer amtlich bestellt. Im Gegensatz zur Liquidation existierten die Organe der juristischen Person nicht mehr (StGH 2010/040 E. 4.2). Der Nachtragsliquidator sei im Gegensatz zum Liquidator keinem Organ mehr Rechenschaft schuldig, zumal die Organe nicht reaktiviert würden (Roth S. 264). Deshalb sei der Nachtragsliquidator ausschliesslich der Aufsicht der Behörde unterlegen. Die ehemaligen Organe existierten nicht mehr. Da der Nachtragsliquidator keinem früheren Organ der Gesellschaft Rechenschaft schuldig sei, bilde die behauptete Verweigerung der Rechnungslegung der Beschwerdegegnerin gegenüber der Beschwerdeführerin keinen wichtigen Grund für eine Abberufung.

Gegen diese Entscheidung erhob die Beschwerdeführerin am 18. November 2019 rechtzeitig Beschwerde an den VGH.

Aus den Entscheidungsgründen

1. [...] Unbestritten ist, dass es sich bei der Beschwerdeführerin um die alleinige Inhaberin der Gründerrechte des D Establishment handelt und ihr ein allfälliger Liquidationsüberschuss zusteht.

2. Die Beschwerdeführerin bringt (weiterhin) vor, die Beschwerdegegnerin sei ihr gegenüber rechenschaftspflichtig. Dieser Pflicht komme die Beschwerdegegnerin nicht nach. Zudem bestünden erhebliche Meinungsverschiedenheiten zwischen der Beschwerdeführerin als alleiniger Gründerrechtsinhaberin der sich in Liquidation befindlichen Anstalt einerseits und der Beschwerdegegnerin als Nachtragsliquidatorin dieser Anstalt, was ebenso einen wichtigen Grund im Sinne von Art 132 Abs 2 und 3 PGR zur Abberufung der Nachtragsliquidatorin darstelle.

Dem hält die Beschwerdegegnerin entgegen, dass sie gegenüber der Beschwerdeführerin nicht rechenschaftspflichtig sei, denn sie sei amtlich und nicht durch die Beschwerdeführerin bestellt und es existierten keine ehemaligen Organe einer gelöschten Gesellschaft mehr, auch nicht ein oberstes Organ. Sie beruft sich auf StGH 2010/040 Erw. 4.2, Patrick Roth, Die Beendigung mit Liquidation von Körperschaften des liechtensteinischen Personen- und Gesellschaftsrechts, Schaan 2001, S. 260, 264 f., und Helmuth Neudorfer, Die Nachtragsliquidation, LJZ 1990, 65.

3. Der VGH erwägt wie folgt:

4. Das PGR enthält nur einen einzigen Artikel über die Nachtragsliquidation, nämlich Art 139, der wie folgt lautet:

1) Stellt sich nach der Löschung und ihrer Eintragung im Handelsregister noch weiteres der Verteilung unterliegendes Vermögen heraus, so hat auf Antrag von Beteiligten, wie Mitgliedern, Gläubigern oder von Amts wegen das Amt für Justiz im Verwaltungsverfahren die Verteilung des Vermögens durch amtlich bestellte Liqui-

datoren nach der konkursrechtlichen Rangordnung vornehmen zu lassen. Im Übrigen finden die Bestimmungen des Art 130 Abs 4 und 5 sinngemäss Anwendung.

2) Diese Vorschrift findet sinngemäss Anwendung, wenn eine Verbandsperson infolge Konkurses aufgelöst worden ist und nicht seitens des obersten Organes besondere Liquidatoren ernannt werden oder die Fortsetzung der Verbandsperson beschlossen wird.

3) Ist noch unverteilt Vermögen der Verbandsperson vorhanden, so kann einem Gläubiger, sofern er seine Befriedigung nur aus jenem sucht, die seit der Verteilung eingetretene Verjährung nicht entgegengesetzt werden.

Art 139 erhielt seit Inkrafttreten des PGR im Jahr 1926 keine wesentlichen Änderungen, ausser dass seit Inkrafttreten von LGBI. 2005 Nr. 257 am 20. Oktober 2005 nicht mehr das Landgericht, sondern das Öffentlichkeitsregisteramt (nunmehr das Amt für Justiz) zuständig ist.

5. Da die Nachtragsliquidation im Gesetz nur rudimentär geregelt ist, besteht ein grosser Bedarf an Interpretation der Bestimmung von Art 139 PGR.

Dabei steht im Vordergrund, dass Art 139 PGR im Kapitel über die Liquidation von Verbandspersonen (Art 130 – 140 PGR) steht. Deshalb können aus den Bestimmungen über die «gewöhnliche/reguläre» Liquidation von Verbandspersonen Schlüsse für das Nachtragsliquidationsverfahren gezogen werden. So erachtet es der VGH als selbstverständlich, dass auch in Nachtragsliquidationsverfahren der Liquidationserlös in erster Linie zur Deckung der Verbindlichkeiten verwendet (Art 136 Abs 1 PGR) und der verbleibende Liquidationsüberschuss an die Gesellschafter (Mitglieder, Aktionäre, Gründerrechtsinhaber etc.) verteilt werden muss (Art 138 Abs 1 PGR). Daraus ergibt sich, dass die Gesellschafter einer Verbandsperson auch im Nachtragsliquidationsverfahren rechtlich geschützte Interessen haben. Ob sie als oberstes Organ einer Verbandsperson auch das Recht haben, bei einer Verbandsperson, die infolge Konkurses aufgelöst wurde, besondere Liquidatoren zu ernennen, wie es Art 139 Abs 2 PGR zu bestimmen scheint, kann im vorliegenden Fall dahingestellt bleiben, weil die Beschwerdeführerin zu 1. als Gründerrechtsinhaberin nicht einen solchen besonderen Liquidator ernannte, sondern im Jahr 2013 beim Amt für Justiz die Bestellung der Beschwerdegegnerin als Nachtragsliquidatorin beantragte, und das Amt diesem Antrag stattgab.

Für die «gewöhnliche» Liquidation bestimmt Art 131 Abs 3 PGR, dass die Organe der Verbandsperson im Zustand der Liquidation die gleichen Befugnisse wie vor der Liquidation haben, jedoch mit der von Gesetzes wegen wirkenden Beschränkung auf solche Handlungen, die durch den Zweck der Liquidation ihrer Natur nach gerechtfertigt werden können. Ausgenommen hiervon sind die Befugnisse der Verwaltung, denn deren Befugnisse gehen auf die Liquidationsstelle (d.h. den Liquidator) über. Ob und allenfalls inwieweit die Bestimmung von Art 131 Abs 3 PGR auch für das Nachtragsliquidationsverfahren gilt, ist weiter zu prüfen.

6. Das liechtensteinische Gesellschaftsrecht lehnte sich von Anfang an sehr nah an das schweizerische an, sodass zur Interpretation der liechtensteinischen Bestimmungen die schweizerische Rechtsprechung und Lehre herangezogen werden können, dies immer unter Be-

rücksichtigung der Unterschiede zwischen dem liechtensteinischen und dem schweizerischen Gesellschaftsrecht.

Das schweizerische Gesellschaftsrecht (Art 52 – 89bis ZGB, Art 552 – 926 OR) kennt keinen so ausführlichen allgemeinen Teil zu den juristischen Personen wie das liechtensteinische PGR. Lediglich in Art 52 – 59 ZGB sind einige wenige allgemeine Bestimmungen enthalten. So verweist Art 58 ZGB für das Verfahren bei der Liquidation des Vermögens der juristischen Personen auf die Vorschriften, die für die Genossenschaften aufgestellt sind. Das Genossenschaftsrecht seinerseits verweist im Wesentlichen auf die Bestimmungen, nach denen für die Aktiengesellschaft liquidiert wird (Art 913 OR). Die aktienrechtlichen Bestimmungen über die Liquidation (Art 739 – 751 OR) enthalten ebenso wenig wie das übrige Gesellschaftsrecht eine Bestimmung über die Nachtragsliquidation. Überhaupt fehlt eine gesetzliche Regelung, wie zu verfahren ist, wenn eine juristische Person im Handelsregister gelöscht wurde und danach Vermögen der gelöschten juristischen Person hervorkommt. Das Bundesgericht entschied schon sehr früh (BGE 60 I 28) und seither stetig, dass in solchen Fällen die Gesellschaft wieder im Handelsregister eingetragen wird (BGE 64 I 334). Mit der Wiedereintragung erlangt die Gesellschaft ihre Handlungsfähigkeit wieder, zumal die Gesellschaft durch die Löschung im Handelsregister, die bloss deklaratorischer Natur ist, wegen des immer noch vorhandenen Vermögens nicht untergegangen ist. Die Organe der Gesellschaft können ihre Tätigkeit wieder aufnehmen (Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Aktienrecht, Bern 1996, § 56 N 158 und FN 73). Die Pflichten der früheren Liquidatoren leben mit der Wiedereintragung wieder auf (Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, § 17 N 73).

Das schweizerische Recht kennt die Bestellung von Liquidatoren durch den Richter (Art 741 Abs 2 OR), ähnlich wie Liechtenstein, wo jedoch das Amt für Justiz zuständig ist (Art 132 Abs 2 und 3, Art 133 PGR). Die richterliche Bestellung eines Liquidators erfolgt in der Schweiz entweder auf Antrag eines Aktionärs oder eines Gläubigers, sofern wichtige Gründe vorliegen oder wenn kein Liquidator in der Schweiz wohnhaft und zur Vertretung berechtigt ist oder wenn die Gesellschaft durch richterliches Urteil aufgelöst wird (BSK OR II-Christoph Stäubli, Art 740/741 N 1). Die Abberufung durch den Richter setzt wichtige Gründe voraus und kann gegen den Willen der Aktionärsmehrheit durchgesetzt werden, weil das Recht des Richters auf Bestellung und Abberufung von Liquidatoren dem Schutz der Aktionärsminorität dient. Als wichtige Gründe sind ganz allgemein Umstände zu betrachten, die nach objektiver Wertung darauf schliessen lassen, dass die Liquidation nicht ordentlich durchgeführt wird und deshalb Aktionärs- und Gesellschaftsinteressen gefährdet oder verletzt werden könnten. Über das Vorliegen von wichtigen Gründen entscheidet der Richter nach Recht und Billigkeit (Stäubli, aaO, N 9). Nach Ansicht von Bürgi und Nordmann-Zimmermann (Zürcher Kommentar, Art 741 OR N 22 f) ist der Richter nicht befugt, einem von ihm ernannten Liquidator Weisungen zu erteilen oder ihn zu überwachen. Der Generalversammlung steht das Recht zu, den richterlich eingesetzten Liquidator durch einstimmigen Beschluss abzuberufen, denn es sei – so Bürgi/Nordmann-Zimmermann – nicht einzu-

sehen, weshalb bei Einstimmigkeit der Aktionäre an den Richter gelangt werden müsse.

Die herrschende schweizerische Lehre leitet aus der Bestimmung von Art 739 Abs 2 OR, wonach die Befugnisse der Organe der Gesellschaft mit dem Eintritt der Liquidation auf die Handlungen beschränkt werden, die für die Durchführung der Liquidation erforderlich sind, ihrer Natur nach jedoch nicht von den Liquidatoren vorgenommen werden können (ähnlich: Art 131 Abs 3 PGR), ab, dass der Generalversammlung die in Art 698 OR aufgezählten Befugnisse verbleiben, insbesondere den Liquidationsbericht (entsprechend dem Jahresbericht) zu genehmigen, Zwischenbilanz und Schlussbilanz zu genehmigen und den Liquidatoren Entlastung zu erteilen (Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, aaO, § 56 N 55 ff). Böckli (aaO, § 17 N 38) vertritt die Meinung, dass die Generalversammlung den Liquidatoren keine Weisungen erteilen kann, denn die Liquidation sei eine besondere Art der Geschäftsführung und daher den Beschlüssen der Generalversammlung nicht zugänglich. Wohl aber könnten die Aktionäre Mehrheitsbeschlüsse über Grundsatzfragen fassen, die für die Liquidation als Richtlinien verbindlich seien. Die Liquidatoren träfen ihre geschäftsführenden Entscheide eigenverantwortlich, wenn auch unter der Oberaufsicht des Verwaltungsrates und unter voller Rechenschaftsablagepflicht gegenüber den Aktionären.

7. In Liechtenstein ist, soweit ersichtlich, bisher keine Rechtsprechung zu den Fragen ergangen, ob und inwieweit ein Nachtragsliquidator gegenüber den Gesellschaftern rechenschaftspflichtig ist und unter welchen Voraussetzungen er vom Amt für Justiz abberufen werden kann, insbesondere ob die Nichtleistung der Rechenschaft gegenüber den Gesellschaftern zur Abberufung genügt.

8. Neudorfer (Helmuth Neudorfer, Die Nachtragsliquidation, LJZ 1990, 65) weist darauf hin, dass bei der regulären Liquidation die Liquidatoren gemäss Art 138 Abs 6 PGR dem obersten Organ der Verbandsperson Rechenschaft über ihre Tätigkeit zu leisten haben. Er führt dann aus, dass in der Schweizer und österreichischen Lehre und Rechtsprechung die Meinung vertreten werde, dass bei nachträglichem Hervorkommen von Vermögen die Organe der Verbandsperson wieder in ihre, wenn auch auf den Zweck der Nachtragsliquidation beschränkte Funktion einträten. Diese Auffassung impliziere wohl, dass auch die Nachtragsliquidatoren diesen wiedererstandenen Organen gegenüber Rechenschaft schuldig seien. Ob diese Auffassung auch für den liechtensteinischen Rechtsbereich übernommen werden könne, sei aus praktischen Gründen zu bezweifeln. Bei den hier [in Liechtenstein] üblichen Sitzgesellschaften, auf die sich Nachtragsliquidationen nahezu ausschliesslich bezögen, wäre es wohl schwer, wenn nicht unmöglich, die früheren Organe wieder zu reaktivieren. Da das Gesetz, anders als in der Schweiz und Österreich, ausdrücklich von «amtlich bestellten Liquidatoren» spreche, erscheine es gerechtfertigt, wenn der Behörde, die sie bestelle, ein gewisses Aufsichtsrecht und eine Aufsichtspflicht zukomme.

Für den VGH ergibt sich jedoch aus diesen Ausführungen nicht, weshalb der Nachtragsliquidator den Gesellschaftern (bzw. dem obersten Organ einer körperschaft-

lich organisierten Verbandsperson) nicht Rechenschaft schuldig sein soll, so wie bei der regulären Liquidation, zumal die Verbandsperson trotz vorhergehender Löschung im Handelsregister nicht zu existieren aufhörte (deklarative Wirkung der Löschung).

9. Roth (Patrick Roth, Die Beendigung mit Liquidation von Körperschaften des liechtensteinischen Personen- und Gesellschaftsrechts, Schaan 2001, S. 139 f.) führt zur «regulären» Liquidation aus, dass dem obersten Organ während der Liquidation grundsätzlich die gleichen Befugnisse wie vor der Auflösung zustünden. Vor der Auflösung komme dem obersten Organ eine allgemeine Überwachungsfunktion zu (Art 170 Abs 1 iVm Art 471 Abs 1 und 2 PGR). Auch im Liquidationsverfahren sei das Wahrnehmen dieser Aufgabe vom Liquidationszweck gedeckt und gar geboten. Die Rechenschaftspflicht bestehe also auch gerade während der Liquidation weiter. Der Liquidator habe sie zu erfüllen. Das oberste Organ habe die Liquidationseröffnungsbilanz, die jährlichen Zwischenbilanzen (die Geschäftsberichte), eine Liquidationsschlussbilanz und insbesondere eine Schlussabrechnung der Liquidation auf Vorlage zu genehmigen. Ebenso sei das oberste Organ für die Erteilung der Décharge an den Liquidator zuständig.

Zur Nachtragsliquidation führt Roth aus (S. 259), dass die Rechtspersönlichkeit einer Verbandsperson, bei der nachträglich Vermögen zum Vorschein kommen könne, gar nie untergegangen sei, da sie tatsächlich nie vermögenslos gewesen und daher die Liquidation noch nicht abgeschlossen sei.

Zur Stellung der Gesellschaftsorgane führt Roth aus (S. 262 f), dass die schweizerische Doktrin die Auffassung vertrete, dass das Wiederaufleben der Organe ein vollständiges, allerdings bis zum endgültigen Abschluss der Liquidation zeitlich limitiertes sei. Auch der Liquidator trete wieder in sein Amt ein. In Liechtenstein präsentiere sich die Rechtslage allerdings differenzierter. Hier sehe das Gesetz ausdrücklich vor, dass der gelöschten Verbandsperson ein Nachtragsliquidator bestellt werden könne. Dadurch werde die Verbandsperson wieder handlungsfähig. Es bedürfe also keines Wiederauflebens der ehemaligen Organe bis zum Abschluss der Nachtragsliquidation. Insofern lasse sich, wie dies der OGH tue, ein Wiederaufleben der Organe bis zur Bestellung eines Nachtragsliquidators befürworten, denn die Verbandsperson müsse sich ja schliesslich gegen die Bestellung eines Nachtragsliquidators zur Wehr setzen können. Das Wiederaufleben der Organe müsse aber neben der zeitlichen Beschränkung auch inhaltlich dahingehend beschränkt werden, dass die Organe niemals die Aufgaben des Nachtragsliquidators übernehmen könnten. Sie hätten lediglich die Befugnis, sich im Interesse der Verbandsperson gegen die Bestellung eines Nachtragsliquidators zu wehren.

Diese Ausführungen von Roth differenzieren nicht zwischen den verschiedenen Organen einer Verbandsperson, insbesondere nicht zwischen der Verwaltung als geschäftsführungs- und vertretungsberechtigtem Organ einerseits und dem obersten Organ (der Versammlung der Gesellschafter) andererseits. Den Argumenten von Roth kann zwar insoweit gefolgt werden, als sie sich auf das Verwaltungsorgan beziehen, doch heisst dies nicht,

dass sie sich auch auf das oberste Organ beziehen müssen.

Hinsichtlich der rechtlichen Stellung des Nachtragsliquidators und der Aufsicht über ihn führt Roth aus (S. 263 ff), es biete sich ein Analogieschluss zur Rechtstellung des Liquidators an (siehe weiter oben). Das Rechtsverhältnis zwischen dem Nachtragsliquidator und der Verbandsperson sei entsprechend dem Rechtsverhältnis zwischen dem Liquidator und der Verbandsperson als privatrechtliches zu qualifizieren [so später dann auch ausdrücklich Urteil des VGH vom 04.08.2014, VGH 2014/040, LES 2015, 79]. An der privatrechtlichen Natur vermöge auch die amtliche Bestellung nichts zu ändern. Daher hafte für die Kosten des Nachtragsliquidators ausschliesslich die Verbandsperson.

Hinsichtlich der Einschränkung und Ausdehnung von Vertretungsmacht und -befugnis gelte es – so Roth S. 264 – zu beachten, dass kein oberstes Organ mehr im Hintergrund existiere, welches dafür zuständig sein könnte. Diesbezüglich erscheine der Hinweis von Neudorfer hilfreich, wonach der Nachtragsliquidator einer gerichtlichen Aufsicht unterstehen solle. Neudorfer begründe das gerichtliche Aufsichtsrecht und die gerichtliche Aufsichtspflicht damit, dass der Nachtragsliquidator im Gegensatz zum Liquidator keinem Organ mehr Rechenschaft schuldig sei, zumal die Organe nicht reaktiviert würden.

Mit diesen Ausführungen erklärt Roth jedoch nicht, weshalb im Nachtragsliquidationsverfahren kein oberstes Organ mehr existiert.

10. Bazdaric (Sabine Bazdaric, Die Nachtragsliquidation nach dem liechtensteinischen Personen- und Gesellschaftsrecht unter besonderer Berücksichtigung der Praxis des Grundbuch- und Öffentlichkeitsregisteramtes, Master Thesis, Hochschule Liechtenstein, 2009, auszugsweise veröffentlicht in Jus & News 2009, 301) führt zur Stellung des obersten Organs im Nachtragsliquidationsverfahren aus, dass Art 131 Abs 3 PGR sinngemäss auch auf Nachtragsliquidationen anzuwenden sei. Laut Art 138 Abs 6 PGR sei nach Beendigung der Liquidation, wenn die Statuten oder das zuständige Organ es nicht anders bestimmten, das oberste Organ, soweit es vorhanden sei, zwecks Genehmigung der Schlussrechnung und Entlastung einzuberufen. Dem Grundbuch- und Öffentlichkeitsregisteramt komme nämlich keine Verpflichtung zur Entlastung des Nachtragsliquidators bei Beendigung des Nachtragsliquidationsverfahrens zu (LG vom 11. Juli 2005 zu 10 HG.2004.48).

Zur Aufsicht über den Nachtragsliquidator führt Bazdaric aus, dem Grundbuch- und Öffentlichkeitsregisteramt komme eine eingeschränkte Aufsichtspflicht zu, weil der Nachtragsliquidator von ihm bestellt werde. Diese Aufsicht beschränke sich allerdings auf formelle Kriterien, wie z.B., dass das Nachtragsliquidationsverfahren nach einer angemessenen Dauer beendet werde oder dass der Nachtragsliquidator dem Amt bei Abschluss seiner Tätigkeit einen nachvollziehbaren Abschlussbericht vorlege. Hingegen komme dem Amt keine materielle Aufsichtspflicht dahingehend zu, dass das nachträglich hervorgekommene Vermögen durch den Nachtragsliquidator ordnungsgemäss und nach der konkursrechtlichen Rangordnung verteilt werde. Das Amt fordere den

Nachtragsliquidator einmal jährlich zur Erstattung eines Zwischenberichts über den Stand des Nachtragsliquidationsverfahrens auf. Es habe dafür Sorge zu tragen, dass ein laufendes Nachtragsliquidationsverfahren so rasch als möglich durchgeführt und beendet werde.

Bazdaric sagt in diesem Zusammenhang nichts zur Frage, ob dem obersten Organ der Gesellschaft ein Aufsichtsrecht zukommt. Auch ist bemerkenswert, dass im vorliegenden Fall das Amt für Justiz erst 5,5 Jahre nach der Bestellung der Beschwerdegegnerin zum Nachtragsliquidator mit Schreiben vom 13. März 2019 die Beschwerdegegnerin erstmals zur Erstattung eines Zwischenberichts über den Stand des Verfahrens aufforderte.

Zur vorzeitigen Abberufung des Nachtragsliquidators beruft sich Bazdaric auf die analoge Anwendung von Art 133 Abs 1a PGR. Deshalb könne der Nachtragsliquidator nur in Ausnahmefällen und aus wichtigen Gründen vom Amt abberufen werden.

11. Unter Berücksichtigung all dieser Argumente kommt der VGH zum Schluss, dass es sich auch bei der Nachtragsliquidation um eine Liquidation einer Verbandsperson handelt. Der Löschung einer Verbandsperson im Handelsregister kommt nur deklaratorische Wirkung zu (VGH 2008/042 in LES 2008, 289), sodass die Verbandsperson nicht zu existieren aufhört, wenn noch Vermögenswerte vorhanden sind. Deshalb handelt es sich bei der Nachtragsliquidation nur um eine Fortsetzung der vor der Löschung der Verbandsperson im Handelsregister durchgeführten «regulären» Liquidation. Würde die Verbandsperson auf gerichtliche Anordnung im Handelsregister gelöscht, weil ein Konkursantrag mangels Masse abgelehnt werden musste, wird mit Eröffnung des Nachtragsliquidationsverfahrens die Liquidation überhaupt erst eingeleitet. Aus all dem spricht nichts dagegen, dass die Bestimmungen über die Liquidation (Art 130 – 138 PGR) auch auf das Nachtragsliquidationsverfahren Anwendung finden, soweit dies möglich ist. Der VGH erachtet dies sogar als geradezu geboten.

Die Nachtragsliquidation unterscheidet sich jedoch insoweit – und einzig dadurch – von der «regulären» Liquidation, als der Liquidator nicht durch das oberste Organ der Verbandsperson, sondern durch das Amt für Justiz bestellt wird. Den actus contrarius zur Bestellung, nämlich die Abberufung des Liquidators, sei es nach Beendigung der Nachtragsliquidation oder vorzeitig, muss logischerweise das Amt setzen. Damit ist jedoch noch nicht geklärt, unter welchen Voraussetzungen das Amt den Nachtragsliquidator abberufen kann und ob dem Amt eine (laufende) Aufsicht über den Nachtragsliquidator zukommt. Hinsichtlich der laufenden Aufsicht vermag der VGH nicht zu erkennen, woraus sich ergeben soll, dass das Amt die Rolle des obersten Organs bei der «regulären» Liquidation übernehmen soll (ähnlich Bazdaric, aaO). Dies gilt umso mehr, als der Nachtragsliquidator nicht in einem öffentlich-rechtlichen Verhältnis zum Amt für Justiz und damit zum Land Liechtenstein steht (VGH 2014/040 in LES 2015, 79; Roth, aaO, S. 264). So wie bei der «regulären» Liquidation gibt es auch bei der Nachtragsliquidation Gesellschafter der – immer noch existierenden – Verbandsperson und damit ein oberstes Organ. So wie bei der «regulären» Liquidation kommt den Gesellschaftern der Liquidationsüberschuss zu. Schon aus

diesem Grund haben sie ein eminentes Interesse daran, dass nicht nur die «reguläre» Liquidation, sondern auch die Nachtragsliquidation sorgfältig (Art 182 Abs 2 PGR) durchgeführt wird. Deshalb ist den Gesellschaftern und damit dem obersten Organ die Überwachungsfunktion nicht abzusprechen (Roth, a.a.O., S. 139 f mit Verweis auf Art 170 Abs 1 iVm Art 471 Abs 1 und 2 PGR; auch Art 134 Abs 3 iVm Art 182d Abs 1 PGR). Vor allem aber soll auch ein Nachtragsliquidator so wie ein «regulärer» Liquidator der materiellen Überwachung des obersten Organs (Roth, aaO, S. 139 f) und nicht nur der auf formelle Kriterien beschränkten Aufsicht des Amtes für Justiz unterliegen, so wie jedes Verwaltungsorgan einer juristischen Person der Kontrolle (Aufsicht) des obersten Organs unterliegt. Auch der Nachtragsliquidator handelt nicht auf eigene, sondern auf fremde Rechnung (auf Rechnung der Verbandsperson) und ist deshalb schon aus der Natur der Sache heraus rechenschaftspflichtig. Die «praktischen» Bedenken von Neudorfer (aaO) teilt der VGH, zumindest aus heutiger Sicht, nicht, denn Art 180a PGR gilt auch im Nachtragsliquidationsverfahren (Art 132 Abs 1a PGR).

Dem Amt für Justiz kommt die Abberufungskompetenz zu. Soweit es sich dabei nicht um die Enthebung des Nachtragsliquidators nach Beendigung des Liquidationsverfahrens, sondern um eine vorzeitige Abberufung handelt, ergibt sich dies zum einen aus der Theorie des *actus contrarius* und zum andern aus Art 132 Abs 2 und Art 133 Abs 1 und 1a PGR. Die Abberufung gegen den Willen des Liquidators kann gemäss diesen Bestimmungen nur bei Vorliegen wichtiger Gründe erfolgen. Der in der Schweiz von Bürgi/Nordmann-Zimmermann (aaO) vertretenen Auffassung, dass ein richterlich (amtlich) ernannter Liquidator durch einstimmigen Beschluss des obersten Organs der Verbandsperson abberufen werden kann, folgt der VGH für Liechtenstein nicht, da dies der Theorie des *actus contrarius* widersprechen würde. Nichtsdestotrotz hat das Amt für Justiz bei seiner Entscheidung über die Abberufung zu berücksichtigen, ob und aus welchen Gründen sich alle oder ein Teil der Gesellschafter für oder gegen die Abberufung des Nachtragsliquidators aussprechen.

Wichtige Gründe zur Abberufung des Nachtragsliquidators können u.a. dann vorliegen, wenn der Nachtragsliquidator seinen Pflichten, so zB seinen Rechenschaftspflichten gegenüber dem obersten Organ, nicht nachkommt. Bei der Beurteilung der Frage, ob wichtige Gründe vorliegen, sind alle Umstände abzuwägen. Dazu können auch «Meinungsverschiedenheiten» zwischen dem (Nachtrags-)Liquidator und dem obersten Organ gehören.

Dass im Nachtragsliquidationsverfahren die Organe der juristischen Person nicht mehr existieren, wie es der StGH in seinem Urteil zu StGH 2010/040 E. 4.2 verneinte, ergibt sich aus dem Gesetz nicht. Vielmehr gilt, wie schon ausgeführt, dass eine juristische Person trotz Löschung ihres Eintrages im Handelsregister nicht untergeht, wenn sie weiterhin Vermögenswerte hält. Somit gehen auch ihre Organe nicht «verloren». Vielmehr haben sie im Zustand der Liquidation (und damit auch im Zustand der Nachtragsliquidation, bei der es sich ja nur um die Fortsetzung der Liquidation oder um eine erstmalige Liquidation handelt, die gleichen Befugnisse wie vor der

Liquidation (Art 131 Abs 3 PGR). So kommt der Liquidationsüberschuss zweifelsohne den Gesellschaftern (deren Versammlung ja das oberste Organ einer Verbandsperson bildet) und nicht etwa dem Nachtragsliquidator oder dem Amt für Justiz zu. Der StGH begründet denn auch nicht vertieft, wie er zu seiner Ansicht gelangte. Er verweist lediglich auf Roth (aaO, S. 263), der aber an der angegebenen Stelle, wie oben ausgeführt, nicht zwischen den verschiedenen Organen einer Verbandsperson differenziert. Der Staatsgerichtshof prüfte im Übrigen in seinem Urteil zu StGH 2010/040 nicht die Rechtsfrage, ob im Nachtragsliquidationsverfahren die Organe der juristischen Person noch existieren, sondern ob im konkreten Fall die Bestellung eines dem obersten Organ nicht genehmen Nachtragsliquidators im Lichte des verfassungsrechtlichen Willkürasters vertretbar erscheint.

12. Der VGH folgt also der Rechtsansicht der Unterinstanzen und der Beschwerdegegnerin, im Nachtragsliquidationsverfahren existiere kein oberstes Organ und der Nachtragsliquidator sei gegenüber dem obersten Organ der Verbandsperson nicht rechenschaftspflichtig, nicht.

13. Da die Unterinstanzen nicht abgeklärt haben, ob und inwieweit die Beschwerdegegnerin ihren Pflichten, insbesondere gegenüber der Beschwerdeführerin, nachgekommen ist, ist die vorliegende Verwaltungssache an das Amt für Justiz zurückzuleiten. Das Amt hat im fortgesetzten Verfahren entsprechende Abklärungen vorzunehmen und Feststellungen zu treffen.

FÜRSTLICHER OBERSTER GERICHTSHOF

Fürstlicher Oberster Gerichtshof

U 05.06.2020, 05 CG.2017.107

Art 52 Abs 1 IPRG

§ 1311 ABGB

Verletzungen von Schutzpflichten bei Verträgen zugunsten Dritter sind internationalprivatrechtlich deliktisch anzuknüpfen, desgleichen Verletzungen von Schutzgesetzen.

§ 1002 ABGB

§ 1295 ABGB

§ 1400 ABGB

Beim Anderkonto ist ausschliesslich der Treuhänder gegenüber der Bank berechtigt und verpflichtet, während die Bank mit dem Treugeber in keiner das Konto betreffenden Vertragsbeziehung steht.

Der Vertrag zwischen einem Rechtsanwalt und der Bank, bei der dieser ein Anderkonto eröffnet, ist kein Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten des Klienten des Rechtsanwaltes, für den Zahlungen auf dieses Konto eingehen. (Rechtssatz des OGH)

Die Bank ist mangels gegenteiliger Vereinbarung grundsätzlich nicht verpflichtet, einen Treuhänder zu überwachen. (Rechtssatz des OGH)

Die Bank haftet nicht für Malversationen des Inhabers des Anderkontos (Rechtsanwalt), es sei denn, sie beteiligt sich selbst deliktisch an dessen Handlungen. (Rechtssatz des OGH)

§ 1311 ABGB

Art 1 ff SPG (idF LGBl. 2013/39)

Das SPG hat nicht den Individualschutz des Treugebers vor Veruntreuungen des Treuhänders durch dessen Verfügungen über ein Treuhandkonto zum Ziel. (Rechtssatz des OGH)

Sachverhalt

Rechtsanwalt Y, Vaduz, vertrat G in einer von diesem gegen die Z Stiftung, Vaduz, geführten Zivilrechtsstreitigkeit. Als Folge des der Klage des G in jenem Verfahren rechtskräftig stattgebenden Urteils überwies die Z-Stiftung insgesamt rund EUR 3.7 Mio. auf das von Y bei der X Bank AG, Vaduz, unterhaltene «Anderkonto». Von diesen rund EUR 3.7 Mio. wurden von Y rund EUR 3 Mio. an G und von diesem bezeichnete Dritte weiter überwiesen, während der Restbetrag von Y durch Überweisung auf seine persönlichen Bankkonten und anschliessende Verwendung zur Begleichung privater Verbindlichkeiten veruntreut wurde.

Mit Klage vom 22.03.2017 begehrte G von der X Bank AG die Bezahlung eines Betrages von zuletzt (ein-

geschränkt) EUR 655'247.35 samt 5% Zinsen seit dem 24.02.2017 und brachte hierzu ua vor:

Die Beklagte, welche gewusst habe, dass es sich bei den von Y auf einem Anderkonto treuhänderisch vereinnahmten Geldern um für ihn bestimmtes Fremdgeld gehandelt habe, habe bei ausreichender Wahrnehmung ihrer Sorgfaltspflichten erkennen können, dass Y die EUR 655'247.35 widerrechtlich auf seine Privatkonten weitergeleitet habe. Sofern Y bei der Beklagten seine Kanzleikonten, einschliesslich Treuhandkonten, zum Zwecke der Abwicklung von «Kundengeld-Transaktionen» unterhalten habe, entfalte diese Vertragsbeziehung Schutzwirkungen zu seinen Gunsten als Klient von Y, bzw sei von einer vertraglichen Sonderbeziehung zwischen der Beklagten und ihm auszugehen. Der Beklagten hätten daher ihm gegenüber, dessen Gelder treuhänderisch auf die Konten von Y einbezahlt worden seien, spezifische Schutz- und Sorgfaltspflichten obliegen. Demzufolge sei die Beklagte verpflichtet gewesen, die Weitertransferierung der von der Z Stiftung überwiesenen Gelder vom Kanzleikonto des Y auf dessen Privatkonten vertieft abzuklären und zweckentsprechende Massnahmen zu seinem Schutz zu ergreifen, zB die Ausführung von Transaktionen zu verweigern oder aber diese zumindest durch Vorlage unbedenklicher Urkunden von Y plausibilisieren zu lassen. Die Beklagte habe ihre diesbezüglichen Sorgfaltspflichten grob schuldhaft verletzt und dadurch die von Y begangene Veruntreuung überhaupt erst ermöglicht. Die Beklagte hafte ihm daher aus Vertrag. Die Haftung der Beklagten sei umso mehr begründet, als sie in Wahrnehmung ihrer gesetzlichen Sorgfaltspflichten bei der Staatsanwaltschaft bzw der FIU Anzeige bzw Meldung hätte erstatten müssen. Wesentlich sei, dass die öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen der Beklagten nach Banken- und Sorgfaltspflichtgesetzgebung lediglich einen Mindeststandard darstellen würden. Die offensichtlich dem Geschäftsprofil des Anderkontos und dessen Zweckbestimmung widersprechende Weiterleitung der Gelder auf das Privatkonto des Y sei von der Beklagten auch aufgrund ihrer sorgfaltspflichtgesetzlichen Verpflichtungen als ungewöhnlicher Vorgang abzuklären und in weiterer Folge zu verweigern gewesen. Das Verhalten der Beklagten habe gegen die Bestimmungen des Sorgfaltspflichtgesetzes (SPG), insbesondere gegen Art 6 bis 9a, 17 f SPG, verstossen. Bei den Bestimmungen des SPG handle es sich um Schutzgesetze gemäss § 1311 ABGB. Die Beklagte hafte ihm daher auch aus Gesetz. Zudem habe sich die Beklagte an den strafrechtlichen Malversationen des Y als Beitragstätlerin beteiligt, weshalb sie ihm auch aus diesem Grunde deliktisch hafte.

Die Beklagte bestritt das Vorbringen des Klägers, beantragte kostenpflichtige Klageabweisung und wendete zusammengefasst ein:

Zwischen ihr und dem Kläger habe keine wie immer geartete vertragliche Beziehung bestanden, weshalb eine Haftung aus (Bank)Vertrag ausscheide. Für «die Anwendung einer Konstruktion eines Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte» bestehe kein Raum. Sie habe zudem kein Gesetz übertreten, das dem Schutz des Klägers diene,

weshalb auch eine deliktische Haftung ausscheide. Abgesehen davon, dass sie nicht gegen das Sorgfaltpflichtgesetz (SPG) verstossen habe, würden dessen Bestimmungen keine Schutzgesetze zugunsten des Klägers darstellen.

Mit U vom 04.04.2019 wies das LG das (eingeschränkte) Klagebegehren zur Gänze ab und verpflichtete den Kläger zu einem näher bestimmten Kostenersatz an die Beklagte.

Der vom Kläger gegen dieses U erhobenen Berufung wurde vom OG mit Berufungsentscheidung vom 04.12.2019 keine Folge gegeben.

Ebenfalls erfolglos war die vom Kläger gegen das zweitinstanzliche U zum OGH erhobene Revision.

Aus den Entscheidungsgründen

9.1. Das OG hat angesichts des ausländischen Wohnsitzes und der italienischen Staatsangehörigkeit des Klägers zu Recht vorab die – vom Erstgericht wie auch von den Parteien unerörtert gelassene – Frage des anwendbaren Rechts geprüft. Im Hinblick auf die vom Kläger herangezogenen Rechtsgründe – Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter und SPG als Schutzgesetz zu Gunsten des Klägers – ist das OG zu Recht von Art 52 Abs 1 IPRG zur Anknüpfung von Schadenersatzansprüchen ausgegangen und hat beide vom Kläger herangezogene Haftungsgrundlagen, zumal sie allfällige Handlungspflichten der Beklagten im Inland betreffen, liechtensteinisches Recht als anwendbar erachtet. Die Frage des anwendbaren Rechts wird in der Revision und in der Revisionsbeantwortung nicht mehr releviert. Es ist daher von der Anwendbarkeit liechtensteinischen Rechts auszugehen.

9.2. Es ist unstrittig, dass es sich beim gegenständlichen Konto «Nr. 50.xxx, Ref. K» um «ein Anderkonto» gehandelt hat, auf das Beträge aus einem Verfahren gegen die Z Stiftung an den Kläger zu Handen seiner Vertreter überwiesen wurden. Die Qualifikation als «Anderkonto» war der Beklagten aufgrund des «Profils der Geschäftsbeziehung» bekannt, weiters war ihr ebenso bekannt, dass es sich bei der Kontoinhaberin um Rechtsanwältin handelte (Rechtsanwaltskanzlei Y AG) und dass es sich bei den Kontoeingängen ausschliesslich um Beträge im Zusammenhang mit der forensischen Tätigkeit der Rechtsanwältin handelte. Im Formular «Geschäftsprofil» der Beklagten zum Konto «Nr. 50.xxx, Ref. K» wurde festgehalten, dass «Einbringer der Vermögenswerte» die Z Stiftung sei und hat sich nach den Feststellungen aus den Seitens der Beklagten zur «Plausibilisierung» eingeholten Dokumenten (Urteilssprüche der Gerichtsinstanzen im Verfahren 01 CG.2011.355) zweifelsfrei ergeben, dass die Z Stiftung durch das «Einbringen der Vermögenswerte» eine Schuld gegenüber dem von der Rechtsanwaltskanzlei Y AG vertretenen Kläger im Zusammenhang mit dem oben erwähnten Prozess beglichen hat. Von diesen Feststellungen ist auszugehen.

9.3. Es ist dem OG auch darin zuzustimmen, dass das genannte Konto rechtlich als sogenanntes «offenes (fiduziarisches) Vollrechtstreuhandkonto» bzw «Anderkonto» zu qualifizieren ist. Bei diesen Konten wird der Bank gegenüber offengelegt, dass der Kontoinhaber zwar formell Rechtsinhaber ist und als solcher allein verfügen

kann, es aber wirtschaftlich gesehen um fremdes Vermögen geht, das der Treuhänder nur gemäss der Treuhandabrede verwenden darf. Beim Vollrechtstreuhandkonto ist ausschliesslich der Treuhänder gegenüber der Bank berechtigt und verpflichtet, während die Bank mit dem Treugeber in keiner das Konto betreffenden Vertragsbeziehung steht (öOGH 7 Ob 8/05k SZ 2005/15 = ÖBA 2005, 559 [Rabl]; LES 2011, 117; LES 2006, 329). Der öOGH hat in stRsp festgehalten, dass der Inhaber eines Anderkontos der Bank gegenüber allein vollberechtigt ist (nicht bloss bevollmächtigt) und die Bank mit dem Treugeber (also jenem, zu dessen Gunsten der Kontoinhaber das Geld verwaltet) in keiner Geschäftsbeziehung steht. Der Treugeber hat daher keine Verfügungsberechtigung über das Konto (RIS-Justiz RS0010450).

9.4. Die Vereinbarung zwischen Bank und Treuhänder über die Eröffnung eines Treuhandkontos begründet keinen Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten des Treugebers (*Apathy*, ÖBA 2001, 553 [Entscheidungsanmerkung]; *Iro* in *Apathy/Iro/Koziol*, Österreichisches Bankvertragsrecht II [2008] Rz 1/161). Im gegenständlichen Fall war der Kläger Treugeber und der Kontoinhaber Y Treuhänder. Aus dem festgestellten Umstand, dass es sich bei dem hier gegenständlichen Konto, auf dem Gelder aus einem gewonnenen Prozess eingingen, um ein Anderkonto handelte, ist entgegen den umfangreichen Ausführungen in der Revision für den Kläger nichts zu gewinnen. Auch ergibt sich eine – für den «Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter» notwendig vorauszusetzende – Gefährdung des Dritten (hier also des Klägers) durch die Vertragserfüllung bzw. dessen Angehörigkeit zur Interessensphäre der Beklagten (*Karner* in *KBB*⁶ [2020] § 1295 Rz 19), aus dem festgestellten Sachverhalt nicht.

9.5. Auch eine allgemeine Pflicht der Bank, Schäden durch Untreuehandlungen in einer fremden Sphäre hintanzuhalten, ist nicht anzunehmen (RIS-Justiz RS0017127 [T 5]; öOGH 2 Ob 5/00z; 9 Ob 128/03v ÖBA 2004, 702 [*Iro*]). Die Bank ist mangels gegenteiliger Vereinbarung grundsätzlich nicht verpflichtet, einen Treuhänder zu überwachen (RIS-Justiz RS0010450[T3]; *Iro* in *Apathy/Iro/Koziol*, Österreichisches Bankvertragsrecht II Rz 1/161). Sie haftet daher auch nicht, wenn der Treuhänder bei Verfügungen über das Treuhandkonto gegen die Treuhandverpflichtung verstösst, es sei denn, die Bank setzt dabei selbst ein deliktisches Verhalten (öOGH 5 Ob 28/93 ÖBA 1993, 726 [*Iro*]). Dieser Grundsatz wurde in öOGH 2 Ob 329/00x ÖBA 2001, 550 [mit Anmerkung von *Apathy*], 9 Ob 128/03v und 7 Ob 8/05k wiederholt. Es kann daher insoweit von einer gefestigten Rsp auf der Basis der Rezeptionsvorlage des ABGB ausgegangen werden. Dieser Grundsatz entspricht überdies auch der öLehre, nach der eine Haftung wegen Schutzgesetzverletzung nur dann angenommen wird, wenn der Treuhänder treuwidrige Verfügungen vornimmt und sich die treuhandkontoführende Bank als Beitragstätin an der Straftat des Treuhänders (Veruntreuung oder Untreue iSd §§ 12, 133, 153 StGB) beteiligt (*Baumgartner/Torggler* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Grosskommentar zum ABGB – Klang-Kommentar, § 1002 Rz 179; *Rubin* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1,03} § 1002 Rz 194; *Apathy* in *Schwimmann/Kodek*⁴ IV § 1002 Rz 11). Davon, dass die Beklagte etwa in deliktischer Art und Weise an den treu-

widrigen Verfügungen des Nebenintervenienten mitgewirkt oder diese ermöglicht hätte, ist dem festgestellten Sachverhalt nichts zu entnehmen. Die Revision befindet sich mit ihren Ausführungen zu einer «Mitwirkung und Beitragstäterschaft der Beklagten» nicht auf dem Boden der Feststellungen.

9.6. Insoweit daher die Revision einen Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter, nämlich zu Gunsten des Klägers als Treugeber aus der Rechtsverbindung des Nebenintervenienten mit der beklagten Partei, darstellen will, geht sie fehl. Auf Basis des festgestellten Sachverhaltes ist kein Anhaltspunkt für die oben dargestellten Voraussetzungen der Haftung einer Bank für malversive Verfügungen des Nebenintervenienten als Inhaber des Anderkontos zu festzustellen. Dem OG (S 44 f) ist darin zuzustimmen.

9.7. Wenn die Revision ausführt, dass die Überweisungen auf das portugiesische Konto für die Beklagte verdachtserregend sein mussten und sie daher zu Handlungen veranlassen mussten, die den Kläger als wirtschaftlich Berechtigten geschützt hätten, ist ihr ebenso wenig zu folgen. Diese Überweisungen waren für die Beklagte nicht verdachtserregend, zumal kein Wissen ihrerseits über die Anordnungen des Klägers hinsichtlich der Weiterüberweisungen der Zahlungseingänge festgestellt ist. Wenn der Kläger in der Revision ausführt, die Beklagte habe in geradezu grob fahrlässiger Weise die malversiven Transaktionen ausgeführt, entfernt er sich von den Feststellungen der Untergерichte, weil Anhaltspunkte für den Vorwurf der Fahrlässigkeit begründendes Wissen auf Seite der Beklagten nicht festgestellt sind. Die Beklagte konnte daher auch nicht beurteilen, ob diese Überweisungen im Sinne des Auftrags- und Treuhandverhältnisses zwischen Kläger und Nebenintervenienten waren oder nicht. Dass die Rubren und Sprüche der Entscheidungen zeigten, dass es bei dem auf das Anderkonto «eingebrachten» Geld um Geld des Klägers handelt, bedeutet nicht, dass sich die Beklagte auch noch darüber vergewissern müsste, dass die Weiterüberweisungen auch auf ein Konto des Klägers erfolgen, zumal diese auch an dritte Personen gehen können, wenn der Kläger entsprechende Anweisungen gegeben hat. Abgesehen davon ist festgestellt, dass die Bank ohnehin Plausibilitätskontrollen vorgenommen hat, die jeweils unbedenkliche Ergebnisse zeigten.

9.8. Darüber hinaus hat der Kläger seinerseits ohnehin einen deckungsgleichen vertraglichen Schadenersatzanspruch gegen seinen Vertreter, den Nebenintervenienten, sodass allein schon deshalb ein Ersatzanspruch nicht gegeben wäre (öOGH 6 Ob 146/04w; 2 Ob 129/15g). Die in der Revision relevierte Illiquidität des Ersatzpflichtigen ändert daran nichts.

9.9. Festzuhalten ist daher zu diesem Punkt der Revision (Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter) zusammenfassend, dass eine Verpflichtung der Beklagten mangels eines Vertrags mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter (nämlich des Klägers als Treugeber) nicht anzunehmen war. Darüber hinaus ist ein deliktisches Handeln der Beklagten bzw eine Beteiligung an den Malversationen des Nebenintervenienten nicht festgestellt. Eine Haftung für die Untreuehandlungen des Treuhänders über das Anderkonto scheidet daher aus.

9.10. Der zweite Rechtsgrund, den die Revision releviert, ist die «Haftung aus Gesetz»: Die Revision meint, dass das Sorgfaltspflichtgesetz (SPG) ein Schutzgesetz zu Gunsten des Klägers darstelle und will gestützt auf dieses eine zivilrechtliche Haftung bei Verletzung des SPG begründen.

9.11. Der Schutzzweck des SPG, in concreto des Art 5 Abs 1 lit d und Abs 2 lit b SPG iVm Art 9 SPG (in der für dieses Verfahren massgeblichen Fassung LGBl 2013/39) liegt nicht darin, Schäden zu verhindern, wie sie der Kläger im vorliegenden Fall geltend macht. Das SPG hat nicht den Individualschutz des Treugebers vor Veruntreuungen des Treuhänders durch dessen Verfügungen über ein Treuhandkonto zum Ziel. Ein solcher Schutz des Treugebers war vom SPG nicht intendiert und kann ihm auch nicht entnommen werden.

9.12. Das SPG beabsichtigte die Sicherstellung der Sorgfalt bei der berufsmässigen Ausübung der diesem Gesetz unterstellten Tätigkeiten und sollte der Bekämpfung von Geldwäscherei, organisierter Kriminalität und Terrorismusfinanzierung im Sinne des Strafgesetzbuches dienen (vgl BuA Nr 159). Insbesondere sollten Erlöse aus kriminellen Tätigkeiten nicht in das Finanzsystem eingeschleust und auf diese Weise verschleiert werden können. Auch Drogenhandel und organisiertes Verbrechen sollten mit diesem Gesetz bekämpft werden. Damit lag der Schutzzweck der Regelungen im Sinne des Schutzes und der Aufrechterhaltung des europäischen Finanzsystems vor den Auswirkungen der Geldwäscherei sowie dem Schutz des staatlichen Strafverfolgungsinteresses und damit im Allgemeininteresse.

9.13. Aus Art 1 Abs 1 SPG ist eine andere Zielsetzung nicht zu entnehmen, zumal dort ausdrücklich die Bekämpfung von Geldwäscherei, organisierter Kriminalität und Terrorismusfinanzierung als Ziele angeführt werden. Dies konnte auch schon Art 1 Abs 1 in der Fassung LGBl 2005/5 entnommen werden (vgl auch Erläuterungen BuA 2004/64, 21 f).

9.14. Auch vermag der Verweis der Revision auf eine aktuelle Diskussion über die Umsetzung der 4. bzw 5. EU-Geldwäschereirichtlinie daran nichts zu ändern, zumal die heute geführten Diskussionen für die hier (nur) auf der Basis der Gesetzeslage 2014/2015 entscheidungsrelevante rechtliche Beurteilung nicht relevant ist.

9.15. Eine Haftung der Beklagten aufgrund des Schutzzwecks des SPG ist daher zu verneinen. Ein weiteres Eingehen auf die Ausführungen der Revision zu diesem Rechtsgrund bedarf es daher nicht.

9.16. Für den idZ geltend gemachten sekundären Feststellungsmangel ist ein Anhaltspunkt nicht gegeben. Die ins Treffen geführte Rechtsansicht des Klägers über die Pflichten der Beklagten aufgrund des von ihm angenommenen Schutzzwecks des SPG waren nicht gegeben, sodass auch die gewünschte Feststellung einer rechtlichen Relevanz entbehrt. Sie war daher von den Unterinstanzen auch nicht zu treffen.

9.17. Der Revision des Klägers war daher ein Erfolg nicht beschieden.

10. Die Beklagte hat die Kosten für die Revisionsbeantwortung tarifmässig verzeichnet und waren diese Kosten infolge ihres Obsiegens der Beklagten zuzusprechen (§§ 41, 50 ZPO).

Anmerkung:

Der vom OGH zum fehlenden Charakter des SPG als Schutzgesetz (§ 1311 ABGB) formulierte Rechtssatz, dass «das SPG (...) nicht den Individualschutz des Treugebers vor Veruntreuungen des Treubänders durch dessen Verfügungen über ein Treubandkonto zum Ziel (habe)», ist eng gehalten. Das OG hatte demgegenüber in seiner Entscheidung weitergehend erwogen, dass «der Schutzzweck der Geldwäschereirichtlinien und der darauf beruhenden innerstaatlichen Umsetzungsbestimmungen nicht auch auf den Schutz der Vermögensinteressen der durch eine Vortat zur Geldwäscherei Geschädigten gerichtet ist, sondern ausschliesslich auf den Schutz von Allgemeininteressen [Heranziehung der Finanzinstitute zur Unterstützung der Aufsichts- und Strafbehörden bei der Bekämpfung von Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung]», und damit den Schutzzweckcharakter der Bestimmungen des SPG allgemein verneint. Dem wurde vom OGH jedenfalls nicht widersprochen. Im Hinblick auf die Erw. 9.14 des OGH ist zu bemerken, dass die mit der Umsetzung der 4. Geldwäscherei-Richtlinie einhergehenden Änderungen des SPG (s. LGBL. 2017/161) am Schutzzweck der Normen des SPG ebenso wenig etwas änderten, wie sich daran durch die sich in Gang befindliche Umsetzung der 5. Geldwäscherei-Richtlinie (s. BuA 2020/048) etwas ändern wird.

Das Urteil des OGH wurde im Übrigen vom Kläger zu StGH 2020/069 mit Individualbeschwerde beim Staatsgerichtshof angefochten.

Uwe Öbri.

Fürstlicher Oberster Gerichtshof

B 05.06.2020, 05 KO.2013.198

Art 1 Abs 2 KO**Art 3 Abs 2 KO****Art 90 Abs 2 KO**

Mit einem Auftrag des Konkursgerichts zum Erlag eines Kostenvorschusses und der damit verbundenen Erklärung, im Falle des Nichterlages den Konkurs aufzuheben, wird (selbst, wenn sie in Form eines Beschlusses ergeht) keine bindende Entscheidung über die Konkursaufhebung getroffen. Diese als blosser Mitteilung zu wertende Erklärung ist unabhängig von einer davon abweichenden unrichtigen Rechtsmittelbelehrung im Gegensatz zum Beschluss über die Aufhebung des Konkurses nicht anfechtbar. (Rechtssatz des OGH)

Art 90 Abs 2 KO

Auch das Verfahren zur Aufhebung des Konkurses mangels hinreichenden Vermögens ist vom Grundsatz der Amtswegigkeit geprägt [Prüfpflicht des Konkursgerichts]. (Rechtssatz des OGH)

Art 1 Abs 2 KO**Art 77 Abs 2 KO**

Über die Kosten des Masseverwalters in einem allfälligen Rechtsmittelverfahren entscheidet gemäss Art 77 Abs 2 KO das OG endgültig, und zwar unabhängig davon, ob darüber inhaltlich entschieden oder eine formelle Entscheidung gefasst wurde [Hinweis auf LES 2014, 242]. (Rechtssatz des OGH)

Sachverhalt

Mit B des LG vom 14.01.2014 wurde über das Vermögen der F AG das Konkursverfahren eröffnet. Zum Masseverwalter wurde Rechtsanwalt Dr. K bestellt.

Mit dem als solchen bezeichneten Beschluss vom 02.12.2019 (ON 112) sprach das LG Folgendes aus: «Das Konkursverfahren wird gemäss Art 90 Abs 2 KO mangels Kostendeckung aufgehoben, wenn nicht von den Konkursgläubigern binnen 14 Tagen ein Kostenvorschuss in Höhe von CHF 20'000.00 geleistet wird». Dazu führte das Erstgericht begründend aus, dass aufgrund des Berichtes des Masseverwalters vom 29.11.2019 (ON 111) kein zur Deckung der Kosten des Konkursverfahrens ausreichendes Vermögen mehr vorhanden sei, weshalb den Gläubigern gem Art 90 Abs 2 KO die Möglichkeit der Aufstockung des geleisteten Kostenvorschusses in der Höhe von CHF 20'000.00 einzuräumen und widrigenfalls der Konkurs aufzuheben sei.

Gegen diesen «Beschluss» erhob die Konkursgläubigerin AT Rekurs, der vom OG mit B vom 12.03.2020 zurückgewiesen wurde. Gleichzeitig wies das OG eine vom Masseverwalter zum Rekurs der AT erstattete Rekursbeantwortung zurück und sprach das OG weiter aus, dass die Konkursitin die Kosten ihrer Rekursbeantwortung selbst zu tragen habe.

Dem von der Konkursgläubigerin AT gegen den ihren Rekurs zurückweisenden Beschluss des OG vom 12.03.2020 erhobenen Revisionsrekurs gab der OGH keine Folge.

Den vom Masseverwalter gegen den B des OG vom 12.03.2020 erhobenen «Kostenrevisionsrekurs» wies der OGH zurück.

Aus den Entscheidungsgründen

7. Das Rechtsmittel der Konkursgläubigerin ist zulässig. Der Revisionsrekurs ist aber nicht berechtigt. Der Revisionsrekurs des Masseverwalters ist hingegen unzulässig.

7.1. Zum Revisionsrekurs der Konkursgläubigerin:

7.1.1. Zunächst sei erwähnt, dass der vorliegende Revisionsrekurs gemäss Art 1 Abs 2, Art 3 Abs 2 KO iVm §§ 483 ff ZPO zulässig ist. Die Rechtsansicht des Rekursgerichtes über die Unzulässigkeit des Rekurses der Konkursgläubigerin ist mangels eines gesetzlichen Grundes über die absolute Unzulässigkeit des weiteren Instanzenzuges einer Überprüfung zu unterziehen. [...]

7.1.2. Vor dem Eingehen auf die Rechtsmittelausführungen sei die sich aus den hier massgeblichen Gesetzen und allgemeinen Rechtsgrundsätzen sowie der Judikatur ergebende Rechtslage dargestellt:

Gemäss Art 1 Abs 2 KO sind, soweit in diesem Gesetz nichts anderes angeordnet ist, auf das Verfahren unter anderem die Bestimmungen der Zivilprozessordnung mit Ausnahme jener über das Ruhen des Verfahrens, die Prozesskosten und die Gerichtsferien, anzuwenden. Verfügungen und Entscheidungen des Landgerichts können, wiederum soweit dieses Gesetz nicht etwas anderes bestimmt, gemäss Art 3 Abs 2 KO durch Rekurs an das Obergericht sowie an den Obersten Gerichtshof angefochten werden.

Art 90 Abs 2 KO bestimmt, dass der Konkurs aufzuheben ist, wenn im Laufe des Konkursverfahrens hervor kommt, dass das Vermögen zur Deckung der Kosten des Konkursverfahrens nicht hinreicht. Nach dieser Bestimmung unterbleibt die Aufhebung, wenn ein angemessener Kostenvorschuss geleistet wird. Dazu wird auf Art 7 KO verwiesen, wonach es im Eröffnungsantrag eines Gläubigers nicht der Glaubhaftmachung voraussichtlich hinreichenden Vermögens des Schuldners zur Deckung der Kosten des Konkursverfahrens bedarf, wenn der Gläubiger unter anderem einen angemessenen Kostenvorschuss erlegt.

Um eine gerichtliche Entscheidung mit dem Charakter eines (anfechtbaren) Beschlusses anzunehmen, muss eine Willensäusserung des Gerichts nach aussen vorliegen, mit der es unter Einhaltung der verfahrensrechtlichen Formen entweder eine verfahrensrechtliche Entscheidung oder in den vom Gesetz zugelassenen Fällen eine Entscheidung über ein Rechtsschutzbegehren trifft. Fehlt einer Erklärung des Gerichts der Charakter einer solchen Entscheidung, mit der es eine Rechtsfolge anordnet oder darüber abspricht, so liegt kein Beschluss vor. Eine solche Erklärung ist nicht mit Rekurs bekämpfbar, selbst wenn sie fälschlicherweise als Beschluss bezeichnet wurde. Dementsprechend stellt etwa ein mit Rechtswirkungen verbundener Auftrag an eine Partei einen Beschluss dar, nicht aber eine blosser Mitteilung oder eine Weisung zum Beispiel an den Masseverwalter. Blosser Mitteilungen, die keine rechtlichen Wirkungen entfalten, können demnach nicht mit Rekurs bekämpft werden (vgl 8 Ob 105/17z mwN).

Mit einem Auftrag des Konkursgerichts zum Erlag eines Kostenvorschusses und seiner damit verbundenen Absichtserklärung, im Falle des Nichterlages über die Konkursaufhebung zu entscheiden, wird nach der Judikatur des öOGH keine bindende Entscheidung über die Konkursaufhebung getroffen (vgl 8 Ob 21/07g; allgemein RIS-Justiz RS0043731).

In der ö Literatur wird bei insoweit vergleichbarer Rechtslage die Ansicht vertreten, dass das Insolvenzgericht nicht verpflichtet ist, wen auch immer zum Erlag eines Kostenvorschusses aufzufordern. Die Insolvenzaufhebung ohne vorherige Erteilung eines Kostenvorschussauftrags ist daher nicht mangelhaft. Das Gericht ist aber gleichwohl befugt, zum Erlag eines Kostenvorschusses aufzufordern respektive aufzurufen. Mit einem Auftrag zum Kostenvorschuss wird, selbst wenn dabei vom Insolvenzgericht die Erklärung abgegeben wird, das Insolvenzverfahren würde bei Nichterlag und fehlender Bescheinigung kostendeckenden Vermögens aufgehoben, noch keine bindende Entscheidung nach § 123a öKO getroffen. Es liegt nur eine «Androhung» vor; zur

Aufhebung selbst bedarf es eines entsprechenden Beschlusses. Niemand ist verpflichtet, den Kostenvorschuss zu erlegen (vgl *Stefula* in KLS § 123a öIO Rz 10-12; vgl *Mobr*, Insolvenzzordnung¹¹, § 123a öIO E 18-20 unter anderem mit Hinweis auf ZBl 1935/115).

Auch der OGH hat bereits ausgesprochen, dass ein Beschluss des Konkursgerichts, der für den Fall des Nichterlages eines Kostenvorschusses unter anderem die Abweisung des Konkursantrages mangels kostendeckenden Vermögens ankündigt, bloss verfahrensleitender Natur ist. Gemäss Art 3 KO (§ 176 öKO aF) können demnach Verfügungen und Entscheidungen des Landgerichts durch Rekurs an das OG angefochten werden, soweit die Konkursordnung nichts anderes bestimmt. Daraus wurde gefolgert, dass auch im Konkursverfahren das Rechtsschutzinteresse eine Voraussetzung für die Zulässigkeit des Rekurses ist. Zum Rekurs ist demnach nur berechtigt, wer durch einen Beschluss in seinen Rechten verletzt wird. Eine blosser, wenn auch in Beschlussform gekleidete *Ankündigung* des Gerichts über seine *künftige* Vorgangsweise ist nicht der Rechtskraft fähig, entfaltet keine bindende Wirkung und beeinträchtigt damit noch nicht die Rechtsposition einer Partei. Eine dazu ergangene, nicht dem Gesetz entsprechende Rechtsmittelbelehrung kann einen weiteren Rechtszug nicht eröffnen (LES 2010, 138 Erw 7 aE). Voraussetzung der Rekurslegitimation ist daher auch im Rekursverfahren, dass der Rekurswerber in seinen Rechten verletzt sein kann; ein bloss wirtschaftliches Interesse genügt nicht (RIS-Justiz RS0065135).

Soweit den Ausführungen von *Senoner* in *Konecny*, Insolvenzzgesetz § 123a IO Rz 26, davon Abweichendes entnommen werden kann, schliesst sich der Fürstliche Oberste Gerichtshof dem im Hinblick auf die vorstehenden Ausführungen und die nicht völlig gleich gelagerte Rechtslage in Liechtenstein nicht an.

7.1.3. Das Erstgericht als Konkursgericht hat in seinem als solchen bezeichneten «Beschluss» vom 02.12.2019 (ON 112) ausgesprochen, dass «das Konkursverfahren gemäss Art 90 Abs 2 KO mangels Kostendeckung aufgehoben» (gemeint offenbar: *werden*) «wird, wenn nicht von den Konkursgläubigern binnen 14 Tagen ein Kostenvorschuss in Höhe von CHF 20'000.00 geleistet» wird. Wenn das Erstgericht auch in seinen ersten Halbsatz dieses Ausspruches nach dem Wort «aufgehoben» zur Verdeutlichung das Wort «werden» einfügen hätte können, wird schon aus dem vorliegenden Wortlaut klar, dass nicht mit diesem «Beschluss» der Konkurs aufgehoben werden sollte, sondern dass dies erst geschehen wird, wenn nicht fristgerecht ein Kostenvorschuss erlegt wird. Unabhängig von der rechtlichen Zulässigkeit eines solchen Ausspruches wird gerade nicht ausgesprochen, dass der Konkurs als aufgehoben gilt, wenn der Kostenvorschuss nicht zeitgemäss geleistet wird. Vielmehr hat das Erstgericht mit der von ihm gewählten Formulierung noch hinreichend klar zum Ausdruck gebracht, dass es im Fall des Nichterlages eines Kostenvorschusses in Zukunft einen Beschluss zur Aufhebung des Konkurses fassen wird. Dies ergibt sich unmissverständlich auch aus der dazu ergangenen Begründung. Ein gerichtlicher Auftrag mit einem damit verbundenen Rechtsfolgewillen liegt hingegen nicht vor.

Damit handelt es sich bei dem Schriftstück laut ON 112 um eine bloße Mitteilung an die Verfahrensbeteiligten, mit der angekündigt wird, im Falle des Nichterlags eines Kostenvorschusses den Konkurs (zu einem späteren Zeitpunkt) aufzuheben. Nach den dargestellten Rechtsgrundsätzen handelt es sich dabei also nicht um einen Beschluss, sondern um eine bloße Absichtserklärung bzw. Mitteilung, mit der für sich keine Rechtswirkung verbunden ist. Erst wenn der Kostenvorschuss erlegt wird, wird das Konkursgericht das Verfahren fortsetzen und damit rechtlich wirksame Schritte ergreifen. Wird der Kostenvorschuss nicht erlegt und handelt das Konkursgericht seiner Ankündigung entsprechend, wird der Konkurs mit (einem rechtliche Wirkungen erzeugenden und daher anfechtbaren – dazu noch gleich unten) Beschluss aufgehoben werden. Damit kann aber ein Konkursgläubiger durch den vorangegangenen Ausspruch für sich nicht in seinen Rechten berührt sein.

7.1.4. Wird der Kostenvorschuss nicht erlegt, wird das Konkursgericht wie erwähnt voraussichtlich den Konkurs aufheben. Das kann, wie sich aus § 90 KO (sinngemäss) sowie aus den weiteren Normen der KO in Verbindung mit den verwiesenen Bestimmungen der Zivilprozessordnung ergibt (vgl insbesondere Art 1 Abs 2, Art 3 Abs 2 KO), nur mit einem anfechtbaren Beschluss erfolgen. Im Verfahren über die Aufhebung des Konkurses ist sodann vom Konkursgericht amtswegig (vgl OGH am 08.05.2020 zu 05.KO.2019.271 Erw 11.6.; LES 1992,29) zu prüfen, ob die dafür nach Art 90 KO massgeblichen Voraussetzungen vorliegen und ob das Unterbleiben der Aufhebung zu Recht vom Erlag eines Kostenvorschusses abhängig gemacht wurde. Die Besonderheiten des Konkursverfahrens lassen nämlich für die Parteienmaxime trotz des Verweises in Art 1 Abs 2 KO auf einen Teil der Bestimmungen der ZPO jedenfalls im entsprechenden Verfahrensstadium keinen Raum. Daher hat das Konkursgericht gegebenenfalls auch aus eigenem entsprechende Ermittlungen zu tätigen und bisher noch nicht ermittelten Massestücken nachzuforschen. Die erforderliche Ermittlung des Vermögensstandes hat vor der Aufhebung des Konkurses zu geschehen (vgl *Stefula* Rz 6; teilweise gegenteilig und hinsichtlich der Prüfpflicht in sich widersprüchlich *Senoner* Rz 19). Auch wenn sich nach den zuletzt zitierten Literaturstellen das Konkursgericht im Allgemeinen auf die Richtigkeit und die Vollständigkeit des Berichtes des Masseverwalters verlassen kann, hat es diesen als eine Grundlage seiner Entscheidung für die Aufhebung des Konkurses zu überprüfen und den darauf fussenden Beschluss nachvollziehbar zu begründen (vgl dazu auch öOGH zu 1 Ob 424/50).

7.1.5. Davon ausgehend ist den Ausführungen der Konkursgläubigerin im vorliegenden Rechtsmittel noch Folgendes entgegenzuhalten:

Ob die Mitteilung des Erstgerichts in ON 112 als Beschluss, sei es verfahrensleitender oder sonstiger rechtlicher Natur, bzw. als «Androhung» oder Mitteilung zu qualifizieren ist, hängt nicht vom Wortlaut des Art 90 Abs 2 KO sondern den in ON 112 gewählten Formulierungen und den vorstehenden Rechtsgrundsätzen ab.

Die in RIS-Justiz RS0044270 (vgl auch RS0044288) dargelegten Rechtsgrundsätze ändern nichts an den vorstehenden Überlegungen. Sie bringen nur zum Ausdruck,

dass «Beschlüsse» mit dem Auftrag zum Erlag eines Kostenvorschusses Kostenfragen betreffen, die nach der besonderen Bestimmung der österreichischen Zivilprozessordnung in § 528 Abs 2 Z 3 ZPO keinesfalls an den öOGH herangetragen werden können. Dies ergibt sich insbesondere aus der Entscheidung 8 Ob 21/07g, die sich auf den Rechtssatz RIS-Justiz RS0044270 aber auch darauf bezieht, dass es sich bei derartigen Mitteilungen um bloße nicht anfechtbare Absichtserklärungen, nicht aber um bindende Entscheidungen handelt.

Weder aus Art 90 Abs 2 KO noch aus einer sonst hier in Betracht kommenden Bestimmung ergibt sich, dass die vom Erstgericht in ON 112 vorgenommene «Ankündigung» in Verknüpfung mit dem Erlag eines Kostenvorschusses nur auf Antrag oder nach einem Hinweis des Masseverwalters, welche weiteren Schritte er zu setzen beabsichtigt, ausgesprochen werden hätte dürfen.

Art 3 Abs 2 KO besagt nicht, dass auch bloße «Absichtserklärungen» eines Gerichts angefochten werden können. Diese Bestimmung ändert ausserdem nichts an den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, dass eine Voraussetzung für die Zulässigkeit eines Rechtsmittels das Vorliegen eines Rechtsschutzinteresses (Beschwer) ist, was hier bereits vom Rekursgericht zutreffend verneint wurde.

Nicht von Bedeutung ist, ob das Konkursgericht üblicherweise zu Art 90 Abs 2 KO ergehende Mitteilungen in eine Aufforderung an die Gläubiger kleidet, einen Kostenvorschuss zu erlegen, während andernfalls der Konkurs aufgehoben werde. Eine in diese Richtung gehende Notwendigkeit ist jedenfalls Art 90 Abs 2 KO und auch sonstigen hier massgeblichen Bestimmungen nicht zu entnehmen. Die vom Erstgericht in ON 112 gewählte Formulierung, die die in Zukunft allenfalls stattfindende Konkursaufhebung ankündigt, «wenn nicht von den Konkursgläubigern ... ein Kostenvorschuss ... geleistet wird», kommt vielmehr den *verba legalia* des zweiten Satzes des Art 90 Abs 2 KO nahe, weshalb sie in diesem Sinn nicht zu beanstanden ist.

Nach dem vorher Gesagten ist es nicht mehr von Bedeutung, ob sich die vom Rekursgericht zitierten Entscheidungen auf Sach- und Rechtslagen beziehen, die mit der vorliegenden Verfahrenskonstellation vergleichbar sind. Unabhängig davon ist dies aber jedenfalls – soweit hier massgeblich – für die zu LES 2010, 138 veröffentlichte Entscheidung zutreffend, wie sich dies aus den oben dargestellten Rechtsgrundsätzen und dem Verweis des § 90 Abs 2 KO auf Art 7 KO ergibt.

Auf den in der zuletzt zitierten Entscheidung angesprochenen Grundsatz, dass eine nicht dem Gesetz entsprechende Rechtsmittelbelehrung keinen an sich unzulässigen Rechtszug eröffnen kann (vgl dazu auch LES 2007, 34) kommt das vorliegende Rechtsmittel nicht zurück, sodass sich weitere Ausführungen dazu an dieser Stelle erübrigen (vgl dazu aber noch unten Erw 7.2.).

Entgegen der Ansicht der Revisionsrekurswerberin erfordert der Grundsatz der Prozessökonomie nicht die Anfechtbarkeit von Mitteilungen laut jenen wie in ON 112. Vielmehr zeigt gerade das vorliegende Verfahren, wie schon durch an sich unzulässige Rechtsmittel das Konkursverfahren unnötig erschwert und verzögert werden kann. Selbst wenn die Mitteilung laut ON 112 anfechtbar

wäre, gilt dies auch – wie bereits dargelegt – für den Beschluss auf Aufhebung des Konkurses nach Art 90 Abs 2 KO. Folgte man der Ansicht der Rechtsmittelwerberin, wären dann beide als solche bezeichneten Beschlüsse anfechtbar, wobei zumindest teilweise dieselben Tat- und Rechtsfragen zu behandeln wären. Gerade dies würde aber der Prozessökonomie widersprechen. Damit ist aber auch auf jene Überlegungen der Rechtsmittelwerberin nicht einzugehen, die sich schon jetzt und damit nicht in einem Verfahren zur Aufhebung des Konkurses nach Art 90 Abs 2 KO damit auseinandersetzen, ob die Voraussetzungen für die Konkursaufhebung vorliegen oder nicht.

Schon aus den dargelegten Rechtsgrundsätzen ergibt sich weiter, dass es sich beim Schriftstück ON 112 weder um eine (in der Diktion des Rechtsmittels) vorwegnehmende noch um eine präjudizielle Entscheidung des Erstgerichts handelt. Das Erstgericht ist an diese nicht gebunden. Vielmehr wäre es bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen verpflichtet, von der Konkursaufhebung Abstand zu nehmen, selbst wenn kein Kostenvorschuss erlegt werden sollte. Sollte das Erstgericht hingegen die von ihm erklärte Absicht umsetzen, so wäre dies – wie bereits mehrfach dargelegt – von der Konkursgläubigerin im Rechtsmittelweg bekämpfbar. Damit ist auch nicht von Bedeutung, ob und in welchem Ausmass das Erstgericht den in seiner Mitteilung laut ON 112 erwähnten Bericht des Masseverwalters als richtig erachtet oder nicht. Es kann daher auch keine Rede davon sein, dass das Erstgericht mit seiner Mitteilung den vorliegenden Bericht des Masseverwalters und darin allenfalls enthaltene Vorhaben, Anregungen oder Anträge allenfalls implizit gebilligt oder gar bewilligt hätte. Die dafür massgeblichen Fragen wird die Konkursgläubigerin in einem Rechtsmittel aufgreifen können, das sie gegen einen allfälligen Beschluss des Erstgerichts zur Aufhebung des Konkurses einbringen könnte. Auch dadurch wird deutlich, dass es schon die Prozessökonomie gebietet, diese Fragen nicht einer zweifachen Überprüfung zu unterziehen.

Die Revisionsrekurswerberin ist auch nicht gehalten, den in der Mitteilung ON 112 erwähnten Kostenvorschuss von CHF 20'000.00 zu erlegen. Wird ein solcher Kostenvorschuss weder von ihr noch von einem sonstigen Beteiligten erlegt, und kommt es in der Folge zur Konkursaufhebung, so kann sie – um es nochmals zu sagen – ihren Rechtsstandpunkt in einem dagegen gerichteten Rekurs einbringen. Damit muss man sich auch nicht mit der Frage auseinandersetzen, ob die Rechtsmittelwerberin durch den tatsächlichen Erlag eines Kostenvorschusses in Höhe von CHF 20'000.00 in ihren rechtlichen Interessen oder in ihrer nach dem vorher Gesagten nicht massgeblichen wirtschaftlichen Sphäre beeinträchtigt wäre oder nicht. In diesem Sinn ist auch die Begründung des Rekursgerichts durchaus nachvollziehbar und überprüfbar.

Entgegen den Rechtsmittelausführungen hat der OGH in seiner zu (richtig) LES 2008, 379 veröffentlichten Entscheidung nicht ausgesprochen, dass einen Gläubiger *nur* dann eine Beschwer durch den Auftrag zum Erlag eines Kostenvorschusses trifft, wenn der Konkursöffnungsantrag zurückgezogen wird. Diese Entscheidung

sagt daher zur hier vorliegenden Verfahrenskonstellation nichts aus.

Nach den vorstehenden Ausführungen ist es auch nicht von Bedeutung, ob der Masseverwalter in seinem der Mitteilung ON 112 zugrundeliegenden Bericht dem Erstgericht mitgeteilt hatte, «dass von den Konkursgläubigern keine Kostenvorschüsse geleistet werden würden und dass der Konkurs daher nach Art 7 KO aufzuheben» sei.

Damit muss dem Revisionsrekurs der Konkursgläubigerin ein Erfolg versagt bleiben.

7.2. Zum Revisionsrekurs des Masseverwalters:

Gemäss Art 77 Abs 2 KO hat über die Ansprüche des Masseverwalters das LG zu entscheiden. Die Entscheidung ist dem Masseverwalter, dem Gemeinschuldner und allen Gläubigern zuzustellen. Sie können die Entscheidung mit Rekurs anfechten. Das OG entscheidet darüber endgültig. Dieser Rechtsmittelausschluss entspricht § 125 Abs 2 letzter Satz öIO. Die dazu ergangene Judikatur des öOGH ist insoweit einhellig, als ein Revisionsrekurs gegen die Bestimmung der Barauslagen und der Entlohnung des Insolvenzverwalters ausgeschlossen wird. Unabhängig davon, ob das Gericht zweiter Instanz inhaltlich entschieden oder eine formelle Entscheidung, etwa eine Zurückweisung des Rekurses mangels Legitimation, gefasst hat, ist ein weiterer Rechtszug an den OGH nicht möglich. Die spezielle Norm des Art 77 Abs 2 KO geht jener über die allgemeine Zulässigkeit von Rechtsmitteln im Konkursverfahren gemäss Art 3 Abs 2 KO vor. Damit ist auch das als «Kostenrevisionsrekurs» bezeichnete Rechtsmittel des Masseverwalters gegen die Entscheidung des OG, mit der es ausgesprochen hat, dass dieser die Kosten seiner Rekursbeantwortung selbst zu tragen hat, jedenfalls unanfechtbar. Sein an den OGH gerichtetes Rechtsmittel war daher im Sinn des insoweit zutreffend gestellten Antrags der Konkursgläubigerin in ihrer Rechtsmittelbeantwortung als unzulässig zurückzuweisen (vgl LES 2014, 242 zu 09 KO.2004.144 vom 05.09.2014 Erw 7.1. mwN; vgl OGH 09 KO.2001.66 vom 07.02.2007, teilweise wiedergegeben zu Art 77 KO in der Textausgabe von *Ess* ua aus 2009 gmgVerlag; vgl 8 Ob 102/07v). Eine unrichtige Belehrung über die Zulässigkeit eines Rechtsmittels vermag den weiteren Rechtszug an das übergeordnete Gericht mangels gesetzlicher Grundlage nicht zu eröffnen. Rechtsfreundlich vertretene oder selbst rechtskundige Parteien können im Hinblick auf die zitierte Gesetzeslage schon deshalb nicht in ihrem Vertrauen darauf geschützt sein (vgl GE 2018,345 LES 2018,214/1 zu 01 CG.2017.526 vom 06.07.2018 Erw 9.3.).

7.3. Nach Art 1 Abs 2 KO sind wie bereits erwähnt im Konkursverfahren die Bestimmungen der ZPO und der JN sowie ihrer Einführungsgesetze mit Ausnahme der Vorschriften über das Ruhen des Verfahrens, die Prozesskosten und die Gerichtsferien sinngemäss anzuwenden. Daraus resultiert, dass die Konkursgläubigerin AT die Kosten des Verfahrens über die Revisionsrekluse unabhängig von allfälligen Rechtsmittelerfolgen selbst zu tragen hat (vgl LES 2006, 316 zu 09 KO.2004.673 vom 06.10.2005 aE mwN).

Über die Ansprüche des Masseverwalters auf allfälligen Kostenersatz wird gemäss Art 77 Abs 2 KO das Erstgericht zu entscheiden haben. Die Art 4 Abs 7 2. Satz,

Art 77 Abs 4 KO kommen hier schon nach ihrem klaren Wortlaut nicht zur Anwendung.

Über die Ansprüche des Masseverwalters auf allfälligen Kostenersatz für ein im Rahmen des Konkursverfahrens geführtes Rechtsmittelverfahren hat gemäss Art 77 Abs 2 KO das Landgericht als Konkursgericht zu entscheiden haben. Die Art 4 Abs 7 2. Satz, Art 77 Abs 4 KO kommen in diesem Fall nicht zur Anwendung. Eine unrichtige Belehrung über die Zulässigkeit eines Rechtsmittels vermag den weiteren Rechtszug an das übergeordnete Gericht mangels gesetzlicher Grundlage nicht zu eröffnen.

Fürstlicher Oberster Gerichtshof

B 03.07.2020, 2R EX.2019.4539

Art 51 EO iVm §§ 485, 535 ZPO
Art 10 Abs 1, Art 14 Abs 1 RATG
Art 1 lit p, Art 33 Abs 2 EO

Zur Streitwertberechnung einer IV-Kinderrente, deren Exekution beantragt wird, sind die Bestimmungen des RATG betreffend Bemessungsgrundlage analog heranzuziehen (in casu: Überschreitung der sog Bagatellgrenze und Zulässigkeit des Revisionsrekurses bejaht).

Die Nichtvorlage der Rechtskraftbestätigung der IV ist nicht verbesserbar, wenn diese im Exekutionsantrag nicht erwähnt wird.

Sachverhalt

Die betreibende Partei hatte sowohl für rückständige als auch künftige IV-Kinderrenten in Höhe von monatlich CHF 205 für einen näher bestimmten Zeitraum einen Exekutionsantrag gestellt. Diesem Antrag wurde vom zuständigen Rechtspfleger lediglich im Umfang einer rückständigen Monatsrate (samt Exekutionskosten) entsprochen, wogegen das auf künftige Monatsrenten gerichtete Mehrbegehren abgewiesen wurde.

Den gegen den abweisenden Teil der Exekutionsbewilligung von der betreibenden Partei erhobenen Rekurs wies das OG mangels Rechtsschutzbedürfnis als unzulässig zurück, nachdem die Auszahlung der betriebenen Kinderrente infolge Vorlage der von den IV eingemahnten Lebensbescheinigung wieder angeordnet worden war. Demgegenüber wurde dem Rechtsmittel der verpflichteten Partei Folge gegeben und der angefochtene Beschluss des Erstgerichtes dahingehend abgeändert, dass der gegenständliche Exekutionsantrag vollumfänglich abgewiesen wurde. Dies deshalb, weil mit dem fraglichen Exekutionstitel die erforderliche Vollstreckbarkeitsbestätigung der IV nicht vorgelegt worden war. Dem in der Folge von der betreibenden Partei beim OGH erhobenen Revisionsrekurs war kein Erfolg beschieden.

Aus den Entscheidungsgründen

7.1. Zur Zulässigkeit des Revisionsrekurses:

Gem Art 51 EO iVm §§ 485, 535 ZPO ist im Exekutionsverfahren der Revisionsrekurs in einer Bagatellsache unzulässig (OGH 2R EX.2015.296; 2R EX.2019.3200). Im gegenständlichen Fall war daher zunächst die Frage der Zulässigkeit des Revisionsrekurses zu überprüfen, zumal Gegenstand des Revisionsbegehrens rückständige und auch künftige Renten sind. Damit geht es nicht nur um eine monatliche Rente von CHF 205.00. Die öJN sieht in § 58 Abs 1 für die Ermittlung des Werts des Rechtes auf den Bezug von «Renten» oder «anderen wiederkehrenden Nutzungen und Leistungen» vor, dass bei Ansprüchen auf Unterhalts- oder Versorgungsbeträge und auf Zahlung von Renten wegen Körperbeschädigung oder Tötung eines Menschen das Dreifache der Jahresleistung zugrunde zu legen ist (vgl öOGH 3 Ob 292/05b). Im Fall einer Rente ging denn auch der öOGH gem § 58 Abs 1 JN von einem Streitwert in Höhe der dreifachen Jahresleistung aus (öOGH 2 Ob 50/93). § 58 öJN wurde in Liechtenstein nicht rezipiert. Eine entsprechende Bewertungsbestimmung findet sich daher in den Zivilverfahrensgesetzen nicht.

7.2. Allerdings normiert Art 10 Abs 1 RATG, dass Ansprüche auf Leistung von Unterhalts- oder Versorgungsbeiträgen mit dem doppelten der Jahresleistung, Ansprüche auf Zahlung von Renten *im Falle von Körperbeschädigungen oder wegen der Tötung eines Menschen mit dem dreifachen der Jahresleistung zu bewerten sind*. Diese Bestimmung regelt zwar die Bemessungsgrundlage für den Tarif der Rechtsanwälte, stellt jedoch eine mit § 58 Abs 1 öJN vergleichbare Bewertungsvorschrift zur Berechnung des Kapitals bei wiederkehrenden Leistungen, im speziellen bei Renten, dar. Art 14 Abs 1 RATG regelt die Bemessungsgrundlage für den Rechtsanwalts-tarif im Exekutionsverfahren. Art 14 Abs 1 lit a RATG legt die Bemessungsgrundlage mit dem Wert des Anspruchs an Kapital samt den bis zum Exekutionsantrag laufenden Nebengebühren fest. Der im Exekutionsverfahren verfolgte bzw. zu sichernde Anspruch ist nach dem BuA (BuA 1987, 34) gleich zu bestimmen, wie im streitigen Zivilverfahren. Damit bezieht sich der für die Bewertung im Exekutionsverfahren geltende Art 14 RATG auf Art 10 RATG, sodass nach dem RATG die Berechnung von Renten auch im Exekutionsverfahren nach der dem § 58 Abs 1 öJN entsprechenden Bestimmung des Art 10 Abs 1 RATG vorzunehmen ist.

7.3. Ein Rückgriff auf diese Bestimmungen des RATG ist im gegebenen Zusammenhang zulässig, weil ein Rezeptionsvorbild (§ 58 öJN) in der liechtensteinischen JN nicht vorhanden ist, andererseits aber die vorgenannte Bestimmung des RATG (Art 10 Abs 1) inhaltlich dem § 58 Abs 1 öJN entspricht. Mangels einer expliziten Rezeptionsvorlage ist es nach allgemeinen Auslegungsgrundsätzen geboten, zur Lückenfüllung die Bestimmung des inhaltlich entsprechenden Art 10 Abs 1 RATG zur Berechnung des den Streitwert konstituierenden Kapitals bei Renten heranzuziehen (vgl OG 06 SH.2019.14 LES 2020, 55).

7.4. Unter Zugrundelegung des dreijährigen Rentenbetrags ergibt sich daher eine Bemessungsgrundlage von CHF 7'380.00, die über der Bagatellgrenze liegt und

daher von einer Zulässigkeit des Revisionsrekurses auszugehen ist.

8. Ungeachtet dessen ist der Revisionsrekurs aus folgenden Gründen nicht berechtigt:

8.1. Gem Art 1 lit p EO sind Exekutionstitel rechtskräftige Verfügungen und Beitragsvorschriften ua der Liechtensteinischen Invalidenversicherung. Gem Art 33 Abs 2 EO muss dann, wenn sich der Exekutionsantrag auf einen solchen Exekutionstitel stützt, „eine Bestätigung der betreffenden Stelle darüber beigebracht werden, dass die Entscheidung oder Verfügung einem die Vollstreckbarkeit hemmenden Rechtszuge nicht unterliegt.“

8.2. Im Exekutionsantrag vom 25.09.2019, ON 1, hat sich der Revisionsrekurswerber auf die Verfügung der Liechtensteinischen Alters- und Hinterlassenenversicherung, Invalidenversicherung und Familienausgleichskasse vom 19.11.2015 (Verfügung über die Zusage der Anstalt betreffend Ihren Antrag auf Ausrichtung einer IV-Rente), sohin auf eine Verfügung im Sinne des Art 1 lit p EO als Exekutionstitel gestützt. Zu Punkt 4a des Exekutionsantrags wurde behauptet, dass die Entscheidung rechtskräftig sei. Als Beilage wurde (nur) die Verfügung der Liechtensteinischen Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 19.11.2019 sowie die Erklärung über den Rückzug der Vorstellung vom 23.11.2016 im Exekutionsantrag angeführt und beigelegt. Eine gem Art 33 Abs 2 zwingend vorzulegende (verb „so muss“) Bestätigung der betreffenden Stelle iS des Art 1 Bst p EO darüber, dass die Entscheidung oder Verfügung einem die Vollstreckbarkeit hemmenden Rechtszug nicht unterliegt, wurde weder vorgelegt noch wurde ihr Vorhandensein im Exekutionsantrag behauptet.

8.3. Aufgrund des Fehlens wesentlicher und zwingend vorgesehener Beilagen zum Exekutionsantrag (Art 33 Abs 2 EO) hätte das Erstgericht diesem Exekutionsantrag keine Folge geben dürfen. Ein Verbesserungsverfahren war vom Erstgericht ebenso wenig durchzuführen, weil die Anordnung der Verbesserung eines Exekutionsantrags wegen einer fehlenden Urkunde voraussetzt, dass der Exekutionsantrag Anhaltspunkte enthält, aus denen darauf geschlossen werden kann, dass eine derartige Urkunde besteht und das Unterbleiben der Vorlage der erforderlichen Beilage auf einem Versehen oder auf mangelnden Rechtskenntnissen beruht (*Jakusch in Angst/Oberhammer*, EO⁵ [2015] § 54 Rz 58). Ein derartiger Anhaltspunkt ist dem gegenständlichen Exekutionsantrag vom 25.09.2019 nicht zu entnehmen. Abgesehen davon ist im Fall des Fehlens einer Bestätigung im Sinne des Art 33 Abs 2 EO eine Verbesserung jedenfalls dann nicht mehr möglich, wenn über den mangelhaften Antrag bereits entschieden wurde (OG 02.09.1981 LES 1982, 30/1). Dem Revisionsrekurs war daher schon aus diesem Grund ein Erfolg zu versagen.

[...]

Anmerkung

1. In der vom OGH in *Erw 7.3* zitierten, in *LES 2020, 55* publizierten OG-Entscheidung ging es um eine Kostenbestimmung in einem Unterbringungsverfahren, wobei dort zur Lückenfüllung die Bemessungsgrundlage des Art 11 Z 5 RATG analog angewendet wurde.

2. In der hier redigierten OGH-Entscheidung drängte sich die sinngemässe Heranziehung des RATG zur Prüfung der Zulässigkeit des gegenständlichen Revisionsrekurses umso mehr auf, als § 471 Abs 2 Z 1 ZPO betreffend Revision ausdrücklich auf jenes Gesetz verweist.

Jürgen Nagel

Fürstlicher Oberster Gerichtshof

B 03.07.2020, 06 PG.2013.22-168

Art 141 und 160 AussStrG

Eine Einsicht in einen Sachwalterschaftsakt betreffend einen Erblasser durch die Erbensprecher wegen gesundheitsbezogener Daten ist zwar bei widersprechenden Erbantrittserklärungen nicht ausgeschlossen, doch setzt dies einen erfolglosen Einigungsversuch im Verlassenschaftsverfahren voraus (Modifizierung der OGH-Judikatur).

Ein Kostenersatz zwischen Erbensprechern im Zwischenstreit über die Einsicht in einen Sachwalterschaftsakt findet nicht statt.

Sachverhalt

Eine im Jahr 2018 verstorbene Erblasserin, für die 2014 ein Sachwalter für alle Angelegenheiten iSv § 269 Abs 3 Z 3 ABGB bestellt worden war, hinterliess fünf erwachsene Kinder als gesetzliche Erben. Deren Erbantrittserklärungen im anschliessenden Verlassenschaftsverfahren widersprachen sich insoweit, als sich zwei von ihnen nicht nur auf ein ursprüngliches Testament aus dem Jahr 2004, sondern darüber hinaus auch noch auf einen Nachtrag ihrer Mutter aus dem Jahr 2012 beriefen. Diesen beiden Kindern hatte die Erblasserin in den Jahren 2012 und 2013 verschiedene Grundstücke geschenkt. Ohne dass im Verlassenschaftsverfahren ein Einigungsversuch zwischen den Erben stattgefunden hatte, stellten drei von ihnen einen Antrag auf Einsichtnahme in den Sachwalterschaftsakt betreffend ihre verstorbene Mutter, was sie mit Zweifel an deren Testierfähigkeit im Zeitpunkt des Testamentsnachtrages von 2012 sowie deren Geschäftsfähigkeit bei den Grundstückschenkungen in den Jahren 2012 und 2013 begründeten.

Das LG gab dem gegenständlichen Akteneinsichtsantrag insoweit statt, als es den Gesundheitszustand der besachwalteten Erblasserin betraf, so insbesondere hinsichtlich des 2013/2014 eingeholten Sachverständigengutachtens. Der dagegen von den anderen beiden Kindern und Erben an den OG erhobene Rekurs blieb erfolglos. Hingegen gab der OGH dem dagegen gerichteten Revisionsrekurs der beiden Antragsgegner Folge und änderte die Beschlüsse der Vorinstanzen im Wesentlichen dahingehend ab, dass der Akteneinsichtsantrag der drei weiteren Erbensprecher auch insoweit abgewiesen wurde, als es den Gesundheitszustand der Erblasserin betraf.

Aus den Entscheidungsgründen

11.1. Nach Art 141 AussStrG dürfen Auskünfte über die Einkommens- und Vermögensverhältnisse vom Gericht nur dem betroffenen Pflegebefohlenen und seinen gesetzlichen Vertretern, nicht aber sonstigen Personen oder Stellen erteilt werden. Diese Bestimmung entspricht jener des § 141 öAussStrG aF. Mit dieser wird auch die Frage der Akteneinsicht geregelt, was unter anderem im Sachwalterschaftsverfahren gilt. Dieses Verbot darf nämlich nicht durch die Gewährung von Akteneinsicht umgangen werden (4 Ob 238/17d Punkt 1.2.). Sie ist als *lex specialis* zu Art 22 AussStrG iVm § 219 ZPO konzipiert (vgl 9 Ob 34/18t; 2 Ob 194/14i Punkt 3.1.).

11.2. Zu 4 Ob 38/13m war der österreichische Oberste Gerichtshof der Meinung, dass auch ein (sonst) als «rechtlich» zu wertendes Interesse an der Beschaffung von Beweismitteln für eine Testamentsanfechtung dem Erben nicht das Recht zur Einsicht in Aktenteile des Sachwalterschaftsaktes verschaffe, die sich auf den Geisteszustand des Betroffenen bezögen (RIS-Justiz RS0125886 [T1]). Dieser Ansicht hat sich der FLOGH in seiner in diesem Verfahren am 05.12.2014 zu 03 PG.2013.22 (LES 2014, 45) ergangenen Entscheidung weitgehend angeschlossen. Da die hier in Betracht kommenden Bestimmungen auf österreichischer Rezeptionsgrundlage beruhen, wurde bereits damals im Wesentlichen wie auch heute ausgesprochen, dass diese Normen praxismässig gleich wie in Österreich, insbesondere wie durch den dortigen OGH auszulegen sind. Damit ist aber auch auf eine Modifizierung der massgeblichen Judikatur, wie sie sich aus den nachfolgend zitierten Entscheidungen des öOGH ergibt, Bedacht zu nehmen.

11.3. In seiner Entscheidung vom 08.6.2015 zu 2 Ob 194/14i vertrat der öOGH in der Folge die Ansicht, dass das SWRÄG 2006, BGBl I 2006/92, das Ziel des Sachwalterschaftsverfahrens verstärkt zum Ausdruck bringe, den Wünschen und Vorstellungen, also der subjektiven Sicht des Betroffenen, zum Durchbruch zu verhelfen und die Selbstbestimmung der behinderten Person zu stärken. Dies umfasse auch den Gedanken, nach dem Tod des Betroffenen die Durchsetzung seines letzten Willens zu fördern. Dies könne schon im Hinblick auf den Schutzgedanken des § 141 öAussStrG naturgemäss keineswegs zu einer Akteneinsicht in jedem Fall alleine mit der Behauptung führen, (auch) den wahren letzten Willen des Betroffenen fördern zu wollen. Würden aber in einem Verlassenschaftsverfahren einander widersprechende Erbantrittserklärungen abgegeben, ohne dass ein Einigungsversuch durch den Gerichtskommissär gemäss § 160 öAussStrG gelingt, und sei daher das Verfahren in das Stadium der Entscheidung über das Erbrecht eingetreten, erscheine es auch unter dem Gesichtspunkt des Zwecks des Sachwalterschaftsverfahrens sinnvoll, in bestimmt und einzeln oder zumindest nach Gattungsmerkmalen zu bezeichnende (zB den Gesundheitszustand des Erblassers betreffende), relevante Teile des Sachwalterschaftsaktes Einsicht zu gewähren. Um dem besonderen Schutzgedanken des Sachwalterschaftsverfahrens Rechnung zu tragen, sei aber zu verlangen, dass jeweils konkret dargelegt werde, warum die jeweiligen Aktenteile geeignet seien, die Erforschung des wahren letzten Willens des Erblasser substantiell zu verbessern. Damit solle

letztlich sichergestellt werden, dass bei der Entscheidung über das Erbrecht sämtliche relevante Erkenntnisquellen genutzt würden, die den wahren Willen des Erblassers zu Tage fördern könnten (2 Ob 194/14i Punkt 5.2., 5.3.). Diese Judikatur wurde sodann fortgeschrieben (vgl dazu RIS-Justiz RS0125886; *Hubertus Schumacher/Stephanie Rohmann*, To speak or not to speak – Zur Verschwiegenheitspflicht der Ärzte und des Pflegepersonals sowie zur Einsicht in den Sachwalterschaftsakt, NZ 2018/131, unter Hinweis auf 2 Ob 162/16m, 4 Ob 238/17d, 10 Ob 66/17d).

11.4. § 141 öAussStrG ist nach ständiger österreichischer Rechtsprechung auch nach dem Tod der betroffenen Person anzuwenden. Dies wird allgemein damit begründet, dass die Rechte des Betroffenen auf dessen Erben übergehen. Der Erbe sei jedenfalls in vermögensrechtlichen Belangen nicht «Dritter» sondern vielmehr in die Rechte des Betroffenen im Sachwalterschaftsverfahren eingetreten und dessen Universalsukzessor, sodass ihm gegenüber kein Bedürfnis auf Geheimhaltung bestehe (9 Ob 34/18t Punkt 3.; 4 Ob 238/17d Punkt 3.1.). Diese Überlegungen lassen sich natürlich nicht zwanglos auf die vorliegende Verfahrenskonstellation übertragen, in der es in erster Linie um höchst sensible Gesundheitsdaten des Betroffenen geht und in der die Akteneinsicht in den Sachwalterschaftsakt nicht nur der Förderung der Ermittlung des wahren letzten Willens des Betroffenen und damit diesem selbst dienlich ist, wie dies zu 2 Ob 194/14i zum Ausdruck gebracht wurde, sondern auch und weitgehend dem Interesse der Antragsteller in ihrer Eigenschaft als Erbensprecher dient. Schon diese Überlegungen zeigen, dass die Möglichkeit der Akteneinsicht durch die Antragsteller an strenge Voraussetzungen zu knüpfen ist. Jedenfalls solange die Möglichkeit besteht, dem letzten Willen des Betroffenen in einer im Gesetz vorgesehen Weise zum Durchbruch zu verhelfen, ohne dass es einer Einsicht in den Sachwalterschaftsakt bedarf, kommt eine solche nicht in Betracht. Davon ausgehend im Ergebnis zu Recht fordert daher auch ein Teil der bereits zitierten Judikatur des öOGH, dass eine Akteneinsicht in diesem Zusammenhang (nur) gewährt werden kann, wenn in einem Verlassenschaftsverfahren einander widersprechende Erbantrittserklärungen abgegeben wurden, *ohne* dass ein *Einigungsversuch* durch den Gerichtskommissär gemäss § 160 öAussStrG *gelingen* ist, sodass das Verfahren in das Stadium der Entscheidung über das Erbrecht eingetreten ist (2 Ob 194/14i Punkt 5.3.; 4 Ob 238/17d Punkt 3.3.).

11.5. Art 160 AussStrG normiert (im Wesentlichen übereinstimmend mit § 160 öAussStrG), dass das Gericht darauf hinzuwirken *hat*, dass das Erbrecht zwischen den Parteien anerkannt wird, wenn Erbantrittserklärungen im Widerspruch (ua) zueinander stehen. Diesfalls ist nämlich eine Entscheidung über das Erbrecht nach den Art 161 ff AussStrG durch das Gericht herbeizuführen. Sollte nun zwischen den Parteien das Erbrecht anerkannt werden, so kann die Anerkennung taugliche Grundlage für die Feststellung des Erbrechts sein (vgl *Höllwerth* in *Gitschthaler/Höllwerth*, AussStrG I² § 160 öAussStrG Rz 21). In diesem Fall würde sich eine Einsicht in den Sachwalterschaftsakt durch die Antragsteller erübrigen, sodass auch die äusserst sensiblen Daten über den Gesundheitszu-

stand der Betroffenen nicht ohne Notwendigkeit preisgeben würden. Darauf haben die Antragsgegner bereits in ihrer Äusserung vom 07.11.2019 (ON 150 Punkt 3.) sinngemäss hingewiesen. Schon aus dem Wortlaut der zitierten Bestimmung des Art 160 AussStrG (arg «hat») ergibt sich, dass das Gericht bei Vorliegen von einander widersprechenden Erbantrittserklärungen zwingend auf ein Anerkenntnis des Erbrechts zwischen den Parteien hinwirken muss. Diese zwingende Bestimmung ist daher der Parteiendisposition entzogen.

11.6. Nach den vom Erstgericht in Übereinstimmung mit dem Inhalt des vorliegenden Verlassenschaftsaktes (04 VA.2018.234) getroffenen Feststellungen wurde im Verlassenschaftsverfahren bisher kein derartiger «Eini-gungsversuch» unternommen. Damit wurde eine der wesentlichen Voraussetzungen für die Akteneinsicht der Antragsteller nicht erfüllt. Die dargelegten Erwägungen lassen die hypothetischen Überlegungen des Erstgerichts über den Entfall dieser Voraussetzung, weil nach dem Inhalt der vorliegenden Schriftsätze eine Einigung ohnehin nicht zu erwarten sei, nicht zu. Damit muss auf die weiteren gegenseitigen Argumente sowie jene des Rekursgerichts im angefochtenen Beschluss über die Zulässigkeit der Akteneinsicht nicht mehr eingegangen werden. Die Antragsteller können durch die vorliegende Ansicht nicht überrascht werden, weil die Voraussetzungen des Art 160 AussStrG sinngemäss bereits Gegenstand des Vorbringens der Antragsgegner und der Überlegungen des Erstgerichts sowie jener des Rekursgerichts in seinem in diesem Verfahren ergangenen Beschluss vom 18.12.2018 (ON 139 Erw 9) waren.

[...]

12. Ein Kostenersatz ist im nicht kontradiktorischen Verfahren über die Sachwalterschaft und damit auch für ein Verfahren über die Akteneinsicht in einen Sachwalterschaftsakt als ein Teil desselben nicht vorgesehen (vgl Art 78 Abs 1 1. Halbsatz und Abs 3 letzter Satz iVm Art 117 ff, insbesondere Art 129 AussStrG; *Obermaier in Gitschthaler/Höllwerth* § 78 Rz 119; vgl auch LES 2016, 47; 10 Ob 66/17d Punkt 5. mit Hinweis auf RIS-Justiz RS0120750). Weder die Antragsteller noch die Antragsgegner dieses Zwischenverfahrens sind Parteien des Sachwalterschaftsverfahrens. Soweit sich aus der Entscheidung der OGH vom 05.12.2014 zu 03 PG.2013.22 aE Gegenteiliges ergibt, wird diese Ansicht im Hinblick auf die dargestellte Rechtslage nicht aufrechterhalten.

Fürstlicher Oberster Gerichtshof

B 03.07.2020, 15 EU.2019.144

§§ 328 und 329 StPO

Auch wenn der Einspruch gegen die Strafverfügung nur vom Beschuldigten erhoben worden ist, kann das Gericht im anschliessenden Verfahren eine strengere als in der Strafverfügung verhängte Strafe aussprechen.

Das Verbot der reformatio in peius (Verschlechterungs-/Verschlimmerungsverbot) findet im Mandatsverfahren (§§ 328 – 330 StPO) keine Anwendung.

Sachverhalt

Mit Bestrafungsantrag vom 28.08.2019 legte die Liechtensteinische Staatsanwaltschaft dem Beschuldigten die Übertretung nach Art 85 Abs 1 SVG iVm Art 53 Abs 5 SVG und Art 4 Abs 1 VRV zur Last: Danach hat er am [...] die Verkehrsregeln des SVG und der VRV dadurch verletzt, dass er als Lenker eines Personenwagens den vorhandenen Sicherheitsgurt nicht getragen habe. Das LG verhängte mit Strafverfügung vom 29.08.2019 über den Beschuldigten wegen der genannten Übertretung nach Art 85 Abs 1 SVG eine Busse von CHF 50.00, im Fall der Uneinbringlichkeit einen Tag Ersatzfreiheitsstrafe, und verpflichtete ihn zur Zahlung der Kosten von insgesamt CHF 150.00. Während die Staatsanwaltschaft am 30.08.2019 auf Rechtsmittel gegen diese Strafverfügung verzichtete, erhob der Beschuldigte fristgerecht Einspruch. Die Staatsanwaltschaft beantragte mit E-Mail vom 16.10.2019 die Einholung der darin angeführten acht Akten für die Schlussverhandlung zum Beweise dafür, dass der Beschuldigte in den letzten drei Jahren bereits acht Mal wegen Fahrens ohne Sicherheitsgurt gebüsst worden sei. In der Schlussverhandlung vom 17.10.2019 gab der Beschuldigte zur Sache an, dass er tatsächlich keinen Sicherheitsgurt benutzt habe. Er fahre schon seit 60 Jahren, und zwar prinzipiell ohne Sicherheitsgurt. Die von der Staatsanwaltschaft benannten acht Vorakten wurden verlesen. Mit U vom 17.10.2019 wurde der Beschuldigte der Übertretung nach Art 85 Abs 1 SVG iVm Art 53 Abs 5 SVG und Art 4 Abs 1 VRV schuldig erkannt und hiefür nach Art 85 Abs 1 SVG zu einer Busse von CHF 50.00, im Fall der Uneinbringlichkeit zu einen Tag Ersatzfreiheitsstrafe, sowie gemäss § 305 StPO zum Ersatz der nach Art 34 des GG mit pauschal CHF 300.00 bestimmten Kosten des Strafverfahrens verurteilt. Bei der Strafbemessung wertete das LG erschwerend die mehreren einschlägigen Verurteilungen und mildernd die «geständige Verantwortung» des Beschuldigten. Ausgehend von diesen Strafzumessungsgründen und dem Strafrahmen des Art 85 Abs 1 SVG erachtete das Erstgericht unter Berücksichtigung des verwirklichten Schuld- und Unrechtsgehaltes sowie der finanziellen Verhältnisse des Beschuldigten eine Busse von CHF 50.00 für angemessen. Damit sei die Strafverfügung vom 29.08.2019 hinsichtlich der Busse in der Höhe zu bestätigen. Gegen dieses U erhob der Beschuldigte den nicht weiter aus-

geführten «Einspruch» vom 21.10.2019. Die Liechtensteinische Staatsanwaltschaft beantragte mit ihrer Berufung wegen des Ausspruches über die Strafe im Wesentlichen mit dem Hinweis auf die absolute Uneinsichtigkeit des Beschuldigten, womit diesem auch kein reumütiges Geständnis zugutegehalten werden könne, die Busse sowie die Ersatzfreiheitsstrafe schuld- und tatangemessen zu erhöhen. Angesichts der Erfolglosigkeit der bisher über den Beschuldigten verhängten Bussen und dessen auch in der Schlussverhandlung gezeigter Uneinsichtigkeit erforderten sowohl spezialpräventive als auch generalpräventive Erwägungen die Verhängung einer höheren Busse. Mit B vom 09.12.2019 stellte das OG fest, dass die vom Beschuldigten mit Eingabe vom 21.10.2019 angemeldete, jedoch nicht ausgeführte Berufung als zurückgezogen gilt. Zur Begründung verwies das Berufungsgericht auf Art 5 Abs 3 lit b GGG und die Nichtzahlung der Gerichtsgebühren. Der Vollständigkeit halber legte das OG dar, dass die Berufung ohnedies, weil nicht gemäss § 222 Abs 1 StPO binnen vier Tagen ab Urteilsverkündung erhoben, zu spät angemeldet worden sei und auch deshalb zurückzuweisen gewesen wäre.

Das OG wies mit B vom 04.02.2020 die Berufung der Liechtensteinischen Staatsanwaltschaft zurück: Gemäss § 226 Abs 1 Z 1 StPO könne das OG über jede Berufung schon in nicht öffentlicher Sitzung beraten und die Berufung u.a. dann sofort verwerfen, wenn sie von einer Person ergriffen worden ist, welcher das Berufungsrecht nicht zusteht. Dies sei hier der Fall, denn durch den von der Liechtensteinischen Staatsanwaltschaft in Bezug auf die Strafverfügung abgegebenen Rechtsmittelverzicht sei sie ihres Berufungsrechts (Strafberufung mit dem Ziel der Verhängung einer strengeren als der in der Strafverfügung festgesetzten Strafe) verlustig gegangen. (Wörtlich): «Der Liechtensteinischen Staatsanwaltschaft ist zunächst zuzubilligen, dass zur Rezeptionsvorlage (öStPO idF vor BGBl. I Nr. 55/1999) vom öOGH judiziert wurde, dass auch dann, wenn bloss vom Beschuldigten Einspruch gegen die Strafverfügung erhoben wurde, im durchzuführenden ordentlichen Verfahren der urteilsmässige Ausspruch einer strengeren Strafe als in der Strafverfügung verhängt zulässig ist (RIS-Justiz RS0100554). Dies wurde damit begründet, dass § 462 öStPO dieses Verbot nicht ausspreche und aus den Bestimmungen der §§ 290 Abs 2, 293 Abs 3, 295 Abs 2, 344, 359 Abs 4 und 477 Abs 2 öStPO ein Ähnlichkeitsschluss nicht gezogen werden könne. Denn dem Einspruch gehe kein ordentliches Verfahren voraus, das es ermögliche, die für die Frage der Schuld- und Strafzumessung massgebenden Umstände zu erheben. Der Einspruch sei kein Rechtsmittel im engeren Sinne, er enthalte lediglich die die Strafverfügung ausser Kraft setzende Erklärung des Beschuldigten, dass er den vom öffentlichen Ankläger ausgehenden Vorschlag auf vereinfachte Erledigung der Strafsache nicht annehme und die Durchführung des ordentlichen Verfahrens begehre. Der Verhandlungsrichter habe nicht über die Gesetzmässigkeit der Strafverfügung und ihre Aufhebung oder Aufrechterhaltung, sondern über die unter Anklage gebrachte Tat lediglich nach dem Ergebnis der Hauptverhandlung zu entscheiden (SSt V/16 vom 16.02.1925; KH 2049 vom 10.11.1896; SSt V/57 vom 22.05.1925, zitiert jeweils nach *Gebert/Pallin/Pfeiffer/*

Mayerhofer; Das österreichische Strafverfahrensrecht III. Band, 3. Teil, Wien 1968, E10 zu § 462). Nach Auffassung des OG kann diese doch schon vor langer Zeit ergangene und in der Folge nie mehr kritisch überprüfte Rechtsprechung nicht unbesehen auf die Rechtslage im Fürstentum Liechtenstein übertragen bzw. nicht aufrechterhalten werden. [...] Sodann ist zu berücksichtigen, dass die Frage, ob im Falle der alleinigen Einspruchserhebung durch den Beschuldigten, das Verschlechterungsverbot gelten soll, in Österreich, wie es *Krückl* (Zur Wiederkehr des strafrechtlichen Mandatsverfahrens, AnwBl. 2014, 517 [522]) trefflich formulierte, „heftig umstritten“ war. So wurde schon von *Lobsing/Serini* (Österreichisches Strafprozessrecht⁴, 601) vertreten, dass die Frage, ob die infolge Einspruchs des Beschuldigten angeordnete Hauptverhandlung mit einem U abgeschlossen werden kann, das gegen den Beschuldigten eine strengere Strafe verhängt als die durch den Einspruch ausser Kraft gesetzte Strafverfügung, verneint und dahin beantwortet werden muss, dass auch in diesem Fall das Verbot der reformatio in peius zu gelten hat. Denn die Erwägung, so die genannten Autoren weiter, dass durch den Einspruch die Strafverfügung aus der Welt geschafft wird, könne deshalb nicht durchschlagen, weil ja auch das einer (lediglich zu Gunsten des Angeklagten erhobenen) Nichtigkeitsbeschwerde stattgebende U des OGH das angefochtene U aus der Welt schafft, ohne deshalb so wirkungslos zu werden, dass nunmehr die erste Instanz, an die die Sache zurückverwiesen wird, eine strengere Strafe verhängen könne. Vielmehr müsse auch hier berücksichtigt werden, dass nach allgemeinen Prinzipien der Gerechtigkeit und Billigkeit der Rechtsmittelwerber durch die Einbringung eines gesetzlichen Rechtsmittels zu seinen Gunsten nicht schlechter gestellt werden darf, als wenn er den Rechtsmittelweg nicht betreten hätte, und es gehe nicht an, das Verbot der reformatio in peius zwar beim Urteileinspruch [Anm. gegen ein Abwesenheitsurteil] zuzulassen, wenn auch im Gesetz ein ausdrückliches Verbot der reformatio in peius in Bezug auf dieses Rechtsmittel vermisst wird, beim Verfügungseinspruch es jedoch auszuschliessen, zumal der Gesetzgeber dieser Konsequenz nicht ausdrücklich gedachte. Schliesslich komme auch die Erwägung in Betracht, dass der öffentliche Ankläger durch seinen Einspruch die Strafverfügung vor der Zustellung an den Beschuldigten zunichtemachen könne, um seinerseits die Einleitung des ordentlichen Verfahrens zu bewirken, sodass durch Unterlassung des Einspruchs seinerseits einseitige Rechtskraft eintrete. Von den genannten Autoren wird dazu auf umfangreiche Literatur verwiesen (FN3 aaO). *Roeder* (Lehrbuch des österreichischen Strafverfahrensrechtes², 250) hält zwar unter Hinweis auf SSt 5/16 dafür, dass im ordentlichen Verfahren auch eine strengere Strafe als die in der Strafverfügung ausgesprochene verhängt werden könne, da im Gegensatz zum Rechtsmittelverfahren eine reformatio in peius vom Gesetz nicht verboten werde und es sich beim Einspruch nur um einen Rechtsbehelf handle und sohin eine Willenserklärung darstelle, die das Recht auf Durchführung des ordentlichen Verfahrens sowie auf Gehör in einer Hauptverhandlung geltend mache und damit die durch die Strafverfügung verhängte Strafe ausser Kraft setze, so als ob sie nie bestanden

hätte. Er verweist jedoch in Fussnote 3 (aaO) darauf, dass gegen diese Auffassung geltend gemacht werde, dass die Rechtsprechung das Verbot der reformatio in peius beim Einspruch gegen das Abwesenheitsurteil bejahe, obwohl auch dieser kein Rechtsmittel im engeren Sinne sei. Auch der spätere Justizminister *Egmont Foregger* (Ausgewählte Themen der Strafprozessordnung – Sitzung vom 11.12.1984 der Kärntner Juristischen Gesellschaft, ÖJZ 1985, 236) hielt dafür, dass, da das Verbot der reformatio in peius aus verschiedenen Bestimmungen der StPO hervorgehe, dieser Grundsatz auch auf den Einspruch gegen die Strafverfügung, der die Hauptverhandlung zur Folge habe, ausgedehnt werden solle, denn: Sollten neue Tatsachen und Beweise auftreten, käme ohnedies eine Wiederaufnahme in Frage. Wörtlich sodann: «Zuvor Übersehenes aber dürfte nicht zu einer Strafverschärfung gegenüber der Strafverfügung führen.» [...] Zur nunmehrigen Rechtslage in Österreich (§ 491 StPO) wird von *Tipold* (in WK-StPO [234. Lieferung] § 491 Rz 106), von *Krückl* (aaO) und auch vom Bundesministerium für Justiz (Punkt 10.2.4 im Einführungserlass zum Strafprozessänderungsgesetz 2014, GZ BMJ-S578.028/0021-4 3/2014, eJABl Nr. 13/2014, abrufbar im RIS unter «Sonstige Kundmachungen, Erlässe») unter Hinweis auf das nunmehr allgemein in § 16 öStPO normierte Verschlechterungsverbot vertreten, dass der Beschuldigte nach Einspruchserhebung durch das U in der durchzuführenden Hauptverhandlung nicht schlechter gestellt werden darf, als wenn die Strafverfügung nicht bekämpft worden wäre. Dies wird u.a. damit begründet, dass der Beschuldigte kein Risiko eingehen müssen soll, wenn er ein Rechtsmittel oder einen Rechtsbehelf ergreift (*Fabrizy* StPO¹¹ § 16 Rz 1) bzw. das Verschlechterungsverbot einer der Aspekte des Grundsatzes der Begünstigung der Verteidigung im Rechtsmittelverfahren sei und damit dem Grundsatz nach dem Gebot der Effektivität von Rechtsmitteln und Rechtsbehelfen diene: Der Beschuldigte soll zu diesen ermutigt werden, wodurch im Ergebnis die Chancen für eine erhöhte Rechtsrichtigkeit steigen (*Birklbauer* in WK-StPO [142. Lieferung] § 16 Rz 1 und 5). Diese Argumente («soll kein Risiko eingehen müssen»; Verschlechterungsverbot als einer der Aspekte des Grundsatzes der Begünstigung der Verteidigung im Rechtsmittelverfahren; Gebot der Effektivität von Rechtsmitteln und Rechtsbehelfen) haben auch für das Einspruchsverfahren nach der FL-StPO zu gelten. So wird in Deutschland – dort ist die Ausnahme vom Verbot der Schlechterstellung übrigens explizit im Gesetz, nämlich in § 411 Abs 4 dStPO, festgeschrieben – zum Strafbefehl und zum Einspruch dagegen etwa von *Kühne* (Strafprozessrecht⁹ Rz 1131) vertreten, dass diese Ausnahme in der Literatur bekämpft und aus verfassungsrechtlichen wie rechtspolitischen Gründen einschränkend zu interpretieren ist, wozu darauf hingewiesen wird, dass dadurch potentielle Einsprüche abgeschreckt werden. Das Verbot der reformatio in peius, so der Genannte weiter, ist als Teil des Rechtsstaatsprinzips sowie des Fairnessgebots nach Art 6 Abs 1 EMRK anzusehen.[...] Dazu kommt, dass es – nach obigen Darlegungen – auch im Ursprungsland der (ohnedies massgeblich abweichenden) Norm «heftig umstritten» (*Krückl*) war, ob der Schutz gegen eine reformatio in peius auch bei Erhebung eines Einspruchs gegen die

Strafverfügung gilt. Die dazu referierte Rechtsprechung des öOGH überzeugt aus den ebenfalls weiter oben dargestellten Gründen nämlich nicht. [...] So bezeichnet etwa *Tipold* (in WK StPO [31. Lfg.] § 113 Rz 28) in seiner Kommentierung zu den früheren Bestimmungen der öStPO das Verbot der reformatio in peius als allgemeines Verfahrensprinzip, welches auch bei der (früheren) Beschwerde nach § 113 StPO und auch bei der Beschwerde nach § 114 StPO (aaO § 114 Rz 31) zu gelten hat. Damit liegen, selbst wenn man die frühere österreichische Rechtslage bzw. deren Auslegung durch den öOGH im Sinne der law in action-Rechtsprechung heranziehen wollte, triftige Gründe vor, die es rechtfertigen, von dieser Rechtsprechung abzugehen. Es darf aber auch nicht übersehen werden, dass die referierte Rechtsprechung des öOGH bereits über 100 Jahre alt ist. In der Folge wurde sie (soweit ersichtlich: zuletzt mit 12 Os 55/86 vom 10.04.1986), sohin vor nunmehr knapp 35 Jahren, nicht mehr kritisch hinterfragt, sondern einfach «fortgeschrieben». Damit wurden die durch den Beitritt Österreichs zur Europäischen Menschenrechtskonvention und die entsprechende Judikatur des EGMR nunmehr zu beachtenden Aspekte des Art 6 Abs 1 EMRK, nämlich den Aspekt des sogenannten Fairnessgebots, nicht berücksichtigt. Darauf wird in Bezug auf das Verschlechterungsverbot von *Kühne* (Rz 1131, FN10) verwiesen. Auch wenn keine konkret-einschlägige Judikatur des öOGH vorliegt, so ist doch zu bemerken, dass dieser etwa die Begründungspflicht für gerichtliche Verfügungen nicht bloss prozessleitender Art aus dem Fairnessgebot des Art 6 Abs 1 EMRK abgeleitet hat (RIS Justiz RS0098696 [T8]) oder auch das Recht des Beschuldigten, im Falle eines ihn – naturgemäss – nicht beschwerenden Einspruchs in erster Instanz die ihm nachteiligen Feststellungen zu bekämpfen (RIS Justiz RS0096159 [T1]). Von diesen Gedanken lässt sich offensichtlich auch der österreichische Gesetzgeber leiten, indem er nunmehr das Verschlechterungsverbot in § 16 öStPO als allgemeinen Verfahrensgrundsatz festgeschrieben hat. In Beachtung des erwähnten, aus Art 6 EMRK abgeleiteten Fairnessgebots und insbesondere des Umstandes, dass im Fürstentum Liechtenstein dem Beschwerderecht durch Verbriefung in Art 43 LV ein besonders hoher Stellenwert eingeräumt wurde – dieses darf nicht «ausgehöhlt» werden –, ist im konkreten Einzelfall eine Interessenabwägung zwischen dem Anspruch eines Beschwerdeführers auf effektiven Rechtsschutz bzw. auf wirksamen Gehalt seines Beschwerderechts und dem jeweiligen betroffenen öffentlichen Interesse vorzunehmen (*T. Wille*, Beschwerderecht, in: *Kley/Vallender*, Grundrechtspraxis in Liechtenstein, 505 [517]; in diesem Sinne auch, wie erwähnt, *Birklbauer* aaO zum Gebot der Effektivität von Rechtsmitteln und Rechtsbehelfen). Daraus ergibt sich: Einem Beschuldigten steht gegen die Strafverfügung nur der Einspruch zu, das ist sohin seine «Beschwerde». Er kann von dieser «Beschwerdemöglichkeit» nicht wirksam Gebrauch machen, wenn er befürchten muss, dass ihm schon dann, wenn nur er Einspruch erhebt (und die Staatsanwaltschaft keinen Einspruch erhebt), möglicherweise eine viel strengere Strafe droht. Dadurch würde sein Beschwerderecht in der Tat materiell ausgehöhlt. Entgegenstehende öffentliche Interessen sind nicht er-

sichtlich. So stand der Staatsanwaltschaft zum Zeitpunkt, als sie zur Strafverfügung explizit einen Rechtsmittelverzicht abgab, der gesamte Akt zur Verfügung und standen ihr auch das Strafregister bzw. sämtliche behördeninterne Aufzeichnungen (in den Tagebüchern festgehaltene Ergebnisse der Verfahren im Sinne von Art 15 Abs 6 StAG; Personenregister im Sinne von Art 16 Abs 1 StAG) betreffend frühere Verurteilungen des Beschuldigten zur Verfügung, sohin Daten, die sie zulässigerweise – vgl. Art 18 StAG – verarbeiten durfte. Jedoch beantragte die Staatsanwaltschaft erst mit E-Mail vom 16.10.2019, die acht Vorakten betreffend den Beschuldigten beizuschaffen. Diesen Wissensstand hatte die Staatsanwaltschaft (als Behörde) selbstverständlich bereits zu dem Zeitpunkt, als sie den Rechtsmittelverzicht erklärte, bzw. hätte sie diesen Wissensstand haben können. Damit greift auch das von der Staatsanwaltschaft – folgend offensichtlich SSt 5/16 – ins Treffen geführte Argument, dass es bloss das ordentliche Verfahren ermögliche, die für die Frage der Schuld- und Strafzumessung massgebenden Umstände zu erheben, nicht, denn, wie der vorliegende Fall eindrücklich zeigt, waren sämtliche die Strafzumessung betreffenden Informationen (betreffend die Vorverurteilungen) bei der Liechtensteinischen Staatsanwaltschaft bereits vorhanden bzw. hätte sie sich diese verschaffen können, sodass es dazu des ordentlichen Verfahrens gar nicht brauchte, um beurteilen zu können, ob die im Wege einer Strafverfügung ausgesprochene Busse bzw. die festgesetzte Ersatzfreiheitsstrafe schuld- und tatangemessen ist oder nicht. Wenn in Kenntnis (bzw. verschuldeter Unkenntnis) dieser Umstände in Bezug auf eine Strafverfügung explizit ein Rechtsmittelverzicht erklärt wird, dann kann in der Folge zufolge eingetretener Teilrechtskraft seitens der Staatsanwaltschaft gegen das im ordentlichen Verfahren ergangene U keine Straferufung zu Lasten des Beschuldigten mit dem Ziel der Verhängung einer strengeren als der ursprünglich mit Strafverfügung festgesetzten Strafe erhoben werden. Die Berufung war sohin zurückzuweisen.“

Der gegen diesen B von der StA erhobenen Revisionsbeschwerde gab der OGH Folge, hob den angefochtenen B auf und trug dem OG auf, unter Abstandnahme vom gebrauchten Zurückweisungsgrund neuerlich zu entscheiden.

Aus den Entscheidungsgründen

13.1 Einleitend ist zum Wesen des Mandatsverfahrens in Übereinstimmung mit der Ausführung der Revisionsbeschwerde dazu, auf die zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen wird, der Zweck des Strafverfügungsverfahrens herauszustreichen, nämlich die beschleunigte und ressourcensparende Verfahrensabwicklung bei Strafsachen geringer Intensität. Dies wird in S 9 ff der Stellungnahme der Regierung vom 27.09.1988 zu den in der ersten Lesung der Regierungsvorlage über die Strafprozessordnung im Landtag vom 29./30. Juni 1988 aufgeworfenen Fragen auch ausgeführt. Aus Seite 9 f dieser Stellungnahme ergibt sich, dass sich die Neuregelung des Strafverfügungsverfahrens an der damals geltenden liechtensteinischen und österreichischen Rechtslage

orientiert hat und dass die österreichische Strafprozessordnung sowohl für die alte als auch für die neue Strafprozessordnung als Rezeptionsvorlage diene.

13.2 Nach § 328 StPO kann der Richter in Fällen von Übertretungen, mit Ausnahme der in § 22a Abs 2 Z 1 genannten, die Strafe ohne vorausgehendes Verfahren durch Strafverfügung festsetzen, wenn ein auf freiem Fuss befindlicher Beschuldiger von einer Behörde oder von einem Organ der Landespolizei aufgrund eigener dienstlicher Wahrnehmung oder eines Geständnisses angezeigt wird oder wenn die durchgeführten Erhebungen zur Beurteilung aller für die Entscheidung massgebenden Umstände ausreichen.

§ 329 Abs 1 StPO gewährt gegen die Strafverfügung den binnen 14 Tagen zu erhebenden Rechtsbehelf des Einspruches, wobei die Strafverfügung dem Beschuldigten erst dann zuzustellen ist, wenn die Staatsanwaltschaft keinen Einspruch erhebt. Das ordentliche Verfahren wird eingeleitet, wenn der Staatsanwalt oder in der Folge der Beschuldigte Einspruch dagegen erhebt.

§ 329 Abs 2 StPO bestimmt, dass die Übermittlung der Strafverfügung an den Staatsanwalt zu unterbleiben hat und somit sein Einspruchsrecht entfällt, wenn er selbst die Strafverfügung gemäss dem – allerdings nicht mehr in Kraft befindlichen – § 328 Abs 2 StPO beantragt und der Richter diesem Antrag vollumfänglich entsprochen hat. § 330 StPO lautet wie folgt: [es folgt die wörtliche Wiedergabe von § 330 StPO]

13.3 Ob der Staatsanwalt auf die Erhebung des Einspruches ausdrücklich verzichtet oder ohne ein solches Erklären die 14-tägige Einspruchsfrist verstreichen lässt, hat keine unterschiedlichen rechtlichen Konsequenzen für das weitere Verfahren. Gegenteiliges ist weder dem Gesetz noch der genannten Stellungnahme der Regierung (s hiezu insbesondere Seite 16) vom 27.09.1988 zu entnehmen. In beiden Fällen ist das Einspruchsrecht des Staatsanwaltes erloschen und ist die Strafverfügung gem § 329 Abs 1 StPO dem Beschuldigten mit der Belehrung über seine Einspruchsmöglichkeit zuzustellen. Die Erklärung eines Rechtsmittelverzichts, hier die Erklärung, auf das Einspruchsrecht zu verzichten, anstatt ohne Äusserung dazu die Rechtsmittelfrist ablaufen zu lassen, bezweckt im Regelfall lediglich die Beschleunigung des Verfahrens.

13.4 Der Einspruch gegen die Strafverfügung ist nicht zu begründen. Er ist kein Rechtsmittel im engeren Sinn. Er ist lediglich ein Rechtsbehelf, eine Willenserklärung, die das Recht auf Durchführung des ordentlichen Verfahrens sowie auf Gehör in einer Verhandlung geltend macht und damit die durch die Strafverfügung verhängte Strafe ausser Kraft setzt, als ob sie nie bestanden hätte (Roeder, Lehrbuch des österreichischen Strafverfahrensrechtes², 250; Mayerhofer, Das Österreichische Strafrecht, 2. Teil⁴, Anm 1 bei § 462 mwN; EvBl 1951/430).

Durch den Einspruch verliert die Strafverfügung ihre Wirkung und wird die Einleitung des ordentlichen Verfahrens ausgelöst. Der Beschuldigte kann jedoch den Einspruch bis zum Beginn der Schlussverhandlung mit der Wirkung zurückziehen, dass dann die Strafverfügung aufrecht bleibt.

13.5 Aus der Textierung der §§ 328 ff StPO über das Mandatsverfahren ergibt sich expressis verbis nichts für

die Beantwortung der verfahrensgegenständlichen Frage, ob bei einem lediglich zufolge des Einspruches des Beschuldigten eingeleiteten ordentlichen Verfahrens das Gericht bei der Bestimmung der Strafe das Verschlechterungs-/Verschlimmerungsverbot (Verbot der reformatio in peius) zu beachten hat.

Eine explizite Äusserung zu dieser Frage enthält auch die Stellungnahme der Regierung vom 27.09.1988 nicht. Allerdings kann aus dieser – auch in ihrer Bezugnahme auf die dem Beschuldigten durch die Zurückziehungsmöglichkeit des Einspruches geschaffene «goldene Brücke» – abgeleitet werden, dass ihr die offenbar nicht in Zweifel gezogene und somit nicht ausdrücklich zu erwähnende Ansicht zugrunde lag, dass das Verschlechterungsverbot im hier diskutierten Umfang nicht gilt. Andernfalls wäre wohl eine klarstellende Äusserung zu dieser Frage erfolgt.

13.6 Das Verschlechterungsverbot findet sich in einzelnen Bestimmungen der StPO, wie in § 232 Abs 4 StPO für die Berufung und in 243 Abs 5 StPO für die Beschwerde. Daraus ist jedoch nicht ein allgemeiner Grundsatz des liechtensteinischen Strafverfahrens dahin abzuleiten, dass das Verschlechterungsverbot – abgesehen wie auch vom öOGH judiziert beim Einspruch gegen ein Abwesenheitsurteil (§ 297 f StPO) – nicht nur für das durch die ordentlichen Rechtsmittel der Berufung, Revision, Beschwerde und Revisionsbeschwerde jeweils ausgelöste Rechtsmittelverfahren, sondern ohne ausdrückliche Normierung auch für das Mandatsverfahren nach §§ 328 ff StPO gelten würde.

13.7 Dass zufolge der auch für das strafrechtliche Verfahren geltenden Grundsätze der EMRK das Verschlechterungsverbot ohne ausdrückliche Anordnung betreffend das Mandatsverfahren auch für dieses zur Anwendung zu kommen habe, trifft nicht zu. Die nach Art 6 EMRK zu beachtenden Grundsätze des fairen Verfahrens bedingen nicht zwingend die Geltung des Verschlechterungsverbotes für das durch einen Einspruch gegen die Strafverfügung erst ausgelöste ordentliche Verfahren in dem hier interessierenden Umfang. Die auf allgemeine Prinzipien der Gerechtigkeit und Billigkeit gestützte Argumentation für ein auch im Strafverfügungsverfahren geltendes Verschlechterungsverbot wurde schon vor der hiezu nach wie vor massgebenden Judikatur des öOGH geführt (siehe etwa *Lobsing/Serini*, Österreichisches Strafprozessrecht, 1952, S 601).

13.8 Die Strafprozessordnungen der Schweiz und Deutschlands enthalten Verfahrensarten, die mit dem liechtensteinischen Mandatsverfahren (§§ 328 ff StPO) weitgehend vergleichbar sind.

In der Schweiz wird der Strafbefehl (Art 352 – 356 chStPO) durch die Staatsanwaltschaft erlassen. Das Verbot der reformatio in peius für das Rechtsmittelverfahren (Art 391 Abs 2 chStPO) gilt nicht in dem der Aufhebung des Strafbefehles folgenden gerichtlichen Verfahren (BG vom 29.02.2016, 6B_1079/2015, Erw 5.1; *Riklin* in BSK-StPO Art 356 N II).

Für die dStPO ist die Gültigkeit des Verschlechterungsverbotes für das Verfahren bei den Strafbefehlen (§§ 407 – 412 dStPO) ausdrücklich ausgenommen, was sich auch aus den unter III. 4. der Revisionsbeschwerde ON 28 angeführten Judikatur- und Literaturnachweisen

ergibt (OLG Stuttgart vom 30.01.2006, StV 2007, 232 mwN; *Maur* in KK-StPO⁸ § 411 Rz 34 mwN) ergibt. Zum Meinungsstand in Deutschland zu dieser Frage siehe auch *Tipold* in *Fuchs/Ratz*, WK StPO § 491 Rz 106, Stand 01.08.2015.

13.9 Die Regelung des Mandatsverfahrens in §§ 328 ff StPO entspricht weitgehend jener der damaligen und im angefochtenen B wiedergegebenen §§ 460 bis 462 der öStPO zur österreichischen Strafverfügung. Somit handelt es sich im Wesentlichen um eine Rezeptionsmaterie aus dem österreichischen Strafverfahren.

Die Strafverfügung in der öStPO alt trat am 31.12.1999 durch BGBl I 1999/55, mit dem die Diversionsregeln in die öStPO eingefügt wurden, ausser Kraft.

13.10 Nach der Rechtsprechung des öOGH zum damaligen Mandatsverfahren wurde die Strafverfügung durch den Einspruch mit der Wirkung ausser Kraft gesetzt, dass sie – wie in der Revisionsbeschwerde auch aufgezeigt – als ein juristisches «nullum» keine Wirkung für den Inhalt der im anschliessenden ordentlichen Verfahren zu ergehende Entscheidung hat. Damit wurde trotz mehrerer – im angefochtenen B auch referierten – kritischen Stimmen in der juristischen Literatur die Geltung des Verschlechterungsverbotes verneint und konnte im ordentlichen Verfahren eine strengere Sanktion als jene in der Strafverfügung verhängt werden (öOGH vom 10.04.1986 zu 12 Os 55/86; *Foregger/Kodek*, MKK StPO⁷ § 463 Anm III).

13.11 Die fehlende Bindung des erkennenden Richters an die Strafverfügung hatte und hat ihre Bedeutung und ihren Sinn insbesondere darin, dass sich erst im ordentlichen Verfahren weitere entscheidungswesentliche Erkenntnisse ergeben können. Könnten diese – im Fall des Einspruches nur durch den Beschuldigten – nicht berücksichtigt werden, wäre die Erreichung des wesentlichen Verfahrenszieles, nämlich eine nicht nur rechtsrichtige, sondern auch den Strafzwecken entsprechende Sanktion gefährdet.

13.12 Ähnlich ist der vorliegende Fall gelagert. Der Beschuldigte hatte vor der Polizei die Aussage zur Sache verweigert und im ordentlichen Verfahren vor dem LG seine Absicht bekundet, sich wie schon seit Jahrzehnten praktiziert auch in Hinkunft nicht an die einschlägigen Vorschriften betreffend die Benützung eines Gurtes als Lenker eines Personenkraftwagens halten zu wollen.

Würde generell das hier diskutierte Verschlechterungsverbot gelten, käme es zu einem mit den Grundsätzen der Strafbemessung im Widerspruch stehenden unbefriedigenden Interessenskonflikt bei der Strafbemessung. Damit würde die Anwendbarkeit des Mandatsverfahrens insgesamt beeinträchtigt. Es würde sogar die Gefahr entstehen, dass sich das Strafverfügungsverfahren zum «totem Recht» entwickelt.

13.13 Die zahlreichen und auch nicht gänzlich unbeachtlichen Argumente für die in der angefochtenen Entscheidung vertretene Rechtsansicht begründen jedoch bei Berücksichtigung der gegenteiligen Überlegungen und Aspekte insgesamt keine tragfähige Grundlage, welche im Widerspruch zur eindeutigen Rechtsprechung des Rezeptionslandes Österreich und zu den diese stützenden Argumenten eine Änderung der Rechtsprechung durch die Anwendung des Ver-

schlechterungsverbot im liechtensteinischen Mandatsverfahren erforderten.

13.14 Der vom OG zur Unterstützung seines Standpunktes ins Treffen geführte Vergleich mit der Gültigkeit des Verschlechterungsverbot beim Einspruch gegen das Abwesenheitsurteil, im Beschwerdeverfahren und bei einer Entscheidung des öOGH iSd § 290 öStPO sowie sein Hinweis auf das in Art 43 LV verbrieft Beschwerderecht und auf das in § 16 öStPO normierte Verbot der Verschlechterung überzeugen nicht.

13.14.1 Das Mandatsverfahren samt Strafverfügung unterscheidet sich, wie schon einleitend ausgeführt, grundsätzlich, und zwar auch hinsichtlich der Gewährleistung der Verfahrensgarantien, von einem mit U endenden öffentlichen und mündlichen Strafverfahren, und zwar auch im Fall eines gem § 327 StPO in Abwesenheit des Beschuldigten gefällten U.

Der nicht zu begründende Einspruch gegen die Strafverfügung, der auch wieder zurückgezogen werden kann, setzt diese mit der Konsequenz ausser Kraft, dass es nun zum ordentlichen Verfahren kommt.

Der Einspruch gegen das Abwesenheitsurteil (§ 297 StPO) hingegen, mit dem auch die Berufung gegen das U verbunden werden kann, ist devolutiv und bezweckt die Überprüfung der Voraussetzungen für die Durchführung der mündlichen Verhandlung in Abwesenheit des Beschuldigten durch das OG. Diesen Unterschieden gerecht werdend hat für das nach erfolgreichem Einspruch und anschliessender neuen Verhandlung gefällte (zweite) U das Verschlechterungsverbot zu gelten (*Fabrizy*, StPO¹³ § 427 Rz 19; *Roeder* aaO S 326 mit Fussnote 4).

13.14.2 Das Verbot der *reformatio in peius* im Beschwerdeverfahren hat nicht zwingend dessen Geltung auch für das Mandatsverfahren zur Folge. Auch hier ist auf die fundamentalen Unterschiede der Verfahrensarten zu verweisen. Auf der einen Seite steht das Mandatsverfahren im schon dargestellten Sinn, in dem der remonstrative Rechtsbehelf des Einspruchs die Strafverfügung mit der Wirkung ersatzlos beseitigt, dass nunmehr das ordentliche richterliche Verfahren eingeleitet wird. Demgegenüber ist zufolge des devolutiven Rechtsmittels der Beschwerde im damit ausgelösten Rechtsmittelverfahren die Berechtigung des gegen den angefochtenen B gerichteten Vorbringens zu beurteilen. Diese grundsätzlich unterschiedlichen Verfahrenssituationen begründen und rechtfertigen, dass das Verschlechterungsverbot im Beschwerdeverfahren, nicht aber für das nach Beseitigung der Strafverfügung erst durchzuführende ordentliche Verfahren gilt.

Lediglich der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass das Verbot der *reformatio in peius* für das Beschwerdeverfahren (§ 243 Abs 5 StPO) für die öStPO schon mit BGBl Nr 631/1973, in Kraft seit 31.12.1975, in § 114 Abs 3 öStPO verankert worden war.

13.14.3 Der auf den Darlegungen von *Lohsing/Serini*, Österreichisches Strafprozessrecht⁴, 601, fussende Hinweis des OG auf die Gültigkeit des Verschlechterungsverbot im weiteren Verfahren, wenn das einer (lediglich zu Gunsten des Angeklagten erhobenen) Nichtigkeitsbeschwerde stattgebende U des öOGH das angefochtene U aufhebt und somit «aus der Welt schafft», überzeugt ebenfalls nicht. Auch hier ist – wie die Revi-

sionsbeschwerde ON 28 unter III. 6.2 ausführlich darlegt – der Vergleich mit der durch den Einspruch beseitigten Strafverfügung nicht zulässig, ist doch im hier interessierenden Umfang die nicht im ordentlichen gerichtlichen Verfahren erlassene Strafverfügung nicht mit einem nach mündlicher Verhandlung ergangenen U gleichzusetzen.

13.14.4 Die Gewährleistung des Beschwerderechtes durch Art 43 LV verlangt ebenfalls nicht die Geltung des Verschlechterungsverbot für die vorliegend aktuelle Verfahrenssituation. Bei dieser stellt sich die Frage nach dem Beschwerderecht im Sinn von Art 43 LV nicht, setzt doch der Einspruch die Strafverfügung ausser Kraft und steht dann gegen das in der Folge nach mündlicher Verhandlung ergangene U das Rechtsmittel der Berufung offen. Damit überzeugt auch nicht der Hinweis des OG auf *Birkelbauer* in *Fuchs/Ratz*, WK StPO § 16 Rz 1 und 5 (Stand 01.04.2011). Dies gilt auch für den vom Berufungsgericht in diesem Zusammenhang ebenfalls ins Treffen geführten Aspekt, dass die Staatsanwaltschaft explizit auf den Einspruch gegen die Strafverfügung verzichtet habe (s hiezu die Ausführungen oben zu 13.3), sowie für sein Argument, dass der Staatsanwaltschaft ohnedies die Einsicht in die vorangegangenen Verurteilungen des Beschuldigten möglich gewesen sei. Inwieweit die Motive des Staatsanwaltes oder der ihm zugängliche Erkenntnisstand über verfahrensrelevante Umstände bei seiner Entscheidung über die Erhebung des Einspruchs von rechtlicher Relevanz für die Beantwortung der hier aktuellen Frage nach der Geltung des Verschlechterungsverbot sein sollen, ist nicht zu ersehen und vermag auch die angefochtene Entscheidung nicht überzeugend darzulegen.

13.14.5 Die öStPO enthält seit 2004 in § 16 öStPO das mit dem Strafprozessreformgesetz 2004 (StPRefG 2004), BGBl I 2004/19, geschaffene Verschlechterungsverbot mit folgendem Inhalt:

«Wenn ein Rechtsmittel oder ein Rechtsbehelf nur zu Gunsten des Beschuldigten erhoben wurde, darf der Beschuldigte durch den Inhalt einer darüber ergehenden gerichtlichen Entscheidung im Ermittlungsverfahren und in der Straffrage nicht schlechter gestellt werden, als wenn die Entscheidung nicht angefochten worden wäre.»

Erstmals findet sich der Grundsatz des Verbotes der *reformatio in peius* in Österreich in § 467 des öStG 1803, und zwar betreffend die Anfechtung eines U. Eine andere Formulierung des Verschlechterungsverbot (Abänderung des U «zum Nachteil des Angeklagten») enthielt § 386 öStPO 1850. Seit der öStPO 1873 war der Grundsatz des Verschlechterungsverbot in den Bestimmungen des Rechtsmittelverfahrens verankert (vgl §§ 290 Abs 2, 295 Abs 2, 359 Abs 4, 477 Abs 2 öStPO 1873 und nach der Einführung des einzelrichterlichen Verfahrens vor dem LG im Jahre 1918 auch § 489 öStPO).

Der Sinn des Verschlechterungsverbot besteht darin, dass der Beschuldigte im Fall eines (nur) von ihm eingebrachten Rechtsmittels keine Nachteile befürchten und er insofern kein Risiko eingehen muss (*Birkelbauer* in *Fuchs/Ratz*, WK StPO § 16 Rz 3, 4 und 5, Stand 01.04.2011).

Ob dieses Verbot auch für das mit dem Strafprozessrechtsänderungsgesetz 2014 BGBl I 2014/71 (neu) geschaffene Mandatsverfahren – jenes der §§ 460 bis 462 öStPO war mit BGBl I 1999/55 aufgehoben worden –

gilt, ergibt sich aus dem Gesetz nicht ausdrücklich. Diese Frage wird in der juristischen Literatur mit dem Hinweis auch auf den einschlägigen Einföhrungserlass bejaht (*Fabrizy*, StPO¹³, § 491 Rz 11; *Tipold* in *Fuchs/Ratz*, WK StPO § 491 Rz 106, Stand 01.08.2015). Eine Entscheidung des öOGH dazu liegt, soweit ersichtlich, noch nicht vor. Eine dem § 16 öStPO entsprechende ausdrückliche Normierung der allgemeinen Geltung des Verschlechterungsverbotens kennt die liechtensteinische Strafprozessordnung nicht.

13.15 Auch das Argument des Berufungsgerichtes, dass bei im ordentlichen Verfahren gewonnenen für die Strafbemessung sich zum Nachteil des Beschuldigten auswirkenden Erkenntnissen eine Wiederaufnahme des Verfahrens offen stünde, versagt in jenen Fällen, in denen es zu keiner Änderung des Strafsatzes kommt.

13.16 Der OGH sieht sich trotz der vom OG für eine sinngemässe Anwendung des Verschlechterungsverbotens im liechtensteinischen Mandatsverfahren im hier interessierenden Umfang vorgetragene Argumente mangels hinreichender triftiger Gründe zu einer solchen Änderung der Rechtsprechung nicht veranlasst. Die dagegen sprechenden Überlegungen und Aspekte sind, wie auch in der Revisionsbeschwerde dargelegt, gewichtig.

Sowohl die einschlägigen Bestimmungen der liechtensteinischen Strafprozessordnung, der (damalige und somit beachtliche) Rechtsbestand des Rezeptionslandes samt der eindeutigen Judikatur der öOGH sprechen gegen den vom OG vertretenen Rechtsstandpunkt. Weder von den durch die EMRK gewährten Garantien im Strafverfahren noch von allgemeinen Prinzipien der Gerechtigkeit und Billigkeit im Rechtsmittelverfahren wird die Geltung des hier diskutierten und auch in den Nachbarländern Schweiz und Deutschland mit teilweise vergleichbaren Verfahrensordnungen nicht geltenden Verschlechterungsverbotens gefordert. Hiezu ist neuerlich insbesondere auf den Zweck des Mandatsverfahrens sowie darauf zu verweisen, dass die Strafverfügung – anders als eine mit Beschwerde oder Berufung angefochtene Entscheidung – schon mit der Erhebung des Einspruches ihre Existenz verliert und es erst dann zum ordentlichen gerichtlichen Verfahren mit Erledigung durch U kommt. Dieses U kann unter dem Schutz des Verschlechterungsverbotens mit Berufung an die Rechtsmittelinstanz herangetragen werden.

Einer zufolge eines Einspruches ersatzlos beseitigten Strafverfügung kommt bei der hier zu entscheidenden Frage nicht die rechtliche Qualität einer im Rechtsmittelweg erst zu überprüfenden gerichtlichen Entscheidung zu, sei es ein richterlicher B oder ein nach öffentlicher Verhandlung ergangenes U. Dieser Beurteilung steht nicht entgegen, dass eine in Rechtskraft erwachsene Strafverfügung die Wirkung eines rechtskräftigen U hat.

13.17 Insgesamt ist bei Berücksichtigung aller hiezu ins Treffen geföhrter Argumente davon auszugehen, dass im Fall eines lediglich vom Beschuldigten gegen die Strafverfügung erhobenen Einspruches das erkennende LG im anschliessenden ordentlichen Verfahren nicht das Verschlechterungsverbot zu beachten hat und somit auch eine strengere als in der Strafverfügung enthaltene Sanktion verhängen kann.

13.18 Damit erweist sich die Revisionsbeschwerde als berechtigt, sodass wie im Spruch zu entscheiden war.

Anmerkung:

Mit U des OG vom 25.08.2020, GZ 15 EU.2019.144-39, wurde in Stattgebung der Strafberufung der StA die Busse von CHF 50 auf CHF 500 und die Ersatzfreiheitsstrafe von einem Tag auf drei Tage erhöht.

Wilhelm Ungerank

Fürstlicher Oberster Gerichtshof

U 03.07.2020, 09 KG.2018.17

§§ 156, 165 StGB

Ein tatbestandsmässiges Verhalten iSd § 156 Abs 1 StGB (betrügerischer Konkurs) kann eine taugliche Vortat für das Verbrechen nach § 165 Abs 1-3 StGB sein. Dies entspricht dem Regelungsziel des § 165 StGB, nämlich der Verhinderung der wirtschaftlichen Disposition über die durch die Begehung bestimmter Delikte erlangten Vermögenswerte. Normzweck ist die Unverwertbarkeit kriminell kontaminierten Vermögens.

Sachverhalt

Der Angeklagte war Schuldner mehrerer Gläubiger. Er liess in Kenntnis dieses Umstandes eine privatnützige Stiftung errichten und übertrug Vermögenswerte (Immobilien und Bankguthaben) – teilweise im Wege seiner Ehegattin – auf diese. Er hatte sich zu diesen Handlungen entschlossen, um sein Vermögen vor seinen Gläubigern zu schützen, und hoffte, dadurch einen Durchgriff darauf verhindern zu können. Er hielt es ernstlich für möglich und fand sich damit ab, dass dadurch die Befriedigungsansprüche seiner Gläubiger im Umfang von mehr als CHF 75'000.– vereitelt bzw. geschmälert werden.

Der [A]ngeklagte war Stiftungsrat der erwähnten privatnützigen Stiftung. Als solcher schloss er betreffend die Immobilien diverse Mietverträge im Namen der Stiftung ab. Die Stiftung lukrierte durch die Vermietung der Immobilien Mieterträge. Der [A]ngeklagte hielt es in seiner Funktion als Stiftungsrat ernstlich für möglich und fand sich damit ab, dass die übertragenen Grundstücke aus einem Verbrechen, nämlich einem qualifizierten betrügerischen Konkurs nach § 156 Abs 1 und 2 StGB, herrühren und er damit inkriminierte Vermögensbestandteile verwaltet und verwertet.

Mit U des LG als KG vom 14.11.2018 wurde der Angeklagte der Verbrechen des betrügerischen Konkurses nach § 156 Abs 1 und 2 StGB und der Geldwäscherei nach § 165 Abs 2 und 3 StGB schuldig erkannt. Danach hat er (1) als Schuldner mehrerer Gläubiger Bestandteile seines Vermögens veräussert bzw. sein Vermögen sonst wirklich verringert und dadurch die Befriedigung dieser Gläubiger vereitelt bzw. zumindest geschmälert, wobei durch die Tat ein CHF 75'000.00 übersteigender Schaden

herbeigeführt wurde, indem er in seinem Eigentum stehende Grundstücke an seine Ehegattin übertrug, welche die Grundstücke in die Stiftung einbrachte und Überweisungen von seinen Konten auf Konten der Stiftung vornahm, und (2) Vermögensbestandteile in einem CHF 75'000.00 übersteigendem Wert, die aus einem Verbrechen herrühren, nämlich die erwähnten Grundstücke, verwaltet und verwertet, indem er als Stiftungsrat der Stiftung die Grundstücke vermietete und hiedurch Einnahmen für die Stiftung lukrierte.

Zu der dagegen wegen materieller Nichtigkeit erhobenen Berufung erwog das OG: «...machen materielle Nichtigkeit nach § 221 Z 1 StPO in Bezug auf das [...] als Anlasst zur Last gelegte Verbrechen der Geldwäscherei nach § 165 Abs 2 und 3 StGB geltend. Es sei nämlich das Tatbestandsmerkmal des „Herrührens“ des Vermögensbestandteiles aus einem Verbrechen nicht erfüllt, da der [A]ngeklagte die Liegenschaften nicht durch die Tat erlangt habe. Er habe die Liegenschaften rechtmässig erworben und nicht durch ein Verbrechen. Er habe sie aber auch nicht durch den ihm zur Last gelegten betrügerischen Konkurs erlangt. Schliesslich sei die Stiftung wirtschaftlich [nicht dem A]ngeklagten zuzuordnen, sodass dem [A]ngeklagten keinerlei Begünstigungsrechte zustehen würden. Es sei somit zu keinem Zuwachs zum Vermögen des Täters der Vortat gekommen. Die Mieteinnahmen würden von der Stiftung als Liegenschaftseigentümerin und Vermieterin generiert, nicht jedoch vom [A]ngeklagten.

Dem kann nicht beigespflichtet werden: Gemäss dem hier massgeblichen § 165 Abs 2 und 3 StGB begeht das Verbrechen der Geldwäscherei, wer Vermögensbestandteile, die aus einem Verbrechen herrühren, verwaltet oder verwertet. Nach § 165 Abs 4 StGB rührt ein Vermögensbestandteil aus einer strafbaren Handlung her, wenn ihn der Täter der strafbaren Handlung (soweit hier massgeblich) durch die Tat erlangt hat. Das dem [A]ngeklagten in Bezug auf die erwähnten Grundstücke zur Last gelegte Verhalten stellt in rechtlicher Hinsicht ein Verbrechen (nämlich das Verbrechen des betrügerischen Konkurses nach § 156 Abs 1 und 2 StGB) dar, und das Vermieten ist als Verwalten im Sinne von § 165 Abs 2 StGB anzusehen. Seitens des Berufungswerbers in Frage gestellt wird, dass er durch das ihm zur Last gelegte Verbrechen Vermögenswerte erlangt hat. § 156 StGB kennt als alternatives Mischdelikt verschiedene Tathandlungen. Es muss hier nicht beurteilt werden, ob Geldwäscherei in Bezug auf sämtliche der dort angeführten Tathandlungen möglich ist. So wird Geldwäscherei dann ausscheiden, wenn der Vermögensbestandteil zerstört oder beschädigt wird. Geldwäscherei ist jedoch dann möglich, wenn das Vermögen – wie hier – beiseite geschafft oder veräussert und damit wirklich verringert wird. Durch die wirkliche Vermögensverringerung scheiden Vermögensbestandteile aus dem Vermögen des Täters aus, sodass diese nicht mehr dem Zugriff der Gläubiger durch Zwangsvollstreckung unterliegen und nicht mehr als Mittel ihrer Befriedigung dienen können (*Kirchbacher* in WK-StGB² § 156 Rz 7, 10 und 11). Im vorliegenden Fall hat die Stiftung, deren einzelzeichnungsberechtigter Stiftungsrat der [A]ngeklagte war, die hier gegenständlichen Grundstücke durch das ihm zur Last liegende Verhalten im Wege der

– nach den getroffenen Feststellungen – als willenloses Werkzeug anzusehenden Ehegattin und somit durch ein Verbrechen erlangt. Denn dass Vermögenswerte, die vom Täter des Verbrechens des betrügerischen Konkurses im Zuge der Tathandlung der Vermögensverringerung beiseite geschafft werden, von demjenigen, der sie erhält, **erlangt** werden, hat der öOGH zur Rezeptionsvorlage bereits ausgesprochen (14 Os 54/17y). Es ist zwar richtig, dass die Stiftung eine vom [A]ngeklagten zu unterscheidende selbständige (juristische) Person ist, doch durfte der [A]ngeklagte in seiner Eigenschaft als einzelzeichnungsberechtigter Stiftungsrat nach Erlangen der Liegenschaften durch die Stiftung (im Aussenverhältnis) weiterhin (unbeschränkt) über diese verfügen. Damit hat er im Wege des Übertragens dieser ursprünglich in seinem Eigentum gestandenen Vermögenswerte auf die von ihm beherrschte Stiftung diese Vermögenswerte erlangt. Der [A]ngeklagte hat sohin Vermögensbestandteile, die aus einem Verbrechen (nämlich dem von ihm begangenen Verbrechen des betrügerischen Konkurses nach § 156 Abs 1 und 2 StGB) herrühren und die durch dieses Verbrechen aus seinem Vermögen ausschieden, dadurch erlangt, dass er sie auf die Stiftung (eine Dritte) übertrug und im Rahmen der Stiftung verwaltete bzw. verwertete. Damit ist dem Erstgericht bei der rechtlichen Beurteilung der Sache kein Fehler unterlaufen.

Der Auffassung von *Glaser* (Geldwäsche, in: *Kert/Kodek* [Hrsg.], Das grosse Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 251 [276; Rz 7.50]), wonach verheimlichte oder beiseite geschaffte Vermögensbestandteile im Rahmen des betrügerischen Konkurses (nach Diktion des öStGB: der betrügerischen Krida) nicht durch die Tat erlangt sind und daher nicht aus der Vortat herrühren können, wird nicht beigetreten. Da diese Lehrmeinung nicht weiter begründet wurde, kann sich das Berufungsgericht damit auch nicht auseinandersetzen. So bleibt unklar, ob sich diese Ausführungen auch auf den hier zu beurteilenden Fall wirklicher Vermögensverringerung beziehen, und liegt zwischenzeitig die erwähnte Entscheidung des öOGH vor, die klarstellt, dass aus dem Verbrechen nach § 156 StGB sehr wohl Vermögenswerte erlangt werden können («law in action», vgl. LES 2005, 100).

Dass der [A]ngeklagte (ursprünglich) durch ein Verbrechen Eigentümer der Liegenschaften wurde oder dass die Mieteinnahmen aus einem Verbrechen stammen müssten, ist nicht erforderlich. Ebenso irrelevant ist, ob die Stiftung dem [A]ngeklagten wirtschaftlich zuzurechnen ist. Massgeblich ist, dass er über die der Stiftung durch ein (von ihm begangenes) Verbrechen zugekommenen Liegenschaften (sohin Vermögensbestandteile) im Sinne von § 165 Abs 2 StGB verfügte, d.h. diese verwahrte bzw. verwaltete.

Auch die dagegen erhobene Revision blieb erfolglos.

Aus den Entscheidungsgründen

[...] 17. Die auf den Berufungsgrund der «materiellen Nichtigkeit nach § 221 StPO» gestützte Berufung versagt. Einleitend ist hiezu festzuhalten, dass § 221 StPO, nach dem wegen unrichtiger Anwendung oder Verletzung des Strafgesetzbuches oder eines strafrechtlichen Nebengesetzes das U und das ihm vorangegangene Verfahren an-

gefochten werden kann (materielle Nichtigkeitsgründe), unter den Ziffern 1-5 zahlreiche Fälle einer solchen Nichtigkeit anführt.

Wenn auch der Revision die ziffernmässige Bezeichnung eines Nichtigkeitsgrundes fehlt, bezieht sie sich doch erkennbar in Verbindung mit dem in etwa deckungsgleichen Berufungsvorbringen auf die – von ihr als unrichtig kritisierte – rechtliche Beurteilung des Tatbestandsmerkmals des «Herrührens» des Vermögensbestandteiles iSd Tatbestandes der Geldwäscherei nach § 165 Abs 2 StGB. Nach Ansicht der Revision, rührten die Vermögensbestandteile der Stiftung, welche der [A]ngeklagte laut dem Schuldspruch (2) verwaltete, nicht aus einer strafbaren Handlung iSd § 165 StGB, somit nicht aus einer von dieser Gesetzesstelle geforderten Vortat her. In diesem Sinne laute auch die Meinung von *Glaser in Kert/Kodek* (Hrsg), Das grosse Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 2016, Rz 7.50. Nach dieser Literaturstelle könnten verheimlichte oder beiseite geschaffene Vermögenswerte des Schuldners betrügerische Krida begründen, sie seien jedoch nicht durch die Tat erlangt und rührten daher nicht aus einer Vortat her.

17.1 Das OG setzte sich mit diesem Berufungsvorbringen des [A]ngeklagten, defsslen Berufungsschrift auf die zitierte Literaturstelle hinwies, ausführlich auseinander, stimmte jedoch der – zudem nicht weiter begründeten – Rechtsansicht von *Glaser* nicht zu. Vielmehr teilte es die rechtliche Beurteilung des KG, wonach der festgestellte Sachverhalt (auch) den Tatbestand der Geldwäscherei nach § 165 Abs 2 und 3 StGB erfüllt.

17.2 Die auch keine neuen Aspekte vortragende Revision vermag die Richtigkeit der kritisierten rechtlichen Beurteilung des OG nicht in Frage zu stellen. Diese steht auch im Einklang mit der – vom Berufungsgericht schon angeführten – Entscheidung des öOGH vom 05.09.2017 zu 14 Os 54/17y. Danach rührt – wie vorliegend – ein vom Tatbestand des betrügerischen Konkurses nach § 156 StGB betroffener Vermögensbestandteil, der in der Folge Gegenstand einer Tathandlung iSd der Geldwäscherei nach § 165 StGB ist, aus einer von dieser Gesetzesstelle geforderten Vortat her. Dem steht nicht entgegen, dass die Strafsache 14 Os 54/17y das Verfahren wegen des Verfalles von Vermögenswerten betraf.

17.3 Worin der Mangel der rechtlichen Beurteilung des OG liegen soll, das die Rechtsmeinung des zitierten Autors nicht geteilt und sich mangels ihrer Begründung mit dieser auch nicht auseinandersetzen konnte, jedoch mit dem Hinweis auf Rechtsprechung seine Rechtsansicht begründete, ist nicht ersichtlich. Zudem würde auch das Fehlen von rechtlichen Erläuterungen einer im Ergebnis richtigen Lösung der Rechtsfrage weder eine materiellrechtliche noch eine formellrechtliche Nichtigkeit begründen (RIS-Justiz RS0100877).

Dass ein – wie hier festgestellt – tatbestandsmässiges Verhalten iSd § 156 Abs 1 StGB eine taugliche Vortat für das Verbrechen nach § 165 Abs 1-3 StGB ist, findet Deckung auch in der Rechtsprechung des StGH (U vom 14.05.2019 zu StGH 2018/072 Erw 4.3). Diese Judikatur entspricht auch dem Regelungsziel des § 165 StGB, nämlich der Verhinderung der wirtschaftlichen Disposition über die durch die Begehung bestimmter Delikte erlang-

ten Vermögenswerte. Normzweck ist die Unverwertbarkeit kriminell kontaminierten Vermögens (*Kirchbacher in Höpfel/Ratz*, WK² StGB § 165 Rz 3 mwN). Dem Schuldspruch wegen des Verbrechens der Geldwäscherei haftet somit ein Rechtsfehler nicht an.

[...]

Anmerkung:

Gegen dieses Urteil wurde Individualbeschwerde erhoben (StGH 2020/072).

Fürstlicher Oberster Gerichtshof

U 03.07.2020, SV.2019.24

Art 53 Abs 5 und 6 IVG chATSG

Das in der Schweiz normierte und praktizierte Zufallsprinzip bei der Vergabe von Gutachten durch die IV gilt in Liechtenstein nicht. Selbst eine gewisse wirtschaftliche Abhängigkeit der Sachverständigen von der IV-Anstalt vermag noch keine Ablehnung und deshalb auch keinen Verfahrensmangel zu begründen.

Auf invaliditätsfremde Gesichtspunkte zurückzuführende Lohneinbussen sind entweder überhaupt nicht oder aber bei beiden Vergleichseinkommen zu berücksichtigen. Diese sog Parallelisierung kann entweder auf Seiten des Valideneinkommens durch eine entsprechende Heraufsetzung des effektiv erzielten Einkommens oder aber auf Seiten des Invalideneinkommens durch eine entsprechende Herabsetzung des statistischen Wertes erfolgen («Tieflohnabzug»).

Sachverhalt

Mit Verfügung vom 07.02.2019 war der Antrag des Versicherten auf Ausrichtung einer IV-Rente im verwaltungsinternen Vorverfahren mangels einer Erwerbsunfähigkeit von mindestens 40% abgewiesen worden. Der dagegen erhobenen Vorstellung wurde mit Entscheidung der IV-Anstalt vom 19.07.2019 nicht stattgegeben.

Mit Urteil vom 18.02.2020 gab das OG der Berufung des Versicherten gegen die Vorstellungsentscheidung der IV keine Folge. Ebenso erfolglos blieb die dagegen gerichtete Revision an den OGH.

Aus den Entscheidungsgründen

[...]

8. Zur behaupteten Mangelhaftigkeit des Verfahrens:

8.1 Erstinstanzliche Mängel, welche vom Berufungsgericht verneint wurden, können nicht mehr in der Revision gerügt werden (Kodek in Rechberger/Klicka, ZPO⁵ § 503 Rz 9; OGH 06 CG.2015.215 07.09.2017; OGH 09 CG.2015.322 01.02.2019).

8.2. Der Revisionswerber begründet die Mangelhaftigkeit des Verfahrens im Wesentlichen – wie schon im Berufungsverfahren und im Verwaltungsverfahren – damit, dass keine voreingemerkte und unabhängige Gutachterstelle bestellt worden sei und die Gutachter nicht nach dem Zufallsprinzip ausgewählt worden seien. Es bestehe eine wirtschaftliche Abhängigkeit der Gutachterstelle, da diese zusammen mit der S rund 50% der Gutachteraufträge von der Antragsgegnerin erhalte. Auch wenn in Liechtenstein eine entsprechende Gesetzesgrundlage zur Auswahl von Gutachterstellen nach dem Zufallsprinzip fehle, sei ein solches Vorgehen im Sinne der Rechtsprechung des OGH nach dem Gebot der Fairness im Invalidenversicherungsverfahren zu beachten.

8.3. Obwohl auf die Mängelrüge nicht weiter einzugehen ist (E 8.1.), ist der Vollständigkeit halber auf die zutreffenden Ausführungen des OG hinsichtlich der bereits im Berufungsverfahren vorgebrachten Mängelrüge zu verweisen (§§ 482, 469a ZPO). Das OG hält zu Recht fest, dass die Bestimmungen des schweizerischen Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 06.10.2000 (chATSG), und damit beispielsweise auch die Norm zur Bestellung eines Gutachters (Art 44 chATSG) nicht in die liechtensteinische Gesetzgebung übergeführt wurden. Gleiches gilt auch für Art 72^{bis} Abs 2 chIVV (welcher die Zufallsvergabe regelt).

Wie der OGH in seiner jüngeren Rechtsprechung (Beschluss vom 08.05.2020 zu SV.2019.15, vgl auch Urteil vom 6.12.2019 zu SV.2019.3) ausgeführt hat, bleibt jedoch zu beachten, dass einzelne Bestimmungen des chATSG eine Kodifizierung der bisherigen Praxis in der Schweiz darstellen und damit auch ohne explizite Übernahme in die liechtensteinische Gesetzgebung als Rechtsentwicklung zu berücksichtigen sind.

8.4. Das OG verweist auf den Beschluss des OGH vom 07.09.2012 zu SV.2011.42 (LES 2012, 204), wonach die Rechtsprechung des Bundesgerichts in BGE 137 V 201 zur Sicherstellung der Fairness des invalidenversicherungsrechtlichen Abklärungsverfahrens und die gebotenen Korrekture betreffend Vergabe von Gutachtensaufträgen nicht unbesehen auf liechtensteinische Verhältnisse übertragen werden können. Der OGH hat diesbezüglich aber auch darauf hingewiesen, dass die Korrektive betreffend die Vergabe von Gutachtensaufträgen (wie auch betreffend die Gehörs- und Partizipationsrechte der versicherten Person) für Liechtenstein nicht bedeutungslos sind und die Invalidenversicherung gehalten ist, allfällige organisatorische Anpassungen oder gebotene Rechtsänderungen vorzubereiten, damit diese Korrekture, angepasst auf liechtensteinische Verhältnisse, binnen angemessener Zeit umgesetzt werden können (aaO).

8.5. In der Praxis entscheiden die medizinischen Gutachten weitgehend über den Ausgang des Verfahrens. Sie besitzen von Rechts wegen einen hohen Beweiswert. Einholung und Würdigung medizinischer Gutachten prägen den Leistungsentscheid, gerade weil sie aufgrund ihrer Fachspezifität faktisch vorentscheidenden Charakter haben und der Rechtsanwender mangels ausreichender Fachkenntnisse nicht immer in der Lage ist, in formal korrekt abgefassten Gutachten objektiv-fachliche Mängel

zu erfassen (BGE 137 V 210 E 2.5 und 4.2; aus jüngerer Zeit siehe das Urteil des Bundesgerichts 8C_774/2018 vom 30. Januar 2019 E 2.2.1 mwH, wonach eine Begutachtung präjudizierende Wirkung habe und regelmässig einen rechtlichen Nachteil bewirken könne). Gemäss Rechtsprechung des OGH (vgl Beschluss vom 08.05.2020 zu SV.2019.15, LES 2010, 115) wird mit der Anordnung eines Gutachtens oder mit der Bestimmung eines Gutachters über wesentliche Rechte und Pflichten einer versicherten Person befunden, was den Erlass einer Verfügung im Sinne von Art 73 IVV notwendig machen kann (insbesondere, wenn – wie im damals zu beurteilenden Fall – die versicherte Person nicht damit einverstanden ist). Damit wurde der Entwicklung der Rechtsprechung Rechnung getragen, wonach die Mitwirkungsrechte – nicht zuletzt wegen dem Stellenwert von MEDAS-Gutachten und dem Gebot der prozessualen Chancengleichheit («Waffengleichheit») – vermehrt Bedeutung erlangen.

8.6. Die wirtschaftliche Abhängigkeit der MEDAS-Stellen (vgl BGE 137 V 210 E 2.4.1) bringt tatsächlich eine latente Gefährdung der Verfahrensfairness mit sich, welcher mit Verfahrensgarantien zu begegnen ist. Ob dies nur mit einer Vergabe nach dem Zufallsprinzip geschehen kann, wie es das Bundesgericht angeregt und der schweizerische Gesetz- bzw. Ordnungsgeber so normiert hat, kann vorliegend dahingestellt bleiben. Wegen der erwähnten Bedeutung der Gutachten sind solchen Verfahrensgarantien aber grosse Beachtung zu schenken und es ist sicher überprüfenswert, ob die Auswahl aus wenigen Gutachterstellen und die Anwendung des Zufallsprinzips nur in streitigen Fällen die mit Entscheid vom 07.09.2012 zu SV.2011.42 geforderte angemessene Umsetzung der Rechtsprechung des Bundesgerichts in BGE 137 V 201 erfüllt. Da vorliegend jedoch Anhaltspunkte für eine konkrete Voreingenommenheit oder anderweitige Befangenheit weder vorgebracht worden noch ersichtlich sind, braucht von einem Mangel an Objektivität der Gutachter konkret nicht ausgegangen zu werden. Die formelle Ablehnung eines Sachverständigen kann regelmässig nicht allein mit strukturellen Umständen begründet werden, wie sie in BGE 137 V 210 behandelt worden sind (BGE 138 V 271 E 2.2). Im Rahmen einer administrativen Sachverhaltsabklärung liegt selbst dann kein formeller Ausstandsgrund vor, wenn von einer wirtschaftlichen Abhängigkeit der MEDAS von der Invalidenversicherung auszugehen wäre; denn ein Ausstandsgrund ist nicht schon deswegen gegeben, weil jemand Aufgaben für die Verwaltung erfüllt, sondern erst bei persönlicher Befangenheit. Der regelmässige Beizug eines Experten, die Anzahl der beim selben Arzt in Auftrag gegebenen Gutachten und Berichte sowie das daraus resultierende Honorarvolumen schafft für sich allein keine als Ausstandsgrund zu qualifizierende Abhängigkeit von den IV-Stellen (BGE 137 V 210 E 1.3.3 S. 226 f). Weiter ist zu beachten, dass der Revisionswerber sich nicht gegen die Bestellung der AG als Gutachterstelle ausgesprochen hatte, obwohl ihm hierzu Gelegenheit gegeben und er mittels Merkblattes über das Procedere informiert wurde. Damit ist nicht zu beanstanden, dass das OG vorliegend ein Verfahrensmangel verneint hat.

[...]

9. Zur unrichtigen rechtlichen Beurteilung:

9.1. Was zunächst die Ermittlung des Valideneinkommens anbelangt, ist entscheidend, was die versicherte Person im Zeitpunkt des frühestmöglichen Rentenbeginns nach dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit als Gesunde tatsächlich verdient hätte. Dabei wird in der Regel am zuletzt erzielten, nötigenfalls der Teuerung und der realen Einkommensentwicklung angepassten Verdienst angeknüpft, da es empirischer Erfahrung entspricht, dass die bisherige Tätigkeit ohne Gesundheitsschaden fortgesetzt worden wäre.

Bezog eine versicherte Person aus invaliditätsfremden Gründen (zB geringe Schulbildung, fehlende berufliche Ausbildung, mangelnde Deutschkenntnisse, beschränkte Anstellungsmöglichkeiten wegen Ausländerstatus) ein deutlich unterdurchschnittliches Einkommen, ist diesem Umstand bei der Invaliditätsbemessung Rechnung zu tragen, sofern keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die versicherte Person sich aus freien Stücken mit einem bescheideneren Einkommensniveau begnügen wollte (BGE 125 V 146 E 5c/bb S 157 mit Hinweisen). Nur dadurch ist der Grundsatz gewahrt, dass die auf invaliditätsfremde Gesichtspunkte zurückzuführenden Lohnneibussen entweder überhaupt nicht oder aber bei beiden Vergleichseinkommen gleichmässig zu berücksichtigen sind (BGE 129 V 222 E 4.4 S 225). Diese Parallelisierung der Einkommen kann praxisgemäss entweder auf Seiten des Valideneinkommens durch eine entsprechende Heraufsetzung des effektiv erzielten Einkommens oder durch Abstellen auf die statistischen Werte (vgl SVR 2008 IV Nr 2 S 3, I 697/05 und Urteil des Eidg. Versicherungsgerichts I 750/04 vom 5. April 2006 E 5.5) oder aber auf Seiten des Invalideneinkommens durch eine entsprechende Herabsetzung des statistischen Wertes (vgl Urteil des Eidg. Versicherungsgerichts U 454/05 vom 6. September 2006 E 6.3.3 mit Hinweisen) erfolgen. Die Grundüberlegung dieser Rechtsprechung ist die folgende: Wenn eine versicherte Person in derjenigen Tätigkeit, die sie als Gesunde ausgeführt hat, einen deutlich unterdurchschnittlichen Lohn erzielt, weil ihre persönlichen Eigenschaften (namentlich fehlende Ausbildung oder Sprachkenntnisse, ausländerrechtlicher Status) die Erzielung eines Durchschnittslohnes verunmöglichen, dann ist nicht anzunehmen, dass sie mit einer gesundheitlichen Beeinträchtigung behaftet einen (anteilmässig) durchschnittlichen Lohn erzielen könnte (BGE 135 V 58 E 3.4.3 S 61; die Erheblichkeitsschwelle ist bei 5%, BGE 135 V 297 S 301). Keine Parallelisierung der Vergleichseinkommen («Tieflohnabzug») erfolgt jedoch, wenn das Valideneinkommen über dem GAV-Mindestverdienst liegt, weshalb er dann per se nicht als unterdurchschnittlich betrachtet werden kann (vgl Bundesgericht in Urteil 8C_759/2017 vom 08.05.2018).

Da vorliegend das Valideneinkommen (rund CHF 4750.00) deutlich über dem Minimallohn für Hilfsarbeiter gemäss Gesamtarbeitsvertrag der Branche Schreiner liegt (CHF 3480.00 zuzüglich 8,33% Gratifikation), wurde zu Recht keine Parallelisierung vorgenommen. Die Feststellung des Valideneinkommens ist entgegen der Rüge des Revisionswerbers damit nicht zu beanstanden. Was das Invalideneinkommen betrifft, so hat das OG mit ausführlicher Begründung dargelegt, dass ein Leidens-

abzug von 10% als angemessen erscheint. Gleichzeitig wurde zu Recht darauf hingewiesen, dass selbst die Gewährung des Maximalabzugs von 25% nicht zu einem Rentenanspruch führen würde.

[...]

FÜRSTLICHES OBERGERICHT

Fürstliches Obergericht, 3. Senat

U 07.11.2018, 12 EU.2017.107

§ 205 Abs 2 StPO

Art 85 Abs 1 SVG

Art 6 Abs 1 lit a und Abs 2 VRV

Eine Überschreitung der signalisierten Höchstgeschwindigkeit kann vom Gericht im Rahmen der ihm obliegenden freien Beweiswürdigung grundsätzlich auch gestützt alleine auf eine visuelle Geschwindigkeitsschätzung eines Polizeibeamten festgestellt werden.

Sachverhalt

Mit U vom 18.06.2018 erkannte das LG den N schuldig, er habe *«am 03.08.2017 in Vaduz als Lenker des PW Ford xxx, FL xxx, die Höchstgeschwindigkeit von 50 km/h innerorts um mindestens 10 km/h überschritten.»* Das LG verurteilte N hierfür wegen der Übertretung nach Art 85 Abs 1 SVG nach dieser Gesetzesbestimmung zu einer Busse von CHF 80.–, im Uneinbringlichkeitsfall zu einem Tag Ersatzfreiheitsstrafe, sowie gemäss § 305 StPO zum Ersatz der Kosten des Strafverfahrens. Die Feststellung, dass N die signalisierte Höchstgeschwindigkeit «um mindestens 10 km/h» überschritten habe, wurde vom LG im Wesentlichen gestützt auf die Zeugenaussage des Polizeibeamten M getroffen, welcher die Fahrt des N im Rahmen einer von der Lapo durchgeführten allgemeinen Verkehrskontrolle beobachtet hatte.

Der von N gegen das erstinstanzliche U erhobenen, ua mit Beweisrüge die vom LG konstatierte Geschwindigkeitsübertretung bekämpfenden, Berufung wurde vom OG keine Folge gegeben.

Aus den Entscheidungsgründen

3. Zur Berufung des Beschuldigten ist zu erwägen:
[...]

3.5 Mit seiner Schuldberufung bekämpft der Berufungswerber erkennbar die vom Erstgericht getroffene Feststellung, dass er sein Fahrzeug auf «mindestens 60 km/h» beschleunigt habe.

Allerdings hält diese Feststellung der Beweisrüge des Berufungswerbers im Ergebnis stand.

Zunächst ist zu erwägen, dass als einziges relevantes Beweisergebnis nebst der Verantwortung des Berufungswerbers im Wesentlichen lediglich die Aussage des Zeugen M vorliegt.

Die Zeugen E und O konnten angesichts ihrer Position aus unmittelbar eigener Wahrnehmung keine relevanten Angaben zur Fahrgeschwindigkeit des Berufungswerbers machen. Der Zeuge S hat die Geschwindigkeit des Berufungswerbers mit 70 – 80 km/h geschätzt (ON 1 AS 27 iVm ON 9 S 11). Allerdings kommt dieser Geschwindigkeitsschätzung keine, jedenfalls keine relevante, Beweiskraft zu. Der Zeuge S konnte das Fahrzeug des Berufungswerbers offensichtlich nur kurz beobachten,

nämlich nachdem er sich nach Erhalt des Funkspruchs des «Vorpostens», also seines Kollegen M, von seiner Position auf die Landstrasse begeben hatte, und zudem nur frontal. Aus frontaler Sicht lässt sich aber die Geschwindigkeit eines Fahrzeuges kaum einschätzen. So hat denn der Zeuge S seine Geschwindigkeitseinschätzung im Wesentlichen auch ausschliesslich mit dem Bremsverhalten des Fahrzeuges («geringe Verzögerung», «Neigung nach vorne») sowie seinen akustischen Wahrnehmungen («Quietschen der Reifen»; «Aufheulen des Motors») begründet. Daraus lässt sich allerdings kein zuverlässiger Schluss auf die vom Berufungswerber gefahrene Geschwindigkeit ziehen, zumal all diese Umstände massgeblich durch den Zustand des Fahrzeuges bzw der Reifen, die Fahrweise etc beeinflusst werden. So könnte bspw die Neigung des Fahrzeuges nach vorne im Zuge des Bremsmanövers sowie die geringe Bremsverzögerung auch durch die Beladung des Fahrzeuges – gemäss unwiderlegten Angaben des Berufungswerbers hatte er mehrere hundert Kilo Ware geladen – bedingt gewesen sein, das Quietschen der Reifen durch ihren Zustand bzw ihre schlechte Qualität und das Aufheulen des Motors durch die hochoberflurige Fahrweise des Berufungswerbers in einem niedrigen Gang.

Allene dadurch ist für den Berufungswerber nichts gewonnen, weil sich die festgestellte Geschwindigkeitsüberschreitung jedenfalls zweifelsfrei auf die Aussage des Zeugen M stützen lässt.

Eine Geschwindigkeitsüberschreitung kann nicht nur unter Zuhilfenahme technischer Hilfsmittel festgestellt werden, sondern im Rahmen der dem Gericht obliegenden freien Beweiswürdigung (§ 205 StPO) auch aufgrund einer vom Gericht für glaubwürdig befundenen Geschwindigkeitsschätzung eines Polizisten.

Der Zeuge M hat ausgesagt, der Berufungswerber sei mindestens 70 km/h gefahren (ON 1 AS 25 iVm ON 9 S 8). Das OG hegt an der Richtigkeit der visuellen Geschwindigkeitsschätzung des Zeugen M keine Bedenken. Beim Zeugen M handelt es sich um einen sehr erfahrenen Polizisten mit 22 Dienstjahren, welcher seit zehn Jahren Chef der Verkehrspolizei ist, und seit zehn Jahren jährlich ca 30 Mal als «Vorposten» bei Verkehrskontrollen amtiert. Er konnte die auf einer Strecke von ca 250 Metern mehr oder weniger gerade verlaufende, leicht ansteigende, Landstrasse von der Ampelanlage, an welcher der Berufungswerber nach Auflösung der Rotphase losfuhr, bis zum Kontrollpunkt am Standort des Zeugen S, von einer erhöhten Position aus ungehindert und nicht abgelenkt einsehen. Bevor der Berufungswerber die Landstrasse befuhr, hatte der Zeuge M den Verkehr bereits längere Zeit beobachtet (Beginn der Verkehrskontrolle um ca 14:30 Uhr; Tatzeitpunkt ca 15:25 Uhr), sodass er zu einem Vergleich der mit korrekter Geschwindigkeit fahrenden Fahrzeuglenker mit dem massiv zu schnell fahrenden Berufungswerber auch aus diesem Grunde ohne weiteres in der Lage war. Es sind zudem überhaupt keine Umstände ersichtlich, welche auch nur im Ansatz nahelegen würden, dass der Zeuge M zum Nachteil des Berufungswerbers eine falsche Zeugenaussage gemacht habe.

sage getätigt hätte. Angesichts all dieser Parameter hegt das Berufungsgericht keine Zweifel an der Richtigkeit der Aussage des Zeugen M, dass der Berufungswerber die höchst zulässige Geschwindigkeit von 50 km/h massiv (um mehr als ein Drittel), nämlich um mindestens 20 km/h, überschritten hat, und es sich bei der Verantwortung des Berufungswerbers, er sei lediglich zwischen 40 und 50 km/h gefahren, um eine bloße Schutzbehauptung handelt. Die Zeugenaussage des M hätte damit auch die Feststellung getragen, dass der Berufungswerber die zulässige Höchstgeschwindigkeit um mindestens 20 km/h überschritten habe. Dadurch, dass das Erstgericht eine Geschwindigkeitsübertretung von lediglich mindestens 10 km/h feststellte – womit es offensichtlich den mit einer visuellen Geschwindigkeitsmessung verbundenen Unsicherheiten (zusätzlich) Rechnung tragen wollte –, ist der Berufungswerber nicht beschwert.

Lediglich der Vollständigkeit halber ist zu erwägen, dass gegen die Glaubwürdigkeit des Berufungswerbers nebst der vom OG zweifelsfrei für richtig zu befindenden Zeugenaussage des Verkehrspolizisten M auch folgende Umstände sprechen: Über Vorhalt des die Erstbefragung durchführenden Zeugen S, er sei zu schnell gefahren, hat der Berufungswerber dies zunächst nicht in Abrede gestellt, sondern sich lediglich damit verantwortet, er sei in Eile gewesen. Offensichtlich erst als ihm über seine Nachfrage, wie viel er denn zu schnell gefahren sei, vom Zeugen S gesagt wurde, dass keine «Messung» (mit einem technischen Hilfsgerät [«Radargerät»]) gemacht worden sei, sondern die Information vom «Vorposten», sprich dem Zeugen M, gekommen sei, wollte der Berufungswerber offensichtlich nichts mehr davon wissen, zu schnell gefahren zu sein, und hat «von dort weg komplett abgeblockt.» (ZV S ON 17 S 7). Wenn der Berufungswerber tatsächlich nicht zu schnell gefahren wäre, hätte er wohl als erste Reaktion auf den Vorhalt des Zeugen S zu schnell gefahren zu sein, diesem nicht die Frage gestellt «wie viel zu schnell?», sondern hätte er wohl eine Geschwindigkeitsübertretung in Abrede gestellt. Offensichtlich erst als er realisierte, dass keine Radarmessung erfolgt war, bekam der Berufungswerber sprichwörtlich «Oberwasser». Ebenfalls gegen die Glaubwürdigkeit des Berufungswerbers spricht, dass er sich – offensichtlich «inspiriert» davon, dass im handschriftlichen Protokoll über seine Ersteinvernahme durch die Zeugen E und O, von einem PW der Marke «Skoda» die Rede ist (ON 1 AS 13 u 17) – dahingehend verantwortet hat, er sei das Opfer einer Verwechslung geworden (ON 9 S 3 f), obwohl aufgrund sämtlicher Zeugenaussagen mit Sicherheit feststeht, dass der Berufungswerber mit seinem PW der Marke «Ford» und dem amtlichen Kennzeichen FL xxx der vom Zeugen M wahrgenommene, vom Zeugen S angehaltene und von den Zeugen E und O befragte Fahrzeuglenker ist, und die Erwähnung eines Skodas anstatt eines Fords im handschriftlich angefertigten Vernehmungsprotokoll einem Versehen («Schreibfehler»; ZV O ON 17 S 7) geschuldet ist.

4. Die Kostenentscheidung stützt sich auf § 307 StPO.

Anmerkung:

Der von N gegen die Berufungsentscheidung des OG erbobenen Individualbeschwerde wurde vom StGH mit Urteil vom 02.09.2019, StGH 2018/153, keine Folge gegeben.

A			
aaO	am angegebenen Ort	BPVG	G über die betriebliche Personalvorsorge
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch	BRB	Bundesratsbeschluss
Abk	Abkommen	BuA	Bericht und Antrag
Abs	Absatz	BUG	Baulandumlegungsgesetz
ADHGB	Allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch	BüG	Bürgerrechtsgesetz
AG	Aktiengesellschaft	BVG	Bodenverbesserungsgesetz
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen	bzw	beziehungsweise
AHG	Amtshaftungsgesetz		
AHV	Alters- und Hinterlassenenversicherung		C
AHVG	G über die Alters- und Hinterlassenenversicherung	ch	schweizerisch
AHVV	VO z AHVG	CHF	Schweizer Franken
AktG	Aktiengesetz		
ALVG	Arbeitslosenversicherungsgesetz		D
ALVV	VO z ALVG		
aM	anderer Meinung	d	deutsch
ANAG	BG über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer	dh	das heisst
AnwBl	Österreichisches Anwaltsblatt	DSchG	Denkmalschutzgesetz
ao	ausserordentlich (-e, -er)		
APA	Ausländer- und Passamt		E
ArG	Arbeitsgesetz		
Art	Artikel	E	Entscheid (-e, -ung, -ungen), Erkenntnis(-se)
ArV	VO z ArG	EAÜ	Europäisches Auslieferungsübereinkommen
As	Aktenseite (-en)	EAV	Einzelarbeitsvertrag, gesetzliche Bestimmungen über
AS	ch Amtliche Slg des Bundesrechts		
ASchG	Arbeiterschutzgesetz	EB	Erläuternde Bemerkungen
ASt	Antragsteller (-in, -innen)	EF-Slg	ehe- und familienrechtliche Entscheidungssammlung
ASW	Amtliches Sammelwerk		
AuG	Ausländergesetz	EFTA	Europäische Freihandelsassoziation
AusmerzG	G über die Gewährung von Ausmerzbeiträgen für Tiere der Rindviehgattung	EG	Einführungsgesetz
AVAG	G betr. die Abhandlung der Verlassenschaften von Ausländern	EG	Europäische Gemeinschaft
AVUSA	Auslieferungsvertrag mit USA	EGEO	Einführungsgesetz z EO
AVVG	G über den Ab- und Vorauszahlungsvertrag	EGKO	Einführungsgesetz z KO
AVW	Amt für Volkswirtschaft	EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
Az	Aktenzeichen	EGZPO/JN	Einführungsgesetz z ZPO und JN
		EGZV	Einführungsgesetz z ZV
		EheG	Ehegesetz
		EKMR	Europäische Menschenrechtskommission
		ELG 19..	Entscheidungen d. Liecht. Gerichtshöfe (1947 bis 1978)
		ELG	Ergänzungsleistungsgesetz z AHV und IV
		ELV	VO z ELG
		EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
		EO	Exekutionsordnung
		EPÜ	Europäisches Patentübereinkommen
		ER	Einzelrichter
		ERHÜ	Europäisches Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen
		etc	et cetera
		EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
		eV	einstweilige Verfügung(en)
		EvBl	Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen
		EWGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft
		EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
		EWRA	Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum
B			
B	Beschluss, Beschlüsse		
BankG	Bankengesetz		
BankV	VO z BankG		
BauG	Baugesetz		
BauV	VO z BauG		
BAV	VO über Bau und Ausrüstung der Strassenfahrzeuge		
Bd	Band		
Bf	Beschwerdeführer (-in, -innen)		
BG	Bezirksgericht		
BG	Bundesgesetz		
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch		
BGBI	Bundesgesetzblatt		
BGE	Bundesgerichtsentscheid		
BGH	Bundesgerichtshof		
Bm	Bekanntmachung		
BM	Betäubungsmittel		
BMG	Betäubungsmittelgesetz		

F

f	folgend
FAG	Finanzausgleichsgesetz
FAK	Familienausgleichskasse
FAKG	Familienzulagengesetz
FAKV	VO z FAKG
ff	folgende
fl	fürstlich liechtensteinisch
FMA	Finanzmarktaufsicht
FMA-BK	Beschwerdekommision der Finanzmarktaufsicht
Fn	Fussnote
FS	Festschrift, Festgabe
FVG	Fremdenverkehrsgesetz

G

G	Gesetz(-e)
GATT	Allgemeines Zoll- und Handelsabkommen
GAV	Gesamtarbeitsvertrag
GBauO	Gemeindebauordnung
GebG	Gebührengesetz
gem	gemäss
GemG	Gemeindengesetz
GeO	Geschäftsordnung für das LG
GewG	Gewerbegesetz
GGVK	Gemeindegrundverkehrskommission
GIU	Glaser Unger
GIUNF	Glaser-Unger Neue Folge
GmbHG	Gesellschaft mit beschränkter Haftungs- gesetz
GO	Gewerbeordnung
GOG	Gerichtsorganisationsgesetz
GS	Gedächtnisschrift, Gedenkschrift
GSchG	Gewässerschutzgesetz
GVG	Grundverkehrsgesetz
GVV	VO z GVG
Gz	Geschäftszahl

H

HfD	Hofdekret
Hg	Herausgeber
HGB	Handelsgesetzbuch
HKzD	Hofkanzleidekret
hL	herrschende Lehre
hM	herrschende Meinung
HMG	Heilmittelgesetz
hRsp	herrschende Rechtsprechung
HRV	Handelsregisterverordnung
Hsb Fol	Hausbuch Folio
HSchrG	Heimatschriftengesetz
HV	Hauptverhandlung

I

idF	in der Fassung
idjgF	in der jeweils gültigen Fassung

idR	in der Regel
IPR	Internationales Privatrecht
IPRG	Internationales Privatrechts-Gesetz
IRSG	BG über internationale Rechtshilfe in Strafsachen
iS	im Sinne
IUG	Investmentunternehmensgesetz
IV	Invalidenversicherung
IVersVG	Gesetz über das internationale Versicherungs- vertragsrecht
IVG	Invalidenversicherungsgesetz
iVm	in Verbindung mit
IVV	VO z IVG

J

JaG	Jagdgesetz
JaV	VO z JaG
JBl	Juristische Blätter
JG	Jugendgericht
JGG	Jugendgerichtsgesetz
JGS	Justizgesetzsammlung
JN	Jurisdiktionsnorm
JStVG	Jugendstrafverfahrensgesetz
JuG	Jugendgesetz

K

KFG	Kulturförderungsgesetz
KG	Kommanditgesellschaft
KIAG	G über Kapitalanlagegesellschaften, Investment-Trusts und Anlagefonds
Klft	Klafter (3,6 m ²)
Km	Kundmachung
KmG	Kundmachungsgesetz
KO	Konkursordnung
KollG	Kollektivgesellschaft
KVG	Krankenversicherungsgesetz
KVV	VO z KVG

L

l	liechtensteinisch
LAPO	Landespolizei
LBAG	G über die Errichtung und Organisation der «Liechtenstein Bus Anstalt»
LDG	Lehrerdienstgesetz
leg cit	legis citatae
LES	Liechtensteinische Entscheidungs- sammlung (ab 1980)
LG	Landgericht
LGBI	Landesgesetzblatt
LGVK	Landesgrundverkehrskommission
lit	litera, Buchstabe
LPS	Liechtenstein Politische Schriften
LR	Fürstlicher Landrichter
LSteK	Landessteuerkommission
LugÜ	Lugano-Übereinkommen
LV	Landesverfassung
LVG	Landesverwaltungspflegegesetz

M

maW	mit anderen Worten
mE	meines Erachtens
MFG	Motorfahrzeuggesetz
MFK	Motorfahrzeugkontrolle
MietSlg	mietrechtliche Entscheidungssammlung
MMA	Madriider Markenschutzabkommen
MPKG	G z Kontingentierung der Milchproduktion
MSchG	Markenschutzgesetz
mwN	mit weiteren Nachweisen
MWSt	Mehrwertsteuer
MWStG	Mehrwertsteuergesetz

N

N	Randnote, -nummer, -zahl, -ziffer, Note
NAV	Normalarbeitsvertrag
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NVG	Nachlassvertragsgesetz

O

ö	österreichisch
ÖAWG	G über das öffentliche Auftragswesen
ÖBA	Österreichisches Bankarchiv
OBG	Ordnungsbussengesetz
OBV	VO z OBG
OG	Obergericht
OGH	Oberster Gerichtshof
OHG	offene Handelsgesellschaft
ÖJZ	Österreichische Juristenzeitung
On	Ordnungsnummer
OR	Obligationenrecht
OSZE	Organisation für Sicherheit und Zusammenarbeit in Europa

P

PAG	Patentanwaltsgesetz
PFZG	Personenfreizügigkeitsgesetz
PG	Postgesetz
PGR	Personen- und Gesellschaftsrecht
POG	Postorganisationsgesetz
PolG	Polizeigesetz
PStV	Polizeistundenverordnung
PV	Parteienvernehmung
PV	Postvertrag
PVG	G über die Pensionsversicherung für das Staatspersonal
PVÜ	Pariser Verbandsübereinkunft z Schutz des gewerblichen Eigentums
PW	Personen(kraft)wagen

R

RA	Rechtsanwalt (-älte, -in, -innen)
RAG	Rechtsanwaltsgesetz

RAO	Rechtsanwaltsordnung
RAT	Rechtsanwaltstarif
RATG	Rechtsanwaltstarifgesetz
RATV	VO z RATG
RDG	Richterdienstgesetz
RFVG	Rechtsfürsorgeverfahrensgesetz
RGBL	Reichsgesetzblatt
RHG	Rechtshilfegesetz
rk	rechtskräftig
Rn	Randnote, -nummer, -zahl, -ziffer N
Rs	Rechtshilfe in Strafsachen
RSO	Rechtssicherungsordnung
Rsp	Rechtssprechung
Rz	Rechtshilfe in Zivilsachen
RZ	Österreichische Richterzeitung

S

s	siehe
S	Seite
sA	samt Anhang
SanG	Sanitätsgesetz
SchG	Scheckgesetz
SchKG	Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz
SchlAPGR	Schlussabteilung PGR
SchlT	Schlusstitel
SchlTSR	Schlusstitel Sachenrecht
SchulG	Schulgesetz
sFr	Schweizer Franken CHF
SHG	Sozialhilfegesetz
SHV	Sozialhilfeverordnung
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung
Slg	Sammlung
SPG	Sorgfaltpflichtgesetz
SR	Sachenrecht
SRV	Regierungsverordnung z SR
SSt	Entscheidungen des öOGH in Strafsachen
StA	Staatsanwalt, Staatsanwaltschaft
StEG	Steuergesetz
StG	Strafgesetz
StGB	Strafgesetzbuch
StGH	Staatsgerichtshof
StGHG	Staatsgerichtshofgesetz
StPO	Strafprozessordnung
StRAG	Strafrechtsanpassungsgesetz
stReG	Strafregistergesetz
stRsp	ständige Rsp
StSchG	Staatsschutzgesetz
StVG	Strafvollzugsgesetz
StVV	VO z StVG
SubvG	Subventionsgesetz
SubvV	Subventionsverordnung
SVG	Strassenverkehrsgesetz
SZ	Entscheidungen des öOGH in Zivilsachen

T

TelG	Telekommunikationsgesetz
TN	Teilnovelle
TP	Tarifpost

TrHG Treuhändergesetz
 TrU Treuunternehmen
 TrUG Gesetz über das Treuunternehmen
 TSchG Tierschutzgesetz

U

U Urteil
 Ü Übereinkommen
 ua unter anderem, und andere
 ÜbBest Übergangsbestimmungen
 UIM Union Internationale des Magistrats
 UIT Internationale Fernmeldeunion
 UPU Weltpostverein
 UR Untersuchungsrichter
 URG Urheberrechtsgesetz
 USG ch Bundesgesetz über den Umweltschutz
 uU unter Umständen
 UVG Unterhaltsvorschussgesetz
 UWG Unlauterer Wettbewerbsgesetz

V

va vor allem
 VAG Vermittleramtsgesetz
 VBK Beschwerdekommision für
 Verwaltungsangelegenheiten
 VerII Verlassenschaftsinstruktion
 VersAG Versicherungsaufsichtsgesetz
 VfG Verfassungsgesetz
 VfGH Verfassungsgerichtshof
 VGH Verwaltungsgerichtshof
 vgl vergleiche
 VO Verordnung
 VOG Verwaltungsorganisationsgesetz

VRG Volksrechtegesetz
 VRV VO über die Strassenverkehrsregeln
 V-RHG VO z Rechtshilfegesetz
 VVG Versicherungsvertragsgesetz
 VGH Verwaltungsgerichtshof
 VZV VO über die Zulassung von Personen und
 Fahrzeugen im Strassenverkehr

W

WaffG Waffengesetz
 WaldG Waldgesetz
 WBFG Wohnungsbauförderungsgesetz
 WG Wechselgesetz
 WO Waldordnung
 WUSt Warenumsatzsteuer
 WRG Wasserrechtsgesetz
 WVK Wiener Übereinkommen über das Recht
 der Verträge

Z

z zu, zum, zur
 Z Ziffer, Zahl
 zB zum Beispiel
 ZBl Zentralblatt für die juristische Praxis
 ZfRV Zeitschrift für Rechtsvergleichung,
 Internationales Privatrecht und Europarecht
 ZGB Zivilgesetzbuch
 ZP Zusatzprotokoll
 ZPEMRK Zusatzprotokoll zur EMRK
 ZPO Zivilprozessordnung
 ZPZV Zusatzprotokoll z ZV
 ZV Zollvertrag
 ZVR Zeitschrift für Verkehrsrecht

www.gutenberg.li

gutenberg

Wir machen
sichtbar!

g
rafikdesign,
Druckprodukte,
Crossmedia
und Logistik.

Gutenberg AG
Feldkircher Strasse 13 · 9494 Schaan
T +423 239 50 50 · office@gutenberg.li
www.gutenberg.li